

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: XIII - Sayı: I - Yıl: Haziran - 2023

Volume: XIII - Issue: I - Year: June - 2023

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- Prof. Dr. **Loic LEVOYER**
La Dimension Inedite Du Cadre Financier 2021-2027 De L'union Europeenne
- Doç. Dr. **Ersoy KONTACI**
Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri
- Doç. Dr. **Duygu HATİPOĞLU AYDIN**
Siber Alanda Devletler ve Şirketler Arasındaki İlişkilerin Hukuka Etkileri
- Dr. Öğr. Üyesi **Erdi ŞAFAK** - Doç. Dr. **Yeter TABUR**
Küresel İklim Krizi ile Mücadelede Uluslararası Hukukun Rolü ve Ekokırım Suçu
- Dr. Öğr. Üyesi **Ali DEMİR**
Hannah Arendts Konsept der Heimat und Seiner Vermittlung im Demokratischen Rechtsstaat
- Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Ziya ÇALIŞKAN**
İptal Davalarında İspat Yükü
- Dr. Öğr. Üyesi **Selman Sacit BOZ**
Tedviren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları
- Dr. Öğr. Üyesi **Gözde ÜLKER**
Kıymet Takdir Komisyonuna İlişkin Hukuka Aykırılıklar Kamulaştırmanın İptali Davasında Değerlendirilebilir mi?
- Dr. Öğr. Üyesi **Rıdvan DEĞİRMENCİ**
Montesquieu Düşüncesinde Kuvvetler Ayrılığı, Özgürlük ve Yargı Gücü
- Dr. Öğr. Üyesi **Sezercan BEKTAŞ**
Uluslararası Hukuk Kapsamında Geçit Hakkının Hukuki Niteliğinin Tespiti Sorunu: Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme
- Dr. Öğr. Üyesi **Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN**
Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi

ANTALYA 2023

- **Emirhan HAZNEDAR**
Türkiye’de Siyasi Partilerin Kapatılması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yaklaşımı

- **Serdar KOÇAK**
Nietzsche’nin Hukuk Anlayışı Üzerine Bir İnceleme

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

- Dr. Öğr. Üyesi **Banu BOZKURT**
Deprem’in Düşündürdükleri: Yolculuk Çarteri Sözleşmelerinde Mücbir Sebep’in Yükleme/Boşaltma ve Sürastarya Sürelerine Etkisi Hakkında Türk ve İngiliz Hukukları Açısından Mukayeseli Değerlendirme
- Dr. Öğr. Üyesi **Şerafettin EKİCİ**
Öğretideki Temel Görüşler ve Türk Pozitif Hukuku Kapsamında İnternet Alan Adlarının (Domain Names) ve Alan Adları Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği
- Dr. Öğr. Üyesi **Agah Kürşat KARAUZ**
Maden Hakları Devir Sözleşmelerinin Şekli
- Dr. Öğr. Üyesi **Alper ÖZBOYACI**
Mehaz İsviçre Hukukuyla Mukayeseli Olarak Simsarın Ücret Hakkının Doğumu Konusunda Özellik Gösteren Durumlar
- Dr. Öğr. Üyesi **Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN**
Şirket Ortak İçin mi? Şirket Toplum İçin mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı?
- Dr. Öğr. Üyesi **Numan TEKELİOĞLU**
Türk Hukukunda Tapu Memurunun Re’sen Terkin ve Düzeltme Yetkisi
- Dr. Öğr. Üyesi **Gizem HALİS KASAP**
2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Konvansiyonu’na İlişkin Genel Esaslar
- Arş. Gör. Dr. **Yunus ALHAN**
Gemi Kaptanının Türk Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Yetki ve Görevleri ile Hukuki Sorumluluğu
- **Alper İŞIKAL**
Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı Üzerinde Kat Mülkiyeti (Kat İrtifakı) Kurulamamasına Yönelik Sınırlama Üzerine Eleştiri
- **Enes KARA**
Vesayet Makamı Motorlu Araç Alımında Engelinin Vergi İstisnasından Yararlanma Hakkını Engelleyebilir mi?
- **Cansu KULAÇ**
Manevi Tazminat ve Cezalandırma Fonksiyonu

TASHİH / CORRECTION

- Dr. **Yunus ERASLAN**
Cilt XI Sayı 2’de Yayımlanan “Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme” İsimli Makaleye İlişkin Tashih

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.*

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Adına Sahibi

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Melih İŞİK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Arş. Gör. Rahman İRİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncısı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

ANKARA | Temmuz 2023

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilmektedir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.*

Publisher

Akdeniz University Faculty of Law

Representative of the Publisher

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Dr. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Melih İŞİK

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Res. Asst. Rahman İRİ

Contact Information

Deanery of Akdeniz University Faculty of Law
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

Publisher

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Publication Location | Date

ANKARA | July 2022

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Andreas EICKER

Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi
Luzern / İsviçre

Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER

Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Ausburg / Almanya

Prof. Dr. Hayri KESER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Nedim MERİÇ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Esra CENKÇİ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Loïc LEVOYER

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Karine MICHELET

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Gaziantep / Türkiye

Prof. Dr. Arslan KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Ankara / Türkiye

Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Mali Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Ankara / Türkiye

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Gönderilen makale hakkında öncelikle benzerlik raporu alınır ve yayın ilkelerine göre incelenir. Benzerlik oranı % 20'nin üzerinde olan çalışmalar hakkında yayın talebi sırf bu nedenle reddedilebilir. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanları, görev yaptıkları kurumları, ORCID numarası, telefon numarası ve e-posta adresi içeren yazarlık katkısı dosyasını Dergipark'a yüklemelidir. Gönderilen çalışmalarda ilk olarak benzerlik raporu alınacak olup benzerlik oranı %20'nin üzerinde olan çalışmalar inceleme sürecine dahil edilmez. İlk sayımız (Haziran) için son tarih 15 Nisan, ikinci sayımız (Aralık) için son tarih 15 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar, sonraki sayı için işleme alınır.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp Dergipark üzerinden gönderilmelidir.
7. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Makalelerde en az 250, en fazla 300 kelimedenden oluşan Türkçe veya ilgili dilde öz bölümlerine yer verilmeli ve en az 5, en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe veya ilgili dilde yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben tüm makaleler için ayrıca 600 ila 800 kelime arası İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dahil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekmekte olup asgari bir kelime sınırı yoktur.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

Örn.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.

a) Kitaba yapılan atıflarda;

i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.

Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.

ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.

Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.

iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editör, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91–92.

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

b) Makaleye yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHF* 58, S.3 (2009): 659-691.

- Sonraki atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.
- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi,” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
- d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30
12. Makalenin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
- i. Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- ii. Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- iii. Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editor. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl
Örn.: Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
- b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı.”, *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
- c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen "Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir." şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarlarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.

15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

La Dimension Inedite Du Cadre Financier 2021-2027 De L'union Europeenne Prof. Dr. Loic LEVOYER.....	3
Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri Doç. Dr. Ersoy KONTACI.....	15
Siber Alanda Devletler ve Şirketler Arasındaki İlişkilerin Hukuka Etkileri Doç. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN.....	45
Küresel İklim Krizi ile Mücadelede Uluslararası Hukukun Rolü ve Ekokırım Suçu Dr. Öğr. Üyesi Erdi ŞAFAK - Doç. Dr. Yeter TABUR.....	83
Hannah Arendts Konzept der Heimat und Seiner Vermittlung im Demokratischen Rechtsstaat Dr. Öğr. Üyesi Ali DEMİR.....	115
İptal Davalarında İspat Yükü Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN.....	159
Tedviren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ.....	191
Kıymet Takdir Komisyonuna İlişkin Hukuka Aykırılıklar Kamulaştırmanın İptali Davasında Değerlendirilebilir mi? Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÜLKER.....	217
Montesquieu Düşüncesinde Kuvvetler Ayrılığı, Özgürlük ve Yargı Gücü Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ.....	239
Uluslararası Hukuk Kapsamında Geçit Hakkının Hukuki Niteliğinin Tespiti Sorunu: Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme Dr. Öğr. Üyesi Sezercan BEKTAŞ.....	259
Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN.....	301
Türkiye'de Siyasi Partilerin Kapatılması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı Emirhan HAZNEDAR.....	339

Nietzsche'nin Hukuk Anlayışı Üzerine Bir İnceleme Serdar KOÇAK	359
ÖZEL HUKUK	
Deprem Düşündürdükleri: Yolculuk Çarteri Sözleşmelerinde Mücbir Sebepin Yükleme/Boşaltma ve Sürastarya Sürelerine Etkisi Hakkında Türk ve İngiliz Hukukları Açısından Mukayeseli Değerlendirme Dr. Öğr. Üyesi Banu BOZKURT	381
Öğretideki Temel Görüşler ve Türk Pozitif Hukuku Kapsamında İnternet Alan Adlarının (Domain Names) ve Alan Adları Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ.....	409
Maden Hakları Devir Sözleşmelerinin Şekli Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ	431
Mehaz İsviçre Hukukuyla Mukayeseli Olarak Simsarın Ücret Hakkının Doğumu Konusunda Özellik Gösteren Durumlar Dr. Öğr. Üyesi Alper ÖZBOYACI.....	447
Şirket Ortak İçin mi? Şirket Toplum İçin mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı? Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	485
Türk Hukukunda Tapu Memurunun Re'sen Terkin ve Düzeltme Yetkisi Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU	503
2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Konvansiyonu'na İlişkin Genel Esaslar Dr. Öğr. Üyesi Gizem HALİS KASAP.....	529
Gemi Kaptanının Türk Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Yetki ve Görevleri ile Hukuki Sorumluluğu Arş. Gör. Dr. Yunus ALHAN	559
Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı Üzerinde Kat Mülkiyeti (Kat İrtifakı) Kurulamamasına Yönelik Sınırlama Üzerine Eleştiri Alper İŞİKAL	613
Vesayet Makamı Motorlu Araç Alımında Engellinin Vergi İstisnasından Yararlanma Hakkını Engellenebilir mi? Enes KARA.....	627

Manevi Tazminat ve Cezalandırma Fonksiyonu

Cansu KULAÇ..... 657

TASHİH

Cilt XI Sayı 2’de Yayımlanan “Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme” İsimli Makaleye İlişkin Tashih

Dr. Yunus ERASLAN 679

CONTENTS

PUBLIC LAW

The Unprecedented Dimension of the European Union's Financial Framework 2021-2027 Prof. Dr. Loic LEVOYER.....	3
Crisis of the Democratic Constitution-Making Theory: Reflections on the Chilean Experience Assoc. Prof. Dr. Ersoy KONTACI	15
The Impact of State-Corporate Relations on Law in Cyberspace Assoc. Prof. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN	45
The Role of the International Law on the Struggle of the Global Climate Crisis and Ecocide Crime Asst. Prof. Dr. Erdi ŞAFAK - Assoc. Prof. Dr. Yeter TABUR	83
Hannah Arendt'in Anayurt Kavramı ve Onun Demokratik Hukuk Devletindeki Uzlaştırıcılığı Asst. Prof. Dr. Ali DEMİR.....	115
Tue Burden of Proof in Actions for Annulment Asst. Prof. Dr. Ahmet Ziya ÇALIŞKAN	159
The Legality and the Results of the Assignment by Proxy Asst. Prof. Dr. Selman Sacit BOZ.....	191
Can Illegality Related to the Valuation Commission be Evaluated in the Annulment Case of Expropriation? Asst. Prof. Dr. Gözde ÜLKER.....	217
The Separation of Powers, Freedom and Judicial Power in Montesquieu's Thought Asst. Prof. Dr. Rıdvan DEĞİRMENCİ	239
Determining the Legal Character of the Right of Passage within the Scope of International Law: An Evaluation Based on the Example of the Nakhchivan Autonomous Republic Asst. Prof. Dr. Sezercan BEKTAŞ.....	259
Open Government Data and Its Relationship with the Right to Information Asst. Prof. Dr. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN.....	301
Political Party Dissolutions in Turkey and the European Court of Human Rights' Approach Emirhan HAZNEDAR.....	339

An Investigation on Nietzsche’s Conception of Law Serdar KOÇAK	359
PRIVATE LAW	
Thoughts After the Earthquake: A Comparative Analysis of Turkish and English Law on the Impact of Force Majeur in the Laytime and Demurrages Foreseen in Voyage Charterparties Asst. Prof. Dr. Banu BOZKURT	381
Fundamental Opinions in the Doctrine and the Legal Nature of the Right on Domain Names and Domain Names under the Turkish Positive Law Asst. Prof. Dr. Şerafettin EKİCİ	409
Form of Mining Rights Transfer Agreements Asst. Prof. Dr. Agah Kürşat KARAUZ	431
Comparative with Source Swiss Law Regarding the Birth of the Broker’s Right to Fees Specific Situations Asst. Prof. Dr. Alper ÖZBOYACI	447
Company for Shareholders’ Sake or Society’s Sake? Thoughts on the Compatibility of Companies’ Field of Operations and Corporate Social Responsibility Activities Asst. Prof. Dr. Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	485
The Land Registry Officer’s Ex Officio Deletion and Rectification Authority in Turkish Law Asst. Prof. Dr. Numan TEKELİOĞLU	503
General Principles on Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements Asst. Prof. Dr. Gizem HALİS KASAP	529
Authorities and Duties and Legal Liability of the Shipmaster According to the Turkish Commercial Code Res. Asst. Dr. Yunus ALHAN	559
Criticism on Restriction Regarding the Establishment of Condominium (Construction Servitude) on the Right of Construction Established for Tourism Purposes on Public Lands Alper İŞİKAL	613
Can the Guardianship Authority Prevent the Disabled Person’s Right to Benefit from Tax Exemption in the Purchase of Motor Vehicles? Enes KARA	627

Punitive Function within the Scope of Non-Pecuniary Damage**Cansu KULAÇ**..... 657**CORRECTION****The Correction Regarding the Artikel Titled “An Examination on the Procedure of Joining Cases in the Turkish Administrative Jurisdiction System” Published in Vol. XI Issue 2.****Dr. Yunus ERASLAN** 679

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

LA DIMENSION INEDITE DU CADRE FINANCIER 2021-2027 DE L'UNION EUROPEENNE(*)

Prof. Dr. Loïc LEVOYER(**)

Résumé

Le cadre financier pluriannuel 2021-2027 de l'Union européenne (UE) trouve son origine dans les réformes des finances publiques de l'UE à partir de 1988. La programmation budgétaire pluriannuelle est la conséquence des limites du principe d'annualité budgétaire. Les dépenses européennes sont principalement des dépenses d'intervention. L'établissement de prévisions budgétaires dans un cadre purement annuel n'était pas approprié. Il était nécessaire de répondre à la nature particulière des dépenses de l'UE et de permettre au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen de s'accorder sur les questions budgétaires. L'article 312 du TFUE exige donc l'établissement d'un cadre financier pluriannuel (CFP).

Le CFP 2021-2027 s'inscrit dans la logique des cadres financiers précédents. Toutefois, il va plus loin. D'une part, le cadre financier est enrichi d'un nouvel instrument financier pour lutter contre la crise du Covid-19: le mécanisme de relance et de résilience (RRF). D'autre part, le recours à l'emprunt est une nouvelle extension du cadre financier pluriannuel 2021-2027.

Mots Clés

Union Européenne, Budget Européen, Reprise et Résilience, Covid-19 - Ressources Propres.

THE UNPRECEDENTED DIMENSION OF THE EUROPEAN UNION'S FINANCIAL FRAMEWORK 2021-2027

Abstract

The European Union's (EU) Multiannual Financial Framework 2021-2027 has its origins in the EU's public finance reforms from 1988 onwards. Multiannual budgetary programming is the consequence of the limits of the principle of budgetary annuality. European expenditure is mainly intervention expenditure. Drawing up budgetary forecasts within a purely annual framework was not appropriate. It was necessary to respond to the particular nature of EU expenditure and to allow the Council of the European Union and the European Parliament to agree on budgetary matters. Article 312 TFEU therefore requires the establishment of a multiannual financial framework (MFF).

The 2021-2027 MFF follows the logic of previous financial frameworks. However, it goes further. On the one hand, the financial framework is enriched with a new financial instrument to fight the Covid-19 crisis: the Recovery and Resilience Facility (RRF). On the other hand, the use of borrowing is a new extension of the 2021-2027 multiannual financial framework.

Keywords

European Union, European Budget, Recovery and Resilience, Covid-19 - Own Resources.

(*) Makalenin Dergiyeye Geliş Tarihi: 17.02.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 07.03.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1244203.

(**) Poitiers Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü / Poitiers, Fransa.
E-posta: loic.levoyer@univ-poitiers.fr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1914-0842>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

The European Union's (EU) Multiannual Financial Framework 2021-2027 has its origins in the EU's public finance reforms from 1988 onwards. Multiannual budgetary programming is the consequence of the limits of the principle of budgetary annuality. European expenditure is mainly intervention expenditure. Drawing up budgetary forecasts within a purely annual framework was not appropriate. It was necessary to respond to the particular nature of EU expenditure and to allow the Council of the European Union and the European Parliament to agree on budgetary matters. Article 312 TFEU therefore requires the establishment of a multiannual financial framework (MFF).

The 2021-2027 MFF follows the logic of previous financial frameworks. However, it goes further. On the one hand, the financial framework is enriched with a new financial instrument to fight the Covid-19 crisis: the Recovery and Resilience Facility (RRF). On the other hand, the use of borrowing is a new extension of the 2021-2027 multiannual financial framework.

I. The Recovery and Resilience Facility: the flagship of the 2021-2027 Multiannual Financial Framework

With the "Recovery and Resilience Facility (RRF)", the Multiannual Financial Framework 2021-2027 takes on a new dimension. The objective of the RRF is to repair the immediate economic and social damage caused by Covid-19. In order to benefit from it, Member States must develop "national recovery and resilience plans". They must establish a coherent set of reforms and investment projects to be implemented by 2026. These plans must be directly linked to the Commission's priorities and deliver concrete benefits to the economy and citizens across the EU.

With the RRF, in addition to the previous MFF programmes, the EU has the means to respond to the economic and social consequences of the Covid-19 epidemic. With the RRF, the EU can also help Member States to take direct account of European priorities.

II. Recourse to borrowing: the unprecedented extension of the 2021-2027 multiannual financial framework

In addition to the Multiannual Financial Framework (MFF) on "expenditure", the European Union's own resources decision (DRP) lays down the rules on "revenue" for the European Union budget. The 2021-2027 MFF has been extended by a new Own Resources Decision. This decision allows, for the first time, the use of borrowing. This is a major development for the European Union. This development extends the multiannual financial framework beyond its term (in 2027) because of the need to repay it until 2050. Borrowing also extends the 2021-2027 MFF in the sense that it opens the way for a financing modality that will not necessarily be temporary. With borrowing, the European Union has a new means to deepen or develop new policies. With the energy crisis linked to the war in Ukraine, recourse to borrowing may once again be necessary.

INTRODUCTION

Le cadre financier pluriannuel 2021-2027 de l'Union européenne (UE) trouve son origine dans le vaste processus de réformes des finances publiques de l'UE entamé à partir de 1988. La programmation budgétaire pluriannuelle s'est imposée en raison du caractère inapproprié du respect des exigences classiques du principe de l'annualité budgétaire aux dépenses européennes dont la quasi-totalité sont des dépenses d'intervention. L'élaboration de prévisions budgétaires dans un cadre uniquement annuel risquait non seulement de ne pas répondre à la nature particulière des dépenses de l'Union européenne mais également d'offrir aux deux branches de l'autorité budgétaire (le Conseil et le Parlement) une occasion supplémentaire de s'affronter de manière répétitive. C'est pour répondre à la logique d'une gestion budgétaire pluriannuelle que l'article 312 du traité FUE a imposé la détermination d'un cadre financier pluriannuel (CFP).

Pour l'Union européenne, le recours au cadre financier pluriannuel est obligatoire. C'est une contrainte budgétaire impérative qui s'impose au Conseil comme au Parlement. Non seulement, le budget européen doit, en application de l'article 312 § 1 TFUE, le respecter mais encore toutes les catégories d'actes de l'UE. Depuis le Conseil européen d'Edimbourg des 11-12 décembre 1992 la durée du cadre financier pluriannuel est de sept ans.

Avec ce cadre financier pluriannuel les deux branches de l'autorité budgétaire sont contraintes de respecter des plafonds annuels de dépenses arrêtés d'un commun accord sur plusieurs années tout en conservant la possibilité de fixer au sein d'un budget annuel les recettes et les dépenses. Les plafonds annuels de crédits sont doubles¹. Ils concernent d'une part les crédits pour engagements et d'autre part les crédits pour paiements. Les catégories de dépenses doivent être en nombre limité afin de conserver à ces perspectives financières leur caractère de prévision et de ne pas préempter pour l'avenir les dépenses. L'objectif recherché est avant tout celui de la maîtrise des dépenses.

Les négociations pour l'adoption des cadres financiers pluriannuels sont souvent longues et difficiles compte tenu des enjeux qui y sont attachés. Le cadre financier pluriannuel 2021-2027 n'a pas fait exception à la règle. Il a été arrêté après plus de deux ans de négociations qui ont été marquées deux événements majeurs: le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et la crise sanitaire de la COVID-19.

Si le cadre financier pluriannuel 2021-2027 s'inscrit dans la logique de ses prédécesseurs, l'accord trouvé au Conseil européen des 17 et 21 juillet 2020 a toutefois une portée supplémentaire par rapport aux programmations budgétaires précédentes. Compte tenu des nécessités de réponse à la crise sanitaire de la Covid-19, le CFP se transforme en un instrument de stabilisation macroéconomique en s'enrichissant d'un nouvel instrument financier de relance: la facilité pour la reprise et la résilience (FRR). Cet instrument intégré dans un pacte «Next Generation EU» est un facteur d'innovation importante de la programmation budgétaire européenne car il est articulé avec une décision ressources propres 2020 qui consacre l'emprunt comme nouvelle ressource de l'UE. L'emprunt constitue ainsi un prolongement inédit du cadre financier pluriannuel 2021-2027.

I. La facilité pour la reprise et la résilience: l'emblème du cadre financier pluriannuel 2021-2027

Avec l'instrument «la facilité pour la reprise et la résilience (FRR)», le cadre financier pluriannuel 2021-2027 prend une dimension inédite. Cet instrument a pour objectif de réparer les dommages économiques et sociaux immédiats causés

¹ Art. 311 et 312 TFUE.

par la Covid-19. Pour en bénéficier, les Etats membres doivent élaborer des «plans nationaux pour la reprise et la résilience» établissant un ensemble cohérent de réformes et de projets d'investissements mis en œuvre d'ici 2026. Ces plans doivent être en lien direct avec les priorités de la Commission et apporter des bénéfices concrets à l'économie et aux citoyens dans l'ensemble de l'UE.

Avec la FRR, en complément des programmes du CFP antérieur, l'Union européenne dispose ainsi des moyens de répondre aux conséquences économiques et sociales de la pandémie de Covid-19 mais également de favoriser, la prise en compte directe par les Etats membres des priorités européennes.

A. Une réponse directe aux conséquences économiques et sociales de la pandémie de Covid-19

Aux termes d'après négociations lors du Conseil européen des 17 au 21 juillet 2020 les Etats membres ont réussi à adopter le cadre financier pluriannuel en trouvant un compromis à propos d'un «socle» de dépenses fixé à 1 074,3 Md€2018 en crédits d'engagement à comparer aux 960 milliards d'euros pour la période 2014-2020. Cette solution s'écarte de la proposition initiale de la Commission européenne qui, en mai 2018, proposait de porter le montant du CFP à 1308 Md€courants, soit à 1,14% du revenu national brut (RNB) de l'Union européenne à 27. Ce montant visait à compenser la perte de la contribution nette britannique couplée à une diminution des budgets alloués à la PAC et à la politique régionale en contrepartie de financement de nouvelles politiques jugées prioritaires (gestion des migrations, lutte contre le changement climatique, etc.). Le Parlement européen avait refusé que le financement de ces nouvelles ambitions se fasse au détriment des politiques traditionnelles de l'UE. La position des euro-députés n'aura pas été sans effet puisqu'aux 1074,3 Md€2018² s'est ajoutée une enveloppe supplémentaire de 16 Md€2018 tirés des amendes infligés par l'UE dans le but de financer une revalorisation des programmes Erasmus + (mobilité étudiante), EU4Health (santé) et Horizon Europe (recherche).

Il n'en reste pas moins qu'avec la facilité pour la reprise et la résilience le cadre financier pluriannuel 2021-2027 prend une dimension inédite afin de lutter contre les conséquences économiques et sociales de l'épidémie de la Covid-19. L'objectif de la FRR consiste à réparer les dommages économiques et sociaux immédiats causés par la Covid-19. Cet instrument réunit l'ensemble des prêts de l'instrument de relance³ ainsi que les subventions aux États membres qui ne transitent pas par les-autres programmes du-CFP⁴.

² CFP adopté par le Parlement européen par 548 voix pour, 81 contre et 66 abstentions.

³ Pour un montant total de 360 milliards d'euros.

⁴ Pour un montant total de 312,5 milliards d'euros sur les 390 milliards d'euros dédiés aux subventions et garanties.

L'accord trouvé au Conseil européen des 17 au 21 juillet 2020 à propos du CPF concentre les crédits sur la FRR, dédiée à la relance, au détriment des programmes structurels classiques davantage centrés sur la convergence économique. C'est une évolution par rapport à la proposition initiale de la Commission européenne. L'instrument de relance concrétise ainsi l'ambition ancienne de doter la zone euro d'un mécanisme de stabilisation macroéconomique face aux chocs économiques asymétriques. A la différence de l'«instrument budgétaire pour la convergence et la compétitivité» de la zone euro, l'instrument Next Generation EU conserve un caractère strictement temporaire. Il est assorti de «verrous» juridiques et politiques interdisant une évolution vers un mécanisme permanent. Le recours à l'article 122 du TFUE comme base juridique de l'emprunt limite sa pérennisation. Seule la présence d'une situation de crise exceptionnelle peut permettre d'y recourir. Le recours à la décision ressources propres pour encadrer le montant de l'emprunt, sa finalité et sa date d'extinction en constitue le second.

B. Une incitation à la prise en compte directe par les Etats membres des priorités européennes

Le champ d'application de la facilité pour la reprise et la résilience (FRR) inscrite dans la dynamique du CFP 2021-2027 a comme objectif de promouvoir six domaines d'action d'importance européenne. Ces domaines sont structurés en six piliers: la transition verte; la transformation numérique; la croissance intelligente, durable et inclusive, y compris la cohésion économique, l'emploi, la productivité, la compétitivité, la recherche, le développement et l'innovation, ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur, avec des PME solides; la cohésion sociale et territoriale; la santé et la résilience économique, sociale et institutionnelle dans le but, entre autres, d'augmenter la préparation aux crises et la capacité de réaction aux crises; les politiques pour la prochaine génération, les enfants et les jeunes, tels que l'éducation et les compétences. Le champ d'application de la FRR apparaît ainsi particulièrement large.

Au-delà l'atténuation des conséquences sociales et économiques de la crise de la Covid-19, les objectifs recherchés par la FRR sont clairs: il s'agit d'une part de promouvoir la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union par l'amélioration de la résilience, de la préparation aux crises et de la capacité d'ajustement des États membres; il s'agit d'autre part d'améliorer le potentiel de croissance des Etats membres par, en particulier pour les femmes, par la contribution à la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux, par le soutien à la transition verte et par la participation à la réalisation des objectifs climatiques de l'Union à l'horizon 2030. Sur ce dernier point, l'objectif recherché par l'Union européenne est la neutralité climatique de l'Union à l'horizon 2050 en contribuant ainsi au rétablissement et à la promotion de la croissance durable, notamment par le soutien à la création d'emplois de grande qualité et à l'autonomie

stratégique de l'Union parallèlement à une économie ouverte et génératrice d'une valeur ajoutée européenne.

L'ambition portée par la FRR est donc grande. C'est la raison pour laquelle, la facilité a pour objectif spécifique d'apporter aux États membres un soutien financier en vue d'atteindre les jalons et cibles des réformes et des investissements que prévoient leurs plans pour la reprise et la résilience. Cet objectif spécifique est poursuivi en coopération étroite et transparente avec les États membres concernés.

Avec la FRR, l'Union européenne dispose des moyens faire mieux prendre par les Etats membres ses priorités. Si le soutien financier apporté aux Etats membres au titre de la facilité ne remplace pas, sauf dans des cas dûment justifiés, les dépenses budgétaires nationales récurrentes et respecte le principe d'additionnalité des financements de l'Union, le dispositif de mise en œuvre nécessite l'élaboration par les Etats membres de «plans nationaux» supervisés par l'Union européenne. Pour bénéficier des fonds de la FRR, les Etats membres doivent, en effet, élaborer des «-plans nationaux pour la reprise et la résilience-» établissant un ensemble cohérent de réformes et de projets d'investissements mis en œuvre d'ici 2026. Ces plans énoncent le programme de réforme et d'investissement de l'État membre concerné. Les plans pour la reprise et la résilience qui sont éligibles à un financement au titre de la FRR comprennent des mesures en vue de la mise en oeuvre de réformes et d'investissements publics dans le cadre d'un train de mesures complet et cohérent, qui peut également inclure des programmes publics destinés à encourager l'investissement privé. Ces plans doivent être en lien direct avec les priorités de la Commission et apporter des bénéfices concrets à l'économie et aux citoyens dans l'ensemble de l'UE. L'objectif est de garantir une reprise durable et inclusive favorisant les transitions écologique et numérique.

Ces plans doivent être dûment motivés et justifiés. Ils doivent contenir une explication sur la manière d'apporter une réponse complète et adéquatement équilibrée à la situation économique et sociale de l'État membre. Ils doivent permettre de mesurer comment les Etats contribuent à relever efficacement l'ensemble ou une partie non négligeable des défis des six piliers en tenant compte de leurs spécificités propres. Le renforcement du potentiel de croissance, la création d'emplois et la résilience économique, sociale et institutionnelle des Etats sollicitant la FRR doivent également être explicités. Un contrôle est aussi opéré sur l'absence de préjudice important que pourrait causer le plan national aux objectifs environnementaux au sens de l'article 17 du règlement (UE) 2020/852. De même, la justification de la manière dont les mesures prévues dans le plan pour la reprise et la résilience sont censées contribuer à la transition verte, y compris la biodiversité, ou à relever les défis qui en découlent doivent être données. La contribution du plan national à la transition numérique est un impératif.

Ces plans sont par conséquent dûment évalués par la Commission européenne. Ils comprennent un minimum de 37% des dépenses en faveur de la transition écologique et 20% en faveur de la digitalisation de la société. Sur proposition de la Commission européenne, ils sont approuvés par le Conseil à la majorité qualifiée. L'évaluation positive des demandes de paiement est subordonnée au respect satisfaisant des objectifs intermédiaires et finaux correspondants. Le suivi précis de l'utilisation des fonds est par conséquent un élément clef, exigé par l'Union européenne et surveillé par les Etats membres. La conditionnalité applicable au versement des fonds structurels est ainsi transposée pour le bénéfice des subventions du plan de relance au respect de l'exigence d'un compte-rendu fiable de l'exécution budgétaire, conformément à des objectifs précis prédéfinis. Cette exigence conduit l'Union européenne à assurer un regard supplémentaire sur la gestion publique des Etats membres.

Il convient aussi d'avoir à l'esprit que le soutien financier de la FRR est conditionné à une bonne gouvernance économique. Conformément à l'article 10 du règlement relatif à la FRR, *«la Commission présente au Conseil une proposition visant à suspendre tout ou partie des engagements ou des paiements lorsque le Conseil décide (...) qu'un Etat membre n'a pas engagé d'actions suivies d'effets pour corriger son déficit excessif, à moins qu'il n'ait constaté l'existence d'une grave récession économique dans l'ensemble de l'Union au sens de l'article 3, paragraphe 5, et de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil»*.

L'incitation à la prise en compte directe des priorités européennes par les Etats membres apparait ainsi renforcée par la création de la facilité pour la reprise et la résilience dans le cadre de la programmation budgétaire pluriannuelle 2021-2027. C'est pour la commission européenne une possibilité indirecte d'accroître la surveillance budgétaire de l'ensemble des Etats membres, qu'ils soient membres ou non de la zone euro.

II. Le recours à l'emprunt: le prolongement inédit du cadre financier pluriannuel 2021-2027

En complément du cadre financier pluriannuel (CFP) consacré aux «dépenses», la décision ressources propres de l'Union européenne (DRP) établit les règles relatives au volet «recettes» du budget de l'Union européenne. Le CFP 2021-2027 a été prolongé par une décision ressources propres inédites dans le sens où elle a autorisé, pour la première fois, le recours à l'emprunt pour le financement de l'économie. C'est un changement significatif car jusque-là l'emprunt n'était mobilisé uniquement pour financer des mesures essentiellement d'assistance ponctuelle aux États⁵ à l'instar du soutien aux balances des paiements

⁵ Voir A. Potteau, «Le budget de l'UE à la croisée des chemins. Une crise sanitaire puis économique révélatrice et inspiratrice», *RTD Eur.*, 2020/3, pp. 567-592.

du règlement (CE) n° 332/2002, du mécanisme européen de stabilisation financière ou encore de l'assistance macro-financière aux pays tiers⁶. Avec la décision ressources propres 2020, l'emprunt devient un instrument de politique économique en finançant l'économie à long terme mobilisant un volume financier inédit (750 milliards d'euros empruntés entre 2021 et 2026). C'est une évolution considérable pour l'Union européenne qui prolonge le CFP en raison de la nécessité de son remboursement au-delà du terme du cadre financier (en 2027) mais également en ce qu'il entrouvre la voie à une modalité de financement qui ne sera pas forcément temporaire. Avec l'emprunt, que la crise énergétique liée à la guerre en Ukraine va peut-être nécessiter d'étendre, l'Union européenne dispose d'un nouveau moyen propice à approfondir ou à développer de nouvelles politiques.

A. L'emprunt: une autorisation complémentaire du cadre financier pluriannuel 2021-2027

Reprenant pour partie la décision de 2014⁷, la nouvelle décision ressources propres de l'UE, du 14 décembre 2020, ne restructure pas l'ensemble du système des ressources propres mais apporte une innovation majeure: le recours à l'emprunt dans une perspective de soutien à l'économie. L'article 5 de la décision habilite en effet la Commission européenne à emprunter au nom de l'UE des fonds sur les marchés de capitaux à hauteur de 750 milliards d'euros d'ici à 2026, dont 360 milliards d'euros pour fournir des prêts et 390 milliards d'euros pour des subventions⁸. Ce recours à l'emprunt reste strictement encadré.

L'article 5 de la DRP précise l'objet et la temporalité de l'emprunt de 750 milliards d'euros. Cet emprunt doit être uniquement réalisé pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire. L'article 4 de la DRP interdit également à l'UE d'utiliser les fonds levés «*pour le financement de dépenses opérationnelles*». Le remboursement du capital et des intérêts est à la charge du budget de l'Union européenne. Le remboursement du capital, à hauteur d'un maximum de 7,5% par an (soit 29,3 Md€2018), ne débutera qu'à partir de 2028 et s'achèvera au plus tard en 2058. La limitation annuelle du montant remboursable de capital vise à préserver les Etats membres au titre des sommes appelables sur la base d'un amortissement linéaire des emprunts contractés.

L'emprunt est utilisé par l'Union européenne dans une logique de stabilisation macroéconomique. L'autorisation exceptionnelle d'emprunt est assortie d'un relèvement temporaire -jusqu'au 31 décembre 2058- de 0,6% du revenu national

⁶ Rapport sur les activités d'emprunt et de prêt de l'Union européenne en 2016, 23 novembre 2017, COM(2017)682, pp. 3-8.

⁷ Décision 2014/335/UE, op. cit.

⁸ L'emprunt s'effectue aux prix de 2018. Les montants sont ajustés sur la base d'une inflation de 2% par an. Aucun nouvel emprunt net ne doit intervenir après 2026.

brut (RNB) des plafonds de crédits d'engagement et de paiement pour garantir que l'Union puisse faire face à ses obligations en toutes circonstances. Cette augmentation spécifique des plafonds s'ajoute à celle, permanente, de 0,2% du RNB pour tenir compte de sa contraction en raison du départ du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la crise économique liée à la COVID-19. Si les crédits autorisés, inscrits au budget, ne sont pas suffisants pour satisfaire aux obligations résultantes du recours à l'emprunt ou si un Etat membre n'honore pas ses engagements, l'article 9 autorise alors, en dernier ressort, la Commission à les faire contribuer. Un montant maximum correspondant à leur part du plafond des ressources propres temporairement relevé (soit 0,6% du RNB) peut ainsi être appelé.

B. L'emprunt: une innovation au-delà du cadre financier pluriannuel 2021-2027?

La décision du recours à l'emprunt dans le but de soutenir l'économie des Etats membres de l'Union européenne constitue une innovation qui emportera des conséquences au-delà de la temporalité du cadre financier pluriannuel 2021-2027 dès lors qu'il est prévu que le remboursement du capital s'achèvera au plus tard en 2058.

Mais au-delà de ces conséquences pour l'avenir, propre à la logique même de l'emprunt, le recours à l'emprunt pose la question des modalités de son remboursement, avec la question sous-jacente, de la création de nouvelles ressources propres, ainsi que celle éventuelle de sa généralisation pour faire face aux nouvelles crises à venir, notamment énergétiques, en raison de la situation en Ukraine.

La décision ressources propres accompagne l'autorisation exceptionnelle d'emprunt d'un relèvement temporaire des plafonds de crédits d'engagement et de paiement. Ce relèvement vise à garantir à l'Union européenne les moyens financiers nécessaires au remboursement des emprunts. Contrairement aux États membres, l'UE ne peut pas, en effet, s'appuyer sur une augmentation de prélèvements obligatoires pour rembourser ses emprunts. Les plafonds de crédits d'engagement et de paiement ont par conséquent été «temporairement relevés de 0,6 point de pourcentage»⁹. Il s'agit d'une part de respecter le principe de discipline budgétaire¹⁰ et d'autre part de veiller à ce que l'Union puisse s'acquitter de ses obligations financières envers des tiers. L'article 9 de la DRP offre à cet égard des garanties à la Commission européenne en disposant de la possibilité de faire contribuer de manière supplémentaire les Etats membres. Dans l'hypothèse d'un manque de recettes, liée à l'absence ou non d'adoption de nouvelles

⁹ Commission européenne, «Questions - Réponses: Next Generation EU - Construction juridique», 9 juin 2020.

¹⁰ Art. 310 du TFUE § 4.

ressources propres, le remboursement des subventions sera calculé sur la base de la part de chaque État membre dans le revenu national brut total de l'Union européenne. Cette part s'ajoutera aux contributions nationales habituelles. *In fine*, cette solution devrait inciter les États membres à développer de nouvelles ressources propres. Seule l'introduction de nouvelles ressources permettra en effet de soulager les budgets nationaux. A défaut, les budgets des États membres, via la ressource RNB, se retrouveront en première ligne pour rembourser le plan de relance.

L'adoption de nouvelles ressources propres par les États membres, au-delà du cadre financier pluriannuel 2021-2027, apparaît ainsi comme une incitation forte. Plusieurs pistes ont été évoquées, sans qu'aucune d'entre elles n'aient encore fait consensus.

Un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières a été évoqué, de même qu'une redevance numérique ou encore une ressource fondée sur le système d'échange de quotas d'émission. L'idée d'une taxe sur les transactions financières ou encore d'une contribution financière liée au secteur des entreprises ou d'une nouvelle assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (Accis) ont également été avancée. Parmi cet ensemble, la ressource fondée sur le système d'échange des quotas d'émissions carbone apparaît sans doute, à l'heure actuelle, la plus pertinente. Le système d'échange a l'avantage d'exister déjà et de pouvoir bénéficier d'un bon rendement. Qui plus est, une telle ressource serait cohérente avec l'objectif de neutralité carbone de l'Union européenne à l'horizon 2050. De façon complémentaire, le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières pourrait à terme s'imposer dès lors que le différentiel de prix entre l'Union européenne et les pays tiers est appelé à s'accroître. Cette ressource aurait, en outre, l'avantage de correspondre à la philosophie du Pacte vert pour l'Europe en constituant un levier d'action de la politique commerciale de l'Union européenne. Elle a surtout l'intérêt de ne pas se substituer à des recettes existantes des États membres. Elle ne peut prendre sens qu'à une vaste échelle territoriale. Ainsi, la perspective d'assumer le remboursement du plan de relance uniquement par les contributions nationales pourrait conduire à accélérer l'adoption d'une nouvelle ressource fondée sur le système d'échange des quotas d'émissions carbone -ou de toute autre ressource propre- afin de trouver des ressources pour rembourser les emprunts.

La question de la pérennisation d'un dispositif de recours à l'emprunt, au-delà du soutien économique lié à la crise sanitaire de la Covid-19 et de la période actée par la DRP, se pose naturellement à tout observateur du fonctionnement de l'Union européenne. Plus largement, c'est le maintien du recours à un instrument financier, qui pourrait s'analyser comme un pas supplémentaire vers un modèle fédéral, qui ne manque pas d'interroger. A cet égard, le choix de l'article 122 du

TFUE comme base juridique du recours à l'emprunt est significatif. Il conduit à ce que l'instrument de relance européen puisse difficilement être pérennisé puisque seule une situation de crise exceptionnelle peut justifier sa mise en œuvre ... sauf à ce que les circonstances exceptionnelles s'enchaînent. La décision ressources propres encadre d'ailleurs strictement à la fois le montant, la finalité et la temporalité de l'emprunt. Il ne sera donc pas possible sans réviser la décision ressources propres d'en changer le plafond, l'objet ou la date d'extinction. L'instrument de relance européen demeure temporaire et l'emprunt n'a pas d'autres finalités que son financement. Tout recours supplémentaire à l'emprunt nécessitera donc l'adoption d'une nouvelle décision ressources propres ou son amendement. La nécessité de l'unanimité au Conseil et l'approbation par chacun des États membres de la décision, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, devraient constituer un verrou politique réel contre une évolution silencieuse vers l'instauration d'un mécanisme permanent. L'aval nécessaire des Parlements nationaux limite, a priori, toute propension vers un fédéralisme rampant. Ce verrou doit-il pour autant interdire toute réflexion autour de la généralisation de l'emprunt comme ressource permanente de l'Union européenne ou plus pragmatiquement comme la ressource exceptionnelle pour faire face à une crise majeure ? La crise en Ukraine n'offrirait-elle pas le cadre à une extension du recours à l'emprunt au sujet d'une crise énergétique et économique qui touchera l'ensemble des États-membres à des degrés divers ? A plusieurs égards, les conséquences de la situation en Ukraine pour les économies des États membres de l'Union européenne peuvent être rapprochées de celle de la crise sanitaire de la Covid-19. Il y a ici un facteur de ressemblance entre les conséquences économiques et sociales des crises sanitaires et ukrainienne qui pourrait être favorable à ce que la même solution soit retenue pour y faire face. Faut-il redouter un recours à l'emprunt, plus systématique, comme amortisseur de crise ? Au-delà de cette utilisation de l'emprunt ne doit-on pas considérer que le surplus d'investissements réalisés grâce à ce financement constituera à terme un atout décisif pour l'Union européenne dans la compétition économique mondiale ? Il faut l'espérer. Cette situation pourrait être alors de nature à généraliser l'emprunt si les moyens pour le rembourser sont trouvés.

DEMOKRATİK ANAYASA YAPIMI TEORİSİNİN KRİZİ: ŞİLİ DENEYİMİ VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ^(*)

Doç. Dr. Ersoy KONTACI^(**)

Öz

Demokratik anayasa yapımı teorisi, bir anayasanın toplumsal meşruiyetinin ve uzun ömürlü olabilmesinin sağlanması için anayasa yapım sürecine halkın doğrudan ve dolaylı araçlarla katılımının ve süreç üzerinde belirleyici etki sahibi olmasının önemine vurgu yapmaktadır. Bu yaklaşım, bir yandan da anayasa yapım sürecine katılım yoluyla toplumsal yarımaların azalacağını, insanların ortak bir gelecek ülküsü çerçevesinde bir araya gelmelerinin kolaylaşacağını savunmaktadır. Bu teorinin son yıllarda en etkili biçimde test edildiği örnek, Şili'dir. Uzun yıllar süren otoriter bir yönetimin ardından demokrasiye geçiş yapan Şili'de, özel olarak seçilmiş bir Kurucu Meclis önderliğinde, son yılların en şeffaf ve katılımcı anayasa yapım süreci yürütülmüştür. Buna karşın, çok yakın bir zamanda yapılan halkoylamasında bu sürecin ürünü olan anayasa taslağının büyük bir çoğunlukla reddedildiği görülmektedir. Bu durum, Şili'deki anayasal gelişmeler açısından olduğu kadar, demokratik anayasa yapım teorisi açısından da ciddi bir kriz durumuna işaret etmektedir. Bu çalışmada, Şili örneğinde yaşanan gelişmeler mercek altına alınmakta ve gözlemlenen sorunlar; katılımcı anayasa yapım sürecinde *katılım* sorunları, katılımcı anayasa yapım sürecinde *kapsayıcılık* sorunları, katılımcı anayasa yapım sürecinin *anayasa metnine olumsuz yansımaları* ve katılımcı anayasa yapım sürecinde *medya ve iletişim süreçleri* başlıkları altında, dört ayrı kısım halinde incelenmektedir. Buradan hareketle, demokratik anayasa yapımı teorisinin temel tespit ve varsayımları Şili deneyimine ilişkin gözlemler ışığında test edilmekte ve teorisinin, hukukun *tümevarımcı* ve siyaset biliminin *tümdengelimci* yöntemleriyle bakıldığında karmaşık sonuçlar ürettiği ifade edilmektedir. Bu tespiti destekleyebilmek için de demokratik anayasa yapım teorisinin yalnızca 19. yüzyıl anayasacılığı bakımından değil, 20. ve 21. yüzyıllarda görülen anayasa yapım süreçleri açısından da mutlak geçerlilik iddiası bulunmadığı, örneklerle ortaya konulmakta ve teorisinin değeri ve açıklayıcı gücünün "ihtimalilik" (*contingency*) kavramı üzerinden tartışılması gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anayasa Yapımı, Şili, Katılım, Meşruiyet, Kriz, İhtimalilik.

CRISIS OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTION-MAKING THEORY: REFLECTIONS ON THE CHILEAN EXPERIENCE

Abstract

Democratic constitution-making theory emphasizes the importance of direct and indirect participation of the people in the constitution-making process and maintains that the decisive influence of the people would most probably ensure the social legitimacy and longevity of a constitution. In addition, the theory argues that participation in such process would bring about a gradual decrease in the prevailing social cleavages and promote a common future ideal for each member of the society. Chile stands out as the most recent proving ground of this theory in recent years. As a matter of fact, the country has experienced a highly transparent and participatory constitution-making process via a constituent

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 25.10.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 07.11.2022,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1194204.

^(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Ankara, Türkiye.
E-posta: ersoykontaci@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9643-4801>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

assembly, following the transition to democracy after long years of authoritarian rule. However, to many observers' surprise, the draft constitution was rejected by a landslide majority. This represents not only a political crisis in Chile, but also a moment of crisis for the democratic constitution-making theory. In this study, the recent developments in Chile are scrutinized and the potential deficiencies of the process-oriented constitution-making are discussed under four sections namely, problems of *participation* and *inclusiveness*, negative reflections of the participatory constitution-making process *on the constitution*, and the *media and communication aspect* of such process. Finally, fundamental assumptions of the democratic constitution-making theory are tested in the light of Chilean experience, and it is stated that the theory produces somewhat inconsistent results as seen through the lenses of the *inductive method* of legal studies and the *deductive method* of political science. Realizing that the theory fails to provide an absolute explanatory power on the 19th century constitutionalism, as well as several constitution-making experiments of the 20th and 21st centuries, "contingency" approach is proposed to support the validity of the theory.

Keywords

Constitution-Making, Chile, Participation, Legitimacy, Crisis, Contingency.

Extended Abstract

Constitutions are unique documents of the legal universe, having both legal and political functions. The political function is generally defined as the ideological core of the constitutions which, generally, is set during the constitution-making process. Classical constitutional law literature has explained this process by reference to "primary constituent power" doctrine. However helpful that may be, it still misses the "constitution-making" part of the process by putting primary emphasis on the emergence and socio-political dynamics of the primary constitutive power.

Democratic constitution-making theory, having emerged during the last quarter of the 20th century, attempts at filling this gap by emphasizing the importance of direct and indirect participation of the people in the constitution-making process and maintains that the decisive influence of the people would most probably ensure the social legitimacy and longevity of a constitution. In addition, the theory argues that participation in such process would bring about a gradual decrease in the prevailing social cleavages and promote a common future ideal for each member of the society. Other methods of constitutive-making process are defined as *imposed constitutions*, either domestically or by a foreign power, lacking the will of the people and thus mostly doomed to failure in the long run. The theory, in its purest form, envisages the full participation of the citizens that would lead to unanimous decisions on constitutional choices. However, in practice, forms of representation take the place of full participation, whereas the majority rule replaces unanimity ideal. However, certain direct and indirect methods of citizen participation are still maintained to support the democratic element in the constitution-making process as much as possible.

Chile stands out as the most recent proving ground of this theory in recent years. As a matter of fact, the Country experienced a highly transparent and participatory constitution-making process via a constituent assembly, following the transition to democracy after long years of authoritarian rule under *Pinochet* regime, the former military dictator of the Country who took power after a *coup d'état* in 1973. The recent democratic constitution-making process in Chile stated with the protests against the Government and its neo-liberal policies in Santiago and other big cities in 2019 and resulted in referendum where almost %80 of the participants voted in favor of a new constitution to be drafted by a directly elected constitution assembly. This constituent assembly was one of a kind, which was based on absolute gender equality, had reserved seats for indigenous peoples of Chile, dominated by young activists and leaders of street protests and supported by many individuals in the society. However, to many observers' surprise, the draft constitution, which was prepared after almost a year's work, was rejected by a landslide majority on September 4th, 2022. This represents not only a political crisis in Chile, but also a moment of crisis for the democratic constitution-making theory.

In this study, the recent developments in Chile are scrutinized and the potential deficiencies of the process-oriented constitution-making are discussed under four sections namely, problems of *participation* and *inclusiveness*, negative reflections of the participatory constitution-making process *on the constitution*, and the *media and communication aspect* of such process. Finally, fundamental assumptions of the democratic constitution-making theory are tested in the light of Chilean experience, and it is stated that the theory produces somewhat inconsistent results as seen through the lenses of the *inductive method* of legal studies and the *deductive method* of political science. Realizing that the theory fails to provide an absolute explanatory power on the 19th century constitutionalism, as well as several constitution-making experiments of the 20th and 21st centuries, "contingency" approach is proposed to support the validity of the theory.

GİRİŞ

Demokratik anayasa yapımı teorisi, halkın anayasa yapım sürecine doğrudan ve dolaylı yollarla katılımının sonucu olarak; ortaya çıkacak anayasa metninin toplumsal meşruiyetinin güçleneceği, böylece daha uzun ömürlü anayasalara sahip olma ihtimalinin artacağı ve son tahlilde demokratik karakteri güçlü anayasalar ile toplumsal ve siyasî çatışmaların çözümüne katkı sağlanabileceği gibi bazı temel varsayımlar üzerinde yükselmektedir. Dahası, süreç odaklı bu yaklaşımın temel varsayımları arasında; anayasa yapım sürecine katılımın mevcut toplumsal yarılmalarda kademeli bir azalmaya yol açacağı ve tüm bireylerin ortak bir gelecek ülküsü etrafında bir araya gelmesinin kolaylaşacağı gibi hususların da sayılması mümkündür.

Şili, 1973 yılında gerçekleşen askeri darbenin ardından iktidara gelen General Pinochet liderliğinde uzun yıllar süren bir otoriter yönetime sahne olmuş; 1988 yılından itibaren ise zorluklarla dolu ve oldukça parçalı bir demokrasiye geçiş deneyimi yaşamıştır. Ülke'nin bir diğer özelliği ise, son yıllarda demokratik anayasa yapımı teorisinin test edildiği en dikkat çekici örneklerden biri olmasıdır. Gerçekten, Ülke'de uzun yıllardan beri devam eden tartışmaların ardından, en son 2019 yılında başlayan protestoların da etkisiyle, son derece şeffaf ve katılımcı bir anayasa yapım sürecinin hayata geçirildiği görülmektedir. Gerçekten, 25 Ekim 2020 tarihinde yapılan halkoylamasına katılan seçmenlerin yaklaşık %80'inin desteklediği ve genç aktivistler ile sokak protestolarının liderlerinin egemen olduğu, mutlak cinsiyet eşitliğine dayanan ve Şili'nin yerli halklarının da temsil edildiği bir "Kurucu Meclis" eliyle yürütülen bu süreç, tüm dünyada ilgi ile izlenen bir deneyim halini almıştır. Ne var ki, Kurucu Meclis tarafından neredeyse bir yıllık bir çalışmanın ardından hazırlanan ve pek çok gözlemci tarafından *son derece ilerici bir anayasa* olarak tanımlanan taslak, 4 Eylül 2022 tarihinde düzenlenen halkoylamasında, seçmenlerin ezici bir çoğunluğu tarafından reddedilmiştir. İlerleyen sayfalarda tartışılacağı üzere bu durum, yalnızca Şili'ye özgü bir siyasî kriz anını değil, ama aynı zamanda demokratik anayasa yapım teorisinin de bir kriz anını temsil etmektedir.

Şili'de yaşanan bütün bu gelişmeleri mercek altına alabilmek için, bu çalışmada anayasaların hukukî ve siyasî işlevlerinden asli kuruculuk olgusuna, oradan da demokratik anayasa yapım teorisinin temel tespit ve kabullerine uzanan bir hazırlayıcı çerçeve kullanılmaktadır. Takip eden adımdaysa, Şili'de süreç odaklı anayasa yapımının başarısızlığına yol açan faktörler; *katılım* ve *kapsayıcılık* sorunları, *katılımcı anayasa yapım sürecinin anayasa metnine olumsuz yansımaları* ve *medya ve iletişim boyutları* olarak dört başlık altında incelenmektedir. Son tahlilde ise, demokratik anayasa yapım teorisinin temel varsayımları Şili deneyimi ışığında test edilmekte ve teorisinin bilimsel geçerliliğini açıklayabilmek için destekleyici bir kavramsal çerçeve önerisi sunulmaktadır.

I. ANAYASALARIN HUKUKÎ VE SİYASÎ İŞLEVLERİ

Anayasalar, modern hukuk evreninde yer alan tüm normlar arasında, tüm boyutlarıyla anlaşılması ve kavranması en zor metinler olarak nitelenebilir. Zira anayasalar, bir yandan devletin temel organlarının kuruluşunu, örgütlenişini, görevlerini ve birbirleriyle olan ilişkilerini, diğer yandansa devlet ile vatandaşlar/bireyler arasındaki hak, özgürlük ve sorumluluk ilişkilerini düzenleyen temel hukuk metinleridir. Ancak, anayasaların tüm boyutlarıyla anlaşılması ve kavranmasının güçlüğü, yalnızca anayasaların bu karmaşık *hukukî* boyutlarından da kaynaklanmamaktadır. Gerçekten de anayasalar, yalnızca teknik bazı hukukî sorunlara teknik hukukî çözümler getirme iddiası taşıyan metinler olmayıp; aynı zamanda devletin şekliinden dinin toplumdaki statüsüne, vatandaşlığın kapsamından ülkede geçerli olacak ekonomik sisteme kadar çok sayıda temel *siyasî* tercihin de somutlaştığı belgeler niteliği taşımaktadır.

Anayasaların bu çok boyutlu yapısına dikkat çeken öncü isimlerden olan Ivo Duchacec¹, anayasaların temel *hukukî işlevinin*, sahip oldukları “üstün norm” niteliğinden kaynaklandığını belirtmekte ve anayasaların, hukuk sistemindeki diğer tüm normların geçerliliklerini borçlu olduğu bir “normatif pınar”² (*normative fountain*) olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda anayasalar, hukuk sistemindeki tüm normların temel dayanak noktası olarak kabul edilmektedir. Yazar’a göre, anayasaların ikinci bir *hukukî işlevi* ise, bunların birer “siyasî iktidar haritası” (*power map*) olmasıdır. Bu yönleriyle anayasalar, bir yandan siyasî iktidarın oluşumu, örgütlenmesi, denetlenmesi ve el değiştirmesine ilişkin usul ve esasları, diğer yandan da toplumsal güç odakları ile temel devlet organları arasındaki ilişkileri düzenleme ve açıklama gücüne sahip metinler olarak öne çıkmaktadır.

Duchacec, anayasaların *siyasî işlevleri* bağlamında ise, bunların her şeyden önce birer “siyasî manifesto” (*political manifest*) olduklarını belirtmektedir. Yazar’ın bu ifadeyle anlatmak istediği şey; anayasaların, ait oldukları ülkenin (veya en azından, anayasayı yapma iktidarını elinde bulunduran toplum kesimleri ve/veya siyasî elitlerin) temel siyasî tercih ve değerlerini, kolektif hafızada iz bırakan korku ve travmaları, tarihten süzülüp gelen deneyimleri ve nihayetinde toplumun ortak (olması istenen) arzu ve hayallerini içeren belgeler olduklarıdır.

Anayasaların sahip olduğu bu farklı işlevler, alana ilişkin çalışmalar yürüten gözlemciler açısından da kapsamlı bir değerlendirme ihtiyacını ortaya çı-

¹ Ivo D. Duchacek, “Constitution/Constitutionalism”, *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde (Vernon Bogdanor, editör), (London: Blackwell 1991), 142. Ayrıca bkz. Ivo D. Duchacek, *Power Maps: Comparative Politics of Constitutions*, (Santa Barbara: ABC-Clio 1973). Anayasalara hukukî ve siyasî yaklaşım hakkında daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Levent Gönenç, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International 2002), 4-8.

² Kavramın nasıl Türkçe’ye çevrilebileceğine ilişkin tartışmalar konusunda bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2021), 68, dn. 94.

karmaktadır. Gerçekten, bir ülkenin anayasal tercih ve değerlerinin tam olarak anlaşılabilmesi için, ilgili anayasanın, hukukî ve siyasî işlevleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse, anayasaların “normatif pınar” ve özellikle de “siyasî iktidar haritası” olma niteliklerinin tam olarak açıklanabilmesi için, öncelikle anayasanın ortaya koyduğu “siyasî manifesto”nun, yani anayasal değerler sisteminin temel unsurları ile meşru siyaset alanının sınır taşlarının neler olduğunun anlaşılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir çabanın anlamlı bir sonuca varabilmesi için de bakışların öncelikle anayasal değerler sisteminin belirlenmesi anına, yani “asli kurucu iktidar” olgusuna çevirmesi gerekmektedir.

II. ANAYASAL DEĞERLERİN BELİRLENMESİ: ASLİ KURUCU İKTİDAR OLGUSU

Anayasaların hukukî ve siyasî işlevleriyle bir bütün olarak anlaşılabilmesi için, öncelikle anayasaların nasıl ve hangi koşullar altında yapıldığına bakmak gerekmektedir. Zira anayasaların içerdiği ve büyük ölçüde ideolojik nitelik taşıyan temel tercihler, siyaset alanından hukuk düzenine, toplumsal meselelerden kültür hayatına ve hatta çeşitli sembollere kadar çok geniş bir alana yayılmaktadır. Dahası, bu tercihlerin yapılması, genellikle toplumların hayatında çok büyük ve bazen de oldukça sancılı dönüşüm süreçlerinde mümkün olmakta ve bir kez belirlendikten sonra, anılan tercihler, “anayasal değerler” haline dönüşerek³, genellikle değiştirilmesi olağan yasalara göre oldukça güçleştirilmiş veya tümden yasaklanmış maddeler içine gömülmektedir. Bu adımla birlikte anayasal değerler, hem temel hak ve özgürlükler alanında, hem de kurumsal alanda çeşitli etki ve sonuçlar doğuran birer sabite haline almaktadır.

İşte bu durum, anayasaların karakterini belirleyen ve toplumsal ve siyasî yaşamda birer sabite haline dönüşen bu temel tercihlerin yapılma anına, yani *anayasaların ortaya çıkış anına* daha yakında bakmanın haklı gerekçesini oluşturmaktadır. Zira bu aşamada yapılan kimi temel tercihler, bir yandan toplumların yönetim, üretim, korunma ve yeni koşullara uyum süreçlerinde destekleyici ve sorun çözücü dayanak noktaları olarak işlev görebilirken; diğer yandan da çeşitli toplumsal ve siyasal çatışmaların, anayasal değerlere karşı gelişen tepki ve direnişlerin ve sonuç olarak da derinlemesine yarılmaların⁴ katalizörü olabilmektedir.

³ Siyasî tercihler ve anayasal değerler arasındaki ilişki için bkz. Ali Ersoy Kontacı, *Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, (Ankara: Savaş Yayınevi 2016), 9-11.

⁴ “Derinlemesine yarılmalar” hakkında bkz. Douglas W. Rae ve Michael Taylor, *The Analysis of Political Cleavages*, (New Heaven: Yale University Press 1970), 1; Stein Rokkan, “Cleavage Structures and Party Systems”, *State Formation, Nation-Building and Mass Politics in Europe - The Theory of Stein Rokkan içinde*, (Peter Flora, Stein Kuhnle ve Derek Urwin, editör), (Oxford: Oxford University Press 1999), 275-302; Scott C. Flanagan, “Models and Methods of Analysis”, *Crisis, Choice and Change: Historical Studies of Political Development içinde* (Gabriel Almond, editör), (Boston: Little Brown & Company 1973), 64. Toplumsal yarılmaların salt siyasî görüş

Klasik anayasa hukuku literatürü, geleneksel olarak anayasaların *ortaya çıkışı*-ni “asli kurucu iktidar”⁵ olgusu ve kavramı ekseninde tartışa gelmiştir.⁶ Bu kavramlaştırma çerçevesinde asli kurucu iktidar; genellikle olağanüstü toplumsal ve siyasal koşulların sonucunda ortaya çıkan⁷, bir ülkede anayasayı ilk defa veya tümüyle yeni baştan yapma yetkisini *bir biçimde* eline alan ve hem anayasa yapım yöntemi, hem de anayasanın içereceği esaslar konusunda kendisini bağlayan kurallar olmadığı için, hukuken sınırsız nitelikte bir iktidar olarak tanımlanmaktadır. Asli kurucu iktidarın bir diğer özelliği de çoğu durumda, anayasaların karakterini belirleyen temel tercih ve tutumları, çeşitli katılık ölçütleri vasıtasıyla “tali kurucu iktidar” alanının dışına çıkarması veya tali kurucu iktidar yetkisinin kullanımına çeşitli sınırlamalar getirmesidir.⁸ Bu anlamda asli kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasındaki temel farkın; ilkinin “... yöntem ve içerik konusunda herhangi bir pozitif norma bağlı olmaksızın ve bir pozitif normdan yetki almaksızın yeni bir anayasa yapma iktidarı” olması olduğu söylenebilir.⁹ Nitekim, konuya ilişkin literatürde de asli kurucu iktidarı bağlayan asıl sınırların, içinde bulunduğu toplumun *kırmızı çizgilerinden* kaynaklanan “yapılabilirlik” sınırları olduğu ifade edilmekte ve asli kurucu iktidar, esasen *hukuk ötesi* bir olgu olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

Asli kurucu iktidar olgusuna ilişkin bu açıklamalar, anayasal *meselelerin* anayasa *hukukundan* ibaret olmadığını; başka bir ifadeyle, toplumların anaya-

farklılıkları ekseninde oluşması için bkz. Harry Eckstein, *Division and Cohesion in Democracy: A Study of Norway*, (Princeton: Princeton University Press 1966), 33. Toplumsal yarılımların rejim tartışmalarıyla iç içe geçmesi hakkında ayrıca bkz. Hans Daalder, “Parties, Élites and Political Developments in Western Europe, *Political Parties and Political Development içinde* (Joseph G. La Palombara ve Myron Weiner, editör), (Princeton: Princeton University Press 1966), 67-68.

⁵ “Kurucu iktidar” yerine “kurucu otorite” tabirini kullanmayı tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Richard S. Kay, “Kurucu Otorite” (Ozan Ergül, çeviren), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim içinde*, (Ozan Ergül, editör), (Ankara: TBB Yayınları 2011), 56-57.

⁶ Anılan kavrama dair tanım ve yaklaşımlar için bkz. Engin Şahin, *Kurucu İktidar: Politik bir Yaklaşım*, (İstanbul: On iki Levha Yayınları 2013); Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, (Bursa: Ekin Yayınevi 2016); Matilda Arvidsson, Leila Brännström ve Panu Minkkinen, editör, *Constituent Power: Law, Popular Rule and Politics*, (Edingburg: Edinburg University Press 2022).

⁷ Asli kurucu iktidarın doğması için ortaya mutlaka bir “hukuk boşluğu” çıkması gerektiği fikri, dünyadaki çeşitli örneklerden hareketle aşılmıştır. Bu bağlamda, anayasal kurulmuş organların, yeni bir anayasa yapımı konusunda yetkilendirildikleri 1919 Finlandiya, 1874 İsveç ve 1949 Macaristan Anayasalarının yapım süreçleri ile; bizatihi anayasa metinlerinin içinde ali kurucu iktidar yetkisinin tanımladığı İsviçre, Avusturya, İspanya ve Bulgaristan Anayasaları ile Kolombiya, Venezuela, Bolivya ve Ekvator gibi bazı Latin Amerika Anayasaları, bu duruma örnek gösterilebilir. Anılan örnekler ve ilgili açıklamalar için bkz. Korkut Kanadoğlu, “Anayasa Yapma Yetkisi”, *Hukuk DeFTERleri*, Sayı 2 (Temmuz-Ağustos 2016), Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://hukukdeFTERleri.com/sayi-2-anayasa-yapma-yetkisi/>.

⁸ Tali kurucu iktidara getirilen sınırlamalar için bkz. Cem Eroğul, *Anayasayı Değişirme Sorunu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1974); Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değişirme Sorunu*, (Ankara: 1993).

⁹ Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 162. Buna karşın, asli kurucu iktidarın hukuken de sınırlı olduğu yönündeki bir görüş için bkz. AYDIN, s. 338 vd.

¹⁰ Örneğin bkz. Emin Memiş, “Anayasayı Yeniden Yapma ve Değişirme Üzerine Analizler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2010): s. 462.

sal geleceği üzerinden etki doğuran önemli olayların bir bölümünün, hukukun öngördüğü sınır ve usuller çerçevesinde atılan adımlardan ziyade, toplum bilim ve siyaset biliminin konusu olabilecek gelişmeler çerçevesinde yaşadığını hatırlatması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda asli kurucu iktidar olgusu, anayasa hukuku ile diğer sosyal bilimler arasındaki bağlantıların görmezden gelinemeyeceği önemli bir tartışma başlığı olarak öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, *asli kuruculuk olgusuna* ilişkin toplumbilim ve siyaset bilimi temelli bu açıklamalarla yetinilmesi, *asli kuruculuk sürecine* ilişkin incelemelerin eksik kalmasına da yol açabilecektir. Başka bir anlatımla, hangi siyasî ve toplumsal koşulların ürünü olursa olsun, asli kurucu iktidarın yalnızca *ortaya çıkış sürecinin* değil, *anayasa yapım sürecinin* de incelenmesi gerekmektedir.

İşte, çağdaş anayasa hukuku literatüründe 20. yüzyılın son çeyreğinde belirginleşmeye başlayan yeni bir inceleme akımı, tam da bu ihtiyaca cevap verir görünmektedir. Gerçekten de özellikle Yunanistan, İspanya ve Portekiz deneyimleri ile sonrasında Güney Afrika Cumhuriyeti'nde yaşanan demokrasiye geçiş tecrübelerinden hareketle, anayasa hukuku literatüründe *demokratik anayasa yapımı* konusunda yepyeni bir sayfa açılmış bulunmaktadır.¹¹ Bu yeni bakış açısı, Soğuk Savaş sonrasında totaliter sistemden demokrasiye geçiş yapan Eski Sovyet Cumhuriyetleri'nin deneyimleriyle de oldukça zenginleşmiş olup, bugün gelinen noktada, kütüphaneler dolduracak düzeyde bir külliyata erişmiş bulunmaktadır.¹²

III. DEMOKRATİK ANAYASA YAPIMI TEORİSİ

Demokratik anayasa yapımının anahtar kavramı; “halk katılımı”¹³ olarak belirlenebilir.¹⁴ Zira, bilindiği üzere anayasa yapımı, siyaset hayatındaki pek çok

¹¹ Bununla beraber ifade etmek gerekir ki, bilim dünyasının dikkatinin anayasa yapımına yönelmesinin tek sebebi, Avrupa'da demokrasiye geçiş deneyimi yaşayan bu üç Ülke değildir. Gerçekten, dünyada var olan 200 civarı anayasanın yarısından fazlası 20. yüzyılın son çeyreğinde hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Bkz. Vivien Hart, *Democratic Constitution Making*, (United States Institute of Peace Special Report 2003), 2.

¹² Bu konuda sadece Türkçe literatürde yazılmış başlıca monografiler olarak şu eserler hatırlanabilir: Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, (Ankara: Bilgi Yayınevi 1993); Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, (Konya: Mimoza Basım Yayım Dağıtım 2000); Ergun Özbudun ve Ömer Faruk Gençkaya, *Türkiye'de Demokratikleşme ve Anayasa Yapımı Politikası*, (İstanbul: Doğan Kitap 2010); Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Editör, *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, (İstanbul: Metis Yayınları 2012); Semih Batur Kaya, *Katılımcı Anayasa Yapımının Demokratik İlkeleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları 2021).

¹³ “Aktif Statü Hakları”nın, yani *siyasal hakların* veya *katılım haklarının* kullanımı, Avrupa Birliği Vatandaşlarının hâlihazırda ikamet ettikleri diğer Üye Devletlerdeki yerel seçimlerde oy kullanmaları gibi istisnalar hariç, günümüzün tüm demokratik rejimlerinde “vatandaşlık” statüsüne bağlı bir yetkilendirme olarak düzenlenmektedir. Bu yetkilendirmenin, *anayasa yapımı* gibi çok daha önemli bir mesele açısından evleviyetle geçerli olduğuna kuşku yoktur. Bu bağlamda, hukuken anayasa yapım sürecine “vatandaş katılımından” söz etmenin daha doğru olacağı söylenebilir. Buna karşın, bu çalışmada, literatürde daha yerleşik görünen “halk katılımı” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁴ “Katılım” süreçlerinin “kapsayıcılık” unsuru ile de tamamlanması gerektiğini ileri süren bir çalışma için bkz. Serdar Gülener, “Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı, Uzlaş-

alan gibi, esasen *kitlelerden çok siyasî seçkinlerin* eylem alanı olarak tanımlanmaktadır. Buna karşın, demokratik anayasa yapım teorisi tüm demokratik süreçlerde olduğu gibi, anayasa yapım sürecinde de esas olanın, kurucu iradenin asıl sahibi olan halkın sürece katılımı olduğunu kabul etmektedir. Aksi bir yöntemin belirlenmesi halinde ise, karşımıza “dayatma” (empoze) kavramı çıkmakta ve halkın süreçten dışlandığı bir ortamda, anayasa metninin iç veya dış güçler tarafından zorla hayata geçirilmesi olgusuyla karşılaşmaktadır.¹⁵ Bu anlamda demokratik anayasa yapımı teorisinin, anayasaların esasen siyasî seçkinler arası bir uzlaşmanın ürünü olarak görüldüğü *eski anayasacılıktan*, halkın anayasa yapımına varsayımsal değil ama gerçek anlamda katıldığı ve belirleyici olduğu *yeni anayasacılığa* geçiş olarak yorumlanması mümkündür.¹⁶

Anayasa yapım sürecine halkın katılımından söz edildiğinde, ideal olanın “tam katılım” olduğuna kuşku yoktur. Benzer şekilde, ideal bir müzakere sürecinin sonunda “oy birliğine” ulaşılması; yani ortak doğrular konusunda herkesin ikna olması hedeflenebilir. Buna karşın, günümüzde milyonlarca vatandaşın bir araya gelip belli konuları aynı anda müzakere etmesini olanaklı kılabacak fiziksel mekanlar ve iletişim ortamları bulunamadığı açıktır. Durum böyle olunca da yukarıdaki ideallerden belli ölçülerde sapmalar yaşanması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu *zorunlu sapmanın* sonucu olarak, demokratik anayasa yapım teorisindeki ideallerden ilki olan “tam katılım” ilkesi “temsil” olgusuyla; “oybirliği” hedefi ise “çoğunluk” kararlarıyla yer değiştirmektedir.¹⁷

Bununla birlikte, yukarıdaki sapma halinin olduğu şekliyle kabul edilmesi halinde, *demokratik anayasa yapım süreci* ile *demokratik siyaset süreci* arasındaki farkları açıklamak imkânsız hale gelebilecektir. Gerçekten de günümüz demokrasilerinde zaten kural olan; seçim mekanizması aracılığıyla yerel, bölgesel, ulusal ve hatta (Avrupa Birliği Parlamentosu’nda olduğu gibi) ulusüstü düzeylerde siyasal temsil ile, bütün bu platformlarda geçerli olan çoğunluk yöntemiyle karar alma usulüdür. Demokratik anayasa yapım sürecinin özgün yanı ise; bu zorunlu sapma halinin varlığına rağmen, *katılım* ve *oydaşma* yönündeki idealle-

macı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 3 (2011): 201-202.

¹⁵ Jon Elster, “Ways of Constitution Making”, *Democracy’s Victory and Crisis içinde*, (Axel Hadenius, editör), (New York: Cambridge University Press 1997), 125-131.

¹⁶ “Eski” ve “yeni” anayasacılık kavramlarının kullanımı ve ilgili açıklamalar için bkz. Mehmet Murat Öngel, *Demokratik Anayasa Yapım Süreci*, (Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014), 8-37.

¹⁷ Levent Gönenç, *Anayasa Yapımı*, (Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri 2011), 3-4. Bu bağlamda, Türkiye’de 2011 Milletvekili Genel Seçimi’nden kısa bir süre sonra kurulan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu”nun çalışmalarının başarısızlığa uğrama sebeplerinden birinin de, Komisyon’un kabul ettiği çalışma esasları uyarınca, her konuda oybirliği ile karar alma prensibinin benimsenmesi ve bir siyasî partinin dahi Komisyondan çekilmesi halinde bile Komisyonun dağılmış sayılacağına ilişkin hükümler olduğu hakkında bkz. Cem Duran Uzun, “Yeni Anayasa Yapımında Yöntem Arayışları”, *SETA Perspektif* 116 (Kasım 2015): 3-4.

re olabildiğince yaklaşan mekanizmaların da sürece dahil edilmesidir. Başka bir ifadeyle, demokratik anayasa yapımında, *siyasal temsil olgusu* ile *çoğunluk karar usulü* sürecin geneline hâkim olmakta; ancak, halkın sürece doğrudan katılımıyla geniş bir müzakere tabanı oluşturulması için çeşitli katılım usulleri de hayata geçirilmekte; böylece de anayasa yapım sürecinde şeffaflık ve paydaşlık unsurlarının ön plâna çıkarılmasına çalışılmaktadır. Bütün bu sürecin sonunda erişilmek istenen nokta ise; anayasal değer ve kurumların oluşumunda geniş tabanlı bir katılımın etkisiyle ulaşılan yüksek toplumsal meşruiyet¹⁸, anayasal meseleler hakkında bir toplumsal farkındalık ve halkın temel hak ve özgürlüklerini daha etkili bir biçimde güvence altına alınan bir anayasal mimari¹⁹ olarak özetlenmektedir.

Anayasa yapım sürecine halkın katılımını mümkün kılacak mekanizmaların neler olduğuna bakıldığında ise, karşımıza oldukça zengin bir deneyimler dizisi çıkmaktadır. Bu bağlamda karşılaşılan farklı yöntemlerin; “doğudan” ve “dolaylı” katılım araçları olarak sınıflandırılması mümkündür.²⁰

Halkın anayasa yapımına doğrudan katılımını sağlayan araçların en bilinen ve en yaygın olanı; şüphesiz ki halkoylaması (referandum) yöntemidir. Bu yöntem, oy kullanma yeterliliğine sahip tüm vatandaşların, anayasa yapım sürecinin aşamaları veya anayasa taslağı hakkındaki görüşlerini doğrudan doğruya ifade etmesine olanak vermek bakımından oldukça önemli bir imkân sunmaktadır. Bu anlamda, halkoylaması yöntemine genellikle anayasa yapım süreçlerinin sonunda ve hali hazırda ortaya çıkmış bir taslak metnin kabulü aşamasında başvurulduğu gözlemlenmekle birlikte; sürecin herhangi bir aşamasında da halkoylamasına başvurulması mümkündür. Bu anlamda, kurucu organın belirlenmesi, temel ilkelerin saptanması ve sürecin yönetimi gibi farklı aşamalarda halkoylamasıyla devreye sokulabilir. Ne var ki, halkoylaması yönteminin sahip olduğu bütün bu avantajlara rağmen, sürece ilişkin kimi ciddi eleştirilerin de dile getirildiği görülmektedir. Bu anlamda, halkoylaması yönteminde halkın katılımının çoğu durumda toptan bir “evet” veya “hayır” cevabına indirgenmesi, vatandaşların çoğu durumda yeterince bilgi sahibi olmaması ve sürecin bir bütün olarak manipülasyonlara açık olması gibi eleştiriler,

¹⁸ Anayasa yapım sürecine halk katılımı ve meşruiyet arasındaki ilişki hakkında bkz. Şafak Evran Topuzkanamış, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021), 62-66.

¹⁹ Bununla birlikte, demokratik anayasa yapım sürecinin daha geniş bir temel haklar kataloğu yaratılmasına yol açtığı yolundaki görüşlerin, en azından sayısal verilerle doğrulanmadığı da görülmektedir. Örneğin; *Comparative Constitutions Project (CCP)* verilerine göre, demokratik bir süreç ile hazırlanan Güney Afrika Anayasası'nda 60, Arnavutluk Anayasası'nda 75, Uganda Anayasası'nda 69, Eritre Anayasası'nda 53 tane temel hak ve özgürlük varken; yapım sürecinde elitler arası uzlaşımın temel dinamik olduğu Portekiz Anayasası'nda 86, İspanya Anayasası'nda ise 58 tane temel hak ve özgürlük bulunmaktadır. Bkz. CCP Rankings, (<http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>)'ten aktaran ve yorumlayan: Öngel, *Demokratik Anayasa Yapımı*, 129.

²⁰ Zachary Elkins, Tom Ginsburg, ve Justin Blount, “The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval”, *Temple Law Review* 81, No 2 (2008): 363-367.

bu kapsamda sayılabilir.²¹ Ne var ki, halkoylamasına yönelik bütün bu eleştirilere rağmen, anılan yöntemin, hukukî işlevleri yanında sembolik anlam ve işlevleriyle de oldukça önemsenen ve demokratik anayasa yapımında yaygın olarak başvurulan bir yöntem olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Halkın anayasa yapım sürecine doğrudan katılımını mümkün kılan diğer yöntemlere bakıldığında, “görüş toplama” ve “vatandaş meclisleri” gibi uygulamalarla karşılaşılmaktadır. Bu uygulamalardan ilki olan “görüş toplama” yönteminde, genellikle yazılı olarak ve son yıllarda da çeşitli çevrimiçi yöntemlerle²² halktan görüşler toplanmakta ve anayasa taslaklarının yazım sürecinde bunlardan faydalanılacağı belirtilmektedir. Halkın katılımını basit bir “evet” veya “hayır” cevabıyla sınırlamayan ve yaratıcı önerilere de kapı aralayan bu uygulamanın sorunları arasında; bazı hallerde veri gizliliğinin korunmasına ilişkin endişeler ve toplanan görüşlerden ne derecede faydalandığının belli olmaması gibi hususların sayılması mümkündür. “Vatandaş Meclisleri” uygulamasında ise, kura yöntemiyle belirlenen vatandaşlar çeşitli merkezlerde kurulan meclislere davet edilmekte ve anayasal meseleler hakkında yaptıkları detaylı müzakerelerin ardından, ulaştıkları sonuçları ve somut önerileri ilgili otoritelere iletmeleri beklenmektedir.

Halkın anayasa yapım sürecine dolaylı katılımı denildiğinde ise, hiç kuşku yok ki, temsil olgusu²³ ve temsilciler eliyle anayasa yapım süreciyle karşılaşılmaktadır. Bu noktada aslî kuruculuk işlevinin olağan yasama meclisleri eliyle sürdürülmesi, yani hâlihazırda seçilmiş meclisin, yasama ve denetim faaliyetlerine ek olarak, anayasa yapım görevini de üstlenmesi mümkün olabileceği gibi (“kurucu yasama”); sırf bu amaçla bir temsili meclis seçilmesi de mümkündür (“kurucu meclis”)²⁴. Bazı durumlarda, aslen anayasayı hazırlamak için oluş-

²¹ Anılan eleştirilerden bazıları için bkz. Majja Setälä, “On the Problems of Responsibility and Accountability in Referendums”, *European Journal of Political Research* 45, Issue 4 (2006): 699-721; Laurence Morel, “Referendums and Popular Will: The Democratic Criticism of Referendums”, *Participations* 20, Issue 1 (2018): 53-84; Richard Bellamy, “Majority Rule, Compromise and the Democratic Legitimacy of Referendums”, *Swiss Political Science Review* 24, Issue 3 (2018): 312-319; Matt Pqvortrup, “The Perils of Referendums: A Review”, *Irish Studies in International Affairs* 32, No. 2 (2021): 166-178.

²² İnternet tabanlı araçları anayasa yapımında kullanıldığı en dikkat çekici örnek, İzlanda’dadır. Anılan Ülke’de deneyimin ayrıntıları hakkında bkz. Burak Çağ, “Katılımcı Anayasa Yapımı ve İzlanda Örneği”, *Yasama Dergisi* 25 (2013): 71-91; Sinem Yargıç, “Ekonomik Kriz Sonrası Anayasa Yapımı: İzlanda’nın Yeni Anayasa Yapım Süreci”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2014): 47-72.

²³ Temsil kavramı hakkında bkz. Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, (Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1967); Hanna Fenichel Pitkin, “Representation and Democracy: Uneasy Alliance”, *Scandinavian Political Studies* 27, Issue 3 (2004): 335-342; G. Bingham Powell, Jr., “Political Representation in Comparative Politics”, *Annual Review of Political Science* 7 (2014): 273-296; Ian Shapiro, Susan C. Stokes, Elisabeth Jean Wood ve Alexander S. Kirshner, editör, *Political Representation*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

²⁴ Kurucu Meclis yoluyla anayasa yapımında benimsenebilecek yaklaşımlar ve yapılması öngörülen optimal tercihler hakkında bkz. Jon Elster, “The Optimal Design of a Constituent Assembly”, *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms içinde* (Helene Landemore ve Jon Elster, Editör), (Cambridge, Cambridge University Press 2012), 148-172.

turulan bir meclisin, sonradan olağan yasama organı işlevlerini de üstlenerek siyasal hata devam etmesi de söz konusu olabilmektedir (“yasamaya dönüşen kurucu meclis”).²⁵ Bu yöntemlerin hepsinde önemli olan; halkın geniş kesimlerinin olabildiğinde adaletli bir biçimde temsil edildiği bir meclis kompozisyonuna ulaşmaktır. Başka bir ifadeyle, anayasa yapımının salt siyasî seçkinler eliyle yürütülen bir süreç olmaktan çıkıp gerçek anlamda katılımlı bir sürece dönüşebilmesi için, halkın temsilinin de teorik bir bağlantı olmaktan çıkıp gerçek bir ilişki biçimine dönüşmesi gerekmektedir. Bunun için de olabildiğinde düşük bir barajla ve olabildiğince geniş seçim çevreleriyle desteklenen bir nispi temsil sisteminin uygulanması, genellikle önerilen bir yöntem olarak belirlenmektedir.

Sonuç olarak, halkın anayasa yapımına *doğrudan* ve *dolaylı* katılımını sağlamak amacıyla tasarlanmış olan bütün bu yöntemlerin mümkün olduğunda bir arada ve birbirlerinin eksik yönlerini kapatacak şekilde uygulanması, demokratik anayasa yapım teorisi bakımından en arzulanan yaklaşım olarak öne çıkmakta ve böylelikle daha uzun ömürlü olacak, demokratik değerlere yaslanacak ve anayasacılığın temel değerlerini yansıtacak bir anayasa metnine ulaşılacağı varsayılmaktadır.

Bu bağlamda son olarak, demokratik anayasa yapım teorisinin dikkat çektiği hususları tam olarak resmedebilmek için, vurgulanması gereken iki önemli husus daha bulunmaktadır. Bu hususlardan ilki; anayasa yapım süreci öncesinde ve ayrıca sürecin devamı boyunca halkın sürece anlamlı biçimde katılımının sağlamak için gereken hukukî ve siyasî güvence ortamının sağlanmasıdır. Bu anlamda, vatandaşların anayasa yapım sürecinde farklı kaynaklardan haber alabilmeleri, kendi fikirlerini serbestçe ifade edebilmeleri ve ihtiyaç duyabilecekleri her tür siyasal katılım olanağından serbestçe yararlanabilmeleri için gereken mevzuat değişikliklerinin yapılması ve uygulama standartlarının sağlanması büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda önem taşıyan ikinci bir husus da süreç boyunca “çatışmacı” bir üslup yerine “uzlaşmacı” bir üslubun benimsenmesinin teşvik edilmesidir.²⁶ Bu bağlamda, önemli toplumsal güçler arasında köprü vazifesi gören platformların varlığı, uzlaşmayı teşvik eden mekanizmaların bulunması, sivil toplumun etkisi ve medyanın sürece katkısı gibi hususların büyük önem taşıdığına şüphesiz kuşku yoktur.

IV. ŞİLİ’DE DEMOKRATİK ANAYASA YAPIM SÜRECİ

2022 yılı sonu itibarıyla yaklaşık 19 milyonluk bir nüfusa sahip Şili; Arjantin, Bolivya ve Peru ile komşu olup; Güney Amerika Kıtası’nın batı yakası

²⁵ Tom Ginsburg, Zachary Elkins ve Justin Blount, “Does the Process of Constitution Making Matter?”, *Annual Review of Law and Social Science* 5, No. 1 (2009)’dan aktaran: Gönenç, *Anayasa Yapımı*, 18-19.

²⁶ Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde*, 116-117.

boyunca Pasifik Okyanusu'na paralel olarak uzanmaktadır. Ülke'de, 20. yüzyılın başlarından itibaren güçlü bir gelenek inşa eden sol, 1969 yılında kurulan *Unidad Popular* koalisyonunun seçim zaferiyle zirveye çıkmış ve Koalisyon adayı Salvador Allende, 1970 yılında Başkan seçilerek göreve başlamıştır. Göreve geldikten sonra sosyalist bir ekonomik plân izlemeye başlayan Allende, 1973 tarihinde General Augusto Pinochet liderliğindeki bir askeri darbe neticesinde devrilmiş ve hayatını kaybetmiştir. Pinochet ve arkadaşları, darbe girişimlerinin başarıya ulaşmasının ardından Ülke'de askeri bir dikta rejimi kurmuştur. Darbeden 8 yıl sonra ise, 11 Eylül 1980'de yapılan halkoylamasında kabul edilen yeni anayasa ile otoriter rejim kurumsallaşmış ve kişisel nitelikleri oldukça belirgin bir askeri idare yerleşik hale gelmiştir.²⁷

Ülke'de, oldukça çalkantılı geçen yılların ve askeri dikta rejimine karşı verilen ciddi mücadelelerin ardından, 1988 yılında düzenlenen referandum sonucunda, Pinochet görevi bırakmak zorunda kalmıştır. 1989 yılındaysa iktidar ve muhalefet bloğu arasında yapılan anlaşma neticesinde, 1980 Anayasası'nın 54 maddesi değiştirilerek, sınırlı bir demokrasiye geçiş süreci yaşanmıştır. Bu kapsamlı anayasa değişikliklerinden 1 yıl sonra ise, 1989 yılında yapılan seçimler neticesinde ağırlıklı olarak sol partilerden oluşan bir iktidar, uzun yıllar süren askeri diktanın ardından Ülke yönetimi devralmıştır.

1989 yılıyla birlikte başlayan bu yeni dönem, Pinochet sonrası Şili deneyimi ile Sovyet Sonrası dönemde demokrasiye geçiş tecrübesi yaşayan Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'nin deneyimleri arasında belirgin bir ayrım doğmasına sahne olmuştur. Gerçekten, Şili'de demokratik olarak seçilmiş Başkan Patricio Aylwin'in göreve gelmesinin ardından eski rejim unsurlarının siyaset sahnesinden silinmesi ve sorumluların yargı önünde hesap vermesi yerine, Pinochet'in ordu, polis ve yargı kurumları üzerindeki etki ve kısmi kontrolünü sürdürmesi nedeniyle adeta *eksik bir demokratikleşme süreci* yaşanmıştır. Kimilerince "uzun (bitmeyen) bir demokrasiye geçiş süreci" (*long transition*)²⁸ olarak da adlandırılan bu eksikliğin en önemli sonucu, Pinochet Anayasası'nın, 1989 yapılan tüm değişikliklere rağmen, neo-liberal ekonomik perspektifi kurumsallaştıran, seçilmiş siyasetçilerinin hareket alanını daraltan ve çoğunluk karşıtı kurumlar olarak çalışması öngörülen

²⁷ Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde*, 55. Buna karşın, Pinochet döneminde gücün tek bir kişinin elinde kişiselleşmiş olduğu yolundaki görüşün eleştirisi için bkz. Robert Barros, "Personalization and Institutional Constraints: Pinochet, the Military Junta, and the 1980 Constitution", *Latin American Politics and Society* 43, Issue 1 (2001): 5-28. 1980 Anayasası'nın orijinal halinin çok ayrıntılı bir tahlili için ayrıca bkz. Robert Barros, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, (Cambridge: Cambridge University Press 2004). Dönemin ve rejimin genel bir tahlili için bkz. Mary Helen Spooner, *Soldiers in a Narrow Land, The Pinochet Regime in Chile*, (Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1999).

²⁸ Vergara, Camilia, *Burying Pinochet*, Politics, 12.01.2021 (<https://newleftreview.org/sidecar/posts/burying-pinochet>).

çeşitli “veto makamlarının” (*veto players*)²⁹ sistem üzerindeki kontrolünü devam ettiren özünü muhafaza etmiş olmasıdır. Nitekim 2000’li yılların başından günümüze uzanan 20 küsur yıllık süreçte de Şili’de demokratikleşme adımları ile ciddi ekonomik krizler; gelir adaletsizliği kaynaklı çatışmalarla anayasa tartışmaları bir arada var olmaya devam etmiştir. Ne var ki, Ülke’de bütün bu dönem boyunca etkin olan sol partiler ve demokratikleşme yanlısı diğer toplumsal güçler, Pinochet döneminin mirası olan ve ancak 2015’te kısmen değiştirilebilen kendine özgü bir seçim sisteminin³⁰ ve anayasa değişikliğini son derece güçleştiren diğer bazı düzenlemelerin³¹ de etkisiyle, 1980 Anayasası’nda arzu ettikleri değişiklikleri gerçekleştirecek güce bir türlü ulaşamamışlardır.

Bütün bu olumsuz koşullara rağmen, Şili’de tümüyle demokratik yeni bir anayasa yapılması yönündeki toplumsal talep ve siyasî çabalar da hiçbir zaman gündemden düşmemiştir. Nitekim, bu kapsamda görülen en somut adımlardan biri de 2013 yılında atılmış ve başkanlık seçimlerinde yarışan dokuz adaydan yedisinin anayasa değişikliğini kampanya sözü olarak dile getirmesi³² bu konuda yeni bir başlangıcın katalizörü olmuştur. Seçimin ardındansa, 2018 yılına kadar görevde kalan Sosyalist Başkan Michelle Bachelet önderliğinde yerel ve ulusal düzeyde yüzbinlerce kişinin katıldığı toplantılar düzenlenmiş ve bir uzmanlar heyeti eliyle demokratik bir anayasa taslağı hazırlanmıştır. Ancak, son aşamalarında şeffaf olmayan bir yöntemle doğru evrilen sürecin sonunda, anayasa taslağının onay için kongreye sunulması 2018 seçimleri ile aynı zamana denk gelmiş ve seçimde muhafazakâr aday olan Sebastián Piñera’nın başkan seçilmesiyle birlikte bu girişim başarısızlığa uğramıştır.³³

²⁹ “Veto makamları” hakkında bkz. George Tsebelis, “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, *British Journal of Political Science* 25, Issue 3 (1995): 289-325; George Tsebelis, *Veto Players, How Institutions Work*, (Princeton: Princeton University Press 2002).

³⁰ Şili’de uygulanan seçim sistemi hakkında bkz. Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde*, 128-130.

³¹ Seçim sistemine ek olarak, şu üç unsurun da 1980 Anayasası’nın aşırı ölçüde katılaştırıcı faktörler olarak değerlendirilmesi mümkündür: Anayasada temellendirilen “organik anayasal kanunların” (*leyes orgánicas constitucionales*), ilgili birçok alana ilişkin yasama faaliyeti bakımından 4/7 nitelikli çoğunluk oranını dayatması; Anayasa Mahkemesi’ne yasama faaliyetinin incelenmesine ilişkin (yasama süreci sırasında ve sonrasında) kapsamlı yetkiler verilmesi ve anayasa değişikliği için gereken nitelikli çoğunluk oranlarının 2/3 ve 3/5 olarak belirlenmesi. Bkz. Francisca Moya ve Marco Goldoni, “Bir Kez Daha, Gelmekte Olanın Laboratuvarı: Şili’deki Toplumsal Protestolar Neden 1980 Anayasasına Karşı Çıkıyor?” (Ulaş Karadağ, Çeviren), *Vira Verita*, 24.12.2020, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://viraverita.org/yazilar/bir-kez-daha-gelmekte-olanin-laboratuvarisilideki-toplumsal-protestolar-neden-1980>.

³² Oya Yeğen, “Şili’de Yeni Anayasa Sözü: 1980 Anayasası ve Temel Sorunları”, *Anayasa Günlüğü*, 19.11.2019, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://anayasagundemi.com/2019/11/19/forum-dr-oya-yegen-silide-yeni-anayasa-sozu-1980-anayasasi-ve-temel-sorunlari/>.

³³ Mehmet Botan Kayhan, “Demokratik Anayasa Yapımı Örneği Olarak Şili”, *Birikim*, 03.05.2021, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://birikimdergisi.com/guncel/10587/demokratik-anayasa-yapimi-ornegi-olarak-sili>.

Ne var ki, Piñera'nın başkanlık makamına oturmasından bir yıl sonra, 2019 yılında Başkent Santiago'da ulaşım ücretlerine yapılan 30 Sent tutarında bir zamla alevlenen ve aslen Piñera'nın neoliberal ekonomi politikalarını hedef alan geniş çaplı gösteriler, yeni bir anayasa talebini bir kez Şili'de ana gündem maddesi haline getirmiştir. Gerçekten “mesele 30 sent değil, 30 sene” (*no son 30 pesos, son 30 años*) sloganıyla başlayan ve pek çok yere yayılan sokak gösterileri, mevcut sisteme sosyal adalet temelli bir karşı çıkış üretirken; Şili deneyiminin özgün bir yanı olarak yaşadıkları sorunlardan doğrudan 1980 Anayasası'nı sorumlu tutan kitleler³⁴, Kongre'den 15 Kasım 2019 tarihinde yeni bir anayasa yapımı konusunda bir halkoylaması düzenlenmesi kararını çıkarmayı başarmıştır. Bu karar, aynı zamanda, Şili'de demokratik anayasa yapım teorisinin bugüne kadarki en görkemli örneklerinden birini oluşturan bir anayasa yapım sürecinin de başlangıcı olmuştur.

Araya giren Covid-19 salgını nedeniyle ancak 25 Ekim 2020 tarihinde yapılan halkoylamasında, halka son derece anlamlı iki soru sorulmuştur. Bu sorulardan ilki, halkın yeni bir anayasa isteyip istemediğini; ikincisi ise, anayasayı yapmakla görevli organın oluşumu hakkında ne düşündüklerini konu almaktaydı. Bu ikinci sorunun somutlaştırılması için de halka iki seçenek sunuluyordu: Bu seçeneklerin ilkinde yarısı görevdeki milletvekillerinden, kalan yarısı da halk tarafından seçilecek üyelerden oluşacak 172 kişilik bir “Karma Anayasa Konvansiyonu” (*Convención Mixta Constitucional*) kurulmasını öngörürken; ikinci seçekte ise cinsiyet eşitliğine dayalı olarak doğrudan halk tarafından seçilen üyelerden oluşacak 155 kişilik bir “Anayasa Konvansiyonu” (*Convención Constitucional*) öneriliyordu. Sonuçta, referandumda kullanılan toplam geçerli oyların %78,28'i “yeni anayasa” fikrini desteklerken; oyların %79'unu alan “Anayasa Konvansiyonu” seçeneği de, yeni anayasayı hazırlayacak organ olarak belirleniyordu.

Anayasa Konvansiyonu için yapılan ve aralarında oyuncular, yazarlar, aktivistler, siyasetçiler, televizyon sunucuları ve modellerin de bulunduğu³⁵ 1.373 kişinin aday olduğu ve bağımsız adayların da siyasî partiler kadar seçilme şansı olabilmesi için özel bir seçim usulü öngörülen seçimlerde, iktidardaki Devlet Başkanı Sebastian Pinera'nın başını çektiği merkez sağ “Haydi Şili” (*Chile Vamos*) Koalisyonu'nun desteklediği adaylar 37 sandalye kazanırken; 2019 sokak gösterilerinin öncülerinden oluşan “Halkın Listesi” (*La Lista del Pueblo*) büyük bir sürpriz yaparak 26 sandalye; sol koalisyon “Onuru Tercih Et” (*Apruebo Dignidad*) 28 sandalye ve ciddi bir kayıp yasalar da, “Koalisyon” (*Concertación* veya *Concertación de Partidos por la Democracia*) adayları 25 sandalye kazan-

³⁴ Kayhan, *Demokratik Anayasa Yapımı Örneği Olarak Şili*.

³⁵ “Şili'de Pinochet döneminden kalma anayasa nasıl yeniden yazılacak?”, *BBC Türkçe*, 17.05.2021, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-57147398>.

dı. Bu haliyle solun ciddi bir ağırlık kazandığı³⁶ Konvansiyon'da ilginç bir boyut; geleneksel sosyal demokrat ve sosyalist partilerin de ortaya çıkan kompozisyona tam olarak hâkim olmamaları ve "liberal" (feminist, yeşil, etnik kimlikçi vb.) hareketlerin baskın hâle gelmesiydi.³⁷ Temsilcilere daha yakından bir bakış ise; bunların 103 tanesinin bağımsızlar arasında kabul edildiğini ve bu grubun içinden 40 temsilcinin çeşitli siyasî partiler tarafından desteklenseler de, sonuçta büyük ölçüde bağımsız davranacaklarının beklenmesiydi.³⁸ Bütün bu çeşitliliğe ilaveten 17 sandalyenin Şili'nin yerli halklarına ayrıldığı, seçilenlerin yaş ortalamasının 45 olduğu Konvansiyon'da LGBTI kimlikleriyle öne çıkan ez az 6 temsilci de yer alırken, kadın-erkek eşitliği bakımından da daha önce hiç görülmemiş bir seviyeye ulaşılmıştı: 78 erkek ve 77 kadın.³⁹ Bu görünümüyle Konvansiyon, o dönemde sıkça tekrarlanan ifadeyle, "herkesin evi" (*La Casa de Todos*) sıfatını gerçekten hak ediyordu.

Anayasa taslağının hazırlanmasında kullanılan yöntemler de, demokratik anayasa yapımı teorisi bakımından göz kamaştırıcı nitelikteydi. Gerçekten, daha ilk adımda halktan, yerli halklardan ve Kurucu Meclis üyelerinden gelecek dilekçe, talep ve tekliflerle zenginleşecek bir birikimle komisyonlar aşamasına geçilmesi; burada kabul edilecek metnin Genel Kurul'da oylanması öngörülmüştü. Bu aşamadan sonra uzmanlardan oluşacak ve aslen hukuk dili ve tekniği bakımından sorumluluk üstlenecek bir "Uyum Komisyonu" (*Comisión de Armonización*) çalışmalarını yürütecek; sonrasında tekrar Genel Kurul'da oylanacak metin, nihai aşamadaysa halkoyuna sunulacaktı. Oldukça iyi yapılandırılmış bu süreç boyunca sağlanan halk katılımı da dikkate değer boyuttaydı. Gerçekten, anayasa çalışmaları boyunca 154.000 vatandaşın katıldığı 16.000 halk toplantısı düzenlenirken; 980.000 kişi de anayasa taleplerini meclise ilettiler.⁴⁰

Sonuçta, ortaya çıkan Anayasa Taslağı, pek çok gözlemciye göre dünyanın en ileri anayasa metinlerinden biri olma niteliğini taşıyordu. Gerçekten, özellikle

³⁶ Richard M. Sanders, "Chile's Constitutional Convention: A Bumpy Start, Much Work Ahead", *Wilson Center Latin American Program*, 2021, s. 4, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/Chile's%20Constitutional%20Convention_A%20Bumpy%20Start%2C%20Much%20Work%20Ahead.pdf.

³⁷ Tolga Şirin, "Şili'de Yeni Anayasa Taslağı: Halk İstediydi, Halk Reddetti", *T24*, 06.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/sili-de-yeni-anayasa-taslagi-halk-istedi-halk-reddetti,36606>.

³⁸ Javier Couso, "Chile Elects its Constitution-Making Body: The Potential and Risks of a Fragmented Convention", *ConstitutionNet*, 31.05.2021, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://constitutionnet.org/news/chile-elects-its-constitution-making-body-potential-and-risks-fragmented-convention>.

³⁹ Marcela Ríos Tobar, "Chile's Constitutional Convention: A Triumph of Inclusion", *UNDP*, 03.06.2021, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.undp.org/latin-america/blog/chiles-constitutional-convention-triumph-inclusion>.

⁴⁰ Yunus Emre Erdölen, "Ne Türkiye'ye Ne Şili'ye Kısmet: Demokratik Yeni Anayasa", *Serbestiyet*, 05.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://serbestiyet.com/gunun-yazilari/ne-turkiyeye-ne-siliye-kismet-demokratik-yeni-anayasa-102610/>.

temel haklar kataloğuyla göz dolduran taslakta, doğaya ve hayvanlara hak sahipliği getiriliyor, doğa için ulusal su ajansı veya doğanın koruyucusu kurumlar kuruluyor, pek çok yarı-doğrudan demokrasi aracı öngörülüyor, yürütme içinde bağımsız idari otoriteler öne çıkarılıyor, yolsuzluk sorununa karşı özel hükümler bulunuyor ve yerli halklara dair güvenceler getiriliyordu.⁴¹

Özetle, Şili'deki anayasa yapım deneyimi, demokratik anayasa yapım teorisine değer verenler açısından tam bir entelektüel zirve niteliği taşıyordu: Gölgesi giderek uzaklaşan baskıcı bir rejimin “anayasal farkındalık” yaratıcı etkisi, halkın geniş kesimlerini temsil eden, cinsiyet eşitliğine dayanan ve yerleşik düzenin partilerinden arındırılmış bir kurucu meclis, gençlerin ve *siyasette kirlenmemiş* kişilerin başını çektiği bir siyasal hareketlilik ve sonuçta, neredeyse eşsiz bir temel haklar kataloğu ile taçlandırılmış, dünyanın en ilerici anayasası. Başka bir ifadeyle; teorinin sunduğu denkleme oturtulduğunda başarısız olması ihtimali bulunmayan muhteşem bir formül!

Ne var ki, 4 Eylül 2022 günü yapılan halkoylamasında, Şili Halkı'nın, toplam geçerli oyların %60'ından fazlasıyla yeni anayasaya “Hayır” demesi, kendisine büyük umutlar bağlanan anayasa yapım sürecinin ve Şili'nin yeni anayasa hayalinin -en azından şimdilik- büyük bir hayal kırıklığıyla sonuçlanmasına neden oldu. Gerçekten, anılan sonuçların ortaya çıkmasıyla birlikte, Kurucu Meclis tarafından hazırlanan anayasa taslağı tümüyle gündemden düşerken, Şili'de katılımcı bir yaklaşımla hazırlanacak yeni bir anayasa fikrine inanmış ve sürecin farklı aşamalarına da dahil olmuş toplum kesimleri açısından büyük bir belirsizlik döneminin kapıları açılmış oldu. Gerçekten, Ülke'de yeni bir Kurucu Meclis seçimiyle yeniden bir anayasa taslağı yazma sürecine girilmesi, daha önce reddedilen Karma Anayasa Konvansiyonu önerisinin tekrar gündeme gelmesi, Kongre'nin anayasa hazırlık sürecini devralması veya bir uzmanlar komitesi eliyle mevcut metnin yenilenmesi gibi seçenekler tartışılırken⁴², bundan sonra atılacak adımlara ilişkin yol haritasının henüz netleşmiş olduğundan söz etmekse mümkün görünmemektedir.

V. ŞİLİ'DE YAŞANAN KRİZİN NEDENLERİ

Şili'de yeni anayasa taslağının reddedilmesinin ardında yatan sebeplerin neler olduğu, Ülke içinde ve dışında halen tartışılmakta olan bir konudur. Bu anlamda, sürecin tüm siyasî, toplumsal, tarihsel ve ekonomik boyutlarıyla eksiksiz bir analizinin yapılması için daha çok süreye ve düşünmeye ihtiyaç olacağı da söylenebilir. Bu anlamda, Şili'de toplumsal hafızada iz bırakan travmaların, sorun hegemonya kurma iddiasının ve bu konudaki başarısızlığının, Ülke'de devam eden gelir dağılımı sorunları ile büyük şehirler ve taşra arasındaki siyasî ve kül-

⁴¹ Şirin, *Şili'de Yeni Anayasa Taslağı*.

⁴² John Polga-Hecimovich, “Scenarios in Chile after a Failed Constitution”, *Politics*, 24.10.2022, Erişim Tarihi: Kasım 3, 2022, <https://www.gisreportsonline.com/r/chile-constitution/>.

türel bölünmeler gibi daha pek çok şeyin bir arada değerlendirileceği çok boyutlu analizlere ihtiyaç duyulduğu açıktır. Bu anlamda, elimizdeki makalenin kapsamı içinde bütün bu analizlerin yapılmasının, hem kapsam hem de ihtiyaç duyulacak uzmanlıklar itibarıyla mümkün olamayacağı açıktır.

Öte yandan, Şili deneyiminin demokratik anayasa yapım teorisinin temel bazı varsayımları bakımından incelenmesinde de anayasa hukuku alanındaki tartışmaların seyri bakımından büyük fayda olacağı söylenebilir. Bu bağlamda, aşağıda yer alan ve katılımcı anayasa yapım sürecindeki *katılım* ve *kapsayıcılık* sorunlarından katılımcı anayasa yapım sürecinin *anayasa metnine olumsuz yansımalarına*, oradan da *medya ve iletişim süreçlerine* uzanan değerlendirmeler, Şili'deki gelişmelerin bu yönden tartışılmasına ve benzer deneyimler kapsamında dikkate alınabilecek birtakım sonuçlara ulaşılmasına katkıda bulunmak amacıyla kaleme alınmıştır.

A. KATILIMCI ANAYASA YAPIM SÜRECİNDE KATILIM SORUNLARI

Şili'deki anayasa yapım sürecinin başarısızlığa uğramasına neden olan faktörlerin başında, ironik olarak, yine “katılım” olgusu gelmektedir. Hem anayasa yapım sürecinin başında hem de son aşamasında halkoylamasına yer verilen, sırf bu amaçla seçilmiş bir kurucu meclisin öncülüğünde yürütülen ve ayrıca halkın her aşamada görüşleriyle katılımının sağlandığı bir anayasa yapım süreci için bu tespitin yapılması, ilk başta şaşırtıcı görünebilir. Ancak, süreçteki katılım boyutunun eksikliğini görmek için bakılması gereken nokta; 2019-2022 yılları arasında yapılan dört oy verme pratiğine (anayasa yapım sürecini başlatan halkoylamasına, kurucu meclis seçimine, bu döneme denk gelen başkanlık seçimine ve nihai anayasa halkoylamasına) katılım sayı ve oranları arasındaki fark ile buna etki eden anayasal çerçevedeki değişikliklerdir.

Şili'de 2012 yılında seçilmelerde oy kullanma zorunluluğu kaldırılmasına karşın seçmen listelerine yazılmanın zorunlu hale getirilmesi, katılım bağlamında paradoksal bir sonuç doğurdu. Gerçekten, anılan değişikliklerle birlikte Ülke'de seçmen sayısı yaklaşık iki kat (8 milyondan 13 milyona)⁴³ artarken, oy kullanan kişi sayısında bir artış olmayınca seçimlere katılım oranları %50'lerin altına kadar düşmüş oldu. 2020'de ilk defa yapılan yerel seçimlerdeki katılım oranının %20'nin altına düşmesinin ardından 2021 yılının Haziran ayında oy vermenin yeniden zorunlu hale getirilmesi ve oy kullanmayanlar için 180 Euro gibi oldukça yüksek bir para cezasının öngörülmesi, 4 Eylül 2022 tarihinde yapılan halkoylamasına katılımın

⁴³ Bu paragrafta yer alan rakamlar şu iki kaynaktan derlenmiştir: Ahmet İnel, “Şili'de Yeni Anayasa Macerası”, *Birikim*, 11.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022 <https://birikimdergisi.com/haftalik/11120/silide-yeni-anayasa-macerasi>; Maria Carrasco, “Why We Failed to Approve the New Chilean Constitution: The Need for a Cultural Transformation”, *LSE Blog*, 15.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2022/09/15/why-we-failed-to-approve-the-new-chilean-constitution/>.

%85,5 gibi rekor bir düzeye ulaşmasında etkili oldu. Yapılan değerlendirmeler, bu para cezasının özellikle kentli yoksul kesimler üzerinde etkili olduğu ve daha önce anayasa yapım sürecine ilgi göstermeyen ve hemen hiçbir aşamasına katılmayan bu kesimlerin, nihai aşamada sürece katıldıklarına ve fakat son aşamada sürece dâhil olan 5.4 milyon yeni seçmenin %96'sının "Hayır" oyu kullandığına işaret ediyordu.⁴⁴ Nitekim 2020 yılında yeni anayasa süreci için yapılan ilk halkoylamasındaki "Evet" oylarının oranının %78 olmasına karşılık katılım oranının %51'de kaldığı, 2021 yılında yapılan Kurucu Meclis Temsilcilik seçimlerindeyse katılım oranının %43'e kadar düştüğü düşünülünce, sürecin farklı aşamalarındaki katılım düzeyleri arasındaki farkın toplam etkisi daha net görülebilir hale gelmektedir.

Bu durum, diğer tüm siyasî koşullardan bağımsız olarak, anayasa yapım sürecine halk katılımına ilişkin anayasal ve/veya yasal çerçevenin, sürecin başından sonuna kadar tutarlı bir biçimde düzenlenmesinin önemini hatırlatan bir gösterge olarak yorumlanabilir. Zira *anayasal farkındalık* ve *anayasal katılım* arasındaki dengenin hukuken zorlayıcı araçlarla bozulması, sürece salt bu zorlamanın etkisiyle katılan bireylerin, aşağıda da inceleneceği üzere sağlıklı bilgi akışına daha hassas hale gelmelerine ve ürettikleri siyasî refleksle, toplam sonuçlar üzerinde beklenmedik etkiler doğurmasına yol açabilmektedir.

B. KATILIMCI ANAYASA YAPIMINDA KAPSAYICILIK SORUNLARI

Sürecin başarısızlığa uğramasına etki ettiği düşünülebilecek olan bir diğer faktör de; yüksek düzeyde bir *katılımın* varlığına rağmen, ortaya konan metnin *kapsayıcılık* konusunda içerdiği gözlemlenen sorunlardır. Bu anlamda, metnin hem temel hak ve özgürlükler alanında, hem de kurumsal alanda öngördüğü pek çok yeniliğin, Şili Halkı'nın en azından bir bölümü açısından kabulü oldukça zor hususlar içerdiği; bunun da ciddi toplumsal yarılmalara zemin hazırladığı görülmekteydi. Bu kapsamda örneğin, temel haklar alanında kürtajın anayasal düzeyde güvence altına alınması veya kurumsal alanda Şili'nin çok uluslu bir ülke olarak tanınması ve Senato'nun lağvedilmesi gibi düzenlemeler, oldukça radikal adımlar niteliği taşıyordu. Dahası, küresel piyasalara üretim yapan dev zirai ve orman şirketlerinin bulunduğu güney arazilerinde yerli halklarının topraklarını geri alabilmesi için devletin görevlendirilmesi⁴⁵ ve doğal kaynakların millileştirilmesi gibi hedefler de, sermaye çevreleri açısından bakıldığında oldukça maksimalist bir görünüm arz ediyor ve yurttaşların eşitliği ilkesine dayanan ilerici, feminist, ekolojik ve sosyal bir anayasada fazla ileri gidildiğini⁴⁶ düşünen top-

⁴⁴ Camila Vergara, "Chile's Rejection", *Politics*, 09.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://newleftreview.org/sidecar/posts/286>.

⁴⁵ Ertan Erol, "Şili'de Yeni Anayasa", *Evrinsel*, 09.05.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.evrinsel.net/yazi/90885/silide-yeni-anayasa>.

⁴⁶ İbrahim Kaboğlu, "Şili ve Türkiye'de Anayasa güncelliği...", *Birgün*, 15.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.birgun.net/haber/sili-ve-turkiye-de-anayasa-guncelligi-402706>.

lumsal kesimlerle yeni anayasanın temel değerleri arasında arasındaki mesafenin açılmasına neden oluyordu.⁴⁷

Ancak bu analizde dikkat çekilmesi gereken nokta, anayasa metni ile belli toplum kesimleri arasında ortaya çıktığı gözlemlenen bu uçurumun, anayasa yapım yöntemi bağlamında yapılan kimi tercihlerle olan ilişkisidir. Zira kurucu mecliste sağ partiler başta olmak üzere geleneksel siyasî parti ve aktörlerin azınlıkta kalması ve sürecin bağımsızların kontrolünde yürümesi, siyasî partilerin anayasa yapım sürecine desteğinin büyük ölçüde azalmasına neden olmuş; anayasal meselelerdeki tartışmaların “Antartika’daki buzulların hukukî statüsü” gibi, konuya ilgisi olan kişiler açısından oldukça renkli ve fakat halkın önemli bir bölümü açısından gittikçe anlamsızlaşan yerlere doğru kaymasını kolaylaştırmış görünmektedir. Bu durum, anayasa değişikliğini talep eden toplumsal güçlerin -doğal olarak- hâkim olacakları kurucu organlarda, bir şekilde süreçten uzak durmuş halk kesimleriyle de diyalog, katılım ve uzlaşma ortamlarını aramasının önemini ortaya koymaktadır. Aksi bir yaklaşım, bir yandan kurucu organın kendi gerçekliği içinde anayasal gündemin yegâne belirleyicisi olduğu yönünde bir zihinsel kopuş yaşamasına, diğer yandan da anayasa yapım sürecine mesafeli durmuş halk kitlelerinin anayasa yapım sürecine tepkisel negatif katılımına, yani son tahlilde süreçte ortaya konan çabaları akamete uğratacak bir noktaya doğru savrulmasına neden olabilmektedir.

C. KATILIMCI ANAYASA YAPIM SÜRECİNİN ANAYASA METNİNE OLUMSUZ YANSIMALARI

Yukarıda da değinildiği üzere, demokratik anayasa yapım teorisi, katılımcı bir anayasa yapımının yalnızca *süreç* açısından değil, muhtemel *sonuçlar* açısından da olumlu nitelikler taşıdığına vurgu yapmaktadır. Başka bir deyişle, halkın geniş kesimlerinin katılımıyla içeriği belirlenecek olan bir metnin, doğal olarak, temel haklar alanında halkın geniş kesimlerinin çıkarlarını gözeten ve anayasacılığın ruhuna uygun güvenceler getiren; kurumsal alandaysa demokratik hesap verebilirlik araçlarının ve denge-denetleme mekanizmaların daha güçlü olacağı bir mimariye doğru yöneleceği varsayılmaktadır. Bununla birlikte, Şili deneyimi bizlere, biraz da ironik bir biçimde, halkın geniş kesimlerinin sürece katılımının,

⁴⁷ “Zira, oyların dağılımı da pek çok şey anlatıyor. Ülkenin 346 belediyesinden 341’inde “kabul/onay” (apruebo) seçeneği kazandı. En yüksek desteğin çıktığı 20 belediyede ise onay oyları %88’i geçti. Diğer seçenek olan “red”, 346 belediyenin yalnızca beşinde üstünlük sağladı. Bunlardan üçünün aynı zamanda ülkedeki en zengin belediyeler (yani en yüksek gelire sahip olanlar), diğer ikisinin de küçük ve izole topluluklar (biri kelimenin gerçek anlamıyla Antartika’da) olmaları dikkat çekicidir. Bu sonuçlara göre Şili’de bir tür bölünme veya kutuplaşma söz konusu ve bu durum farklı bir yarılıma işaret ediyor. Bu defa büyük yarılmanın bir tarafında ekonomik ve politik elitler yer alırken, diğer tarafında halk bulunuyor.” Francisca Moya ve Marco Goldoni, “Kıymetli Bir Fırsatın Güçlüklere-Şili, Anayasa Konvansiyonu, Toplumsal Sorun” (Ulaş Karadağ, Çeviren), *Vira-Verita*, 02.05.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://viraverita.org/yazilar/kıymetli-bir-firsatin-guclukleri-sili-anayasa-konvansiyonu-toplumsal-sorun>.

ortaya çıkacak nihai metin üzerinde bazı olumsuz etkilerinin de olabileceği gösteren çarpıcı bir örnek olarak karşımızda durmaktadır.

Bu olumsuz etkilerin temelinde; anayasa yapım sürecine katılan tüm kesimlerin kendilerini gelecekte de güvenceye almak istemeleri ve bununla bağlantılı olarak anayasa metnine gereğinden fazla beklenti ve taleple yaklaşmaları yer almaktadır. Daha doğrudan bir anlatımla, anayasa yapımının toplumların hayatında ancak nadiren görülen bir süreç olması ve halkın çoğunluğunun gelecek yaşamlarını şekillendirmek açısından çok nadir ellerine geçen bu fırsatı maksimum seviyede kullanmaya yönelmeleri, normalde olağan yasalarla düzenlenebilecek pek çok konunun anayasaya dahil edilmesine ve ortaya çıkan metnin abartılı talepler ve gerçekçi olmayan beklentilerle sakatlanmasına yol açabilmektedir.⁴⁸ Bu talep ve beklentiler, genellikle karşılığını temel hak ve özgürlükler alanında bulmakta ve uygulanması oldukça güç bir temel hak ve özgürlükler kataloğu ile karşılaşılması olası hale gelmektedir. Nitekim Şili deneyiminin de bu riskin en ileri düzeyde gerçekleştiği bir örnek olarak değerlendirilmesi mümkündür. Gerçekten, Kurucu Meclis tarafından kabul edilen Anayasa taslağının ilk haliyle 499 maddeden oluşması ve 93 maddenin de doğrudan temel hak ve özgürlükler alanına ayrılmış olması, sürece katılan kesimlerin maksimalist taleplerinin anayasa metnine doğrudan yansımalarını gösterir niteliktedir.

Katılımcı anayasa yapımının süreç sonunda ortaya çıkan metne muhtemel olumsuz yansımalarından bir diğeri de, içsel tutarsızlıklarla ve kurumsal zafiyetlerle dolu bir anayasa yazılmasıdır. Zira sürece katılan aktörlerin sayısını arttırmaya, görüşme ve pazarlıklar daha kapsamlı hale gelmekte ve yoğunlaşmaktadır.⁴⁹ Dahası, anayasa metnine yönelik çok sayıda talep, Kurucu Meclis içinde süren tartışmaların çoğalmasına, dağılmasına ve asıl odak notalarından uzaklaşmasına da sebep olma tehlikesini de beraberinde getirmektedir.

Anayasa yapım sürecine hâkim olan bütün bu zorlayıcı dinamikler, sonuçta aşırı ideolojik karaktere sahip, çok uzun ve ayrıntılı bir anayasa metninin ortaya çıkmasına ve geniş kesimlerin üzerinde mutabakata varabileceği zeminlerin kaybolmasına yol açabilmektedir. Nitekim Şili’de yalnızca süreçte geri plânda kalan sağ partilerin değil, merkez solun da sonuçta mesafeli bir tavrı benimsemiş olması, bu riskin de gerçekleşmiş olduğunun en büyük göstergesi olarak yorumlanabilir. Ülke’de sol siyaset geleneğinin önemli isimlerinden ve ünlü televizyon simalarından biri olan Cristián Warnken’in, Kurucu Meclis’te benimsenen metne eleştirel bir yaklaşım benimsemesi ve “Şilinin Sarıları” (*Amarillos por Chile*)

⁴⁸ Ginsburg, Elkins ve Blount, *Does the Process of Constitution Making Matter*’dan aktaran: Gönenç, *Anayasa Yapımı*, 8.

⁴⁹ Stephan Voigt, “The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Toward a Comparative Analysis”, *Deliberation and Decision içinde*, (Anne Van Aaken, Christian List ve Christoph Luetge, editör), (Aldershot, Ashgate 2003), 219-220.

olarak adlandırılan bir ılımlılar hareketinin öncüsü olarak, yeni bir taslak hazırlanması gerektiğini savunması da bu duruma örnek verilebilir.⁵⁰

D. KATILIMCI ANAYASA YAPIM SÜRECİNDE MEDYA VE İLETİŞİM SÜREÇLERİ

Demokratik anayasa yapım sürecine anlamlı bir katılımını mümkün kılan en önemli hususlardan bir diğ erinin de vatandaşların anayasal meseleler hakkında farklı kaynaklardan haber alabilmeleri ve kendi fikirlerini de serbestçe ifade edebilmeleri olduğ una yukarıda değ inilmiştir. Şili, bu anlamda özellikle “farklı kaynaklardan haber alma” konusundaki tıkanıklığın ne kadar ciddi sorunlara yol açabileceğini göstermesi bakımından da ibret verici bir örnek haline dö nüştü. Gerçekten, Ülke’de genel olarak büyük sermaye gruplarının elinde olan medyanın, daha ziyade sol, eşitlikçi ve çevreci siyasetin ürünü olarak gördükleri anayasa taslağı konusunda ölçüsüz bir negatif propagandayı süreç boyunca yürüttükleri ve bunda da büyük ölçüde başarılı oldukları görüldü. Bu yanıltıcı medya kampanyasının en çarpıcı örnekleri arasında, anayasa metninde kürtajın bir hak olarak tanınıp “ayrıntıların yasayla düzenleneceği” belirtilmiş olmasına karşın, *herkesin, hamileliğin dokuzuncu ayında bile kürtaj yaptırabileceği* şeklinde çarpıtılmış haberler yapılması (ve bu propagandaya Evanjeik Kilisesi’nin de katılması) veya devletin sosyal amaçlı konut üretiminde rol üstlenmesine ilişkin program hükümlerin, *konutta özel mülkiyetin kaldırılacağı* şekline dönüştürülerek halka sunulması gösterilebilir. Bu hususlara, anayasa metninde *Ülke’de birden fazla ulusal marşın kabul edildiği* veya *resmî bayrağının da değişeceği* gibi düpedüz yalan olan hususların da eklenmesi mümkündür. Ancak, her durumda önemli olan husus; belli sermaye gruplarının elinde toplanmış etkin bir medya gücünün, gerçeğe aykırı propaganda yoluyla süreç üzerinde oldukça ölçüsüz bir etki sahibi olabildiği gerçeğidir. Gerçekten de, 9 aylık kampanya süresi boyunca anayasa taslağı hakkında yürütülen kampanyalara 1 milyon Dolar’dan fazla para akıtıldığı ve bu harcamaların yaklaşık %90’ının ret cephesi tarafından yapıldığı düşünüldüğünde⁵¹, bu ölçüsüzlüğün derecesi daha iyi anlaşılabilir.

Benzer tespitlerin, geleneksel medyanın tekelleşmesine karşı bir güvence olarak görülen sosyal medya araçlarının kullanımı bakımından da yapılması mümkündür. Gerçekten, süreç hakkındaki fikirlerinin genel olarak sosyal medya üzerinden edinmeye çalışan kitlelere yönelik olarak yapılan ciddi manipülasyonlar, bu mecranın da kendisinden umulan faydayı sağlamasının büyük ölçüde engellediğini göstermektedir. Sonuç olarak, bütün bu gelişmelerin, demokratik anayasa yapım sürecinin sağlıklı şekilde işleyebilmesi için, bireylerin sokakta ve her türlü iletişim platformundaki ifade özgürlüklerinin güvence altına alınmasına ek

⁵⁰ “4 Eylül Referandumu: Şilililer dünyanın en ilerici anayasasını oyluyor”, *Bianet*, 03.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://bianet.org/bianet/dunya/266676-silililer-dunyanin-en-ilerici-anayasasini-oyluyor>.

⁵¹ Vergara, *Chile’s Rejection*.

olarak; geleneksel medyada çok sesliliği sağlayacak, yalan haber dalgalarıyla baş edebilecek ve ayrıca sosyal medyada da kolaylıkla yapılabilen manipülasyonları etkisiz kılabilecek çapta bilgilendirme adımları ve kampanya araçları üzerinde düşünmek gerektiğini ispatladığı söylenebilir.

Anayasa yapım sürecinin kamusal iletişim ayağı bağlamında değinilmesi gereken son bir nokta da sürecin kamuoyu gözünde “kirlenmesinin” ne kadar hızlı gerçekleşebildiğidir. Şili’de görülen türden katılımcı anayasa yapım süreçlerinin genel özelliği, yüksek bir toplumsal heyecanla başlaması ve buna mukabil kamuoyunda yüksek beklentilerle izlenmesidir. Bu kapsamda yapılabilecek kimi hatalarsa, hem toplumun geniş kesimlerinde hızlıca hayal kırıklıklarına dönüşebilmekte, hem de yukarıda anılan türden medya manipülasyonlarına zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, Şili örneğinde ağırlıklı olarak genç ve *siyaset profesyonel olmayan* temsilcilerden kurulu Kurucu Meclis’te yaşanan kimi olayların, bu türden olumsuz algıları tetikleyen örnekler olarak hatırlanması mümkündür. Bu kapsamda, Kurucu Meclis’te yapılan bir oylamaya katılan bir üyenin o anda düş almakta olduğunu söyleyerek oy kullanması, iki üyenin bazı oturumlara “Pikachu” giysileri ve mavi bir dinazor kostümü giyerek katılmaları gibi olaylar, Kurucu Meclis çalışmalarına yönelik ciddiye algısının ve güven hissini erozyona uğramasındaki en akılda kalan örneklerdir. Ancak belki de daha çarpıcı bir skandal; kanser hastası olduğunu ve Şili’deki sağlık sistemi yüzünden tedavi olamadığını söyleyen ve başka insanların da benzer sorunlar yaşamaması adına yeni anayasa çalışmalarına katılan *Rojas Vade* isimli bir kişinin, adeta “kampanya yüzüne” dönüştükten sonra, sağlık durumu hakkında halka yalan söylediğinin ve aslında cinsel yolla bulaşan başka bazı hastalıklardan mustarip olduğunu ortaya çıkarılmasıdır.⁵² Bu skandalın yol açtığı güven erozyonu, Kurucu Meclis’e olan güveni büyük ölçüde sarsarken, anayasa karşıtı grupların da -belki de haklı olarak- son ana kadar dillerinden düşürmedikleri bir öykü olarak dolaşımda kalmaya devam etmiştir.

VI. SONUÇ: TEORİNİN YANILGISINDAN “İHTİMALİ” GERÇEKLIĞE

Demokratik anayasa yapımı teorisi, hukukun *tümevarımcı* ve siyaset biliminin *tümdengelimci* yöntemleriyle bakıldığında karmaşık sonuçlar üreten bir teoridir.

Bu çerçevede, hukukun *normatif yaklaşımı*; açıklamasını “olması gereken” üzerinden kurgulamakta ve anayasa yapımında demokratik unsurun varlığının neden “doğru” olduğunu ve dolayısıyla da üst bir değer olarak savunulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Buna karşın, siyaset biliminin *ampirik yaklaşımı* ise;

⁵² Özgür Uyanık, “Şili’de Yeni Anayasa Reddedildi... “Yalanlar, Niteliksizlik, Kapris ve Rojas Vade”, *INDEPENDENT Türkçe*, 08.09.2022, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.indyurk.com/node/550431/türkiyeden-sesler/şilide-yeni-anayasa-reddedildi-yalanlar-niteliksizlik-kapris-ve-rojas>.

hiç de demokratik sayılamayacak yöntemlerle yapılmış kimi anayasaların, yapıldıkları tarihten sonra geçen belli zaman dilimi içinde oldukça yüksek toplumsal meşruiyete kavuştuğunu ve ayrıca içerdikleri demokratik değerlerle de öne çıkan metinler olduklarını ortaya koymaktadır.

Teorinin zorlanmaya başladığı bu noktaya örnek olarak, süreçte halk katılımı *olmaması* nedeniyle aslen *dayatmacı bir anayasa yapımı* olarak kabul edilmesi gereken bazı anayasalar verilebilir. Bu kapsamda örneğin, tarihsel olarak mutlak monarşilerin demokratikleşme basamakları olarak karşımıza çıkan “ferman” veya “misak” niteliğindeki anayasaların bu teorideki yerleri ile tarihsel ve siyasî etkileri arasında bağlantı kurmak oldukça güç olmaktadır. Gerçekten de, 1814 Fransız Anayasası’nın veya 1876 Osmanlı Kanun-i Esasi’nin yapım sürecinde herhangi bir halk katılımı olmadığından hareketle, bu iki örneği yukarıdaki ayırım çerçevesinde “dayatma anayasalar” olarak tanımlamak kaçınılmaz olmaktadır. Buna karşın, anılan belgelerin Fransız ve Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri içindeki tarihsel işlevlerine bakıldığında ise, bunların sınırlı iktidar fikrinin ve parlamentoculuk geleneğinin yerleşmesi bağlamında çok önemli katkıları olan metinler olduğu kabul edilmektedir.⁵³ Dolayısıyla, demokratik anayasa yapım teorisinin bu anayasalara atfettiği *normatif değerler* ile, anayasal gelişme dinamikleri bağlamında yapılacak *ampirik gözlemler* arasında kayda değer bir tutarsızlık olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Dahası, demokratik anayasa yapım teorisi ile siyasal gerçeklik arasında var olduğu ileri sürülebilecek olan bu tutarsızlıklar, yalnızca 19. yüzyıl anayasacılığına özgü sapmalardan da ibaret değildir. Zira 2. Dünya Savaşı’nın galipleri tarafından, mağlup devletler olan Almanya ve Japonya’ya benimsetilen ve bu bağlamda tipik birer “dış dayatma”⁵⁴ olduklarına kuşku bulunmayan 1946 Japon⁵⁵ ve 1969 Federal Alman (Bonn) Anayasaları’nın⁵⁶ zaman içinde ulaştıkları yüksek toplumsal meşruiyet ve içerdikleri demokratik değerler, bunların demokratik anayasa yapım teorisi içinde hak ettikleri yere yerleştirilmelerini güçleştirmektedir.

⁵³ Bu yaklaşımın yansımaları içeren dikkat çekici bir dizi çalışma için bkz. *1876-1976 Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı*, (Ankara: Siyasi İlimler Türk Derneği 1976).

⁵⁴ Vicki C. Jackson, “What’s in a Name? Reflections on Timing, Naming and Constitution-Making”, *William and Mary Law Review* 49 (2008): 1293.

⁵⁵ 1946 Japonya Anayasası’nın yapımındaki dış etkiler hakkında bkz. Kyoko Inoue, *MacArthur’s Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making*, (Chicago: The University of Chicago Press 1991); Koseki Shichi, *The Birth of Japan’s Postwar Constitution*, (New York: Routledge 2019).

⁵⁶ 1949 Batı Almanya Anayasası’nın yapımındaki dış etkiler hakkında bkz. Carl J. Friedrich, “Rebuilding the German Constitution, I”, *American Political Science Review* 43, Issue 3 (1949): 461-482; Carl J. Friedrich, “Rebuilding the German Constitution, II”, *American Political Science Review* 43, Issue 4 (1949): 704-720; Edmund Spevack, “American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949”, *International Journal of Politics, Culture, and Society* 10, No. 3 (1997): 411-436; Inga Markovits, “Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990”, *William & Mary Law Review* 49, Issue 4 (2007-2008): 1307-1346.

Benzer şeylerin, 1995 Dayton Barış Anlaşması'nın eki olan ve bu anlamda dış güçlerin "toptan etkide" bulunduğu ve dolayısıyla da "uluslararası toplumun dayatması" olarak nitelendirilebilecek olan Bosna-Hersek Federasyonu Anayasası⁵⁷ için de söylenmesi mümkündür.

Bu çerçeveden Şili deneyiminin demokratik anayasa yapım teorisi hakkında düşündürdüklerine bakıldığında, teorinin *bir başka yönden* zorlandığı bir örnek- le karşı kaşıya olduğumuzu söylemek mümkün görünmektedir. Zira yukarıdaki tartışılan deneyimlerden farklı olarak, Şili örneğinde son derece *katılımcı bir anayasa yapım sürecinin*, kendisinden beklenen sonuçları üretememiş olması gerçeğiyle karşı karşıya bulunmaktayız. Bu anlamda Şili, demokratik anayasa yapım sürecinin beklenen sonuçları üretmediği Eritreya⁵⁸, Etiyopya⁵⁹, Tayland⁶⁰ ve Uganda⁶¹ örnekleriyle benzer bir görünüm arz etmektedir.

Bu kapsamda, demokratik anayasa yapım teorisinin temel varsayımlarının, yalnızca 19. yüzyıl anayasacılığı bakımından değil, 20. ve 21. yüzyıllarda görülen anayasa yapım süreçleri açısından da mutlak geçerlilik iddiası bulunmayan varsayımlar olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ne var ki, bu *sınırlı geçerlilik* durumunu, demokratik anayasa yapım teorisini tümüyle anlamsız hale getiren bir gözlem seviyesine yükseltmek de abartılı bir sonuç olacaktır. Bunun yerine yapılması gereken şey, *demokratik anayasa yapım sürecinin usulî gerekleri* kadar, *demokratik anayasa yapım sürecini çevreleyen koşulların* da dikkate alınması gerektiğini savunan bir teorik yaklaşımı benimsemektir. Daha doğrudan bir ifadeyle, demokratik anayasa yapım teorisinin niteliklerinden birinin de "ihtimalîlik" (*contingency*) olduğunun⁶² yani demokratik anayasa yapım süreci ile anayasa

⁵⁷ Karin Oellers-Frahm, "Reconstruting Bosnia-Herzegovina: A Model with Pit-Falls", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 9 (2005): 194-196. Ayrıca bkz. Robert M. Hayden, "Democracy without a Demos? The Bosnian Constitutional Experiment and the Intentional Construction of Nonfunctioning States", *East European Politics and Societies: and Cultures* 19, Issue 2 (2005): 226-259; Roberto Belloni, *State Building and International Intervention in Bosnia*, (London: Routledge 2007).

⁵⁸ Richard A. Rosen, "Constitutional Process, Constitutionalism, and the Eritrean Experience", *North Carolina Journal of International Law* 24, No. 2 (1999): 263-311; Simon M. Weldehaimanot, "Ten Years Old Yet Not Born: Status of the Eritrean Constitution", *SSRN*, 01.03.2017, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1522518.

⁵⁹ Abera Degefa, "Birth-defects of a Constitution and Its Impacts on Outcome: Reflection on Ethiopian Constitution-making Experience", *Oromia Law Journal* 8, No. 1 (2019): 1-22; Berihun Adugna Gebeye, "Ethiopia's Continuing Constitutional Crisis", *I-CONNECT*, 27.01.2021, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <http://www.iconnectblog.com/2021/01/ethiopia-continuing-constitutional-crisis/>.

⁶⁰ Erik Martinez Kuhonta, "The Paradox of Thailand's 1997 "People's Constitution": Be Careful What You Wish For", *Asian Survey* 48, No. 3 (2008): 373-392; Bob Edens, "The Trouble with Thailand's New Constitution", *The Diplomat*, 26.02.2016, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://thediplomat.com/2016/02/the-trouble-with-thailands-new-constitution/>.

⁶¹ Devra C. Moehler, "Participation and Support for the Constitution in Uganda", *Journal of Modern African Studies* 44, No 2 (2006): 275-308.

⁶² "Contingency" karşılığında Türkçe literatürde genellikle "olumsallık" teriminin tercih edildiği görülmektedir (Örn. Aykut Çelebi, *Avrupa: Halkların Siyasal Birliği*, (İstanbul: Metis Yayınları 2002),

metnin kazanacağı meşruiyet seviyesi, içereceği demokratik değerler ve sahip olacağı ömür beklentisi arasındaki ilişkiye dair varsayımların, olgular evreninde gerçekleşme ihtimali kadar gerçekleşmeme ihtimalinin de bulunduğu ve nihai sonucun, başka pek çok etkenin özgün bir bileşimi olarak şekilleneceğini peşinen kabul etmek gerekmektedir.

Konuya bu pencereden bakıldığında, Şili deneyimi bizlere, halk katılımının ideal düzeyde sağlanmış olduğu bir anayasa yapım sürecinde dahi, umulan siyasî ve toplumsal sonuçların neden elde edilemediğine dair oldukça öğretici bazı gözlemler yapma imkânı sunmaktadır. Bu gözlemlerin bir kısmı, kaçınılmaz olarak, incelenen örneğe özgü sonuçlar olsa da, yukarıda daha detaylı tartışılmaya çalışılan bazı sonuçların benzer deneyimlere aktarılması mümkün görünmektedir. Bu aktarımın başarılı şekilde yapılmasının, yalnızca yeni anayasa yapım süreçleri açısından değil, kısmî anayasal yenilenme süreçleri bakımından da çok büyük katkılar sunacağına kuşku yoktur.

46 ve özellikle dn. 1; Aykut Çelebi, "Risk ve Olumsuzluk, Sosyal Teori-Sosyal Felsefe İlişisini Anlamaya Yönelik İki Anahtar Kavram", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 56, S. 1 (2001): 23-52. Buna karşın, kelime kökü itibarıyla olumsuzluk bir değer yargısını çağrıştıran "olumsallık" terimi yerine, "olanaksallık" karşılığını öneren Hasan Bülent Kahraman'ın yaklaşımını daha nesnel görmektedir (bkz. Hasan Bülent Kahraman, "Avrupa: Türk Modernleşmesinin Xanadu'su; Türk Modernleşmesi Kurucu İradesine Yeni bir Bakış Denemesi", *Doğu Batı* 4, S. 14 (2001): 13, dn. 13). Burada kullanılan "ihtimallilik" kavramı ise, "olanaksallık" kavramının sesbilim (fonetik) açısından daha uygun olduğu düşünülen versiyonundan ibarettir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- 1876-1976 *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı*. Ankara: Siyasi İlimler Türk Derneği 1976.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2021.
- Arvidsson, Matilda, Brännström, Leila ve Minkkinen, Panu, editör. *Constituent Power: Law, Popular Rule and Politics*. Edingburg: Edinburg University Press 2022.
- Atar, Yavuz. *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*. Konya: Mimoza Basım Yayım Dağıtım 2000.
- Barros, Robert. "Personalization and Institutional Constraints: Pinochet, the Military Junta, and the 1980 Constitution", *Latin American Politics and Society* 43, Issue 1 (2001): 5-28.
- Barros, Robert. *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press 2004.
- Bellamy, Richard. "Majority Rule, Compromise and the Democratic Legitimacy of Referendums", *Swiss Political Science Review* 24, Issue 3 (2018): 312-319.
- Belloni, Roberto. *State Building and International Intervention in Bosnia*. London: Routledge 2007.
- Carrasco, Maria. "Why We Failed to Approve the New Chilean Constitution: The Need for a Cultural Transformation", *LSE Blog*, 15.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2022/09/15/why-we-failed-to-approve-the-new-chilean-constitution/>.
- Couso, Javier. "Chile Elects its Constitution-Making Body: The Potential and Risks of a Fragmented Convention", *ConstitutionNet*, 31.05.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://constitutionnet.org/news/chile-elects-its-constitution-making-body-potential-and-risks-fragmented-convention>.
- Çağ, Burak. "Katılımcı Anayasa Yapımı ve İzlanda Örneği", *Yasama Dergisi* 25 (2013): 71-91.
- Çelebi, Aykut. "Risk ve Olumsuzluk, Sosyal Teori-Sosyal Felsefe İlişisini Anlamaya Yönelik İki Anahtar Kavram". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 56, S. 1 (2001): 23-52.
- Çelebi, Aykut. *Avrupa: Halkların Siyasal Birliği*. İstanbul: Metis Yayınları 2002.
- Daalder, Hans. "Parties, Élites and Political Developments in Western Europe, *Political Parties and Political Development* içinde. (Joseph G. La Palombara ve Myron Weiner, editör), (Princeton: Princeton University Press 1966), 43-78.
- Degefa, Abera. "Birth-defects of a Constitution and Its Impacts on Outcome: Reflection on Ethiopian Constitution-making Experience", *Oromia Law Journal* 8, No. 1 (2019): 1-22.
- Duchacek, Ivo D. "Constitution/Constitutionalism", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde. (Vernon Bogdanor, editör), (London: Blackwell 1991).
- Duchacek, Ivo D. *Power Maps: Comparative Politics of Constitutions*. Santa Barbara: ABC-Clío 1973.

- Eckstein, Harry. *Division and Cohesion in Democracy: A Study of Norway*. Princeton: Princeton University Press 1966.
- Edens, Bob. “The Trouble with Thailand’s New Constitution”. *The Diplomat*, 26.02.2016. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://thediplomat.com/2016/02/the-trouble-with-thailands-new-constitution/>.
- Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom ve Blount, Justin. “The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval”, *Temple Law Review* 81, No 2 (2008): 361-382.
- Elster, Jon. “Ways of Constitution Making”. *Democracy’s Victory and Crisis içinde*. Axel Hadenius, editör. New York: Cambridge University Press 1997. 123-142.
- Elster, Jon. “The Optimal Design of a Constituent Assembly”. *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms içinde*. Helene Landemore ve Jon Elster, editör. Cambridge: Cambridge University Press 2012. 148-172.
- Erdölen, Yunus Emre. “Ne Türkiye’ye Ne Şili’ye Kısmet: Demokratik Yeni Anayasa”, *Serbestiyet*, 05.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://serbestiyet.com/gunun-yazilari/ne-turkiyeye-ne-siliye-kismet-demokratik-yeni-anayasa-102610/>.
- Eroğul, Cem. *Anayasayı Değiştirme Sorunu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1974.
- Erol, Ertan. “Şili’de Yeni Anayasa”, *Evrensel*, 09.05.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://www.evrensel.net/yazi/90885/silide-yeni-anayasa>.
- Flanagan, Scott C., “Models and Methods of Analysis”, *Crisis, Choice and Change: Historical Studies of Political Development içinde*. (Gabriel Almond, editör), (Boston: Little Brown & Company 1973).
- Friedrich, Carl J. “Rebuilding the German Constitution, I”, *American Political Science Review* 43, Issue 3 (1949): 461-482.
- Friedrich, Carl J. “Rebuilding the German Constitution, II”, *American Political Science Review* 43, Issue 4 (1949): 704-720.
- Gebeye, Berihun Adugna. “Ethiopia’s Continuing Constitutional Crisis”. *I-CONNECT*, 27.01.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <http://www.iconnectblog.com/2021/01/ethiopias-continuing-constitutional-crisis/>.
- Ginsburg, Tom, Elkins, Zachary ve Blount, Justin. “Does the Process of Constitution Making Matter?”, *Annual Review of Law and Social Science* 5, No. 1 (2009): 201-223.
- Gönenç, Levent. *Anayasa Yapımı*. Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri 2011.
- Gönenç, Levent. *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International 2002.
- Gözler, Kemal. *Kurucu İktidar*. Bursa: Ekin Yayınevi 2016.
- Göztepe, Ece ve Çelebi, Aykut, editör. *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*. İstanbul: Metis Yayınları 2012.
- Gülener, Serdar. “Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı, Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 3 (2011): 199-224.
- Hart, Vivien. *Democratic Constitution Making*. United States Institute of Peace Special Report 2003.

- Hayden, Robert M. "Democracy" without a Demos? The Bosnian Constitutional Experiment and the Intentional Construction of Nonfunctioning States". *East European Politics and Societies: and Cultures* 19, Issue 2 (2005): 226-259.
- https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/Chile's%20Constitutional%20Convention_A%20Bumpy%20Start%2C%20Much%20Work%20Ahead.pdf.
- Inoue, Kyoko. *MacArthur's Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making*. Chicago: The University of Chicago Press 1991.
- İnsel, Ahmet. "Şili'de Yeni Anayasa Macerası", *Birikim*, 11.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://birikimdergisi.com/haftalik/11120/silide-yeni-anayasa-macerasi>.
- Jackson, Vicki C. "What's in a Name? Reflections on Timing, Naming and Constitution-Making". *William and Mary Law Review* 49 (2008): 1249-1305.
- Kaboğlu, İbrahim. "Şili ve Türkiye'de Anayasa güncelliği...", *Birgün*, 15.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://www.birgun.net/haber/sili-ve-turkiye-de-anayasa-guncelligi-402706>.
- Kahraman, Hasan Bülent. "Avrupa: Türk Modernleşmesinin Xanadu'su; Türk Modernleşmesi Kurucu İradesine Yeni bir Bakış Denmesi". *Doğu Batı* 4, S. 14 (2001): 214-242.
- Kanadoğlu, Korkut. "Anayasa Yapma Yetkisi", *Hukuk Defterleri*, Sayı 2 (Temmuz-Ağustos 2016). Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://hukukdefterleri.com/sayi-2-anayasa-yapma-yetkisi/>.
- Kay, Richard S. "Kurucu Otorite" (Ozan Ergül, çeviren), *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim içinde*. (Ozan Ergül, editör), (Ankara: TBB Yayınları 2011), 56-57.
- Kaya, Semih Batur. *Katılımcı Anayasa Yapımının Demokratik İlkeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları 2021.
- Kayhan, Mehmet Botan. "Demokratik Anayasa Yapımı Örneği Olarak Şili", *Birikim*, 03.05.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://birikimdergisi.com/guncel/10587/demokratik-anayasa-yapimi-ornegi-olarak-sili>.
- Kontacı, Ali Ersoy. *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*. Ankara: Savaş Yayınevi 2016.
- Kuhonta, Erik Martinez. "The Paradox of Thailand's 1997 "People's Constitution": Be Careful What You Wish For". *Asian Survey* 48, No. 3 (2008): 373-392.
- Markovits, Inga. "Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990". *William & Mary Law Review* 49, Issue 4 (2007-2008): 1307-1346.
- Memiş, Emin. "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değişirme Üzerine Analizler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2010): s. 455-498.
- Moehler, Devra C. "Participation and Support for the Constitution in Uganda". *Journal of Modern African Studies* 44, No 2 (2006): 275-308.
- Morel, Laurence. "Referendums and Popular Will: The Democratic Criticism of Referendums", *Participations* 20, Issue 1 (2018): 53-84.
- Moya, Francisca ve Goldoni, Marco. "Bir Kez Daha, Gelmekte Olanın Laboratuvarı: Şili'deki Toplumsal Protestolar Neden 1980 Anayasasına Karşı Çıkıyor?" (Ulaş Karadağ, çeviren), *ViraVerita*, 24.12.2020, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://viraverita.org/yazilar/bir-kez-daha-gelmekte-olanin-laboratuvari-silideki-toplumsal-protestolar-neden-1980>.

- Moya, Francisca ve Goldoni, Marco. “Kıymetli Bir Fırsatın Güçlükleri-Şili, Anayasa Konvansiyonu, Toplumsal Sorun” (Ulaş Karadağ, çeviren), *ViraVerita*, 02.05.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://viraverita.org/yazilar/kiymetli-bir-firsatin-guclukleri-sili-anayasa-konvansiyonu-toplumsal-sorun>.
- Oellers-Frahm, Karin. “Reconstruting Bosnia-Herzegovina: A Model with Pit-Falls”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 9 (2005): 179-224.
- Onar, Erdal. 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu. Ankara: 1993.
- Öngel, Mehmet Murat. *Demokratik Anayasa Yapım Süreci*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014.
- Özbudun, Ergun ve Gençkaya, Ömer Faruk. *Türkiye’de Demokratikleşme ve Anayasa Yapımı Politikası*. İstanbul: Doğan Kitap 2010.
- Özbudun, Ergun. *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*. Ankara: Bilgi Yayınevi 1993.
- Pitkin, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1967.
- Pitkin, Hanna Fenichel, “Representation and Democracy: Uneasy Alliance”, *Scandinavian Political Studies* 27, Issue 3 (2004): 335-342.
- Polga-Hecimovich, John. “Scenarios in Chile after a Failed Constitution”, *Politics*, 24.10.2022, Erişim Tarihi: Kasım 3, 2022, <https://www.gisreportsonline.com/r/chile-constitution/>.
- Powell, Jr. G. Bingham. “Political Representation in Comparative Politics”, *Annual Review of Political Science* 7 (2014): 273-296.
- Pqvortrup, Matt “The Perils of Referendums: A Review”, *Irish Studies in International Affairs* 32, No. 2 (2021): 166-178.
- Rae, Douglas W. ve Michael Taylor. *The Analysis of Political Cleavages*. New Heaven: Yale University Press 1970.
- Rokkan, Stein, “Cleavage Structures and Party Systems”, *State Formation, Nation-Building and Mass Politics in Europe - The Theory of Stein Rokkan içinde*. (Peter Flora, Stein Kuhnle ve Derek Urwin, editör), (Oxford: Oxford University Press 1999), 275-302.
- Rosen, Richard A. “Constitutional Process, Constitutionalism, and the Eritrean Experience”. *North Carolina Journal of International Law* 24, No. 2 (1999): 263-311.
- Sanders, Richard M. “Chile’s Constitutional Convention: A Bumpy Start, Much Work Ahead”. *Wilson Center Latin American Program*, 2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022.
- Setälä, Maija. “On the Problems of Responsibility and Accountability in Referendums”, *European Journal of Political Research* 45, Issue 4 (2006): 699-721.
- Shapiro, Ian, Stokes, Susan C., Wood, Elisabeth Jean ve Kirshner, Alexander S., editör. *Political Representation*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Shichi, Koseki. *The Birth of Japan’s Postwar Constitution*. New York: Routledge 2019.
- Spevack, Edmund. “American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949”. *International Journal of Politics, Culture, and Society* 10, No. 3 (1997): 411-436.
- Spooner, Mary Helen. *Soldiers in a Narrow Land, The Pinochet Regime in Chile*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1999.
- Şahin, Engin. *Kurucu İktidar: Politik bir Yaklaşım*. İstanbul: On iki Levha Yayınları 2013.

- Şirin, Tolga. “Şili’de Yeni Anayasa Taslağı: Halk İstedi, Halk Reddedti”, *T24*, 06.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/sili-de-yeni-anayasa-taslagi-halk-istedi-halk-reddetti,36606>.
- Tobar, Marcela Ríos. “Chile’s Constitutional Convention: A Triumph of Inclusion”, *UNDP*, 03.06.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://www.undp.org/latin-america/blog/chiles-constitutional-convention-triumph-inclusion>.
- Topuzkanamış, Şafak Evran. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık*. İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021.
- Tsebelis, George. “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, *British Journal of Political Science* 25, Issue 3 (1995): 289-325.
- Tsebelis, George. *Veto Players, How Institutions Work*. Princeton: Princeton University Press 2002.
- Uyanık, Özgür. “Şili’de Yeni Anayasa Reddedildi... “Yalanlar, Niteliksizlik, Kapris ve Rojas Vade”, *INDEPENDENT Türkçe*, 08.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <https://www.indyturk.com/node/550431/turkiyeden-sesler/silide-yeni-anayasa-reddedildi-yananlar-niteliksizlik-kapris-ve-rojas>.
- Uzun, Cem Duran. “Yeni Anayasa Yapımında Yöntem Arayışları”. *SETA Perspektif* 116 (Kasım 2015).
- Vergara, Camila. “Chile’s Rejection”, *Politics*, 09.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://newleftreview.org/sidecar/posts/286>.
- Vergara, Camilia. “Burying Pinochet”. *Politics*, 12.01.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://newleftreview.org/sidecar/posts/burying-pinochet>.
- Voigt, Stephan. “The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Toward a Comparative Analysis”, *Deliberation and Decision içinde*. (Van Aaken, Anne, List, Christian ve Luetge, Christoph, editör). Aldershot: Ashgate 2003: 199-229.
- Weldehaimanot, Simon M. “Ten Years Old Yet Not Born: Status of the Eritrean Constitution”. *SSRN*, 01.03.2017. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1522518.
- Yargıç, Sinem. “Ekonomik Kriz Sonrası Anayasa Yapımı: İzlanda’nın Yeni Anayasa Yapım Süreci”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2014): 47-72.
- Yeğen, Oya, “Şili’de Yeni Anayasa Sözü: 1980 Anayasası ve Temel Sorunları”. *Anayasa Günlüğü*, 19.11.2019. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://anayasagundemi.com/2019/11/19/forum-dr-oya-yegen-silide-yeni-anayasa-sozu-1980-anayasasi-ve-temel-sorunlari/>.

Haberler ve İnternet Siteleri

- CCP Rankings*, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>.
- “4 Eylül Referandum: Şilililer dünyanın en ilerici anayasasını oyluyor”, *Bianet*, 03.09.2022. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://bianet.org/bianet/dunya/266676-silililer-dunyanin-en-ilerici-anayasasini-oyluyor>.
- “Şili’de Pinochet döneminden kalma anayasa nasıl yeniden yazılacak?”, *BBC Türkçe*, 17.05.2021. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-57147398>.

SİBER ALANDA DEVLETLER VE ŞİRKETLER ARASINDAKİ İLİŞKİLERİN HUKUKA ETKİLERİ^(*)

Doç. Dr. Duygu HATİPOĞLU AYDIN^(**)

Öz

Hukuk, dijital çağda siber alandaki insan faaliyetinin düzenlenmesinde önemli araçlardan biridir. Siber alanın hukuku küresellik ve çok hukukluluk özelliklerine sahiptir. Küresellik özelliği, alanda uygulanacak hukukun ulusal, bölgesel ve devletlerarası bir çerçeveye sınırlanmamasını ifade eder. Bu özellik, bölgesel yargı yetkilerinin, ulusal hukuk düzenlerinin ve uluslararası ilişkilerin yanında sosyal ve kültürel sınırları zorlayan bir yapıya odaklanmayı gerektirir. Siber alanın hukukunun diğer özelliği olan çok hukukluluk, farklı normatif düzenlere ve hukuki çoğulluk tartışmalarıyla birlikte düşünülmesi gereken farklı kural koyuculara referans verir. Siber alanda, geleneksel devlet hukuku dışında, insan davranışlarını çeşitli yaptırımlar yoluyla düzenleyen normatif sistemler vardır. Siber alanın hukuku, devletler, şirketler ve kullanıcılar arasındaki iş birliği, pazarlık ve çatışma ilişkileriyle biçimlenir. Siber alanda cereyan eden bu ilişkilerin meydana getirdiği hukuksal düzenlemeler ve hukuki kurumlar, bir düşünce sistemini ve belirli ekonomik ilişkilerin yeniden üretimini ifade eder. Siber alanda kural koyucu aktörler olan ve özellikle normları biçimlendiren ve uygulayan devlet ve şirketler arasında işlevlerin ve rollerin değişimi öne çıkmaktadır. Devlet ve şirket aktörleri arasındaki ilişkiye odaklanan bu çalışma, hukukun oluşumunda kurumsal değişim ve aktörler arasındaki sınırların bulanıklaşması, devletlerin şirketleşmesi ve şirketlerin devletleşmesi olgularını açıklayarak, bu dönüşümü internet yönetişimi, gözetimin ticarileşmesi, devletler arasındaki ilişkilerde şirketlerin pozisyonları açısından örneklendirmektedir. Bununla birlikte, devletler ve şirketler arasındaki ilişkilerin, rol ve işlev değişiminin hukuk alanında da çeşitli sonuçları vardır. Sermayenin hareket özelliklerinin siber alanı ilgilendiren hukuksal düzenlemelere etkisi, esnekliğin artması, hesap verilebilirliğin ve denetimin azalması, yumuşak hukuk, sözleşme ve kod gibi düzenlemelerin yaygınlaşması, son kullanıcıların hak sahiplerinden tüketicilere dönüşmesi, bu dönüşümün sadece usule değil aynı zamanda esasa dair olması siber alanda devletler ve şirketler arasındaki ilişkilerdeki değişimin hukuk alanındaki sonuçları olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Siber Alan, Siber Hukuk, Küresellik, Çok Hukukluluk, Şirketleşme, Devletleşme, Sermaye Egemenliği, Hukukta Dönüşüm.

THE IMPACT OF STATE-CORPORATE RELATIONS ON LAW IN CYBERSPACE

Abstract

The law is one of the most important tools for regulating human activity in cyberspace. The law of cyberspace has the characteristics of globality and legal pluralism. Globality refers to the fact that the law that applies in this field cannot be limited to a national, regional, or interstate framework. There is a structure that goes beyond social and cultural boundaries, as well as regional jurisdiction and national and international legal orders. Cyberspace is a global space that transcends national borders, and as such, it is difficult to apply traditional legal frameworks to it. Legal pluralism refers to the existence of multiple legal systems and different rule-makers in cyberspace. These legal systems are

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 13.03.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 03.06.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1264191.

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye.
E-posta: duyguhatipoglu@hacettepe.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3153-5310>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

created by different actors, such as states, companies, and users. Thus, in cyberspace, there are normative orders that regulate human behavior through various sanctions other than traditional state law. Cooperation, bargaining, and conflict between states, companies, and users are particularly important in shaping cyber law. In cyberspace, legal regulations and institutions express a certain way of thinking and, of course, the reproduction of certain economic relations. The changing functions and roles of actors in cyberspace and the blurring of boundaries between them come into focus, especially among states and companies that create and enforce norms. This study focuses on the relationship between governments and corporations. We can observe an institutional change in the formation of law and the blurring of the boundaries as corporatization of states and statification of companies. Especially in Internet governance, in the commercialization of surveillance, and in the positions of corporations in interstate relations, we can see this transformation. The relations and switching hats between states and companies also have various consequences in the law. Increasing flexibility, decreasing accountability and audit, spreading regulations such as soft law, contract, and code, and the procedural but also the fundamental transformation of end users from right holders to consumers are some of these consequences.

Keywords

Cyberspace, Cyberlaw, Globality, Multi Legality, Statification, Corporation, Capital Hegemony, Transformation of Law.

Extended Abstract

The law is one of the most important tools for regulating human activity in cyberspace. From a socio-legal perspective, the dynamics of formation and change of law in cyberspace can be analyzed by considering the different rule-making actors involved. These actors include states, corporations, user communities, and code. Cyberspace law is formed through cooperation, bargaining, and conflict between these actors, and is based on a legal pluralist structure that occurs at the global level. Globality refers to the fact that the law to be applied in cyberspace cannot be limited to a national, regional, or international framework. Legal pluralism refers to the existence of multiple normative orders and rule-makers. In this context, states, corporations, user communities, and code are all norm entrepreneurs.

Capitalism has always been a process of unequal development. When evaluating the effects of technological innovations or a certain stage of the industrial revolution, understanding these innovations as changes in the means of production and emphasizing that capitalism in total is subject to the law of unequal development will facilitate to explain the changing roles of state and corporations in cyberspace, interaction between them and its reflection on the law as a form of expression of social life. Governments and corporations are the most powerful actors in the law of cyberspace. The functions and roles of these actors are changing, and their boundaries are blurring. It is becoming increasingly difficult to neatly separate the state and corporations. This is evident in the fact that the "public" (state) is the entrepreneur of almost every technological product we use today. This shows that the opposition between public and private is artificial. Definite lines cannot separate these processes, and they did not arise by chance in history or depend on individual wills or institutional interventions. The state does not act independently of capital. Power relations between actors can periodically lead to different forms and models. The dynamics of changing the law in cyberspace can only be understood by examining the relationality between these actors. We can trace the penetration of the modus operandi of capital into social relations in the corporatization of states and the statification of companies. Corporatization refers to the process by which states adopt the characteristics of corporations, such as a focus on profit and efficiency. Statification refers to the process by which corporations adopt the characteristics of states, such as the ability to make laws and regulations. Companies create norms in quite different forms and intervene in human behavior in cyberspace, taking key positions in international relations. Norm-setting by different actions of companies, having an effect on national security, being developers of surveillance technologies in international relations, and changing roles thanks to data collection and processing skills, can be cited as examples of statification. Companies determine the ethical dimension of artificial intelligence, as well as the technology dimension. The effects on the tastes, behaviors, and attitudes of individuals determine the social norms that are the basis of the legal order. Currently, governance already allows companies to manage law-making processes in line with their goals. The remarkable individual and collective participation of corporations characterizes this process as the norm of entrepreneurship. Companies act as a locus of power in strong lobbying, market pressure, and campaign demands, ensuring security and relationships with users.

Internet governance is one of the areas where the relations between the state and corporations can be monitored. Although in Internet governance, which is based on the assumption that the Internet can only be managed by the government, companies, non-governmental organizations, technical teams, and actors are given the appearance of being equal, the issue of power in inter-actor relations is volatile and multi-stakeholder processes mask a deep and systematic economic and political agenda embedded in existing power relations. In particular, both governments and corporations invade the private lives of citizens through the international trade of surveillance technologies and the cooperation of states and companies on surveillance. We can also trace a form of changing roles of state and corporations in the roles of companies in international relations. Given the integral role of information technology companies in national economies and security, the tendency to use key elements of the private sector in capitalist international relations becomes prominent. The proliferation of both surveillance technologies and the companies that develop or use them provides more opportunities for governments to secretly collaborate with private actors and for companies to monetize our data.

The blurring of the boundaries between actors and changing roles affects the law. New actors and their relations lead to the emergence of new legal forms. The results show that regulations and procedures such as "soft law", flexibility, and arbitration /mediation, fueled by the neoliberal era, are prioritized by contracts and codes in cyberspace. Classical arrangements are being replaced by more flexible contracts and codes. The form also reflects the essence. Private commercial enterprises in cyberspace are essential elements of the digital ecosystem, if not the most important driving force. These are perceived as market activities and are regulated accordingly. These contributions made to intellectual property, data protection, consumer contract, and financial market laws take the form of economization of legal issues. The spread of flexibility, soft law, contract, and code-based regulations also inevitably creates an accountability problem. The existence of many state-funded or non-state institutions that regulate cyberspace and have authority over different transactions in this area leads to the irresponsibility of actors towards each other and the dysfunctional accountability mechanisms for individuals. The contracts between an individual user and a corporation detail not only the rights and duties of those giving and accepting services, but also various areas, from freedom of expression to the right of access. In particular, the increasing weight of consumer law, which is a private relation despite the public interest, is an indicator of this. The content of institutions and concepts protected by the legal order, such as freedom of expression, universal service, individual freedoms, security, privacy, the right to personality, or social goals such as common property, creativity protection, the advancement of humanity, differ according to the changes in the power balance. While corporations are setting their own rules, they are also interfering with the form and content of existing rules.

Cyberspace and law, which are shaped by the reflexivity of states and corporations, are constantly being re-established against users in line with technological developments and capital. The problem of whom and with which values the law will work in cyberspace should start with a relational analysis of the current rule-making actors.

GİRİŞ

Siber alan (*cyberspace*), interneti fiziksel ve kavramsal olarak içeren ve dijitalleşmenin de beraberinde getirdiği yeni, hem de mevcut meselelerin cereyan ettiği bir alandır. Burada tartışılan ve gündelik hayata etki eden pek çok konu, hukuk düzenlerinin de gündemindedir. Hukuk düzenleri, bir yandan mevcut kurallarla yeni sorunlara çözüm bulmaya çalışırken, diğer yandan ilk defa ortaya çıkan meseleleri kavramak ve çözümüne yol göstermek için yeni tartışmalar yürütme, yeni kavramları kendi diline tercüme etme faaliyetindedir. Algoritmalar, yapay zekâ, siber güvenlik, kişisel veriler, dijital miras gibi mevcut hukuksal kurumlara eklenen olgular, ulusal, uluslararası ve küresel ölçekte ve hukukun tüm disiplinlerini kesen biçimde hukukçuların gündemine girmiştir.

Bu çalışmada, öncelikle, dijitalleşmeyle birlikte dönüşen çevrimiçi ve çevrimdışı, siber alandaki insan faaliyetinin hukuk kuralları aracılığıyla düzenlen-

mesine odaklanılmaktadır. Çalışmanın problemi, teknolojik gelişmelere bağlı olarak, kapitalist sistemde hukukun dönüşümünü, siber alanda kural koyucu aktörlerden devletler ve şirketler arasındaki ilişkileri irdeleyerek ortaya koymaktır. Siber alanda farklı hukuksal düzenleme faaliyetlerinde devletler, şirketler ve kullanıcılar olarak birden fazla aktörün çeşitli etkileri mevcuttur. Hukuk kurallarının oluşturulması ve uygulanmasında farklı düzeylerde etkiye sahip aktörler, siber alanda uygulanacak hukukun güncel durumuna ışık tutan öznelardir. Aktörler arasındaki iş birliği, çatışma ve pazarlık gibi ilişkilerin ve dinamiklerin anlaşılması aynı zamanda planlanan hukuksal düzenlemeler açısından yol gösterici olacaktır. Siber alanın hukuku küresellik ve çok hukukluluk özelliklerine sahiptir ve siber alanda cereyan eden ilişkiler sonucu ortaya çıkan hukuksal düzenlemeler ve kurumlar, belirli bir düşünce sistemini ve elbette belirli ekonomik ilişkilerin yeniden üretimini ifade eder. Kapitalizmin belirli bir aşamasında sermaye birikimi aracı olarak teknolojik gelişmeler, toplumla birlikte hukuki kavram ve kurumları da dönüştürmektedir. Siber alanın hukukundaki yapısal dönüşüm, sosyal, ekonomik ve politik dönüşümün parçası olarak hem neden hem de sonuçtur.

Siber alanda kullanıcılar lehine, özgürlük, eşitlik menfaatleri temelinde, medatışlaştırmayı önceleyen ve insan haklarını koruyan düzenlemelerin yapılması ve mevcut düzenlemelerin bu doğrultuda yorumlanması için, siber alanda hukukun oluşum dinamiklerinin irdelenmesi ilk atılması gereken adımlardan biridir. Bu metin, kullanıcılar yararına bir siber alana yön vermek için mevcut durumu ilişkisel bir biçimde ortaya koyma çabasında, betimleyici bir çalışmadır. Çalışmanın ilk kısmında, siber alanın hukukunun küresellik ve çok hukukluluk özellikleri hakkında ve ikinci başlıkta siber alanda hukukun oluşumunda etkili olan aktörler olan devletler, şirketler, kullanıcılar topluluğu ve kod üzerine kısa bir açıklama yapılmıştır. Üçüncü başlıkta aktörler arasındaki ilişkilere odaklanılarak, özellikle kurumsal değişim ve aktörler arasındaki sınırların bulanıklaşması, devletlerin şirketleşmesi, şirketlerin devletleşmesi ve bunların görünümleri ifade edilmiştir. İnternet yönetişimi, gözetimin ticarileşmesi, devletler arasındaki ilişkilerde şirketlerin pozisyonu bu görünümlerin bazılarıdır. Dördüncü başlık, siber alanda kural koyucu aktörlerden devletler ve şirketlerin rollerindeki ve bunların iş birliği, çatışma ve pazarlık ilişkilerindeki değişimin hukuk alanındaki sonuçları üzerinedir. Bu başlık altında, sermayenin hareket özelliklerinin siber alanı ilgilendiren hukuksal düzenlemelere etkisi, esnekliğin artması, hesap verilebilirlik ve denetimin azalması, yumuşak hukuk, sözleşme ve kod gibi düzenlemelerin yaygınlaşması, son kullanıcıların hak sahiplerinden tüketicilere dönüşmesi, bu dönüşümün sadece usule değil aynı zamanda esasa dair olması değerlendirilmiştir.

I. SİBER ALANDA HUKUKUN ÖZELLİKLERİ

Siber alanda hukuk kurallarının oluşum dinamikleri ve aktörler tartışmasına başlarken bazı kavramları açıklamak gerekmektedir. Öncelikle hukuk tartışmasının bu çalışma bağlamında sosyolojik bir perspektiften ele alındığını belirtilmelidir. Sosyolojik açıdan hukuk dendiğinde, yalnızca hukuk düzeninin sosyal kaynaklarına referans değil, aynı zamanda hukukun anlamının toplumsal olaylar ve dinamiklerde aranmasından bahsedilir. Bu açıdan hukuku görmek ve anlamak için, Eugene Ehrlich'in vurguladığı gibi¹, yasama faaliyeti, mahkeme kararları, profesyonel hukukçuların öznesi olduğu hukuk tekniğinin ötesinde topluma bakmak gerekir. Bir başka deyişle, hukuk sosyal bir olgudur, içinde doğduğu toplumsal yapının bir sonucu olduğu kadar onunla etkileşim halinde, o toplumsal yapıyı biçimlendirme gücüne sahiptir. Bu halde hukuka dair sosyolojik bir perspektif, "hukuka dair detaylı bilgiyi daha geniş bir sosyal bağlam içinde yorumlamaya çalışır, mütemediyen hukuki gelişim ile daha geniş sosyal değişimler arasındaki ilişkileri arar"².

Gerçekten hukuk normu hem tekniği hem de içeriği itibarıyla, toplumsal ilişkilerin dışsallaştırılmasının bir aracıdır. Toplumsal yaşamda ortaya çıkan duygulara açık bir içerik kazandırma faaliyetinin bir neticesi, yani neyin iyi veya kötü olduğuna dair kabullerin ve ideallerin dışsallaştırılması faaliyeti sonucunda ortaya konan hukuk kuralı³, kaynağını toplumsal ilişkiler ve dinamiklerde bulurken, o toplumun sınıfsal ilişkilerinden, altyapıdan ve kural koyucuların sınıfsal pozisyonlarından azade değildir. Bu aynı zamanda toplumdaki güç ilişkilerinin yansımasıdır. O halde, siber alan olarak tarif edilen düzlemde hukuk kurallarının oluşumu, devletle özdeşleşmiş yasama organının rutin bir faaliyetinin ötesinde tanımlanmalıdır. Hukukçuların yapageldiği biçimde verilen kuralların anlaşılması, uygulanması ve sistematikleştirilmesi faaliyetinin ötesinde, sosyo-hukuki bir perspektif, kuralların yaratıldığı ve uygulandığı dünyaya bakar.⁴

Tıpkı eski dönem teknolojik gelişmelerde olduğu gibi, dijital teknolojiler dünyayı şekillendirmiştir ve şekillendirmeye devam etmektedir. Ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel yaşamımız, bu teknolojilerle nasıl ilişkilendiğimizle ve onları ne biçimde düzenlediğimizle şekil alır.⁵ Dijitalleşmenin yarattığı dönüşümün hukukla etkileşimi kaçınılmazdır. Dijitalleşme, hukukla ilgili temel kavram-

¹ Eugene Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, çev. Artun Mimar (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019).

² Roger Cotterrell, *Hukuk Sosyolojisi*, çev. Saim Üye (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2020), 24.

³ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 3. bs (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011), 26-27.

⁴ Paul Schiff Berman, "Introduction", içinde *Law and Society Approaches to Cyberspace*, ed. Paul Schiff Berman (Ashgate Pub Ltd, 2007), xi-xxvi.

⁵ Mustafa Berkay Aydın, "Dijital Sosyoloji Üzerine Notlar", içinde *Dijital Sosyoloji Çalışmaları*, ed. Aslıhan Zinderen (Ankara: Nobel Bilimsel Eserler, 2021), 1-18.

larımıza meydan okumaktadır. Uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeyde kural koyucular, mahkemeler ve diğer karar alma organları ile kullanıcılar, hak sahipleri gibi özel hukuk aktörleri tarafından siber alan hukuku kurallarının benimsenmesi, uygulanması ve yönetilmesinde kullanılan usuller, ayrı ayrı değerlendirmeye ihtiyaç duyar. Kuşkusuz dijitalleşme ve yeni teknolojiler, özel hukukun ve kamu hukukunun tüm disiplinlerini ayrı ayrı ve birlikte etkilemekte ve temel ilkelere, normlara, varsayımlara ve uygulamalara meydan okumaktadır. Ancak çalışmanın kapsamı itibarıyla, her bir disiplinin meselelerine odaklanmak yerine, siber alanda ve onunla ilgili ortaya çıkan ihtiyaçların ne şekilde tarif edileceği, hangi biçimler ve motivasyonlarla karşılanacağı, hukuk kurallarının hangi ihtiyacı ne şekilde karşıladığı, bunun gibi pek çok konu hukuka sosyolojik bir perspektiften bakarak ele alınmıştır.

Genel olarak hukuk kurallarının teknolojik gelişmelerin gerisinde kaldığı söylenebilir. Hukuk düzenlerinin ve kurallarının, çok hızlı biçimde ortaya çıkan, gelişen, yaygınlaşan ve toplumu hızla etkileyen teknolojilere hızlı yanıt verememesinin de çeşitli yapısal ve teknik sebepleri vardır. Gelişmelerin temelindeki güç ilişkileri, kuralların içeriğini oluşturan değerlerde ortaklaşmanın uzun sürede sağlanması ve yasa yapım tekniği gibi sebeplerin yanında, siber alanın sınırlarının belirsiz oluşu, merkezsizlik, güç dengelerindeki hızlı ve keskin değişim gibi sebepler, hukuk kurallarının statükocu ve tepkisel oluşunda etkilidir. Yine de bu alanda yaygın bir tartışmanın hukukçuların gündeminde olması ve ulusal, bölgesel, uluslararası ve küresel düzeyde bir hukuk faaliyetinin varlığı çok ilgi çekicidir.

Siber alandaki hukuksal düzenlemelerin bilimsel biçimde ele alınışında tanım birliği de mevcut değildir. Dijitalleşme, bir sosyal olgu olarak epey bir süredir gündemi meşgul etmekle birlikte, örneğin sıklıkla kullanılan “internet hukuku”, “bilişim hukuku”, “dijital hukuk” gibi kavramların, siber alanın gerçekliğinin belirli bir kısmına ve genelde teknik bir boyutuna referans vermektedir. Bu nedenle, hakkında konuşulan alanı siber alan⁶ olarak tarif etmek gerekir. Siber alan teknik, fiziksel olarak somutlaştırılabildiği gibi, egemenlik ilişkilerinin cereyan ettiği bir bağlam olarak da açıklayıcıdır. Üstelik hem canlı hem cansız varlıklara da aittir, insanların, kodların, makinelerin, devletler, şirketler, özgür yazılım topluluğu, ulusötesi oluşumlar gibi çeşitli insan topluluklarının bir arada yaşadığı bir evrendir.

Hukukçular açısından hukuk verili bir şeydir ve hukuk-bilimsel bir faaliyet, bu verili kurallar topluluğunu, anlama, uyarlama, ayıklama ve sistematize etme

⁶ Literatürde yaygın şekilde kullanılan “cyberspace” kavramı, Türkçe literatürde, siber uzay, siber dünya ya da siber alan şeklinde kullanılmaktadır. Astronomik bir uzamın ötesinde toplumsal ilişkilere referans vermesi sebebiyle, kavramın Türkçe karşılığı olarak “siber alan” kullanılmıştır. Duygu Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.), 3.

faaliyettir. Normatif açıdan dijitalleşmenin hukuka etkileri, maddi hukuktan usul hukukuna geçiş, küreselleşme eğilimi, yatay temelli düzenlemelere doğru kayma ve devlet yasalarından sözleşme ve koda geçiş olarak ifade edilmektedir.⁷ Diğer yandan, hukuk kuralları henüz oluşum aşamasındayken, yürürlüğe girerken, konulmuş kurallar uygulanırken ve sonuçları ele alınırken, güç, egemenlik, iktidar gibi kavramlara; bu kavramların somutlandığı aktörlere, bu aktörler arasındaki iş birliği, çatışma ve pazarlık gibi ilişkilere; ortaya çıkan hukuksal düzenlemelerin etkisine bakmak, bunun için de hukuk kurallarının verili sisteminin ötesine odaklanmak gerekir.

Dijitalleşme sürecinde sermaye ve devlet ilişkileri ve bunlar arasındaki etkileşimin toplumsal yansımaları, üretim araçlarını, üretici güçler arasındaki ilişkiyi ve toplumları farklı biçimlerde etkilemektedir. Dolayısıyla dijitalleşme ve yeni teknolojilerin gelişmesi ve bunların dönüştürücü gücü küreselleşme olgusu ve neoliberal dönemle, geniş bir bağlamda kapitalist üretimin yeni biçimleri ve bunlara bağlı dönüşen hukuksallıkla birlikte ele alınmalıdır. Ancak burada dönüşümden bahsederken bir sürekliliğin içinde dramatik değişikliklerin vurgulandığını söylemek gerekir. Dijitalleşme ve özellikle dijital ağlar coğrafi sınır tanımamakta, bu da düzenlemeler, aktörler ve uygulama konusunda komplikasyonlar yaratmaktadır. Açıkçası, küreselleşme dijitalleşmeyle yaratılmamıştır, ancak dijitalleşme küreselleşme sürecini güçlendirmiştir. Finansallaşma ve küreselleşme tartışmalarında olduğu gibi, teknolojik gelişim ve değişimin sosyal, ekonomik ve siyasal sonuçlarının, mevcut kurumları dönüştürdüğü, yenilerini inşa ettiği, kavramları alt üst edip yeniden anlamlandırdığı söylenebilir. Neoliberal dönüşüm, teknolojik gelişmelerle iç içe ve farklı başlıklar altında hukuksal yapıyı dönüştürmüştür. Genel olarak dijitalleşimin gücü giderek netleşmektedir, yeni aktörler oluşmakta, iktidar yeniden tanımlanıp yeniden dağıtılmakta, kaynakların değeri değişmekte ve yerleşik denetim mekanizmalarının ve dengelerin iyileştirilmesi tartışmaları gündeme gelmektedir.

Kapitalizm her dönem bir eşitsiz gelişme süreci olmuştur. Yapısal krizlerin çözümünde yeni gelişen teknolojilerin öne çıkması bu eşitsiz gelişmenin, üretim araçlarını sürekli biçimde devrimcileştirmeksizin var olamayan kapitalizmin, yaparken yıkan doğasından kaynaklanır. Eşitsiz gelişmenin birkaç boyutu vardır. Her şeyden önce kapitalist üretim, farklı bölgeselliklerde aynı biçimde işlemez. Bu farklı ve eşitsiz işleyiş, küresel, bölgesel ve ulus devlet ölçeklerinde belirli geri kalmışlıkları derinleştirirken, bazı ilişkileri de değiştirir ve örneğin görece ileriye taşır, yani gelişme bu anlamda doğrusal değildir. Öte yandan eşitsiz gelişme sadece ekonomik alana özgülenmemelidir. Eşitsiz gelişme ekonomik olduğu kadar coğrafi, politik, kültürel, sanatsal, sınıfsal, ideolojik ve hukuksal alanların

⁷ Thomas Riis ve Jens Schovsbo, "Towards a Legal Methodology of Digitalisation: The Example of Digital Copyright Law", içinde *The Law of Global Digitality* (Routledge, 2022), 35.

da bir özelliğidir. Eşitsiz gelişmenin bir başka vurgusu eski ve yeni biçimlerin bir arada dönüşmesidir, üretim ilişkilerinin aynı biçimde gelişmediği ve etkilemediği düzeylerde, gelişme, dönüştürdüğü ilişkilerde bir çarpan etkisine sahiptir. Hal böyleyken, siber alanda devlet-sermaye ilişkilerinin hukuksal yansımalarını küresel, bölgesel ve ulus ölçeğinde; etkilediği ilişkiler bağlamında değerlendirirken, dijitalleşme gibi bu dönüşümün biçimlerinin de aynı olmadığını, etki düzeyinin farklılaştığını ve farklı sonuçlara yol açabileceğini vurgulamak gerekir. Teknolojik yeniliklerin ya da sanayi devriminin belirli bir safhasının etkilerini değerlendirirken, bu yeniliklerin üretim araçlarındaki değişim olarak anlamak ve toplamda kapitalizmin eşitsiz gelişme yasasına tabi olduğunun altını çizmek, devlet ve sermaye aktörlerinin siber alandaki rol değişiminin, aralarındaki etkileşimin ve bunun sosyal hayatın ifade biçimlerinden biri olan hukuka yansımalarının açıklanmasını kolaylaştıracaktır.

Siber alanda hukuk küresellik ve çok hukukluluk nitelikleriyle tarif edilebilir. Ancak bu özellikler yalnızca siber alana özgülenemez. Siber alan ve siber alanda hukuk, daha geniş bir bağlamın, özellikle dünya çapında üretim modelinin iç dinamikleriyle biçimlenen bir dönemde anlam kazanmıştır. Ayrıca siber alan, yalnızca teknolojik gelişmeleri değil, bu teknolojik gelişmelerin toplumsal yaşama nüfuz etmiş biçimlerini de kapsamaktadır. Küreselleşme sürecinde bireylerden şirketlere ve devletlere çeşitli aktörlerin değişen rolleri, kapitalizmin eşitsiz gelişme yasasıyla değerlendirildiğinde, her aktörün farklı işlevlere sahip olduğu ve dönüşümlerinin de farklılaştığı görülecektir. Yine küreselleşme modelinin iddialarından biri olarak ulus devletlerin tasfiyesinden ve toplumsal ve siyasal alanlar piyasa ihtiyaçları doğrultusunda yeniden şekillenirken devletin etkisizleşmesi yerine, aşağıda vurgulandığı gibi sınırların belirsizleşmesinden ve bulanıklaşmasından söz etmek gerekir. Devletler tasfiye edilmemiş ya da etkisizleşmemiş, fakat piyasa hakimiyetini sağlamakta farklı ama etken bir role bürünmüştür⁸. Küreselleşme olgusunu, dünya kapitalist gelişmesinde tarihsel bir kırılmadan ziyade bir sürekliliğin parçası olarak tartışan Tabb, küreselleşmeyi, “ulusal ekonomilerden yeni bir önder sektörler kümelenmesine, uluslararasılaştırılmış devlet kurumlarına ve yeni beliren sınıf yapılarına dayalı küresel ekonomik sisteme doğru bir hareket” olarak tanımlar⁹. Siber alanı oluşturan yeni teknolojiler ve bu alandaki gelişim, küreselleşmenin yeni fırsatları için altyapı oluşturur. Aynı zamanda teknolojik belirlenimciliğin gölgesinde mevcut toplumsal çelişkiler derinleşir ya da yenileri meydana gelir. Öte yandan eşitsiz gelişim tesadüfi değildir ve hatta birikim sürecinin zorunlu unsurudur: “Küresel birikim sürecinin önkoşulu farklı ve dengesiz birikim ve düzenleme tarzlarının varlığıdır ve varlığı bunları bir ara-

⁸ William K. Tabb, *Ahlaksız Fil- 21. Yüzyılda Küreselleşme ve Sosyal Adalet Mücadelesi*, çev. Ercüment Özkaya (Ankara: Epos Yayınları, 2002), 38-39.

⁹ Tabb, 44.

da tutma veya birbirine karşı kullanma imkanına dayanır”.¹⁰ Kablo yollarından, yazılım ve donanım üretimine kadar siber alanın fiziksel olarak üretiminde devletlerin ve şirketlerin rolünü belirleyen unsur, küresel birikim sürecinin eşitsiz doğasıdır. Bu açıdan bakıldığında, modellemeden üretime ve siber alandaki hakim söylemi oluşturmaya kadar esas belirleyici, küreselleşme sürecindeki uluslararası eşitsizlik ve bağımlılık ilişkileridir. Bu noktada hem devletler hem şirketler bu sürece tarihsel birikimleri, işgücü potansiyelleri, “gelişmişlik düzeyi” çerçevesinde dahil olurlar. Siber alanda uygulanacak hukuka baktığımızda, küresellik özelliği hem hukuksal düzenlemeler açısından (ulusal) yargı yetkisi sınırlarının aşılmasını hem de yeni küresel kurumların ortaya çıkışını, aynı zamanda küresel düzeyde yeni iş birliklerini ve pazarlık zeminlerini ve ulusötesi düzenleyici kuraları/kuruluşları ifade eder. Burada da devletler ve şirketler, küresel kapitalizmin öngördüğü ve zorunlu kıldığı biçimde üzerlerine düşen rolleri gerçekleştirirler. Siber alanda hukukun işleyişindeki eğilimleri belirleme gücü ya da alana etkisi açısından her devleti, şirketi ya da ulus üstü organizasyonları kendi dinamikleri ve küresel ölçekteki pozisyonu bağlamında değerlendirmek gerekir.

Siber alanın hukukunun bir diğer özelliği olan çok hukukluluğu da yine ekonomik dönüşümden ayrı düşünmemek gerekir. Tarihsel süreçte küreselleşmenin neoliberal politikalarla baskın hale gelmesi, Batı toplumları açısından refah devletinin kriziyle birlikte, örgütlü kapitalizmin tasfiyesi süreciyle örtüşür. Bu dönemi “örgütsüz kapitalizm” olarak tanımlayan Urry, örgütsüzleşmenin nedenlerini belirli başlıklar halinde sıralar. Bunlardan ilki, toplumların tek başlarına tutarlılıklarını ve birliklerini güçsüzleştirerek büyüyen küreselleşmedir. Ekonomik, toplumsal ve politik ilişkilerdeki küreselleşme, yıllık ciroları tek başına çok sayıda ulus devleti aşan şirketlerin büyümesini, enformasyon teknolojisindeki çarpıcı gelişmeyi, ulus-devletlerin özerkliğini sınırlayan uluslararası örgütlenmelerin kırılğan genişlemesini, dünya nüfusunun büyük çoğunluğunu harekete geçirebilen kitle iletişim araçlarının yaygınlaşmasını kapsar.¹¹ Bunun yanında üretim süreçlerindeki değişim, esnek çalışma, şirketlerin dünya çapında iş yapabilmelerinden kaynaklanan ve işçi sınıfı kazanımları aleyhine girebildikleri pazarlıklar ve avantajlar, iş hayatındaki performans beklentilerinin artması ve kültürel değişim diğer sebeplerdir. Urry, çağdaş kapitalizmin yapılarının üç süreç tarafından değişime uğratıldığını belirtir: “Daha parçalı, daha çoğulcu ve politik bakımdan muhalif sivil toplumun yaratılmasında özel olarak araçsal bir rol üstlenen güçlü bir hizmet sınıfının gelişmesiyle yukarıdan küreselleşme, aşağıdan ademimerkezeleşme ve içeriden dağılma”. Hukuki çoğulluk olgusunun yükselişi bu bağlama yerleştirilebilir. Küreselleşme süreci ve neoliberal politikaların hegemonyası, tekil ve

¹⁰ Joachim Hirsch, *Materyalist Devlet Teorisi*, çev. Levent Bakaç (İstanbul: Yeni Alan Yayıncılık, 2011), 109.

¹¹ John Urry, “Örgütlü Kapitalizmin Sonu”, içinde *Yeni Zamanlar 1990'larda Politikanın Değişen Çehresi*, Stuart Hall&Martin Jacques (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1995), 99.

bütüncül gibi görünen yapıları dönüştürürken, ulusal devletleri de yeniden işlevlendirmekte, devlet dışı yeni kural koyucu aktörleri güçlendirmekte ve hukuki çoğulluğun çeşitli formlarda ortaya çıkışına zemin hazırlamaktadır.

Çok hukukluluk olgusunu kapitalizmin eşitsiz gelişimi ile birlikte ele aldığımızda, tıpkı kapitalist üretimin çeşitliliği gibi, hukuksal biçimler de çeşitlenir ve kapitalizm öncesi, kapitalist ya da proto kapitalist özelliklere uygun hukuksal kurumların bir ara var olabildikleri bir zemin oluşur. Siber alanda değişimini ortaya koymaya çalıştığımız hukukun da hem siber alanın özelliklerine hem de kapitalist üretimin yönüne göre biçimlendiğini belirtmek gerekir. Tıpkı kapitalizmde olduğu gibi, hukukta da eşitsiz ve bileşik gelişmenin mevcut olduğunu tartışan çalışmada Brophy, eşitsiz gelişme yasasının hukuktaki yansımasının ifadesi olarak, hukukun kapitalizme teğet değil, tam tersine ona içkin olduğunu, hukuksal gelişmenin doğrusal olmadığını, otoritenin paradoksal niteliğini ve hukukun esnekliğini vurgular.¹² Hukuk, kapitalist gelişmenin eşitsiz ve birleşik boyutlarını ılımlştırır ve şiddetlendirir. Bu, yeni ticaret mevzuatının kapsamını ve yabancı yatırımı çevreleyen yasaları inceleyerek uluslararası düzeyde ölçülebilir; içeride ise, asgari ücret mevzuatını, hapishane nüfusunun demografisini, kemer sıkma yasalarının yaygınlığı incelenirken bu düzensizlik görülebilir.¹³ Eşitsiz gelişim prensibinin hukuka uygulanması için önerdiği adımlardan biri olan hukuk ve devletin birbirinden ayrıştırılması gerekliliği, hukuki çoğulluğun kalbindeki “merkezi devletçilik ideolojisinin reddi”yle de uyumludur. Hukuk ve devleti özdeşleştirmek, hukukun toplumsal ilişkilerin farklı düzeylerdeki işleyişini görmezden gelmeyle sonuçlanır.¹⁴ Brophy, hukuk ve devleti bir düşünmenin, devletin meşru şiddet tekeli iddiasını da sahiplenmek anlamına geleceğini, bunun da bizi şirketler, sendikalar gibi çeşitli tüzel kişiliklerin sahadaki yetki kullanımına kör edeceğini belirtir. Yapılması gereken devleti kapitalizmin gelişimi için vazgeçilmez birçok yapıdan biri olarak kabul etmektir.¹⁵ Devamında yazar hukukun yalnızca üst yapısal bir aygıt olarak değil, altyapı ilişkilerinde kökleşmiş ve esnek bir aktör olarak tanımlanması gerektiğini belirtir. Böylelikle hukukun sonuçları itibariyle çelişik gibi görünen tavır alışlarının ve farklı biçimlerin aynı tarihsel süreçte ortaya çıkışının okuması kolaylaşır. Hukukun gelişimi de doğrusal olma-

¹² Susan Dianne Brophy, “An Uneven and Combined Development Theory of Law: Initiation”, *Law and Critique* 28, sy 2 (2017): 172.

¹³ Brophy, 181.

¹⁴ Benzer bir tartışma, hukukun yapısal alanlarında da görülebilir. De Sousa Santos, “dünya sistemi içinde kapitalist toplumların yapısal haritasını” açıklarken, hukukun küresel düzeyde altı farklı yapısal alanda farklı biçimlerde işlediğini, her yapısal alanın kendine özgü hukuk biçimleri ürettiğini örneklerle belirtir. Dolayısıyla hukuksal alan, salt devlet üretimiyle sınırlandırılmayacak, birbiriyle ilişkilerinin karmaşık olduğu hukukiliklerin kümelenmesi ile oluşur. Bunlar farklı iktidar, hukuk ve bilgi biçimleri üretirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Boaventura De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, And Emancipation*, 2. baskı (UK: Butterworths, 2002), 371.

¹⁵ Brophy, “An Uneven and Combined Development Theory of Law”, 183.

mış, hukuksal değişim, bir noktadan diğerine hep aynı biçimde gerçekleşmemiştir. Elbette hukukun kapitalizme teğet olmadığı, aksine içsel olduğu iddiasını da yinelemek gerekir. Tarih ötesi düzeyde hukuk, adalet, rasyonellik, özgürlük ve istikrarla yakından ilişkilidir. Bununla birlikte, pratikte hukuk esnek, koşullu ve çoğu zaman kaçamak olduğu kadar baskıcıdır. Hukuk, gelişen sosyal ilişkilerin bağlamsal özelliklerine yanıt olarak esner. Bu nedenle hukuk, sosyal zorunluluk gereği düzensiz ve birleşik bir şekilde gelişir. Dahası, hukukun esnekliği tam da sermayenin engellerini müzakere etmesine yardımcı olan esnekliktir; karşılıklı olarak pekiştirici iki düzlemde (soyut-ideolojik ve somut-tarihsel) gerçekleşen bir müzakeredir.¹⁶ Hukuksal gelişimin/değişimin doğrusal olmayan ve esnek karakteri, tarihsel süreçte kapitalist ilişkilerle kesişen ve tarihsel olarak farklılaşan kendi çelişkileri kümesine sahip olduğu anlamına gelir. Bu da devlet ve şirketler arasındaki rol değişimini ve bulanıklaşmayı, somut olarak ifade edilirse, siber alanda çok hukukluluğu, bir yandan sıkı ve sınırlara bağlı yasalarla diğer tarafta esnek, küresel/ağsal ve akışkan düzenlemelerin bir aradalığını, bir vatandaşın devletlerle ve şirketlerle ilişkilendirirken aynı anda hak sahibi ve tüketici olarak farklı hukuksal rejimlere tabi olabilmelerini açıklar.

Siber alanın hukukunun da kapitalist üretimin teknolojik temelli yöneliminde dönüştüğünü vurgulamak gerekir. Burada öne çıkan bir biçim hukuki çoğulluktur. Siber alanda çok hukukluluk, hukukun merkezîyetçi devlet kaynağına ek olarak farklı aktörlerin hukuk yaratma ve hukuk kurallarının oluşum, uygulama süreçlerinde doğrudan rol almalarını ifade eder. Siber alanın hukuku bir yandan Günther Teubner'in küresel hukuk düzenlerinin bir parçası olarak, dünya toplumunda otonom sosyal sistemlerin ortaya çıkışı ve işlevsel farklılaşma ile örneğin *lex digitalis*¹⁷ olarak görünür hale gelmiştir. Diğer yandan William Twining'in farklı coğrafi düzeylerdeki hukuk seviyelerinde¹⁸ görünürdür. Ulusötesi düzeyde, ulusal ya da bölgesel seviyenin ötesinde yer alan siber alanda, insan faaliyetlerine uygulanacak hukuk, Twining'in vurguladığı coğrafi olarak farklılaşan hukuk seviyelerinin hepsinde yer almaktadır. İnsanlığın ortak mirası; internet erişiminin evrensel bir hak olarak tanımlanması ve devletler arası ilişkilerde uluslararası; örneğin Avrupa düzeyindeki düzenlemeler açısından bölgesel, ulusal sınırlar içindeki her türlü devlet düzenlemesiyle bölgesel devlet; internet yönetişimindeki devlet dışı aktif topluluklar açısından ulusötesi; çeşitli yerel toplulukların kullanım pratikleri açısından topluluklar düzeyinde aktif bir siber alan hukukundan bahsedilebilir.¹⁹

¹⁶ Brophy, 187.

¹⁷ Gunther Teubner ve Andreas Fischer-Lescano, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law* 25, sy 4 (2004): 1009-11.

¹⁸ William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge University Press, 2009), 70.

¹⁹ Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk*, 159-60.

Siber alandaki çeşitli insan faaliyetlerini düzenleme iddiasındaki farklı hukuk-sallıklar, farklı mekânlarda inşa edildiği gibi, her birinin dayandığı temeller ve meş-ruiyet dayanakları da çeşitlilik gösterir. Çalışmanın kapsamı açısından bu mekânsal ve normatif çoğulluk hali, yapısal ve makro düzeyde hukuk düzenlerindeki etkisi yeni aktörler, aktörler arasındaki sınırların bulanıklaşması, kurumsal değişim ve bunların hukuktaki çeşitli sonuçları başlıklarında ayrıntılandırılacaktır.

II. SİBER ALANDA NORM OLUŞTURUCU YENİ AKTÖRLERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GÜÇLENMESİ

Kuralları kim, hangi saiklerle yapar, bu kurallar hangi değerleri içerir/işaret eder, nasıl uygulanır ve bunların uygulama çıktıları nelerdir sorularına cevap vermek için, siber alanda kural koyucu aktörlerin tanımlanması gerekir. Başta devlet olmak üzere, şirketler ve kullanıcılar gibi, hukuk sisteminin ya da devlet yönetiminin yabancıları olmadığı çeşitli insan toplulukları ve aktör-ağ teorisine atıfla²⁰ makineler, kod gibi cansız varlıklar, siber alanda hukukun oluşumunda etkili olan aktörlerdir. Aktörlerin çeşitliliği ve mekânsal farklılaşma küresel çapta birçok hukukluluk fenomeni orta-ya çıkarır. Her toplumsal denetimin az ya da çok hukuki olduğu kabulü²¹ ve hukuki merkezizetçilik ideolojisinin reddi²² tartışmalarından hareketle, devletler, şirketler, kullanıcılar topluluğu ve kod çeşitli biçimlerde kural koyar ve siber alanda insan davranışlarını denetler, kısıtlar, yasaklar, insanlara izin ve yetki verir.

Siber alanda kural koyucu aktörler farklı zamanlarda çeşitli açılardan tartışılmıştır. At hukuku²³, siber alanın sınırları²⁴, “kod hukuktur”²⁵ ifadesi gibi “ilk tartışmalar” göstermektedir ki, 1990’lı yılların ortalarından bu yana, siber alanın düzenlenebilir olup olmaması, kurallara tabi kılınıp kılınamayacağı, bir kurallar sistemi olacaksa kimlerin ya da nelerin kural koyucu olacağı hukukçular tarafından da ele alınmıştır.

Siber liberteryenler, devleti tek kural koyucu olarak varsayarak, daha doğ-rusu, hukuk tanımlarını devlet hukukuyla sınırlayarak, böylece özgürlükçü orta-tama düşman tüm unsurların devlet tarafından temsil edildiği²⁶ varsayımından

²⁰ Bruno Latour, *Toplumsal Yeniden Toplama: Ağ Aktör Teorisine Bir Giriş*, çev. Nüvit Bingöl (İstanbul: Tellekt, 2021).

²¹ John Griffiths, “What is legal pluralism”, *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 24 (1986): 2.

²² Griffiths, 3-4.

²³ Frank H. Easterbrook, “Cyberspace and the Law of the Horse”, *University of Chicago Legal Forum*, sy 207 (1996).

²⁴ David R. Johnson ve David Post, “Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford Law Review* 48, sy 5 (1996): 1367-1402.

²⁵ Lawrence Lessig, “Code Is Law”, *Harvard Magazine*, 01 Ocak 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.

²⁶ Lincoln Dahlberg, “Libertarian Cyber-Utopianism and Global Digital Networks”, içinde *Globalization and Utopia: Critical Essays*, ed. Patrick Hayden ve Chamsy el-Ojeili (London: Palgrave Macmillan UK, 2009), 176-89.

hareketle, siber alanı da hiçbir devletin hüküm sürmediği ve süremeyeceği bir alan, adeta “Vahşi Batı”²⁷ olarak tarifleyerek, siber alanın düzenlenemezliğini ileri sürmüşlerdir²⁸. Bu iddialara karşı çıkışlar gecikmemiştir.²⁹ Özellikle siber paternalist cepheden yoğunlaşan bu itirazların en bilinenlerinden biri Lawrence Lessig’in, “kod hukuktur”³⁰ ifadesinde karşılığını bulan siber alandaki mimari tarifidir.

Lessig’e göre siber alan bağımsız ya da denetlemez bir alan veya siber liberteryenlerin iddia ettiği gibi düzenlenemez bir yer değildir. Siber alanda farklı normatif düzenler vardır ve siber alan bunların birlikte hareketiyle işler. Lessig, düzenlemeyi, davranışları kısıtlayan dört farklı ancak birbiriyle ilişkili yöntem arasındaki etkileşimlerin toplamı olarak görür.³¹ Bunlar, hukuk, toplumsal normlar, piyasa ve “mimari”dir (*architecture*).³² Ona göre siber alanı oluşturan yazılım ve donanıma gömülü talimatlardır, dolayısıyla bu mimari ve kod, güçlü bir düzenleyici görevi görmektedir.³³ Kod bir tür yasadır, çünkü insanların davranışlarını düzenler, o halde kod yazarları da yasa yapımcılar olarak düşünülebilir.³⁴ Devlet hukukuna tabi olanlar (genel eğilim olarak) diğer düzenleme yöntemlerini görmezden gelme eğilimindedir veya devlet mevzuatının doğası gereği üstün olduğuna dair inanç neticesinde, diğer düzenleme modelleri gözden kaçmaktadır.³⁵ Lessig’in bilgisayar kodunun düzenlemede oynadığı önemli rolü vurgulaması, siber alanın çok hukukluluk özelliğini açığa çıkarması açısından da önemlidir. Lessig, dört çeşit kısıt fikrini açıklarken, siber alanda çoğul ve birbirine bağlı yasal düzenlerin varlığını³⁶ kabul eder.³⁷

²⁷ Jonathan Rusch, “Cyberspace and the ‘Devil’s Hatband’”, *Seattle University Law Review* 24, sy 2 (2000): 579.

²⁸ David G. Post, “Governing Cyberspace: Law”, *Santa Clara High Technology Law Journal* 24, sy 4 (2008): 883-913; David G. Post, “The ‘Unsettled Paradox’: The Internet, The State, and the Consent of the Governed”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5, sy 2 (1998): 521-43; Johnson ve Post, “Law and Borders”.

²⁹ Timothy S Wu, “Cyberspace Sovereignty?- The Internet and the International System”, *Harvard Journal of Law & Technology* 10, sy 3 (1997): 647-66; Jack Goldsmith ve Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World* (New York: Oxford University Press, 2006); Amy Lynne Bomse, “The Dependence of Cyberspace”, *Duke Law Journal* 50, sy 6 (2001): 1717-49.

³⁰ Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, 2. bs (New York: Basic Books, 2006).

³¹ Ayrıntılı bir tartışma için bkz. Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk*, 77-82.

³² Lessig, *Code*, 121-24.

³³ Lessig, 342-44.

³⁴ Lessig, 77-79.

³⁵ Lessig, 126.

³⁶ Farklı hukuk düzenlerini doğrudan işaret eden görece erken tarihli çalışmalar için bkz. Joel R. Reidenberg, “Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace”, *Emory Law Journal* 45 (1996): 911-30; Joel R. Reidenberg, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, *Texas Law Review* 76, sy 3 (1998): 553-93.

³⁷ Lessig, *Code*, 298-301.

Lessig'in düzenleyici özellikleriyle olarak ortaya koyduğu dört kısıt, yani düzenleyici kiplikler sosyal aracılı ve ortamlarla ilişkili olarak ikiye ayrılır. Sosyal aracılı olanlar aynı zamanda rekabet temelli kontrol sağlar ve hukuk, piyasa ve toplumsal normlar bu gruptadır. Ortamlarla ilişkili yöntem, tasarım temellidir ve bu da mimaridir.³⁸ Mimarinin, yazılım, donanım, iletişim protokolleri gibi kontrol araçlarıyla siber alanda insan faaliyetini düzenlemesi, aktör-ağ teorisiyle de uyumludur. Hem insanlar hem de insan olmayan aktörlerin birbirleriyle ilişkilerinin ve etkileşimlerin sosyal davranışı nasıl etkilediği sorusuna bir cevap arayışı olarak, aktör-ağ teorisinin temel fikri, ağların nasıl oluştuğunu araştırmak ve teorileştirmek, hangi ilişkilerin var olduğunu, nasıl hareket ettiklerini, aktörlerin bir ağa nasıl dahil olduğunu, bir ağın bölümlerinin bir bütün ağı nasıl oluşturduğunu ve ağların geçici istikrarı nasıl sağladığını ya da kararsızlaştırdığını, neden bazı yeni bağlantıların ağlar oluşturabileceğini araştırmaktır. Bu teori, herhangi bir aktörün, konumu ne olursa olsun, ağdan çıkarılırsa veya ağa eklenirse, tüm ağın işleyişinin etkileneceğini varsayar.³⁹ Her ağ, aynı zamanda, kural koyma, kültür oluşturma ya da onu sürdürme gibi toplumsal işlevlere sahiptir. Burada tekrar vurgulamak gerekir ki, siber alan da ağların ağı interneti de içeren daha geniş bir ağdır, sadece teknik kapasitesiyle değerlendirilemez. Siber alana kod müdahalesi, insan olmayan aktörlerin ağlardaki değişim potansiyeline işaret eder.

Öte yandan, siber alanda insan davranışlarını düzenleyen kısıtlar ve bunları eyleyen aktörler bir arada düşünüldüğünde, teknik kontrol olarak da ifade edilebilecek kod, Lessig'in normatif düzenler olarak tanımladığı hukuk, sosyal normlar ve piyasaya benzer biçimde, belirli bir dünya görüşünün taşıyıcısıdır. Teknolojik düzenleme, teknolojik normatifik, düzenleyici yazılım, teknoloji-düzenleyici sistemler, tasarım olarak hukuk veya algoritmik düzenleme de denilen teknik kontrol, insanların davranışlarını, ilgili siyasi kurumların seçimlerinden ziyade tek taraflı olarak teknoloji temelinde belirlendiği bir zemini işaret eder. Siber alanla ilgili teknolojiler, belirli bir denetim biçimini kodlarken aynı zamanda maddi altyapıyı oluştururlar.⁴⁰ Dolayısıyla kodun bağımsız olduğundan ya da düzenleyicilikte "tarafsızlık" özelliğinden söz edilemez. Kod, siber alandaki farklı düzenleyici aktörlerin elinde farklı amaçlarla kullanılabilir. Kod, devletlerin elinde gözetim aracı biçiminde hem iç hem dış ilişkilerde egemenlik tesisinde belirleyici bir vasıta olarak, şirketlerin elinde veri kapitalizmi tartışmaları çerçevesinde bireysel verilerin toplanması, işlenmesi amacıyla, kullanıcılar topluluğu elinde örneğin mahremiyeti koruma ya da paylaşımı artırma mekanizmaları olarak iş görebilir.

³⁸ Andrew D. Murray, *The Regulation of Cyberspace* (Routledge, 2007), 37.

³⁹ Bill Doolin ve Alan Lowe, "To Reveal Is to Critique: Actor-Network Theory and Critical Information Systems Research", *Journal of Information Technology* 17, sy 2 (01 Haziran 2002): 69-78.

⁴⁰ Julie E. Cohen, "Cyberspace As/And Space", *Columbia Law Review* 107 (2007): 255.

Bugün siber alanın düzenlendiğinden ve bu düzenlemenin birden fazla kaynaktan ve farklı ilişki biçimlerinden beslendiğini söylemek mümkündür. Siber alanda kural koyucu aktörler şirketler, devletler ve kullanıcılar topluluğudur.⁴¹ Teknik kontrol aracı olarak da kod da bir kural koyucu olarak bu aktörlerin elinde şekillenir. Kod, kimin elindeyse onun gücünü yansıtır. İnternet yönetişimi, ağ tarafsızlığı tartışması, çok paydaşlılık söylemi, siber güvenlik tartışmaları, aktörler arasındaki farklı ilişkilerin izlenebileceği başlıklardan bazılarıdır.

Teknolojik gelişmelerin, dijitalleşmenin ve küreselleşmenin, kapitalist üretim modelinin son dönemdeki eğilimini belirleyen ana faktörlerin ve kapitalist dönüşümün hukuk alanındaki en belirgin etkilerinden biri, yeni kural koyucu aktörlerin ortaya çıkışı ve eski dönemin kurumsal yapılarının yeni dönemin kural koyucu/karar vericileri lehine dönüşümüdür. Devlet halihazırda en temel kural koyucu ve hukuk alanının dinamiklerini şekillendirme gücüne sahip aktördür. Ayrıca siber alanın fiziksel altyapısını ülke topraklarında barındırması, bu alanda faaliyet gösteren uluslararası ya da çok uluslu/ küresel şirketlerle devletlerin ilişkileri, kullanıcıların vatandaşlık durumları, devletler arası hukuksal, güvenliğe dair ve politik ilişkilerin siber alana yansımaları ve ayrıca devletlerin tarihsel süreçte hukukla özdeşleşen varlıkları ve şiddet tekeli onları siber alanda kural koyucu aktörler arasında önemli ve vazgeçilmez kılar. Ancak artık devlet mutlak kural koyucu değildir. Küresel pazar ve bilişim devrimi, yeni teknolojilerin üretkenlikte yol açtıkları önemli etkiler, şirketleri daha güçlü, devletlerden daha bağımsız ve daha denetimsiz hale getirmiştir.

Şirketler işlev, etki ve güç bakımından dijitalleşme öncesi döneme göre dönüşmüştür. Siber alanda farklı biçimlerde şirketlerden ve bunların değişik fonksiyonlarından söz etmek mümkündür. Bu tartışma bağlamında şirket, esasen sermaye hareketinin yoğunlaştığı teknolojik alanlarda faaliyet gösteren insan topluluklarıdır. Dolayısıyla şirketler, yalnızca ulusal hukuk düzenlerindeki belirli formlarla sınırlandırılmayan, siber alanla ilgili konularda faaliyet gösteren, küresel düzeyde etkilere sahip yazılım, donanım, içerik, hizmet, altyapı üreticisi kurumsal yapılardır. Ticari faaliyetleri çerçevesinde kod geliştiriciler, medya ve içerik geliştiriciler, donanım üreticileri, yazılım şirketleri, alan adı şirketleri, internet servis sağlayıcıları, telekomünikasyon şirketleri, siber güvenlik sağlayıcıları bu büyük şirketler topluluğunu oluşturur. Bunlar emeğin örgütlenmesinden beğenilerin oluşturulmasına (ve sürdürülmesine), internete erişim sağlamaktan algoritmalara, platform ekonomilerinden büyük veriye kadar gerek üretim süreçlerinde gerekse son kullanıcı nezdinde sosyal, siyasal, ekonomik ve hukuksal önemli etkilere sahiptir.

Kullanıcılar topluluğu ise genelde dağınık ve kalabalık bir yapı sergiler. Bu topluluğun çekirdeği olan bireyler, kurdukları ilişkilerde farklı özellikler edinirler

⁴¹ Aktörler hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz. Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk*, 91-113.

ve farklı hukuksal rejimlere tabi olurlar. Ulusal sınırlar içinde vatandaş, küresel şirketlerle ilişkilerinde tüketicidirler. Siber alanda kullanıma dair çeşitli toplumsal normlar üretirler ve farklı topluluklar oluştururlar. *Netiquette* ya da ana akımdan ayrılan paylaşım modelleri buna örnek olarak gösterilebilir. Bireylerden oluşan topluluklar devlet dışı topluluklar, ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers- İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu*) gibi ulusötesi idari otoriteler, çeşitli amaçlara sahip teknolojik topluluklar, çevrimiçi platform ve örgütler ve bunların çevrimdışı alandaki etkileri, ağlar, hacker gruplardan oluşur.

Aktörlerle ilgili mutlaka belirtilmesi gereken şeylerden biri, bunlar arasında mutlak bir karşıtlık ya da sürekli bir çelişki olmadığıdır. Aktörler arasındaki iş birliği, pazarlık ve çatışma biçimli ilişkiler, hangi ihtiyaçların giderilmesine yönelik hukuksal düzenlemelerin ne düzeyde oluşturulacağını, bunların uygulanması ve etkisini yani hukukun seyrini belirlemektedir. Ayrıca bu aktörlerin alana etkileri de eşit düzeyde değildir. Örneğin devletler hâlâ en güçlü aktör olmakla birlikte, sermayenin hareket tarzından etkilenmektedir, diğer kurumsal yapıların etkisine görece daha açık bir pozisyonadadır. Kullanıcılar topluluğu odaklı etkileri ve dağınmık yapılarıyla dikkat çekmektedir. Aktörler arası kesişimler hukuk alanının dinamiklerini belirlemektedir. Hukukun dönüşümü tartışması için aralarında ilişkilere hukuk alanına yansıyan sonuçlarına bakmak gerekir.

III. DEVLET-ŞİRKET SINIRLARININ BULANIKLAŞMASI VE KURUMSAL DEĞİŞİM

Devlet ve şirketlerin rollerindeki değişim geniş ölçekte ele alınıp, örgütlü kapitalizmin tasfiyesi ve yeni zamanlarla ilişkilendirilebilir. Eski dönemin, “ekonomik girişimlerin ulus-devlet çerçevesinde yoğunlaşması, merkezileşmesi ve düzenlenmesi; Fordist ve Taylorist çizgilerde kitlesel üretim, korporatist bir sanayi ilişkileri örüntüsü, insanların ve üretimin sanayi kentlerinde coğrafi ve mekansal yoğunlaşması; kültürel modernizm”⁴² özellikleriyle biçimlendiği; işlev takası ve sınırların bulanıklaşmasının ise post-fordist dönemin ayırıcı özellikleri olduğu görülür. Ancak bunların her mekânda ya da toplumsal ilişkide aynı biçimde yaşanmadığı, belirtilen özelliklerin öne çıkan eğilimler olduğu vurgulanmalıdır. Post-fordizmi özellikle yeni teknolojilerle bağlantılandıran nitelik esnek uzmanlaşmanın yaygınlığıdır. Kumar, fordizmin standartlaştırılmış malları ucuza ve kitlesel ölçekte sağlama konusundaki muazzam başarısının, kitlesel tüketici gruplarının tükenmesiyle, yeni tüketici gruplarının kitlesel üretime uygun olmayan çeşitliliğiyle ve üretimdeki değişikliklerin hızla gerçekleştirilmesi talebiyle değiştiğini ve ölçek bakımından yeni bir üretim ve tüketim örüntüsü olarak “esnek uzmanlaşmanın” ortaya çıkışını sağladığını belirtir.⁴³ Bugün esneklik,

⁴² Krishan Kumar, *Sanayi Sonrası Toplumdan Post-modern Topluma - Çağdaş Dünyanın Yeni Kuramları*, çev. Mehmet Küçük (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 1999), 65.

⁴³ Kumar, 60.

çeşitlilik, farklılaşma, hız, akışkanlık, merkezsizleşme olguları toplumsal yapıyı karakterize ederken, aynı zamanda kapitalist üretimin belirli bir biçiminin özelliklerini yansıtır. Bu unsurların üretim ve tüketim süreçlerinde, devlette, politik hareketlerde ve elbette hukuk sistemlerindeki dönüşümdeki etkileri ayrı ayrı gözlemlenebilir ve değerlendirilebilir. Çalışmanın kapsamını aşmayacak biçimde bu etkiler şu şekilde sıralanabilir. Ekonomik alanda ulus devlet merkezli planlı girişimlerin çöküntüye uğraması, hiyerarşi yerine iletişime ağırlık verilmesi, taşeronluğun, acenteliğin artması ve evde çalışma, esnek çalışma modellerinin yaygınlaşması, post-fordist dönemin sonuçlarıdır. Politik alanda sınıf siyaseti yerine kimlik/tekil sorun odaklı toplumsal hareketlerin, ulus ötesi örgütlenmelerin artışı; ücret pazarlığının yerelleşmesi, kitle örgütlerinin dağılması, tüketici tercihlerinin ve kişiye özgü refah uygulamalarının yükselişi belirginleşmiştir. Kültürel alanda bireyciliğin desteklenmesi ve yükselişi, kitlesel politikalar yerine yaşam tarzlarına özgü hizmet talepleri, çoğulculuk ve yaşamın özelleşmesi göze çarpmaktadır.⁴⁴ Bu dönüşümde özellikle politik ve kültürel alanlardaki etkiler “sermayenin yeni kültürel mantığı” olarak tarif edilen postmodern ideolojiyle de ilişkilidir. Hall, post-fordist dönemde “öznenin” bir biçimiyle kutsanmasını, “sermayenin her toplumu ve toplumsal ilişkiyi metalaştırması ve değişim değeri yasalarına boyun eğdirerek peşi sıra her şeyi dönüştürmek üzere ‘küresel’ genişlemesi”⁴⁵ ile bağlantılı şekilde ele alır. Dolayısıyla, devlet ve şirket arasındaki sınırların bulanıklaşması ve kurumsal değişim, geniş ölçekte toplumsal değişimin bir parçasıdır. Bu sınırları oluşturan paradigmanın yerini postmodern bir eylem ve söyleme bırakması, hukuk dahil geniş bir toplumsallığın dönüşümü, “kapitalist toplumsallığın” yeni bir biçimi anlamına gelir.

Siber alanın ya da teknolojik gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkan yapısının kendine has özellikleri, yapısal düzeyde yeni kurumlara ve yeni ilişkilere yer açmaktadır. Manuel Castells’in oldukça erken bir tarihte kavramsallaştırdığı ağ toplumu⁴⁶, ağ yapısını öne çıkarması ve buradaki ilişkileri göstermesi açısından hukuksal dönüşüme de temel oluşturabilecek tartışmalar içermektedir. Ağ yapısı, bir yandan esnekleşmeyi ve merkezsizleşmeyi getirirken, başka alanlarda merkezileşme ve yeni kurumların oluşumu söz konusudur. Merkezileşme ve yeniden merkezileşme teknolojik ilerlemeler açısından bir örüntü olarak düşünülebilir.⁴⁷ Bir açıdan, siber alanın tarihi merkezileşme ve yeniden merkezileşme tarihidir. Yani siber alanda merkezler dağılırken, başka merkezler yeni kurallar ve talep-

⁴⁴ Kumar, 69-70.

⁴⁵ Stuart Hall, “Yeni Zamanları Anlamı”, içinde *Yeni Zamanlar 1990’larda Politikanın Değişen Çehresi*, Stuart Hall&Martin Jacques (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1995), 112.

⁴⁶ Manuel Castells, *Ağ Toplumunun Yükselişi Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür 1. Cilt*, 2. bs (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008).

⁴⁷ Tim O’Reilly, “Why it’s too early to get excited about Web3”, *O’Reilly* (blog), Aralık 2021, <https://www.oreilly.com/radar/why-its-too-early-to-get-excited-about-web3/>.

lerle kurulmaktadır. Aynı zamanda bu yeni oluşumlar açısından kural koyuculuk ve etki gücü bakımından aktörler arası sınırlar belirsizleşmektedir. Bu bulanıklaşmanın en önemli sonuçlarından birisi, devlete özgülenmiş belirli işlevlerin devlet dışı aktörlere devredilmesi, çok hukukluluk niteliğiyle birlikte, özellikle farklı aktörlerin norm koyucular haline gelmesi ve düzenleme yapma gücünü üstlenmeleridir. Bir başka deyişle, devlet dışı sosyal yapılar, çeşitli düzenleme faaliyetlerini de yerine getirmeye başlamıştır.

Norm oluşturma gücünün artması ya da kural koyma faaliyeti, küreselleşmeyle birlikte dönüşen hukuk sisteminin bir özelliği olduğundan yalnızca siber alanda görülmez.⁴⁸ Dünya çapında standartları belirleyen bir kuruluş olan ISO, “küresel standart oluşturma etkinliğinin devlet dışı parlamentosudur”. Pek çok alanı ilgilendiren bu standartlar, “küresel mübadelenin yumuşak hukukunu (*soft law*) yaratır”.⁴⁹ Kullanıcılar topluluğunda yer alabilecek ICANN, internet teknolojisinin ulus ötesi özelliğinden doğan regülasyon boşluğunu dolduran, ABD’de kurulması ve 2016’ya kadar ABD’nin resmi olarak etkili olması sebebiyle tartışmalı olsa da görünürde devletlerden bağımsız, şirket formunda olmayan ancak internet alan adları üzerinde küresel düzeyde yetkili bir kuruluştur. “İnternet yönetişimi” modelinin kalbinde yer alan kuruluşlardan biri olan ICANN, eylem ve işlevleriyle küresel bir hukuk düzeninde seyreden yargılama gücüne örnek gösterilebilir.⁵⁰ Elbette siber alandaki teknik altyapıyı üreten, protokolleri oluşturan ve standartları belirleyen teknolojik topluluk, teknik norm koyucular olarak siber alanı düzenler.

Benzer biçimde şirketler, küresel düzeyde karar vericilere dönüşmüştür. *GAFAM* (Google-Alphabet, Amazon, Microsoft, Meta -eski Facebook-, Apple) şirketleri ya da *Big Tech*, teknolojinin gelişimi ve toplumla etkileşimi konusunda genişleyen bir etki alanına sahiptir.⁵¹ Bir yandan bu şirketler çeşitli izleme/casusluk faaliyetlerinde yer alırken, kullanıcılar nezdinde pek çok konuda karar almaktadır. Örneğin unutulma hakkının ortaya çıkışı, konuyla ilgili Avrupa Adalet Divanı kararı ve örneğin Google uygulaması sürecine bakıldığında, unutulma hakkı insan hakkı ve tüketici hakkı arasında biçimlenirken, hakkın hayata geçirilmesin-

⁴⁸ Post-fordist dönemde üretimin ve finansallaşmanın uluslararasılaşmasının özel bir görünümü olarak hukukun uluslararasılaşması için bkz. Hirsch, *Materyalist Devlet Teorisi*, 165-66. Hirsch bu bölümde özellikle hukukun gelişmesi ve uygulanmasının devletlerden kopma eğilimi gösterdiğini belirtir. Artık devletlerden bağımsız bir hukuk üretimi ön plana geçer yani farklı kural koyucular güçlenir. Bunun yanında uluslararası mahkemeler yükselirken, devletler kendi güçleri doğrultusunda bunlarla ilişkilendirir. Hukukta uluslararasılaşmanın bir diğer sonucu ise otoriter devletin güçlenmesi ve parlamentoların yetkisizleşmesidir.

⁴⁹ Keller Easterling, *Devletdışı Güç: Altyapı Mekanı ve İktidar*, çev. Şahika Tokel (İstanbul: Metis Yayınları, 2017), 20.

⁵⁰ Paul Schiff Berman, “The Globalization of Jurisdiction”, *University of Pennsylvania Law Review* 151, sy 2 (2002): 538-39.

⁵¹ Tactical Tech, “The GAFAM Empire”, The GAFAM empire, erişim 27 Şubat 2023, <https://gafam.theglassroom.org/>.

de şirket adeta bir yargılama mercii gibi davranmaktadır.⁵² Dolayısıyla, aktörler arasındaki farkları ortaya koyan tarihsel ve politik sınırların belirsizleşmesi, her bir aktörün diğerlerinin çeşitli işlevlerini kısmen ya da tamamen üstlenmeleridir. Bu çalışmada, devletler ve şirketler arasındaki ilişkilere odaklanarak, özellikle devletlerin şirketleşmesi ve şirketlerin devletleşmesi ele alınmıştır.

A. DEVLETLERİN ŞİRKETLEŞMESİ

Devletler ve şirketler arasındaki ilişkilerde işlev değişimi ve sınırların belirsizleşmesi, devletin değişen rolü⁵³ ya da küresel yönetim, hem devletin politik ya da “kamusal” alanının hem de ekonomik ve sosyal yaşamın “özel” alanının ve ikisi arasındaki ilişkilerin dönüşümlerini içerir. Yeni teknolojilerin gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla, sektörde büyüyen şirketlerin yönetim mantığının devlet yönetimine sirayet etmesinin, devletlerin birer şirket gibi davranmasının teknoloji-hukuk-toplum ilişkisinde sonuçları vardır. Ancak bu dönüşüm ekonomik olduğu kadar politik ve kültürel alana da aittir.

Devletler ve şirketlerin arasında rol devri ve rollerin birbirine karışması, bunların birbirine benzeşmesi anlamına gelir. Şirketleşme ile ifade edilen, esasen sermayenin yönetim mantığının hayatın her alanında hâkim hale gelmesinin bir parçası olarak devletin hareket biçimini değiştirmesidir:

“Pek çok araştırmacı için neoliberalizm, piyasa hükümranlığını ya da devletin geri çekilmesini, küçülmesini ifade ediyor. Bence sözünü ettiğimiz bu özellikler neoliberalizmin ideolojisidir. Neoliberalizmin gerçekliği ise devletin geri çekilmesinden ziyade yeniden yapılanması ve yeniden düzenlenmesiyle ilişkilidir. Metalaşmayı teşvik eden, piyasayı destekleyen bir devlet biçiminin yapılandırılmasından söz ediyoruz. Polanyi, piyasanın doğal bir kurum olmadığını, bir kurgu olduğunu ileri sürer. Buradaki önemli nokta, piyasayı üretenin devlet olmasıdır. Öyleyse, neoliberal devlet küçülen, daralan zayıf bir devlet değildir, gücünü metalaşmayı desteklemek için kullanan güçlü bir devlet biçimidir.”⁵⁴

Bunun bir parçası devlete ait şirketlerin ve varlıkların kapsamlı bir şekilde özelleştirilmesi, sözleşmelerin kamusal alanlara hâkim kılınması ve devlete özgülmiş bir dizi faaliyetin taşeron şirketlere devredilmesidir. Aynı zamanda, görünüşte “özel” ticaret ve ekonomik faaliyet alanının daha kamusal hale geldiğini de vurgulamak gerekir. Sözde piyasaya hâkim olan şirketler, müdahaleci devlet

⁵² Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk*, 104-6.

⁵³ İkinci Dünya Savaşı sonrası giderek önem kazanan ve ulus aşırı şirketlerle uluslararası finansın menfaatleri doğrultusunda hareket eden Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası, “devlet niteliği” almak üzere yapılandırılan kurumların başında gelir. Tabb, *Ahlaksız Fil-21. Yüzyılda Küreselleşme ve Sosyal Adalet Mücadelesi*, 69.

⁵⁴ Loïc Wacquant ve Aksu Akçaoğlu, “Kentsel Marjinallik ve Devletin Sağ Eli”, *İdealKent* 10, sy 26 (2019): 13.

kontrollerinde bir azalma çağrısında bulunsalar bile, faaliyetleri artan sayıda çeşitli düzenleme türüyle yönetilmektedir. Picciotto, endüstrinin ve kurumsal davranış kurallarının büyümesinin ve özel sektörün kendisi için kamu standartlarını benimsemesinin devletin küçülmesi tartışmalarında en büyük paradokslardan biri olduğu belirtir. Bunun sebebi genellikle şirket müşterilerinin, çalışanlarının ve tedarikçilerinin baskılarına yanıt olarak ve bazen yasal yükümlülüklerin getirilmesini önlemektir.⁵⁵

Kamu-özel ikiliğini devlet ve şirket biçimleriyle ifade edersek, devlet ve şirket yönetimi arasındaki en önemli farklardan biri varlık sebepleri ve dolayısıyla yararın kaynağı ve hedefidir. Şirket faaliyetinin esas amacı kârdır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan tüm faaliyetlerde maliyetlerin mümkün olduğunca azaltılması esastır, bunun sonucu belirli alanlarda hizmet üretiminden ya da vergiden kaçınma, emeğin değersizleştirilmesi, metalaştırma olarak görünür.

Neoliberal politikaların neticesi olarak sadece devletler değil, bütün toplumsal kurumlar, üniversiteler, kamusal hizmetler ve diğerleri şirketler tarafından teslim alınmaktadır. Devlete özgülenmiş düzenleyici işlevler, merkezi hükümetten yarı özerk statüye sahip kamu kurumlarına veya şirketlere giderek daha fazla devredilmiştir. Bu tür kurumlar genellikle resmi olarak idarenin bir parçası değildir veya kamu hukuku ya da sözleşme gibi özel hukuk biçimleri ya da ikisinin bir karışımı tarafından belirlenen bir yetkiye sahip özel kuruluşlar olarak oluşturulabilir. Bu organların kendileri, alışlagelmiş biçimlerden daha çeşitli düzenlemeler ve teknikler uygulayabilir. Düzenlemenin karakteri, devletin yukarıdan aşağıya hiyerarşik komuta modelinden uzakta, daha akıcı, genellikle parçalanmış ve etkileşimli veya “dönüşümsel” süreçlere doğru önemli ölçüde değişmiştir. Bu hem kamusal hem de özel hukuksal biçimlerin bir karışımını ve devlet ile özel düzenlemeler arasındaki etkileşimi içerir. Bu nedenle, sözleşme gibi özel hukuka dair bir yasal form, şirketlere kamu hizmetlerini sağlama görevi verildiğinde tamamen kamu sektörü içinde hem yönetsel hem de politika hedeflerine ulaşmak için bir araç olarak kullanılabilir.⁵⁶ Özelleştirmeler, yasa yapım süreçlerinde şirketlerin artan ve apaçık etkileri, ara biçimler olarak hem bağımsız hem idari otoriteler, kamusal hizmetlerin özel kişiler eliyle imtiyazlarla gördürülme usulleri, kamu kurumlarının holdingleştirilmesi, Türkiye’de Varlık Fonu yapılması bu şirketleşmenin devlet tarafındaki görünümünden bazılarıdır.

Devlet ve şirketi ya da genel ifadesiyle kamu ve özeli sürekli birbirine karşıt aktörler olarak görmemek gerektiği vurgulanmalıdır. İnternet ve siber alan hakkındaki pek çok tartışmada, sermayenin kâr odaklı hareketleri karşısında kamunun (halkın ya da bireylerin) haklarının korunması talepleri, kamu

⁵⁵ Sol Picciotto, *Regulating Global Corporate Capitalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 9.

⁵⁶ Picciotto, 11.

yararını temsil eden ya da kamusal menfaati öncelemesi gerektiği düşünülen devletler ile sermayeyi temsil eden şirketler arasında bir çekişme varmışçasına ele alınmaktadır. İnternete erişim hakkı ya da evrensel hizmet yasaları, kişisel verilerin korunması hukuku gibi pek çok alanda kamu ve özel sektörün karşı karşıya geldiği düşünülür. Bu kamu özel dikotomisinin kendisi de aslında liberal sayılıtlardan biridir.

Devletler ve şirketler arasında, korumayı üstlendikleri çıkarlar bakımından normatif alanda bir ayırım yapılabilir. Bir yandan hareket kabiliyeti ulusal sınırlar içinde oldukça fazla olup küresel hareketleri çeşitli ekonomik, politik ve jeopolitik kısıtlamalara tabi devletler “yerel” odaklar olarak, diğer yandan ulus aşırı üretimin ve ticaretin başını çeken küresel şirketler ya da küresel düzeyde ulus ötesi topluluklar, siber alanda birlikte hareket ederken, dikey ve yatay olarak bölünmüş yasal alanlar oluştururlar. Dikey parçalanma bölgeselciliğin güçleri tarafından yönetilen, kamu politikası ve yerel değerlerin korunmasına ilişkin endişeleri yansıtır. Yatay olarak kabul edilebilecek ikincisi, ticari verimliliği artırma gerekçesiyle yönlendirilir.⁵⁷ Kişisel verilerin korunması ve GDPR uygulamasında AB’nin ve üye devletlerin küresel şirketleri çeşitli yaptırımlar yoluyla yasaya uymaya zorlamaları ya da yapay zekâ konusunda yapılacak düzenlemelerin yönünü gösteren çerçeve metinlerin, diğer kutuptaki şirketlerin davranışlarını ve öz düzenleme pratiklerini hedef alarak “kamu yararını” öncelemesi, normatif ayrışmanın örnekleridir. Bu da devletler ve şirketler arasında, menfaatler açısından bir ayırma ve mutlaka bu menfaatlerin dengelenmesi gerektiğine işaret eder. Siber alanda hukuksal düzenlemelere bakıldığında, özellikle kamuoyuna yansıyan tartışmalarda, menfaatlerin taşıyıcıları olarak devlet ve şirket aktörlerinin hukuksal alanda da bir karşıtlık içindeymiş görünmesi söz konusudur.

Hem devlet ve şirketleri kesin sınırlarla ayırmak mümkün değildir, hem de bugün kullandığımız hemen her teknolojik ürünün girişimcisinin kamu (devlet) olması, aslında kamu ve özel arasındaki karşıtlığın yapay olduğunu da göstermektedir.⁵⁸ Bunlar kesin çizgilerle ayıramayacak süreçlerdir ve tarihte tesadüfen ortaya çıkmış ya da tekil iradelere, kurumsal müdahalelere bağlı değillerdir.⁵⁹ Burada, devletin sermayeden bağımsız olarak hareket etmediği, aktörler arasındaki güç ilişkilerinin dönemsel olarak eşitsiz, farklı biçimler ve modellere yol açabileceği, siber alanda değişen hukukun dinamiklerinin de ancak aktörler arası ilişkisellikte bulunabileceği vurgulanabilir.

⁵⁷ Thomas Schultz, “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *European Journal of International Law* 19, sy 4 (01 Eylül 2008): 799-839.

⁵⁸ Mariana Mazzucato, *Girişimci Devlet: Kamu Sektörü-Özel Sektör Karşıtlığı Masalının Çürütülmesi*, çev. Esin Soğancılar (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2021) bkz. ikinci ve beşinci bölümler.

⁵⁹ Selime Güzelsarı, *Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü: Türkiye’de Mali İdarede Yeniden Yapılanma* (SAV Sosyal Araştırmalar Vakfı, 2008).

B. ŞİRKETLERİN DEVLETLEŞMESİ

Aktörler arası ilişkilerin bulanıklaşmasının bir biçimi olarak şirketlerin devletleşmesi, devlete atfedilen bazı özelliklerin ve devletin çeşitli işlevlerinin şirketler aracılığıyla hayata geçirilmesidir. Şirketlerin farklı eylemleriyle norm koyma, “ulusal güvenlik” üzerinde söz sahipliği, devletler arası ilişkilerde gözetim teknolojilerinin geliştiricileri olma ve veri toplama ve işleme becerileri sayesinde değişen rolleri devletleşmeye örnek olarak gösterilebilir. Norm oluşturma konusunda geleceğin yıldızlarından yapay zekanın teknoloji boyutu kadar etik boyutunu da şirketler belirlemektedir. Bireylerin beğeni, davranış ve tutumları üzerindeki etkiler, hukuk düzeninin temelinde yer alan sosyal normları belirlemektedir. Hali hazırda yönetim zaten şirketlerin amaçları doğrultusunda yasa yapım süreçlerini yönetmelerine olanak sağlar. Bu süreç, ticari şirketlerin norm üretimine dikkate değer bireysel ve kolektif katılımı ile karakterize edilmektedir. Güçlü lobicilik, piyasa baskısı, kampanya talepleri, güvenliğin sağlanması ve kullanıcılarla kurulan ilişkilerde şirketler güç odağı olarak hareket ederler.

Şirketlerin norm oluşturma sürecinde aktif rol oynamaları yeni ya da sadece teknolojik alana dair bir olgu değildir. Devletin küçülmesi, belirli faaliyet alanlarından çekilmesi tartışmaları bir yandan devletler dışındaki aktörlerin teşkilatını ve nüfuzunu göz önünde bulundurma imkanını ortaya çıkarmaktadır. Öte yandan, bunun aynı zamanda küresel pazarın açıldığı ve başta ABD olmak üzere birçok ülkenin rekabeti ve kamusal alanın özelleştirilmesini desteklediği bir dönem olduğuna dikkat etmek önemlidir. Şirketlerin küresel yönetiminde bir aktör olarak hareket etmelerinde araçsal güç (lobicilik, kampanya ve parti finansmanı), yapısal güç (gündem belirleme gücüne olanak sağlayan sermaye akışları, öz düzenleme ve kamu-özel sektör iş birliği) ve söylemsel gücü (meşrulaştırma ve siyasi otorite) etkin olarak kullanmaları söz konusudur.⁶⁰ Şirketlerin norm üreticileri haline gelmelerinde, örneğin kamu-özel sektör ortaklıklarında, önceden devlete atfedilen düzenleyici işlevlerin yanı sıra yetkili bir rol üstlendiklerini söylemek mümkündür. Kamu-özel sektör ortaklığı, devlet dışı aktörler olarak STK'lar ve ulusötesi şirketlerin, devlet aktörleriyle birlikte yönetime dahil oldukları bir modelde yer alır. Ancak, kamusal hizmetlerin üretiminde özel sektörün uzmanlık, altyapı ve hizmetlerinden faydalanmak ile onları norm oluşturmaya yetecek kadar meşru görmek farklı şeylerdir.

Şirketlerin norm oluşturma faaliyetlerini insan hakları ihlallerinde şirketlerin yürüttükleri kampanyalar açısından değerlendiren bir çalışmadan hareketle, iletişim özgürlüğü, sansür ve ulusal güvenlik konusunda şirketlerin nasıl çalıştığına dair örnekler bulunabilir. Özellikle devletlerin kamusal çıkarı önceleyen hizmet üretiminden çekildikleri ve kamu yararı kapasitesini artırma beceri ve isteğinden uzaklaştıkları ölçüde, şirketler, kamu-özel veya özel-özel yönetim düzenleme-

⁶⁰ Doris Fuchs, *Business Power in Global Governance* (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2007).

leri bağlamında norm belirleme ve norm uygulama faaliyetlerinde bulunarak, norm ihlalcilerinden kendilerini insan hakları normlarına adanmış ve hatta insan haklarını teşvik eden araçlar olarak hizmet eden aktörlere değişen bir rol üstlenmektedir.⁶¹ Deitelhoff ve Wolf, bu açıdan sorumluluğun ve sınırların bulanıklaşmasını vurgularken, bu çalışmada neden baskıcı hükümetler karşısında şirketlere güvenmemek gerektiğinin gerekçeleri de bulunabilir. İlk olarak, şirketler baskıcı hükümetlerden farklıdır. Genellikle kendi faaliyet bölgelerindeki iç muhalefete veya paydaşlara baskı yapmazlar. Bunun yerine, oradaki insan hakları durumunu görmezden gelme veya hükümetin baskısından yararlanma eğilimindedirler. Gerçekten de hükümet baskısı, ucuz işgücünün mevcudiyeti, işyeri güvenliğinin düzenleyici kontrolünün olmaması, işçi sendikalarının olmaması ve benzerleri yoluyla üretim maliyetlerini düşürerek onları “ödüllendirebilir”.⁶² Şirketler ve baskıcı hükümetler arasındaki ikinci fark faaliyet alanlarıdır. Hükümetlerin aksine, şirketler piyasa ortamında faaliyet gösterirler, bu da normları ihlal eden ve normlara uyan şirketlerin genellikle aynı pazar için rakip oldukları anlamına gelir. Normlara uymaya eğimli şirketlerin, ötekilerle rekabetçi bir dezavantajda olmamak için diğerlerinin de normlara uymasını sağlamaları gerekir.⁶³ Bu döngünün neticesi şirketlerin normların oluşmasına öncülük eden aktörler haline gelmeleridir.

Şirketlerin kurumsal olarak normların oluşmasına öncülük etme stratejileri, diğerlerinden farklı seyrederek. Örneğin sivil toplum (kuruluşları), devletlerin uygulamalarını değiştirmeye çalışırken, esas olarak söylem üretme, kınama ya da lobi stratejileri yoluyla çalışırlar. Şirketler ise genellikle kendi davranışlarını değiştirerek başlarlar, böylece diğer şirketler tarafından taklit için en iyi uygulamaları sunarlar. İkinci durumda şirketler norm önerisini kamuoyunda dile getirir veya bir normu kurumsallaştırma süreci başlatmak için diğer şirketlerle, sivil toplumla, uluslararası kuruluşlar ve hatta hükümetlerle ittifaklar kurar. Benzer şekilde, şirketler kurum içi davranış kodlarını benimseyerek ve bunları tedarik zinciri yönetimine uygulayarak, ilgili normların sektöre yayılmasını destekler. Şirketler böylece norm döngüsünün erken bir aşamasına dahil olurlar ve eskiden meşru bir faaliyeti bir sorun olarak yeniden çerçevelemeye başlarlar. Tipik olarak, şirketler tarafından norm belirleme, tamamen yeni bir normun icat edilmesini değil, şirketlerin uygun kurumsal davranış için bir standart olarak bir norma yeni bağlılıklarını gerektirir. Bir norm belirli bir kabul ve kurumsallaşma düzeyine ulaşmış olsa bile, bir şirket, örneğin daha geniş bir normun içeriğini ve

⁶¹ Nicole Deitelhoff ve Klaus Dieter Wolf, “Business and human rights: How corporate norm violators become norm entrepreneurs”, içinde *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, ed. Kathryn Sikkink, Stephen C. Ropp, ve Thomas Risse, Cambridge Studies in International Relations (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 222.

⁶² Deitelhoff ve Wolf, 226.

⁶³ Deitelhoff ve Wolf, 227.

zımnî gerekliliklerini daha da belirterek normların oluşmasına öncülük edebilir. Geleneksel normlara uyan rollerinin aksine, kurumsal norm oluşturucular sadece normları kabul edip uygulamakla kalmaz, aynı zamanda iş sektörü için normlar belirler ve geliştirir. Bu nedenle şirketler, norm belirlemeye ek olarak, normların kapsamını, içeriğini ve uygulama mekanizması görevi gören prosedürleri daha da geliştirmeye de katılabilirler.⁶⁴

Genel olarak yapay zekâ olarak adlandırılan algoritmalar ve makine öğrenme sistemleri üzerine pek çok şirket çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar sanayide, son kullanıcıya yönelik hizmetlerde, ev aletlerinde, hukuk alanında, yargılamalarda, gözetim araçlarında ve benzeri alanlarda kullanılan yazılım ve donanımlara temel oluşturmaktadır. Algoritmalar, onu üretenler tarafından biçimlendirilir. Dolayısıyla bunlar tarafsız, sabit kodlar değildir, beslendikleri veriler tarafından şekillenirken, etraflarını da şekillendirirler. Milyarlarca otomatik sistem, platformlarda ve ötesinde görünür ve görünmez, ilgili ve alakasız, olası ve olası olmayanlar arasında algoritmik ayrımlar çizerek gerçekliğin sosyal inşasına zımnen katkıda bulunur.⁶⁵ Bilgi, yaşamlarımız, düşünce tarzımız algoritmaların çevresel etkisi ile dönüştürülür. Öyleyse ayrımcı verilerin ayrımcı sonuçlara yol açması muhtemeldir. Ayrımcı algoritmalar, ayrımcılığı filtrelemek için tasarlanmamış algoritmaların yanı sıra, bu sonuçları daha ayrımcı hale getirebilir.

Bu genel tartışma içinde şirket içi davranış kodlarının küresel düzeyde norm haline gelme ihtimalinin yüksekliğine bir örnek Google'dan verilebilir. 2020 yılı sonunda, yapay zekâ etiği araştırmaları alanında çalışan Timnit Gebru, Google/Alphabet tarafından geliştirilen öğrenme modeli eleştiren bir makale yayınlamaya çalışması sebebiyle, Google tarafından işten çıkarıldı. Geliştirilen dil öğrenme modelinin çevresel ve finansal maliyetlerine, verilerin içeriğine ve yanlılığına ve olası tehlikelerine işaret eden bu makalenin⁶⁶ yazılmasına bir tahammülsüzlük söz konusuydu. Öte yandan şu anda, yapay zekâ büyük ölçüde öz düzenleme yoluyla yönetilmektedir. Teknoloji devleri, öz düzenlemenin makine öğrenimi sistemleri için yasal hesap verilebilirliğe giden tek etkili yol olduğuna bizi ikna etmeye çalışmaktadır.⁶⁷ Öz düzenlemeden kasıt, yapay zekâ teknolojisini geliştiren şirketin davranış kodlarıdır. O zaman Gebru'nun kariyeri şunu söyler: Yapay zekanın çeşitli zararlarını ortaya koymakta beis görmeyen "içerdekiler" dahi bunu sürgün

⁶⁴ Deitelhoff ve Wolf, 232.

⁶⁵ Massimo Airoidi, *Machine Habitus: Toward a Sociology of Algorithms* (Cambridge; Medford, MA: Polity, 2022).

⁶⁶ "We Read the Paper That Forced Timnit Gebru out of Google. Here's What It Says.", MIT Technology Review, erişim 27 Şubat 2023, <https://www.technologyreview.com/2020/12/04/1013294/google-ai-ethics-research-paper-forced-out-timnit-gebru/>.

⁶⁷ Christopher Marsden ve Rob Nicholls, "Who Regulates Our Regulators? Regulating Social Media Platforms' Use of Artificial Intelligence to Regulate Us", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 01 Kasım 2022), 4.

riski altında yapar.⁶⁸ Mevcut teknolojilerin üretim süreçlerinde neredeyse hiçbir etkisi olmayan son kullanıcılar, dev şirketlerin insafına bırakılmıştır.

Şirketlerin insan haklarını koruyan söylemlerle nasıl ön plana çıktığına ve devletlerle farklı ilişkilene biçimlerine örneklerden biri, yine Google şirketinin ifade özgürlüğü kampanyalarını küresel düzeyde desteklemesidir. Google, birçok yönden siber savaşın ön saflarında yer almakta ve Kuzey Kore, Afganistan, Pakistan ve Burma dahil olmak üzere dünya çapında daha fazla açıklık ve erişim için çabalamaktadır. Gelişmekte olan dünyanın bazı bölgelerinde internet erişiminin genişletilmesine yardımcı olmak ve çeşitli ülkelerde sansüre karşı lobi yapmak da dahil olmak üzere yurtdışındaki çalışmaları, ABD Dışişleri Bakanlığı'nın erişim (ve ifade) özgürlüğü gündemiyle yakından örtüşmektedir.⁶⁹ Bugün Google internet özgürlüğü hareketinin ön saflarında yer almaya devam etmektedir. Şirketin kurucuları ve mevcut liderliği, insanlar ve ülkeler arasındaki serbest bilgi akışının ekonomik ve politik faydalarını rutin olarak benimsemektedir. Google çalışanlarının ifade özgürlüğünü temel bir insan hakkı olarak gerçekten destekledikleri açık görünse de şirketin daha fazla küresel bağlantı kurmasının nedeninin bu olduğuna dair çok az kanıt vardır. Aslında, Google'ın pek çok ülkede yasa uygulayıcı kurumlara yasa dışı kabul edilen içeriği kısıtlamak için uyduğuna dair çok sayıda örnek de mevcuttur. Burada Google'ın ifade özgürlüğü arzusunun, küresel ticaret stratejisinin ana hedefi olduğunu söylemek mümkün değildir. Aslında şirketin hayatta kalması, giderek daha fazla insanın ücretsiz hizmetlerini kullanması için çevrimiçi olmasına bağlı olduğu basit gerçeğine dayanmaktadır.⁷⁰ Google'ın ticarileştirilmiş veri hizmetlerindeki payları küresel bir internet özgürlüğü hareketine olan desteğine bağlıdır.

Şirketlerin norm oluşturma faaliyetlerine bir başka örnek siber güvenliğin sağlanmasındaki pozisyonlarıdır. Siber güvenlikte özel aktörler, standartlar belirlemeye hem altyapılar hem de hizmetler için kimlik doğrulama ve güven mekanizmalarını belirlemeye, uzmanlık sağlamaya, yazılım, donanım geliştirmeye ve siber güvenlik riskleri ve tehditleri hakkında önemli bilgiye sahip olmalarına yardımcı oldukları için operasyonel ve teknik güvenliğin sağlanmasında temel bir rol oynamaktadır. Bununla birlikte, siber alanda resmi ve gayri resmi davranış kurallarını şekillendirmedeki rollerini ayrıca ele almak gerekir.⁷¹ Microsoft örneğini bu bağlamda ele alan bir çalışmada, şirketin kurumsal boyutta, uluslara-

⁶⁸ Tom Simonite, "What Really Happened When Google Ousted Timnit Gebru", *Wired*, erişim 27 Şubat 2023, <https://www.wired.com/story/google-timnit-gebru-ai-what-really-happened/>.

⁶⁹ Shawn M. Powers ve Michael Jablonski, *The Real Cyber War: The Political Economy of Internet Freedom* (University of Illinois Press, 2015), 74, <https://www.jstor.org/stable/10.5406/j.ctt130jtjf>.

⁷⁰ Powers ve Jablonski, 97.

⁷¹ Louise Marie Hurel ve Luisa Lobato, "Cyber-Norms Entrepreneurship? Understanding Microsoft's Advocacy on Cybersecurity", içinde *Governing Cyberspace: Behaviour, Power and Diplomacy*, ed. Dennis Broeders ve Bibi van den Berg (Rowman & Littlefield Publishers, 2020), 305-33.

rası ilişkiler literatürü tarafından çok ele alınmayan norm oluşturma gücü analiz edilmiştir.⁷² Bu örnekte Microsoft'un, benzer şirketlerin davranışlarını etkilemeye odaklanmak yerine, birkaç diplomatik ve bir dereceye kadar teknik politikası aracılığıyla devletlerin davranışlarını etkilemede ve kendisini uluslararası siber politika tartışmalarında ilgili bir paydaş olarak konumlandırmada rol oynamaya çalıştığı vurgulanmıştır. Yazarlar, Microsoft'un stratejisinin ulusal, bölgesel ve küresel, şirket diplomasisi (yani normların oluşmasına öncülük etme) ve küresel siber güvenlik ağlarında yer almak, teknik girişimler ve kamu-özel iş birliği gibi farklı siber güvenlik katmanlarına katılmaktan oluştuğunu belirtir. Böylece Microsoft, şimdiye kadar şirketlerin devlet yönetiminde söz sahibi olma araçlarının birden fazlası kullanılarak, siber güvenliğin sağlanmasında devletler gibi bir paydaş haline gelmiştir.

C. AKTÖRLER ARASINDAKİ İLİŞKİLERİN SİBER ALANDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

Kurumsal değişimin ve aktörler arasında sınırların belirsizleşmesinin okunabileceği alanlardan biri *internet yönetişimi*dir. Esasen yönetişim "*belirli bir siyasi topluluk adına bağlayıcı ve etkili kolektif kararlar alma işinin giderek daha az devlete ve onun kurumlarına (hukukun uygulanması da dahil) özgü bir iş olduğu ve gittikçe daha çok devlet aktörleri (değişik düzeylerde) ve toplumsal çıkar sahipleri arasında bir karar alma (ve uygulama) pazarlığı ve hem resmi hem de gayri resmi kanallarla uzlaştırma süreci olduğu düşüncesi*"dir.⁷³ Yönetişim ne biçimde ele alınırsa alınsın, "egemenlik, otorite, anayasallık ve bir kamu bürokrasisi aracılığıyla uygulanan kişisel olmayan iktidar fikirleri etrafında biçimlenen geleneksel devlet hakimiyetine açık bir meydan okumadır"⁷⁴ İnternet yönetişimi, aktörlerin eşit olduğu varsayımını içermekle birlikte, aslında aktörler arası ilişkilerde güç meselesi oynak ve değişkendir. Tekellerin korunması, piyasalarda denge sağlama amacı ve kâr oranlarının yükseltilmesi hedefi, aynı zamanda farklı konjonktürel ve politik kararların temelinde yatan faktörlerdir. Kâr odaklı olduğu sürece aktörlerin arasındaki ilişkiler, kimin gücünün kime yeteceği ya da düzenlemelerin gücüne göre değişir. İddia edildiği gibi taraflar eşit değildir ve bu çok taraflılık söylemi, eşitsizliklerin sürmesi için rıza temelli hegemonya inşasına hizmet eder.⁷⁵ İnternet yönetişimi söz konusu olduğunda, çok paydaşlı süreçler, mevcut güç düzenlemelerine gömülü derin ve sistematik ekonomik ve politik gündemi maskeleymektedir.

İnternet yönetişim modelinde özel araçlar, faaliyet gösterdikleri alandaki kısıtlayıcı düzenlemelere tabi olarak tasarım ve yönetim yaklaşımları ve hizmet

⁷² Louise Marie Hurel ve Luisa Cruz Lobato, "Unpacking cyber norms: private companies as norm entrepreneurs", *Journal of Cyber Policy* 3, sy 1 (02 Ocak 2018): 61-76.

⁷³ Christopher Pierson, *Modern Devlet*, çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan (İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi, 2011), 252.

⁷⁴ Pierson, 252 vd.

⁷⁵ Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk*, 298.

şartları aracılığıyla gizlilik, konuşma ve güvenlik koşulları hakkında kararlar alırlar. Devletler, güvenlik sorunları, siber suç stratejisi, gizlilik çerçeveleri ve fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına kadar pek çok siber politika alanı üzerinde yetkiye sahiptir. Devletler ayrıca hem teknik mimariyi hem de hakları derinden etkileyen sansür, yaygın gözetim, engelleme ve filtreleme ve veri yerelleştirmeyi meşrulaştıran yasalar oluşturma yoluyla siber yönetişimi yürürlüğe koyar. Siber alanı kimlerin ya da nelerin yönetmesi gerektiği tartışması ağırlı çalışır durumda tutmak için gerekli yüzlerce teknik koordinasyon alanını görmek zorundadır. İnternet yönetişiminde yer alan şirketler, devletler ve bazen sivil toplum arasındaki dağınık güçler dengesi, bir yandan interneti açık tutup, yeniliklere ve yeni haklara alan açarken, çeşitli şekillerde özel güçlerin ve devlet iktidarlarının denetlenmesine hizmet eder.⁷⁶ Ancak bu denetimin etkisinin değişen güçler dengesine bağlı olması stabil olmayan bir zemin yaratırken, kısıp seslerin duyulmamasına ve hatta bastırılmasına da sebep olur. Örneğin, kullanıcılar topluluğu açısından bakıldığında, ana akım dışında kalan medya, radikal teknoloji kolektifleri ve alternatif internet servis sağlayıcıları gibi sivil toplum grupları, çok katmanlı internet yönetişim sürecine önemli katılımcılar değildir. Oysa bu gruplar, çevrimiçi altyapı ve hizmetlerin geliştirilmesinde inovasyona katkıda bulunur ve politika değişikliklerinden çeşitli düzeylerde etkilenirler. Bu ve diğer çok paydaşlı süreçlerin ve grupların varlığıyla yaratılan meşruiyet perdesi, mevcut süreçlerde marjinalleşmiş grupların güvenilir bir şekilde konuşmasını zorlaştırır.⁷⁷

Kurumsal değişim ve sınırların belirsizleşmesi konusunda bir başka örnek *gözetimin ticarileşmesidir*. Özellikle gözetleme teknolojilerinin uluslararası ticareti ve gözetleme konusunda devletler ve şirketlerin iş birliği, vatandaşların özel hayatlarının hükümetler ve şirketler tarafından istila edilmesi anlamına gelmektedir. Sosyal kontrol aracı olarak gözetimin kâr elde etmenin bir biçimi haline gelmesi gözetleme kapitalizmi ile kavramsallaştırılmıştır.⁷⁸ Hem gözetim teknolojilerinin hem de bunları geliştiren veya kullanan şirketlerin çoğalması, hükümetlere özel aktörlerle gizlice iş birliği yapmaları ve şirketlere verilerimizden para kazanmaları için daha fazla fırsat sunmaktadır. Özel ve kamusal alanlar arasındaki çizgilerin bulanıklaştırılması ve gözetimin normalleştirilmesi sonucu, gözetimin taşeronlaştırılması genellikle hükümetlerin günlük hayata müdahalelerini şiddetlendirme ve temel özgürlükleri baltalama tehlikesi taşır. Hem de veriler şirketlerin elinde işlenmeye devam eder. Örneğin NSA'nın PRISM gözetim programı, kamu-özel iş birliğinin bir biçimidir.

⁷⁶ Laura DeNardis, *The Internet in Everything: Freedom and Security in a World with No Off Switch* (New Haven, CT: Yale University Press, 2020), 195-96.

⁷⁷ Powers ve Jablonski, *The Real Cyber War*, 153.

⁷⁸ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (New York: PublicAffairs, 2019).

Bu dönüşümün bir parçası, yani devlet ve şirket işlevlerinin iç içe geçmesinin bir biçimini *şirketlerin devletler arası ilişkilerdeki rollerinde* de izleyebiliriz. Ulus ötesi şirketlerin yeniden ulusun emrine verilmesi, farklı ülkelerden özel sektör şirketleri arasındaki rekabetin doğası gereği jeopolitik olmasının bir sonucudur. Her dönem farklı şirket ve devletlerin öznesi olduğu bu ilişkilerde örneğin “Huawei’in pazar payı kazandığı yerde, Çin’in etkisi ve erişimi de artmaktadır.” Bilgi teknolojisi şirketlerinin ulusal ekonomiler ve güvenlikteki ayrılmaz rolü göz önüne alındığında, özel sektörün kilit unsurlarının kapitalist devletler arası ilişkilerde kullanılması eğilimi öne çıkmaktadır.⁷⁹ 2021 yılında ABD’de Biden yönetimi, birkaç Çinli şirketin, donanımları ulusal güvenlik tehdidi olarak kabul edildiğinden, ağ lisanslarının yetkilendirilmesini engellemek için bir yasa imzalamıştır. 2022’nin sonlarına doğru FCC, bu kararı uyguladığını açıklamıştır. Bu bazı Çinli şirketlerin bazı ekipmanlarının ABD’de satılamayacağı gelmektedir. FCC (*Federal Communications Commission*) bu yeni kuralları, Amerikan halkını telekomünikasyonla ilgili ulusal güvenlik tehditlerinden korumak için devam eden eylemlerinin önemli bir parçası olarak tanımlamaktadır.⁸⁰ Benzer bir örnek TikTok uygulamasının sahibi ByteDance şirketinin Çin ve ABD arasındaki ticari ve teknolojik savaşın arasında kalmasıdır. Hindistan’da yasaklanan, ABD ve Avustralya’da yasaklanması tartışılan ve AB Komisyonunda çalışanların resmi cep telefonlarından silinmesinin istendiği uygulama, topladığı verilerle tartışma konusudur. Karşıtları TikTok’un verileri toplayarak Çin yönetimine verdiğini, bunun da önemli bir güvenlik ihlali oluşturacağını vurgularken, şirket, uygulamayla kullanıcı gizliliğini ihlal ettiği, yanlış bilgi manipülasyonu yaptığı iddiasıyla eleştirilmektedir. TikTok örneği devlet ve şirketlerin arasındaki iş birliği ve rekabetin iç içe geçmiş halinin bir örneği olarak düşünülebilir. Devletler arası ticari ve teknolojik rekabet ve güvenlik gerilimleri şirketler aracılığıyla da yürütülmektedir.

IV. AKTÖRLER ARASI İLİŞKİLERİN HUKUKA ETKİLERİ

Devletler ve şirketlerin dijital alandaki faaliyetleri ve hareket tercihlerinin belirli sonuçları vardır. Bu genel olarak sermaye mantığının hayatın her alanında hâkim hale gelmesi olarak ifade edilebilir. Dijitalleşme, uzun süredir mevcut olan “şirketlerin amaçlarının ve kaygılarının bir bütün olarak toplumun amaçları ve kaygılarıyla özdeş olduğu”⁸¹ fikrinin yaygınlaşmasına katkıda bulunur. Dijitalleşme, şirketlerin sunduğu evrensel dili, özelleştirilmiş ürünlerle birleştirme potansiyeli nedeniyle, eğlence ve bilgileri ölçme ve izleme, paketleme ve yeniden

⁷⁹ Powers ve Jablonski, *The Real Cyber War*, 73.

⁸⁰ “FCC Bans Telecom and Video Surveillance Gear from Huawei, ZTE and Other Chinese Companies”, Engadget, erişim 27 Şubat 2023, <https://www.engadget.com/fcc-officially-bans-telecom-and-video-surveillance-gear-from-several-chinese-companies-003040729.html>.

⁸¹ Tabb, *Ahlaksız Fil- 21. Yüzyılda Küreselleşme ve Sosyal Adalet Mücadelesi*, 213.

paketleme fırsatlarını genişleterek içeriğin metalaştırılmasını genişletir. İçeriğin metalaşması, tüm yaşamın metalaşmasının yalnızca bir parçasıdır:

“Kapitalist büyüme, toplumsal ilişkileri değiştirmekle kalmaz, aynı zamanda, tüketici, yurttaş ya da işçi olarak halkın üzerinde sermayenin tahakkümünü artırma eğilimindedir. Satış baskısıyla toplumsal hayatı metalaşmaya zorlar. Daha fazla şeye sahip olmaktan daha fazla tatmin duygusu gelir, statü gerekleri, öz-saygının zorlamaları, yeni şeylere sahip olmaya kışkırtır. Servetin eşitsiz dağılımı kıskançlık uyandırmakla kalmaz, sahip olanlara, siyasi nüfuz için gerekli maddi temeli, devlet kararlarını ve kamuoyu gündemini belirlemek için de gerekli gücü verir. Teknolojik tercihler, işçileri daha etkili denetlemek, satışları ve zenginlik birikimini artırmak arzularından masum değildir.”⁸²

A. YENİ DÜZENLEME BİÇİMLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Dijital teknolojilerin lokomotiflik ettiği üretim, dağıtım ve tüketim süreçlerine sermaye mantığının hâkim olmasının, hemen her faaliyete rengini vermesinin pratik sonuçları vardır. Her şeyden önce yeni aktörler ve bunlar arasındaki ilişkiler, yeni düzenleme biçimlerinin de ortaya çıkmasına yol açar. Neoliberal dönemin körüklediği “soft law”, esneklik, tahkim/arabuluculuk gibi düzenleme ve usullerin siber alanda sözleşmelerle ve kodla öncelendiği görülebilir. Belirli süreçlerde oluşan klasik düzenlemelerin yerini daha esnek biçimli sözleşmeler ya da kod almaktadır. Biçim, aynı zamanda özü de yansıtır. Bu biçim, yukarıda değinildiği gibi, kapitalizmin ihtiyaçlarına uygun şekilde esneyebilen hukuka içkindir.

Siber alandaki faaliyetler, özel hukuk, sözleşme ve kod temelli dijitallik yasaları, küresel dijital kapitalizmin bir işlevidir. Siber alanda özel ticari girişimler, dijital ekosistemin en önemli itici gücü olmasa da önemli unsurlarıdır. Bunlar piyasa faaliyetleri olarak algılanır ve buna göre düzenlenir. Bu nedenle, “piyasa başarısızlığı”, “bilgi asimetrisi” veya “rekabetin kısıtlanması veya çarpıtılması” durumlarında yasal müdahale uygun kabul edilir. Fikri mülkiyet, veri koruma, tüketici sözleşmesi ve finansal piyasa kanunlarına yapılan katkılarda yasal meselelerin bu şekilde ekonomikleştirilmesi söz konusudur.⁸³

B. HESAP VERİLEBİLİRLİĞİN ESNEMESİ

Esneklik, yumuşak hukuk, sözleşme ve kod temelli düzenlemelerin yaygınlaşması da ister istemez dağınıklık yaratır ve bu da bir hesap verme problemi demektir. Siber alanı düzenleyen, bu alandaki farklı işlemler hakkında söz ve yetki

⁸² Tabb, 25.

⁸³ Matthias C. Kettmann ve Alexander Peukert, “Conclusion: The Law of Global Digitality: Findings and Future Research”, içinde *The Law of Global Digitality*, ed. Matthias C. Kettmann, Alexander Peukert, ve Indra Spiecker gen. Döhmman (Routledge, 2022), 253.

sahibi olan pek çok devlet kaynaklı, devlet dışı kurumsal yapının varlığı, aktörlerin birbirine karşı sorumsuzluğuna ve bireyler açısından hesap verme mekanizmalarının işlevsizleşmesine yol açar. Tarihsel süreç içinde askeri-sanayi iş birliğinden bilgi-sanayi iş birliğine giden sürecin değerlendirildiği bir çalışmada, tıpkı askeri-sanayi iş birliğinde olduğu gibi sanayi ve hükümet arasındaki ilişkinin uzun vadeli, olumsuz sonuçları sonuçlarının ekonomik ve politik alanda görünürlüğü vurgulanmıştır. Bu olumsuzluklar devam eden sanayi-devlet bağımlılığının olası sonuçlarını da ön plana çıkarmak için öğreticidir: Denetimin, hesap verilebilirliğin, endüstrinin canlılığının ve rekabet gücünün zayıflaması.⁸⁴ Hukuk alanında da hukuk devleti ile özdeşleştirilen anayasal ilkelerin aşındığı ve hukuki uyumsuzluklara uygulanması gereken belirlilik, öngörülebilirlik, hesap verilebilirlik gibi ilkelerin bulanıklaştığı, hukuk devleti ile amaçlanan birtakım ideallerden uzaklaştığı söylenebilir.⁸⁵ Kuralızsızlık, esneklik, uygulamada insan hakları gibi köklü taleplerin parçalanışı ya da altının boşaltılmasının, kullanıcılar ve müşterekler aleyhine uygulamalar sermayenin kural koymaktaki başarısının ve sosyal hayata etki eden kurallara sermayenin daha da çok işleminin göstergeleridir.

Hesap verilebilirlik, öngörülebilirlik ve denetim, teknolojinin gelişim hızı karşısında zaten zayıflamıştır. Kişisel verilerin korunması hakkında ulusal/bölgesel ya da küresel düzeydeki hukuksal düzenlemelerin etkinliği problemi bu hızdan kaynaklıdır. Şimdiye kadar toplanan verilerin yanında, şirketler her defasında veri toplamanın yeni ve “yasal” bir yolunu bulmaktadır. Buradaki yasallık, mevcut yasal düzenlemelerin olmayışından yani yasayı ihlal etmediğinden kaynaklandığı gibi, verilerin aktüel ve potansiyel kârı karşısında cüz’i yaptırımların uygulanmasından da kaynaklanır.

Aynı zamanda, örneğin, gözetim kapitalistleri, düzenleyici devletle etkileşimlerinde, fiili gözetimi kendi kendini düzenleme ve kendi kendini sertifikalandırma lehine marjinalleştiren düzenleyici etkileşim biçimlerini teşvik etmişlerdir.⁸⁶ Böylece yasanın ya da hukuksal düzenlemelerin kendisi, şirketlerin menfaatine çalışır hale gelmiştir.

C. KULLANICILARIN TÜKETİCİLEŞMESİ

Siber alan zaten bir hiper düzenleme alanıdır. Bir kullanıcı neredeyse en ufak çevrimiçi veya çevrimdışı faaliyetinde, ulusal, uluslararası, küresel düzeyde pek çok düzenlemeyle muhatap olmaktadır.⁸⁷ Sürekli sözleşmelere onay vermek, kişi-

⁸⁴ Powers ve Jablonski, *The Real Cyber War*, 73.

⁸⁵ Mehmet Tevfik Özcan, “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi? Gerçeklik mi?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 71, sy 1 (2013): 963-1002.

⁸⁶ Julie E. Cohen, “Review of Zuboff’s the Age of Surveillance Capitalism”, *Surveillance & Society* 17, sy 1/2 (31 Mart 2019): 240-45.

⁸⁷ Dan Jerker B. Svantesson, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2017), 105-6.

sel verilen nasıl işleneceği hakkında kafa yormak, içeriğe yapılan içerik üreticisi, dağıtımçı şirket, devlet, İSS (internet servis sağlayıcı) ve benzeri müdahalelerle muhatap olmak siber alanda faaliyet gösteren birey için kaçınılmazdır. Tüm bu süreçlerde, bu hizmetlerin özelleştirilmesi ya da en başından itibaren özel sektör aracılığıyla verilmesinin de sonucu olarak, vatandaşlığın tarihsel kazanımlarıyla güçlenmiş birey, yalnızlaşmakta ve sözleşmeler ya da kod yoluyla doğrudan şirketlerle ilişkilenebilmektedir. Kod, Lessig'in mimari tartışmasında olduğu gibi, hangi hizmete, kimin, hangi düzeyde erişebileceğini belirler (örneğin hangi bilgiye erişebileceğimiz şirketler tarafından, reklam verenlerin gücüne göre değişir, ya da çeşitli filtreler ve standartlarla siber alandaki faaliyetlerimiz biçimlenir). Sözleşmeler, genellikle ulusal hukuk sistemlerinin somut denetiminden uzakta, özellikle hizmetlerin ücretli ya da ücretsiz sunumunda, hangi veriyi paylaşacağımızdan alacağımız hizmetin içeriğine dair pek çok konuda rızayı inşa eder. Sözleşmelerle düzenlenen birey ve şirket ilişkisi, sadece hizmet alan ve veren tarafların hak ve yükümlülüklerini değil, ifade özgürlüğünden erişim hakkına pek çok alanı düzenlemektedir. Özellikle, barındırdığı kamusal menfaatlere⁸⁸ rağmen bir özel hukuk ilişkisi olan tüketici hukukunun⁸⁹ ağırlığının artması bunun bir göstergesidir. Tüketici hakları yeniden tanımlanırken “enformasyon teknolojisi, şirketlere karlı bulmadıkları müşterilere ya da potansiyel müşterilere karşı ayrımcılık uygulama olanağı sağlar.”⁹⁰ Varlıklı müşteriler daha kaliteli hizmete kolay yoldan ulaşabilir. Bu da eşitsizliğin bir biçimi olan dijital bölünmenin parçası olarak düşünülebilir. Ayrıca usul kuralları ile yapılandırılan kurumsal süreçlerde, “varlıklılar”, öne çıkma eğilimindedirler, tesadüfi oyuncuların aksine aşına oyuncuların oyun içinde kalmak için ek kaynakları vardır.⁹¹ Dolayısıyla aşına oyuncular olan şirketler karşısında bireyler, maddi açıdan olduğu kadar usul açısından daha zayıf bir pozisyona mahkumdur.

D. HAKLAR VE HUKUKSAL KAVRAMLARA DAİR ANLAYIŞTA DÖNÜŞÜM

Hak sahipliğinden tüketiciye, hukuk düzeninde kullanıcıların tabi kılındığı kurallardaki değişim yalnızca biçimsel değil, aynı zamanda esasa dairdir. Bireyler hak sahibi yerine tüketiciler haline gelirken, hakların da içeriği değişmiştir. Nihayetinde dijitalleşme, hak anlayışındaki dönüşüme sebep olmaktadır. Sürekli değişen güç dengeleri ve farklılaşan talepler, tıpkı yönetimde olduğu gibi, or-

⁸⁸ Rory Van Loo, “The Public Stakes of Consumer Law: The Environment, the Economy, Health, Disinformation, and Beyond”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 21 Aralık 2022), <https://papers.ssrn.com/abstract=4308960>.

⁸⁹ Christopher G. Bradley, “The Challenge of Globalized Online Commerce for U.S. Contract and Consumer Law”, içinde *The Law of Global Digitality*, ed. Matthias C. Kettemann, Alexander Peukert, ve Indra Spiecker gen. Döhmman (Routledge, 2022), 125-43.

⁹⁰ Tabb, *Ahlaksız Fil- 21. Yüzyılda Küreselleşme ve Sosyal Adalet Mücadelesi*, 204.

⁹¹ Marc Galanter, Robert W. Gordon, ve Shauhin A. Talesh, *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations* (New Orleans: Quid Pro, LLC, 2014).

tada dolaşan bazı ifadelerin ya da hukuksal kavramların da sorgulanmasına yol açar. İfade özgürlüğü, evrensel hizmet, bireysel özgürlükler, güvenlik, mahremiyet, kişilik hakkı gibi hukuk düzeni tarafından korunan kurumlar ve kavramların ya da ortak mülkiyet, yaratıcılığın korunması, insanlığın ilerlemesi gibi sosyal hedeflerin, içerikleri sabit değildir ve güç dengelerindeki değişime göre farklılaşır. Bu da kavramlar ve kurumsal yapıların içinin boşalmasına ve kamusal taleplerin altının oyulmasına yol açmaktadır. Örneğin internet özgürlüğü ne bir tespit olarak ne de ulaşılması istenen ideal olarak gerçekçidir. DeNardis, “özgür internet” fikrinin teknik ve felsefi köklerinden başlayarak, altyapı tekniği ve bunların sahipliği, ABD dış politikası, şirket menfaatleri, ağ tarafsızlığı ve çok taraflı yönetim açısından internetin özgür olup olmadığını değerlendirip, özgürlük ve “ifade”nin gerçek dünyadaki yansımalarını ele alır ve özgür internet fikrinin bir oksimoron olduğunu vurgular.⁹²

Benzer bir şekilde, Cohen’in belirttiği gibi, teknoloji firmaları önceden var olan ifade özgürlüğü gibi hakları olanaksızlaştırırken, bir yandan bu hakların anlaşılma şeklini değiştirmek için çalışmaktadır. Ticari faaliyetleri için daha geniş kapsam ararken, kamusal alan metaforu bir fikir zemini olarak kullanılır, ancak halkın platform tabanlı, kitlesel olarak aracılık edilen ortamın veri odaklı manipülasyonu hakkında öğrendiği ve öğrenmeye devam ettiği her şeyin ışığında, bu metafor giderek gerçekle ve hakkın içeriğiyle daha fazla uyumsuz hale gelmektedir. Gözetim kapitalistleri, bu tür manipülasyonu haklı çıkararak yeni bir metaforik çerçeve geliştirip uygulamışlardır. Siber alan, kullanıcılar üzerinde davranışçı deneylerin sıradan ve beklenen olduğuna dair hakikatin üretimi için depolitize edilmiş, kendi kendini düzenleyen bir bilgi laboratuvarı olarak anlatılır. Bu kavrayışın amacı, yasayı dolanmak değil, dokunulmazlık bölgeleri yaratmaktır. Böylece gözetim kapitalistleri lehine değişen bir yasallık anlayışı oluşur.⁹³ Şirketler bir yandan kendi kurallarını koyarken, diğer yandan mevcut kuralların şekil ve içeriğine müdahale etmektedir. Örneğin sosyal medyadan faydalanmanın bedeli veri toplanmasına rıza göstermektir, oysa bu pek çok açıdan kişilik haklarını ihlal etmektedir, sonucunda mahremiyet tanımı şirket hareketlerine göre değişir. Devletler çeşitli sansürleme araçlarıyla örneğin bilgi edinme hakkını ve ifade özgürlüğünü ihlal ederler. Ama şirketler de bilgi üretim ve dağıtım imparatorluklarında “ifade”yi manipülasyonla kendi çıkarları doğrultusunda belirleyerek bu hakları çoktan ihlal etmiş olurlar. Çevrimiçi iletişimin kontrolünün temelini oluşturan şirketler, içeriğe yönelik ayrımcılık yaparak aslında eleştirel sesleri ve uygulamaları baskılar.⁹⁴ Böylece ifade özgürlüğünün korunması mevzuatı, şirketlerin kural koyucu faaliyetleriyle işlevsizleşmektedir. Şirketler, devletlerin içerik

⁹² DeNardis, *The Internet in Everything*, 163-87.

⁹³ Cohen, “Review of Zuboff’s the Age of Surveillance Capitalism”, 242.

⁹⁴ Lincoln Dahlberg, “Cyber-Publics and the Corporate Control of Online Communication”, *Javnost - The Public* 11, sy 3 (01 Ocak 2004): 77-92.

kaldırma taleplerinin uygulanmasında doğrudan muhatap oldukları için de neyin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceğinin koşullarını belirleme gücüne sahiptirler.⁹⁵ Benzer şekilde internete erişim hakkı bir insan hakkı olarak tartışılabilir. Benzer şekilde devletlerin güvenlik talepleri arasında kalmıştır.⁹⁶ Devlet ve şirket ilişkilerinin siber alandaki biçimlerine bakarak, ne siber alanın, kendi kendine var olan, bağımsız ve düzenlenemez bir alan olduğu, ne de ifade özgürlüğü gibi hakların ihlalcilerinin sadece devletler olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Siber alanda hukukun oluşum ve değişim dinamikleri sosyo-hukuki bir perspektiften ele alınabilir. Siber alanda kural koyucu farklı aktörler vardır. Devletler, şirket, kullanıcılar topluluğu ve kod bu aktörlerdir. Hukuk ise bu aktörler arasındaki iş birliği, pazarlık ve çatışma ilişkileriyle oluşur. Siber alanın hukuku küresel düzeyde cereyan eden ve çok hukuklu bir yapıdır. Küresellik özelliği, alanda uygulanacak hukukun ulusal, bölgesel ve devletlerarası bir çerçeveye sınırlandırılmasını ifade eder. Hem sosyal ve kültürel sınırları hem de bölgesel yargı yetkileri ve ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinin ötesine geçen bir yapı söz konusudur. Bununla bağlantılı bir diğer özellik olan çok hukukluluk, farklı normatif düzenlere ve farklı kural koyuculara referans verir. İşte devletler ve şirketler, kullanıcılar topluluğu ve kod siber alanda uygulanan normların oluşturucusu ve yürütücüsüdür. Kural koyuculuk özelliklerinin hukuki çoğulluk tartışmalarıyla birlikte düşünülmesi gerekir. O halde siber alanda, geleneksel devlet hukuku dışında, insan davranışlarını çeşitli yaptırımlar yoluyla düzenleyen normatif sistemler vardır.

Devletler ve şirketler, siber alanda hukuka rengini veren en güçlü aktörlerdir. Bu da mevcut kuralların uygulanması ve yeni kuralların oluşturulmasında devletler ve şirketler arasındaki ilişkinin değerlendirilmesini gerektirir. Siber alanda aktörlerin işlev ve rollerinin değişmesi ve bunlar arasındaki sınırların bulanıklaşması, özellikle normları oluşturan ve uygulayan devletler ve şirketler arasında oldukça belirgindir. Esasen sermayenin hareket tarzının toplumsal ilişkilere nüfuz etmesini, devletlerin şirketleşmesi ve şirketlerin devletleşmesinde de izleyebiliriz. Devletlerin şirketleşmesi, sermayenin hareket tarzının ilişkisel bir form olan devleti biçimlendirmesi, devletlerin şirketler gibi yönetilmesi, devlet gücünün metalaşmayı desteklemek için kullanılması anlamına gelir. Şirketlerin devletleşmesi ise, devlete atfedilen özellikle norm oluşturma gücü gibi özelliklerle şirketlerin donatılmasıdır. Şirketler oldukça farklı biçimlerde norm oluşturur ve siber alanda insan davranışına müdahale ederler, devletler arası ilişkilerde kilit pozisyonlar alırlar.

⁹⁵ Jack M. Balkin, "The Future of Free Expression in a Digital Age", *Pepperdine Law Review* 36 (2009): 298.

⁹⁶ Duygu Hatipoğlu Aydın, "Bir İnsan Hakkı Olarak İnternet", içinde *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan*, ed. Saim Üye vd. (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016), 141-54.

Aktörler arası sınırların bulanıklaşması ve rol değişiminin hukuk alanına da etkileri söz konusudur. Hesap verilebilirliğin ve denetimin azalması, kuralsızlık, kamusal menfaatler yerine sermayenin çıkarlarının öncelenmesi, sermaye hareketine esneklik kazandıran esneklik ve özelleştirme uygulamaları, uygulamalar, sözleşmelerin ve kodun temel hukuki ilişki birimi haline gelmesi, bireylerin hak sahibi vatandaşlar yerine tüketicilere dönüşmesi ve hak anlayışındaki dönüşümler, bu etkilerin bir kısmıdır.

Devletler ve şirketlerin dönüşlü ilişkisinde şekillenen siber alan ve hukuk, teknolojik gelişmeler ve sermaye hareketleri doğrultusunda, kullanıcılar aleyhine sürekli yeniden kurulmaktadır. Başlangıçta belirtildiği gibi, siber alanda hukukun kimin ve hangi değerlerin lehine işleyeceği problemi, mevcut durumun ilişkisel bir analiziyle başlamalıdır. Görünen o ki, siber alan, sermaye lehine hareketlerin hegemonyasında biçimlenmektedir. Bugün çevrimiçi faaliyetlerde bulunan bireyler, topluluklar, alternatif ve eleştirel bilgi üreten çevrimiçi ağlar, sivil toplum kuruluşları, çevrimiçi komüniteler, hacker grupları, siber alanda çekirdek protokollerin ve uygulamaların tasarımcıları ve yaratıcıları olan çeşitli teknik topluluklar, değer üreten, verileri kullanılan, hizmetleri alan/kullanılardan oluşan geniş, örgütsüz ve parçalı kullanıcı topluluğu, devletlerin ve şirketlerin karşısında pazarlık ve çatışma gücünü önemli ölçüde yitirmiştir. Gücü yeniden toplamanın, söz sahibi olmanın, karar verici hale gelmenin ve teknolojinin taraflı ve olumsuz kullanımlarına karşı korunmanın yolu, kullanıcılar lehine, metalaşma karşıtı, özgürlük ve eşitliği sağlayabilecek talepler üzerine inşa edilen bir hukuktan geçmektedir.

KAYNAKÇA

- Airoidi, Massimo. *Machine Habitus: Toward a Sociology of Algorithms*. Cambridge; Medford, MA: Polity, 2022.
- Aydın, Mustafa Berkay. “Dijital Sosyoloji Üzerine Notlar”. İçinde *Dijital Sosyoloji Çalışmaları*, editör Aslıhan Zinderen, 1-18. Ankara: Nobel Bilimsel Eserler, 2021.
- Balkin, Jack M. “The Future of Free Expression in a Digital Age”. *Pepperdin Law Review* 36 (2009): 427-44.
- Berman, Paul Schiff. “Introduction”. İçinde *Law and Society Approaches to Cyberspace*, editör Paul Schiff Berman, xi-xxvi. Ashgate Pub Ltd, 2007.
- . “The Globalization of Jurisdiction”. *University of Pennsylvania Law Review* 151, sy 2 (2002): 311-45.
- Bomse, Amy Lynne. “The Dependence of Cyberspace”. *Duke Law Journal* 50, sy 6 (2001): 1717-49. <https://doi.org/10.2307/1373046>.
- Bradley, Christopher G. “The Challenge of Globalized Online Commerce for U.S. Contract and Consumer Law”. İçinde *The Law of Global Digitality*, editör Matthias C. Kettmann, Alexander Peukert, ve Indra Spiecker gen. Döhmman, 125-43. Routledge, 2022.
- Brophy, Susan Dianne. “An Uneven and Combined Development Theory of Law: Initiation”. *Law and Critique* 28, sy 2 (2017): 167-91. <https://doi.org/10.1007/s10978-017-9200-0>.
- Can, Cahit. *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*. 3. bs. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011.
- Castells, Manuel. *Ağ Toplumunun Yükselişi Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür 1. Cilt*. 2. bs. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Cohen, Julie E. “Cyberspace As/And Space”. *Columbia Law Review* 107 (2007): 210-56.
- . “Review of Zuboff’s the Age of Surveillance Capitalism”. *Surveillance & Society* 17, sy 1/2 (31 Mart 2019): 240-45. <https://doi.org/10.24908/ss.v17i1/2.13144>.
- Cotterrell, Roger. *Hukuk Sosyolojisi*. Çeviren Saim Üye. İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2020.
- Dahlberg, Lincoln. “Cyber-Publics and the Corporate Control of Online Communication”. *Javnost - The Public* 11, sy 3 (01 Ocak 2004): 77-92. <https://doi.org/10.1080/13183222.2004.11008861>.
- . “Libertarian Cyber-Utopianism and Global Digital Networks”. İçinde *Globalization and Utopia: Critical Essays*, editör Patrick Hayden ve Chamsy el-Ojeili, 176-89. London: Palgrave Macmillan UK, 2009. https://doi.org/10.1057/9780230233607_12.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, And Emancipation*. 2. baskı UK: Butterworths, 2002.
- Deitelhoff, Nicole, ve Klaus Dieter Wolf. “Business and human rights: How corporate norm violators become norm entrepreneurs”. İçinde *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, editör Kathryn Sikkink, Stephen C. Ropp, ve Thomas Risse, 222-38. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139237161.017>.
- DeNardis, Laura. *The Internet in Everything: Freedom and Security in a World with No Off Switch*. New Haven, CT: Yale University Press, 2020.

- Doolin, Bill, ve Alan Lowe. "To Reveal Is to Critique: Actor-Network Theory and Critical Information Systems Research". *Journal of Information Technology* 17, sy 2 (01 Haziran 2002): 69-78. <https://doi.org/10.1080/02683960210145986>.
- Easterbrook, Frank H. "Cyberspace and the Law of the Horse". *University of Chicago Legal Forum*, sy 207 (1996).
- Easterling, Keller. *Devletdışı Güç: Altyapı Mekanı ve İktidar*. Çeviren Şahika Tokel. İstanbul: Metis Yayınları, 2017.
- Ehrlich, Eugene. *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*. Çeviren Artun Mimar. İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019.
- Engadget. "FCC Bans Telecom and Video Surveillance Gear from Huawei, ZTE and Other Chinese Companies". Erişim 27 Şubat 2023. <https://www.engadget.com/fcc-officially-bans-telecom-and-video-surveillance-gear-from-several-chinese-companies-003040729.html>.
- Fuchs, Doris. *Business Power in Global Governance*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2007.
- Galanter, Marc, Robert W. Gordon, ve Shauhin A. Talesh. *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*. New Orleans: Quid Pro, LLC, 2014.
- Goldsmith, Jack, ve Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World*. New York: Oxford University Press, 2006.
- Griffiths, John. "What is legal pluralism". *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 24 (1986): 1.
- Güzelsarı, Selime. *Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü: Türkiye'de Mali İdarede Yeniden Yapılanma*. SAV Sosyal Araştırmalar Vakfı, 2008.
- Hall, Stuart. "Yeni Zamanları Anlamı". İçinde *Yeni Zamanlar 1990'larda Politikanın Değişen Çehresi*, Stuart Hall&Martin Jacques., 105-27. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1995.
- Hatipoğlu Aydın, Duygu. "Bir İnsan Hakkı Olarak İnternet". İçinde *Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan*, editör Saim Üye, Eylem Ümit Atılğan, İrem Akı, Zeynep İspir, ve Funda Kaya, 141-54. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016.
- . *Siber Alan ve Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Hirsch, Joachim. *Materyalist Devlet Teorisi*. Çeviren Levent Bakaç. İstanbul: Yeni Alan Yayıncılık, 2011.
- Hurel, Louise Marie, ve Luisa Lobato. "Cyber-Norms Entrepreneurship? Understanding Microsoft's Advocacy on Cybersecurity". İçinde *Governing Cyberspace: Behaviour, Power and Diplomacy*, editör Dennis Broeders ve Bibi van den Berg, 305-33. Rowman & Littlefield Publishers, 2020.
- Hurel, Louise Marie, ve Luisa Cruz Lobato. "Unpacking cyber norms: private companies as norm entrepreneurs". *Journal of Cyber Policy* 3, sy 1 (02 Ocak 2018): 61-76. <https://doi.org/10.1080/23738871.2018.1467942>.
- Johnson, David R., ve David Post. "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace". *Stanford Law Review* 48, sy 5 (1996): 1367-1402. <https://doi.org/10.2307/1229390>.
- Kettemann, Matthias C., ve Alexander Peukert. "Conclusion: The Law of Global Digitality: Findings and Future Research". İçinde *The Law of Global Digitality*, editör Matthias C. Kettemann, Alexander Peukert, ve Indra Spiecker gen. Döhmman, 250-55. Routledge, 2022.

- Kumar, Krishan. *Sanayi Sonrası Toplumdan Post-modern Topluma - Çağdaş Dünyanın Yeni Kuramları*. Çeviren Mehmet Küçük. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 1999.
- Latour, Bruno. *Toplumsal Yeniden Toplama: Ağ Aktör Teorisine Bir Giriş*. Çeviren Nüvit Bingöl. İstanbul: Tellekt, 2021.
- Lessig, Lawrence. *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*. 2. bs. New York: Basic Books, 2006.
- . "Code Is Law". Harvard Magazine, 01 Ocak 2000. <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.
- Marsden, Christopher, ve Rob Nicholls. "Who Regulates Our Regulators? Regulating Social Media Platforms' Use of Artificial Intelligence to Regulate Us". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 01 Kasım 2022. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4263700>.
- Mazzucato, Mariana. *Girişimci Devlet: Kamu Sektörü-Özel Sektör Karşılığı Masalının Çürütülmesi*. Çeviren Esin Soğancılar. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2021.
- Murray, Andrew D. *The Regulation of Cyberspace*. Routledge, 2007.
- O'Reilly, Tim. "Why it's too early to get excited about Web3". O'Reilly (blog), Aralık 2021. <https://www.oreilly.com/radar/why-its-too-early-to-get-excited-about-web3/>.
- Özcan, Mehmet Tevfik. "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi? Gerçeklik mi?" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 71, sy 1 (2013): 963-1002.
- Picciotto, Sol. *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Pierson, Christopher. *Modern Devlet*. Çeviren Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan. İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi, 2011.
- Post, David G. "Governing Cyberspace: Law". *Santa Clara High Technology Law Journal* 24, sy 4 (2008): 883-913.
- . "The 'Unsettled Paradox': The Internet, The State, and the Consent of the Governed". *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5, sy 2 (1998): 521-43.
- Powers, Shawn M., ve Michael Jablonski. *The Real Cyber War: The Political Economy of Internet Freedom*. University of Illinois Press, 2015. <https://www.jstor.org/stable/10.5406/j.ctt130jtf>.
- Reidenberg, Joel R. "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace". *Emory Law Journal* 45 (1996): 911-30.
- . "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology". *Texas Law Review* 76, sy 3 (1998): 553-93.
- Riis, Thomas, ve Jens Schovsbo. "Towards a Legal Methodology of Digitalisation: The Example of Digital Copyright Law". İçinde *The Law of Global Digitality*, 17-49. Routledge, 2022.
- Rusch, Jonathan. "Cyberspace and the 'Devil's Hatband'". *Seattle University Law Review* 24, sy 2 (2000): 577-98.
- Schultz, Thomas. "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface". *European Journal of International Law* 19, sy 4 (01 Eylül 2008): 799-839. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn040>.
- Simonite, Tom. "What Really Happened When Google Ousted Timnit Gebru". *Wired*. Erişim 27 Şubat 2023. <https://www.wired.com/story/google-timnit-gebru-ai-what-really-happened/>.

- Svantesson, Dan Jerker B. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2017.
- Tabb, William K. *Ahlaksız Fil- 21. Yüzyılda Küreselleşme ve Sosyal Adalet Mücadelesi*. Çeviren Ercüment Özkaya. Ankara: Epos Yayınları, 2002.
- Tech, Tactical. "The GAFAM Empire". The GAFAM empire. Erişim 27 Şubat 2023. <https://gafam.theglassroom.org/>.
- Teubner, Gunther, ve Andreas Fischer-Lescano. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law". *Michigan Journal of International Law* 25, sy 4 (2004): 999-1046.
- Twining, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge University Press, 2009.
- Urry, John. "Örgütlü Kapitalizmin Sonu". İçinde *Yeni Zamanlar 1990'larda Politikanın Değişen Çehresi*, Stuart Hall&Martin Jacques., 95-104. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1995.
- Van Loo, Rory. "The Public Stakes of Consumer Law: The Environment, the Economy, Health, Disinformation, and Beyond". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 21 Aralık 2022. <https://papers.ssrn.com/abstract=4308960>.
- Wacquant, Loïc, ve Aksu Akçaoğlu. "Kentsel Marjinalite ve Devletin Sağ Eli". *İdealkent* 10, sy 26 (2019): 11-19. <https://doi.org/10.31198/idealkent.562671>.
- MIT Technology Review. "We Read the Paper That Forced Timnit Gebru out of Google. Here's What It Says." Erişim 27 Şubat 2023. <https://www.technologyreview.com/2020/12/04/1013294/google-ai-ethics-research-paper-forced-out-timnit-gebru/>.
- Wu, Timothy S. "Cyberspace Sovereignty?- The Internet and the International System". *Harvard Journal of Law & Technology* 10, sy 3 (1997): 647-66.
- Zuboff, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019.

KÜRESEL İKLİM KRİZİ İLE MÜCADELEDE ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ VE EKOKIRIM SUÇU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Erdi ŞAFAK^(**)**
Doç. Dr. **Yeter TABUR^(***)**

Öz

Küresel iklim krizi günümüzde tüm insanlığı ilgilendiren bir sorun haline almıştır. Uluslararası örgütler ve devletler iklim krizi ile mücadele edebilme konusunda bazı kararlar almakta ve alınan kararların uygulanması konusunda özellikle devletlere önemli bir görev düşmektedir. Uluslararası örgütlerin ve devletlerin iklim krizi ile mücadele konusunda uymakla yükümlü olduğu kurallar ise genellikle uluslararası çevre hukuku kuralları bağlamında oluşturulmakta ve bu kurallara uyulmaması durumunda devletlerin uluslararası sorumluluğu konusu gündeme gelebilmektedir. Uluslararası çevre hukuku öncelikle üç kaynaktan türetilmiştir. Bunlar: uluslararası teamül hukuku, uluslararası anlaşmalar ve hukuk genel ilkeleridir. İkincil kaynaklar ise uluslararası mahkemelerin yargı kararları ve doktrin olarak kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk iklim krizinin önlenmesi ile ilgili çalışmalarını ise "çevrenin korunması" kuralları çerçevesinde düzenlemiş ve bu konuda üç konuya önem vermiştir. Bunlar; uluslararası sorumluluk konusu, uluslararası alanların rejimine ilişkin düzenlemeler konusu ve devletlerin kendi ülkelerindeki çevrenin öteki devletlerin ülkelerinin çevresi ile bağımlılığı konusudur. Küresel iklim krizi ile mücadele konusu ile ilgili olarak uluslararası hukuk bağlamında çevreye zarar vermenin suç olması ve çevreye zarar veren devletlerin sorumluluğu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 2019 yılında gerçekleştirdiği Taraf Devletler Kurulu'nda Pasifik Ada Ülkeleri tarafından gündeme gelmiş ve "ekokırım suçu"nuun Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde yer alması şeklinde bir öneri dile getirilmiştir. Bu çalışmada küresel iklim krizi ile mücadelede uluslararası hukukun rolü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü bağlamında "ekokırım suçu" konusu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İklim Krizi, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ekokırım Suçu, Birleşmiş Milletler.

THE ROLE OF THE INTERNATIONAL LAW ON THE STRUGGLE OF THE GLOBAL CLIMATE CRISIS AND ECOCIDE CRIME

Abstract

The global climate crisis has become a problem that concerns all humanity today. International organizations and states take some decisions to combat the climate crisis, and especially states have an important role in the implementation of the decisions taken. The rules that international organizations and states are obliged to comply within the fight against the climate crisis are generally established in the context of international environmental law rules, and in case of non-compliance with these rules, the issue of international responsibility of states may

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 06.10.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.03.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1185455.

^(**) Yakın Doğu Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Lefkoşa, KKTC.
E-posta: erdi.safak@neu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4000-2468>.

^(***) Yakın Doğu Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Lefkoşa, KKTC.
E-posta: Yeter.tabur@neu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1198-620X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

come to the fore. International environmental law is primarily derived from three sources. These are customary international law, international agreements, and general principles of law. Secondary sources are accepted as judicial decisions of international courts, doctrine, and international customary law. International law has regulated its work on the prevention of the climate crisis within the framework of the rules of “environmental protection” and has given importance to three issues in this regard. The issue of international responsibility is the issue of regulation of the regime of international areas and the dependence of the environment of the states in their own country with the environment of the countries of other states. Regarding the issue of combating the global climate crisis, the crime of damaging the environment in the context of international law and the responsibility of the states causing damage to the environment was brought to the agenda by the Pacific Island Countries in the Assembly of States Parties held by the International Criminal Court in 2019 and the “crime of eco-crime” was brought to the agenda by the International Criminal Court. A proposal was made to include it in the Statute of the Court.

In this study, the role of international law in the fight against the global climate crisis and the “crime of ecocide” in the context of the Statute of the International Criminal Court will be examined.

Keywords

International Law, United Nations, Climate Crisis, International Criminal Court, Ecocide Crime.

Extended Abstract

Modern international environmental law has a very recent history. In other words, environmental issues started to come into the field of international law in a relatively recent period. Although the regulations on the use of the seas, which are considered part of the environment, dating back to ancient times, the regulations that go beyond the use of natural resources in the modern sense are very recent.

Most efforts to improve international environmental law have focused on eight key areas. The first of these is the prohibition of the production, trade, and use of chemicals harmful to human health or the environment; second, limiting pollution; third, the management of water resources; fourth, the management of resources in the common areas of all humanity; fifth is the generation and use of clean energy; sixth, conservation of living species and habitat; seventh, climate change prevention; the eighth is the integration of environmental concerns with other fields of activity. In each of the first seven areas of efforts to improve environmental law, the form of governance is shaped by the type of environmental problem concerned, while the eighth area moves beyond individual types of environmental problems to the problem of integrating environmental considerations with predetermined problems.

It can be said that there are three main components of reasoning about the choice of state institutions and private actors in determining the subject of environmental law and whether and to what extent they comply with the binding or non-binding rules of environmental law. These are an actor’s own beliefs about what is moral, ethical or prudent (internalization); an actor’s desire for benefits, including both a good reputation among peers and material benefits (positive incentives); and an actor avoiding reputational or financial losses (negative incentives).

Some initiatives are being made in the field of international law on environmental protection, and the first conceptual issue raised in this regard lies in the state-oriented nature of the international law discipline. In the event that a state’s unlawful activity related to harming the environment can be proven, that state may be liable in terms of international law for the damage caused. Despite significant progress, this situation, which is described as the international responsibility of states, is widely accepted today, as well as the inadequacies of current global environmental governance.

Our need for national and international laws is increasing day by day in order to contribute to the protection of the natural systems on which our survival depends, but the need for the applicability and bindingness of such laws increases. In this context, the inclusion of eco-crime in the Rome Statute not only means that it will add a new crime to the international criminal law, but the definition of eco-crime also offers the States Parties to the Rome Statute an opportunity to deal with the existing difficulties. Initiatives towards acknowledging the crime of ecocide can contribute to a shift in consciousness supporting a new direction that increases environmental protection and supports a more collaborative and effective legal framework for our common future on a shared planet.

Defining the crime of ecocide as an international crime against peace can accelerate the transition to a green economy and a more peaceful global civilization. If this crime is admitted, companies and governments will be warned

that serious damage and destruction of the environment has legal consequences and will set a normative threshold that is illegal to exceed. Eco-crime will also make it riskier for transnational companies and their investors, such as harmful mining practices, and will encourage more investment in renewable resources and sustainable agriculture.

This growing support for the international ban on environmental destruction comes at a time of unprecedented environmental crisis. It should not be forgotten that major environmental damage causes a cycle of violence that takes away the rights to life, health and safety of people living in the affected areas. In addition, such destruction and pollution can lead to food shortages, forced displacement, and conflicts between displaced peoples and residents of the lands they migrated to. Despite the enormous challenges facing the movement to commit the crime of ecocide, the Paris climate agreement of December 2015 provides an optimistic basis for recognition of this crime in terms of environmental disaster prevention. The shift from fossil fuels to renewable sources among environmentally damaging global companies, the environmental advocacy of religious leaders like Pope Francis, and the growing pressure of climate lawsuits on policymakers indicate that a global environmental awareness may increase. Placing this sensitivity in laws that protect the intrinsic value of the natural world will be an important step in the "Great Transition" to a sustainable world.

GİRİŞ

Endüstriyel faaliyetlerin çevre üzerindeki etkisi, on dokuzuncu yüzyılın sonlarında kentsel hava kirliliğinin artmasına, akarsu ve nehirlerin kirlenmesine, kıyı alanlarının zarar görmesine neden olmuştur. Çevrenin zarar görmesi, 1960'lara kadar siyasi ve hukuksal dikkat gerektiren uluslararası çevre sorunları kategorisinin örnekleri olarak değil, daha çok yerel sorunlar olarak görülmüştür. Ancak ilerleyen yıllarda çevresel bozulma, doğal kaynakların kullanımının ve çevre üzerinde insan kaynaklı diğer olumsuz etkilerin artması uluslararası örgütler ve devletler arasındaki işbirliği olarak tanımlanabilecek bir "uluslararası çevre politikası" oluşturulmasını zorunlu kılmıştır.

Uluslararası çevre siyaseti ile ilgili politikalar ve çevre hukuku ile ilgili kurallar, genellikle çevreyi korumak için yeterli etkiye sahip değiller ve uluslararası hukuk başta olmak üzere ulusal hukuklarda da çevrenin korunması ile ilgili bağlayıcı güce sahip kurallara ihtiyaç her geçen gün artmaktadır. Küresel sistemde büyük veya endüstriyel devletlerin hükümetleri ve büyük çok uluslu şirketlerin yöneticileri, tipik olarak çevre sorunlarının birincil yaratıcıları olarak görülmektedir. Küçük ve orta ölçekli kalkınmakta olan devletlerin hükümetleri de çevreyi görmezden gelen politikalar uygulamakta ve bu nedenle çevre hukukunun kapsamını sınırlamak için çalışan güçlüler ile birlikte, çevre sorunlarının oluşmasında diğer aktörler olarak yer almaktadırlar.

Çevre sorunlarının özgüllüğü, çevresel kaygıların belirginliğini artırmak ve çevreye yeterince özen göstermeyen küresel ekonomik şirketlerin etkisini dengelemek için çalışan ulusal ve uluslararası özel kuruluşların ve çevre koruyucu diğer aktörlerin örgütlenmesine de ilham vermiştir. Çevrenin korunması adına çalışan aktörler, devlet kurumlarına başvurmak, seçim kampanyalarına katılmak ve çevresel politikalarına göre belirli partilere veya adaylara oy vermek gibi çeşitli geleneksel siyaset stratejilerinin yanı sıra, sokak gösterileri, özel mülkiyete izinsiz girmek gibi siyaset dışı stratejileri de kullanılmaktadırlar. Çevre savunucu-

larının benimsedikleri stratejiler ve taktikler, devletlere ve uluslararası örgütlere çevre sorunları ile ilgili adımların atılmasını zorunlu kılmakta ve hatta küresel şirketlerin de kararlarını etkileyebilmektedir.

Devletlerin ve diğer aktörlerin uluslararası çevre politikası ile uluslararası hukukunun çevre hukuku kuralları, doğal kaynakların aşırı kullanımı, çevrenin bozulması veya diğer ciddi çevresel etkileri önlemenin belirli yollarının gerekliliği veya uygulanabilirliği konusundaki güçlü anlaşmazlıkları nedeniyle önemli bir anlaşmazlık içindedir. Ancak uluslararası sistemde çevrenin korunması için önemli bazı konuların gündeme getirildiği, birtakım anlaşmaların yapıldığı ve bazı kararların alındığını da söylemek mümkündür. Bu çalışmada küresel iklim krizi ile mücadelede uluslararası hukuk alanında yaşanan gelişmeler, devletlerin çevreye zararları bağlamında uluslararası sorumluluğu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi görüşmelerinde dile getirilen “ekokırım” suçunun uygulanabilirliği irdelenecektir.

I. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUN KONUSU, GELİŞMESİ VE İNSAN HAKLARI İLE OLAN İLİŞKİSİ

Modern uluslararası çevre hukukunun çok yakın bir geçmişi bulunmaktadır¹. Başka bir ifadeyle çevre ile ilişkili konuların uluslararası hukukun ilgi alanına girmesi nispeten yakın sayılabilecek bir dönemde gerçekleşmeye başlamıştır. Her ne kadar çevrenin bir parçası kabul edilen denizlerin kullanımına ilişkin düzenlemeler daha eski tarihlere dayansa da, modern anlamda doğal kaynak kullanımının ötesine geçen düzenlemeler çok yenidir².

Uluslararası hukukta “çevre”, havayı, denizi, toprağı, doğal kaynakları, flora - faunayı ve kültürel mirası (arkeolojik, tarihi, sanatsal ve bilimsel ilgi öğeleri olan) kapsayan geniş bir tanım olarak kullanılmaktadır³. Çevrenin korunması ise çevreye verilen mevcut zarar nedenlerinin kontrol edilmesini, azaltılmasını, ortadan kaldırılmasını, ek zarar türlerinin önlenmesini, yasaklanmasını ve doğal kaynakların rasyonel kullanımını içermektedir⁴. Uluslararası hukukta “çevre” terimine alternatif olarak “ekosistem⁵” ve “biyolojik çeşitlilik⁶” gibi farklı terimler

¹ Şeref Ünal, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 384.

² Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 11. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 480.

³ Malcolm D. Evans, *International Law*, First Edition, (New York: Oxford University Press, 2003), 659.

⁴ Martin Dixon, Robert Mccorquodale and Sarah Williams, *Cases & Materials on International Law*, Sixth Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2016), 450.

⁵ Belirli bir bölgede bulunan canlılar ile bunları saran cansız varlıkların karşılıklı etkileşimi ile oluşan ve süreklilik gerektiren sistemlere ekosistem denir. Ekosistemler temel olarak canlı ve cansız varlıklardan oluşur. Detaylı bilgi için bakınız: Ekosistem Nedir? Erişim Tarihi: Kasım 20, 2022, <https://yunus.hacettepe.edu.tr/~ayselsakar/webTasProje/>.

⁶ Biyolojik çeşitlilik, ekosistemlerin insanlığın refahı için gerekli olan yaşam destek sürecini sürdürme yeteneğinin ve sağlıklı çevrenin bir göstergesidir. İklim değişikliği, kirlenme ve kaynakların

önerilmiş olsa da, çevre genel olarak kabul edilen bir terim olup bu çalışmada da çevre terimi kullanılacaktır.

Çevrenin korunması söz konusu olduğu zaman, ulusal düzeyde yapılan hukuksal düzenlemeler özellikle toprak, hava, deniz, akarsular ve göllerin korunması ve iyileştirilmesi ile ülkenin bitki örtüsü ve hayvansal varlığını ve bunların etkileşimini, doğal güzellikleri ve doğal anıtlarını koruma ve iyileştirmeyi amaçlamaktadır⁷. Günümüzde hukukta çevresel varlıklar kavramı içine yalnızca fiziksel çevre değil, görünümsel ve estetik veriler de katılır olmuştur. Çevrenin uluslararası düzeyde korunması ele alındığı zaman da, genellikle aynı öğeler üzerinde durulmaktadır⁸.

Uluslararası çevre hukukunu geliştirmeye yönelik çabaların çoğu, sekiz temel alana odaklanmıştır. Bunlardan ilki insan sağlığına veya çevreye zararlı kimyasalların üretiminin, ticaretinin ve kullanımının yasaklanması; ikincisi kirliliğin sınırlandırılması; üçüncüsü su kaynaklarının yönetimi; dördüncüsü tüm insanlığın ortak alanlarında kaynakların yönetimi; beşincisi temiz enerji üretimi ve kullanımı; altıncısı canlı türlerin ve habitatın korunması; yedincisi iklim değişikliğini önleme; sekizincisi ise çevresel kaygıların diğer faaliyet alanlarıyla bütünleştirilmesidir. Çevre hukukunu geliştirmeye yönelik geliştirilen çabaların ilk yedi alanın her birinde yönetişimin şekli, ilgili çevre sorununun türüne göre şekillenirken, sekizinci alan, bireysel çevresel problem türlerinin ötesine geçerek, çevresel hususların önceden belirlenmiş problemlerle bütünleştirilmesi sorununa doğru ilerlemektedir⁹.

Uluslararası sistemde doğal kaynakların korunması ve bakım ihtiyacı 1930 ve 1940'lı yıllarda anlaşılabilir ve bu amaçla doğadaki hayvan türleri ve bitki örtüsünü (fauna-flora) korumak üzere bir dizi uluslararası antlaşma yapılmıştır. Hayvan ve Bitki Örtüsü'nün Muhafazasına İlişkin 1933 tarihli Londra ve Doğanın, Vahşi Yaban Hayatının Korunmasına İlişkin 1940 tarihli Washington Sözleşmeleri¹⁰, bu tür uluslararası tarihi belgelerin ilk örnekleridir. Ayrıca, 1950'li yılların başında çevre korunması alanında yeni endişeler ortaya çıkmış ve nükleer zararlardan kaynaklanan uluslararası sorumluluk ve denizlerin petrole kirlenmesinin önlenmesine ilişkin bazı sözleşmeler düzenlenmiştir¹¹.

aşırı ve sürdürülebilir olmayan kullanımı, geçen yüzyılda biyolojik çeşitliliği çok ciddi bir biçimde tahrip etmiş ve bu durum insan yaşamını tehdit eder duruma gelmiştir. Detaylı bilgi için bakınız: Biyolojik Çeşitlilik Nedir? Ve Neden Önemlidir? Erişim Tarihi: Kasım 21, 2022, <https://bolge10.tarimorman.gov.tr/Menu/94/Biyolojik-Cesitlilik-Nedir-Ve-Neden-Onemlidir>.

⁷ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, (New York: Cambridge University Press, 2005), 329.

⁸ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 329.

⁹ Ronald B. Mitchell, *International Politics and the Environment*, (London: Sage Publishing, 2010) 1.

¹⁰ İlgili Sözleşmeler için bakınız: Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/c-8.html>.

¹¹ Ünal, *Uluslararası Hukuk*, 384.

Uluslararası hukuk sisteminin temel özneleri olarak devletler, artan sayıda uluslararası örgüt, küresel, bölgesel veya ikili düzeyde çevre sorunlarıyla yakından ilgilenmektedir. Özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu çevre ile ilgili bir dizi karar kabul etmiştir¹² ve 1972 Stockholm Konferansından sonra BM Çevre Programı¹³ (United Nations Environment Programme - UNEP) oluşturulmuştur. UNEP, 1985 Ozon Tabakasının Korunmasına İlişkin Viyana Sözleşmesi ve 1987 Montreal Protokolü ve 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi de dahil olmak üzere bir dizi girişimin geliştirilmesinden sorumlu olmuştur¹⁴. Bu konuyla ilgili çeşitli BM organları arasındaki işbirliğini geliştirmek için ise 1992 yılında Sürdürülebilir Kalkınma üzerine bir Kurumlar Arası Komite kurulmuştur¹⁵.

1992 yılında toplanan BM Çevre ve Kalkınma Konferansı¹⁶ (Rio Konferansı)'nda kabul edilen Rio Bildirgesi'nin kalkınmadan yana ve çevrenin bir miktar aleyhine tutum aldığı kabul edilse de çevre hakkının uluslararası ve ulusal düzenlemelerde gündeme gelmiş olması önemlidir. Ayrıca Rio Konferansı'nda çok sayıda sivil toplum örgütünün katılımı artık bu alanda devletleri aşan bir yaklaşımın olduğunu göstermektedir¹⁷.

1992 yılında Rio'da kabul edilen BM İklim Değişikliğine Dair Çerçeve Sözleşmesi 1994 yılında yürürlüğe girmiş ve 1997 yılında ise Kyoto Protokolü¹⁸ kabul edilmiştir. Protokol ile gelişmiş taraf ülkeler için sera gazı salınımlarını, 2008-2012 yıllarını kapsayan "taahhüt dönemi" içinde, 1990 yılı seviyelerinden toplamda en az yüzde beşlik bir kesintiye varacak şekilde sınırlamak veya azaltmak üzere her devlete özgü ve hukuken bağlayıcı hedefler öngörölmüş iken gelişmekte olan ülkelerin ise sadece önceki mevcut taahhütlerine uymaları gerekmektedir¹⁹.

2015 yılında kabul edilen Paris İklim Antlaşması²⁰ ise küresel iklim değişikliğinin önlenmesi yönünde çok önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir. Son derece karmaşık olan Antlaşmaya göre taraf devletler sera gazı emisyonlarında çıkabilecekleri en yüksek düzeye en çabuk zamanda erişmek istemektedirler ve

¹² BM Genel Kurulu'nun ilgili kararları için bakınız. 2398 (XXII); 2997 (XXVII); 34/188; 35/8; 37/137; 37/250; 42/187; 44/244; 44/228; 45/212 and 47/188.

¹³ UNEP hakkında detaylı bilgi için bakınız: www.unep.org/.

¹⁴ İlgili Sözleşmeler için bakınız: www.un.org/esa/sustdev/csd.htm.

¹⁵ Malcolm, N. Shaw, *International Law*, Sixth Edition, (New York: Cambridge University Press, 2008), 846.

¹⁶ United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, Erişim Tarihi: Ocak 10, 2023, <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

¹⁷ 1400 Sivil Toplum Kuruluşu Rio Konferansı'na gözlemci statüsünde katılmış ve 8000 Sivil Toplum Kuruluşu paralel oturumlara eşlik etmiştir. Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 481.

¹⁸ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Erişim Tarihi: Aralık 11, 2022, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

¹⁹ Shaw, *International Law*, 636; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 494.

²⁰ The Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

mümkün olan en iyi bilimsel teknoloji yardımıyla buradan itibaren hızlı bir dönüşü taahhüt etmektedirler.

Paris İklim Antlaşması'na geliştirmekte olan taraf devletler için ise sera gazı emisyonlarında en yüksek noktanın daha uzun bir süre alacağı kabul edilmektedir. Burada amaçlanan şey, kaynaktan ortaya çıkan insan kökenli salınımlar ile sera gazlarının yutaklar aracılığıyla giderilmesi arasında, hakkaniyet temelinde ve sürdürülebilir gelişme ile yoksulluğu ortadan kaldırma çabaları bağlamında, bu yüzyılın ikinci yarısında bir dengenin kurulmasıdır. Amaç küresel ısı artışını sanayi devrimi önceki ısıdan en fazla 2 santigrat derecede yukarıda tutulabilmektedir²¹. 2022 itibarıyla 197 devletin imzaladığı ve 192 devletin taraf olduğu Paris Antlaşması 2016 yılında yürürlüğe girmiştir²².

Stockholm Konferansı'nda bir bildirme²³ ile kabul edilerek "çevre hakkı" olarak adlandırılacak bir insan hakkının mevcudiyeti tespitinde bulunulmuştur²⁴. Elbette, yaşam hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı gibi bazı haklar temiz bir çevrenin olması, çevrenin koruma altına alınması sonucunda gerçekleşebilecektir. Ancak temiz bir çevreye yönelik insan hakkına yapılan özel atıflar az ve belirsiz olma eğiliminde olmuştur.

1972 tarihli Stockholm Bildirgesi'nin 1. İlkesinde, çevrenin bir insan hakkı olduğu ile ilgili olarak şu düzenleme yer almaktadır: "*İnsanın; hürriyet, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları sağlayan onurlu ve refah içinde bir çevrede yaşamak temel hakkıdır*"²⁵. 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Bildirgesi'nin 24. maddesi ise "*tüm insanların, gelişmeleri için elverişli genel bir tatmin edici çevreye sahip olma hakkına sahip olacaklarını*" belirtmektedir²⁶. 1988 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokolün 11. maddesi'nde ise "*herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı vardır*" ve "*taraf devletlerin çevrenin korunmasını, muhafazasını ve geliştirilmesini teşvik edecekleri*" beyan edilmiştir. 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 29. maddesi de, çocuğun eğitiminin, "doğaya saygısını attırarak biçimde geliştirilmesine" yönlendirilmesi ihtiyacına açıkça atıfta bulunmuştur²⁷. Aynı zamanda, 1991 tarihli Sınır Aşan Çevresel Etki

²¹ Shaw, *International Law*, 627; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 494.

²² Paris İklim Anlaşmasını imzalamasına rağmen taraf olmayan 5 ülke: Eritre, Irak, İran, Libya, Yemen.

²³ Stockholm Bildirgesi İlke 1.

²⁴ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 481.

²⁵ 1972: Report of the Conference A/CONF.48/14/Rev.1, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>.

²⁶ "African Charter on Human and Peoples' Rights", Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49#:~:text=The%20African%20Charter%20on%20Human, freedoms%20in%20the%20African%20continent..>

²⁷ Convention on the Rights of the Child Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>.

Değerlendirmesi Sözleşmesi (Espoo)'nin "kuruluş" çağrısında da çevrenin korunmasının temel insan hakkı olduğuna dikkat edilmiştir²⁸.

1994 yılında, BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'na (o zamanki adıyla) teslim edilen İnsan Hakları ve Çevre ile ilgili nihai raporda da çevrenin korunması ile ilgili insan hakları konusuna değinilmiştir. Raporda çevrenin korunması ve insan haklarının iyileştirilmesi arasındaki ilişkinin önemine vurgu yapılmış ve insan haklarını etkileyen çevre sorunlarının üzerine daha büyük dikkatle gidilmesi konusunda uyarılara yer verilmiştir²⁹.

İnsan hakları ile çevreyi açık bir şekilde birbirine bağlayan ve "çevrenin yeterli düzeyde korunması"ni tanıyan 1998 tarihli Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi³⁰ (Aarhus Sözleşmesinin) kabul edilmesiyle önemli bir aşamaya gelinmiştir. Sözleşme'de çevre, insan refahı ve yaşam hakkının kendisi de dahil olmak üzere temel insan haklarından yararlanılması için esastır. Sözleşme'nin 1. maddesinde, sözleşmenin gerek şimdiki, gerekse gelecek kuşakların sağlıklı bir çevrede yaşaması için, çevresel bilgiye erişim, karar alma sürecine halkın katılımı ve yargısal mercilere başvuru haklarını güvence altına almayı amaçladığı ifade edilmiştir³¹.

Çevrenin korunması ile ekonomik kalkınma ihtiyacı arasındaki ilişki sorunu ise, çevre hukukunun evrimini destekleyen bir başka faktördür. Halihazırda sanayileşmeye ve kalkınma çabasında olan devletler, sanayileşme ve kalkınmanın çevreyi koruyarak gerçekleştirmenin çok pahalı olması ve yeterli imkanlarının bulunmaması gibi sorunlarla karşı karşıyadırlar. 1972 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı Stockholm Bildirgesi, 8. İlkesi'nde, "*Ekonomik ve sosyal kalkınma insana iyi bir yaşam ve çalışma ortamı sağlama ve dünyamızda yaşam kalitesini yükseltecek şartları hazırlama yönünden kesinlikle gereklidir*" şeklinde vurgulanırken, devletlerin kendi kaynaklarını çevreye zarar vermeden kullanmaları gerektiği bildirilmiştir³².

1992 tarihli Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen Rio Deklarasyonu'nun 2. İlkesi, "*Devletlerin, BM Şartı ile ve uluslararası kanun ilkeleriyle uyumlu olarak kendi çevresel ve kalkınmacı politikaları izinde*

²⁸ 4. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context Espoo, Finland, 25 February 1991, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtsg_no=XXVII-4&chapter=27&clang=_en.

²⁹ İnsan Hakları Komisyonu Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt-Komisyonu Kırk altıncı Oturum Geçici gündemin 4. Maddesi Alt-Komisyon'un İlgilendiği Alanlardaki Gelişmelerin Gözden Geçirilmesi İnsan Hakları ve Çevre Özel Raportör Fatma Zohra Ksentini tarafından hazırlanan nihai rapor, E/CN.4/Sub.2/1994/9 6 Temmuz 1994.

³⁰ "Aarhus Convention", Erişim Tarihi: Ocak 13, 2023, <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/>.

³¹ Ahmet Güneş, "AARHUS Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, (2010).

³² 1972: Report of the Conference A/CONF.48/14/Rev.1, Erişim Tarihi: Aralık 13, 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>.

kendi kaynaklarını kullanma egemen hakkına ve yargı alanları veya kontrolleri dahilindeki faaliyetlerin diğer Devletlerin çevresine veya ulusal yargı alanı sınırları ötesindeki alanlara zarar vermemesini sağlama sorumluluğunu taşımaktadır” şeklinde devletlerin ülkesinde çevre konusu ile ilgili egemenliklerine vurgu yapılmıştır. Rio Deklarasyonu’nun 3. İlkesinde ise devletlerin egemenliklerinin ötesinde kalkınma hakkı ile ilgili olarak, “Kalkınma Hakkı, şimdiki ve gelecek nesillerin kalkınmacı ve çevresel ihtiyaçlarını eşitlikçi bir şekilde karşılamaya yönelik olarak kullanılmaktadır” şeklinde düzenlemeye yer vermiştir³³.

Mevcut ve gelecek nesillerin gelişimsel ve çevresel ihtiyaçlarının adil bir şekilde karşılanabilmesi için kalkınmanın sağlanması gerekmektedir. Kalkınma ve çevre koruma arasındaki doğru denge, artık uluslararası toplumun karşı karşıya olduğu temel zorluklardan biridir ve bir yanda devlet egemenliği ilkesinin ortaya koyduğu çatışan çıkarlar, diğer yanda uluslararası işbirliği ihtiyacını yansıtmaktadır. Aynı zamanda, şu anda yürütülen veya halihazırda planlanan faaliyetlerin gelecek nesiller için çevre mirasının ne kadar dikkate alınacağı konusunu da gündeme getirmektedir. Örneğin nükleer santrallerin kurulması gibi birçok kalkınma faaliyetinin birçok nesil için önemli yansımaları olabilir.

Sonuç olarak Devlet kurumlarının ve özel aktörlerin, çevre hukukunun konusunu belirlemede ve çevre hukukunun bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan kurallarına uyup uymama ve ne ölçüde uyma konusunda seçim yaptıkları ile ilgili akıl yürütmenin üç ana bileşeni olduğu söylenebilir. Bunlar: bir aktörün neyin ahlaki, etik veya ihtiyatlı olup olmadığına dair kendi inançları (içselleştirme); bir aktörün hem akranlar arasında iyi bir itibar hem de maddi menfaatler (olumlu teşvikler) dahil olmak üzere menfaat arzusu; ve bir aktörün itibar veya maddi kayıplardan kaçınması (olumsuz teşvikler) şeklindedir³⁴.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ÇEVRENİN KORUNMASI

Uluslararası hukukta devletlerin uluslararası hukuka aykırı faaliyetleri, uluslararası sorumluluklarını gündeme getirmekle birlikte, hukuka aykırı faaliyette zarar gören devletin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde birtakım hakları olabilecektir. Çalışmanın bu bölümünde ilk olarak uluslararası hukuk bağlamında devletlerin sorumluluğu konusu açıklanacaktır. Daha sonra ise çevrenin kirlenmesi ile birlikte devletlerin sorumluluğunun ve çevrenin kirlenmesinden zarar gören devletin hakları konusu açıklanacaktır.

³³ Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), Erişim Tarihi: Aralık 13, 2022, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

³⁴ Daniel Bodansky, ‘The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?’, *American Journal of International Law*, Year: 2016, (110), 298-300.

A. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN SORUMLULUĞU

Haksız bir fiil veya hukuka aykırı işlem nedeniyle sorumluluğun ileri sürülmesi, bir hukuk sisteminde olağan bir durumdur. Bu durumda suçlu veya kabahatli kişiye veya kuruma karşı bir yaptırım uygulanması da söz konusu olabilir. İç hukukun gelişmiş olması, yaptırım mekanizmasının iyi işlemesi nedeniyle, iç hukukta yaptırımı uygulamak daha kolaydır. Ancak uluslararası hukukun iç hukuk gibi örgütlenemeyişi veya bu konudaki engellerin aşılabilmesi nedeniyle, uluslararası hukuk sisteminde oluşturulan bu yaptırım mekanizması zayıf veya etkisiz kalmaktadır³⁵.

Uluslararası sorumluluk, uluslararası hukuk süjeliğinin bir gereği ve sonucudur. Böylece, devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası alanda sorumlu tutulabilmesi söz konusu olmaktadır. Bu konudaki esaslar günümüzde de uluslararası örf ve adet kurallarıdır. Kodifikasyon çalışmaları ise Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde yapılmaktadır³⁶.

Uluslararası hukukta uluslararası sorumluluğun doğması için, uluslararası hukuka aykırı bir fiil, zarar ve illiyet bağı bulunmalıdır. Ayrıca devletlerin uluslararası sorumluluğunu kişilerin uluslararası cezai sorumluluğu ile karıştırmamak gerekir. Devletlerin cezai sorumluluğu olmaz; nitekim uluslararası ceza mahkemelerinde devletler değil, kişiler yargılanmaktadır³⁷.

Uluslararası hukukta devletlerin haksız fiillerinden dolayı sorumlu oldukları tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Kusur sorumluluğu (ex delicto) olarak nitelendirilen bu tür sorumluluğun şartları, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıda belirtilmiştir. Tasarıya göre, bir tasarrufun uluslararası hukuk açısından haksız fiil oluşturabilmesi için; tasarrufun bir devlete izafe edilebilmesi (Subjektif unsur) ve tasarrufun o devletin üstlendiği bir uluslararası yükümlülüğü ihlal etmesi (objektif unsur) şarttır. Tasarı, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için uluslararası hukuka aykırı bir haksız fiilin varlığını şart koştuğundan, uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmekle birlikte, hareketsiz kalan bir devletin verdiği sınır ötesi zararlardan dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir³⁸.

Devlet sorumluluğunun tek kaynağı uluslararası haksız fiil değildir. Uluslararası Hukuk Komisyonu uluslararası haksız fiillerle, devletlerin yasal faaliyetlerinin muhtemel zararlı sonuçları arasında ayırım yaparak, kusursuz sorumluluk (sine delicto) kavramını geliştirmiştir. Bu tür sorumlulukta bir devletin sorumlu tutulabilmesi için mutlaka bir haksız fiil işlemesi şart değildir. Komisyon halen uluslararası sorumluluk bakımından önemli gelişme sağlayacak olan bu proje üzerinde çalışmaktadır³⁹.

³⁵ Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk*, (Bursa: Dora Basım Yayın, 2018), 155.

³⁶ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2020), 277.

³⁷ Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s.277.

³⁸ Ünal, *Uluslararası Hukuk*, 394.

³⁹ Ünal, *Uluslararası Hukuk*, 394-395.

Sonuç olarak uluslararası hukukta, uluslararası düzenin korunması ve devam ettirilebilmesinin temel aracı olarak sorumluluk kurumunun varlığını kabul etmiştir. Uluslararası sorumluluğu, “bir uluslararası hukuk kişinin neden olduğu uluslararası hukuka aykırı fiillerin ya da uluslararası hukuka uygun faaliyetlerinden kaynaklanan belirli bir takım zararların etkilerini zarar gören uluslararası hukuk kişisine karşı ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumu” olarak tanımlamak mümkündür⁴⁰.

B. DEVLETLERİN ÇEVRENİN KORUNMASI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SORUMLULUĞU

Devletlerin ülkelerinin değerli kaynakları üzerinde sınırsız egemenlik haklarına sahip olduğu yönündeki mutlak ulusal egemenlik anlayışı sonucu, doğal kaynaklar gelişigüzel işlenmiş ve kaynaklar bilinçsiz bir şekilde tüketilerek çevreye büyük zararlar verilmiştir⁴¹. Devlet merkezli gelişen klasik uluslararası hukukun, egemenliğin bir yansıması olarak, devletlere kendi yetki alanlarında diledikleri gibi tasarrufta bulunma hakkını tanıdığı kabul edilmektedir. Devletlerin kendi ülkeleri içindeki faaliyetlerinin sınır aşan etkilere yol açtığı ve hatta başka devletlerde zararlara neden olduğu da uzun zamandır bilinmektedir⁴². Bu nedenle, devlet sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları bu türden durumları “devletlerin uluslararası sorumluluğu” başlığı altında düzenleme ihtiyacı hissetmiştir.

Geleneksel uluslararası hukukta bir devlet ülkesi üzerinde tam ve münhasır egemenliğe sahip olduğu için, bu ülke üzerinde yürütülen faaliyetler nedeniyle başka devletlerin zarar görmesi durumunda devletin uluslararası sorumluluğu ancak bir kusuru bulunduğu zaman söz konusu olmakta idi. Bu anlayışın 20. Yüzyılda yerini giderek uluslararası hukukta “risk kuramı” adıyla anılan ve herhangi bir kusur olmasa bile, faaliyeti nedeniyle bir başka devlete zarar veren devletin sorumluluğunu kabul eden anlayışa bıraktığı söylenebilir. Söz konusu anlayışın uygulanan hukuka yansımasının ilk örneğini Trail Smelter Davası’nda verilen hakemlik kararları oluşturmuştur⁴³. Kanada’da bulunan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) sınırına yakın bir fabrikanın havayı kirleterek ABD ülkesinde neden olduğu zararların sorumluluğunu Kanada’ya yükleyen bu kararlar ile uygulanan hukukta ilk kez bir devletin ülkesinden yararlanırken öteki devletlere zarar vermemesi gerektiği yolunda bir kuralın varlığı kabul edilmiştir⁴⁴.

⁴⁰ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 401. / Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 21.

⁴¹ Ünal, *Uluslararası Hukuk*, 384.

⁴² Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 480.

⁴³ Trail Smelter Case (United States v.- Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941, VOLUME III pp. 1905-1982.

⁴⁴ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 329-330.

Çevrenin korunması bağlamında devletlerin sorumluluğu ile ilgili bir diğer önemli karar Lanoux Gölü Davası'ndaki hakemlik mahkemesi kararı olmuştur⁴⁵. Hakemlik mahkemesi bir devlet ülkesine giren suların bir komşu devletçe kirletilmesi söz konusu olduğu takdirde, buna neden olan devletin sorumluluğunun doğacağı görüşünü ilke olarak kabul etmektedir⁴⁶.

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Korfu Kanalı davasında, her devletin “topraklarının diğer devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına bilerek izin vermemek” yükümlülüğü olduğunu vurgulayarak çevre ile ilgili devletlerin sorumluluğu yaklaşımını pekiştirmiştir⁴⁷. Mahkeme ayrıca, Avusturya ve Fransa arasında 1974 tarihli Nükleer Testler Davası kararında⁴⁸, Pasifik'teki Fransız nükleer denemelerine ilişkin vardığı sonucun ‘devletlerin saygı gösterme yükümlülüklerine halel getirmeksizin’ olduğunu kaydetmiştir ve ‘çevreyi koruyun’ çağrısında bulunmuştur. Ayrıca, BM Genel Kurulu'na Nükleer Silah Tehdidinin veya Kullanımının Yasallığı Konusunda İstişare Görüşünde⁴⁹, Mahkeme, ‘devletlerin kendi yetki alanları ve kontrolleri içindeki faaliyetlerin çevrelere saygı duymasını sağlama konusundaki genel yükümlülüğünün varlığının devam ettiğini beyan etmiştir.

Çevrenin korunması ile ilgili devletlerin sorumluluğu konusu bazı uluslararası belgelerde de yer almıştır. Örneğin 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 192. maddesi ‘devletler deniz çevresini korumak ve muhafaza etmekle yükümlüdürler’ derken, 194. maddesi devletlerin kendi yetki ve kontrolleri altındaki faaliyetlerin uygun olmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri alacaklarını, deniz kirliliğinden diğer devletlere ve deniz çevrelere zarar vermeyecek şekilde yürüteceklerini bildirmektedir⁵⁰.

Bununla birlikte, 1972 Stockholm Bildirgesi'nin 21. İlkesi⁵¹ çevrenin korunmasında devletlerin sorumluluğu ile ilgili özel bir öneme sahiptir. 21. İlke BM Kurucu Antlaşması ve uluslararası hukuk kurallarına göre, ilkelerin hakimiyet haklarını kullanarak kendi kaynaklarını kullanacağını ve çevre politikalarını tespit edeceklerini belirttikten sonra, devletlerin bu eylemleri sırasında kendi haki-

⁴⁵ Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 Arbitral Tribunal.1 November 16, 1957.

⁴⁶ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 330.

⁴⁷ Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 25 March 1948.

⁴⁸ Case Concerning Nuclear Tests (Australia V. France). 9 May 1973 General List No. 58.

⁴⁹ Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons. 15 December 1994.

⁵⁰ United Nations Convention on the Law of the Sea, Erişim Tarihi: Aralık 14, 2022, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

⁵¹ İlke 21 Birleşmiş Milletler Kuruluş Senedi ve uluslararası hukuk kurallarına göre, ülkeler hakimiyet haklarını kullanarak kendi kaynaklarını kullanır ve çevre politikalarını tespit ederler. Ancak, devletler bu eylemleri sırasında kendi hakimiyet sınırları dışındaki bölgelerin ve ülkelerin çevresine zarar vermemeye sorumluluğunu da taşırlar. Kaynak Linki: <https://hukukbook.com/stockholm-bildirgesi-milletler-insan-ve-cevre-konferansi-bildirgesi/>.

miyet sınırları dışındaki bölgelerin ve ülkelerin çevresine zarar vermeme sorumluluğunu da taşıdığını belirtmektedir⁵².

1992 Rio Bildirgesi'nin 2. İlkesinde ise uluslararası çevre hukukunun gelişiminde devletlerin sorumluluğu ile ilgili önemli bir dönüm noktası olarak görülmüştür. Rio Bildirgesi'nin 2. İlkesi “Devletler, BM Şartı ve Uluslararası Hukuk prensipleri doğrultusunda, kendi çevre kalkınma politikalarına uygun olarak kendi doğal kaynaklarını kullanma hakkına sahiptirler ve kendi yetki ve kontrolleri dahilindeki faaliyetlerin diğer ülkelere zarar vermemesini sağlamakla sorumludurlar” şeklinde düzenlenmiştir⁵³.

Genel ilkelere dayanan uluslararası çevre hukukunun devletlerin sorumluluğu ile ilgili gelişen bir teması, devletlerin sınır aşan kirlilik meseleleriyle uğraşırken işbirliği yapma gerekliliği ile ilgilidir. 1972 Stockholm Bildirgesi'nin 24. İlkesi, “çevrenin korunması ve iyileştirilmesi ile ilgili uluslararası konuların işbirlikçi bir ruhla ele alınması gerektiğini” belirtirken⁵⁴, 1992 Rio Bildirgesi'nin 7. İlkesi, “devletlerin dünyanın çevresinin korunması ve iyileştirilmesi için global ortaklık ruhu içinde işbirliği yapacaklarını” vurgulamaktadır⁵⁵.

Rio Deklarasyonu'nun 13. İlkesi ise bu alanda hem ulusal hem de uluslararası faaliyetlere atıfta bulunarak şunları ifade eder:

*Devletler, kirlilik ve diğer çevresel zararların mağdurları için sorumluluk ve tazminata ilişkin ulusal yasalar geliştireceklerdir. Devletler ayrıca, yetki alanları dahilindeki faaliyetler veya yetkileri dışındaki alanlardaki kontrollerden kaynaklanan çevresel zararların olumsuz etkilerine ilişkin sorumluluk ve tazminata ilişkin daha fazla uluslararası hukuk geliştirmek için hızlı ve daha kararlı bir şekilde işbirliği yapacaklardır*⁵⁶.

Çevrenin korunması bağlamında devletlerin sorumluluğu ile ilgili bazı kararlar, devletlere “önceden bildirimde bulunma yükümlülüğü” getirmektedir. Devlet uygulamalarının artan çeşitliliği, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun “ilkesel

⁵² 1972: Report of the Conference A/CONF.48/14/Rev.1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>.

⁵³ Report of The United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), Erişim Tarihi: Aralık 15, 2022, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

⁵⁴ 1972: Report of the Conference A/CONF.48/14/Rev.1, Erişim Tarihi: Aralık 15, 2022 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>.

⁵⁵ Report of The United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), Erişim Tarihi: Aralık 16, 2022, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

⁵⁶ Report of The United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), Erişim Tarihi: Aralık 16, 2022, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

olarak bir devletin potansiyel bir mağdur devlete yeni veya artan kirlilik hakkında bilgi vermek zorunda olduğu bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının ortaya çıktığı” sonucuna varmasına yol açmıştır⁵⁷. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınırşan Zararın Önlenmesine İlişkin Taslak Maddelerinin 8. maddesi⁵⁸, bir değerlendirmenin önemli sınır ötesi zarara yol açma riskini gösterdiği durumlarda, menşe devletin, etkilenmesi muhtemel devleti zamanında bildirim ile bilgilendirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Ayrıca artan bir kirlilik kaynağının yaratılmasından etkilenebilecek devletleri bilgilendirme görevinin evrimine, çevresel etki değerlendirmeleri yapma yükümlülüğünün dikkate alınması eşlik etmiştir. Bu gereklilik birçok anlaşmada yer almaktadır. 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 204. maddesi, devletlerin “kirliliğin deniz çevresi üzerindeki risklerini veya etkilerini kabul edilmiş bilimsel yöntemlerle gözlemlene, ölçme, değerlendirme ve analiz etmelerini” ve özellikle ‘etkilerini gözetim altında tutmalarını’ öngörmektedir⁵⁹.

Sonuç olarak uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmesinde devletin sorumluluğu ve bu ihlallerin tazmin edilmesi gerekliliği üzerine temellenen klasik uluslararası hukuk yaklaşımının çevre sorunlarına uygulanması sorunlu olsa da önemli gelişmeler de mevcuttur diyebiliriz.

III. EKOKIRIM SUÇU VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ’NDE YER ALMASI DURUMUNUN OLASI ETKİLERİ

Çalışmanın bu bölümünde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nde yer verilmesi şeklinde düşüncelerin dile getirildiği “ekokırım suçu” konusuna değinilecektir. Ancak ekokırım suçunu açıklamadan önce kısaca Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü 17 Temmuz 1998 günü kabul edilmiş ve 60. devletin onaylamasıyla 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girmiştir. Mahkeme, Hollanda’nın Lahey kentinde kurulmuştur. Uluslararası Ceza Mahkemesi yargısal niteliği olan bağımsız bir uluslararası organdır. Mahkeme Statüsü’nde, Mahkeme’nin uluslararası hukuk kişiliği olduğu, görevlerini yerine getirerek amaçlarını gerçekleştirebilmek için gerekli olan hukuksal yeteneğinin bulunduğu belirtilmiştir⁶⁰.

⁵⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, 2001, Report of Fifty-Third Session, A/56/10.

⁵⁸ Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001. Erişim Tarihi: Aralık 16, 2022, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.

⁵⁹ United Nations Convention on the Law of the Sea, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

⁶⁰ Rona Aybay ve Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 444-447.

2002 yılında resmen yürürlüğe giren UCM Roma Statüsü ilk etapta sadece üç suç tipini yargılamaya yetkiliydi. Bu suçlar, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçudur. 2010 yılında yapılan UCM Gözden Geçirme Konferansı neticesinde saldırı suçu da mahkemenin yargılama yetkisine dahil edilmiş ve bu suçun yürürlüğe girmesi 2017 yılında gerçekleşmiştir⁶¹. Bu suçların dışında bir suçun mahkemenin yargılaması mümkün değildir. Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi, devletleri yargılamaz. Mahkeme’de kişi sorumluluğu ilkesi esastır ve yalnızca gerçek kişiler yargılanabilir. Bu durumun temel nedeni, devletin tüzel kişiliğinin yargılanamaz, yargılansa bile bir ceza ile karşılaşamaz oluşundan kaynaklanır. Bu durumda Mahkeme’nin yargılama yetkisine giren suçların işlendiği iddia edildiğinde, bu suçları işleyen gerçek kişilere dava açılacaktır. Bu gerçek kişiler, bizzat suç işleyenden, suç işlemesi emri verene, en alt düzeyde suça iştirak edenden, üst düzey devlet görevlilerine uzanabilir. Mahkeme, ulusal hukuktan kaynaklanan hiçbir bağışıklık ya da dokunulmazlıkla kendisini bağlı saymaz⁶².

Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin görevi, ilke olarak, Mahkeme’nin kuruluşuna temel olan Roma Statüsü’ne taraf olan devletlerin ülkesinde işlenmiş suçlarla ilgili savları yargılamakla sınırlıdır. Ancak, Statü’ye taraf olmayan bir devletin uyrukluğunda bulunan kişilerin, Mahkeme’nin görevine giren bir suçu başka bir devletin ülkesinde işledikleri savlarıyla ilgili olarak da, Mahkeme görevlidir⁶³.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 77’de Mahkeme’nin verebileceği cezalar şöyle sıralanmıştır: hapis cezası, hapis cezasına ek olarak para cezası ve doğrudan ya da dolaylı olarak suçtan elde edilen kazanç, eşya ve malvarlıklarına el koyma. Cezaların belirlenmesinde suçun ağırlığı ve failin kişisel durumu dikkate alınacaktır. Hapis cezaları, suçun ağırlığı ömür boyu hapis cezasını gerektirmedikçe, birden çok suç işlendiği durumlarda bile 30 yıldan çok olamaz⁶⁴.

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ’NE EKOKIRIM SUÇUNUN DAHİL EDİLMESİ KONUSU VE DEVLETLERİN EKOKIRIM SUÇU İLE İLGİLİ OLARAK ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖNÜNDE YARGILANABİLME MESELESİ

1. Genel Olarak Ekokırım Suçu

Ekokırım (Ecocide⁶⁵) kavramı bazılarında yeni gibi görünse de, sözcük kırk yılı aşkın bir süredir çevresel söylemin bir parçası olmuştur. Terim 1970 yılın-

⁶¹ Özlem Altıparmak, *Ekokırım Suçu - Hukuki Tanım İçin Bağımsız Uzman Grubu Şerh ve Temel Metin Türkçe Çevirisi*, Yayın Tarihi: Eylül 2021, Yayın No: 4, s.8.

⁶² Günal Kurşun, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, (Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayını, Ankara, 2011), 8-11.

⁶³ Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 446.

⁶⁴ Abay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 447.

⁶⁵ “Ecocide” terimi bazı kaynaklarda “Çevre Katliamı” olarak da ifade edilmektedir. Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary and Core Text June 2021, Erişim

da Amerikalı biyolog Arthur Galston tarafından Savaş ve Ulusal Sorumluluk Konferansı'nda ortaya atılmıştır⁶⁶. Galtson, 1950'lerde Vietnam Savaşı'nda bitki örtüsünü yok etmek ve toplulukları büyük ölçekte zehirlemek için kullanılan "Portakal Gazı" isimli kimyasal bir bileşeni geliştirmeye yardımcı olan bir laboratuvarında çalışmıştı. Kimyasal portakal gazının yaratılışının kullanımıyla dehşete düşen Galston, savaş karşıtı bir aktivist olarak, ekosistemlerin büyük hasarını ve yıkımını "ekokırım" olarak etiketleyen ilk kişi olmuştur⁶⁷. Sözcük, "ev ya da yuva" anlamına gelen Yunanca "oikos" ve "yıkamak ya da öldürmek" anlamına gelen Latince "caedere" sözcüklerinden türetilmiştir. Ekokırım bu nedenle kelimenin tam anlamıyla "evimizi öldürmek" anlamı da taşımaktadır⁶⁸.

Ekokırım suçunun uluslararası sistemde tartışılmaya başlanması konusunda Polonyalı bir hukukçu Raphael Lemkin'in 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlanması sürecinde dile getirdiği "kültürel soykırım" ile fikirleri önemli bir rol oynamıştır. Kültürel soykırım, bir grup insanı diğerinden farklı kılan geleneklerin, değerlerin, dilin ve diğer unsurların (diğer unsurların içerisinde çevre düşünülmektedir) sistematik olarak yok edilmesi olarak tanımlanabilir⁶⁹. Lemkin ilerleyen yıllarda Madrid'de düzenlenen Uluslararası Ceza Hukukunun Birleştirilmesi Konferansı'nda uluslararası toplumu, insan gruplarının hem fiziksel hem de kültürel olarak yok edilmesini yasaklamanın gerekliliği üzerinde birleşmeye çağırmıştır⁷⁰. Lemkin'in bu düşünceleri ekokırım suçunun ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamıştır.

1970'ler ve 1980'ler, Birleşmiş Milletler içinde 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin genişletilmesi konusunda kapsamlı çalışma ve tartışmalara sahne olmuş ve bazı devletler ekokırım suçunun Soykırım Sözleşmesi'ne dahil edilmesini savunmuştur. Bu bağlamda İsveçli Olof Palme, 1972'de Stockholm'de düzenlenen BM Çevre Konferansı'nda doğanın kitlesel olarak yok edilmesinden "ekokırım" olarak bahseden ve bunun "acil uluslararası dikkat gerektirdiğini" ilan eden ilk devlet başkanı olmuştur⁷¹.

Tarihi: Aralık 20, 2022, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>.

⁶⁶ Patrick Foster, Climate Torts and Ecocide in the Context of Proposals for an International Environmental Court at 26 (2011), https://academicworks.cuny.edu/cc_etds_theses/40/ [https://perma.cc/V6MX-P6KX].

⁶⁷ Ecocide Law History, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2022, <https://ecocidelaw.com/history/>.

⁶⁸ Femke Wijdekop, "Against Ecocide: Legal Protection for Earth", *Great Transition Initiative*, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2022, <http://www.greattransition.org/publication/against-ecocide>.

⁶⁹ Leora, Bilsky, and Rachel, Klagsbrun, "The Return of Cultural Genocide?". *European Journal of International Law*. Vol: 29, No: 2, (2018), 373-396. Erişim Tarihi: Aralık 22, 2022, <https://watermark.silverchair.com/>.

⁷⁰ Elisa Novic, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, (New York: Oxford University Press, 2016), 34.

⁷¹ "Climate Crimes Must Be Brought to Justice", Erişim Tarihi Aralık 26, 2022, <https://www.airclim.org/acidnews/climate-crimes-must-be-brought-justice>.

Ekokırım Suçuna İlişkin Uluslararası Sözleşme taslağı ilk olarak Profesör Richard A. Falk'ın, *Revue Belge de Droit International* dergisi tarafından yayınlanan bir makalesinde önerilmiştir. Falk, 'ekokırım' suçu için resmi olarak bir tanım çizen ilk kişilerden biridir. Söz konusu çalışmada Falk hem doğrudan ekolojik suçları hem de ikincil kültürel çevre kıyımını ele alabilecek bir çevre kıyımı yasası önerisi hazırlamıştır⁷².

Richard A. Falk'ın çalışması daha sonra BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu tarafından 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin etkinliğinin değerlendirilmesine ilişkin olarak yürütülen çalışmaya dahil edilmiştir. Falk'ın çalışmasında, insanlık ekolojik çöküş tehlikesinin arttığı bir dönemde yaşıyor ve insanın savaş ve barış zamanlarında bilinçli ve bilinçsiz olarak çevreye onarılamaz zararlar verdiğini kabul etmesi gerekiyordu. Ancak Ekokırım Suçuna İlişkin Uluslararası Sözleşmesi çevre kıyımına öncelikli olarak kasten bir savaş suçu olarak odaklanmış ve barış zamanı hükümlerini ortaya koymamıştır⁷³. Ekokırım yasasının BM içindeki kurumsal tarihinin başladığı yer de burasıdır⁷⁴.

1985 yılında yayınlanan, Whitaker Raporu⁷⁵'nda, 1998 Roma Statüsü'nün habercisi olan İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlar Yasası taslağına ekokırım suçunun dahil edilmesi tavsiye edilmiştir. Raporda soykırım tanımının "kültürel soykırım" veya "ekokırım", şeklinde çevreye zarar vermeyi de içerecek şekilde genişletilmesi gerektiği öne sürülmüştür⁷⁶. Kültürel soykırım ile birlikte yer verilen ekokırım suçuna örnek olarak nükleer patlamalar, kimyasal silahlar, ciddi kirlilik ve asit yağmuru veya yağmur ormanlarının yok edilmesi, ister kasten ister cezai ihmalle olsun tüm nüfusun varlığını tehdit eder şeklinde belirtilmiştir⁷⁷.

1995 yılında, Uluslararası Hukuk Komisyonu 47. oturumunda, 48. oturumun başında toplanacak olan ve çevreye kasıtlı ve ağır zarar verme konusunun İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanun Taslağı'nda ele alınması olasılığını incelemek üzere bir Çalışma Grubu kurulmasına karar vermiştir. Çalışma Grubunun üyeleri arasında Thiam, Bay Christian Tomuschat, Bay Mochtar Kusumaatmadja, Bay Alberto Szekely ve Bay Chusei Yamada yer almıştır⁷⁸.

⁷² Richard A. Falk, "Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal, and Proposals". *Bulletin of Peace Proposals*, 4(1), 80-96, 1973. Erişim Tarihi: Aralık 26, 2022, <https://doi.org/10.1177/096701067300400105>.

⁷³ Falk, "Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal, and Proposals".

⁷⁴ Falk, "Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal, and Proposals".

⁷⁵ Rapor hakkında detaylı bilgi için bakınız: Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide prepared by Mr. B. Whitaker, E/CN.4/Sub.2/1985/ 6 2 July 1985.

⁷⁶ Edith Brown Weiss "The Evolution of International Environmental Law" (2011) 54 Japanese Yearbook of International Law 1.

⁷⁷ Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide prepared by Mr. B. Whitaker, E/CN.4/Sub.2/1985/ 6 2 July 1985.

⁷⁸ Working Group was established at the 2404th meeting. See: Vol. I and Vol. II, Pt. 2 of the Yearbook of the ILC, 1995.

Çalışma Grubu üyelerinden Christian Tomuschat tarafından ‘Çevreye karşı işlenen suçlara ilişkin belge’ başlıklı konuyla ilgili bir rapor yayınlanmış ve raporda şu önerilerde bulunulmuştur⁷⁹:

- a. çevre suçlarını insanlığa karşı bir suç eylemi olarak içerir; veya
- b. çevre suçlarını bir savaş suçu olarak içerir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışma Grubu’nun çalışmaları sonucunda ekokırım suçu ile ilgili olarak Taslak Komitesine, ekokırım suçunu insanlığa karşı suçlar bağlamında değil, yalnızca savaş suçları bağlamında çok daha küçük çevresel zarar görev alanı taslağı hazırlaması için bildirimde bulunulmuştur⁸⁰.

BM, Soykırım Sözleşmesi’ne ekokırım suçunun da eklenmesi konusunda bir sonuç alınamamıştır. Ekokırım suçunu uluslararası bir suç olarak düzenleme fikri 2010’da İskoç avukat Polly Higgins tarafından, Uluslararası Hukuk Komisyonu’na Roma Statüsü’nün çevreyi öldürmeyi de içerecek şekilde değiştirilmesini önermesi ve bunu belirli bir bölgedeki çevrenin insan eliyle olsun veya olmasın çevrenin geniş çapta zarar görmesi, yok edilmesi veya çevre kaybı olarak tanımlanması şeklinde yer almasının dile getirilmesiyle yeniden tartışmalı hale gelmiştir⁸¹.

Polly Higgins ekokırım suçu ile ilgili olarak 2010 yılında dile getirdiği düşüncelerini daha sonra aşağıda belirten bir model yasaya genişletmiştir:

“1. Barış veya çatışma zamanlarında herhangi bir üst düzey kişi tarafından, ciddi ekolojik, iklimsel veya kültürel kayıp veya hasara neden olan, katkıda bulunan veya neden olması veya katkıda bulunması beklenen Devlet, şirket veya diğer herhangi bir kuruluşun faaliyeti sırasında işlenen eylemler veya ihmaller belirli bir bölgenin/bölgelerin/ekosistemlerin/ekosistemlerinin, sakinlerin barışçıl bir şekilde yok edilmesi.

2. Ciddiyet oluşturmak için çevreye verilen etki(ler) yaygın, uzun vadeli veya şiddetli olmalıdır.”

UCM 2019 yılında gerçekleştirdiği Taraf Devletler Kurulu’nda Pasifik Ada Ülkeleri tarafından gündeme getirilen ekokırım suçu, uluslararası sistemde gittikçe artan şekilde tartışılır hale gelmiştir. 2020’nin sonlarında, iki İsveçli parlamenter Rebecka le Moine ve Magnus Manhammar’ın talebi üzerine, Stop Ecocide Foundation (Ekokırımı Durdurun Vakfı) dünyanın dört bir yanından uluslararası hukuk uzmanlarından oluşan bir panel toplamış ve Ha-

⁷⁹ ILC(XLVIII)/DC/CRD.3 (included in Yearbook of the ILC, 1996, Vol. II.

⁸⁰ ILC(XLVIII)/DC/CRD.3 (included in Yearbook of the ILC, 1996, Vol. II.

⁸¹ The Ecocide Project ‘Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace’, A report by Anja Gauger, Mai Pouye Rabatel-Femel, Louise Kulbicki, Damien Short and Polly Higgins, First published 2012. Updated June 2013, with input from Vanessa Rockel, Ecocide Project Research Administrator.

ziran 2021’de panel bir sunum yapılmıştır⁸². Panel sonrasında Ekokırımı Durdurun Vakfı girişimiyle uluslararası uzmanlardan oluşan bir heyet tarafından ekokırım suçunun tanımı konusunda uzlaşıya varılarak bir metin hazırlanmış ve bu metin İngilizce olarak kamuoyu ile paylaşılmıştır. Heyet, ekokırım suçunu UCM’nin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü kapsamında suç haline getirmeyi önermektedir⁸³.

Ekokırım suçunu da içerecek şekilde Roma Statüsü’nde önerilen değişiklik şu şekildedir⁸⁴:

“Madde 8 ter: Ekokırım”

1- Bu tüzüğün amaçları doğrultusunda, “ekokırım”, bu eylemlerden kaynaklanan ciddi ve yaygın veya uzun vadeli çevreye zarar verme olasılığının önemli olduğu bilinenek işlenen yasa dışı veya nedensiz eylemler anlamına gelir.

2- 1. maddenin amaçları doğrultusunda:

a. “Kötü niyet” kavramı, beklenen sosyal ve ekonomik faydalarla ilişkili olarak açıkça aşırı olabilecek zararı pervasızca göz ardı etmek anlamına gelir;

b. “Şiddetli”, insan yaşamı veya doğal, kültürel veya ekonomik kaynaklar üzerindeki ciddi etkiler dahil olmak üzere, çevrenin herhangi bir unsuruna yönelik çok ciddi olumsuz değişiklikler, bozulma veya zarar içeren hasar anlamına gelir;

c. “Yaygın”, sınırlı bir coğrafi alanın ötesine geçen, eyalet sınırlarını aşan veya tüm bir ekosistemin veya türün veya çok sayıda insanın maruz kaldığı hasar anlamına gelir;

d. “Uzun vadeli”, geri dönüşü olmayan veya makul bir süre içinde doğal iyileşme yoluyla telafi edilemeyen hasar anlamına gelir;

e. “Çevre”, dünya, onun biyosferi, kriyosferi, litosferi, hidrosferi ve atmosferi ve ayrıca uzay anlamına gelir.

Ekokırım suçu ile ilgili olarak siyasi fikir birliği ve uygulamalar, zorlu ancak aşılabilir engeller olmaya devam etmektedir. Roma Statüsü’nde değişiklik yapılabilmesi için Statü’ye taraf ülkelerin üçte iki çoğunluğu, yani seksen iki devletin onayı gerekmektedir. Küçük Ada Devletleri, Bolivya ve Ekvator gibi And Mil-

⁸² “Why an Ecocide Law? Why International Legislation against Ecocide is necessary”, Ecocide Law Alliance, Brief, 22 November 2021, Erişim Tarihi: Aralık 26, 2022, <https://endecocide.se/wp-content/uploads/2022/06/Why-ecocide-law.pdf>.

⁸³ Bronwyn Lay, Laurent Neyret, Damien Short, BAUMGARTNER Michael Urs Baugartner and Anonio Oposa, “Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging”, *The Journal Jurisprudence*, (2015), s. 451-452, <http://www.jurisprudence.com.au/juris28/lay.pdf>.

⁸⁴ “Why an Ecocide Law? Why International Legislation against Ecocide is necessary”, Ecocide Law Alliance, Brief, 22 November 2021, Erişim Tarihi: Aralık 26, 2022, <https://endecocide.se/wp-content/uploads/2022/06/Why-ecocide-law.pdf>.

letler Topluluğu⁸⁵ yerli kültürleri ve çevreyi korumayı destekleyen ülkeler olarak Roma Statüsü'ne ekokırım suçu ile ilgili değişikliğin yapılmasını resmen önerirler. Bu başarılı olursa, bir sonraki zorluk Rusya, Hindistan, Çin ve ABD'yi bu sürece dahil etmek olacaktır. Bu büyük güçler, Roma Statüsü'ne taraf değildir ve bu durum ekokırım suçunun önlenmesinin küresel olarak etkili ve uzun vadeli uygulamasını zorlaştırmaktadır⁸⁶.

Son olarak bazı ülkeler ekokırım suçunu ceza kanunlarına aktararak önemli bir adım atmışlardır. Vietnam, hiç şüphesiz Vietnam savaşı sırasındaki deneyimlerinin bir sonucu olarak, ekokırım suçunu iç hukukuna dahil eden ilk ülke olmuştur. Daha sonra 1996'da, dağılmasından hemen önce Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) ekokırım suçunu kabul etmiştir. SSCB'nin dağılmasının ardından yedi yıllık bir süre içinde oluşan yeni ülkeler kendi ceza kanunlarını çıkardılar. Bu yeni ülkelerden Ermenistan, Beyaz Rusya, Moldova Cumhuriyeti, Ukrayna ve Gürcistan ceza kanunlarında ekokırım suçunu Barışa Karşı Suç olarak adlandırmıştır. Ayrıca Kazakistan, Kırgızistan ve Tacikistan da aynı şekilde ekokırım suçunu Barışa Karşı Suç olarak kabul etmiştir⁸⁷.

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde Yer Alan Suç Tanımları Çerçevesinde Ekokırım Suçunun Değerlendirilmesi

UCM'nin yargı yetkisinin ekokırım suçunu da içerecek şekilde genişletilmesi üzerine yapılan tartışmalar beraberinde bazı sorunları da gündeme getirmektedir. Ekokırım suçunun fiilini tanımlamak muhtemelen en büyük zorluğu teşkil eden konulardandır. Hukuki açıdan bakıldığında, kanun kapsamında bir suç, hak veya yükümlülüklerin ihlali şeklinde tanımlanırken, bu hükmün mahkemeler tarafından yorumlanabilmesi ve uygulanabilmesi de gerekmektedir⁸⁸. Ekokırım terimiyle ilgili sorun, "çevreyi" neyin oluşturduğuna dair uluslararası yerleşik ortak bir tanımın olmaması gerçeğiyle başlamaktadır. Çevrenin anlamı bağlama göre değişir örneğin; bazı kültürel gelenekler de "çevre" terimi içerisinde yer alabilir. Çevrenin tanımı ile ilgili olarak ilk önemli konu, doğal ve insan yapımı çevre arasında ayırım yapılmasıdır. Ekokırım bağlamında, çevreye zarar vermenin bir suç olarak belirlenmenin altını çizen amaç, doğal dünyanın insan tüketimi için bir ürün olduğu yönündeki mevcut varsayımı değiştirmek, onu hepimizin ilgilen-

⁸⁵ And Milletler Topluluğu, Bolivya, Kolombiya, Ekvador ve Peru olarak Güney Amerika ülkelerinden oluşan bir gümrük birliğidir. 1969 yılında Cartagena Anlaşması imzalanması ile ortaya çıkan bu ticaret bloğu 1996 yılına kadar And Paketi olarak adlandırıldı. Merkezi Peru'nun başkenti Lima'da bulunmaktadır.

⁸⁶ Eco-Crime and Justice Essays on Environmental Crime, EDITED BY Kristiina Kangaspunta AND Ineke Haen Marshall, Published by the Public Information Department of UNICRI in 2009.

⁸⁷ Gauger, Rabatel-Fernel, Kulbicki, Short and Higgins, The Ecocide Project 'Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace', p. 13.

⁸⁸ Jérôme de Hemptinne, "Ecocide: an Ambiguous Crime?", 29 August 2022, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2023, <https://www.ejiltalk.org/ecocide-an-ambiguous-crime/>.

mekle yükümlü olduğu ortak bir doğal kaynak olarak görmektir. Çevreyi korumanın odak noktası doğal dünyayı korumaktır. Bu nedenle, bir ekokırım suçunun tanımının açıkça “doğal çevre”ye atıfta bulunması gerekecektir. Bu, bir başlangıç noktası olarak, Devletlerin “doğal”ın ne olduğu konusunda fikir birliğine varmaları gerektiği anlamına da gelmektedir⁸⁹.

Çevrenin ne olduğu konusunda fikir birliğine varıldıktan sonra, asıl zorluk yine de suçun nesnel unsurunun kapsamının tanımlanmasında olacaktır. Bu bağlamda Polly Higgins’in suçun unsurlarının belirlenmesi konusunda ki tanımı önem teşkil etmektedir⁹⁰. Bu tanım, uluslararası bir çevre kısıyımı yasaının bir parçası olarak dahil edilecek hayati hususları dikkate alır. Higgins, ekokırım suçu vakalarının hem savaş hem de barış zamanlarında işlenebileceğini kabul ederken, çevreyi korumayı bir ekosistemin tüm “sakinlerini” de kapsayacak şekilde genişletmeyi amaçlamıştır⁹¹. Higgins’in niyeti, temel olarak, yalnızca şirket ve Devlet faaliyetlerini yöneten bir yasa oluşturmak değil, aynı zamanda doğal çevre kısıyımı vakaları meydana geldiğinde de yardım sağlamak için tüm uluslara yasal bir bakım yükümlülüğü getiren bir yasa oluşturmaktır⁹². Bu öneri olasılık sınırlarını aşıyor gibi görünüyor. Öncelikle ekokırım suçu tespit edilebilir olmalıdır. Bu, bir bireyin veya failin suçtan sorumlu olarak tanımlanabilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, doğal afetlerin neden olduğu vakaları içeren tespit edilemeyen çevre katliamları, “Tanrı’nın işi” olarak kabul edilebilir. Gerçekçi olmak gerekirse, Devletler, doğal afetlerin sonuçlarını kapsayacak kadar geniş bir tanım kabul etmeye istekli olmayacaktır. Bu nedenle, uluslararası bir suç olarak ekokırımdan bahsederken, yalnızca insan kaynaklı ekokırımdan söz edilmelidir. Bu tür bir çevre kısıyımı, savaş sırasında yıkıcı silahların kullanılmasının yıkıcı etkilerinden, çatışma dışı durumlarda gerçekleşen kurumsal faaliyetlerin zarar verici sonuçlarına kadar değişen vakaları içermelidir⁹³.

Higgins tarafından önerilen *actus reus*⁹⁴, aynı zamanda doğal çevreye “yaygın, uzun vadeli ve ciddi zarar” anlamına gelen Roma Statüsü 8(2)(b)(iv) maddesi ile bağlantılı olabilir. Sorun şu ki, Roma Statüsü 8(2)(b)(iv) maddesinde yer alan “yaygın”, “uzun vadeli” ve “şiddetli” tam olarak ne anlama gelmektedir?

⁸⁹ Tomas Hamilton & Marc Tiernan, “Who could be held responsible for ecocide under the Rome Statute?”, 21.03.2022, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2023, <https://rethinkingslic.org/blog/criminal-law/115-who-could-be-held-responsible-for-ecocide-under-the-rome-statute>.

⁹⁰ Polly Higgins’in ekokırım suçu ile ilgili olarak 2010 yılında dile getirdiği düşünceleri üst bölümde aktarılmıştır.

⁹¹ Polly Higgins, “Ecocide, The 5th Crime Against Peace - Transcript”, Erişim Tarihi: Ocak 24, 20223, <https://ethical.net/ethical/polly-higgins-ecocide-the-5th-crime-against-peace-transcript/>.

⁹² Higgins, “Ecocide, the 5th Crime Against Peace”.

⁹³ Michael Karnavas, “Ecocide: Environmental Crime of Crimes or Ill-Conceived Concept?”, 29.07.2021, Erişim Tarihi: Ocak 24, 2023, <http://opiniojuris.org/2021/07/29/ecocide-environmental-crime-of-crimes-or-ill-conceived-concept/>.

⁹⁴ Suçun maddi unsuru.

Konu ile ilgili Roma Statüsü kapsamında herhangi bir açıklama bulunamamıştır. Tanımın daha geniş veya daha esnek terimlerle ifade edilmesi gerektiği iddia edilebilir. Örneğin Profesör Drumbly, sorumluluk eşiğini “yaygın, uzun vadeli ve şiddetli” zarara değil, daha genel olarak “zarar vermeye” indirgemenin tercih edilebileceğini savunmuştur. Yine de, yalnızca çevresel “zarar”dan bahsetmek oldukça yanıltıcıdır çünkü zararın uluslararası bir suç olarak kabul edilebilmesi için belirli bir eşiğe ulaşması gerekir. Bu nedenle, “ağır” veya “büyük” zarardan bahsetmek daha doğru olacaktır. Örneğin Profesör Teclaff, “büyük” olarak kabul edilebilecek her türden ulusötesi çevresel zararın basitçe dahil edilmesini önermektedir⁹⁵.

Yine Roma Statüsü Bölüm II’de, doğal çevreye yönelik belirli saldırıları bir savaş suçu olarak kabul eden, Madde 8(2)(b)(iv) kapsamındaki çevresel sorumluluk için tek bir zemin vardır. Bu Madde, uygulanabilirliği ve yürütülmesini çevreleyen önemli sınırlamalar nedeniyle uygulamada çok sınırlı çevre koruma sunmaktadır. Çevreye zarar verme suçu eşiğinin çok yüksek olması gibi bu sınırlamalar, bugüne kadar neden hiçbir tarafın bu suçtan mahkum edilmediğini açıklamaktadır. Ayrıca hüküm, çatışma dışı durumlarda meydana gelen büyük çaplı çevresel zarar durumlarını kapsamamaktadır. Bunu hesaba katarsak ve Bölüm II’de tartışıldığı gibi, 8. Madde kapsamında sunulan koruma, çevre kısıyım vakalarını ele almak için yeterli ve yeterince etkili değildir⁹⁶.

Uluslararası hukukta Ekokırım suçunun Roma Statüsü’ne dahil edilmesinden farklı olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 6 “Soykırım Suçu”, Madde 7 “İnsanlığa Karşı Suçlar”, Madde 8 “Savaş Suçları” ve Madde 9 “Saldırı Suçları” ile ilgili yetkisi altına girmesi ihtimali de değerlendirilebilir.

Ekokırım suçunun Roma Statüsü’nün 6. maddesinde⁹⁷ belirtilen “Soykırım” suçu çerçevesinde değerlendirilmesi ilk ele alacağımız suç unsurudur. Soykırım suçu, ekokırım suçunu özel olarak içermemekte ve suç ile doğrudan bağlantılı değildir. Ancak ekokırım suçunun, soykırım suçuyla dolaylı bir bağlantısı vardır. Soykırım suçu ile bağlantılı olarak ‘bedensel zarar veya zihinsel zarar’ ifadeleri, herhangi bir ulusal, etnik veya dini gruba çevresel tahribat ile de atfedilebilir. Ancak bu yorum, ekokırım suçunun kovuşturulması söz konusu olduğunda kanıttan yoksundur. Yaşam durumunun grubun fiziksel olarak yok olmasına bağlı olması veya hayatta kalmak için gerekli olan kaynaklardan yoksun bırakılması gibi

⁹⁵ Hemptinne, “*Ecocide: an Ambiguous Crime?*”.

⁹⁶ Karnavas, “*Ecocide: Environmental Crime of Crimes or Ill-Conceived Concept?*”.

⁹⁷ Madde 6: Bu tüzüğün amaçları bakımından “soykırım”, ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) grup üyelerini öldürmek; (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek; (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak; (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak; (e) grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmek.

unsurlar geniş soykırım başlığı altında yer almaktadır⁹⁸. Örneğin, 1940 yılında, Navajo Kabileleri, sonraki 25 yıl boyunca kabile halkını akciğer kanseri ve diğer solunum yolu hastalıkları ile baş başa bırakan zararlı uranyum radyasyonuna maruz kalmıştır. Bu durum belirli bir grubu yok etmek için kasten öldürme olarak değerlendirilmiş ve ekokırım suçunun dolaylı olarak soykırım suçunu etkilediği yönünde düşünceler ortaya çıkmıştır⁹⁹.

İkinci suç tipi insanlığa karşı suçtur. Roma Statü'nün 7. maddesi insanlığa karşı suçun unsurlarını saymakta ve sivil halka yönelik her türlü eylem veya saldırının insanlığa karşı suç teşkil edeceğini belirtmektedir. Ancak tanımda belirtilen unsurlar çevrenin tahribatını dikkate almaz. İlgili madde genel olarak sivilleri korumayı amaçladığından, çevresel tahribatta suç bağlamında dolaylı olarak ilgili olabilir. Madde 7(1)(g), insanları temel haklarından yoksun bırakmak için kasten işlenen eylemler olarak insanlığa karşı suçun başka bir perspektifini içermektedir. Dolayısıyla, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı başlı başına temel bir haktır ve ekokırım suçu insanları temel haklarından mahrum bırakmaktadır. Ancak bu yön yoruma açıktır ve duruma göre değişebilir¹⁰⁰.

Üçüncüsü suç tipi savaş suçudur. Ekokırım ile bağlantılı olarak çevreye zarar verme suçu yalnızca çevre katliamı için kovuşturmanın açıkça belirtildiği durumlarda Roma Statüsü'nün 8.2(b)(iv) Maddesi savaş suçları kapsamındadır. İlgili madde Roma Statüsü'nde, çevreye zarar verme suçunu diğer suçlardan farklı olarak insan hakları perspektifinden değil, çevrenin kendi çıkarları doğrultusunda çevrenin tahrip edilmesi ve bozulmasının engellenmesi için sorumluluk yükleyen tek hükümdür. Ancak, uygulamada bazı sınırlamaları vardır. Söz konusu madde yalnızca uluslararası silahlı çatışmalar sırasındaki uygulamasıyla sınırlıdır. Günümüzde silahlı çatışmaların çoğu uluslararası değildir ancak hüküm, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında imhayı kapsamaz¹⁰¹.

Dördüncüsü suç tipi ise saldırı suçudur. Roma Statüsü 2010 yılında saldırı suçunu içerecek şekilde değiştirilmiştir. Bu suçun etkisi çevre üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olabilir. Yine de, ekokırım suçu ile bağlantıyı doğrudan belirleme konusundaki isteksizlik, suçların UCM nezdinde kovuşturulmasını engellemektedir¹⁰².

⁹⁸ Mark, Allan Gray, "The International Crime of Ecocide", *In International Crimes* (pp. 456-511). Routledge. Erişim Tarihi: Ocak 14, 2023, <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=cwilj>.

⁹⁹ Bothe, Michael, "Criminal Responsibility for Environmental Damage in Times of Armed Conflict", *International Law Studies*, 69(1), p. 13, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://digitalcommons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1517&context=ils>.

¹⁰⁰ Utsa Sarkar, "Ecocide-Protection of Environment: An International Crime" *International Journal of Legal Developments and Allied Issues* Volume 8, Issue 1, December 2021, p. 45-46. Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://thelawbrigade.com/wp-content/uploads/2021/12/Utsa-Sarkar-IJLDAI.pdf>.

¹⁰¹ Sarkar, "Ecocide-Protection of Environment: An International Crime", p. 47.

¹⁰² Michael, "Criminal Responsibility for Environmental Damage in Times of Armed Conflict", p. 14.

Sonuç olarak mevcut hükümlerde Roma Statüsü'nün çevrenin korunmasını doğrudan tek başına sağlamadığı görülmektedir. Çevrenin korunmasıyla ilgili mevcut durum yalnızca savaş sırasında doğal kaynaklara verilen yaygın zararı içerir ve barışçıl koşullar sırasında en aşırı çevresel tahribat biçimlerinin meydana geldiği durumu ele almamaktadır.

3. 'Ekokırım'ı Suçunun Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde Yer Almasını Bekleyen "Fırsatlar ve Zorluklar"

UCM Roma Statüsü'nde çevre ve doğanın tahribatı sadece "savaş suçları" başlığı altında düzenlenmiş ve bir savaş veya saldırı ortamında "*doğal çevreye geniş, uzun dönemli ve ciddi bir zarar verilmesine sebep olacak türdeki saldırılar*" suç olarak kabul edilmiştir¹⁰³. Yani barış halinde doğaya verilen tahribat, boyutu ne olursa olsun Mahkeme kapsamında bir suç değildir.

UCM Savcılığı 2016 yılında mahkemenin elindeki sınırlı kaynağın etkili şekilde kullanımı için belirleme ve önceliklendirme yapılması amacıyla ilgi çekici bir tutum belgesi yayınlamıştır. Bu belgede soruşturma ve kovuşturma için Mahkeme önüne getirilecek davaların nasıl seçilip önceliklendirildiğine dair suçun büyüklüğü, ehemmiyeti ve caydırıcı etkisi gibi çeşitli kıstaslar konusunda açıklamalar yapıyordu ve bu nedenle önemlidir. Bu tutum belgesi ile savcılık, doğanın tahribatının, doğal kaynakların yasadışı şekilde sömürsünün ve arazilerin hukuka aykırı şekilde zapt edilmesinin, Mahkeme yargı yetkisinde önceliklendirilecek bir alan olduğunu ilk kez kabul etmiş oldu¹⁰⁴. Bu eylemlerin Roma Statüsü'nde düzenlenen insanlığa karşı suç tanımı içerisinde değerlendirilerek bir sonuca varılması bekleniyor. Bu nedenle şu aşamada Mahkeme'nin başlı başına çevre suçlarına bakmaya yetkili olduğunu düşünmek hatalı olacaktır. Kaldı ki bu belge savcılığın hazırladığı bir tutum belgesi olduğu için, mahkemenin konuyu nasıl değerlendireceği bilinmemekte ve bunun bir örneği de bulunmamaktadır¹⁰⁵.

Ekokırım suçunun UCM önünde konu edilmesi ile ilgili 3 Aralık 2019 tarihi önemli bir dönüm noktası olmuştur. UCM'nin yıllık Taraf Devletler Meclisi toplantısında, Pasifik adası Vanuatu temsilcisi John Licht "*Meclis, mahkemenin görev alanını çevre tahribatı suçunu da içerecek şekilde genişletmeyi düşünmelidir*" şeklinde açıklama yapmıştır¹⁰⁶. Vanuatu'nun ekokırım suçunu UCM önünde

¹⁰³ Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

¹⁰⁴ See Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 September 2016, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, https://www.lcc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_Otp-Policy_Case-Selection_Eng.Pdf.

¹⁰⁵ Ekokırım Suçu - Hukuki Tanım İçin Bağımsız Uzman Grubu Şerh ve Temel Metin Türkçe Çevirisi.

¹⁰⁶ "Vanuatu Calls For International Criminal Court to Seriously Consider Recognising Crime of Ecocide" Erişim Tarihi: 27.12.2022, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/vanuatu-calls-for-international-criminal-court-to-seriously-consider-recognizing-crime-of-ecocide->.

dile getirmesinin nedeni, Vanuatu'nun, Güney Pasifik'te iklim değişikliği ile eriyen buzullar neticesinde yükselen deniz seviyeleri nedeniyle ciddi şekilde tehdit altında olan küçük bir ada devleti olmasıdır.

Ekokırım suçunun Roma Statüsü'ne dahil edilmesi ile ilgili bazı fırsatlar ve zorluklardan bahsedebilmek mümkündür. "Küresel" bir polis gücü veya başka bir kolluk kuvvetine sahip olmayan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ekokırım suçu ile ilgili yetkisinin bir fırsat olarak değerlendirilmesi, uluslararası toplumun işbirliğine ve saygın bir uluslararası kurum olarak kendi duruşuna bağlıdır. Yine de, Roma Statüsü uyarınca soykırım yasağının uygulanması zorlu bir meydan okuma olsa da, soykırım artık normdan ziyade istisnadır. Aynısı muhtemelen ekokırım suçu ile ilgili de olacaktır. Roma Statüsü'ne barışa karşı beşinci suç olarak ekokırım suçunu eklemek, avukatların büyük çevresel hasar ve yıkımdan zarar görenler adına hareket etmeleri ve konuşmaları için yasal araçlar sağlayacak ve uluslararası toplumun çevre katliamı için kabul edilebilir olduğunu düşünmesini giderek daha olası hale getirecektir¹⁰⁷.

İkinci fırsat olarak Roma Statüsü'ne ekokırım suçunun eklenmesi, çevreye karşı işlenen suçlar için hesap verebilirliği artırabilir ve potansiyel olarak bu tür suçların caydırılmasına katkıda bulunabilir. Bu noktada üzerinde durulması gereken ilk konu ekokırım suçu işleyen bireyler ile ilgilidir. UCM yargı yetkisi yalnızca gerçek kişiler ile sınırlıdır. Devletler UCM önünde yargılanamazlar. Ayrıca UCM'nin şirketleri kovuşturma yetkisi bulunmamakla birlikte, bireysel şirket yöneticileri ilke olarak, insanlığa karşı suç teşkil eden yaygın çevresel tahribat veya arazi gaspında kurumsal suç ortaklığıyla bağlantılı olarak soruşturulabilir¹⁰⁸. Bununla birlikte, böyle bir soruşturma (ve sonucunda ortaya çıkan herhangi bir kovuşturma), bir dizi önemli yasal engelle karşı karşıya kalacaktır. Ekokırımı Durdur Kampanyası, ekokırımın kriminalize edilmesinin şirket liderlerini çevreye karşı suç oluşturabilecek iş uygulamalarına girişmekten caydıracağını dile getirmektedirler. Ancak unutulmamalıdır ki hiçbir şirket yöneticisi veya finansör, bir savaş suçlusunu olarak görülme istemez. Bu nedenle, ufukta belirecek bir çevre kısıyımı yasası, kurumsal dokunulmazlığın sona erdiğinin sinyalini verip, işletme ile finansı zararlı uygulamalardan uzaklaştırmaya başlayabilecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Joshi, Seema "Why ecocide should be an international crime", Erişim Tarihi: 04.02.2022, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, <https://www.globalwitness.org/en/blog/why-ecocide-should-be-international-crime/>.

¹⁰⁸ Antony Crockett and Marco de Sousa, "International Criminal Court to Prioritise Prosecution of Crimes Involving Destruction of the Environment, Illegal Exploitation of Natural Resources and Land-Grabbing" Erişim Tarihi: 22 Aralık 2022, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2016/10/27/international-criminal-court-to-prioritise-prosecution-of-crimes-involving-destruction-of-the-environment-illegal-exploitation-of-natural-resources-and-land-grabbing/>.

¹⁰⁹ Peter F., Doran, Rachel, Killean, Mary-Carmen McDermott, Karena, McErlean, Lydia Millar, and Stephanie, Rodgers "Criminalising 'Ecocide' at the International Criminal Court" (April 16, 2021). Available at SSRN: Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://ssrn.com/abstract=3827803>.

Roma Statüsü kapsamında “ekokırım suçu” yasasının uygulanması ile ilgili ilk zorluk Mahkemenin yalnızca ulusal yargı sistemleri başarısız olduğunda ve bir taraf devletin çevre kırımını faillerini adaletle teslim etme konusunda isteksiz veya yetersiz kaldığında müdahale edeceği “tamamlayıcılık ilkesi”ni izlemesi durumudur. Başka bir ifadeyle “Kabul edilebilirlik” ilkesi çerçevesinde UCM, son başvurulacak mahkemedir. İlgili devlet görevlisi ya da şirket yöneticisi bir Taraf Devletin vatandaşı olsa bile, Savcı bir davayı ancak o Taraf Devletin ulusal mahkemelerinin suçu kendileri kovuşturmak istememesi veya kovuşturamayacak durumda olması durumunda kabul edilebilir ilan edecektir¹¹⁰.

Ekokırım suçunun Roma Statüsü’ne dahil edilmesiyle ilgili zorluklardan ikincisi, Roma Statüsü’ne Taraf olmayan ülkelerin ve vatandaşları tarafından işlenen suçları kovuşturabilmesi konusunda sınırlı koşullar vardır. ABD, Çin, Rusya ve Hindistan da dahil olmak üzere birçok güçlü ve büyük devlet Roma Statüsü’ne Taraf Devlet olmadığı için bu durum kaçınılmaz zorluklar doğurmaktadır. Çevreye zararlı uygulamaların UCM’nin yetki alanı dışındaki alanlara ihracatının ve yoğunlaşmasının potansiyel olarak teşvik edilmesiyle ilgili başka endişeler ortaya çıkabilir. Çok uluslu şirketlerin kurumsal yapısının karmaşıklığı, yargı yetkisi ve cezasız kalma konusunda belirli sorunlar yaratabilir. Ayrıca Mahkeme, son yıllarda bir dizi Taraf Devletin geri çekilmesine ve daha fazla geri çekilme tehdidine maruz kalmıştır ve bu durum, yargı yetkisine yeni sınırlamalar getirmiştir¹¹¹.

Ekokırım suçunun Roma Statüsü’ne eklenmesi ile ilgili bir diğer zorluk bireysel cezai sorumluluk şeklindedir. Bu noktada özellikle bir şirketin arazi gaspına, yaygın çevresel tahribata veya uluslararası bir suça varan doğal kaynakların yasa dışı kullanımına karıştığı iddia edildiğinde, söz konusu şirketteki ilgili yöneticinin söz konusu suç için bireysel cezai sorumluluk taşıdığı kanıtlanmalıdır. Bu durum, özellikle iddia edilen kurumsal katılımın dolaylı olduğu durumlarda, önemli ölçüde pratik ve kanıta dayalı engeller oluşturmaktadır¹¹².

Yine de, uluslararası bir suçun ortaya çıkması bazı kişileri çevre katliamı yapmaktan caydırabilir. Hyeran Jo ve Beth A. Simmons tarafından yapılan bir araştırma, UCM’nin hem ceza tehdidiyle hem de suçların meydana geldiği daha geniş sosyal bağlam üzerindeki etkisiyle caydırma yollarına dikkat çekmiştir¹¹³. Benzer bir caydırıcı etkinin, farklı bir fail ile farklı bir suçu temsil eden ekokırım örneğinde de görülüp görülmeyeceğini tahmin etmek elbette güçtür. Bununla birlikte, yerel düzeyde, kriminalizasyonun zararlı çevresel davranışlar üzerinde idari

¹¹⁰ Crockett and Sousa, “International Criminal Court to Prioritise Prosecution of Crimes Involving Destruction of the Environment, Illegal Exploitation of Natural Resources and Land-Grabbing”.

¹¹¹ Bas Fransen, “Making Ecocide an International Crime” Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://www.ecomatcher.com/on-making-ecocide-an-international-crime/>.

¹¹² Fransen, “Making Ecocide an International Crime”.

¹¹³ Hyeran Jo ve Beth A. B., “Can the International Criminal Court Deter Atrocity?” *International Organization*, 70(3), 443-475. (2016).

ve sivil yaklaşımlardan daha büyük bir etkiye sahip olabileceğine dair kanıtların olması dikkat çekicidir¹¹⁴.

SONUÇ

Son yıllarda, çevrenin karşı karşıya olduğu tehlikelerin anlaşılması düzeyinde kayda değer bir büyüme görülmüş ve geniş bir yelpazedeki çevre sorunları artık ciddi uluslararası kaygıların konusu haline gelmiştir. Çevre kirliliği konusunda atmosfer kirliliği, deniz kirliliği, küresel ısınma ve ozon tabakasının incelmeye, nükleer sızıntılar ve diğer tehlikeler önemli küresel sorunlar haline gelmiştir.

Çevrenin korunmasıyla ilgili uluslararası hukuk alanında bazı girişimler yapılmakta ve bu konuda ortaya konan ilk kavramsal konu, uluslararası hukuk disiplinin devlet odaklı doğasında yatmaktadır. Bir devletin çevreye zarar vermesi ile ilgili olan hukuka aykırı faaliyetinin kanıtlanabilmesi durumunda bu devletin, meydana gelen zarardan uluslararası hukuk anlamında sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Devletlerin uluslararası sorumluluğu olarak nitelendirilen bu durum önemli ilerlemeye rağmen günümüzde mevcut küresel çevresel yönetişimin yetersizlikleri de geniş çapta kabul edilmektedir.

Hayatımızı sürdürmenin bağlı olduğu doğal sistemlerin korunmasına katkıda bulunmak için ulusal ve uluslararası yasalara ihtiyacımız her geçen gün artmakta, ancak bu tür yasaların uygulanabilirliği ve bağlayıcılığına olan ihtiyaç daha fazla olmaktadır. Bu bağlamda ekokırım suçunun Roma Statüsüne dahil edilmesi konusu, uluslararası ceza hukukuna yeni bir suç ekleneceği anlamı taşımanın ötesinde ekokırım suçu tanımı, Roma Statüsüne Taraf Devletlere mevcut zorluklarla başa çıkma fırsatı da sunmaktadır. Ekokırım suçunun kabul edilmesi yönündeki girişimler, çevrenin korunmasını artıran ve ortak bir gezegende ortak geleceğimiz için daha işbirlikçi ve etkili bir yasal çerçeveyi destekleyen yeni bir yönü destekleyen bir bilinç değişikliğine katkıda bulunabilir.

Ekokırım suçunu uluslararası bir suç olarak tanımlamak, yeşil bir ekonomiye ve daha barışçıl bir küresel uygarlığa geçişi hızlandırabilir. Bu suçun kabul edilmesi durumunda çevrenin ciddi şekilde zarar görmesi ve yok edilmesinin yasal sonuçları olduğu konusunda şirketler ve devletler uyarılacak ve aşılması yasa dışı olan normatif bir eşik oluşturacaktır. Ekokırım suçu ayrıca zararlı maden çıkarma uygulamaları gibi ulus ötesi şirketler ve onların yatırımcıları için daha riskli hale gelecek ve yenilenebilir kaynaklara ve sürdürülebilir tarıma daha fazla yatırım yapılmasını teşvik edecektir.

Uluslararası çevre katliamı yasağına yönelik bu artan destek, eşi benzeri görülmemiş bir çevre krizi zamanında gelmektedir. Unutulmamalıdır ki büyük çevresel hasar, hasardan etkilenen bölgelerde yaşayan insanların yaşam, sağlık

¹¹⁴ Bas Fransen, "Making Ecocide an International Crime" Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://www.ecomatcher.com/on-making-ecocide-an-international-crime/>.

ve güvenlik haklarını ortadan kaldıran bir şiddet döngüsüne neden olmaktadır. Ayrıca bu tür yıkım ve kirlilik, gıda kıtlığına, zorla yerinden edilmeye ve yerinden edilmiş halklar ile göç ettikleri toprakların sakinleri arasında çatışmalara yol açabilir. Ekokırım suçunun kabul edilmesine yönelik hareketin karşı karşıya olduğu muazzam zorluklara rağmen, Aralık 2015 Paris iklim anlaşması bu suçun kabul edilmesi için çevresel felaketlerin önlenmesi anlamında iyimser bir zemin sunmaktadır. Çevreye zarar verene küresel şirketler arasında fosil yakıtlardan yenilenebilir kaynaklara geçiş, Papa Francis gibi dini liderlerin çevre savunuculuğu ve iklim davalarının politika yapımcılar üzerindeki artan baskısı, küresel bir çevre duyarlılığının artabileceğini göstermektedir. Bu duyarlılığı, doğal dünyanın içsel değerini koruyan yasalara yerleştirmek, sürdürülebilir bir dünyaya “Büyük Geçiş”te önemli bir adım olacaktır.

Ekokırım suçunun uygulamaya konulması, hesap verebilirliğin artırılmasında ve çevresel yıkım için tazminatlara erişimde önemli bir rol de oynayabilir. Bununla birlikte, çevresel tahribatı ele almanın bir yolu olarak kriminalize etmenin sınırlamalarını kabul etmek önemlidir. Ekokırım suçu ile ilgili olarak hem çevreye zarar vermeyi suç olarak kabul etmek konusunda hem de suçun ortaya çıkmasından sonra kovuşturmakla ilgili zorluklar da bulunmaktadır. Ekokırım suçunun kabul edilmesi tek başına karşılaştığımız en büyük sorunları çözemez ancak suçun kabul edilmesi hesap verebilirlik ve onarım, çevre ve iklim adaleti arayışında önemli rol oynayabilir. Yine de bu hedefleri gerçekleştirmek için çok daha büyük sistematik değişikliklere ihtiyaç duyulacaktır.

Sonuç olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni çevre katliamı ile ilgili adalet mücadelesine dahil etmek, çevre katliamından etkilenen toplulukların yaşamını, hükümetlerin ve uluslararası şirketlerin politikalarını değiştirebilir ayrıca çevreye zarar verici eylemlerin yıkıcı bir suç olarak ele almasına da izin verebilir. Dünyamız bir iklim krizi ve bir kitlesel yok olma çağıyla karşı karşıya kalırken, doğal dünyayı korumak ve onarmak için büyük bir sistemik değişiklik elde etmek için cephaneliğimizdeki tüm araçları (hukuk dahil) kullanmalıyız.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Altıparmak, Özlem, *Ekokırım Suçu - Hukuki Tanım İçin Bağımsız Uzman Grubu Şerh ve Temel Metin Türkçe Çevirisi*, Yayın Tarihi: Eylül 2021, Yayın No: 4, s. 8.
- Aust, Anthony, *Handbook of International Law*, New York: Cambridge University Press, 2005.
- Aybay, Rona ve Oral, Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Bilsky, Leora, and Klagsbrun, Rachel, “The Return of Cultural Genocide?”. *European Journal of International Law*. Vol: 29, No: 2, (2018), 373-396. Erişim Tarihi: Aralık 22, 2022, <https://watermark.silverchair.com/>.
- Climate Crimes Must Be Brought to Justice”, Erişim Tarihi Aralık 26, 2022, <https://www.airclim.org/acidnews/climate-crimes-must-be-brought-justice>.
- Crockett, Antony and Sousa Marco de, “International Criminal Court to Prioritise Prosecution of Crimes Involving Destruction of the Environment, Illegal Exploitation of Natural Resources and Land-Grabbing” Erişim Tarihi: Aralık 22, 2022, <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2016/10/27/international-criminal-court-to-prioritise-prosecution-of-crimes-involving-destruction-of-the-environment-illegal-exploitation-of-natural-resources-and-land-grabbing/>.
- Daniel, Bodansky, ‘The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?’ *American Journal of International Law*. Year: 2016, (110), p. 298-300.
- Dixon, Martin and McCorquodale, Robert ve Williams, Sarah, *Cases & Materials on International Law*, Sixth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, 2001, Report of Fifty-Third Session, A/56/10.
- Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001.
- <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>.
- Doran, Peter F. and Killean, Rachel and McDermott, Mary-Carmen and McErlean, Karen and Millar, Lydia and Rodgers, Stephanie, Criminalising ‘Ecocide’ at the International Criminal Court (April 16, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3827803>.
- Ecocide Law History, <https://ecocidelaw.com/history/>.
- Eco-Crime and Justice Essays on Environmental Crime, Edited By Kristiina Kangaspunta and Ineke Haen Marshall, Published by the Public Information Department of UNICRI in 2009.
- Evans, Malcolm D., *International Law*, New York: First Edition, Oxford University Press, 2003.
- Falk, Richard A. “Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal, and Proposals”. *Bulletin of Peace Proposals*, 4(1), 80-96, 1973, Erişim Tarihi: Aralık 26, 2022, <https://doi.org/10.1177/096701067300400105>.

- Foster Patric, *Climate Torts and Ecocide in the Context of Proposals for an International Environmental Court* at 26 (2011), https://academicworks.cuny.edu/cc_etds_theses/40/ [<https://perma.cc/V6MX-P6KX>].
- Fransen, Bas, “Making Ecocide an International Crime” Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://www.ecomatcher.com/on-making-ecocide-an-international-crime/>.
- Gray, Mark Allan, “The International Crime of Ecocide”, *In International Crimes* (pp. 456-511). Routledge, <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=cwilj>.
- Güneş, Ahmet, “AARHUS Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Sa. 1, (2010).
- Haen Marshall, Published by the Public Information Department of UNICRI in 2009.
- Hamilton, Tomas and Tiernan, Marc, “Who could be held responsible for ecocide under the Rome Statute?”, 21.03.2022, Erişim Tarihi. Ocak 22, 2023, <https://rethinkingslic.org/blog/criminal-law/115-who-could-be-held-responsible-for-ecocide-under-the-rome-statute>.
- Hemptinne, Jérôme de, “Ecocide: an Ambiguous Crime?”, 29 August 2022, Erişim Tarihi: Ocak 22, 2023, <https://www.ejiltalk.org/ecocide-an-ambiguous-crime/>.
- Higgins, Polly, “Ecocide, The 5th Crime Against Peace - Transcript”, <https://ethical.net/ethical/polly-higgins-ecocide-the-5th-crime-against-peace-transcript/>.
- Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary and Core Text June 2021, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2022, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>.
- Jo, Hyeran ve A. B. Beth. “Can the International Criminal Court Deter Atrocity?” *International Organization*, 70(3), 443-475. (2016).
- Joshi, Seema “Why ecocide should be an international crime”, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, <https://www.globalwitness.org/en/blog/why-ecocide-should-be-international-crime/>.
- June 1992, <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.
- Kurşun, Günal, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayını, 2011.
- Lay Bronwyn, Neyret Laurent, Short Damien, Baumgartner Michael Urs, and Oposa Anonio, “Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging”. *The Journal Jurisprudence*, (2015), 451-452, <http://www.jurisprudence.com.au/juris28/lay.pdf>.
- Michael, Bothe, “Criminal Responsibility for Environmental Damage in Times of Armed Conflict”, *International Law Studies*, 69(1), p. 13, Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://digitalcommons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1517&context=ils>.
- Novic, Elisa, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, New York: Oxford University Press, 2016.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Reçber, Kamuran, *Uluslararası Hukuk*, Bursa: Dora Basım Yayın, 2018.
- Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide prepared by Mr. B. Whitaker, E/CN.4/Sub.2/1985/ 6 2 July 1985.

- Ronald, B. Mitchell, *International Politics and the Environment*, London: Sage Publishing, 2010.
- Sarkar, Utsa, “Ecocide-Protection of Environment: An International Crime” *International Journal of Legal Developments and Allied Issues* Volume 8, Issue 1, December 2021, p. 45-46. Erişim Tarihi: Aralık 12, 2022, <https://thelawbrigade.com/wp-content/uploads/2021/12/Utsa-Sarkar-IJLDAI.pdf>.
- See Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 September 2016, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, https://www.Icc-Cpi.Int/Itemsdocuments/20160915_Otp-Policy_Case-Selection_Eng.Pdf.
- Shaw, Malcolm, N. *International Law*, Sixth Edition, New York: Cambridge University Press, 2008.
- Stone, Christopher D. *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020.
- The Ecocide Project ‘Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace, A report by Anja Gauger, Mai Pouye Rabatel-Fernel, Louise Kulbicki, Damien Short and Polly Higgins, First published 2012. Updated June 2013, with input from Vanessa Rockel, Ecocide Project Research Administrator.
- Trail Smelter Case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941, VOLUME III pp. 1905-1982.
- United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14.
- Uzun, Elif, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Ünal, Şeref, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- “Vanuatu Calls For Internatioal Criminal Court to Seriously Consider Recognising Crime of Ecocide” Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022, <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/vanuatu-calls-for-international-criminal-court-to-seriously-consider-recognizing-crime-of-ecocide->
- Why an Ecocide Law? Why International Legislation against Ecocide is necessary, Ecocide Law Alliance, Brief, 22 November 2021, Erişim Tarihi: Aralık 26, 2022, <https://endecocide.se/wp-content/uploads/2022/06/Why-ecocide-law.pdf>.
- Wijdekop, Femke, “Against Ecocide: Legal Protection for Earth”. *Great Transition Initiative* Erişim Tarihi: Aralık 20, 2022, <http://www.greattransition.org/publication/against-ecocide>.
- Working Group was established at the 2404th meeting. See: Vol. I and Vol. II, Pt. 2 of the Yearbook of the ILC, 1995.

Yargı Kararları

- Convention on the Rights of the Child Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.

International Court of Justice Application Instituting Proceedings Filed in the Registry of the Court on 9 May 1973 Case Concerning Nuclear Tests (Australia V. France). 1973 General List No. 58.

International Court of Justice Request For Advisory Opinion Transmitted to the Court Under the United Nations General Assembly Resolution 49/75 K of 15 December 1994 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.

Lake Lanoux Arbitration (France V. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 Arbitral Tribunal. 1 November.

Resmi Belgeler

1972: Report of the Conference A/CONF.48/14/Rev.1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>.

4. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context Espoo, Finland, 25 February 1991, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-4&chapter=27&clang=_en.

“Aarhus Convention”, <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/>.

“African Charter on Human and Peoples’ Rights”, <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49#:~:text=The%20African%20Charter%20on%20Human, freedoms%20in%20the%20African%20continent..>

Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/c-8.html>.

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

United Nations Convention on the Law of the Sea, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

The Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

HANNAH ARENDT'S KONZEPT DER HEIMAT UND SEINER VERMITTLUNG IM DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAAT^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ali DEMİR^(**)

Zusammenfassung

Gemäss Hannah Arendt strebten die freien und gleichen Bürger der altgriechischen Polis die Unsterblichkeit, den Ruhm in der Öffentlichkeit durch ihre grundsätzliche Pluralität hindurch im Dienste des Gemeinsamen an. Mit dem Aufbruch der Neuzeit wurde diese Ziel- und Bedeutungswelt rationalisiert und ihr im besten Fall ausgehend von der bürgerlichen Ethik und dem Handlungsverständnis die universelle Rechtsform gegeben. So wurde der Mensch ausgehend von den Ideen der Aufklärer nicht nur zum Rechtsadressat gemacht, sondern auch zum Zentrum aller Bewertungen aufgewertet. Parallel dazu wurden gemäss den Ideen von Aufklärern und Vertragstheoretikern die Konstitutionen europäischer Staatengemeinschaft idealtypisch entweder a priori auf Bürgerrechte oder auf Menschenrechte gestützt. Nationalstaat ist das Organ und die Organisation der Integration dieser Rationalisierung, Aufklärung und Verrechtlichung. Zugleich, auf der Grundlage der während dem Zweiten Weltkrieg erfahrenen Verfolgungen, Internierungen in den Konzentrationslagern, der Staatenlosigkeit stellt Arendt fest, dass es offenbar innerhalb der zivilisierten Gesellschaften, die sich auf Ideen von der Aufklärung, des Gesellschaftsvertrags, der Bürger- und Menschenrechte konstituiert haben, einen Zustand gibt, in welchem alle Rechte verlorengehen. Zwei Fragen werden gestellt: welcher Umstand hat das möglich gemacht und wie kann es verhindert werden? Im Beitrag wird Arendts Lösungsvorschlag, Heimat als das Recht auf Rechte, mit Institutionen des Demokratischen Rechtsstaats vermittelt.

Schlüsselwörter

Hannah Arendt, Heimat, Menschenrechte, Verschiedenheit, Kontraktualismus, Nationalstaat, Diskursgemeinschaft, Demokratischer Rechtsstaat.

HANNAH ARENDT'İN ANAYURT KAVRAMI VE ONUN DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNDEKİ UZLAŞTIRICILIĞI

Öz

Hannah Arendt, antik Yunan şehir devletlerinden hareketle toplumların genel olarak çokluğu durumdan yola çıkmaktadır. Ona göre eski Yunan şehir-devletlerinin (polis) özgür ve eşit vatandaşları, ölümsüzlüğü yani kamusal saygınlığı ortak olana hizmete erişmekte aradılar. Fakat Yeni Çağ'a geçişle bu amaç ve anlam dünyası aydınlanma düşüncesi ışığında revize edilmiş, ona -en iyi haliyle- burjuva etik ve eylem anlayışı etrafında evrensel hukuk formu verilmiştir. Böylece insanın sadece hukuk yasaların muhatabı olmanın ilerisinde tüm değerlendirmelerin de merkezine yerleştirilmesi sağlanmıştır. Buna paralel olarak, Avrupa devletler topluluğunun anayasaları ideal olarak toplumsal sözleşme teorisyenlerinden esinlenerek ya vatandaşlık hakları ya da a priori insan hakları anlayışı

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.10.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 06.03.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1189749.

(**) Universität Avrasya, Fakultät für Wirtschafts- und Verwaltungswissenschaften, Politikwissenschaft und Öffentlichkeitsrecht / Trabzon, Türkiye.
E-posta: alidemirden@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7955-0085>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

üzerine inşa edilmiştir. Ulus devlet; bu rasyonelleşme, aydınlanma ve hukukileşme süreçlerinin bütünleşme organı ve organizasyonudur. Bununla birlikte Arendt İkinci Dünya Savaşı dönemindeki deneyimlere, o dönemde yaşanan zulümlere, toplama kamplarındaki gözaltılara, devletsiz ve vatansız toplulukların varlığına dayanarak aydınlanma, toplumsal sözleşme, vatandaşlık ve evrensel insan hakları fikirleri etrafında örgütlenmiş uygar toplumlarda da insanların kimliklerinden dolayı tüm haklarını kaybettiğini ve böyle bir ortamın tekrar oluşabileceğini tespit etmiştir. Bu bağlamda iki soru önemli: Bunu mümkün kılan ortam neydi ve bunun tekrarı nasıl önlenabilir? Arendt'in önerdiği çözüm önerisi anayurttur, yani haklar hakkı olarak anayurt. Bu çalışma, demokratik hukuk devletini anlayışının anayurdu kapsadığını ve onu normatif düzlemde de bir adım daha ileriye götürdüğünü tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Hannah Arendt, Anayurt, İnsan Hakları, Çeşitlilik, Toplumsal Sözleşme, Ulus Devlet, Söylem Topluluğu, Demokratik Hukuk Devleti.

HANNAH ARENDT'S CONCEPT OF HOME AND ITS MEDIATION IN THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE

Abstract

According to Hannah Arendt, the free and equal citizens of the ancient Greek polis strove for immortality, for glory in the public sphere through their fundamental plurality in the service of the common. With the onset of the modern era, this world of goals and meanings was rationalised and, in the best case, given universal legal form based on civic ethics and the comprehension of action. Thus, based on the ideas of the Enlightenment thinkers, the human being was not only made the addressee of law, but was also upgraded to the centre of all judgments. Parallel to this, according to the ideas of Enlightenment thinkers and contract theorists, the constitutions of European communities of states were ideally based either a priori on civil rights or on human rights. The nation state is the organ and organisation of the integration of this rationalisation, enlightenment and juridification. At the same time, on the basis of the persecutions experienced during the Second World War, interment in the concentration camps, statelessness, Arendt asserts that within the civilised societies constituted on ideas of the Enlightenment, the social contract, civil and human rights, there is apparently a state in which all rights are lost. Two questions are posed; what circumstance has made this possible and how can it be prevented? In the contribution, Arendt's proposed solution, home as the right to rights, is mediated with institutions of the democratic constitutional state.

Keywords

Hannah Arendt, Homeland, Human Rights, Diversity, Contractualism, Nation-State, Discourse Community, Democratic Rule of Law.

Extended Abstract

According to Hannah Arendt, the free and equal citizens of the ancient Greek polis sought immortality, glory in the public sphere through their fundamental plurality in the service of the common. The constitution of the polis was based on freedom and coordinated internally by the principle of diversity, which already determined actions in the mythical primitive communities before the rise of monotheistic religions. Polis is the place where man, bestowed with logos, reaches the goal of happiness (eudaimonia). Therefore, polis stands in contrast to all other places where coercion prevails. The social structure of society was accepted as natural. This explains why Aristotle dealt extensively with the question of the naturalness of the polis. He proposed aristocracy, i.e. the rule of the excellent, the outstanding, as the best form of state. On the other hand, modern societies strive for democracy as the system of compromise among equals. Modern societies are organised according to the principle of difference as a result of the purposive use of property. They are a class society with different interests. Consequently, the most important task of political philosophy in the modern era was to legitimise rule on earth.

Arendt ascertains that with the dawn of the modern era, the world of goals and meanings of the ancient Greek polis was rationalised and, in the best case, starting with the Reformation, the Enlightenment and the spirit of bourgeois commerce, it was given the universal legal form. Thus, based on the ideas of the Enlightenment, man was not

only made the universalistic addressee of law, but also upgraded to the centre of all evaluations. Man was made the linchpin of all norms. In parallel, according to the ideas of contract theorists, the constitutions of European communities of states were ideally based either a priori on civil rights or on human rights. The nation state is the organ and the organisation of the integration of this rationalisation, enlightenment as well as juridification. Consequently, since the rational individuals of modern societies, according to the Enlightenment and the class structure, are no longer guided by the nature-given perfection of creation, but by their purpose-rationally functioning reasoning, legitimised their societies according to contract law, their members no longer solidarize according to difference, but according to the social difference principle, the inequality principle, the conception of the human being of human rights was based on a human being without organic affiliation to a concrete community.

In doing so, Arendt criticises the assumption in contractualism that humanity lives in a state of contract that is better than the state of nature in the sense of the absence of democratically legitimised statehood. To affirm this, Arendt compares the condition of a homeless person in modern times with the situation of slaves in ancient Greece and concludes that the slave, despite his enslavement remained a part of the common, the political, and was consequently deprived neither of his humanity nor of his freedom of action in the sense of his right to resist.

On the other hand, the experiences of the survivors of the extermination camps show that they were not only deprived of civil and human rights, but were also forced into a state of total lawlessness. Doesn't this state represent a regression of civilisation into the state of nature, into being trapped in naturalness, into barbarism? Arendt answers this question in the affirmative and thus challenges the assumption in contractualism that the state of nature has ended. The state of the homeless shows that the state of nature either never ended or has returned. In any case, the homeless are for Arendt the symbol of the fact that people are punished simply because of their identity, even in modern societies.

Arendt establishes an internal connection between contractualism, human rights, the nation state on the one hand, statelessness, persecutions and homelessness on the other, which has become increasingly rationalised the closer we get to modern times. This rationalisation is one of the reasons for both the emergence and the overlooking of the suffering of the displaced. In view of this gravity, the failure of the spirit of the Enlightenment, the question arises as to whether there is a right that is not covered by citizenship and human rights, yet contains citizenship and human rights, but also goes further without the requirement of a special intellectual achievement. She finds the answer in the concept of homeland. Arendt takes the experienced statelessness, homelessness and the absolute lack of rights that accompany them as an opportunity to criticise the theory of rationality and human rights, in order to then endow human beings with rights that may not be rationalised or questioned by any national and/or international authority. In the article, Arendt's proposed solution, homeland as the right to rights, is mediated with institutions of the democratic constitutional state. The proposal is based on the assumption that human and civil rights can supplement each other in a democratic constitutional state with an agile civil society and a correspondingly open public sphere.

I. EINLEITUNG

Hannah Arendt gehört zu den wichtigsten Philosophinnen aller Zeiten. Es gibt Zeitschriften,¹ eine Vielzahl Arendt-Forschungszentren,² folglich auch eine grosse Anzahl von Literatur³ über Arendts Schaffen. Sie hat nicht nur als eine

¹ <https://www.hannaharendt.net/index.php/han/index>.

² Einige Beispiel sind die Folgenden: <https://hac.bard.edu/>, <https://www.hannaharendt.net/index.php/han/index>, <http://www.arendtcenter.it/en/the-center/>, <https://chcinenet.org/members/hannah-arendt-center-for-politics-and-humanities>, <https://hac.bard.edu/>.

³ Elisabeth Young-Bruehl, *Hannah Arendt, For Love of the World* (New Haven: Yale University Press, 1977); Lisa Jane Disch, *Hannah Arendt and the Limits of Philosophy*, CUP (Ithaca: 1996); Jennifer Ring, *The Political Consequences of Thinking: Gender and Judaism in the Work of Hannah Arendt* (New York: State University of New York Press, 1998); Gordon Mordechai, *Hannah Arendt and Education: Renewing Our Common World* (Westview Press: 2001); Seyla Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, Rowman & Littlefield (Lanham: 2003);

Wissenschaftlerin Standardwerke geschrieben, sondern auch als eine Betroffene gegen autoritäre und totalitäre Regime ihre Stimme erhoben. Hier in diesem Beitrag steht ihre Kritik an der Konzeption der Menschenrechte im Zentrum.⁴ Diese Konzeption führt sie historisch auf die Ideen der Vertragstheoretiker zurück. Dabei kritisiert Arendt die Annahme im Kontraktualismus, wonach die Menschheit in einem Vertragszustand lebt, der besser ist als der Naturzustand im Sinne der Abwesenheit einer demokratisch legitimierten Staatlichkeit. Zur Bekräftigung vergleicht Arendt den Zustand eines Heimatlosen in der Neuzeit mit der Situation der Sklaven im antiken Griechenland und kommt zum Schluss, dass der Sklave trotz seiner Versklavung im Rahmen von Oikos einen Teil des Gemeinsamen, des Politischen blieb und folglich weder seiner Menschlichkeit, noch seiner Handlungsfreiheit im Sinne seines Widerstandsrechts beraubt war.⁵ Auf der anderen Seite zeigen die Erfahrungen der Überlebenden der Vernichtungslager, dass ihnen nicht nur die Bürger- und Menschenrechte entzogen wurden, sondern sie auch in den Zustand der Staats-, Heimat- und totaler Rechtslosigkeit gezwungen wurden.⁶ Stellt dieser Zustand nicht eine Regression der Zivilisation in den Naturzustand, in die Naturverhaftetheit, in die Barbarei dar?⁷ Arendt bejaht diese Frage und stellt damit auch die Annahme im Kontraktualismus in Frage, wonach der Naturzustand beendet ist. Der Zustand der Heimatlosen zeige, dass der Naturzustand entweder nie beendet war oder wiedergekehrt ist. In jedem Fall sind die Heimatlosen für Arendt das Sinnbild dafür, dass Menschen einfach aufgrund ihrer Identität bestraft werden. Daher stellt

Simon Swift, *Hannah Arendt* (London: Routledge, 2009); Steve Buckler, *Hannah Arendt and Political Theory: Challenging the Tradition* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2011); Patrick Hayden, *Hannah Arendt: Key Concepts* (London: Routledge, 2014); Richard J. Bernstein, *Why Read Hannah Arendt Now?* (Polity: 2018); Rebecca Dew, *Hannah Arendt. Between Ideologies* (Palgrave: Oxford, 2020); Shmuel Lederman, *Hannah Arendt and Participatory Democracy: A People's Utopia* (Springer: Cham, 2019); Caroline Ashcroft, *Violence and power in the thought of Hannah Arendt* (Philadelphia: University of Pennsylvania, 2021); Dana Villa, *Hannah Arendt. A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2023).

⁴ Peg Birmingham, *Hannah Arendt & Human Rights: The Predicament of Common Responsibility* (Bloomington&Indianapolis: Indiana University Press, 2006), s. 4-34.

⁵ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, E. Diederichs: Jena, 1909, s. 181-182; Shiraz Dossa, *The Public Realm and the Public Self: The Political Theory of Hannah Arendt* (Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 1989); Ernst Vollrath, *Was ist das Politische? Eine Theorie des Politischen und seiner Wahrnehmung* (Würzburg: 2003); James W. Bernauer (eds.), "Amor Mundi: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt", *Marinus Nijhoff Publishers* (Boston: 1987); Sophie Loidolt, *Phenomenology of Plurality: Hannah Arendt on Political Intersubjectivity*, Routledge (London: 2018).

⁶ Serena Parekh, *Hannah Arendt and the Challenge of Modernity: A Phenomenology of Human Rights* (London: Routledge, 2008); John Williams and Anthony F. Lang, *Hannah Arendt and International Relations: Readings Across the Lines* (New York: Palgrave Macmillan, 2005).

⁷ Patricia Bowen Moore, Nataliy, Amor Mundi and Nuclearism in the Thought of Hannah Arendt, in: Bernauer, James W. (ed.), "Amor Mundi: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt", *Marinus Nijhoff Publishers* (Boston: 1987), s. 135-157; Seyla Benhabib (ed.), *Politics in Dark Times: Encounters with Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

sich die Frage, wie es dazu gekommen ist. Wie konnte aus einem für zivilisiert gehaltenen Gesellschaftszustand Verfolgung, Heimat- und Rechtslosigkeit hervorgehen, die nicht nur bis dahin nie erfahren, sondern auch für nicht denkbar gehalten wurden?

Auf dem Wege zu einer Antwort sieht Arendt das erste Problem in der Verwandlung der sozialen Pluralität, der Verschiedenheit des Menschen in der Polis in die Gleichheit der Individuen des Volkes, der Nation als das Organ des Nationalstaates während der Neuzeit.⁸ Ihre Problematisierung nimmt den Charakter einer Kritik an der Zivilisation selbst an, zumal handlungstheoretisch die Logik dieser Zivilisation die Verschiedenheit der Identitäten in den Institutionen des Nationalstaates in die Gleichheit der Individuen transformiert und bestimmte historische Ereignisse zwanghaft mit Phänomenen in kategorische Vergleiche setzt, wofür es eigentlich kein Vergleichskriterium gibt.⁹ Diese Zivilisation der Ratio fasst die Unvergleichbarkeit seit der Entstehung der Gesellschaft als eine Bedrohung auf. Denn hier wurden nicht nur die altgriechischen Unterscheidungen der menschlichen Tätigkeiten in Arbeiten, Herstellen und Handeln mehr oder minder in Arbeiten reduziert,¹⁰ sondern auch ihr striktes Auseinanderhalten in private und öffentliche Sphäre entkräftigt und das Öffentliche entpolitisiert.¹¹ Der Logik nach wurde Polis durch die Öffentlichkeit hindurch konstituiert und beruht insofern auf das Gemeinsame. Die Konstitution der Polis wurde nicht auf die Gleichheit aber auf die Freiheit gestützt und im Inneren durch das Prinzip der Verschiedenheit koordiniert. Polis ist der Ort, an dem der Mensch ausgestattet mit Logos das Ziel der Glückseligkeit (Eudaimonia) erreicht.¹² Daher steht Polis in einem Gegensatz zu Orten, wo eine „bewaffnete Ungerechtigkeit“ herrscht.¹³ Jedoch, die Verschiedenheit ist ein religiös-philosophisches Konzept, das schon die Handlungen in den mythischen Urgemeinschaften bestimmte. Das Verschiedenheitsprinzip geht von einer gottgegebenen Ordnung und Schöpfung

⁸ Ashcroft, *Violence and power*, s. 23-83; Dew, *Hannah Arendt*, s. 35-52; Margaret Canovan, *Nationhood and Political Theory*, Edward Elgar (Northampton: Chettenham, 1998); Christian Volk, *Die Ordnung der Freiheit. Recht und Politik im Denken Hannah Arendts* (Baden-Baden: Nomos, 2010); Hanna Fenichel Pitkin, *The Attack of the Blob: Hannah Arendt's Concept of the Social* (Chicago: University of Chicago Press, 2000); Seyla Benhabib, "International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism: Hannah Arendt and Raphael Lemkin", in Seyla Benhabib (ed.), *Politics in Dark Times: Encounters with Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), s. 239-242; Loidolt, *Phenomenology of Plurality*, 2018.

⁹ Hannah Arendt, "The Deputy: Guilt by Silence?", in: Bernauer, James W. (ed.), "Amor Mundi: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt", *Marinus Nijhoff Publishers* (Boston: 1987), s. 51-58; Alois Prinz, *Hannah Arendt oder Die Liebe zur Welt* (Insel: 2013); Samantha Rose Hill, *Critical Lives. Hannah Arendt* (London: Reaktion Books, 2021), s. 137-145.

¹⁰ Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (München: Piper, 1992), s. 13-16, 43.

¹¹ Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, 1992, s. 83.

¹² Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 1909, s. 127-129.

¹³ Manfred Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 4., überarbeitete und erweiterte Auflage, VS Verlag für Sozialwissenschaften (Wiesbaden: 2008, s. 31.

aus.¹⁴ Das ist der Grund, warum jede Polis, jede Gesellschaft nach einer eigenen Herrschaft organisiert und legitimiert war.¹⁵

Tatsächlich wurde die Sozialstruktur der Gesellschaft als natürlich hingenommen. Das erklärt, warum sich zum Beispiel Aristoteles kaum mit der Legitimität der Herrschaft, aber ausführlich mit Natürlichkeit der Polis auseinandersetzt.¹⁶ Er schlug Aristokratie, also die Herrschaft der Exzellenten, der Hervorstechenden, als die beste Staatsform vor. Dagegen sind moderne Gesellschaften infolge der zweckrationalen Nutzung des Eigentums nach dem Prinzip des Unterschieds organisiert.¹⁷ Sie sind eine Klassengesellschaft mit unterschiedlichen Interessen. Folglich war die wichtigste Aufgabe der politischen Philosophie der Neuzeit die Legitimierung der Herrschaft auf Erden. Aber da sich die Individuen von modernen Gesellschaften gemäss der Aufklärung und der Klassenstruktur nicht mehr von der naturgegebenen Perfektion der Schöpfung, sondern von ihrer zweckrational funktionierenden Vernunft leiten lassen (sollen), ihre Gesellschaften nach dem Vertragsrecht legitimierten, ihre Glieder sich nicht mehr nach der Verschiedenheit, sondern dem sozialen Unterschiedsprinzip (Un-Gleichheit) vergemeinschaften (sollen), ging die Konzeption des Menschen der Menschenrechte von einem Menschen ohne organische Angehörigkeit zu einer konkreten Gemeinschaft aus.¹⁸

Das zweite Problem ist daher die Konzeption der Menschen in den Menschenrechten. Darin wird der Mensch ohne eine konkrete Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft vorgestellt. Zur selben Zeit wurde die Staatenebene völkerrechtlich, das heisst nach der Logik der Nation organisiert. Mehr noch, obwohl es völkerrechtlich kein Volk ohne einen Staat geben sollte, ist die Realität von einer Vielzahl von Völkern ohne Staaten bestimmt.¹⁹ Entgegen dieser Tatsache gingen Menschenrechte von einem abstrakten Menschen aus, und nicht von Griechen, Deutschen oder Juden. Daher hält Arendt nicht nur die Konzeption der Menschen in Menschenrechten für realitätsfern, sondern auch die Rechte darin; diese sind die Rechte eines abstrakten Individuums und nicht des Menschen als Angehörige einer konkreten Gemeinschaft. Dieser Widerspruch veranlasst die Nationalstaaten zu Handlungen, die insofern einer Korruption gleichkommen, als dass nicht das Recht aber die Politik, die politische Orientierung als das

¹⁴ Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, 2003, s. 22-34, 138-170; Antonia Grunenberg, *Hannah Arendt and Martin Heidegger* (Bloomington: Indiana University Press, Indiana, 2017).

¹⁵ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 1909, s. 183-186; Manfred Schmidt, *Demokratiethorien*, 2008, s. 31-37.

¹⁶ Ali Demir, *Programmierung der Zugehörigkeit zur Diskursgemeinschaft* (Ankara: Nobel, 2023), s. 53-56.

¹⁷ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp (Frankfurt am Main: 1993), s. 115.

¹⁸ Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft* (München: Piper, 2009), s. 619.

¹⁹ Lang and Williams, *Hannah Arendt and International Relations*, 2005.

Entscheidungsprinzip zum Beispiel bei der Frage nach der Staatsbürgerschaft herangezogen wurde. Entscheidungen auf der endogenen Grundlage des Rechts sind die Ausnahme, dagegen war die Politisierung die Regel. Damit wurde das Wesen des Rechts von der Politik bestimmt.²⁰

Das dritte Problem liegt im a priori der Menschenrechte vor Bürgerrechten. Menschenrechte sind ihrem Anspruch nach unabdingbare und unveräußerliche Rechte, ohne für ihre Überwachung eine Autorität mit einem effektiven Durchsetzungsvermögen vorgesehen ist. Sowie ein Staat ohne kasernierte Macht keine Wirkung in der Gesellschaft entfalten kann, seinen Anspruch auf das Gewaltmonopol nicht überzeugend erheben kann, so verfährt sich mit einem Recht, das nicht von Gerichten angewendet wird, die ihren Entscheid auch gegen den Willen der Betroffenen durchsetzen können. Erst dank diesem *extern* garantierten Zwang unterscheidet sich das Recht von der Ethik, Philosophie, Religion und Erziehung, die sich von einer logischen Konsistenz ableiten lassen und sich damit mit *interner* Überzeugung des betreffenden Individuums zufriedengeben können. Der Glaube an unveräußerliche Rechte des Menschen ohne entsprechendes Durchsetzungsvermögen ist folgerichtig kein Recht. In dieser Verwechslung erblickt Arendt einen Grund für das Aufkommen des neuen Phänomens der Heimatlosigkeit. Menschen waren vor der Neuzeit in ihrer Heimat auf keine Menschen- und Bürgerrechte angewiesen, da ihnen einerseits die Gemeinschaft in der Heimat und andererseits das Prinzip *quidquid est in territorio est de territorio*²¹ im Interstaatlichen den Schutz gegen eine Rechtslosigkeit gewährte. In der Neuzeit wurde die Idee des gemeinschaftlichen Schutzes in der Heimat in die Idee der Bürgerrechte aufgenommen. Und der Schutz des Zwischenstaatlichen sollte von den Menschenrechten erfasst sein. Das Letzte hält Arendt für einen zivilisatorischen Fehler mit vernichtenden Folgen.²²

Arendts Kritik ist politischer Natur. Es geht ihr primär nicht um die logisch-wahren Aussagen, sondern um die politische Bewertung der Erfahrung derer, für die die Menschenrechte in ihrer Not nichts gebracht haben, obschon sie sich auf sie verlassen haben und hätten verlassen sollen.²³ Aus dieser

²⁰ Charles Barbour, "Between Politics and Law: Hannah Arendt and the Subject of Rights", in: Goldoni, Marco and McCorkindale, Christopher (eds.). *Hannah Arendt and the Law, Hart Publishing* (Oxford: 2012), s. 307-320; Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (Berlin: Achte, korrigierte Auflage, Duncker&Humblot, 2012), s. 19-37; Katrin Meyer, *Macht und Gewalt im Widerstreit. Politisches Denken nach Hannah Arendt* (Basel: Schwabe, 2016).

²¹ Etwa: Die Gesetzgebung und Strafbefugnis reicht nicht weiter als die Staatsgewalt.

²² Young-Bruehl, *Hannah Arendt, For Love of the World*, 1977, s. 115-163; Grit Strassenberger, *Hannah Arendt zur Einführung* (Hamburg: Junius, 2015), s. 129-154.

²³ Dew, *Hannah Arendt*, S. 176; Roger Berkowitz; Thomas Keenan and Jeffrey Katz, *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics* (New York: Fordham University Press, 2010); Seyla Benhabib, *Exile, statelessness, and migration: playing chess with history from Hannah Arendt to Isaiah Berlin* (Princeton: Princeton University Press, 2018).

Logik ist die Rechtslosigkeit die konsequente Folge der Implementierung der Idee der Menschenrechte innerhalb der nationalstaatlichen organisierten Staatengemeinschaft mit den entsprechenden nationalstaatlichen Institutionen und ohne eine internationale Instanz mit einer effektiven Durchsetzungsmacht.²⁴ Menschenrechte beruhen demnach weder auf einem realistischen Menschenbild, noch auf einer realistischen Wirklichkeitskonzeption der Staatengemeinschaft. Trotz dieser Defizite wurde diese Staatengemeinschaft im Kontraktualismus legitimiert, indem sie der Naturzustand gegenübergestellt wurde, obschon schon logisch ein nicht präferierter Zustand keine gute Grundlage für die Legalität eines Rechtszustandes liefern kann. Arendt stellt zwischen Kontraktualismus, Menschenrechten, Nationalstaat einerseits, Staatenlosigkeit, Verfolgungen und Heimatlosigkeit andererseits einen internen Zusammenhang her, der immer stärker rationalisiert wurde, je mehr wir uns an die Neuzeit annähern.²⁵ Diese Rationalisierung ist jedoch mit ein Grund sowohl für die Entstehung wie auch für das Übersehen des Leidens der Heimatlosen.²⁶

Darin sieht sie auch den Grund der Schwere der neuzeitlichen Staatenlosigkeit. Politische Verfolgungen, Migration, Völkerwanderungen und Staatenlosigkeit gab es schon immer. Sie bezeichnet diese als *Unglück* in der Geschichte der Völker.²⁷ Da sie jedoch seit der Neuzeit gerade durch das Konstrukt der Rationalisierung hindurch in der Heimatlosigkeit, in der absoluten Rechtslosigkeit enden, rüttelte sie in ihrer schweren Rationalität die Menschheit. Dabei handelt es sich um eine realitätsferne Rationalitätsvorstellung - eine Rationalität, die die Wirklichkeit durch eine intellektuelle Leistung hindurch idealisiert und damit auch verformt.²⁸ Im Endeffekt, angesichts dieser Schwere, der Fehlleistung des Geistes der Aufklärung stellt sich die Frage, ob es ein Recht gibt, das von Staatsbürger- und Menschenrechten nicht abgedeckt ist, jedoch Bürger- und Menschenrechte enthält aber auch ohne das Erfordernis einer besonderen intellektuellen Leistung weitergeht.

Ihre Antwort darauf ist die Heimat - das Recht auf Rechte.²⁹ Heimat ist in der Regel einfach gegeben. Die Normen darin werden durch die Sozialisation

²⁴ Patricia Owens, *Between War and Politics: International Relations and the Thought of Hannah Arendt* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

²⁵ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 601-625.

²⁶ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 617; Birmingham, *Hannah Arendt*, 2006; Peter Baehr, *Hannah Arendt, Totalitarianism, and the Social Sciences* (Stanford University Press: 2010); Marco Goldoni and Christopher McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (Oxford: Hart Publishing, 2012); Seyla Benhabib, "International Law and Human Plurality", 2010; Ayten Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

²⁷ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 607.

²⁸ Für den Unterschied zwischen Realismus und Rationalismus siehe Giovanni Sartori, *Demokratiethorie* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997), Kapitel 3.6.

²⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 617; Birmingham, *Hannah Arendt*, 2006, s. 70-104; Seyla Benhabib, "International Law and Human Plurality", 2010, s. 228-232.

hindurch angeeignet. Insofern erfordert Heimat keine intellektuelle Leistung, wie das Recht. Auch handlungstheoretisch setzt die Partizipation an Heimat keine besonderen Leistungen voraus. Das ist deswegen entscheidend, weil Arendt in ihrem Konzept der Heimat die Rechtslosigkeit verhindert haben will, die sie auch auf die Rationalisierungen bei den Intellektuellen zurückführt. Insofern nimmt Arendt die erfahrene Staatenlosigkeit, Heimatlosigkeit und die mit ihnen einhergehenden absolute Rechtslosigkeit zum Anlass, die Theorie der Rationalität und der Menschenrechte zu kritisieren, um dann den Menschen mit Rechten auszustatten, die von keiner nationalen und/oder internationalen Instanz rationalisiert, in Frage gestellt werden dürfen. In der *Zwischenbetrachtung* wird Arendts Konzept der Heimat besprochen und ein Vorschlag zu seiner Revision im demokratischen Rechtsstaat gemacht. Dem Vorschlag liegt die Annahme zugrunde, wonach sich Menschen- und Bürgerrechte in einem demokratischen Rechtsstaat mit einer agilen Zivilgesellschaft und entsprechend offenen Öffentlichkeit gegenseitig ergänzen können. Mit diesem Vorschlag soll nicht nur Arendts Gegenüberstellung von Menschen- und Bürgerrechten im Sinne ihrer Komplementarität entkräftet werden, sondern auch die Verschiedenheit mit dem Unterschiedsprinzip vermittelt werden. In dieser Komplementarität kann das Recht als Teil der Evolution des politischen Systems und des Gemeinschaftssystems selbst begriffen werden. Der Vermittlungsversuch würde dann in den Kommunikationsstrukturen der Zivilgesellschaft dieser Gemeinschaft stattfinden.³⁰ Im Folgenden werden diese Argumentationslinien ausgeführt.

II. VOM POLIS ZUM NATIONALSTAAT

Spätestens seit Parsons ist die handlungstheoretische Einteilung in Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeit weitgehend akzeptiert.³¹ Folgerichtig wird die Frage nach dem Grad der Individuierung eines Menschen im Verhältnis zur Kultur und Gesellschaft behandelt. Das ist insofern eine Innovation, als dass *die alteuropäische Tradition*, wie Niklas Luhmann es zu nennen pflegte, einer strikten Trennung verpflichtet war; Oben und Unten, Herrscher und Beherrschte, Freier und Sklaven, Zwang und Freiheit, profane und sakrale Welt. Diese strukturalistische Sichtweise kann bis zu den altgriechischen Denkkategorien zurückverfolgt werden. Hier wurden Menschen nicht nur in Bezug auf ihre Identität (Bürger und Sklave, Griechen und Barbaren), sondern auch in ihrer Lebensführung (bios theoretikos und bios praktikos bzw. vita contemplativa

³⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998), s. 100-103, 336, 435-451.

³¹ Talcott Parsons; Edward A. Shils; Gordon W. Allport; Clyde Kluchhohn; Henry A. Murray; Robert R. Sears; Richard C. Sheldon; Samuel A. Stauffer and Edward C. Tolman, "Some Fundamental Categories of the Theory of Action". In: Parsons, Talcott and Shils, Edward A. (eds.). *Toward a General Theory of Action* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1962), s. 3-30.

und *vita activa*, privat und öffentlich) in voneinander total getrennten Sphären vorgestellt. Diese beruhen auf der Trennung von Oikos und Polis.³² Polis war der Ort des Handelns, wo die Freien im Namen der Gerechtigkeit für die Allgemeinheit philosophierten. Sie zeichneten sich durch ihre Sprachfähigkeit aus, kraft derer sie für das politische Handeln, für das Hervorstechen (*aristoein*) öffentlicher Angelegenheiten prädestiniert waren. Das Handeln im Sinne von *vita activa* gehört zu ihrem Status.³³ Dagegen war Oikos ein Verbleib der Sklaven, die zwar zur Menschengattung gezählt wurden, aber denen keinesfalls die Handlungsfähigkeit zur Freiheit zugesprochen werden durfte.³⁴ Denn ihnen fehlte gemäss dem antiken Denken der Logos eines Philosophen. Sie können zwar tun, aber nicht freiheitlich handeln. Das Tun, gar Getue ist eben kein Handeln.³⁵

In dieser Lebenswelt wurden Menschen von Natur aus als ein staatenbildendes Wesen betrachtet.³⁶ Sie alle zeichnet die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft aus, in der sie in der Interaktion mit allen anderen Angehörigen den Anspruch auf die Einzigartigkeit erhoben.³⁷ Ihre Gemeinschaft ist gemäss dem Prinzip der Pluralität konstituiert, die historisch im Begriff der Heimat ihre Organisationsform fand. Der Heimat gehörten verschiedene Akteure mit unterschiedlichen Eigenschaften an.³⁸ Ehre und später dann das Prinzip der Menschenwürde dienten als Richtschnur für eine Kommunikation mit allen anderen Menschen. Innerhalb dieser Kommunikationsstruktur begriffen sich die Akteure in ihrer Verschiedenheit bzw. Pluralität als einen Teil der Menschheit im allgemeinsten Sinne und als einzigartige Individuen mit den entsprechenden Charakterzügen im Speziellen.³⁹

³² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 324; Fred D. Miller, *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1995).

³³ Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, 1992, 13-18; Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 615.

³⁴ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, s. 181-182; Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, 1992, s. 30.

³⁵ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (Tübingen: Mohr, 1980), s. 1; Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band I: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981), s. 384; Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Band I. und Band II* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997), s. 336.

³⁶ Aristoteles, *Politik. Herausgegeben und eingeleitet von W. Kuhlmann. Übersetzt von Fr. Susemihl* (Hamburg: Rowohlt, 1994), I.2.1253 A.

³⁷ Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirische Culturformen* (Leipzig: 1887); George Herbert Mead, *Mind, Self, and Society: from the standpoint of a social behaviorist* (Chicago: University of Chicago Press, 1934), Kap. 22; Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1961); Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 623-624.

³⁸ Zygmunt Bauman, *Moderne und Ambivalenz: das Ende der Eindeutigkeit* (Hamburg: Junius, 1992).

³⁹ Arendt, *Vita Activa oder vom tätigen Leben*, 1992, s. 165, 217; Jürgen Habermas, „Individuierung durch Vergesellschaftung“, in: Beck Ulrich und Beck-Gernsheim Elisabeth (Hrsg.). *Riskante Freiheiten: Individualisierung in modernen Gesellschaften* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994), s. 437-446.

Je mehr wir uns an die Neuzeit annähern, desto stärker werden die Strukturen dieser Lebenswelt in Frage gestellt.⁴⁰ Soziologisch ging diese Infragestellung mit der Entstehung der Gesellschaft einher, die weder mit Oikos noch mit Polis gleichgesetzt werden durfte. Mit der Entstehung eines Raumes des Gesellschaftlichen „war nicht nur die alte Scheidelinie zwischen privaten und öffentlichen Angelegenheiten verwischt, sondern der Sinn dieser Begriffe wie Bedeutung (...) veränderten sich bis zur Unkenntlichkeit“.⁴¹ Die politische Organisation heisst nun weder Polis, noch Reich, sondern der Nationalstaat, der dem Vorbild der Familie folgend qua Herkunft einfach als eine gigantische Über-Familie nun aber als eine Nation aufgefasst und organisiert wurde.⁴² Folgerichtig war die Nationalökonomie ein Kollektivhaushaltsapparat, obschon das Ökonomische weder in der Antike, noch in einem Reich zum Politischen, sondern zur Familie, also zum Privaten des Herrschers gehörte.⁴³

Mit der Verschiebung der antiken Logik wurden die Unterschiede zwischen öffentlich und privat verwischt.⁴⁴ Damit wurden die Begrifflichkeiten neu umdefiniert. Im Vergleich bestand das Ziel nicht mehr in der Bewahrung der naturgegebenen Sozialstruktur der Gesellschaft, sondern in der Kommunikation zwischen den Entitäten. Mobilität avanciert sich zum *opus operatum*, wie Pierre Bourdieu es nennen würde.⁴⁵ Folgerichtig wurde auch die Heimat neu bestimmt und entweder nach Prinzip des Unterschieds und/oder der Verschiedenheit im Nationalstaat organisiert, der selber zum Organ und *Organisation* dieser Idee avanciert.

A. BÜRGERGESELLSCHAFT, GLEICHHEIT UND VERSCHIEDENHEIT

Der Nationalstaat wird seiner monarchisch-profanen Tradition nach als ein Organ und seiner ethisch-sakralen Bewusstseinsphilosophie nach als eine Organisation des Volkes bestehend aus verschiedenen Gruppen aufgefasst.⁴⁶ In diesem historischen Deutungsraum besteht nach Arendt die Gemeinsamkeit der europäischen Nationalstaaten darin, dass sie entweder auf dem Jakobinischen Prinzip der Nation beruht, die gemäss den Menschenrechten alle Menschen in ihrer natürlichen Verschiedenheit konstituiert, oder auf dem republikanischen Prinzip des öffentlichen Lebens, wonach *der Fall eines Bürgers der Fall aller*

⁴⁰ Liliane Weissberg (Hrsg.), *Affinität wider Willen? Hannah Arendt, Theodor W. Adorno und die Frankfurter Schule* (Frankfurt: Fritz Bauer Institut. Campus, 2011).

⁴¹ Arendt, *Vita Activa*, s. 38.

⁴² Arendt, *Vita Activa*, s. 38.

⁴³ Arendt, *Vita Activa*, s. 33.

⁴⁴ Arendt, *Vita Activa*, s. 35.

⁴⁵ Pierre Bourdieu, *die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft* (Frankfurt: Suhrkamp, 1982), s. 281.

⁴⁶ Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt am Main: 1996), s. 128.

Bürger ist, was eine Konstitution auf der Grundlage der sozialen Unterschiede erfordert, deren institutionelle Form in Bürgerrechten widerspiegelt ist.⁴⁷ Während im ersten Fall alle Menschen auf einem bestimmten Territorium zur Staatsbürgerschaft mit der entsprechenden Pflicht zur Integration und/oder Assimilation motiviert wurden, wurden Menschen im zweiten Fall entweder zu Minderheiten deklariert, falls sie mehr wollten als die Menschenrechte, oder das ihnen versprochene Recht auf Teilhabe, Partizipation relativiert. Während die Nationalstaaten auf der Grundlage der Bürgerrechte mit der Idee eines miteinander integrierten Volkes den ihnen nicht (zu)passenden Teil(e) aus dem Lande jagten, schafften die Nationalstaaten auf der Grundlage der Menschenrechte in Anerkennung der religiös verstandenen Idee der Vielfalt entsprechend zwei Typen von Rechtssystemen, für Menschen erster und zweiter Klasse und errichteten für die Letzteren illegale Auffanggebiete innerhalb ihrer territorialen Grenzen.⁴⁸ In beiden Fällen beruht der Nationalstaat auf der Idee eines auch politisch miteinander integrierten, das heisst einheitlichen Volkes mit völkerrechtlich anerkannten Staatsgrenzen. Der praktische Versuch dazu führte vielerorts zur Entstehung von Minderheiten, Staatenlosen und Flüchtlingen, Menschen ohne politisch abgestützte Zugehörigkeit zu dieser Idealeinheit.⁴⁹ In Bezug auf Rechtslogik wurde die Einheit im ersten Fall auf Gleichheit und im zweiten auf die Verschiedenheit gestützt. Im ersten Fall handelt es sich um die Gleichheit aller Familienmitglieder unter der absoluten Macht des Herrschers als Familienoberhaupt.⁵⁰

Insofern waren Nationalstaaten entweder Organ oder Organisation, die jedoch als die zwei Formen einer Bürgergesellschaft aufzufassen sind.⁵¹ Ihre Ethik beendete die religiös motivierten Bürgerkriege. Es war Kants Handelsgeist, der lieber auf Nutzenmaximierung setzt als auf religiöse Ethik. Je mehr sich dieser Handelsgeist den Völkern bemächtigte, desto weniger Kriege würden geführt.⁵² Aus dieser universalistischen Logik wurden beide Stränge auf der Grundlage einer Einheit von Bürger- und/oder Menschenrechten in eine interne, immer *more perfect Union* gesetzt, wie es vom USA-Präsident Abraham Lincoln auf den Punkt gebracht wurde. In der Tat wurde mit der Neuzeit ein interner Zusammenhang zwischen der Verschiedenheit und der Idee der Menschenrechte einerseits und dem Unterschiedsprinzip und der Bürgerrechte andererseits hergestellt. Demnach

⁴⁷ Arendt, *Ursprünge Totaler Herrschaft*, s. 245; Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1932); Michael Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford: Clarendon, 1995); Chantal Mouffe, *The Democratic Paradox* (London: Verso, 2000).

⁴⁸ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 592-593, 623.

⁴⁹ Benhabib, "International Law and Human Plurality", 2010, s. 219-246.

⁵⁰ Arendt, *Vita activa*, s. 40.

⁵¹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 564-601.

⁵² Immanuel Kant, *Werke in zwölf Bänden. Band 1. Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997), s. 225.

beruht die natürliche Verschiedenheit auf der Idee der Vielfalt, der Pluralität, die in ihrer positiven Form nun in der Vielzahl von Nationalstaaten organisiert wurde und in ihrer Anomalie, also negativen Form im Volk der Staatenlosen korrumpiert wurde. Das Unterschiedsprinzip beruht auf der anderen Seite auf der Tatsache, dass Menschen auf der Grundlage der Gleichheit unterschiedliche Interessen haben, die unterschiedlich organisiert sind, weswegen ihnen für die Wahrung ihrer hochpersönlichen Ziele die Bürgerrechte zur Seite zu stellen ist. Im Falle eines Misslingens entsteht eine Nation der Minderheiten, deren Rechte im Vergleich zur Mehrheit eingeschränkt sind. Das ganze Gebilde steht dabei auf Ratio, die in allen diesen Überlegungen die Federführung hat.

In dieser Feinabstimmung beruhen die Menschenrechte auf die Pluralität und sind als solche ein Konstrukt der Phänomenologie, der Philosophie.⁵³ Dagegen sind Bürgerrechte infolge sozialer Differenzierung auf das soziologische Prinzip des Unterschieds mit den entsprechenden Institutionen und Organisationen wie die Gerichte abgestützt.⁵⁴ Das hat zur Folge, dass während Pluralität als ein philosophisches Konzept aus logisch wahren Sätzen gewonnen wurde, die ihrer Natur weder falsifiziert werden können, noch ein Konsens über sie in der Gesellschaft erzielt werden kann, das soziologische abgestützte Recht zumindest seit Hobbes auf das Gewaltmonopol des Staates zurückgeführt wurde, dem jeder Philosoph Folge zu leisten hat, auch wenn er in seiner Natur logische Inkonsistenzen feststellt. Das moderne Recht bildet sowohl die bestehenden Interessen ab wie es auch Ideen erfordert, die über das Faktische hinausgehen und insofern von der philosophischen Idee der Legitimation durchtränkt sind.⁵⁵ Das Geschriebene kann in der Tabelle unten wie folgt dargestellt werden.

Tabelle 1: Die neuzeitliche Organisation der Heimat

Prinzip	Rechtlogik	Anomalie als eine Folge der Rechtslogik	Nationalstaat als das Organ oder die Organisation jeweiliger Rechtsform
Verschiedenheit	Menschenrechte	Volk der Staatenlosen	
Unterschied	Bürgerrechte	Nation der Minderheiten	

B. ARENDTS KRITIK AN NATIONALSTAAT UND MENSCHENRECHTE

Arendt sieht im Nationalstaat die Gefahr eines Verfalls der politischen Gemeinschaft organisiert. Dieser Verfall ist politischer Natur, da er die

⁵³ Kimberly Maslin, *The Experiential Ontology of Hannah Arendt*, Lexington Books (Lanham: 2012); Antonia Grunenber, *Hannah Arendt and Martin Heidegger* (Bloomington: Indiana University Press, Indiana, 2017); Loidolt, *Phenomenology of Plurality*, 2018.

⁵⁴ Peter Baehr, "Identifying the Unprecedented: Hannah Arendt, Totalitarianism, and the Critique of Sociology", *American Sociological Review*, Vol. 67(6) (2002): 819-821; Baehr, *Hannah Arendt*, 2010, s. 10-34.

⁵⁵ Habermas, *Faktizität und Geltung*; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*.

altgriechische Linie zwischen öffentlich und privat auf Kosten eines Handelns zum Politischen legalisiert. Um das zu sehen, müssen wir die Perspektive der Ausgestossenen übernehmen. Zu ihnen gehören im antiken Griechenland nebst Frauen, Armen, Barbaren prominent die Sklaven an. In der Neuzeit sind es die Rechtslosen. Aus ihrer Perspektive sieht Arendt den Unterschied zwischen der antiken Polis und dem neuzeitlichen Nationalstaat darin, dass damals der aus der Gesellschaft Ausgestossene wie heute genutzt und ausgebeutet wurde, aber er damals sogar im Falle einer Versklavung

„immer noch in den Rahmen des Menschseins einbezogen blieb. Er lebte noch in den bestimmten, sozialen und politischen Beziehungen, die erst die *displaced persons*⁵⁶ eines Internierungs- oder die Insassen eines Konzentrationslagers ganz und gar verloren haben. Sie sind ein warnendes Exempel dafür, dass der Mensch alle sogenannten Menschenrechte einbüßen kann, dass er sogar in Sklaverei geraten kann, ohne seine wesentliche menschliche Qualität zu verlieren; diese Qualität, das, was macht, dass ein Mensch ein Mensch ist, und was die Philosophie des 18. Jahrhunderts die ‚Menschenwürde‘ nannte, kann er nur verlieren, wenn man ihn aus der Menschheit überhaupt, und das heisst konkret aus jeglicher politischen Gemeinschaft, entfernt“.⁵⁷

Um diese Gefahr eines politischen Ausschlusses einzuordnen, müssen wir Arendts Kritik einer Entpolitisierung des Gemeinsamen betrachten. Dafür sollen im Folgenden ihre Kritik an der Zivilisation (a), den Menschenrechten (b) und a priori der Menschenrechte vor Bürgerrechten (c) besprochen werden, die logisch aufeinander aufbauen.

C. ARENDTS KRITIK AN DER ZIVILISATION

Eine Gefahr zur Entpolitisierung des Gemeinsamen kommt aus dem Erodieren der Heimat; Heimat als eine Lebenswelt wird immer stärker in den Institutionen des Nationalstaats zum Verschwinden gebracht. Diese Institutionen sind nach einer Zweckrationalität organisiert, die in vielen Fällen dem Verlust der Heimat gleichkommen. Wie die Institution des nationalen Rechtssystems. Epistemologisch kann die Funktionsweise dieser Institutionen im Verlust der Gewohnheiten beobachtet werden, der durch die Entstehung der Klassengesellschaft und den Prozess der Säkularisierung bewirkt wurde.⁵⁸ Auf der Grundlage des Wissenstyps dieser Rationalisierung wird das Gemeinsame anstelle von lebensweltlichen Diskursbedingungen, in einer Sprache des rational-

⁵⁶ Benhabib, *Exile, statelessness, and migration*, 2018; Ali Demir, “Deliberation as a Consequence of the Right to Rights”. in: İyit, Neslihan; Özbek, Betül Hastaoğlu ve Toptaş, Aytaç (eds.). *Current Research in Social, Human and Administrative Sciences* (Ankara: 2022), s. 239-260.

⁵⁷ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 616.

⁵⁸ Baehr, *Hannah Arendt*, 2010, s. 93-123.

positiven Rechts und entsprechender Argumentation geregelt, obwohl diese Sprache nur von einer spezialisierteren, trainierten Minderheit der Menschen beherrscht wird, wie die Staatsanwälte. Die idealtypische Institution dieser neuzeitlichen Entwicklung sind die Bürgerrechte. Sie sind aus der Logik der Neuzeit, der Säkularisierung, des Nationalstaates, sowie der Rationalität nicht nur die Form des positiven Rechts, sondern auch die Form des neuen Typs der Solidarität. Nicht mehr durch die Angehörigkeit auf der Grundlage von Verwandtschaft, Geschlecht und/oder religiöse Zuordnung, sondern durch die Logik des Rechts neu konstituierte Zugehörigkeiten werden als der Grund dieser mechanischen Solidarität aufgefasst, wie Durkheim es nennen würde.

Die andere (negative) Seite dieser bürgerschaftlichen Solidarität ist die Fremdenfeindlichkeit. Und sie ist insofern eine Depolitisierung des Gemeinsamen, als dass innerhalb der Sphäre des Öffentlichen von zivilisierten Gesellschaften die Rede ist, die zwar keine rechtliche, aber eine gesellschaftlich normative Trennlinie als Teil des Gewöhnlichen, als die andere, negative Form der Bürgersolidarität kultiviert und institutionalisiert ist. Dabei wird die Fremdenfeindlichkeit zugespitzt, je breiter die Sphäre die Öffentlichkeit auf Kosten des Privaten, der natürlichen Sphäre des Lebens zunehmend nationalisiert, in die spezialisierte Sprache des Fachmenschen verpackt wird. Der Mensch dieser Sphäre geht anstelle von einer vorgegebenen Natur mit den entsprechenden Referenzen auf absolute Gesetze Gottes von der Gestaltbarkeit der Natur und der Notwendigkeit der Kontrakte unter den Menschen aus. Abstrahierung der Wissensformen und Erkenntnisquellen von tradierten Referenzen, Rationalisierung der Abläufe gemäss vorbestimmten Zwecken und Professionalisierung der Handlungen gegen persönliche Nähe schaffen die Grundlage eines egalisierten, entfremdeten Menschen in einer entzauberten Welt. Diese Welt ist eingeteilt in Fremde und Familie. Darin ist auch der Mitmensch, der Freund nicht mehr als Objekt des zweckrational geschaffenen Rechts. Dagegen waren die Menschen in der Heimat auf der Grundlage der Verschiedenheit sozialisiert, in der sowohl die Freundschaft, die Sympathie und die Liebe sowie der Groll, das Unbehagen und das Misstrauen zugelassen waren, ohne dass diese zu einer zweckrational kultivierten Fremdenfeindlichkeit geführt haben.⁵⁹

Die Verschiebung des Privaten zum Öffentlichen geht mit einem Verlust der gewohnten Orientierungsmuster einher, deren idealtypische Form die Heimat war. Mit dem Verlust der Gewohnheiten, der Überführung der Verschiedenheit in die Gleichförmigkeit wurde auch die Heimat in den Nationalstaat verwandelt. Der Nationalstaat seinerseits verengte den Menschen in seinem Universum zur Uniformität und versprach ihm aber die universale Gleichheit. In der Wirklichkeit hat sich der Mensch des 20. Jahrhunderts im Namen der Universalität gewaltsam

⁵⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 622-623.

der Vergangenheit, den politischen Traditionen, der Natur im Sinne der Geschichte entzogen.⁶⁰ Ohne das Verantwortungsgefühl für die Geschichte hat er eine Ethik entwickelt, worin der Mensch für sein Geschäft existiert nicht umgekehrt und er selbst ist zum „Berufsmensch ohne Geist und Genussmensch ohne Herz“ geworden, wie Max Weber es sagen würde.⁶¹

D. ARENDTS KRITIK AN DEN MENSCHENRECHTEN

Aus dem Verlust der Gewohnheiten ging nicht nur ein neuer Typ der Rationalität und ein von dieser Rationalität, der Ethik und dem Wissen sowie den höchstpersönlichen Erfahrungen durchtränkter Zweifel an der Existenz der Natur und absoluten Gesetzen, sondern auch die Erkenntnis hervor, dass Gesetze zu bestimmten Zwecken entwickelt und durchgesetzt werden, die je nach der Herrschaft anders aussehen und anders gehandhabt werden. Von diesem Zweifel an ist der Schritt zur totalen Infragestellung von unveräusserlichen, absoluten Gesetzen in einem Universum, in dem alles dem Willen des Menschen unterworfen ist, nicht weit. Die Menschenrechte könnten als die verzweifelte Antwort der Vertragstheoretiker genau auf diese Infragestellung aufgefasst werden.⁶²

Ideengeschichtlich wird der Übergang von Monarchien zu Nationalstaaten mit dem Vorschlag von den Vertragstheoretikern gestartet. Sie führen die Frage nach der Legitimation der Herrschaft auf den Gesellschaftsvertrag zurück, mit dem die Menschheit der Theorie nach aus einem Zustand des nicht explizit konstituierten Naturrechts in den geschriebenen und zustimmungsfähigen Bürger-Gesellschafts-Rechtzustand übergeht. Hier gibt es im Endeffekt die Positionen von Hobbes und die von Locke und Rousseau; für Hobbes kann im Naturzustand das Recht und die Gerechtigkeit nicht existiert haben, da beide eine Idee der institutionalisierten Reziprozität implizieren, die es nicht geben kann, solange keine Vereinbarung über eine Machtinstanz erzielt ist, die diese Macht dank dieser Einigung legitim entfaltet. Damit sind das Recht und die Gerechtigkeit schon zeitlich die Produkte eines Vertragszustandes, für dessen Überwachung Thomas Hobbes den mit absoluter Macht ausgestatteten Leviathan vorschlug.⁶³ Locke auf der anderen Seite sah im Naturzustand eine Zeit, in die der Mensch von Natur aus, dank seiner göttlichen Beschaffung mit unveräusserlichen, angeborenen Rechten ausgestattet war, die er auch in den Vertragszustand in der Form von Widerstandsrechten mitnimmt. Daher, ebenfalls aus dem Zeitaspekt sah Locke im Hobbes Leviathan

⁶⁰ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s 616; Richard H. King and Dan Stone, *Hannah Arendt and the Uses of History: Imperialism, Nation, Race, and Genocide* (New York: Berghahn Books, 2007).

⁶¹ Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (Tübingen: Mohr, 1986), s. 54, 203.

⁶² Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 617.

⁶³ Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civill* (London: Andrew Crooke, 1651), Kap. XVIII.

die Quelle eines vertagten Kriegszustands, mit dem Sozialfrieden nicht zu haben ist. Insofern liegt der Vorteil, der rationalisierte Grund der Vertragsgesellschaft in der Rechtssicherheit.⁶⁴ Rousseau seinerseits geht von einem Naturzustand aus, in welchem die Frage nach dem Recht und der Gerechtigkeit deswegen gar nicht hochkam, weil nicht zeitlich, aber logisch Recht und Gerechtigkeit den Zustand des Unrechts und der Ungerechtigkeit mitimplizieren, die der Naturmensch nicht kannte, weil Gerechtigkeit eine Folge der Frage nach Mein und Dein ist, die es im Naturzustand gar nicht gegeben hat. Er kannte „weder Eitelkeit noch Ansehen, weder Wertschätzung noch Geringschätzung“, weder einen „Begriff von Dein und Mein“, noch von der Gerechtigkeit.⁶⁵ Das sind alles Begriffe, die erst nach dem Gesellschaftsvertrag herbeigeführt wurden, weswegen er gemäss Rousseau kein legitimer Vertrag, aber ein Betrugsvertrag ist. Anstelle der Vernunft des Menschen hat sich Rousseau auf seine Erfahrungen, Gefühle und Instinkte verlassen.

Die Frage ist, was dieser Diskurs zur Bewahrung des Gemeinsamen genau beigetragen hat? Eine Antwort darauf entwickelt Arendt, indem sie den Zustand der Staatenlosen (a) und Heimatlosen (b) bewertet. Zunächst zur Genese der Staatenlosigkeit: Vor Beginn der Neuzeit verhinderte das Prinzip *quidquid est in territorio est de territorio*, wonach kein Staat seinen Bürger in anderen Staaten verfolgen darf, *praktisch* die Staatenlosigkeit. Es handelte sich faktisch um ein Recht, da der betreffende Staat den betreffenden Wegläufer in seinem Fluchtort nicht verfolgen konnte. Es gab damit nicht nur eine Rechtsvorstellung, sondern auch einen Staat, der den Flüchtigen trotz des Entzuges seiner Bürgerrechte in seiner Heimat faktisch schützte. Dieses Recht war auch in der Kultur der Eliten sowie in den Erfahrungen des Volkes verankert und wurde dabei nicht wie in der Neuzeit explizit in den Verfassungen der Staaten festgehalten. Mit dem Übergang zur Neuzeit entsteht ein Problem, da Staatsoberhäupter weiterhin ein Interesse an der Verfolgung politischer Rivalen hatten und sich jetzt nur noch an dem Geschriebenen zu halten hatten, das nicht nur (zu eigenen Gunsten) von den Professionellen interpretiert und geändert werden konnte, sondern auch in der Kultur kaum verankert war. Für die Betroffenen hat das nicht nur die Verfolgung, Staatenlosigkeit, sondern auch die totale Schutzlosigkeit gegenüber ihrem neuen und alten Staat zur Folge. Im Grunde genommen wurde durch die Internationalisierung dieser neuen Rechtsvorstellung der Geltungsbereich der Herrscher erweitert, indem die Glieder, nun die Objekte des Nationalstaats auch in der Fremde bestimmten Gesetzen ihres alten Staatsoberhauptes unterstellt

⁶⁴ John Locke, *Two Treatises of Government. In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter Is a Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government* (London: Thomas Tegg, 1823), Cap. V.

⁶⁵ Jean-Jacques Rousseau, „Diskurs über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheiten unter den Menschen“, in: Meier, Heinrich (Hrsg.). *Diskurs über die Ungleichheit* (Discours sur l'inegalité, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1984 [1755]), s. 153.

blieben.⁶⁶ Die Konzeption der Menschenrechte sollte da einspringen und die Menschen gegen die staatliche Gewalt schützen. Doch diese Logik ging nicht auf - die Menschenrechte versagten. Sogar auch dann, wenn die Menschenrechte einen Flüchtigen geschützt hätten, wäre das Problem nicht gelöst, da es auch Fälle gegeben hat und gibt, in denen einer ganzen Volksgruppe die Staatsbürgerrechte entzogen wurden. Die Menschenrechte versagen in diesem letzten Fall, weil sie als das Recht eines Menschen und nicht eines Menschen innerhalb einer kulturell eng verwobenen Gemeinschaft konzipiert sind.⁶⁷ Zur Untermauerung erinnert Arendt an die Erfahrungen der beiden Weltkriege und stellt fest, dass diese Erfahrungen gleichsam experimentell beweisen,

„dass Menschenrechte nichts sind als eine sinnlose ‚Abstraktion‘, dass sich Rechte wie eine ‚überkommene Erbschaft‘ tradieren, die man Kindern und Kindeskindern weitergibt wie das Leben selbst, und dass es politisch sinnlos ist, seine eigenen Rechte als unveräußerliche Menschenrechte zu reklamieren, das sie konkret niemals etwas anderes sein könnten als die Rechte eines Engländers⁶⁸ oder eines Deutschen oder Welch anderer Nation immer. Die einzige Rechtsquelle, die bleibt, wenn die Gesetze der Natur wie die Gebote Gottes nicht mehr gelten sollen, scheint in der Tat die Nation zu sein; ‚aus der Nation‘ also, und nirgendwo sonst, entspringen Rechte, sicher nicht aus Robespierres ‚Menschheit, dem Souverän der Erde.‘^{69, 70}

Die Frage ist, warum erst seit der Neuzeit die Staatenlosigkeit, die es schon immer gegeben hat und Arendt als Unglück in der Geschichte der Völker bezeichnet, auf einmal in der Heimatlosigkeit (b) endet.⁷¹ Der Grund kann ebenfalls im Niedergang des mittelalterlichen Grundsatzes *quidquid est in territorio est de territorio*, betrachtet werden: Dieses Prinzip wurde mit der Gründung der modernen Nationalstaaten erst hinfällig und dann faktisch aufgehoben. Denn mit der Neuzeit übernehmen die Nationalstaaten durch die Gegenseitigkeitsverträge auch dann Rechte gegenüber ihren BürgerInnen wahr, wenn sie infolge der Flucht in anderen Staaten zu leben begangen.⁷² Innerhalb dieser Rechtslogik schützt weder das Menschenrecht, noch das Asylrecht den Migrierenden, Staatenlosen und Rechtlosen, da das Gesetz eines Nationalstaates auch ausserhalb der eigenen

⁶⁶ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 584-585.

⁶⁷ Michael Walzer, *Spheres of Justice: a defence of pluralism and equality* (New York: Basic books, 1983); Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (Oxford: Clarendon Press, 2003); Charles Taylor, *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994).

⁶⁸ Verweis auf Burkes, *Reflections on the Revolution in France*.

⁶⁹ Aus Robespierres Rede von 24. April 1793.

⁷⁰ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 619.

⁷¹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 607.

⁷² Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 584 f.

nationalen Grenzen wirksam bleibt.⁷³ Seit der faktischen Aufhebung dieses zwischenstaatlichen Prinzips steht das Asylgesetz in einem Spannungsverhältnis zum Internationalen Recht der Staaten und seitdem endet die Staatenlosigkeit in der Heimatlosigkeit.⁷⁴

„Da Gegenseitigkeitsverträge und internationale Abkommen ein Netz über die Erde gesponnen haben, da es dem Staatsbürger jedes Landes ermöglicht, seinen legalen Status mit sich zu tragen, wohin er immer gehen mag, ist das Gesetz, dem er aufgrund seiner Staatsbürgerschaft unterstellt ist, nicht mehr auf ein Land beschränkt, und die Polizei des Gastlandes ist durch Auslieferungsverträge verpflichtet, die Polizei der Heimat zu ersetzen. Wo immer Auslieferungsverträge nicht anwendbar sind, stellt sich jedenfalls heraus, dass, wer nicht mehr in das Netz internationaler Gegenseitigkeitsverträge gehört, weil für ihn keine Regierung und kein nationales Gesetz zuständig ist, aus dem Rahmen der Legalität überhaupt herausgeschleudert ist und aufgehört hat, eine juristische Person zu sein.“⁷⁵

E. KRITIK AN DER KONZEPTION DES MENSCHEN IN DEN MENSCHENRECHTEN

Bei Staatenlosigkeit handelt es sich um ein altes Phänomen, das entsteht, wenn ein Mensch aus einem Staat vertrieben wird. Historisch gab es schon immer Naturkatastrophen, Anfeindungen zwischen rivalisierenden Volksgruppen, Bürgerkriege, Kriege zwischen Staaten, die zu Verwüstungen, Völkerwanderungen und Staatenlosigkeit führten. Insofern ist die Existenz von Staatenlosen, Flüchtlingen und Asylsuchenden, also von Menschen, die aufgrund ihrer ethnischen oder ethischen Orientierung und/oder Parteinahme für die *falsche* Seite migrieren mussten, nicht neu. Neu sind die Heimatlosen. Die Heimatlosigkeit ist ein Phänomen der Neuzeit, die entsteht, wenn Angehörigen einer Volksgruppe aufgrund ihrer Zugehörigkeit die Staatsbürgerrechte verweigert oder entzogen werden. Unmittelbar haben diese Menschen keine Identitätskarte, keine Geburtsurkunden und keinen Reisepass, die selber ein Produkt der Neuzeit sind.⁷⁶

Dieses Problem hätte gemäss Arendt verhindert werden können, wenn die Menschenrechte als Gruppenrechte konzipiert worden wären. Daher liegt ein

⁷³ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 608 f.

⁷⁴ Heute geht es sogar soweit, dass Staaten ihre Staatsangehörigen in anderen Ländern verfolgen, spionieren, verhaften, entführen, ja töten. John Williams and Anthony F. Lang, *Hannah Arendt and International Relations: Readings Across the Lines* (New York: Palgrave Macmillan, 2005).

⁷⁵ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, S. 609.

⁷⁶ Anderson Benedict, *Die Erfindung der Nation. Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts* (Frankfurt am Main: Campus, 1996); Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights*, 2015; Peggy Levitt, *God Needs No Passport: Immigrants and the Changing American Religious Landscape: How Immigrants are Changing the American Religious Landscape* (New York: New Press, 2007); Benhabib, *exile, statelessness, and migration*, 2018.

Problem insofern im Menschenverständnis der Menschenrechte, als dass diese Logik von einem Menschen ausgeht, den es nirgendwo gibt.⁷⁷ Zur Bekräftigung verweist sie zunächst auf Edmund Burke,⁷⁸ der im Begriff der Menschenrechte ohne eine nationalstaatliche Garantie eine Farce sah. Es gebe Männer, Frauen, Engländer und Christen, aber keinen Menschen ohne die Zugehörigkeit zu einer ganz bestimmten Gemeinschaft. Dieser Mensch ohne Eigenschaften, ohne Geschlecht, Nation, Leistung versetze die Menschen im Zeitalter der Nationalstaaten in den Naturzustand von Hobbes, obwohl ihnen hoch theoretisch unveräußerliche Menschenrechte zugesprochen wurden.

„Innerhalb der zivilisierten Welt, in der wir normalerweise leben und die sich in unserem Jahrhundert über die ganze Erde erstreckt hat, ist der Naturzustand, der vormals von wilden Völkerschaften repräsentiert wurde, in den Staaten- und Rechtlosen verkörpert, die, indem sie aus allen menschlichen Gemeinschaften herausgeschleudert wurden, auf ihre naturhafte Gegebenheit und nur auf sie zurückgeworfen sind. Sie sind, nachdem sie aufgehört haben, als Deutsche oder Russen oder Armenier oder Griechen anerkannt zu sein, nichts als Menschen; jedoch sofern sie von aller Teilhabe, an der von Menschen errichteten und von ihren Künsten ersonnenen Welt ausgeschaltet sind, besagt dieses Menschseins nicht mehr, als dass sie dem Menschengeschlecht in der gleichen Weise zugehören wie Tiere der ihnen vorgezeichneten Tierart. Dieses abstrakte Menschenwesen, das keinen Beruf, keine Staatszugehörigkeit, keine Meinung und keine Leistung hat, durch die es sich identifizieren und spezifizieren könnte, ist gleichsam das genaue Gegenbild des Staatsbürgers, dessen Ungleichheit und Differenziertheit dauernd innerhalb der politischen Sphäre von dem grossen Gleichmacher aller Unterschiede, der Staatsbürgerschaft selbst, eingegeben werden; denn wiewohl der Rechtlose nichts ist als ein Mensch, er ist doch dies gerade nicht durch die gegenseitig sich garantierende Gleichheit der Rechte, sondern in seiner absolut einzigartigen, unveränderlichen und stummen Individualität, dem der Weg in die gemeinsame und darum verständliche Welt dadurch abgeschnitten ist, dass man ihn aller Mittel beraubt hat, seine Individualität ist [in] das Gemeinsame zu übersetzen und in ihm auszudrücken. Er ist gleichzeitig der Mensch und das Individuum überhaupt, das allerallgemeinste und das allerspeziellste, das beides gleichermaßen abstrakt ist, weil es gleichermaßen weltlos bleibt“.⁷⁹

⁷⁷ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 618 f.

⁷⁸ Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France, and on the proceedings in certain societies in London relative to that event: in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris* (London: Printed for J. Dodsley, 1790).

⁷⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 623-624.

Es handelt sich um eine paradoxe Entwicklung, weil die Staatenlosen nun in einem totalen Gegensatz zur Idee der Menschenrechte stehen. Die Menschenrechte geben nicht nur keinen Schutz gegen Staatenlosigkeit, gegen die Staatsgewalt, sondern sie verrechtlichen sein Gewaltmonopol und entziehen den Heimatlosen gar das im Naturzustand bestehende natürliche Recht auf individuelle Gewaltanwendung, auf das Widerstandrecht. Es ist insofern eine Entpolitisierung des Gemeinsamen, als dass es um eine Korruption handelt; obschon nicht das Recht, sondern die Politik das Schicksal der Staatenlosen bestimmt, wird die Staatenlosigkeit im Medium des Rechts kommuniziert. Auch diese Korruption im Sinne einer Inkonsistenz führt Arendt auf die Konzeption des Menschen in Menschenrechten zurück, deren Rechte zwar für universal gehalten werden, aber deren Adressaten ohne eine rechtlich abgestützte Zugehörigkeit zu einer konkreten (Staats-) Gemeinschaft vorgestellt sind. Ein Mensch, wie einzigartig er und/oder seine Rechte auch *vorgestellt* sein mögen, ist ohne eine rechtlich wirksame Zugehörigkeit zu einer konkreten Gesellschaft heimatlos und ohne die Unterstützung einer staatsrechtlich legitimierten Regierung schutzlos, verlassen und alleine gelassen gegenüber einer Vielzahl von Nationalstaaten.⁸⁰

F. KRITIK AM A PRIORI DER MENSCHENRECHTE VOR BÜRGERRECHTEN

Auf der Grundlage des Bisherigen entwickelt Arendt eine substanzielle Kritik an a priori der Menschenrechte vor Bürgerrechten.⁸¹ Der Logik nach erreicht die neuzeitliche Herrschaftsbegründung mit der Erklärung der Menschenrechte den Höhepunkt, die anstelle religiöser Vorstellung und/oder Tradition sowie geheiligten Vergangenheit den Menschen selbst zum Massstab aller Dinge nimmt. Dabei ist die Menschheit darin „als eine regulative Idee“ aufgefasst, die besagt, „dass das Recht auf Rechte oder das Recht jedes Menschen, zur Menschheit zu gehören, von der Menschheit selbst garantiert“ wird.⁸² Kulturanthropologisch besagt die Erklärung der Menschenrechte „dass die Völker sich von der Vormundschaft aller gesellschaftlichen, religiösen und historischen Autoritäten befreit hätten, dass das Menschengeschlecht seine ‚Erziehung‘ beendet habe und mündig geworden sei“⁸³ Diese Annahme der Vertragstheoretiker hält den Einzug in „*Déclaration des Droits de l’Homme*“ und „*Declaration of Independence*“, die ebenfalls auf dem *Glauben* an der guten Natur des Menschen, an axiomatischen Wahrheiten beruhen und Menschen mit angeborenen, unabdingbaren und unveräusserlichen Rechten ausstatten.

Die Entpolitisierung des Gemeinsamen liegt in diesem Fall erstens darin, dass es sich hier nicht nur um kein Recht, vielmehr um eben einen Glauben handelt,

⁸⁰ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 621.

⁸¹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 601-625.

⁸² Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 617.

⁸³ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 602.

sondern eben auch um einen naiven Glauben; totalitäre Regierungen lassen sich weniger Logik, Vernunft, Ration oder von philosophisch, axiomatischen Wahrheiten sowie transzendentalen Massstäben, vielmehr mehr von der Nützlichkeit, dem Majoritätsprinzip und der organischen Denkweise leiten. Und seit Aristoteles weiss der Mensch eigentlich, dass es nichts Schlimmeres gibt, als wenn recht und gerecht eine Frage der Macht ist.

„Denn wie der Mensch in seiner Vollendung das edelste aller Lebewesen ist, so wiederum losgerissen vom Gesetz und Recht das schlimmste von allen. Denn nie ist die Ungerechtigkeit fürchterlicher, als wenn sie Waffen hat; (...) Und daher ist denn ohne Tugend das ruchloseste und wildeste Lebewesen (...). Die Gerechtigkeit aber stammt erst vom Staate [polis her, denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft; das Recht aber ist die Entscheidung darüber, was gerecht ist“.⁸⁴

Genau diese Erkenntnis wurde bei der Konzeption der Menschenrechte in den Wind geschlagen. Der Mensch in der Menschenrechtskonzeption wurde nicht als Angehöriger einer konkreten Gemeinschaft, sondern als Objekt einer intellektuellen Leistung eines abstrakten Staates, der in Wirklichkeit physisch und sozial noch nie soviel Gewaltpotential hatte, wie nach der Legitimierung der Vertragstheoretikern.

Zweitens, obwohl den Menschen die Menschenrechte auf der Grundlage der Vertragstheorie für angeboren gehalten wurden, garantierten sie faktisch nicht mal das Recht auf einen gültigen Reisepass, womit die Betroffenen dem Unrechtregime hätten entfliehen können. Vielmehr wurde ein abstraktes Rechtsobjekt ohne konkrete Mittel geschaffen - eine Art moderne Illusion und Ersatz des prophetischen Versprechens auf eine gerechte aber jenseitige Welt. Arendt synthetisiert diese beiden Befunde zu einer Kritik, indem sie aus einer historischen Perspektive feststellt,

„dass das grundsätzliche Verbrechen der Sklaverei nicht darin bestand, dass Sklaven die Freiheit verloren (was auch unter anderem Umständen eintreten kann), sondern darin, dass ein System geschaffen wurde, in dem ein Kampf für Freiheit unmöglich wurde, und eine Institution, in der man den Verlust der Freiheit als ein naturgegebenes Faktum verstand, so dass es erscheinen konnte, als wären Menschen entweder als Freie oder als Sklaven geboren. Dass man in der Formulierung der Menschenrechte gerade auch die Freiheit für ein ‚angeborenes Recht‘ erklärte, ist nur der letzte Rest dieser Theorie; die angeborene Freiheit wurde nun auf jedermann, selbst auf die Sklaven, erstreckt, und man übersah, dass beides, Freiheit und Unfreiheit, ein Produkt menschlichen Handelns ist und mit der ‚Natur‘ gar nichts zu tun hat“.⁸⁵

⁸⁴ Aristoteles, *Politik*, I 2, 1253a 32-42.

⁸⁵ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 615.

Damit kritisiert sie nicht nur die Konzeption des Menschenrechts, weil sie auf die von der Natur vorgegebene Verschiedenheit gestützt ist und die Unterschiede vernachlässigt, sondern auch die Tatsache, dass Menschenrechte, Freiheit und Unfreiheit anstelle aus der gemeinsamen Geschichte, aus der Natur ableiteten wurden. Freiheit ist das Resultat der Zusammenarbeit in der Gemeinschaft und ist ihr nicht von höheren Mächten vorgegeben. Wo die Freiheit und das Recht von der Natur abgeleitet ist bzw. wo nur auf diese Logik beruhende Menschenrechte gelten und alle anderen Rechte nicht mehr zählen, dort ist der Mensch in den Naturzustand, in die Naturverhaftetheit, in die Barbarei zurückgeworfen. Genau dieser Zustand stellt für Arendt eine Regression der Zivilisation in *dark time* dar.⁸⁶

Obwohl im Allgemeinen die Aufklärung, die Säkularisierung sowie die Rationalisierung des Rechts eine Reflexion über die Entwicklung der Zivilisation ermöglicht hatte, schlägt sich diese Reflexion im Falle der Menschenrechte kaum in Lerneffekte nieder. Ein Grund für diese Lernabstinentz geht auf dem a priori der Menschenrechte vor Bürgerrechten zurück. Diese Priorisierung macht sich praktisch bemerkbar, sobald einem Menschen der Schutz einer Regierung durch die Bürgerrechte fehlt. Im Moment der Abwesenheit eines Schutzes durch die Regierung auf der Grundlage der Staatsbürgerrechte schrumpft das Menschenrecht zum Minimalrecht, das dem Anspruch nach universell und dem Menschen zwar angeboren ist, aber in der Wirklichkeit keinen konkreten Schutz gegen Widrigkeiten bietet.⁸⁷ Menschen, denen die Staatszugehörigkeit entzogen wurde oder sie nie hatten, verdeutlichen, dass ein Menschenrecht ohne eine politische Zugehörigkeit zu einer staatlich organisierten Staatengemeinschaft und ihrer Anerkennung durch das Völkerrecht nicht nur ein höchst fragiles Konstrukt darstellt, sondern sie auch zur Heimatlosigkeit, zu absoluter Rechtslosigkeit zwingt.⁸⁸

Arendt hält das Konzept der Menschenrechte ohne staatsrechtliche Garantien zur Zugehörigkeit zu einer staatlich organisierten Gemeinschaft mit dem entsprechenden Durchsetzungsvermögen für zumindest unzureichend, sobald es um den Schutz der Recht- und Heimatlosen geht.⁸⁹ Sowie ein Staat ohne kasernierte Macht keine Wirkung in der Gesellschaft entfalten kann, so verfährt sich mit einem Recht, das nicht von Gerichten angewendet wird, die ihre Entscheidung auch gegen den Willen der Betroffenen durchsetzen können. Erst dank diesem extern garantierten Zwang unterscheidet sich das Recht von dem Glauben, der Ethik, Philosophie, Religion und

⁸⁶ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 621; Bernard J. Bergen, *The Banality of Evil: Hannah Arendt and the Final Solution* (Rowman & Littlefield. Publishers: 1998); Dana Villa, *The Cambridge Companion to Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); Benhabib, *Politics in Dark Times*, 2010; Berkowitz and Katz, *Thinking in Dark Times*, 2010; Anne Conover Heller, *Hannah Arendt: a life in dark times* (New Harvest: 2015); Ashcroft, *Violence and power*, 2021.

⁸⁷ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 605.

⁸⁸ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 607.

⁸⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 603.

Erziehung, die sich von einer logischen Konsistenz ableiten lassen und sich damit mit interner Überzeugung des betreffenden Individuums zufriedengeben können.

Arendts Ausführungen können wie folgt ausgelegt werden; der Mensch wurde aus dem Zeitgeist heraus zu dem Preis ins Zentrum aller Geschehnisse gestellt, dass er seine Zugehörigkeit zu einer konkreten Gemeinschaft aufgibt und seine Rechte von einem Staat abhängig macht. Sein Anspruch auf die Mündigkeit zahlte er mit dem Verlust seiner traditionell gepflegten Gewohnheiten aus. Als Gegenleistung wurde er in den Gesellschaftszustand aufgenommen und darin mit Menschenrechten versehen. Jedoch, schon logisch kann etwas, was allen Menschen ohne rechtstaatliche Garantien zugesprochen wird, von keinem Menschen und von keiner Instanz gefordert werden kann, kein Recht genannt werden. Darin liegt das Verhängnis einer Konzeption des Menschen (in den Menschenrechten), der ohne die Zugehörigkeit zu einer konkreten Gemeinschaft vorgestellt ist. In dem Moment, in dem Menschen nur überpositive Rechte zugesprochen wurden, schrumpft das Recht selbst zu einer Gutwilligkeit. Von da an sind sie der Willkür ausgeliefert. Weder ihr Glaube, ihre Bildung, ihre Zugehörigkeit, noch ihre Leistungen zum Bewahren des Gemeinsamen zählen. Was zählt, ist einzig und alleine der Kultur- und Rechtslogik entbundene Wille (des jeweiligen Machthabers). Hier angekommen schrumpft das Recht zurück zur Politik, zur Willkür. Freiheit verwandelt sich in Unfreiheit. Innerhalb eines Internierungslagers ist es unwichtig, wie der Internierte behandelt wird. Alleine die Tatsache, dass er seiner Freiheit beraubt ist, dem politischen Gemeinsamen entzogen ist, dieser Gemeinsamkeit nicht beitragen kann, zeigt, dass er die mögliche Verweisungszusammenhänge zu der gemeinsamen Welt verloren hat.⁹⁰

G. DIE HEIMAT - DAS RECHTE AUF RECHTE

Nun stellt sich für Arendt die Frage, wie das Problem gelöst werden kann. Um eine Antwort darauf zu generieren, stellt sie sich die Frage, was sich wohl die Überlebenden der Vernichtungslager, die Staatenlosen, die Rechtlosen, die Heimatlosen gewünscht hätten. Arendts Antwort darauf ist kurz; die Heimat. Axiomatisch stellt sie fest, dass der Mensch schon aufgrund seiner Konstitution auf die Heimat angewiesen ist. Denn wie bereits Aristoteles feststellte: nur eine Bestie oder ein Gott schafft es, ausserhalb der Gemeinschaft zu leben. Wer keine Heimat hat, der steht folglich ausserhalb des Rechts, ist rechtlos (geworden). Daher, „die Heimat verlieren heisst die Umwelt verlieren, in die man hineingeboren ist und innerhalb derer man sich einen Platz in der Welt geschaffen hat, der einem sowohl Stand wie Raum gibt“.⁹¹ Zumal der Verlust der Heimat in der Rechtlosigkeit endet, definiert Arendt Heimat als das Recht, Rechte zu haben.

⁹⁰ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 621.

⁹¹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 607.

„Denn das Unglück des Rechtlosen liegt nicht darin, dass er des Rechtes auf Leben, auf Freiheit, auf Streben nach Glück, der Gleichheit vor dem Gesetz oder gar der Meinungsfreiheit beraubt ist; alle diese Formeln stehen deshalb in gar keiner Beziehung zu einer Situation, weil sie entworfen wurden, um Rechte innerhalb gegebener Gemeinschaften sicherzustellen. Die Rechtlosigkeit hingegen entspringt einzig der Tatsache, dass der von ihr Befallene zu keiner irgendwie gearteten Gemeinschaft gehört. Es ist sinnlos, Gleichheit vor dem Gesetz für den zu verlangen, für den es kein Gesetz gibt; kommt er erst einmal vor das Gesetz, etwa indem er ein im Gesetz vorgesehenes Verbrechen begeht, so wird er sich über Ungleichheit vor diesem Gesetz schwerlich beklagen können. Es ist sinnlos, für jemanden Freiheit zu verlangen, der gar nicht unterdrückt wird, ja, dessen Unglück man dadurch definieren könnte, dass niemand ihn auch nur zu unterdrücken wünscht“.⁹²

Besonders seitdem sich die Menschen in Nationalstaaten zu organisieren begonnen haben, sind sie nicht nur auf eine Heimat, sondern nun auch auf die Zugehörigkeit zu einer staatlich organisierten Gemeinschaft angewiesen, um überhaupt Rechte zu haben. Sowie ein Mensch in den alten Zeiten ohne eine Heimat sozial nicht existieren konnte, kann ein Mensch in der Neuzeit ohne eine Staatszugehörigkeit, ohne Bürgerrechte weder seine Menschenrechte geltend machen, noch sich zur Wehr setzen und zwar auch dann bzw. grade dann nicht, wenn er seiner für angeboren gehaltenen Menschenrechte beraubt ist.⁹³

Daraus leitet Arendt ab, dass nicht der Verlust der Menschenrechte, sondern der Verlust der Bürgerrechte den Verlust der Heimat- und Rechtslosigkeit zur Folge hat. Der Verlust der Heimat, der Verlust der Bürgerrechte ist gleichbedeutend mit dem Verlust des Menschseins, mit dem Verlust der Zugehörigkeit, der Zugehörigkeit zur Menschheit. Denn es handelt sich um die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft, die einen Menschen befähigt, den Anspruch des Menschen auf das Recht, Rechte zu haben, zu erheben. Erst dank dieser Zugehörigkeit kann er sich von allen anderen Menschen unterscheiden, also eine im eigenen Sinne entwickelte Identität erwerben. Damit erhält der Mensch das Recht, in einem vorkonstituierten Beziehungsgeflecht auf der Grundlage der selbstgewählten Handlungen beurteilt zu werden und nicht auf der Grundlage der ihm vom Nationalstaat zugewiesenen Rechte. Das will er, nicht weil er das oder jenes Recht haben will, sondern damit er sein kann, was er ist. Daher, ohne einen Stand auf der Welt, ohne die Gewähr dafür, Rechte innerhalb einer politischen Gemeinschaft zu haben, zu der der Mensch gehört, in der der Mensch ein Teil ist, die Zugehörigkeit zu ihr auch mit Rechten, Pflichten und meinungs- und

⁹² Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 611-612.

⁹³ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 616.

bedeutungsvollen Handlungen einhergeht, in der das Gesagte auch praktische Handlungen auszulösen in der Lage ist, hat der Mensch seine Heimat, das Recht verloren, Rechte zu haben.

„Etwas viel Grundlegenderes als die in der Staatsbürgerschaft gesicherte Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz also steht auf dem Spiel, wenn die Zugehörigkeit zu der Gemeinschaft, in die man hineingeboren ist, nicht mehr selbstverständlich und die Nichtzugehörigkeit zu ihr nicht mehr eine Sache der Wahl ist oder, wenn Menschen in die Situationen gebracht werden, wo ihnen, falls sie sich nicht entschliessen, Verbrecher zu werden, dauernd Dinge zustossen, die ganz unabhängig davon sind, was sie tun oder unterlassen“.⁹⁴

In diesem Zusammenhang hebt Arendt hervor, dass historisch nicht der Verlust der Staatszugehörigkeit neu ist, sondern eine neue Heimat zu finden, mit der Moderne unmöglich geworden ist. Neu ist, dass jeder, der aus politischen Gemeinschaften der Nationen ausgeschlossen wurde, der keine Staatsbürgerschaft hat oder dem sie entzogen wurde, zugleich der Menschheit selbst ausgeschlossen wird.⁹⁵ Denn mit dem Verlust des Schutzes des Staates verliert der betreffende Mensch nicht nur den Schutz seiner Regierung, das Recht auf Staatsbürgerrechte, sondern auch den Schutz aller Regierungen, mit denen die Erstere international verbindliche Verträge abgeschlossen hat. Dieser Verlust wurde im Nationalstaat anomalisch, weil er diesen Verlust mit dem Versprechen nach einer gesellschaftlichen Verankerung der prinzipiengeleiteten Verfassungen zu kompensieren versprach. Er versprach die Bewahrung der Verschiedenheit trotz entstandener Unterschiede. Er versprach das Recht auf Zugehörigkeit auf der Grundlage der Gleichheit trotz Verschiedenheit. In Wahrheit wurde das Versprechen nie eingelöst. Anstelle ihrer Einlösung wurden ihnen die Menschenrechte zur Seite gestellt. In diesem Zustand wurden die Menschenrechte „zu einer Art zusätzlichen Ausnahmerechts für die Unterdrückten [avanciert], auf das sich ihre Beschützer beriefen; jedermann behandelte die Menschenrechte, als stellen sie ein Minimum an Recht für die Entrechteten dar“.⁹⁶

III. ZWISCHENBETRACHTUNG

Arendts Kritik an der Konzeption der Menschenrechte und des Nationalstaates birgt die Gefahr, in einer tiefen Skepsis gegenüber der Zivilisation selbst zu enden. Indem sie die Menschenrechte den Bürgerrechten gegenüberstellt und im a priori der Menschenrechte vor Bürgerrechten eine Regression der Zivilisation in die Naturhaftigkeit sieht, übersieht sie, dass sie sich ergänzen könnten. Auf der anderen Seite darf diese Gefahr ihr Anliegen und ihre Kritik nicht überschatten.

⁹⁴ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 613.

⁹⁵ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 608.

⁹⁶ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 602.

Sie weist zu Recht darauf hin, dass das, was den Menschen hilft, denen Menschenrechte entzogen wurden, nicht das ist, was bereits vorherrscht, sondern das, was hätte sein sollen. Für diese Geltungsperspektive analysiert sie das Vorherrschende. Dann unterzieht sie diese Fakten einer normativen Bewertung, indem sie die Zugehörigkeit zur Heimat als das Geltungsprinzip bestimmt. Dabei betrachtet sie den Nationalstaat als das Soziologisch-Faktische und die Pluralität der Heimat als eine normative Orientierungs- und Bewertungsquelle.⁹⁷ Ein Problem besteht darin, dass sie die Genese, Heimat als Bewertungsquelle, mit der Geltung vermischt. Zumal sich sowohl die Nationalstaaten wie auch dessen Verständnis sowie die Institutionen der Menschenrechte gewandelt haben, soll Arendts Kritik neu bewertet werden. Dazu soll in dieser *Zwischenbetrachtung* ein Vorschlag zu einer Revision Arendts Begriff der Heimat entwickelt werden. Ausgehend von der Frage, ob Heimat nicht ein als zu schwacher Begriff für ein Geltungsprinzip ist, wird nach einer Auseinandersetzung mit Arendts Methode der Unterscheidung von Legalität und Legitimität anstelle von der Heimat der demokratische Rechtsstaat als ein Vermittlungsort von Menschen- und Bürgerrechten vorgeschlagen.

A. LEGALITÄT UND LEGITIMITÄT

Zur Einordnung dieses Diskurses ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Unterscheidung zwischen Legalität und Legitimität nicht mehr erklärungsbedürftig ist.⁹⁸ Prominent wurde sie bei John Rawls in seiner *Theorie der Gerechtigkeit* angewandt.⁹⁹ Auch Habermas nimmt diese Unterscheidung als das Fundament seiner Theorien an.¹⁰⁰ In der Tat blickt diese Unterscheidung auf eine lange Tradition zurück. Spätestens seit Kants Beiträge *Kritik der reinen Vernunft* (1781) und *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) ist die Unterscheidung zwischen Sein und Sollen nicht nur in der Philosophie, sondern auch in den Sozialwissenschaften insgesamt akzeptiert.¹⁰¹ Kants *Kritik der Urteilskraft* (1790) ist insofern eine Synthese von beiden. Auf dieser Grundlage werden die epistemologische Fragen nach *was können wir wissen* und *was sollen wir wissen*, sowie die berühmte Wertfrage in der Wissenschaft behandelt.¹⁰²

⁹⁷ Jon Nixon, *Hannah Arendt and the Politics of Friendship* (London: Bloomsbury Academic, 2015).

⁹⁸ Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 2012.

⁹⁹ John Rawls, *eine Theorie der Gerechtigkeit* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975), s. 86.

¹⁰⁰ Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, s. 262; Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, s. 135; Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp (Frankfurt am Main: 1991), s. 120-125.

¹⁰¹ Andreas Diekmann, *Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen* (Hamburg: Rowohlt, 2007), s. 72-90; Emile Durkheim, *Soziologie und Philosophie. Mit einer Einleitung von Theodor W. Adorno* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1967).

¹⁰² Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen, 1985), s. 488-540.

Diese Differenzierung ist auch die Grundlage Webers Unterscheidung von legitimer Herrschaft.¹⁰³ Das Kriterium für diese Unterscheidung nennt Weber die *Legitimitätsgeltung*: Herrschaft durch (charismatische) Vorbildlichkeit, d.h. Legalität und Herrschaft durch Verbindlichkeit, d.h. Legitimität. Weber hebt auch hervor, dass Legitimation letzten Endes entweder auf eine faktische Macht¹⁰⁴ oder auf eine normative Geltung beruht.¹⁰⁵ Im ersten Fall erhebt die Herrschaft die Geltung mit Sitten, Tradition oder praktischer Macht. Bei einer Rechtsordnung auf der Grundlage der Legalität ist die Orientierung an empirischen Grössen, wie der äusserliche Zwangsapparat, der zum Teil entgegen persönlicher Interessenlagen und nur innerhalb einer Kulturgemeinschaft an Geltung erlangen kann. Im zweiten Fall wird die Frage gestellt, „welcher *normative Sinn* einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch *richtigerweise* zukommen *sollte*“.¹⁰⁶ Mit dieser Frage hat Weber eine legalistische Rechtsordnung von einer legitimierten Rechtsordnung unterschieden. Eine Rechtsordnung auf dem Legitimitätsprinzip beruht auf abstrakten Prinzipien von Sollens-Sätzen, die zwar logisch deduziert, aber im Endresultat durch Idealisierungen gewonnen werden. Diese können dann als der Rahmen für eine ideale Gesellschaftsordnung genommen werden. Auf dieses konzeptionelle Schema geht Webers Feststellung in seiner Religionssoziologie zurück, wonach Interessen und nicht Ideen unmittelbar das Handeln beherrschen.¹⁰⁷

Arendt ist bekanntlich stark von Karl Jaspers und seine Unterscheidung von Sein und Werden beeinflusst.¹⁰⁸ Sie wendet diese Theorie an, indem sie sich der Frage stellt, was einen staatenlosen, heimatlosen Menschen von Repressalien eines Staates geschützt hätte. Mit dieser in Konjunktion gestellten Frage will Arendt ein Recht rekonstruieren, das weder von der Staatsbürgerschaft noch von den Menschenrechten abgedeckt ist, das jedoch fundamentaler ist, als die beiden. Um dieses Recht zu finden, nimmt sie Bezug auf die Lage derer, die in eine absolute Rechtslosigkeit gebracht wurden; die Staatenlosen, die Überlebenden der Vernichtungslager, die Insassen der Konzentrations- und Internierungslager und Flüchtlinge. Um ihre Lage nicht nur zu beschreiben, um ihr Sein nicht

¹⁰³ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (Tübingen: Mohr, 1980), Kap. III, § 2, S. 122 ff.

¹⁰⁴ „Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“. Siehe dazu Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, § 16, S. 62. Weber Definition der Macht impliziert sowohl die Ohnmacht, Entmachtung sowie die Bemächtigung. Sie ist in diesem Sinne keine gerichtete Definition.

¹⁰⁵ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. Kap. III, § 1.

¹⁰⁶ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, s. 181.

¹⁰⁷ Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (Tübingen: Mohr, 1986), s. 252.

¹⁰⁸ Lotte Kohler und Hans Saner, (eds.), *Arendt, Hannah and Jaspers, Karl Briefwechsel 1926-1969* (Munich: Piper, 1985); Weissberg, *Affinität wider Willen*, 2011; Antonia Grunenberg, *Hannah Arendt and Martin Heidegger*, 2017.

nur einfach festzustellen, sondern auch bewerten zu können, unterscheidet sie konzeptionell mit den Begrifflichkeiten von damals die juristische Betrachtung von der juridischen Logik des Rechts. Zu diesem Zweck stellt Arendt zunächst die Frage danach, welche Möglichkeiten die Betroffenen praktisch hatten, mit der Staatenlosigkeit umzugehen. Zur Antwort bespricht sie den Weg der Gesetzlosigkeit (a), den Weg des Genies (b) und den Weg des Normbruchs (c).

Die erste Möglichkeit (a) bestand aus einer Mischung aus der Illegalität, der Internierungslager und der Gesetzeslosigkeit. Auf der Geltungsebene wurden Menschen- und Bürgerrechte auf die Unmündigkeit des Menschen im Sinne der Philosophie vom Kant, die Aufklärung, die Säkularisierung und die Idee des Gesellschaftsvertrags gestützt. Der Fakt der Anwesenheit der Staatenlosen zwang die Nationalstaaten zur Relativierung dieser Ideen. Auf diese Spannung führt Arendt den Grund für den zwangshaften Versuch der Nationalstaaten zurück, die Staatenlosen in andere Staaten abzuschieben, auch mit illegalen Massnahmen. Dort, wo der Weg der Illegalität nicht aufging, weil zum Beispiel sich die Deportation praktisch nicht durchführbar erwies, wurden die Menschen in den Zustand der Gesetzeslosigkeit gezwungen, indem sie zum Beispiel in Internierungslager eingeschlossen wurden. Diese sind für Arendt das Sinnbild dafür, dass ein Mensch einfach aufgrund seiner Existenz, ohne eine Straftat begangen zu haben, bestraft wird.¹⁰⁹

Im zweiten Fall (b) versucht der Staatenlose sich in die Rolle des Genies reinzuschlüpfen und bewusst als etwas Anderes, z.B. als Genie, Ausländer oder Künstler aufzutreten. Durch diese bewusste Entscheidung zugunsten einer abweichenden Identität erlangt der Akteur minimale Rechte trotz der Staatenlosigkeit. Bei dem Weg des Genies geht es darum, dass sich die betreffende Person bewusst und von Anfang an als jemand abgibt, der schon in seinem Sein von der Gesamtheit abweicht. Dadurch dass die Besonderheit als Bestandteil der eigenen Identität in Erscheinung tritt, wird sie zwar auch im Lichte ihrer Negation aufgefasst und insofern bleibt die der eigenen Identität zugewiesene Negativität zwar behaftet, aber die betreffende Person bleibt *scheinbar* innerhalb der Gesellschaft und endet nicht in der lichtlosen Inexistenz; „schliesslich hat ein Hund mit Halsband und Namen eine bessere Chance als ein Strassenhund, der nichts ist als ein Hund überhaupt“.¹¹⁰

Der letzte Weg (c) stellte der Normbruch dar, womit sich der Staatenlose paradoxerweise zum Subjekt von Rechten machen kann. Paradox, da der Staatenlose erst durch einen Normbruch als Adressat von Rechten und Pflichten in den Blickwinkel des Rechtsstaates gerät. Um den Weg des Normbrechers zu verstehen, müssen wir uns die Logik des Rechts selbst anschauen: Der

¹⁰⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 594-595.

¹¹⁰ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 697.

modernen Rechtslogik nach ist die Strafe ein Wiedergutmachungsversuch.¹¹¹ Juristisch wird eine Strafe auf ein Gesetz zurückgeführt. Strafe ist in diesem Sinne die Verwirkung des Rechtsanspruchs. Jedoch, schon gemäss dem Prinzip *nulla poena sine lege* darf keine rechtstaatlich erhängte Strafe ausserhalb der Rechtslogik oder absolute Rechtslosigkeit herbeiführen. Die Frage lautet, ob diese axiomatischen Überlegungen nicht schon auf eine Logik der Schuld, der Strafe, also auf juristisches Verständnis des Rechts beruhen, obschon es einen realen Zustand der absoluten Unschuld gibt, der schon auf der Grundlage dieser juristischen Rechtslogik an sich als das Sinnbild einer absoluten Rechtslosigkeit zu definieren wäre, da der Akteur darin keineswegs in einer kausalen Beziehung mit einem persönlichen Vergehen steht, aber seine Lage vom keinem Recht erfasst ist. Mit der Trennung der Legalität von der Legitimität bejaht Arendt die Frage und begründet ihre Antwort damit, dass die Heimatlosigkeit, die ja auch ohne eine Straftat erfahren wird, seit der Moderne absolute Rechtslosigkeit zur Folge hat.¹¹²

Verliert der Mensch seinen Stand in der Welt, seine Heimat, beginnt sein Leben nicht mehr von Rechten und Pflichten, sondern von „der Mildtätigkeit privater oder der Hilfslosigkeit öffentlicher Instanzen“ dominiert zu sein und seine Meinungsfreiheit verkommt zur *Narrenfreiheit*, weil sie belanglos, ohne Folgen für die Gemeinschaft ist und seine Bewegungsfreiheit wird vergleichbar mit der Hasenfreiheit, weil sie von den Grenzen derer markiert ist, die ihn jagen.¹¹³ Dieser Zustand liefert ihn der Willkür aus. In diesem Fall ist der Heimatlose „politisch gesprochen, [eine] lebende Leichnam“, zumal er der Fähigkeit beraubt ist, in und für eine Gemeinschaft zu handeln.¹¹⁴ Nun kann er auch in die Konzentrationslager deportiert werden, ohne Folgen für die Täter, ohne dass die Täter mit einer Gefahr eines Widerstands aus der Öffentlichkeit rechnen müssen.¹¹⁵

Dabei entwickelt Arendt diese Antwort, indem sie auf der Grundlage eines Geltungsprinzips die Fakten bewertet. Dafür ergänzt sie die juristische Sichtweise mit einer juridischen Perspektive; aus der Sicht des Rechts und hier im Speziellen des Asylrechts flüchtet eine Person aus ihrem Land, weil sie ist, was sie ist. Ihre politische, religiöse, sexuelle Orientierung, also signifikante Eigenschaften der Person selbst sind der Grund der Flucht. Sie kann nicht anders als so sein, wie sie ist und wenn sie weiterhin existieren möchte, muss sie fliehen. Nun, sobald sich diese Person innerhalb der Grenzen des Gastlandes befindet, wird sie von der Polizei zu einer Migrationsbehörde mit Vollstreckungsbefugnissen begleitet.

¹¹¹ Goldoni and McCorkindale, *Hannah Arendt and the Law*, 2012.

¹¹² Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 597.

¹¹³ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 613.

¹¹⁴ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 614.

¹¹⁵ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 615.

Auf der anderen Seite, im Falle der StaatsbürgerInnen folgt die erzwungene Bekanntschaft mit der Staatsanwaltschaft auf eine strafbare Tat hin. Daher stellt sich die Frage, was genau die Tat des Flüchtlings ist, die die Aufmerksamkeit der Staatsanwaltschaft verdient. Für Arendt liegt die einzig vernünftige Antwort auf diese Frage in der Person des Flüchtlings selbst; der Grund der erzwungenen Bekanntschaft ist die Person des Flüchtlings selbst. Sie wird aufgrund *ihres Seins* von der Polizei zur genannten staatlichen Behörde geführt.

Um das Problem darin zu sehen, müssen wir zwei Sichtweisen zugleich annehmen: Rechtssoziologisch verabschiedet ein Rechtsstaat auf der Grundlage der Menschen- und Bürgerrechte seine Gesetze und die Richter verhängen die Strafen auf der Grundlage dieser Gesetze. Aus dieser soziologischen Sicht stellt sich die Frage, ob es für eine begangene Tat eine im Gesetz vorgesehene Strafe gibt. Wenn ja, dann gibt es rechtssoziologisch zwischen Strafe und Tat eine zeitliche und sachliche (materielle) Korrelation; jemand tut etwas Strafbares und trägt die entsprechenden Konsequenzen. Ein Aussenstehender kann feststellen, dass es eine kausale Beziehung zwischen Recht, Gesetz und Strafe gibt. Damit ist die Legalität des Rechts, das Juristische des Rechts gewährt. Keine Strafe ohne Gesetz ist die Formel dieser Logik.

Im Falle der Flüchtlinge wird von dieser Logik abgewichen. Um das zu verstehen, müssen wir von der Rechtssoziologie zur Rechtsphilosophie übergehen. Aus dieser Warte müssen wir nicht nur die Korrelation zwischen Recht, Gesetz und Strafe anschauen, sondern auch einen Schritt zurückgehen und die Frage stellen, was genau mit dem Recht gemeint ist. Denn ein Mensch, so Arendt, wie entrechtet er auch sein mag, ist ein Mensch, nicht weil ihm Rechte zugesprochen und/oder entzogen wurden, nicht weil ihm von der Rechtsgemeinschaft die Rechtsgleichheit zugesprochen wurde, sondern weil er sich in seiner Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft individuieren kann.¹¹⁶ Arendt unterscheidet mit anderen Worten das Recht haben auf eine bestimmte Handlung von dem Recht, Rechte zu haben. Während in einem Fall die Handlungsfreiheit eines jeden *Individuums* kraft der Gemeinschaft unterschiedlich, zum Beispiel bei Gefangenen anders und bei einem Menschen in Freiheit davon abweichend definiert werden darf, bzw. gemessen an seinem Unterschied unterschiedlich behandelt werden darf, stehen ihm im anderen Fall als ein *Mensch* Rechte zu, die von keiner Autorität in Frage gestellt werden dürfen. Nicht weil ihm von der Gemeinschaft Rechte an- und zugesprochen wurden, sondern weil er als eine Person der Gesellschaft gehört, genießt er unveräusserliche Rechte.

Aus dieser letzten Perspektive stellt sich die Frage, was ist genau die Tat, die der Flüchtling begeht? Die Antwort auf diese Frage lautet, seine Tat ist seine *Anwesenheit*, und zwar im Sinne des Senders- und Empfangslandes. Wenn wir

¹¹⁶ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 624.

den Flüchtling als diejenige Person definieren, dem aufgrund seines Seins ein Unrecht in seinem Ursprungsland getan wird, dann können wir auch sehen, dass im Falle des Flüchtlings die oben angesprochene Rechtslogik umgekehrt wird, sodass die Korrelation von Recht auf Unrecht verschoben ist; die Beziehung sieht jetzt so aus: Unrecht, Gesetz und Administrativmassnahmen bzw. Strafe. Ihm wird ein Unrecht getan, woraufhin, um dieses Unrecht zu legitimieren, ein Gesetz verabschiedet wird, dem eine Massnahme/Strafe folgt. Diese Behauptung kann dadurch materialisiert werden, dass, während im Falle der StaatsbürgerInnen eine Bestrafung bzw. die staatliche Verfolgung auf eine strafbare bzw. rechtlich verpönte Handlung hin erfolgt, diese Voraussetzung im Falle von Flüchtlingen nicht gesucht wird. Das können wir unmittelbar daran erkennen, dass die Anwesenheit im Falle der StaatsbürgerInnen keine strafbare Handlung, keine Widerhandlung gegen ein Gesetz ist und niemals sein darf. Aus der Warte des Menschen lautet die Frage nicht mehr, ob es für die Strafe ein Gesetz gibt, ob es legal ist, den Menschen, den Flüchtlingen zu bestrafen, sondern ob die Folgen der Gesetzesanwendung dem Rechtssinn, der Legitimität entsprechen. Dort, wo die Rechtslogik nach dem letzten Schema funktioniert, dort kann von keiner Legitimität gesprochen werden.

„Um zu erfahren, ob eine bestimmte Menschengruppe wirklich rechtlos geworden ist, braucht man sich nur zu fragen, ob die Begehung eines Verbrechens ihre Situation verbessert oder nicht. Wenn immer ein kleiner Einbruch den legalen Status eines Menschen verbessert, und sei es auch nur vorübergehend, kann man eigentlich sicher sein, dass man es mit einem Entzug der Menschenrechte zu tun hat“.¹¹⁷

Auf dem Hintergrund, dass für den Flüchtling alleine das Asylgesetz gilt, das speziell auf ihn zugeschnitten entwickelt wurde und minimale Rechte enthält, wird dieser Unterschied mit der Frage von Arendt, ob eine Straftat die Rechtslage des Flüchtlings bessert, augenmerklicher. Denn im Falle der StaatsbürgerInnen verschlechtert die Widerhandlung gegen ein Gesetz die Lage der betroffenen Person. Und die Bestrafung folgt auf der Grundlage eines Rechts, aus dem ein Gesetz gemacht wird, auf welchen dann im Falle einer Widerhandlung die Strafe folgt. Die Beziehung sieht insofern wie folgt aus: Recht, Gesetz, Widerhandlung, Strafe. Kurz die Widerhandlung verschlechtert die Lage des betroffenen Menschen.

Auf der anderen Seite wird der Flüchtling mit einer Straftat zum Objekt des der einschlägigen Gesetze, womit sich seine Lage schlagartig verbessert; er kann nun einen Anwalt haben, den er nicht mal selber bezahlen muss, er darf nicht vor die Türe, in die Kälte gestellt werden. Er muss gemäss dem öffentlichen Prozessrecht des Gastlandes wie ein Staatsbürger, fair behandelt werden. Nun ist er Subjekt von

¹¹⁷ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 594-595.

Rechten und Pflichten. Den Zustand des Minimalrechts hat er mit einer Straftat, mit einem Normbruch, mit einer kriminell eingestuften Kommunikation, in einen Zustand von Rechten und Pflichten überführt. Nun ist er

„plötzlich im Genuss aller bürgerlichen Rechte, nur weil er sich endlich wirklich etwas hat zuschulden kommen lassen. (...) Niemand hat mehr das Recht, ihn als Abschaum der Menschheit zu behandeln oder ihm die Kenntnis seiner eigenen Akten zu verwehren; im Gegenteil, jederman wird beflissen sein, ihn genau zu informieren, und er wird sogar das Gesetz kennenlernen, das in seinem Falle zuständig ist. Er ist endlich wieder jemand, mit dem alle Welt rechnen muss“.¹¹⁸

Mit anderen Worten, bessert Widerhandlung die Rechtslage eines Flüchtlings, sodass eine logische Korrelation zwischen Unrecht, Gesetz, Widerhandlung, Recht besteht. Wo immer dies der Fall ist, dort wird die Staatenlosigkeit in Heimatlosigkeit und sie dann mit einer Rechtslosigkeit erweitert. „Absolute Rechtslosigkeit hat sich in unserer Zeit als die Strafe erwiesen, die auf absolute Unschuld steht“.¹¹⁹ Zu dieser Schlussfolgerung kommt sie, weil sie zumindest implizit von der Freiheit des Menschen als ein Geltungsprinzip ausgeht. Ohne den normativen Begriff der Freiheit würde sie soziologisch die unterschiedliche Behandlung feststellen, aber sie weder mit der Heimat, noch mit der *absoluten Unschuld* in Verbindung bringen.

B. VERMITTLUNG IM DEMOKRATISCHEN RECHTSTAAT

Die Frage ist jedoch, ob Heimat nicht ein als zu schwacher, konkreter Begriff für eine hoch komplexe Gesellschaft ist, deren Institutionen auf abstraktere Bewertungsprinzipien gestützt sind. Denn Heimat als konkreter Ort genügt zwar dem Prinzip der Verschiedenheit, der Pluralität, aber nicht der Freiheit als ein abstrakter Begriff mit einem Universalitätsanspruch. Heimat als eine Lebenswelt bietet Lebensraum für alle Angehörigen einer Gemeinschaft mit der entsprechenden ethischen Vorstellung des Guten. Auch historisch mag das wohl wahr sein. Aber sowohl aus dieser Genese, wie auch aus diesem Fakt geht logisch keine Geltung hervor. Wir leben heute in pluralischen Gesellschaften, die auf der Grundlage des modernen Rechts mit der entsprechend abstrakteren Gerechtigkeitskonzeption organisiert sind. John Rawls, Jürgen Habermas, Michal Walzer sowie Charles Taylor haben dazu die entsprechenden Vorschläge gemacht. Insofern haben wir heute auch bessere Begriffe als den Begriff der Heimat.

Heimat als ein sozial vorkonstituierter Lebensraum genügt selbst Arendts Definition des Rechts auf Rechte nicht. Denn der Definition nach geht es nicht um die konkrete Heimat, sondern um die Be-Wahrung, Befestigung

¹¹⁸ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 595.

¹¹⁹ Arendt, *Ursprünge totaler Herrschaft*, s. 611.

und Förderung der Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft auf der Grundlage der Menschenwürde.¹²⁰ Nicht die konkrete Heimat aber das Recht auf Rechte gewährt das Recht zum Politischen. Auch wird nicht der Angehörige der Heimat, aber die hochindividualisierte Person im Dienste der Gemeinschaft die Unsterblichkeit anstreben können.¹²¹ So betrachtet geht es auch Arendt selbst um die Partizipation als um die Heimat als ein Territorium.¹²² Daher wird hier die Heimat in zwei Komponenten ausdifferenziert: Heimat als das Recht auf Recht und Heimat als der Lebensraum. Das Ziel kann im ersten Fall alleine durch eine Handlung erreicht werden; diese Handlung ist die Partizipation. Im zweiten Fall setzt Heimat einen konkreten Ort der Zugehörigkeit voraus; dafür wird hier der Demokratische Rechtsstaat vorgeschlagen.¹²³

Diese Idee kann nun wie folgt ausbuchstabiert werden: Wenn wir Arents Definition der Heimat, das Recht auf Rechte, mit ihrem Anliegen, nämlich die Bewahrung der Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft, zusammendenken, dann stellt sich die Frage, ob dieses Ziel auch in der Form einer freiwilligen Zugehörigkeit zum Demokratischen Rechtsstaat im Sinne von Jürgen Habermas erreicht werden kann, vor allem wenn wir ihn als die praktische Diskursgemeinschaft definieren, worin Menschen- und Bürgerrechte anhand von im Gemeinsamen entwickelten Geltungs- und Anwendungsprinzipien miteinander vermittelt werden.¹²⁴ Die analytischen Begrifflichkeiten für eine Vermittlung der Heimat mit dem demokratischen Rechtsstaat kann aus einer endogenen Perspektive im Strukturwandel der menschlichen Tätigkeiten gesehen werden. Hierfür ist Arendts *Vita activa oder Vom tätigen Leben* ausschlaggebend. Darin behandelt sie die altgriechische Unterscheidung in Arbeiten, Herstellen und Handeln als die kategorische Differenzierung des Sozialen vom Politischen. Die Betonung der Politik als Handeln in der Öffentlichkeit mit einem Sinn für das Gemeinsame geht mit der Entstehung der Gesellschaft in den Kampf für die

¹²⁰ Für eine eingehende Diskussion über den Begriff der Menschenwürde siehe; David Hume, David Fate Norton und Mary J. Norton (Hrsg.), *A Treatise of Human Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1739/2000; Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*; Ernst-Wolfgang Böckenförde und Robert Spaemann (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde: historische Voraussetzungen, säkulare Gestalt, christliches Verständnis*, Stuttgart: Klett-Cotta, 1987; Hans-Georg Gadamer, „Die Menschenwürde auf ihrem Weg von der Antike bis heute“, *Humanistische Bildung*, Heft 12, 1988, S. 95-107; Martha C. Nussbaum, *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998; Johannes Fischer, „Menschenwürde und Anerkennung“, *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, Vol. 51(1) (2007): 24-49.

¹²¹ Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, 1992, 23-26.

¹²² Lederman, *Hannah Arendt and Participatory Democracy*, 2019.

¹²³ Habermas, *Faktizität und Geltung*, s. 399-468; Andreas Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), s. 127-162.

¹²⁴ Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, s. 137-142; Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt am Main: 1996), s. 43 f; 72 f; Habermas, *Faktizität und Geltung*, s. 166-187.

Interessendurchsetzung einer sozialen Klasse verloren. Der politische Mensch der Polis ist im sozialen Individuum der Gesellschaft verschwunden.

Auf der anderen Seite arbeitet Arendt die politisch-ethische Perspektive für eine Vermittlung der Heimat als das Recht auf Rechte mit den Konstitutionsbedingungen des demokratischen Rechtsstaat in *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft* heraus. Die vertragstheoretisch und bürgerrechtlich konstituierte Gleichheit der Menschen als das Prinzip des Unterschieds auf der Grundlage des Sozialen innerhalb einer Nation wird in diesem Prozess des Übergangs von Polis zur gesellschaftlichen Organisiertheit als der Preis für den Verlust des heimatlichen Prinzips der Verschiedenheit erkaufte. Die naturrechtlich konstituierten Menschenrechte sind dagegen der Ersatz für die Schöpfungsgeschichten, die die Menschen und ihre Welt mit einer einzigen Narration aber verschiedenen Versionen, Formen in einer kommunikativen Beziehung hielt.¹²⁵ Der Nationalstaat, der nach den beiden Revolutionen in Amerika und Frankreich etabliert wurde, stand mit seiner Souveränitätskonstitution in einer kaum überbrückbaren Spannung mit den Prinzipien des Völkerrechts.

Im Internationalen standen nun nicht mehr Könige als Söhne aus einer einzigen Familie innerhalb geografisch kaum bestimmter Grenzen im unendlichen Reich Gottes in einem Kampf um Land und Segen nebeneinander, sondern und innerhalb einer klar definierten Grenze souveräner Staaten mit einem Staatsoberhaupt als Verwalter antagonistischen Interessen der Akteure aus unterschiedlichen Sozialklassen ohne eine gemeinsame Familie, Ethos, Rechtsvorstellung und Konfliktlösungskapazität im Wettbewerb um Macht gegenüber. Und im Inneren war es nicht mehr eine Oben/Unten Gesellschaftsschema und entsprechendem Gegensatz von König und seine Glieder, aber eine Oben/Mitte/Unten Sozialstruktur entsprechend unterschiedlichen Pfade zum Konflikt und/oder Kooperation.

Menschen ohne eine Heimat gleichen Menschen ohne das Recht auf Rechte, da das Recht seit der Neuzeit im Zwischenstaatlichen nationalisiert, innerhalb der Nation individualisiert wurde, weswegen der Verlust der vollen Staatsbürgerschaft im Verlust von jeglichem Schutz und Infragestellung der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft endete.¹²⁶ Die Erfahrungen der Heimatlosen können sowohl für eine Kritik dieses Prozesses genommen werden, was Arendt ausführlich macht, wie aber auch für eine Suche nach einem Ausweg aus dieser scheinbaren Ausweglosigkeit. Für diese Alternative hält sie Ausschau auf die Begrifflichkeiten der Unterscheidung von Legalität und Legitimität. Die Frage lautet, was genau die Fakten darüber aussagen, wie die Verhältnisse sein sollen. Die Antwort lautet „gar nichts“. Die erkenntnistheoretische Formel lautet; aus Sein folgt kein Sollen.

¹²⁵ Julia Kristeva, *Hannah Arendt: Life is a Narrative* (Toronto: University of Toronto Press, 2001).

¹²⁶ Dana Villa, *Socratic Citizenship* (Princeton: Princeton University Press, 2001), s. 246-298.

Hoffnung schöpft Arendt aus der historischen Entwicklung. In der Tat können die Erweiterung und der Ausbau der Mitbestimmungsrechte im Sinne der Bürgerrechte, die Etablierung einer Internationalen Ebene mit der Organisation der Vereinten Nationen (UN), sowie die Erklärung der Menschenrechte als mögliche Grundlagen für eine Vermittlung der Heimat mit den Kommunikationsstrukturen des demokratischen Rechtsstaates betrachtet werden.¹²⁷ Darauf aufbauend werden hier zwei Ideen entwickelt; Die erste Idee geht in die Richtung, wonach nicht die Heimat sondern die Partizipation als das Recht auf Rechte zu definieren ist. Angesichts Arendts Tendenz zu einer zugespitzten Gegenüberstellung von Bürger- und Menschenrechten hat die Partizipation den Vorteil, dass er einen internen Bezug sowohl zur Form von staatsrechtlich garantierten Bürgerrechten auf der Grundlage der Gleichheit, wie auch zur Form von einer philosophischen Konzeption der Menschenrechte auf der Grundlage von Verschiedenheit und mit entsprechend international wirksamer Gerichtsbarkeit hat. Aus dieser Perspektive kann auch in der Partizipation der Sinn des Rechts auf Rechte, das Recht zum Politischen gesehen werden. Denn es ist die Partizipation, die der Person erlaubt als Rechtsadressat aufzutauchen und damit auch seine Rechte geltend zu machen. Damit ist das Problem der Anwesenheit eines Fremden in sein Recht auf Partizipation überführt.

Die zweite Idee lautet, dass die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft auf der Grundlage der Menschenwürde komplementär zur Staatsbürgerschaft zum Nationalstaat als eine Organisation betrachtet werden kann, wenn die Staatsbürgerrechte an keine signifikante Identität gebunden und der Nationalstaat selbst von einer agilen, aufgeklärten Öffentlichkeit sowie von den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit überwacht sind. In dieser Komplementarität würde die Zugehörigkeit die beiden Prinzipien der Rechtslogik, nämlich Unterschied und Verschiedenheit, enthalten. Während Menschenrechte mit dem Konzept der Heimat und der Verschiedenheit einhergehen, sind die Bürgerrechte mit Nationalstaat und dem Unterschiedsprinzip assoziiert. In Verschiedenheit sind signifikante Identitäten, wie Geschlecht, Religion, Nation, abgebildet. Dagegen umfasst das Unterschiedsprinzip in der Gesellschaft selbst erlangte Mitgliedschaften, wie Wohnort, Klassen- und Berufszugehörigkeit.

Diesen voraussetzungsreichen Zuschreibungen werden bei der Zugehörigkeit in einem diskurstheoretisch konstituierten demokratischen Rechtsstaat nicht nur aufgenommen, sondern auch im Sinne der Pflege des Gemeinsamen in ein nächst

¹²⁷ Hannah Arendt (auth.); Wolfgang Seibel; Monika Medick-Krakau; Herfried Münkler und Michael Th. Greven (eds.), *Demokratische Politik -Analyse und Theorie: Politikwissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Politische Vierteljahresschrift im Westdeutschen Verlag, VS Verlag für Sozialwissenschaften* (Opladen/Wiesbaden: 1997); Thorsten Thiel, „Politik, Freiheit und Demokratie - Hannah Arendt und der moderne Republikanismus“, in Julia Schulze Wessel; Christian Volk und Samuel Szaborn (Hrsg.), *Ambivalenzen der Ordnung. Der Staat im Denken Hannah Arendts* (Wissbaden: 2013), s. 259-282.

höheres Abstraktionsniveau erhoben und miteinander vermittelt. Damit wäre das *Problem des Seins* in das Recht auf die Zugehörigkeit zu einer rechtsstaatlich organisierten Gemeinschaft überführt. Die Organisationseinheit dieser Komplementarität ist der demokratische Rechtsstaat mit den entsprechenden Partizipationsrechten. Der demokratische Rechtsstaat wäre nicht der bestehenden Logik der Staatsbürgerschaft, sondern der Bewahrung der Menschenwürde als das abstrakte Geltungsprinzip und der freiwilligen Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft als ihre Konkretisierung verpflichtet. Demokratischer Rechtsstaat mit einer diskurstheoretisch konstituierten Öffentlichkeit ist der Vermittlungsort dieser beiden Stränge, was die aktive Partizipation aller möglicherweise Betroffenen im Sinne von Habermas erfordert.¹²⁸ Der Gedanke kann mit dem Verweis auf die Tabelle oben (vgl. Tabelle 1) wie folgt dargestellt werden.¹²⁹

Tabelle 2: Vermittlung der Verschiedenheit mit Unterschied

Verschiedenheit in der Heimat kraft Menschenrechte	<i>im demokratischen</i>
<i>Pluralität wird durch das Recht auf die Partizipation</i>	<i>Rechtsstaat</i>
Unterschied im Nationalstaat kraft Bürgerrechte	<i>möglich</i>

Heimat im Sinne des Rechts auf Rechte ist der Platzhalter für eine normative Abstraktion von kontingenten Verhinderungen. Sie hat die Funktion eines Naturzustandes der Vertragstheorien à la Jean-Jacques Rousseau. Diese Heimat ist kein konkreter Ort und existiert nicht als solche. Aber gerade deswegen erlaubt dieser Begriff als eine Idealisierung von den konkreten Gegebenheiten ein Gedankenexperiment zu machen. Auf der anderen Seite repräsentiert der Nationalstaat die Faktizität, des real Existenten. Aber weder das eine noch das andere ist ausreichend für die Institution einer freiwilligen Zugehörigkeit zur Diskursgemeinschaft. Vielmehr braucht es ein komplexeres Gebilde, das ihre Vermittlung in einer freiheitlich konstituierten Organisationsform, wie dem demokratischen Rechtsstaat, erlaubt. Der demokratische Rechtsstaat ist damit der Vermittlungsort dieser beiden Stränge.

Ausgehend von *societal community* und *civil society* übernahm der demokratische Rechtsstaats schon von dieser Vergangenheit her eine sozialintegrative Rolle in der Gemeinschaft.¹³⁰ Der moderne demokratische Rechtsstaat geht natürlich sowohl in seiner Integrations-, Leistungsfähigkeit wie auch in Bezug auf seine Legitimation weiter. Nebst seiner Integrationsrolle als Vermittler der Lebenskonzeptionen auf der Grundlage der religiösen und kulturellen Handlungstypen, hat der demokratische Rechtsstaat die Vermittlungsrolle auch

¹²⁸ Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, 2003 s. 199-210.

¹²⁹ Ali Demir, *Programmierung der Zugehörigkeit zur Diskursgemeinschaft* (Ankara: Nobel, 2023), s. 148.

¹³⁰ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, s. 100.

für die, die sich auf der Grundlage des Kapitals und Eigentums von den Ersteren differenziert haben.¹³¹ Insofern ist der demokratische Rechtsstaat der Ort einer sich gegenseitig stabilisierenden Kommunikation zwischen Status, Macht und Recht. Recht steht hier für die berechtigterweise erwartete Garantie der legalen und legitimen Handlungen. In diese rechtlich kommunizierte Erwartung schmelzen sowohl die lebensweltlichen Normen der Akteure der verschiedenen kulturellen Lebensstile, wie auch zweckrationale Handlungsmuster der Akteure aus der Wirtschaft hinein. Auf der anderen Seite hat Macht als das Steuerungsmedium der Demokratie die Funktion der Verwirklichung gemeinsamer Ziele innerhalb einer Gemeinschaft, die sich nicht nur durch kulturelle Muster, sondern auch auf der Grundlage von universalistischen Prinzipien konstituiert hat.¹³² Das Ergebnis der Kommunikation zwischen staatlichem Recht und politischer Macht ist ein neuer Typ der Kommunikationsstruktur, die die soziale Macht als Code der Politik ausgehend von Prinzipien des legitimen Rechts reflektiert. Pluralität mit dem Rückgriff auf verschiedene Lebensstile und Gleichheit im Lichte von Status, Macht, Geld und Recht bleiben zwar weiterhin die Spannungsmomente, die jedoch nicht mehr in den Strukturen des Recht- oder Wohlfahrtsstaates, sondern in der zivilgesellschaftlich organisierten, also autonomen und resonanzfähigen Öffentlichkeit vermittelt werden, die sich im Laufe der Evolution des Demokratischen Rechtsstaats formiert.¹³³ Folgerichtig nimmt auch die Staatsbürgerschaft im Sinne einer freiwilligen Zugehörigkeit zu einer Diskursgemeinschaft eine neue Form an. Diese Staatsbürgerschaft stützt sich einerseits auf die zivilgesellschaftlich legitimierte Teilnahmerechte und andererseits auf die Kommunikationsformen der Öffentlichkeit, die sich ihrerseits auf die vitale Zivilgesellschaft und auf die rechtstaatlich institutionalisierte Meinungs- und Willensbildung stützt.¹³⁴ Damit wäre die Gefahr eines Ausschlusses aufgrund des Seins und/oder Abwesenheit im Demokratischen Rechtsstaat einerseits per Gesetz und andererseits dank der etablierten pluralistischen Kultur in einen kommunikativen Diskurs überführt.

¹³¹ Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, s. 354; Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, s. 128-154 und 309-398.

¹³² Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, S. 179.

¹³³ Ali Demir, *Entzauberung durch Diskurs: Eine rechtssoziologische Analyse zu systemischen Risiken und handlungstheoretischen Verantwortlichkeiten. Zur Option einer zeitgleichen System- und Sozialintegration* (Hamburg: 2017), s. 201-203.

¹³⁴ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, s. 435-449.

LITERATUR

- Arendt, Hannah (auth.); Seibel, Wolfgang; Medick-Krakau, Monika; Münkler, Herfried und Greven, Michael Th. (eds.). *Demokratische Politik -Analyse und Theorie: Politikwissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Politische Vierteljahresschrift im Westdeutschen Verlag, VS Verlag für Sozialwissenschaften*. Opladen/Wiesbaden: 1997.
- Arendt, Hannah. *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft*. München: Piper, 2009.
- Arendt, Hannah. *Vita activa oder Vom tätigen Leben*. München: Piper, 1992.
- Aristoteles. *Nikomachische Ethik*. E. Diederichs: Jena, 1909.
- Aristoteles. *Politik. Herausgegeben und eingeleitet von W. Kuhlmann. Übersetzt von Fr. Susemihl*. Hamburg: Rowohlt, 1994.
- Ashcroft, Caroline. *Violence and power in the thought of Hannah Arendt*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2021.
- Baehr, Peter. "Identifying the Unprecedented: Hannah Arendt, Totalitarianism, and the Critique of Sociology". *American Sociological Review*, Vol. 67(6) (2002): 804-831.
- Baehr, Peter. *Hannah Arendt, Totalitarianism, and the Social Sciences*. Stanford University Press: 2010.
- Barbour, Charles. "Between Politics and Law: Hannah Arendt and the Subject of Rights". in: Goldoni, Marco and McCorkindale, Christopher (eds.). *Hannah Arendt and the Law, Hart Publishing*. Oxford: 2012.
- Bauman, Zygmunt. *Moderne und Ambivalenz: das Ende der Eindeutigkeit*. Hamburg: Junius, 1992.
- Benedict, Anderson. *Die Erfindung der Nation. Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts*. Frankfurt am Main: Campus, 1996.
- Benhabib, Seyla. "International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism: Hannah Arendt and Raphael Lemkin", in Seyla Benhabib (ed.), *Politics in Dark Times: Encounters with Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 219-246.
- Benhabib, Seyla. *Exile, statelessness, and migration: playing chess with history from Hannah Arendt to Isaiah Berlin*. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- Benhabib, Seyla. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, Rowman & Littlefield. Lanham: 2003.
- Bergen, Bernard J. *The Banality of Evil: Hannah Arendt and the Final Solution*. Rowman & Littlefield. Publishers: 1998.
- Berkowitz, Roger; Keenan, Thomas and Katz, Jeffrey. *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics*. New York: Fordham University Press, 2010.
- Bernauer, James W. (eds.), "Amor Mundi: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt". *Marinus Nijhoff Publishers*. Boston: 1987.
- Bernstein, Richard J. *Why Read Hannah Arendt Now?* Polity: 2018.
- Birmingham, Peg. *Hannah Arendt & Human Rights: The Predicament of Common Responsibility*. Bloomington&Indianapolis: Indiana University Press, 2006.

- Bloch, Ernst. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1961.
- Bourdieu, Pierre. *die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1982.
- Buckler, Steve. *Hannah Arendt and Political Theory: Challenging the Tradition*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2011.
- Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France, and on the proceedings in certain societies in London relative to that event: in a letter intended to have been sent to a gentleman in Pars*. London: Printed for J. Dodsley, 1790.
- Canovan, Margaret. *Nationhood and Political Theory, Edward Elgar*. Northhampton: Chetenham, 1998.
- Demir, Ali. "Deliberation as a Consequence of the Right to Rights". in: İyit, Neslihan; Özbek, Betül Hastaoğlu ve Toptaş, Aytaç (eds.). *Current Research in Social, Human and Administrative Sciences*. Ankara: 2022, s. 239-260.
- Demir, Ali. *Entzauberung durch Diskurs: Eine rechtssoziologische Analyse zu systemischen Risiken und handlungstheoretischen Verantwortlichkeiten. Zur Option einer zeitgleichen System- und Sozialintegration*. Hamburg: 2017.
- Demir, Ali. *Programmierung der Zugehörigkeit zur Diskursgemeinschaft*. Ankara: Nobel, 2023.
- Dew, Rebecca. *Hannah Arendt. Between Ideologies*. Palgrave: Oxford, 2020.
- Diekmann, Andreas. *Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen*. Hamburg: Rowohlt, 2007.
- Disch, Lisa Jane. *Hannah Arendt and the Limits of Philosophy*, CUP. Ithaca: 1996.
- Dossa, Shiraz. *The Public Realm and the Public Self: The Political Theory of Hannah Arendt*. Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 1989.
- Durkheim, Emile. *Soziologie und Philosophie. Mit einer Einleitung von Theodor W. Adorno*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1967.
- Goldoni, Marco and McCorkindale, Christopher (eds.). *Hannah Arendt and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Grunenberg, Antonia. *Hannah Arendt and Martin Heidegger*. Bloomington: Indiana University Press, Indiana, 2017.
- Gündoğdu, Ayten. *Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Habermas, Jürgen. „Individuierung durch Vergesellschaftung”. in: Beck Ulrich und Beck-Gernsheim Elisabeth (Hrsg.). *Riskante Freiheiten: Individualisierung in modernen Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, s. 437-446.
- Habermas, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: 1996.
- Habermas, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik, Suhrkamp*. Frankfurt am Main: 1991.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.
- Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns, Band I: Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

- Hayden, Patrick. *Hannah Arendt: Key Concepts*. London: Routledge, 2014.
- Heller, Anne Conover. *Hannah Arendt: a life in dark times*. New Harvest: 2015.
- Hill, Samantha Rose. *Critical Lives. Hannah Arendt*. London: Reaktion Books, 2021.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civill*. London: Andrew Crooke, 1651.
- Kalyvas, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Kant, Immanuel. *Werke in zwölf Bänden. Band I. Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- King, Richard H. and Stone, Dan. *Hannah Arendt and the Uses of History: Imperialism, Nation, Race, and Genocide*. New York: Berghahn Books, 2007.
- Kohler, Lotte und Saner, Hans (eds.). *Arendt, Hannah and Jaspers, Karl Briefwechsel 1926-1969*. Munich: Piper, 1985.
- Kristeva, Julia. *Hannah Arendt: Life is a Narrative*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- Kymlicka, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- Lang, Anthony F. and Williams, John (eds.). *Hannah Arendt and International Relations: Readings Across the Lines*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- Lederman, Shmuel. *Hannah Arendt and Participatory Democracy: A People's Utopia*. Springer: Cham, 2019.
- Levitt, Peggy. *God Needs No Passport: Immigrants and the Changing American Religious Landscape: How Immigrants are Changing the American Religious Landscape*. New York: New Press, 2007.
- Locke, John. *Two Treatises of Government. In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter Is a Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government*. London: Thomas Tegg, 1823.
- Loidolt, Sophie. *Phenomenology of Plurality: Hannah Arendt on Political Intersubjectivity*. Routledge. London: 2018.
- Luhmann, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp. Frankfurt am Main: 1993.
- Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Band I. und Band II.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- Maslin, Kimberly. *The Experiential Ontology of Hannah Arendt*, Lexington Books. Lanham: 2012.
- Mead, George Herbert. *Mind, Self, and Society: from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: University of Chicago Press, 1934.
- Meyer, Katrin. *Macht und Gewalt im Widerstreit. Politisches Denken nach Hannah Arendt*. Basel: Schwabe, 2016.
- Miller, Fred D. *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Mordechai, Gordon. *Hannah Arendt and Education: Renewing Our Common World*. Westview Press: 2001.

- Mouffe, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000.
- Nixon, Jon. *Hannah Arendt and the Politics of Friendship*. London: Bloomsbury Academic, 2015.
- Oakeshott, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon, 1995.
- Owens, Patricia. *Between War and Politics: International Relations and the Thought of Hannah Arendt*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Parekh, Serena. *Hannah Arendt and the Challenge of Modernity: A Phenomenology of Human Rights*. London: Routledge, 2008.
- Parsons, Talcott; Shils, Edward A.; Allport, Gordon W.; Kluchhohn, Clyde; Murray, Henry A.; Sears, Robert R.; Sheldon, Richard C.; Stauffer, Samuel A. and Tolman, Edward C. "Some Fundamental Categories of the Theory of Action". In: Parsons, Talcott and Shils, Edward A. (eds.). *Toward a General Theory of Action*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1962.
- Parsons, Talcott. *The Social System*. London: Routledge, 1951.
- Pitkin, Hanna Fenichel. *The Attack of the Blob: Hannah Arendt's Concept of the Social*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Prinz, Alois. *Hannah Arendt oder Die Liebe zur Welt*. Insel: 2013.
- Rawls, John. *eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975.
- Ring, Jennifer. *The Political Consequences of Thinking: Gender and Judaism in the Work of Hannah Arendt*. New York: State University of New York Press, 1998.
- Rousseau, Jean-Jacques. „Diskurs über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheiten unter den Menschen”. in: Meier, Heinrich (Hrsg.). *Diskurs über die Ungleichheit*. Discours sur l'inégalité, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1984 [1755], s. 67-493.
- Sartori, Giovanni. *Demokratietheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.
- Schmidt, Manfred. *Demokratietheorien. Eine Einführung*. 4., überarbeitete und erweiterte Auflage, VS Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden: 2008.
- Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1932.
- Schmitt, Carl. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Achte, korrigierte Auflage, Duncker&Humblot, 2012.
- Strassenberger, Grit. *Hannah Arendt zur Einführung*. Hamburg: Junius, 2015.
- Swift, Simon. *Hannah Arendt*. London: Routledge, 2009.
- Taylor, Charles. *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- Thiel, Thorsten. „Politik, Freiheit und Demokratie - Hannah Arendt und der moderne Republikanismus”. in Julia Schulze Wessel; Christian Volk und Samuel Szaborn (Hrsg.). *Ambivalenzen der Ordnung*. Der Staat im Denken Hannah Arendts. Wiesbaden: 2013, s. 259-282.
- Tönnies, Ferdinand. *Gemeinschaft und Gesellschaft: Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirische Culturformen*. Leipzig: 1887.
- Villa, Dana. *Hannah Arendt. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

- Villa, Dana. *Socratic Citizenship*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- Villa, Dana. *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Volk, Christian. *Die Ordnung der Freiheit. Recht und Politik im Denken Hannah Arendts*. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- Vollrath, Ernst. *Was ist das Politische? Eine Theorie des Politischen und seiner Wahrnehmung*. Würzburg: 2003.
- Walzer, Michael. *Spheres of Justice: a defence of pluralism and equality*. New York: Basic books, 1983.
- Weber, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. Tübingen: Mohr, 1986.
- Weber, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen, 1985.
- Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: Mohr, 1980.
- Weissberg, Liliane (Hrsg.). *Affinität wider Willen? Hannah Arendt, Theodor W. Adorno und die Frankfurter Schule*. Frankfurt: Fritz Bauer Institut. Campus, 2011.
- Williams, John and Lang, Anthony F. *Hannah Arendt and International Relations: Readings Across the Lines*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- Young-Bruehl, Elisabeth. *Hannah Arendt, For Love of the World*. New Haven: Yale University Press, 1977.

İPTAL DAVALARINDA İSPAT YÜKÜ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Ziya ÇALIŞKAN^(**)**

Öz

İptal davaları açısından ispat yükü, adli yargıdaki duruma göre farklı birtakım özellikler arz etmektedir. Genel hukuk yargılamasının aksine, iptal davalarının objektif nitelikte oluşu, ispat ve deliller konusu açısından olduğu kadar ispat yükü açısından da durumu farklı bir boyuta taşımaktadır. Yargılama usullerine hâkim olan geleneksel anlayış çerçevesinde şekillenen iddia sahibinin iddiasını ispat etmekle yükümlü olması kuralı, bu söz konusu dava türünde bu haliyle mutlak anlamda uygulanmamaktadır. İptal davalarında davalı idare, usul açısından davanın tarafı konumunda olsa da kendisinin yargılanması söz konusu olmayıp tesis ettiği bir idari işlemin yargılanması gerçekleştirilmektedir. İptal davasının objektif niteliğinin bir gereği olarak var olan re'sen araştırma ilkesi ve kamu yararı amacının da söz konusu olması sebebiyle, mahkemeye tanınan geniş yetkiler ispat yükünün takdiri açısından da kendisini göstermektedir. İdari işlemlerin unsurları açısından, ispat yükü tartışması daha ziyade sebep ve amaç unsurlarına ilişkin olmaktadır. Davacı açısından bakıldığında burada iddia yükü ispat yükünden önce gelmektedir. Uyuşmazlığın somut niteliğine göre bazı ihtimallerde bu aşamada kalınırken, bazen de ispat yükü aşamasına geçilmektedir. Davalı idare ise bu dava türünde, işlemi tesis eden ve buna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi elinde bulunduran makam olarak, daha avantajlı bir konumdadır. Bu sebeplerdir ki ispat yükü açısından medeni yargılama usulünden farklı bir yöntem belirle-nerek, mahkemece birçok zaman ispat yükü idare tarafına aktarılmaktadır. Zaten idari yargı hâkimi bu dava türünde son derece aktif bir konumdadır ve yargılama sürecini tamamen kendisi sevk ve idare etmektedir. Bu özelliklerin sonucu olarak, bu dava türünde ispat yükü esasında davacı, davalı idare ve mahkeme arasında paylaştırılmaktadır. Nihayetinde ispat yükünün kimde olacağı, her bir somut uyuşmazlık bazında mahkeme tarafından belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

İptal davası, İspat, İspat Yükü, Re'sen Araştırma, Deliller.

TUE BURDEN OF PROOF IN ACTIONS FOR ANNULMENT

Abstract

There is no rule concerning the burden of proof in administrative litigation, both in our legal system and in French law, except in very exceptional cases. As in many titles of administrative law, the subject matter here is entirely shaped by case law. It is this authenticity of the subject that makes it worth studying. The burden of proof in annulment proceedings has a number of different characteristics compared to the situation in common law proceedings. Unlike common law procedures, the objective nature of the action for annulment brings the situation to a different dimension in terms of proof and the methods of proof as well as the burden of proof. The rule that the plaintiff is obligated to prove his claim, which is shaped within the framework of the traditional understanding that dominates court proceedings, is not strictly enforced in this type of remedy as it stands. Regarding the action for annulment, although the defendant administration is a party to the case in terms of procedure, it is not judged itself, but an administrative act that it has established is judged. Because of the general powers of investigation of the judge, which exist as a

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.02.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 25.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1246271.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku / Konya, Türkiye.
E-posta: azic@selcuk.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5472-8967>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

condition of objectivity of the action for annulment, and of purpose of general interest, the broad powers granted to the judge are also manifested in terms of assessment of the burden of proof.

As a general rule, the burden of proof rests with the parties. The things that have to be proven are purely material facts. There should be no proof of legal rules. The legal rules to be applied to the dispute must also be determined and applied by the court. Otherwise, if a party wishes to obtain the benefits of a rule of foreign law or customary law, he will have to prove their existence and their content.

At the level of the administrative courts, there is no rule of law which binds the court as to the burden of proof, except in very exceptional cases where the party who is required to prove his allegation is determined by a legal regulation. This is mainly due to the fact that the court has been granted a very wide discretion in this matter, in order to maintain the balance between the public interest and individual interests.

If we approach the subject from the angle of the specificities of the action for annulment, it is clear that the general rules on evidence cannot be applied here within the framework of the general provisions. If it is not correct to say that there is here a contentious right and two litigants, it would not be correct to approach the question as a type of lawsuit related to the contentious judgment. Because in the action for annulment, there is a decision of the administration and it is claimed that it is contrary to the rules of law and the court is asked to find the illegality and to annul it.

With regard to the elements of administrative acts, the controversy over the burden of proof is rather related to the elements of cause and purpose. From the perspective of the plaintiff, the burden of allegation comes before the burden of proof. Depending on the concrete nature of the dispute, in some cases it remains at this stage, while sometimes it moves to the burden of proof stage. The defending administration, for its part, is in a more advantageous position as the authority from which the administrative act emanates and holding all kinds of information and documents related to this type of trial. For this reason, in matters of the burden of proof, a method different from the common law judgment is determined, and the burden of proof is often transferred to the administration by the court. The administrative judge is in a very active position in this type of case and entirely manages the progress of the trial itself. Because of these characteristics, the burden of proof in this type of action is shared between the plaintiff, the defending administration and the court. Ultimately, the burden of proof is determined by the court on the basis of each dispute for each concrete case.

Keywords

Action for Annulment, Proof, Burden of Proof, Ex officio Investigation, Evidence.

Extended Abstract

There is no rule concerning the burden of proof in administrative litigation, both in our legal system and in French law, except in very exceptional cases. As in many titles of administrative law, the subject matter here is entirely shaped by case law. It is this authenticity of the subject that makes it worth studying. The burden of proof in annulment proceedings has a number of different characteristics compared to the situation in common law proceedings. Unlike common law procedures, the objective nature of the action for annulment brings the situation to a different dimension in terms of proof and the methods of proof as well as the burden of proof. The rule that the plaintiff is obligated to prove his claim, which is shaped within the framework of the traditional understanding that dominates court proceedings, is not strictly enforced in this type of remedy as it stands. Regarding the action for annulment, although the defendant administration is a party to the case in terms of procedure, it is not judged itself, but an administrative act that it has established is judged. Because of the general powers of investigation of the judge, which exist as a condition of objectivity of the action for annulment, and of purpose of general interest, the broad powers granted to the judge are also manifested in terms of assessment of the burden of proof.

As a general rule, the burden of proof rests with the parties. The things that have to be proven are purely material facts. There should be no proof of legal rules. The legal rules to be applied to the dispute must also be determined and applied by the court. Otherwise, if a party wishes to obtain the benefits of a rule of foreign law or customary law, he will have to prove their existence and their content.

At the level of the administrative courts, there is no rule of law which binds the court as to the burden of proof, except in very exceptional cases where the party who is required to prove his allegation is determined by a legal regulation. This is mainly due to the fact that the court has been granted a very wide discretion in this matter, in order to maintain the balance between the public interest and individual interests.

If we approach the subject from the angle of the specificities of the action for annulment, it is clear that the general rules on evidence cannot be applied here within the framework of the general provisions. If it is not correct to say that there is here a contentious right and two litigants, it would not be correct to approach the question as a type of lawsuit related to the contentious judgment. Because in the action for annulment, there is a decision of the administration and it is claimed that it is contrary to the rules of law and the court is asked to find the illegality and to annul it.

With regard to the elements of administrative acts, the controversy over the burden of proof is rather related to the elements of cause and purpose. From the perspective of the plaintiff, the burden of allegation comes before the burden of proof. Depending on the concrete nature of the dispute, in some cases it remains at this stage, while sometimes it moves to the burden of proof stage. The defending administration, for its part, is in a more advantageous position as the authority from which the administrative act emanates and holding all kinds of information and documents related to this type of trial. For this reason, in matters of the burden of proof, a method different from the common law judgment is determined, and the burden of proof is often transferred to the administration by the court. The administrative judge is in a very active position in this type of case and entirely manages the progress of the trial itself. Because of these characteristics, the burden of proof in this type of action is shared between the plaintiff, the defending administration and the court. Ultimately, the burden of proof is determined by the court on the basis of each dispute for each concrete case.

GİRİŞ

İdari davalarda da hukuk ve ceza davaları kadar, mahkemeye başvurmanın gereği açısından, haklılığın ortaya konulması yükümlülüğünün davanın hangi tarafına ait olduğu veyahut da davanın taraflarına mı yoksa mahkemeye mi ait olduğu konusu önemli bir sorunsal olarak baş göstermektedir.

Bütün yargılama usullerinde taraflar, belirli birtakım iddialara dayanarak haklılıklarını ortaya koymaya çalışırlar. Geleneksel anlayış çerçevesinde, her bir taraf iddiasını ispat etmekle mükelleftir. Mahkemeler de kural olarak haklılığını ispat eden tarafa göre bir kanaata sahip olup buna göre karar verirler. Adli yargıya ilişkin uyuşmazlıklar açısından, ispat yükü konusunda süreç büyük oranda bu şekilde işlemektedir. Konuya bu şekilde medeni yargılama usulü çerçevesinde yaklaşıldığı takdirde, esasa ilişkin birtakım yasal düzenlemelerin de bulunması sebebiyle, tartışmayı gerektirecek çok fazla bir husus bulunmasa da idari uyuşmazlıklar açısından, özellikle de iptal davaları açısından durum çok daha farklı bir boyut arz etmektedir.

İdari uyuşmazlıklar açısından ispat yükü konusunda, gerek hukuk sistemimizde gerekse Fransız hukukunda, çok istisnai birtakım örnekler haricinde, herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İdare hukukunun birçok başlığı açısından da olduğu gibi, burada da konu tamamen mahkeme içtihatlarıyla şekillenmektedir. Konuyu araştırmaya değer kılan da zaten işin bu kısmıdır.

İptal davasının kendine has özellikleri açısından bakılacak olursa, ispat hukukuna ilişkin genel kuralların burada genel hükümler çerçevesinde uygulanamayacağı açıktır. Burada çekişmeli bir hak ve nizalı iki taraf olduğunu söylemek ne kadar doğru değilse, konuya çekişmeli yargıya ilişkin bir dava çeşidi olarak yaklaşmak da doğru olmayacaktır. Çünkü bu ihtimalde ortada idarenin birel veya genel

düzenleyici mahiyette bir kararı vardır ve bunun genel olarak hukuk kurallarına aykırılığı iddia edilmekte ve mahkemeden bunun hukuka aykırılığının tespiti ve iptali talep edilmektedir. Özetle bu dava açısından davalı taraf kural olarak bir idare olsa da burada idarenin kendisinin yargılanması söz konusu olmayıp bizzat idarenin yaptığı bir idari işlemin, aldığı bir kararın yargılanması söz konusu olmaktadır.

İdarenin kararının hukuka uygunluğunun denetiminin yapıldığı bu davada, özellikle idari işlemin yetki, şekil ve konu unsurları açısından yapılacak denetimde, kural olarak herhangi bir maddi vakıa, olgu hususu söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla burada idarenin işlem dosyası çerçevesinde var olan bilgi ve belgelerden hareketle, salt hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde, mahkemece rahatlıkla bir kanaat ve sonuca ulaşılabilir. İdari işlemlerin özellikle sebep ve yerine göre de amaç unsurları açısından ise işlemin tesisinde maddi vakıaların temel etken olması son derece muhtemeldir. İptal davalarında ispat ve deliller gibi kavramlar ve bunların neticesinde ortaya çıkan ispat yükü meselesi özellikle bahsedilen bu iki unsur açısından kendisini göstermektedir.

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaları, bu anlamda mahkemece iptal edilene kadar peşinen hukuka uygun kabul edilmeleri, dava edildikten sonra mahkemeye düşen re'sen araştırma yükümlülüğü ve idari davalar açısından var olan delillerin serbestçe değerlendirilebilmesi hususları, iptal davalarında ispat yükünün kimde olacağı konusunda karmaşık bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Kural olarak yazılı yargılamanın hâkim olduğu ve kamu yararının daha çok ön planda tutulduğu, idari yargılama hukukumuzda da uygulanan tahkik usulünde, yargılama süreci tamamen mahkeme tarafından yönlendirilmektedir. İspat ve deliller ve de doğal olarak ispat yükü açısından da idari davalarda yine yargılama sürecinin tamamen mahkemenin kontrolünde olduğu ifade edilebilir. Zaten idari yargılama usulüne hâkim olan re'sen araştırma ilkesi de bu durumu daha da pekiştiren ve açıkça ortaya koyan, tahkik usulünün temel özelliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta bu durumun re'sen araştırma yetki ve yükümlülüğünün en doğal sonucu olarak ortaya çıktığını da vurgulamak gerekir.

İdarenin işleminin yargılanmasının doğal sonucu ve re'sen araştırma ilkesinin varlık nedenlerinden biri olarak, iptal davalarında var olan taraflar arasındaki eşitsizlik ve davacı açısından ispat etme noktasındaki zorluklar sebebiyle, idari yargı organları medeni yargılama usulündeki geleneksel iddia ve ispat yükü anlayışından vazgeçerek, bu dava çeşidinde daha farklı bir yol izlemekte ve daha etkin ve objektif bir şekilde hareket etmektedirler.

Mahkemenin re'sen araştırma ve delilleri serbestçe değerlendirebilme yetkilerinin doğal sonucu olarak, iptal davaları açısından ispat yükünün mahkemelerce her bir somut uyuşmazlık özelinde, her bir dava açısından kendi içerisinde bir değerlendirme yapılmak suretiyle belirlendiği ve buna göre bazı ihtimallerde davacıya bazen de hatta daha sıklıkla davalı idareye yükletildiği ifade edilebilir.

İdari yargı organlarının yargılama sürecine ilişkin yetkileri de göz önünde bulundurulduğunda, esasında mahkemelerin de ispat yükü kavramının öznesi oldukları ve gerçekte oluşan durumun, iptal davalarında ispat yükünün davacı, davalı ve mahkeme üçlüsü arasında paylaştırılması olduğu da ifade edilebilir. Burada mahkeme için var olan vakıayı aydınlatma ve gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü, nihayetinde davacının yükümlülüğünün hafifletilmesinden hatta yerine göre tamamen üstlenilmesinden başka bir şey değildir.

I. İPTAL DAVASI ÇERÇEVESİNDE İSPAT YÜKÜ

Yargılama usulleri açısından ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur. Bu vakıalar, doğrudan veya dolaylı olarak uyuşmazlığın çözümünde hukuki sonuç doğuracak olanlardır¹.

Bir davada çekişmeli hususların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği meselesine de ispat yükü denir. Bu anlamda, herhangi bir mahkemede belirli bir iddiada bulunup bundan kendi lehine sonuçlar çıkarmak isteyen tarafın, bu iddiasını kanıtlamak durumunda olmasına ispat yükü denir². İspat yükü belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür³.

Uyuşmazlık konusu vakıanın varlığı konusunda bir tereddüt varsa, bunun ispatsız kalması yüzünden sonucun aleyhine gelişmesi tehlikesi şeklinde de ifade edebileceğimiz ispat yükünün kime düştüğü mahkeme tarafından belirlenir ve bu taraf söz konusu vakıayı ispat edemezse davayı kaybeder⁴. Çünkü ispat edilemeyen haklar yok sayılır⁵. Mahkeme tarafından ispat yükünün kime düştüğü belirlenmediği takdirde, kural olarak tarafların iddialarını ispat edemediklerinden de bahsedilemez⁶. Bu bağlamda, ispat yükü kuralları esasında mahkemenin baş vurabileceği salt bir belirsizlik sonucudur⁷.

¹ Zeynep Yüksel Durmaz, *Vergi Hukukunda İspat ve Delil*, Yayınlanmamış YL tezi, (Ankara: Gazi Ü. SBE, 2010), s. 6.

² Süheyla Şenlen Sunay, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, (İstanbul: Kazancı, 1997), s. 28.

³ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), s. 1694.

⁴ Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, (İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980), s. 3; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), s. 427-428; İspat yükü kavramı yerine "belirsizlik rizikosunu" kavramı da kullanılabilir, bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 258.

⁵ Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, (İstanbul: Güven Basımevi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 122, 1940, s. 39.

⁶ Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, s. 6.

⁷ L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), s. 412.

Dilimizde müddei iddiasını ispatla mükelleftir şeklinde ifade ettiğimiz, dayanacağını Medeni Kanundan alan ve esasında Mecellenin 77. maddesinde yer alan “*Beyyine müddei için (ve yemin münkir üzerinedir)*” kaidesinin tekrarıdan ibaret olan, Latince olarak da “*Actori incumbit probatio*” şeklinde ifade edilen temel kurala göre; ispat etmek iddia sahibine düşer.

Medeni Kanun’un 6. maddesine göre “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. Yine aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İspat Yükü başlıklı 190. maddesine göre de yine “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir”.

İspat yükü kural olarak taraflara düşer. İspat edilmesi gereken hususlar ise tamamen maddi vakıalardan ibarettir. Hukuk kurallarının ispatı diye bir durumun sözü konusu olmaması gerekir⁸. Somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının da mahkeme tarafından tespit edilip bulunup tatbik edilmesi gerekir⁹. Aksi bir durumda, örneğin yabancı bir hukuk kuralından veya örf ve adet hukukundan lehine sonuç çıkarmak isteyen tarafın, bunların varlığını ve içeriğini ispat etmesi gerekecektir¹⁰.

İdare hukuku açısından ispat ve delil hususları, ceza yargılamasındaki gibi sonucu belirleyecek vazgeçilmez unsur olmasa da yargılama usulünün nesnelliği açısından vazgeçilmez temel bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹.

İdari işlemlerin yargısal denetiminin yapıldığı ve tamamen objektif nitelikli bir dava türü olan iptal davaları açısından ki esasında bir o kadar da tam yargı davaları açısından, hukukumuzda da Fransız hukukunda ispat yüküne ilişkin herhangi bir yasal bir düzenlemenin bulunmayışı, konunun tamamen ispat hukukuna ilişkin genel hükümler ve idari yargı organlarının içtihatları ile şekillenmesine sebep olmuştur.

İdari yargı açısından iptal davası, sadece tarafların iddialarının kabulü veya reddi neticesinde bir karar verilmesi usulü değil, aynı zamanda idari işlemin ob-

⁸ “İspat hususu maddi vakıaları aşan bir özellik arz eder. Yerine göre, yerel bir kullanımın öğrenilmesi gibi örneğin, hukuk kuralını da içerebilir. Taraflar duruma göre, yasal bir düzenleme gereğince veya hukuk kurallarındaki karmaşıklık ve yoğunluk sebebiyle, uygulanacak hukuk kuralını veya yorumunu da mahkemeye bildirmek durumunda kalıp, hukuk kuralını da ispat etmek zorunda olabirler”, bkz. Caroline Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, DR tez özeti, (Toulouse: Toulouse I Capitoile Üniversitesi, 2008), s. 7, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2017/07/resume-these-caroline-foulquier.pdf>.

⁹ Charles Debbasch and Claude Ricci, *Contentieux Administratif*, (Paris: Dalloz, 2001), s. 537.

¹⁰ Tevfik Kepekçioğlu, *Vergi Hukukunda Delil ve İspat Yükü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: İstanbul Ü. SBE, 1992), s. 9; 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinde “Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir”, denilse de en azından yabancı hukuk kuralının varlığı açısından, burada var olan bir yardım yükümlülüğünden çok bir ispat yükümlülüğüdür.

¹¹ Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 9.

jektif bir şekilde hukuka uygun olup olmadığının tespitinin de yapıldığı bir davadır¹².

İptal davalarına ilişkin yargılama usulünde, idari yargı hâkiminin esasında gerçekle hakkaniyet arasında, bu anlamda kanunilikle faydacılık arasında bir denge arayışı içerisinde olduğu ve bu durumun da ispat yükü ile objektif kanıt kavramları arasında münavebe etmesinin, yani bunlar arasında bir alternatif uygulama arayışının, birini diğerinin yerine durumun şartlarına göre ikame etme arayışının temel nedeni olduğu ifade edilebilir¹³.

Yargı kararlarına bakıldığında, iptal davalarında ispat yükünün kime düştüğü genellikle mahkeme tarafından belirlenmektedir; ispat yükü üzerinde olmayan taraf ispatlanamayan olayın aksini ispat etmek zorunda değildir. Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf isterse karşı delil gösterebilir, ancak bu durum ispat yükü konusunu etkilemez¹⁴.

İdari yargı organları açısından, herhangi bir yasal düzenlemeyle iddia sahibinin iddiasını ispat etmesi gereken tarafın belirlendiği çok istisnai durumlar haricinde¹⁵, ispat yüküne ilişkin olarak mahkemeyi bağlayan herhangi bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bunun temel açıklaması ise kamu yararı ile bireysel yararlar arasındaki dengenin korunması için mahkemeye bu konuda çok geniş bir takdir yetkisi verilmiş olmasıdır¹⁶. Bu konuda hâkim için var olan temel referans kaynağı, iddia sahibinin iddiasını ispat etmesi gerektiğidir, fakat bu kural da durumun gereklerine göre hâkim tarafından esnetilebileceği gibi tamamen göz ardı da edilebilir, hatta yerine göre idare tarafına dahi aktarılabilir¹⁷. Özetle, ispat yü-

¹² DENOIX DE SAINT-MARC VE LABETOULLE'UN İFADELERİYLE "idari dava sadece, taraflar arasında yargıç tarafından hakemliği yapılan bir diyalogdan ibaret olmayıp, çerçevesi ilgililerin iddialarıyla çizilse de bir idari dosyanın belli düzeyde yeniden tetkikidir", Les pouvoirs d'instruction du juge administratif - Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1970 s. 69, bkz. M. D. Leger, "La Preuve Devant le Juge Administratif Français", 19-21 Ekim 1972 Brüksel Kollokyumu, Fransa Raporu, (1972), Erişim Tarihi: Aralık 30, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/france-1.pdf, s. 37.

¹³ Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 16.

¹⁴ Kepekçioğlu, *Vergi Hukukunda Delil*, s. 8.

¹⁵ Örneğin Vergi Usul Kanunu md. 3/B maddesine göre; İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir; Fransız vergi usul kanununda da ispat yükü açısından benzer düzenlemeler bulunmaktadır, bkz. Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, www.legifrance.gouv.fr; 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "İspat Yükü" başlıklı 21. maddesine göre; Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.

¹⁶ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), s. 95.

¹⁷ Leger, s. 29; Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, 11; "Genel bir hukuk kaidesi olarak davada taraflar iddialarını ispat etmekle yükümlüdürler. Bu kurala uygun olarak idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde de ispat yükü iddia sahibine düşmektedir (...) Ancak idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde taraflar

künün kimde olacağını belirlemek mahkemenin takdirindedir¹⁸. Dolayısıyla ispat yükü ilgililerin davada sahip oldukları sıfat ile bağlı olmaksızın üstlenilmektedir¹⁹.

Tahkik sisteminin tam anlamıyla uygulanma imkânı bulduğu iptal davalarında²⁰, sürecin başlangıcında taraflar arasında var olan eşitsizlik için en hassas kısmını teşkil eder ve bu sebeple mahkemeye, durumun gereklerine göre ispat yükünü belirleme noktasında çok büyük bir özgürlük sunar²¹. Mahkemenin bu konuda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ifade edebiliriz²². Bu şekilde ispat edememe riskinin hangi tarafa yükleneceği, dolayısıyla davada hangi tarafın dezavantajlı konumda olacağı da belirlenmiş olur²³.

İdari yargı organının re'sen araştırma hak ve yükümlülüğü ile ispat yükünün bir bakıma çeliştiği düşünülebilir. Bu yaklaşıma göre idari yargılama usulü açısından ispat yükü diye bir hususun var olmadığı da değerlendirilebilir²⁴. Burada aslında bir çelişki durumundan çok birbirini tamamlayan iki olgunun var olduğunu ifade etmek gerekir. İspat hukukunun genel kuralları çerçevesinde²⁵, gerçekte oluşan durum, tarafların iddiaları ile mahkemenin yetkilerinin bütünleşmesi sonucu ortaya çıkan ve somut duruma göre değişebilmekle beraber, büyük oranda ispat yükünden çok gerçeği ortaya çıkarma, olayları aydınlatıp uyumsuzluğu çözüme mükellefiyetini mahkemeye yükleyen bir sonuçtur²⁶.

arasında mevcut dengesizlik nedeniyle, durumun icabına ve hayatın akışına göre ispat külfetinin yer değiştirmesi olağandır ve bunun takdiri de yetkili mercilere ait bulunmaktadır", karar için bkz. Emine Cin Karagöz, *İdare Hukukunda Karine ve Varsayım*, (Ankara: Yayınlanmamış DR tezi, Gazi Üniversitesi (HBV) SBE, 2016), s. 19.

¹⁸ Anne Courreges and Serge Dael, *Contentieux Administratif*, (Paris: PUF, 2006), s. 197.

¹⁹ Sunay, *İspat ve Delil Hususları*, s. 28.

²⁰ Tahkik sistemiyle itham sisteminden herhangi birinin tek başına katı bir şekilde uygulanması, taraf hakları açısından birtakım sakıncalar doğuracağı için, uygulamada daha ziyade baskın olan yönetime diğer usulden de bazı unsurların dâhil edilmesi suretiyle, işbirliği sistemi de denilen karma bir yöntemin uygulandığı ifade edilebilir, bkz. Bordeaux Üniversitesi, Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023, <https://ent2d.ac-bordeaux.fr/disciplines/clesjustice64/fonctionnement-de-la-justice/institution-judiciaire/systeme-inquisitoire-et-systeme-accusatoire/>; Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: İstanbul SBE), 2002, s. 169-171.

²¹ M. F. Debaedts, "La Preuve dans le Contentieux Administratif Belge", *19-21 Ekim 1972 Brüksel Kollokyumu*, Belçika Raporu, (1972), s. 149, ACA Avrupa, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/belgium-1_fr.pdf.

²² Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 97.

²³ Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 19.

²⁴ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), s. 566; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, s. 9.

²⁵ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu gereğince, "(...) İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir (...)", D4.D, 25.05.2022, E. 2018/6247, K. 2022/3308, DBB.

²⁶ "(...) İptal davalarında, idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Özellikle vurgulanması gereken husus, yetki ve şekil unsurları yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir işlemin, idarece gösterilen sebeple sınırlı olarak yargısal denetiminin yapılamayacağı, işlemin,

II. İSPAT YÜKÜNÜN DAVACIDA OLMASI

İptal davalarında ispat yükü, kural olarak işlemin hukuka aykırılığını iddia eden tarafa, yani davacıya düşer²⁷. Danıştay'ın da genel yaklaşımının bu doğrultuda olduğunu belirtmek gerekir²⁸.

İlk bakışta medeni yargılama usulündeki işleyişten hareketle durum böyle gözükse de esasında idari yargılama usulünde hâkime tanınan ve yüklenen re'sen araştırma yetkisi, bu olguyu genel yargılama usulündeki temel kuraldan farklı bir noktaya taşımaktadır. Konunun açıklanması açısından, hâkimin yetkileri ile tarafların iddiaları bakımından hangisinin daha öncelikli olacağı hususu, oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Burada iptal davalarının objektif niteliğini göz önünde bulundurduğumuzda, re'sen araştırma yetkisinin daha ağır basacağını ve mahkemenin tarafların iddiaları ve sundukları delillerle bağlı olmaksızın, serbestçe karar vereceğini ifade etmek gerekir.

Mahkemenin sadece taraf iddialarıyla bağlı olmak suretiyle karar vermesi durumunda, iptal davalarının objektif niteliğinin bir anlamı kalmayacağı gibi, tahkik usulünün temel özelliği olan re'sen araştırma ilkesinin de bir önemi olmayacaktır. Bu ihtimalde, idari yargıcın sadece tarafların sunduğu delillerle davayı doğru şekilde sonuçlandırması da mümkün olmayacaktır²⁹. Re'sen araştırma ve delil serbestisi ilkesinin doğal sonucu olarak, idari yargı hâkimi ispat yüküne hukuk yargılamasına göre daha az başvuracaktır. Burada hâkim tarafların iddialarını ispatlayamaması durumunda, kendisi de re'sen araştırma yaptıktan sonra, ancak ispat yüküne dayanabilecektir³⁰.

Danıştay da zaten re'sen araştırmanın önceliğine vurgu yaptıktan sonra, bunun olayların açıklığa kavuşturulması için yetersiz kaldığı durumlarda ispat yü-

mevcut yasal düzenlemeler bütünlüğü içinde hukuka uygun bir sebebin bulunup bulunmadığının, idare hukukunun en belirgin ilkesi olan re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gereğidir (...), D4.D, 22.12.2005, E. 2005/1452, K. 2005/2538, DBB.

²⁷ Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021), s. 268; Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 14; Jean Rivero and Jean Waline, *Droit Administratif*, (Paris: Dalloz, 2000), s. 220; Camille Broyle, *Contentieux Administratif*, (Paris: L.G.D.J., 2013), s. 151.

²⁸ (...) oysa 1994 yılında kaza nedeniyle 1995 yılı ve sonrasında da arabasının iradesi dışında elinden çıkması nedeniyle nakliyecilik faaliyetinde bulunmadığını iddia etmekte ise de, aracının ... günlü kazadan sonra ne kadar faaliyet dışı kaldığını ve tamirinin ne zaman bittiğini belgeleyemediği, iddia sahibi iddiasını isbat zorunda olduğundan aracın 1994 yılı içinde kısmen faal olduğunun kabul edilmesi gerektiği, geçici durumların işi bırakma sayılamayacağı yasadaki açıklığından ve hayat standardı esasının hiç kazanç gösterilmemesi ya da zarar beyanı hallerinde dahi uygulanması gerekli olduğundan tarh işleminde yasaya aykırılık bulunmadığı (...), D3.D, 21.05.1999, E. 98/1581, K. 99/2041, DBB; D4.D, 16.05.2022, E. 2019/511, K. 2022/3060, DBB; D4.D, 16.05.2022, E. 2018/9104, K. 2022/3056, DBB; D7.D, 06.04.2022, E. 2018/583, K. 2022/1469, DBB; D10.D, 19.11.2020, E. 2015/502, K. 2020/5158, DBB.

²⁹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, (Ankara: Asil, 2001), s. 52.

³⁰ Bayram Parlak, *İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar*, Yayınlanmamış YL tezi, (Ankara: Gazi Ü. SBE, 2006), s. 28.

künün devreye gireceğini ve durumun gereklerine göre iddia sahibine yükletileceğini belirtmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında;

(...) “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nda, idari uyuşmazlıkların yargı yerince re’sen yapılacak inceleme ve araştırmalarla çözümleneceği hükme bağlandığından, tarafların ispat yüküne ilişkin bir kural sevk edilmiş olmakla birlikte, hukukun genel prensiplerinin idare ve idari yargılama usulü hukukunda da uygulanması gerektiğinin, bu çerçevede idari yargılama usulü açısından da, özellikle Mahkemece re’sen yapılan araştırmaya karşın açıklığa kavuşturulamayan hususlar bakımından “iddia edenin, iddiasını ispatla yükümlü olduğu”nun kabulü zorunlu bulunmaktadır”. (...), demek suretiyle konuya ilişkin bu yaklaşımı teyit etmiştir³¹.

İdari davalar açısından, nitelikleri ve çeşitleri de dikkate alınarak, kişi yararı ile kamu yararı arasındaki dengenin de gözetilmesi suretiyle, esnek bir yaklaşım sergilenerek, ispat yükü hususunun her bir dava özelinde belirlenmesi adaletin tesisi açısından daha yerinde olacaktır³².

İptal davalarında, ispat yükü aşamasına gelinmezden evvel, dava süreci ilk aşamada iptali istenen idari işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla başlar. Davacının burada öncelikle somut ve belirli iddialarda bulunması gerekir. Bu iddialar yeterli olmasalar bile, en azından gerekli oldukları konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. İşlemin iptalini talep eden taraf olarak, davacı açısından aranan asgari şart budur³³. Davacının en azından dava ettiği işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia etmesi gerekir. Zira ispat yükünün aranacağı bir yargılama usulünde, iddia yükü evleviyetle aranacaktır³⁴. İdare tarafından bu iddiaların çürütülmesine yönelik bir girişimde bulunulmadığı, yani cevap dilekçesi verilmediği durumlarda, mahkeme açısından bunların kabul edildiği yönünde bir kanaatin oluşması söz konusu olabilir. Aynı sonucun, idarenin cevap dilekçesi üzerine davacı tarafından aksi yönde bir beyanda bulunulmaması üzerine de oluşacağı değerlendirilebilir³⁵.

Davacı açısından bu aşamada sadece iddia yükünün var olduğu ve ispat yükünün bulunmadığı³⁶ değerlendirilebilecek olsa da somut uyuşmazlıklar karşısında, Danıştay’ın kararlarından da hareketle, yargı organlarının durumun gereklerine göre bu konuda ölçülü bir yaklaşım benimsedikleri ve bazen iddia aşamasını yeterli buldukları, bazen de ölçüyü ispat aşamasına taşıdıkları ifade edilebilir³⁷.

³¹ D10.D, 07.03.2022, E. 2019/10076, K. 2022/117, DBB.

³² Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 197.

³³ Broyelle, *Contentieux Administratif*, s. 151-152.

³⁴ Gamze Gümüşkaya, *Vergi Hukukunda İspat*, Yayınlanmamış DR tezi, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, 2015), s. 120.

³⁵ Leger, s. 37-38.

³⁶ Debaedts, s. 149.

³⁷ (...) *Dava dilekçesinde POS cihazı ile tahsil edilen hasıllata ait olup, kayıtlara dâhil edilmeyen ne gibi bir maliyet unsuru bulunduğu konusunda açık bir iddia ileri sürmediği (...), kayıt dışı kalmış*

İspat standardı³⁸ da denilen bu ispat ölçü ve yükü açısından aranan derinlik düzeyine, bütün idari davalar açısından tek bir derece belirlemek ve bu doğrultuda bir belirlemenin yapılabileceğini söylemek çok mümkün gözükmemektedir³⁹.

İdari işlemin bizzat kendisinden hareketle davacının iddialarının gerçek dışı olduklarına dair bir kanaat oluşmadığı takdirde, bu iddialar ispat edilemiyorsa bile, ciddi olmaları kaydıyla bunların en azından birer delil başlangıcı olarak kabul edilmelerine bir engel bulunmamaktadır. Fransız Danıştay'ı idari işlemin yapılış sürecine ilişkin herhangi bir delil getirilemese dahi, dışa yansıyan kısmının davacının iddialarının gerçek olduklarının kabulü için yeterli olacağını kabul etmektedir⁴⁰. Dolayısıyla burada, davacının ciddi ve belirli iddialarda bulunması durumunda, ispat edilemese dahi bunların delil başlangıcı olarak kabulüne engel bulunmamaktadır. Bu ihtimalde mahkeme bu iddiaların durumunu ve işlemin gerekçesini idareden soracaktır. Davalı idare bu iddiaları sadece inkâr etmekle yetinir ve gerçeğe aykırılıklarını ispat edemezse, davacının haklılığına karar verilebilecektir⁴¹.

Alman idari yargılama usulünde de kural olarak iddia sahibi iddiasını ispatla mükelleftir. Mahkeme içtihatlarında kural olarak idarenin dava edilen işleminin dayandığı maddi sebeplerin geçerliliğini ortaya koyması gerektiği, buna karşılık olarak davacının ise belirli bir hak talebine ilişkin olarak yaptığı başvuruların reddi durumunda, yani inşai nitelikli taleplerine olumlu cevap alamayınca, ispat yükünü üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Özetle ispat yükü esasa ilişkin olarak belirlenmektedir. Belirli bir ruhsat, bir sertifika vb bir talep açısından, elde edilmesi için gerekli şartların varlığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunduğu takdirde, idarenin talebi reddetmesi durumunda, açılacak davada ispat yükünün başvuru sahibine ait olacağı kabul edilmektedir. Yine aynı şekilde bir memurun davasında iş kazası ile iş göremezlik durumu arasındaki bağın veya bir memurun bulaşıcı hastalığa yakalanmasının iş kazası sayılabilmesi için, hastalığın bulaştığı yer ve zamanın, kendisi tarafından ispat edilmesi gerektiği mahkeme kararlarına yansımıştır. İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde tesis ettiği idari işlemler açısından ise, Alman yargısının burada daha ziyade idari işlemler için var olan hukuka uygunluk karinesini ön plana çıkarma ve aksini iddia edenin yani davacının ispat yükünü üstlenmesi ve hukuka aykırılığı ortaya koyması gerektiği yönünde bir eğiliminin olduğu ifade edilmektedir⁴².

maliyetin varlığını ispatlama yükünün ise; alım satım işlerinde satışların alımlara dayanmasının ekonomik ve ticari zorunluluk olması karşısında, davacıya değil, davalı idareye düştüğü (...), DVDDK, 21.11.2008, E. 2007/330, K. 2008/727, DBB.

³⁸ Geniş bilgi için bkz. Didem Birbir Efendioğlu, *İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı*, Yayınlanmamış YL tezi, (İstanbul: İstanbul SBE, 2019), s. 108 vd.

³⁹ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 15-16.

⁴⁰ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 543-545.

⁴¹ Rivero and Waline, *Droit Administratif*, s. 220.

⁴² M. A. Fischer, "La Procédure de Preuve Devant les Juridictions Administratives Allemandes", 19-21 Ekim 1972 *Brüksel Kollokyumu*, Almanya Raporu, (1972), ACA Europa, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/germany-1.pdf.

Alman hukukundaki genel yaklaşım bu şekilde olmakla beraber, ispat yükü üzerinde olmayan tarafın iddia konusu hususun varlığını inkâr etmesi kendisi için yeterli olacakken, istisnai olarak da olsa yerine göre ispat edilmesi gereken iddianın niçin var olmadığını açıklanması kendisinden talep edilebilecektir. Bu şekilde ispat yükü üzerinde olan tarafından, mevzu bahis noktaların aydınlatılması yine karşı taraftan istenebilecektir. Alman yargısı tarafından en yaygın çözüm yöntemi olarak uygulanan bu tekniğin en somut örneğini, iddia yükü ve kanıtın derecelendirilmesi hususları oluşturur. Nihayetinde, her bir tarafın kendi lehine olan hususları ispat etmesi gerekir. İddialarının temelini teşkil eden vakıaları ispat zorunluluğu davacıya, iddia ettiği hakkın varlığını engelleyen, onu ortadan kaldıran veya onu askıya alan olgusal özelliklerin ispat yükü ise davalıya düşer⁴³.

Almanya’da bir istinaf mahkemesi sayılabilecek Berlin ve Brandebourg Eyaletleri Yüksek İdare Mahkemesi, yabancıların ikametini düzenleyen kanun çerçevesinde verdiği ve ikamet tezkeresi verilmesi için gerekli bir kanıtın getirilememesine ilişkin bir kararında, ispat yükünü davacıya yüklemiş ve nihayetinde davayı reddetmiştir. Pakistan’da Alman vatandaşı bir bayanla evlenen bir Pakistan vatandaşının, aile birleşimi gerekçesiyle ikamet izni için başvurması üzerine, Alman makamları başvuruyu reddetmişler ve açılan davada ilk derece mahkemesi davayı reddetmiş, bahsedilen istinaf mahkemesi mahiyetindeki mahkeme de kararı onamıştır. Buradaki mahkemeler maddi bir vakıanın varlığı ve evliliğin gerçekliği sorunsalıyla karşı karşıya kalmışlardır. Birtakım hususlar bu evlilikteki gerçek birliktelik iradesi konusunda şüphe uyandırmıyordu. Burada olanın muvazaalı bir evlilik olduğu konusunda tereddütler bulunmaktaydı. Yasal düzenlemelere göre anlaşmalı evlilikler sebebiyle ikamet izninin reddedilmesi gerekiyordu. Alman yargısındaki benzer durumlara ilişkin genel yaklaşım, buradaki objektif delil yükümlülüğünün davacıda olduğu yönündedir. Mahkeme burada ispat yükünün etki ve sorumluluk alanı (küresi) ve takribiliği yani belirli bir tarafa müzahir oluşu fikrine istinat ederek bir karara varmıştır. Mahkemeye göre buradaki vakıaların ispatı bunların etki alanındaki, yani bu vakıaların etkilediği taraf tarafından ispat edilmesi gerekir⁴⁴. İspat yükünün takribiliğinden kasıt ise ispat yükünün tespiti açısından vakıalara hangi tarafın daha yakın durduğu hususudur. Dolayısıyla birlikte bir yaşam sürdürme iradesi, buradaki eşlerin hangi şartlarda tanıştıkları, evlenme saikleri ve ortak projeleri gibi hususlara göre değerlendirilecektir ve mahkemeye göre eşlerin özel hayatına ilişkin olan bütün bu hususlarda

⁴³ Bkz. Raphaël Callsen, “Disponibilité de la preuve et répartition de la charge de la preuve: une mise en perspective à partir du droit allemand”, Paris Nanterre Blog, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022 <https://blogs.parisnanterre.fr/content/disponibilite%20de-la-preuve-et-r%C3%A9partition-de-la-charge-de-la-preuve-une-mise-en-perspective->.

⁴⁴ Alman hukukundaki bu söz konusu sorumluluk alanı anlayışına göre; bir olayı açıklamaya yönelik olaylar ve delillerin çoğu hangi tarafın bilgi ve faaliyet alanına aitse, ispat yükü diğer tarafın lehine azalır. Bu bakımdan davanın tarafları açısından, etki ve sorumluluk alanı çerçevesinde ters orantı oluşmaktadır, bkz. Gümüşkaya, *Vergi Hukukunda İspat*, s. 150.

ispat yükü yabancı eşe düşmektedir. Buradaki kararda kanıtın yakınlığı düşüncesinin yetersizliği ve tehlikeliliği hususuna da dikkat etmek gerekir. Çünkü burada ispat yükünün kendisine daha yakın olduğu değerlendirilen tarafın korumasız bir durumda olması söz konusudur. Buna rağmen, Alman hukukunda evlilik müessesesi anayasal düzeyde korunduğu halde, başvurusunu reddeden idareye nazaran ispat edilmesi gereken vakıalara davacının daha yakın olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir⁴⁵.

İdari yargılama usulünde, iptal davasının kendine özgü yapısı gereği, her türlü hususu ispat etmesinin davacıdan beklenmemesi gerekir. Onun sadece mahkeme nezdinde idari işlemin hukuka aykırılığı konusunda bir şüphe uyandırması gerekir. Davacıya düşen ispat yükü açısından ölçünün bu olması gerekir. Bundan sonrasının mahkeme tarafından araştırılması, idareden sorulması ve durumun gereklerine göre bir kanaate varılması gerekmektedir⁴⁶.

İdari davaları açısından ispat yükünün hiç olmayacağını söylemek çok iddialı bir yaklaşım olacaktır. Somut duruma göre değişmekle beraber, davacı açısından bütün davalar için en azından asgari düzeyde bir iddia yükünün bulunduğunu ifade etmek gerekir. Hatta davalı idare açısından idari işlemin sebep unsuru ortaya konulabiliyorsa, bu durumda bunun hukuka veya gerçeğe aykırılığını, duruma göre hiç var olmadığını iddia eden davacının bu iddialarını ispat etmesi gerekecektir.

III. İSPAT YÜKÜNÜN İDAREDE OLMASI

Ortak hukuk mantığından hareketle iddia sahibinin iddiasını ispat etmekle mükellef olması genel kural olmakla birlikte, iptal davaları açısından ispat yükünün iddia sahibine ait olması, her şeyi onun ispat etmesi gerektiği anlamına gelmez. Hâkimin kanaat sahibi olması için gereken hususlardaki eksikliğin veya noksanlığın giderilmesi için, davacının bu aşamada kaçınılmaz olarak müdahalesi gerekir⁴⁷. Bunun yanı sıra, davacı dışındaki bazı kesimlerin de gerçeğin ortaya çıkarılması için katkı sağlamaları gerekir. Karşı tarafın örneğin davacının iddialarını sadece inkâr etmesi, onu ispat yükümlülüğünden kurtarmaz ki bu durumda bu tarafın inkâr ettiği hususların gerçekliğini ispat etmesi gerekir⁴⁸.

⁴⁵ Callsen, s. 2-4; Burada bahsedilen etki ve sorumluluk alanı teorisi Alman yargısına genel olarak hâkim olsa da bunun ancak bir etki küresi tespit edilebildiğinde mümkün olabileceği ve "küre" tanımının da tam anlamıyla yapılamaması sebebiyle, her türlü uyumsuzluk açısından ispat yükünün tespiti noktasında uygulanamayacağı, uygulanmasının da riskli olacağı ifade edilmektedir, geniş bilgi için bkz. Callsen, s. 7.

⁴⁶ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 542.

⁴⁷ Parlak, *İdari Yargıda İspat*, s. 29.

⁴⁸ Bkz. Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 538; Fransız Danıştay'ın 14 Ocak 1916 tarihli Camino kararına konu olan bir olayda, Hendaye belediye başkanı Doktor Camino bir cenaze töreninde, özellikle defin işlemi aşamasında vazifesini gereği gibi yapmadığı gerekçesiyle valilik tarafından görevden uzaklaştırılmış, sonra da karamameyle görevden alınmıştır. Bunun

Bu tür durumlarda Danıştay da bu doğrultuda hareket edip ispat yükünü yerine göre davalı idare tarafına yüklemektedir. Konuya örnek teşkil edecek bir kararında;

“(...) Kural olarak, idari para cezası tesisinden önce işlemin sebep unsurunu teşkil eden hususa (ruhsatların ilgililerine verildiği/teslim edildiği tarihe) ilişkin ispat yükünün davalı Kuruma ait bulunduğu açık olup (...)” demek suretiyle durumu teyit etmiştir⁴⁹.

İptal davalarında, tarafların eşit bir konumda olmayışının neticesi olarak, davacının iptali istenen idari işlemin yapılışına, işlem kendi talebi üzerine tesis edilmiş olsa bile, dâhil olmadığı, dolayısıyla işlem karşısında üçüncü kişi konumunda olduğu ifade edilebilir⁵⁰. Bu durumda söz konusu işlemdeki herhangi bir hukuka aykırılığın davacı tarafından ispat edilebilmesi oldukça güçtür. Davacı burada idari işlemin dışı yansıyan kısmından, yani kendisine tebliğ edilen karardan başka bir şey bilmemektedir. İdarenin elindeki birtakım belgelerin varlığından bile haberdar olamamaktadır. Haberdar olacak olsa bile bunları elde edebilmesi çok kolay olmayacaktır, hatta yerine göre imkânsız olacaktır. İdarenin iç işleyişi açısından olup bitenler, bu durumda ancak davacının ispat etmeksizin öne sürdüğü iddiaların mahkeme tarafından idareden sorulması üzerine öğrenilebilir⁵¹.

Bu duruma özellikle idari işlemin amaç unsurundaki hukuka aykırılıklar açısından rastlanılması muhtemeldir. İdarenin kamu yararı amacı dışında bir amaçla hareket etmiş olması ihtimalinde, kendisine başvurulmaksızın hangi amaçla hareket ettiğinin, yani gerçeğin öğrenilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumun ispatının davacıdan beklenmesi de doğal olarak yerinde olmayacaktır. Çünkü burada davacı ile idare arasında doğrudan bir ilişki söz konusu olmadığı gibi, bu yönü itibariyle iptal davası esasında taraf kavramını da tam olarak karşılamamaktadır⁵².

üzerine görülen davada Conseil d'Etat idari yargı hâkiminin idari işlemin dayandığı maddi vakıaların gerçekliğini araştırma yetkisinin bulunduğunu vurgulamış ve özellikle de ispat yükü açısından, idarenin tesis ettiği idari işlemin sebebinin teşkil eden maddi vakıaların varlığını ve gerçekliğini ispat etmesi gerektiğini belirterek, ispat yükünün idare tarafına geçirilebileceğine karar vermiştir, bkz. Marcel Long; Prosper Weil; Guy Braibant; Pierre Delvolvé and Bruno Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, (Paris: Dalloz, 2003), s. 185.

⁴⁹ D10.D, 07.03.2022, E. 2019/10076, K. 2022/117, DBB.

⁵⁰ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 538.

⁵¹ Leger, s. 36.

⁵² Debbasch ve Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 539; Fransa'da bir kamu hizmetine giriş sınavında siyasi görüşü sebebiyle başarısız bulunan kişinin açtığı davada, Conseil d'Etat ispat yükünün davacıya yüklenemeyeceğini, onun tarafından sadece iddialarının belirli olması gerektiğini ve iddialarını ispat edebilecek her türlü delili mahkemeye sunmasının yeterli olacağını, gerisinin ise mahkeme tarafından re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde idareden sorulacağını belirtmiş ve nihayetinde idarenin davacının sınavdan başarısız sayıldığına dair işlemini iptal etmiştir, bkz. CE, 28 Mayıs 1954, Barel; Long; Weil; Braibant; Delvolvé and Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, s. 475-476.

Özellikle sözlü sınavlar açısından çok muhtemel olan bu durum açısından, uzun yıllar sınavların kayıt altına alınmak suretiyle gerek adaylara sorulan soruların gerekse onların verdikleri cevapların idare tarafından ispat edilip ortaya konulması gerektiği yönünde karar veren Danıştay, son yıllarda daha ziyade mevzuat hükümlerine bağlı kalmayı tercih edip sınava ilişkin olan yazılı kurallar çerçevesinde hareket etmekte ve sınavın tutanağa bağlanması veya kayıt altına alınması gibi kıstaslar aramamaktadır⁵³.

Yine benzerlik arz eden bir konu olan ve bugün itibarıyla Devlet Memurları Kanunu'nda uygulaması kalmayan, memurlara sicil notu verilmesi konusunda da Danıştay, düşük sicil notu takdir edilmesi işlemine karşı açılan bir davada;

(...) “*uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığa konu idari işlemin sebebinin ortaya konulmasının olduğu ve bu sebebin, davalı idarece ileri sürülmesinin yanında bilgi ve belgeyle ispatlanması gerekliliği de dikkate alındığında; somut bilgi ve belgeye dayandırılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde ve ispat külfeti, öncelikle olayda aktif durumda bulunan davalı idareye yükletilmesi gerekeceğinden, sicilin orta düzeyde belirlenmesi sırasında sicil amirlerince objektif davranılmadığının ortaya konulması hususunun davacıya yükletilmesi suretiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” demek suretiyle düşük sicil notu verilmesi olayındaki ispat yükünün davalı idarede olduğunu belirtmiştir⁵⁴.

Bahsedilen kararlarda da görüldüğü üzere, iptal davalarında var olan taraflar arasındaki eşitsizlik ve ispat etme noktasındaki zorluklar sebebiyle, idari yargı organları medeni yargılama usulündeki iddia ve ispat kuralının sebep olacağı suni bir neticeyle karşılaşmamak adına, geleneksel iddia ve ispat yükü anlayışından vazgeçerek, ispat yükünün yerini değiştirip idareyi ispat etmekle sorumlu tutmaktadırlar⁵⁵. Bu sebeple de birçok zaman davacı açısından, ispat vasıtalarının idarenin elinde olduğu durumlarda, ispat yüküne nazaran daha düşük düzeydeki iddia yükü aşamasında kalarak, aksinin idare tarafından ispat edilmesini beklemektedirler⁵⁶. Zaten iddia gereği ispat gereğinden, iddia yükü de ispat yükünden önce gelen kavramlardır⁵⁷. Böyle olunca da ispat yükü kendisinde olmayan davacının, idare tarafından ispat edilememiş hususlara ilişkin herhangi bir ispat aracı getirmesine gerek kalmamaktadır⁵⁸.

Bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olguya ulaşmayı sağlayan, bu şekilde bir takım çıkarımlarda bulunmaya yarayan emareler şeklinde ifade edilebilecek ka-

⁵³ Geniş bilgi için bkz. Murat Buğra Tahtalı, “İdari Yargı Kararları Çerçevesinde İdarece Yapılan Mülakatlarda Hukuka Aykırılıkların İspatı”, *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, (2020), s. 2984-2985 ve s. 2988-2991.

⁵⁴ D2.D, 31.01.2005, E. 2004/6213, K. 2005/329, DBB.

⁵⁵ Leger, s. 37.

⁵⁶ Broyelle, *Contentieux Administratif*, s. 152-154.

⁵⁷ Kepekçioğlu, *Vergi Hukukunda Delil*, s. 9.

⁵⁸ Karahanoğulları, *İdari Yargı*, s. 576.

rine kavramının ise ispat yükü açısından, asıl işlevinin ispat yükünün dağıtılması noktasında ortaya çıktığı ifade edilebilir⁵⁹. Danıştay'ın gerek kanuni gerekse fiili karine kavramına, lafzen çok değinme de başvurduğu kararlar bulunmaktadır. Fiili karine kavramı açısından örneğin, Danıştay bir kararında;

“(...) temyize konu mahkeme kararında, yetkisiz vekil tarafından kamulaştırma bedelinin davacıya verilip verilmediği hususunda ispat yükü, davacı tarafa tahmil edilmekte ise de; yukarıda ifade edilen maddi ve hukuki olgu çerçevesinde, kamulaştırma bedelinden yoksun bırakıldığı hususunda davacı lehine oluşan karinenin varlığı nedeniyle, ispat yükünün davalı idareye ait olduğu açıktır (...)”, demek suretiyle, kararını bizzat karine kavramına dayandırmıştır⁶⁰.

İspat yükünün idarede olacağı bir diğer konu olarak disiplin cezaları veya idari müeyyideler örnek verilebilir. Bu söz konusu işlemler açısından da ispat yükü doğrudan idareye aittir, çünkü bu bahsedilenlerde yaptırımların sebebinin teşkil edecek hususların idarece ortaya konulması gerekecektir⁶¹. Fransız hukukunda olduğu kadar ülkemizde de disiplin hukuku açısından benzer bir yaklaşımın sergilendiği ifade edilebilir⁶². Bu doğrultuda, idarenin işlemine dayanak teşkil eden tutanağın içeriğinin ispatı örneğin, idare üzerine düşecektir. Danıştay bir kararında;

“(...) tutanak içeriğinin doğruluğunun tanık beyanı ve kamera kayıtlarıyla ortaya konulmadığı, ayrıca davacının pantolonunun ütülü olduğu hususunu ispat yükümlülüğü bulunmayıp, davacıya isnat edilen fiilin davalı idare tarafından ispatının gerektiği, davalı idarece bu yükümlülüğün yerine getirilmediği, ayrıca davacının ayakkabısının tozlu olmasını haklı bir nedene dayandırdığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir (...)”, demek suretiyle bu hususu açıkça ortaya koymuştur⁶³.

Bu tür davalarda idarenin faaliyetinin neticesinde bir ilişki doğduğu için, idari işlemlere karşı olan durumundan farklı olarak davacı, bu ilişkiden mütevellit

⁵⁹ Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 121.

⁶⁰ Karar için bkz. Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 108-109; Devlet Memurları Kanunu'nda, İmar Kanunu'nda örneğin birtakım kanuni karineler bulunmaktadır, bkz. Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 114-116.

⁶¹ De Gaudemar, s. 2-3.

⁶² *“(...) Her ne kadar temyize konu İdare Mahkemesi kararında, davacıya isnat edilen fiillerin “amirine saygısız davranış” olarak değerlendirilmesi gerekirken “amirin emrini dinlememek” olarak değerlendirilmesi sonucu daha ağır bir cezayla cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiş ise de, soruşturma raporu ve eki ifade tutanaklarının incelenmesinden, davacıya isnat edilen fiillerin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulmadığı dolayısıyla davacının disiplin cezasını gerektirir bir fiilinin bulunmadığı kanaatine varıldığından işlemin bu gerekçe ile iptali gerekmekte ise de işlemin iptali yolundaki karar sonucu itibarıyla yerindedir (...)”*, D12.D, 15.12.2010, E. 2008/4846, K. 2010/6366, DBB.

⁶³ D5.D, 15.04.2019, E. 2016/15914, K. 2019/2792, DKD, Y. 2019, S. 1, s. 250-253.

birtakım ispat vasıtalarına sahip olacaktır. Özellikle savunma hakları bağlamında, idari müeyyide niteliğindeki kararlar açısından, davacının eline haklılığını ispat etmeye yarayacak birtakım bilgi ve belgelerin iletilmesi söz konusu olmaktadır. Buna ispat yükünün paylaşılması denilmektedir⁶⁴. Bu anlamda ispat yükünün paylaşılması “vakıaların ispatsız kalması nedeniyle hâkimin aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesinin, hangi vakıa bakımından kimin üzerinde bulunduğu belirlenmesi” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁵.

Aynı şekilde bir hakkın geri alınmasını konu edinen, ruhsat iptali gibi işlemlerde de ispat yükü yine idare tarafında olmaktadır⁶⁶. Çünkü bu durumlarda idari işlemin sebep unsuruna ilişkin hususları delillendirebilecek olan sadece işlemin sahibi ve işlem dosyasını elinde bulunduran idaredir⁶⁷.

İspat konusunda mahkemenin tutumunun bütün davalar için aynı olmaması gerekir. Özellikle iptal davasında davacının gözetilip kollanması ve kendisine yardımcı olunması gerekir. Fransız Danıştay’ının, uzun yıllar ispat yükünün davacıya ait olduğunu açıkça vurgulamamış olmakla beraber, kararlarındaki yazım tarzından hareketle, oldu olası bu yönde genel bir yaklaşımının olduğu rahatlıkla söylenebilir⁶⁸. Bununla birlikte, yüksek mahkeme birçok zaman da davacının lehinde bir tutum sergilemiş ve çoğu zaman idare tarafını uyuşmazlıkların aydınlatılmasından sorumlu tutmuştur⁶⁹. İspat yükünün davacıya ait olacağı yönündeki genel eğilimin aksine, Conseil d’Etat, 2012 yılında iptal davalarında ispat yüküne ilişkin ilk defa somut ve kapsamlı bir karar vermiş ve konuya ilişkin noktayı koymuştur. Şöyle ki; Pyrénées-Orientales bölgesinde bir görev için eş durumundan tayin talebinde bulunan Bayan C.’nin başvurusunun, France Télécom tarafından reddi işlemi üzerine açılan iptal davasında, kurumun buradaki vilayette boş kadronun olmadığını ispat edemediği gerekçesiyle, dava idare mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Conseil d’Etat ise temyiz incelemesinde konuya ilişkin dönüm noktası sayılacak olan kararını vermiştir. Karar metninde;

“iptal davası yargıcının, uyuşmazlığa ilişkin kanaatini taraflarca dosyaya ibraz edilen hususlara göre oluşturması gerekir; yeterince desteklenmediğini değerlendirdiği iddialarının ispat edilmesi için davacıyı zorlayamaz; bu ihtimalde hâkime, ciddi sayılacak iddiaların davalı idarenin ileri sürdüğü hususlar tarafından çürütülememesi durumunda, karar vermek ve kanaat

⁶⁴ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 539-540.

⁶⁵ Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, s. 5.

⁶⁶ Leger, s. 38.

⁶⁷ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Bursa: Ekin, 2016), s. 400.

⁶⁸ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 540; CE, 20 Haziran 2003, Sté Ets Lebreton kararında açıkça iddia sahibinin iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁹ De Gaudemar, Hervé, “La preuve devant le juge de l’excès de pouvoir, CE, 26 Kasım 2012, Brigitte C., No. 354108”: *Revue générale du droit on line*, No. 4156, (2012), s. 2.

sahibi olabilmek amacıyla, her türlü malzemeyi hukuki yollardan elde etmek için, araştırmaya ilişkin genel yetkilerini kullanmak ve her türlü tedbiri almak, özellikle de davacının iddialarının gerçekliğini teyit edecek her türlü belgenin yetkili idare tarafından ibraz edilmesini istemek, görevi düşer”, denilmek suretiyle iptal davalarındaki ispat yüküne ilişkin yaklaşımı açıkça ortaya koymuştur⁷⁰.

Kararda aslında Conseil d’Etat’nın konuya ilişkin genel eğiliminin özetlendiği ifade edilebilir. Bahsi geçen karardan önceki dönemlerde de Fransız Danıştay, davacının ispat etmeksizin dahi olsa, net ve belirgin, bu anlamda ciddi birtakım iddialarda bulunması durumunda, mahkemenin bunları re’sen araştırması gerektiğini ifade etmekteydi. Dolayısıyla mahkemenin her halükarda ispat yükünü davacıya yüklememesi gerektiği net bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁷¹.

Fransız hukukunda, yabancıların kamu güvenliği gerekçesiyle sınır dışı edilme kararlarının ilgili idareler tarafından delillendirilemediği birtakım örneklerde mahkemeler; “konu itibarıyla yasal düzenlemelerle belirlenmiş bir yetkinin hukuka aykırı kullanımı”, “zabıta tarafından alınan birtakım tedbirler açısından kamu düzeni gerekçesiyle birtakım özgürlüklere getirilen kısıtlamaların açıklanamaması”, “kamu yararı düşüncesine istinaden vatandaşların kamu hizmetlerine erişmesindeki eşitlik ilkesine aykırı uygulamalardaki haklılığın ispat edilememesi” gibi gerekçelerle, davacıların sadece belirli iddialarda bulunmalarını yeterli bulmuş, ispat yükünü davalı idareye yüklemiş ve neticede ilgili idarelerce iddiaların aksinin ispat edilememesi sebebiyle kararları iptal etmişlerdir⁷².

Yine aynı şekilde iktisadi ilişkiler açısından idarenin birtakım müdahaleleri noktasında, ispat yükünün kural olarak idareye ait olduğu söylenebilir⁷³.

Alman hukukunda ise temel bir hakka yönelik bir idari tedbir uygulaması varsa, herhangi bir hak bahşeden bir idari işlemin geri alınması durumunda veya

⁷⁰ CE, 26 Kasım 2012, Brigitte C., başvuru no. 354108, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023, www.legifrance.gouv.fr; Fransız Danıştay’ın konuya ilişkin bu yaklaşımının sadece kamu görevlileri açısından değil, bilumum iptal davaları açısından geçerli olduğu ifade edilmektedir, bkz. Xavier Heymans, “La Charge de la Preuve Dans le Recours Pour Excès de Pouvoir”, (2013) Erişim Tarihi: Aralık 28, 2022, <https://www.eurojuris.fr/categories/tribunal-administratif-procedure-administrative-11000/articles/la-charge-de-la-preuve-dans-le-recours-pour-exces-de-pouvoir-1898.htm>; Aynı yönde bkz. CE, 2 Şubat 2022, No. 439580, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 3, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

⁷¹ Fransız Danıştay’ın yakın tarihli kararlarında daha ziyade, kural olarak her bir tarafın iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu, sadece bir tarafın elindeki bilgi ve belgelerle ispat edilebilecek hususlar açısından ise ispat yükünün o tarafa düşeceği, şeklinde bir yaklaşımı benimsediğini ifade etmek gerekir, bkz. CE, 5 Haziran 2020, Sté Faraday, No. 425789, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

⁷² Kararlar için bkz. Leger, s. 38.

⁷³ Şirket birleşmesi talebine onay verilmemesi üzerine açılan davada Conseil d’Etat, ret işleminin maddi ve hukuki gerekçelerinin mahkemeye mutlaka bildirilmesi gerektiğini belirterek idareyi haksız bulmuştur, CE, Sté Maison Genestal, 26 Ocak 1968, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

idarenin davacıyı iddialarını ispat etmesini engelleyecek bir duruma düşürmesi gibi ihtimallerde ispat yükünün idare tarafında olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

IV. MAHKEMENİN YETKİLERİ

İptal davası hâkiminin nazarında ispat etmekten çok ikna etmek önem arz etmektedir⁷⁵. Ülkemizde de delillerin değerlendirilmesinde mahkemece belli bir ikna düzeyi aranmaktadır⁷⁶. Burada taraflar arasındaki karşılıklı iddia ve savunmaların neticesinde mahkeme bir kanaate varmaktadır. Mahkeme burada tamamen pasif bir konumda da değildir. Her zaman için re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde devreye girebilir ve davacının iddialarının ciddiyetine inanırsa, bunların idare tarafından yalanlanmaması durumunda, idareden iddialara ilişkin bilgi, belge ve açıklamalar isteyebilir⁷⁷. Nihayetinde idarenin tutumu çerçevesinde uyumsuzluğa ilişkin bir kanaat sahibi olacaktır. Danıştay delilleri değerlendirdikten sonra, “şüpheden uzak”, “kesin ve inandırıcı”, “açık ve net”, “yeterli ve ciddi” delil gibi kavramlarla bu durumu ifade etmekte ve ikna güç ve düzeyine göre bir kanaate varmaktadır⁷⁸.

Gerek Fransız hukukunda gerekse hukukumuzda idari yargılama usulünün en temel özelliklerinden birisi de re'sen araştırma ilkesinin bulunmasıdır. Burada özellikle iptal davası açısından yargılama sürecinin tamamen mahkemenin sevk ve idaresinde olduğunu ifade etmek gerekir⁷⁹. Bu ilke çerçevesinde mahkeme gerek davanın taraflarından, gerekse başkaca makam ve mercilerden⁸⁰ her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilecek ve davanın aydınlatılması için gerekecek her türlü araştırmayı, talep ve iddia edilmese dahi, kendiliğinden yapabilecektir. Hatta yapması da gerekmektedir. Bunun bir hak ve yetki olduğu kadar bir yükümlülük olduğunu da ifade etmek gerekir⁸¹. Bu şekilde hem kamu yararının gerçekleştiril-

⁷⁴ Fischer, s. 23-24.

⁷⁵ De Gaudemar, s. 3.

⁷⁶ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 203; İkna düzeyine Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ispat standardı denilmektedir, geniş bilgi için bkz. Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 181-197.

⁷⁷ Leger, s. 32; CE., 26 Kasım 2012, No. 354108, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁸ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 199.

⁷⁹ (...) Doğrudan kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla hizmet eden idari yargılama hukukunda “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir ve hâkim, medeni yargılama hukukuna göre daha etkin bir konumdadır. *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 20. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, mahkeme, davadaki olguları ve delilleri kendiliğinden araştırır (...)*, D13.D, 08.12.2016, E. 2016/3569, K. 2016/4143, DBB; Courreges and Dael, *Contentieux administratif*, s. 195-196.

⁸⁰ Davada taraf olmayan bir bakanlıktan bilgi ve belge istenmesine ilişkin olarak bkz. D8.D, 05.11.1974, E. 1974/1970, K. 1974/3850, DD, sy. 18-19, s. 519.

⁸¹ D12.D, 02.02.2010, E. 2007/3802, K. 2010/419, DBB; DİİDK, 24.12.1993, E. 1993/279, K. 1993/654, DBB; CE, 20 Aralık 1968, Société des travaux hydrauliques et entreprises générales, No. 69978; CE, 23 Temmuz 2010, ONF, No. 321138, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

mesi hem de birçok zaman elinde sadece kendisine tebliğ edilen idari işlemde başka bir malzeme bulunmayan ve bu sebeple ispat etme noktasında son derece dezavantajlı durumda olan davacı ile işlem dosyası elinde olan idare arasındaki eşitsizliğin giderilebilmesi ve böylelikle silahların eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır⁸².

Tahkik usulünün uygulandığı idari yargıda, hâkimi taraf iddialarıyla hareket eden ve buna göre kanaat sahibi olan bir hakem gibi görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁸³. Zaten idari yargı organlarının da objektif davranamama endişesiyle, delil ve ispat kuralları veya ispat yükü hususlarıyla kendilerini bağlı görmeyip dava edilen işlemin hukuka uygunluğunu tarafların konumundan bağımsız olarak irdeleyerek, daha ziyade idareden iddiaların açıklığa kavuşturulmasını isteme eğiliminde oldukları söylenebilir.

Re'sen araştırma ilkesi, mahkeme için sadece birtakım somut bilgi ve belgelerin istenmesi yetkisinden ibaret olmayıp, yerine göre takdir yetkisinin kullanılmasını çerçevesinde bile olsa⁸⁴, dava edilen işlemin gerekçesinin sorulması ve yine bu doğrultuda işlemin sebebini teşkil eden maddi vakıaların gerçeğe uygunluklarının tespiti için de kullanılabilir⁸⁵. Zaten idarenin takdir yetkisini kullandığı hallerde ispat yükünün, kural olarak idarenin üzerinde olduğunu kabul etmek gerekir⁸⁶. Bu bağlamda, re'sen araştırma yetkisinin kullanımı var olan ispat yükünü ortadan kaldırmaz⁸⁷.

Re'sen araştırma yetkisinin kullanımı kendisini dava edilen işlemin bizzat varlığının ortaya çıkarılması konusunda dahi gösterebilir⁸⁸. Yine aynı şekilde; maddi

⁸² Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), s. 92.

⁸³ Leger, s. 37.

⁸⁴ Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", *AÜEHFD (EBYU)*, C. 2, S. 1, (1998), s. 129.

⁸⁵ Leger, s. 33-34; Fransız Danıştay ilk defa 28 Mayıs 1954 tarihli ve konuya ilişkin referans niteliğinde sayılabilecek Barel kararında, özellikle idarenin takdir yetkisi, re'sen araştırma ilkesi ve ispat yükü konularına ilişkin çok net açıklamalar yapmış ve takdir yetkisinin gerekçesinin idareden sorulabileceğini ve davacının kesin ve belirli olan iddialarının aksini ispat etme yükünün idareye düştüğünü bir defa daha vurgulamıştır, bkz. Long; Weil; Braibant; Delvolvé and Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, s. 474-476.

⁸⁶ Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 24.

⁸⁷ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, C. I, 2021), s. 860.

⁸⁸ Fransa'da görülen bir davada, Maubeuge cezaevi merkezi müdürünün, ziyaret odalarından dönen mahkûmların üstlerinin tam ve sistematik olarak aranması için genel bir karar aldığı iddiasıyla söz konusu kararın iptali için ilgili bir dernek tarafından açılan davada, Lille İdare Mahkemesi ortada idari bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş ve Douai İstinaf Mahkemesi de davacının dava ettiği işlemin varlığını ispat edememesi sebebiyle kararı onamıştır. Conseil d'Etat ise, davacının bütün girişimlerine rağmen idarenin sessiz kalması üzerine, iptal davası hâkiminin kanaat sahibi olmak amacıyla, davalı idare tarafından yalanlanmayan davacının ciddi iddialarının gerçekliğini ortaya koyacak bilgi ve belgelerin re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde idareden sorulmadığı gerekçesiyle, istinaf mahkemesi kararını bozmuştur, bkz. CE, 3 Ekim 2018, No. 413989, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 10, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

olayın varlığı ve gerçekliği konusunda, deliller ve bunların elde edilmesi, maddi olayın nitelendirilmesi ve ilk inceleme konuları ve benzeri, bilumum kamu düzeyine ilişkin hususlar açısından da re'sen araştırma ilkesi kendisini göstermektedir⁸⁹.

Mahkemenin re'sen araştırmaya ilişkin yetkilerini kullanıp kullanmama konusunda keyfi davranmaması gerekir⁹⁰. Buradaki yetkiyi, iki tarafın hakları açısından da dengeli bir şekilde kullanılması gereken ve gerçeğin araştırılması için verilmiş genel bir yetki olarak görmek gerekir⁹¹. Mahkemenin bu yetkiyi daha ziyade idare aleyhine kullandığı ve bu şekilde davacı üzerindeki ispat yükünün nispeten hafifletildiği de söylenebilir⁹². Çünkü burada delillerin idarenin etki alanından kurtarılarak mahkeme önüne getirilmesi ve böylece çoğu kez delillere ulaşma imkânı bulunmayan davacının ispat yükünden kurtarılması söz konusu olmaktadır⁹³.

Fransız Danıştay'ının bu konudaki tutumu, mahkemenin davacının iddialarını idareden sorması ve idarenin aksini ispat edememesi durumunda, iddiaların doğruluğunun kabulü şeklinde olmaktadır. Böylelikle, iptal davasına konu olan işlemin sahibi ve ona ilişkin bilgi ve belgeleri elinde bulunduran olarak davacıya nazaran daha avantajlı bir pozisyonda olan idare açısından ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olmaktadır⁹⁴. Burada idare açısından gerçek anlamda bir ispat yükünün olduğunu ifade etmek de tam anlamıyla kavramı karşılamayacaktır. İdare açısından burada esasında söz konusu olan, istenen ve gerekli olan, lehine veya aleyhine olacak her türlü bilgi ve belgeyi ibraz⁹⁵ yükümlülüğüdür⁹⁶. Taraflar

⁸⁹ Çınar Can Evren, "İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi", *GÜHFD (HBVÜD)*, C. XII, S. 1-2, (2008), s. 710; DVDD, 21.02.1997, E. 95/209, K. 97/124, DBB.

⁹⁰ Leger, s. 35.

⁹¹ Danıştay bir kararında, davalı belediyeden istenen belgelerin verilmemesi üzerine, bunların varlığına ilişkin istenip elde edilebilmeleri mümkünken, sırf bu nedenle davacının iddialarının haklılığına karar verilmesinde re'sen araştırma ilkesinin hukuka aykırı kullanıldığına karar vermiştir, D6.D, 17.2.1988, E. 1987/857, K. 1988/231, bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022), s. 238; Re'sen araştırma yetkisinin idarenin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, kullanılmaması sebebiyle bozma kararı verilmesine ilişkin olarak bkz. CE, 19 Haziran 2013, No. 358240, Légifrance, Erişim Tarihi: Ocak 6, 2023, www.legifrance.gouv.fr.

⁹² Leger, s. 36.

⁹³ Oğurlu, s. 131.

⁹⁴ Bkz. Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 540-541.

⁹⁵ Danıştay'ın da yerine göre, idare açısından ispat ve ibraz kavramlarını eş anlamlı olarak kullandığı olmaktadır; (...) *damga vergisine tabi bir kağıdın varlığından söz edebilmek için bu kağıdın sözleşmenin taraflarınca yazılıp imzalanmış veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenmiş ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek belge niteliğinde olması gerektiği (...)*, D9.D, 21.3.2022, E. 2019/3546, K. 2022/940, DBB; (...) *ancak, defter ve belgelerin yanmış olmasının, ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez (...)*, D9.D, 09.7.2008, E. 2007/5871, K. 2008/3726, DBB.

⁹⁶ (...) *İki ara kararına rağmen davalı vergi dairesince durumun açıklığa kavuşturulmayışi ve yapılan işlemin kanuniliğini saptayan belgelerin mahkemeye ibraz edilmemesi karşısında davacı iddialarının doğruluğunun kabulü gerekli görülmüştür (...)*, D9.D, 16.10.1973, E. 1972/436, K. 1973/1977, bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 400.

açısından iddia veya ispat yükü olsun farketmeksizin, mahkeme açısından burada yasal bir delil rejimi bulunmamaktadır ve mahkeme bunları serbestçe değerlendirip ona göre bir karar verecektir⁹⁷. Çünkü bu belgelerin her birinin ispat gücü de mahkemenin takdirine bırakılmıştır⁹⁸.

İptal davası bu yönü açısından bakıldığında objektif bir kanıt sistemi içermektedir⁹⁹. Daha doğrusu, objektif kanıt sistemi ile re'sen araştırma ilkesinin birlikte uygulandığı bir usulü içermektedir¹⁰⁰. Bu sebeple iptal davasında mahkeme, sadece iddialarını ispat edememesi hatta bunlara ilişkin bir delil başlangıcı bile getirememiş olması sebebiyle, davacının aleyhine bir karar vermek durumunda değildir¹⁰¹. Dolayısıyla taraf iddialarının asgari düzeyde desteklenmesi durumunda bile, hâkimin iddianın doğruluğu konusunda şüpheleri olsa dahi bu durumun ispat yükü altındaki tarafın aleyhine bir sonuca götürmesi gerekmebilir. Bu sebeplerle iptal davasında ispat yükü, kanıtların yönetimine ilişkin bir kural olup sadece taraflar arasında ispat vasıtalarının paylaşılmasına ilişkin düzenin belirlenmesine yarayan bir kural olarak, mutlak anlamda davayı kaybetmeyi gerektirecek kuralı belirleyecek temel etken değildir¹⁰². Dolayısıyla iptal davasında ispat yükünün iddiasını ispat edemeyen tarafta kalacağı da söylenemez¹⁰³.

Objektif veya maddi kanıt yükü, verilecek kararı belirleyecek maddi bir vakıanın ispat edilememesi riskini kimin üstleneceği hususunu teşkil eder. Nitekim söz konusu objektif ispat yükünü üstlenip de gereğini yapamayan taraf davayı kaybeder. Burada mutlak anlamda taraflara düşen bir yük olmamaktadır, çünkü hâkim herhangi bir vakıanın varlığı konusunda ikna olmazsa, bu durum tarafların davranışlarından bağımsız bir boyut kazanır¹⁰⁴. Dolayısıyla söz konusu objektif ispat yükünün etkisi kendisini, bütün deliller sunulduktan ve hâkim bunları değerlendirip de karar verme aşamasına geldikten sonra gösterir. Objektif kanıt sistemi, varlığı konusunda şüphe duyulan maddi bir vakıanın aydınlatılmasında kullanılan ve iptal davalara da uyan bir ilkedir¹⁰⁵. Bu doğrultuda objektif delil, her türlü şüpheden uzak ve gerçeğin tam anlamıyla, olduğu gibi tesisi anlamına gelmektedir¹⁰⁶.

⁹⁷ Broyelle, *Contentieux Administratif*, s. 161.

⁹⁸ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 105.

⁹⁹ Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 13.

¹⁰⁰ Courreges and Dael, *Contentieux administratif*, s. 198.

¹⁰¹ Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku, Genel Esaslar*, (www.sorubankasi.net Yayınları, 2019), s. 252.

¹⁰² De Gaudemar, s. 2.

¹⁰³ Parlak, *İdari Yargıda İspat*, s. 30.

¹⁰⁴ Ljupcho Grozdanovski, "Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, S. 1, Volume 84, (2020), p. 7, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-1-page-39.htm>.

¹⁰⁵ Callsen, s. 2.

¹⁰⁶ Grozdanovski, p. 7.

İptal davalarına hâkim olan objektif kanıt yükünün karşılığı olan sübjektif veya şekli kanıt yükünde ise ki buna daha ziyade delilleri oluşturma yükümlülüğü demek gerekir, hangi tarafın delil sunması gerektiği hususu önem arz eder ve bunu yapabilecek olması durumunda ise bunu davanın belirli bir aşamasında yapmasının gerekliliği söz konusudur¹⁰⁷. Burada davanın başlarında durum objektif kanıt hususundaki gibi olmaktadır, dava ilerledikçe hâkimin herhangi bir maddi vakianın varlığına kanaat getirmesi durumunda, ispat yükü taraflardan hangisine yüklenirse onun tarafından hâkimde beliren kanaatin güçlenmesini gerektirecek hamleyi yapması gerekir. Aksi durumda davayı kaybetmesi kaçınılmaz olacaktır. Sübjektif kanıt sistemi sadece taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı yargılama yöntemleri açısından uygulanabilecek ve de dolayısıyla iptal davalarına yabancı sayılabilecek bir ilkedir¹⁰⁸. Bu doğrultuda sübjektif delil kavramı, gerçeğin tesisinden ziyade gerçeğin tesisinin delillendirilmesi ve bu amaçla kullanılacak dolaylı kanıtlar için kullanılmaktadır¹⁰⁹.

Objektif kanıt sistemi, aksini kanıtlama zorunluluğu haricindeki ihtimallerde, idarenin iddiaları için de geçerlidir. Davacının iddialarının sadece idarenin aksini kanıtlayamaması durumunda kabul göreceği durumlarda örneğin durum böyledir. İdarenin, idari işlemin yapılış usulündeki kurallara uymaması, yokluğu iddia edilen yetki devrinin yapıldığını, gerekli tebligatı veya duyuruyu yaptığını ispat edememesi¹¹⁰ gibi, tâbi olduğu birtakım usul kurallarına riayet etmemesi durumunda, böyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır¹¹¹.

Danıştay'ın yukarıda bahsedilen kararlarında¹¹² da başvurduğu görülen objektif kanıt sistemi, iptal davaları açısından Fransız Danıştay'ının da başvurduğu temel yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman idari yargısı açısından da kanıt sistemi olarak bu yöntemin genel geçer yöntem olduğu belirtilmektedir¹¹³.

İptal davasının kendine özgü yanları açısından bakıldığında, ispat yükü aslında davacı, davalı idare ve mahkeme arasında paylaştırılmaktadır¹¹⁴. Burada işin büyük kısmı da esasında mahkemeye düşmektedir. Davacının sadece hukuka aykırılık iddiasıyla dava açması dahi kural olarak davanın görülmesi için yeterlidir. Örneğin idari işlemin yetki, şekil ve konu unsurları açısından durum böyledir. Davacının bunlara ilişkin hukuka aykırılık iddialarını ispat etmesi gibi bir zorun-

¹⁰⁷ Geniş bilgi için bkz. Gümüşkaya, *Vergi Hukukunda İspat*, s. 115-119.

¹⁰⁸ Callsen, s. 2.

¹⁰⁹ Grozdanovski, p. 8.

¹¹⁰ D4.D, 20.11.2012, E. 2012/2105, K. 2012/6917, DBB; Hüseyin Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, (Ankara: Seçkin, 2022), s. 140.

¹¹¹ Leger, s. 39; D10.D, 07.03.2022, E. 2019/10076, K. 2022/117, DBB.

¹¹² D2.D, 31.01.2005, E. 2004/6213, K. 2005/329, DBB; D10.D, 07.03.2022, E. 2019/10076, K. 2022/117, DBB.

¹¹³ Bkz. Callsen, s. 6.

¹¹⁴ "La charge «partagée» de la preuve des faits dans le contentieux de l'excès de pouvoir!", Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <https://www.jurisconsulte.net/fr/articles/id-3658-la-charge-partagee-de-la-preuve-des-faits-dans-le-contentieux-de-l-exces-de-pouvoir->.

luluğu bulunmamaktadır. Burada mahkemenin pozitif hukuka aykırılık iddialarını kendiliğinden araştırıp bulması gerekmektedir. Hukuk kurallarının ispatı gibi bir durum zaten hiçbir taraf açısından söz konusu değildir. Taraflar bu kurallar açısından sadece mahkemeye yardımcı olabilirler, ona yol gösterebilirler. İspat hukukuna ilişkin hususlar kendisini daha ziyade idari işlemin sebep ve maksat unsurlarında gösterebilir. Çünkü bir idari işlemde sadece bu iki unsur açısından maddi vakıalar devreye girmektedir. İspat yükü kavramının zaten tartışılmasının önemi de bu iki unsur sebebiyle ortaya çıkmaktadır.

İspat yükünün davanın tarafları ve mahkeme arasında paylaşılması esasında ispat yükünden de öte ispatın diyalektiği, yani akıl yürütme yoluyla doğrulara ulaşma aracı olması, sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹¹⁵. Çünkü bu üçlü sacayağı açısından maksat, nihayetinde gerçeğin ortaya çıkarılmasında üzerlerine düşeni yapmaktır. Bu doğrultuda adaletin tesisi için, davacının ispat edilemeyen iddiaları yeterince ciddiye, mahkeme tarafından ispat yükünün deliller elinde olan davalı idareye yükletilmesi söz konusu olmaktadır.

İptal davalarının kendine özgü bu yönleri itibarıyla, ispat yükü ve gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında idari yargı hâkiminin kendisine, hangi tarafın ispat etmesi gerekir sorusundan ziyade, neye göre ikna olmalıyım sorusunu sorması gerekecektir¹¹⁶.

Burada gerçekleşen, esasında ispat etme yükümlüğünün bir nev'i etkisizleştirilmesi, nötr hale getirilmesi durumudur¹¹⁷. Mahkeme burada re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde davacı taraf iddialarını yeterli ciddiyette bulacak olursa, geleneksel anlayış çerçevesinde var olan iddia sahibinin iddiasını ispat etmesi gerektiği düşüncesi kaybolmakta, hatta ispat yükü bu vesileyle yer değiştirmekte ve idare açısından iddiaların aksini kanıtlama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır¹¹⁸.

Görüldüğü üzere, iptal davalarında mahkemenin yetkileri son derece geniş olup kural olarak her türlü hususa müessirdir. Ülkemizde re'sen araştırma yetkisinin sınırı olarak kabul edilebilecek bir husus varsa o da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/3 maddesinde yer alan kuraldır. Buna göre; "Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir"¹¹⁹. Verilmeyen bilgi ve

¹¹⁵ Courreges and Dael, *Contentieux administratif*, s. 197.

¹¹⁶ Leger, s. 41.

¹¹⁷ Leger, s. 41.

¹¹⁸ (...) davacının branşında verimsiz olduğunun davalı idarece hukuken geçerli bilgi ve belgelerle ortaya konulmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline (...) karar veren idare mahkemesi kararının onanmasına dair bkz. D2.D., 22.6.2021, E. 2021/8601, K. 2021/2242, Lexpera, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, www.lexpera.com.tr.

¹¹⁹ DİDDK, 16.6.2022, E. 2022/619, K. 2022/2234, DBB.

belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez¹²⁰”. Bununla birlikte, genel kurallar çerçevesinde idari yargı yetkisinin genel sınırı olan takdir yetkisinin ortadan kaldırılamaması ve sadece hukuka uygunluk denetimi yapılabilmesi hususlarını da burada zikretmek gerekir¹²¹. Re’sen araştırma ilkesinin fiili bir sınırı olarak, idari işlemin amaç unsuruna ilişkin hukuka aykırılık iddiası söz konusu olabilir. Amaç unsuru açısından tamamen sübjektif bir değerlendirme durumu söz konusu olacağı, bu anlamda idare adına karar alan kamu görevlilerinin niyetinin belirlenmesi söz konusu olacağı için, bu unsura ilişkin hukuka aykırılığın re’sen dikkate alınamayacağını, mutlaka davacı tarafından iddia edilmesi üzerine değerlendirme yapılabileceğini de ifade etmek gerekir¹²².

Fransa’da meslek sırrı veya devlet sırrı gibi durumlarda, mahkeme kendisine iletilmeyen bilgi ve belgelerin yokluğunda, elindeki dosyaya ve o dosyanın içeriğine göre karar vermektedir. Fakat yukarıda bahsedilen nedenlerle birtakım bilgi ve belgelerin kendisine iletilmemesi durumunda, söz konusu verilerin yokluğunda uyumsuzluğu çözmek için kanaat sahibi olamadığı durumlarda, bahsi geçen bilgi ve belgeler hakkında içeriğini tartışmaksızın da olsa kanaat sahibi olmasına yardımcı olacak, gerek bunların nitelikleri gerekse ibraz edilmeme nedenleri hakkında ilgili idareden birtakım aydınlatmalar talep edebilecektir. Hatta yerine göre söz konusu bilgi ve belgelerin davacıya iletilenilebileceği konusunda bir karar vermek amacıyla, bunları görmek için idare tarafından kendisine verilmelelerini de talep edebilmektedir¹²³.

Konuya ilişkin genel kural olan bu uygulama, kamu düzeni gerekçesiyle vize reddi işlemlerinde de bu şekilde kendini göstermektedir. Bununla birlikte, gizli statüsünde olan belgenin lehtarının izin vermesi durumunda, belgenin davanın karşı tarafına iletilmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin davacının kendi sağlık dosyasının karşı tarafa iletilmesine rıza göstermesi, yani kişisel verilerinin ifşa olmasına karşı çıkmaması ihtimali, bunun en yaygın örneklerinden birini teşkil etmektedir. Fransız uygulamasında gizlilik kavramına, özellikle iletilmesi uygun görülmeyen ve hâkimin talebi reddedilen belgelerin uyumsuzluğunun bizzat konusunu oluşturduğu ihtimaller açısından çok sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür durumlarda, yukarıda da bahsedildiği üzere, mahkemenin bu tür belgeleri karşı tarafa tebliğ etmeksizin incelemesi ve nitelikleri hakkında bilgi edinmesi, buna göre de belgeye ilişkin bir kanaat sahibi olup, duruma göre kararına da gerekçesine de konu etmemesi söz konusu olmaktadır¹²⁴.

¹²⁰ D5.D, 02.4.1996, E. 1994/7820, K. 1996/1370, DBB.

¹²¹ Evren, s. 718, 720.

¹²² Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2018), s. 337.

¹²³ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 545-546.

¹²⁴ Caroline Lantero, “Le secret dans le procès administratif”, in: *Etat du droit, état des droits-Mélanges en l’honneur du Pr D. Turpin*, C. Marliac (dir.), Editions du Centre Michel de l’Hospital, La Collection des Mélanges-LGDJ, Lextenso, N° 1, (2017), s. 5, Lextenso, Erişim Tarihi: Ocak 8, 2023, <https://hal.uca.fr/hal-01702901/document>.

Ülkemizde de benzer bir uygulama olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/3 maddesi kapsamında değerlendirilebilecek birtakım belgelerin dosyaya eklenmeksizin ve davacıya da tebliğ edilmeksizin, mahkeme tarafından incelenip iade edilmek üzere davalı idarenin personeli tarafından mahkeme heyetine sunulması, ihtimal dâhilindedir. Bu şekilde bir yöntem izlenerek söz konusu belgelere göre karar verilmesi; bunların bir şekilde davacı tarafından görülmesi sağlansa dahi, içeriklerinin dava dosyasına dâhil edilmemesi sebebiyle silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edip adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacaktır¹²⁵.

Devlet sırrı, ticari sır ve benzeri gerekçelerle bilgi ve belge ibrazı talebinin idarece reddedilmesi durumlarında, ispat yükü idarenin üzerinde kalmaktadır ve de doğal olarak aleyhine bir sonuç çıkmaktadır¹²⁶. İdarenin bu doğrultuda devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile yabancı devletlere ilişkin bilgi ve belgelere istinaden yapacağı savunmanın da bir önemi olmayacaktır¹²⁷.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sadece sübjektif haklara ilişkin hususlar, bu anlamda tarafların haklılığını ortaya koyacak maddi vakıalar ispatın ve de doğal olarak ispat yükünün konusunu oluşturur. Hukuk kuralları, mevzuat hükümleri, hatta yargısal içtihatlar kural olarak ispat hukukunun konusunu oluşturmaz, çünkü onların zaten mahkemece bilinmesi bir zorunluluktur. Genel kural bu olmakla beraber, bu teorinin belli bir izafiyet de içerdiğini ifade etmek gerekir. Kamu hizmetlerindeki ve kamu görevindeki çeşitlilik ve dönüşüm, personel rejimlerindeki, sosyal güvenlik hukukundaki karmaşık yapı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan atipik idari sözleşmeler, kısaca idare hukukunun bugün için geldiği nokta itibarıyla, yerine göre hukuk kurallarının da taraflarca ispatının gerekliliği söz konusu olabilmektedir. Geleneksel idare hukuku anlayışında, idari uyuşmazlıklar için kural olarak uygulanacak somut bir yazılı hukuk kuralı bulunmakta ve bunun mahkemelerce tatbiki söz konusu olmaktadır. Fakat özellikle görev konusu açısından karmaşa teşkil edecek ihtimallerde, örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal etmiş ve elindeki dosyayı bekleten mahkeme için bekleme süresinin dolması, hüküm uyuşmazlığına konu olacak birtakım uyuşmazlıklar veyahut da bir genel düzenleyici işlemin iptali üzerine oluşacak boşluk durumlarında örneğin, nasıl bir yol izleneceği konusunda tarafların mahkemeye yol göstermesinden çok, uygulanacak hukuk kuralını ispat etmeleri durumu söz konusu olacaktır. Bunun gibi yine belirli bir görevliye uygulanacak personel rejimi açısından veya henüz uyuşmazlığa konu

¹²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), s. 415-416.

¹²⁶ Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, s. 18.

¹²⁷ Şenlen, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*, s. 20-21.

olmamış bir hukuk kuralının yorumu noktasında, yine yayımlanmamış bir genel düzenleyici işlemin varlığı açısından tarafların davanın çözümüne hukuki açıdan yapacakları katkısı da bu çerçevede değerlendirmek gerekecektir.

İptal davalarına ülkemizdeki uygulama açısından bakıldığında, durum Fransız hukukundakinden daha işlevsel bir mahiyet içermektedir. Fransız hukukunda davanın açılması üzerine mahkeme tarafından idareye tebligat yapıp, savunması talep edilmekte ve idare kendi inisiyatifi çerçevesinde dosyaya birtakım bilgi ve belgeler ekleyebilmektedir. Devlet sırrı, mesleki veya ticari sırlar gibi ibraz edilmelerine ilişkin özel düzenlemeler bulunan hassas sayılabilecek bazı konular haricinde, işleyiş genel olarak bahsedildiği şekilde olmaktadır. Hal böyle olunca da gerek doktrindeki açıklamalara gerekse mahkeme kararlarına yansıdığı kadarıyla, genellikle mahkemenin re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde her türlü bilgi ve belgeyi istemesi söz konusu olmaktadır. Ülkemizdeki uygulamada ise kanunun amir hükmü gereğince, idarenin zaten ilk cevap dilekçesiyle birlikte işlem dosyasını da göndermesi gerekeceği için, birçok dava açısından dosya sadece bu aşamada bile tekemmül etmiş olmaktadır. Bu halde mahkemeye sadece kanaat sahibi olup karar vermek kalmaktadır.

Ülkemizdeki uygulamada işlem dosyasının davacıya tebliğ edilmesi çok yaygın olarak gerçekleştirilmemektedir. Mahkemeler sadece davalının savunmasını tebliğ etmekle yetinip, davacı talep ettiği takdirde ancak kendisine işlem dosyası da iletilmektedir. İşleyiş bu şekilde olmakla beraber, bugün itibarıyla mahkemeye sunulan her türlü evrak UYAP sistemine yüklendiği için, oradan da davacının idarenin mahkemeye sunduğu belgelere erişme imkânı bulunmaktadır.

İdari işlemin yetki, şekil ve konu unsurlarına ilişkin uyumsuzluklar açısından, idare tarafından işlem dosyası eksiksiz olarak iletilmesi takdirde, bu aşamada ispatı gerekecek çok fazla bir husus kalmamaktadır. Özellikle idari işlemin sebep ve amaç unsurları açısından hukuka aykırılık iddiası bulunan durumlarda, işlem dosyasından hareketle mahkemenin bir neticeye varabilecek durumda olmaması halinde, davalı idareden olduğu kadar davanın aydınlatılması için yerine göre başkaca yerlerden de bilgi ve belge istenmesi ve re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde her türlü hususun tetkikinin yapılması gerekecektir.

İlgili idareler tarafından mahkemenin bu talebine karşılık verilmediği takdirde ise idarenin re'sen araştırma imkânı ortadan kalkacağı için, bu durumda özellikle davalı idare açısından ispat yükü tesis edilmiş olacaktır¹²⁸.

Bu doğrultuda idari işlemin unsurları açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, davanın açılması aşamasında davacı açısından asgari düzeyde basit bir hukuka aykırılık iddiası yeterli olacağı için, yetki, şekil ve konu unsurları açısından adına ispat yükü denilmesi doğru olmasa da yükümlülük mahkeme üzerinde

¹²⁸ Karahanoğulları, *İdari Yargı*, s. 575.

olacaktır. Bunların, özellikle idareden temin edilecek yetki ve şekle ilişkin verilerin değerlendirilmesi suretiyle takdiri, mahkeme tarafından yapılacaktır. Burada idare açısından bir ispat yükünün olduğunu ifade etmek de tam anlamıyla kavramı karşılamayacaktır. İdare açısından burada söz konusu olan, istenen ve gerekli olan bilgi ve belgeleri ibraz yükümlülüğüdür. Çünkü idare sadece lehine olan hususları değil, her türlü bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmakla yükümlüdür. İdare açısından var olabilecek bir ispat yükü ancak idari işlemin amaç unsuru açısından söz konusu olabilir. İdari işlemin subjektif yönünü teşkil eden bu unsur açısından, aksinin iddia edilmesi durumunda, idarenin kamu yararını amaçladığını, başka saiklerle hareket etmediğini ispat etmesi gerekecektir.

Kamu yararının ispatı açısından ise öncelikle bu konuda kamu yararının varlığına dair bir karine olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁹. Kuralı bu şekilde belirleyip aksinin iddia edilmesi durumunda, ispat yükü aşamasına geçilmesi gerekir. Bu aşamada davacı açısından sadece iddia yükünün olduğu ve aksinin idare tarafından ispat edilmesi gerektiği kabul edilmelidir¹³⁰. İdarenin kamu yararı amacı dışında bir amaçla hareket etmiş olması ihtimalinde, kendisine başvurulmaksızın hangi amaçla hareket ettiğinin, yani gerçeğin öğrenilmesi mümkün olmayacak ve böyle bir durumun ispatının davacıdan beklenmesi de doğal olarak yerinde olmayacaktır¹³¹. Salt karine kavramından hareketle, kamu yararının varlığı konusunda kabul edilmesi gereken karinenin, aksini iddia edenin ispat yükünü üstleneceğine dair karine teşkil edeceğini düşünmek, bütün idari işlemler için var olan hukuka uygunluk karinesi neticesinde, iptal davalarında ispat yükünün tamamen davacıda olması gerekeceği sonucuna götürür ki teoride de uygulamada da durum kesinlikle öyle değildir. Çünkü hukuka uygunluk karinesi, maddi vakıalara ilişkin bir karine değildir¹³². Hukuka uygunluk karinesi aksi ispat edilebilen adi bir karine olduğu için, her ne kadar genel kural gereğince aksinin davacı tarafından ispat edilmesi gerekse de idari yargılama usulündeki re'sen araştırma kuralı gereğince, mahkeme tarafından da aksinin ispatı gerçekleştirilebilir ve de dolayısıyla ispat yükü kayıtsız şartsız bir şekilde davacıya geçmeyecektir¹³³.

İptal davalarındaki ispat yükü açısından karine kavramı, tam yargı davalarındaki kadar yaygın olarak kullanılmamaktadır. Hatta yerine göre bu kurama başvurduğu olsa da Danıştay'ın kavramı kullanmaktan imtina ettiği dahi ifade edilebilir. Muhtelif yasal düzenlemelerde yer alan birtakım kanuni karinelerle beraber, yargı kararlarında daha ziyade fiili birtakım karinelere başvurulması söz konusu olmaktadır. İdari işlemin amaç unsuru açısından örneğin, savunduğumuz

¹²⁹ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 83.

¹³⁰ Aksi görüş için bkz. Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 83, 94.

¹³¹ Debbasch and Ricci, *Contentieux Administratif*, s. 539; CE, 28 Mayıs 1954, Barel; Long; Weil; Braibant; Delvolvé and Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, s. 475-476.

¹³² Karahanoğulları, *İdari Yargı*, s. 567, 577.

¹³³ Cin Karağöz, *Karine ve Varsayım*, s. 121.

yaklaşım doğrultusunda idarenin kamu yararı amacıyla hareket ettiğini ispat edememesi durumunda, kişisel sayılabilecek başkaca saiklerle hareket edildiğine karar verilmekte ve esasında bu konuda fiili bir karinenin varlığı benimsenmektedir. Yine aynı şekilde tebligatın ispatı açısından örneğin, öğrenme tarihinin açıkça belirlenebildiği durumlarda, öğrenme tarihinin yazılı bildirim karine sayılması ve dava açma süresinin başlangıcına esas alınması gerektiği yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır¹³⁴.

İspat yükü noktasında, idari işlemin sebep unsuru açısından ise, davacının asgari düzeydeki iddiası üzerine idare, işleminin sebebinin tespit edip ortaya koyabiliyorsa ki bu da bir ibraz yükümlülüğüdür¹³⁵, davacının bu sebebin var olmadığını, gerçeğe veya hukuka aykırı olduğunu ispat etmesi gerekecektir¹³⁶. Nitekim Danıştay'ın, mahkemenin öncelikle re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde uyuşmazlığı çözmesi, bunun yeterli olmadığı durumlarda davacıdan iddialarını ispat etmesi gerektiği, yönündeki tutumu da bu yaklaşımı destekler mahiyettedir.

İdari uyuşmazlıklar açısından ispat yükünün hiç olmadığı yaklaşımının kabul edilmesi durumunda ise, iptal davaları açısından, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak var olabilecek bilumum maddi vakıaların, kavram bazında dahi olsa, inkâr edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹³⁴ Geniş bilgi için bkz. Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 104-110.

¹³⁵ (...) *Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik kuralını ileri sürerek hâkim ve savcılar hakkında düzenlenen ve mesleki yaşamları boyunca çok önemli hukuki sonuçlar doğuran hal kâğıdının dayanağını ortaya koymadığı, ispat külfetinin ise davacıya yükletilemeyeceği açık olup, hukuki dayanağı bulunmayan dava konusu hal kâğıdında hukuka uyarlık, işlemin sebep unsuru ortaya koyamayan davalı idarenin ileri sürdüğü iddiaları kabul ederek davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir (...)*, D2.D, 16. 10. 2014, E. 2014/6592, K. 2014/8051, Lexpera, Erişim Tarihi: Ocak 15, 2023, www.lexpera.com.tr.

¹³⁶ Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, s. 91; Cin Karagöz, *Karine ve Varsayım*, s. 24; aksi görüş için bkz. Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 399.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022.
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1694.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2021.
- Belgesay, Mustafa Reşit. Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, (İstanbul: Güven Basımevi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 122, 1940, s. 39.
- Bilgin, Hüseyin. *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Birbir Efendioğlu, Didem. *İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı*, Yayınlanmamış YL tezi, İstanbul: İstanbul SBE, 2019.
- Broyelle, Camille. *Contentieux Administratif*, Paris: L.G.D.J., 2013.
- Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Callsen, Raphaël. “Disponibilité de la preuve et répartition de la charge de la preuve: une mise en perspective à partir du droit allemand”, (2009), Paris Nanterre Blog, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022 <https://blogs.parisnanterre.fr/content/disponibilite%C3%A9-de-la-preuve-et-r%C3%A9partition-de-la-charge-de-la-preuve-une-mise-en-perspective->.
- Courreges, Anne ve Dael, Serge. *Contentieux administratif*, Paris: PUF, 2006.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara: Asil, 2001.
- Debaedts, M. F. “La Preuve dans le Contentieux Administratif Belge”, 19-21 Ekim 1972 *Brüksel Kollokyumu*, Belçika Raporu, (1972), s. 139-171, ACA Europa, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/belgium-1_fr.pdf.
- Debbasch, Charles and Ricci, Claude. *Contentieux Administratif*, Paris: Dalloz, 2001.
- Evren, Çınar Can. “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, *GÜHFD (HBVÜD)*, C. XII, S. 1-2, 2008.
- Fischer, M. A. “La Procédure de Preuve Devant les Juridictions Administratives Allemandes”, 19-21 Ekim 1972 *Brüksel Kollokyumu*, Almanya Raporu, (1972), s. 13-25, ACA Europa, Erişim Tarihi: Aralık 1, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/germany-1.pdf.
- Foulquier, Caroline. *La preuve et la justice administrative française*, DR tez özeti, (Toulouse: Toulouse I Capitole Üniversitesi, 2008), s. 7, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2017/07/resume-these-caroline-foulquier.pdf>.
- Görgün, L. Şanal; Börü, Levent ve Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022).
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- Grozdanovski, Ljupcho. “Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, S. 1, Volume 84, (2020), s. 39-72, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-1-page-39.htm>.

- Gümüşkaya, Gamze. *Vergi Hukukunda İspat*, Yayınlanmamış DR tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.
- Hervé, De Gaudemar. “La preuve devant le juge de l’excès de pouvoir, CE, 26 Kasım 2012, Brigitte C., No. 354108”: *Revue générale du droit on line*, No. 4156, 2012.
- Heymans, Xavier. “La Charge de la Preuve Dans le Recours Pour Excès de Pouvoir”, (2013), Erişim Tarihi: Aralık 28, 2022, <https://www.eurojuris.fr/categories/tribunal-administratif-procedure-administrative-11000/articles/la-charge-de-la-preuve-dans-le-recours-pour-exces-de-pouvoir-1898.htm>.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa: Ekin, 2016.
- Karahançoğulları, Onur. *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kepekçioğlu, Tefvik. *Vergi Hukukunda Delil ve İspat Yükü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Ü. SBE, 1992.
- Lantero, Caroline. “Le secret dans le procès administratif”, in: *Etat du droit, état des droits - Mélanges en l’honneur du Pr D. Turpin*, C. Marliac (dir.), Editions du Centre Michel de l’Hospital, La Collection des Mélanges-LGDJ, Lextenso, N° 1, (2017), s. 1-12, Lextenso, Erişim Tarihi: Ocak 8, 2023, <https://hal.science/hal-01702901>.
- Leger, M. D. “La Preuve Devant le Juge Administratif Français”, *19-21 Ekim 1972 Brüksel Kollokyumu*, Fransa Raporu, (1972), s. 27-45, Erişim Tarihi: Aralık 30, 2022, https://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/1972/france-1.pdf.
- Long, Marcel; Weil, Prosper; Braibant, Guy; Delvolvé, Pierre and Genevois, Bruno. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris: Dalloz, 2003.
- Oğurlu, Yücel. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, *AÜEHFD (EBYU)*, C. 2, S. 1, (1998), s. 119-133.
- Parlak, Bayram. *İdari Yargıda İspat ve İspata Yarayan Araçlar*, Yayınlanmamış YL tezi, Ankara: Gazi Ü. SBE, 2006.
- Rivero, Jean ve Waline, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 2000.
- Şenlen Sunay, Süheyra. *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, İstanbul: Kazancı, 1997.
- Tahtalı, Murat Buğra. “İdari Yargı Kararları Çerçevesinde İdarece Yapılan Mülakatlarda Hukuka Aykırılıkların İspatı”, *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, 2020, s. 2969-2994.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, C. I, 2021.
- Umar, Bilge ve Yılmaz, Ejder. *İspat Yükü*, İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980.
- Yasin, Melikşah. *İdari Yargılama Usulünde İspat*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Yıldız, Ali Kemal. *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul SBE, 2002.
- Yüksel Durmaz, Zeynep. *Vergi Hukukunda İspat ve Delil*, Yayınlanmamış YL tezi, Ankara: Gazi Ü. SBE, 2010.
- “La charge «partagée» de la preuve des faits dans le contentieux de l’excès de pouvoir!”, Erişim Tarihi: Ocak 5, 2023, <https://www.jurisconsulte.net/fr/articles/id-3658-la-charge-partagee-de-la-preuve-des-faits-dans-le-contentieux-de-l-exces-de-pouvoir->.

TEDVİREN GÖREVLENDİRME USULÜNÜN HUKUKİLİĞİ VE SONUÇLARI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Selman Sacit BOZ^(**)**

Öz

Kamu hizmeti, görevin gerektirdiği nitelikleri haiz, asıl konumunda bulunan kamu görevlilerince yerine getirilmelidir. Bunun mümkün olmadığı durumlarda vekâleten atama ile kamu görevinin ifası da söz konusu olabilmektedir. Ancak kamu görevini yerine getirecek kişi -vekil sıfatıyla olsa bile- her zaman bulunamayabilir. Uygulamada, kamu hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi bakımından asılın olmadığı ve vekâleten de atamanın yapılamadığı durumlarda, kamu görevi tedviren görevlendirme usulü ile yerine getirilmektedir.

Tedviren görevlendirme, Maliye Bakanlığı tarafından 1987 yılında çıkarılan 99 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde düzenlenmiştir. Genel tebliğin 2. maddesine göre, "Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir".

Yasal dayanağa sahip olmayan tedviren görevlendirme usulünün uygulamasında bazı sorunlar yaşanmaktadır. Tedviren görevlendirilen kişinin hak ve yükümlülükleri ile bu kişilerden sadır olan idari tasarrufların akıbeti hususunda gerek uygulamada gerekse içtihatlarda tutarsızlıklar bulunmaktadır. Bu çalışmada, tedviren görevlendirme usulünün hukukiliği tartışılarak, tedviren görevlendirme sonrası karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yetki Unsuru, Vekâlet, İdarenin Kanuniliği İlkesi, Kamu Hizmetinin Sürekliliği İlkesi, Tedviren Görevlendirme.

THE LEGALITY AND THE RESULTS OF THE ASSIGNMENT BY PROXY

Abstract

The public service should be performed by public officials who possess the qualifications required by the post. In cases where this is not possible, the performance of the public duty is also possible by deputize for another public agent. However, even if as deputation, the person who will fulfill the public duty may not always be found. In practice, in cases where there is no principal public agent or no deputation can be made in order to ensure that the public service can be carried out without interruption, the public duty is carried out by the method of assignment by proxy.

The assignment by proxy was regulated by the Ministry of Finance in the General Communiqué of Civil Servants Law Serial No.2. According to Article 2 of the General Communiqué, "In the absence of a deputy public agent who meets the requirements required in the principal public agent, it seems possible that a task that has been vacated in any

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.03.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 12.04.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1265296.

Bu makale, 10-12 Nisan 2021 tarihleri arasında düzenlenen "Uluslararası Necmeddin Erbakan Hukuk Kongresi"nde sözlü olarak sunulan ve özeti yayımlanan tebliğin güncellenerek genişletilmiş halidir.

(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / Konya-Türkiye.
E-posta: selmansacitboz@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3033-0997>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

way or found vacant in order to carry out the service without interruption, if there are no assistants of the principal public agent, it is possible to be carried out by the personnel who has closest to the requirements sought”.

There are some problems in the practice of the assignment procedure, which does not have a legal basis. The inconsistencies are emerged in both practice and case law regarding the rights and obligations of the person assigned and the validity of the administrative acts established by the agent assigned by proxy. In this study, it is aimed to discuss the legality of the assignment by proxy procedure and to offer solutions to the problems encountered after the mentioned assignment.

Keywords

The Element of Authority, Serving as a Substitute, The Principle of Legality of the Administration, The Principle of the Continuity of the Public Service, Assignment by Proxy.

Extended Abstract

The public service should be performed by public officials who possess the qualifications required by the post. In cases where this is not possible, the performance of the public duty is also possible by deputize for another public agent. However, even if as deputation, the person who will fulfill the public duty may not always be found. In practice, in cases where there is no principal public agent or no deputation can be made in order to ensure that the public service can be carried out without interruption, the public duty is carried out by the method of assignment by proxy.

The assignment by proxy was regulated by the Ministry of Finance in the General Communiqué of Civil Servants Law Serial No.2. According to Article 2 of the General Communiqué, “In the absence of a deputy public agent who meets the requirements required in the principal public agent, it seems possible that a task that has been vacated in any way or found vacant in order to carry out the service without interruption, if there are no assistants of the principal public agent, it is possible to be carried out by the personnel who has closest to the requirements sought”.

In Article 128 of the Constitution, it is stated that the public service is a fundamental and permanent duty, therefore, those who will provide public service should be appointed principally and permanently, in other words, they should not be appointed by proxy or temporarily to public office. If an exception is to be made in this regard, it is stipulated that this must be done by law.

Similarly, according to the second paragraph of Article 70 of the Constitution, the public service must be performed by people who have the qualifications required by the duty.

In other legal regulations, especially in the Civil Servants Law, no provision has been made on the assignment procedure. For this reason, the institution of gradual assignment, which is regulated by the General Communiqué of the Civil Servants Law Serial No. 99, is primarily unconstitutional.

In accordance with the rule of law principle, it is not possible to establish an appointment process on the basis of an anonymous regulatory act that is unconstitutional, which is the supreme norm.

It is possible for the unauthorized authority to be authorized by some assignment/authorization dispositions made before the processing facility.

In this respect, there are legally accepted exceptions to the element of authority, such as transfer of authority, transfer of signature, and power of attorney. However, assignment by order causes a problem to erosion the main rule in terms of creating an exception to the said exceptions of the authority rule. Although it does not have a legal basis, it is not possible to accept the assignment process in accordance with the law in terms of ensuring that the public services are carried out without interruption.

On the other hand, it is obvious that such an assignment process is needed in practice for the uninterrupted performance of the public service. However, such an obligation should not be a justification for the existence of a regulation that has been illegally enforced for 36 years since 1987.

There are some problems in the practice of the assignment procedure, which does not have a legal basis. The inconsistencies are emerged in both practice and case law regarding the rights and obligations of the person assigned and the validity of the administrative acts established by the agent assigned by proxy. In this study, it is aimed to discuss the legality of the assignment by proxy procedure and to offer solutions to the problems encountered after the mentioned assignment.

GİRİŞ

Tedvir, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “çekip çevirme”, “yönetme” anlamındadır¹. Bu açıdan tedvir, idare kavramının da sözlük anlamlarından birine karşılık gelmektedir. Ancak tedvir şeklinde kullanılan yönetme, “tam da olması gerektiği” gibi bir idare etme biçimi değildir. Bu yönetme biçimi, bir nevi gemi dümeninin zorunluluk dolayısıyla üçüncü kaptana bırakılmasıdır.

Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü bulunmaktadır. Benzer şekilde Anayasanın 70. maddesinin 2. fıkrası, “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” şeklindedir. Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere diğer yasal düzenlemelerde tedviren görevlendirme usulüne ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Anayasanın açık hükümleri karşısında, kanun ile düzenlenmeyen tedviren görevlendirme usulü hukuka aykırıdır. Bu açıdan Maliye Bakanlığınca çıkarılan bir genel tebliğ, tedviren görevlendirmenin hukuki dayanağı olamayacak niteliktedir. Diğer taraftan hukuka aykırılığı açık olan bir görevlendirme dolayısıyla yapılan işlemlerin de hukuka uygunluğu tartışmaya açılmalıdır. Ayrıca hukuka aykırı olsa da yapılan kamusal işin karşılığı olan mali ve özlük haklarının, Anayasanın 18. maddesinde yer alan “angarya yasağı”² ve 55. maddesinde yer alan “ücrette adalet sağlanması”³ hükümleri açısından da incelenmesi gerekir.

I. TEDVİREN GÖREVLENDİRME KAVRAMI, BU USULÜNÜN GETİRİŞ AMACI VE BENZER DÜZENLEMELERDEN FARKI

Kamu hizmetinin asıl olarak görevli kamu görevlisi tarafından yerine getirilmesi kuraldır. Nitekim Anayasanın 128. maddesine göre, “kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. Asaleten atama yapılmasının mümkün olmadığı zamanlarda, vekâleten atama yoluyla da kamu hizmetinin ifası mümkündür⁴. Ancak bazı durumlarda vekâleten bile olsa kamu hizmetini yerine getirecek kişi bulunamayabilir⁵. Diğer

¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: Nisan 09, 2022, <https://sozluk.gov.tr>.

² m. 18: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır”.

³ m. 55: “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır”.

⁴ Devlet Memurları Kanunu, m. 86/1: “Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulanması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabilir”.

⁵ Asaleten ya da vekâleten kamu hizmetini yerine getirebilecek bir kişinin yokluğu nadir karşılaşılan bir durumdur. Nitekim Devlet Memurları Kanunu, kamu hizmetine ilişkin görevleri ve bu görevlerde çalışan memurları, görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklerle göre sınıflara ayırmaktadır. Kanunda öngörülen sınıflarda yer alan görevler nitelik ve liyakat gerektiren işlerden olsa da, bu işlerin ifası için nicelik açısından yeterli çoğunlukta kamu personeli istihdam edilmektedir.

taraftan asaleten ya da vekâleten kamu hizmetinin ifası için gereken kişinin bulunamaması durumlarında dahi idarenin sürekliliği ilkesi gereğince kamu hizmetinin aksatılmaması gerekir. Buna göre, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin oluşabilecek aksaklıkların önlenmesi ve giderilmesi amacıyla asılın⁶ olmadığı ve vekâleten atanmanın da yapılamadığı durumlarda, gereken şartları taşımasa bile boş olan kadroya yapılan atamaya tedviren görevlendirme denilmektedir⁷.

Tedviren görevlendirme, yetki unsurunun yasal istisnalarından farklıdır. Özellikle tedviren görevlendirme, yetki devri ve imza devri müesseselerin alt görünümlerinden biri değildir.

Aksi yönde görüş⁸ olmakla birlikte “tedvire memur” olarak isimlendirilen bu kişinin, vekâleten atanmış ya da kendisine vekâlet verilen bir kamu görevlisi olarak da değerlendirilmemesi gerekir⁹. Nitekim bir kadroya yapılan atanmanın hukuki niteliği konusunda, atama işlemi yer alan vasıflandırmadan daha ziyade atama süresi önem taşımaktadır. Bir makama geçici bir süreliğine görevlendirme yapılması durumunda bu atanmanın vekâleten¹⁰; görevlendirmenin uzun süreliğine (aylar hatta yıllar) yapılması durumunda bu atanmanın asaleten olduğu belirtil-

⁶ Gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda gerekse 99 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde “asil” kavramı kullanılmaktadır. Ancak “asil” kavramının “soylu” anlamına gelmesi dolayısıyla, bu çalışmada “bir şeyin kendisi”, başka bir ifadeyle “yedek kelimesinin karşılığı” olan “asil” kavramı tercih edilmiştir.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Kitabevi, 2020), 170; Cemil Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 10, C. 10, S. 2, (Haziran 2011), 95; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 349; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 281-282; Zehra Odyakmaz ve Ümit Kaymak, *İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 116; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 364; Ayşe Aslı Yücesoy, “Kanuni İdare İliki Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, (2018), 130.

⁸ Tedviren görevlendirme vekâlet kuralına tabidir, Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2004), 285; Tedviren görevlendirme vekâleten atama olarak değerlendirilemez, Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 571; Tedvir usulü, atama tasarrufu olmayıp bir görevlendirme işlemidir, Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 400; Tedviren görevlendirme ile vekâleten atama birbirinden ayrı müesseselerdir. Tedviren görevlendirmede vekâleten atamadan farklı olarak, o görevle ilgili hizmet tazminatı ödenmez, Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *Anayasa Hukuku-İdare Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012), 298, dipnot 30.

⁹ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku C. 1*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 326; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 364.

¹⁰ Kamu hizmetinin vekâleten yürütülmesinin istisnai olması ve bu sebeple geçici bir süre için uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu açıdan geçici görevlendirme süresi olan 6 aylık sürenin vekâleten atama yapılan durumlarda da tatbik edilmesi gerektiği, zorunlu hallerde en fazla 6 ayılığına bu sürenin uzatılabileceği belirtilmektedir, Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 479.

mektedir¹¹. Bu gerekçeyle bir kadroya vekâleten atanan kişi aslında bulunması gereken nitelikleri taşıyor ise bu atanmanın tedviren görevlendirme olduğu ifade edilebilir¹². Bu görüşün mefhumu muhalifinden hareketle, bir kadroya asaleten atanmayan kişinin aslında aranan nitelikleri haiz olması durumunda bu atanmanın tedviren görevlendirme olmadığı belirtilebilir.

Ayrıca uygulamada bazı idari görevlerin, o idarenin hiyerarşik olarak en üstünde bulunan amirin “uhdesinde”¹³ kaldığı görülmektedir. Bu açıdan de facto bir uygulama olan idari bir görevin hiyerarşik amirin uhdesine kalması durumu da, tedviren görevlendirme değildir.

Bazı atama işlemlerinin tedviren görevlendirme olup olmadığı yönünde doktrinde tartışma bulunmaktadır. Örneğin profesör veya doçent unvanlı öğretim üyesinin bulunmaması sebebiyle fakülte dekanı tarafından doktor öğretim üyesi olan bir kişinin anabilim dalı başkanı olarak atanmasının tedviren görevlendirme olduğunu belirten görüşlerin¹⁴ yanı sıra bu atanmanın asaleten atama olduğu da ifade edilmektedir¹⁵. Bu örnek özelinde, söz konusu görevlendirmenin vekâleten olduğu hususunda açıkça bir belirleme bulunmadığı sürece, asaleten atama olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

Son olarak tedviren görevlendirmenin Devlet Memurları Kanununun çeşitli maddelerinde yer alan “ikinci görev” kapsamında yer almadığını da belirtmek gerekir.

Bu açılardan, tedviren görevlendirme usulü uygulamada zaman zaman kullanılan, yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelere doğrudan benzemeyen, de facto bir yöntemdir¹⁶.

¹¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. 1*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 892; Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 98; Tedviren görevlendirme günlük kamu hizmetlerinin gecikmeden ve zamanında yapılabilmesi amacıyla yapılan geçici ve süreli atamalardır, İsmet Girittli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 631; Tayfun Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi*, (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 114.

¹² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 170; Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 96; Asaleten atama yapılması için gereken nitelikleri taşıyan kamu görevlisinin bulunmaması durumunda en yakın nitelikleri haiz kişinin atanmasının vekâleten atama olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir, Atay, *İdare Hukuku*, 478.

¹³ “Bir işi üstüne almak, yapacağına söz vermek, sorumluluğu altına almak”, Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: Nisan 09, 2022, <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁴ Gözler, *İdare Hukuku C. 1*, 892.

¹⁵ Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 96, dipnot 3.

¹⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 400; Tedviren görevlendirme uygulamanın bir buluşudur, Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2008), 157.

II. TEDVİREN GÖREVLENDİRME USULÜNÜN GENEL DAYANAĞI, MEVZUATTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMLERİ VE HUKUKİLİĞİ

Tedviren görevlendirme usulünün genel dayanağı, adsız düzenleyici işlem¹⁷ olan 99 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğidir¹⁸. Bu tebliğ dışında tedviren görevlendirme usulüne ilişkin başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinin 43. maddesinin 1. fıkrası¹⁹, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 10. maddesinin 2. fıkrası²⁰, Kamu İç Denetim Genel Tebliğinin 25. maddesinin 1/j bendi²¹, Kamu İç Denetçi Sertifikasının Derecelendirilmesine İlişkin Esas ve Usullerin 5. maddesinin 2. fıkrası²², Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliğinin 17.

¹⁷ Adsız düzenleyici işlem, normlar hiyerarşisinde yönetmelik altında yer alan ve Anayasada bizzat isimleri açıkça zikredilmeyen, "kararname", "tembih", "tembihname", "genelge", "özelge", "yönerge", "koordinasyon kararları", "sirküler", "tebliğ", "ilan", "tamim", "duyuru", "plan", "tarife", "ilke kararı", "genel emir", "içdüzen kararları", "ana statü", "usul ve esaslar" gibi terimlerle tadadi olarak ifade edilen, tali ancak genel düzenleme yetkisini haiz idareden sadır olan düzenleyici işlemlerin tamamını ifade etmek üzere kullanılan çerçeve bir kavramdır.

¹⁸ RGT. Mayıs 07, 1987, RGS. 19463; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda (Özellikle 04.07.2001 tarih ve 631 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle 187. maddeye "Ancak, kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımaması zorunludur" şeklinde 2. fıkraya hüküm ilave edilmesi), bir görevin asaleten veya geçici olarak vekaleten ya da ikinci görev olarak yürütülmesinin mümkün olduğu, bu açıdan tedviren görevlendirmenin personel hukukundan kaldırıldığı ifade edilmektedir, Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 631; Akgüner, *İdare Hukuku*, 571-572; Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi*, 114; Tedviren görevlendirme hiçbir zaman yasal bir dayanağa kavuşmamıştır. Başka bir ifadeyle, 99 seri no.lu Genel Tebliğin yürürlüğe girdiği ilk andan itibaren Anayasanın 128. maddesine aykırılığı söz konusudur. Bu sebeple tedviren görevlendirme ilk andan şimdiye kadar ve her zaman hukuka aykırı idi. Diğer taraftan, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince 99 seri no.lu Genel Tebliğin yine bir genel tebliğle kaldırılması gerekir. Her ne kadar hukuk tekniğine uymasa da bir kanun hükmü ile adsız düzenleyici işlemin kaldırılması elbette mümkündür. Ancak böyle bir durumdan söz edebilmek için kanunda adsız düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hükme ihtiyaç vardır. Bu gerekçeyle 99 seri no.lu Genel Tebliğin, Devlet Memurları Kanununda yapılan 2001 tarihli değişiklik sonrası anayasa dışında ayrıca kanuna da aykırı hale geldiği ifade edilebilir.

¹⁹ "Başkanlıkta yönetim kademesinde görev yapmakta iken görevlerinden geçici olarak ayrılanların yerlerine veya münhal pozisyonlara atamaya yetkili merci tarafından vekaleten atama veya tedviren görevlendirme yapılabilir".

²⁰ "Herhangi bir sebeple Teftiş Kurulu Başkanlığının boşalması halinde ise; Başkanlığa, asilde aranan şartlara sahip olanlar arasından vekaleten atama yapmaya Yönetim Kurulu yetkilidir. Başkanlığın boşalmasından sonraki ilk Yönetim Kurulu toplantısına kadar, müfettişlerden biri Genel Müdür tarafından tedviren görevlendirilir".

²¹ "Müdür ve daha üst kadrolara vekaleten atanmış olanların vekaleten görev yaptıkları süre, daha sonra aynı kadroya asaleten atanmış olmak kaydıyla, sekiz yıllık süre hesabında dikkate alınır. Tedviren ya da geçici görevlendirme şeklinde yürütülen hizmet süreleri sekiz yıllık süre hesabında dikkate alınmaz".

²² "Tabi olunan personel mevzuatına göre kullanılan ücretsiz izinler, vekaleten atanma veya tedviren görevlendirilme suretiyle idari görevlerde geçirilen hizmet süreleri ve Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünde veya yurtdışında yüksek lisans ve doktora eğitiminde geçirilen süreler, iç denetçilik mesleğinde fiilen geçirilen sürelerin hesabına dahil edilmez".

maddesinin 5. fıkrası²³, Çevre ve Orman Bakanlığının 2007/15 sayılı Atamalar Genelgesi²⁴ tevdiren görevlendirme usulüne ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Ayrıca 157, 159, 160 ve 161 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğlerinin çeşitli maddelerinde tevdiren görevlendirme yapılan kişilere ücret ödenmeyeceği hüküm altına alınmıştır²⁵. Bu düzenlemeler, yönetmelik ya da adsız düzenleyici işlem olup yasal metinler değildir.

Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere hiçbir yasal düzenlemede²⁶ tevdiren görevlendirmeye ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu açıdan tevdiren görevlendirmenin yasal dayanağı bulunmamaktadır²⁷.

Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi ve 6. maddesinin son fıkrasında yer alan hükümler karşısında, kanunla düzenlenmeyen tevdiren görevlendirme usulü, idarenin kanuniliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır²⁸. Diğer taraftan görevin gerektirdiği nitelikleri taşımayan kişilerce kamu hizmetinin ifası söz ko-

²³ “Bu maddede yer verilen usuller dahilinde ataması yapılan uzman ve uzman yardımcıları, dördüncü fıkrada belirtilen süre zarfında atandıkları yerin dışında başka bir yerde veya kurumda (atanılan yerde bulunan Hazine ve Maliye Bakanlığı merkez birimleri hariç), tevdiren, vekaleten veya geçici olarak görevlendirilemezler”.

²⁴ “Şef (Orman Genel Müdürlüğü İşletme Şefi dahil) ve Şef üstü kadro ve pozisyonlara yapılacak asaleten atamalar, tedvir ve yürütme gibi görevlendirmeler ile bu görevlerde bulunanların görevden alınmaları ve görev yeri değişikliklerinde, zorunlu hallerde kontenjan kullanılmak üzere ismen yapılacak açıktan atama taleplerinde ve hizmet gereği olarak başka kamu kurum ve kuruluşlarından yapılacak naklen atamalarda Bakanlığımızdan izin alınacaktır”.

²⁵ Tevdiren düzenlemeye ilişkin bazı hükümlerin yer aldığı düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Örneğin mülga 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, mülga 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, mülga 30-452 sayılı Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü İç Denetim Birimi Başkanlığı Yönergesinde tevdiren görevlendirmeye ilişkin hükümler yer almaktaydı.

²⁶ 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanununun geçici 2. maddesi, “Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanı yeni kadrolar tespit ve ihdas edilinceye kadar daha önce genel müdür, genel müdür yardımcısı ve daire başkanı olanları aynı görev unvanlarını taşıyan hizmetleri yürütmekle tevdiren görevlendirebilir” şeklindedir. Bu maddede her ne kadar tevdiren görevlendirme kavramı kullanılsa da, görevlendirilecek kişilerin aynı görev unvanını taşıması gerektiği hüküm altına alındığı için, bu maddenin vekâlete ilişkin olduğu ifade edilebilir.

²⁷ Genel İdari Usul Kanunu Tasarısının 14. maddesinin 1. fıkrasına göre, asaleten atanmanın mümkün olmadığı durumlarda “mevzuatın öngördüğü usullere göre asıl olarak atanma niteliklerini taşıyanlar arasında” vekâleten atama yapılabilir. Aynı maddede, “Asıl olarak atanma niteliklerini taşıyan bulunmaması hâlinde en yakın niteliklere sahip kişi vekâlet eder” hükmü de yer almaktadır. Buna göre kamu hizmetinin vekâleten ifasında görevlendirme yapılacak kişinin öncelikle asılda aranan nitelikleri haiz olması gerekir. Ancak asılda aranan nitelikleri taşıyan bir kişinin bulunmaması durumunda kadronun gerektirdiği niteliklere en yakın nitelikleri taşıyan kişinin görevlendirmesi mümkündür. Diğer taraftan asılda aranan nitelikleri taşımayan kişinin atanması durumunda bu işlemin tevdiren değil vekâleten olacağı da hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme kanunlaşmadığı için Anayasanın 128/2 maddesi kapsamında tevdiren görevlendirme usulüne dayanak teşkil etmediği açıktır.

²⁸ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 488; Yıldırım, *İdari Yargı*, 158; Yücesoy, “Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tevdiren Görevlendirme Usulü”, 137; “Kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri yasalarla belirlenir”, D5.D, 13.12.1989, E. 1989/2735, K. 1989/2286.

nusu olduğundan, Anayasanın 70. maddesinin 2. fıkrasına da aykırılık bulunmaktadır²⁹.

Doktrinde genel kanaat, bir makama ya asaleten ya da vekâleten atama yapılabileceği, bu sebeple tedviren görevlendirmenin hukuka aykırı olduğu yönündedir³⁰. Genel kanaat bu yönde olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin aksamaması adına kanuni olmasa da tercih edilmek zorunda kalınan bu usulün bazı şartlar altında kabul edilebileceği de ifade edilmektedir. Bu açıdan, vekâleten atamanın bile yapılamadığı istisnai bazı hallerde, kısa ve geçici süreliğine kurum içinden bir görevlendirmenin yapılabileceği belirtilmektedir³¹. Benzer şekilde tedviren görevlendirmenin istisnai olarak uygulamasının hukuka uygun ancak süreklilik arz etmesi durumunda ise kamu personel hukukunun kariyer ve liyakat ilkelerine aykırı olacağı ifade edilmektedir³².

Kamu hizmetine hâkim olan ilkelerden biri de “süreklilik (devamlılık/kesintisizlik/düzenlilik) ilkesi”dir. Bu ilke, tatmininde kamu yararı bulunan müşterek ihtiyaçların, sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ve kamu hizmetinin kesintiye uğratılmaması gerekliliğini anlatır³³. Ancak kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, sadece kronolojik (zaman) bakımından kamu hizmetlerinin devamlılığını içermez. Aynı zamanda bu ilke gereğince, yürütülen kamu hizmetinin “içerik ve yoğunluk” bakımından da bazı nitelikleri haiz olması gerekir³⁴. Tedviren görev-

²⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 364.

³⁰ Gözler, *İdare Hukuku C. 1*, 892; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 631; Maliye Bakanlığınca çıkarılan bir genel tebliğ, tedviren görevlendirmenin hukuken kaynağı olamayacak niteliktedir, Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 97; Devlet Memurları Kanununda tedviren atama adıyla ve böylesi bir içerikte bir atama usulünü düzenleyen hüküm bulunmamaktadır, Akgüner, *İdare Hukuku*, 670.

³¹ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 400; Acil, zorunlu ve ivedi hallerde hiyerarşik üstün talimatları ile süreklilik arz etmeyecek ölçüde bazı görevlerin üstlenilmesi mümkündür, Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır ve Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 488.

³² “Kanunda “tedviren görevlendirme veya atama” şeklinde bir usul öngörülmemiş olup; uygulamada, asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde, idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görev asilde aranan şartlara en yakın personele arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir. Buna göre, vekaleten ve tedviren görevlendirmenin geçici ve istisnai durumlarda başvurulmuş bir yol olduğu, tedviren görevlendirilen personelin o kadro için öngörülen şartları da taşımadığı göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin tedviren ya da vekâleten yürütülmesini sürekli hale getirecek şekilde uygulama yapılamayacağı, bu yöndeki işlemlerin 657 sayılı Yasanın 3. maddesinde ifadesini bulan kariyer ve yeterlilik ilkelerine de aykırı olacağı açıktır”, D5.D, 17.09.2003, E. 2003/868, K. 2003/3533; Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 103; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 282; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 631.

³³ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 334; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri C. 2*, (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 207; Halil Kalabalık, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kuramları*, (Konya: Sayram Yayınları, 2014), 521.

³⁴ İl Han Özay, *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986), 251-252; Polat Tunçer, *İdare Hukukuna Giriş*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 266.

lendirme kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak ancak aslında aranan şartları taşıyan bir vekil bulunmaması durumunda başvurulabilen (hukuki olmayan) istisnai bir idare etme biçimidir³⁵. Nitekim önemli olan husus, kamu hizmetinin nasıl olursa olsun ifası değil, kamu hizmetinin ihtiyaçların tatmini açısından beklenen kalitede ve nitelikte sunulmasıdır. Bu açıdan kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi tevdiren görevlendirmenin dayanağı olarak kullanılmalıdır. Aksi halde kamu hizmetinin tevdiren (idareten) yürütülmesi, görevin gerektirdiği nitelikleri taşımayan kamu görevlisi tarafından sunulması anlamına gelir. Bu durum ise tevdiren görevlendirmenin amacı açısından çelişki oluşturur. Nitekim kamu hizmetinin aksamaması amacıyla göreve getirilen kişinin, hizmetin gerektirdiği vasıflara sahip olmaması hizmetin de gereken kalitede sunulması konusunda tereddütleri beraberinde getirecektir. “İşi ehline (görevin gerektirdiği nitelikleri haiz olana) vermemek”, kamu hizmetinin zaten aksayacağına bir karinedir. Ayrıca böylesi bir durum aynı zamanda anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Tevdiren görevlendirme usulünde, idarenin kanuniliği ve kamu hizmetinin sürekliliği ilkeleri çatışma içindedir. Her ne kadar kamu hizmetinin sürekliliğinin tesisi çok önemli olsa da, bu çatışmada idarenin kanuniliğinin tercihi gerekir. Nitekim 1987 yılından itibaren uygulanan tevdiren görevlendirmenin yasal bir metinde şartlarının belirlenmek suretiyle kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine hukuki bir perspektiften dayanak teşkil edebilmesi pekâlâ mümkündür. Kamu hizmetlerinin devamlılığının temini için hukuka aykırı bir uygulamanın uzun yıllar boyunca uygulanması zorunluluktan kaynaklansa bile kabul edilmemelidir³⁶. Zira hukuk devletinde, hukuk kuralı ihdas etme biçimi açıktır. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince idarenin düzenleme yapma yetkisi türevsel ve tali bir yetkidir. Uygulamada tevdiren görevlendirmeye ihtiyaç duyuluyorsa ve böylesi bir düzenlemenin yapılması gerekliliği zorunluluk içeriyorsa, bu yasama organının görevidir. Aksi halde idarenin bir eksikliği gidermek adına bile olsa, yasamanın görev alanında olan bir alana müdahale etmesi fonksiyon gaspıdır ve işlem yoklukla sakattır. Bu açıdan özetle; tevdiren görevlendirme tamamen de facto ya da idari teamüller çerçevesinde uygulaması bulunan³⁷ ve yasal dayanağı bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı olan bir yöntemdir. Ayrıca 99 seri no.lu Devlet Memur-

³⁵ Kaya, “İdare Hukukunda Tevdiren Görevlendirme”, 103; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 172; D11.D, 10.01.2007, E. 2004/3769, K. 2007/8; D5.D, 17.09.2003, E. 2003/868, K. 2003/3533; D5.D, 14.12.2004, E. 2001/1374, K. 2004/5356.

³⁶ Kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi, idarenin kendi kendine kural koyabilmesine imkân vermez. İdarenin kanuniliği ilkesi türevsel bir düzenleme alanı içinde idarenin hareket etmesini sağlar. İdarenin düzenleme yetkisi ne kadar kamuya yararlı, ne kadar hizmet gereklerine uygun ve ne kadar yerinde olursa olsun idarenin kanuniliği ilkesinden ayrılmasına haklı bir gerekçe teşkil edemez. Bu açıdan idari düzenleyici işlemlerinin yasal dayanağının bulunmaması o işlemin hukuka aykırılığı için yeterlidir. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 55; Yücesoy, “Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tevdiren Görevlendirme Usulü”, 143.

³⁷ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 400; Yıldırım, *İdari Yargı*, 157.

ları Kanunu Genel Tebliğine dayanılarak çıkarılan diğer düzenleyici işlemler de hukuka aykırıdır³⁸.

Danıştay'ın tedviren görevlendirmenin hukukiliği konusunda çelişik kararları bulunmaktadır.

Söz konusu tebliğ 1987 yılında yürürlüğe girmesine rağmen Danıştay 1993 yılında verdiği bir kararda, *“Bu Kanuna göre, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerin Kanunda öngörülen nitelikleri taşıyanlar arasında atanacak memurlar eliyle yürütülmesi asıl olmakla birlikte, bu görevlerin, ancak yine koşulları Kanunda gösterilen vekalet, ikinci görev ve geçici süreli görevlendirme yoluyla gördürülmeleri mümkün bulunmakta, bu istisnai görevlendirmelerin dışında Kanunda ayrıca tedvir ile görevlendirme adı altında bir istihdam şekli yer almaktadır”* şeklinde hüküm kurmuştur³⁹. Bu açıdan söz konusu kararda, 99 sayılı Genel Tebliğ, hatalı bir şekilde “kanun” olarak değerlendirilmiştir. Adsız bir düzenleyici işlem olan genel tebliğin “maddi anlamda bir kanun” olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak Anayasanın 128. maddesinde aranan tasarruf “şekli anlamda bir kanun” olup, yasa organınca kanun yapma tekniğe ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan bir düzenlemeye (yasama organının iradesine) işaret etmektedir.

Nitekim Danıştay da 1993 tarihli kararının hatalı olduğunun daha sonra farkına varmış ve konu ile ilgili diğer kararlarında hüküm kısmına, *“Danıştay'ın istikrar kazanmış bulunan kararlarına göre”* şeklindeki bir girizgâh ekleme ihtiyacı duymuştur. Bu açıdan Danıştayın görüş değiştirdiğini ve tedviren görevlendirmenin hukuka aykırı olduğu sonucuna eriştiğini belirtebiliriz⁴⁰. Danıştay 2009 yılında itibaren verdiği kararlarda ise, *“Anayasa'nın 128. maddesinde memurla-*

³⁸ “Dava konusu Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 16.6.1999 günü, 1999/50 sayılı Genelge'nin anılan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Değişiklikler yapan 20.5.1999 günü, 23700 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 99/12775 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın açıklaması olarak; dava konusu 18.8.1999 günü, 1999/66 sayılı Genelge'nin ise anılan Esaslar ve Genelgeler doğrultusunda tedviren görevlendirmelerde ne şekilde ek ders ücreti ödeneceği hususunda duraksamalar olması nedeniyle çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Hükmü yer almış ve memurların özlük işlerini düzenleyen 657 sayılı Kanunda ise yukarıda belirtildiği üzere tedviren görevlendirme veya atama şeklinde bir yöntem öngörülmemiştir. Bu nedenle, davalı idarenin tedviren görevlendirilenlerin durumlarını da düzenleyen şekilde Genelgeler çıkarmasında hukuka uyarlık bulunmadığından, temyize konu kararın 1999/50 sayılı Genelge'nin 6. maddesinin görevlendirme durumunda ödenecek ek ders ücretlerini düzenleyen kısmı ile 1999/66 sayılı Genelgesi'nin son fıkrasının iptaline ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmamıştır”, DİDDK, 28.12.2006, E. 2003/736, K. 2006/3361.

³⁹ D1.D, 25.11.1993, E. 1993/258, K. 1993/240.

⁴⁰ “Danıştay'ın istikrar kazanmış bulunan kararlarına göre, personel rejiminde tedviren görevlendirmenin hukuki bir dayanağı olmayıp bir görevin o kadroya atama veya asilde aranan şartlara sahip vekil marifetiyle gördürülmesi gerekmektedir”, D2.D, 27.01.2009, E. 2008/4125, K. 2009/294; Tedviren görevlendirmenin hukuki olmadığı yönünde başka bir karar için bkz. D11.D, 16.01.2008, E. 2005/2596, K. 2008/131.

rın ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir hükmü yer almış ve memurların özlük işlerini düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ise yukarıda belirtildiği üzere tedviren görevlendirme veya atama şeklinde bir yöntem öngörülmemiştir” şeklindeki gerekçeyle bu usulün hukuki olmadığını açıkça belirtmiştir⁴¹.

III. TEDVİREN GÖREVLENDİRMEİNİN SONUÇLARI

Tedviren görevlendirme usulü hukuka aykırı bir uygulama olsa da, bazı sonuçları haizdir. Esasında bir tasarrufun hukuka aykırılığı söz konusu ise, bunun sonucunda ya işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi ya da idare tarafından geri alınması/kaldırılması gerekir. Ancak hukuka aykırı olsa da bazı hukuki çözümlerle (müesses durum, fiili memur teorisi) gerek işlem tesis eden kişinin gerekse iyiniyetli üçüncü kişilerin bazı menfaatler elde edebilmesi mümkündür.

Bu açıdan öncelikle üç maddeden oluşan 99 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğini aktarmak gerekir.

“1. Bir görevin vekaleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekaleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara sahip olmaları gerekmektedir. Bu sebeple;

a) 1-4 üncü dereceli kadrolara vekalet edeceklerin 657 sayılı Kanunun 68 inci maddesinde belirtilen şartları haiz olmaları,

b) 5-15 inci dereceli kadrolara vekalet ettirileceklerin öğrenim durumları itibariyle tesbit olunan yükselinebilecek dereceyi aşmamak kaydıyla vekalet ettirilecekleri kadronun derecesinin, kazanılmış hak aylık derecesinin üç üst derecesinden fazla olmaması, gerekmektedir.

2. Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir.

3. 657 sayılı Kanunun vekalet ücreti ödenmesine ilişkin 175 inci maddesine göre, tedvir dolayısıyla herhangi bir ödeme yapılması mümkün bulunmamaktadır. Devlet memurlarının atamaya yetkili amirin izni olmaksızın mahkemelerde bilirkişi olarak görev yapmaları ve takdir olunan bilirkişi ücretlerini almaları mümkündür. Tabip kadrosunda görev yapan bir memura aynı kurumdaki başka bir tabip kadrosunun ikinci görev olarak gördürülmesi; aynı kurumda, aynı unvan ve aynı nitelikte iki kadronun ikinci göreve konu edilmesi sonucunu doğuracağı için ikinci görev ve ikinci görev aylığı verilemez”.

⁴¹ D2.D, 17.06.2009, E. 2008/7627, K. 2009/2573; D2.D, 27.04.2009, E. 2008/7424, K. 2009/1751.

Esasında bir görüş yazısı olan⁴² ancak düzenleyici nitelikte bir işlemle yürürlüğe giren yukarıdaki hükümler, sadece tedviren görevlendirmeyi değil aynı zamanda vekâleti de düzenlemektedir. Genel Tebliğin 1. maddesi vekâlete ilişkindir ve vekâleten atanacak kişilerin kanuna uygun olarak asılda aranan nitelikleri taşıması gerektiği belirtilmiştir. Tedviren görevlendirme için gereken şartlar ise Genel Tebliğin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Genel Tebliğin 3. maddesi ise tedviren görevlendirmede ücreti düzenlemektedir. Ancak tedviren görevlendirmelerde ücret ödenmeyeceği yönündeki hüküm, vekâlet müessesesine ilişkin Devlet Memurları Kanununun 175. maddesine yapılan göndermeyle belirlenmiştir⁴³.

Genel tebliğe göre, tedviren görevlendirme için gereken şartlar şunlardır:

1. Herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin varlığı,
2. Asaleten atama yapılabilecek kişinin yokluğu,
3. Asılda aranan şartları haiz vekâleten atanabilecek kişinin yokluğu,
4. Kamu hizmetinin aksatılmadan yürütülmesi amacı,
5. Görevlendirmenin öncelikle asılın yardımcıları arasından yapılması,
6. Asaleten, vekâleten ve yardımcıları ile görevin yürütülmesinin mümkün olmadığı durumlarda asılda aranan şartlara en yakın kişinin seçilmesi,
7. Tedviren görevlendirmenin ücretsiz olması,
8. İkinci görev yasağına aykırı olmaması.

Tedviren görevlendirmenin, temelde biri görevlendirilen kişinin hakları ve sorumlulukları, diğeri ise bu kişinin işlemlerinin akıbeti olmak üzere iki sonucu bulunmaktadır. Tedviren üstlenilen kamusal görevden kaynaklanan sorumluluk konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tedvire memur, asıl kamu görevlisi gibi yapılan işten sorumludur. Bu açıdan kamusal bir görevin asaleten, vekâleten ya da tedviren yürütülmesi arasında sorumluluk hukuku açısından bir fark bulunmamaktadır. Ancak teori ve içtihatlarda tedviren görevlendirilen kişinin mali ve özlük hakları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu sebeple özellikle tedviren görevlendirilen kişinin hakları açısından ayrıntılı bir inceleme yapmak gerekir. Ayrıca tedviren görevlendirilen kişinin işlemlerinin akıbeti konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır.

⁴² Söz konusu tebliğ, "Çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarından gelen yazılarda, boş bulunan kadrolara vekaleten atanacaklarda, o göreve asaleten atanacakların haiz olmaları gereken şartların aranıp aranmayacağı konusunda" Maliye Bakanlığından istenen görüş doğrultusunda çıkarılmıştır. Bu açıdan görüşün temel konusu, vekilde bulunması gereken niteliklere ilişkindir. Ancak bakanlık bu görüş ile yetinmeyerek vekilde asılda aranan şartların bulunmaması muhtemel sorununu da çözmek istemiş ancak idarenin kanuniliği ilkesine aykırı hareket etmiştir.

⁴³ Maliye Bakanlığının tedviren görevlendirmeyi vekâlet müessesesinin alt görünümü olarak görmediğini ifade edebiliriz. Şöyle ki Genel Tebliğin yayımlandığı tarih 1987 yılıdır. Bu tarihte, Devlet Memurları Kanununun 187. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında günümüzde de varlığı devam eden vekâlete ilişkin ücret hükümleri yürürlükteydi. Şayet Maliye Bakanlığı tedviren görevlendirmeyi vekâlet gibi düşünseydi görevlendirmenin ücrete tabi bir görev olduğunu belirtmesi gerekirdi.

A. TEDVİREN GÖREVLENDİRİLEN KİŞİNİN HAKLARI AÇISINDAN

1. Ücret Hakkı Yönünden

Her ne kadar hukuka aykırı bir uygulama olsa da, tedviren görevlendirilen kişiye, üstlendiği görevin karşılığı olarak herhangi bir ücret, yan ödeme, zam ya da tazminat verilip verilmemesi gerektiği tartışılması gereken ilk konudur. Yapılan kamusal işin karşılığı olan ücretin, Anayasanın 18. maddesinde yer alan “angarya yasağı” ve 55. maddesinde yer alan “ücrette adalet sağlanması” kural-ları açısından tahlili gerekir.

Uygulamada tedviren görevlendirilen personele kural olarak vekâlet aylığı ödenmemektedir⁴⁴. Ücret konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kaya, kamu görevlisinin asılda aranan şartları taşıyıp taşımadığına göre bir ayırma giderek incelemekte ve tedviren görevlendirilen kişinin asılda aranan şartları taşıması durumunda yapılan işin karşılığı olarak bir ücret verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aksi halde (asılda aranan şartları taşıması durumunda) ancak mevzuatta bu konuda bir hüküm bulunması durumunda⁴⁵ ödeme yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Kaya bu görüşünü, Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “Bir görevin memurlar eliyle vekaleten yürütülmesi halinde aylıksız vekalet asıldır” ve 175. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “Ancak, kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşıması zorunludur” hükümlerine dayandırmaktadır⁴⁶. Tedviren görevlendirme ile bir yetkilendirme yapılmış olsa bile şayet görevlendirilen kişi asılda aranan nitelikleri haiz ise, bu kişi tedvire memuru olarak değil vekil memur olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁷. Baş-

⁴⁴ Odyakmaz ve Kaymak, *İdare Hukuku*, 116.

⁴⁵ Sayıştay, bir sendika ile idare arasında imzalanmış toplu sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle, asıl müdürlük kadrosuna atanabilmek için aranan şartları taşımayan kişilere tedvir edilen kadrolar için zam ve tazminat farklarının ödenmesinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığını düşünmektedir, STK, 07.12.2016, S. 2016/42454; Sosyal Denge Sözleşmesinde hukuk müşavirliği kadrosu için bir oran belirlense de belirlenmese de, asaleten ya da vekâleten yapılan bir görevlendirme niteliğinde olmayan tedviren görevlendirme işleminin, özlük hakları açısından görevlendirilen personele görevlendirildiği kadronun sahip olduğu haklardan faydalanma imkânı vermediği yönünde karar için bkz. STK, 05.04.2017, S. 2017/42943; Bu kararlar ışığında, sözleşme/toplu sözleşme hükümlerinin mevzuat kavramı içinde değerlendirilmediğini de ayrıca vurgulamak gerekir.

⁴⁶ Asılda aranan şartları taşımayan kişinin vekâleten atanması durumunda dahi ücret almasının mümkün olmadığı yönünde yasal düzenleme karşısında tedviren atanmış kişinin de ücret almasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir, Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 99-100; Aynı yönde görüş için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 171.

⁴⁷ Vekâleten atamalarda vekilin asılda aranan şartları taşıması gerekip gerekmediği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar vekilin asılda aranan şartları taşımasına gerek bulunmadığını ifade ederken, bazıları aksini savunmaktadır. Konuya farklı bir yaklaşım gösteren Yücesoy, Devlet Memurları Kanununun vekâlete ilişkin hükümlerinin hiçbirinde vekil memurların asılda aranan şartları taşıması gerekliliğine ilişkin doğrudan bir hükmün bulunmadığını, Kanunun 175. mad-

ka bir ifadeyle, görevlendirme işleminin bu işlemi yapan makam tarafından nasıl vasıflandırıldığından ziyade, işlemin hukuki mahiyeti dikkate alınmak suretiyle, asılda aranan nitelikleri taşıyan kişinin vekâleten atandığının kabulü gereklidir.

Ücrete ilişkin bir diğer görüş, tedviren görevlendirmeyi vekâleten atamadan ayıran hususun o görevle ilgili hizmet tazminatının ödenmemesi olduğudur. Bu görüşte, tedviren görevlendirmede herhangi bir ayrıma gidilmeksizin ücret verilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır⁴⁸.

Danıştayın tedviren görevlendirmelerde ödenecek ücret ile ilgili olarak farklı yönde kararlarına rastlamak mümkündür.

Danıştay tedviren görevlendirmeler sebebiyle bir ücret ödenmesinin mümkün olmadığına dair kararlarında farklı gerekçelere dayanmaktadır:

Danıştay bazı kararlarında, tedviren görevlendirme sebebiyle ücrete hak kazanabilmeyi ancak ücret ödenmesi hususunda bir düzenlemenin bulunmasına bağlamaktadır. Örneğin öğretmen olarak görev yapan bir kişinin, il milli eğitim şube müdürü olarak tedviren görevlendirildiği ve bu görevinin sona erdiği tarihe kadar yönetim görevi karşılığı ek ders ücretinden yararlandığı bir olayda, tedviren yürütülen bu görev boyunca ödenen ek ders ücretlerinin geri istenilmesine ilişkin işlemin, mevzuatta tedviren görevlendirilenlere ek ders ücreti ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer almadığından hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir⁴⁹.

Danıştay bazı kararlarında, görevini tedviren yürüten bir kişinin asılda aranan nitelikleri taşımaması sebebiyle yan ödeme, özel hizmet tazminatı, ek ders ücretini hak etmediğine⁵⁰ ve ek göstergeden faydalanılamayacağına⁵¹ karar vermektedir.

desinin 2. fıkrasında yer alan hükmün vekil memura vekâlet ücreti ödenmesine ilişkin olduğunu, bu açıdan asılın niteliklerini haiz olan vekil memura ücret ödenebileceği, asılın yetkilerine sahip olmayan vekile ücret ödenemeyeceğini ifade etmektedir, Yücesoy, "Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü", 138-140.

⁴⁸ Odyakmaz, Kaymak ve Ercan, *Anayasa Hukuku-İdare Hukuku*, 298, dipnot 30; Hukuka aykırı görevlendirme yapılabilmesine rağmen mevzuatta bu konuda bir hüküm bulunmadığı için ücret ödemesi yapılamaması eleştirilmektedir, Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 144.

⁴⁹ "Mevzuatta tedviren görevlendirme şeklinde açıklanan bir usul bulunmamasıyla beraber uygulamada yukarıda açıklanan 99 seri No.lu Genel Tebliğde belirtildiği üzere asılda aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde idarelerce hizmetin aksatılmadan yürütülmesini temin bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asılda aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılarak idari görevin yürütülmesi sağlanmakla birlikte, kamu hizmetinin aksamaması amacıyla, asaleten veya vekâleten atama yapılmıyaya kadar, geçici ve istisnai durumlarda başvuru olan tedviren görevlendirmelerde ek ders ücreti ödeneceğine ilişkin bir düzenleme de mevzuatta yer almamaktadır", D11.D, 10.01.2007, E. 2004/3769, K. 2007/8.

⁵⁰ Benzer yönde kararlar için bkz. D11.D, 27.02.2008, E. 2005/4689, K. 2008/1883; D11.D, 28.05.2008, E. 2007/12842, K. 2008/6125, akt. Kaya, "İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme", 101, dipnot 18.

⁵¹ D11.D, 12.05.2010, E. 2009/8316, K. 2010/4078.

Danıştay bazı kararlarında ise, tedviren görevlendirme sebebiyle ücret ve diğer mali haklar noktasında bir hak iddiasının muteber olabilmesini görevlendirme işlemine itiraz etme şartına bağlamaktadır. Örneğin ilçe milli eğitim şube müdürlüğünü tedviren yürütmek üzere görevlendirilen kişiye, özel hizmet tazminatı ödenmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, şube müdürlüğü görevinin tedviren görevlendirme usulü ile verildiğini ancak ilgilinin hukuka aykırı olan tedviren görevlendirme işlemine dava açmadığını dikkate alarak davanın reddine karar verilmiştir⁵².

Bu açıdan Danıştayın tedviren görevlendirmede ücret ödenmemesi yönündeki kararlarında, “mevzuatta ücret ödenmesi hususunda bir düzenleme bulunmaması”, “aslında aranan niteliklerin tedvire memurda bulunmaması”, “tedviren görevlendirme işleminin hukuka aykırılığı”, “tedviren görevlendirmeye itiraz edilmemesi/dava açılmaması” ve “tedvir ile üstlenilen görevin önceki görevle benzer nitelikte olduğu” gibi çeşitli gerekçelere dayanmaktadır.

Danıştay aksi yöndeki kararlarında da (tedviren görevlendirmeler sebebiyle bir ücret ödenmesi gerektiği yönündeki) farklı gerekçelere dayanmaktadır:

Tedviren görevlendirmenin “vekaleten atama/fiilen yürütülen vekalet görevi” olarak değerlendirilerek, görevin karşılığında asaleten atanana yapılan ödemelerden faydalanılması gerektiği yönünde Danıştay kararlarına rastlamak da mümkündür. Danıştay tedviren görevlendirmelerde ücret ödenmesi gerekliliğini eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine dayandırmaktadır⁵³.

⁵² D11.D. 08.03.2005, E. 2002/1132, K. 2005/1079; Tedviren görevlendirmenin hukuka aykırılığı yönünde itiraz edilmemesi ya da dava açılmaması durumunun, bir yönüyle işlemi Anayasanın 18. maddesinde düzenlenen, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır” hükmüne uygun hale getirdiği ileri sürülebilir mi? Özel hukuktaki irade serbestisinin kamu hukukunda hiyerarşi bağı ile bağlı olan kamu görevlilerinde de tüm unsurlarıyla aranması beklenmelidir. Bu açıdan tedviren görevlendirme sebebiyle ücrete hak kazanabilmeyi bu karara karşı yasal başvuru yollarına başvurma şartına bağlamak, ne vicdani ne de hukuki bir yaklaşımdır.

⁵³ “Atandığı enstitüde öğretim elemanı olmadığı için davacı zorunlu olarak idari görevle görevlendirildiğine ve ilgili yasal düzenlemelerle tedviren görevlendirme adı altında bir görevlendirme şekli kabul edilmediğine göre bu görevlendirmenin vekalet olarak kabulü gerekir. Davacının görevin yürütülmesinde yetkili ve sorumlu olduğu, görevi fiilen yürüttüğü konusunda da taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmadığından, davacının asaleten atanana yapılan ödemelerden yararlandırılması gerekir. Aksine bir uygulama eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı düşer”, D8.D. 18.11.1999, E. 1997/59, K. 1999/6401; “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Ek ve Değişikliklerindeki hükümlere göre bir görevin asaleten, vekaleten ya da ikinci görev olarak yürütülmesi mümkün olup, tedviren görevlendirme adı altında bir müesseseye yer verilmemiştir. Diğer taraftan; yukarıda sözü edilen Kanunun 1897 sayılı Kanunla değişik 86. maddesinde de, memurların görevden uzaklaştırma nedeniyle işlerinden geçici olarak ayrılımları halinde yerlerine kurum içinde veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümler karşısında görevden uzaklaştırma sebebiyle memurların görevlerinden geçici olarak ayrılımları halinde, bu görevin ancak vekaleten görevlendirilen memurlar eliyle yürütülmesi mümkün bulunmaktadır. Bu duruma göre, daha önce asaleten yürüten memurun görevden uzaklaştırılması sebebiyle tedviren görevlendirildiği anlaşılır. Davacının bu görevlendirilmesinin yukarıda açıklanan 86. madde hükmü uyarınca yapılmış bir görevlendirme olduğunun kabulü zorunludur”, D3.D. 16.04.1982, E. 1982/960, K. 1982/929.

Bununla birlikte Danıştay'ın, angarya yasağından hareketle tedviren görevlendirme durumunda bir ücret ödenmesi gerektiğini ancak ödenen ücretin vekâlet aylığı olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirten kararlarına da rastlamak mümkündür. Danıştay ücret ödenmesi gerektiği yönündeki sonuca, tedviren görevlendirilen kişinin yürüttüğü görevden dolayı üstlendiği sorumluluğu da dikkate alarak erişmektedir. Örneğin mal müdürlüğünde muhasebe şefi olarak görev yapmakta iken ilçe mal müdürü olarak görevlendirilen kişinin, Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğünün yapmış olduğu inceleme sonucunda, lise mezunu olması ve dolayısıyla asılda aranan şartları taşımaması nedeniyle vekâlet ücreti ile zam ve tazminat farklarını alamayacağına ve bu sebeple kendisine ödenen meblağın iade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. İşlemin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay “*vekalet aylığı adı altında bir ücret ödenmesi mümkün değilse de, davacının yürüttüğü görevden dolayı üstlendiği sorumluluk dikkate alındığında, vekalet görevinden ötürü davacıya vekalet aylığına eşdeğer tutarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir*” şeklinde karar vermiştir⁵⁴. Danıştay'ın bu kararında tedviren görevlendirmede ücret hususunda bazı talepleri kabul edip bazılarını reddettiği de görülmektedir. Danıştay, Anayasanın angaryayı yasaklayan 18. maddesi hükmü uyarınca fiilen yürütülen görev karşılığı bazı maddi menfaatlere hak kazanacağına karar vermiştir. Bu kapsamda, vekâlet aylığına eşdeğer bir tazminat ödenmesine karar vermesine rağmen, dava konusu işlemin zam ve tazminat ödenmemesine ilişkin kısmının ise müesses durum şartları oluşmadığından her zaman geri alınabileceğine karar verilmiştir⁵⁵.

Yeşilirmak Elektrik Dağıtım A.Ş. Çorum İşletme Müdürlüğü'nde sözleşmeli statüde memur olan ve aynı zamanda finansman şefliği görevini yürüten kişinin, bu görev dolayısıyla vekâlet aylığının ödenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine açtığı davada, “*yetkili makamın onayından geçmiş idari tasarrufa bağlı olarak görevini yürüten davacının, asilin yetki ve sorumluluklarını üzerinde taşıdığı ve asli finansman şefinin yürüttüğü göreve eşdeğer bir görev icra ettiği anlaşıldığından, üstlendiği görevin parasal haklarından yararlandırılması gerektiğ(i)*” karar verilmiştir⁵⁶. Bu uyuşmazlıkta, yapılan işin mahiyetinin söz konusu kamu hizmetini yürütmekle yetkili asıl görevli kişinin işiyle eşdeğer olması ve asılın yetki ve sorumluluğunun tedviren görevlendiren kişide de bulunduğu, karara temel gerekçe olmuştur.

⁵⁴ D11.D, 10.04.2003, E. 2000/9798, K. 2003/1654; Benzer yönde kararlar için bkz. D11.D, 29.01.2003, E. 2000/11090, K. 2003/444; D11.D, 22.12.2003, E. 2001/481, K. 2003/5610.

⁵⁵ “*Kanuna aykırı olarak yapılan ödemelerde, muhatabın kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata bulunmakta ise ve idareyi bu konuda haberdar etmemişse iyi niyetin varlığından söz edilemeyeceği, bu işlemlere dayanılarak yapılan ödemeler için süre kısıtlamasının olmadığı, bunların her zaman (genel zamanaşımı süresi içinde) geri alınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır*”, D11.D, 10.04.2003, E. 2000/9798, K. 2003/1654.

⁵⁶ D11.D, 18.06.2010, E. 2009/3165, K. 2010/5321, akt. Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 100, dipnot 16.

Özetle, Danıştay tıpkı ücret ödenmemesi gerektiği yönündeki kararlarında olduğu gibi, ücret ödenmesi gerektiği yönündeki kararlarında da farklı gerekçelere dayanmaktadır. Bu açıdan “tedviren görevlendirmenin vekâleten atama olduğu”, “tedviren görevlendirmenin vekâleten atama olmadığı ancak vekâlet aylığına eşdeğer bir tazminat ödenmesinin gerektiği”, “tedviren görevlendirme dolayısıyla bir ücret ödenmesinin eşitlik ve hakkaniyet ilkelerinin gereği olduğu”, “tedviren görevlendirme dolayısıyla ücret ödenmemesinin angarya yasağına girdiği” ve “tedvire memurun sorumluluk alanının genişlediği” gibi farklı durumlar ücret ödenmesi gerektiği yönündeki gerekçeleri oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin de tedviren görevlendirmede ücretle ilgili bireysel başvuru kararı bulunmaktadır.

Dava, tapu sicil müdürlüğünde şef olarak görev yapan kişinin tapu sicil müdürlüğü görevini tedviren yürütmek üzere görevlendirilmesi sonrası, söz konusu görevden dolayı vekâlet ücreti ödenmemesine ilişkindir. İlk derece mahkemesi açılan davada, 657 sayılı Kanunda yer alan hükümler karşısında aslında aranan şartları haiz olmayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekâlet aylığı ödenemeyeceğinin açık olduğunu belirttikten sonra, idarece tedvir görevi verilen kişinin Anayasanın angarya yasağına dair 18. maddesi uyarınca bazı maddi haklara hak kazanacağı, aslında aranan şartları taşımayan davacıya vekâlet aylığı adı altında bir ücret ödenmesi mümkün değilse de yürüttüğü görevden dolayı üstlendiği sorumluluk dikkate alındığında vekâlet görevinden dolayı vekâlet aylığına eş değer tutarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir⁵⁷. Kararın temyizi üzerine Danıştay, yapılan görevlendirmelerin Danıştay’ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi amacına yönelik bir zaruret halinden doğduğunu ve aslında hukuki bir dayanağının da bulunmadığı vurguladıktan sonra, söz konusu uygulamaların personel rejimine ait disiplin işleri dışında kaldığını belirterek, kamu hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi amacına yönelik olarak görevlendirilmiş bir memurun asılın sahip olduğu tüm haklardan eksiksiz bir şekilde yararlanacağından söz etmenin imkânsız olduğuna karar vermiştir. Ayrıca tedviren yürütülen hizmete ilişkin vekâlet aylığının yanı sıra herhangi bir tazminat ödenmesinin de mümkün olmadığı yönündeki gerekçeyle ilk derece yargı yerinin kararı bozulmuştur⁵⁸. İlk derece yargı yerinin Danıştay kararına uyması sonucunda davanın reddine karar verilmiş kararın temyizi üzerine ilk derece yargı yerinin kararı onanmış⁵⁹ ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir⁶⁰.

⁵⁷ Kastamonu İM, 28.11.2006, E. 2006/625, K. 2006/871.

⁵⁸ D2.D, 13.06.2011, E. 2008/1955, K. 2011/2475.

⁵⁹ D2.D, 31.05.2012, E. 2012/850, K. 2012/3186.

⁶⁰ D2.D, 01.02.2013, E. 2012/9356, K. 2013/453.

Uyuşmazlık bunun üzerine, Anayasanın 18. maddesi⁶¹ ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 4. maddesinde yer alan “zorla çalıştırma yasağı” kapsamında hak ihlali bulunduğu gerekçesiyle bireysel başvuruya konu olmuştur⁶². Buna göre,

Gerek Anayasanın 18. maddesinde gerekse AİHS’nin 4. maddesinde, zorla çalıştırma yasağının istisnalarına yer verilmekle birlikte bir tanım bulunmamaktadır. 29 no.lu Cebri ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin 2. maddesine göre, “Bu Sözleşmenin amaçları için, “Cebri veya Mecburi Çalıştırma” ifadesi herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade eder” hükmü yer almaktadır. Buna göre, zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için, kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir⁶³.

Anayasanın 18. maddesinde zorla çalıştırma yasağıyla birlikte angaryanın da yasak olduğu belirtilmesine rağmen AİHS’de angarya ifadesi yer almamaktadır. Angarya, Anayasanın 18. maddesinin gerekçesinde “kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması”; Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında ise “bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, bir faaliyetin zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılabilmesi için, söz konusu faaliyetin kişinin iradesine aykırı bir şekilde gerçekleşmesi ve yüklenen yükümlüğünün “haksız” ya da “baskıcı” olması veya yapılmasının katlanılmaz sıkıntılara yol açması gerekir. Ayrıca söz konusu faaliyetin yapılmasından önce ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığı ve vatandaşlık ya da mesleki yükümlülüğünün bir parçası olarak faaliyetin gerçekleştirip gerçekleştirilmediği önem taşımaktadır⁶⁵.

⁶¹ Anılan maddenin gerekçesinin ilk paragrafı şöyledir: “Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yükür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir eziyet teşkil eder. Bu nedenledir ki maddenin birinci fıkrası zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Bu fıkra ile aynı zamanda “Angarya yasağı” da getirilmiştir. “Angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır. Maddenin ikinci fıkrası “Zorla çalıştırma” sayılmayacak halleri göstermektedir ve bu sayım sınırlayıcıdır”.

⁶² AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5062, 14.01.2014.

⁶³ AYM, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30.

⁶⁴ AYM, 13.03.2006, E. 2006/21, K. 2006/38.

⁶⁵ Tedviren görevlendirmelerde ilgili kamu görevlisinin iradesi ile özel hukuk ilişkilerinde bulunan irade serbestisi ile aynı konumda değerlendirilmemesi gerekir. Nitekim kamu görevlilerinin iradesine, içinde bulunduğu hiyerarşik yapı, yasal ya da kamusal gereklilikler, verilen görevlere itiraz etmeme gibi disiplinel ya da ceza hukuku açısından karşılaşılabilecek yaptırımlar göz önüne alınarak yaklaşım sergilenmelidir. Dolayısıyla tedviren görevlendirilen kişinin görevlendirme işlemine itiraz etmemiş olması gibi bir gerekçe ile görevlendirmede rızasının bulunduğu sonucuna erişilmemelidir. AİHM, 23.11.1983, Başvuru No: 8919/80, (Van Der Mussele/Belçika), Erişim Tarihi: Nisan 09, 2022, <https://hudoc.echr.coe.int>.

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun şef olarak görev yaptığı kurumda müdür olarak görevlendirilmesinin iradesi dışında ve bir tehdit veya baskı sonucu gerçekleştiği ya da katlanılmaz sıkıntılara yol açtığı yolunda herhangi bir iddia ile karşılaşmamıştır. Diğer taraftan Mahkeme, başvurucunun, müdür olarak görevlendirilmekle daha önce yürüttüğü şeflik görevine nazaran daha fazla yetki ve sorumluluk üstlendiğini, bu açıdan görevin katlanılmazlığından değil, bu görevin niteliği nedeniyle ayrıca ücret verilmemesinden şikâyet ettiğini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi angarya yasağına ilişkin yaptığı incelemede; üstlenilen müdürlük görevi ile başvurucunun yetki ve sorumluluk alanı genişlemiş olmasına rağmen, bu görev ile daha önce yürütmekte olduğu şeflik görevinin birbiriyle ilgisiz görevler olmadığını, başvurucunun yine mesleki faaliyet alanıyla ilgili ve de kariyer olarak daha üst bir görevde çalışmaya devam ettiğini, bu görevin kendisine mesleki anlamda katkı ve deneyim sağlayacağını kuşkusuz olduğunu ve eski görevi ile aynı mesaiye tabi olduğunu tespit etmiştir. Bu gerekçeyle, üstlenilen görevin başvurucuya makul olmayan, orantısız bir külfet yüklediği, daha fazla yetki ve sorumluluğu bulunan tapu sicil müdürlüğü görevini dolayısıyla kendisine ayrıca bir ücret ödenmemesinin Anayasa bağlamında zorla çalıştırma ve dolayısıyla angarya olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bu nedenle başvurucunun Anayasanın 18. maddesinin ihlal edildiği iddiasının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Anayasanın 55. maddesinde düzenlenen ücrette adalet sağlanması hükmüne ilişkin yapılan incelemede, ücrette adaletin sağlanması hakkının, Anayasada yer alsada da AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde bulunmadığı ve bu sebeple ortak koruma alanına girmediği gerekçesiyle, “konu bakımından yetkisizlik” ile kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi dışında konuya ilişkin Sayıştay kararları da bulunmaktadır. Sayıştay, kararlarında Danıştay'a nazaran daha tutarlıdır.

Sayıştay, tedviren görevlendirme dolayısıyla asılda aranan nitelikleri taşımayanlar tarafından yürütülen görev sebebiyle, vekâlet aylığı⁶⁶, vekâlet görevinden kaynaklı zam ve tazminat⁶⁷, özel hizmet tazminatı⁶⁸, yan ödeme ve özel hizmet tazminat farkı⁶⁹ gibi mali haklardan yararlanılamayacağı kanaatinde. Örneğin, emlak şefliği kadrosunda bulunan ortaokul mezunu olan memurun hesap işleri ve personel müdürlüğü kadrosuna atanmak için yönetmelikle öngörülen yükseköğ-

⁶⁶ STK, 21.08.1994, S. 1994/23475, akt. Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 102, dipnot 23.

⁶⁷ STK, 25.02.1997, S. 1997/24020; S8D.D, 19.03.1998, S. 1998/4059; S7.D., 07.01.2003, S. 2003/9095, akt. Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 102, dipnot 24, 27, 28.

⁶⁸ STK, 22.08.2004, S. 2004/27230, akt. Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 102, dipnot 25.

⁶⁹ STK, 12.05.1992, S. 1992/22746; STK, 29.03.2005, S. 2005/27749, akt. Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 102, dipnot 22, 26.

renim şartını taşınamaması sebebiyle, kendisine vekâlet aylığı ile asli kadro ve görevi karşılığı fiilen aldığı zam ve tazminat toplam tutarları ile vekâlet ettiği (hesap isleri müdürlüğü ve personel isleri müdürlüğü) kadro ve görevler için öngörülen zam ve tazminat toplam tutarları arasındaki farkın ödenmesinin⁷⁰; benzer şekilde temizlik işleri müdürlüğü kadrosuna asaleten atanma şartlarını taşımadığı halde zabıta memuru kadrosunda bulunan kişiye ödenen özel hizmet tazminatı ve ek ödemenin⁷¹ hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak tedviren görevlendirme sonrası “harcama yetkilisi sıfatıyla” yapılan işin sorumluluğundan kaynaklanan ilave ücretin alınmasının hukuka uygun olduğu yönünde Sayıştay kararlarına da rastlamak mümkündür⁷².

Diğer taraftan tedviren görevlendirme işleminin hukuka aykırılığı ile tedviren görevlendirme sebebiyle ödenen ücretin hukuka aykırılığı arasında ücrete ilişkin ortaya çıkan kamu zararı açısından sorumluluğunun kime yükletileceği konusunda bir ayırım yapılmaktadır. Tedviren görevlendirme sebebiyle ücret ödenmesi durumunda ortaya çıkan zarardan, ilgilinin tedviren görevlendirilmesine ilişkin işlemi tesis eden kişinin değil, ücret ödenmesi emrini düzenleyen kişinin sorumlu olduğuna karar verilmektedir. Nitekim Sayıştay, tedviren görevlendirme işlemi tesis eden kişi ya da kişilerin maaş ödemelerine ilişkin ödeme emirlerinde herhangi bir imzası ve kontrol yetkisi olmaması sebebiyle, bu kişilerin ilgiliye yapılan fazla ödemededen sorumlu tutulmasının mümkün olmadığına karar vermektedir⁷³.

2. Özlük Hakkı Yönünden

Danıştay tedviren görevlendirmeler sebebiyle ücret dışında diğer özlük haklarına ilişkin yapılan talepleri karşılama hususunda daha menfi yaklaşım sergilemektedir.

Örneğin, sigorta müdürlüğünde şef olarak çalışmakta iken SSK hastanesine müdür görev ve yetkili olarak görevlendirilen davacının, daha sonra yönetim kurulu kararıyla eski görevine tekrar atanması işlemine yönelik iptal davasında; uygulamada, aslında aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde

⁷⁰ STK, 25.12.2007, S. 2007/29811; STK, 25.12.2007, S. 2007/29812; STK, 25.12.2007, S. 2007/29813; STK, 25.12.2007, S. 2007/29814.

⁷¹ STK, 14.06.2016, S. 2016/42063; STK, 14.06.2016, S. 2016/42065; STK, 14.06.2016, S. 2016/42066; STK, 14.06.2016, S. 2016/42067; STK, 14.06.2016, S. 2016/42068; STK, 14.06.2016, S. 2016/42069; STK, 14.06.2016, S. 2016/42070; STK, 14.06.2016, S. 2016/42071; STK, 14.06.2016, S. 2016/42072; STK, 14.06.2016, S. 2016/42074.

⁷² “Harcama yetkilisinin yerine, mevzuatında öngörülen usullere uygun olarak vekâleten atanan görevlinin, vekâlet ettiği göreve ait harcama yetkisini kullanmasından doğan sorumluluğun bu görevi vekâleten yürüten görevliye ait olduğuna oybirliğiyle.” karar verilmiştir. Dolayısıyla “harcama yetkilisi” sıfatını taşıyan ve bu görev ve sorumluluğa sahip olanların ilave 30 puanlık ücreti de almaları mevzuata uygundur”, STK, 08.12.2015, S. 2015/41187; STK, 28.06.2016, S. 2016/42133; STK, 28.06.2016, S. 2016/42134.

⁷³ STK, 08.12.2015, S. 2015/41188.

idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından böylesi bir yõteme başvurulduğu ifade edildikten sonra, hizmetin kadro koşullarını taşımayan personel tarafından yürütölmesi konusunda idarenin zorlanamayacağı bir nevi tedviren görevlendirmenin ilgilisi açasından haklı bir beklentiye sebep olmayacağına karar verilmiřtir⁷⁴. Söz konusu karar, görevin gerektirdiği niteliklerini taşıyan kamu görevlisine işin teslimini sağlaması açasından yerindedir. Ancak kararda, görevin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kamu görevlisinin tedviren görevlendirme işleminden sonra ortaya çıkması durumunda, bağlı yetki gereğince bu kişinin atanması gerekip gerekmediği hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Kararda böylesi bir duruma ilişkin değerlendirmede bulunmaksızın “uygulamada rastlanmaktadır” denilerek hüküm tesis edilmesi hatalı ve eksiktir.

Bir başka uyuşmazlık, tedviren görevlendirme süresinin kıdemden sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Dava; doğumevi hastanesinde tedviren 5 yıl süreyle müdür yardımcılığı görevi yapan kişi tarafından, Bakanlıkça aılan “Görevde Yükselme Eğitim Programına” yapmış olduğu başvurunun “görevde yükselme eğitimi programına kabul için diğer koşulların yanında sınav tarihi itibariyle hastane müdür yardımcısı olarak en az iki yıl süreyle çalışmış olması gerektiği” gerekçesiyle kabul edilmemesine ilişkin işleme karşı yapılan itirazın zımnen reddedilmesine karşı işlemin iptali istemiyle aılmıştır. Kararda, tedviren görevlendirmenin geçici ve istisnai durumlarda başvurulan bir yol olduğu belirtildikten sonra, “*Bu niteliği göz önüne alındığında tedviren yürütölen bir görevin gerektirdiği unvanı taşımayan kamu görevlisine görevin tedviren yaptırılması, bu şekilde yürütölen görevdeki unvanı kazandırmayacaktır. Uyuşmazlık konusu olayda, davacının hastane müdür yardımcılığı unvanını ilgili mevzuat çerçevesinde ve bu konuda idareye yapacağı başvurunun sonucunda tabi olacağı süreç çerçevesinde kazanacağı kuşkusuzdur*” şeklindeki gerekçeyle dava reddedilmiřtir⁷⁵.

B. TEDVİREN GÖREVLENDİRİLEN KİŞİNİN TASARRUFLARI AÇISINDAN

Hukuka aykırılığı açık olan bir görevlendirme dolayısıyla yapılan işlemlerin hukuka uygunluğu tartışmaya açıktır⁷⁶. Diğer taraftan, tedviren görevlendirmenin hukuka aykırılığı karşısında tedvire memurun işlemlerinin peşinen hukuka aykırı olarak kabulü, bazı hukuki sorunlara yol açabilir.

⁷⁴ “Böyle bir durumda tedviren görevlendirilen personelin o kadro için öngörölen şartları taşımadığı da göz önüne alındığında, idarenin genel kabul görmüş hukuk kaidelerine aykırılık taşımamak kaydıyla, ilgiliyi belli bir sebebe dayanmaksızın her zaman görevden alıp, asil kadrosuna iade edebileceği; hizmetin kadro koşullarını taşımayan personel tarafından yürütölmesi konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı kuskusuzdur. Diğer bir deyişle hukuki statü bakımından boş olan bir idari kadro üzerinde idarenin tasarrufta bulunabileceği ve söz konusu idari kadro için gerekli şartları taşıyan personelin varlığı halinde, bu personelle kadroyu doldurma konusunda takdir hakkı bulunduğu açıktır”, D5.D. 22.11.2001, E. 1998/1661, K. 2001/4441; D5.D, 27.02.2006, E. 2004/5066, K. 2006/751.

⁷⁵ D5.D, 14.12.2004, E. 2001/1374, K. 2004/5356.

⁷⁶ Kaya, “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, 97.

Bu açıdan tedvire memurun, fiili (görünüşte) memur teorisinin bir görünümü olduğu ifade edilebilir. Hukuka aykırı olan tedviren görevlendirmeye dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukuku geçerliliği hususunda “fiili (görünüşte) memur teorisini” kullanarak çözüm getirilmelidir.

Diğer taraftan, hukuka aykırı bir tasarrufla kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilen kişilerce tesis edilen işlem ve eylemlerin, idarenin mali sorumluluğunu yol açması da muhtemeldir. Nitekim tedviren görevlendirilen kişinin görevin gerektirdiği nitelikleri taşıması sebebiyle, bu kişinin eylem ve işlemlerinde kusurlu davranabilmesi muhtemeldir. Başka bir ifadeyle, tedvire memurun asılın taşınması gereken nitelikleri haiz olmaması, kamu hizmetinin beklenen kalitede ifa edilememesine yol açabilir. Liyakat sahibi olmayan kişilerce kamu hizmetinin ifası ise, idarenin hizmet kusurunu gündeme getirecektir. Diğer taraftan, görevin gerektirdiği nitelikleri taşımayan kişiler tarafından kamu hizmetinin sürekli olarak ifası da başlı başına hizmet kusurudur⁷⁷.

Kamu hizmetinin uzun süreler boyunca tedviren görevlendirilen kişi tarafından ifasının “ağır hizmet kusuru” olduğu yönünde Danıştay kararına da rastlamak mümkündür. Örneğin, müdürlük görevini ehil olmamasına rağmen tedviren görevlendirme ile yürüten kişinin, aynı zamanda 3 yıl süreyle sicil amiri sıfatıyla verdiği olumsuz sicil notları sonucu haksız bir şekilde bir kamu görevlisinin mağdur olmasına yol açması durumunun “idarenin ağır hizmet kusuru” olduğuna karar verilmiştir⁷⁸.

SONUÇ

Anayasanın 128. maddesinde, kamu görevinin asli ve sürekli bir görev olduğu bu sebeple kamu hizmeti sunacak kişilerin asaleten ve sürekli bir biçimde atanması gerektiği, başka bir ifadeyle kamu görevine vekâleten ve geçici olarak atama yapılmaması gerektiği, bu konuda bir istisna getirilecek ise bunun da

⁷⁷ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 364.

⁷⁸ “Görev yaptığı birimin müdürlüğüne vekil olarak dahi atanma koşullarını taşımayan kişinin tedviren görevlendirilmiş olması ve uygulamada çok zorunlu hallerde, olabildiğince kısa bir süre için başvurulmuş bu yöntemin davacının 2000 ve 2003 yılı sicil dönemlerini de kapsayacak şekilde üç yıldan fazla bir süre boyunca sürdürülmüş olması, bu dönem boyunca davacı hakkında memuriyet görevinden ayrılmış sayılma işlemi de dahil olmak üzere oldukça ağır işlemlerin tesis edilmesi karşısında, iki yıl üst üste aynı şekilde olumsuz sicil alınması ve bir başka sicil amiri emrinde denendiği yılda da durumun değişmemesi halinde memuriyet görevinin sona erdirileceği yönünde 657 sayılı Yasada yer alan hüküm ile 2000 ve 2003 yılı sicillerinin de olumsuz düzenlendiği dikkate alındığında, yetersiz amir tarafından uygulanan bu işlemler nedeniyle davacının hak etmediği ağır bir muameleye tabi tutulduğu, İdarelerce hizmetin en ehil kişiler eliyle yürütülmesi gerekir iken geçici ve zorunlu bir uygulama olan yasayla tanınmamış tedviren görevlendirme yöntemi üç yıldan fazla bir süre boyunca davalı idarece sürdürülerek hizmetin kötü işlenmesine yol açıldığı, sürenin uzunluğu ve bu sicil amirince tesis edilen çoğu işlemin İdare Mahkemelerince iptal edildiği göz önüne alındığında ağır hizmet kusurunun olduğu sonucuna varılmaktadır”, D2.D, 13.07.2007, E. 2007/1297, K. 2007/3247.

mutlaka kanunla yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, Anayasanın 70. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu hizmetinin görevin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişilerce ifası gereklidir. Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere diğer yasal düzenlemelerde tedviren görevlendirme usulü hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple 99 seri no.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği ile düzenlenen tedviren görevlendirme müessesesi öncelikle anayasaya aykırıdır. Hukuk devleti ilkesi gereğince, en üst norm olan anayasaya aykırı olan bir adsız düzenleyici işleme dayanılarak bir görevlendirme işlemi tesis edilmesi de mümkün değildir.

Yetkisiz makamın, işlem tesisinden önce yapılan bazı görevlendirme/yetkilendirme tasarrufları ile yetkili hale getirilmesi mümkündür. Bu açıdan yetki unsurunun hukuken kabul gören yetki devri, imza devri, vekâlet gibi istisnaları mevcuttur. Ancak tedviren görevlendirme, yetki kuralının söz konusu istisnalarının da istisnasını oluşturması bakımından ana kuralı aşındırmaya yönelik bir soruna sebep olmaktadır. Yasal dayanağı olmamasına rağmen, tedviren görevlendirme işleminin kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesini temin etmesi açısından hukuka uygun kabul edilmesi de mümkün değildir.

Diğer taraftan kamu hizmetinin aksatılmadan ifası için uygulamada böylesi bir görevlendirme işlemine ihtiyaç duyulduğu da ortadadır. Ancak böylesi bir zorunluluk, 1987 yılından itibaren 36 yıldır hukuka aykırı olarak uygulamasına devam edilen bir düzenlemenin varlığını koruyabilmesi için bir gerekçe olmalıdır. Bu sebeple Genel Tebliğin mülga edilerek söz konusu alanda kanuni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Tedviren görevlendirme usulüne ilişkin Genel Tebliğde yer alan şartların yasal bir metinde bulunması durumunda (idarenin kanuniliği ilkesine uygun hale gelse) dahi, bazı sorunların çıkması muhtemeldir. Bu sebeple Genel Tebliğde yer alan hükümlerden hareketle bu aşamada bazı önerilerde bulunmak gerekir.

Öncelikle vekâleten atamanın bile istisnai bir uygulama olması ve belirli usullere tabi olarak uygulanması gerekliliği karşısında, tedviren görevlendirmeye ilişkin azami bir sürenin öngörülmemiş olması hatalıdır. Nitekim tedviren görevlendirmenin süresiz yapılabilmesi durumunda, bu ilkenin istisnai bir uygulama olmaktan çıkacağı şüphesizdir. Ayrıca azami bir görevlendirme süresi belirlemek, liyakat ve kariyer ilkelerine uyumlu olacak şekilde kamu hizmetinin hizmet gereklerine uygun olarak ifasını mümkün kılar. Aksi halde idare tarafından kamu görevinin niteliklerine uygun kişi bulma arayışına girilmez. Tedviren görevlendirme süresi, geçici ve kısa süreli olarak (en fazla 6 aylığına, bir kereye mahsus ve uzatılmamak kaydıyla) belirlenmelidir. Diğer tarafta tedviren görevlendirmenin asaleten/vekâleten atamanın mümkün olduğu ana kadar yapılabileceği bu açıdan görevlendirme süresinin hak yaratıcı bir nitelikte olmadığı da vurgulanmalıdır.

Genel Tebliğde belirtilen “öncelikle varsa yardımcıları” kıstası da eleştiriye açıktır. Tedviren görevlendirmede önceliğin yardımcılara verilmiş olmasının temel mantığı, söz konusu kamusal hizmetin işleyişine diğer kişilere nazaran yardımcılarının daha yatkın ve hâkim olmasıdır. Ancak yardımcılığı bulunan hemen hemen tüm idari görevlerde, asılın geçici bir süre yokluğunda yardımcılarının vekâlet edeceği hüküm altına alınmıştır. Asılın geçici olarak yokluğu durumunda kadronun boşalmasının söz konusu olmaması sebebiyle zaten tedviren görevlendirme yapılamaz. Ancak önceliğin yardımcılara tanınması aslında aranan şartlara en yakın kişi kıstasıyla da çelişki içindedir.

Örneğin Yüksek Öğretim Kanununun 16. maddesine göre, fakülte dekanının altı ayı aşmayan süreyle geçici olarak görev başında olmadığı durumlarda dekan yardımcılarının birinin dekana ait yetkileri kullanması vekâlete ilişkin bir yetkidir. Ancak aynı maddede, göreve vekâletin altı aydan fazla sürmesi durumunda yeni bir dekan atanması gerektiği de hüküm altına alınmıştır. Uygulamada rastlanması pek muhtemel olmasa da yeni bir dekan atanmasının asaleten ya da vekâleten yapılamaması durumunda Genel Tebliğe göre tedviren görevlendirmenin öncelikle dekan yardımcılarını arasından yapılması gerekir. Ancak dekan yardımcılarının doktor öğretim üyesi unvanına sahip olduğu varsayımında, doçent unvanına sahip diğer öğretim üyeleri yerine asıl unvana daha uzak birinin görevlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Üniversite genel sekreterliği görevi, bu duruma bir başka örnek olarak verilebilir. Yüksek Öğretim Kanununun 52. maddesinin (b) fıkrasında, üniversitelerin genel sekreterlerinin üniversite lisans diplomasına sahip olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak genel sekreter yardımcılarının nitelikleri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel sekreterlik makamının herhangi bir sebeple boşalması durumunda lisans diplomasına sahip olmayan yardımcılardan birinin, lisans hatta lisansüstü diplomaya sahip bir başka kişi bulunmasına rağmen tedviren atanması mümkündür.

Diğer taraftan asaleten ya da vekâleten atama yapılabilecek kişinin bulunmaması kıstasının da denetime açık bir hale getirilmesi gerekir. Bu açıdan tedviren görevlendirmenin kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir gereği ve asaleten/vekâleten atama yapılabilecek kişinin tüm araştırmalara rağmen bulunmamasının getirdiği bir zorunluluktan dolayı yapıldığının görevlendirmeyi yapacak makam tarafından delilleriyle birlikte ortaya konulması gerekir.

Görevlendirmenin kurum içinden yapılmasının diğer bir öncelik olarak yer alması ve tedviren görevlendirilen kişinin aslında bulunan yetkilere tam anlamıyla sahip olmadığı, “günlük-gündelik/rutin/sıradan/cari/kısa vadeli” yani olağan işlerin görülmesinde yetkili ancak olağanüstü işlerin görülmesinde yetkisiz olduğunun da belirtilmesi diğer bir öneridir. Ancak bu belirlemenin de örnek verilmek suretiyle yapılması önemlidir. Aksi halde, hangi görevin cari hangisinin önemli işlerden olduğu yeni bir soruna yol açacak ve çözüm, ancak yargıya taşınan uyuş-

mazlıklar çerçevesinde içtihatlar üzerinden belirlenmeye çalışılacaktır. Tedvir ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak şartıyla tedvire memurun asılın bütün hak ve yetkisine sahip olmadığı, bunun yetki kuralının istisnası olmasının bir gereği olduğu belirtilebilir.

Tedviren görevlendirme sebebiyle ücret başta olmak üzere diğer mali ve özlük haklarının da bir hükümle düzenlenmesi gerekir. Bu açıdan tedviren görevlendirmenin ilgisine sadece yükümlülük ya da sorumluluk getiren bir statü olmaması gerekir. “Mazarrat menfaat mukabelesindedir” düsturu gereğince, tedviren görevlendirme dolayısıyla bir sorumluluk alanı doğuyor ise, bu görev dolayısıyla çeşitli hak ve menfaatlerden faydalanma imkânı da sağlanmalıdır. Aksi halde makamın verdiği manevi haz -ki kimileri açısından idari görev tamamen bir külfettir- dışında bir karşılığı olmayan ve sadece yükümlülük getiren böylesi bir idari göreve istekli bulunması güçtür. Görevin isteğe bağlı olmaksızın tevdiinde ise, pozitif hukuk kurallarına aykırılık tartışılabilir olsa da, nesafet kaidelerinin ihlal edileceği ortadadır.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- Akgüner, Tayfun. *Kamu Personel Yönetimi*, İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun ve Berk, Kahraman. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C. 1*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kuramları*. Konya: Sayram Yayınları, 2014.
- Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kaya, Cemil. "İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 10, C. 10, S. 2, (Haziran 2011): 95-103.
- Odyakmaz, Zehra ve Kaymak, Ümit. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Odyakmaz, Zehra/Kaymak, Ümit ve Ercan, İsmail. *Anayasa Hukuku-İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- Özay, İl Han. *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.
- Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine ve Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Tunçer, Polat. *İdare Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Türk Dil Kurumu. *Güncel Türkçe Sözlük*. Erişim Tarihi: Nisan 09, 2022, <https://sozluk.gov.tr>.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2004.
- Yıldırım, Ramazan ve Çınarlı, Serkan. *Türk İdare Hukuku Dersleri C. 2*. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.
- Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, H. Eyüp/Üstün, Gül/Çakır, Hüseyin Melih ve Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Yücesoy, Ayşe Aslı. "Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 26, S. 1, (2018): 127-147.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku C. 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Yargı kararlarına erişim "www.uyap.gov.tr" adlı siteden sağlanmıştır.*

KIYMET TAKDİR KOMİSYONUNA İLİŞKİN HUKUKA AYKIRILIKLAR KAMULAŞTIRMANIN İPTALİ DAVASINDA DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?*

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÜLKER**

Öz

Kamulaştırma, bireylerin mülkiyet haklarına müdahale eden önemli bir idari işlemdir. Bu nedenle asliye hukuk mahkemesinin de dahil olduğu birçok aşamadan oluşmaktadır. Konumuz bakımından önemli olan kıymet takdir komisyonu, satın alma aşamasında oluşturulmaktadır. Taşınmazın tahmini bedelini tespit etmekle görevli bu komisyona ilişkin hukuka aykırılıkların, kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunu etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, bu hukuka aykırılıkların kamulaştırma işlemini sakatladığı varsayımında kamulaştırma işlemi idare mahkemesince iptal edilecektir. Bu iptal kararı, taşınmazın gerçek bedelinin belirlenmesi konusunda görevli asliye hukuk mahkemesinin görevini yerine getirememesine ve hem malik hem de idare açısından sürecin baştan başlamasına ve uzamasına neden olabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Kamulaştırma, Kıymet Takdir Komisyonu, Kamulaştırmanın Bedeli, Kamulaştırmanın İptali, Kamulaştırmanın Şekil/Usul Unsuru.

CAN ILLEGALITIES RELATED TO THE VALUATION COMMISSION BE EVALUATED IN THE ANNULMENT CASE OF EXPROPRIATION?

Abstract

Expropriation is an important administrative action that interferes with the property rights of individuals. For this reason, it consists of many stages, including the civil court of first instance. The valuation commission, which is important for our subject, is also formed at the purchasing stage. It is necessary to evaluate whether the illegalities regarding this commission, which is responsible for determining the estimated value of the immovable, affect the form/procedure element of the expropriation process. Because, on the assumption that these illegalities make the expropriation process illegal, the expropriation process will be canceled by the administrative court. This annulment decision may cause the civil court of first instance in charge of determining the real value of the immovable to prevent it to fulfill its duty, and may cause the process to start over and prolong both in terms of the owner and the administration.

Keywords

Expropriation, The Valuation Commission, The Price of Expropriation, Annulment of Expropriation, Form/Procedure Element of Expropriation.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.12.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.03.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1218967.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen "Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi"nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) Pamukkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / Denizli, Türkiye.
E-posta: gozde_bayazit@hotmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0647-2976>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

One of the methods of acquiring immovable property by the administration is expropriation and important rules regarding expropriation are included in the Expropriation Law No. 2942. Expropriation is an important administrative action that interferes with the property rights of individuals. For this reason, it consists of many stages, including the civil court of first instance. Expropriation is examined in two stages as administrative and judicial in the doctrine. The actions of the administration are explained at the administrative stage until the Civil Court of First Instance is included. As a matter of fact, taking the public interest decision, taking the expropriation decision, appointing a valuation commission by the administration in accordance with Article 8 of the Expropriation Law No. 2942 for the determination of the expropriation value, and preparations for the procurement procedure are also included in the administrative stage. If the parties do not agree at the administrative stage, the judicial stage is started and the civil court of first instance is involved in the process.

The valuation commission, which is important for our subject, is also formed at the purchasing stage. It is necessary to evaluate whether the illegalities regarding this commission, which is responsible for determining the estimated value of the immovable, affect the form/procedure element of the expropriation process. Before the Expropriation Law No. 2942 was amended with the Law No. 4650, the Council of State was of the opinion that the administrative judiciary was within its jurisdiction for resolving the illegalities regarding the formation of the valuation commission. After the amendment made with the Law No. 4650, the Council of State has decided that the document prepared by the valuation commission was not an executive transaction on its own, in 2015. After this decision of the Council of State, it is important whether an illegality regarding the commissions in question can be sued together with the expropriation decision and whether the expropriation decision can be annulled for this reason. On the assumption that these illegalities make the expropriation process illegal, the expropriation process will be canceled by the administrative court. This annulment decision may cause the civil court of first instance in charge of determining the real value of the immovable to prevent it to fulfill its duty, and may cause the process to start over and prolong both in terms of the owner and the administration.

After the Expropriation Law No. 2942 was amended with the Law No. 4650, the jurisdiction of determining the expropriation value has been given to the Civil Court of First Instance. The valuation commission determines an estimated price. The final price is determined by the Civil Court of First Instance. Therefore, we think that after this stage, the illegalities due to related to the price that may arise in terms of the valuation commission should not be evaluated in the annulment case, where the legality of the expropriation decision is examined. If it is accepted that the said violations of law can be examined in the action for annulment, the administrative court will be able to give an annulment decision. In this case, the Civil Court of First Instance will be prevented from determining the final price in accordance with the law and the expropriation proceedings will not be concluded as quickly as intended. For this reason, the owner or the possessor may choose not to compromise with the administration by asserting that there is an illegality regarding the formation or report of the commission in the case of price determination and registration case.

In this article, the task of the valuation commission will be evaluated and it will be explained that unlawful violations related to this commission should not cause the cancellation of the expropriation process.

GİRİŞ

Kamulaştırma, 1982 Anayasası'nın 46. maddesinde devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kamu gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle elde etmesi olarak tanımlanmıştır.¹ Mülkiyet hakkına ağır bir müdahale niteliğinde olan kamulaştırma sıkı kurallara

¹ Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1999), 2; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Kitapevi, 2013), 250; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitapevi, 2021), 629; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022), 722.

tabi tutulmakta² ve birçok aşamadan oluşmaktadır. Kamulaştırma süreci doktrinde idari ve adli olmak üzere iki aşamada anlatılmakta, asliye hukuk mahkemesi dahil olana kadar idarenin yaptığı işlemler idari aşama içinde yer almaktadır.³ Nitekim, kamu yararı kararının alınması, kamulaştırma kararının alınması, kamulaştırma bedelinin tespiti için 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu⁴'nun 8. maddesi uyarınca idare tarafından kıymet takdir komisyonu tayin edilmesi ve satın alma usulüne ilişkin hazırlıklar da idari aşama içinde yer almaktadır. Bu makalenin amacı idari aşamada oluşturulan kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılıkların, kamulaştırmanın iptali davasında kamulaştırma kararının hukuka uygunluğunu etkileyecek etken olarak değerlendirilmemesi gerektiğinin izah edilmesidir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda 4650 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce Danıştay, kıymet takdir komisyonunun oluşumuna ilişkin hukuka aykırılıkların çözümünde idari yargının görevli olduğu görüşündeydi.⁵ 4650 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra 2015 yılında verdiği bir kararında ise kıymet takdir komisyonunun hazırladığı belgenin tek başına icrai⁶ nitelikte bir işlem olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷ Danıştay'ın bu karardan sonra, söz konusu komisyonlara ilişkin bir hukuka aykırılığın kamulaştırma kararı ile birlikte dava edilip edilemeyeceği ve kamulaştırma kararının bu nedenle iptal edilip edilemeyeceği konusu önem taşımaktadır.

² Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 2; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 629; Günday, *İdare Hukuku*, 257; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 641.

³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 641-643; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 754-756; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 989; İsmet Girtili, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 1048.

⁴ R.G. Tarih: 8.11.1983 Sayı: 18215.

⁵ DİBK, 20.05.1982, E. 1981/1-4, K. 1982/2, Sinerji. Aynı yönde bkz. D6.D, 19.12.1994, E. 1994/3179, K. 1994/4965, Sinerji; D6.D, 04.03.1996, E. 1995/7192, K. 1996/945, Sinerji; D6.D, 29.05.1990, E. 1989/59, K. 1990/126, Legalbank.

⁶ İcrailik, bir başka işlemin varlığına gerek duymadan, idarenin iradesinin yöneldiği kişinin ya da nesnenin üzerinde hukuki sonuçlar doğurmasını ifade eder. Bir başka ifadeyle, icrai olan işlem, açıklanmasıyla ilgili kişinin ya da nesnenin hukuk alanında hukuki değişiklikler meydana getirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (Ankara: Danıştay Matbaası, 1990), 119-120; Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, (Ankara: Astana Yayınları, 2014), 26 vd; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 1-2, (2004): 253-284, 254; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 341; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 272, 273; Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 43, 44; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 776; Mutlu Kağıtçıoğlu, "İdari İşlemin İcrailiği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 103, (2021), 267-284, 268. Nitekim Danıştay da bir kararında icrai işlemi "idare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler" olarak tanımlamıştır. D7.D, 19.01.2000, E. 1999/1766, K. 2000/67, DD. S. 104, 371.

⁷ D6.D, 10.09.2015, E. 2015/7660, K. 2015/5138, Sinerji.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda 4650 sayılı Kanunla değişiklik yapıldıktan sonra kamulaştırma bedelinin tespiti görevi asliye hukuk mahkemesine verilmiştir. Kıymet takdir komisyonu tahmini bir bedel belirlemektedir. Kesin bedeli asliye hukuk mahkemesi belirlemektedir.⁸ Her ne kadar kamulaştırmanın asliye hukuk mahkemesinin hak sahibine meşruhatlı davetiye gönderdikten sonra tamamlanmış icrai nitelikte bir işlem olduğu yönünde görüş⁹ bulunsa da kamulaştırma kararının yetkili makamlar tarafından alınıp onaylandıktan sonra hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirdiği kanaatindeyiz.¹⁰ Dolayısıyla, bu aşamadan sonra kıymet takdir komisyonu bakımından ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkların bedele ilişkin olması nedeniyle kamulaştırma kararının hukuka uygunluğunun incelendiği iptal davasında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu makalede öncelikle kamulaştırmanın tanımı ve aşamalarından yola çıkılmakta, kıymet takdir komisyonunun bu aşamalar içindeki yeri belirlendikten sonra görevinin ne olduğu ayrı bir başlık altında incelenmektedir. Daha sonra kamulaştırma işleminin unsurları genel olarak izah edilerek komisyonun bu unsurlardan birinin kapsamında yer alıp alamayacağı konusu üzerinde durulmaktadır. Son olarak, kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılıkların çözüm yeri konusu değerlendirilmektedir.

I. KAMULAŞTIRMANIN TANIMI VE AŞAMALARI

Kamulaştırma, özel hukuk kişisine ait taşınmazın mülkiyetinin veya irtifak hakkının kamu gücü kullanılarak idare tarafından elde edilmesidir.¹¹ Özel hukuk kişisinin rızasına ihtiyaç olmayan kamulaştırmada mülkiyet hakkının sınırlanmasından ziyade bu hakkın özüne dokunan bir uygulama söz konusudur.¹² Kamulaştırmanın bu özelliği, birtakım sonuçları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle, öze

⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de 2020 yılında 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesine 7139 sayılı Kanunla eklenen "idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit edilen bedelden az olması durumunda hâkim tarafından tespit edilen bedel, fazla olması durumunda idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit ettiği bedel, peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, kalanı ise bedele ilişkin kararın kesinleşmesine kadar üçer aylık vadeli hesapta nemalandırılmak ve kesinleşen karara göre hak sahibine verilmek üzere" ve "idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit ettiği bedelden fazla olması halinde fazla olan tutarın bloke edildiğine" ibaresini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. AYM Kararı, 16.07.2020, E. 2018/104, K. 2020/39, R.G. 27.11.2020, S. 31317.

⁹ Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 380; D6.D, 30.01.2007, E. 2004/718, K. 2007/454, Lexpera; Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1000.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 643; D6.D, 25.05.2016, E. 2015/7256, K. 2016/3169, Lexpera.

¹¹ Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 2; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 629; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 641.

¹² Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 2; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 629; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 641; Aynı şekilde kamulaştırmanın sözleşme özgürlüğüne de ağır müdahale ettiği ifade edilmektedir. Bkz. Cenk Şahin, *Acele Kamulaştırma*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 16.

dokunan bir uygulama olması nedeniyle 1982 Anayasası'nın 46. maddesinde¹³ kamulaştırmanın ilkeleri düzenlenmiştir. Taşınmazın gerçek karşılığının peşin ödemesi gerekliliği başta olmak üzere, kamulaştırma bedelinin taksitlendirilebileceği haller veya faiz gibi hususlar açık bir şekilde 46. maddede yer almaktadır.¹⁴ O halde, kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığının hak sahibine verilmesi Anayasa tarafından önemsenmekte ve koruma altına alınmaktadır.¹⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi de taşınmazın gerçek karşılığının hak sahibine verilmesiyle müdahalenin niteliğinin hafifleyerek “sınırlama”ya dönüşeceğini ifade etmektedir.¹⁶

¹³ 1982 Anayasası madde 46 - *“(Değişik: 3/10/2001-4709/18 md.) Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödeme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”*

¹⁴ Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 3. Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesine 7139 sayılı Kanunla eklenen “idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit edilen bedelden az olması durumunda hâkim tarafından tespit edilen bedel, fazla olması durumunda idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit ettiği bedel, peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, kalanı ise bedele ilişkin kararın kesinleşmesine kadar üçer aylık vadeli hesapta nemalandırılmak ve kesinleşen karara göre hak sahibine verilmek üzere” ve “idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit ettiği bedelden fazla olması halinde fazla olan tutarın bloke edildiğine” ibaresini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir: “Kesin olarak verilen tescil kararıyla kamulaştırmaya konu taşınmazın mülkiyeti de hak sahibinden idareye intikal etmektedir. Tescil hükmü kesin olduğundan taraflar ancak bedele ilişkin kararın kesinleşmesine kadar üçer aylık vadeli haklarını kullanabileceklerdir. Bu durumda mülkiyetin idareye tescille geçmesine ve Anayasa'nın 46. maddesinde yer alan taksitlendirme hâlleri de bulunmamasına rağmen kamulaştırma bedelinin ödenmesinin kararın kesinleşmesi sonrasına bırakılması peşin ödeme güvencesine aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında dava ve itiraz konusu bölüm ile karar kesinleştikten sonra ödenecek kamulaştırma bedeli için üçer aylık vadeli hesap uygulanması da yine Anayasa'nın 46. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen “herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır” hükmünün ihlal etmektedir. Çünkü kuralda yer alan faiz miktarı Anayasa'da belirlenmiş olan kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranından düşüktür.” AYM Kararı, 16/7/2020, E. 2018/104, K. 2020/39, R.G. 27.11.2020, S. 31317.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, arazilerin kamulaştırma bedelini hesaplarken kamulaştırma tarihindeki mevki ve şartlara göre değerlendirme yapılmasını öngören ve 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesine eklenen kuralı, anayasa aykırılık nedeniyle iptal etmiştir: “Bu durumda, ilgili arazinin kamulaştırma tarihindeki şartları ile kullanılma şeklinin dava tarihi itibarıyla değişmiş olması mümkün olduğundan, arazinin hâlihazır özellikleri yerine kamulaştırma tarihindeki özelliklerinin gözetilerek taşınmazın dava açma tarihi itibarıyla değerinin belirlenmesi ve bu suretle kamulaştırma bedelinin tespiti, arazinin gerçek karşılığına ulaşılması bakımından elverişli değildir. Bu nedenlerle idari ve adli aşama ayrımı gözetilmeksizin kamulaştırma bedelinin tespitinde arazinin kamulaştırma tarihindeki özelliklerinin esas alınmasını gerekli kılan, itiraz konusu kuralda yer alan “...kamulaştırma tarihindeki...” ibaresi, Anayasa'nın 46. maddesine aykırıdır.” AYM Kararı, 26.05.2016, E. 2015/55, K. 2016/45, R.G. 28.06.2016, S. 29756.

¹⁶ “Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zor-

Kamulaştırmanın mülkiyet hakkına yönelik ağır bir müdahale olmasının diğer bir sonucu ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırmanın farklı makamların ya da organların katılımını öngörerek ayrıntılı ve aşamalı bir şekilde düzenlenmesidir. Bu kapsamda kamulaştırmayı yapacak idareyle birlikte başka idari makamların/organların iradeleri gerekli görülmüş ve hatta adli yargı organı da (Asliye hukuk mahkemesi) bu sürece dahil edilmiştir.¹⁷ Örneğin, 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre kıymet takdir komisyonu kamulaştırmayı yapacak idarenin kendi içinden oluşturulmakla birlikte, sanayi ve ticaret odaları, mahalli emlak alım satım büroları ile uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da faydalanarak taşınmazın tahmini bedelini belirleyecektir.

Doktrinde, kamulaştırmanın aşamaları idari aşama ve adli aşama olmak üzere incelenmektedir.¹⁸ Kamulaştırmaya yönelik iş ve işlemlerin idare tarafından yapıldığı kısım idari aşama olarak adlandırılmakta; Asliye hukuk mahkemesinin kamulaştırma sürecine dahil olduğu aşama ise adli aşama olarak adlandırılmaktadır. Bu kapsamda yeterli ödeneğin temini, kamu yararı kararının alınması ve onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi, kamulaştırma kararının alınması ve tapu siciline şerh verilmesi ve satın alma usulünün denemesi idari aşamayı oluşturmaktadır. Adli aşama ise idarenin Asliye hukuk mahkemesine müracaat etmesiyle başlayıp, mahkemenin taşınmazın bedeline ve mülkiyetine ilişkin işlemleriyle devam etmektedir. Görüldüğü gibi kamulaştırma mülkiyet hakkında yaptığı etki nedeniyle diğer idari işlemlerden farklı ve uzun bir sürece tabi tutulmuş, kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının birlikte dahil olduğu karma bir sistem ortaya çıkarılmıştır.¹⁹

2942 sayılı Kanun'da bu kadar ayrıntılı ve aşamalı kurallar öngörülürken aynı zamanda kamulaştırma sürecinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması da amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 4650 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri de kıymet takdir komisyonlarının görevine ilişkindir. 4650 sayılı Kanun'un gerekçesinde, kıymet takdir komisyonu ta-

la alımın dayanağı olan kamu yaran kayramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, "öze dokunma" durumu da "sınırlama" niteliğine dönüşmüş olacaktır." AYM Kararı, 12.10.1976, E. 1976/38, K. 1976/46, R.G. 20.1.1977, S. 15825.

¹⁷ Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 5.

¹⁸ Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 149-249; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 640-646; Çağlayan, *İdare Hukuku*, 754-757; Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2020), 635; Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 988-1006. Doktrinde "kamulaştırma öncesi işlemler" ve "kamulaştırma aşaması" şeklinde ayırım da bulunmaktadır. Bkz. Turan Yıldırım, editör, *Türk İdare Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 735-738.

¹⁹ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 15. Nitekim Danıştay 2015 yılında verdiği bir kararında kamulaştırmanın karma bir işlem olduğunu ifade etmiştir: "*Kamulaştırma işlemi idari bir işlem olsa da 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda 4650 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerden sonra salt idari işlem olmaktan çıkmış, idari ve adli aşamaları olan karma bir işlem niteliğini kazanmıştır.*" D6.D, 10.09.2015, E. 2015/7660, K. 2015/5138, Sinerji.

rafından belirlenen kamulaştırma bedelinin objektif esaslardan uzak olması nedeniyle hak sahipleri tarafından kamulaştırmanın iptali davaları açıldığı ve işlemin iptaliyle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin gecikmesine sebebiyet verildiği ifade edilmiştir.²⁰ Bu nedenle, 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesine kamulaştırma bedelinin uzman bilirkişiler vasıtasıyla asliye hukuk mahkemesi tarafından belirlenmesi kuralı eklenmiştir.²¹ Dolayısıyla satın alma aşamasında kıymet takdir komisyonunun görevi tahmini bir bedelin belirlenmesi olarak değiştirilmiştir.

Kamulaştırmanın idari aşamasında yeterli ödeneye sahip olan idare kamu yararı kararı aldıktan sonra kamulaştıracığı taşınmazı ve tebligat yapacağı hak sahibini belirlemektedir. Daha sonra kamulaştırma kararı almakta ve bu karar tapu siciline şerh edilmektedir. Konumuzun ana odağı olan kıymet takdir komisyonu, bu aşamada taşınmazın tahmini bedelinin tespit edebilmesi için oluşturulmaktadır. Zira idari aşamanın son parçası olarak izah edilen satın alma kısmında uzlaşma komisyonu, kıymet takdir komisyonunun belirlediği tahmini bedel üzerinden pazarlık görüşmelerini yapmaktadır.²² 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 7. fıkrasında, pazarlık

²⁰ "Keza idarelerin, bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle, kamulaştırma sırasında yanlış ve eksik işlemler yaptığı, çoğunluğu idare elemanlarından oluşan kıymet takdir komisyonları tarafından, kamulaştırılmaya konu taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkının değerinin objektif esaslardan uzaklaşarak, idarelerin o iş için ayırdıkları ödeneye göre değer takdir edildiği ve işlemlere karşı ilgililer tarafından kamulaştırmanın iptali davaları açıldığı, açılan bu davalar sonucunda kamulaştırmaların iptal edildiği ve bunun da kamu yatırımlarının aksamasına ve gecikmesine sebep olduğu ve ayrıca, komisyonlar tarafından belirlenen bedellere karşı, hemen hemen tüm kamulaştırmalarda bedel artırımı davaları açıldığı ve açılan bu bedel artırımı davaları sonucunda da, kamulaştırma bedelleri çok yüksek rakamlara ulaştığı, bu bedellerin ödenmesinde de zaman zaman çok sıkıntılar ve aksamalar olduğu, bu ödemelerin Devlete ek bir mali külfet getirdiği gibi, geç yapılan bu ödemeler sebebiyle de, çok sayıda ilgili tarafından Devletimiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulması sonucunda, bu Mahkemede Türkiye aleyhinde insan hakları ihlali kararları çıktığı ve ayrıca Devletimizin yüksek meblağlara ulaşan tazminatlar ödemeye mahkûm olduğu, bunun da, Devletimizin dış itibarını zedelediği ve bu durumun çeşitli platformlarda Devletimiz aleyhine kullanıldığı dikkate alınarak;

- Tüm bu aksaklıkların ve sıkıntıların giderilebilmesi veya en aza indirgenebilmesi amacıyla, kamulaştırılacak taşınmaz malların değer tespitlerinin, çoğunluğu idare elemanlarından oluşan kıymet takdir komisyonları yerine, uzman bilirkişilerden oluşan kurul marifetiyle ve tarafsız mahkemeler eliyle yapılması ve mahkemelerce tespit edilecek bedelin idarece yargılama sırasında hak sahibine ödenmek üzere bankaya yatırılmasından sonra kamulaştırmanın sonuçlandırılarak, taşınmaz malın idare adına tesciline ve tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesi; ..." Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/837), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, (S. Sayısı: 653). Erişim Tarihi: Ağustos 14, 2022. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem21/yil01/ss653m.htm>.

²¹ Tan, *İdare Hukuku*, 636.

²² 2942 sayılı Kanun md.8: "... Ayrıca idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonunu görevlendirir.

İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksiz, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

(Değişik beşinci fıkra: 20/8/2016-6745/31 md.) Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve

görüşmeleri neticesinde taşınmazın satın alınması ya da trampa edilmesi halinde, taşınmazın ya da irtifak hakkının kamulaştırılmış sayılacağı, kamulaştırmaya veya bedeline itiraz edilemeyeceği belirtilmiştir.²³ Bu kuralın amacı taşınmazın devrine ve bedeline rıza gösteren hak sahibinin sonradan kararından vazgeçmesiyle kamu hizmetinin sekteye uğramasının önüne geçmektir. Aynı zamanda taşınmaz kamu- laştırma yoluyla elde edildiği için kamulaştırma kararının hukuki sonuçları gereği taşınmaz üzerinde tapuya tescil edilmiş olan ayni ve şahsi haklar idareye karşı ileri sürülemeyecek²⁴ ve idarenin taşınmaza ihtiyacının kalmaması halinde eski malikin taşınmazı geri alma hakkı olacaktır.²⁵ “Kamulaştırılmış” sayılan taşınmazın bedeli konusunda taraflar anlaşma sağlamışlardır. Dolayısıyla, bu aşamada kamulaştırma bedeli konusunda idarenin kamu gücü kullanımı söz konusu değildir.²⁶ Uzlaşma komisyonunun sınırını, bedel tespit komisyonunun tespit ettiği tahmini bedel oluş- turmaktadır. Uzlaşma komisyonu bu bedeli aşmadan pazarlık görüşmelerini sür- dürmekte, hak sahibi de serbest iradesiyle isterse teklif edilen bedeli kabul etmekte, istemezse de görüşmeler olumsuz sonuçlanmaktadır. Görüşmelerin olumsuz so- nuçlanması halinde ise kamulaştırma bedelini tayin etmesi ve taşınmazın idarenin mülkiyetine geçirilmesi konusunda karar vermesi için asliye hukuk mahkemesinde bedel tespit ve tescil davası açılmaktadır.

anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması hâlinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahminî değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması hâlinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini, malikin kimlik bilgilerini ve taşınmazların tapuda tesciline veya terkinine dair kabul beyanlarını da ihtiva eden tutanak, malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır. Bu tutanak malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır.”

²³ 2942 sayılı Kanun md.8/7: “Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz.”

²⁴ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 32. “... 2942 sayılı Kanununun 8. maddesinde, bedelde anlaşma suretiyle satın alınan taşınmazların kamulaştırma yolu ile satın alınmış sayılacağına kurala bağlandığı, bu durumda da anılan kanunun 29. maddesi uyarınca Tapu harcının idarece ödenmesinin gerektiği, her ne kadar idarece kamulaştırmanın anlaşma yoluyla yapılması dolayısıyla tapu harcının yüküm- lüce ödeneceği ileri sürülmekte ise de, yükümlü ile kamulaştırmayı yapan belediyenin sadece bel- delde anlaşmaya varması karşısında yerinde olmadığı, bedelde anlaşmanın getirdiği sonuçların kanunda açıkça sayıldığı ...” D9.D, 23.03.1989, E. 1988/1743, K. 1989/992, Legalbank.

²⁵ Aydın Gülan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Kürsüsü İdare Hukuku Ders Notu Bölüm 2”, 121, Erişim Tarihi Ağustos 18, 2022. <https://hukuksebili.com/iuhf-idare-kursusu-notu/>.

²⁶ Nitekim Şahin’in de ifade ettiği gibi, bu düzenlemeyle idare tarafından kamu gücüne başvurmadan önce hak sahiplerinin bu süreçte katılımının sağlanması ve idarenin maliklerin haklarına saygı duyduğunu hissettirerek ikna etme yoluna gitmesi amaçlanmıştır. Nihayetinde idare iyi idare ilkesine uygun davranmaya çalışmakta ve bu aşamada kamu gücü kullanmamaktadır. Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 29, dipnot 45. Malikin, idareyle anlaşamadığı takdirde dahi taşınmazının kamulaştıracağını bilmesinin, yetkili makamlar/organlar tarafından alınan kamulaştırma kararının etkisinden kaynaklandığı kanaatindeyiz. Kamulaştırma kararı icrai nitelikte olduğu için malik, taşınmazın mülkiyetinin -karar hukuka uygun alındığı takdirde- idareye geçeceğini ve kamulaştırma işlemlerinin bu taşınmazı üzerinden devam edeceğini bilir. Satın alma aşamasında ise malik ile taşınmazın kamulaştırılıp kamulaştırılmayacağına ilişkin bir anlaşma söz konusu olmamakta, taşınmazın bedeli konusunda anlaşma yolu öncelikle tercih edilmektedir.

Asliye hukuk mahkemesi, 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan “Mahkemece belirlenen günde yapılacak duruşmada hakim, taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşmaya davet eder. Tarafların bedelde anlaşması halinde hakim, taraflarca anlaşılan bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder ve sekizinci fıkranın ikinci ve devamı cümleleri uyarınca işlem yapar.” kuralı gereğince ilk duruşmada tarafları yine bedel konusunda anlaşmaya davet etmektedir. Dolayısıyla 2942 sayılı Kanun hem idari aşamada hem de adli aşamada tarafların bedel konusunda anlaşmasını sağlamaya çalışmaktadır. Kanunda, tarafların bedel konusunda anlaşması halinde üzerinde anlaşılan miktarın kamulaştırma bedeli olarak kabul edileceği, hakimin anlaşma sağlanan bedelle bağlı olacağı da düzenlenmiştir.²⁷

Kamulaştırma sürecinde, idari aşama içinde yer alan kıymet takdir komisyonunun işlemleri idarenin iç işleyişine yönelik işlemlerdir. Bu bakımından önce komisyonun görevine ilişkin bir değerlendirilmenin yapılması ve daha sonra komisyonun oluşumuna ilişkin hukuka aykırılıkların kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğunu etkileyip etkilemeyeceğinin incelenmesi faydalı olacaktır.

II. KIYMET TAKDİR KOMİSYONUNUN GÖREVİ

Kıymet takdir komisyonu, 2942 sayılı Kanun'un satın alma başlıklı 8. maddesinde yer alan “kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, bu Kanunun 11 inci maddesindeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak, gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tespit etme üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.” kuralına göre oluşturulmaktadır. Madde metninde de açıkça belirtildiği gibi kıymet takdir komisyonu, malik ile idarenin taşınmazın pazarlığına ilişkin görüşmelerde üst sınır olarak kullanılacak tahmini bedeli belirlemekle görevlidir. Dolayısıyla kıymet takdir komisyonu kamulaştırma bedelini belirlememektedir. Kamulaştırma bedelini belirleme görevi, tarafların anlaşmaması halinde asliye hukuk mahkemesine verilmiştir. Tarafların anlaşması durumunda ise üzerinde uzlaşma sağlanan miktar kamulaştırma bedeli olacaktır. O halde kıymet takdir komisyonun belirlediği tahmini bedelin asliye hukuk mahkemesi ya da malik bakımından bağlayıcılığı yoktur. Malik, bu bedeli kabul etmeyebileceği gibi asliye hukuk mahkemesi de bu miktarla bağlı olmaksızın bilirkişiler vasıtasıyla kamulaştırma bedelini belirleyebilecektir.²⁸

²⁷ Gülan, Ders Notu, 131.

²⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında satın alma aşamasında anlaşılan bedelin, asliye hukuk mahkemesi tarafından bağlayıcılığı olmadığını ifade etmiştir: “Somut olayda anılan Yasa'nın 8. maddesi uyarınca taraflar bedelde anlaşmış olmalarına karşın taşınmaz mal sahibinin ferağ vermeye yanaşmaması üzerine bu dava açılmıştır. Böyle bir durumda, daha açık bir anlatımla bedelde anlaşma sağlanmasına karşın taşınmaz malın ferağın verilmemesi halinde bu Yasa'nın 10. mad-

Tahmini bedeli belirlemekle görevlendirilmiş kıymet takdir komisyonunun oluşumunda bir hukuka aykırılık var ise malik pazarlık görüşmeleri sırasında bu bedeli kabul etmeyebilir ya da hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuş bu komisyonla görüşmek istemeyebilir. Her iki ihtimalde de taşınmazın bedeli satın alma aşamasında pazarlık suretiyle belirlenememiş olacaktır. Komisyonun teşkilinde bir hukuka aykırılık olmasına rağmen malikin bedeli kabul etmesi ihtimaliyle karşılaşılabılır. Bu ihtimalde kıymet takdir komisyonundaki söz konusu hukuka aykırılığın malikin istediği ya da öngördüğü bedeli etkilemediği ifade edilebilir. Zaten satın alma usulünde tarafların anlaşması halinde taşınmazın gerçek değerine ulaşma zorunluluğu da bulunmamaktadır.²⁹ Malik bu durumda yine md.8'de de ifade edildiği gibi kamulaştırmaya ya da bedele itiraz edemeyecektir.³⁰ Dolayısıyla, bedelin düşük olduğunu düşünen malik, komisyon hukuka uygun oluşturulmuş olsa dahi, bu bedeli kabul etmeyeceğinden, komisyonun oluşumundaki hukuka aykırılık, kamulaştırma kararından ziyade taşınmazın bedelini etkileyen bir husustur.

Kıymet takdir komisyonunun oluşturulması kamulaştırma sürecinde idari aşamada gerçekleştirildiği için bu komisyonun oluşturulmasına ya da hazırladığı rapora ilişkin hukuka aykırılıkların kamulaştırma işleminin şekil/usul³¹ unsuru kapsamında değerlendirileceği görüşü bulunmaktadır.³² Bu nedenle kamulaştırma işleminin unsurlarını genel hatlarıyla inceledikten sonra komisyona ilişkin hukuka aykırılıkların şekil/usul unsurundan ziyade aslında bedeli ilgilendirdiğine dair görüşümüzü izah etmeye çalışacağız.

III. ANA HATLARIYLA KAMULAŞTIRMANIN UNSURLARI

Kamulaştırma, idarenin kamu gücü kullanarak tesis ettiği bir işlem³³ olduğu için yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından yargı denetimine tabidir. Öncelikle yetki unsuru bakımından kamulaştırmayı kimlerin yapabileceği

desine göre işlem yapılacağı öngörülmüş olmakla tarafların dava öncesinde anlaşmaları bedelin bir hükmü bulunmadığından, 10. maddede belirtilen esaslar doğrultusunda kamulaştırma bedelinin yöntemince tespit edilmesi ve buna hükmedilmesi gerekirken; idari işlem aşamasında tarafların uzlaştıkları bedelin usuli kazanılmış hak oluşturduğu ve buna dayanarak davalı tarafın her aşamada bu bedeli kabul edebileceği, bu beyanın da davacı kurumu bağlayacağı gerekçesiyle tarafların anlaşma tutanağında uzlaştıkları bedelin kamulaştırma bedeli olarak tespitine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Y18.HD, 29.03.2004, E. 2004/1686, K. 2004/2447, Legalbank.

²⁹ Gülün, Ders Notu, 123.

³⁰ 2942 sayılı Kanun madde 8/7: “Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz.”

³¹ İdari işlemin şekil unsuru, idarenin dış dünyaya yansıma biçimiye, usul unsuru idari işlemin oluşmasına kadar iç işleyişte geçirdiği aşamaları ifade etmektedir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bu ayırım yapılmadan “şekil unsuru” olarak yer almaktadır. Biz de bu maktalede her iki anlamı kapsamı bakımından “şekil/usul” diye ifade etmeyi tercih ediyoruz.

³² Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 76; Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 983; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 637-642.

³³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, s. 630.

sorusunun yanıtını bulmak gerekmektedir. Anayasa'nın 46. maddesinde ve 2942 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği üzere kamulaştırma devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılmaktadır.³⁴ Özel hukuk kişileri lehine ise ancak ilgili kanunlarda açık bir hükmün olması koşuluyla kamulaştırma yapılabilmektedir. İdare içinde kamulaştırma kararı verecek idari makam ya da organa ilişkin ise 2942 sayılı Kanun'da açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak kamu yararı kararı verecek ve onaylayacak olan idari makamlar/organlar 2942 sayılı Kanun'un 5 ve 6. maddesinde belirlenmiştir. 2942 sayılı Kanun'un 21. maddesinde ise “*İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili mercii karar ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir.*” düzenlenmesi yer almaktadır. Dolayısıyla kamu yararı kararı almaya ve onaylamaya yetkili makamların/organların aynı zamanda kamulaştırma kararı almaya ve onaylamaya yetkili olduğu ifade edilebilir.³⁵

Kamulaştırma işleminin sebep unsurunu idarenin sürekli bir ihtiyacı oluşturmaktadır.³⁶ Bu ihtiyacı kamu yararı kararı belgelendirebileceği gibi imar planları ya da bakanlıkça onaylı özel plan ve projeler de belgelendirebilir.³⁷ Kamulaştırmanın sebebi aynı zamanda işlemin amaç unsurunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda bir ihtiyacın giderilmesi sebebiyle alınan kamu yararı kararının amacı da kamu yararının gerçekleştirilmesidir.³⁸

Kamulaştırma işleminin konu unsuru ise kamulaştırma kararıyla ortaya çıkan hukuki sonucu ifade eder. Bu itibarla, yetkili idari makamın/organın kamulaştırma kararı almasıyla taşınmaz “kamulaştırılacak”, yani “idarenin mülkiyetine geçecek” taşınmaz statüsüne girmektedir. İdare de kamulaştırma kararından sonra satın alma usulü başarısız olursa asliye hukuk mahkemesine başvurarak taşınmazın kendi adına tescil edilmesini isteme hakkına sahip olmaktadır.³⁹ Kamulaştırma sürecinin sonunda taşınmaz, idarenin mülkiyetine geçmektedir.⁴⁰ O halde, kamulaştırılacak şeyin taşınmaz olması, bu taşınmazın özel mülkiyette

³⁴ Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bağımsız idari otoriteler kamu tüzel kişiliği olduğu halde, Danıştay, bu idarelerin kamulaştırma yapabilmesi için kanunlarından açık bir hükmün olmasını aramaktadır. “*Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, meslek hizmetlerini görmek, mesleki ahlakı ve tesanütü korumak ve mesleğin gelişmesini sağlamak ve bu amaçla üyeleri hakkında disiplin cezaları vermek; bir takım resim ve harçlar almak; kayıt ve para cezası tahsil etmek gibi sınırlı bazı kamu yetkileriyle donatılmış, kamu kurumlarından ayrı kendine özgü kuruluşlar olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma gibi sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine tanınan ve yukarıda tanımlandığı gibi bir zor alım olan kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır.*” D6.D, 26.03.1986, E. 1986/212, K. 1986/321, Legalbank.

³⁵ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 26; Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 37; Çağlayan, *İdare Hukuku*, 750.

³⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 637.

³⁷ Gülan, s. 115.

³⁸ İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017), 622.

³⁹ Özay, *Günüşiğında Yönetim*, 618.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 638; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, 618.

olması, taşınmazın tümüne ihtiyaç duyulmadığı durumlarda kısmen kamulaştırılması ya da irtifak hakkı tesisinin ihtiyacın karşılanması bakımından yeterli olması kamulaştırma işleminin konu unsurunu oluşturur.⁴¹

Kamulaştırma işleminin şekil/usul unsuru içinde, idari ve adli aşamadan oluşan kamulaştırma prosedürü anlatılmaktadır.⁴² Bu kabule göre, kıymet takdir komisyonlarının oluşumu kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunu ilgilendirmektedir. Bununla birlikte Şahin, 4650 sayılı Kanun'a ilişkin değişikliklerden sonra kıymet takdir komisyonlarının oluşturulmasına ve satın alma usulünün denemesine ilişkin hukuka aykırılıkların konu unsuru içinde de değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Müellife göre, kamulaştırma kararı alındıktan sonra komisyonların oluşturulması ya da satın alma usulünün denemesi söz konusu olduğundan bu usuller taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi yönündeki aşamalardan ilkinin oluşturmaktadır.⁴³ Dolayısıyla bu görüşlere göre, kıymet takdir komisyonunun oluşumuna ya da hazırladığı rapora ilişkin bir hukuka aykırılık, kamulaştırma işleminin şekil/usul ya da konu unsurunu sakatlayacaktır.

Kamulaştırma işleminin şekil/usul unsuruna ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle bu işlemin hangi aşamada kesin⁴⁴ ve icrai bir işlem olduğunun tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde bir görüşe göre asliye hukuk mahkemesinin hak sahibine meşruhatlı davetiye göndermesinden sonra kamulaştırma işlemi tamam-

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 638; Özay, *Günişliğinde Yönetim*, 618, 620, 621.

⁴² Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, 76; Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 983; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 637-642.

⁴³ Özay, *Günişliğinde Yönetim*, 634.

⁴⁴ İdari işlemin kesinliği, işlemin tüm usul aşamalarından geçerek yetkili makam tarafından açıklanmasını, uygulanmaya hazır olmasını ifade eder. Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, 120. Doktrinde idari işlemin kesinliği, zorunlu itiraz yolunun açık olup olmamasına göre de değerlendirilmekle birlikte, bizim bu makalede kullandığımız "kesinlik", idari işleme karşı zorunlu ya da ihtiyari bir başvuru yolu öngörülmuş olsa da işlemin mevzuatta öngörülen usul sürecini tamamlayarak, yetkili makam/organ ya da kamu görevlisi tarafından tesis edilmesidir. Dolayısıyla idari anlamda kesinlik ile idari işlemin kesinliği farklı anlamlara sahiptir. İdari anlamda kesinlik, Yılmaz'ın ifade ettiği gibi işlemin tamamlanma süreciyle ilgili değildir. İdari anlamda kesinlik, idari işlemin ortaya çıkmasından sonra işlemi tesis eden makam ya da üst makam tarafından değiştirilememesi, kaldırılmaması ya da geri alınmamasını ifade eder. Oysa bizim burada bahsettiğimiz "kesinlik"te yetkili makam, organ ya da kamu görevlisi, tüm usul aşamalarını tamamlayarak nihai işlemi tesis etmiş ve uygulanabilir hale getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilşat Yılmaz, "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin"liği Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, S. 2 (2017): 105-153, 109 vd.; Turgut Tan, "İdarenin "Kesin İşlemleri" ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", *Amme İdaresi Dergisi* 2, S. 4 (1969): 99-115, 109; Yılmaz, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, 80-89; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 317; Sezginer de, yetkili makamın nihai iradesini açıklaması halinde işlemin kesin olduğunu, final işlem için başka bir makamın onayının ya da iradesinin gerekmesinin işlemin kesinliğini etkilemeyeceğini ifade etmektedir. Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, 46-47. Daniştaş da bir kararında kesinliği "idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler" olarak tanımlamıştır. D7.D, 19.01.2000, E. 1999/1766, K. 2000/67, DD. S. 104, 371.

lanmış icrai nitelikte bir işlem haline gelmektedir.⁴⁵ Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş ise yetkili makamların kamulaştırma kararı alması ve bu kararın onaylanmasıyla kamulaştırma işleminin kesin ve icrai hale geldiğini ifade etmektedir.⁴⁶ 2942 sayılı Kanun'un 21. maddesinde idarenin kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçebileceği düzenlenmiştir. Yetki ve usulde paralellik ilkesinin⁴⁷ kanuni görünümü olan bu maddeye göre yetkili mercin kamulaştırma kararı alması ve bu kararın onaylanmasıyla kamulaştırma işlemi hukuk düzeninde ortaya çıkmaktadır. 21. madde de bu aşamadan itibaren aynı yetkili merciin kararı ve onaylanmasıyla hukuk düzeninden kaldırılmasına izin verilmiştir. Kamulaştırma kararı, asliye hukuk mahkemesinin bildiriyle kesin ve icrai bir işlem haline gelseydi, tek taraflı vazgeçme için de yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereği asliye hukuk mahkemesinin iradesinin olması aranabilirdi. Bir başka bakış açısından ise asliye hukuk mahkemesinin bildirimine kadar tamamlanmış bir idari işlem olmadığının kabul edilmesi halinde, bu bildirim kadar kamulaştırmadan vazgeçme iradesine de gerek olmayacağı ileri sürülebilir. Oysa 2942 sayılı Kanun'un 21. maddesi kamulaştırma kararından vazgeçme süresini aslında kararın alınması ve onaylanmasıyla başlatarak, kamulaştırma kararının o andan itibaren kesin ve icrai bir işlem olduğunu dolaylı olarak ifade etmektedir.

Şahin'in de haklı olarak işaret ettiği gibi "kamulaştırma işlemi" ile "kamulaştırma süreci" aynı anlama sahip değildir.⁴⁸ Bu çerçevede kamulaştırma işlemi-

⁴⁵ Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 380; Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1000. "Yukarıya alınan hükümlerde, kamulaştırma işleminin nasıl tamamlanacağı sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Bu işlemin tekemmül edebilmesi için yasada öngörülen prosedürün tamamlanması gerekir, bu prosedür de dava açılması halinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülecek bedel tespiti ve idare adına tesciline ilişkin dava dilekçesi ve eklerinin kamulaştırmaya konu taşınmazın malikine tebliğ edilmesiyle tamamlanır. Başka bir anlatımla kamulaştırma işleminin yukarıda anılan kanun hükümlerinde öngörülen bütün unsurları ile birlikte ilgisine tebliğ edildikten sonra dava açılabilirliği ve kamulaştırma işleminin oluşturulan unsurlardan sadece biri veya birkaçının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler niteliğinde olmadığı gibi öngörülen yasal prosedür tamamlanmadan açılacak iptal davasının da vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı sonucuna varılmaktadır". D6.D, 30.01.2007, E. 2004/718, K. 2007/454, Legalbank.

⁴⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 643; Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 227. "Bu durumda, İdare Mahkemesince, Kamulaştırma Kanununun 7. Maddesi uyarınca tapu siciline şerh verilme suretiyle mülkiyetin sınırsız kullanımını engelleyen dava konusu edilen kamulaştırma işleminin davacının hukuksal durumunu etkileyen kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu dikkate alınmak suretiyle hukuka uygunluk denetiminin yapılarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, dava konusu belediye encümeni kararının kesin ve icrai bir işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle verilen davanın incelenmeksizin reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir." D6.D, 25.05.2016, E. 2015/7256, K. 2016/3169, Lexpera.

⁴⁷ İçtihatla geliştirilen bu ilke, kanunda aksi öngörülmemişse, işlemi yapmaya yetkili olan makam, organ ya da kamu görevlisinin, o işlemi aynı usulle değiştirmeye, kaldırmaya ya da geri almaya yetkili olmasını ifade eder. Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 649; Günday, *İdare Hukuku*, 135; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 379; Çağlayan, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 522; Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, 854; Gözde Ülker, *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 70, 73.

⁴⁸ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 227.

nin tamamlanmasıyla, kamulaştırma sürecinin tamamlanmasının farklı olduğunu ifade edebiliriz.⁴⁹ Nitekim, kamulaştırma işlemi bir idari işlem iken kamulaştırma sürecine asliye hukuk mahkemesi de dahil olmuştur. Asliye hukuk mahkemesinin bildiriminden sonra kamulaştırma işleminin kesin ve icrai nitelik kazandığını kabul edersek, kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunun bu aşamaya kadar genişleyeceği de ileri sürülebilecektir. Başka bir ifadeyle, satın alma usulünün denenmemesi ya da komisyonların hukuka aykırı oluşturulması halinde kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunun sakatlandığı ileri sürülecek ve kamulaştırma işlemi bu nedenle iptal edilebilecektir.

Oysa kamulaştırma işlemi, yetkili makamların/organların belirlenen taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin iradelerini açıklayıp onayladıkları anda kesin ve icrai niteliğini haiz olur. Zira işlemin bu şekilde tesis edilmesiyle söz konusu taşınmaz idarenin mülkiyetine geçecek taşınmaz statüsüne girmekte, taşınmazın hukuki alanında değişiklik meydana gelmekte, bundan sonraki süreçte yer alan işlemler bu taşınmaz bakımından tesis edilmektedir. Asliye hukuk mahkemesinin bildirimi ise Şahin'in de ifade ettiği gibi kamulaştırmanın iptaline ilişkin en son hangi tarihte dava açılacağına tespiti bakımından önem taşımaktadır.⁵⁰ Bu nedenle bildirimden önce dava açılması halinde yine ortada kesin ve yürütülebilir⁵¹ bir işlem olacaktır.⁵² Bu ihtimalde idare tarafından kamulaştırma kararı alınıp onaylanıncaya kadarki aşamalar kamulaştırma işleminin usul unsurunu teşkil edecektir. Başka bir deyişle, ödeneğin temini, kamu yararı kararının alınması, taşınmazın ve hak sahiplerinin belirlenmesine ilişkin eksiklikler idari işlemin usul unsurunu sakatlayacağından, kamulaştırmanın iptaline karar verilebilecektir. Kamulaştırma kararının alınmasından sonra satın alma aşamasında kıymet takdir komisyonunun oluşumuna veya raporuna ilişkin hukuka aykırılıkların asliye hukuk mahkemesinin görev alanı dahilinde olduğu kanaatindeyiz. Çünkü kanun koyucu bedelin tespitini ve bu konuya ilişkin hukuka aykırılıkların çözümünü asliye hukuk mahkemesine vermiştir. Bu görüşümüz, kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılıkların kamulaştırmanın iptali davasında ileri sürülmesi ihtimaliyle birlikte alt başlıkta değerlendirilecektir.

⁴⁹ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 228; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 643.

⁵⁰ Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 228.

⁵¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde iptal davasına konu olabilecek idari işlemin "kesin ve yürütülebilir" olması gerektiği ifade edilmiştir. Danıştay, "yürütülebilir" olmayı, idari işlemin "icrai" olması olarak tanımlamakta ve ilgilinin hukuksal durumlarını değiştiren ve ilgiliyi hukuksal yönden etkileyen işlemin icrai (yürütülebilir) olduğu sonucuna varmaktadır. DİDDK, 12.11.2009, E. 2008/1357, K. 2009/2191, Lexpera. Nitekim doktrinde de bir idari işlemin yürütülebilir olması için, muhatabının hukuk alanında hukuki sonuçlar doğurabilme yeteneğine sahip olması gerektiği ifade edilmektedir. Özay, *Günüşğında Yönetim*, 12; Yılmaz, *İdari İşlemin İcralık Özelliği*, 91; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 273; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 317; Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, 43-44.

⁵² Şahin, *Acele Kamulaştırma*, 229.

IV. KIYMET TAKDİR KOMİSYONUNA İLİŞKİN HUKUKA AYKIRILIKLARIN ÇÖZÜM YERİ

Kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında, bu işlemin yetki, sebep, konu, şekil/usul ve amaç unsurları bakımından hukuka uygunluk denetimi yapılır. Bu unsurlardan birine ilişkin hukuka aykırılık var ise idare mahkemesi kamulaştırma işlemini iptal eder. İptal kararı kesinleşince de asliye hukuk mahkemesinde devam eden bedel tespit ve tescil davası konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilir.⁵³

Satın alma usulünün başarısız sonuçlanması ve idarenin bedel tespit ve tescil davası açması halinde, malikin de kamulaştırma işlemine karşı açılacak iptal davasında kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılığı ileri sürebilmesi kabul edilirse, bu ihtimalin sonuçlarının değerlendirilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, bu ihtimalde söz konusu hukuka aykırılığın kamulaştırmanın şekil/usul unsuru bakımından sakatlık teşkil edip etmeyeceğinin ve bu sakatlığın kamulaştırma işleminin iptal edilmesine neden olup olmayacağı incelenmesi önem taşımaktadır.

Danıştay, 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlükteyken 1982 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında, kıymet takdir komisyonun usulüne uygun teşekkül etmemiş olmasının kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunu ilgilendirdiğini, ancak iptalini gerektirip gerektirmediğinin olaya göre değerlendirilmesi ve denetiminin de idare mahkemesince yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁵⁴ Bu kararın verildiği tarihte taşınmazın bedeli doğrudan kıymet takdir komisyonu tarafından belirlenmekteydi. Buna rağmen karşı oy yazısında bu hukuka aykırılıkların bedeli etkileyeceği, kamulaştırma işleminin iptal edilmesinin kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı ifade edilmiştir:

“Kamulaştırmada, Kıymet Takdir Komisyonunun oluşumundaki noksanlıklar; bu nedenle yaratılan uyumsuzluklarda, kamulaştırma işleminin iptalini gerektirmez. Komisyonun hatalı kurulması, sonuç olarak bedeli etkileyecektir. Kendisine tebliğ edilen bedeli az bulan, adli yargıda bedel artırma

⁵³ Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 414.

⁵⁴ “Kıymet takdir istimlak işleminin bir unsuru olduğuna göre bu unsurdaki sakatlık veya kanuna aykırılık dolayısıyla işlem aleyhine açılacak iptal davalarının Danıştay’da görülmesi ve çözümlenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyimle iptal nedenleri meyanında bu hususlar da ileri sürülebilecektir. Ancak, bu konudaki usule aykırılığın ve takdir komisyonunun oluşumundaki sakatlığın, işlemin iptalini gerektirip gerektirmediğini, sonuca etkili olup olmadığını görevli dairesinin değerlendireceği tabidir.

Kamulaştırma işleminin tamamlanması için gerekli unsurlardan biri olan kıymet takdir komisyonlarının, 6830 sayılı Kanunda öngörülen biçime aykırı olarak oluşturulmasının Danıştay’da açılacak iptal davasında ileri sürülmesi gereken bir sebep olduğuna, ancak, bu oluşum biçimindeki kanuna, aykırılığın istimlak işleminin iptalini gerektirecek biçimde ağır veya bu işlemi etkilemeyecek şekilde tali olması hallerine göre, uyumsuzlukların olayına özgü değerlendirilmesinin ve sonuçlandırılmasının yetkili Dairesine ait bulunduğu ve içtihadın bu yolda birleştirilmesine 20.5.1982 gününde oyçokluğuyla karar verildi.” DİBK, 20.5.1982, E. 1981/1-4, K. 1982/2, Lexpera.

davası açabilecek ve mahkemece yeniden bedel tayin edilecektir. Bu kabil uyuşmazlıklarda işlemin iptal edilmesi, kamu hizmetinin aksamaması sonucunu yaratabilir. Bu nedenlerle içtihadın Altıncı Dairenin red kararları istikametinde birleştirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluk kararına karşıyız.”

Danıştay, 2942 sayılı Kanun’a 4650 sayılı Kanun’un getirdiği değişikliklerden önce 1994 yılında verdiği bir kararında komisyonların oluşmasına ilişkin uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiğini ifade etmiştir.⁵⁵ Yine Danıştay, 4650 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra 2015 yılında verdiği bir kararında kıymet takdir komisyonunun hatalı düzenlediği belgenin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmaması nedeniyle davanın reddedilmesini hukuka uygun bulmuş, dolaylı olarak da bu komisyona ilişkin hukuka aykırılıkların idari yargıda denetlenebileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık, aynı davada uzlaşma komisyonunun tutanağının iptali istemini bedele ilişkin bir uyuşmazlık olarak görerek görev yönünden reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶

“Dava, Samsun İli, Canik İlçesi, Gaziosmanpaşa Mahallesi, Akman Sokak ... numaralı davacıya ait binanın davalı idare tarafından kamulaştırılmasına ilişkin işlemlerde hatalı olarak düzenlenen kıymet takdir belgesi ile uzlaşma tutanağının iptali istemiyle açılmış, ... Kamulaştırma Kanunu gereğince idarenin, yapılacak pazarlığa esas olmak üzere kendi bünyesinde oluşturacağı bir komisyon marifetiyle taşınmazın tahmini bedelinin tespitini yapması zorunludur. Bu işlem ise idarenin kendi iç bünyesinde yaptığı kişinin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmeyen kesin ve yürütülebilir olmayan işlemdir.

...

Uyuşmazlığın uzlaşma tutanağına ilişkin kısmına gelince: ... Kamulaştırma Kanunu’nun 8’inci maddesinde düzenlenen satın alma usulü mutlak anlamda özel hukuk sözleşmesi olmasa da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesi kapsamında olan idari sözleşme de değildir. Kamulaştırma Kanunu’nun 8’inci maddesinde düzenlenen satın alma işlemi için uzlaşmaya varılıp uzlaşma tutanağının imzalanması bunun için de tarafların icap ve kabul yönündeki irade beyanlarının olması gereklidir. Uzlaş-

⁵⁵ “Bedelin tespiti ve bu bedele itirazların adli yargıda çözümlenmesi gerekte ise de takdir komisyonunun oluşumuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görevine girmektedir. ... Dosyadaki bilgi ve belgeler yukarıda anılan yasa maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, dosyada mevcut tarihsiz kıymet takdiri raporunda, kıymet takdir komisyonunun kimlerden oluştuğu belli olmadığı gibi, söz konusu raporda taşınmazın m2’sinin 800.000.-lira olarak tesbit edilmiş olmasına rağmen dava konusu belediye encümeni kararı ile belediyeye ait hisselerin m2’si 825.000.-liradan satışına karar verildiği anlaşıldığından bu hususlar araştırılmaksızın davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.” D6.D., 19.12.1994, E. 1994/3179, K. 1994/4965, Lexpera; Aynı yönde bkz. D6.D., 04.03.1996, E. 1995/7192, K. 1996/945, Lexpera.

⁵⁶ D6.D., 10.09.2015, E. 2015/7660, K. 2015/5138, Sinerji.

manın olmaması ya da uzlaşmanın gerçekleşmesine rağmen ferağ verilmemesi durumunda doğan hukuki ihtilaf Kamulaştırma Kanunu 10'uncu maddesine göre adli yargıda açılacak bedel tespiti ve tescil davası ile çözülecektir. Uyuşmazlıkta; uzlaşma tutanağının iptali istemiyle anılan davanın açıldığı, davacının iddiaları dikkate alındığında istemin taşınmazının bedelinin artırılmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davanın uzlaşma tutanağının iptali istemine yönelik olarak görev yönünden reddine karar verilmesi gerekmektedir.”

Kıymet takdir komisyonunun oluşumu ya da düzenlediği rapor, kamulaştırma işleminin şekil/usul unsuru içinde kabul edilirse, aynı şekilde uzlaşma komisyonunun oluşumu ve hazırladığı tutanağın da kamulaştırma işleminin şekil/usul unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Oysa yukarıda da yer verildiği gibi Danıştay 6. Dairesinin 2015/7660 esas, 2015/5138 karar sayısı ile 10.09.2015 tarihinde verdiği kararında uzlaşma komisyonunun hazırladığı tutanağın bedele ilişkin olduğunu ifade ederek, davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kamulaştırma kararının alınmasından sonra gelen satın alma aşaması, kamulaştırma bedelinin uzlaşma sağlanarak belirlenmesi için öngörülmüştür. Kıymet takdir komisyonunun da görevi aynı uzlaşma komisyonunununki gibi bedele ilişkindir. Buna karşılık Şahin, satın alma usulünün denenmemesi veya kıymet takdir komisyonundaki hukuka aykırılıkların, kamulaştırma kararının uygulanmasının sonucu olduğunu bu nedenle adli yargı organınca değil idare mahkemeleri tarafından denetime tabi tutulması gerektiği görüşündedir.⁵⁷ Danıştay da 2008 yılında verdiği bir kararında satın alma usulünün uygulanmamasının idari işlemi sakatladığı sonucuna varmıştır.⁵⁸

“Dosyanın incelenmesinden, yukarıda içeriği yazılı hükümler uyarınca ilgili idarelerden veya haricen yapılacak araştırma ile taşınmazın hissedarlarından olan davacıların ve adreslerinin tesbit edilmesi suretiyle satın alma usulünün işletilmediği, davacıların Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan kamulaştırma bedelinin tesbiti ve taşınmazın idare adına tescili davasına dahil edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundaki hükümlere uyulmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Satın alma usulü uygulanmadan bedel tespit ve tescil davası açılması halinde dava şartı yokluğu nedeniyle asliye hukuk mahkemesince davanın reddedilmesi gerekir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011 yılında verdiği bir kararında,

⁵⁷ Müellif aynı zamanda 4650 sayılı Kanunla getirilen değişiklikler öncesindeki durumla (kamulaştırma bedelinin kıymet takdir komisyonunca belirlenmesi) değişiklikten sonraki durum arasında fark olmadığını, kıymet takdir komisyonlarının oluşumunun işlemin unsurunu teşkil ettiğini ifade etmiştir. Özey, *Günüşiğinde Yönetim*, 635, dipnot 1231.

⁵⁸ D6.D., 16.04.2008, E. 2008/353, K. 2008/2371, Lexpera.

kamulaştırmanın en uygun ve en hızlı şekilde sonuçlandırılması için, bedel konusunda görev verilen adli yargı organlarınca, davanın doğrudan reddedilmemesi gerektiğini, taraf teşkilinin sağlandıktan sonra duruma göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁹ Bu bakımından, taraf teşkili sağlandıktan sonra davalı, satın alma usulü uygulanmasa da davaya devam etmek istiyorsa dava reddedilmemekte, işin esasına girilmektedir.⁶⁰ Dolayısıyla Yargıtay satın alma aşamasının uygulanmamasını doğrudan ret nedeni olarak görmemekte, sürecin hem idare hem de malik bakımından uzamaması için duruşmaya devam edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce isabetli olan bu çözüm yöntemine göre, davacı asliye hukuk mahkemesince yapılan duruşmada da anlaşmaya davet edileceğinden, davacının bedelin tespiti yönünden bir hak ya da menfaat kaybının olmayacağı ifade edilebilir. Bu bakış açısından, kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılığın da kamulaştırma işleminin iptali sonucunu doğurmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Kıymet takdir komisyonuna ilişkin hukuka aykırılıklar, yukarıda da izah edildiği gibi aslında bedeli ilgilendiren ve hatta bazen de bedeli hiç etkilemeyen hususlardır. Zira bu komisyon kamulaştırma işleminin tesis edilmesinden sonra tarafların satın alma aşamasında anlaşabilmesi için tahmini bedeli belirlemekle görevli olduğundan, kamulaştırma bedelini doğrudan etkilememektedir. Adli aşamada bedeli asliye hukuk mahkemesi tayin etmekte, satın alma aşamasında da taraflar müzakere sonucu miktar üzerinde uzlaşma sağlamaktadır. Komisyonun tahmini bedeli, uzlaşma komisyonu için sadece referans alınacak üst sınırdır. Bir başka deyişle, malikin tek seçeneği kıymet takdir komisyonunun tayin ettiği tahmini bedel değildir. Malikin müzakere etme hakkı olduğu gibi, kabul etmeme hakkı da bulunmaktadır.

Kıymet takdir komisyonunun hazırladığı rapora karşı doğrudan açılan davada, rapor icrai nitelikte olmadığı için davanın reddedilmesi Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur.⁶¹ Ancak komisyona ilişkin hukuka aykırılığı ileri sürerek kamulaştırma işlemiyle birlikte, meşruhatlı davetiyenin tebliğinden itibaren 30 gün içinde dava açması halinde kamulaştırma işleminin iptal edildiği varsayı-

⁵⁹ “Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 4650 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle; kamulaştırmanın uluslararası normlara ve Anayasa’ya en uygun ve en süratli bir şekilde sonuçlandırılması ve değişiklikten önceki Kanunda kamulaştırma işlemlerindeki kural hataları nedeniyle meydana gelen gecikmelerin önüne geçilmesi amaçlanmış ve bu amaca yönelik olarak 7. ve 8. maddelerde, idareye malik ya da mirasçıların adreslerinin araştırılması ve satın alma usulünün uygulanması esasları getirilmiştir. Ne var ki, sözü edilen esasların yerine getirilip getirilmediğinin irdelenebilmesi, diğer bir ifadeyle 10. madde uyarınca açılmış bulunan bir davanın görülebilmesi için, öncelikle taraf teşkilinin sağlanması zorunludur.” YHGK, 02.02.2011, E. 2010/5546, K. 2011/11, Legalbank.

⁶⁰ Erdoğan Buyurgan ve Emel Karabağ, *Kamulaştırma Kamulaştırmaz El Atma ve İmar Mevzuatından Kaynaklanan Davalar*, Ankara: Yetkin Yayınları, (2021), 129.

⁶¹ Bkz. D6.D, 10.09.2015, E. 2015/7660, K. 2015/5138, Sinerji. Nitekim, Kaya da kıymet takdir komisyonu raporlarının icrai olmadığı için idari davaya konu olamayacağı görüşündedir. Kaya, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, 267.

mını da değerlendirmek gerekmektedir. Bu durumda bedel tespit ve tescil davası da reddedilecektir. İdare, kamulaştırma işlemlerine baştan başlayıp taşınmaz hakkında tekrar kamulaştırma kararı alabilecektir. Bu da kamulaştırma sürecinin hem malik hem de idare bakımından uzamasına neden olacaktır.

Kıymet takdir komisyonunun oluşumu da hazırladığı rapor da kamulaştırmanın tahmini bedelini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla taşınmazın kamulaştırılmasına dair kararın hukuka uygunluğunu etkilemediği gibi, taşınmazın gerçek değerinin hesaplanmasına da mâni olmamaktadır. Zira, kural olarak malik kamulaştırma işlemine karşı iptal davasını, asliye hukuk mahkemesi tarafından gönderilen meşruhatlı davetiyeden sonra açacağı için iptal davasında esasın incelenmesine geçilene kadar, asliye hukuk mahkemesinde duruşma günü gelmiş olduğundan taraflar duruşmada bedel konusunda anlaşmaya davet edilebilecektir. Kamulaştırma sürecinin hızlı ve hukuka uygun bir şekilde sonuçlanması için bedelin belirlenmesi ve tescil görevi verilen asliye hukuk mahkemesinin işleyişi bakımından süreler 2942 sayılı Kanun'da oldukça kısa öngörülmüştür. Buna karşılık, normal usulüne göre işleyen ve hukuka uygunluk denetimi yapan idare mahkemesince yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe ve bu karar asliye hukuk mahkemesine tevdi edilmedikçe bedel tespit ve tescil davasının görülmesine devam edilecektir. Bir ihtimal olarak, bedel tespit ve tescil davasının karara bağlanmasından sonra, idare mahkemesinin iptal kararı vermesi söz konusu olabilir. Bu gibi karşılıklara mahal vermemek adına, bedele ilişkin olan ve bedel konusunda malikin menfaatini ihlal etmeyen kıymet takdir komisyonunun oluşumuna ya da raporuna ilişkin açılan iptal davalarında idare mahkemesinin davayı görev yönünden reddetmesinin 2942 sayılı Kanun'un amacına daha uygun olacağı kanaatindeyiz.⁶²

SONUÇ

Kamulaştırmanın hem temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkileyen bir yönü, hem de bireyin iradesine de önem verilen bedele ilişkin bir yönü bulunmaktadır. Kamulaştırma, bir başka açıdan da kamu yararı ile bireyin yararının karşı karşıya geldiği bir uygulamadır. Hem 1982 Anayasası hem de 2942 sayılı Kanun kamulaştırmanın bu iki yönü arasında denge sağlayan düzenlemeler öngörmeye çalışmıştır. Bu kapsamda kamulaştırma süreci ayrıntılı ve sıkı kurallara bağlanırken aynı zamanda bu sürecin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması da arzu edilmektedir. Yine söz konusu dengenin sağlanması için sürece idari makamlar/organlarla birlikte adli yargı organları da dahil edilmektedir. Kamulaştırma süreci de bu organların yer aldığı aşamalara göre idari ve adli aşama olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Kıymet takdir komisyonu, idari aşamada oluşturulmakta ve tahmini kamulaştırma bedelini tespit etmektedir. Taşınmazın gerçek bedeli ise, bilirkişiler

⁶² Aynı yönde bkz. Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 401.

vasıtasıyla asliye hukuk mahkemesi tarafından belirlenmektedir. Kamulaştırma sürecinde malikin taşınmazın bedeline kavuşmasının hızlı bir şekilde olması arzu edilmektedir. Bu nedenle idari aşamada malikin iradesine önem verilerek anlaşma usulü getirildiği gibi, adli aşamada da asliye hukuk mahkemesi kararı vermeden ilk duruşmada tarafları yine anlaşmaya davet etmektedir. Dolayısıyla tahmini bedeli belirlemekle görevli kıymet takdir komisyonuna ilişkin bir hukuka aykırılık, kamulaştırma işleminden ziyade taşınmazın bedeli ile ilgili olup, aslında bedeli de doğrudan etkilememektedir. Böylece bunun, malikin hak kaybına yol açmadığını ileri sürebiliriz.

O halde, taşınmazın bedelini ilgilendiren satın alma aşamasında kurulan kıymet takdir komisyonunun oluşmasına veya hazırladığı rapora ilişkin hukuka aykırılıklar kamulaştırma işleminin şekil/usul unsurunu sakatlamamaktadır. İdare mahkemesinin, komisyona ilişkin bir hukuka aykırılık nedeniyle kamulaştırma işlemini iptal etmesi halinde 2942 sayılı Kanun'da öngörülen sürece ilişkin hızlılık sekteye uğrayacaktır. Zira bu durumda idare en baştan işlemlerini tekrar etmek zorunda kalacak hem idare hem de malik istediğini geç elde edecektir. Bu bakımından, söz konusu hukuka aykırılıkların çözüm yerinin kamulaştırmada dengenin sağlanması için bedel konusunda görevlendirilen asliye hukuk mahkemesi olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla, idare mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta kıymet takdir komisyonuna ilişkin bir hukuka aykırılık nedeniyle kamulaştırma işlemini iptal etmemesi ya da komisyonun raporuna karşı doğrudan açılan bir davada kesin ve yürütülebilir bir işlem olmaması nedeniyle davanın reddine değil de görev yönünden davanın reddine karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu yaklaşımın, 2942 sayılı Kanun'un amacına daha uygun olacağını ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitapevi, 2021.
- Bilgen, Pertev, *Kamulaştırma Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi 1999.
- Buyurgan, Erdoğan ve Karabağ, Emel, *Kamulaştırma Kamulaştırmaz El Atma ve İmar Mevzuatından Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Ankara: Daniştay Matbaası, 1990.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun ve Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gülân, Aydın, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Kürsüsü İdare Hukuku Ders Notu Bölüm 2”, Erişim Tarihi Ağustos 18, 2022. <https://hukuksebili.com/iuhf-idare-kursusu-notu/>.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Kitapevi, 2013.
- Gürsel, Meltem Kutlu, *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 103, (2021), 267-284.
- Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/837), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, (S. Sayısı: 653). Erişim Tarihi: Ağustos 14, 2022. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss653m.htm>.
- Kaya, Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 1-2, (2004): 253-284.
- Özay, İl Han, *Günüşüğünde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017.
- Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale Burcu; Doğan, Eser Us; Kasapoğlu, Mine Turhan ve Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022.
- Sezginer, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Şahin, Cenk, *Acele Kamulaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Tan, Turgut, “İdarenin “Kesin İşlemleri” ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması”, *Amme İdaresi Dergisi* 2, S. 4 (1969): 99-115.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2020.
- Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ülker, Gözde, *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yıldırım, Turan, editör, *Türk İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yılmaz, Dilşat, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, S. 2 (2017): 105-153.
- Yılmaz, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*. Ankara: Astana Yayınları: 2014.

MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE KUVVETLER AYRILIĞI, ÖZGÜRLÜK VE YARGI GÜCÜ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Rıdvan DEĞİRMENCİ^(**)**

Öz

Montesquieu'nün hukuk ve siyaset teorisine dair hakimiyeti ona Fransız Aydınlanma düşüncesinde ayrıcalıklı bir konum sağlamıştır. Tarihe olan ilgisinden kaynaklanan metodolojik kavrayışla toplumlar arasındaki farkların hukuk ve siyaset ilişkileri ekseninde analiz edildiğinde anlaşılabilir olduğu kanaatindeyiz. Doğa yasası, doğal hak ve insan doğası kavramlarına kendine özgü biçimde açıklayan düşünür toplumsallığın inşasında hukukun etkisinin önemini vurgular. Bu sebeple hukuk sosyolojisi ilminin öncülerinden kabul edilir. Kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde özgürlük istencinin kurumsal bir görünüme kavuşturmak isterken soylu sınıfının ayrıcalıklarını koruyarak, bu sınıfı kral ve halk arasındaki köprü yapma niyetindedir. Halkın sınırsız ve ölçsüz talepleriyle mutlakiyet rejimi arasında soyluların bir direnç noktası olarak anayasal statülerinin korunması gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle popülizmin ve otoriterleşmenin özgürlük alanını gölgelemesi önlenecektir. Yargıçlara kanunların ağız olmaktan öte bir görev yüklenmemesi gerektiğini vurgulayan düşünürüne göre, diğer anayasal kurumların birbirini dengelemesiyle özgürlük alanı korunabilecektir. Yargıçların görünür olması demokratik alandaki aktörlerin konumunu sınırlayabilecektir. Klasik yorum teorisi olarak adlandırılan bakış açısı günümüzde hukuk devletinin ve demokratik değerlerin korunmasında önemli rol oynayan yargının konumunu açıklamaya yetmemektedir. Yine de hukuk devleti ve demokratik temsil arasındaki gerilimin aşılamadığı dikkate alındığında, Montesquieu'nün demokratik kurumların birbirini denge ve denetleme görevi ifa etmesi gerektiği fikri kendi başına değerlidir ve yeniden düşünülmesi gerekir. Siyasal ve sosyal krizin eşiğinde olan Fransa'da eski rejim (ancien regime) ile demokratik halk taleplerini birleştiren yargıya sınırlı bir alan tanınması kurumsallaşmamış demokratik rejimde yargı gücünün otoriter yapıya dönüşmesini engelleme saiki taşımaktadır. Yargılama usulüne dair demokratik usullerin belirlenmesinin yanında soyluların kendi meclislerinde yargı yetkisi kullanılarak yargılanmaları gerektiği savı ayrıca dikkat çekicidir. Yargı gücünü kullananların belirli kişiler olmaması, halktan rast gele kişilerin bu görevi üstlenmelerinin sağlanmasını beklemek bugün için mümkün değildir. Bununla birlikte yargıların istibdatından çekinen Montesquieu'nün onlara alan tanımak istememesi bugünün tartışmalarındandır. Kuvvetler ayrılığı, karşılıklı olarak iktidar güçlerinin birbirini dengelemesinden ziyade sosyal alanda güç sahibi olan sınıfların toplum içerisindeki mücadelesinin temsili olarak yaşadığı bir iktidar modeli olarak kurgulanmıştır. Montesquieu'ye göre demokratik temsili olmayan yargı gücüne iktidarın birbirini dengelediği siyasal alandaki mücadelede yer yoktur.

Anahtar Kelimeler

Montesquieu, Kuvvetler Ayrılığı, Yargı, Özgürlük, Demokrasi.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.11.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 04.02.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1210954.

Bu çalışmanın ilk hali 04-07 Temmuz 2022 tarihinde Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi'nde sunulan "*Kuvvetler Ayrılığını Yeniden Düşünmek: Montesquieu'nun İktidarın Sınırlandırılmasına Dair Düşüncesinin Temelleri*" başlığıyla sözlü olarak sunulmuştur.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi / Ankara, Türkiye.
E-posta: ridvan.degirmenci@asbu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8408-1033>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE SEPARATION OF POWERS, FREEDOM AND JUDICIAL POWER IN MONTESQUIEU'S THOUGHT

Abstract

Montesquieu's knowledge of legal and political theory gave him a privileged position in French Enlightenment thought. He believes that with the methodological understanding stemming from his interest in history, the differences between societies are understandable when analyzed on the axis of law and political relations. The philosopher, who explains the concepts of natural law, natural right and human nature in his own way, emphasizes the importance of the effect of law in the construction of sociality. For this reason, he is considered one of the pioneers of the sociology of law. In the framework of the theory of separation of powers, while trying to make the will for freedom an institutional appearance, he intends to make the noble class a bridge between the king and the people by preserving the privileges of them. He considers that the constitutional status of the nobility should be preserved as a point of resistance between the unlimited and excessive demands of the people and the will of the king's absolutism. Thus, populism and authoritarianism will be prevented from overshadowing the sphere of freedom. According to the thinker, who emphasized that judges should not be burdened with a task beyond being the mouth of the law, the area of freedom can be protected by balancing other constitutional institutions. The greater role of judges may limit the position of actors in the democratic field. The perspective called classical interpretation theory is not sufficient to explain the position of the judiciary, which plays an important role in the protection of the rule of law and democratic values today. Nevertheless, considering that the tension between the rule of law and democratic representation cannot be overcome, Montesquieu's idea that democratic institutions should perform the task of balancing and checking each other is valuable in itself and needs to be rethought. In France, which is on the verge of a political and social crisis, combining the old regime (ancien regime) with the democratic people's demands, while giving a limited space to the judiciary, has the motive to prevent the judicial power from turning into an authoritarian structure in an uninstitutionalized democratic regime. In addition to the determination of democratic procedures regarding the trial procedure, the argument that the nobility should be tried by their own assemblies using judicial power is also noteworthy. It is not possible today to expect that those who use the judicial power are not certain individuals and that random people from the public will be able to undertake this task. However, Montesquieu, who was afraid of the tyranny of the judges, did not want to give them a place, which is one of the debates of today. The separation of powers is designed as a model of power in which the power forces are not mutually balancing each other, but rather as a representation of the struggle of the classes that have power in the social field. To Montesquieu, there is no place for a democratic non-representational judiciary in the struggle in the political arena where real forces balance each other.

Keywords

Montesquieu, The separation of Powers, Judiciary, Democracy, Liberty.

Extended Abstract

The aim of this study is to explain the foundations of Montesquieu's thought on the limitation of power within the framework of the theory of separation of powers. He believes that with the methodological understanding stemming from his interest in history, the differences between societies are understandable when analyzed on the axis of law and political relations. The philosopher, who explains the concepts of natural law, natural right and human nature in his own way, emphasizes the importance of the effect of law in the construction of sociality. For this reason, he is considered one of the pioneers of the sociology of law. Montesquieu divided the theory of separation of powers, as it is understood today, into three basic powers as legislative, executive and judicial. He claims that freedom will be protected in the case of balance that will occur with the positioning of these powers against each other. The main reason why the theory of separation of powers is included in the work of the philosopher called *The Spirit of Laws* (*De L'esprit Des Lois*) is the limitation of power. It is seen that the principle of separation of powers, which has been the basic acceptance of constitutionalism and democracy theory since the French Revolution, has not been directly related to democracy in Montesquieu's thought. The reason for this lies in the basis of Montesquieu's thoughts on the limitation of power. Before writing *The Spirit of Laws*, Montesquieu is a philosopher who made important contributions to French Enlightenment thought with his works called *Persian Letters* (*Lettres Persanes*) and *The Rise and Fall of the Romans* (*Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*).

In addition, due to the fact that he came from a noble family, the public duties he assumed affected his inquiries and solution proposals about the state system. The philosopher had the opportunity to examine the legal and state systems in comparison with the trips he made to many countries. In his work titled *The Spirit of Laws*, in which he built the theory of separation of powers, he states that he followed British government system. It is necessary to understand Montesquieu's theory of separation of powers by emphasizing two features of the philosopher. The first is the position of Montesquieu in French Enlightenment Thought and its mutual relationship with this thought. The intellectual climate of the period shaped the thought of the philosopher, who was very interested in science and scientific research at a time when the secrets of nature were revealed, to create the idea of limiting power without metaphysical elements. The second is his interest in British thought, which has a very strong interaction with French public law and political thought, and the British government system of the period. The philosopher points to the place that French constitutionalism should follow, referring to the role of the administrative structure that emerged with the British government system in ensuring bourgeois freedom. On the other hand, he says that the foundations of the English government system are in the Gothic tradition and advises the French to take their share of the same heritage. Montesquieu's interest in scientific knowledge and methodology led him to search for the relationship between the social and the political to be expressed through scientific methodology. As a result of this search, he expressed the idea of limiting power with the theory of separation of powers, which is a secular method. In addition, researchers state that the British Government system, which Montesquieu included in his work, was idealized in order to reveal this limitation idea during his period, and that the British government did not actually work as Montesquieu stated in his work. In addition to these inferences, it is argued that Montesquieu's main goal is to protect his interests, which he gained by coming from the nobility. He considers that the constitutional status of the nobility should be preserved as a point of resistance between the unlimited and excessive demands of the people and the will of the king's absolutism. Thus, populism and authoritarianism will be prevented from overshadowing the sphere of freedom. According to the thinker, who emphasized that judges should not be burdened with a task beyond being the mouth of the law, the area of freedom can be protected by balancing other constitutional institutions. The greater role of judges may limit the position of actors in the democratic field. Regardless of Montesquieu's purpose, it is certain that his *Spirit of Laws* deeply influenced American thought, French Revolution philosophers, and contemporary democracies. The separation of powers is designed as a model of power in which the power forces are not mutually balancing each other, but rather as a representation of the struggle of the classes that have power in the social field. There is no place for a democratic non-representational judiciary in the struggle in the political arena where real forces balance each other.

I. MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE HUKUK

A. AYDINLANMA FİLOZOFU OLARAK MONTESQUIEU

Soylu bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelen Montesquieu, küçük yaşından itibaren ilmi çalışmalara önem verdiği bilinmektedir¹. Doğa bilimlerine olan ilgisiyle matematik ve tıbbın yeni gelişmelerini takip etmekteydi. Bunun yanı sıra hukuk eğitimini tamamlamasının ardından genç yaşında amcasından kalan baron unvanını edinmiş, Bordeaux Parlamentosu'nda başkan olarak görev almıştır.² Soyluluktan gelen servetini idare etmesinin yanı sıra kamusal görevler üstlenmesi ictimai düzen ve kanunlarla olan ilişkisine dair açıklamalarına zemin hazırladığı söylenebilir. Doğa bilimlerinde kullanılan gözlem ve neden sonuç ilişkisini sosyal hayatın gelişmesine dair tespitlerinde kullanması düşünce hayatında önemli

¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı, Reyda Ergün, *Kral Devletten Ulus Devlete*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2005), 367.

² Soylu bir aileden gelen Montesquieu, Bordoex ve Paris'te hukuk eğitimi almıştır. Büyük bir aristokrat aile mensubu olduğu için ticaretle ilgilenmesinin yanı sıra kamusal görevler üstlenmek durumunda kalmıştır. Judith N. Shklar, *Montesquieu*, (Oxford: Oxford University Press, 1987), 1-3.

bir yer edinmesine sebep olmuştur. Fransız Aydınlanmasının³ bir düşünürü olarak Montesquieu, geleneğe ve dini dogmatığe yaslanan izahlardaki eksikliği bilimsel yollarla ortaya koyduğu açıklamalarla gidermeye çalışmıştır.

Aydınlanma döneminde kendisini yazın hayatında meşhur eden İran Mektupları, onun toplumlar arasındaki farklılıklara dair gözlemleriyle elde ettiği verileri neden sonuç ilişkisi içerisinde açıkladığı ilk eseridir. Bir kurgu metin olan İran Mektupları genç Montesquieu'nün doğu toplumuna, Fransız toplumuna, değerlerine ve yönetim sistemine dair düşüncelerini içerir. XIV. Louis'nin güçlü monarşisi mirasının etkisi sürerken⁴, sansür baskısıyla kaleme aldığı eserinde yer yer yönetime sert eleştirilere rastlanır. Hem soylu sınıftan gelen birisi olması hem de yargılamalarda görev alması sebebiyle Fransız halkını iyi gözlemleyebilmiştir⁵.

İran Mektuplarının başarısının ardından Montesquieu'nün merak duygusu ve bilimsel metodoloji çerçevesinde çalışmalarını sürdürmüştür. Sosyal düzenin anlaşılabilmesi, sorunlara çözüm getirilebilmesi için sosyal kurumların tarihine dair bir perspektifin gerekliliğiyle tarih çalışmalarına ağırlık vermiştir. Bunun meyvesi Roma İmparatorluğu'nun siyasi düzeni ve çöküşüne dair kaleme aldığı eseridir.

Montesquieu'nün günümüz siyaset bilimi ve hukuk düşüncesi açısından tarihin en büyük filozofları arasında yerini almasını sağlayan eseri Kanunların Ruhü, bu çerçevede yapılan geniş bir gözlem ve emeğin ürünüdür. Fransız toplumunun siyasi krizin eşiğinde olduğu, eski düzene ait olan soyluluğun ve kilisenin önemini yitirdiği, mutlaki rejimin güçlendiği bir dönemde halkın içine girdiği bunalımı sezgisel olarak fark eden ve tüm çalışmalarına konu eden Montesquieu, bu eseriyle toplum ve normatif düzen arasındaki bağı açıklamaktadır. Kanunların Ruhü adlı eserini kaleme almadan evvel Avrupa ve İngiltere'ye yapmış olduğu seyahatlere değinmek gerekir. İran Mektuplarında farklı ülkelerin kültürel ve siyasi özelliklerine hakim olduğunu tespit eden düşünür Avusturya, Almanya, Hırvatistan ve İtalya'ya yaptığı uzun seyahatte bu ülkelere dair gözlem fırsatı bulmuştur. Bu seyahatinde yapmış olduğu gözlemlerin Kanunların Ruhü ve Roma tarihi üzerine

³ Fransız Aydınlanması'nın ünlü düşünürleri arasında Voltaire, Condillac, Diderot, D'Alembert zikredilebilir. Oskar Ewald, *Fransız Aydınlanma Felsefesi*, (Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2010), 19 vd.

⁴ Fronde Ayaklanması'nın gölgesinde tahta çıkan XIV Louis, Fransa'nın monarşik bir devlet olarak döneminin zirvesinde yer almasını sağlamıştır. Güneş Kral lakabıyla bilinen kral, Angien Regime'in kurucusuydu ve iç ve dış siyaset tam olarak bu statükonun korunmasına adanmıştı. Norman Davies, *Avrupa Tarihi*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2011), 655.

⁵ Nitekim bu özelliğini kendisini kamuoyuna tanıtan eseri olan İran Mektupları'nda görmek mümkündür. Montesquieu, *İran Mektupları*, (İstanbul: Hüsnütabiat Matbaası, 1963); Mektupların yazarları olarak görülen kahramanların gerek doğuyu gerekse batıyı eleştirdikleri, doğu ve batıdaki siyasi, sosyal ve iktisadi yapıları bazen onaylayıp bazen alay ettikleri görülmektedir. Ayrıca her türlü despotizmin yerilmesi ve de insanı kuşatan zorunluluğa yapılan göndermeler Akal'a Montesquieu'nün gençliğinde Spinoza'nın eserlerinden etkilendiğini düşündürmektedir. Cemal Bali Akal, *Özgürlüğün Geleceği Yoktur Edebiyatta Spinoza*, (Ankara: Dost Kitabevi, 2006), 24.

yazdığı eserlerde etkisi büyüktür.⁶ Avrupa seyahatinin ardından iki yıl yaşayacağı İngiltere'ye gitmiştir. Burada parlamento faaliyetlerini, politik olayları yakinen takip etmiştir. İngiltere'de kaldığı zaman diliminde pek çok düşünür ve bilim adamıyla dost olmuş, Londra Hür Masonlar Kulübüne üye olmuştur⁷.

Montesquieu, kendisinden önceki filozoflardan farklı olarak sadece genel kanunların değil tüm bir hukuk sisteminin, geçmiş ve bugünkü yasaların doğal olduğunu ifade eder. Ancak diğer düşünürlerden farklı olarak doğal tabiri bireyin doğasını değil, sosyal organizmanın doğasını işaret etmektedir. Bu sebeple bir toplumun dönüştürülmesini bir hayvan türünün dönüştürülmesinden daha kolay olmadığını açıkça ifade etmektedir⁸.

Louis Althusser, Montesquieu'yü kendisinden önceki filozoflardan ayırmanın özcü ve idealize edilmiş bir düzen arayışı yerine, tüm halkların yasalarını inceleme cüreti olduğunu ifade etmektedir. Bu cüret Montesquieu'yü fizikte Newton'un yapmış olduğu devrime benzer kuramsal dönüşüm yapan kişi olarak tarihe geçmiştir⁹. Çağdaşlarının aksine sosyal sözleşme kuramına ilgi gösterememesi, tarihin sıfır noktasında bir varsayımdan hareket etmek yerine toplumların tarihini araştırmak ve toplumun geldiği noktayı çözümlenmeye odaklanmaktadır.

Durkheim, Montesquieu'nün bilimsel kazanımlarının önemini vurgularken onun tümdengelimci metoduna dair eleştirilerini de sıralamaktadır. Tarihten ödünç aldığı örnekleri kısa ve özet şekilde ifade ettikten sonra gelişigüzel sıraladığını, vardığı sonucu ifade etmek için dayandığı bu olaylar tartışmalı olsa dahi ifade etmekten geri durmadığına dikkat çekmektedir¹⁰. Bazen önerdiği bir modele yalnızca bir toplumda gözlemlendiği örneği dayanak göstermektedir. Kuvvetler ayrılığına dair savları bunun en tipik örneğidir. Özgürlüğün garantisi olarak gördüğü kuvvetler ayrılığını yalnızca İngiltere'de gözlemler fırsatı bulmuştur. Halbuki İngiltere'de gerçek manada özgürlüğün var olup olmadığını tartışmamaktadır¹¹. Durkheim Montesquieu'nün ictimai düzendeki farklılıkların yasalara olan etkisi üzerine fikir yürütmesini değerli bulmaktadır. Despotizme olan karşıtlığını açıkça ifade etmesine rağmen doğu toplumlarında bunun gerekli olduğu düşüncesini ileri sürmesi bu durumun bir örneğidir. Montesquieu'ye göre hayata dair kurallar toplumun var olmasından kaynaklanır. Demokrasi veya despotizm tek başına diğerinden üstünlük arz edemez. Her bir rejimin uygulanmasına dair istek zaman ve ülkeye göre farklılık gösterebilir¹².

⁶ Shklar, *Montesquieu*, 20-21.

⁷ Shklar, *Montesquieu*, 21.

⁸ Emilie Durkheim, *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, (Michigan: The University of Michigan Press, 1965), 21.

⁹ Louis Althusser, *Montesquieu Siyaset ve Tarih*, (İstanbul: İthaki Yayınları, 2005), 41.

¹⁰ Durkheim, *Montesquieu and Rousseau*, 52.

¹¹ Durkheim, *Montesquieu and Rousseau*, 53.

¹² Durkheim, *Montesquieu and Rousseau*, 18.

B. MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE HUKUK VE TOPLUM

Montesquieu Kanunların Ruhü adlı eserine hukukun kaynağını sorgulamakla başlar. Tanrı evreni ve doğayı belirli kanunlar üzerine yaratmıştır. Böylelikle tekrarlanan düzen içerisinde yaşam mümkün hale gelmektedir. Tanrının kuralları değişmez ve zorunludur. Akıllı varlık olarak insan kendi yaptıkları kurallar çerçevesinde yaşamını sürdürür. Ancak farkında olsun yahut olmasın kendi yaptığı kuralların ötesinde kurallar vardır. İnsan akıllı bir varlık olarak kural koyma becerisini göstermeden önce yaşamış olduğu toplulukta kurallar mevcuttur. Montesquieu, pozitif yasalardan evvel hakkaniyet ilişkilerini düzenleyen yasaların var olmasını toplum için zorunluluk olarak görmekte ve kabul edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. İnsan varlığını temsil eden akıllı dünya maddi dünya kadar iyi yönetilmez. Zira insan doğası gereği sınırlı bir varlıktır, bu sınırlılığı onu hata yapmaya zorlar. Ne Tanrı'nın koyduğu kurallara ne de kendi koyduğu kurallara riayet etmekte istikrar gösterir. Duygu sahibi olarak insan, pek çok konuda kendisini aklını bir kenara bırakmış ve tutkularının peşinden giderken bulabilir. Montesquieu, Tanrı'yı unutan insanın din kuralları aracılığıyla, kendini unutan insanın filozoflar aracılığıyla uyarıldığını belirtir. Kanun koyucu ise siyasi ve medeni kurallar ile ona görevlerini hatırlatmaktadır¹³.

Hukukun kişilerin toplumdaki işlevlerini yerine getirmelerini sağlaması, ayrıca toplumda arızı olarak meydana gelen sapma davranışlarını düzelterek toplumun devamlılığını sağlama fonksiyonu Durkheim'in onarıcı adalet konusundaki düşüncelerini etkilediği söylenebilir¹⁴.

Montesquieu, bu satırları yazdığında henüz modern kanun koyucu iradesi ile oluşturulan genel kanunlar hazırlanmamıştı. Bununla birlikte merkezi otoritenin gücünü kullanarak oluşturabileceği etki üzerine gözlem yapmak mümkündü. Montesquieu, Osmanlı, İran ve Rus toplumunu incelediğinden merkezi otoritenin buyruklarının halk üzerindeki etkisinden örnekler vererek tezlerini açıklamaktadır.

Montesquieu, iklim, tabiat ve arazi şartlarının insanların yasalara uyması üzerindeki etkilerine dair genel geçer çıkarımlar yapmaktadır¹⁵. Oryantalizmin toptancı doğu tasavvurlarından etkilendiği görülen düşünür, bugün ırkçılık olarak nitelendirilebilecek pek çok argümana dayanarak kanaatlerini açıklamıştır¹⁶. Ülkelerin birbirinden farklı tarihsel gerçeklik içerisinde yaşam sürdürdüğünü tespit eden düşünürün ülkelerin normları arasındaki temel ayrımların izini sosyal gerçeklik etrafında sürmesi sosyolojinin kurucularından sayılmasını gerektirmiştir.

¹³ Montesquieu, *Kanunların Ruhü Üzerine*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2020), 5-6.

¹⁴ Durkheim'in onarıcı hukuka dair görüşler için bkz. Ülker Yükselbaba, "Emile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi", *JÜHFM*, Cilt 75, Sayı 1, (2017): 214 v.d.

¹⁵ Yüzölçüm olarak küçük, kendi kendine yeten bir kıta olmamasına rağmen Montesquieu'nün Avrupa iklimini benzersiz gösterme çabası içerisinde olduğunu tespit etmektedir. Davies, *Avrupa Tarihi*, 64.

¹⁶ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 294.

Aynı zamanda toplumda uygulanan normlarının tarihselliğinin farkında olan düşünürü göre pozitif yasalar halkın gelenekleri arasındaki gerilim olabileceğini ifade ederek ahlak ve davranış kodlarının yasa yoluyla değiştirilmemesi gerekir. I. Petro örneğini vermektedir. Deli lakabıyla tarihte yerini alan Petro, Rus halkını modernleştirmek için despotik kurallar uygulamaktan çekinmemiştir. Şehre girenlerin elbisesinden, görünüşünden başlayarak bir dizi siyasi, askeri ve medeni reform yapan Petro'nun kendi halkında ve diğer memleketlerdeki ünü baskıcı olmasından gelmiştir¹⁷.

Montesquieu, sosyolojinin kurucuları arasında, toplum kavramını kullanan ilk kişi olarak anılmaktadır. Bunun sebebi olarak toplumu siyaset ve hukuktan ayrı bir varlık olarak düşünebilmesinde yatmaktadır. Montesquieu, yargısal ve siyasi kuralların teolojik kaynaklı oluştuğunu, toplumun kurallarının ise kendi mecrasında yeterli sebeplerden kaynaklanarak oluştuğunu belirtmektedir¹⁸.

Montesquieu'ye göre sözleşmesi kuramcılarının söylediğinin aksine toplum sözleşme çerçevesinde bir araya gelen yapı değildir¹⁹. Toplum insan olmanın gereği olarak doğal biçimde oluşmuştur ancak bu şekilde oluşan toplumda orijinal eşitlik bozulduğundan şiddet, düzensizlik ve kural tanımazlık artar. Thomas Hobbes'un ifade ettiği gibi şiddet doğal bir eğilim değildir²⁰. İlk doğal yasa barıştır²¹, toplumlar kurulduktan sonra zayıflık duygusunu kaybeden insanlar arasında çatışmalar doğacaktır²².

Montesquieu, hukuk ve güç ilişkisini başka bir açıdan ele almaktadır. Gücün varlığını hukukun meşrulaştırılması için bir araç olarak görmez, hukuk ve gücü birbirinden ayırır. Bununla birlikte gücü hukukun uygulanması için gerekli bir zorlama olduğunu kabul etmektedir. İyi yönde kullanılması ve inşa edilmesi için nelerin gerekli olduğu sorusunu sorar. Bu sebeple müspet kanunların genel yasalara uygun olması gerekmektedir. Genel yasalar ise toplumların inşa edildikleri gelenekler, üretim ilişkileri, nüfusu, dini eğilim, zenginlik gibi pek çok kavramı kapsayan önemli bir kavramdır. Toplumların yapısı, yönetim şekli ve iklim gibi özellikler toplumlar

¹⁷ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 392.

¹⁸ Brian C.J. Singer *Montesquieu and the Discovery of the Social*, (New York: Palgrave, 2013), 2.

¹⁹ Hem Hobbes hem de Locke toplumun ve devletin bir sözleşme ile inşa edildiği savından hareketle teorilerini oluşturmuşlardır. Hobbes seküler temelde kalarak iktidarı ahlaki bir ölçüt olmaksızın kurgularken, Locke'un sözleşmesinde Tanrı'nın doğal yasaları ile sınırlı bir iktidardan bahsedebiliriz. David Boucher, editör, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, (New York: Routledge, 2005), 39-40.

²⁰ Hobbes 'un doğa durumu varsayımında insan herkes kendi akıyla hareket eder, hayatta kalmak için diğerleri ile savaş halindedir. İnsan doğasında rekabet, güvensizlik, şan ve şeref olmak üzere üç temel kavga nedeni bulunduğunu söyler. Thomas Hobbes, *Leviathan*, (İstanbul: YKY Yayınları, İstanbul), 94; ayrıca bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, "Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan", *AÜHFD*, Cilt 62, Sayı 3 (2013): 830.

²¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 7.

²² Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 8. Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), 232.

arasında uygulanacak kuralların farklı olmasını gerektirir. Bu sebeple farklı ülkelerde aynı kuralın uygulanması ancak tesadüfen rastlanabilecek bir olgudur²³.

C. MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAK

Montesquieu, doğayı gözlemleyen bir düşünür olarak doğal kanunların neler olduğunu tartışır. Doğa kanunlarını tam olarak tetkik etmek için doğa öncesi insanı düşünmek gerektiğini belirtir. İlk olarak Tanrı'nın insanın içine inanç fikrini nakşederek kendisine yönlendirmesi Montesquieu'ye göre ilk doğal kanundur. Burada ilk olmaktan öte, Tanrı'nın insana onu bilmesi ve tanınması gerekliliğini bildirmesi evrenin özünü teşkil etmektedir²⁴. Tanrı, dünyayla ilişki halindedir, tanrı koyduğu kurallarla dünyanın ilk nedenidir, değişmez yasalara bağlayarak varlığın özünü teşkil etmektedir²⁵.

Doğa yasalarından konuşulacak olursa insan evrene bilgiyle değil bilme kapasitesi ile doğmaktadır. Bu sebeple henüz keşfedip akletmediği nesne ve durumlara korkarak yaklaşmaktadır. Düşünür bu kanısına bir varsayım olarak ulaşmaz, gözlemlenen öğelerle destekler. Bilinmeyen coğrafyalarda karşılaşılan ilkel kabilelerdeki insanların kaşiflere korkuyla yaklaşmalarını buna örnek göstermektedir. Bilgisiz insan kendi varlığının aciziyetinin farkındadır ve karşıdakine çekingenlikle davranır. Herkes kendini diğerinden aşağı gördüğünden diğerine saldırmaz. Burada Hobbes'un doğa durumunda insanın şiddete meyilli olduğuna dair savına katılmaz. Hobbes insanın şiddete meyyal tarafını açıklarken sürekli silah taşımakta olmasını ve evlerinde kilit kullanmaları örneğini vermektedir. Montesquieu ise doğa durumunda insanın şiddet göstermediğini, toplumların kurulması ile insanların birbirine saldırmak ve kendilerini korumak için bahaneler ürettiğini ileri sürmektedir²⁶.

İnsanın doğa durumunda içinde bulunduğu korku iklimi hayvanlarda da görülen aynı tür mahlukların birbirlerine yaklaşma arzularına benzer şekilde insanları birbirine yaklaştırır. Ayrıca erkek ve kadınların birbirlerine duydukları cinsel arzu insanları birbirine yaklaştırmaktadır²⁷. Böylelikle insan doğası gereğince toplum olma yolunda ilk adımlar gereği atılmaktadır.

İnsanların yaşamlarında var olan diğer bir kanun ise bilgi sahibi olmalarının ardından toplum içerisinde yaşama arzusudur. Toplum yaşamında insanlar doğa

²³ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 9. Kanunların, toplumların fiziki, siyasi ve iktisadi birbirlerine benzememelerinden kaynaklanan sebeplerle farklılık arz eder. Bu sebeple "Kanunların Ruhunu" her ülkenin kendi münasebetleri bağlamında çözümlenmelidir. Nihat Erim, *Amme Hukuku Dersleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1942), 166.

²⁴ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 6.

²⁵ Tanrı yasaları ve insan yasaları arasındaki ilişki bağlamında Montesquieu'nun Thomas Aquinas düşüncesinden etkilendiği ifade edilebilir. Aquinas düşüncesinde Tanrı her şeyin ilk nedenidir ve değişmez ilahi yasalarla varlığı yaratmıştır. Müspet kanunlarla insanlar sosyal düzenin devamını sağlamaktadırlar. Charles Crozat, *Amme Hukuku Dersleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1946), 483 vd.

²⁶ Erim, *Amme Hukuku Dersleri*, 231; Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 8.

²⁷ Erim, *Amme Hukuku Dersleri*, 232; Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 7.

durumundaki eşitliklerini yitirirler²⁸. Bilgi sahibi olmalarında farklılık, yetenekleri arasındaki uyumsuzluk insanlar arasındaki eşitliği zedeler. Toplumda insanları tekrar eşit hale getiren müspet yasalardır²⁹. Zira doğal kanuna tabi olmaları hayvanlar ve insanlar arasındaki ortak özelliktir.

Doğal kanun, medeni yasaların ve din kurallarının üzerindedir. Yaşamın sürdürülmesi, toplum barışının korunması için diğer kuralların doğal yasaya uygun olması gerekir. Doğa yasasına aykırı olan durumlarda toplumsallık ve bireysellik zarar görecektir. İnsan bir arada yaşamın kurulabilmesi için doğal özgürlüklerinden vazgeçmişlerdir. Böylelikle siyasi hukuk doğmuştur. Doğal mal ortaklıklarından vazgeçtiklerinde medeni hukuk ortaya çıkmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere Montesquieu, insanların doğa durumunda özgür olduklarını ancak bireysel mülkiyetin toplum oluştuktan sonra kabul edildiği kanaatinde³⁰.

Montesquieu, doğal halde kişinin kendisini savunması bir doğal hak olarak görür. Saldıran kişinin hayatı nasıl ona aitse savunan kişinin hayatı kendisine aittir. Bu durumda doğal olarak kişi kendisine yapılan saldırıyı etkisiz hale getirmek için saldırıda bulunabilir. Yine de kişinin bu hakkından söz edebilmek için kanunun yardımını beklemesi halinde hayatı tehlikesi ile karşı karşıya kalacağı durumun oluşması gerekir. Savunma hakkı kişilere doğrudan doğruya saldırı hakkı tanımaz. İnsan doğasında olduğu gibi devletlerarası ilişkilerde savaş durumunda bazı durumlarda devletlerin saldırı hakkının var olduğunu kabul etmek gerekir³¹.

İnsanın doğasına ilişkin tasavvurunu anlamakta kölelik kurumuna dair görüşlerine değinmek önem arz etmektedir. Montesquieu, köleliğin ne köleye ne de efendiye bir fayda sağladığı kanaatinde³². Köleye bir fayda sağlamaz zira erdemden kaynaklanan bir edim ifa etmekten yoksun kalır. Efendiye de bir faydası yoktur zira köleleriyle birlikte her türlü kötü alışkanlığı edinir, ahlaki erdemlerini yitirir, kibirli, aceleci, öfkeli bir kişi haline gelir. Avrupa'da o günün şartlarında köleliğin olması gerektiğine dair görüşlere karşı çıkar. Madencilik işinin ağır olması sebebiyle burada kölelerin çalıştırıldığını, köleliğin kaldırılmasından sonra bu sektörde çalışanlara belirli ayrıcalıklar tanınmasıyla cazip hale geldiğini, burada çalışan insanların mutlu olduklarını ifade etmektedir³³. İstibdat rejiminde yaşayan kişilerin sivil kölelik altında yaşadıklarını ifade eden düşünür, bu yönetimlerde köleliğin daha fazla kabul gördüğünü örnek olarak vermektedir³³.

²⁸ Bu düşüncesi ile Rousseau'yu etkilediği söylenebilir. Rousseau'ya göre eşitsizliğin kaynağı toplumsal hayatın kendisidir. J.J. Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, (İstanbul: Say Yayınları, 2015), 175.

²⁹ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 144.

³⁰ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 607.

³¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 175.

³² Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 314.

³³ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 318.

II. MONTESQUIEU'NÜN KUVVETLER AYRILIĞINI TEMELLENDİRMESİ VE YARGI GÜCÜ

A. MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE KUVVETLER AYRILIĞI VE ÖZGÜRLÜK İLİŞKİSİ

Montesquieu, özgürlük lafzını tartışmaya başlarken özgürlük kelimesine çok fazla anlam yüklediğine dikkat çeker. Pek çok ülkede farklı anlamlara gelse de³⁴; Montesquieu özgürlüğü bir devlette, insanların istemeleri gereken şeyleri yapabilmeleri, istememeleri gereken şeyleri yapmaya zorlanamamaları olarak tanımlar³⁵. Böyle bir toplumsal düzen ise ancak ılımlı yönetimlerde mevcut olabilir.

Montesquieu'nün bilimsel metodolojisi ile siyasi erkin kuvvetler ayrılığı teorisinin temelini oluşturmaktadır. Kuvvetler ayrılığının esas amacını özgürlüklerin korunması olarak nitelendiren düşünür, siyasi erkin gücünün bölünmesi ile oluşan denge durumunun önemini vurgular. Kuvvetler ayrılığı teorisini ilham aldığı İngiliz modelinin getirdiği yeniliklerin Fransız halkına sağlayacağı faydalara dikkat çekmektedir.

Montesquieu'nün İngiliz hükümet modelini gözleme fırsatı bulduğunda İngiliz tarihinde Şanlı Devrim sonrası parlamento kral karşısında güç kazanmıştır. Şanlı Devrim, kral ve parlamento arasındaki ilişkinin düzenlenmesinin yanında mülkiyet hakkının korunmasıyla İngiliz kapitalizminin yükselmesine imkan sağlamıştır³⁶. İngiliz anayasacılığının özü esasında karma anayasa olarak ifade edilen ve fiili güç ilişkilerinin devletin egemenliğinin kullanılmasında belirleyici olması esasına dayanmaktadır. Karma anayasacılık fikri Antik Yunan'a dayanmakta, Aristoteles'in yönetimlerin iyi yanlarının alınarak oluşturduğu siyasal model karma anayasacılığın ilk örneklerinden sayılabilir. Ayrıca Polybus'un Antik Roma dönemi yönetim modelini şekillendirmesi karma anayasa modeli olarak adlandırılmaktadır. Burada İngiliz anayasa tarihinde krallar ve diğer güç sahipleri arasında kamusal yetkilerin kullanımı açısından sorunların yaşandığı, uzun iç savaşların olduğu 17'nci yüzyılın sonunda yeni bir modele geçilmiştir. Kralın muhafaza edildiği, bununla birlikte parlamentonun etkinleştirildiği yönetim sistemi benimsenmiştir³⁷.

Fransa'da XIV. Louis'nin uzun iktidarında parçalı güç ilişkileri zayıflamıştır. Din adamları ve soyluların vergilendirilmesi bu ayrıcalık kaybına bir örnek olarak gösterilebilir. 18'inci yüzyılın başlarında burjuva, içerisinde görünür olsa

³⁴ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu*, 195.

³⁵ Özgürlüğün bu tanımından yola çıkarak Robespierre Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne yasalarla belirlenmiş alanda dilediğini yapma özgürlüğüne sahip olduğu şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Luciano Canfora, *Democracy in Europa: A History of an Ideology*, (Oxford: Blackwell Publishing, 2006), 69.

³⁶ Geoffrey M. Hodgson, "1688 and all that: property rights, the Glorious Revolution and the rise of British capitalism". *Journal of Institutional Economics*, Cilt 13, Sayı 1, (2017): 81, 84.

³⁷ Mogens Herman Hansen, "The Mixed Constitution Versus the Separation of Powers: Monarchical and Aristocratic Aspects of Modern Democracy", *History of Political Thought*, Cilt 31, Sayı 3, (2010): 523.

da İngiltere’de olduğu gibi bir devrimle iktidarı değiştirebilecek güçte değildir³⁸. Montesquieu, İngiltere’de karma anayasacılığın aldığı yeni görünümü Fransa’nın ictimai yapısı ile uyumlaştırmak istemiştir³⁹. Henüz olgunlaşamayan kitle karşısında soyluların var olan ayrıcalıkları korumak, kralın yetkilerini sınırlandırmak ve halkın yönetimdeki temsilini sağlamak aynı anda karma anayasacılık çerçevesinde şekillenebilecektir.

Tarihi çalışmalarının yanında iyi bir gözlemci olan Montesquieu, XIV. Louis’nin iktidarında kurumsallaşan monarşinin toplumsal olarak güçlü olan kurumları dönüştürdüğünün farkındaydı. XIV. Louis’nin saray merkezli propaganda aygıtı onun muhteşem bir kral olduğu söylemiyle meşruiyet oluşturmaya çalışıyordu. Bununla birlikte Fronde Ayaklanması’ndan sonra soylu sınıfında değişiklikler yaşanmıştı. Soyluların kraliyete olan vergi borçlarından muaf olması kelle ve arazi vergilerinin getirilmesi ile ortadan kaldırıldı. XIV. Louis soyluların etkisini azaltmak için bol bol makam ve unvan satmaktaydı. Avamdan soylu sınıfına getirdiği kişileri sadık görevliler olarak yanında tutuyordu. Bu durum eski soylularla yeni unvan almış zümre arasında bir gerilime sebep oluyordu⁴⁰.

Montesquieu, Fransa’da var olan toplumsal huzursuzluğun yönetime yansımaması için kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde kralın iktidarını sınırlandırmayı amaçlar. Kralın mutlakiyet rejiminde gelenekte var olan iktidar paylaşımını aşarak merkezi bir güç haline gelmesi o gün için yeni bir olgudur. Dini otoritenin zayıfladığı, soyluluğun eski gücünü yitirdiği bir zamanda kralın mutlak gücü Montesquieu’yü tedirgin ve rahatsız etmiştir⁴¹.

Parlamento ile kralın yetkilerini sınırlandırmaya çalışan düşünür, esasında soyluların parlamentoda temsilinin güçlenmesi gerektiğini savunmakla tarihi olarak güç odağı olan soylu sınıfın ayrıcalıklarını muhafaza etmek istemektedir⁴². Halkın parlamentoyu işler kılacak bilgi ve donanımdan yoksun oluşunun farkında olan düşünür, İngiliz sistemindeki lordlar kamarası ve kral arasındaki ilişkiye benzer bir model kurmak ister. Her devlette soya ve almış olduğu nişanelere göre

³⁸ “...Fransız soyluları, daha doğrusu bu sınıfın önder kesimi, ilerlemesini kraldan bağımsızlaşarak sağlayacak yerde, kralın çevresinde, onun beslediği bir süs ögesi durumuna gelmişti. Bu gidiş on sekizinci yüzyılın ikinci yansında tersine döndürüldüyse de, sonuçta aristokrasinin yıkılması önlenemedi. Bourbon monarşisinin hüküm sürdüğü Fransa’da, İngiltere’deki gibi ticari tarıma yönelen toprak sahibi bir üst sınıf yerine, daha çok köylülerin sırtına yüklenen yükümlülükler yoluyla onlardan koparabildikleriyle yaşayan bir soylulukla karşılaşırız...” Barrington Moore. *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2012), 71.

³⁹ Aslan Delice “Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi”, *Selçuk Law Review*, Cilt 30, S. 3, (2022): 1684.

⁴⁰ John Merriman, *Modern Avrupa Tarihi*, (İstanbul: Say Yayınları, 2018), s. 295-296.

⁴¹ Shklar pek çok Fransız düşünür gibi Montesquieu’nün XIV. Louis’nin kasvetli ve baskıcı yönetiminin sonunu görmekten memnun olduğunu belirtmektedir. Shklar, *Montesquieu*, s. 18.

⁴² Akın, Montesquieu’nün soylularla özgürlükleri koruyacağına dair öğretilerine “soylu liberalizmini” savunduğu şeklinde isimlendirilebileceğini söyler. İlhan Akın, *Kamu Hukuku*, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979), 154.

ayrıcalıklı konumda olan insanlar mevcuttur. Bu insanları diğer insanlarla eşit tutmak, onların tek oy hakkına sahip olduğu sistemde özgürlük onlar için kölelik haline gelecektir. Bu sebeple soyluların ayrı bir mecliste temsil edilmeleri, halk girişimlerini durdurabilme yetkilerinin olması gerekmektedir. Burada esas olan halka duyulan güvensizliktir. Akıl ve erdem noktasında yeterli olmayan kişilerle iktidarı paylaşmak yerine kadimden gelen iki gücün anayasal model etrafında birbirini dengelemesi sistemin işlerliğini sağlayacaktır⁴³. Kuvvetler ayrılığı demokratik olarak temsil edilen sosyolojik alanların iktidarda birbirini dengelemesidir.

Soya dayalı meclise verilen yetki ve ayrıcalıklar bunun işaretidir. Yasama organı olmasının yanında soyluların yargılanması görevini üstlenecek olan ayrıcalıklı parlamento bileşeni, krala karşı özgürlüklerin korunmasının yanında⁴⁴ soyluların sınıf ayrıcalıklarını muhafaza edecektir. Eisenmann'ın ifade ettiği üzere esasında Montesquieu kuvvetler ayrılığını açıklarken İngiltere'de var olan sistemi idealize etmektedir⁴⁵. Esasında İngiltere'de kuvvetleri elinde bulunduran güçler arasındaki ilişki gözlemlenebilir. Yasama, yargı ve yürütme erkleri bu vazifeleri yerine getirirken birbirleri ile iç içe geçmiş yetkiler kullanmaktadır. Montesquieu, tarihin dönüşüm noktasında olduğunu kavramakta ve taraf tutmaktadır. Mutlakiyet rejiminin despotluğu altında ömrünü geçiren soylu sınıfında olan düşünür, mutlak monarşiyi sınırlamak isterken yanına güçlenen halk sınıfını çekecek bir denge mekanizması kurmak ister. Yine de feodal bağlarından kopamayan düşünür, halka olan güvensizliğini açıkça belirterek soyluların ayrı bir anayasal düzlemde siyasete vaziyet etmesi gerekliliğini vurgular. Pür bir demokrasi inşasının ancak küçük devletlerde, var olabileceğini, imparatorluklar çağında ise kralın ortadan kaldırılmasını düşünmez. İslah edilmiş ve soylu ayrıcalıklarının korunduğu bir meşrutî monarşi onun için en tercih edilebilir olandır. Althusser'in ifade ettiği üzere başlangıçta devrim yaratacak bir metodoloji ile yola çıkan Montesquieu sonunda yine feodal evine geri dönerken özgürlüğün korunmasına dair yolu açmayı başarmıştır⁴⁶.

Özgürlüğün tesis edilebilmesi için ilkeler etrafında düzenlenmesi gereken diğer alan ceza yargılamalarıdır. Masumiyet karinesinin işletilmediği, şüphe-

⁴³ Ursula Haskins Gonthier, *Montesquieu and England*, (London: Pickering & Chatto, 2010), 124.

⁴⁴ Abadan, Montesquieu'nün ikinci meclis düşüncesinin özgürlükleri koruyarak parlamentonun istibdadı varan uygulamalarının önüne geçeceğini ifade etmektedir. Yavuz Abadan, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952), 379.

⁴⁵ Louis Althusser, *Montesquieu Siyaset ve Tarih*, 120.

⁴⁶ "Son bir şeyler söylemek gerekirse, en başta söylediklerime geri dönüp, tek başına yola çıkan ve gerçekten de tarihin yeni topraklarını keşfeden bu adamın kafasında, evine geri dönmekten başka bir şey olmadığını söyleyeceğim. Ele geçirdiği ülkeyi, yapıtının son sayfasında selamlar, ama ben bunun geri döndüğü topraklar olduğunu söylemeyi unuttum sanki. İnsanın yurduna geri dönmesi için nasıl da uzun bir yol bu. Bu kadar yeni düşünceden sonra eski düşüncelere. Bu kadar gelecektekenden sonra bu kadar geçmişe. Bir gün uzak ülkelere doğru yola çıkan bu gezgin bilinmeyen yerlerde yıllarca dolaştıktan sonra, yurduna dönmüş de zamanın durduğunu sanmış sanki. Yolları açmış ama." Louis Althusser, *Montesquieu Siyaset ve Tarih*, 147.

den uzak kesin delillere dayanmayan mahkumiyet hükümlerinin kurulduğu bir devlette özgürlükten bahsedilemeyecektir⁴⁷. Montesquieu, hukuki müesseselerin özgürlükle olan ilişkisini yalnızca ceza hukukuyla sınırlamamıştır. Özgürlükle hukukun keşiştiği diğer bir hukuk alanı olarak vergileri işaret etmiştir. Bir ülkede istibdat rejimi sürdürülürse karşılığında vergiler azdır. Eğer bir memlekette özgürlükler genişse vergi yükü de fazladır⁴⁸. Yönetim ne kadar ılımlı, özgürlükler ne kadar geniş, servetler ne kadar güvence altında olursa ödenecek vergi miktarı da o kadar yüksek olacaktır. Bu durumda hem hukuki güvenlik sağlanacak hem de kamu maliyesi daha fazla gelir elde edilebilecektir. İfade özgürlüğünün korunmasının özgürlük açısından önemine ayrıca değinmektedir. Kendi eserleri sansüre uğrayan bir düşünür olarak ifade özgürlüğünün önemini kalın çizgilerle vurgulamaktadır. İfade özgürlüğü, özgürlükten istifade etmek ve ayrıca onu korumak için elzendir. Diğer taraftan yargılamada uygulanacak usul kuralları özgürlüklerin korunması için oldukça önemli olduğuna değinmektedir. Ayrıca usul kurallarının çok karmaşık bir hal alması özgürlüklerin korunmasını tehlikeye düşürebileceğine dikkat çekmektedir.⁴⁹

Montesquieu'nün özgürlük fikri siyaset, sosyoloji ve hukukun dengelenmesi ile mümkündür. Bununla birlikte onun düşüncesinde özgürlük lafzı evrensel bir değer taşımaz. Özgürlük dahi, özgürlükten istifade etmeye alışık olmayan halklara tahammül edilemez görünmüştü. Bataklıklarla dolu ülkelerde yaşayan insanlara da kimi zaman temiz hava kötü gelir. Özgürlük, ancak bu bilgilerin hayata geçirilmesiyle kurulabilir. Düşünüre göre buna ek olarak, olabilecek en iyi kanunlara sahip olan bir devlette davası görülüp de ertesi günü asılacak olan bir adam Osmanlı Devleti'ndeki paşadan daha özgür olacaktır⁵⁰.

B. MONTESQUIEU DÜŞÜNÇESİNDE YARGI GÜCÜ

Montesquieu'nün devletin üç erkenden yargı erkine yüklediği ödev günümüz demokrasi teorisinde yargının üstlendiği görevden farklıdır. Hukukçu olan düşünür, yargının kanunun ağız olduğunu, bundan fazlası olmadığını dile getirmektedir. Yargı adeta bir hiç olan kuvvettir, sürekli görevliler eliyle yürütülmemesi dahi düşünülebilir. Buna ek olarak hakimin sanıkla aynı konumda olarak yargılama yapmasının halk adına yapılan yargılamanın temsil edilmesi anlamında daha işlevsel olacağı kanısındadır⁵¹.

Montesquieu'nün yargıya biçtiği rolde klasik yorum teorisinin etkilerini görmek mümkündür. Klasik yorum teorisine göre hakim kanunun ağız olmaktan öte

⁴⁷ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 237.

⁴⁸ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 278.

⁴⁹ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 739.

⁵⁰ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 239.

⁵¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, 200-201.

bir konumda değildir. Bu sebeple hakimin lafzi yorumun dışına çıkmaması beklenir⁵². Gizli veya açık bir olaya uygulanacak kural hukuk sisteminde mevcuttur ve hakim yorum ile bu mevcut normu uygulanır kılar. Hakim hukukun uygulanmasında yaratıcı bir konumda olamaz. Kuvvetler ayrılığını teorik olarak ilk kez ortaya koyan John Locke, eserinde yargıyı devletin erklerinden birisi olarak saymaktadır. Yürütme erkinin yasama erkinden bağımsız olarak kurumsallaşmasını yasaların uygulanmasında görevli bir güç olarak görmektedir⁵³. John Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisinde yargı bağımsız bir erk olarak değil yürütmenin bir parçası olarak kabul etmesinde esas sebep olası bir tiranlaşma durumunda hakemliği halka bırakması ve halkın direnme hakkının varlığına duyduğu inançtır. Montesquieu'den farklı olarak Locke toplumu ve iktidarı sosyal sözleşme teorisi çerçevesinde yapay olarak gördüğünden tiranlaşan yönetim ortadan kaldırılarak yeni bir iktidar inşa edilebilecektir. Halk, en üstün erk olan yasama erkinin de üzerindedir, özgürlüklerini ve kazanımlarını korumak için harekete geçebileceklerdir⁵⁴. Yargıyı ayrı bir erk olarak konumlandırması önemlidir⁵⁵.

Kuvvetler ayrılığı teorisi Montesquieu sonrası teori ve siyasi pratikte kendine önemli yer bulmuştur. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde "kuvvetlerin ayrılmadığı yerde anayasa yoktur" ifadesi⁵⁶, devrimin etkilediği coğrafyalarda parlamentarizmin doğmasına vesile olmuştur. Bağımsızlık hareketlerinin parlamento ile özdeşleşmesi mutlakiyet rejimlerine karşı açılan isyan bayrağında siyasal temsil sorunun dile getirilmesinde vesile olmuştur.

Kuvvetler ayrılığı teorisi iktidarın sınırlandırılmasına dair yazında çok etkili olmuştur. Ancak Montesquieu'nün yorumlarının belirttiği üzere, düşünür klasik anayasa anlayışını modern zamanlara taşımış, toplumdaki her bir sınıfın iktidarda temsil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu düşüncede İngiliz hükümet sisteminin yanında Roma politik sisteminin izlerini görmek mümkündür. Roma anayasası patrisyenlerle birlikte halka kamusal temsilde söz sahibi olma ve kamu görevi üstlenme ayrıcalığı tanımıştır⁵⁷. Tarihten aldığı ilhamla Fransız halkının rejimde söz sahibi olmasını sağlamaya çalışan Montesquieu, teorisinde halkın

⁵² İngiliz anayasacılığında olduğu gibi Montesquieu, yürütme organı ve çift meclisin birbirlerini denetlemelerine odaklanmış, yargıyı etkisiz bir güç olarak tasavvur etmiştir. Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament History and Philosophy*, (Oxford: Clarendon Press, 1999), 201.

⁵³ John Locke, *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*, (London: Yale University Press, 2003), 164.

⁵⁴ John Locke, *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*, 166, § 149.

⁵⁵ M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, (Indianapolis: Oxford University Press, 1998), s. 96.

⁵⁶ Madde 16 "Hakların garanti altına alınmadığı veya güçlerin bölünmediği bir toplumda anayasa yoktur" Article 16 "Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution.", Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 | Conseil constitutionnel (conseil-constitutionnel.fr) Erişim Tarihi: 12/11/2022.

⁵⁷ Judith N. Shklar, *Montesquieu*, 112.

temsiline yer verirken halka olan güvensizliğini açıkça ifade ederek⁵⁸ ortak iyiliği ve ortak aklın temsilini soylular meclisi ile krala bırakmıştır.

İngiltere’de Blackstone ve William Paley, Montesquieu’nun aksine yargı gücünün etkisini fark eden, bağımsızlığının öneminden bahsetmektedirler. Blackstone yargıçların yasama organına yakın bir konum elde etmesi durumunda bireyin hayat, özgürlük ve mülkiyet hakkına dair kararlarının keyfilik içerebileceği hususunda uyarılmaktadır⁵⁹. William Paley, yargıçların halk ve kral arasında hakem rolü üstlendiği bu sebeple her ikisine eşit uzaklıkta olmalarının zorunlu olduğunu belirtmektedir⁶⁰. İngiliz hukukunda hukukçuların hukukun oluşumu ve uygulanmasında etkisi nazara alındığında yargı erkine Montesquieu’den farklı yaklaşımları anlaşılabilir. Bununla birlikte özellikle 19’uncu yüzyılın başında İngiliz analitik pozitivizmi, yargıç temelli hukuku eleştirerek hukukun egemenin iradesinden meydana gelen kanunlardan ibaret olması ve yargıçların bu hukuku uygulaması gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bentham, hukuki pozitivizmin temellerini atarken yargıçlara verilen önemi eleştiri konusu yapmıştır⁶¹.

Amerikan kurucu babalarının kuruluş felsefesini tartıştıkları Federalist Papers’ta güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine verilen önem görülmektedir. Montesquieu’nün güçlerin tek elde toplanmamasına ilişkin görüşleri ışığında yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişkiyi düzenlemişlerdir⁶². Yargı erkinin anayasal bağımsızlığının sağlanması gerekliliği vurgulanmıştır.

İngiltere’deki yargının gücü dikkate alındığında, Montesquieu Fransa’da yargıya sınırlı bir alan ayırmaktadır. Özgürlük sosyal sınıfların birbirini dengelemesi ile mümkün hale gelebilir. Yargı bu denklemde vatandaşların yargı gücünü kullanmasıyla toplum hayatına aktif bir süje olarak katılmaktadır. Böylelikle Solon yasalarının getirdiği Atina’daki demokratik yargı sistemiyle İngiliz jüri sistemini birleştirmiştir⁶³.

Özgürlüğü sosyolojik olarak gelişmiş toplumlarda mümkün olabileceğini belirten düşünür, yargının değil demokratik kurumların özgürlüğü muhafaza edecek şekilde organize olabilmemesini sağlamaya çalışır. Bu sosyolojik yapıdan mahrum ülkelerde özgürlüğün yeri olamaz. Diğer ülkeler özgürlüğe alışık olmadığından onlar için baskıcı rejimler evladır. O halde kuvvetler ayrılığı ve özgürlük evrensel

⁵⁸ Burjuvaziye olan güvensizliğinden ötürü onları sistemi içerisinde kuvvetlendirirken aristokratik kurumun ayrıcalıklarını koruyarak bir devrimle olası kayıpların önüne geçmek istemektedir. Ağa-oğulları, Zabcı, Ergün, *Kral Devletten Ulus Devlete*, 443.

⁵⁹ John A. Fairlie, “The Separation of Powers”, *Michigan Law Review*, Cilt 21, Sayı 4 (1923): s. 397.

⁶⁰ Fairlie, “The Separation of Powers”, 415.

⁶¹ Jeremy Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, (İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2017), 91.

⁶² Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, (New York: Oxford University Press, 2008), 239.

⁶³ Mark Hulliung, *Montesquieu and the Old Regime*, (California: University of Carolina Press, 1976), 220.

değildir. Sosyolojik gerçeklikten hareket ettiği için yargıya özgürlüklerin korunmasında bir görev yüklemeyiz. Günümüz özgürlük anlayışından farklı olarak yönetim, temsil ve akıl arasındaki bağda yargının bir fonksiyonu bulunmamalıdır. Özgürlük ancak halkın talepleri doğrultusunda işleyen kurallar manzumesinin işletilmesi ile mümkündür. Soylular, kral ve iyi olanı belirleme kudretinden yoksun olduğundan halkın talepleri ve iyiliği arasındaki dengeyi sağlayarak yönetime vaziyet edeceklerdir. Esas birbirini dengeleyecek unsur da soylular ve kraldır. Montesquieu özgürlüğü değerler ekseninde korumayı değil, sosyal ve kurumsal olarak inşa edilmiş sistemin merkez kavramı olarak konumlandırmaktadır. Bu sebeple toplumda ekonomik, sosyal ve siyasi olarak aktif sülhelerin dengelenmesi ile korunmalıdır. Aktif bir sülhe olmayıp özgürlüğü ancak değerler etrafında şekillendirdiği kararları ile koruyabilecek yargıyı bu sosyal mücadele alanında dengeleyici bir unsur olarak görmemektedir⁶⁴.

İngiliz kuvvetler ayrılığı modelinde hakların ve özgürlüğün koruyucusu olarak yargının konumlandırılması Fransız devrim düşüncesi ile İngiliz muhafazakarlığı arasındaki farklılığa işaret edebilir. Esas olarak Montesquieu, bir devrimden ziyade İngiliz sisteminin uyarlanması ile halkın devrim arzusunun yıkıcılığının önüne geçmek istemektedir. İngiliz anayasal düzeninin temel belgeleri Edmund Burke'ün ifade ettiği üzere, anayasal düzenin devamını sağlayarak, krallıkla birlikte halkın özgürlüğünü ve imtiyazlarını korumuştur⁶⁵.

III. SONUÇ

Montesquieu düşüncesinde hukuk, insanlar arasında doğa durumunda olmayan, insanların bir arada yaşamalarıyla ortaya çıkan çatışmaları çözüme kavuşturmak için konulan kurallardır. Bu kurallar her bir toplumun kendine özgü şartlarından doğmaktadır, bir toplumda var olan kuralların ruhu ancak o toplumun ictimai yapısı ve tarihi incelenerek anlaşılabilir. Fransa'nın içinde bulunduğu sosyal ve mali krizi aşabilmesi için yönetimde tasarladığı reformu kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde şekillendirmiştir. İngiliz hükümet sistemini idealize eden düşünür, birey özgürlüğünün kuvvetlerin birbirini dengelediği sistemde sağlanabileceği iddiasındadır. Bu düşüncesinde esasında soyluların meclisini halk ve kral arasında bir köprü olarak vazifelendirir. Yargıya özgürlüğün korunması bağlamında kanunların ağız olmaktan öte bir görev yüklememektedir.

Kuvvetler ayrılığı, günümüzde koruduğu değerler ölçüsünde tanımlanan demokrasi teorisinin temel ilkelerindedir. Yasama ve yürütme ilişkilerine göre yapılan ayırmda teorik mülhazalar yürütülürken her iki erkten ayrı konumlanması

⁶⁴ Okandan, Montesquieu'nün yargı gücüne fazla önem vermediğini belirtmektedir. Recai Galip Okandan *Umumi Amme Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968), 575.

⁶⁵ Jeremy Waldron, editör, *Nonsense Upon Stilts Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, (London: Methuen, 1987), 100.

gereken gücün yargı olduğu konusunda bir mutabakat söz konusudur. Nitekim modern anayasacılık hareketlerinden itibaren yargı bağımsızlığının sağlanması hususunda anayasal güvenceler getirilmiştir. Ulusal ve uluslararası pek çok kurum yargı bağımsızlığının sağlanması hususunda çalışmalar yürütmektedir.

Demokrasi teorisinin hukukilikten ayrılmaması için hukuk kurumlarının bağımsızlığı, adalete erişimin sağlanması, temel hak ve hürriyetlerin korunması gerekmektedir. Tüm bu değerlerin yargı eliyle korunması amaçlanırken idare ve kanun koyucunun demokrasi çerçevesinde denetlenmesi amaçlanmaktadır. Oysa kuvvetler ayrılığı teorisinin ilk teorisyenlerinden olan Montesquieu'nün yargıya denge ve denetim rolü yüklediği görülmektedir. Yargıçlar kanunun ağız olmaktan öte bir görev ifa etmemelidirler. Zira bu durumda meşruiyet sorunu yaşayabilirler. Ayrıca soylu ayrıcalıklarını korumak isteyen düşünür, soyluların ancak meclislerince yargılanmasının sağlanmasına dair görüşü halktan ve kraliyetten soylu ayrıcalıklarına yönelebilecek tehlikeleri bertaraf etme niyeti taşımaktadır.

Hukuk devleti ve demokratik meşruiyet arasındaki kriz bugün devam etmektedir. Anayasa Mahkemesi ve diğer mahkemelerin yasama ve yürütme erkini dengeleme görevini yürütmeleri demokratik temsil ilkesini zedelediğine dair görüşler mevcuttur. Montesquieu, yargıyı bu tartışmalardan beri tutarak halkın popülizmine ve kralın despotluğuna karşı soylu sınıfı yerleştirmektedir. Yürütme organının denetlenmesinde yönetimin otoriterliğine karşı anayasa mahkemesi, diğer yüksek mahkemeler, kurumlar denge vazifesini görmektedir. Ancak günümüz demokrasilerinde bu görevi üstlenenler, 18'nci yüzyıl dünyasında olduğu gibi soylu sınıfın zenginliğine ve dayanışmasına sahip değildir. Halkın büyük bir bölümünün desteğini elinde bulduran otoriter rejimin yargıçlar tarafından durdurabilmesi imkanı bulunmamaktadır. Buna rağmen günümüz demokrasileri yargıya böyle bir yükümlülük yükleyerek eşitlikçi toplumda demokratik değerlerin hukukçular eliyle korunabileceğini varsayar. Montesquieu, yargıçlara bu sorumluluğu yüklemekte, demokrasi teorisinde kuvvetlerin birbirini dengelemesi için sosyolojik ve ekonomik olarak gerçek güçlere sahip iktidarların birbirini dengeleyebileceğini ifade etmektedir.

Yargıçlara yüklenen demokratik misyon, halkın kendi kaderini belirleme sorumluluğunu almasına katkı sağlayacak şekilde yeniden düşünülmelidir. Hükümet tasarrufları, uluslararası anlaşmalar gibi esasında egemenim politikalarının temelini oluşturan faaliyetlerin yargı denetiminin dışında olduğu dikkate alındığında demokratik toplum düzeninde iktidarı sınırlandırmanın yargı eliyle tam olarak gerçekleştirilmediği görülecektir. Montesquieu düşüncesinde olduğu gibi yargının sosyolojik bir zemine sahip olmadığı dikkate alındığında halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının yürütme organını denetleyecek araçlarının güçlendirilmesi demokratik toplum düzeninde denge ve denetleme görevinin yerine getirilmesine imkân sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz. *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali, Çulha Zabcı, Filiz, Ergün, Reyda. *Kral Devletten Ulus Devlete*. Ankara: İmge Kitabevi, 2005.
- Akal, Cemal Bali. *Özgürlüğün Geleceği Yoktur Edebiyatta Spinoza*. Ankara: Dost Kitabevi, 2006.
- Akbay, Muvaffak. *Umumi Amme Hukuku Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Akın, İlhan. *Kamu Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Althusser, Louis. *Montesquieu Siyaset ve Tarih*. İstanbul: İthaki Yayınları, 2005.
- Bentham, Jeremy. *Yasamanın İlkeleri*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2017.
- Canfora, Luciano. *Democracy in Europa: A History of an Ideology*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- Crozat, Charles. *Amme Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1946.
- David Boucher, editör, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. New York: Routledge, 2005.
- Davies, Norman. *Avrupa Tarihi*. Ankara: İmge Kitabevi, 2011.
- Delice, Aslan. “Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi”, *Selçuk Law Review*, Cilt 30, Sayı 3, (2022): 1667-1704.
- Durkheim, Emilie. *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*. Michigan: The University of Michigan Press, 1965.
- Erim, Nihat. *Amme Hukuku Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1942.
- Ewald, Oskar. *Fransız Aydınlanma Felsefesi*. Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2010.
- Fairlie, John A., “The Separation of Powers”, *Michigan Law Review*, Cilt 21, Sayı 4 (1923): 393-436.
- Goldsworthy, Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- Gonthier, Ursula Haskins. *Montesquieu and England*. London: Pickering & Chatto, 2010.
- Hamilton, Alexander, Madison, James, Jay, John. *Federalist Papers*: New York: Oxford University Press, 2008.
- Hansen, Mogens Herman. “The Mixed Constitution Versus the Separation of Powers: Monarchical and Aristocratic Aspects of Modern Democracy”, *History of Political Thought*, Cilt 31, Sayı 3, (2010): 509-531.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*. İstanbul: YKY Yayınları, 2004.
- Hodgson, Geoffrey M. “1688 and all that: property rights, the Glorious Revolution and the rise of British capitalism”. *Journal of Institutional Economics*, Cilt 13, Sayı 1, (2017): 79-107.
- Hulliang, Mark. *Montesquieu and the Old Regime*. California: University of Carolina Press, 1976.
- Locke, John. *Two Treaties of Government and a Letter Concerning Toleration*. London: Yale University Press, 2003.

- Merriman, John. *Modern Avrupa Tarihi*. İstanbul: Say Yayınları, 2018.
- Montesquieu. *İran Mektupları*. İstanbul: Hüsnütabiat Matbaası, 1963.
- Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2020.
- Moore, Barrington Jr. *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri*. Ankara: İmge, 2012.
- Okandan, Recai Galip. *Umumi Amme Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- Rousseau, J.J., *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*. İstanbul: Say Yayınları, 2015.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. “Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan”, *AÜHFĐ*, Cilt 62, Sayı 3, (2013): 819-854.
- Shklar, Judith N. *Montesquieu*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- Singer, Brian C.J. *Montesquieu and the Discovery of the Social*. New York: Palgrave, 2013.
- Vile, M.J.C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Oxford University Press, 1998.
- Waldron, Jeremy, editör, *Nonsense Upon Stilts Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987.
- Yükselbaba. Ülker. “Emile Durkheim’a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi”. *İÜHFĐ*, Cilt 75, Sayı 1, (2017): 191-226.
- Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 | Conseil constitutionnel (conseil-constitutionnel.fr) Erişim Tarihi: 12/11/2022.

ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA GEÇİT HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ SORUNU: NAHÇIVAN ÖZERK CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Sezercan BEKTAŞ^(**)

Öz

Devletin, ülkesi üzerinde hakimiyeti ülke unsurlarının tamamını kapsamaktadır. Bu bağlamda geçit hakkı, devletlerin ana ülkelerinden ayrı düşen ülkelere ulaşma ve ülkeleri ile bağlantı kurma ihtiyacından kaynaklanan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukukta geçit hakkının varlığı sabit olsa da bu hakkın kaynağı ve niteliği gibi hususlar tartışmalıdır. Geçit hakkının kaynağı, mahiyeti, kalıcı olup olmadığı gibi hususlar hakkın vasıflandırılmasına etki eden unsurlardır. Bununla birlikte geçit hakkı öğretide, özel hukuktan yapılan analogi vasıtasıyla uluslararası hukuka aktarılan irtifak hakkı kavramı ile karşılanmaktadır. İrtifak hakları Roma hukukundan bugüne karada devletlerin iç hukuklarında yer alan aynı bir hak türüdür. Bu hak, ilgili devletin anklav ülkesine erişebilmek için tesis edilen geçit hakkını nitelendirmek için kullanılmaktadır. 19 ve 20. yüzyılın başlarında irtifak hakkına ilişkin kabul, öğreti ve uygulamada hâkim olsa da ilerleyen yıllarda bu görüşe getirilen eleştiriler kavramsal olarak irtifak haklarının, geçit hakkını niteleyecek şekilde kullanılmasına engel olmuştur. 9 Kasım 2020 tarihli Azerbaycan ve Ermenistan arasında akdedilen andlaşma ile neticelenen II. Karabağ savaşı neticesinde; Azerbaycan'ın anklav niteliğindeki parçası olan Nahçıvan ile Azerbaycan ana ülkesini bağlayan "Zengezur hattı" ile ilgili tartışmalar tekrar uluslararası toplumun gündemine gelmiştir. Bu kapsamda anılan Andlaşma'nın 9. maddesi Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti ile Azerbaycan arasında ulaşımın Zengezur bölgesinde teşkil edilecek bir koridor ile sağlanmasını öngörmektedir. Netice olarak bahse konu Andlaşma'da öngörülen geçit hakkının uluslararası hukuk bakımından taşıdığı anlamın tespit edilmesi gerekliliği doğmuştur. Çalışmamız Zengezur hattına ilişkin sürmekte olan bu tartışmaya uluslararası hukuk pence-resinden geçit ve irtifak hakkı kavramları bağlamında yaklaşarak hem söz konusu gündeme yapıcı bir katkı sunmak hem de uluslararası hukukta geçit ve irtifak hakkı kavramlarını tekrar tartışmaya açmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler

Anklav Ülke, Geçit Hakkı, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti, Uluslararası İrtifak Hakkı, Zengezur Hattı.

DETERMINING THE LEGAL CHARACTER OF THE RIGHT OF PASSAGE WITHIN THE SCOPE OF INTERNATIONAL LAW: AN EVALUATION BASED ON THE EXAMPLE OF THE NAKHCHIVAN AUTONOMOUS REPUBLIC

Abstract

States must completely be dominating the element of territory as the requirement of their sovereignty. The right of passage arises from the need of states to reach and connect with their territories that are separated from their mainland. Although the right of passage is clear in international law, issues such as the source and nature of this right are controversial. Some factors affect the characterisation of this right such as the decision on its source and nature or whether it is continuous right.

^(*) Makalenin Dergiye Geleli Tarihi: 14.04.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 10.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1283471.

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Milletlerarası Hukuk / Sakarya, Türkiye.
E-posta: sezercanbektas@sakarya.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7395-5375>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Moreover, 'the right of passage' is analogically used for 'international servitude' in the literature. The right of servitude is a right in rem included in domestic laws since Roman law. This right is used to characterise the right of passage to access the relevant state's enclave. Although, the doctrine of international servitude was dominant in the 19th century, the view of using international servitude to qualify the right of passage was shifted. However, discussions regarding the 'Zangezur Corridor', which is connecting Azerbaijan's mainland with Nakhichevan, brought back the international servitude and the right to passage into the international community's agenda. Nakhichevan is an enclave part of Azerbaijan. The Agreement was signed on 9 November 2020 after the second Karabakh war. Article 9 of this agreement stipulates that transportation between Nakhichevan and Azerbaijan will be provided by a corridor to be established in the Zangezur region. Therefore, it became necessary to determine the meaning of the right of passage stipulated in the agreement under international law. The first objective of this study is to make a constructive contribution to the international agenda by examining this ongoing debate on the Zangezur Corridor within the right of passage and international servitude. Then, the discussion on the right of passage and the right of servitude in international law will be revisited.

Keywords

Enclave, The Right of Passage, Nakhichevan Autonomous Republic, International Servitudes, Zangezur Region.

Extended Abstract

The effectiveness of international law rules is parallel with the establishment of peace and security and the minimisation of the conflict environment in the world. It is obvious that some problems are kept alive with the effect of historical dynamics and national interests in international relations. These problems sometimes intensively felt as conflicts of interest between states with changing accelerations, and sometimes they turn into hot conflicts. The long-standing issues between Azerbaijan and Armenia finally turned into hot conflicts in 2020, resulting in many losses of life and property. These conflicts ended with the Agreement signed between the parties on 9 November 2020. There is a strong need for examining the provisions of this agreement to provide legal solutions of issues from the past. The Agreement was concluded in accordance with the relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Since it clearly reflects the will of the parties, there is no doubt that the text of the Agreement is an international treaty. This study closely examines Article 9 of the Agreement. It states that: "All economic and transport connections in the region shall be unblocked. The Republic of Armenia shall guarantee the security of transport connections between the western regions of the Republic of Azerbaijan and the Nakhichevan Autonomous Republic in order to arrange unobstructed movement of persons, vehicles and cargo in both directions." The impact of this provision on the solution of a long-standing issue should not be ignored. Therefore, this study examines the process of the right of passage that is considered one of the basic principles of modern international law. The right of passage is a highly controversial issue in international law. While some authors consider this right as 'the right of servitude' by making an analogy from private law to international law, others strongly oppose this approach. The authors of both views make their assessments with internal consistency. The examination of international law literature reveals that the right of passage also referred to as the right of way or the right of transit. Issues such as innocent passage through the territorial waters of states, and access of landlocked states to the high seas are handled within the scope of other sources of international law, especially under customary international law. The study focuses on right of passage because of the permanent nature of the passage in question. Thus, the relationship between the right of passage and the right of servitude will be revealed more clearly. To put differently, Nakhichevan Autonomous Republic is connected to Azerbaijan but is territorially separate from the mainland. In this respect, Nakhichevan is considered as 'enclave'. Since there are no any other ways for Azerbaijan to access/communicate to the territory that is legally dependent on it, the right of passage becomes a necessity. At this point, the right of passage is being closer to the concept of servitude. The qualification of international servitude would become more significant with the formation of the right of passage. In general, it is possible to say that states show territorial integrity in a geographical sense. However, as in the example of the Nakhichevan, there are situations that can be defined as anomaly. The surrounding state has an obligation to establish a bond between Nakhichevan and the state to which it is legally bound under international law. It is the 'necessity of liaison' that raises this obligation since an alternative transition is absent. Therefore, the state that is responsible for the right of passage is under a legal obligation for the determination of its consent. In this context, there must be a preliminary agreement (*pactum de contrahendo*), custom or general principles of law establishing the right of passage between the states parties. The legal basis of the right of passage has been discussed in the literature in terms of the sources of international law. The study examines the legal nature of the right of passage based on the natural law perspective and the evaluations of positivist scholars. For instance, Azerbaijan has the right of passage to reach its own

territory and this right arises from the general principles of law as well as confirmed by the Agreement. The framework of this right has been defined with this agreement. Therefore, Azerbaijan's right to passage is confirmed in these three aspects namely; the subject in which natural lawyers and positivists meet on a common ground, the subject that is complemented by customary law rules and general principles of law and the subject that is confirmed by an international treaty. In this regard, Article 9 of the Agreement should be interpreted in this study.

GİRİŞ

Uluslararası hukuk, uluslararası ilişkilerde meydana gelen olaylar örüntüsüne hukuki çerçevede yaklaşan bir normatif disiplindir. Hugo Grotius, uluslararası toplumun ortak çıkarını ve barışçıl ilişkilerin sürdürülebilirliğinin uluslararası hukukun varlığına bağlı olduğunu ileri sürmüştür.¹ Silahlı çatışmaya veya savaşa dönüşen devletler arası ihtilafların nihai olarak çözülmesinde uluslararası hukuk kurallarının ağırlığı belirleyici bir yere sahiptir. Bu bağlamda Dağlık Karabağ meselesi sebebiyle Azerbaycan ve Ermenistan devletleri arasında uzun yıllar boyunca süregelen silahlı çatışma hali yakın zamanda taraflar arasında akdedilen andlaşma ile sona ermesi, uluslararası hukukun uluslararası toplum nezdindeki normatif değerini ortaya koymuştur.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) sona ermesinden itibaren Azerbaycan ve Ermenistan devletleri arasındaki Dağlık Karabağ ihtilafı, dondurulmuş bir ihtilaf görünümü verirken² 2020 yılının sonlarına doğru yeniden canlanmış; bu ihtilaf, iki devlet arasında sıcak çatışmaya dönerek pek çok can ve mal kaybına sebep olmuştur. İkinci Dağlık Karabağ savaşı olarak nitelendirilen bu çatışmalar 09 Kasım 2020 tarihli taraflar arasında akdedilmiş Andlaşma³ (2020 Andlaşması) ile sona ermiştir.⁴ Bu Andlaşma, taraf devletlere bazı hak ve yükümlülükler getirmiştir. Bunlardan birisi de Azerbaycan'a hukuken bağlı olmasına karşın bulunduğu coğrafi konumu gereği Azerbaycan ile bağlantısı olmayan bir bölge niteliğinde⁵ olan Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti (Nahçıvan) ile Azerbaycan arasında, Ermenistan top- rakları üzerinden geçit hakkının tanınmasına ilişkin yükümlülüktür.

¹ Hendley Bull, "The Importance of Grotius in the Study of International Relations", *Hugo Grotius and International Relations*, Ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, (Oxford: Clarendon Press, 1990): 65-95, 72-75; Max G. Rupp, "Hugo Grotius and His Place in the History of International Peace", *The Catholic Historical Review* 10, S. 3 (1924): 358-366, 358; Mustafa Aydın, "Uluslararası İlişkilerde Yaklaşım, Teori ve Analiz", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 51, (1996): 71-114, 87.

² Armine Grigoryan, "Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict." *Mesrop Mashots University Bulletin* 1 (2020): 131.

³ Azerbaycan Dışişleri Bakanlığı. "No: 406/20, Azerbaycan Respublikasının Prezidenti, Ermenistan Respublikasının Baş naziri ve Rusya Federasyonunun Prezidentinin Beyanati". www.mfa.gov.az/az/news/no40620. Erişim Tarihi: Mart 21, 2023.

⁴ Cüneyt Yüksel ve Hamza Yüce, "Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, S. 3 (2022): 1021-1065, 1024.

⁵ Bahadır Bumin Özarslan, "Bir Özerk Cumhuriyet Örneği Olarak Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti", *I. Milletlerarası Türkiye-Azerbaycan Münasebetleri Sempozyumu*, 12-14 Mayıs 2016, Kastamonu, 578-590, 583.

Geçit hakkı getiren bu hükmün incelenmesinden önce, 2020 Andlaşması'nın uluslararası hukuktaki niteliğini ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya'nın taraf olduğu 2020 Andlaşması, 27.09.2020 tarihinde Azerbaycan ile Ermenistan arasında başlayan çatışmaların neticesinde akdedilmiştir. 2020 Andlaşması, bir ateşkes andlaşması niteliğinde görünse de Erçakıca'ya göre ateşkes andlaşmasının geçici niteliğini aşan, nihai ve kalıcı statüko oluşturan hükümler içerdiği için barış andlaşmasını çağrıştıran bir nitelik taşımaktadır.⁶ Gerçekten de 2020 Andlaşması'nın, hükümlerinden birisi olan Azerbaycan lehine Ermenistan'a yüklediği geçit hakkının kalıcı statüsü de dikkate alındığında bunun geçici bir ateşkes andlaşması niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

2020 Andlaşması, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁷ (VAHS) 2/1-a maddesinde⁸ uluslararası andlaşma için öngörölmüş kurucu unsurları taşıdığı anlaşılmakla birlikte 2020 Andlaşması'nın tarafları için bağlayıcılık kazandığının tespiti önem arz etmektedir. Uluslararası hukuk bakımından bir andlaşmanın hukuki bağlayıcılığı, tarafların bağlanma iradesi ile vücut bulmaktadır.⁹ Nitekim Uluslararası Adalet Divanı'nı (UAD) tarafından verilen bir danışma görüşüne göre; *“bir andlaşma, ilgili tarafların muvafakatini ifade etmektedir; taraflar, tasarlanmış bir anlaşmanın şartlarını kabul etme veya reddetmede özgür olmalıdır. Ayrıca hiçbir tarafın kendi şartlarını diğer tarafa empoze etmesi düşünülemez.”*¹⁰ Taraflarının andlaşma ile bağlanma iradesi VAHS m.11 hükmü uyarınca imza, belgelerin teatisi, onay, kabul, tavsip ya da katılma veya üzerinde mutabakat varsa diğer hukuki araçlar vasıtasıyla açıklanabilir.¹¹ Taraflar arasındaki 2020 Andlaşması'nın hükümleri incelendiğinde tarafların bağlanma iradesinin şeklinin 2020 Andlaşması'da belirlenmediği görölmektedir. Bu halde bağlanma iradesinin şekli hususu metninden anlaşılmadığı hallerde bağlanma iradesinin şekli konusunda onay veya imza yönünde bir karinenin kabul edildiğine öğreti ve uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır.¹² Erçakıca'ya göre, VAHS'nin 14. maddesi hükmü çerçevesinde 2020 Andlaşması metninde bağlanma iradesinin onay işlemi ile mümkün olması yönünde bir atıf olmadığı için bağlanma iradesi imza ile açıklanabilecektir.¹³

⁶ Mustafa Erçakıca, “Dağlık Karabağ Sorununun ve ‘Ateşkes’ Andlaşması'nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılırlarından Değerlendirilmesi”, TAAD 12, S. 47 (Temmuz 2021), 305.

⁷ VAHS'nin Türkçe metni için bkz. Mesut Hakkı Çaşın, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2020), 202-223.

⁸ Çaşın, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, 202.

⁹ A. Füsün Arsava, “Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulaması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S. 15 (Haziran 2020): 45-68, 51.

¹⁰ ICJ, “International Court of Justice in the Advisory Opinion on the International Status of South-West Africa”, 11 Temmuz 1950, 79-90.

¹¹ Çaşın, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, 205.

¹² Sevin Toluner, Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), Derleyenler: Ayşenur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün, Elif Başkaracaoğlu, (İstanbul: Beta Yayıncılık 2017), 103.

¹³ Erçakıca, “Dağlık Karabağ Sorununun ve ‘Ateşkes’ Andlaşması'nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılırlarından Değerlendirilmesi”, 308.

İmza ile bağlanma iradesini düzenleyen VAHS'nin 12/1. maddesinde¹⁴ ise temsilcinin imzasının devletin bağlanma iradesi olduğu andlaşma metninden veya taraf devletlerin iradelerinden anlaşılacağı hallerde imzanın o etkiyi verme niyetinin varlığı temsilcinin yetki belgesinde veya görüşmelerdeki iradelerde aranacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce çalışmamıza konu olan 2020 Andlaşması metninde onay işlemine ilişkin atıf bulunmamasının yanı sıra devletler adına imza atan temsilcilerin devlet başkanları olması, atılan imzaların devletlerin bağlanma iradesi için yeterli olduğunu bize göstermektedir. Dolayısıyla bu yönleriyle 2020 Andlaşması, kalıcı statüko oluşturan ve taraf devletleri bağlayan uluslararası bir andlaşma niteliğindedir.¹⁵

Çalışmamızda bahse konu 2020 Andlaşması'nın 9. maddesi hükmünde yer alan geçit hakkı yakından incelenecektir. Bu hükme göre;¹⁶ *“Bölgedeki tüm ekonomik ve nakliye ağları restore edilir. Ermenistan Cumhuriyeti, vatandaşların, nakliye araçlarının ve malların her iki yönde de engelsiz bir şekilde hareketinin teşkili amacıyla Azerbaycan Cumhuriyeti'nin batı bölgeleri (rayonları) ile Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti arasındaki ulaşım ağlarının güvenliğini garanti eder. Ulaşımın ağlarının kontrolü, Rusya Federal Güvenlik Servisi Sınır Servisi'nin organları tarafından yürütülmektedir. Tarafların rızasıyla, Nahçıvan Cumhuriyeti ile Azerbaycan'ı batı bölgeleri (rayonları) birbirine bağlayan yeni ulaşım ağlarının inşası temin edilecektir.”* Azerbaycan için önemli bir kazanım olan Ermenistan toprakları üzerinde Azerbaycan lehine verilmiş bu geçit hakkı düzenlemesinin uluslararası hukuk bakımından vasıflandırılması gereklidir.

Uluslararası hukukta bir devletin ülkesi üzerinde diğer devlet lehine sağlanan geçit hakkı uluslararası irtifak hakkı¹⁷ (*international servitudes*) olarak vasıflandırılmaktadır. Uluslararası irtifaklar, bir devletin ülkesi üzerindeki egemenliklerini başka bir devlet lehine ve devamlı surette getirilen sınırlamalar olarak tanımlanır.¹⁸ Ancak devletlerin egemenlik yetkilerini sınırlandıran uluslararası irtifak

¹⁴ Çasin, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, 205: “1. Aşağıdaki hallerde bir Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası temsilcilerinin imzası ile açıklanabilir: a - andlaşma, imzanın o etkiye sahip olacağını öngördüğü zaman; b - görüşmeciler Devletin imzanın o etkiye sahip olması hususunda mutabık kaldıkları başka türlü tespit edildiği zaman; c- Devletin imzaya o etkiyi verme niyeti, temsilcisinin yetki belgesinden anlaşıldığı zaman veya görüşmeler esnasında açıklandığı zaman.”

¹⁵ Yüksel ve Yüce, “Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması”, 1048; Erçakıca, “Dağlık Karabağ Sorununun ve 'Ateşkes' Andlaşması'nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılarında Değerlendirilmesi”, 287-314, 309.

¹⁶ Ayrıca bkz. Yüksel ve Yüce, “Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması”, 1058; Erçakıca, 306; Mehmet Çağatay Güler, “Karabağ'ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklem” *Seta Perspektif* 301, S. 1, (2020): 3.

¹⁷ Roma hukukundan bu yana süre gelen bir kurum olarak irtifak hakları için özellikle Anglosakson hukukçuların “*uluslararası servitüt*” terimini tercih ettikleri görülmektedir. Terimin bu kullanımı hakkında ayrıca bkz. Anıl Çamyamaç, *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukuki Durumu*, (Ankara: Adalet Yayınevi 2012), 83-84.

¹⁸ Çamyamaç, *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukuki Durumu*, 84.

hakkı kavramının varlığı uluslararası hukuk öğretisinde tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkar.¹⁹ Çalışmamızda tartışmalı olan bu meseleye değinilerek geçit hakkının nitelendirilmesi amaçlanmıştır.

Uluslararası hukuk uygulamasına bakıldığında geçit hakkının denize kıyısı olmayan devletlerin denize; anklav niteliğindeki ülkelerin de ana ülkelere erişimi için kullanıldığı görülmektedir.²⁰ Azerbaycan'ın ülkesel sınırları dışında kalan Nahçıvan'ın anklav ülke niteliği öncelikle incelenecektir. Ardından, anklav ülkelerin ana ülkelere ulaşımı için bir geçit hakkının kurulmasındaki zorunluluğun 2020 tarihli Andlaşması'nda düzenlenen geçit hakkının üzerindeki normatif etkisi çalışmamızda tartışılacaktır.

I. AZERBAJCAN CUMHURİYETİ'NİN ANKLAV ÜLKESİ OLARAK NAHÇIVAN ÖZERK CUMHURİYETİ

A. KAVRAMSAL BOYUTUYLA VE UYGULAMADAKİ ÖRNEKLERİYLE ANKLAV (ENCLAVE) ÜLKELER

1. Anklav (Enclave) Ülke Kavramı

1900'lü yıllarda ilk defa Jellinek tarafından ileri sürülmüş ve uluslararası hukukta genel kabul görmüş anlayışa göre devlet, üç unsurdan (insan topluluğu, ülke ve egemenlik) teşekkül etmektedir.²¹ Bu unsurlar arasında yer alan ülke unsurunu oluşturan toprak parçası -kara ülkesi- ve ona bağlı olan deniz ve hava ülkesinin bütünlük arz eder. Ancak devletin kara ülkesinin birbiriyle ilişkisi bulunmayan birkaç parçadan oluşması; anakara ülkesi dışında ülkenin bir kısmının açık deniz sahasında yer alan adalardan oluşması ve hatta bahse konu kara parçalarının muhtelif kıtalara dağılmış olması da uygulamada mümkün gözükmektedir. Devletin anakara ülkesi dışındaki toprak parçalarının bazı hallerde başka bir devlet(ler)in toprakları ile çevrili olması durumuyla da uluslararası hukukta karşılaşmak mümkündür.²²

Çalışmaya konu olan devletin ülkesinin “coğrafi anlamda bütünlüğü” kavramı ile uluslararası hukukta devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesinin birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesi, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 2/4. maddesinin hükmünde, BM üyelerinin, uluslararası

¹⁹ Geçit hakkını, devletin egemenliği üzerinde yaratılan bir sınırlama olarak açıklayan görüş için bkz. Merve Nur Yılmaz, “Uluslararası Çevre Hukukunda Hakça Kullanım İlkesi”. *TBB Dergisi* 135, (2018): 235-260, 246.

²⁰ Çamyamaç, *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukuki Durumu*, 86-91.

²¹ Ali Özdemir ve Mehmet Akgül, “Avrupa Birliği ve Devlet Egemenliği İkilemi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan* 19, (2017): 2997-3023, 3000; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2.Kitap*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara 2021), 5.

²² Ayferi Göze, *Devletin Ülke Unsuru (Sınırlar ve Devlette Olan Münasebeti)*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959), 68; John D. Viall, “The Transit of Persons to and From Lesotho”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 1, S. 2 (1968): 187-208, 196, Pazarıcı, *2.kitap*, 14-15.

sı ilişkilerinde başka devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, tehdit veya kuvvet kullanılmaları yasaklanmıştır.²³ Bu ilke aslında, devletin faaliyet ve yetki sahasında bulunan ülkesinin bütünü üzerindeki egemenliğine vurgu yapmaktadır. Diğer bir ifade ile devletin ülkesinin bir kısmını bütünden ayırmaya yönelik tehdit veya kuvvet kullanılması yasaklayan bu ilke yasaklanmaktadır. Muhteviyatı itibarıyla devletin bütünlüğü ilkesi, ülkenin coğrafi bütünlüğü kavramını ifade etmemektedir.²⁴

Günümüzde devletlerin ülke sahalarının ekseriyetle coğrafi anlamda bütünlük göstermekte olduğu gerçeği yanı sıra özellikle ülkenin kara parçalarının bir kısmının başka devlet(ler) ile çevrili olması coğrafi bütünlük nazarında bir “anomali” olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Ancak bu durum daha önce bahsettiğimiz üzere uluslararası hukuk dahilinde devletlerin toprak bütünlüğü ilkesinin bir kural dışılığını ifade etmemektedir.

Latince kökenli ve diplomatik bir kavram olan anklav,²⁶ “bir devletin tamamının veya ülkesinin bir parçasının başka bir devlet ya da başka devletler ile tamamıyla çevrili olması durumunu” ifade etmektedir.²⁷ Tarihsel kullanım itibarıyla Fransa’nın topraklarının paylaşıldığı 1526 tarihli Madrid Andlaşması’nda ilk kez bahsi geçen

²³ Bu ilkenin ilk olarak düzenlenmiş olduğu yer Milletler Cemiyet Sözleşmesidir. Sözleşmenin 10.maddesinde göre, üye devletlerin birbirinin ülke bütünlüğüne saygı gösterecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca ilke birçok uluslararası andlaşma ve düzenlemede yer almıştır. Pazarıcı, *2.Kitap*, 15; bu ilke ayrıca, BM Şartı kapsamında yayımlanan “Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgesi”nde dile getirilmiştir. Bildirge’de devletlerin toprak bütünlüğüne aykırı herhangi bir girişimin BM Andlaşması’nın amaç ve ilkeleri ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Bu ilke uluslararası hukukta bir teamül kuralı olarak ifade edilmektedir. Fatma Taşdemir, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 18, (2016): 644-668, 651.

²⁴ Yunanistan’ın Ege sorununda ileri sürdüğü, Ege denizinde bulunan adaları ile ana kara ülkesi arasında Türkiye’nin kıta sahanlığına sahip olmadığı; ana kara ülkesi ile adalarının coğrafi anlamda bütün olması gerektiği savını, devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesine dayandırması hukuki anlamda coğrafi bütünlük ile devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesinin birbirine karıştırılmasıdır. Bu konuda bkz. Pazarıcı, *2.Kitap*, 16.

²⁵ Tarık Demir, “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi” (Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul: Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, 2014), 62: “Ülkesel anomaliler (Territoriale Anomalien) adı altında Caprivi Strip gibi uç topraklar, Danzig koridoru gibi koridorlar (Korridore) ve hem denizel hem de karasal olmak üzere anklav-eksklavlar (Enklaven und Exklaven) olarak üç kısma ayrılır.”

²⁶ Yu. Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, *Baltic Region 2* (2013): 113-123, 114: “Anklav, Latince “inclavatus” kökünden gelen kelime “içeri” anlamını taşıyan “in” ve “kilit” anlamına gelen “clavis” kelimelerinin birleşiminden türemiştir.”; “Kavramın İngilizce ve Almanca literatüre girmesi ise 18’inci yüzyılda olmuştur.”; Anklav’ın fonetik köken hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi”, 11-13. Gerard Hoffman, “Enclaves” *Encyclopedia of Public International Law* vol. 10 State, Responsibility of States, International Law and Municipal Law içinde, R. Bernhardt (ed.), (Elsevier 1987), 143.

²⁷ C. D. Olivier Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, *International and Comparative Law Quarterly* 4, S. 2 (1955): 294-307, 295.

anklav (*enclave*) kavramı,²⁸ yukarıda belirtildiği üzere; devletin coğrafi bütünlüğündeki anomalilerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla anklav, fonetik kökeni itibarıyla, “içeride kilitli olan” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilecek bir kavramdır. Aslında bu kavram ile ana kara parçasından başkaca devletin veya devletlerin toprakları ile ana ülkesinden coğrafi anlamda ayrılan toprak parçası belirtilmektedir.²⁹

Ana ülkesine siyasi anlamda bağlı olan ancak kendisini çevreleyen devlet veya devletler nedeniyle ana ülkesi ile coğrafi anlamda bütünleşik olmayan toprak parçasının kendisini çevreleyen devlet veya devletlerle ilişkisini tanımlayan statü anklav iken; ana ülkesinin bu toprak parçası üzerindeki statüsü ise eksklav (*exclave*) olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir deyişle bahse konu olan toprak parçası kendisini çevreleyen devlet veya devletler açısından anklav niteliğinde iken hukuken bağlı olduğu ülke bakımından eksklav olarak kabul edilmektedir.³⁰ Bu kabul dikkate alındığında Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti kendisini çevreleyen devletler nazarında anklav olarak; Azerbaycan Cumhuriyeti açısından eksklav olarak nitelendirilebilmektedir.

Anklav olarak kabul edilen ülke parçalarının sahip oldukları ortak özellik -adasal- konumlarıdır. Başka bir deyişle, anklav nitelikteki ülke parçasının ana ülkeyle ya da uluslararası toplumun diğer üyeleri ile ulaşım ve iletişim kısıtlarına sahip olmalarıdır. Ancak Farran’a göre, bu tür kısıtlar iklim, coğrafi koşullar gibi doğal sebeplerden kaynaklanıyorsa bu ülke parçasının anklav olarak tanımlanması mümkün olmayacaktır. Ülke parçasına anklav sıfatını veren yegâne unsur; anklav ülke parçasının, ana ülkesi veya diğer devletlerle olan bağımlı kesen sebebin bir veya birkaç devletin ülkesinin toprakları olmasıdır.³¹

2. Uygulamadaki Örnekleriyle Anklav Ülkeler

Tarihsel süreçte Roma İmparatorluğu’nun çökmesi, Avrupa’da yabancı devletlerin toprakları ile çevrelenmiş çok sayıda anklav toprakların doğmasını tetiklemiştir. İlerleyen zamanlarda ise bu anklavların, kendisini çevreleyen devletlerin toprakları haline geldiği görülmektedir.³² Tarihsel gelişim çerçevesinde, anklavların ulusal bütünlüklerin sağlanmasından önce, sömürgecilikle (*kolonizasyon*) birlikte, Avrupa’da ve yeni kolonilerin oluşturulduğu Afrika’da teşkil edildiği görülmektedir. Ancak zamanla Avrupa’da ulus devletlerin meydana gelmesiyle ve Afrika’daki dekolonizasyonla anklavların sayıları oldukça azalmıştır.³³

²⁸ Demir, “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi”, 11. Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 114.

²⁹ Hoffman, “Enclaves”, 143.

³⁰ Demir, “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi”, 13.

³¹ Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, 296.

³² Hoffman, “Enclaves”, 143.

³³ Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, 298. Hoffman, “Enclaves”, 143.

Bugün itibariyle Avrupa bölgesinde yer alan anklavlara gösterilebilecek bazı örnekler şunlardır: *Baarle-Hertog*, Hollanda sınırları içerisinde yer alan Belçika yerleşim bölgesidir. *Büdingen am Hochrhein*, İsviçre’de *Schaffhausen* ve *Thurgau* Kantonları tarafından çevrelenmiş bir Alman yerleşim yeridir. *Verenahöfe*, İsviçre sınırları içerisinde bulunan Almanya’nın *Wiechs am Randen* kasabasının bir parçası olan Alman yerleşim yeridir. *Campione d’Italia*, İsviçre’nin Ticino Kantonu ile çevrili ve İtalyan yerleşim yeridir. *Llivia*, Fransa’nın *Pyrénées-Orientales* bölgesi (*Département*) içerisinde yer alan İspanyol yerleşim yeridir.³⁴ Avusturya’nın İsviçre toprakları içerisinde yer alan *Jungholz* yerleşim yeri de bir anklav niteliktedir.³⁵ Tarihsel nedenlerle statüsü değişmeden kalabilmiş olan bu anklavların Avrupa Birliği’ne üye devletlere ait olması sebebiyle sınır geçişlerinin kolaylaşması mevcut statülerinin devamlılığını sağladığını söylemek mümkündür. Avrupa bölgesinde yer alan bir diğer anklav ise İspanya ile sınır bulunan ve Britanya’nın deniz aşırı toprağı olan *Cebelitarık*’tır.³⁶

Ayrıca günümüzde Rusya Federasyonu’na ait üç anklavdan bahsetmek mümkündür. Bunlar, *Kaliningrad*, *Sankovo-Medvezhie*³⁷ ve *Dubki*³⁸’dir. Bu anklavlardan en büyük yüz ölçüme sahip olan Kaliningrad, Polonya, Litvanya ve Kuzey Baltık Denizi ile çevrelenmiştir. Rusya Federasyonu’nun batıdaki en uzak federal eyaletidir (*oblast*).³⁹ Başlıca diğer anklav örnekleri olarak ise şunlar; Amerika Birleşik Devletleri’nin bir anklavı olan *Alaska Eyaleti*, İspanya’nın Kuzey Afrika’daki anklavları olan *Ceuta* ve *Melilla*, Doğu Orta Asya’da, Kırgızistan’ın *Batken* bölgesi, *Kadamjay* bölgesi ile çevrili Özbekistan’ın bir anklavı olan *Shokh* ve *Shohimardon* sayılabilir.⁴⁰ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında anklav kabul edilen Nahçıvan’ın tarihsel gelişimi ve mevcut statüsü incelenecektir.

³⁴ Hoffman, “Enclaves”, 144.

³⁵ Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 119.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi”, 111-118.

³⁷ Briansk bölgesine ait, ancak Beyaz Rusya’nın Gomel bölgesi topraklarında bulunan terk edilmiş Sankovo-Medvezhie köylerinin bulunduğu bölgedir. Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 120.

³⁸ Pskov bölgesinde kayıtlı olan ve Estonya’da Pskov Gölü kıyısında bulunan Dubki yerleşim yeridir. Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 120.

³⁹ Kaliningrad ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, *Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi*, 92-110.

⁴⁰ Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 119.

B. NAHÇIVAN ÖZERK CUMHURİYETİ'NİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE MEVCUT HUKUKİ STATÜSÜ

Güney Kafkasya (Transkafkasya)⁴¹ bölgesinin güneydoğusunda yer alan Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti (Nahçıvan), Ermenistan Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti İran İslam Cumhuriyeti ile çevrelenmiş bir bölgede yer almaktadır.⁴² Nahçıvan, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 134. maddesine göre siyasi olarak Azerbaycan'a bağlı özerk bir devlettir.⁴³

Nahçıvan bölgesi, Kafkasya'nın en eski yerleşim bölgelerinden birisi olarak tarih boyunca birçok medeniyete ev sahipliği yapmış ve farklı devletlerin yönetimi altına girmiştir.⁴⁴ 1747 yılında İran'ın etkisinden kurtulup bağımsız bir hanlık olarak kurulan Nahçıvan Hanlığı, 1828 tarihli Türkmençay Andlaşması⁴⁵ ile Rus hakimiyetine girmiş ve bu fiili durumu Osmanlı Devleti 1829 tarihli Edirne Andlaşması ile kabul etmiştir.⁴⁶ Nahçıvan bölgesi Rus hakimiyetindeki mevcut statüsünü Bolşevik ihtilaline kadar sürdürmüştür.⁴⁷

1917'de Rusya'da Bolşevik İhtilali'nin gerçekleşmesi ile Rusya'nın savaştan çekilmesi sonucunda ortaya çıkan yönetim boşluğunu fırsat bilen Ermeniler Nahçıvan'a yönelik saldırılara başlamışlardır.⁴⁸ Ermenilerin Nahçıvan'ı da içine alan bir devlet kurma amacıyla yapmış olduğu saldırılar ve Ermeniler ile bölgede yerleşik Türkler arasında meydana gelen iç karışıklıklar ile mücadele eden Türk

⁴¹ Reyhan Rafet Can, "Güney Kafkasya Jeopolitiğinde Demiryollarının Rolü", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 32, S. 1 (2022): 37-54, 38: "Coğrafi olarak Güney Kafkasya, Büyük Kafkasya'nın güneyinde, Doğu Avrupa ile Güneybatı Asya sınırında yer alan bir bölgedir. Başka bir ifade ile Karadeniz'in doğusunda Taman yarımadasından Hazar Denizi'nin batısındaki Apşeron yarımadasına kadar uzanan dağlık bölge, Kafkasya olarak isimlendirilmektedir. Kafkasya'nın doğusu Asya kıtasında, batısı ise Avrupa kıtasında yer almaktadır. Rusya'da söz konusu bölge aynı zamanda Transkafkasya olarak da anılmaktadır."

⁴² Oğuz Şimsek, "Nahçıvan'ın Jeopolitik ve Jeostratejik Önemi", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, S. 6, (2010): 111-132, 114-115.

⁴³ Azerbaycan Cumhuriyet Anayasası'nın "Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti" başlıklı 8.bölümü (m.134-141) içerisinde düzenlenmiştir. Azerbaycan Anayasası için bkz. Cavit Abdullahzade ve Ozan Ergül, "Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47, S. 1-4, (1998): 221-278.

⁴⁴ Nahçıvan'ın I. Dünya Savaşı öncesine kadarki tarihinin kısa bir özeti için bkz. İ. Ethem Atnur, *Osmanlı Yönetiminden Sovyet Yönetimine Kadar Nahçıvan (1918-1921)* (Ankara: TTK Yayınları, 2001), 1-5.

⁴⁵ Okan Yeşilot, "Türkmençay Antlaşması ve Sonuçları", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 14, S. 36, (2008): 187-199, 190; "(...) Antlaşmanın 3.maddesine göre; İran, 6 ay içerisinde Revan ve Nahçıvan Hanlıklarını Rusya'ya bırakmıştır."

⁴⁶ Şimsek, "Nahçıvan'ın Jeopolitik ve Jeostratejik Önemi", 118; Şerafeddin Turan, "1929 Edirne Antlaşması", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi Dergisi* 9, S. 1-2, (1951): 111-151, 137; İbrahim Ethem Atnur, "Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan", *Erdem Dergisi* 11, S. 32, (1998): 367-370, 367.

⁴⁷ Ali Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu", *Atam Dergi* 14, S. 41, (1998): 522-546, 522.

⁴⁸ Atnur, "Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan", 367.

ordusu; 1918 yılı itibarıyla ise Kazım Karabekir komutasında Nahçıvan'da kontrolü sağlamıştır.⁴⁹ Bu kontrol I. Dünya Savaşının sonunda Osmanlı Devleti'nin yenilgiye uğraması ve Türk ordusunun Nahçıvan'dan çekilmesi ile sona ermiştir.⁵⁰

Millî Mücadele döneminde Sovyet Rusya ile Türkiye arasındaki ilişkilerde Nahçıvan'ın önemi artmış ve Türk-Sovyet ilişkileri açısından Nahçıvan bir haberleşme ve ulaşım koridoru haline gelmiştir.⁵¹ İstanbul'un işgal edilmesinden sonra artan Ermeni saldırıları ve Kars, Ardahan ve çevresinde Türklere karşı Ermeniler tarafından gerçekleştirilen kanlı eylemler karşısında 6 Haziran 1920'de Kazım Karabekir'in askerî harekât yapılması yönündeki teklifi uygun görülmüştür.⁵² 25 Temmuz 1920 tarihinde Ermeni güçlerinin Şahtahtı'nı işgal etmesi üzerine Kazım Karabekir komutasındaki 15. Kolordu Ermeni güçlerini mağlup etmiş ve 8 Kasım 1920'de Şahtahtı ele geçirilmiştir.⁵³ Şahtahtı'nın ele geçirilmesinin akabinde Türkiye ve Ermenistan arasında 3 Aralık 1920 tarihli Gümrü Andlaşması⁵⁴ akdedilmiştir. Ancak Sovyet Rusya'nın talebi ile Azerbaycan Komünist Partisi, Sovyet Ermenistan ile kurulacak ilişkiler gerekçe gösterilerek Nahçıvan ve Zengezur'un verildiğini ilan etmiştir.⁵⁵ Bunun üzerine Sovyet Rusya ile diplomatik yollarla görüşen Türkiye'nin tutumu sebebiyle Nahçıvan'ın bugün var olan yapısını teşekkül ettiren ve Sovyet Rusya'ya Nahçıvan'ın statüsünü kabul ettiren 16 Mart 1921 tarihli Moskova Andlaşması⁵⁶ akdedilmiştir. Moskova Andlaşması'na göre Nahçıvan'ın özerk statüye sahip olduğu kabul edilmiş ve başka bir devlete terk edilmemek koşuluyla Nahçıvan Azerbaycan'a bağlanmıştır.⁵⁷

Nahçıvan'ın, Azerbaycan ile olan bağlantısı hususunda Gümrü Andlaşması'nın 12. maddesi önem arz etmektedir. Buna göre, Nahçıvan üzerinden Türkiye'nin İran ve Azerbaycan ile, Ermenistan'ın İran ile irtibat kurması

⁴⁹ Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu", 523; Atnur, "Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan", 367.

⁵⁰ Atnur, "Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan", 367.

⁵¹ Millî Mücadele'de Sovyetler ile ilişkilerin yürütülmesinde Nahçıvan'ın önemi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atnur, Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan, 368.

⁵² Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu", 537.

⁵³ Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu", 541.

⁵⁴ "Gümrük Anlaşması (Fransızca)", Türkiye Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 26 2022, https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/Kurucu_Anlasmalar/gumru-anlasmasi-fransizca.pdf.

⁵⁵ Atnur, "Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan", 368.

⁵⁶ Andlaşmanın tam metni için bkz. "1921 Moskova Anlaşması (Fransızca)", Türkiye Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 26, 2022, https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/Kurucu_Anlasmalar/1921-moskova-anlasmasi-fransizca.pdf.

⁵⁷ Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu", 544; Atnur, *Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan*, 368; Laçin İdil Öztüğ, "Türkiye ve Ermenistan İlişkilerinde Nahçıvan Sorunu", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi Journal of Modern Turkish History Studies* 36, S. 18, (2018): 413-430 416.

sağlanarak her türlü ulaşım yoluyla mal ve insan transit geçişinin tesis edilmesi kararlaştırılmıştır.⁵⁸ Kars Andlaşması'nın akdedildiği döneme kadar Nahçıvan'ın bağlantı Azerbaycan ile bağlantısını kuran Zengezur bölgesinde karışıklıklar devam etmiş ve Zengezur'un büyük bir kesimi Ermenistan kontrolüne geçmiş geçmiştir. Fakat bu dönemde henüz Azerbaycan ana karası ile Nahçıvan'ın bağlantısını sağlayacak şekilde Nüvedi, Ernezir ve Tuğut Köyleri Azerbaycan'ın egemenliğinde bulunduğu için İran sınırı ve Aras Nehri boyundan Nahçıvan ile Azerbaycan arasında ulaşım sağlanabilmiştir. Diğer bir ifade ile bu dönemde Nahçıvan büyük oranda ana karadan ayrı düşmüş olsa da Azerbaycan'ın kalını ile karadan hala irtibatı bulunmaktadır.

Moskova Andlaşması'nın Kafkas Sovyet Cumhuriyetlerine (Azerbaycan, Ermenistan ve Gürcistan) kabul ettirmek için Kars Konferansı düzenlenmiş ve Konferans neticesinde 13 Ekim 1921 tarihli Kars Andlaşması akdedilmiştir.⁵⁹ Kars Andlaşması ile Moskova Andlaşması'ndaki gibi Nahçıvan Azerbaycan'a bırakılmış ve Kars Andlaşması'na taraf olan Ermenistan da bu durumu tanımıştır.⁶⁰

Nahçıvan'ın, Azerbaycan ile bağlantısının tamamen kopması ise Sovyet Ermenistan ile Sovyet Azerbaycan'ın, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ne bağlı olduğu dönemde Güney Kafkasya Merkezi Otoritesi İcra Kurulu'nun İran sınırına yakın olan *Nüvedi*, *Ernezir* ve *Tuğut* köylerinin Ermenistan'a devredilmesine ilişkin aldığı karar ile gerçekleşmiştir.⁶¹ Her ne kadar 1922'den beri Zengezur bölgesinin büyük bir kısmına Ermenistan hakim olsa da⁶² bölgenin güneyindeki söz konusu yerleşimler Azerbaycan'ın Nahçıvan ile bağlantısını kurmasını

⁵⁸ Atnur, *Osmanlı Yönetiminden Sovyet Yönetimine Kadar Nahçıvan (1918-1921)*, 401; Gümrü Andlaşması'nın 12.maddesi uyarınca "Akit iki taraf, transit operasyonlarda herhangi bir kişinin veya herhangi bir kişiye ait herhangi bir malın tüm güzergahlarda (Ermenistan ve İran da dahil), bir yandan diğer yana, deniz yoluyla ve herhangi bir ülke arasında serbest geçişini engellemeyeceklerini karşılıklı olarak taahhüt ederler. Türk hükümeti, İran, Magou ve Ermenistan üzerinden Şaror, Nahçıvan, Şahakht ve Djoulfa arasındaki transit operasyonların serbestliğini garanti eder. Ermenistan hükümeti, Azerbaycan, İran, Gürcistan ve Türkiye arasındaki ticari malların, vagonların, demiryolu vagonlarının genel geçiş operasyonlarını engellemeyeceğine söz verir. Türk Devleti, tam barış sağlanıncaya kadar emperyalistlerin bütünlüğüne ve bütünlüğüne aykırı hain eylemlerini önlemek için Erevan Cumhuriyeti'ndeki tüm demiryollarını ve ulaşım yollarını kendi kontrolü altına alacak ve iki taraf da emperyalist (İtilaf) güçlerin resmi ve gayri resmi ajanlarının Cumhuriyet içinde herhangi bir zarar veya karışıklığa yol açmasını yasaklayacaktır."

⁵⁹ Andlaşmanın tam metni için bkz "1921 1921 Kars Anlaşması", Türkiye Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 26 2022, https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/Kurucu_Anlasmalar/1921-kars-anlasmasi.pdf.

⁶⁰ Atnur, *Osmanlı Yönetiminden Sovyet Yönetimine Kadar Nahçıvan (1918-1921)*, 445-446; Arslan, "I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan'da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsü'nün Oluşumu", 544.

⁶¹ Nazım Mustafa, "Nahçıvan ile Azerbaycan'ı Birbirinden Ayırmak Üzere Tertiplenen Zengezur'un Ermenistan'a Katılma Süreci", *Avrasya İncelemeleri Merkezi Blogu* 2019, Erişim Tarihi: Eylül 26, 2022, <https://avim.org.tr/Blog/Nahcivan-Ile-Azerbaycan-I-Birbirinden-Ayirmak-Uzere-Tertiplenen-Zengezur-Un-Ermenistan-A-Katilma-Sureci-11-12-2019>.

⁶² Emine Vildan Özyılmaz, "Geçmişten Günümüze Dağlık Karabağ", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 15, S. 2, (2013): 191-208, 199.

sağlamaktaydı. Ayrıca, bahsi geçen köylere ek olarak aynı dönemde Nahçıvan'a bağlı dokuz köy de İcra Komitesi'nin kararıyla Ermenistan'a bağlanmıştır.⁶³ Keza 5 Mart 1938 tarihinde de İcra Komitesi'nce *Şerur'un Sederek ve Kerki köyleri* civarındaki bazı yerler, 80'li yıllarda ise *Ordubad'ın Kotam ve Kilit köyleri* de yine Azerbaycan'dan alınıp Ermenistan'a verilmiştir.⁶⁴

Sovyetler Birliği'nin politikası olarak Türkiye ile Sovyet çatısı altındaki Türki Cumhuriyetlerin bağlantısını kesmek⁶⁵ için Zengezur Bölgesi bu şekilde 1920'lerde başlayan girişimlerle Ermenistan'a bırakılmasının neticesi olarak Nahçıvan ile Azerbaycan'ın ulaşım bağlantısı kesilmiş ve Nahçıvan, uluslararası hukuk bağlamında Azerbaycan'ın bir anklavı haline dönüşmüştür.

II. ANKLAV ÜLKELERİN ANA ÜLKESİ İLE ULAŞIM SORUNU: ÇEVRELEYEN DEVLET ÜLKESİNDEN (TOPRAKLARINDAN) GEÇİT HAKKI

A. GEÇİT HAKKININ ULUSLARARASI HUKUK DAHİLİNDE GÖRÜNÜMÜ

Uluslararası hukukta geçit hakkı sorununa değinen ilk kişi Francisco de Vitoria (1480-1546) olarak bilinmektedir. Vitoria, ticaret özgürlüğü ile seyahat ve ikamet özgürlüğü gibi ilkelere yönelmiş; doğa yasasının her devlete kendi iletişimini diğer tüm devletlerle iletişim kurma hakkını verdiğini savunmuştur. Böylece tarihsel süreçte İspanyollar, yerlilere zarar vermemek koşuluyla Amerika'da ticaret yapma hakkına sahip olmuştur.⁶⁶

Bu çalışmanın konusu dahilinde anklav ülkelerin ana ülkesi ile ulaşımı sorununun uluslararası hukuk uygulamasında anklav ülkeleri çevreleyen devletlerde sağlanan geçit hakkı ile aşıldığı görülmektedir. Geçit hakkı (*the right of passage*) olarak isimlendirilen hukuki müessese, anklav ülkenin ana ülkeye ulaşımını sağlamak amacıyla; çevreleyen devlet veya devletlerin ülkeleri üzerinden yetkisi altındaki kişilerin ve malların geçirilmesi olarak tanımlanabilir.⁶⁷ Ayrıca uluslararası hukuk uygulamasında devletlerin anklav ülkelerin dışında da iyi ilişkiler çerçevesinde topraklarından ticari ve diğer bazı gayelerle, uluslararası anlaşmalar⁶⁸ vasıtasıyla, yabancı devletlere geçit hakkı tesis ettiklerine rastlamak

⁶³ Atnur, *Osmanlı Yönetiminden Sovyet Yönetimine Kadar Nahçıvan (1918-1921)*, 446.

⁶⁴ İsmayil Musa, "Azerbaycan ve Rus Kaynaklarına Göre 1921 Moskova-Kars Antlaşmaları ve Kuzey Azerbaycan'ın Toprak Bütünlüğü Meseleleri", *Bellekten* 66, S. 246 (2002): 517-530, 529.

⁶⁵ Zengezur bölgesinin bir Sovyet politikası olarak Ermenistan'a verilmesi sürecine dair detaylı bilgi için bakınız. İbrahimova Gülzar ve Vagif Valizade, "Sovyetleşme Döneminde Azerbaycan'ın Tarihi Arazilerinin Yitirilmesi: Zengezur", *Uluslararası Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi* 1, S. 1 (2018): 23-37.

⁶⁶ Viall, "The Transit of Persons to and From Lesotho", 3.

⁶⁷ S.L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş- 1.Cilt*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968), 346.

⁶⁸ Helen Dwight Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1932), 168; Meray, *1.Cilt*, 346: "Versailles Andlaşmasının 98 inci maddesini uygulamak üzere, Almanya, Polonya ile Danzig arasındaki "Polonya koridoru"na ilişkin 1921 andlaşması; Yukarı Silezya ile ilgili 1922 andlaşması; Petsoma'da Rus transitini sağlayan 1922 Helsingfors andlaşması gibi."

mümkündür. Örneğin 20 Ekim 1921 tarihli Ankara Andlaşması hükümleri ile Türkiye ve Suriye tarafından teşekkül ettirilen bir geçit söz konusudur. Nitekim Ankara Andlaşması'nın 8. ve 10. maddelerinde, Nusaybin'den Cizre'ye (*Cezire-i İbn Ömer*) giden Türk yolunu kullanım konusunda Andlaşma'nın tarafı olan iki devletin aynı haklara sahip olduğu; Andlaşma'da ayrıca Türkiye'nin Meydan-ı Ekbez'den Çobanbey'e demiryolu ile askeri birlikleri sevk edebilme hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Reid'e göre Ankara Andlaşması'nın bu hükümleri ile tesis edilen bu hak, süre sınırı olmaksızın tesis edilmiş geçit hakkının önemli bir örneğini oluşturmaktadır.⁶⁹

Geçit hakkı, devletlerin ülkeleri üzerindeki münhasır yetkilerine getirilmiş kısıntılarından birisi olarak kabul edilmektedir. Aslında geçit hakkının uluslararası hukukta vasıflandırılması hususu karmaşık bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim devletin ülkesi üzerindeki münhasır yetkisine getirilmiş kısıntılar arasında yer aldığı kabul edilen kiralama ve irtifak hakkı müesseseleri geçit hakkının bulunduğu cephenin tespitinde önem arz etmektedir. Devletler arasında akdedilmiş andlaşmalar ile özel hukukta yer alan kira sözleşmesine benzer olacak şekilde, devletin ülkesinin bir parçasını - bu ülke parçası üzerinde egemenliği saklı kalmak üzere - başka bir devlete bir süre tahdidi ile kullandırması kiralama⁷⁰ olarak kabul edilmektedir.⁷¹ Ancak süre tahdidi olmaksızın ve ülke üzerindeki devlet egemenliklerinin değişiminden etkilenmeyecek bir şekilde kalıcı bir hak tesis etme gayesi ile teşekkül ettirilen kısıntı ise irtifak hakkı olarak kabul edilmektedir.⁷² Geçit hakkının hukuken vasıflandırılabilmesi amacıyla çalışmamızın bundan sonraki aşamasında uluslararası irtifak hakkı (*international servitudes*) incelenecektir.

1. Geçit Hakkının "Uluslararası İrtifak Hakkı" (*International Servitudes*) Kavramı Üzerinden İncelenmesi

Uluslararası irtifak öğretide, iki veya daha fazla devlet arasında yapılan ve bir devletin topraklarının belirli bir amaç için başka bir devletin sürekli kullanımına tabi olduğu bir andlaşmaya dayanan aynı hak olarak kabul edilmektedir.⁷³

⁶⁹ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 173.

⁷⁰ Meray, *1. Cilt*, 349; kiralamanın dolaylı yoldan ülke terki sayıldığı, kiralayan devletin bu ülke parçası üzerinde egemenlik yetkisini kullandığı ve sürenin sonunda bu ülke parçası üzerinde yetkilerin tekrar kiralayan devlete geçtiği kabul edilmektedir. Bu konu hakkında bkz. Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk* (İstanbul: Filiz Kitabevi 1982), 25.

⁷¹ Uluslararası hukukta irtifak ve kiralama arasındaki farklar için Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiş Hindistan v. Sukumar Sengupta davası için bkz. Union of India v. Sukumar Sengupta (1990) 92 ILR 554.

⁷² Kishor Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives*, (USA: The World Bank- Law, Justice, and Development Series 2006), 31. J. G. Starke, *An introduction to International Law*, (London: Butterworths, 1972), 236.

⁷³ L. Oppenheim, *International Law - A Treatise- Vol-I Peace* (Ankara: Gece Kitaplığı, 2018), 285; J. G. Starke, *An introduction to International Law*, 7. Edition (London: Butterworths, 1972), 236;

Bu kabule göre irtifak, izin verici veya sınırlayıcı olabilir; ancak asla bir şey yapmak için pozitif bir yükümlülük yaratmamaktadır. Başka bir anlatımla irtifak; bir ülke ile diğeri arasında gerçekleşen, herhangi bir ülke üzerindeki egemenliğin diğer devletlere devrinden etkilenmeyecek, *kalıcı bir hukuk ilişkisi* kurmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla uluslararası bir andlaşma, kullanan devletin feragati veya ilgili ülkelerin tek bir egemen devlet altında birleştirilmesi dışında feshedilemez. Başka bir ifade ile uluslararası irtifak; bir devletin toprakları üzerindeki egemenliğine, topraklarının bir kısmının veya tamamının sınırlı bir şekilde başka bir devletin belirli amacına veya çıkarına hizmet etmesi için getirilen istisnai ve andlaşma ile oluşturulan bir kısıtlama olarak tanımlanmaktadır.⁷⁴ Uluslararası irtifak hakları şahsi haklardan (*rights in personam*) farklı olarak ülkeye bağlı bulunan (*rights in rem*) haklar olduğundan; devletin ülkesel egemenliğinde meydana gelen değişiklikler, hakkın geçerliliğini etkilemeyecektir.⁷⁵

İrtifak hakkı kuramına karşın uluslararası hukuk öğretisinde bu hakkının varlığı, üzerinde uzlaşa bulunmamaktadır.⁷⁶ Öğretide bu hakkın uluslararası hukukun bir parçasını oluşturmadığı görüşü hakimdir. Uluslararası irtifak haklarının varlığını kabul eden görüşler bu hakkın kaynağını iç hukuklardan ve bilhassa Roma hukukundan uluslararası hukuka aktarıldığını iddia etmektedirler.⁷⁷ Hatta irtifak hakları Roma hukukundan kaynaklanmış bütün Avrupa hukuk sistemlerinde kendine yer bulmuştur.⁷⁸ Roma hukukundan kaynaklanan bu irtifak hakları, eşyaya bağlı irtifak (*servitutes praediorum*) ve kişiye bağlı irtifak (*servitutes persona-*

bu görüş aslında devletin ülke ile olan hukuki bağlantısını açıklamaya çalışan kuramlardan birisi olan "Mülkiyet ve aynı hak" (üstün hak, amme hukuku hakkı) teorisine dayanmaktadır. Bu görüşe göre ülke, devlet hakimiyetinin konusudur. Devletin ülkesi üzerinde her nevi tasarruf hakkı vardır. Bu hususta devletin iradesini bağlayan bir hudut mevcut değildir. Bu görüşü savunan Fachille, devletin ülke üzerindeki hakimiyeti, mülkiyet, tasarruf ve intifa haklarını içermektedir. Devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu bu mülkiyet hakkı "üstün domaine hakkı" olarak isimlendirilir. Göze, *Devletin Ülke Unsur (Sınırlar ve Devletle Olan Münasebeti)*, 81.

⁷⁴ Oppenheim, *Vol-I*, 236.

⁷⁵ Oppenheim, *Vol-I*, 291.

⁷⁶ "Doktrini destekleyen yazarlar: L. Oppenheim, *International Law, A Treatise* (London: Longmans, 1955), 536-542; Daniel Patrick O'Connell, *International Law, vol. 1* (London: Stevens and Sons, 1970), 602; H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell & Russell Russel, 1961), 232-233; H. Lauterpacht, *The Development of International of International Law by the International Court* (London: Stevens and Sons Ltd., 1958), 333-334; Charles G. Fenwick, *International Law* (New York: Appleton-Century-Crofts, 1965); Doktrini reddeden veya değersiz bulan yazarlar ise şunlardır: Arnold D. McNair, "So-Called State Servitudes", *Brit. Int'l L.* 6 (1925): 111-127; Georg Schwarzenberger, *International Law* (London: Stevens and Sons Ltd, 1957), 209-214; Starke, *An introduction to International Law*, 195-197; Edwin C. Hoyt, *The Unanimity Rule in the Revision of Treaties* (The Hague: Nijhoff, 1957), 242." Diğer yazarlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Viall, "The Transit of Persons to and From Lesotho", 188.

⁷⁷ Meray, 343; Pitman B. Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", *American Journal of International Law* 9, S. 3 (1915): 627-641, 627; F. A. Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, (New York: Frederick A. Praeger, 1958), 42.

⁷⁸ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 7.

rum) olarak tasnife tabi tutulmuştur. Bunlardan eşyaya bağlı irtifaklar⁷⁹ eşyanın hürriyetini sınırlar görüldüğü için köle anlamına gelen *servus* kelimesinden hareketle *servitudes* olarak anılmıştır.⁸⁰ Uluslararası irtifak hakkını kabul eden anlayış, iç hukuklarda yer alan eşyaya bağlı (*in rem*) irtifak hakkının taşıdığı hukuki nitelikleri⁸¹ uluslararası hukuka kıyasen aktararak, devletin ülkesi üzerinde hakimiyet yetkisini kısıtlayan uluslararası irtifak hakkına ulaşmaktadır.⁸² Ayrıca bu anlayış irtifak haklarını iç hukuklarda yer alan benzer bir tasnife tabi tutarak uluslararası irtifakların da izin veren (olumlu)⁸³ ve kısıtlayıcı (olumsuz) irtifaklar⁸⁴ olarak tasnif etmiş⁸⁵; hatta bunların dışında askeri⁸⁶ ve ekonomik⁸⁷ irtifak hakları olarak da tasnife tabi tutulabileceğini belirtmiştir.⁸⁸ İrtifak hakkı kuramını savunan Oppenheim, uluslararası hukukun belirli kurallarına göre bütün devletleri aynı şekilde ilgilendiren egemenlik üzerindeki kısıtlamalar ile uluslararası irtifak haklarının birbirine karıştırılmamasını gerektiğini ifade etmektedir. Oppenheim'a göre bir devletin karasularından zararsız geçiş hakkı uluslararası teamülden kaynaklanan egemenlik üzerindeki doğal bir yetki kısıntısı iken bir devletin kara sularında başka bir devlet vatandaşlarına balık avcılığı yapmalarını bir andlaşma ile kabul etmesi uluslararası bir irtifak hakkıdır.⁸⁹

⁷⁹ Eşyaya bağlı (*in rem*) kurularak malikin mülkiyet hakkına halel getirmeksizin hak sahibine o eşyadan yararlanma imkânı getiren ya da malikin eşyada yararlanmasını hak sahibi lehine sınırlayan bir sınırlı ayni haktır. M. Kemal Oğuzman, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 780. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 489 vd.

⁸⁰ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1987), 477. Nitekim kavramın köleliğe atıf yapar şekilde *servus* kökünden gelmesi uluslararası irtifakların egemenliği sınırladığı düşüncesine imkân tanımış ve bu neticede kavramın kökeni uluslararası irtifakların (*international servitudes*) varlığına dair tartışmalara neden olmuştur. Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 3.

⁸¹ Uluslararası irtifak hakları bakımından bu hakların süjesi olan devletlerin süreklilik unsurunun ve devletlerin gayrişahsi niteliğinin bir gereği olarak bu ayrım dahilinde önemli olan eşyaya bağlı irtifaklardır. Zira eşyaya bağlı irtifaklar bir eşyaya malik olmaya bağlanarak malik olan kişiden ayrıştırmış ve süreklilik kazandırılmıştır. Öte yandan kişiye bağlı irtifaklar ise her ne kadar miras yoluyla aktarılabilen irtifak haklarını da bünyesinde bulundursa da kişiye sıkı sıkıya bağlı olduklarından uluslararası hukuk düzeninin gerektirdiği süreklilik unsurunu karşılamaktan aciz kalmaktadırlar. Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 4.

⁸² Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 4.

⁸³ Devletin, başka bir devlete, ülkesi üzerinde bazı tasarrufları yapabilmesi yönünde yetki veren irtifaklardır. Oppenheim, *Vol-I*, 290.

⁸⁴ Devletin, başka bir devlet lehine kendi ülkesi üzerinde bazı yetkilerini kullanmamasını isteme hakkı veren irtifaklardır. Oppenheim, *Vol-I*, 290.

⁸⁵ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 15.

⁸⁶ Devletin, başka bir devlet ülkesinin askeri bazı faaliyetlerde bulunmasına izin veren irtifaklardır. Oppenheim, *Vol-I*, 290.

⁸⁷ Devletin, ekonomik bazı amaçlarla başka bir devlet lehine ülkesi üzerinde yetkilerinde kısıntı yapmasını isteme hakkı veren irtifaklardır.

⁸⁸ Oppenheim, *Vol-I*, 290-91; Meray, *1.Cilt*, 345.

⁸⁹ Oppenheim, *Vol-I*, 285; Karasularında kıyı devletine tanınan yetkinin hukuki dayanağı konusunda ileri sürülen irtifak hakkı teorisi ilk defa 1898 yılında Albert de la Pradelle tarafından ileri sürülmüştür. Bu teoride deniz alanlarının *res communis* olduğu kabulü ile kıyı devletinin ihtiyaçları

Öğretide uluslararası irtifak hakkı müessesesine karşı çıkan cephe özellikle irtifak hakkı olduğu iddia edilen egemenlik kısıntısı ile diğer kısıntılar arasında bir ayırımın yapılmasının güç olduğunu ifade etmektedir.⁹⁰ Uluslararası irtifak hakkı müessesesinin diğerlerinden farkının ülke üzerinde egemenlik değişikliği olsa da hakkın devam edeceğidir. Ancak Toluner'e göre buna benzer bir hukuki ilişkinin iç hukuktan uluslararası hukuka aktarılmasına lüzum bulunmamaktadır. Zira egemenlik değişikliğine rağmen ülkede geçerli kalan hakları uluslararası hukukun, "hiçbir devlet hakkından fazlasını devredemez ilkesi, andlaşmalarda halefiyet ilkeleri, hal ve durumun değişmesi ilkesi" gibi ilkelere dayanarak açıklamak mümkündür.⁹¹ Aslında bu görüşün temelinde pozitivist-düalist anlayış bulunmaktadır. Bu anlayışa göre iç hukuk müesseselerinin, özellikle de özel hukuka ilişkin ilkelerin, uluslararası hukuk düzeyine analogi yöntemi vasıtasıyla aktarılmasına karşı çıkmaktadır.⁹² Zira özel hukukla analogiyi çok ileri götürmek bazı tehlikeler içerebilmektedir.⁹³ Ancak, pozitivist görüşün bu anlamdaki katı tutumu, her zaman uluslararası toplumun gerekliliklerine uygun olmayabilir. Şöyle ki bu görüş, başka bir devlet ülkesi ile kuşatılmış bir anklav ülkenin, ana ülkesine ulaşmasındaki hayati zorunluluklar karşısında gerekli ihtiyaca cevap verebilmek yeterli esnekliğe sahip değildir.

Her ne kadar vasıflandırması hususunda da kuşular bulunsa da irtifak hakkı kuramı uluslararası hukuk uygulamasında yeni bir kavram değildir. Kavramın kökeni 17. yüzyıla kadar dayanmaktadır.⁹⁴ Uzun yıllar boyunca devletler arasında irtifak hakkına benzer şekilde bir devletin lehine diğer bir devletin ülkesi üzerinde birtakım menfaatler yaratan durumlar oluşturulmuştur. Bunların sayısı ise I. Dünya Savaşı sonrasında imzalanan uluslararası andlaşmalar ile gözle görünür manada artmıştır.⁹⁵ Andlaşmalar yoluyla bu şekilde oluşturulan normatif durum, devletlerin ülkeleri üzerindeki mutlak egemenliklerine getirilmiş bir istisnayı ortaya çıkarmıştır. Hal böyleyken devletler arasında inşa edilen bu tipten hakların birer uluslararası irtifak olarak tanımlanmasını tartışmalı hale getiren hususlardan ilki kavramın "kölelik" ile bağlantılı kökeninin devletlerin ülkeleri üzerindeki

çerçevesinde birtakım konularda irtifak haklarının olduğu ve bu hakların doğal olarak kıyı devletine tanındığı ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğan Özman, *Deniz Hukuku-I* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 288-289.

⁹⁰ Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri - Devletin Yetkisi* (İstanbul: Beta Yayıncılık 1989), 354; Meray, 1.Cilt, 345.

⁹¹ Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, 354-355.

⁹² Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 17. Osmanlı-Rus Tazminat Faizi uyuşmazlığında Daimî Tahkim Mahkemesinin iç hukuk ve Roma hukuku ilkelerini uygulaması Anzilotti ve Strupp gibi pozitivist yazarlar tarafından eleştirilmiştir.

⁹³ ICJ, International Court of Justice in the Advisory Opinion on the International Status of South-West Africa, 11.07.1950, Yargıç McNair'in karşı görüşü, 79-99.

⁹⁴ D. P. O'connell, "A Re-Consideration of the Doctrine of International Servitude", *The Canadian Bar Review* 30 (1952): 807-818, 807.

⁹⁵ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 13.

egemenlik hakları ile bağdaşmayacağı düşüncesidir.⁹⁶ Bu düşüncenin ortaya çıkmasında 19. yüzyılda meydana gelen mutlak egemenlik anlayışı ve egemenliğin irtifak hakkı gibi ülke üzerinde kurulacak aynı haklarla sınırlanamayacağı fikri etkili olmuştur.⁹⁷ Bir diğer husus ise devletlerin iç hukuk düzenlerinde yer alan irtifak hakları ile uluslararası irtifak olarak tanımlanabilecek haklar arasında tam anlamıyla bir analogi kurmanın mümkün olmamasıdır.⁹⁸ Zira her ne kadar özünde bu iki durum birbirine benzetilse de iç hukuk düzeni içerisinde eşya üzerinde kurulan aynı hakkın tam anlamıyla devletin ülke unsuru üzerindeki hakimiyeti ile bağdaştırılması ve özel hukuk dahilindeki irtifak haklarının niteliklerinin uluslararası irtifaklara aktarılmasının önünde bulunan engeller bulunması öğretide kabul edilen bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Uluslararası İrtifak Hakkına İlişkin Uluslararası Yargı Organlarının Yaklaşımı

Öğretide irtifak haklarının kabul eden görüş, yargı kararlarında ve devlet uygulamalarında da bu hakkın mevcudiyetini gösteren deliller ileri sürmektedir.⁹⁹ İrtifak hakkının varlığı için delil olarak gösterilen davalardan birisi Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile İngiltere arasında cereyan eden 1910 tarihli Daimî Tahkim Mahkemesi'nde görülen Kuzey Atlantik Balıkçılık Davası'dır.¹⁰⁰ İrtifak hakkı ilk defa davada bahse konu olmuştur. Dava kapsamında ABD, İngiltere ile arasında akdedilmiş olan 1818 tarihli Andlaşma'da Birleşik Krallık bölgesi olan New Foundland karasularında, ABD lehine bir uluslararası irtifak hakkı tesis edildiğini ve Birleşik Krallığın kendi bölgesinde balıkçılık ile ilgili düzenlemeler yapma hakkının sınırlandığını ileri sürmüştür.¹⁰¹ Reid'e göre, bu davada ABD'nin uluslararası irtifakların unsurlarını sıralayan argümanları uluslararası irtifak hakkının uluslararası, kalıcı ve ülkesel niteliği kapsamında üç başlık altında toplanarak ileri sürülmüştür.¹⁰² Mahkeme, ABD'nin irtifak doktrinine dayanan bu savunmasını reddetmiş ve 1818 Andlaşması'nda Amerikan vatandaşlarına tanınan balıkçılık hakkını, İngiltere'nin egemenlik yetkisini sınırlayan bir hak niteliğinde olmadığını; bunun ABD lehine tanınmış bir ekonomik hak olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin ABD'nin iddialarını reddetmesinde temel gerekçe taraflar arasında söz konusu balıkçılık hakkına ilişkin andlaşma yapılırken uluslararası irtifak kavramından bah-

⁹⁶ Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", 629; Mcnair, "So-Called State Servitudes", 122.

⁹⁷ O'connell, "A Re-Consideration of the Doctrine of International Servitude", 807.

⁹⁸ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 11-12.

⁹⁹ Tarihsel örnekler ve yargısal kararlar için bkz. D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law: Volume 1-2* (London: Cambridge University Press, 1967).

¹⁰⁰ Daimî Hakemlik Mahkemesi, Kuzey Atlantik Kıyıları Balıkçılık Davası (Büyük Britanya v. Amerika Birleşik Devletleri), Eylül 7 1910, 181.

¹⁰¹ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 13; O'connell, "A Re-consideration of the Doctrine of International Servitude", 809; Meray, *1. Cilt*, 346.

¹⁰² Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 13-14.

sedilmemiş olmasıdır.¹⁰³ Tarafların andlaşma ile açık bir şekilde irtifak meydana getirildiğinin tespit edilememesinin yanı sıra irtifak kavramının mutlak egemenlik düşüncesi ile bağdaşmayacak şekilde devletlerin egemenliklerini sınırladığı düşünceleri Mahkemenin kararında etkili olmuştur.¹⁰⁴ Netice itibariyle Mahkeme bu kararında ilgili kararında uluslararası irtifak hakkı kavramını açıkça ve kesin bir şekilde reddetmemiş olmakla birlikte bu kavramı da teyit eden bir ifade kullanmamıştır.¹⁰⁵

Uluslararası irtifaklara ilişkin olarak bir diğer uyumsuzluk ise Uluslararası Daimî Hakemlik Mahkemesi önüne görülen 1923 tarihli The Wimbledon davasıdır.¹⁰⁶ I. Dünya savaşı sonrasında imzalanan Versailles Andlaşması'nın 380. maddesine göre Almanya ile barış halinde olan bütün devletlerin ticaret ve savaş gemileri Kiel Kanalı'ndan transit geçiş yapabilecektir. Polonya ile Sovyet Rusya arasında devam eden savaşta Kiel Kanalı üzerinden Polonya'ya mühimmat taşıyan İngiliz gemisinin boğazdan geçişinin Almanya tarafından tarafsızlığına zarar vereceği gerekçesiyle istenmemesi üzerine meydana gelen uyumsuzlukta Versailles Andlaşması'nın 380. maddesiyle bir uluslararası irtifak tesis edildiği iddia edilmiştir. İrtifak hakkı kavramı ile ilgiyi tartışmaya girmekten kaçınan Mahkeme, bu tür geçiş haklarının devletlerin egemenliklerinde sınırlamalar getirebileceğinden bahsetmekle birlikte objektif bir durum yaratan bu gibi hakların uluslararası hukukun bir parçası haline gelerek sözleşmesel sınırları aşabileceğini ve aynı hak haline geldiğini tespit etmiştir.¹⁰⁷ Wimbledon davası yargıçlarından Schüeking ise karşıt görüşünde; özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında meydana getirilen Kiel Kanalındaki ve ona benzer uygulamaların her ne kadar uluslararası hukuk literatüründe tartışmalı olsa da yalnızca uluslararası irtifak hakkı kavramı ile karşılanabileceğini ve kavramın bu anlamda oldukça kullanışlı olacağını ifade etmiştir.¹⁰⁸

Uluslararası irtifak hakkı kavramına dair dikkat çeken diğer dava ise UAD önünde görülen Portekiz ve Hindistan arasındaki 1960 tarihli Hindistan Bölge-

¹⁰³ Starke, *An introduction to International Law*, 240, Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi, 2018), 385.

¹⁰⁴ McNair, "So-Called State Servitudes", 112; Viall, "The Transit of Persons to and From Lesotho", 189-190.

¹⁰⁵ Meray, *1. Cilt*, 346.

¹⁰⁶ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, "The SS 'Wimbledon', United Kingdom and ors v Germany" Ağustos 17, 1923; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 385; Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States*, 33-34.

¹⁰⁷ McNair, "So-Called State Servitudes", 116. Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile de Kiel Kanalı'na benzer şekilde uluslararası bir andlaşma ile bir geçiş statüsü yaratıldığını ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin 28'inci maddesinde düzenlenen, gidiş- geliş özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin süresiz oluşuna dair hükmü göz önüne alırsak Montrö ile yaratılan geçiş haklarının da birer uluslararası irtifak teşkil ettiği ya da en azından objektif bir durum yaratarak aynı hak olduğu söylenebilecektir; Meray, *1. Cilt*, 346.

¹⁰⁸ Permanent Court of International Justice, On August 17th, 1923, Opinion Dissent Judge M. Schücking, 43-47; McNair, "So-Called State Servitudes", 115; Viall, "The Transit of Persons to and From Lesotho", 190.

sinden Geçit Hakkı davasıdır. Dava, uluslararası irtifak hakkı bakımından önemli olmakla birlikte anklav devletlere ana devletten geçiş hakkına ilişkin lokomotif niteliğindedir. Davaya konu olan olay Portekiz'in Hindistan bölgesindeki iki sömürmesine ulaşım hakkına ilişkindir. Davada Mahkeme, Portekiz'in sömürge-lerinin yer aldığı bölgenin Britanya kontrolünde olduğu dönemde bölgesel bir teamül haline gelerek uygulanan Portekiz'in geçit hakkının bölge el değiştirip Hindistan'ın egemenliğine girince de geçerli olacağını ve Portekiz'in bir teamül haline gelmiş olan bu geçit hakkına; Hindistan tarafından da uyulması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece hem geçit hakkı gibi, irtifak olarak adlandırılıp adlandırılmasına bakılmaksızın ülkesel yetkileri sınırlayan durumların bir eşyaya bağlı bir aynı hak gibi egemenlik değişikliklerinden etkilenmeksizin baki kalacağı hükme bağlanmışken; hem de bir anklava ulaşmak için gerekli olan geçit hakkının bölgesel teamüllerden de kaynaklanabileceği tespit edilmiştir.¹⁰⁹

3. Öğreti ve Mahkeme Kararlarında İrtifak Hakkına İlişkin Karşılaşılan İki Temel Sorun: Egemenlik Yetkisi ve Kavramsal Tartışma

Uluslararası irtifak hakkının incelendiği 1910 tarihli Kuzey Atlantik Kıyıları Balıkçılık Davası¹¹⁰'nda ABD'nin irtifak hakkının varlığına ilişkin iddiasının kabul görmemesinin temel gerekçesi irtifak hakkının devletin ülkesi üzerindeki egemenliği ile bağdaşmayacağı düşüncesidir. Bu düşünce, uluslararası hukukta irtifak hakkının önüne çıkan ilk engeldir.¹¹¹ Tahkim mahkemenin benimsediği bu anlayışın merkezinde devletin mutlak egemenliğini kabul eden klasik görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, devletlerin uluslararası sahadaki kudreti mutlak bir mahiyette olup; herhangi bir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir.¹¹² Uluslararası irtifak hakkı kavramının, devletin egemenliğini sınırlayacağı düşüncesi ile mutlak egemenlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği, Mahkeme tarafından da dile getirilmiştir. Ancak uluslararası irtifak hakkı kavramına bu şekilde yaklaşmak pratik durum ile uyuşmamakta ve anlamsız bir netice yaratmaktadır. Zira ülke üzerinde kurulan irtifak hakkı ile devlet egemenliğinden taviz verilmemekte yalnızca ülke üzerindeki yetkileri (*jurisdiction*) başka bir devlet lehine sınırlandırmaktadır. Bu anlamda uluslararası irtifak hakkı devletlerin ülkesel yetkilerine getirilen kuraldışı sınırlamalardan birisi olarak değerlendirilmelidir.¹¹³ Kaldı ki, günümüz uluslararası hukuk uygulamasında devletlerin mutlak egemenliği görüşü, yerini uluslararası hukuk kuralları ile sınırlandırılabilen bir egemenlik anlayışına bırakmıştır.¹¹⁴

¹⁰⁹ Meray, 1. Cilt, 347.

¹¹⁰ Kanada v. United States, 1910, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. XI, 3-46.

¹¹¹ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 26.

¹¹² İlhan Raşit Lütem, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, (Ankara: Sakarya Basımevi 1947), 26.

¹¹³ Pazarıcı, 2.Kitap, 43.

¹¹⁴ Lütem, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, 91-92.

Kuzey Atlantik Kıyıları Balıkçılık Davası'nda ABD, lehine kurulan irtifak hakkının Büyük Britanya'nın bölgedeki egemenliğini sınırladığını iddia etmiştir. Ancak ABD'nin egemenliğe vurgu yaptığı bu iddiası, Mahkeme'nin uluslararası irtifak hakkı kavramının varlığını kabul etmemesine sebebiyet vermiştir. Halbuki, uluslararası irtifak hakkı egemenliği sınırlayan bir kavram olmamakla birlikte devletin ülkesel yetkisine getirilen bir sınırlama olarak nitelendirilmelidir.¹¹⁵ Anklav ülkeyi çevreleyen devlet veya devletlerin egemenlik yetkileri dahilinde ülkeleri üzerinde bulunan her şey ve herkes üzerindeki inhisari yetkilerinin bulunması, uluslararası hukukun temel kurallardan olduğu bir gerçekliktir.¹¹⁶ Ancak uluslararası hukukta bu kural mutlak değildir. Başka bir deyişle, devletlerin bahse konu yetkileri andlaşmalar veya teamül kuralları ile kısıntıya uğrayabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁷

Egemenlik sorununa ilişkin olarak öğreti de yer alan bir görüş ise irtifak haklarının varlığı ile egemenliğin sınırlanabileceğini ifade etmekte ve bu durumun devletin genel anlamda ulusal egemenliğine hanel getirmemektedir. Bu görüş de aslında egemenliğin sınırlanmasından bahsederken; egemen devletin söz konusu ülke üzerindeki bir yetkisinin sınırlandığından bahsetmektedir. Burada mevcut olan egemenlik yetkisinin sağladığı husus; bir kullanma veya yararlanmanın başka bir devlete devredilmesidir. Bu durumda egemenlik dokunulmamış ve bölünmemiş olarak devam etmektedir ki zaten söz konusu devir işlemi egemenliğin varlığını göstermektedir.¹¹⁸

Öğretide irtifak hakları ile egemenlik arasındaki ilişkiye dair farklı görüşler mevcut olmakla birlikte öğretinin görüşlerinin uluslararası hukukun kaynakları açısından yardımcı kaynak konumunda olduğu dikkate alındığında; irtifak haklarının uluslararası andlaşmalarda ve devletlerin uygulamalarında nasıl ele alındığının ve pratiğe nasıl geçtiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹¹⁹

Öğretinin kabulüne engel teşkil eden bir diğer husus uluslararası irtifak hakkı kavramının Roma hukukunda mevcut olan irtifak haklarına yapılan analogiye dayanmasıdır. Bu noktada ilk sorun, kavramın Roma hukukundan alınan "servitude" kavramından hareketle köleliği hatırlatması ve bu nitelemenin devletlerin egemen eşit süljeleri olduğu uluslararası hukuk düzeni ile bağdaştırılamamasıdır.¹²⁰ Roma hukukundaki terminolojiye dayanarak ülkesinde irtifak kurulan devlete "serviant state";

¹¹⁵ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 30.

¹¹⁶ Meray, *1. Cilt*, 325: "Devletin ülke üzerindeki yetkileri veya mülki hakimiyeti, bir Devletin ülkesinde bulunan veya ülkesine giren her şey veya herkes üzerinde teşri, icra ve kaza tasarruflarında bulunabilmesidir. Bu *Qui in territorio meo est, etiam meus subditus est* (ne ki benim ülkemdedir, o bana tabidir) kaidesiyle ifade edilmektedir."

¹¹⁷ Meray, *1. Cilt*, 336.

¹¹⁸ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 31-32.

¹¹⁹ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 34-35.

¹²⁰ Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", 629.

irtifak hakkına sahip olan devlete ise “dominant state” denilmesi,¹²¹ devletler arasındaki eşit ilişkiye ve egemenliklerine aykırı görülmüş ve bu kavramlarla karşılanan bir hakın, uluslararası hukuk düzenine aktarılması istenmemiştir. Ancak kavramı karşılayan terimlerin uygun görülmemesi, bir görüşün kabul edilmemesi için bir gerekçe teşkil etmemelidir. Zira kavramın aktarımında asıl belirleyici olan, kavramın fonksiyonunun uluslararası hukuk düzeninde faydalı olup olamayacağıdır.¹²²

Kavramsal bakımdan diğer bir sorun ise Roma hukukuna yapılan analojinin ne seviyede olacağı ve kavramın hangi ölçüde uluslararası hukuk düzenine aktarılacağıdır. Oppenheim, Grotius’un yaşadığı zamanlarda Kral ile ülke arasında bir mülkiyet ilişkisi olduğunu ve bu nedenle Kralın mülkiyetindeki ülkenin üzerinde kurulacak mülkiyet hakkı kısıtlamalarında, Roma mülkiyet hukukunda yer alan irtifak haklarının uygun bir benzetme olarak uluslararası düzene aktarılabileceğini, ancak günümüzde bu durum değiştiğinden ve söz konusu mülkiyet ilişkisi kaybolduğundan, Roma hukukundaki irtifakların uluslararası düzene aktarımının artık mümkün olmadığını ifade etmektedir.¹²³ Kanaatimizce Oppenheim’in günümüzde monarşi yönetimlerinin neredeyse mevcut olmamasından veya monarşik bir yönetim olduğunda da krala ya da hükümdara yalnızca sembolik bir anlam yüklenmesinden kaynaklanan bu çıkarımı bir yanlısamadır. Zira Orta Çağ’dan bu yana geçirdiği dönüşümle önce Kral’ın bedeninden ayrılan Krallık olgusu Fransız ihtilali döneminde kendisini ulusun bedenine dönüştürmüş ve modern devletlerin süreklilik unsurlarını karşılayacak şekilde ulusa atfedilmiştir. Dolayısıyla bugün hala kralın yerini alacak şekilde hak sahibi olabilecek bir devlet tüzel kişiliği mevcut olduğundan; devletin ülkesi ile devlet tüzel kişiliği arasında mülkiyet benzeri bir ilişkinin olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. İfade etmek gerekir ki mevcut durum; devletin ülkesini teşkil eden toprağın doğrudan Kral’ın mülkiyetinde olduğu eski zamanlardan farklıdır ve devletin ülkesi üzerinde üçüncü kişiler mülkiyet hakkı tesis etmektedir. Ancak bu durumun uluslararası hukuk düzeni içerisinde devletin ülke üzerinde tasarrufta bulunmasına mâni olmadığı unutulmamalıdır. Bu noktada söz konusu durumun bir analogi, yani yapısal benzerliklere dayalı kurulan bir benzerlik olduğu göz ardı edilerek iki kavram arasında tamamıyla örtüşen bir benzerlik aranmamalıdır.¹²⁴ Dolayısıyla özel hukuktan uluslararası hukuk düzenine aktarılan, “sözleşme” kavramı gibi diğer birçok kavram da benzer bir şekilde tamamıyla özel hukuk düzenindeki hali ile aktarılmamış; uluslararası hukuk düzenine uyum sağlayacak şekilde modifiye edilmiştir.¹²⁵ Başka bir deyişle uluslararası hukuk, özne doğasını hâle getirmeksizin kendi sentezini inşa etmiştir.¹²⁶

¹²¹ O’connell, “A Re-Consideration of the Doctrine of International Servitude”, 808.

¹²² Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 44.

¹²³ Oppenheim’dan naklen Mcnair, “So-Called State Servitudes”, 119.

¹²⁴ Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 51.

¹²⁵ Mcnair, “So-Called State Servitudes”, 122.

¹²⁶ Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 51.

Nihayetinde Roma hukukundan kaynağını alan ve özel hukuk düzenlerinde yer alan irtifakların, uluslararası irtifaklar olarak uluslararası hukuk düzenine aktarımı sorununda iki esaslı noktayı teşkil eden “irtifak” ile “egemenlik” arasındaki ilişki ve kavramı karşılayan terimin istenmeyen anlamı; kavramın aktarımı noktasında aşılmaz engeller teşkil etmemektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi devletlerin ülkeleri üzerinde uluslararası irtifakın tesis edilmesi egemenlik ile bağdaşmaz bir hak teşkil etmemekte, devletlerin uluslararası düzenin eşit egemen üyeleri olması haline hanel getirmemektedir. Ayrıca özel hukuktan alınan irtifak kavramının uluslararası hukuka uyarlanması ve özel hukuktaki irtifaklar ile tam anlamıyla bir eşleşmenin aranmaması, kavramın aktarımına da zemin hazırlayacaktır.¹²⁷ Bu bağlamıyla literatürde uluslararası irtifakın varlığına kanaat eden birçok yazar mevcut olsa da¹²⁸ uluslararası yargı organları genellikle tartışmalı olan bu kavramın mevcudiyetini kabul etme ya da reddetme noktasında kesin bir karara varmaktan kaçınmış ve olgunun irtifak ya da başka bir şekilde adlandırılmasına bakılmaksızın; ihtiva ettiği fonksiyona değer atfederek, bu fonksiyonu gören bir tür aynı hakkın uluslararası hukuk düzeni içerisinde mevcut olduğunu tespit etmiştir.

B. GEÇİT HAKKININ ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARINDA DAYANAĞI

1. Doğal Hak Temelli Anlayış: Anklav Ülke ile Ana Ülkesi Arasındaki Geçit Hakkının Zorunluluktan Doğduğuna İlişkin Görüş

Grotius’a göre, doğal hukuk hala tüm insanları ve aynı şekilde devletleri de bağlayan evrensel, değişmez bir düzendir. Grotius, her ulusun diğer uluslara seyahat etmesini uluslararası hukukun tartışılmaz bir aksiyomu olarak kabul etmektedir. Doğal kaynakların eşit olmayan dağılımı bir tesadüf sonucu olmadığından, doğa aynı zamanda uluslar arasında sosyal ilişkiyi teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Böylece doğa, tüm insanlara diğer tüm insanlara erişim hakkı verdiği için bu hakkın reddedilmesi Grotius’a göre savaş için haklı bir sebep oluşturmaktadır. Bu nedenle Grotius, geçit hakkının doğal hukuktan kaynaklandığı görüşünü benimsemektedir.¹²⁹ Grotius’a göre ilkel doğa düzeninde yaşayan insan için mülkiyet ortak olduğundan, kullanımda da ortaklık esastır. Böylece Grotius, özel mülkiyeti savunan yazarlar için geçit hakkı lehine bir çekince koymaları gerektiği sonucuna varmaktadır. Zira geçiş ile beraber ticaretin canlanması insan için yararlı olduğundan, Grotius’da kimsenin bunu engellemeye hakkı olmadığı anlayışı hakimdir.

¹²⁷ Örneğin denize erişim hakkını uluslararası bir irtifak olarak değerlendiren yaklaşıma göre; hemen hemen tüm iç hukuk sistemlerinde tanınan bir *via necessitatis* özel hukuk irtifakına benzetilmektedirler. Bkz, Viall, “The Transit of Persons to and From Lesotho”, 187.

¹²⁸ Marjorie Millace Whiteman, *Digest of International Law Vol. 2* içinde “Servitudes”, (Washington D.C.: Department of State Publications, 1963), 1173-1224, 1173 vd.

¹²⁹ Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas*, New York: Oxford University Press, 1916, (Batoche Books Limited, Kitchener, 2000), 13-14. Viall, “The Transit of Persons to and From Lesotho”, 4.

Genel kabul gören anlayışa göre; uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak bir devletin vatandaşlarının izinsiz olarak başka bir devletin toprakları üzerinden geçme hakkına sahip değildir.¹³⁰ Uluslararası hukukun amacından ve bir dereceye kadar devletlerin uygulamalarından türetilen genel bir geçit hakkının varlığı sorunu için öncelikle bu hakkın asli içeriğine ve geçit hakkının talep edilebileceği koşulların daha ayrıntılı incelenmesine ihtiyaç vardır.

Geçit hakkının hukuki kaynağı konusunda bazı yazarlar devletlerin başka bir devletin “zararına”, kendi coğrafi durumlarını kullanarak geçişi zorlaştırmaması gerektiğini, bunun bir teamül kuralı olduğunu ifade etmektedir.¹³¹ Bazı yazarlar ise bir devletin anklav ülke üzerindeki egemenliklerinden bahsedebilmemiz için; söz konusu egemenlik yetkisinin kullanabilmelerinin mümkün olmasından hareketle; anklav ülke ile ana ülkeye ulaşım sağlanmasının bir “zorunluluk” olduğundan bahsetmektedir.¹³² Dolayısıyla geçit hakkı, iki sac ayağı üzerinde yükselmektedir. Bunlardan birincisi “zorunluluk”, ikincisi ise “geçiş yapılan devlet için zarar oluşturulmaması”dır. Burada “zorunluluk” şartı, geçit hakkının gerekçelendirilmesi veya tanımlanması bakımından oldukça önemlidir. Örneğin Grotius ve Vattel gibi yazarlara göre “zorunluluk”, alternatif bir geçiş yolunun mevcut olmadığını ve bazı yollar sağlanmadıkça, talep eden devletin bağımsız bir devlet olarak hayatta kalamayacağını ifade etmektedir.¹³³ Bu bağlamda Azerbaycan’ın ülkesel sınırları dışında kalan ve Azerbaycan’a bağlı Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti ile geçişte alternatif bir yol bulunmadığından; “zorunluluk” durumu oldukça belirgindir.

Roma hukukundan beri var olan ve hukukun genel ilkesi haline gelmiş olan “cuicunque aliquis quid concedit, concedere videtur et id, sine quo res ipsa esse non potest”¹³⁴ (bir başkasına bir şey veren kişi, onsuz o şeyin kendisinin kullanılmayacağı şeyi de vermek zorundadır) ilkesi doğrultusunda; anklav bir ülkeye sahip olan devlete o ülkeyle irtibatı sağlayacak ve egemenlik yetkilerini kullanması için gerekli olan hakların da kendisine verilmesi gerekmektedir.¹³⁵ Örneğin Calvo’ya göre anklav ülke ile irtibatın sağlanmasındaki geçiş; bir zorunluluk yaratmakta ve geçit hakkının da bu minvalde irtifak hakkı olduğu kabul edilmelidir.¹³⁶ Bu görüş ayrıca uluslararası irtifak haklarının doğal hak şeklinde tezahür edilebileceğini de işaret etmektedir. Zira bir andlaşma olmaksızın anklav bir ül-

¹³⁰ E. Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, *Transactions of the Grotius Society* 44, (1958): 313-356, 316.

¹³¹ Jean Hostle’dan naklen Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 167.

¹³² Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, 304.

¹³³ Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 335.

¹³⁴ Jon R. Stone, *The Routledge Dictionary of Latin Quotations* (Newyork and London: Routledge, 2005), 239.

¹³⁵ Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, 304.

¹³⁶ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 169.

kenin varlığı, bu ülkeye erişim için ana ülkeye bir geçiş irtifakının sağlanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bir ülke üzerinden geçit hakkının varlığı bir ülke için esaslı değilse veya yalnızca faydalı ve kullanışlı bir hal meydana getiriyorsa bu gibi durumlarda andlaşmalar ile geçişin tesis edilmesi yeterlidir. Denize kıyısı olmayan devletler veya ülkesinin bir parçasına geçiş olmaksızın ulaşamayan devletler söz konusu olduğunda ise doğal olarak bir geçit hakkının varlığı gündeme gelmektedir.¹³⁷

2. Geçit Hakkının Andlaşma ve/veya Teamülden Kaynaklandığına İlişkin Yaklaşımlar

Ulusallararası hukukta geçit hakkının bir andlaşma vasıtasıyla tesisi hususunda tartışma yoktur. Ancak geçit hakkının andlaşma ile tesis edilmesi irtifak hakkının hemen kullanıma açılacağı anlamına gelmediği; irtifak hakkının da kullanılması düzenleyen nihai bir ulusallararası andlaşmanın da taraflar arasında akdedilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹³⁸ Bu kapsamda iki soru akla gelmektedir. Bunlardan ilki, irtifak hakkını tesis eden andlaşmanın bir şekilde sona erse bile geçit hakkından söz etmenin mümkün olup olmadığı; ikincisi ise irtifak hakkını tesis eden andlaşmanın, hakkın kullanımını nihai sağlamaması sebebiyle, hukuken hangi nitelikte vasıflandırılacağıdır.

Öncelikle irtifak hakkı kavramı üzerinden meseleye yaklaşmak gerekirse; andlaşmalar ile tesis edilen irtifak hakları andlaşma akdedildikten sonra andlaşmadan bağımsız bir hukuki varlığa sahip olacaktır.¹³⁹ Ülkeye bağlı olarak tesis edilen söz konusu irtifak, andlaşmayı yapan devletlerin ülke üzerindeki egemenlikleri sona erse dahi o ülke üzerinde egemen olan devletlere karşı geçerli olacaktır. Böylece andlaşmalar ile ihdas edilen kişiye bağlı haklardan ayrılarak ülkeye bağlı hale gelen bir hak tesis edilmiş olmaktadır. Bu sayede tesis edilen hak sürekli bir unsur kazanacaktır.

Geçit hakkı hukuken andlaşma ile kurulmasına karşın geçiş devletinin onayı alınana kadar bu hakkın uygulanmaya aktif olarak geçemeyeceği konusu da hakkı tesis eden ilk andlaşmanın hukuken vasıflandırılması gereğini ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, geçit hakkını tesis eden ilk andlaşma bu hakkın kullanılmasının şartlarını belirleyecek taraflar arasında ikinci bir andlaşmanın yapılması yükümlülüğünü içermektedir. Bu haliyle taraflar arasında ikinci bir andlaşmanın yapılması yükümlülüğü doğuran ön andlaşmalara, “pactum de contrahendo” adı verilmektedir.¹⁴⁰ “Pactum de contrahendo” niteliği taşıyan irtifak hakkını kuran bu andlaşma ile taraflara akdedilmesi yükletilen uygulama andlaşmasının akde-

¹³⁷ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 168-169.

¹³⁸ Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 346.

¹³⁹ Shaw, *Ulusallararası Hukuk*, 383; Potter, “The Doctrine of Servitudes in International Law”, 630; McNair, “So-Called State Servitudes”, 126.

¹⁴⁰ Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, 76.

dilmemesi andlaşmanın ihlali niteliği oluşturacak ve uluslararası sorumluluk doğuracaktır.¹⁴¹

Lauterpacht, geçit hakkını haklı kılan koşullar mevcut olduğunda dahi hak talebinde bulunan bir devletin bu hakkı kullanmaya devam edebileceği konusunda temkinlidir. Lauterpacht, bu aşamada atılması gereken temel bir adım olduğunu, yani hakkın kullanılmasını düzenleyen bir andlaşmanın mutlaka akdedilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁴²

Andlaşmalardan kaynaklanan irtifak haklarının yanında uzun yıllardan beri var olan devlet uygulamaları yoluyla meydana gelen teamülden kaynaklanan doğal irtifakların da olabileceği öğretide ifade edilmektedir.¹⁴³ Potter'a göre doğal irtifaklar eskiden, insanlığın bugünkü kadar gelişmediği dönemlerde daha çok ihtiyaç duyulan birtakım geçiş hakları, balıkçılık hakları vb. ekonomik faydaya veya ulaşımaya dayalı haklar olarak teamüllerden türeyebilirken bugünkü gelişmeler neticesinde bu haklara duyulan ihtiyaç azaldığı için uluslararası irtifakların ancak andlaşmalardan kaynaklanabileceği zamanla kabul edilmiştir.¹⁴⁴ Vali ise literatürde bazı yazarların devletlerin birbirleriyle bazı fiziksel ilişkilerinde, doğal sebeplerden veya eşyanın tabiatından kaynaklanan zorunlu olarak ortaya çıkan irtifak haklarının mevcut olduğunu ifade ettiklerini aktarmaktadır.¹⁴⁵ Fakat Vali'ye göre irtifakların bu şekilde doğal olarak ortaya çıkmaları, Roma hukukundaki irtifak ile yapılan analojiye uymamaktadır. Zira Roma hukukunda irtifakların kaynağı ancak sözleşmelerdir. Bu bağlamda doğal irtifaklar, Roma hukukundaki irtifaklardan ziyade idare hukukundaki irtifaklara benzer bir hal yaratmaktadır.¹⁴⁶ Öte yandan irtifakların bu şekilde doğal olarak ortaya çıktığı düşüncesi devletlerin ülkesel egemenliklerini kısıtlayan bu hallerin devletlerin rızaları dışında meydana gelebileceklerini düşündürdüğü için de kabul edilmemektedir.¹⁴⁷

Bu aşamada andlaşma ile tesis edilen geçit hakkı uygulamasının, bir teamül kuralının doğmasına sebebiyet verip vermeyeceği de tartışılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk uygulamasına göre öncelikle geçit hakkının teamülden kaynaklanıp kaynaklanamayacağının tespit edilmesi gereklidir. Lauterpacht, geçit hakkının tesis edilebilmesinin devletlerin

¹⁴¹ *Pactum de Contrahendo* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich Beyerlin, "Pactum de contrahendo, pactum de negotiando", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 11, State, Responsibility of States, International Law and Municipal Law içinde, R. Bernhardt (ed.), (Elsevier 1984), 371-376.

¹⁴² Lauterpacht, "Freedom of Transit in International Law", 346-349.

¹⁴³ Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", 631. Engelbrecht'den nakleden Whiteman, Hershey'in ilk defa "doğal" irtifak terimini kullandığını ifade etmektedir. Whiteman, "Servitudes", 1174.

¹⁴⁴ Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", 631.

¹⁴⁵ Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 52.

¹⁴⁶ Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 53.

¹⁴⁷ Potter, "The Doctrine of Servitudes in International Law", 631.

uygulamalarından türetilmesi gerektiğini kabul ederek, bu tür uygulamaların kanıtını 11 ve 12. yüzyıla kadar uzanan andlaşmaların aşağı yukarı birbirine benzer olan geçit hükümlerinde aramaktadır. Bu belgelerde “zorunluluk” mülhazaları-na dayalı olan geçit hakkını teamül hukukunun bir parçası olarak tespit etmektedir.¹⁴⁸ Uluslararası teamül hukukunda bir geçit hakkının varlığına karşı ilk bakışta güçlü bir durumun varlığını kabul eden Lauterpacht’a göre geçit hakkı, devletlerin bir parçasını oluşturduğu uluslararası topluma karşı yükümlülüklerini yerine getirmek için ülkesinden geçişe izin vermekle yükümlü olduğu bir haktır.¹⁴⁹ Ayrıca daha önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere, UAD’nin Portekiz ve Hindistan arasındaki 1960 tarihli Hindistan Bölgesinden Geçit Hakkı davasında, anklava ulaşmak için gerekli olan geçit hakkının bölgesel teamüllerden de kaynaklanabileceği tespit edilmiştir.

Uluslararası andlaşmaların genellikle bir teamül hukuku kuralının olmaması nedeniyle akdedildiğini söylemek mümkündür. Ancak benzer konuyla ilgili bir dizi uluslararası andlaşmanın akdedilmesi, daha önce mevcut olmayan teamül hukuku kurallarının doğmasına yol açabilecektir. Uluslararası teamül hukuku kurallarının çoğu, tam da böyle andlaşmalar çerçevesi içinde geliştirilmiştir. Örneğin yabancıların sınır dışı edilmesi, denizlerin serbestliği, büyükelçilerin dokunulmazlıkları ve uluslararası sorumlulukla ilgili kuralların tümü, sonunda teamül hukuku kuralına dönüştürülen geçmiş andlaşma uygulamalarının ürünleridir.¹⁵⁰ Ters istikamette bir örnek ise, yani teamül hukuku kurallarının uluslararası andlaşmalarla çerçevesinin belirlenmesine ilişkin uygulama, bugün hava sahası egemenliğine ilişkin kurallarda da görülmektedir. Her devletin üzerindeki hava sahası üzerinde tam ve münhasır egemenliğe sahip olduğu kuralı, II. Dünya Savaşı’nın patlak vermesinden çok önce sağlam bir şekilde tesis edilmiştir; ancak bu durum, 1944 Uluslararası Sivil Havacılık Chicago Sözleşmesi’nde yeniden teyit edilmesini engellemiştir.¹⁵¹ Dolayısıyla, devletlerin kendi topraklarından

¹⁴⁸ Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 338-340.

¹⁴⁹ Lauterpacht’a göre uluslararası hukuka “(imperfect) mutlak olmayan hak” kavramını sokmak, “(perfect) tam hak” olarak adlandırılacak bir şeyi, var olmayan bir tam standardını benimsemek anlamına gelmektedir. Hukuk metinleri, tam ve eksik haklar arasındaki ayrımın yorumlanmasında hiçbir şekilde tek tip olmamasına rağmen, onları en yaygın şekilde ayırt eden unsur *icra edilebilirliktir*. Her ikisi de hukuki haklardır; ancak tam haklar uygulanabilir nitelikteyken, eksik haklar genellikle öyle değildir. Uluslararası toplumun bütünleşmesi kaçınılmaz olduğundan; hukuki bir yükümlülüğün varlığı, bu yükümlülüğün uygulanmasından bağımsız bir mesele olarak ele alınması durumunda; (perfect) tam ve (imperfect) mutlak olmayan haklar şeklinde tasavvur edilen ayrımın ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. E. Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 318-323 ve 346-348.

¹⁵⁰ Georg Schwarzenberger, *The Frontiers of International Law* (London: Stevens & Sons Ltd., 1962), 215-217.

¹⁵¹ Şikago’da 7 Aralık 1944 Tarihinde Akit ve İmza Edilmiş Olan Milletlerarası Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi ve Bunların Eklerinin Onanması Hakkında Kanun, Kanun No: 4749, Kabul tarihi: 05/06/1945. Madde 1: “Akid Devletler, devletlerin ülkeleri üstündeki hava sahası üzerinde tam ve münhasır hakimiyeti haiz olduklarını kabul ederler.”

geçiş izni verdiği yaygın ve aşağı yukarı yeknesak bir uluslararası andlaşma uygulamasının varlığı, çok sayıda ikili ve çok taraflı andlaşmalarda kendini gösterse de Lauterpacht'ın kabul ettiği gibi, tek tip uluslararası andlaşma hükümlerinin kurucu bir etkiye sahip olabileceği tezinin tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir.

3. Geçit Hakkının “Hukukun Genel İlkesi” Olup Olmadığının Tespiti

Öğretide geçit hakkının, hukukun genel ilkesi olarak da ileri sürülebileceği belirtilmiştir.¹⁵² Bu argümanın dayandığı gerekçe ise anklav ülkenin ana ülke ile irtibatının kurulabilmesi için diğer devletlerin ülkeleri üzerinden geçme zorunluluğudur.¹⁵³ Başka bir deyişle bu argümanla uygar ulusların iç hukuk düzenlerinde var olan eşya hukuku kapsamındaki zorunlu geçit hakkının uluslararası hukukta da hukukun genel ilkesi olarak mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Bu argümanın değerlendirilebilmesi için hukukun genel ilkeleri kavramının ve bu kavramın unsurlarının tanımlanmasını ve uluslararası hukukta geçit hakkının hukukun genel ilkesi olarak var olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Hukukun genel ilkeleri devletlerin iç hukuk sistemlerinde yaygın olarak mevcut bulunan hukuk kurallarının, uluslararası hukuk düzeninin ihtiyaçları doğrultusunda ulusal düzeyden uluslararası düzeye aktarılması ve uluslararası hukukun dinamikleri ile uyumlu şekilde uluslararası hukuka mal edilmesi ile meydana getirilen kurallardır. Kavramın ilk olarak 1907 II. La Haye Konferansı'nda, Uluslararası Ganaim Mahkemesi Sözleşmesi Tasarısı'nda uygulanacak hukuk olarak “adalet ve hakkaniyet genel ilkeleri” olması teklifi ile kullanılmış fakat öneri reddedilmiştir.¹⁵⁴ 19. yüzyıldan bugüne uluslararası yargı organları önlerine gelen uyuşmazlıkları çözerken devletlerin iç hukuk düzenlerinde yer alan bazı hukuk kurallarını uluslararası düzene taşımıştır.¹⁵⁵ Bugünkü anlamıyla hukukun genel ilkelerinin bir hukuk kaynağı olarak ortaya çıkışı ise ilk olarak Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nde sonra ise aynı şekilde UAD Statüsü'nün 38. maddesinde yer almasıyla olmuştur. UAD Statüsünün 38'inci maddesinin 1/c bendinde UAD'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda “(...) uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini (...)” uygulayarak karar vereceği ifade edilmektedir. Böylece hukukun genel ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak uluslararası hukuka dahil olsa da söz konusu ifadeden ne anlaşılması gerektiği tartışmalı bir husustur¹⁵⁶ ve öğretide bu hukuk kaynağının maddeye eklenmesinden başlayarak onun gerekliliğine, diğer hukuk kaynaklarına göre hiyerarşisine, “uygar uluslarca kabul edilmesi (...)”

¹⁵² James R. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 344.

¹⁵³ Uprety, *The Transit Regime for Landlocked State*, 31-35.

¹⁵⁴ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri - 1. Kitap* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 229.

¹⁵⁵ Pazarıcı, *1. Kitap*, 229, Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2014), 24.

¹⁵⁶ Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24, Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 59.

ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve genel hukuk ilkelerinin uluslararası hukukun genel hukuk ilkeleri mi yoksa daha geniş bir kapsamda hukukun genel ilkeleri mi olduğu gibi bir çok tartışma mevcuttur.¹⁵⁷

Tartışmaların ilki söz konusu ibareden ne anlaşılması gerektiğinde ilişkindir. “*Uygar uluslarca kabul edilme (...)*” ifadesi Statü’nün yazıldığı dönemin ruhu göz önüne alındığında Batı medeniyetlerinin hukuk sistemlerini işaret eden ve diğer hukuk sistemlerini dışlayan bir anlama sahipken bugün artık bu ifadeden böyle bir anlam çıkarmak mümkün değildir.¹⁵⁸ Söz konusu ifadelerin en fazla belirli bir gelişim seviyesine ulaşmamış toplumların hukuk sistemlerini dışlayan bir anlama gelebileceği söylenmekle birlikte bu ifadenin artık ciddi bir fonksiyonunun olmadığı ifade edilmektedir.¹⁵⁹ “*Genel hukuk ilkeleri*” ifadesinin ne anlama geldiği noktasında ise bir görüş devletlerin iç hukuk düzeninde yer alıp uluslararası hukuka aktarılan hukuk kuralları ile bu ifadeyi sınırlarken başka bir görüş bunların yanı sıra iç hukuklarla ilgili olmayıp bizzat uluslararası hukukun genel ilkeleri olduğunu iddia ettikleri kuralları da buraya dahil etmektedir.¹⁶⁰

En önemli tartışma noktalarından bir hukukun genel ilkelerinin diğer uluslararası hukuk kaynakları arasındaki konumu ve işlevi ile ilgilidir. Bu husus uluslararası irtifakların hukukun genel ilkesi olarak uluslararası düzende yer alan bir kural olup olmadığına ilişkin tartışmaya da etki etmektedir. Bir görüşe göre hukukun genel ilkeleri özgün bir uluslararası hukuk kaynağından ziyade teamül kurallarının başka bir şekilde ifadesidir. Hukukun genel ilkeleri olduğu söylenen hususlar ise devletler arasında zımni olarak kabul edilerek birer teamül haline gelmiş kurallardır ve bu nedenle hukukun genel ilkeleri olarak ayrı bir hukuk kaynağının var olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁶¹ Bu görüşe katılmak uluslararası teamüllerin oluşma şartları ile hukukun genel ilkesi olduğu söylenen kuralların ortaya çıkışından farklı olması ve hukukun genel ilkelerinin işlevini yansıtmaması nedeniyle mümkün değildir.¹⁶²

¹⁵⁷ Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, 31.

¹⁵⁸ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 59; Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24.

¹⁵⁹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 77.

¹⁶⁰ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 78; Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24-25. Aslan, UAD Statüsü’nün hazırlık aşamasında hukukun genel ilkeleri formülünü teklif eden Phillimore ve Root’un medeni milletlerce kabul edilmiş ortak kurallara işaret ettiğini ve bu neticede hukukun genel ilkelerinden bütün devletlerin iç hukuklarında mevcut bulunan kuralların anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca Aslan, Oppenheim’a göre de hukukun genel ilkeleri iç hukukun, özellikle de özel hukuk kurallarını uluslararası hukuk düzenine taşımak olduğunu aktarmaktadır. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24. Fakat bu özel hukuklardan alınan kurallar uluslararası düzene uygun hale getirilir ve böylece uluslararası hukuka mal edilir. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2014), 86.

¹⁶¹ Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 119; Enver Bozkurt, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal, *Devletler Hukuku*, (Ankara: Legem Yayıncılık, 2018), 72.

¹⁶² Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 119; Yücel Acer- İbrahim Kaya, 60. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 26.

Öte yandan hukukun genel ilkeleri özgün bir uluslararası hukuk kaynağı olarak kabul edilirse bu kaynaktan gelen kuralların diğer iki hukuk kaynağı olan uluslararası andlaşmalar ve uluslararası teamüllerle ilişkisinin nasıl olacağı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukukun genel ilkeleri bu iki kaynaktan sonra gelmekte ve onlardan bir alt basamakta bulunmaktadır. Bu görüş uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşi olup olmadığına ilişkin tartışma ile bağlantılıdır. Her ne kadar UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinin taslağından "sırasıyla" ibaresinin çıkarılması ile bu kaynaklar arasında bir hiyerarşi yaratılmak istenmediği sabit olsa da hukukun genel ilkeleri maddeye eklenirken bunların andlaşmalardan ve teamül kurallarından bir kural türetilmediği durumlarda oluşan boşlukları doldurma maksadını taşıdıklarının ifade edilmiş olması söz konusu kaynaklar ile hukukun genel ilkeleri arasında bir hiyerarşi olduğu iddiasını ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de hukukun genel ilkelerine yüklenen işlev kural boşluklarını doldurmak (*non-liquet*) ve tamamlayıcı bir rol üstelenerek uluslararası yargı organının bir uyumsuzluğu çözmeye eksik kalmasını önlemek olarak ifade edilmiştir.¹⁶³ Neticede hukukun genel ilkeleri üstlendiği bu tamamlayıcı rol ile birlikte diğer hukuk kaynakları kadar değer görmemektedir¹⁶⁴ ve uluslararası andlaşmalarda veya teamüllerde mevcut bir kural bulunması halinde hukukun genel ilkelerine başvurmak mümkün olmamaktadır.¹⁶⁵ Bu nedenle hem Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın (USAD) hem de UAD'nin doğrudan hukukun genel ilkelerine dayanarak bir uyumsuzluğu çözdüğü örnekler fazla değildir.¹⁶⁶

Ayrıca ifade etmek gerekir ki uluslararası hukukta mevcut bulunan bir hakkın temelinde hukukun genel ilkelerinin bulunduğu uygulamalar oldukça sınırlıdır.¹⁶⁷ Bu nedenle devletlerin hak ve yükümlülüklerini belirlemede hukukun genel ilkelerinin pratik açıdan önemi olmadığı da ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Bütün bu açıklamaların akabinde söylenebilir ki hukukun genel ilkelerinin özgün bir uluslararası hukuk kaynağı olmadığına dair görüşlere katılmak mümkün olmamakla birlikte hukukun genel ilkelerinin hiyerarşik olarak diğer iki asli kaynaktan altta

¹⁶³ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 77-78; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 59; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 120; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 85; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 72; Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24. Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, 170. Shaw, bu noktada iç hukuklara nazaran önelerine daha az uyumsuzluk gelen ve daha genç olan bu uluslararası hukuk alanındaki uyumsuzlukları çözmeye ortaya çıkan zorluklara dayanarak hukukun genel ilkelerinin tamamlayıcı rolünü açıklamaktadır. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 70.

¹⁶⁴ Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24.

¹⁶⁵ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 122.

¹⁶⁶ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 121.

¹⁶⁷ Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 24; Büyük bu noktada hukukun genel ilkelerinin kurucu bir fonksiyonu olmasa da USAD ve UAD kararlarında hukukun genel ilkelerinin diğer kaynaklardan türetilen hakları destekleyici ve sağlamlaştırıcı bir fonksiyon gördüğünü ifade etmektedir. Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, 170.

¹⁶⁸ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 78.

yer aldığı da söylenemez.¹⁶⁹ Burada mevcut olan husus hukukun genel ilkelerinin tamamlayıcı bir işlevi olmasından ibarettir.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında; devletlerin anklav ülkelerine ulaşmaları için anklavı saran devletin ülkesi üzerinden geçiş hakkının uluslararası hukukta var olduğu; geçit irtifakının hukukun genel ilkesi olduğunun kabul edilmesi ile mümkün görünmektedir. Gerçekten de bir kişinin mülkiyetindeki bir taşınmazın erişmesi için başka yollar mevcut olmadığı durumlarda başka kişilerin mülkiyetlerindeki taşınmaz üzerinden geçit hakkının tesis edildiği durumlar Roma hukukundaki “servitude”den bugüne neredeyse bütün devletlerin iç hukuklarında mevcut bulunan bir hak türüdür. Dolayısıyla bir devletin anklavına ulaşması için ikili veya çok taraflı anlaşmalarda ya da uluslararası teamüllerde bir kural mevcut olmadığı bir durumda hukukun genel ilkelerinin yukarıda zikredilen tamamlayıcı rolü dahilinde iç hukuk düzenlerinde mevcut bulunan irtifakların uluslararası düzeye aktarılması ile bir kural ihdas edilmesi mümkündür.¹⁷⁰

Hukukun genel ilkelerinin anlaşmaların yorumlanmasında da önemi bulunmaktadır. Nitekim, VAHS'nin 31/3-c. maddesi kapsamında anlaşmalar yorumlanırken, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanması mümkün olan uluslararası hukuk kuralları da dikkate alınması gerekmektedir. Geçit hakkının uluslararası hukuk içerisinde hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmesi, taraflar arsında geçit hakkını tesis eden anlaşmaların yorumlanmasında ve anlaşmadaki boşlukların doldurulmasında önem arz eden bir kaynak olacaktır.

C. ARA DEĞERLENDİRME

Geçit hakkı konusunda öncelikle pozitivist öğretiyeye yakından bakılması gerekmektedir. Vattel, doğal hukukun gerekliliğini ve değişmezliğini tekrarlarken aslında, devletin mutlak egemenliği konusunda katı ısrarıyla, pozitivistizmin ve uluslararası hukukun iradeci (pozitivist) öğretilerin yükselişine kapı aralamıştır. Ancak, her devletin tamamen bağımsız ve egemen olduğu ve bu nedenle hiçbir üstün otoriteye karşı sorumlu olmadığı, aynı doğa yasaının bir kuralı olduğundan; her devletin kendi davranışının hukukiliği konusunda tek yargıç olduğu ve bundan yalnızca kendisinin sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır: “Devletin (hükümdarın) kendi vicdanıdır.”¹⁷¹ Bu bakış açısından, bir devletin vicdanının derinliklerine itildiği ve kökeninde uluslara uygulanan doğal hukuka dayalı uluslararası hukukunun bağlayıcı gücü, nihai olarak tek devletin iradesi ve takdirine bağlıdır. Bu pozitivist varsayımların Vattel'in geçit hakkı teorisine açıkça yansıdığı görülmektedir. Devlet

¹⁶⁹ Aksi bir düşünce zaten UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinden “...sırasıyla...” ibaresinin çıkarılması ile kasti olarak uluslararası hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi oluşturmak istenmediği gerçeğine aykırı düşecektir.

¹⁷⁰ Farran, “International Enclaves and the Question of State Servitudes”, 304.

¹⁷¹ Emer de Vattel, *Natural Law and Enlightenment Classics*, (Gen. Edit. Kud Haakonssen), (2008: Liberty Fund Inc. United States of America), 8 ve 322-327.

egemenliğinin ön plana çıkarıldığı pozitivist yaklaşımda, geçit hakkının uluslararası toplumun çıkarlarına ve devletlerin karşılıklı bağımlılığına ilişkin klasik ilkelere dayalı olarak ileri sürülmektedir. Devletlerin bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne yapılan vurgu, uluslararası andlaşmalar ve uluslararası yargı organlarının değerlendirmelerinde bulunmaktadır. Buna göre; her devlet, uluslararası hukuk tarafından tanınan dokunulmazlıklara tabi olarak, kendi topraklarında ve buradaki tüm kişiler ve şeyler üzerinde yargı yetkisini kullanma hakkına sahiptir.¹⁷² Zouche, Rachel, Bynkershoek ve Von Martes gibi yazarların çalışmalarını temel alan pozitivistler, gerçek devlet pratiğinin doğrulanabilir incelemesi için soyut tartışmayı ve nihai idealleri terk etmişlerdir.¹⁷³ Pozitivistlere göre, uluslararası sistemde hiçbir üstün otoriteye tabi olmayan bağımsız devletler için hukuk, uluslararası andlaşmalarla gösterilen rızanın neticesinde doğmaktadır. Dolayısıyla pozitivist görüşe göre bir devletin ülkesi üzerinde bir başka devlet lehine vermiş olduğu geçiş hususu; bir “hak” değil, uluslararası bir andlaşma ile güvence altına alınması gereken bir “ayrıcalıktır”.¹⁷⁴ Pozitivist tutumun temsilcisi olarak devletlerin uygulamasına karakteristik bir vurgu yapan Hall, şunu vurgulamaktadır:¹⁷⁵ “(...) hiç şüphesiz, bir devletin, erişim ve ulaşım hakkı, bu hakkı veren devletin kendisine zarar verecek şekilde kullanılmasını önlemek için gerekli gördüğü tedbirleri alabilmesi şartıyla sınırlıdır.” Böylece nihayet pozitivist görüşe göre geçit hakkının tesisi için taraflar arasında bir andlaşmanın varlığını gereklidir. O halde devletlerin kural olarak andlaşma yapma hürriyetleri çerçevesinde geçit hakkı tanıyıp tanımama özgürlükleri de bulunmaktadır. Ancak, öğreti ve uluslararası mahkeme kararları, bir devletin bir andlaşma akdetme veya akdetmeme özgürlüğünün mutlak olmadığını bize göstermektedir. Geçit hakkının yükümlüsü olan devletin geçit hakkının tesis edilmesine ilişkin rıza gösterme hürriyeti elbette esastır. Fakat geçit hakkı yükümlüsü devlet bazı hallerde bu rızayı vermek için hukuki bir yükümlülük altındadır. Bu kural dışlıklardan ilki, taraf devletler arasında geçit hakkını kuran bir ön andlaşmanın (*pactum de contrahendo*) bulunmasıdır. Diğeri ise geçit hakkının anklavlarda ana ülkeye; denize elverişli olmayan devletlerde ise denize ulaşabilmek için bir zorunluluk oluşturması halleridir. Geçit zorunluğu, somut olgunun özellikleri dikkate alınarak, konu hakkında tespit edilecek teamül kurallarından ya da hukukun genel ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Geçit hakkına ilişkin andlaşmaların kurulması mecburiyeti

¹⁷² International Law Commission, Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries 1949 (United Nations: 2005), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf Erişim Tarihi: Nisan 10, 2023.

¹⁷³ Viall, “The Transit of Persons to and From Lesotho”, 7.

¹⁷⁴ Örneğin uzun zamandır uluslararası teamül hukukun bir ilkesi olan karasulardan “zararsız geçiş hakkı”, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin (BMDHS) III. Bölümü’nde düzenlenmiştir. BMDHS’nin Türkçe metni için bkz. Aydoğan Özman, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi* (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 1984).

¹⁷⁵ William Edward Hall, *International Law*, (1924: Clarendon Press, Oxford), 66-68; Viall, “The Transit of Persons to and From Lesotho”, 7.

doğuran kuraldışı hallerin varlığı halinde, tarafların müzakere etmeyi reddetmesi veya önemli ölçüde zor koşulların sunulması, müzakerelerin kasıtlı olarak engellenmesi, bir kez akdedildikten sonra geçit hakkına ilişkin andlaşmanın şartlarına uymamanın reddedilmesi ve daha ilerisi tarafa yükletilmiş hukuki yükümlülüğün ihlaline yaklaşmak anlamına gelecektir.¹⁷⁶

Taraflar arasında geçit hakkının tesis edilmesi yönündeki bir andlaşmanın hükümlerinin muğlak olması diğer bir ifade ile andlaşmanın lafzından geçit hakkının kuruluşu veya muhtevası, kalıcılığı, niteliği gibi hususların anlaşılmaması hallerinin varlığı durumunda da yine geçit hakkına ilişkin teamül kuralları veya hukukun genel ilkeleri, VAHS'ın 31/3-c hükmüne göre yorum aracı olarak karşımıza çıkacaktır.

Yukarıdaki bahsettiğimiz neticeler ışığında, Azerbaycan ana ülkesinden ayrı kalarak, etrafı Ermenistan, İran ve Türkiye ile çevrili olan ve doğrudan Azerbaycan devletinin alanıyla herhangi bir bağlantısı mevcut olmayan anklav niteliğindeki Nahçıvan'ın Azerbaycan ile irtibatının kurulması için 2020 Andlaşması'nda düzenlenen Ermenistan üzerinden geçişe ilişkin hükümlerinin, geçit hakkı oluşturup oluşturmadığı çalışmamızın bundan sonraki aşamasında değerlendirilecektir.

III. AZERBAYCAN İLE NAHÇIVAN ARASINDA GEÇİT KORİDORU OLARAK ZENGEZUR HATTI'NIN HUKUKEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nahçıvan ile Azerbaycan arasındaki geçit koridoru olan Zengezur hattına ilişkin nitelemeyi yapmadan önce Nahçıvan anklavı¹⁷⁷ örneğinde anklav ülke ile ana ülke veya üçüncü ülkeler ile irtibatının uluslararası hukuka göre nasıl kurulacağına değinmek gerekmektedir. Daha önce de bahsedildiği üzere anklavların ana ülkeye ulaşabilmesi zorunluluk halidir. Nahçıvan anklavında da coğrafi konumu gereği Nahçıvan'ın, Azerbaycan'a ulaşabilmesi için bir geçiş yolunun bulunması zorunludur. Bu geçit zorunluğu sebebiyle taraflar arasında 2020 Andlaşması hükümleri olmasaydı dahi Ermenistan'ın, teamül kuralları veya hukukun genel ilkesi sebebiyle, Azerbaycan ile andlaşma yaparak geçit hakkı tanıma yönünde mecburiyeti bulunmaktaydı. Ancak tarafları arasında akdedilen 2020 Andlaşması'nın 9. maddesiyle bu geçit hakkı tesis edilmiştir.

2020 Andlaşması'nın 9. maddesine göre, *“Bölgedeki tüm ekonomik ve nakliye ağları restore edilir. Ermenistan Cumhuriyeti, vatandaşların, nakliye araçlarının ve malların her iki yönde de engelsiz bir şekilde hareketinin teşkili maksadıyla Azerbaycan Cumhuriyeti'nin batı bölgeleri (rayonları) ile Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti arasındaki ulaşım ağlarının güvenliğini garanti eder. Ulaşımın ağlarının kontrolü, Rusya Federal Güvenlik Servisi Sınır Servisi'nin organları tarafından*

¹⁷⁶ E. Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 349.

¹⁷⁷ Rozhkov-Yuryevsky, “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”, 116-119.

yürütülmektedir. Tarafların rızasıyla, Nahçıvan Cumhuriyeti ile Azerbaycan'ı batı bölgeleri (rayonları) birbirine bağlayan yeni ulaşım ağlarının inşası temin edilecektir." Çalışmamızda daha önce de belirtildiği, Azerbaycan ile Nahçıvan arasında Nahçıvan'ın anklav statüsünün meydana geldiği 1929 yılından bu yana Zengezur bölgesinden geçen ulaşım ağları bulunmaktadır. Özellikle SSCB döneminde Azerbaycan ve Nahçıvan arasındaki ulaşımın Zengezur bölgesinden geçen Sovyet demir yolları tarafından yapıldığı bilinmektedir. 2020 Andlaşması'nın 9. maddesi hükmüne göre Zengezur bölgesinde bulunan tüm ekonomik ve nakliye ağlarının restore edilecektir. Tarafların anlaşması ile de yeni ulaşım ağları oluşturulacaktır. Nahçıvan'ın statüsünü oluşturan tarihte yer alan andlaşmalar ve nihayet 2020 Andlaşması dikkate alındığında Zengezur üzerindeki ulaşım ağının tarihsel anlamda süregelen bir uygulama olduğu ve bu bölge üzerinde Azerbaycan lehine irtifak hakkı niteliğinde bir geçit hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Netice olarak Zengezur üzerindeki geçit hakkına ne Ermenistan ve Azerbaycan Sovyet Cumhuriyet'lerinin bağımsızlıklarını kazanması ne de iki ülke arasında 1988 yılından beri süregelen savaş halinin halel getirmediği anlaşılmakta ve bu geçit hakkının irtifak hakkı niteliği teyit edilmektedir. Diğer bir ifade ile 2020 Andlaşması'nın 9. maddesinde düzenlenen geçit hakkı yeni bir hak meydana getirmedeği, var olan bir geçit irtifakının nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleyici ve belirleyici bir andlaşma olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

Bugün için Zengezur hattının irtifak hakkı olarak kabul edilmesi taraflar arasındaki siyasi ilişkilerde değişime uğraması, savaşın tekrar alevlenmesi ile bölgede farklı bir statüko meydana gelmesinden etkilenmeyen bir hakkın varlığını bize göstermektedir. Ayrıca Zengezur hattının Azerbaycan ana karası ile Türkiye'nin de garantörü olduğu¹⁷⁸ Nahçıvan anklavı arasında geçişi sağlayan bir hat olarak irtifak hakkı teşkil ettiği, dolayısıyla Azerbaycan'ın bu hattın kullanımının Ermenistan tarafından sağlanmasını her zaman talep edebileceği söylenebilecektir.

2020 Andlaşması'nın 9. maddesinde Azerbaycan'a tanınan geçit hakkının irtifak hakkı niteliği hususunda 1910 tarihli Kuzey Atlantik Kıyıları Balıkçılık Davası'nda da ifade edildiği üzere tarafların bir irtifak oluşturma noktasındaki iradelerinin tespiti gerekmektedir. 2020 Andlaşması'nda geçit hakkının niteliği irtifak hakkı olarak tanımlanmasa da tarafların sürekli olarak var olacak şekilde, çeşitli yatırımlar ile tesis edilecek bir geçit hattını tesis etmek istediği, 2020 Andlaşması hükümlerinde görülmektedir. Netice olarak tarafların süreklilik arz edecek şekilde bir irtifak hakkı oluşturduklarını söylemek mümkün olacaktır.

2020 Andlaşması ile tesis edilen geçit hakkının kullanımı hususunda Ermenistan'ın tutumu da önem arz etmektedir. 1923 Barselona Transit Geçiş

¹⁷⁸ Laçın İdil Öztüğ, "Türkiye ve Ermenistan İlişkilerinde Nahçıvan Sorunu", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi Journal of Modern Turkish History Studies* 36, S. 36 (2018): 413-430, 414, 416.

Serbestliği Andlaşması'nda da düzenlenen -evrensel bir teamül kuralı olduğu da iddia edilen- geçit hakkı kapsamında hiçbir ülkenin kendi coğrafi durumunu kullanarak başka bir devletin zararına geçişi zorlaştırmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁷⁹ Bu bağlamda Nahçıvan'ın komşusu olan Ermenistan gibi devletlerin Nahçıvan'ın anklav ülke statüsü neticesinde coğrafi üstünlüğünü kullanarak Nahçıvan ile Azerbaycan ana karası arasındaki geçişi engelleyecek tutum ve davranışlardan da uzak durması önem arz etmektedir.¹⁸⁰

SONUÇ

Uluslararası hukukta geçit hakkı, devletlerin ana ülkesinden ayrı olan ülke topraklarına ulaşma ihtiyacının bir sonucu olarak doğmaktadır. Ancak bu ihtiyaç, bazı hallerde zorunluluğa dönüşmektedir. Geçit hakkı konusunda zorunluluğun söz konusu olması halinde soruna; uluslararası hukuk öğretisi, yerleşik şekilde normatif bir çözüm ortaya koymaktan uzaktır. Özellikle uluslararası geçit hakkı tanıyan devletin ülkesi üzerindeki mutlak egemenliği ile yukarıda zikredilen zorunluluğu telif eden bir anlayış, henüz uluslararası hukuk öğretilerinde yeknesak bir anlayışla kabul görmemiştir.

Öğretilerde bazı yazarlara göre geçit hakkı Roma hukukundan beri geçerli bir ilkedir ve özellikle zorunluluk söz konusu olduğunda; devletlerin bu hakkı tanıması gerekmektedir. Doğal hak anlayışının hâkim olduğu bu görüşün karşı cephesinde ise; herhangi bir nedenle egemenlik yetkisi kısıtlanan devletin bu durumu, açık bir rıza ile onaylaması gerekmektedir.

Geçit hakkı hususunda diğer bir tartışma ise bu hakkın hukuki niteliği üzerinde ortaya çıkmaktadır. Bahse konu hakkın niteliği konusunda da öğretilerde yeknesaklık bulunmamaktadır. Örneğin uluslararası hukukta geçit hakkının sürekli bir nitelik taşıyıp taşımadığı; devletin ardıllığı karşısında bu hakkın halef olan yeni devleti bağlayıp bağlamadığı; bu hakkın kara ülkesi dışında hava ülkesi üzerinde de bir yetki tanıyıp tanımadığı gibi tartışmalar ön plana çıkmaktadır. Bu tartışmalara cevap verebilmek için geçit hakkının hukuki vasıflandırılmasının yapılması gerekmektedir.

Uluslararası hukukta ülke üzerindeki yetki kısıntılarının ülkesel kısıntılar, kiralama ve irtifaklar şeklinde ortaya çıktığı öncelikle vurgulanmalıdır. Bu kısıntılardan sürekli nitelikte olanı ise “uluslararası irtifak hakları”dır. Öğretinin bir

¹⁷⁹ Reid, *International Servitudes in Law and Practice*, 167.

¹⁸⁰ Grotius, Vattel ve Pufendorf; üzerinden geçiş yapılan devlete zarar vermemek kaydıyla, geçiş izninin hukuki olarak reddedilemeyeceği görüşündedir. Asıl zorluk, geçit hakkını doğuran veya olumsuz kılan koşulların belirlenmesi konusunda geçiş yapılan devlete tanınan takdir yetkisinin derecesinde yatmaktadır. Geçit hakkını kullanan devletin hareket manevrası, geçiş yapılan devletin güvenliğinin değerlendirilmesiyle sınırlandırılmaktadır. Ancak Lauterpacht, Vattel'den farklı olarak geçiş yapılan devletin kendi güvenliği adına geçişi reddetme konusundaki mutlak takdir yetkisini reddetmektedir. Zira geçiş yapılan devletin takdir yetkisi zaten kendi yargı denetimine tabiidir. Bkz. E. Lauterpacht, “Freedom of Transit in International Law”, 338-340.

kısmı tarafından kabul görmeyen -irtifak hakkı- doktrini, aslında devlet ile ülkesi arasındaki hukuki münasebetin vasıflandırılmasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası irtifak hakkını kabul edenler ağırlıklı olarak devlet ve ülke arasında üstün bir aynı hak ilişkisini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Bu görüşün karşısında ise; devlet ile ülkesi arasında özel hukuktan analogi ile aktarılan aynı hak kurumuyla konunun izah edilemeyeceği; bu kısıntıların uluslararası hukuka özgü yaklaşımlar ile izah edilmesi gerektiği anlayışı hakimdir.

Uluslararası hukuktaki geçit hakkına ilişkin bütün tartışmalar dikkate alındığında; konu hakkında öğretinin ortak kabul ettiği argüman, geçit hakkının bir andlaşma ile kurulabilmesidir. Devletlerin kural olarak andlaşma yapma özgürlüğü, başka bir devlet lehine geçit hakkı tanıyıp tanımama özgürlüklerini de içermektedir. Ancak, uluslararası hukuk kapsamında devletin bir andlaşma akdetme veya akdetmeme özgürlüğü mutlak değildir. Bu bağlamda geçit hakkının yükümlüsü olan devletin geçit hakkının tesis edilmesine ilişkin özgürlüğü de elbette esastır. Ancak geçit hakkı yükümlüsü devlet bazı hallerde bu rızayı vermek için hukuki bir yükümlülük altındadır. Bu hallerden ilki, taraf devletler arasında geçit hakkını kuran bir ön andlaşmanın (*pactum de contrahendo*) bulunmasıdır. Diğeri ise geçit hakkının anklavlarda ana ülkeye; denize elverişli olmayan devletlerde ise denize ulaşabilmek için bir zorunluluk oluşturması halleridir. Geçit zorunluğu, somut olgunun özellikleri dikkate alınarak, konu hakkında tespit edilecek teamül kurallarından ya da hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilecektir.

Ermenistan ve Azerbaycan gerilimi, geçit hakkı meselesinin tartışılması için önemli bir fırsat sunmaktadır. Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla beraber Ermenistan'ın Dağlık Karabağ bölgesini işgali, 2020 yılında Azerbaycan'ın başlattığı askeri operasyonu neticesinde sona ermiştir. 9 Kasım 2020 tarihinde Ermenistan ve Azerbaycan arasında akdedilen 2020 Andlaşması'nın 9. maddesine göre; “*Bölgedeki tüm ekonomik ve nakliye ağları restore edilir. Ermenistan Cumhuriyeti, vatandaşların, nakliye araçlarının ve malların her iki yönde de engelsiz bir şekilde hareketinin teşkili maksadıyla Azerbaycan Cumhuriyeti'nin batı bölgeleri (rayonları) ile Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti arasındaki ulaşım ağlarının güvenliğini garanti eder. Ulaşımın ağlarının kontrolü, Rusya Federal Güvenlik Servisi Sınır Servisi'nin organları tarafından yürütülmektedir. Tarafların rızasıyla, Nahçıvan Cumhuriyeti ile Azerbaycan'ı batı bölgeleri (rayonları) birbirine bağlayan yeni ulaşım ağlarının inşası temin edilecektir.*” Bu hüküm, anklav bir ülkenin ana ülkesi ile bağlantı kurulmasının uluslararası hukuk bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmaları yeniden canlandırmıştır.

Uluslararası hukuk uygulamalarında, bir devletin ülkesi üzerinde sağlanmış olan geçit hakkı; yükümlü devletin ülkesi üzerinde egemenlik yetkisinin belirli bir ölçüde kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bir devletin egemenlik yetkisinde kısıtlamadan söz edilebilmesi için; kural olarak, o devletin açık iradesinin ulus-

lararası hukuk kaynaklarında vücut bulması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü 38. maddesi göz önüne alındığında; bu irade kimi zaman bir uluslararası andlaşma, kimi zaman da uluslararası bir teamül kuralı ile ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce uluslararası irtifak hakkı kavramının vasıflandırılması hususunda geçit hakkının doğum noktasının önemi büyüktür. Buna göre devlet ile ülkesi arasındaki münasebetin aynı hak kavramı ile açıklanması mümkün değildir. Zira ülke, devletin yetki sahasının sınırlarını belirleyen bir unsurdur. Devletin yetkisi ise ancak uluslararası hukuk kaynakları ile sınırlanabilecektir. Başka bir deyişle ülke üzerindeki yetki sınırının andlaşma, teamül ya da hukukun genel ilkeleri ile doğması mümkündür. Azerbaycan ile Ermenistan arasında akdedilen andlaşma kapsamında kurulacak uluslararası geçit hakkı, andlaşmadan kaynaklanan bir yetki kısıtıdır. Bu andlaşma kapsamında kurulan yetki kısıtının hukuki niteliği ise; Nahçıvan'ın anklav statüsü gereğince hukukun genel ilkelerinden kaynaklanan bir yetki kısıtısını işaret etmektedir. Dolayısıyla bahsi geçen andlaşma hükmünün yorumundan bu hususun dikkate alınması gerekmektedir.

Nihayetinde 1969 tarihli VAHS'ın 31. maddesine göre; *“Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.”* Aynı maddede devamla; *“Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır: (...) c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.”* Hükümleri dikkate alındığında; Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki andlaşmanın uluslararası geçit hakkı tanıyan hükmünün muhteviyatını belirleyen yorum, 1969 tarihli VAHS 31/3-c hükmü çerçevesinde, geçit hakkının uluslararası hukukun genel ilkesi niteliğinde olduğu kabulü ile doldurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abdullahzade, Cavit, Ozan Ergül (Çev.). “Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47, S. 1-4, (1998): 221-278.
- Acer, Yücel; Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Arsava, A. Füsun. “Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulaması”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S. 15, (2020): 45-68.
- Arslan, Ali. “I. Dünya Savaşı Sonunda Nahçıvan’da Yapılan Millî Mücadele ve Bugünkü Nahçıvanın Statüsünün Oluşumu”. *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 14, S. 41, (1998): 522-546.
- Atnur, İbrahim Ethem. “Mustafa Kemal (Atatürk) ve Nahçıvan”. *Erdem Dergisi* 11, S. 32, (1998): 367-370.
- Atnur, İbrahim Ethem. *Osmanlı Yönetiminden Sovyet Yönetimine Kadar Nahçıvan (1918-1921)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2001.
- Aydın, Mustafa. “Uluslararası İlişkilerde Yaklaşım, Teori ve Analiz”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 51, S. 1, (1996): 71-114.
- Aydoğan Özman. *Deniz Hukuku-I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Beyerlin, Ulrich, “Pactum de contrahendo, pactum de negotiando”, *Encyclopedia of Public International Law, vol. 11, State, Responsibility of States, International Law and Municipal Law* içinde, R. Bernhardt (ed.). North-Holland: Elsevier (1984): 371-376.
- Bozkurt, Enver; Poyraz, Yasin; Erdal, Selcen. *Devletler Hukuku*. Ankara: Legem Yayıncılık, 2018.
- Bull, Hendley. “The Importance of Grotius in the Study of International Relations”, *Hugo Grotius and International Relations*, Ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts. Oxford: Clarendon Press, (1990): 65-95.
- Büyük, Mehmet Emin. *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Büyük, Mehmet Emin. “Uluslararası Hukuk Komisyonunun ‘Hukukun Genel İlkeleri’ Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme”. *Public and Private International Law Bulletin* 42, S. 1, (2022): 403-453.
- Can, Reyhan Rafet. “Güney Kafkasya Jeopolitiğinde Demiryollarının Rolü”. *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 32, S. 1, (2022): 37-54.
- Crawford, James R.. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Çelik, Edip. *Millîlerarası Hukuk*. İstanbul: Filiz Kitabevi 1982.
- Demir, Tarık. “Kolonyal Dönemden Günümüze Jeopolitik Bağlamda Anklav/Eksklav Ülke Toprakları Güvenlik İlişkisi”. Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.
- Erçakıca, Mustafa. “Dağlık Karabağ Sorununun ve ‘Ateşkes’ Andlaşması’nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılarından Değerlendirilmesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, S. 47, (2021): 287-314.

- Farran, C. D. Olivier. "International Enclaves and the Question of State Servitudes", *International and Comparative Law Quarterly* 4, S. 2, (1955): 294-307.
- Göze, Ayferi. *Devletin Ülke Unsuru (Sınırlar ve Devletle Olan Münasebeti)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959.
- Güler, Mehmet Çağatay. "Karabağ'ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklem". *Seta Perspektif* 301, (2020): 1-4.
- Gülzar İbrahimova ve Valizade. Vagif, "Sovyetleşme Döneminde Azerbaycan'ın Tarihi Arazilerinin Yitirilmesi: Zangezur". *Uluslararası Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi* 1, S. 1, (2018): 23-37.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2014.
- Grigoryan, Armine. "Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict". *Mesrop Mashtots University Bulletin*, 1, (2020): 131-137.
- Hall, William Edward. *International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1924.
- Lauterpacht, E.. "Freedom of Transit in International Law". *Transactions of the Grotius Society* 44, (1958): 313-356.
- Lauterpacht, H.. *The Development of International of International Law by the International Court*. London: Stevens and Sons Ltd., 1958.
- Lütem, İlhan Raşit. *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*. Ankara: Sakarya Basımevi, 1947.
- McNair, Arnold D. "So-Called State Servitudes". *British Year Book of International Law* 6, (1925): 111-127.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş- I. Cilt*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi. 1968.
- Musa, İsmayil. "Azerbaycan ve Rus Kaynaklarına Göre 1921 Moskova-Kars Antlaşmaları ve Kuzey Azerbaycan'ın Toprak Bütünlüğü Meseleleri". *Bellekten* 66, S. 246, (2002): 517-530.
- Mustafa, Nazım. "Nahçıvan ile Azerbaycan'ı Birbirinden Ayırmak Üzere Tertiplenen Zengezur'un Ermenistan'a Katılma Süreci". *Avrasya İncelemeleri Merkezi Blogu*, 2019, <https://avim.org.tr/Blog/Nahcivan-Ile-Azerbaycan-I-Birbirinden-Ayirmak-Uzere-Tertiplenen-Zengezur-Un-Ermenistan-A-Katilma-Sureci-11-12-2019>, Erişim Tarihi: Eylül 26, 2022.
- O'Connell, D. P.. "A Re-Consideration of the Doctrine of International Servitude". *The Canadian Bar Review* 30, S. 8 (1952): 807-818.
- O'Connell, D. P.. *State Succession in Municipal Law and International Law: Volume 1-2*. London: Cambridge University Press, 1967.
- Oğuzman, M. Kemal. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Oppenheim, L.. *International Law - A Treatise- Vol-I Peace*. Ankara: Gece Kitaplığı, 2018.
- Özarlan, Bahadır Bumin. "Bir Özerk Cumhuriyet Örneği Olarak Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti". *I. Milletlerarası Türkiye-Azerbaycan Münasebetleri Sempozyumu*, 12-14 Mayıs 2016, Kastamonu, 578-590.
- Özdemir Ali ve Akgül, Mehmet. "Avrupa Birliği ve Devlet Egemenliği İkilemi". *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan* 19, (2017): 2997-3023.

- Özman, Aydoğan. *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 1984.
- Özman, Aydoğan. *Deniz Hukuku-I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Öztuğ, Laçin İdil. “Türkiye ve Ermenistan İlişkilerinde Nahçıvan Sorunu”. *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi Journal of Modern Turkish History Studies* 36, (2018): 413-430.
- Özyılmaz, Emine Vildan. “Geçmişten Günümüze Dağlık Karabağ”. *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 15, S. 2, (2013): 191-208.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Potter, Pitman B.. “The Doctrine of Servitudes in International Law”. *American Journal of International Law* 9, S. 3, (1915): 627-641.
- Reid, Helen Dwight. *International Servitudes in Law and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1932.
- Rozhkov-Yuryevsky, Yu. “The concepts of enclave and exclave and their use in the political and geographical characteristic of the Kaliningrad region”. *Baltic Region* 2, (2013): 113-123.
- Rupp, Max G.. “Hugo Grotius and His Place in the History of International Peace”. *The Catholic Historical Review* 10, S. 3 (1924): 358-366.
- Schwarzenberger, Georg. *The Frontiers of International Law*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962.
- Shaw, Malcolm N.. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi, 2018.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Starke, J. G.. *An introduction to international law*. London: Butterworths, 1972.
- Stone, Jon R.. *The Routledge Dictionary of Latin Quotations*. New York and London: Routledge, 2005.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2014.
- Sürer, Mukaddes Korkmaz. “1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 1, (2018): 35-218.
- Şimsek, Oğuz. “Nahçıvan’ın Jeopolitik ve Jeostratejik Önemi”. *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, S. 6, (2010): 111-132.
- Taşdemir, Fatma. “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”. *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 18, S. 3, (2016): 644-668.
- Toluner, Sevin. *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)*. Derleyenler: Ayşenur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün, Elif Başkaracaoğlu, İstanbul: Beta Yayıncılık 2017.
- Toluner, Sevin. *Milletlerarası Hukuk Dersleri - Devletin Yetkisi*. İstanbul: Beta Yayıncılık 1989.
- Turan, Şerafeddin. “1829 Edirne Antlaşması”. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi Dergisi* 9, S. 1-2, (1951): 111-151.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1987.

- Uprety, Kishor. *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives*. USA: The World Bank- Law, Justice, and Development Series 2006.
- Vali, F. A.. *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, New York: *Frederick A. Praeger*, 1958.
- Viall, John D.. “The Transit of Persons to and From Lesotho”. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 1, S. 2, (1968): 187-208.
- Whiteman, Marjorie Millace. “Servitudes”. *Digest of International Law Vol. 2* içinde, Washington D.C: Department of State Publications, 1963.
- Yeşilot, Okan. “Türkmençay Antlaşması ve Sonuçları”. *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 14, S. 36, (2008): 187-199.
- Yılmaz, Merve Nur. “Uluslararası Çevre Hukukunda Hakça Kullanım İlkesi”. *TBB Dergisi* 135, (2018): 235-260.
- Yüksel, Cüneyt ve Yüce, Hamza. “Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı’ nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, S. 3 (2022): 1021-1065.

Belgeler

- Azərbaycan Respublikasının Prezidenti, Ermənistan Respublikasının Baş naziri və Rusiya Federasiyasının Prezidentinin Bəyanatı No: 406/20, www.mfa.gov.az/az/news/no40620 (Erişim Tarihi: Mart 21, 2023).
- Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries 1949, (United Nations: 2005) https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf.(Erişim Tarihi: Nisan 10, 2023).
- Şikago’da 7 Aralık 1944 Tarihinde Akit ve İmza Edilmiş Olan Milletlerarası Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi ve Bunların Eklerinin Onanması Hakkında Kanun, Kanun No: 4749, Kabul tarihi: 05/06/1945.
- United Nations Conference on the Law of the Sea, Geneva, Switzerland, 24 February to 27 April 1958, A/CONF.13/C.5/SR.6-10, Summary Records of the 6 th to 10 th Meetings of the Fifth Committee, The observations of the delegate of Czerchoslovakia.

AÇIK DEVLET VERİLERİ VE BİLGİ EDİNME HAKKIYLA İLİŞKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN^(**)**

Öz

İdarelerin kamu hizmetlerini yerine getirirken topladıkları verilerin büyük bir kısmı, üçüncü kişiler tarafından yeni ürün ve hizmetlerin ortaya çıkarılması için kullanılabilir olduğundan bu veriler büyük bir ekonomik değer oluşturmaktadır. Diğer yandan idare, bu verileri, başka idari kararların verilmesi için de kullanabilmektedir. İdarenin işleyişine ilişkin veriler aynı zamanda idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin veya yanlış politika tercihlerinin de bir göstergesi olabilmektedir. Bu bakımdan, bilgisayar teknolojileri sayesinde bilgiye erişimin her zamankinden daha fazla kolaylaştığı dijital çağda, idare tarafından toplanan verilerin neler olduğu ve nasıl kullanıldığının öğrenilmesi ihtiyacı da artmıştır. İdarelerin ellerinde bulunan verileri kamuya açması; şeffaflık, hesap verilebilirlik ve katılımcılık esaslarına dayanan açık devletin temel bileşenidir. Teknik bir kavram olarak açık devlet verileri, idarelerin faaliyetleri sırasında ürettikleri veya topladıkları verileri makine tarafından okunabilir formatta, bir ara yüz aracılığıyla açık hale getirmesini ve bu verilerin üçüncü kişiler tarafından serbestçe erişilebilir ve sınırsız şekilde yeniden kullanılabilir olmasını ifade etmektedir. Açık devlet verileri hem ekonomik büyüme hem de başta bilgi edinme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgilidir. Çalışmada açık devlet verisi kavramı, kavramın önemi ve işlevi, hukuki koşulları açıklanmış; AB, Fransa ve Almanya'daki yasal düzenlemeler incelenerek Türkiye'deki durum ortaya konulmuş ve açık devlet verilerinin bilgi edinme hakkıyla ilişkisi tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Açık Devlet Verisi, Açık Devlet, Bilgi Edinme Hakkı, Dijitalleşme, Açık Hükümet, Açık Veri.

OPEN GOVERNMENT DATA AND ITS RELATIONSHIP WITH THE RIGHT TO INFORMATION

Abstract

A large part of the data collected by administrations while performing public services, can be used by third parties to create new products and services, and these data constitute a great economic value. On the other hand, the administration may use this data to make other administrative decisions and these data may also be an indicator of unlawful actions and practices or wrong policy choices of the administration. In this respect, in the digital age, where access to information is easier than ever thanks to computer technologies, the necessity to learn which data is collected by the administration and how it is used has also increased. The public disclosure of the data that is held by administrations is also of great importance in terms of shaping a transparent, accountable and participatory state model. As a technical concept, open government data means that administrations make unstructured raw data available in machine-readable format through an interface, freely accessible to third parties and unrestrictedly reusable. Open

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 13.04.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 16.06.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1282696.

Bu çalışma, 15-16 Aralık 2022 tarihinde İzmir Katip Çelebi Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen Dijital Çağda Hukuk Sempozyumu'nda yazar tarafından sunulan "İdare Hukuku Boyutuyla Açık Devlet Verileri" isimli bildirinin yeniden düzenlenmiş ve kapsamlı bir şekilde geliştirilmiş halidir.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye. E-posta: kamile.turkoglu@hbv.edu.tr, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2933-582X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

government data is closely related to both economic growth and fundamental rights and freedoms, particularly the right to information. In this study, the concept of open government data, the importance and function of the concept, its legal requirements are explained; the legal frameworks in the EU, France and Germany are examined, the situation in Turkey is presented and the relationship between open government data and the right to information is discussed.

Keywords

Open Government Data, Open Government, Right to Information, Digitalization, Open Government, Open Data.

Extended Abstract

Open government data, in a technical and narrow sense, means that administrations make unstructured raw data openly available in machine-readable format through an interface, freely accessible to third parties and unrestrictedly reusable. Open government data is also one of the most crucial elements of open government movement. Open government requires the administration to establish policy-making and decision-making processes with its citizens and other third parties in a relationship based on transparency, participation, and cooperation. In this respect, open government data serves both the reusability of the data collected by the state while performing public services and the realization of the principles of transparency, democracy, and participation in governance.

The basic principles and standards for open government data should first be set out in law. Open government data can be regulated in a right to information law, as in Canada; in an administrative procedure law together with the right to information, as in France; or in a separate law (open government and e-government laws), as in Germany. Legal arrangements should also be made to anonymize the data and to separate the data to be disclosed to the public, such as personal data, state secrets and trade secrets. Moreover, the administration should set technical conditions and standards through regulatory acts and ensure a standard practice across the entire administrative organization. Finally, open government data should not be subject to the rigid restrictions of intellectual property law. Therefore, government data should be published under relatively light restrictions, such as open licenses. It may be required to state the name and source in the license, but it is forbidden to ban modifications or to restrict their use for non-commercial purposes.

Many countries aim to increase the amount of open government data they publish by regulations. The EU attaches great importance to linked open government data throughout the Union in terms of digitalization and economic growth. The 2003 Public Sector Information (PSI) Directive was replaced by the Open Data Directive in 2019. The Directive calls data on different topics that are considered to play an important role for society and the economy as high-value datasets and envisages the full publication of this data by each Member State. France and Germany, two leading EU member states, have two different implementation of open government data within the framework of EU legislation. France is ranked as one of the best countries in the world in terms of open government data. It recognizes open government data as part of the right to information. In 2016, the Digital Republic Law (Loi pour une République numérique) added detailed provisions about open government data to the third book of the Code of Administrative Relations with the Public (CRPA) under the title "Access to Administrative Documents and Reuse of Public Sector Information" (CRPA, Paragraph L. 300-1- L351-1). Through these provisions, the disclosure of government data has become an obligation. In Germany, unlike France, the legal bases for open government data are multiple. Germany's federal state structure poses problems at some points. The Information Reuse Act 2006 (Das Informationsweiterverwendungsgesetz -IWG) and the E-Government Act 2013 (Das E-Government-Gesetz- EGovG) contain provisions on open government data. The federal administration is obliged to publish raw data in electronic form free of charge and unrestrictedly. The law limits open government data to unprocessed data.

Turkish public administration and public financial management have not yet reached the expected level of transparency and accountability, and there is no regulation on open government data. However, the concepts of open government and open data have been mentioned in many national policy and strategy documents. In the National Artificial Intelligence Strategy 2021-2025, open government data is given a significant place and strategies on the subject are announced. With Presidential Decree No. 1, the Presidential Digital Transformation Office was assigned with the task of establishing and operating the Open Data Portal and determining the procedures, principles, and standards regarding the transfer of data from public institutions to the Central Open Data Portal. Some laws stipulate those administrations, such as the Turkish Statistical Institution, to share information about their activities with the public. The National Geographic Data Portal has also been launched. In addition, some municipalities and public institutions publish open government data on their own portals.

Open government data broadens and facilitates the right to information. However, the relevance of the issue to the right to information depends on the extent to which states cover open government data. Generally, public release of data alone is not sufficient for the right to information and transparency. While data has an economic and scientific value in terms of processability; information, which means processed data, is more relevant to transparency and accountability in terms of being understood by the whole society. Since open government data is a crucial part of the open government movement, it is necessary to adopt openness and transparency at every level of the administration and to publish open government data as well as other official information and documents. The goal of an open state and open government data cannot be realized only through legislative changes or the formation of technological infrastructures. Therefore, the administration needs to build strong institutional infrastructures and develop a tradition of transparency- and democracy-oriented perception.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz dijital çağda¹ bilgisayar teknolojileri sayesinde bilgiye erişim ve bilginin işlenişi kolaylaşmış, veriler ve bilgiler, yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesinden, pazarlama stratejilerinin oluşturulmasına ve hatta siyasi manipülasyona kadar birçok alanda kullanılmaya başlanmıştır². Veri, veri akışı ve verilerin işlenmesiyle oluşan bilgi, önemli bir değer haline gelmiş; verilerin serbest akışı ve işlenebilmesi günümüzün başlıca meselelerinden biri olmuştur³. İnternet ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşmasıyla, özellikle de kişilere ait birçok verinin kolaylıkla ulaşılabilir ve başka amaçlarla kullanılabilir hale gelmesi, kişisel verilerin korunması başta olmak üzere birçok yeni hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. İdare de hem kamu hizmeti alanının genişlemesi hem de dijital teknolojiler sayesinde, kamu hizmetlerini yerine getirirken kişiler hakkında daha çok miktarda veri toplamaya veya üretmeye başlamış⁴; buna karşılık kişilerin idari süreçlerdeki açıklık talepleri de artmıştır. Dijital çağda açıklık gereksiminin iki önemli nedeni vardır: Bunlardan birincisi demokrasi ve insan hakları bağlamında bilgi üstünlüğüne sahip idare ile vatandaş arasında bir denge kurma ve vatandaşın idareyi denetleyebilme ihtiyacıdır. İkincisi ise verilerin yeniden

¹ "Birçok şeyin bilgisayar tarafından yapıldığı ve bilgisayar teknolojisi sayesinde büyük miktarda bilginin mevcut olduğu, günümüz." *Cambridge Dictionary*. Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/digital-age>.

² Alper Işık, *Dijital Demokrasi*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 79.

³ Harari, kitabında Dataizm denilen bir veri dininden bahsederek teknolojik gelişmeler ve veri akışının büyüklüğü karşısında büyük devletlerin egemenliğinin ve siyasetçilerin gücünün zayıflayacağını belirtmektedir. Yuval Noah Harari, *Homo Deus: Yarının Kısa Bir Tarihi*. 4. Bası. (İstanbul: Kolektif Kitap, 2017), 389.

Nitekim Federal Almanya Açık Veri Yasası'nın gerekçesinde de, veriler "geleceğin yakıtı" veya "yeni petrol" olarak tanımlanmıştır. Herbert Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data". *Handbuch Digitale Verwaltung*, editör Hans-Henning Lühr, Roland Jabkowski, ve Sabine Smentek. (KSV Verwaltungspraxis, 2019), 491.

⁴ Aikaterini Yannoukakou ve Iliana Araka. "Access to Government Information: Right to Information and Open Government Data Synergy". *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 147 (2014), 332. Akıllıoğlu, idarenin, amaçlarına yönelik olarak her türlü bilgiyi toplayan, saklayan, değiştiren, dönüştüren ve aktaran en büyük bilgi tekeli olduğunu belirtmektedir. Tekin Akıllıoğlu, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik Bilgi Alma Hakkı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 46(3), (1991), 1.

kullanımının doğuracağı ekonomik değerden kaynaklanmaktadır. İlk gereksinimle bağlantılı olarak, algoritma ve yapay zekâ kullanımının hem kamu hem de özel sektörde giderek yaygınlaşması ve verilerin algoritmalar aracılığıyla kişileri etkileyen kararlara dönüştürülmesi⁵ de bu verilerin açıklığı ve denetlenmesi ihtiyacını daha da fazla ortaya çıkarmıştır⁶. Auby idare hukukunun dijitalleşmesine ilişkin makalesinde dijital devrimin idare hukukuna en önemli etkilerinden birinin devlet verisi kavramının ortaya çıkması olduğunu belirtmektedir⁷.

Açık devlet verileri, genel olarak idarenin faaliyetleri sırasında topladığı verileri yeniden iletilebilir ve kullanılabilir bir şekilde dijital ortamda belli standartlarla kamuya paylaşmasını ve bu verilerin üçüncü kişilerce amaç sınırlaması olmaksızın kullanılabilmesini ifade etmektedir⁸. Her ne kadar ülkemizde henüz yasal bir dayanağa kavuşmamış olsa da açık devlet verileri, birçok ülkede ve AB düzeyinde yasal düzenlemeye konu olmuştur ve yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Türkiye’de açık devlet verilerine ilişkin girişimler bulunmakla beraber henüz merkezi bir portaldan resmi verilerin paylaşımı yapılmamaktadır. Teknolojik gelişmelere paralel olarak konunun önümüzdeki yıllarda Türkiye’de de önemli hale gelmesi beklenmektedir.

Açık devlet verilerinin idarenin şeffaflığı, hesap verilebilirliği ve vatandaşların yönetime katılım hakkı; bu bağlamda demokrasi ve bilgiye erişim özgürlüğü açısından olumlu katkıları vardır. Birçok ülkede idarelerin proaktif olarak veri paylaşımı yükümlülüğünün bulunması, idarenin yeni bir kamu hizmeti alanının ortaya çıktığını da göstermektedir. Bu bakımdan açık devlet verilerinin kapsamı ile ilke ve standartlarının kanunlarda net bir şekilde belirlenmesi ve etkilerinin hukuken analiz edilmesi gerekmektedir. Zira açık devlet verileri, hem kişisel verilerin korunması gibi temel hak ve hürriyetleri hem de kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Oysaki açık devlet verileri, Türkiye’de çoğunlukla bilgi ve belge yönetimi disiplini kapsamında incelenerek akademik çalışmalara konu olmuş⁹; hukuk disiplini ve özellikle de idare hukuku alanında incelenmemiştir¹⁰.

⁵ Jean-Bernard Auby, “Administrative Law Facing Digital Challenges”. *European Review of Digital Administration & Law-Erdal* 1, 1-2 (2020), 7.

⁶ Auby, “Administrative Law Facing Digital Challenges”, 8.

⁷ Yazar diğer etkileri idari karar alma süreçlerinin ve idari işlemlerinin içeriğinin değişmesi olarak ifade etmektedir. Auby, “Administrative Law Facing Digital Challenges”, 14. Buna karşılık Akıllıoğlu dijitalleşme bağlamında ele almamış olsa da henüz 1991 yılında bilgi hukukunu yeni ve gelişmekte olan bir hukuk dalı olarak makalesine konu etmiştir. Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, 1.

⁸ Açıklanan verilerin kişisel verileri, devlet sırrı veya ticari sır gibi kanunen korunan veri kategorilerinde yer almaması gerekir.

⁹ Bilgi ve belge yönetimi alanında kapsamlı bir çalışma için bkz. Şahika Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*. (Ankara: Türk Kütüphaneciler Derneği, 2018), 135-173. Yazarın konuya ilişkin diğer bazı çalışmaları için bkz. Şahika Eroğlu, “Açık Devlet Verisinin Sosyo-ekonomik Değeri ve Kullanım Engelleri: Uluslararası Göstergelerde Türkiye”, Yalçınkaya, B. (Editor), *Endüstri 4.0 Sürecinde Bilgi Yönetimi ve Bilgi Güvenliği: eBelge-eArşiv-eDevlet-Bulut Bilişim-Büyük Veri-Yapay Zekâ*. (Ankara:

Bu çalışmada açık devlet verilerinin idare hukuku açısından ele alınması ve bilgi edinme hakkıyla ilişkisinin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmada, açık devlet verileri kavramı hukuki boyutuyla ortaya konulmaya çalışılacak ve kavramın sadece ekonomik kalkınma ve teknolojik ilerleme açısından mı önemli olduğu yoksa bilgi edinme özgürlüğüne önemli katkıların olup olmayacağı sorusuna cevap aranacaktır. Bu kapsamda öncelikle açık devlet ve açık devlet verisi kavramları ile açık devlet verilerinin önemi ve işlevi ele alınacak; kavramın hukuki gereklilikleri açıklanacaktır. Daha sonra AB'nin konuya ilişkin ilke ve standartları belirlediği AB Açık Veri Direktifi incelenecek; Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan ve dolayısıyla gelişmiş bir idare hukuku anlayışı olan Almanya ve Fransa'daki yasal çerçeve ve Türkiye'deki durum ortaya konacaktır. Bütün bu açıklamaların ışığında son olarak açık devlet verilerine ilişkin uygulamaların bilgi edinme özgürlüğüne katkısının ne ölçüde olabileceği tartışılacaktır.

I. AÇIK DEVLET HAREKETİ VE AÇIK DEVLET ORTAKLIĞI

Açık devlet bünyesinde birçok başka kavram ve alt konu barındıran şemsiye bir kavramdır¹¹. Kavram ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrası ABD'de ortaya çıkmış; *open government* evrensel bir terim olarak benimsenmiştir. Her ne kadar kavram Türkçe'ye *açık devlet* olarak çevrilmiş olsa da *government* kavramının öncelikli Türkçe karşılığı *hükümet* veya *idare* olup; devlet ve hükümet farklı kavramlardır¹². Ancak, konu bağlamında her ikisinin de kullanımı doğrudur. Zira açık devlet, açık hükümet anlayışından daha geniştir. Yasama ve yargının işleyişinin açıklığını da kapsar¹³. Geleneksel olarak idare hukukunda, açık devlet yerine *yönetimde açıklık ilkesi* kullanılmaktadır¹⁴. Açık ise, gizli olmayan, gerçeği olduğu

2010); Şahika Eroğlu, "Açık Devlet ve Açık Devlet Uygulamaları: Türkiye'de Kamu Kurumlarına Yönelik Bir Değerlendirme". *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 58, 1 (2018): 462-490. Ayrıca bkz. Abdullah Topcu ve Ahmet Ercan Işık, *Açık Devlet Verisi Rehberi*, Açık Kitap, (2019) <https://acikdevletverisi.tr.gitbook.io/rehber/turkiyede-acik-devlet-verisi/>.

¹⁰ Ancak yine bilgi ve belge yönetimi alanında yazılmış ve Türkiye'deki Bilgi Edinme Kanunu'nun açık devlet verileri açısından elverişliliğinin incelendiği bir çalışma bulunmaktadır. Şahika Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 8, 1 (2020), 43-65.

¹¹ Bunlar açık erişim ve açık bilgi ile açık yenilik ve açık toplumsal yenilik, açık süreç zincirleri ve açık katma değerli ekonomik zincirler, açık devletçilik ve açık politika döngüsü, açık kaynak, açık standartlar, açık arayüzler ve açık piyasalar yaklaşımıdır. Christian Philipp Geiger ve Jörn Von Lucke. "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", *E-Journal of E-Democracy and Open Government - JeDEM* 4, 2 (2012), 266.

¹² *Cambridge Dictionary*, Erişim Tarihi: Şubat 15, 2023. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/government>.

¹³ OECD, *Open Government Highlights*, 2016, 3. Erişim Tarihi: Şubat 15, 2023. <https://www.oecd.org/gov/open-gov-way-forward-highlights.pdf>.

¹⁴ İdare hukukunda açıklık ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), 27-35.

gibi yansıtan anlamlarına gelmektedir¹⁵. Ancak açık devlet bağlamında *açık* sıfatının aynı zamanda bilginin teknolojik imkanlarla işlenmesi yoluyla kullanılacağı alanların artırılması gibi teknik bir anlamı da bulunmaktadır¹⁶.

Açık devletin temelinde, hükümetlerin vatandaşlar veya şirketler gibi üçüncü kişilerle şeffaflık, katılım ve işbirliğine dayalı bir idare modeli oluşturması fikri yatar¹⁷. Açık devlette “*yenilikçi ve sürdürülebilir kamu politikaları ve uygulamalarına dayalı bir yönetim kültürü*” söz konusudur¹⁸. İdare ortaklaşa politikalar geliştirmek ve uygulamak için üçüncü kişilerle işbirliği yapar¹⁹. Bu kapsamda idare açık veriler yayınlar, idari etkinlikler ve idari dosyalar halk tarafından görülebilir; idareden bilgi ve belge alınabilir ve idari makamlar ile resmi toplantılar halka açık tutulur²⁰. Açık devlet, bilgi edinme özgürlüğü, şeffaflık, açık veri, vatandaş katılımı, açık inovasyon gibi alanlardaki gelişmelerin öncülü niteliğindedir. Bu bakımdan açık devlet, odağında *şeffaflık, katılım ve işbirliğinin* olduğu idari işleyiş ve idari karar alma süreçleri (eylem ve işlemler) anlamına gelmektedir. Özellikle de açık devlet verileri, açık devletin en temel gereksinimidir²¹. Açık devlette idare, teknolojik gelişmeleri yakından takip eder ve çevrimiçi olarak erişilebilirdir²². Bu yönüyle açık devlet, idari işleyişte teknoloji kullanımı yoluyla verimliliğin artırılmasını da gerektirmektedir.

Açık devletin popülist bir yönü de vardır. Açık devlet, politikacılar tarafından sıkça kullanılan ve siyasi konjonktüre göre yeniden canlandırılan önemli bir siyasi vaat²³ ve aynı hukuk devleti gibi gerçekleşmesi umut edilen bir ütopyadır. Açıklık, bilgi edinme hakkı, katılım gibi demokratik yönetimi oluşturan unsurlar

¹⁵ *Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: Şubat 18, 2023 <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁶ Yu and Robinson, “The New Ambiguity of ‘Open Government’”, 188.

¹⁷ Geiger ve Von Lucke, “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)”, 266. Timon Hölle, “Open Government in Deutschland. Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)”. *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, editör Hermann Hill, Dieter Kugelmann, ve Mario Martini, (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2018), 146. Margrit Seckelmann ve Christian Bauer. “Open Government, Liquid Democracy, e-Democracy und Legitimation: Zur politischen Willensbildung im Zeichen des Web 2.0”. *Die Vermessung des virtuellen Raums*, editör Hermann Hill ve Utz Schliesky. (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2012), 327.

¹⁸ OECD, *Open Government Highlights*, 2016, 3.

¹⁹ Açık devlet kavramı, bu yönüyle Anglo-Sakson kökenli *işbirlikçi yönetim* yaklaşımıyla ortaya çıkmıştır. Seckelmann ve Bauer, “Open Government, Liquid Democracy, e-Democracy und Legitimation”, 329.

²⁰ Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, 9.

²¹ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 53.

²² Bu kapsamda örneğin idarelerin açık veri paylaşımı konusunda birbirleriyle veya kişilerle bilgi alışverişinde bulunabileceği açık devlet forumları veya idareleri, kişileri ve sivil uzmanları bir araya getiren devlet danışma platformları oluşturulması da bir açık devlet uygulamasıdır. Erişim Tarihi: Mayıs 28 2023 <https://www.etalab.gouv.fr/gouvernement-ouvert/>.

²³ Seckelmann ve Bauer, “Open Government, Liquid Democracy, e-Democracy und Legitimation”, 327.

seksenli yıllardan beri dile getirilmektedir²⁴. Ancak şüphesiz, yasamanın ve yürütmenin bu yöndeki iradesi ile gerekli yasal ve kurumsal altyapının oluşturulması açıklığı devletin vazgeçilmez bir unsuru haline getirecektir.

Açık devlet idarenin işleyiş şeklinin ve idarenin elindeki bilgi ve belgelerin (gizlilik gereksinimleri dışında) herkesin erişimine açık olmasını gerektirir. Günümüzde bilgisayar, internet ve e-devlet kullanımı idarenin bilgileri derlemesini, üretmesini, sınıflandırmasını ve saklamasını kolaylaştırdığı kadar; bilgilerin kolay ve ucuz bir şekilde iletilmesine de olanak sağlamıştır²⁵. Bu bakımdan teknoloji kullanımı, vatandaş katılımının sağlanması ve sivil toplumla daha kapsamlı işbirliği kurulmasında yeni olanaklar ortaya çıkarmıştır²⁶. Ancak açık devletin sadece idareye ilişkin verilerin açık platformlarda belli teknik özelliklerle yayınlanmasına indirgenmemesi, hesap verilebilirliği de içerecek şekilde yorumlanması gerekir. Birçok veri yayınlayan bir devletin hala otoriter olma riski bulunmaktadır²⁷.

Açık Devlet Ortaklığı (Open Government Partnership- OGP) açık devlet uygulamalarının yaygınlaştırılmasına yönelik ABD, İngiltere, Brezilya, Meksika, Endonezya, Norveç, Filipinler ve Güney Afrika tarafından 2011 yılında kurulan ve şu anda 76 ülke ve 106 yerel otorite ve sivil toplum örgütünden oluşan çok taraflı bir girişimdir²⁸. Açık Devlet Ortaklığı, hükümetler ve sivil toplum aktörleri arasında bir değişim ve ağ oluşturma platformudur²⁹. Üyeler her iki yılda bir güncellenen sivil toplumla birlikte oluşturulmuş bir Ulusal Eylem Planı (NAP) aracılığıyla şeffaflığı, hesap verebilirliği ve hükümete halkın katılımını artırmaya yönelik somut taahhütler sunar. Açık Devlet Deklarasyonu'nda dört temel ilke yer alır³⁰:

- Açık verilerin ve kamu işleyişine ilişkin bilgilerin kamuya açılması yoluyla kamusal bilgiye erişimin artması,
- Kamu politikalarının geliştirilmesi ve değerlendirilmesinde vatandaşların katılımı,

²⁴ Bu kapsamda genellikle idari usul kanunları ve bilgi edinme hakkıyla ilgili yasal düzenlemelerin yapılması gereği ön plana çıkmıştır. Meltem Kutlu Gürsel, "İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Süjelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim" *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2003), 320.

²⁵ Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, 25.

²⁶ Annette Guckelberger, "E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltung-srecht?" *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, (De Gruyter, 2018), 66.-73.

²⁷ Harlan Yu and David Robinson, G., "The New Ambiguity of 'Open Government'", *UCLA L. Rev. Disc* 178(2012), 196.

²⁸ OGP, "About Open Government Partnership", Erişim Tarihi: Ocak 10, 2023. <https://www.opengovpartnership.org/about/>.

²⁹ Hölle, "Open Government in Deutschland. Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)", 148.

³⁰ OGP, Open Government Declaration, Erişim Tarihi: Mayıs 29, 2023 <https://www.opengovpartnership.org/process/joining-ogp/open-government-declaration/>.

- Kamu işleyişinde yüksek etik standartların uygulanması,
- Açıklık ve hesap verebilirlik için yeni teknolojilerin kullanılması.

Açık devlet verilerinin kapsamlı bir şekilde yayınlanması açık devletin başlıca unsurlarından biridir. Türkiye 2011 yılında Açık Devlet Ortaklığına üye olmuşsa da 2014 yılından beri bir eylem planı hazırlamadığı için 2017 yılından itibaren OGP üyeliği pasif konuma geçmiştir³¹.

II. AÇIK DEVLET VERİSİ KAVRAMI

Açık devlet hareketinin bir parçası olarak ortaya çıkan açık devlet verisi (open government data) kavramı, kamu sektörüne ait verilerin çevrimiçi ortamda üçüncü kişilere açılması, bu verilerin herkes tarafından yeniden kullanılabilir ve erişilebilir olmasını ifade etmektedir³². Kamu otoritelerinin ellerindeki bilgi ve belgeleri çevrimiçi ortamda ücretsiz olarak kamuya açması hem idarenin şeffaflığına ve hesap verebilirliğine hizmet etmekte, hem de verilerin yeniden kullanımı yoluyla vatandaş odaklı yenilikçi katma değerli hizmet ve ürünlerin geliştirilmesini sağlamaktadır³³. Özellikle de yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesinde bol miktarda açık veriye ve açık devlet verisine ihtiyaç vardır. Bu yönüyle açık devlet verileri çok yüksek bir ekonomik değere sahiptir. Dünyada da açık devlet verilerini merkezi veri portallarından yayımlayan hükümet sayısı ve yayımlanan verilerin miktarı gittikçe artmaktadır. Fransa, Kanada, İngiltere, Finlandiya gibi birçok ülkede açık devlet verilerine erişim özgürlüğü bilgi edinme hakkının bir devamı olarak kabul görmektedir³⁴.

Açık devlet verileri, kamu hizmetleri yerine getirirken idareler tarafından toplanmakta, üretilmekte veya kaydedilmektedir. Burada idare ile kastedilen merkezi idare ve yerel yönetimler ile diğer kamu tüzel kişileridir. Fransa'da olduğu gibi kamusal bir görev yerine getiren özel hukuk kişileri de açık veri yayımlamakla yükümlü kılınabilir.

Açık devlet verilerinin konusunu finans, vergi, sosyal güvenlik, sağlık, eğitim, yargı, din hizmetleri gibi birçok alana ait veriler oluşturabilir. Meteorolojik araştırmalar, mahkeme kararları, sağlık verileri, dernek kayıtları, kamu kütüphanelerindeki dijital kaynaklar, bilgi edinme başvuruları, ithalat-ihracat verileri ve hatta kamu fonu kullanan araştırma projelerinde ortaya çıkan veriler birer devlet verisidir. Bunun gibi sayısız veri, idarenin her seviyesinde elektronik araçlarla veya yazılı olarak toplanmakta; kaydedilmekte ve yıllarca arşivlerde saklanmak-

³¹ "Turkey made inactive in the Open Government Partnership", OGP Blog, 21.09.2016. Erişim Tarihi: Ocak 10, 2023 <https://www.opengovpartnership.org/stories/turkey-made-inactive-in-the-open-government-partnership/>.

³² "What is open data", Erişim Tarihi: Mayıs 25, 2023. What is open data | data.europa.eu.

³³ OECD, *Open Government Data*, Erişim Tarihi: Ocak 10, 2023. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/open-government>.

³⁴ Bu ülkelere ilişkin daha fazla bilgi V numaralı başlık altında verilmiştir.

tadır³⁵. İdareye ait elektronik veriler, ham veri setleri olarak, bir ara yüz aracılığıyla açık hale geldiğinde, serbestçe erişilebilir ve yeniden kullanılabilir olmaktadır³⁶.

Açık devlet verisinin konusunu kural olarak *veri* oluşturur. *Veri* kavramı “*karar vermeye yardımcı olmak için incelenmek, dikkate alınmak ve kullanılmak üzere toplanan gerçekler veya sayılar veya bir bilgisayar tarafından saklanabilen ve kullanılabilen elektronik formdaki bilgiler*” olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bilgi ise “*Kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam*”dır³⁸. Veriler genellikle doğrudan insanlar tarafından değil; insanların tasarladığı makineler tarafından çeşitli dijital uygulamalar aracılığıyla okunduğunda anlaşılabilir³⁹. Ancak ileride daha ayrıntılı tartışılacağı üzere tek başına verilerin açıklanması, odağında şeffaflık, hesap verilebilirlik ve işbirliğinin olduğu açık devletin gerçekleşmesi için yeterli değildir⁴⁰. Zira verilerin açıklığının sağladığı değer, verilerin kullanılması ve anlamlandırılması yoluyla bilgiye dönüşümce ortaya çıkmaktadır⁴¹. Sıradan vatandaşların tek başına verileri bilgiye dönüştürmesi çoğunlukla mümkün değildir.

Başlıca açık devlet verileri şu şekilde sıralanabilir⁴²: Ticaret verileri (ticaret odaları, ticaret sicilleri gibi); coğrafi veriler (adres, uygu fotoğrafı, bina bilgileri, jeoloji, topografik bilgiler); hukuki veriler (mahkeme kararları, kanunlar, uluslararası antlaşmalar); meteoroloji verileri (iklim bilgileri, hava tahminleri); sosyal veriler (ekonomi, istihdam, sağlık, nüfus gibi) ve ulaşım verileri (trafik yoğunluğu, yol çalışması, toplu taşıma, taşıt tescil bilgileri)⁴³. Bunların içinde özellikle de coğrafi, meteoroloji, enerji, ulaşım ve sağlık verilerinin yüksek ekonomik potansiyeli bulunmaktadır⁴⁴. Bu veriler kitlesel veri analizi ve yapay zekâ için önemli bir kaynaktır. Örneğin konum bazlı veri içeren binlerce mobil uygulama bu verilerin yayınlanması sayesinde üretilmektedir⁴⁵.

³⁵ Yannoukakou ve Araka, “Access to Government Information”, 332.

³⁶ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 24.

³⁷ *Cambridge Dictionary*, Erişim Tarihi: Ocak 10, 2013. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/data>.

³⁸ *Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁹ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 400.

⁴⁰ Yu and Robinson, “The New Ambiguity of ‘Open Government’”, 196.

⁴¹ Şahika Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 43.

⁴² Dekkers, M., Polman, F., Velde, R., de Vries, M.: MEPSIR: Measuring European Public Sector Information Resources. Final Report of Study on Exploitation of public sector information - benchmarking of EU framework conditions (2006)’dan aktaran, Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 25.

⁴³ Bunların dışında başka birçok veri kategorisinden bahsetmek mümkündür. Örnek olarak bkz. ABD Açık Veri Portalı, Data.gov Home - Data.gov.

⁴⁴ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 32.

⁴⁵ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 401.

Açık devlet verisi kavramını, açık veri (open data) ve büyük veri (big data) kavramlarından ayırt etmek gerekmektedir. *Açık veri*, herhangi bir kullanım ve dağıtım kısıtlaması olmaksızın kamu yararına erişime açık hale getirilen verilerdir⁴⁶. Açık veriler, yalnızca kamu sektöründen değil; aynı zamanda özel hukuk kişilerinden, şirket veya sivil toplum kuruluşlarından gelen verileri içerir. Eğitim materyalleri, coğrafi veriler, istatistikler, trafik verileri, bilimsel yayınlar, tıbbi araştırmalar veya radyo ve televizyon programları açık veri olabilir⁴⁷. *Büyük veri* ise sadece özel bilgisayarlar tarafından analiz edilebilen çok büyük miktarda ve karışık veriyi ifade etmektedir. İnternet üzerinden gerçekleştirilen her türlü işlem dijital bir kayıt bırakmakta ve dağınık haldeki bu kayıtlar büyük veriyi oluşturmaktadır. Çeşitli yapay zekâ sistemleriyle büyük veriler analiz edilerek kişilerin davranışlarının anlamlandırılarak ürün ve hizmetlerin optimize edilmesine; gelecekteki tercihlerinin tahmin edilmesine, usulsüzlük ve kötüye kullanımların tespitine kadar daha birçok alanda kullanılmaktadır⁴⁸. Büyük verinin içinde açık devlet verileri de yer almaktadır.

III. AÇIK DEVLET VERİSİNİN ÖNEMİ VE İŞLEVİ

Devletin elinde bulundurduğu verileri kamuyla paylaşması hem demokrasi ve insan hakları hem de ekonomik ve bilimsel gelişme açısından önemlidir. *Demokrasi ve insan hakları* boyutu açısından açık devlet verileri teknik özellikleri önem taşımaksızın güncel ve güvenilir veri veya bilginin vatandaşa açıklanması ve kamuoyunun idari faaliyetler hakkında bilgilendirilmesini gerektirir. Açık devlet verilerinin *ekonomik* değerinin ön plana çıktığı hallerde ise bu verilerin belli teknik standartlara ve kurallara uygun olması gerekmektedir. Açık devlet verileri, açık devletin temel unsurlarından biridir. Kapsamlı ve güncel bir şekilde açık veri yayımlayabilen bir idarenin, genellikle, iyi işleyen, çağın gereklerine ayak uydurmuş ve şeffaf bir yönetim anlayışına sahip olduğu çıkarımında bulunulabilir. Bu yönüyle açık devlet verileri topluma hem sosyal değer katmakta hem de ekonomik büyümeyi teşvik etmektedir⁴⁹.

İdarenin elinde bulundurduğu verileri, bazı kısıtlamalarla, kamunun kullanımına ücretsiz ve sınırsız bir şekilde açması, idari faaliyetlerde açıklık, şeffaflık ve hesap verilebilirliği sağlar. Açıklıkla idarenin her türlü faaliyetinin halk tarafından bilinebilir olması; şeffaflıkla ise resmi kararların ve faaliyetlerin kayıt altına alınması; idari karar alma süreçlerinin mümkün olduğu kadar erişilebilir ve anlaşılır

⁴⁶ Open Data Foundation, *Open Data Handbook*, Erişim Tarihi: Mayıs 28, 2023, opendatahandbook.org.

⁴⁷ Geiger ve Von Lucke, "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", 268.

⁴⁸ "What is Big Data Analytics and Why It is Important?", *Simplilearn*, (9 Ocak 2023). Erişim tarihi: Ocak 8, 2023. <https://www.simplilearn.com/what-is-big-data-analytics-article>.

⁴⁹ Veri kategorilerine göre açık devlet verilerinin kullanım alanları ve sosyal etkilerine ilişkin olarak bkz. Şahika Eroğlu, "Açık Devlet Verisinin Sosyo-ekonomik Değeri ve Kullanım Engelleri: Uluslararası Göstergelerde Türkiye", 436-439.

olması sağlanır⁵⁰. Böylece kişilerin idari işleyişe katılımı ve idari makamlarla etkileşimi artar⁵¹. Vatandaşlar kendisini temsil eden idari makamların yeterliliğini ve idari tasarrufların yerindeliğini denetleyebilir⁵²; kamusal tartışmayı başlatarak idarenin karar alma süreçlerine etki edebilir; hatta hukuki denetim mekanizmalarını harekete geçirebilir. Günümüzde yaygın internet ve sosyal medya kullanımı, vatandaşların daha iyi ve daha çok bilgilenmesini sağlayarak kamusal tartışmayı kolaylaştırmıştır. Bu durum bilgiye erişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi özgürlükleri de güçlendirmektedir⁵³. Demokrasi kültürünü geliştirir. Hesap vermekle yükümlü olduğunu bilen kamu kurumları daha verimli işler ve iyi idare (good governance) anlayışı uygulamaya geçer⁵⁴. Açık devlet verileri idare tarafından da analiz edilip kamu hizmetlerinin geliştirilmesi için kullanılabilir⁵⁵. Böylece hem idari makamların kanıta dayalı politika üretmesi kolaylaşır hem de vatandaşların kamu hizmeti tercihlerinde yol gösterici olur⁵⁶. Örneğin toplu taşımaya ilişkin durak-saat-yoğunluk bilgileri idare açısından hizmetin sıklığının daha isabetli bir şekilde belirlenmesini ve kaynak israfının önlenmesini sağlarken; vatandaş da akıllı seçimler yaparak hizmetten daha rahat bir şekilde faydalanır⁵⁷.

Açık devlet verilerinin temel amacı ekonomik büyüme ve inovasyondur. Devlet verilerinin kamuya açılarak başta şirketler ve bilim insanları olmak üzere üçüncü kişiler tarafından yeniden kullanımı, yeni ürün ve hizmetlerin ortaya çıkarılmasını (inovasyon), mevcut ürün ve hizmetlerin aktif ve kullanıcı ihtiyaçlarına göre şekillenmesini ve yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesini sağlar⁵⁸. Böylelikle halihazırda devlet tarafından üretilmiş verinin yeniden üretilmesine gerek kalmaz. Bugün *veri ekonomisi* de denilen ayrı bir ekonomi kolu ortaya çıkmıştır⁵⁹. Bu verilerin devlete ait olanlarının devlet tarafından tek bir merkezde sunulması,

⁵⁰ Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information : The Law, the Practice and the Ideal*. (Cambridge University Press, 2010), 29.

⁵¹ Geiger ve Von Lucke, "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", 271. Richter, Heiko. "Open Government Data für Daten des Bundes". *NVwZ*, 1408 (2017): 13, 1408.

⁵² Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 391; Janssen, "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles". Auby, "Administrative Law Facing Digital Challenges", 12.

⁵³ Işık, *Dijital Demokrasi*, 105.

⁵⁴ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 54. Ralf Schnieders. "Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland". *Die Öffentliche Verwaltung* 5 (2018): 175. Janssen, "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles".

⁵⁵ Kamu hizmetleriyle ilgili "*planlama, politika geliştirme, yeni teşvik mekanizmaları oluşturulması, olası yeni iş birliklerinin kurulması ve bürokratik süreçlerin azaltılmasında*" açık verilerden yararlanılabilir. TCCDDO, *Açık Veri Projesi*, Erişim Tarihi: Şubat 27, 2022. <https://cbddo.gov.tr/projeler/acik-veri/>.

⁵⁶ Auby, "Administrative Law Facing Digital Challenges", 13.

⁵⁷ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 60.

⁵⁸ Geiger ve Von Lucke, "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", 271. Richter, "Open Government Data für Daten des Bundes", 1408.

⁵⁹ Schnieders, "Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland", 175.

hatta özel sektör verilerinin de buna eklenerek büyük bir veri kütüphanesi oluşturulması bu açıdan oldukça işlevseldir⁶⁰. Ancak açık devlet verilerin ekonomik ve bilimsel amaçlarla yeniden kullanımı verilerin belli şekil ve standartlarda sunulmasına bağlıdır. Bu açıdan bazı hukuki gerekliliklerden bahsetmek mümkündür.

IV. BAŞLICA HUKUKİ GEREKLİLİKLER

Hukuk devleti, demokrasi ilkesi ile düşünce ve ifade hürriyeti devletin kamu hizmetleri dolayısıyla topladığı bilgileri vatandaşla paylaşmasının anayasal dayanakları olsa da bunlar kamusal verilerin açılmasına ilişkin doğrudan bir talep hakkı doğurmazlar. Bilgi edinme kanunları ise idarenin belli bir kişinin talebi üzerine bilgi verilmesini düzenler. Açık devlet verilerine ilişkin ilke ve koşulların hem kanunilik hem de hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri gereği kanunda özel olarak düzenlemesi gerekmektedir⁶¹. Açık devlet verilerinin temel bir hukuki dayanağa kavuşturulması yani konuya ilişkin temel hususların belirtildiği genel kanuni düzenlemelerin yapılması öncelikli hukuki gerekliliktir. Bunun yanında veri güvenliği ve gizliliğine ilişkin hükümler içeren kanunların açık devlet verilerini kapsamlı; ama temel hak ve hürriyetleri koruyan bir şekilde paylaşılmasını sağlayacak içerikte düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca açık veri standartlarına ilişkin ayrıntılı ve teknik nitelikteki ilke ve kuralların alt düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi, böylece veri güvenliği ve birlikte çalışılabilirliğin sağlanması bir diğer önemli husustur. Son olarak açık lisansların kullanımı açık devlet verilerinin yeniden kullanılabilirliği açısından özel önem arz ettiğinden bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılmasına da ihtiyaç vardır. Aşağıda bu hususlar ana hatlarıyla incelenecektir.

A. GENEL KANUNİ DÜZENLEMELERİN YAPILMASI

Kanunlarda öncelikle açık devlet verilerine ilişkin genel düzenlemeler yapılmalı ve idarenin proaktif veri paylaşımı kanuni bir zorunluluk haline getirilmelidir. Bununla beraber idarenin elindeki verilerin hangilerinin açık devlet verisi olarak yayımlanacağı, bunların kullanımı, yeniden kullanımı koşulları, sınıflandırılmasının nasıl yapılacağı, verilere erişim süreçleri ve lisanslamaya ilişkin koşullar kanunda düzenlemelidir⁶². Ayrıca ülkelerin açık devlet verilerinin birbirine bağlanabilir olması için uluslararası ilke ve standartların da gözetilmesi gerekmektedir. AB çapında uygulanan Açık Veri Direktifi ulusal hukuklarda benimsenmesi gereken temel ilkeleri ortaya koyması açısından önemli bir kaynaktır.

⁶⁰ TCCDDO, Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi, 27. Erişim Tarihi: Aralık 2022. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.

⁶¹ Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 392.

⁶² Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", 51.

Açık devlet verilerinin Kanada’da olduğu gibi bilgi edinme hakkı kanununda; Fransa’da olduğu gibi bilgi edinme hakkıyla beraber idari usul kanununda veya Almanya’da olduğu gibi ayrı bir kanunda (açık devlet ve e-devlet kanunları) düzenlenmesi mümkündür. Bu konudaki tercih yasa koyucuya aittir. Açık devlet verilerinin bilgi edinme hakkıyla yakın ilişkisi, konunun bilgi edinme hakkı kanunlarında düzenlenmesini zorunlu kılmaz. Ancak, açık devlet verilerine ilişkin hükümlerin, sistematik olarak bilgi edinme hakkı veya idari usul kanunlarında düzenlenmesi, açık devlet verilerinin insan hakları boyutunu göstermesi açısından daha yerinde bir tercihtir. Zira açık devletin temel göstergelerinden birini bilgiye erişim hakkı kanunun kapsamı oluşturmaktadır⁶³. Diğer yandan, konunun e-devlet ve elektronik bilgi ve belge yönetim sistemlerine ilişkin kanunlarda düzenlenmesi, konuya ekonomik kalkınma ve inovasyon boyutuyla yaklaşıldığını gösterecektir. Teknik uzmanlık gerektiren diğer hususların adsız düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi gereklidir. Bunun yanında elektronik idari veriler, veri güvenliği, veri gizliliği gibi hususlarda hüküm içeren bütün kanunların ve diğer mevzuatın da açık devlet gereklerine uygun bir şekilde güncellenmesi gerekmektedir⁶⁴.

B. VERİLERİN ANONİMLEŞTİRİLMESİ VE VERİ GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Verilerin anonimleştirilmesi, kamuya açıklanacak olan verilerin kişisel veri, devlet sırrı, ticari sır gibi açıklanmaması gereken verilerden ayrıştırılması veya veriler kullanılarak profillemeye yapılmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir. Bu işlem ise özel bir teknik süreç ve hukuki rejim gerektirmektedir⁶⁵.

Kişisel verilerin korunması, açık devlet verilerinin öncelikli sınırıdır. Kişisel verilerin mümkünse açıklanacak verilerden çıkarılması veya anonimleştirilmesi gerekir. Ancak veri sahibinin açık rızası veya açık yasal dayanağın bulunması halinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkeler ışığında kişisel verinin açıklanması mümkündür. Açık devlet verilerinin kişisel veri içerip içermediğinin yetkili makamlarca sürekli kontrol edilmesi gerekmektedir. Risk analizleriyle farklı türde verilerin birleştirilerek kişi veya kurumların tespit edilebilir olmasının da önüne geçilmelidir⁶⁶.

⁶³ Örneğin kanunlar elektronik ortamda işlem yapılmasını içerecek şekilde düzenlenmeli; idarenin kendiliğinden halkı bilgilendirme yükümlülüğü olmalı, açık devlet verilerine ilişkin somut düzenlemeler içermeli, açık devlet verisi olarak yayınlanmayacak istisnalar dar kapsamlı tutulmalıdır. Eroğlu, “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, 50.

⁶⁴ Hatta, bir ülkede bilgiye erişime ilişkin kanunların varlığı açık devlete yönelik hazırlıkların ilk adımı olarak görülmektedir. Eroğlu, “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, 50.

⁶⁵ Seckelmann ve Bauer, “Open Government, Liquid Democracy, e-Democracy und Legitimation”, 331.

⁶⁶ Geiger ve Von Lucke, “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)”, 272.

Bilgi ya da verilerin açıklanması devlet menfaatleri veya ticari menfaatlerle de çatışabilir⁶⁷. *Devlet sırrı*, *kurum sırrı* ve *ticari sır* niteliğinde veriler içeren belgeler, elektronik belge yönetim sistemlerinde gizlilik derecesine göre sınıflandırılmalı ve kamuya açılmamalıdır. Ulusal güvenlik, savunma, kamu güvenliği, suç faaliyetlerinin önlenmesi, araştırılması ve soruşturulması veya ekonomik menfaatlerin korunması gibi sebeplerle devlet verilerinin gizli tutulması gerekebilir⁶⁸. Nitekim uygulamada, yetkisiz kullanım ve erişimlerin önüne geçmek için resmî belgeler çok gizli, gizli, özel, hizmete özel, tasnif dışı, ticari gizli, ticari özel gibi başlıklarla sınıflandırılmaktadır⁶⁹. Bunların dışında, *fikri mülkiyet* ve *endüstriyel sır* içeren veriler de yayınlanmamalıdır⁷⁰.

Herhangi bir koruma gerekliliği ile sınırlandırılmamış veya ilgili kişi tarafından kullanım izni verilen verilerde sorun yoktur. Ancak gizli veriler kategorisinin idarece geniş yorumlanması, açık devlet verileriyle ulaşılmak istenen amaca aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle kanunlar keyfiyete yer vermeyecek şekilde gizlilik gerekliliklerini ve bilgi paylaşımını düzenlemelidir⁷¹. Bazı hallerde idareye, verilerin açıklanmasıyla ortaya çıkacak kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurarak karar vermesi konusunda takdir yetkisi verilmesi gerekmektedir⁷². Zira devlet sırrı veya ticari sır gibi kavramların geniş yorumlanarak keyfi sınırlamalara tabi tutulması, açık devlet verilerinin kapsamını daraltacak, gizliliğin veya saklanmak istenen verilerin hukuki maskesi olacaktır. Bu durum hükümetlerin bilgi tekeli oluşturarak kişileri gözetim altına almak ve iktidarların kendilerini kuvvetlendirmesi amacıyla kullanmaları sonucunu doğurabilecektir⁷³.

C. VERİLERİN STANDARTLARINA İLİŞKİN İLKE VE KURALLARIN MEVZUATTA ÖNGÖRÜLMESİ

Açık devlet verilerinin yeniden kullanılabilir, doğru, güncel ve eksiksiz olması standart format ve terminolojiler ile gelişmiş bilgi ve belge yönetimi teknolojilerinin kullanımına bağlıdır⁷⁴. İdarelerin açık devlet verilerini farklı kavram ve

⁶⁷ Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 392.

⁶⁸ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 142.

⁶⁹ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 148. Örneğin Türkiye'de Gizlilik Dereceli Belgelerde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: 26/4/2022 Sayı: 31821) ile Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik (RG: 4/6/2021 Sayı: 31501).

⁷⁰ Geiger ve Von Lucke, "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", 272.

⁷¹ Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", 51-52.

⁷² Ayrıca bkz. Çağla Tansuğ, "İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı", *GSÜHFD*, 2(2021): 1586.

⁷³ Işık, *Dijital Demokrasi*, 108. Devletin teknolojik imkânları da kullanarak bilgi tekeli elinde bulundurması ve bireyi takip ve gözetim altında tutarak demokrasi ve insan haklarını yok etmesi George Orwell'in 1984 isimli ünlü distopik romanında da çarpıcı bir şekilde yer bulmuştur. Işık, 85.

⁷⁴ Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", 63.

biçimlerde yayınlaması, meta verilerin yetersizliği gibi hususlar verilerin yeniden kullanılabilirliğini engelleyecektir. Diğer yandan teknolojik donanımdaki eksiklikler de verilerin kaybolması, erişiminin kısıtlı olması, kanıt değerini yitirmesi ve ulusal ve uluslararası geçerliliklerini kaybetmesi riskini doğuracaktır⁷⁵. Verilerin eş işlerliği (interoperatibity) anlamına gelen verilerin farklı sistemlerde ve kuruluşlarda farklı veri setleriyle birlikte çalışabilmesi için uluslararası ilke ve standartlara uyulması gerekmektedir⁷⁶. *Bağlı Açık Devlet Verileri* (Linked Open Government Data- LOGD) kapsamında çeşitli devletlerin verilerinin birbirine bağlanabilmesi uluslararası standartlara uyulması halinde mümkündür⁷⁷. Bunun için idarenin adsız düzenleyici işlemlerle teknik koşul ve standartları belirleyerek tüm idari teşkilatta standart bir uygulamayı sağlaması gerekmektedir. Böylece hem hukuki güvenlik ve belirlilik sağlanacak hem de kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkelerine uygun bir şekilde gerekli değişiklikler hızlı bir şekilde yapılabilecektir.

D. AÇIK LİSANSLARIN KULLANIMI

Açık devlet verileri, sosyal, ekonomik ve toplumsal veriler içermeleri nedeniyle fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturabilirler. Ancak açık devlet verilerinin fikri mülkiyet hukukunun katı sınırlamalarına tabi olmaması esastır. Bu verilerin sınırsız ve serbest biçimde kullanımının sağlanması gerekmektedir. Bu serbest kullanım, veri kaynağına atıfta bulunma ve benzer paylaşım⁷⁸ (sharealike) gibi makul sınırlamalara tabi tutulabilir. Ancak devlet verileri üzerinde üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakları bulunursa bu verilerin açılmaması gerekir⁷⁹.

Devlet verilerini iki şekilde kamuya açabilir⁸⁰: Birincisi verileri telif tabi tutup yeniden kullanım koşullarını özel olarak düzenleyebilir; ikincisi ise açık lisanslar yoluyla kullanıma izin verebilir. Genellikle açık devlet verilerinin güvenliği ve yeniden kullanılabilirliğini sağlamak üzere ulusal veya uluslararası çeşitli açık lisanslar oluşturulmuştur. Lisans fikri hak sahibinin kullanma yetkisini lisans alana devretmesine dair izin ve yasaklar içerir. Açık lisanslar ise, “*çok az kısıtlamayla veya hiç kısıtlama olmadan bir çalışmaya erişim, yeniden kullanım ve yeniden dağıtma izni*” verir⁸¹. Açık lisansla adın ve kaynağın belirtilmesi gerekli

⁷⁵ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 127.

⁷⁶ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 406.

⁷⁷ Yannoukakou ve Araka, “Access to Government Information”, 338.

⁷⁸ Benzer paylaşım “bu verinin kullanıldığı eserlerin, veriden daha sıkı bir telif hakkı korumasıyla dağıtılmaması” anlamına gelir. “Açık veri nedir? Kamu kurumlarının veri portalları, yeni bir haber kaynağı”, Dosya, *Journo*. Ali Safa Korkut, (5 Mart 2022), Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://journo.com.tr/acik-veri>.

⁷⁹ Richter, “Open Government Data für Daten des Bundes”, 1413.

⁸⁰ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 132.

⁸¹ Open Knowledge Foundation, “Open Definition”, Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://opendefinition.org/guide/>.

olabilir; ancak değişikliklere yasak getirilmesi veya verinin ticari olmayan amaçlarla kullanımının sınırlandırılması yasaktır⁸². Uluslararası açık lisanslar içinde en yaygın olanı, özellikle AB çapında kullanılan Creative Commons'tır⁸³. Ancak ülkeler çeşitli konularda ulusal lisanslar da kullanmaktadır⁸⁴.

V. AB, FRANSA VE ALMANYA'DA AÇIK DEVLET VERİLERİ

Açık devlet verisi düşüncesinin çıkış noktasının 1766 yılındaki İsveç Basın Özgürlüğü Kanunu'na dayandığı kabul edilse de⁸⁵ şeffaflık kaygısıyla idari belgelere erişime ilişkin düzenlemeler ilk kez 1951 yılında Finlandiya'da yapılmıştır⁸⁶. Açık devlet verisi kavramının dünya çapında ilgi uyandırması ise 2009 yılında ABD'de dönemin başkanı Obama tarafından *Açık Hükümet Yönergesi*'nin yayınlanması; hükümet verilerinin *data.gov.tr*'de açıklanmasıyla başlamıştır⁸⁷. 2010 yılında Birleşik Krallık'ta *data.gov.uk* web sitesi üzerinden çeşitli devlet verileri kamuya açılmış; 2013 yılında *Açık Veri Şartı* yayınlanarak; açıklanan devlet verilerine ilişkin çeşitli standartlar getirmiştir⁸⁸. Bu sırada, birçok başka ülke de açık devlet verilerine ilişkin uygulamalara başlamıştır⁸⁹.

AB'de açık devlet verilerine ilişkin ilk düzenlemeler 2000'li yılların başında yürürlüğe girmiş ve AB çapında uygulama birliği sağlanması amaçlanmıştır. Gümrük Birliği Ortaklığı ve AB'ye tam üyelik müzakereleri çerçevesinde Türkiye'nin uzun vadede AB'nin bu alandaki düzenlemelerini de iç hukuka aktarması gerekeceğinden önce AB'deki düzenlemeler ana hatlarıyla incelenecektir. Daha sonra, Fransa ve Almanya'nın açık devlet verilerini AB mevzuatı çerçevesinde iç hukukta nasıl düzenledikleri açıklanacaktır. Esasen İngiltere⁹⁰,

⁸² Richter, "Open Government Data für Daten des Bundes", 1411.

⁸³ Creative Commons, "European Commission adopts CC BY and CC0 for sharing information", Blog, Timothy Vollmer, (02.04, 2019). Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://creativecommons.org/2019/04/02/european-commission-adopts-cc-by-and-cc0-for-sharing-information/>.

⁸⁴ Daha fazla bilgi ve örnek için bkz. Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 133.

⁸⁵ İsveç'te açık devlet verilerinin yasal mevzuata konu olmasının 20 yıllık bir geçmişi vardır. 1949 yılı versiyonuyla hala geçerli olan yasa, birkaç istisna dışında her vatandaşa tüm resmî belgelere ücretsiz ve sebepsiz erişim hakkı vermektedir. Hölle, "Open Government in Deutschland. Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)", 149.

⁸⁶ Auby, "Administrative Law Facing Digital Challenges", 10.

⁸⁷ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 53; Hölle, "Open Government in Deutschland", 145. ABD'deki tarihsel gelişime ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Firuz Yaşamış. "Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu" *Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli*. (2004), 9 vd.

⁸⁸ Schnieders, "Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland", 176.

⁸⁹ Katleen Janssen. "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles". *Community Informatics and Open Government Data* 8, 2 (2012).

⁹⁰ Birleşik Krallık'ta 2000 yılında çıkarılan Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu (Freedom of Information Act), açık devlet hareketinin bir yansımasıdır. Kanuna göre, hem kişiler idareden bilgi talep edebilme hakkına sahiptir hem de idare kendiliğinden belli bilgileri açıklamakla yükümlüdür. Kanun bir-

Kanada⁹¹, Finlandiya⁹² gibi ülkelerde de açık devlet verilerine ilişkin gelişmiş bir mevzuat bulunmaktadır. Ancak Fransa ve Almanya, Kara Avrupası hukuk sistemi içinde idare hukuku sistemini temsil eden başlıca iki ülke olmaları ve bu bakımdan Türkiye'ye örnek teşkil edilebilmeleri nedeniyle seçilmiştir. Ayrıca, Fransa ve Almanya açık devlet verilerine ilişkin iki farklı uygulama örneği teşkil etmeleri açısından da önemlidir. Açık devlet verileri Fransa'da bilgi edinme hakkıyla beraber idari usul kanununda düzenlenmiş ve geniş bir uygulama alanı bulmuş; Almanya'da ise ayrı bir kanunda düzenlenerek daha dar el alınmıştır.

A. AB AÇIK VERİ DİREKTİFİ

İdari verilerin açıklığı önceleri idarenin şeffaflığı ilkesi çerçevesinde ele alınmış ve şeffaflık ilkesi AB Temel Haklar Şartı'na dahil edilmiştir. Ancak, 7 Haziran 1990 tarihli çevresel bilgilere erişime ilişkin AB direktifi ulusal idareler tarafından tutulan verilerin kamuya açılmasına ilişkin ilk düzenlemedir. AB, kamu verilerine erişimdeki standardizasyon eksikliğini Pazar ekonomisinin gelişiminde bir engel olarak görmüş; bu engelin ortadan kaldırılması amacıyla 2003/98/EC sayılı *Kamu Sektörü Bilgisi Direktifi*'ni (PSI Directive) yayınlamakla AB üye ülkeleri için kamu sektörü bilgilerinin yayınlanması ve yeniden kullanımına ilişkin asgari gereklilikleri belirlemiştir. Direktifte kamuya açık veriler, veri tabanlarının oluşturulması, bunların yönetimi, vatandaşların mahremiyetinin korunması ve verilerin açılmasıyla ilgili diğer hususlar düzenlenmiştir⁹³. PSI Direktifi 2019 yılında değiştirilerek konuya ilişkin daha kapsamlı düzenlemelerin yer aldığı *Açık Veri Direktifi* (Open Data Directive (EU) 2019/1024 on open data and the re-use of public sector information) yürürlüğe girmiştir. AB, ekonomisinin büyümesi, yapay zekâ teknolojilerinin gelişimi ve sosyal zorlukların üstesinden gelinmesi noktasında açık devlet verilerine büyük önem vermektedir⁹⁴.

çok kamu kurumunu ve yerel yönetimleri kapsamakla beraber kamu kaynağı kullanan her organizasyonun açık veri paylaşma yükümlülüğü yoktur. Kanuna göre, gizli tutulmasına ilişkin özel bir gerek bulunmayan bütün resmi bilgiler kamuya açılmalıdır. Kanuna ilişkin genel açıklamalar için bkz. Information Commissioner's Office, *Guide to Freedom of Information*, Erişim tarihi: Haziran, 30, 2023 <https://ico.org.uk/for-organisations/foi-eir-and-access-to-information/guide-to-freedom-of-information/what-is-the-foi-act/> Birleşik Krallık'ta açık devlet verilerine ilişkin bir diğer hukuk kaynağı 2015 yılına ait Kamu Sektörü Bilgisinin Yeniden Kullanımı Yönetmeliği'dir (The Re-use of Public Sector Information Regulations).

⁹¹ Kanada Bilgiye Erişim Kanunu'nun (Access to Information Act- R.S.C., 1985, c. A-1) ilk bölümünde bilgi edinme hakkı; ikinci bölümünde ise idarenin proaktif bilgi paylaşımı düzenlenmiştir. Erişim Tarihi: Mayıs 25, 2023 A-1.pdf (justice.gc.ca).

⁹² Finlandiya'da İdari Faaliyetlerin Açıklığına İlişkin Kanun (*Act on the Openness of Government Activities*, 1999) hem kişilerin bilgi edinme hakkı hem de idarenin kendiliğinden bilgi paylaşımına ilişkin hükümler içermektedir (Paragraf 18-21).

⁹³ Auby, "Administrative Law Facing Digital Challenges", 10.

⁹⁴ "From the Public Sector Information (PSI) Directive to the Open Data Directive", *EU Commission Official Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/psi-open-data>.

Açık Veri Direktifi, kamusal ya da kamu tarafından fonlanarak elde edilen tüm verilerin, ticari ya da ticari olmayan amaçlarla yeniden kullanılması ilkesine dayanmaktadır⁹⁵. Direktif, merkezi idare ve yerel yönetimler ile diğer kamu tüzel kişilikleri ile idareye bağlı kamu teşebbüsleri ve kamu kurumları tarafından oluşturulan dernekler ve kamu hukukuna tabi diğer kurumları verilerini açıklamakla yükümlü tutmuştur (m. 2). Direktife göre kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında toplanan verilerin yüksek miktarda yeniden kullanım potansiyeli içermesi karşısında bunların kamuya açık hale getirilmesi bir zorunluluktur. Direktif *dinamik verilere* özellikle önem vermiş; ulaşım gibi hizmetlerin sunumu sırasında elde edilen verilerin gerçek zamanlı olarak (toplandıktan hemen sonra) kamuya açılması ve böylece başka ürün ve hizmetler için yeniden kullanımının sağlanmasını öngörmüştür⁹⁶.

Direktife göre, iç hukukta erişime açılan kamu sektörü verileri, kural olarak ücretsiz olarak (istisnai olarak maliyet kadar ücret alınabilir) herhangi bir amaçla yeniden kullanılabilir veya paylaşılabilecektir. Verilerin hangi amaçla kullanılacağına önceden belirlenmesine gerek yoktur. Yine Direktife göre, kamu sektörü bilgisinin yeniden kullanılması ve inovasyonların mümkün olması için kamu sektörünün bu bilgiyi bir alt yapıyla sunması gerekmektedir. Kamu kurumları, *“ellerindeki bilgi ve belgeleri önceden var olan herhangi bir formatta veya dilde ve uygun olduğunda elektronik araçlarla açık, makine tarafından okunabilen, erişilebilir, bulunabilir ve yeniden kullanılabilir formatlarda, meta verileriyle birlikte kullanıma sunulmalıdır”*⁹⁷.

Direktif, üye ülkelerin kamu fonlarıyla gerçekleştirilen bilimsel araştırma verilerinin de herkese açık hale getirilmesine ilişkin politikalar benimsemesini ve harekete geçmesini öngörmektedir (m. 10). Direktifte toplum ve ekonomi için önemli bir rol oynayacağı düşünülen farklı konulardaki verilerin, *yüksek değerli veri setleri* (high value data sets) olarak adlandırılarak, bu verilerin her üye devlet tarafından tamamen yayınlanması öngörülmüştür. Direktifte yer alan yüksek değerli veri setleri jeo uzamsal; dünya gözlemi ve çevre, meteoroloji; istatistik, şirketler ve şirket sahipliği ve hareketlilik verileridir (m. 13). Bunların yanında Direktifin uygulanamayacağı bazı alanlar da bulunmaktadır ve bunlar da ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Direktife göre fikri mülkiyet hakları, kişisel verilerin korunması, gizlilik, güvenlik ve ticari sırların korunması *olabildiğince açık, gerektiği kadar kapalı* ilkesi uyarınca kamuya açılmalıdır⁹⁸. Üçüncü şahısların fikri mülkiyet haklarına sahip olduğu belgeler; üye ülkelerin iç hukukuna göre milli güvenlik, savunma

⁹⁵ “Open data and reuse of public-sector information”, *EU Commission Official Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32019L1024>.

⁹⁶ “From the Public Sector Information (PSI) Directive to the Open Data Directive”, *EU Commission Official Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023.

⁹⁷ “Open data and reuse of public-sector information”, *EU Commission Official Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023.

⁹⁸ SPARC Europe. “The Directive on Open Data and the Re-Use of Public Sector Information”, 3. Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. https://sparceurope.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/10/Open-DataDirectiveSummary_102019.pdf.

veya kamu güvenliği, istatistiksel sır, ticari sır içeren hassas verilerin kritik alt-yapıların korunmasına ilişkin belgeler, kişisel veriler içeren belgeler açık devlet verisi olarak yayınlanmaz (m. 3).

Direktif, açık veri lisanslarının önemine de vurgu yapmaktadır. İdareler çeşitli kamu tüzel kişiliklerinden oluştuğundan verilerin hazırlanması ve sunumunda bir standarda bağlı kalınmalı ve farklı kaynaklardan gelen verilerin birbiriyle bağlantısı kurulabilmelidir. Ancak bu noktada verilerin bağlanması ve yeniden kullanımının şartlarının ve sınırlarının hukuki olarak net bir şekilde çizilmesi gerekmektedir. Nitekim Şubat 2019 itibariyle Avrupa Komisyonu *Creative Commons* lisanslarını standart açık lisans olarak belirlemiştir.

AB hukukunda bazı konulardaki verilerin açıklanmasına ilişkin özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin 2003/4/EC sayılı Direktifin 7. maddesine göre üye devletlerin çevreye ilişkin bazı verileri proaktif bir şekilde açıklama ödevi vardır. Benzer bir yükümlülük 2007/2/EC sayılı Direktife göre coğrafi veriler için de geçerlidir.

Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan *Veriye ilişkin Avrupa Stratejisi* 'nde (A European strategy for data) AB'nin 5 yıllık veri stratejisine yer verilmiş ve *Tek Avrupa Veri Alanı* yaratılmasının amaçlandığı belirtilmiştir⁹⁹.

B. FRANSA

Devlet verilerinin kamuya açılması konusunda dünyadaki öncü ülkelerden biri olan Fransa, açık devlet verileri sıralamasında OECD ülkeleri arasında Kore'den sonra ikinci sırada gelmektedir. Fransa aynı zamanda Açık Devlet Ortaklığı'nın üyesidir¹⁰⁰. Fransa'da ilk kez 2011 yılında bir kararnameyle başbakanlık bünyesinde *Etalab* birimi kurulmuş ve açık veri platformu (www.data.gouv.fr) üzerinden devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ile yerel yönetimler ve idari bir iş yapmakla görevlendirilen özel hukuk kişilerinin tercihen bu platformu kullanılarak veri paylaşması sağlanmıştır. Süreç içerisinde birçok, şehir ve bölgeler kendi platformlarını oluşturmuştur¹⁰¹.

2016 yılında yürürlüğe giren *Dijital Cumhuriyet Kanunu*'u (Loi pour une République numérique) ile *Halk ile İdari İlişkiler Kanunu*'nun (CRPA)¹⁰² üçüncü kitabına "*İdari Belgelere Erişim ve Kamu Sektörü Bilgisinin Yeniden Kullanı-*

⁹⁹ Avrupa Komisyonu, "A European strategy for data", EUR-Lex, Erişim Tarihi: Ocak, 06, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>.

¹⁰⁰ OGP, "France Action Plan Review 2021-2023". Erişim Tarihi: Aralık, 14, 2022, <https://www.open-govpartnership.org/documents/france-action-plan-review-2021-2023/>.

¹⁰¹ Schnieders, "Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland", 177.

¹⁰² 2015 yılında bilgi edinme hakkına ilişkin düzenlemeler yeni Fransız idari usul kanunu olarak nitelenen (Code des relations entre le public et l'administration- halk ile idari ilişkiler kanunu (CRPA)) aktarılmıştır. Kanunun L. 311-lff sayılı paragrafında bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir.

mi” başlığıyla, açık devlet verilerine ilişkin ayrıntılı hükümler eklemiştir (CRPA Paragraf L. 300-1- L351-1). Bu düzenlemelerle, resmi verilerin açıklanması bir zorunluluk haline gelmiştir¹⁰³.

Kanunda öncelikle idari belgelere erişim hakkı kapsamında kişilerin bilgi edinme özgürlüğü düzenlenmiştir. (P. L300-1). Kanunda devlet, yerel yönetimler ve ayrıca kamu hukukuna tabi diğer kişiler veya kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk kişilerinin ürettiği ya da elde ettiği belgelerin idari belge olduğu belirtilmiş ve dosyalar, raporlar, çalışmalar, tutanaklar, istatistikler, talimatlar, genelgeler, bakanlık notları ve yanıtları, yazışmalar, görüşler, tahminler, kaynak kodları ve kararlar idari belgelere örnek olarak sayılmıştır (P. L300-2). Kanuna göre *referans veri* olarak nitelendirilen veriler ile kanunda listelenen özel veri kategorilerinin “açık bir standartta, kolayca yeniden kullanılabilir ve makine tarafından yeniden okunabilir” şekilde açık veri olarak yayınlanması zorunludur (P. L. 300-4).

Fransa’da referans verilerin düzenli ve tam bir şekilde açıklanması bir kamu hizmeti olarak görülmektedir¹⁰⁴. Bu veriler, hâlihazırda elektronik formda olup olmadıklarına bakılmaksızın yayınlanırlar. Derneklere ilişkin kayıtlar, kadastro planları, grafik parsel kayıtları, Ulusal Coğrafya ve Orman Bilgileri Enstitüsü tarafından hazırlanan dijital coğrafi veri tabanı, ulusal adres veritabanı, kamu hizmetleri veritabanı, ulusal meslek ve iş kayıtları, idari birimlerin resmi coğrafi kodlama listesi referans veriler arasındadır. Referans verileri dışında, kanunda belirtilen hallerde özel veri kategorilerinin de yayınlanması gerekebilir¹⁰⁵.

Gizli tutulmasında önemli kamusal yarar bulunan veriler ile kişilik haklarının ve ticari sırların korunmasına ilişkin belgelerin açıklamayacağı da Kanunda düzenlenmiştir (P. L311-5 ve L311-6). Ancak sayılan hallerde bile, gizli tutulması gereken verilerin kaldırılması halinde belgeler yayınlanabilecektir. Ayrıca kamunun bilgilendirilmesinde kamu yararı olan hallerde kişisel veriler ayıklanmadan da belgelerin yayınlanması mümkündür (P. D312-1-2-3).

Kamu sektörü bilgisinin yeniden kullanımı ise ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir (P. L321-1-L327-1). Kanunda her idari makama idari belgelere erişimden sorumlu bir kişi atanması ve erişime açılan belgelerle ilgili sorunların idari belgelere erişim komisyonu tarafından karara bağlanması da öngörülmüştür (P. R330-3). Son olarak, 2017 yılından itibaren telifsiz lisanslar için açık lisansın veya açık veri tabanı lisansının kullanımı öngörülmüştür¹⁰⁶.

¹⁰³ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 178.

¹⁰⁴ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 180.

¹⁰⁵ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 180.

¹⁰⁶ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 178.

2019 yılından beri Etalab birimi devletin baş veri sorumlusu olarak hareket etmektedir ve algoritmalar, kaynak kodlar gibi idarede yapay zekâ kullanımı da dahil Devletin veri alanındaki stratejisinin oluşturulmasını ve uygulanmasını koordine etmektedir¹⁰⁷.

C. ALMANYA

Almanya’da açık devlet verilerine ilişkin yasal dayanaklar Fransa’nın aksine birden fazladır. Almanya federal devlet yapısı, açık devlet verilerine ilişkin kısımlar de olsa bir güçlük oluşturmaktadır¹⁰⁸. Almanya da Açık Devlet Ortaklığı’nın üyelerinden biridir. Almanya’da kişilerin idari belgelere erişimi, öncelikle ilgili olduğu idari usul sürecinin bir parçası olarak kişilerin *dosya inceleme hakkı* kapsamında ele alınmıştır (VwVfG, P. 29). 2005 yılında yürürlüğe giren Federal Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu (Informationsfreiheitsgesetz -IFG) ile idarenin talep eden kişilere, resmi bilgilere erişim hakkı sağlaması öngörülmüştür. AB PSI Direktifi’nin iç hukuka aktaran 2006 tarihli Bilgiyi Yeniden Kullanma Kanunu (Das Informationsweiterverwendungsgesetz -IWG) açık devlet verilerine ilişkin ilk düzenlemedir. Bu Kanunla, resmi bilgilere erişim için önceden var olan kısıtlamalar ve gerekçelendirme gereklilikleri ortadan kalkmıştır¹⁰⁹. Almanya merkezi veri portalı (www.govdata.de) ise 2013 yılında kullanıma açılmış; burada merkezi idare, federe devletler ve yerel yönetimler tarafından iletilen veriler yayınlamaya başlamıştır¹¹⁰. Bazı federe devletler ve yerel yönetimler ise ayrıca kendi açık devlet veri portallarını oluşturmuştur¹¹¹.

Alman İdari Usul Kanunu’nu (VwGO) dijitalleşmeye ilişkin düzenlemelerle tamamlayan ve idarenin kendi içinde ve vatandaş ile elektronik iletişimine ilişkin temel esasları düzenleyen 2013 tarihli E-Devlet Kanunu’nun (Das E-Government-Gesetz- EGovG) 12. paragrafı ise açık devlet verilerine ilişkin yeni kurallar getirmiştir¹¹². Kanuna göre resmi veriler kamuya açık ağlar aracılığıyla makine tarafından okunabilir biçimde ve meta verilerle birlikte kamuya açılacaktır. 2017 yılında EGovG’ye eklenen 12a paragrafı Federal İdareyi, elektronik biçimde sahip oldukları ham verileri ücretsiz ve sınırsız şekilde yayınlamakla yükümlü kılmıştır. Fransa’nın aksine, Kanunda, bu yükümlülüğün kamu

¹⁰⁷ Etalab Resmi Web Sitesi, Erişim Tarihi: Mayıs 30, 2023. <https://www.etalab.gouv.fr/qui-sommes-nous/>.

¹⁰⁸ Hölle, “Open Government in Deutschland”, 147.

¹⁰⁹ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 391.

¹¹⁰ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 181.

¹¹¹ Buna karşılık, hala bilgi edinme özgürlüğü yasalarına sahip olmayan federal eyaletler bulunmaktadır. Guckelberger, “E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?”, 70.

¹¹² Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 182.

hizmeti yerine getiren özel hukuk kişilerini kapsamadığı açıkça öngörülmüştür. İdari makamlar yalnızca kamu görevlerini yerine getirmek için kendileri veya üçüncü şahıslar tarafından toplanmış verileri yayınlamakla yükümlüdür.

Almanya’da açık devlet verileri yalnızca “*yapılandırılmış biçimde, özellikle tablolarda veya listelerde bulunan*” işlenmiş verileri kapsamaktadır (P. 12a(1) EGovG). Her ne kadar açık devlet verilerinin konusunun tamamen teknik ve sembollerle sınırlı düzeyde olmadığı; bazı açılardan bilgi ile eşdeğer olduğu ifade edilse de metin (raporlar, notlar vb.), görüntü ve ses dosyaları açık devlet verilerine dahil değildir¹¹³. Ayrıca idarenin işleyişine ilişkin veriler (görev listeleri, envanter veritabanları vb.) ile resmi bir değerlendirme içeren veriler de yayınlanmaz. Örneğin, çeşitli su ölçümlerinden oluşan bir veri setine bir kamu görevlisi tarafından kalite derecelendirme sütunu eklenirse, veri *işlenmiş* sayılacağından kapsam dışı tutulur¹¹⁴.

Kişisel verileri içeren veri setlerinin yayınlanması zorunlu değildir. Veriler ücretsiz olarak yayınlanır ve verilerin daha fazla kullanımı kısıtlanamaz. Ancak veriler telif hakkı korumasına sahipse lisans kullanımı gerekir.

Her kuruma bir açık veri koordinatörü atanır ve açık verilere ilişkin tavsiyelerde bulunmak üzere federal hükümet tarafından merkezi bir ofis kurulur. EGovG’ye göre, yetkililerin veri kalitesini kontrol etme zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, veri yanlışlığından dolayı sorumlu da tutulamazlar. Ancak çevre hukuku alanında açıklanan verilerin tam ve doğruluğuna ilişkin sorumluluk tartışılmaktadır¹¹⁵. Almanya’da çevresel ve coğrafi verilerin açıklanmasına ilişkin olarak özel kanunlar bulunmaktadır.

VI. TÜRKİYE’DE AÇIK DEVLET VERİLERİ

Türkiye’de idarenin açıklığı ve şeffaflığı ve bu yönde mekanizmaların geliştirilmesi her zaman önemli politik vaatlerden biri olmuş; hayata geçmesine yönelik çeşitli hukuki düzenlemeler de yapılmıştır. Ancak Türk kamu yönetimi ve kamu mali yönetiminde şeffaflık ve hesap verilebilirlik konusunda halen beklenen gelişmişlik düzeyine ulaşılmamış; bürokratik kültüre gizlilik egemen olmuş¹¹⁶; idari usul kanunu çıkartılamamış ve politika oluşturma süreçleri katılımcı mekanizmalardan yoksun bırakılmıştır¹¹⁷. Ülke çapında gelişmiş ve yaygın e-devlet ve elektronik belge yönetimi sistemleri kullanılsa da yapay zekâ teknolojilerinde beklenen atılım sağlanamamıştır. Geniş ağ bağlantıları ve açık veri

¹¹³ Richter, “Open Government Data für Daten des Bundes”, 1409.

¹¹⁴ Richter, “Open Government Data für Daten des Bundes”, 1409.

¹¹⁵ Richter, “Open Government Data für Daten des Bundes”, 1411.

¹¹⁶ Fatih Kırıışık, *Yönetmelik Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*. Bursa: Ekin Yayınları, 2016, 63.

¹¹⁷ Bu yönde tespitler için bkz. AB Komisyonu 2022 Türkiye Raporu, 22. Erişim Tarihi: Mart 10, 2023 https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf.

portalları gibi gerekli dijital altyapılarının oluşturulmasında da geç kalınmıştır¹¹⁸. İdarece açıklanan verilerin doğruluğu ve güvenliği kamuoyunda sıkça tartışma konusu olmaktadır. Son yıllarda, COVID-19 Pandemisi sürecinde açılan vaka sayılarına ilişkin tartışmalar; birçok kamu ihalesinin Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışına çıkartılması, kamu maliyesini ilgilendiren bazı bilgilerin kamuoyuyla paylaşılmaması ve özellikle de Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) açıkladığı enflasyon ve işsizlik verilerinin güvenilirliğinin sorgulanması ülkemizde kamusal bilgiye erişim özgürlüğü açısından köklü bir paradigma değişimine, bu kapsamda daha fazla şeffaflık, hesap verilebilirlik ve açık devlet politikalarına ihtiyaç olduğunu göstermektedir¹¹⁹.

Türkiye'de bilgiye erişim özgürlüğünün dayanağını 1982 Anayasası'nda yer alan düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25); düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26); dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m. 74) oluşturmaktadır. Açık devlet verilerinin demokrasiyle yakından ilgisi dikkate alındığında Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olduğu ilkesi de önemli bir anayasal dayanaktır (m. 2). Ayrıca 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 74. maddesine bilgi edinme hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı da eklenmiştir. Bu hükümlere dayanılarak çıkarılan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, idarenin talep üzerine başvuruyla bilgi ve belge paylaşımını; 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ise kişisel verilerin yayınlanmasına ilişkin koşulları düzenlemektedir. Bu kanunlarda idarenin proaktif veri paylaşımı, elektronik veriler, verilerin yeniden kullanımı gibi hususlar düzenlenmemiştir; kanunların uygulanmayacağı haller (istinalar) geniş kapsamlı ve belirsiz kavramlarla ele alınmıştır¹²⁰. Bu bakımdan, Türkiye'de açık devlet verilerine ilişkin olarak henüz kanuni bir dayanak bulunmamaktadır. Bazı belediyeler de açık veri portalları oluşturarak beldeleriyle ilgili veri paylaşımı yapmaktadır¹²¹. Ayrıca TÜBİTAK da 2019 yılında açık bilim politikasını kabul ederek bilimsel

¹¹⁸ Türkiye Oxford tarafından hazırlanan *Devletlerin Yapay Zekaya Hazırlığı* indeksinde 160 ülke arasında 56. sırada yer almaktadır. "Government AI Readiness Index 2021", Oxford Insights, 52. Erişim Tarihi: Nisan 10, 2023 https://static1.squarespace.com/static/58b2e92c1e5b6c828058484e/t/61ead0752e7529590e98d35f/1642778757117/Government_AI_Readiness_21.pdf.

¹¹⁹ Dünya Bankası'nın Dünya Çapında Yönetim Göstergeleri (1996-2021) istatistiklerine göre "ses ve hesap verilebilirlik" açısından Türkiye'nin 24 puan ile Avrupa ve Merkez Asya ülkeleri ortalamasının 42 puan altında kaldığı ve 2011'den 2021'e yılına doğru puanlarında düşüş olduğu görülmektedir. Worldbank, "Worldwide Governance Indicators". Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>. Dünya Şeffaflık Örgütü'nün hazırladığı 2022 Yolsuzluk Algısı İndeksinde ise Türkiye 180 ülke içinde 101. sırada yer almaktadır. Corruption Perceptions Index, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023 <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.

¹²⁰ Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", 57.

¹²¹ Örneğin İstanbul Büyükşehir Belediyesi Açık Veri Portalı, <https://data.ibb.gov.tr/>; İzmir Büyükşehir Belediyesi Açık Veri Portalı, <https://acikveri.bizizmir.com/>; Büyükşehir Gaziantep Açık Veri Portalı <https://acikveri.gaziantep.bel.tr/>.

yayınlarına ve araştırma verilerine sürekli açık erişim sağlanmasına ilişkin bir web portalını kullanıma açmıştır¹²². Bazı özel kanunlarda idarenin kişinin talebi olmaksızın faaliyetleriyle ilgili olarak kamuoyuyla bilgi paylaşımında bulunması öngörülmüştür. İdari faaliyete ilişkin olarak halkın bilgilendirilmesini sağlayan bu düzenlemeler açık devlet anlayışını yansıtmaları ve bilgiye erişim hakkının kullanılması bakımından önemlidirler¹²³. Bunlar açık devlet verisi değil; kamu sektörü bilgisi olarak ifade edilmektedir¹²⁴. İdarenin elindeki bilgi veya verileri proaktif olarak (kendiliğinden) vatandaşa açmasına ilişkin bazı önemli düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'na göre, Kurum tarafından tutulan istatistikler tüm kullanıcılara tarafsız ve eş zamanlı olarak sunulacak ve kamuoyunun bilgi edinme hakkını gözetilecektir. İstatistiklerin doğruluğunun ve güvenilirliğinin garantisi olarak da resmî istatistiklerin kalitesinin ve ilkelere uygunluğunun değerlendirilebilmesine yarayan tüm bilgi ve kullanılan yöntemler kamuoyuna açılacaktır (m. 4). Şüphesiz en kapsamlı açık veri kümeleri Türkiye İstatistik Kurumunun web sayfasında bulunmaktadır¹²⁵.
- İdarenin kişiyle veri paylaşımına ilişkin bir diğer önemli kaynak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'dur. Kanun mali saydamlığa büyük önem vermiş; kamu kaynaklarının kullanımının denetimi sağlanması amacıyla kamuoyunun mali konularda zamanında ve düzenli olarak bilgilendirilmesini öngörmüştür (m. 7). Kanunda muhtelif maddelerde mali saydamlığın sağlanmasına yönelik tedbirler düzenlenmiştir. Kamu kurumlarının stratejileri ve yıllık performans programları konusunda her malî yılın ilk ayı içinde kamuoyunu bilgilendirilmesi ve mali istatistiklerin düzenli olarak yayınlanması kuralı bu kapsamdadır (m. 53).
- Ticaret Sicili Yönetmeliği'ne göre merkezi elektronik veri tabanında veya fiziki ortamda tutulan ticaret sicili kayıtları herkesin incelemesine açıktır. Sicillerin aleniliği ile sicillerin doğru ve güvenilirliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Bu açıdan Ticaret Sicili de ülke çapında bir açık veri portalı olarak konumlandırılabilir¹²⁶.

¹²² Açık bilim politikası kapsamında TÜBİTAK tarafından hazırlanan web portalında "araştırma verilerinin tanımı, hazırlanması, işlenmesi, analiz edilmesi, korunması, erişim sağlanması ve yeniden kullanılması gibi çeşitli unsurlar hakkında detaylı bilgiler" sunulmaktadır. <https://acikveri.ulakbim.gov.tr/>.

¹²³ Eroğlu, "Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey", 49.

¹²⁴ Eroğlu, 49.

¹²⁵ İstatistik Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/>.

¹²⁶ Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, <https://www.ticaret sicil.gov.tr/>; Topcu ve Işık, *Açık Devlet Verisi Rehberi*. Erişim Tarihi: Mart 15, 2023 <https://acikdevletverisitr.gitbook.io/rehber/turkiyede-acik-devlet-verisi/4.1.-ulusal-politika-belgelerinde-acik-kavrami/4.1.4.-2016-2019-ulusal-e-devlet-stratejisi-ve-eylem-plani>.

- 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda da kurumun her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlayarak TBMM'ye sunması ve bu raporun Resmî gazete yayınlanarak halka duyurulması öngörülmüştür. Ayrıca, Kurumun açıklanmasında fayda gördüğü hususları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurması da mümkündür.
- Teknik anlamda açık veri açısından en güncel ve somut gelişmelerden biri Ulusal Coğrafi Veri Portalı'nın kurulmasıdır¹²⁷. 29301 Sayılı Ulusal Coğrafi Bilgi Sisteminin Kurulması ve Yönetilmesi Hakkında Yönetmelik coğrafi veri portalını “*Fiziksel olarak farklı ortamlarda bulunan coğrafi verileri, coğrafi veri setlerini ve coğrafi veri servislerini hakların yönetimine uygun olarak metaveriler aracılığıyla bulmak, görüntülemek, istenilen içerik ve formata uygun olarak dönüştürmek ve indirmek için kullanılan internet sitesi(ni)*” olarak tanımlamıştır. 1 sayılı CBK ile ülke çapında coğrafi bilgi sisteminin kurulması görevi Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na bağlı Coğrafi Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğüne verilmiştir (m. 97/ i ve m. 108).

Yukarıda verilen kanun örneklerini arttırmak mümkün olmakla birlikte bunların çok azı teknik anlamda açık devlet verisi kapsamına girmektedir¹²⁸. Diğer yandan, idarenin genel olarak halka bilgi verme ödevinin bulunmaması, yönetimde açıklığın tam olarak sağlanamamasına yol açmaktadır¹²⁹. Bilgi edinme hakkı sadece talep halinde kullanılabilirdiğinden tek başına yeterli değildir. Kaldı ki birçok bilgi edinme talebinin idarelerce duruma göre Bilgi Edinme Hakkı Kanun'daki istisnalar kapsamında değerlendirildiği, itiraz ve yargı yolu açık olsa bile bilgiye erişimin zorlaştığı ve erişim sürecinin uzadığı da bilinmektedir. İdarenin faaliyetlerinin ve bunların sonuçlarının kamuya kişilerce talep edilmeksizin de açıklanması konusunda kamu idarelerine daha fazla sorumluluk verilmesi gerekmektedir¹³⁰.

OECD'nin 2019 yılına ait açık devlet verileri indeksinde 34 ülke arasında Türkiye en alt sırada yer almaktadır¹³¹. Ayrıca Türkiye 2011 yılında Açık Devlet Ortaklığı'na üye olmuş¹³²; 2012 yılında Ortaklığa sunulmak üzere bir eylem planı hazırlamış; hatta 2013 yılında 2013/9 sayılı ve *Açık Yönetim Ortaklığı Girişimi*

¹²⁷ Ulusal Coğrafi Bilgi Platformu, <https://www.atlas.gov.tr/>.

¹²⁸ Ayrıca bkz. Eroğlu, “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, 54.

¹²⁹ Akıllıoğlu, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, 11. Esasen açıklık için bir mevzuatta bir kurula ihtiyaç yoktur. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik bir hukuk devleti idarenin açıklığını gerektirmektedir.

¹³⁰ Yaşamış, “Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu”, 30.

¹³¹ OECD, OURdata Index on Open Government Data 2019, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/open-government-data.htm>.

¹³² OGD, “Turkey (Withdrawn)”, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.opengovpartnership.org/turkey-withdrawn/>.

konulu bir başbakanlık genelgesi yayımlanmıştır¹³³. Ancak daha sonra sürece ilişkin bir gelişme kat edilmemiş ve eylem planları hazırlanmamış olduğundan 2017 yılında Türkiye, Ortaklıktan çıkartılmıştır¹³⁴. Açık Yönetim Ortaklığı kapsamında ikinci eylem planı hazırlığı başlatılmış ancak çalışmalar henüz tamamlanmamıştır¹³⁵.

Ülkemizde açık devlet ve açık veri kavramlarına ulusal politika belgelerinde ilk defa 2015-2018 Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı'nda, ardından 2016-2019 Ulusal E-Devlet Stratejisi ve Eylem Planı'nda, daha sonra 2019-2023 On Birinci Ulusal Kalkınma Programı'nda ve son olarak da 2021-2025 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde yer verilmiştir. On Birinci Ulusal Kalkınma Planında "*Hukuk Devleti, Demokratikleşme ve İyi Yönetişim*" başlığı altında kamuda şeffaflığın ve hesap verilebilirliğin artırılmasına vurgu yapılmış; kamu verisinin paylaşımının sağlanacağı belirtilmiştir¹³⁶. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde ise açık veri paylaşımının yapay zekâ uygulamalarının geliştirilmesinde olan katkısı ön plana çıkarılmıştır. Strateji belgesinde bir Açık Devlet Verisi Portalı "*veri.gov.tr*" kurularak "*kamu kurum ve kuruluşlarının işlevlerini yerine getirirken ürettiği verilerin*" kamuya açık şekilde paylaşılacağı ve "*Açık Devlet Verisi Genelge Taslağı*"nın hazırlanmış olduğu belirtilmektedir¹³⁷. Bu kapsamda ayrıca kamu kurumları için *ulusal veri sözlüğü* oluşturulması; açık verilere ilişkin ikinci düzenlemeler yayınlanması, açık devlet verisi çalışmalarının tüm merkezî ve yerel yönetimlere yaygınlaştırılması ve kamu kurumları arasında güvenli veri yönetimini sağlayacak *Kamu Veri Alanı* kurulması gibi hususlar strateji belgesinde yer almıştır¹³⁸.

Türkiye'de 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 527/B maddesinde; ulusal düzeyde açık veri konusunda strateji geliştirmek; koordinasyonu sağlamak; Açık Veri Portalini kurmak ve işletmek ve kamu kurumlarının portala veri aktarımına ilişkin usul, esas ve standartları belirlemek görevleri Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisine (CBDDO) verilmiştir. 2019 yılında yayınlanan 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen maddelerle CBDDO bünyesinde *Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları Dairesi Başkanlığı* kurulmuştur. Bu Daire Başkanlığı'nın temel görevi "*Ka-*

¹³³ R.G. 23.08.2013 Sayı: 28744, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130823-8.htm>.

¹³⁴ OGD, "Turkey - Letter informing end of participation in OGP (September 2017)", Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.opengovpartnership.org/documents/september-2017-letter-informing-ending-of-turkeys-participation-in-ogp/>.

¹³⁵ Topcu ve Işık, *Açık Devlet Verisi Rehberi*, 2019.

¹³⁶ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, *On Birinci Kalkınma Programı (2019-2023)*, paragraf 740-744, 815. https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf.

¹³⁷ T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025*, 41. Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://cbddo.gov.tr/uyzs>.

¹³⁸ T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025*, 9.

muda öncelikli proje alanlarında yapay zekâ uygulamalarına öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak”tır. Bu kapsamda, Başkanlığın, büyük veri analitiği, güvenliği ve mahremiyeti çalışmalarını yürütmek; kurumlararası işbirliğini geliştirmek ve kamuda veriye dayalı etkin karar alma süreçlerini oluşturmak amacıyla kamu veri sözlüğü hazırlık çalışmalarını koordine etmek; ulusal düzeyde açık veri konusunda strateji geliştirmek ve koordinasyonu sağlamak görevleri vardır. Başkanlık, hali hazırda *Açık Veri Portalı* projesini yürütmektedir¹³⁹. Ancak ulusal açık veri portalı henüz kullanıma açılmamıştır. Açık devlet verileri kapsamında atılacak adımlar ve hukuki koşullar açık değildir. Konuya ilişkin bir genelge taslağının hazırlanmış olduğu belirtilse de bu kadar kapsamlı, hukuki ve teknik boyutları olan bir konunun genelgeyle düzenlenmesi yetersizdir¹⁴⁰. Ayrıca bu durum, kanunilik ve hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine de aykırıdır. Türkiye’de de Almanya’da olduğu gibi bütün e-devlet hizmetlerinin düzenlediği bir kanun çıkartılması ve açık devlet verilerine ilişkin temel ilke ve esasların burada düzenlenmesi veya Fransa örneğinde olduğu gibi Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na bu yönde hükümler eklenmesi yoluna gidilebilir. Açık devlet verilerinin çıkarılacak bir idari usul kanunda yer alması da mümkündür. Daha sonra teknik ayrıntı gerektiren hükümler alt düzenleyici işlemlere konu olmalıdır.

VII. BİLGİ EDİNME HAKKIYLA İLİŞKİSİ

Dijital çağda devletlerin birçoğunun daha açık, şeffaf ve hesap verebilir bir yönetim anlayışına kaydığı görülse de¹⁴¹ devletlerin topladığı bilgi ve belgelerin niteliği, sayısı ve içeriği halen merak konusudur. İdarelerin vergi, kolluk, sağlık, eğitim gibi kamu hizmetleri sırasında topladığı verilerin önemli bir kısmı kişisel veri ve hatta hassas kişisel veri kategorisindedir. Her ne kadar bu verilerin, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması kapsamında çeşitli mevzuatlarla güvenli şekilde tutulması amaçlansa da idarelerin hangi verileri elinde tuttuğu ve hangi amaçlarla kullandığı tamamen bilinmemektedir. Yakın geçmişte Edward Snowden’ın ABD ve Birleşik Krallık hükümetlerinin kitle izleme programları hakkında sızdırdığı bilgiler veya Julian Assange’ın yayınladığı çeşitli veriler de devletin vatandaşlar hakkında tahmin edilenden daha fazla bilgi topladığını ve bunları gizli tuttuğunu göstermektedir¹⁴².

¹³⁹ T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Açık Veri Projesi*, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022. <https://cbddo.gov.tr/projeler/acik-veri/>.

¹⁴⁰ Türkiye’de açık devlet verilerine ilişkin sorunlar için bkz. Eroğlu, Şahika. “Açık Devlet ve Açık Devlet Uygulamaları: Türkiye’de Kamu Kurumlarına Yönelik Bir Değerlendirme”. 487 vd.

¹⁴¹ Yannoukakou ve Araka, “Access to Government Information”, 332.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Başar Gezgin. “Data Activism: Reviving, Extending and Upgrading Critical Citizenship Education and Consumer Rights Movements”. *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences* 56 (Haziran 2019): 72 vd. Ayrıca bkz. AIHM, Big Brothers Watch v. Birleşik Krallık, 25.05.2021, B.N. 58170/13, 62322/14 ve 24960/15. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#\(22itemid%22:\[%22001-210077%22\]\)](https://hudoc.echr.coe.int/fre#(22itemid%22:[%22001-210077%22]))

Kamusal makamlar nezdinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklığının sağlanmasına yönelik ilk hareket bilgiye erişim hakkı hareketidir. Kamusal (resmi) bilgiye erişim hakkı, 1900'lü yıllardan itibaren ulusal mevzuatlarda bazı ülkelerde ise anayasalarda düzenlenmeye başlanmış bir insan hakkıdır¹⁴³. Bilgi edinme hakkı, kişilerin devletin elindeki resmi bilgi ve belgelere erişebilmesini ifade eder¹⁴⁴ ve devletin gizliliğine karşı ortaya çıkmıştır. Düşünceyi açıklama ve ifade hürriyetinin ön şartı bilgi edinme hakkıdır; çünkü ancak gerçek bilgiye özgürce ve tam olarak erişebilen bir kişi, düşünce ve kanaatini de serbestçe açıklayabilir¹⁴⁵. Bu hak kişinin özerk iradesiyle hareket edebilmesini¹⁴⁶, doğrudan veya dolaylı biçimde kendisiyle veya kamu idaresine ilişkin konularda bilgi sahibi olmasını düzenler¹⁴⁷.

Bilgi edinme hakkı, yönetimde demokrasinin hayata geçirilmesinin bir aracıdır¹⁴⁸. Vatandaşlar kamusal işleyiş hakkında bilgi sahibi olursa, idarenin karar alma süreçlerine daha aktif ve anlamlı bir şekilde katılabilir. Ayrıca, kendilerini yönetmek için yetki verdikleri kişilerin bu yetkiyi nasıl kullandıklarını ve kanuni sınırlar içinde kalıp kalmadıklarını da ancak bilgi edinerek denetleyebilirler. Vatandaşlar bilgi edinerek hükümeti denetleyebilir ve yasal temsilcilerinden hesap sorabilirler¹⁴⁹. Bu yönüyle bilgi edinme hakkı, idarelerin faaliyetlerini bazı or-

¹⁴³ İngilizce kaynaklarda bilgi edinme hakkı (right to know) dışında bilgi edinme özgürlüğü (freedom of information) kavramı da kullanılmaktadır. Bilgi edinme hakkı, kamusal bilgiye erişilmesi talebinin gerçekleşmesi usulünü içerirken, bilgiye erişim özgürlüğü bunu kapsayan bir şekilde daha genel olarak düşünce özgürlüğü kapsamında her türlü bilgiye erişebilmesini ifade eder. İdarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, bilgi edinme özgürlüğünün sadece bir boyutudur. Kırışık, *Yönetmel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 51. Ayrıca bilgi edinme özgürlüğü, "kişinin kendi dünyasına özgü ve kişileri koruma altına almayı düzenleyen edilgen bir anayasal ve hukuksal olgu" iken; bilgi edinme hakkı kişilerin başkasına karşı ileri sürebileceği daha dışa dönük ve etkin bir niteliğe sahiptir. Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, 38. Bilgiye erişim özgürlüğü enformasyon hakkıyla da karşılaştırılabilir. Bkz. Sabahattin Nal, "Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı". *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, 709 vd. Bilgi edinme özgürlüğü birinci kuşak haklardan, bilgi edinme hakkı ise üçüncü kuşak haklardan dayanışma hakkı kapsamında yer alır. Yaşamış, "Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu", 3.

¹⁴⁴ Bilgi edinme hakkı, uluslararası belgelerde ilk kez 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde 19. maddede; 1950 tarihli İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁵ Yannoukakou ve Araka, "Access to Government Information", 334.

¹⁴⁶ Dorota Mokrosinska, "The People's Right to Know and State Secrecy". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 31, 1 (2018): 91.

¹⁴⁷ Kırışık, *Yönetmel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 51.

¹⁴⁸ Demokratik yönetim demokrasinin sadece siyasi alandaki görünüşü iken, yönetimde demokrasi halkın idarenin karar alma sürecine katılabilmesini ifade etmektedir. Kırışık, 20. Özay'a göre şeffaf yönetim, yönetimde demokrasi kavramıyla yakından ilgilidir. Yazara göre, yönetimde demokrasinin üç unsuru vardır. Bunlar idari usul, ikincisi bilgi edinme özgürlüğü, idarenin karar alma toplantılarını katılıma açık bir şekilde yapılmasıdır. İlhan Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 1-5; Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, 24.

¹⁴⁹ Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 391. Mokrosinska, "The People's Right to Know and State Secrecy", 95. Kırışık, *Yönetmel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 144.

tak değer ve ilkeleri benimseyerek gerçekleştirmesi anlamında gelen iyi yönetim hakkıyla da yakından ilgilidir¹⁵⁰. Kamu yönetiminin işleyiş ve çalışma koşulları hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan kişiler, iyi yönetim hakkının unsurlarından olan savunma hakkı, dosyalara erişme hakkı, dinlenilme hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi diğer hakların uygulanmasını talep edemezler.

Bilgiye erişim hakkının iki yönü vardır. İlki devletin elinde tuttuğu bilgilere kişinin talebi üzerine erişim, Türk hukukundaki ifadesi ile bilgi edinme hakkı; ikincisi ise idarenin kamu yararına olan konularda kamuyu kendiliğinden (başvuru olmaksızın) bilgilendirmesi ödevidir. Buna toplumsal bilgilendirme hakkı da denmektedir¹⁵¹. Birincisi pasif şeffaflık, ikincisi ise aktif şeffaflık olarak nitelendirilmektedir¹⁵².

Geleneksel anlayışta yani pasif şeffaflık bağlamında bilgi edinme hakkı, idarenin sadece talep halinde ve talep eden kişiyle bilgi ve belge paylaşımını gerektirir. Bilgi edinme hakkının, kapsamı ve sınırları genellikle bilgi edinme kanunlarında bu anlamda düzenlenmiştir. Bu hak aynı zamanda daha dar kapsamda bir idari usul ilkesi olarak da kabul görmüştür¹⁵³. Bazen de idare, kamuoyunun baskısı üzerine münferit bazı olay ve durumlara ilişkin olarak kamuoyunu kendiliğinden bilgilendirmektedir. Bilgi sızıntılarının bilgi edinme hakkı kapsamında sayılıp sayılmayacağı ise tartışmalıdır.

Açık devlet bağlamında aktif şeffaflıkta ise, idarenin işleyişi ve faaliyetleri hakkında kamuoyunun doğru, zamanında ve yeterli düzeyde bilgilenebilmesi için idare, kendiliğinden ve aktif biçimde çalışır¹⁵⁴. Kurum web sitelerinde idari makamların işleyişine ilişkin açıklamalar bulunması, periyodik faaliyet raporlarının kamuya açıklanması, idari kararların gerekçeli bir şekilde verilmesi, resmi toplantıların halka açık yapılması ve idarenin elindeki bilgi ve belgelerin talep olmaksızın yayınlanması ve açık devlet verileri bu kapsamda yer alan faaliyetlerdendir. Açık devlet, kamuya açılabilenler dışında bütün bilgi ve belgelerin kural olarak gizli olduğu idari süreçlerde, tam tersi bir uygulamayı, açıkça gizli olarak sınıflandırılanlar dışında bütün bilgilerin kamuya açık olmasını gerektirmektedir¹⁵⁵. İdare, bir kamu hizmeti olarak sistematik ve proaktif bir şekilde çevrimiçi ortamda veri ve bilgi paylaşımında bulunmalı; vatandaşlar, şirketler ve bilim insanları bu verileri herhangi bir amaçla yeniden kullanabilmeli-

¹⁵⁰ Yaşamış, *Yönetişel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 4.

¹⁵¹ Janssen, "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles".

¹⁵² Kırışık, *Yönetişel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 127.

¹⁵³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Kararı" (1977); "İdarenin Sahip Olduğu Bilgilere Erişme Hakkında Tavsiye Kararı" (1981), "Resmî Belgelere Erişme Hakkındaki Tavsiye Kararı" (2002) ve "Resmî Belgelere Erişim Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi" nde (2009) yer almaktadır.

¹⁵⁴ Kırışık, *Yönetişel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, 127.

¹⁵⁵ Geiger ve Von Lucke, "Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)", 270.

dir. Zira idarenin elindeki bilgi ve belgeler ile kamu hizmetlerine ilişkin veriler, esasen vatandaşların malıdır¹⁵⁶.

Açık devlet verilerine ilişkin talebin artmasında yeniden kullanım yönüyle sosyal ve ekonomik sebepler ön plandadır¹⁵⁷. Bilgi edinme hareketi gibi açık devlet hareketi de kişilerin kamusal bilgiye erişim hakkının sağlanmasına yönelik bir sivil toplum hareketi olsa da ikisi arasında amaç ve usul açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Her ikisi de açıklık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik dolayısıyla demokrasiyi güçlendirmeye; devletlerin ellerindeki verileri halka açmalarıyla ilgilidir. Ancak açık devlet hareketi, bilgiye erişim hakkından farklı olarak ekonomik büyüme, inovasyon ve verimlilik amaçlarını da taşımaktadır¹⁵⁸.

Açık devlet verileri ekonomi ve teknolojiyle yakından ilgiliyken, bilgiye erişim hareketi daha ziyade ideolojik ve insan hakları merkezlidir¹⁵⁹. Açık devlet verilerinin ekonomi ve bilişim sektöründekiler için; bilgi edinme özgürlüğünün ise vatandaş için önemli olduğu söylenebilir. Hatta bu durum, açık devlet verileriyle “*demokrasi odaklı bilgi edinme hakkından kullanım odaklı bilgi aktarma hakkına*” geçildiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁶⁰. Zira “*yapılandırılmış, makine tarafından okunabilir ve ilgili kullanıcıların toplu olarak indirebileceği nitelikte*” olan veriler yeni format, kullanım ve kombinasyonlara çok kolay uyarlanıp farklı amaçlar için kullanılabilir¹⁶¹.

Bilgi edinme özgürlüğü ve açık devlet verileri arasındaki bir diğer önemli fark, bilginin sunulma yöntemine ilişkindir. Bilgi edinme hakkında bir belgenin açıklanma yeri, zamanı ve şekli kişinin talebi üzerine bilgi edinme kanunlarına dayanılarak idare tarafından belirlenmekteyken; açık devlet verilerinde gizlilik sınıflandırması içine girmeyen bilgi ve belgeler, idare tarafından kendiliğinden ve güncel bir şekilde kamuya açılır¹⁶². Diğer bir önemli fark, bilgi edinme hakkı kapsamında kişinin talebi üzerine kamuya açılan belgelerin genellikle özel amaçlar için kullanılabilmesi; buna karşılık açık devlet verilerinin herkes tarafından herhangi bir amaçla sınırsız ve ücretsiz olarak kullanılıp iletilebilmesidir¹⁶³. Bu açıdan, bilgi edinme hakkından açık devlet verilerine geçiş, siyasi ve kültürel bir paradigma değişimi anlamına da gelmektedir¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Mokrosinska, “The People’s Right to Know and State Secrecy”, 95.

¹⁵⁷ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 50.

¹⁵⁸ Janssen, “Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles”. Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 140; Eroğlu, “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, 50.

¹⁵⁹ Janssen, “Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles”.

¹⁶⁰ Schnieders, “Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland”, 176.

¹⁶¹ Yu and Robinson, “The New Ambiguity of ‘Open Government’”, 206.

¹⁶² Geiger ve Von Lucke, “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)”, 270.

¹⁶³ Geiger ve Von Lucke, “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)”, 270.

¹⁶⁴ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 393.

Açık devlet verileri bilgiye erişim özgürlüğüne önemli bir katkı sağlamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki açık devlet verileri, teknik olarak, bilgiden ziyade veri paylaşımına odaklanmıştır¹⁶⁵. Bu bakımdan verilerin tek başına kamuya açılması bilgiye erişim özgürlüğünün tam olarak sağlanması açısından yeterli değildir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, veriler çoğunlukla uzmanlar veya çeşitli yazılım ve dijital uygulamalar tarafından analiz edilip yorumlanmadan bir anlam ifade etmemektedir¹⁶⁶. Verilerin işlenmesi, kullanılarak anlamlandırılması ve başka verilerle birleştirilerek bilgiye dönüşmesi gerekmektedir¹⁶⁷. Veriler yeniden işlenebilirlik açısından ekonomik ve bilimsel bir değere haizken; bilgi bütün toplum tarafından anlaşılabilir olması açısından şeffaflık ve hesap verilebilirlikle daha yakından ilgilidir. Açık devlet verileri, odağında şeffaflık ve hesap verilebilirliğin olduğu açık devlet hareketiyle bir arada düşünülmelidir. Bu açıdan sadece veri paylaşımı değil; gerektiğinde bilgi paylaşımını da kapsayacak bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu noktada hangi veri setlerinin ne kapsamda yayınlandığı önemlidir. Ancak toplumu ilgilendiren konularda, kişilerin veriyi anlamlandırabilmek için şirketlere, yazılım veya uygulamalara muhtaç olmasına yol açabilecekse; tekelleşen bilgi üzerinden kişilerin manipüle edilmeleri riski ortaya çıkacaktır. Açık devlet verilerinin güncel ve kapsamlı bir şekilde toplumla paylaşılması, şeffaflık ve hesap verilebilirlik açısından önemli bir gösterge¹⁶⁸ olmakla beraber tek başına kişilere bilgiye erişim özgürlüğü sağlamaya yetmez. Açık devlet verisi sadece ham veri olarak ele alınmazsa, yani bilgiyi de içerir şekilde düzenlenirse demokrasi ve bilgiye erişim hakkı açısından da önemli bir işlevi olabilir.

SONUÇ

2010'lu yılların başında açık devlet hareketinin bir parçası olarak ortaya çıkan açık devlet verisi kavramı, devletlerin kendilerinde bulunan verileri proaktif bir şekilde kamuya paylaşması esasına dayanmaktadır. Açık devlet verileri, teknik ve dar anlamda, idarelerin yapılandırılmamış ham verileri makine tarafından okunabilir formatta bir ara yüz aracılığıyla çevrimiçi olarak açık hale getirmesi, bu verilerin üçüncü kişiler tarafından serbestçe erişilebilir ve sınırsız şekilde yeniden kullanılabilir olmasını ifade etmektedir.

Açık devlet verileriyle ulaşılmak istenen iki amaç vardır: Birincisi bu verilerin özel sektör ve bilim insanları tarafından kullanılarak mevcut mal ve hizmetlerin inovasyonu ve yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesinde kullanılması;

¹⁶⁵ Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 400.

¹⁶⁶ Nitekim Janssen'e göre, verilerin yorumlanması teknik bilgi ve uzmanlık gerektiriyorsa bu verilerin açıklanması bilgiye erişim anlamına gelmemektedir. Janssen, "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles". Kubicek, "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data", 400.

¹⁶⁷ Eroğlu, *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*, 43.

¹⁶⁸ Yu and Robinson, "The New Ambiguity of 'Open Government'", 202-203.

ikincisi ise idarede şeffaflık, hesap verebilirlik ve katılımın sağlanmasıdır¹⁶⁹. Günümüzde açık devlet verilerinin büyük ekonomik değeri ve yeniden kullanımı potansiyelinin olması, özellikle de yapay zekâ teknolojilerindeki kullanımı¹⁷⁰, ülkelerin bu konuya daha fazla önem vermesine yol açmış ve bu konunun mevzuatta düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

AB’de 2019 yılında yayınlanan Açık Veri Direktifi ile idareler tarafından toplanan ekonomik değeri yüksek çeşitli veri setlerinin üye devletler tarafından açık veri olarak yayınlanması zorunlu kılınmış ve konuya ilişkin birçok ilke ve standart belirlenmiştir. Çalışma kapsamında incelenen Fransa ve Almanya’nın, AB mevzuatı çerçevesinde açık hükümet verilerine ilişkin farklı kanuni çerçevelere sahip oldukları görülmüştür. Açık devlet uygulamalarında önde gelen ülkelerden biri olan Fransa, açık devlet verilerini idari usul kanununda bilgi edinme hakkının bir parçası olarak düzenlemiştir. Buna karşılık, Almanya konuya daha teknik ve ekonomik açıdan yaklaşarak, açık devlet verilerini hem ayrı bir kanunda düzenlemiş hem de e-devlet kanununa konuya ilişkin hükümler eklemiştir.

Açık devlet verilerine ilişkin temel ilke ve kuralların kanunlarda kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi kanunilik, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri açısından gereklidir. Türkiye’de olduğu gibi kişiye talebi üzerine belli bilgi ve belgelere erişim olanağı sağlayan klasik bilgi edinme hakkı kanunları günümüz ihtiyaçlarını karşılamamaktadır¹⁷¹. Fransa ve Almanya’da olduğu gibi, açık devlet verilerine ilişkin normların ayrı bir kanunda veya bilgi edinme kanununda düzenlenmesi ya da varsa idari usul kanuna veya e-devlet kanununa konuya ilişkin hükümler eklenmesi tercih edilebilir. Genel bir düzenlemenin yanında devlet sırrı, ticari sır, banka sırrı gibi kavramların kanunlarda net bir şekilde düzenlenmesi ve özellikle de profilleme yasağı kapsamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin güvencelerin artırılması gerekmektedir. Ayrıca, teknik alt yapı ve standartlara ilişkin hususlar düzenleyici işlemlerle net bir şekilde belirlenmelidir.

Türkiye açık devlet uygulamalarına geçişte oldukça geri kalmıştır. Çeşitli kamu hizmetleri kapsamında açık devlet verileri yayınlanmaktadır. Ancak açık devlet verilerine ilişkin genel bir kanuni dayanak henüz bulunmamaktadır. Yine de yakın zamanda çıkarılan birçok ulusal politika ve strateji belgesinde açık devlet ve açık devlet verisi kavramlarına değinilmiştir. T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi bünyesinde bu konuda hazırlık çalışmalarının devam ettiği belirtilmektedir.

¹⁶⁹ Yannoukakou ve Araka, “Access to Government Information”, 337.

¹⁷⁰ Yapay zekâ teknolojilerinin gelişiminde sisteme girilen verilerin miktarı ve niteliği yapay zekanın başarısını büyük ölçüde etkilemektedir. Kamu ve özel sektörde yapay zekâ kullanımının gittikçe daha fazla yer kapladığı düşünülürse açık devlet verileri bu yönüyle çok önemlidir.

¹⁷¹ Türkiye’deki yasal düzenlemelere ilişkin tespit ve öneriler için ayrıca bkz. Eroğlu, “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, 52 vd.

Açık devlet verileri, vatandaşların kendilerini ilgilendiren konularda bilgi edinmesini sağlamak açısından bilgi edinme hakkı ile yakından ilgilidir. Zira açık devlet, vatandaşların talepte bulunmasına gerek olmaksızın, idarenin resmi verileri kendiliğinden kamuyla paylaşmasını ve toplumu bilgilendirmesini gerektirmektedir. Böylece bilgiye erişim hakkı daha kolay ve kapsamlı bir şekilde sağlanmaktadır. Ancak burada açık devlet verisi kavramının sadece ham veriyi mi kapsadığı; bilgiyi de içine alacak şekilde yorumlanıp yorumlanmadığı büyük önem taşımaktadır. Açık devlet verilerinin sadece teknik anlamda ham veri paylaşımı olarak uygulanması, bu verilerin sadece uzmanlar veya çeşitli uygulamalar aracılığıyla okunup anlamlandırılabilmesi sonucunu doğuracaktır. Bunları sıradan kişilerin yorumlaması çoğu zaman mümkün değildir. Bu yönüyle ham verilerin paylaşılması idarenin şeffaflığı ve hesap verilebilirliği açısından önemli bir adım olsa da kişilerin bilgiye erişim hakkı açısından sınırlı bir katkısı olabilecektir. Kişiler bilgiye erişmek için veriyi yorumlayabilen şirketlere, uygulamalara veya başka araçlara ihtiyaç duyabilecektir. Bu açık devlet mantığıyla da bağdaşmamaktadır¹⁷². Bu nedenle açık devlet verilerini Fransa’da olduğu gibi ham verilerle birlikte kamunun bilgiye erişme özgürlüğü kapsamında kamu yararına olabilecek her türlü bilgi ve belge paylaşımını da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak ve mevzuatta da bilgi edinme hakkı bağlamında geniş kapsamlı düzenlemek gerekmektedir.

Açık devlet, sadece belli mevzuat değişiklikleri veya teknolojik alt yapıların oluşturulmasıyla da gerçekleşecek bir hedef değildir. İdarenin kamuya açıklığı ve şeffaflığı, toplumun ve bürokrasinin algı, gelenek ve kültürüyle sınırlıdır¹⁷³. Kurumsal alt yapılarının güçlü bir şekilde kurgulanmasına ve şeffaflık odaklı bir geleneğe, vatandaşların ve idarecilerin demokrasi algısını geliştirmeye ihtiyaç vardır. Bu bakımdan Almanya’da açık devlet verilerinin ham veriyle sınırlı olarak düzenlenmesi, ülkede yerleşmiş demokrasi ve şeffaflık anlayışından dolayı yine de büyük bir eksiklik teşkil etmemektedir¹⁷⁴. Zira belirttiğimiz üzere vatandaşların ve idarecilerin demokrasi ve şeffaflık kültürleri, idari usul kanunları gibi farklı kurumlarla bu açığı kapatmaktadır. Bu açıdan, demokratik tartışma ortamından kaçınmayan, hesap vermeye hazır, vatandaşın katılımına imkân veren bir bürokrasi anlayışına ihtiyaç olduğu unutulmamalıdır.

Türkiye’de öncelikle açık devlet kavramının ana akımlaştırılmasına ve yönetimde demokrasi ve idari şeffaflık kültürünün geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Konuya ilişkin olarak yapılacak kanuni düzenlemeler açık devletin gerçekleşmesinde önemli bir itici güç olacaktır. Bu bakımdan Türkiye’de hem idari karar alma

¹⁷² Kaldı ki düzenli ve güncel bir şekilde ekonomik veri setleri paylaşan çok otoriter bir hükümetin, sırf bu yüzden açık devlet olduğu kabul edilemez. Yu ve Robinson, “The New Ambiguity of ‘Open Government’”, 181.

¹⁷³ Geiger ve Von Lucke, “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)”, 270.

¹⁷⁴ Kubicek, “Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data”, 399.

hem de elektronik veri işleme (e-devlet) süreçlerinin düzenlendiği ayrıntılı bir idari usul kanunun yürürlüğe girmesi ve açık devlet verilerine ilişkin temel hususların burada düzenlenmesi, diğer hususların da adsız düzenleyici işlemlere bırakılması yerinde olacaktır. Bu düzenlemelere paralel olarak Bilgi Edinme Hakkı Kanunu başta olmak üzere diğer kanunların da güncellenmesi, elektronik veri iletimi ve açık devlet verilerine ilişkin hükümler eklenmesi yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik Bilgi Alma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 46(3), 1991: 1-10.
- Auby, Jean-Bernard. “Administrative Law Facing Digital Challenges”. *European Review of Digital Administration & Law-Erdal* 1, 1-2 (2020): 7-15.
- Avrupa Komisyonu, “A European strategy for data”. EUR-Lex, Erişim Tarihi: Ocak, 06, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>.
- Birkinshaw, Patrick. *Freedom of Information : The Law, the Practice and the Ideal*. Cambridge University Press, 2010.
- Cambridge Dictionary*. Erişim Tarihi: Ocak 20, 2023. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/digital-age>.
- Corruption Perceptions Index, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023 <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.
- Creative Commons, “European Commission adopts CC BY and CC0 for sharing information”, Blog, Timothy Vollmer, 02.04, 2019. Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://creativecommons.org/2019/04/02/european-commission-adopts-cc-by-and-cc0-for-sharing-information/>.
- Eroğlu, Şahika, “Açık Devlet Verisinin Sosyo-ekonomik Değeri ve Kullanım Engelleri: Uluslararası Göstergelerde Türkiye”, Yaçınkaya, B. (Editor), *Endüstri 4.0 Sürecinde Bilgi Yönetimi ve Bilgi Güvenliği: eBelge-eArşiv-eDevlet-Bulut Bilişim-Büyük Veri-Yapay Zekâ*. Ankara, 2010.
- Eroğlu, Şahika. “Açık Devlet ve Açık Devlet Uygulamaları: Türkiye’de Kamu Kurumlarına Yönelik Bir Değerlendirme”. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 58, 1 (2018): 462-490.
- Eroğlu, Şahika. *Açık Devlet ve Açık Devlet Verisi*. Ankara: Türk Kütüphaneciler Derneği, 2018.
- Eroğlu, Şahika. “Regulations on Access to Government Information and Impacts on Open Government: A Case of Turkey”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi* 8, 1 (2020): 43-65.
- Geiger, Christian Philipp, ve Jörn Von Lucke. “Open Government and (Linked) (Open) (Government) (Data)” *E-Journal of E-Democracy and Open Government - JeDEM* 4, 2 (2012): 265-78.
- Gezgin, Ulaş Başar. “Data Activism: Reviving, Extending and Upgrading Critical Citizenship Education and Consumer Rights Movements”. *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, 56 (2019): 67-86.
- Guckelberger, Annette. “E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?” *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, De Gruyter, 2018.
- Harari, Yuval Noah, *Homo Deus: Yarının Kısa Bir Tarihi*. 4. Bası. İstanbul: Kolektif Kitap, 2017.
- Hölle, Timon. “Open Government in Deutschland. Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)”. *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, editör Hermann Hill, Dieter Kugelmann, ve Mario Martini, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2018.

- Işık, Alper. *Dijital Demokrasi*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Information Commissioner's Office, *Guide to Freedom of Information*, Erişim tarihi: Haziran, 30, 2023 <https://ico.org.uk/for-organisations/foi-eir-and-access-to-information/guide-to-freedom-of-information/what-is-the-foi-act/>.
- Janssen, Katleen. "Open Government Data and the Right to Information: Opportunities and Obstacles". *Community Informatics and Open Government Data* 8, 2 (2012).
- Kaya, Cemil. *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- Kırıışık, Fatih. *Yönetmel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*. Bursa: Ekin Yayınları, 2016.
- Kubicek, Herbert. "Zugang zu amtlichen Informationen und Open Data". *Handbuch Digitale Verwaltung*, editör Hans-Henning Lühr, Roland Jabkowski, ve Sabine Smentek, 389. KSV Verwaltungspraxis, 2019.
- Kutlu Gürsel, Meltem, "İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Søjelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim" *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2003.
- Mokrosinska, Dorota. "The People's Right to Know and State Secrecy". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 31, 1 (2018): 87-106.
- Nal, Sabahattin. "Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı". *Prof. Dr. Necip Kocayusuşpaşaoğlu İçin Armağan*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- OECD, Open Government Highlights, 2016, 3. Erişim Tarihi: Şubat 15, 2023. <https://www.oecd.org/gov/open-gov-way-forward-highlights.pdf>.
- OECD, OURdata Index on Open Government Data 2019, Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/open-government-data.htm>.
- OGDP, "Turkey (Withdrawn)", Mart 10, 2023. <https://www.opengovpartnership.org/turkey-withdrawn/>.
- OGDP, "Turkey - Letter informing end of participation in OGP (September 2017)", Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://www.opengovpartnership.org/documents/september-2017-letter-informing-ending-of-turkeys-participation-in-ogp/>.
- OGP, "France Action Plan Review 2021-2023". Erişim Tarihi: Aralık, 14, 2022. <https://www.opengovpartnership.org/documents/france-action-plan-review-2021-2023/>.
- OGP, "About Open Government Partnership", Erişim Tarihi: Ocak 10, 2013. <https://www.opengovpartnership.org/about/>.
- Open Knowledge Foundation, "Open Definition", Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://opendefinition.org/guide/>.
- Open Data Foundation, *Open Data Handbook*, Erişim Tarihi: Mayıs 28, 2023, opendata-handbook.org.
- Yu Harlan and Robinson David, G., "The New Ambiguity of 'Open Government'", *UCLA L. Rev. Disc* 178(2012), Erişim tarihi: Mayıs 26, 2023. <https://ssrn.com/abstract=2012489> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2012489>.
- Richter, Heiko. "Open Government Data für Daten des Bundes". *NVwZ*, 1408 (2017): 13.
- Schnieders, Ralf. "Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland". *Die Öffentliche Verwaltung* 5 (2018): 175.

- Seckelmann, Margrit, ve Christian Bauer. “Open Government, Liquid Democracy, e-Democracy und Legitimation: Zur politischen Willensbildung im Zeichen des Web 2.0”. *Die Vermessung des virtuellen Raums*, editör Hermann Hill ve Utz Schliesky, 325-44. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2012.
- SPARC Europe. “The Directive on Open Data and the Re-Use of Public Sector Information”, 3. Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. https://sparceurope.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/10/Open-DataDirectiveSummary_102019.pdf.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Açık Veri Projesi*, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2022. <https://cbddo.gov.tr/projeler/acik-veri/>.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025*, 41. Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://cbddo.gov.tr/uyuzs>.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, *On Birinci Kalkınma Programı (2019-2023)*, paragraf 740-744, 815. https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf.
- Tansuğ, Çağla, “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı”, *GSÜHFD*, 2(2021): 1565-1599.
- Topcu Abdullah, Işık Ahmet Ercan, *Açık Devlet Verisi Rehberi*, 2019, Açık Kitap, <https://acikdevletverisitr.gitbook.io/rehber/turkiyede-acik-devlet-verisi/4.1.-ulusal-politika-belgelerinde-acik-kavrami/4.1.4.-2016-2019-ulusal-e-devlet-stratejisi-ve-eylem-planı>.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Şubat 18, 2023 <https://sozluk.gov.tr>.
- Worldbank, “Worldwide Governance Indicators”. Erişim Tarihi: Mart 10, 2023. <https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>.
- Yannoukakou, Aikaterini, ve Iliana Araka. “Access to Government Information: Right to Information and Open Government Data Synergy”. *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 147 (2014): 332-40.
- Yaşamış, Firuz. “Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli*. (2004): 21-76, Erişim Tarihi: Şubat 14, 2023 https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf.

Diğer Kaynaklar

- “Açık veri nedir? Kamu kurumlarının veri portalları, yeni bir haber kaynağı”, *Journo*. Dosya, Ali Safa Korkut, 5 Mart 2022, Erişim Tarihi: Ocak 23, 2023 <https://journocom.tr/acik-veri>.
- “France Action Plan Review 2021-2023”. Erişim Tarihi: Aralık, 14, 2022.
- “From the Public Sector Information (PSI) Directive to the Open Data Directive”, EU Comission Official *Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/psi-open-data>.
- “Government AI Readiness Index 2021”, Oxford Insights, 52. Erişim Tarihi: Nisan 10, 2023 https://static1.squarespace.com/static/58b2e92c1e5b6c828058484e/t/61ead0752e7529590e98d35f/1642778757117/Government_AI_Readiness_21.pdf.
- “Open data and reuse of public-sector information”, EU Comission Official *Website*, Erişim Tarihi: Ocak, 14, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32019L1024>.

- “Turkey made inactive in the Open Government Partnership”, OGP Blog, 21.09.2016. Erişim Tarihi: Ocak 10, 2013 <https://www.opengovpartnership.org/stories/turkey-made-inactive-in-the-open-government-partnership/>.
- “What is Big Data Analytics and Why It is Important?”, Simplilearn, 9 Ocak 2023. Erişim tarihi: 8 Ocak, 2023. <https://www.simplilearn.com/what-is-big-data-analytics-article>.

TÜRKİYE'DE SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI^(*)

Emirhan HAZNEDAR^(**)

Öz

Siyasi partiler, vatandaşların taleplerini en güçlü şekilde iletebilecekleri ve belirli standartları sağlaması durumunda da yasama organında yer alan güçlü yapılardır. Bu yapıların bazı hakların toplu kullanımında önem arz etmektedir. Bu kadar önemli olmalarının yanında denetimleri ve kapatılmaları da mümkün olan yapılardır. Türkiye siyaset tarihinde fazlasıyla siyasi parti varlık bulmuş bunlardan bazıları ise siyasi parti kapatma davalarına konu olmuşlardır. Siyasi parti kapatma davalarında, partilerin bölücülük yaptığı iddiası sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında laiklik karşıtlığı iddiasıyla siyasi parti kapatma davası da görülmüştür. Davaların birçoğu benzer hususlara dayanıyor olsa da bölücülük iddiası ile laiklik karşıtlığı iddiası ile görülen davalar olarak ayırmak mümkün olacaktır. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olmasıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisini tanıyarak Sözleşme'de yer alan hakların ihlallerinden doğacak uyuşmazlıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınması yolunu açmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakları incelediğimizde, burada tanınmış belirli hakların siyasal parti faaliyetleri ile veya kişilerin siyasal partiler aracılığı ile kullanabileceği haklar olduğunu tespit etmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla partilerin kapatılması bu hakların kullanımının önüne geçmiş olacaktır. Nitekim siyasi parti kapatma davalarında gündeme gelen ifade özgürlüğü, düşünce din ve vicdan özgürlüğü, toplanma hakkı, örgütlenme hakkı gibi hakların ihlal edildiği gerekçesiyle başvurucular ihlal iddialarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'nin ihlal gerçekleştirdiği iddiası ile kendisine taşınan siyasal parti kapatma davalarında Türkiye'nin aleyhine de lehine de vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararınca Türkiye aleyhine sonuçlanan davalarda partilerin bölücülük iddiası ile kapatılmış olduğunu, Türkiye aleyhine sonuçlanmamış davalarda ise laiklik karşıtlığı ile kapatılmış siyasal partiler söz konusudur. Bu makale ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirdiği davalar, siyasal partiler ve bunlara ilişkin haklar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Siyasi Parti, İfade Özgürlüğü, Siyasi Parti Kapatma Davası, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Toplanma ve Dernek Kurma Hakkı, Laiklik, Bölücülük.

POLITICAL PARTY DISSOLUTIONS IN TURKEY AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' APPROACH

Abstract

Political parties are powerful entities which may be in the legislature if met the required standards, and citizens may convey their demands in the strongest way possible. These entities are very important in collective use of some rights. In addition to their importance, auditing and closing these entities are possible. Many political parties have existed throughout Turkish political history some of which have faced closure case. In closure cases, the claim that political parties becoming separatist is frequently encountered. Besides separatism claims, there some cases which had the

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 11.12.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 13.04.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1216120.

^(**) Avukat, İstanbul Barosu / İstanbul, Türkiye.
E-posta: emirhan.haznedar@ozu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2417-2582>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

grounds on anti-laicism. Although most of the cases are based on similar issues, it would be possible to distinguish them by two main closure case grounds which are separatism claims and anti-laicism. Turkey has recognised European Court of Human Rights by becoming a part of European Convention on Human Rights and recognised the right to appeal to the Court. When the rights in the European Convention on Human Rights are examined, it would be possible to determine that certain rights recognised here are those that can be exercised by political party activities or by individuals through political parties. Therefore, the closure of parties will prevent the exercise of these rights. Freedom of speech, freedom of thought and faith, right to assembly, right of organisation were topics of closure cases which the applicants have taken to European Court of Human Rights. The European Court of Human Rights has given decisions both against and in favour of Turkey in the cases of closure of political parties that were brought to them with the allegation that Turkey committed a violation. In the cases that were concluded against Turkey by the decision of the European Court of Human Rights, the parties were closed due to separatism claims and in the cases that were not concluded against Turkey, there were political parties that were closed due to anti-laicism. In this article, the cases evaluated by the European Court of Human Rights, political parties and their rights are examined.

Keywords

Political Party, Freedom of Expression, Closure of a Political Party, Freedom of Thought, Religion and Conscience, Right to Assemble and Association, Laicism, Separatism.

Extended Abstract

There are many ways of exercising rights. Some may be exercised personally; some may be by a trustee. Not only this, but some rights have certain differences like being exercised by collective groups. Such groups or entities can be legally formed and would maintain a special legal status. One of the most important and probably the most powerful entity formed in order to exercise certain rights are political parties. Political parties have different status due to their powers and objectives. Political parties' objectives and powers are quiet correlative. They aim to get into legislature in order to be voice of voting citizens. Thus, not only this process but also the willpower of voters and party's powers given by law makes political parties powerful and important. Whence examined the practices of political parties', it is easy to relate them with certain rights. First of all, establishing a party and that process itself is directly relatable to right to assemble and association. Voting for a political party or becoming a candidate of that party is related with the right vote and the right to hold office. Actions and speeches done and given by political parties can be seen as an collective act of exercising the right of expression and freedom of thought, religion and conscience. As a domestic guarantee, these rights are all covered in the constitution. However, with exceptions and as predetermined there are some reasons to limit those rights. Limitation process also requires some textbook practice which cannot be unavoidable. Some of the rights mentioned previously are also covered in European Convention on Human Rights. As Turkey became a signatory, Turkey recognised the authority of European Court of Human Rights, obligations that are bound with the convention. Thus, some of the previously mention rights would also be protected with the European Convention on Human Rights. If the right is cover both in domestic law and in European Convention on Human Rights, the applicant may appeal to European Court of Human Rights after they exhaust domestic remedies or there are exceptional cases. Turkey, a country with a rich history of political party closure cases, has faced many applicants who took their cases to the European Court of Human Rights, most of which resulted against Turkey's favour. Political parties in Turkey have been closed for many different reasons yet two of them come on top and those are separatism claims and anti-laicism. Turkey had many struggles with both these issues which also came up in legal platform. Turkey's stern approach to both these issues have resulted in applicants taking their claims to European Court of Human Rights, most of which resulted against Turkey's favour. Whence analysed the rulings of European Court of Human Rights that are about violation claims because of political party closure cases which resulted against Turkey, it would seem that those cases are about political party closures which were due to separatism. One case that is of importance shines out. A case that does not include separatism claims but anti-laicism. A political party was closed due to these claims, the case was taken to European Court of Human Rights and unlike most of the other cases that were about political party closure cases, the Court did not rule against Turkey. So with this article respectively, issue such as political parties, European Court of Human Rights' approach to the topic, rights related with political party closure cases will be analysed. After wards some important precedents will be viewed. After analysing important cases about political party closure in Turkey, European Court of Human Rights' rulings regarding these cases will be put in. Lastly personal views on this issue will be shared in the conclusion after a general sum up.

GİRİŞ

Siyasi partiler çoğulcu demokrasinin uygulanabilir hale gelmesi için önem arz eden unsurlardır. Çoğulcu demokraside siyasi partilerin ehemmiyetli olması, belirli sınırlara tabi tutulamayacağı anlamına da gelmez. Demokratik ilkelerin korunması için partilerin belirli bir nizamda tutulması, aksi takdirde kapatılmasına kadar varan süreçlerin yaşanması da mümkündür. Türkiye, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin tarihçesi ile zengin bir ülkedir. Siyasi partilerin kapatılma davalarına ilişkin iddiaları incelediğimizde çoğunlukla bölücülük iddiası ile açılmış siyasi parti kapatma davaları açılmıştır. Bölücülük iddiası ile açılmış siyasi parti kapatma davalarının dışında karşımıza çıkan önemli bir diğer karar ise laiklik karşıtlığına ilişkin olarak ele alınmıştır. Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalardan doğan hak ihlalleri iddialarını değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan belirli ile bağdaştırılması gerekmektedir. Siyasi partilerin söylemleri, demokrasi ve hukukla ilgili değerlendirmeleri yapılırken şüphesiz Sözleşme’nin ifade özgürlüğünün düzenlendiği maddesi, laiklik karşıtlığı ise Sözleşme’nin din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen maddesi, partinin kapatılması ise toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün düzenlendiği maddesi bakımından değerlendirilir. Türkiye’deki siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürülmesi ile tespit edilen ihlaller çoğunlukla bölücülük iddiası ile kapatılan partilere ilişkinken, laiklik karşıtı olduğu iddiasıyla kapatılan partiye ilişkin parti kapatma davasında Mahkeme ihlal tespit etmemiştir. Mahkemenin kararları incelendiğinde, ihlallerin tespiti için edildiği davalarda Türkiye’nin belirli davalarda iddialarını başarı ile ortaya koyamadığı, partilerle bölücülük iddialarını hukuken bağdaştırıp Mahkeme’ye sunamamış ve tehlikenin öneminden bahsedememişken; laiklik karşıtlığına ilişkin davada Mahkeme’nin bu tehlikeyi daha rahat tespit ettiğini söylemek mümkündür. AIHM’in verdiği kararların tartışmalı bulunması mümkündür fakat Mahkeme’nin verdiği kararların Türkiye açısından bağlayıcılığı ve iç hukuka etkisi hem Anayasa’nın 90. maddesinde hem Türkiye’nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 46. maddesinde belirtilmiştir.

I. SİYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARI

A. GENEL OLARAK

Siyasi parti kapatma davalarının başlıca süjesi siyasi partilerdir. Bu oluşumların kapatılmasına ilişkin hukuki sürecin nasıl ilerleyeceğinin belirlenmesi için öncelikle süjenin hukuki niteliği değerlendirilmelidir. Siyasal partilerin hukuki nitelikleri kanunlarda öngörülebilir veyahut içtihatlarla tespit etmek mümkün olur. Siyasal partiler kanunlarda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenmiş olan bazı hakların kullanımı açısından araç olarak kullanılır. Kapatma davalarının sonucunda sadece siyasal parti oluşumlarının ortadan kalkması

gündeme gelmez, siyasi partiler aracılığı ile kullanılan hakların da kullanılma olanağı imkansızlaşır. Bu engelleme bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilebileceği gibi kanunlarda hakkın kullanılmasını zorlaştırıcı veya engelleyici normlar düzenleyerek de gerçekleştirilebilir.

B. SİYASİ PARTİLER

Siyasi partiler, bazı temel hak ve özgürlüklerin kolektif kullanımı ve daha güçlü ifade edilmesini sağlamaktadırlar. Anayasa'nın 67 ve 68. maddelerinde siyasi partilerin, kişilerin siyasal haklarını kullanımı bakımından önemine vurgulanmıştır.¹ Siyasi partilerin demokratik toplumlarda birçok önem arz eden nitelik ve görevleri bulunmaktadır. Halkın talep ve çıkarlarına yönelik gruplaşmanın sağlanmasını, taşradan merkeze doğru halkın yönetimde söz sahibi olmasını sağlamak ve siyasal partilerin alt örgütleri ile toplumsallaşmada önemli rol oynamaktadırlar.²

Anayasa Mahkemesi kararlarında ise siyasal partinin hukuki niteliğinin ne olduğuna yönelik farklı görüşler mevcuttur.³ Siyasal partilerin kamu yararına çalışan kuruluşlar olduğu, kamu kurumu olarak kabul edilemeyeceği, Anayasa'nın öngörmüş olduğu kurum olduğuna yönelik görüşler içtihatlarında değişiklik göstermiştir.⁴ Dernek niteliğinde oldukları siyasal partiler için söylenebilir olsa da anayasada da belirtilen amaçları olan iktidar olma ile derneklerden ayrıcalıklı konumda olacaktırlar.⁵

C. SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Kanunilik ilkesi gereği olarak siyasi partilerin kapatılma süreçleri, kapatılma nedenlerinin hukuki normlar arasında düzenlenmiş olması gerekmektedir. Siyasi partilerin, tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68. maddesinde belirtilen yasaklara aykırı olması, program veya tüzük dışında partinin eylemlerinin bu yasakları ihlal edici nitelikte olması, Türk olmayan gerçek veya tüzel kişilerden, yabancı devletlerden maddi yardım alması kapatılma nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Anayasa'nın 68. maddesi parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakkını düzenlemiş olsa da bu düzenlemede siyasal partilerin uyması gereken kural, ilke ve yasaklar belirtilmiştir. Bu maddeyi müteakiben düzenlenen 'siyasi partilerin uya-cakları esaslar' maddesinde de buna benzer hususlar düzenlenmiştir. Anayasa'nın 69. maddesinde sayılmış olan ilke ve yasaklara aykırılık teşkil eden parti tüzük ve

¹ Recai Akyel, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 12, (2018): 128-129.

² Emin Koç, "Siyasi Partilere Devlet Yardımı". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, (2009): 47.

³ Akyel, *Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri*, 128.

⁴ Akyel, *Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri*, 128.

⁵ Koç, *Siyasi Partilere Devlet Yardımı*, 51.

⁶ A. Emrah Akyazan, "1982 Anayasası'na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 19, S. 65, (2006): 260.

programlar siyasi partilerin kapatılması nedeni olarak karşımıza çıkacaktır, bu aykırılığın somutlaşmış olması gerekmektedir.⁷ Bu hususa ilişkin düzenlemeler sadece Anayasa’da yer almamaktadır. Anayasa’nın dışında, Siyasi Partiler Kanunu’nda da siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.⁸

İç hukukta siyasi partilerin kapatılması iki ana başlık altında, tüzük ve programların aykırılıkları ya da eylemsel aykırılıklar olarak ele almak mümkün olacaktır.⁹ Bu yasak ve ilkeler hem Anayasa’da hem Siyasi Partiler Kanunu’nda düzenlenmiştir. Siyasi partilerin kapatılması davasında görevli mahkeme, zamanla değişmiştir. İşlev ve önemlerinden ötürü, siyasal partilerin kapatılması davası asliye hukuk mahkemelerinde değil yüksek mahkeme olan Anayasa Mahkemesi’nde görülür.¹⁰ 1961 Anayasası’ndan evvel adli mahkemelerin siyasi partileri kapatma yetkisi bulunmaktaydı.¹¹

Siyasi partilerin kapatılmasına yönelik kararın hukuka aykırılık teşkil etmesi için belirli unsurları içinde barındırıyor olması gerekir. Bu hukuki sürecin kanunda öngörülmesi ve demokratik toplumda gerekli olması ve ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Belirtilen diğer ölçütler ise parti üyelerinin partinin desteği olmadan gerçekleştirdiklerinde partinin sorumlu tutulmaması, siyasi parti kapatmanın son çare olarak değerlendirilmesi ve de buna yönelik kararın yargı organı tarafından adil yargılanma ilkesine uygun olarak verilmiş olmasıdır.¹² Kapatılma kararının verilebilmesi için aranan salt çoğunluk oy oranı beşte üçe yükseltilmiştir.¹³ Anayasa Mahkemesi’nin vereceği hüküm sadece siyasi partinin kapatılıp kapatılmamasına yönelik olması gerekmemektedir. Anayasa Mahkemesi başka müeyyidelerin uygulanmasına yönelik karar verebilir. Siyasi partilerin kapatılması davasında, Anayasa Mahkemesi fiillerin ağırlıklarına göre siyasi partinin kapatılması yerine devlet yardımından kısmen ya da tamamen mahrum bırakılması yönünde karar verebilir.¹⁴

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurulmadan evvel ihlal iddialarının iç hukukta tüketilmesi gerekir. Sözleşme’ye taraf devletlerin iç hukuk normları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin

⁷ Cankat Taşkın, “Siyasi Partilerin Kapatılması”. *Bursa Barosu Dergisi*, C. 32, S. 84 (2008): 9.

⁸ İbrahim Kaplan, “Siyasi Partilerle İlgili Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkemeler”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 23 (2008): 17.

⁹ Taşkın, *Siyasi Partilerin Kapatılması*, 9.

¹⁰ Ali Topaloğlu, “Siyasi Parti Kapatma Davasında Yargılama Usulü”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 80 (2013): 28.

¹¹ Topaloğlu, *Siyasi Parti Kapatma Davasında Yargılama Usulü*, 28.

¹² Faruk Bilir ve Murat Aksan, “Siyasi Partilerin Kapatılması”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2 (2008): 31.

¹³ Akyazan, *1982 Anayasası’na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması*, 265.

¹⁴ Akyazan, *1982 Anayasası’na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması*, 263.

yaklaşımı ile tam uyum içerisinde olmayabilir. Türk hukukunda siyasi partilerin kapatılması davalarının birçoğunda bu husus tespit etmek mümkündür. Türk hukukunda siyasi partilerin kapatılma nedenleri arasında tüzük ve programların kanunlarda belirtilmiş olan ilke ve yasaklara aykırılığı söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, siyasi partilerin tüzük ve programlarındaki aykırılıklardan nedeniyle kapatılmasının demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yorumundan ötürü, Türk hukukunda tüzük ve programlardaki aykırılıklardan ötürü kapatılmış olan siyasi partilerin, ihlal iddiasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıması durumunda Mahkeme'nin ihlal kararı vermesi yüksek ihtimalli olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hususa ilişkin kriterler belirlemek için adımlar atmıştır. Avrupa Konseyi tarafından görevlendirilmiş komisyonun belirlediği ölçütlere göre şiddeti savunan, anayasal düzende bunu kullanan, temel hak ve özgürlükleri tehlikeye atan siyasal partilerin kapatılması gündeme gelecektir.¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokratik toplum kavramını esas alarak buna tehlike arz eden durumlara yönelik yaptırımları onayladığını söylemek mümkündür. Siyasi partilerin şiddeti savunan veya buna yol açan eylem veya söylemleri olmadıkça demokratik ilkelere tezatlık teşkil etmediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasi kapatma davaları için belirtmiştir.¹⁷

II. PARTİ KAPATMA DAVALARINA KONU OLAN TEMEL HAKLAR

A. GENEL OLARAK

Parti kapatma davaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bazı haklarla bağdaştırılması mümkündür. Siyasi partiye kurmak ve katılmak toplanma ve dernek kurma özgürlüğü ile bağdaştırılabilir. Bu siyasal partinin kurulması sürecini de içerisinde barındırır. Siyasal partiler toplanma ve dernek kurma özgürlüğü dışında, ifade özgürlüğü ve düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün kolektif kullanımı için aracı olarak uygulamada yer bulur.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Hukuki, idari tedbirler ve bunların uygulanması, devletin pozitif yükümlülüğü olarak isimlendirilirken, insan haklarını ihlal edici nitelikteki eylemleri gerçekleştirmekten kaçınmak ise negatif yükümlülük olarak isimlendirilir ve devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yükümlülüklerini oluşturur.¹⁸ Kişilerin ifade özgürlüğünü kullanmalarını hukuka aykırı bir engelin bulunmamasını

¹⁵ Taşkın, *Siyasi Partilerin Kapatılması*, 9.

¹⁶ Bilir ve Aksan, *Siyasi Partilerin Kapatılması*, 31.

¹⁷ Akyazan, *1982 Anayasası'na Göre Siyasal Partilerin Kapatılması*, 273.

¹⁸ Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, (Ankara: 2018), 73.

ve bu hakkı kullanılmasını sağlamak devletin pozitif yükümlülüğüdür. Negatif yükümlülüğü ise bu hakkı ihlal etmekten kaçınmasıdır. Bu negatif yükümlülüğüne aykırı eylemler hem hakkın kullanımı sırasında hem de kanuni düzenlemelerle karşımıza çıkabilir. Bu hak kısıtlanabilir bir haktır. Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen bu hakka yönelik getirilebilecek sınırlandırma sebepleri aynı madde içinde sınırlı sayıda belirtilmiştir.¹⁹ Bu hakkın kısıtlanabilmesi sadece sınırlı sayıda belirtilmiş olan nedenlerden en az bir tanesine dayandırılıyor olmasına bağlı değildir. Kısıtlamanın nasıl ve hangi sebeple olabileceğinin kanunda öngörülmesi, demokratik toplumda gereklilik arz etmesi ve yapılan müdahalenin ölçülü olmasıdır.²⁰

Sözleşme’de de yer alan ifade özgürlüğü, siyasi parti kapatma davalarına konu olan temel haklardan bir tanesidir ve Sözleşmeye taraf olan ülkelerin bağımsız mahkemelerinin verdiği siyasi partilerin kapatılması ile bu hakkın ihlal edildiği iddiaları da gündeme gelmiştir. Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaları değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü kriterini göz önünde bulundurur ve siyasi parti kapatılmasına ilişkin verdiği kararlarda ifade özgürlüğü hakkı da ele alınır.²¹ Mahkeme’nin vermiş olduğu belirli kararlar örnek teşkil eder. Bu içtihadlar da başvurusunun ihlal edildiğini iddia ettiği hakkın değerlendirilmesine yönelik kriterlerini belirlemiş olur. *Küçük Kırmızı Ders Kitabı* adlı esere ilişkin karar olan Handyside/ Birleşik Krallık kararı²² ile Mahkeme’nin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama yaklaşımı tespit edilebilir.²³ Mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik ihlal iddialarının değerlendirildiği davalarda da bu hakka ilişkin kriterlerini belirttiği kararlar vermiştir. Mahkeme, demokratik rejimi yıkmaya yönelik fikirlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinde, kısıtlayıcı bir yaklaşımdan özgürlükçü bir yaklaşıma yönelmiştir.²⁴

Söylem ve ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında sayılıp sayılmaması gerektiğine ilişkin tartışmalı bir husus ise parti söylemlerinin terör propagandası olup olmamasıdır. Siyasal partiler kişilerin örgütlü halde ifade özgürlüğü hakkını kullandıkları bir odak noktası olarak değerlendirilebilir fakat bu odağın terör ile ilişkili hale gelmesi, terör veya şiddeti savunan, desteleyen söylemlerde bulunma-

¹⁹ Melike Batur Yamaner ve Birden Güngören, ‘Spinoza’dan Mill’e, Mill’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine İfade Özgürlüğü’. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2 (2007): 37-38.

²⁰ Özcan Özbey, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları’. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 1 (2013): 100.

²¹ Onur Hamurcu, *Siyasi Parti Kapatma Kararlarında AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşım Tarzı* (Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, 92.

²² AİHM, Handyside/ Birleşik Krallık, 07.12.1976, 5493/72.

²³ Hamurcu, *Siyasi Parti Kapatma Kararlarında AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşım Tarzı*, 92.

²⁴ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, 187.

sı halinde bu faaliyetler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün olamaz. Anayasa Mahkemesi ise bu söylemlerin suç teşkil edip etmediği yönünde belirli bir kriter belirlemiştir. Terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu için aleniyet unsuru suçun temel şeklinde aranmadığı gibi suç tehlike değil soyut tehlike suçu niteliğindedir; bu niteliklerinden ötürü Anayasa Mahkemesi'ne göre yapılan propaganda somut tehlike oluşmasına neden olmamışsa düşüncüyü açıklama özgürlüğü olarak değerlendirilmesi gerekir.²⁵

C. DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Siyasi parti kapatma davalarına konu olan haklardan bir diğeri ise düşünce, din ve vicdan özgürlüğüdür. Sözleşme'nin mutlak bir özgürlük öngördüğü maddelerden bir tanesidir. Maddenin ilk fıkrasında kişinin inanmak veya inanmamak konusunda mutlak bir koruma alanı olduğunu ve kişinin iç dünyasındaki yansımaları tamamen koruduğu belirtilmiştir.²⁶ Bir müdahale veya devlet sınırlaması ile kişinin fikir veya inanç değiştirmesi beklenemez, kişinin iradesinin etkilenmesi veya inancından ötürü kişinin cezalandırılması söz konusu olamaz.²⁷ Hakkın sınırlandırılmasında takip edilmesi gereken hukuki süreç, doğru olarak işletilmiş olsa dahi bu mutlak korumanın olduğu alana yapılacak herhangi bir kısıtlama ile ihlal iddiası gündeme gelir. Hakkın mutlak koruma sunduğu gibi mutlak koruma sunmadığı kısmı da vardır, inancın dışa dökümü ve eylem haline gelmesidir ve bu sınırlamaların uygulanmasının mümkün olduğu alan olarak belirtilmiştir.²⁸ Bu ayrımın getirdiği hakkın farklı kullanım şekillerinden doğan ihlal iddiaları gündeme gelmiş ve AİHM'e de taşınmıştır. Sözleşme'de de var olan hakların mutlak korumaya tabi olmayan kısımların yani sınırlandırılması mümkün olmayan kısımların sınırlandırılması için belirli usul ve esasların takip edilmesi gerekmektedir. Mutlak koruma alanı dışında kalan kısımların kısıtlanabilmesi için yasa ile öngörülmesi, meşru amaçlara dayanan bir sınırlama yapılmış olması, demokratik toplumda gereklilik, orantılılık ilkelerine uyulmasına riayet edilmesi gerekir.²⁹

D. TOPLANMA VE DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ (ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ)

Toplanma hakkı ise siyasi parti kapatma davalarının içeriğini oluşturan haklardan bir tanesidir. Bir araya gelinmesindeki gayenin kamusal veya bireylerin ortak çıkarların tartışılmasını sağlamak ya da bir gösteri düzenleme olması toplanma olarak veya halka açık veya kapalı yerlerde bir fikrin veya amacın açıklan-

²⁵ İzzet Özgenç, "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2021): 418.

²⁶ Şennur Ağırbaşı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101 (2012): 89.

²⁷ Ağırbaşı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 89.

²⁸ Ağırbaşı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 89.

²⁹ Ağırbaşı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 95-98.

ması yönündeki bir araya gelmeler olarak tanımlanabilir.³⁰ Bu hakkı kullanacak kişilerin bu hak kapsamında korunmadan faydalanabilmesi için belirli koşulları taşıyor olması gerekmektedir. Toplanma hakkının korunmasından faydalanan kişiler barışçıl bir toplantıda yer alan veya düzenleyen kimselerdir. Hakkın korunması için toplantı niteliğindeki eylemin barışçıl nitelikte olması koşulu mutlak bir hak olmadığı çıkarımında bulunulabilir.³¹

Devletin kişilerin toplanma hakkına yönelik olarak belirli yükümlülükleri bulunmaktadır. Hakkın kullanılmasına, toplanma veya örgütlenmeye devletin negatif yükümlülüğü kapsamında keyfi müdahale yapmaktan kaçınması gerekir.³² Devletin pozitif yükümlülüğü ise bu hakkı kullanacak kimselerin hakkına yönelik ihlal girişiminde bulunabilecek üçüncü kişileri engellemek ve hakkın kullanılmasını korumaktır.³³ ‘A priori’ ve ‘a posteriori’ olarak iki şekilde kısıtlama toplanma hakkına yönelik olarak bulunabilir.³⁴ ‘A priori’, hakkın kullanılmasında bildirim ve izin gibi zorunlulukların bulunması olarak uygulama evveli engel türü; ‘a posteriori’ olarak isimlendirilen kısıtlama ise kolluk kuvvetlerinin gerçekleştirilen toplanmaya müdahale etmesi olarak belirlenmiştir.³⁵

Sözleşme kapsamında devletin toplanma özgürlüğüne ilişkin yükümlülükleri arasında barışçı toplantıya müdahale etmeme yükümlülüğü yer alır. Devletin toplanma özgürlüğüne ilişkin bu yükümlülüğü sadece zor kullanmaktan kaçınmaktan ibaret değildir. Manipülatif veya provakatif eylemlerden de kaçınılması, toplanma özgürlüğünü kullanmak isteyen kimselerin bu hakkı kullanabilmesi için etkili korumalar alması devletin pozitif yükümlülüklerindedir.³⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan ayrımcılık yasağı kapsamına girebilecek şekilde toplanma özgürlüğüne ilişkin de ayrımcılık yapmamak da devletin yükümlülükleri arasındadır.³⁷ Toplanma hakkının kullanılmasına yönelik devletin gerçekleştireceği herhangi bir müdahalenin ayrımcılık yasağını da ihlal etmemesi gerekir.

Devletin yükümlülükleri arasında da hakkın kısıtlanmasının hukuka ve demokratik toplum gereklerine uygun olarak yapması yer alır. Toplanma hakkının uygulanmasına yönelik kısıtlamalardan bir tanesi ise bildirim sistemi olarak görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi toplanma özgürlüğü kapsamında ki bildirim sistemini hakka yönelik uygulanabilecek bir kısıtlama sebebi olarak

³⁰ Gökçen Alpkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 3 (2001): 4.

³¹ Alpkaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*, 7-8.

³² Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, 74.

³³ Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, 76.

³⁴ Kararmaz, Furkan, “Toplanma Hakkı ve Kolluk Tedbirleri İlişkisi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 127, (2016): 16.

³⁵ Kararmaz, *Toplanma Hakkı ve Kolluk Tedbirleri İlişkisi*, 16.

³⁶ Alpkaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*, 10-12.

³⁷ Alpkaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*, 10-12.

görmemekle birlikte, Sözleşme'ye taraf devletlerin makul sayılamayacak kısıtlamaların düzenleme olarak yapılmasından da kaçınması gerekmektedir.³⁸

Hakların tanındığı kanun maddeleri veya sözleşme maddelerinde, hak-kın kısıtlanmasına yönelik düzenlemeler de bulunabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddenin, 2. paragrafında görüldüğü üzere, barışçıl toplantıların sınırlandırılabilmesi için sayılan sebepler arasında kamu emniyeti, karışıklık, ulusal güvenlik ve suç işlenmesinin önlenmesi, ahlak, sağlık veya başkalarının özgürlüklerinin korunması yer almaktadır. Barışçı olmayan toplantılara barışçıl bir toplantı olmadığı nedeniyle müdahale edilebilirken; barışçıl toplantılara yapılabilecek müdahaleler bazı sınırlandırmalara tabidir. Bunlar: kanunilik ilkesi gereği kanunda sınırlandırmanın öngörülmesi, demokratik bir toplum için gerekli bir önleme olması, orantılı ve meşru amaca hizmet eden bir sınırlandırmanın yapılması gerekir.³⁹ Barışçıl toplanma gerçekleştiren kişilerin haklarını kullanmalarına getirilebilecek sınırlandırmalar da belirli kurallara tabidir.

Toplanma hakkından sadece gerçek kişilerin faydalanabileceğini söylemek doğru olmayacaktır. Bu hakkı kullanan gerçek kişilerin kurduğu siyasal partilerin de bu hak kapsamında korumaya tabi olup olmadığı gündeme gelecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ile korunan örgütlenme hakkının kapsamında siyasal partilerin de korumadan faydalandığını, Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında⁴⁰ gerekçede sayılmış olan örneklerin maddedeki korumanın sınırlı sayıda olduğunu belirtmediğini, sadece örnekleme olduğunu belirtmiş ve demokrasinin işleyebilmesi için siyasal partilerin var olması gerektiğini, dolayısıyla bu hak kapsamında korunması gerektiğini belirtmiştir.⁴¹

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bütünlük ilkesi değil, çoğulculuk ilkesini benimsediğini görmekteyiz.⁴² Bu tercihiyle birlikte Mahkeme'nin demokratik toplum ilkelerine öncelik verdiği görülür; bunun yanı sıra demokrasi kavramı içerisinde partiyi değerlendirmiş, partinin eylem ve hedefleri Mahkeme açısından belirleyici olmuştur.⁴³ Demokratik toplum için aranan önemli olgulardan bir tanesi de şüphesiz, ifade özgürlüğüdür. Mahkeme, devletin veya toplumun belli bir kısmının aleyhine olan, belirli bir kısmın hoş görmediği fikirlerin de ifade özgürlüğü kapsamında

³⁸ Bezar Eylem Ekinci, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 4 (2019): 775-776.

³⁹ Alpkaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*, 12.

⁴⁰ AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi / Türkiye, 30.01.1998, 19392/92.

⁴¹ Mustafa Koçak, "Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri". *Anayasa Yargısı*, C. 22, S. 11 (2006): 123.

⁴² Sevtap Yokuş, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasal Partilere Yaklaşımı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4 (2001): 111.

⁴³ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasal Partilere Yaklaşımı*, 111.

olduğunu belirtmiş; siyasi partiler açısından devletin yapısının barışçıl yollarla sorgulanıyor olmasının, sorgulayan partinin kapatılması için tek başına yeterli bir neden olmadığına yönelik görüştedir.⁴⁴ Partiler, ifade özgürlüğünün kullanılmasında önemli rol oynayacaktır, ifade özgürlüğünün partiler aracılığı ile kullanılmasında da belirli kısıtlamalar söz konusu olacaktır. İfade özgürlüğü sınırlandırılması Mahkeme’nin görüşüne göre sadece demokratik toplumun düzenini korumak amacıyla mümkün olacaktır.⁴⁵

Sözleşme’de hakkın düzenlediği maddenin içeriği sadece toplanma hakkından ibaret değildir. Dernek kurma özgürlüğü de toplanma hakkının düzenlendiği maddede düzenlenmiş bir diğer haktır. Demokratik toplumların olmazsalarından olan dernekler, Sözleşme kapsamında korunmakta olup, dernek kurmak ve üye olmak serbestisi tanınmıştır.⁴⁶ Hakkın mutlak korumaya tabi olmamasından ötürü, hukuka uygun ve belirtilmiş sebeplere dayanarak kısıtlandırılması mümkün olacaktır. Dernek özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi ise, meşru bir amaç doğrultusunda, ulusal güvenlik, barış ve düzeni koruma, suç işlenmesinin önüne geçilmesi, sağlığın ve ahlakın korunması gibi sebeplere dayanabilir ve sınırlamanın kanunilik ilkesi gereği yasa ile yapılması gerekmektedir.⁴⁷ Kısıtlamalar hem belirli nedene dayanması hem de hukuken belirli usullerle yapılması gerekmektedir.

Mahkeme’nin vermiş olduğu bazı kararlarda, ihlal edildiği iddia edilen hakkın korunmasında, hangi unsur ve kriterleri benimsendiğini belirtmiştir. Demokrasinin temel ve evrensel ilkelerine aykırı siyasal programın parti programında yer alması ve parti programında yer alan siyasi düşüncelerin gerçekleştirilebilmesi partinin hukuka aykırılık teşkil edebilecek eylemlerde bulunması veya bunları teşvik etmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılması veya yasaklanmasına ilişkin olarak davalarında kriter olarak aldığı iki önemli unsurdur.⁴⁸

III. HERRİ BATASUNA VE BATASUNA/ İSPANYA KARARI VE TÜRKİYE ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya davasında⁴⁹ Mahkeme, İspanya’da barış içerisinde bir arada varlığını sürdüren ve ayrılıkçı düşünceye sahip partiler olduğunu belirterek, yasal siyasal çözüm arayış içerisinde olduğunu düşündüğü

⁴⁴ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 111-112.

⁴⁵ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 113.

⁴⁶ Yüksel Metin ve Gamze Aslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, C. 12, S. 3 (2007): 272.

⁴⁷ Metin ve Aslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü*, 278-285.

⁴⁸ Vedat Ahsen Coşar, “Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2009): 124.

⁴⁹ AİHM, Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya, 30.06.2009, 25803/04, 25817/04.

Demokratik Toplum Partisi'ne ilişkin davanın⁵⁰ birbirinden farklılıklar taşıdığını kararlarında belirtir.⁵¹ Mahkeme'nin değerlendirmelerinden bir tanesi ise Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda terör örgütü PKK ile Demokratik Toplum Partisi'nin idealleri arasında paralellik olmasının, ideallerine ulaşabilmek için hukuk dışı eylemleri desteklediğini göstermediğini, bu fikirlerin siyasi partiler tarafından savunulmasının teröre destek olacağı yönündeki bir indirgenmenin, konuya ilişkin demokratik çözümün gerçekleşme ihtimalini düşüreceğini belirtmiştir.⁵² Sözleşme'nin toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne getirilecek olan sınırlamaların dar yorumlanması icap ettiği, ifade özgürlüğü ile toplantı ile dernek kurma özgürlüğünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği, demokrasi için çoğulculuğun gerekliliği, anayasal yapı değiştirme çalışmalarının yasal ve demokratik olması ve önerinin demokratik ilkelere uyması durumunda koruma altında olduğu, demokrasi ve Sözleşme'ye aykırı siyaseti savunan bir partiye yönelik bir müdahale yapılması için iktidara gelip somut faaliyet göstermesinin beklenmesinin şart olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında yer almaktadır.⁵³

Siyasal partilerin faaliyetleri itibarıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan belirli haklar ile ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla siyasi parti kapatma davasının sonucunda kapatılmasına hükmedilmiş partilerin, Sözleşme'de korunan bazı hakların ihlal edildiği iddiasıyla bu süreci Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımaları mümkündür. Batasuna Partisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Sözleşme'nin 10. maddesinde ve 11. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne aykırılık iddialarına yönelik kabul edilebilir bulmuş, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına yönelik ihlal iddiasını ise kabul edilebilir nitelikte bulmamıştır.⁵⁴

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda dikkat çekilen bir diğer mesele ise partilerin terörle bağdaştırılmasında, direkt destekleri ve söylemlerinin dışında, partilerin teröre belirli bir mesafe koymamasının, terör eylemlerinin kınanmamasının ve sessiz kalınmasının da terörü destekleyici bir eylem olarak değerlendirilebileceği Mahkeme tarafından belirtilmesidir.⁵⁵ Batasuna Partisi'nin Santa Pola'da gerçekleştirilen bombalı saldırıdan ötürü ETA'yı kınamaması, par-

⁵⁰ AİHM, Demokratik Toplum Partisi ve Diğerleri / Türkiye, 12.01.2016, 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10, 37272/10.

⁵¹ Demirhan Burak Çelik, "İHAM'ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Karar Üzerine". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 82 (2015): 42.

⁵² Çelik, *İHAM'ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Karar Üzerine*, 43.

⁵³ Çelik, *İHAM'ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Karar Üzerine*, 51-53.

⁵⁴ Yüksel Metin ve Veysel Dinler, "İspanya'da Batasuna Partisi'nin Yasaklanması". *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 20 (2008): 48.

⁵⁵ Zeynep Hazar, "Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1 (2018): 90.

tinin faaliyetlerinin engellenmesi ve kapatılma sürecinin başlangıcı olmuştur.⁵⁶ Partide görev alan yetkili kimselerin söylemleri ve eylemleri partiyi temsil eden birisi olarak değerlendirilebileceği gibi partiye de atfedilebilecektir.⁵⁷ Batasuna yöneticilerinin ETA’yı kınamamasının yanında, ETA’nın gerçekleştirdiği saldırıların sonlandırılması yönünde bir talepleri olmadığı parti sözcüsünce açıklanmıştır.⁵⁸ Ölen teröristlerle saygı duyduklarını, hüküm giymiş teröristleri ise siyasi hükümlü olarak nitelendirdikleri parti yöneticilerinin söylemleri arasında yer almıştır.⁵⁹ 2002 yılında yaşanan Santa Pola saldırısının partice kınanmaması, devletin soykırımcı olduğunun iddia edilmesi, Bask halkının savaşaacağını, ETA’nın örgüt niteliğinde ve devlete karşı tüm araçları kullanmayı gerekli gören bir örgüt olarak nitelendirilmesi, Avrupa terör örgütü listesinde bulunan başka bir örgütün anagramının Batasuna’nın yönettiği belediyelerde bulunması gibi gerekçelere dayanarak Batasuna’nın teröre desteği olarak değerlendirilebileceği Mahkeme tarafından belirtilmiştir.⁶⁰

Türkiye’de siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin süreçlerde Mahkeme’nin bu tutumu, örnek içtihatları ve değerlendirme kriterleri göz önünde bulundurulmalıdır. Türkiye’deki siyasi parti kapatma davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşınması ve Türkiye aleyhine verilen kararlar ve ihlal tespitlerinin gerçekleşmemesi ve hukukun gereğinin yapılabilmesi için Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya kararındaki Mahkeme’nin kriterlerine dikkat edilerek mahkemeye sunulmalıdır.

IV. TÜRKİYE’DEKİ SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARLARIN AİHM TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Türkiye’de siyasi partilerin kapatılması davalarını esas olarak iki nedene dayandırılarak ayırım yapılabilir. İlk sebep bölücülük iddiası, ikinci sebep ise laiklik karşıtlığıdır. Bölücülük gayesi ve laiklik karşıtlığı hem partilerin kuruluş sürecinde hem de kurulduktan sonra tespit etmek mümkündür. Siyasal partinin benimseydiği isim, tüzük ve program bu iddiaların partinin kuruluş sürecindeki iddialar ile ilişkilendirilebilir. Partinin eylem ve uygulamaları, yöneticilerin söylemleri, terör eylemleri ve teröristlere yönelik yaklaşımları parti kurulduktan sonra siyasi parti kapatma davasına konu olabilir.

⁵⁶ Metin ve Dinler, *İspanya’da Batasuna Partisi’nin Yasaklanması*, 44.

⁵⁷ Hazar, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme*, 90.

⁵⁸ Metin ve Dinler, *İspanya’da Batasuna Partisi’nin Yasaklanması*, 44.

⁵⁹ Metin ve Dinler, *İspanya’da Batasuna Partisi’nin Yasaklanması*, 45.

⁶⁰ Hazar, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme*, 90-91.

B. BÖLÜCÜLÜK İDDIALARI

Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılma nedeni partinin adının yasaklı kelimelerden oluşmasıdır. AİHM ise bir partinin kapatılması için parti isminin gerekçe gösterilmesini yeterli bulmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararındaki ikinci neden ise Türk ulusunun bölünmesi düşüncesidir. AİHM bunun Türkiye'de teröre neden olmasının mümkün olmadığına, parti tüzüğünde yer alan fikirlerin ifade özgürlüğü olduğuna ve bu özgürlükten dolayı da partinin kapatılmasının mümkün olmadığına hükmederek ihlal tespiti yapmıştır.⁶¹

Sosyalist Parti kararında⁶² da Mahkeme, parti kapatılmasının ağır bir netice olduğunu belirterek, kapatma kararı dışında farklı yaptırımların var olacağı düzenlemelerin yapılması yönünde bir tartışma başlatmıştır.⁶³ Bu kararla Mahkeme'nin kapatma davasının sonuçlarını dikkate alarak, partilere kapatmanın dışında farklı yaptırımlar uygulanmasının da ihlal tespitlerini azaltacağını söylemek mümkün olacaktır.

AİHM, Türkiye'de demokratik rejimi ortadan kaldırma amacının olmadığını, halkın büyük bir çoğunluğu ile farklı ve hükümet politikalarıyla da çelişen görüşlerin savunulabileceğini, hatta bu sorunların çözüm zeminin kamu önünde tartışmak olduğunu belirterek Halkın Emek Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararda⁶⁴ Türkiye aleyhine karar vererek ihlale hükmetmiştir.⁶⁵

Özgürlük ve Demokrasi Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararı⁶⁶ değerlendirirken Mahkeme, kapatma kararının Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Sosyalist Parti'nin kapatılmasına ilişkin kararlar gibi ihlal niteliğinde olduğunu, gerekçelerin de benzer olduğunu belirtmiştir.⁶⁷

Bölücülük iddiası ile kapatılan siyasal partilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ihlal iddialarını taşıması ile başlatılan hukuki süreçlerin Türkiye aleyhine kararlar verilmesi ve Mahkemenin ihlaller tespit etmesi ile sonuçlanmıştır. Çözüm zemininde siyasi partilerin ve farklı fikirlerin vücut bulması gerektiği, bu fikirlerin demokratik rejimi ortadan kaldıramayacağı gibi değerlendirmeler yaparak Mahkeme ihlal tespitleri yapmıştır.

⁶¹ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 114-115.

⁶² AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri / Türkiye, 25.05.1998, 21237/93.

⁶³ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 117.

⁶⁴ AİHM, Yazar, Karataş, Aksoy ve Halkın Emek Partisi / Türkiye, 09.04.2002, 22723/93, 22724/93,22725/93.

⁶⁵ Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları". *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3 (2002): 142.

⁶⁶ AİHM, Özdep / Türkiye, 08.12.1999, 23885/94.

⁶⁷ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 117.

C. LAİKLİK KARŞITLIĞI

Demokratik sisteme geçtiği ve laiklik ilkesini benimsediği günden itibaren Türkiye Cumhuriyeti laiklik karşıtı faaliyetler, kitleler ve hukuk dışı eylemlerle mücadele etmek zorunda kalmıştır. Laiklik karşıtlığı bazı siyasi partiler tarafından benimsenmiştir. Bu sebepten ötürü laiklik karşıtlığından ötürü kapatılması istenen partiler söz konusu olmuştur. Milli Nizam Partisi parti tanıtımı için kullanılan üç kitap ve kongredeki faaliyetler sebebiyle 1971’de, Huzur Partisi ise 1983’te, laiklik karşıtlığı veya laiklik ilkesi koruma amacına sahip kanunlara karşı eylemlerinden ötürü kapatılmıştır.⁶⁸

Türkiye’de 90’lı yıllarda kapatılan dokuz partinin sekiz tanesinin kapatılma sebebi olarak bölücülük gösterilmişken, sadece Refah Partisi’nin kapatılması için gösterilen sebep laiklik karşıtlığıdır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararlar incelendiğinde, Refah Partisi kararı⁶⁹ dışındaki kararlarda Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁰ Refah Partisi’ne ilişkin kapatma davasının başka bir ilk olma niteliği ise Mahkeme’nin incelediği Türkiye’ye ilişkin siyasi kapatma davalarına konu olan partiler, Refah Partisi kadar oy almamış ve Refah Partisi’nin çok daha güçlü ve iktidar ortağı bir parti olmasıdır.⁷¹ Refah Partisi, laiklik karşıtlığı faaliyetlerin odağı haline geldiği iddiası söz konusuydu.⁷²

Davacıların iddiaları sözleşmenin 9. yani düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddesi olan ifade özgürlüğünü, 11. madde olan dernek kurma ve toplanma özgürlüğünü, ayrımcılık yasağı olan 14. maddeyi, hakların kötüye kullanımının yasağı olan 17. maddeyi, 18. madde olan hakların kısıtlanmasının sınırlamasını, 1 No.lu ek protokolün mülkiyetin korunması ve serbest seçim hakkına ilişkin maddelerinin ihlal edildiği yönündedir.⁷³ Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda sadece ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü değil, mülkiyet hakkı, ayrımcılık yasağı, hakların kısıtlanmasının sınırı gibi farklı hak ve yasaklara da değinildiği bu başvuruda görülmektedir.

⁶⁸ Can Çelik, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Siyasi Partilerin Laiklik Karşıtı Eylemlerin Odağı Haline Gelmesi Sebebiyle Kapatılması Rejimi ve Refah Partisi Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1 (2015): 120.

⁶⁹ AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye, 12.02.2003, 41340/98.

⁷⁰ Özge Çelebi, “Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği)” (Yüksek Lisans Tezi), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, 54.

⁷¹ Uğur İhtiyaroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin Yaklaşımı ve Refah Partisi Kapatma Kararı Özelinde Din ve Vicdan Hürriyeti”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1 (2021): 352.

⁷² Çelik, *Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Siyasi Partilerin Laiklik Karşıtı Eylemlerin Odağı Haline Gelmesi Sebebiyle Kapatılması Rejimi ve Refah Partisi Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı*, 123.

⁷³ Çelebi, *Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği)*, 75-76.

Refah Partisi'nin taleplerinden bir tanesi ise teokratik sistemi öven kimsele-
rin yaptığı konuşmalar nedeniyle partinin sorumlu tutulmamasıdır, fakat bu talep
Mahkeme tarafından yerinde olmadığı belirtilmiştir, Refah Partisi bu söylem-
lerde bulunan kişilere partide önemli görev vermiş ve önemli makamlara aday
göstermiştir.⁷⁴ Burada Mahkeme'nin yaptığı değerlendirmede partinin gerçekleştirdiği
aday göstermeler, görev verilmelerinin partinin bu söylemleri benimsediği
yönünde bir değerlendirme yaptığını söylemek mümkün olacaktır.

Şeriata dayalı bir düzen getirilmesiyle, dini inanç bazlı çoklu hukuk siste-
min benimsenmesinin demokrasiye aykırı olmasıyla birlikte; ayrımcılıkları da
beraberinde getirmesi muhtemeldir. Refah Partisi'nin genel başkanı Erbakan'ın
laikliğe aykırı, çok hukuklu sistemi savunan söylemleri parti kapatılması dava-
sında iddianamede de yer almıştır.⁷⁵ Türkiye gibi geçmişinde teokratik yöneti-
min getirilmesine dair girişimlerde bulunulmuş olmasının; cihattan bahseden
bir partinin sadece ifade özgürlüğünü kullanmayıp demokratik toplumu ortadan
kaldırmak için şiddete başvurabilme ihtimalini öngören Mahkeme, kapatma kar-
rarının ihlal oluşturmadığını ve verilen cezaların zorlayıcı sosyal gereksinim
olduğunu belirtmiştir.⁷⁶ Burada Mahkeme'nin demokratik toplumu ortadan kal-
dırma amaçları olan ve bu amaçların gerçekleştirilebilme ihtimali, buna yönelik
girişimleri değerlendirerek verilen kapatma kararının yerinde olduğunu tespit
etmiştir.

Kökten dinci ve başkalarının din ve vicdan hürriyetine saygı göstermeyen
hareketlerin Sözleşmenin ilgili maddesi olan dokuzuncu madde tarafından korun-
ması beklenemez.⁷⁷ Sözleşme'de düzenlenen bu hakkın mutlak korunan kısmında
din ve vicdan hürriyetine saygı göstermeyen hareketlerin bulunmadığını söyle-
mek mümkündür. Bununla birlikte anayasal düzen ve demokrasiye karşıt olan din
özgürlüğünün dışı vurumu olan fiillerin de korunması beklenemez.⁷⁸

Refah Partisi'nin kapatılması kararını incelerken Mahkeme, zorlayıcı top-
lumsal gereksinim olgusuna yönelik ihtiyacı, şeriat bazlı bir rejim hedefine sa-
hip olduğunu parti mensuplarının konuşmalarından tespit ederek, siyasi partinin
amacının şeriat rejimini getirmek olmasının demokratik toplum ilkeleri ile bağ-
daşmadığını belirtmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin

⁷⁴ Halil Volkan Arıkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihatı Işığında Refah Partisi Kararı: Bir İçtihat Değişikliği Mi?". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, (2004): 139.

⁷⁵ Çelik, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Siyasi Partilerin Laiklik Karşısı Eylemlerin Odağı Haline Gelmesi Sebebiyle Kapatılması Rejimi ve Refah Partisi Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı", 123.

⁷⁶ Çelebi, *Türkiye'de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği)*, 77.

⁷⁷ İhtiyaroğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin Yaklaşımı ve Refah Partisi Kapatma Kararı Özelinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, 353.

⁷⁸ İhtiyaroğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin Yaklaşımı ve Refah Partisi Kapatma Kararı Özelinde Din ve Vicdan Hürriyeti*, 353-354.

ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁹ Siyasi partilerin kapatılması kararlarında demokratik toplum ilkeleri ile bağdaşma kriterine uygun değerlendirmeler yapılarak karar verilmesi Mahkeme’nin gözettiği kriterlerdendir. Refah Partisi’nin siyasal iddia, hedefleri ve söylemlerinin laiklik ilkesi ile çatışmaktadır. Partinin başkanı olan Erbakan’ın partisinin getireceğini iddia ettiği düzenin kanlı mı kanlı mı olacağına yönelik söylemlerinin demokratik düzeni tehdit eden söylemler olduğuna kanaat getirmek mümkündür, parti başkanının hedefleri laiklik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu iki husus da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin demokratik toplum ilkeleri ile bağdaşmayan hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Öncelikle siyasi parti kapatma davalarının Sözleşme’de yer alan ifade özgürlüğü, din, düşünce ve vicdan özgürlüğü ve toplanma ve dernek kurma özgürlüğü ile ilişkilendirilmesini yerinde buluyoruz. Bu haklar Sözleşme’ye taraf olan Türkiye Devleti’nin iç hukuk normlarında da düzenlenmiştir. Bu hakların siyasi partinin hem kuruluşunda hem de kurulduktan sonra parti çalışmalarında kullanma alanı bulabilir.

Türkiye aleyhine verilmiş olan kararlarda ihlallere farklı nedenlere bağlı olarak hükmedilmiştir. Şekli kuralların uygulanmasına aykırı hareket etmiş olan partilerin sadece isimlerinden dolayı kapatılmasının Mahkeme tarafından ihlal kararı verilmesinin tartışmalı buluyor olmakla birlikte, laiklik karşıtı olan partinin kapatılmasında partide yetkili kimselerin yaptığı eylem ve konuşmalar ile partinin demokrasiyi ortadan kaldırılma ihtimalinin ciddiyetinden ötürü kapatılmasının doğru bir karar olduğu kanaatindeyiz. Bölücülük iddiaları ile kapatılmış olan partilerin Refah Partisi kadar gerçekçi bir değişim yapma ihtimalinin daha az olduğu söylenebilir. Refah Partisi’nin kapatılma davasına konu olduğu zamanlardaki oy oranı ile bölücülük iddiası nedeniyle kapatılmış partilerin oy oranları arasında ciddi fark bulunmaktadır. Refah Parti’sinin laiklik ile bağdaşmayan taleplerini gerçekleştirme ihtimali, bölücülük iddiası ile kapatılan partilerin amaçlarını gerçekleştirme ihtimalinden daha yüksek denilebilir fakat partilerin kapatılma sebebi olarak belirtilmiş nedenlerin var olması durumunda, partilerin oy oranı hukuki sürece etki etmeyecektir. Mahkeme laiklik karşıtı olayların geçmişte vuku bulduğunu tespit etmişken, bölücülüğün geçmişe dayandığına dair tespiti yapmamıştır.

Demokratik yapının korunması veya uygulama alanı bulabilmesi için üniter yapı her zaman bir koşul olarak değerlendirilemeyebilir fakat tarihte üniter yapısının değiştirilmesine yönelik hukuka aykırı girişimlerle mücadele etmiş bir devletin üniter yapının değiştirilmesine yönelik taleplerin gerçekleşmemesi için zorlaştırıcı normların düzenlenmiş olması kanaatimizce doğal karşılanabilir. Üni-

⁷⁹ Yokuş, *Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı*, 121-124.

ter yapının içerisinde de demokratik toplum ilkelerinin uygulama alanı bulması pek mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç kısmında ve 3. maddesinde ülke ve milletin bölünmezliğinin düzenlenmiş olması üniter yapının değiştirilemezliğini sağlar.

. Türkiye Cumhuriyeti'nin üniter yapısının değiştirilmesine yönelik taleplerin demokrasiyi ortadan kaldırmaya yönelik amacı olmadığı hallerde, bu taleplerin tartışılabilir olması ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi, parti kapatma davalarının gerekçesi olarak gösterilmemesi durumunda AİHM'in parti kapatma davalarından doğduğu iddia edilen ihlal iddialarını değerlendirdiği davalarda Türkiye'nin aleyhine vereceği kararları azaltabileceğini söylemek teorik açıdan yanlış olmayacaktır. Bu talepleri dile getiren partilerin sadece bu taleplerini dile getirmelerinden dolayı kapatılması durumunda Mahkeme'nin Türkiye'nin aleyhine hükmetmesi muhtemeldir.

Partilerin isimlerinden ötürü kapatılmasının ağır netice olduğunu belirten AİHM'in bu görüşünü haklı buluyoruz. Yasaklı kelimeler barındırıyor olsa dahi partilere farklı yaptırım uygulanması veya partilere isim değiştirmelerine imkan tanınması gerektiğine inanıyoruz. Yasaklı kelimeler kavramının ise başlı başına tartışmalı bir kavram olduğu ve dönem konjonktürüne uygun olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Türkiye'de bölücülük iddiası ile kapatma davasına konu olan partilerden tüzük ve programlarında üniter yapı karşılığı bulunan, hukuka aykırı eylemler gerçekleştiren ve teröre destek verenlerin kapatılmasını yerinde buluyor; bu kararların AİHM tarafından değerlendirilerek ihlal kararı verilmesini yerinde bulmuyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa'daki siyasi partiler bakımından terörü kınamamayı zımni destek olarak gördüğü halde Türkiye'de terörle ilişkili olduğu iddia edilen partilere yaklaşımının farklı olduğunu söylemek yer-siz olmayacaktır. AİHM'in verdiği her karara hukuki olarak katılmamakla birlikte Mahkeme'nin verdiği kararların bağlayıcılığı ve iç hukuka etkisinin göz ardı edilmemesi gerektiğine inanıyoruz. Mahkeme'nin verdiği kararlara, Sözleşme'ye taraf olan Türkiye'nin uyma yükümlülüğü hem Sözleşme'nin 46. maddesinden hem de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinden doğacaktır. Anayasanın ikinci maddesinde de belirtildiği üzere, hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nin, Anayasası'nın 90. maddesinde belirtilmiş olan usul ve esaslara göre uygun bulunan milletlerarası antlaşma niteliğinde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Yüksek Sözleşmeciler Taraf olarak Türkiye'nin, Mahkeme'nin verdiği kesinleşen kararlara uyması gerektiği ve iç hukuk bakımından etkiler doğuracağı benimsenmiştir.

KAYNAKÇA

Kitap

- Doğru, Osman. ve Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Karan Ulaş, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3*, Ankara, 2018.

Makale

- Ağırbaşı, Şennur. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101 (2012): 83-102.
- Akyazan, A. Emrah. “1982 Anayasası’na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 19, S. 65 (2006): 247-276.
- Akyel, Recai. “Türkiye’de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri”. *Uyuzmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 12 (2018): 115-154.
- Alpkaya, Gökçen. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 3 (2001): 1-18.
- Arıkan, Halil Volkan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı Işığında Refah Partisi Kararı: Bir İçtihat Değişikliği Mi?”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, (2004): 127-147.
- Bilir, Faruk. ve Aksan, Murat. “Siyasi Partilerin Kapatılması”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2 (2008): 3-43.
- Çelik, Can. “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Siyasi Partilerin Laiklik Karşıtı Eylemlerin Odağı Haline Gelmesi Sebebiyle Kapatılması Rejimi ve Refah Partisi Kararı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1 (2015): 113-150.
- Çelik, Demirhan Burak. “İHAM’ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Karar Üzerine”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 82 (2015): 23-66.
- Coşar, Vedat Ahsen, “Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (2009): 123-126.
- Ekinci Bezar, Eylem. “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 4 (2019): 753-794.
- Hazar, Zeynep. “Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1 (2018): 73-106.
- İhtiyaroğlu, Uğur. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin Yaklaşımı ve Refah Partisi Kapatma Kararı Özelinde Din ve Vicdan Hürriyeti”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1 (2021): 329-361.
- Kaplan, İbrahim. “Siyasi Partilerle İlgili Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkemeler”. *Tezrazi Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 23 (2008): 17-23.
- Kararmaz, Furkan. “Toplanma Hakkı ve Kolluk Tedbirleri İlişkisi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 127, (2016): 11-45.
- Koç, Emin. “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, (2009): 43-82.

- Koçak, Mustafa. “Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri”. *Anayasa Yargısı*, C. 22, S. 11 (2006): 115-132.
- Metin, Yüksel. ve Aslan, Gamze. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, C. 12, S. 3 (2007): 271-298.
- Metin, Yüksel. ve Dinler, Veysel. “İspanya’da Batasuna Partisi’nin Yasaklanması”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 20 (2008): 37-49.
- Özbey, Özcam. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 1 (2013): 93-146.
- Özgenç, İzzet. “Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2021): 373-431.
- Taşkın, Cankat. “Siyasi Partilerin Kapatılması”. *Bursa Barosu Dergisi*, C. 32, S. 84 (2008): 9-22.
- Topaloğlu, Ali. “Siyasi Parti Kapatma Davasında Yargılama Usulü”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 80 (2013): 24-33.
- Turhan, Mehmet. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3 (2002): 129-150.
- Yamaner, Melike Batur. ve Güngören, Birden. “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine İfade Özgürlüğü”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2 (2007): 25-46.
- Yokuş, Sevtap. “Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4 (2001): 107-128.

Yüksek Lisans Tezi

- Çelebi, Özge. *Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği)* (Yüksek Lisans Tezi), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Hamurcu, Onur. *Siyasi Parti Kapatma Kararlarında AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşım Tarzı* (Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Atıf Yapılan Kararlar

- AİHM, Demokratik Toplum Partisi ve Diğerleri / Türkiye, 12.01.2016, 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10, 37272/10.
- AİHM, Handyside / Birleşik Krallık, 07.12.1976, 5493/72.
- AİHM, Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya, 30.06.2009, 25803/04, 25817/04.
- AİHM, Özdep / Türkiye, 08.12.1999, 23885/94.
- AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye, 12.02.2003, 41340/98.
- AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri / Türkiye, 25.05.1998, 21237/93.
- AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi / Türkiye, 30.01.1998, 19392/92.
- AİHM, Yazar, Karataş, Aksoy ve Halkın Emek Partisi / Türkiye, 09.04.2002, 22723/93, 22724/93, 22725/93.

NIETZSCHE’NİN HUKUK ANLAYIŞI ÜZERİNE BİR İNCELEME(*)

Serdar KOÇAK(**)

Öz

Hukukun ve hukuk felsefesinin tarihi, felsefenin tarihinden bağımsız düşünülemez. Bu üç tarih alanında olan hemen her şey birbiri ile ilişkili olarak meydana gelmiş ve birbirini derinden etkilemiştir. Hukuk, temel ilkelerini hukuk felsefesinden alırken hukuk felsefesi de kavramlarını felsefeden devşirir. Dolayısıyla felsefe tarihinin önde gelen isimleri hem hukuk hem de hukuk felsefesi için büyük önem ve değer taşırlar. Nietzsche, her ne kadar hukuka ve hukuk felsefesine dair sistematik düşünceler ortaya koymamışsa da meseleye etraflıca bakıldığında hukuk ve hukuk felsefesi için kendisinden istifade edilebilecek değerli bir filozof olduğu görülmektedir. Bilhassa güncel hukuk ve siyaset krizi karşısında içine düşülen durumun vahameti karşısında Nietzsche gibi önemli bir düşünürün hukukun temel kavramlarına getirdiği tanımlar, bu alanda yaptığı kavram soykütükçülüğü ve bu kavramlar hakkında söyledikleri üzerinden hukuk felsefesine ve hukuka bir katkı sağlamanın imkânı da araştırmaya değerdir. Nietzsche, metinlerinde hukuk, hak, adalet, suç, ceza, iyi ve siyaset gibi hukuk bağlamı kavramlara defalarca değinmiş; hukuka olan alakasını bu kavramların ortaya çıkış hikayelerine, kökenlerine, farklı tarihlerde nasıl yorumlandıklarına, anlamlarının zamanla nasıl değişip durduğuna ve genel olarak tarihlerine duyduğu ilgiyi vurgulayarak göstermiştir. Yeterince dikkatli okunursa Nietzsche, hukuku ve onun temel kavramlarını defalarca tanımlamış ve hukukun felsefedeki yerini, diğer filozoflardan ayrı bir biçimde, son derece özgün bir bakış açısı ile tespit etmiştir. Bu çalışma felsefi bir bakış açısı ile filozofun hukuk anlayışını aramakla birlikte onun hukukun ve hukuk felsefesinin temel kavramlarına bakışını ortaya çıkarma amacı da gütmektedir. Nietzsche'nin hukuk üzerine söylediklerinin ve onun felsefi yöntemleri aracılığı ile hukuk hakkında söylenebileceklerin hukuk felsefesi tarihine işlenmesinin gerekliliği, bu çalışmanın ortaya çıkmasını olanaklı kılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Nietzsche, Hukuk, Hukuk Felsefesi, Hukuk Kavramları, Adalet.

AN INVESTIGATION ON NIETZSCHE’S CONCEPTION OF LAW

Abstract

The history of law and legal philosophy cannot be separated from the history of philosophy. Much of everything that happens in in these three fields of history, occurred in relation to each other and affected deeply with one another. While law obtains its basic principles from legal philosophy, legal philosophy draws its concepts from philosophy. Therefore, prominent figures in the history of philosophy are of great importance and value for both law and legal philosophy. Although Nietzsche did not put forth systematic thoughts on law and legal philosophy, after careful consideration he is a valuable philosopher who can benefit to law and legal philosophy. Especially if the gravity of the situation in the face of the current legal and political crisis can be seen sufficiently; the definitions brought by an important thinker as Nietzsche, to the basic concepts of law, the concept genealogy he made in this field, and the possibility of contribution to legal philosophy and the law itself through what he said about these concepts is worth investigating. Nietzsche has repeatedly referred to legal concepts such as law, right, justice, crime, punishment, good and politics in his texts. He

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.04.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 31.05.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1283311.

(**) Doktor Öğrencisi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe / Antalya, Türkiye.
E-posta: serdkocak@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3746-2842>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

showed his interest in law by emphasizing his interest in the origin narratives of these concepts, their etymologies, how they were interpreted in different periods of history, how their meanings have kept changing over historical timeline and their history in general. If read carefully enough, Nietzsche has defined law and its basic concepts many times and determined the place of law in philosophy with a very original point of view, different from other philosophers. This study aims to reveal the philosopher's conception of law from philosophical point of view and his thoughts about the basic concepts of law and legal philosophy. The necessity of processing what Nietzsche said on law and what can be said about law through his philosophical methods has made it possible for this study to be born.

Keywords

Nietzsche, Law, Legal Philosophy, Legal Notions, Justice.

Extended Abstract

The history of law and legal philosophy cannot be separated from the history of philosophy. Much of everything that happens in in these three fields of history, occurred in relation to each other and affected deeply with one another. While law obtains its basic principles from legal philosophy, legal philosophy draws its concepts from philosophy. Therefore, prominent figures in the history of philosophy are of great importance and value for both law and legal philosophy. Although Nietzsche did not put forth systematic thoughts on law and legal philosophy, after careful consideration he is a valuable philosopher who can benefit to law and legal philosophy. Especially if the gravity of the situation in the face of the current legal and political crisis can be seen sufficiently; the definitions brought by an important thinker as Nietzsche, to the basic concepts of law, the concept genealogy he made in this field, and the possibility of contribution to legal philosophy and the law itself through what he said about these concepts is worth investigating. Nietzsche has repeatedly referred to legal concepts such as law, right, justice, crime, punishment, good and politics in his texts. He showed his interest in law by emphasizing his interest in the origin narratives of these concepts, their etymologies, how they were interpreted in different periods of history, how their meanings have kept changing over historical timeline and their history in general. If read carefully enough, Nietzsche has defined law and its basic concepts many times and determined the place of law in philosophy with a very original point of view, different from other philosophers. This study aims to reveal the philosopher's conception of law from philosophical point of view and his thoughts about the basic concepts of law and legal philosophy. The necessity of processing what Nietzsche said on law and what can be said about law through his philosophical methods has made it possible for this study to be born.

Firstly, this study investigates how Nietzsche defines the main legal concepts, such as law and right, in his works. For Nietzsche, who did not directly address the fundamental problems of legal philosophy or try to define the basic concepts of law, the more significant concern lies in the fundamental biological and natural truth that transcends all concepts. These concepts, including law, are all products of language and culture in the first place. Nietzsche, naturally, would have known and acknowledged that capturing the definition of law through language and culture was impossible. However, his philosophy perceives the endeavor to explore instinctive, biological, and natural truths beyond concepts as a necessity of thought.

Regarding the question of what law encompasses, Nietzsche refutes the notion that law is an objective and universal reality. According to him, law is entirely a creation of mankind. The establishment of law came into existence through the imposition of power dynamics among individuals - or, in Nietzschean terms- through the will to power. It functions as a mechanism for the self-protection of society. The foundational elements of law are rooted in the concepts of crime, punishment, and sanction. Consequently, the primary objective of law in its historical context is to ensure societal peace by regulating this struggle for power. However, when considering the non-historical aspect - the dimension of what the law ought to be - Nietzsche's stance within the nature-culture conflict brought forth by modernity becomes evident. In this conflict, Nietzsche unequivocally denounces culture in favor of nature, consistently aligning himself with the natural. These central ideas in Nietzsche's philosophy are further explored and expounded upon through his definitions and explanations of concepts in the subsequent sections of the study.

GİRİŞ

Nietzsche, hukuk anlayışını ortaya koymak adına hukuk felsefesinin temel kavramlarına sistematik tanımlar getirmek için çabalamadığı gibi hukuk felsefesinin temel sorunları ile de doğrudan ilgilenmemiştir. Bunun yerine, Nietzsche'nin insanın davranışları ve bilhassa insanın kendisi ile ilgilendiği düşünülebilir. Hukuku tanımlamanın her türlü öncelikle insan davranışlarının tanımlanması ile mümkündür. Zira “insan nasıl davranmalı?” ya da “insanın hangi davranışları meşrudur?” soruları hukukun kendisini de en az ahlaki ilgilendirdiği kadar ilgilendirir. Tıpkı Nietzsche'de olduğu gibi, insan ve onun davranışları üzerine konuşmaya ve özellikle bunu iyi ve kötü kavramlarının soykütüğü üzerinden yapmaya çalıştığımızda aslında arka planda üzeri kapalı bir hukuk tarifi yapılıyor olduğu da görülecektir. İşte Nietzsche'nin metinlerinden de hukuk felsefesine ait temel kavramlar ve Nietzsche'nin bunlara yaptığı tarifler bu bakış açısı ile ortaya çıkarılabilir ve Nietzsche'nin hukuk anlayışı bu kavramlara getirdiği tanımlar üzerinden yorumlanabilir.

Hukuk felsefesinin temel kavramları nelerdir? Bu kavramların belirlenmesinde birçok öznel ölçüt kullanılabilir elbette. Ancak bu çalışma sınırlarında, Nietzsche bağlamında kalmak ve onun metinlerine olabildiğince fazla temas edebilmek amacıyla, onun en çok değindiği kavramlar ile hukuk felsefesi literatüründe sıkça tartışılan kavramların yaklaşık kesişim kümesini almanın tutarlı bir yaklaşım olacağı düşünülmüştür. Bu sebeple hukuk, hak, adalet, ceza, suç, iyi ve siyaset kavramları seçilmiştir. Nietzsche, kısa denilebilecek düşün hayatında bu kavramların her birine defalarca değinmiştir. Nietzsche'yi hukuk felsefesi bağlamında incelemek öncelikle Nietzsche'de bu kavramların arkeolojisini yapmakla mümkün olacaktır. Bunda muvaffak olabilmenin yolunun; Nietzsche'nin metinlerini hakikatli bir nakkaş detaycılığında taramanın yanında *hukukun soykütüğünü* araştırmaktan da geçtiği söylenebilir. Nietzsche'nin, kendinden sonra gelen ahlak felsefesi, epistemoloji, ontoloji, siyaset felsefesi ve sosyal teori gibi alanlarda derin izler bıraktığı, ayrıca dil felsefesi, zihin felsefesi, edebiyat felsefesi gibi felsefenin hemen hemen tüm alanlarında önemli etkileri olduğu, yakın dönem felsefe camiasında genel bir kanaat olarak bilinmektedir. Hukuk felsefesine bıraktığı etkiler ise daha derinde kaldığından açıkça görünmemektedir. Goodrich'in de belirttiği gibi¹, 20. yüzyılın geç dönemindeki hukuk tartışmalarında Nietzsche'nin ismi hem hiçbir yerdedir hem de her yerdedir. Bu tartışmalarda Nietzsche'nin ismi görünmeyen bir alandadır. Derrida, Foucault, Baudrillard, Irigaray ve Deleuze gibi filozofların metinlerinde adeta gömülü ve saklı haldedir.

Nietzsche'nin hukuk anlayışını araştırmaya başlamadan önce, hukuk idesine hem genel bir bakış atmak hem de Nietzsche'ci soykütükçü yaklaşım² ile ta-

¹ Goodrich, Peter and Valverde, Mariana. *Nietzsche and Legal Theory Half-Written Laws*, (New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2005), viii.

² İng. Philosophical genealogy.

rih sahnesinde hukuku aramak gerekirse; yazılı tarihi incelediğimizde, Antigone³ savaşta düşman safında ölen kardeşinin, kral tarafından gömülmesi yasaklanmış cesedini -Tanrıların isteği ve kuralı olduğu iddiası ile- kral emrine karşı gelmek pahasına gömdüğünden beridir hukukun ne anlama geldiği ve kaynağının ne olduğu tartışması *doğal hukukçular* ile *diğer hukukçular* arasında yapılagelmiştir. Daha üst düzey ve sofistike bir düzlemde her ne kadar böyle bir tartışma yapılıyor olsa da aydınlanma çağı gelene kadar tarihin büyük bölümünde, insanın kolektif zihninde hukuk denince anlaşılının, *doğal hukuk* olduğunu görüyoruz. Bu kaniya, siyasi tarihe ve özellikle hukuk tarihine kapsamlı bir bakış atarak ulaşılabilir. Aydınlanma sonrası bilhassa Napolyon Fransa'sında modern ulus kavramının icadı ile bugün bildiğimiz Avrupa'nın inşası da başlamış oldu. "Code Napoleon" adlı medeni kanun tedvini ile bir hukuk devrimi de meydana gelmiştir. Böylece hukuk bir kentin, mezhebin, eyaletin ya da bölgenin -geçmişin bilinmezliğinden birikerek gelen- güncel çok sesli sosyoloji ile uyumsuz, diğer bölgelerin çoğundan bağımsız, hükmettiği yerlerde ortak bir tutarlılığa sahip olmayan, son derece düzensiz ilke ve yasaları yerine bütün bir ulusun eşitçe uymakla yükümlü olduğu genel, özenle tasnif ve tedvin edilmiş, herkese açık şekilde *ortada olan* yasalar haline gelmiştir. Zaten, pozitivizmin kökü olan "pozitif" sözcüğü kökensel olarak Latince "*ponere*" sözcüğünden gelir⁴ ve birebir Türkçe karşılığı "ortada olan" demektir. Hukuki pozitivism, genel olarak Hume⁵ ve Kant'ın epistemolojisi⁶ ve Comte'un pozitivist felsefesinin ardından Napolyon Fransa'sındaki hukuk bilimi gelişmelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁷. Hukuki pozitivism buradaki öncülü Tefsirci Hukuk Okuludur⁸. Tefsirci Okuldan önce hukuk büyük oranda doğal hukuktan ibaretti. Napolyon Fransa'sında tarihte ilk defa modern anlamıyla tedvin edilen medeni kanun, şu büyük problemi ortaya çıkardı: yargıçlar kararlarını, yüzyıllardır yaptıkları gibi doğal haklara ve doğal hukuka -diğer bir deyişle akıllarına işli olduğunu düşündükleri adalet duygusuna- göre mi verecekler yoksa kararlar zaten sistemli olarak tedvin edilmiş kanunların açıklanması ve tefsir edilmesinden mi ibaret olacak? Tefsirci Okulun, geçmişin doğal hukukunu reddetmesi ve yürürlükteki kanunların hukukun en üst düzey hali olduğunu iddia etmesi ile hukuki pozitivismin yolu açılmıştır⁹.

³ Antigone, M.Ö. 5. Yüzyılda yaşamış Atinalı tragedya yazarı Sofokles'in eserinde geçen bir karakterdir. Bu eserin bir bölümünde Antigone karakterinin sözleri, hukukun kaynağının ne olduğu hakkındaki meşhur felsefi tartışmanın en eski örneklerinden birini oluşturur (Sofokles. *Antigone*, Çev. Sabahattin Ali, (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2005), 12-13.

⁴ Hoad, T. F. *The Concise Oxford Dictionary of English Etymology*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), 363.

⁵ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence an Introduction to Legal Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 78.

⁶ Keyman, S. "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35 (1978), 40.

⁷ Keyman, "Hukuki Pozitivizm", 20.

⁸ Keyman, "Hukuki Pozitivizm", 20-21.

⁹ Keyman, "Hukuki Pozitivizm", 21.

Hukukun ahlaktan beri olduğu/olması gerektiğini savunan hukuki pozitivizm öğretisi 20. yüzyılın önemli hukuki pozitivizm savunucularından olan Herbert Hart'a kadar hukuku egemenin emrine indirgeyen bir anlayışı savunagelmıştır¹⁰; Hart, bu probleme "tanıma kuralı"¹¹ ile çözüm bulmayı önerdi. Doğal hukukun merkez düşünürü diyebileceğimiz Thomas Aquinas ve hukuki pozitivizm kuramının modern kurucusu John Austin'in hukuk için yaptıkları tanımları incelediğimizde; bu iki tarif arasındaki temel farkın ustan ziyade güç kavramına dayandığını görmemiz kaçınılmazdır. "Doğal olan usun buyruğu olarak hukuk" ile "daha güçlüünün koyduğu kurallar olarak hukuk" tarifleri arasındaki çatışma, hukukun kaynağının ne olduğu ve ne olması gerektiği probleminin bir neticesidir. Bu problem hukuk felsefesinin tam olarak merkezinde yer alır. Meşhur Dreyfus Davasından¹² Nazi subayı Adolf Eichmann¹³'in yargılanmasına kadar hukuk tarihinin ana hatları bu problemin çerperindeki tartışmalardan beslenerek gelişmiştir. *Radbruch Formülü*¹⁴ katlanılmaz derecede adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarması halinde yasanın uygulanmamasının haklılığını savunarak bu problemi bir çözüm düzlemine oturtmaya çalışır¹⁵. *Hart- Dworkin Tartışması*¹⁶ hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki bu çatışmanın yirminci yüzyılın ikinci yarısını baştan sona kaplayan uzun soluklu bir temsili gibidir¹⁷.

Hukukun mitos ve sözlü/yazılı edebiyat aracılığı anlaşıldığı eski çağlardan itibaren hukukun din aracılığı ile anlaşıldığı teolojik hukuk anlayışlarına; hukukun akıl, mantık, tarih, sosyoloji, pozitivizm, bilim, sosyal bilim, hukuk bilimi veya hukuk felsefesi aracılığıyla anlaşılmaya çalışıldığı yakın çağlara kadar hukukun anlamının tarihini incelediğimizde bir bakıma hukuk, din, akıl ve ahlak

¹⁰ Wacks, *Understanding Jurisprudence an Introduction to Legal Theory*, 80.

¹¹ İng. "Rule of recognition": Herbert Hart'a göre tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki kuralların ne olduğunu belirler ve geçerlilik kriteri oluşturur. Hukuk, tanıma kuralı ile belirlenen birincil ve ikincil kuralların birliğidir. Normlar hiyerarşisinde ana normun belirleyicisidir ve yasal meşruiyetin nihai kaynağıdır. (Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, (New York: Oxford University Press, Second Edition, 1994), 100.

¹² Émile Zola 13 Ocak 1898 tarihli "J'Accuse...! (Suçluyorum...!) başlıklı mektubu ile hukuk idealini ve hukuk-devlet ilişkisini tarih sahnesinde başka bir merhaleye taşır.

¹³ Hannah Arendt'in "Kötülüğün Sıradanlığı: Eichmann Kudüs'te" başlıklı eserinde ele aldığı kişi. Bu eserinde Arendt, Yahudi Katliamında görev alırken pozitif hukuku yani yürürlükteki kanunları uyguladığı savı ile suçsuzluğunu iddia eden Nazi Subayının savaş sonrası Kudüs'te görülen davası üzerinden hukuk kavramını tartışır.

¹⁴ Gustav Radbruch'un 1946 tarihli bir makalesinde formüle ettiği hukuk anlayışı (Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", Translated by B. L. Paulson and S. L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, Spring, (2006), 10-11.

¹⁵ Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", 10-11.

¹⁶ Hukuki Pozitivizmin eleştirel bir halini savunan H. L. A. Hart ile doğal hukukun 20. yy. temsilcisi sayılabilecek Ronald Dworkin ve mezkûr filozofların takipçileri arasında yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren süregelen tartışmalardır.

¹⁷ Scott J. Shapiro, (2007). "The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed" *University of Michigan Public Law Working Paper No. 77*, (2007): 1.

arasındaki ilişkinin felsefi tarihine de girmiş oluruz. Bütün bunlar Nietzsche metinlerinin süzgecinden geçirilerek yapıldığında ise şunu söylemek mümkündür: hukukun ahlaktan mı doğduğu yoksa ahlakın hukuk ile ilişkisinin sadece tarihsellikten mi ibaret olduğu sorununu aşabildiğimizde daha Nietzsche'ci bir sahaya geçilmiş olur. Bugüne kadarki bütün büyük felsefelerin aslında; hakikate ait savlarla desteklenmiş kişisel itiraflar ve hatıralar olduğunu söyleyen; metafiziğin (dolayısıyla da o güne kadarki felsefenin) mezar kazıcısı olarak Nietzsche için felsefenin kendisi bir yanılgılar yumağından ibarettir. Onun perspektivist (*bakış açısı*) yaklaşımı ile kişiler aynı toplumda yaşasalar dahi “ahlak yok ahlaklar var” denilebilmektedir. Oysa benzer şekilde aynı rejim içinde birbirleri ile hukuki işlemler yapmak zorunda kalan bir toplum için “hukuk yok hukuklar var” dendiği zaman büyük sorunlar ortaya çıkacaktır. Çünkü yasalar önünde, birbirleri ile hukuki işlem yapmak zorunda kalan aynı rejimin her bireyinin eşit hakka, ödev ve fırsata sahip olduğu; o ideal hukuk düzenini inşa etmek olanaksızlaşacaktır. Şu hâlde hukukun yeniden tarifinde Nietzsche'nin perspektivist felsefesinden yararlanamıyorsak başka hangi yaklaşımlarını kullanabiliriz? Nietzsche'nin us-talıkla yetkinleştirdiği felsefi soykütükcü yaklaşım (*philosophical genealogy*) bu meselede faydalı bir yöntem olabilir. Çünkü Nietzsche, kavramların doğuş anını betimlemek ve kavramların soykütüğünü çıkarmak ile ilgili oldukça özgün yaklaşımlar ortaya koymuştur. Bununla birlikte kimi yazarlarca¹⁸ Nietzsche'nin temel felsefesi olarak tarif edilen *güç istencinin*¹⁹ hukuk felsefesi düzlemine yatırılması ile insanın adalet istencini ve hukuk istencini tartışmak hukuka yeni açılımlar ve yeni ufuklara gözcü niteliğinde yeni pencereler getirebilir. Bu, sorgulanmaya ve araştırılmaya değer konuların tümü Nietzsche'nin sağaltımı yoğun metinlerinin içinde gömülü halde gün ışığına çıkacağı günü beklemektedir.

I. HAK VE HUKUK KAVRAMLARI

Hukuk kavramının tanımlanması ile ilgili olarak Kant'ın kendi çağı için söylemiş olduğu “henüz tüm hukukçular tarafından üzerinde mutabık kalınmış bir hukuk tanımı bulunamamıştır” sözü²⁰ bugün dahi geçerliliğini korumaktadır. Zira hukuk halen birçok farklı biçimde tanımlanmaktadır ve hukukun tanımında bir mutabakata ulaşılamamıştır. Felsefe tarihini incelediğimizde hemen hemen bütün büyük filozofların hukuku tanımlamaya giriştiğini görürüz; bunlardan biri de Nietzsche'dir. Hatta Nietzsche, metinlerinde hukuku bir defa değil defalarca tanımlamıştır. Nietzsche'ye göre hukukun anlamı çağlara göre değişir. Mesela

¹⁸ Georges Bataille, *Nietzsche Üzerine*. Çev., Mukadder Yakupoğlu, (İstanbul: Kabalcı Yayınevi, 2000), 15. ve William Planck, *Nietzsche ve Varlık*, Çev. Cem Kılıçarslan, (İstanbul: Mitra Yayınları, 2012), 15.

¹⁹ Almancası ile “*der wille zur macht*”.

²⁰ Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Dersleri*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), 101.

kendi yüzyılımı önceki yüzyıllardan ayırarak bir hukuk tarifi yapar. Ona göre 19. yüzyılımın insanları kendisini kabul ettirmek için bir güce yaslanmayan bir hukuka inanmaz; onun çağının insanlarına göre her türden hak bir fetihtir²¹. Nietzsche'ye göre -tıpkı evlilik, iş, meslek, vatan ve aile gibi- hukuk da ahlaklılığın doğurmuş olduğu şeyler gibi görünür oysa burjuva düzenlerinin boyaması olan ikiyüzlü görünüşlerden başka bir şey değildir²².

Nietzsche'nin, hukuku ve hakkı tanımlamada ana hukuk felsefesi ekollerinden hangisine yakın olduğunu sorgulamadan önce hak ve hukuk kavramları ile bu kavramların Nietzsche'nin orijinal Almanca metinlerindeki kullanımını araştırmak yerinde olacaktır. Türkçedeki yolculuğuna hakkın çoğulu olarak başlayan hukukun bugün itibari ile dilde geldiği nokta bu kavramların İngilizcedeki durumlarına bir miktar benzerlik ile bir miktar da farklılık gösterir zira İngilizcede hukuk hakkın çoğulu değildir. Hukuk ve hak kavramları; İngilizce²³ ve Türkçe'nin aksine tıpkı Fransızcadaki *droit* sözcüğünde olduğu gibi Almancada da tek bir sözcük ile ifade edilir²⁴: *recht*. Nietzsche, hukuk/hak kavramını *İnsanca Pek İnsanca* adlı yapıtında "keyfi hukuk gerekli" başlığı altında pozitivist denebilecek biçimde ele alır. Burada hukuku, o bilindik alaycı ve küçümseyici üslubu ile "keyfi hukuk"²⁵ şeklinde ifade ettikten sonra; gelinen nokta itibari ile hukukun ancak emredilmiş zorlamadan ibaret olabileceğini, gelenekten beslenen hukuk duygusunun yok olmaya yüz tuttuğunu dolayısıyla keyfi bir hukuk dayatması ile karşı karşıya kalındığını söyler²⁶. Burada gelenekten gelen hukuk anlayışı ile kastedilenin ahlaka dayalı bir doğal hukuk türü olduğu açıktır; Platon, Aquinas, Locke, Rousseau, Marsile De Padoue ve Leo Strauss gibi doğal hukuk öğretmenlerinin aksine Nietzsche'nin, hukuku ve hakkı ussal ya da metafizik bir temele dayandırmadığını anlıyoruz. Zaten hem usun kavramsal tarihteki yeri ile hem de metafiziğin her türlü ile bir tür savaşım halinde olan Nietzsche'den beklenmesi gereken yaklaşım da bu olurdu.

Nietzsche'nin hukuk tanımlarından bir diğeri son derece realist ve materyalist durur ve hatta sosyalistlerin hukuk tariflerini andırır: temelinde gasp ve kaba kuvvet olmayan hiçbir hukuk yoktur²⁷. Nietzsche'nin hukukun amacına dair fikirlerine *Ahlakın Soykütüğünde* deendiğini görürüz. O, ahlak soykütükçüleri

²¹ Friedrich W. Nietzsche, *Güç İstenci*. Çev., Sedat Umran. (İstanbul: Birey Yayıncılık, 2002), 80.

²² Nietzsche, "Güç İstenci", 171.

²³ İngilizcede hukuk "law" ve hak da "right" sözcüklerine tekabül eder.

²⁴ Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, 2008), 1-2.

²⁵ Almanca "Willkürliches Recht".

²⁶ Friedrich W. Nietzsche, *İnsanca Pek İnsanca 1*. Çev., Mustafa Tüzel. (İstanbul: İthaki Yayınları, 2007), 301.

²⁷ Friedrich W. Nietzsche, *Yazılmamış Beş Kitap İçin Beş Önsöz*. Çev. G. Aytaç, (İstanbul: Say Yayınları, 2005), 23.

diye nitelendirdiği düşünürleri hukuka amaç atfetmeleri ve özellikle bunu oldukça yanlış biçimde yapıyor olmaları nedeniyle eleştirir. Ahlak soykütükçüleri hukukun insanlar tarafından bir amaç uğruna yaratıldığını iddia ederken; Nietzsche buna karşı çıkar ve insanlık tarihinde hukukun nasıl ortaya çıktığına ulaşmak için hukuka önce bir amaç atfetmenin ve sonra da hukukun bu amaç doğrultusunda ortaya çıktığını söylemenin derin bir yanlışlığı olduğunu belirtir. Zira bir şeyin oluşum nedeni ile o şeyin son yararlılığı, fiili kullanımı ve tarih boyunca bir amaçlar silsilesi içindeki konumu birbirinden bütünüyle ayrıdır. Misal hukuk herhangi bir nedenden ötürü ortaya çıkmış olabilir ancak zaman içinde bambaşka amaçlar için kullanılıyor olabilir. Ve tarih içinde sürekli yeniden yorumlanarak bambaşka amaçları hedefleyebilir. Nietzsche, söz konusu metnin bu bölümünde hukukun kökenini tartışır ve şunu belirtir: canlılar aleminde oluşan her şey bir boyun eğdirme, bir efendi olma amacı taşır. Dolayısıyla, Nietzsche'nin hukukun oluşumu ve hukukun kökeni için de buna paralel düşündüğünü varsayabiliriz: yani Nietzsche'ye göre hukuk bir boyun eğdirme ve efendi olma faaliyetinin sonucu ortaya çıkmıştır²⁸.

İnsanın hukuka boyun eğişi, diğer bir deyişle hukukun hükümlerliliğinin tesisi ise çok daha sancılı bir sürecin sonucudur. Nietzsche'ye göre, insanların hukukun sağlanması için kendi kan davalarından, öçlerinden vazgeçmeleri gerekmiştir. Bununla birlikte insanlığın tarihinde hukuk uzunca bir süre yasaklanmış bir şeydi; bir *vetitum*²⁹ idi. Ancak zamanla geleneği ve töreyi alt ederek insan üzerinde hükümlerliliğini ilan etti³⁰. Nietzsche'nin bu ifadesinden anladığımız kadarıyla, hukukun insan üzerinde kurduğu hakimiyet, insanın o vakte kadarki süreçte töre, gelenek ve görenek ile büyüttüğü ahlak organını -ya da vicdanını- ağrı ile doldurmuştur. Nietzsche, töre/görenek ahlakının hüküm sürdüğü tarih öncesine değinir ve insanlığın karakterinin de -bilgisine ulaşamayacağımız- bu dönemde oluştuğunu söyler. Trajik çağ dediği, delilik ile ilahiliğin eş tutulduğu Sokrates öncesi tragedyalar döneminde ise insan, acı çekmeyi, zalimliği, aldatmayı, öcü ve akli yadsımayı bir tür erdem olarak görmüştür. Buna karşın insan refah, bilme istenci ve merhameti tehlike olarak görmüş; merhamet görme ve çalışkanlığı ise adeta hakaret saymıştır.

Ulpianus'un o meşhur buyruğuna, yani *herkese hakkını ver* sözüne gönderme yapan Nietzsche, bu buyruğa cevabını Zerdüşt'ün ağzından şu şekilde verir³¹: “Nasıl herkese hakkını verebilirim ki! Şu bana yetsin: herkese kendi hakkımı veririm.” İnsan için tepeden tırnağa doğru olmanın olanaksızlığını vurgulayan

²⁸ Friedrich W. Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü*. Çev., Zeynep Alangoya, (İstanbul: Kabalıcı Yayınları, 2011), 81.

²⁹ Latince “yasaklanmış olan”.

³⁰ Nietzsche, “Ahlakın Soykütüğü”, 129.

³¹ Friedrich W. Nietzsche, *Böyle Buyurdu Zerdüşt*. Çev. Turan Oflazoğlu. (İstanbul: Bilgi Yayınları, 1964), 86.

Nietzsche için bölüşülen haksızlık yarım haktır³². Eski Roma'nın o meşhur sözü, *ubi jus, ibi remedium*³³, Nietzsche'de ters yüz olur zira Nietzsche'ye göre hukuku buyuran metinler tarihin büyük bölümünde hep aynı yolla üretilmiştir: uzun yüzyılların deneyimi, hikayeleri, kurnazlığı, kurnazlıkla başa çıkan akli ve deneme yanılma yoluyla oluşmuş aklın prensipleri. Ve bir halkın gelişmesinin bir aşamasında o halkın -geçmiş ve geleceği en iyi okuyan- sınıfı bu metinleri oluşturarak yaşamda uyulması gereken ve ancak ona uyarak yaşanabilecek deneyimin hukuka dönüşümünü olmuş bitmiş ilan eder. Daha sonra buna karşı önce inanç, sonra da gelenek duvarı ile bu olmuş bitmişliğin değiştirilmesinin önü kapanmış olur³⁴. Başka bir *levha parçalayıcısı* gelip de yeni birikimi bambaşka bir hukuka dönüştürene kadar bu süreç devam eder. Dolayısıyla bu noktada hukuk, çözüm değil soruna dönüşür. Nietzsche bu döngüyü eleştirir ve bu nedenle de Roma'nın o meşhur sözüne karşılık Nietzsche'nin bakış açısı ile şu söylenebilir: çözümün olduğu yerde hukuk var olabilir.

Nietzsche'nin felsefesi ile hukuki realizm arasındaki ilişkiyi inceleyen Diener³⁵, onun hukuk anlayışının hukuki realizm olduğu yönünde üç argüman öne sürer. Bunlardan ilki, Nietzsche'ye ait güç istenci kavramının hukuki realizmin felsefesine uyduğu yönündedir. İkinci iddia, üstinsan ve efendi-köle ahlaki konseptlerinin hukuki realizmi desteklediği şeklindedir. Son iddia ise Nietzsche'ci devlet anlayışının hukuki realizm ile uygunluk gösterdiği. Edgar Bodenheimer ise Nietzsche'nin hukuk anlayışını "*Hukuki Nihilizm*" şeklinde tanımlamaktadır³⁶. Ona göre toplumsal bir kurum olarak hukuka olan inancın erozyona uğraması, Nietzsche'nin felsefesini hukuki nihilizm olarak tanımlamayı haklı çıkarır. Fakat her iki iddiaya da Nietzsche'ci bir yanıt vermek gerekirse Yovel'in, Nietzsche'nin üstinsan kavramı üzerinden bir hukuk felsefesi problemi olarak ortaya çıkardığı³⁷ bir soruyu sorabiliriz: hukuk üstinsan için nasıl görünürdü? Nietzsche'nin üstinsan kavramında, realist ya da nihilist bir yan yoktur. İnsanlığa yer yüzünün anlamı olarak bir üstinsan ideali armağan ettiğini düşünen Nietzsche³⁸, *olan hukuku* daha önce bahsedildiği üzere çeşitli biçimlerde tanımlamıştır; Nietzsche'ci anlayışta *olması gereken hukukun* ise üstinsan kavramının üzerinden inşa edilmesi lazımdır.

³² Nietzsche, "Böyle Buyurdu Zerdüş", 83.

³³ Latince "Hukukun olduğu yerde çözüm de vardır".

³⁴ Friedrich W. Nietzsche, *Deccal*. Çev. Oruç Aruoba, (İstanbul: İthaki Yayınları, 2008), 85-86.

³⁵ Keith W. A Diener, "Nietzschean Justification of Legal Realism", *The Open Ethics Journal*, 7 (2013), 5-8.

³⁶ Friedrich Balke, "From a Biopolitical Point of View: Nietzsche's Philosophy of Crime", *Nietzsche and Legal Theory Half Written Laws*, Edited by Peter Goodrich and Mariana Valverde, (2006), 51.

³⁷ Jonathan Yovel, "Gay Science as Law: An Outline for a Nietzschean Jurisprudence", *Nietzsche and Legal Theory Half Written Laws*, Edited by Peter Goodrich, and Mariana Valverde, (2006), 23.

³⁸ Nietzsche, Böyle Buyurdu Zerdüş, 30.

Nietzsche'nin hukuk anlayışını daha derinlemesine inceleyebilmek için, onun felsefeye kazandırdığı³⁹ *soykütükçü düşünme yaklaşımını* irdelemek gerekir. Yovel'in de gayet anlaşılır biçimde belirttiği üzere⁴⁰, Nietzsche, soyut bir anlamı ararken Sokrates gibi "x nedir?" diye sormaz. "Güzellik nedir, iyi nedir ya da hukuk nedir" Nietzsche için eksik sorulardır. O, sorularını şöyle sorar: Bana göre x nedir? Güçlü bir insana göre iyi nedir? *Sürü insanına*⁴¹ göre hukuk nedir? Yani her sorunun bir perspektifi vardır; bir "göre"si olmalıdır. Ve tarihin her dönemi farklı perspektifler ve "göre"ler barındırır kendinde. Dolayısıyla soyut kavramların tarihi, o kavramların görelidir. Ve bir kavramın anlamına ulaşabilmek için bütün bu tarihi, farklı perspektifler üzerinden incelemek gerekir, yani felsefi soykütükçülük (felsefi jeneoloji) yapmak gereklidir. Bu nedenle, Nietzsche'ci anlamda hukukun gerçek anlamına yaklaşabilmenin yolu, hukukun soykütüğünü çıkarmaktır. Tıpkı Nietzsche'nin *Ahlakın Soykütüğünde* yaptığı gibi; dilbilim, kökenbilim, antropoloji, dil felsefesi⁴², dilci felsefe⁴³, siyasal, felsefi, teolojik ve sosyal tarih ile edebiyat tarihi bu soykütük çıkarma işleminde faydalı aygıtlardır.

II. ADALET KAVRAMI

Nietzsche, adalet⁴⁴ kavramını hukuk felsefesine uygun bağlamda *Ahlakın Soykütüğünde*⁴⁵ ve *İnsanca Pek İnsancada*⁴⁶ ele alır; buna göre denge tüm hukukun koşuludur, birbirlerine aşağı yukarı eşit güçlerin denkleğinden de adalet doğar. Nietzsche aynı eserde adalet kavramının ortaya çıkışına dair bir tespit de bulunur ve yine benzer bir şekilde adaleti birbirlerine aşağı yukarı eş güçte olanların birbirleriyle uzlaşmak, bir tazminat yoluyla yeniden anlaşmak için gösterdikleri iyi niyet ve daha az güçlü olanların ise kendi aralarında bir uzlaşmaya zorlanması olarak tanımlamıştır⁴⁷. Etrafıca düşünülerek bakıldığında Nietzsche'nin adalet tariflerinde merkez kavramın "güç" kavramı olduğunu görürüz. Güçler arasındaki ilişkiler aracılığı ile tanımladığı adaletin çok kolay biçimde öce dönüşebilirliğine vurgu yapar ve aslında birçok yerde adına adalet denen şeyin yaldızının kazanması ile altına saklı oç kavramının ortaya çıkacağını belirtir⁴⁸. Kendisinden bir önceki neslin önemli düşünürlerinden Dühring'in, adaletin anayurdu nu tepkisel duygular alanında aramak gerektiğine dair düşüncesinin karşısına şu

³⁹ Yovel "Gay Science as Law: An Outline for a Nietzschean Jurisprudence", 6.

⁴⁰ Yovel, "Gay Science as Law: An Outline for a Nietzschean Jurisprudence", 26.

⁴¹ Sürü insanı: Nietzsche'nin üretimi bir kavram. Kendi değerlerini yaratamayan, bireysel özgürlüğünü ve düşüncelerini daha üstün bireylerin zihinlerine endekslemiş insanlar.

⁴² İng. Philosophy of language.

⁴³ İng. Linguistic philosophy.

⁴⁴ Nietzsche'nin orijinal Almanca metninde "Gerechtigkeit" şeklinde geçen kavram.

⁴⁵ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 12.

⁴⁶ Nietzsche, "İnsanca Pek İnsanca 1", 89.

⁴⁷ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 73.

⁴⁸ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 87.

fikri koyar: adalet tininin en son fethettiği alan tepkisel duygular alanıdır⁴⁹. J. S. Mill ise adaletin çeşitli dillerdeki etimolojisi üzerinden fayda prensibi aracılığı ile doğru ve fayda kavramları üzerinden bir senteze girişmiştir⁵⁰. Ve Nietzsche'ninki Mill'in belirlemeye çalıştığı'nın tersi yönde bir düşüncedir: ona göre, bin yıllardır Tanrının adaleti denilen şey dahi intikamdan ibarettir⁵¹.

Nietzsche'nin adalet kavramına bakış açısı son derece fizyolojik, biyolojik, seküler ve materyalisttir. Ona göre adalet, bir güç üstünlüğünün bulunmadığı ve başarısız bir savaşın karşılıklı zararlar vereceği yerde, anlaşma ve tarafların karşılıklı taleplerini pazarlık etme, yani bir tür sözleşme düşüncesinden doğar. İnsanlığın değerleri, kavramları ve imgeleri henüz yaratmaya başladığı bir çağda adalet kavramı bir takas işleminden doğmuştur: her iki taraf, kendilerinin ötekinden daha fazla değer verdiği şeyi alarak, karşı tarafı memnun eder. Yani adalet köken olarak bir misilleme ve takastan ibarettir; bununla birlikte hem şükran hem de intikam adalete ait duygulardır⁵². Binlerce yıldır insanda, bencillik içermeyen eylemlerin adil eylemler olduğu görüntüsü oluşmuştur ve adalet de kendisine biçilen yüksek değeri işte bu görüntüden alır. Oysa bu eylemlerin başlangıçtaki -bu eylemler ilk ortaya çıktığı zamandaki- amaçları bambaşkadır.

Böyle Buyurdu Zerdüşt'ün "erdemliler üzerine" başlıklı bölümünde⁵³ Türkçeye genelde "haklı öç" diye çevrilen ve orijinal Almanca metinde⁵⁴ "Rache in der Gerechtigkeit" şeklinde geçen ifade "öç" anlamına gelen rache ve "adalet" anlamına gelen gerechtigkeit sözcüklerinden oluşur. Burada Nietzsche, Zerdüşt'ün ağzından "öç amaçlı adalet" demekten bıkmayı öğütler. Öç amaçlı adaletin kendisi yerine dile getirilmesinden bıkmayı öğütlemesinin gerekçesi üzerine düşününce aslında öç amaçlı adaletin kendisinin yapmacık olduğunu; daha doğru bir deyişle insan doğasından başka olduğunu görürüz. Ya da adalet ile öç kelimelerinin bir araya gelişi bir tür oksimorondur: öcün olduğu yerde adalet olmaz. Nietzsche'nin aynı metinde annenin çocuğuna olan karşılıksız sevgisinden; yani içgüdüden bahsedişine bakılırsa kendisi, adaletin bir tür içgüdü gibi çalışması gerektiğini düşünmektedir. Adalet ancak her türlü öç ve çıkardan beri olduğunda hakikate yaklaşabilir.

III. CEZA KAVRAMI

Nietzsche, cezanın⁵⁵ ne özünde ne de kökeninde caydırıcı bir işlevin yer aldığı, bu işlevin cezaya belirli şartlar altında sonradan eklenmeye çalışıldığını

⁴⁹ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 87.

⁵⁰ John Stuart Mill, *Utilitarianism*, (Batoche Books Kitchener. 2001), 46.

⁵¹ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 67.

⁵² Nietzsche, "İnsanca Pek İnsanca 1", 89.

⁵³ Nietzsche, "Böyle Buyurdu Zerdüşt", 112.

⁵⁴ Friedrich W. Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*. (The Project Gutenberg, 2003), 73.

⁵⁵ Nietzsche'nin orijinal Almanca metninde "Strafe" şeklinde geçen kavram.

iddia eder⁵⁶. Cezanın tarihine bakıldığında, Nietzsche'ye göre ceza, geçmiş tarih boyunca yalnızca öç alma amacıyla uygulanmıştır ve o, suçlunun başka türlü davranma ihtimali olmasına rağmen kabahatli davranarak cezayı hak ettiği fikrinin insanlık için çok yeni olduğunu düşünür⁵⁷. Ahlak soykütükçüleri olarak tanımladığı düşünürlerin cezanın tarihte bir amaç uğruna uygulandığı iddialarını eleştirir: cezada bir *causa fiendi*⁵⁸ olmadığını söyler. Günümüzde, ceza hukukuna hâkim olan ilkelere baktığımızda, cezalandırmanın amacı konusunda Roma Hukukundan gelen hukuk düzenlerinin birçoğunda ceza, caydırma ve ıslah amacı taşır; öç alma yasaktır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan öç alma yasağının nedenlerinin sorgulanması gibi hukukun temel ilkelerinin ortaya çıkış sebepleri ve genel olarak nedenlerini sorgulamaya başladığımızda doğrudan hukuk felsefesinin alanına da girmiş oluruz. Hobbes'un Leviathan adlı eserinde de bahsettiği⁵⁹ öç alma yasağı neden ortaya çıkmış olabilir ve Nietzsche'nin insan-daki intikam duygusu ile olan mücadelesi bunun neresindedir?

Öyle görülüyor ki cezalandırma tekelinin devletin eline geçmesi ve bilhassa modern devletin oluşumu ile ceza hukukunda öç alma kaybolmuştur. Keza kanunilik ilkesi olarak bilinen, Roma çağındaki Latince ifadesi ile *nula poena sine lege*⁶⁰ yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 2. maddesinde de yer alır ve cezalandırmayı *öç alma* güdüsünden arındırır. Buna göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. J. S. Mill tarafından kuramsallaştırılan fayda prensibinin bugünkü uygulamalarda cezalandırmanın amacı bakımından temel ilke olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: cezalandırmada maksimum fayda aranır⁶¹. Nietzsche, öç alma üzerine en etkili düşüncelerini *Böyle Buyurdu Zerdüş'te* sunar. İnsanın öçten kurtulmasının en yüksek umuda köprü ve uzun fırtınalardan sonraki gökkuşağı olduğunu söyler⁶². Kendini zaman zaman bir psikolog -hatta filozoflar içinde ilk psikolog⁶³- olarak tanımlayan Nietzsche'nin hukuk üzerine konuşurken suç, ceza gibi soyut felsefi kavramlarla intikam ve hınc gibi duygusal ve davranışsal kavramlar arasında ilişki kurması kaçınılmazdır⁶⁴.

Nietzsche, cezanın diğer -akışkan olan- öğesinin "anlam" olduğuna dikkat çeker ve o günkü Avrupa'da bunu anlamdan ziyade anlamlar birleşimi olarak görmenin gerekliliğini vurgular⁶⁵. Ceza, tarihi boyunca birçok amaca alet edilmiştir; bu tarihi

⁵⁶ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 12.

⁵⁷ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 64.

⁵⁸ Latince "asıl neden".

⁵⁹ Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2007), 112.

⁶⁰ Latince "kanunsuz suç ve ceza olmaz".

⁶¹ Mill, "Utilitarianism", 103.

⁶² Nietzsche, "Böyle Buyurdu Zerdüş'te", 117.

⁶³ Friedrich W. Nietzsche, Ecce Homo, Çev. Can Alkor (İstanbul: İthaki Yayınları, 2006), 119.

⁶⁴ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 85.

⁶⁵ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 84.

ortaya çıkarması ise oldukça zordur. Cezanın nedenini söyleyebilmek olanaksızdır; bunca çetrefilli bir tarihi olan bir kavramı tanımlamak da olanaksızlaşmıştır. Cezanın amaçsal anlamda birçok tipi vardır: zararsız kılma amaçlı ceza, daha fazla zararı önleme amaçlı ceza, bir duygu bozukluğunun yayılımını önlemek amacıyla yalıtım olarak ceza, korku salmak amaçlı ceza, suçlunun o zamana kadar nasıplendiği nimetlerin bedeli olarak ceza, yozlaşmaya yüz tutmuş bir öğenin elenmesi olarak ceza, şenlik olarak ceza, bellek oluşturma amaçlı ceza, suçluya ya da infazı izleyenlere ıslah amaçlı ceza, suçluyu mağdurun taşkın bir intikamından korumak için ceza, öcün doğal hali ile bir uzlaşma olarak ceza, iktidarın düşmanına karşı bir savaş ilanı ve alınan bir savaş önlemi olarak ceza. Nietzsche, cezanın yararlarını bu şekilde listeledikten sonra ceza alan suçlunun vicdan azabı çekerek pişmanlık yaşayacağına dair genel kanıya saldırır: gerçek vicdan azabının özellikle de suçlular ve mahkumlar arasında son derece az rastlanan bir şey olduğunu iddia eder. Ceza, insanda -ve aynı zamanda hayvanda da- korkuyu artırır, zekayı keskinleştirir ve arzulara hâkim olmayı sağlar. Nietzsche'ye göre ceza insanı elbette ehlileştirir ama asla daha iyi yapmaz⁶⁶.

IV. SUÇ KAVRAMI

Almanca "schuld" olan suç kavramına yine *Ahlakın Soykütüğü*nde, Almanca aynı kökten gelen *schulden* (borç) kavramı ile bir arada değinir. Ahlak soykütükçülerine hitaben suçun aslında borçtan geldiğini ima eder. Roma Hukukunun da kökenini oluşturan *on iki levha kanunlarına* yaptığı atıf ile borçluluğun; diğer bir deyişle suçluluğun tanımını yapar⁶⁷. Bu tanıma yine bir kavram arkeolojisi ile zenginleştirir; sözleşmelerin yaptırım gücü ile borçlu, sahibi olduğu bir şeyi alacaklıya rehin gösterir. Örneğin bedenini ya da eşini ya da özgürlüğünü, ebedi mutluluğunu, mezardaki huzurunu ve hatta yaşamını. Burada Antik Mısır'dan verdiği örnek oldukça çarpıcıdır: borçlunun cesedi mezarda bile alacaklı karşısında huzura kavuşamaz. On iki levha kanunun öncesi Eski Roma'da ise alacaklı alacağına karşılık olarak borçlunun bedeninden bir parçayı kesip alabilirdi. On iki levha kanununun bu kesilen parçanın boyutunun öneminin olmadığına dair yeni maddesi ise Nietzsche'ye göre hukuk tarihi açısından bir tür ilerlemedir. Alacaklının borçluya verilen ceza sayesinde bir süreliğine efendiler hukukundan pay aldığını; borçlunun/suçlunun düştüğü hal ile kendisinin yükseldiği fikrine kapıldığını söyler ve hatta cezalandırma tekeli devletin elinde olduğu halde bile kazanım, borçlunun hırpalandığını ve aşağılandığını görmenin getirdiği duygudur. Ve tazminatı da bir zulüm güvencesi ve hakkı olarak tanımlar⁶⁸.

Nietzsche'nin diğer metinleri gibi bu metni de oldukça doğurgandır ve kendinden sonra gelen düşünürlerle ilham vermiştir. Örneğin *Ahlakın Soykütüğü* adlı eserinin ikin-

⁶⁶ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 85-86.

⁶⁷ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 67.

⁶⁸ Nietzsche, "Ahlakın Soykütüğü", 67.

ci bölümündeki bir pasajın⁶⁹, Michel Foucault tarafından kaleme alınmış *Hapishanenin Doğuşu* eserinin girişindeki Damien isimli mahkûmun -gerçek bir vakia olan- infaz edilişi anlatisına da ilham vermiş olabileceği ihtimal dahilinde görünmektedir. Foucault da söz konusu metinde suç ve cezanın soykütüğünü ve azap vermenin yarattığı duyguları; acı çektirmenin yarattığı hoşnutluğu bu pasaja benzer bir bakış açısı ile anlatır. Dahası kitabının amacının suç, ceza ve infazın tarihi ile cezalandırma erkinin ve o güne kadar ki bilimsel ve hukuki bütünü soygaçacını çıkarmak olduğunu söyler; hukuk ve ceza usulü kurallarını sorgular⁷⁰. Suç ve borç arasındaki ilişkiye dönecek olursak, Nietzsche, sözleşmeler hukuku diye tanımladığı kavramsal dünyalar alanının suç, vicdan, ödev, ödevin kutsallığı kavramlarının beşiği olduğunu söylemiştir⁷¹.

Alacaklının (ya da mağdurun), borçluya (ya da suçluya) bir güç aracılığı ile verdiği acının alacaklı da yarattığı haz, söz konusu borç ile ne derecede takas edilebilir? Daha kısa bir ifadeyle acı ne ölçüde “borç” un telafisi olabilir? Nietzsche’nin suç kavramının tarihi üzerinden ulaştığı önemli sorulardan biri budur. Alacaklı ile borçlunun ait oldukları sınıfın ve toplumsal konumun, acı çektirmenin sağlayacağı haz konusunda belirleyici olduğunu savunur: acı çektirmek gerçek bir şölendir ve hatta sınıf düşüldükçe değeri de artar. Bunda eski insanlığın ahlakından ya da hukukundan gelen; insana bir içgüdü gibi yerleşmiş o şölen sevinçlerindeki zulmetme gereksiniminin etkili olduğu kanısındadır; insanca ve pek insanca bir ilke olarak, acı çekildiğini görmek iyi gelir ve acı çektirmek de çok iyi gelir, ona göre. İnsanın tarihinde zulümsüz şenlik yoktur ve insanlığın geldiği nokta içgüdülerinden ve tarihinden utanıp onu adeta halı altına saklama halidir. Aslında suçun ardında menfaat değil, Nietzsche’nin deyimiyle *kan istenci* ya da *bıçağın mutluluğa susaması* vardır⁷². Belki de Nietzsche bir şekilde duydu bunu ve insanın aşılması gereken bir şey olduğunu işte tam olarak bu yüzden söyledi: insanın tarihi ve güdüleri herkesin sandığından çok daha karanlıktır.

Suçun arındaki psikolojiye değinen Nietzsche’ye göre suçlu insanlar güç sahibidirler. Ona göre ancak güçlü ve hasta edilmiş insanlar suç işleyebilirler. Örnek olarak da Dostoyevski’nin tanıklığında Napolyon’u verir⁷³. Normalde suçlular suçta toplum tarafından zorlanırlar ancak bazı üstün tipler bu zorlamadan başarı ile çıkar. Kendisini üstinsan ile canavar birleşimi⁷⁴ olarak gördüğü Napolyon’un aslında bir suçlu tipi olduğunu iddia eder. Aslında Napolyon toplum tarafından baştan çıkarılmıştır ve toplum onu bütün bu işlere zorlamıştır ama nihayetinde Napolyon bütün bu süreçten daha güçlü olarak -adeta bir imparator olarak- çıkmıştır.

⁶⁹ Nietzsche, “Ahlakın Soykütüğü”, 67.

⁷⁰ Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev., Ali Kılıçbay. (İstanbul: İmge Kitabevi, 1992), 27.

⁷¹ Nietzsche, “Ahlakın Soykütüğü”, 92-93.

⁷² Nietzsche, “Böyle Buyurdu Zerdüş”, 56.

⁷³ Friedrich W. Nietzsche, *Putların Alacakaranlığı*, Çev. Mustafa Tüzel. (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010), 94-95.

⁷⁴ Nietzsche, “Ahlakın Soykütüğü”, 54.

V. İYİ KAVRAMI

Nietzsche'nin, yeniden değerlendirmek konusunda hedef aldığı temel kavramlardan biri olan “iyi”⁷⁵ kavramının, Roma Hukukundan beri *bona fide*⁷⁶ terimi içinde kendine yer bularak bütün hukuku ve hukuk tarihini baştan sona işgal ettiğini görürüz. Bugün dahi Türk Medeni Hukuku “iyi niyet” ilkesi temelinden yaratır kendini⁷⁷. Platon'un yarattığı *saf tin* ve Kant'ın *kendi başına iyi*⁷⁸ kavramları Nietzsche için gelmiş geçmiş hataların en kötüsü, en uzun süreli yıpratıcı olanı, en tehlikeli dogmalarıdır⁷⁹. Nietzsche, doğada iyiliğin ve tarihte de adaletin bulunmadığını söyler⁸⁰. İyinin ve kötünün ötesine dair fikirlerinin de bu noktadan kaynaklandığını düşünebiliriz: doğada iyi yoktur. Esasında “iyi” kavramı zıt bir ikiliğin sonucudur: iyi-kötü ikiliği. Ve ahlakın mucitleri, bir bakıma bu ikiliği yaratmak suretiyle iyi kavramını yaratmışlardır. Nietzsche'nin ahlak eleştirisi, daha doğru bir ifade ile *ahlaköteciliği* de iyi kavramına duyduğu derin şüpheden kaynaklanır. Hukukun icadından beri, iyi kavramının hukuk içinde aldığı rolü düşündüğümüzde ahlakın mucitlerinin iyi kavramını yaratmak suretiyle aynı zamanda hukuka temel oluşturduklarını da söylemek yerinde olacaktır.

İnsanın tarihinde iyinin ilk defa nasıl ortaya çıkmış olabileceğini Tan Kızılıllı adlı eserinde⁸¹ anlatır Nietzsche. Bu anlatıya göre insan iyi olanı şu şekilde bulmuştur: korku ve acının egemen olduğu vahşi çağlarda insan av, soygun, baskın, dövme ve öldürmenin olağan ve kabileye faydalı sayıldığı bir dünyada yaşardı. Ancak güçten düştüğünde, hasta, hüzünlü ya da bıkkın olduğunda isteksiz ve hırsız hissetmekle *daha az zarar veren* -diğer bir deyişle de daha iyi- olurdu. Bu zayıf zamanlarda, zamanın ruhu gereği biyolojisine işli vahşiliği ve kötümserliği eylem yolu ile değil de sözsel olarak dışa vururdu. Normal şartlarda, başlangıçta bu zayıf bireyler küçümsenerek kabileden uzaklaştırılırken uzunca bir nesiller silsilesinin sonunda şiiresselikle ve tinselikle yetkinleşerek kabilenin rahiplerine dönüşmüştür. Ve işte iyi denilen şey bu rahiplerin korku ve üzüntü dolu bir atmosferde, olağan olanı yerine getirememesi ve eyleyeme güçsüzlüğünün sözlü dışa vurumu olarak ortaya çıkmıştır.

İyi kavramı ile vicdan arasındaki ilişkinin genel kanının aksine olduğunu söyleyen Nietzsche “tüm iyi şeyler tüm zamanlar boyunca vicdana uygun mu

⁷⁵ Nietzsche'nin orijinal Almanca metninde “Gut” şeklinde geçen kavram.

⁷⁶ Latince “iyi niyet”.

⁷⁷ Türk Medeni Kanunu m.3: ...asıl olan iyi niyetin varlığıdır.

⁷⁸ Almanca “an sich, gut”. Kant bu kavramı “Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi” adlı yapıtında kullanır. (Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2016), 12.

⁷⁹ Nietzsche, “İyinin ve Kötünün Ötesinde”, 3.

⁸⁰ Nietzsche, “Güç İstenci”, 417.

⁸¹ Friedrich W. Nietzsche, *Tan Kızılıllı*. Çev. Hüseyin Salıhoğlu ve Ümit Özdağ. (İstanbul: Imge Yayınevi, 2014), 46-47.

olmuştur sanıyorsunuz?” sorusunu sorarak bilimin tarihi üzerinden iyi ile vicdan arasında zorunlu bir ilişki kurulamayacağını söyler. Ona göre bilim iyi bir şey olmasına rağmen tarih boyunca tıpkı bir suçlu gibi kendini saklayarak ve bir kaçakçı gibi dolambaçlı yolları dolanarak bugüne gelmiştir⁸². Buradan Nietzsche'nin iyi kavramına bakışı ile ilgili olarak şunu söylemek mümkün görünüyor: vicdan ile “iyi” arasında mutlak bir nedensellik kurulamaz. İyi yoktur, *iyinin tarihi* ile bugünün “iyi” türleri vardır.

VI. SİYASET KAVRAMI

Siyaset⁸³ ile hukuk ilişkisi üzerine genel bir çıkarım yapmak istenirse hukuk ile güç arasındaki söz konusu ilişkinin, zoraki olarak siyaseti yarattığı sonucuna varabiliriz. Nietzsche elbette, hukukta olduğu gibi siyaset ile de sistematik bir uğraşı içine girmemiştir. Fakat hukukta olduğu gibi siyasette de kendinden sonra gelecek kuşaklara birçok orijinal düşüncenin yanında sağaltım gücü yüksek metinler bırakmıştır. Leo Strauss, 1971-1972 yıllarında St. Johns College'de *İyinin ve Kötünün Ötesinde* için verdiği seminerde Nietzsche hakkında “tüm kitapları politikayla ilgili olsa da Zerdüş'ten ya da diğer kitaplarından politikaya çıkan bir yol yoktur; bir filozof olarak Nietzsche temel politik konuları ele almaya mecbur kalmıştı; fakat zorunlu olarak muğlaktır.” der⁸⁴.

Nietzsche'nin 19. yüzyılın temel politik erdemleri olan özgürlük, eşitlik ve kardeşliğe ve bunlar üzerinden yaratılmış liberalizm, demokrasi, sosyalizm, komünizm ve anarşiye karşı olduğu açıktır. Fakat bunlardan sonra geriye ne kaldığı da bir muammadır. Nietzsche, demokratik hareketin insanı ortalama bir duruma getirerek onun değerini düşüreceğini düşünürdü⁸⁵. Onun sosyalizm eleştirilerini ise başta *sürü* kavramı üzerinden inceleyebiliriz; zira bu kavram Marx'taki *sınıfın* bir nevi Nietzsche'ci karşılığıdır. Toplumlaşma, kolektif olma Nietzsche için vasatlık anlamına geleceğinden; yaratma hasletinden yoksun ve ezberlerle var olan bir toplumsallık ortaya çıkacaktır. *İnsanca Pek İnsanca* adlı yapıtında sosyalizm için kapsamlı bir pasaj ayırmıştır ve kendisinden sadece 20 yıl sonra, başta Sovyetler Birliği olmak üzere çeşitli formlara bürünerek dünyayı kasıp kavuracak bu ideoloji için en kısa hali ile şunu söylemiştir: sosyalizm, her türlü devlet gücü yığılmasının tehlikesini son derece zalim ve etkin bir biçimde öğretmeye ve bu bakımdan bizzat devlete karşı güvensizlik uyandırmaya yarayabilir⁸⁶.

⁸² Friedrich W. Nietzsche, *İnsanca Pek İnsanca 2*. Çev. Mustafa Tüzel. (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015), 43.

⁸³ Nietzsche'nin orijinal Almanca metninde “Politik” şeklinde geçen kavram.

⁸⁴ Leo Strauss, Nietzsche: İyinin ve Kötünün Ötesinde 1971-72'de Verilen Ders, Editörlük ve Sunuş: Mark Blitz, Çev. Özgüç Orhan, (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018), 173.

⁸⁵ Friedrich W. Nietzsche, İyinin ve Kötünün Ötesinde. Çev., Ahmet İnam. (İstanbul: Yorum Yayınevi, 2001), 49.

⁸⁶ Nietzsche, “İnsanca Pek İnsanca 1”, 301.

Aristoteles'in Politika adlı eserinde geçen o meşhur “devlete kim hâkim olacak” sorusu⁸⁷ halen hem hukuk hem de siyaset felsefesinin temel sorularından biridir. Bu soruyu şu seçeneklerle devam ettirir Aristoteles: halk mı, zenginler mi, erdemce ve kabiliyetçe seçkinler mi, erdemli kral mı yoksa tiranlar mı? Felsefe tarihinin bu önemli sorusuna Nietzsche çerçevesinden bakarsak şu iddia edilebilir: siyaset insanın en temel ve yaşamsal dürtüsü olan güç istencinin sosyal bir tezahürüdür. Ve devlete kimin hâkim olacağı bir güç mücadelesinin sonucunda ortaya çıkar zira siyasi öznelerin nihai amacının -doğal olarak- iktidar olmasının yanı sıra siyasetin tarihsel a priori içindeki serüveni de bu iddiayı doğrular niteliktedir. Tarih sahnesinde iz bırakmış siyasi öznelerin yaşam anlatılarının ortak kesişim kümesini alırsak sürekli tekrar eden bir takım kalıp vakalarla karşılaşırız: siyasi özneler her seferinde; başlangıçta gücü arzulamış, zamanla güç ile büyülenmiş, güce ulaştınca güç tarafından ele geçirilmiş ve nihayetinde de güç ile zehirlenmişlerdir. Yani siyasetin tarihsel anlattısının merkezinde güç kavramı vardır. Güç öyle bir şeydir ki Nietzsche'ye göre⁸⁸ her spesifik beden sahibi canlı, gücü öylesine ister ki uzayın tamamına hâkim olana dek sürer bu istenç. Güç ve siyaset arasındaki bu ilişki kaçınılmaz olarak siyaset ve hukuk arasındaki ilişkiyi yaratır. Böylece hukuk, olması gereken yerden -yani adalet ilke ve mantık gibi kökenlerden değil, bizzat siyasetin kendisinden doğmuş olur. Dolayısıyla Nietzsche bağlamında şunu söylemek mümkündür: güçten siyasete ve oradan da hukuka görünmez ve kaçınılmaz olanaksız görünen bir bağ vardır. Ve henüz ulaşılamamış o ideal hukuk; belki Kantçı bir tabirle “*kendinde hukuk*” bu bağın kırılması ile mümkündür.

SONUÇ

Hukuka ulaşmada yöntem, tıpkı ahlakta olduğu gibi tarihsel olarak değişip durmuştur: önceleri hukuka töreden ulaşan insan, daha geniş sosyal topluluklar kurmaya başladığında hukuka dinden ulaşmaya başlamıştır. Hukuka mantıktan ve ilkelerden ulaşmanın çağı ise insanın oldukça geniş tarih çizgisinin sadece son demlerini oluşturur. Hukuku tarihten soyutlamanın zarureti ya da sakıncası üzerine düşündüğümüzde hukuk felsefesinin derin dehlizlerine de ulaştığımız demektir. Sonuç olarak, eğer hukuku, sosyal ya da sözel bir bilim dalı olarak göreceksak diğer tüm bilimlere olan yaklaşımımızı ona da yapmak zorundayız; bilimin paradigma zıplamaları felsefe aracılığı ile olur. Filozof, bilimin çerçevesini önce bozar sonra yeniden kurar; bilimciler çalışmalarına bu defa o yeni çerçevenin içerisinde başlarlar. Nietzsche'nin hukuk anlayışının ve özellikle bu metinde ele alınan kavramlara getirdiği tanımların hukuk felsefesi tartışmalarına kayda değer katkılar sunabileceği düşünülmektedir zira hukukun güncel ve çözümsüz

⁸⁷ Aristoteles. Politika, Çev., Mete Tunçay, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), 85 (1281a).

⁸⁸ Nietzsche, “Güç İstenci”, 316.

gibi görünen sorunlarına birçok gözle birlikte bakılmalıdır. Ve Nietzsche'nin hukuk karşısındaki soykütükçü yaklaşımı ve kültür ötesi - yani insanın üretimi olan kültürün, daha üst bir aşama için aşılması gerektiğini savunan- duruşu bu farklı bakışların içinde özgün bir yere sahip olabilir. Nietzsche'nin daha ötedeki bir kültüre ve daha ötedeki bir ahlaka ulaşma fikrinden, daha ötedeki bir hukuk düşüncesi çıkarılabilir. Bütün bu düşünceleri ortaya çıkarmak ve detaylandırmak, Nietzsche'nin hukukun kavramlarını tanımlarken yaptığı gibi gerçekliğe ve tarihe temas edilerek, insanı ve onu aşmayı merkeze alan bir anlayışla incelendiğinde mümkün görünmektedir.

Bu çalışmada, Nietzsche'nin hukukun ve hukuk felsefesinin temel kavramlarına getirdiği tanımlar ve bu kavramlar hakkındaki düşünceleri üzerinden, hukuk anlayışı yorumlanmaya çalışılmıştır. Nietzsche'nin hukuk anlayışının ve hukukun kavramlarına getirdiği tanımların, hukuk felsefesi ekollerinden hangisine tekabül ettiği ya da hukuk düşüncesi tarihinin tam olarak neresine konumlandırılabilceği net olarak belli değilse de onun, hukuka ve onun kavramlarına karşı soykütükçü bakışını ve hukukun hangi formlarına karşı çıktığını görebiliyoruz. Örneğin, aşkın ve değişmez yüce değerlerin varlığı iddiasına dayanan hukuk türünü -en azından ahlak üzerinden- eleştirdiği açıktır; keza hukukun keyfi bir emredilmiş zorlama olmasını da kabullenmez. Hukukun nesnel ve evrensel bir gerçeklik olduğu fikrini reddeder; onun soykütükçü düşüncesine göre hukuk tarih boyunca yeniden ve yeniden inşa edilmiş insan üretimi bir olgudur. Hukukun yaratılması, bireyler arasındaki güç dinamiklerinin işlemesi yoluyla gerçekleşmiştir, Nietzsche'ci tabirle *güç istenci* yoluyla. Hukukun temel işlevlerinden biri, toplumun kendini koruma mekanizması olmaktır. Bunu belki de *sosyal kuram*⁸⁹ çerçevesinde değerlendirmek gerekiyor; Nietzsche'nin sosyal kuram çerçevesinde dünyaya etki ettiği kabul gören bir gerçektir ve dünyaya etki ettiğine göre hukuka da etki etmiş olmalıdır. *Tehlikeli belkinin*⁹⁰ filozofu olması dolayısıyla Nietzsche; hukukun ne olduğunu ya da ne olması gerektiğini değilse de hukukun ne olmadığını ve ne olmaması gerektiğini öğretebilir bize. Hukukun kendisini değil, soykütüğünün nasıl ortaya dökülebileceğini gösterebilir. Hukukun geleceğini değil, yer yüzünün anlamı olarak geleceğin idealini, *üstinsan kavramını* tarif edebilir. Hukukun, temel kavramlarının görece tarihinden ve farklı anlamlarından bahsedebilir. Bütün bunların sonucunda hukukun ne anlama geldiğine hukukun ne olmadığından, hukukun soykütüğünden, geleceğin ideali ve yer yüzünün anlamı olarak üstinsandan ve hukukun temel kavramlarının farklı gözlemlerle tanımlanmış farklı anlatılarından ulaşabiliriz.

⁸⁹ İng. Social Theory.

⁹⁰ Nietzsche bu ifadeyi İyinin ve Kötünün Ötesinde adlı eserinde geleceğin filozofları için kullanır (2001): 4. Derrida ise -kendisi geleceğin söz konusu filozoflarından biri olmasına rağmen- Nietzsche'yi böyle tanımlar (2007): 58: Tehlikeli Belkinin filozofu.

KAYNAKÇA

- Aristoteles. *Politika*, Çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, Birinci Basım, 1975.
- Balke, Friedrich. "From a Biopolitical Point of View: Nietzsche's Philosophy of Crime", *Nietzsche and Legal Theory Half Written Laws*, Edited by Peter Goodrich, and Mariana Valverde, (2006) 49-65.
- Bataille, Georges. *Nietzsche Üzerine*. Çev. Mukadder Yakupoğlu, İstanbul: Kabalcı Yayınevi, İkinci Basım, 2000.
- Beysan, Nazime "Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi". İstanbul: İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, 2008.
- Derrida, Jacques. *Nietzsche'nin Şöleni*. Çev. Ali Utku ve Mukadder Erkan. İstanbul: Otonom Yayıncılık, 1. Basım, 2007.
- Diener, Keith W. "A Nietzschean Justification of Legal Realism", *The Open Ethics Journal*, 7 (2013): 1-8.
- Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*. Çev., Ali Kılıçbay, İstanbul: İmge Kitabevi, 1992.
- Goodrich, Peter and Valverde, Mariana. *Nietzsche and Legal Theory Half-Written Laws*, Routledge Taylor & Francis Group, 2005.
- Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, Second Edition, 1994.
- Hirsch, Ernst. *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- Hoad, T. F. *The Concise Oxford Dictionary of English Etymology*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*, Çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, 2007.
- Kant, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2016.
- Keyman, Selahattin. "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35 (1978): 17-56.
- Mill, John Stuart. *Utilitarianism- Chapter 5: On the Connection between Justice and Utility*, Batoche Books, Kitchener. 2001.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Ahlakın Soykütüğü*. Çev., Zeynep Alangoya. İstanbul: Kabalcı Yayınları 1. Baskı, 2011.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Also sprach Zarathustra*. The Project Gutenberg, Release Date: March 26, 2003 [eBook #7205] [Most recently updated: February 12, 2023].
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Böyle Buyurdu Zerdüşt*. Çev. Turan Oflazoğlu. İstanbul: Bilgi Yayınları 1. Baskı, 1964.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Deccal*. Çev. Oruç Aruoba. İstanbul: İthaki Yayınları, 2. Basım, 2008.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Ecce Homo*. Çev. Can Alkor. İstanbul: İthaki Yayınları, 2. Basım, 2006.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Güç İstenci*. Çev. Sedat Umran. İstanbul: Birey Yayıncılık, 1. Baskı, 2002.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *İnsanca Pek İnsanca 1*. Çev. Mustafa Tüzel. İstanbul: İthaki Yayınları 2. Baskı, 2007.

- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *İnsanca Pek İnsanca 2*. Çev. Mustafa Tüzel. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, 2015.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *İyinin ve Kötünün Ötesinde*. Çev. Ahmet İnam. İstanbul: Yorum Yayınevi, 2. Baskı, 2001.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Putların Alacakaranlığı*. Çev. Mustafa Tüzel. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Baskı, 2010.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Tan Kızılığı*. Çev. Hüseyin Salihoğlu ve Ümit Özdağ. İstanbul: İmge Yayınevi, 5. Baskı, 2014.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Yazılmamış Beş Kitap İçin Beş Önsöz*. Çev. G. Aytaç, İstanbul: Say Yayınları, 2005.
- Planck, W. *Nietzsche ve Varlık*, Çev. Cem Kılıçarslan, İstanbul: Mitra Yayınları, Birinci Basım, 2012.
- Radbruch, G. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", Translated by B. L. Paulson and S. L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, Spring, (2006), 1-11.
- Riley, P. Nietzsche as a Philosopher of Law. In: Pattaro, E., Canale, D., Grossi, P., Hofmann, H., Riley, P. (eds) *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, (2009).
- Shapiro, Scott J. (2007). *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*. University of Michigan Public Law Working Paper No. 77.
- Strauss, Leo. *Nietzsche: İyinin ve Kötünün Ötesinde 1971-72'de Verilen Ders*, Editörlük ve Sunuş: Mark Blitz, Çev. Özgüç Orhan, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Sofokles. *Antigone*, Çev. Sabahattin Ali, Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2005.
- Wacks, Raymond. *Understanding Jurisprudence an Introduction to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, Third Edition, 2012.
- Yovel, Jonathan. *Gay Science as Law: An Outline for a Nietzschean Jurisprudence*. Nietzsche and Legal Theory Half Written Laws, Edited by Peter Goodrich and Mariana Valverde, 23-48, 2005.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

DEPREMİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: YOLCULUK ÇARTERİ SÖZLEŞMELERİNDE MÜCBİR SEBEBİN YÜKLEME/BOŞALTMA VE SÜRASTARYA SÜRELERİNE ETKİSİ HAKKINDA TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKLARI AÇISINDAN MUKAYESELİ DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Banu BOZKURT^(**)**

Bu çalışma 06.02.2023 günü duran hayatlara ithaf edilmiştir!

Öz

Ülkemizi sarsan depremler, deniz ticaretinin en yoğun limanlarının olduğu bölgeyi de etkilemiş ve bu limanlarda belirli bir süre yükleme/boşaltma başta olmak üzere birçok işlemi durmuştur. Bu işlemlerin durması yolculuk çarteri sözleşmeleri açısından yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin işleyişi noktasında sorunlar oluşturabilecek niteliktedir. Zira depremlerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi doğrultusunda acaba bu süreler işlemeye devam edecek midir? Türk kanun koyucusu ile beraber İngiliz hukuku bu sorulara ne cevap verecektir? Bu çalışmanın amacını bu sorulara cevap vermek oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yolculuk Çarteri Sözleşmesi, Yükleme Süresi, Boşaltma Süresi, Sürastarya Süresi, Sürastarya Ücreti, İfa İmkansızlığı, İmkansızlık Teorisi.

THOUGHTS AFTER THE EARTHQUAKE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF TURKISH AND ENGLISH LAW ON THE IMPACT OF FORCE MAJEUR IN THE LAYTIME AND DEMURRAGES FORESEEN IN VOYAGE CHARTERPARTIES

Abstract

Earthquakes that hit Turkey also affected the region of the busiest ports and the operations in these ports, including but not limited loading/discharge operations have been stopped. Such stoppage may cause some problems on the laytime and demurrages calculation under the voyage charter parties. Accordingly, could the laytime and demurrages continue to occur in case of the acceptance of the earthquakes as force majeure? How would Turkish law maker as well as English law would respond to this question? The aim of this work is to respond these questions.

Keywords

Voyage Charter Parties, Laytime, Discharge Time, Demurrage, Demurrage Fee, Impossibility of Performance, Theory of frustration.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 13.04.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1282723.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuku Anabilim Dalı, Deniz Hukuku Bölümü / Antalya, Türkiye.

E-posta: bozkurtbanu35@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0630-3681>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

Persons and entities, when organizing their commercial relations, they would act with the belief that everything would continue in optimum levels. They are of course obliged to act as diligent merchant. Therefore, they would not take *the worst* into consideration.

As country, we lived one of the worsts may be THE worst unfortunately on the date of 6 February 2023. We have experienced on this very date how the people may become powerless and desperate against the natural events unfortunately with so many deaths. The devastation and pain that we were experienced could not be expressed by words. This might be THE moment where the words are not enough as said by the poet. We stayed at that moment where the time has stopped.

Therefore, on the other hand, we have to face with the reality that life goes on. Life only granted not more than one week off for mourning to the cities, provinces, ports being trade centres for centuries and to the people living there. Afterwards everything restarted as if this devastation has never occurred; these pains have never been lived; commerce got back from where it stopped.

Of course, we could not forget what was happened; we should not forget. Therefore, we also should adjust with the reality that life goes on and find solutions to the problems. Everyone tried to bind up the wounds as better as he/she could by working in his/her home ground. That is why this work has also humbly been written; to support this process of binding up the wounds.

After the first week of the earthquake, all the operations of the ports of the earthquake regions have been stopped because there was not any labour power as every house had a wounded or death member. People were busy with their life and with the life of their beloved ones.

The week after, the operations needed to be re-started at least partially. Therefore, the ports were also used for the human aid and the human aid operations had priority over commercial ones.

That is why, under this concrete situation, the consequence of the laytime and demurrage stipulations under the voyage charter parties, a type of the contract of freight by sea, should be analysed. Accordingly, under this work, we tried to examine the consequences of the earthquake as a force majeure on the laytime and demurrage in the light of Turkish Commercial Code (TCC) and English Law as the common governing law of the charter parties.

Parallely, at first we have determined that according to our code, if an express force majeure stipulation has not been foreseen, laytime should be stopped according to articles 1156/3 and 1172/3 of TCC; therefore, the charterer should continue to pay demurrage fees. Furthermore, under such circumstances, we have determined that the articles 136-137 of Turkish Code of Obligations (TCO) could not be applied due to the existence of express stipulations of TCC. Therefore, we have also pointed out that we are on the view that, as well as such express stipulations exists, the judge may apply articles 136-137 of TCO on the basis of the stipulations of TCO on one hand and bona fides stipulation of article 2 of Turkish Civil Code on the other.

When it comes to demurrage, we have at first underlined that due to the express stipulations of article 1156/6 and 1172/6 regulating famous rule of *once in demurrage always in demurrage* it would not be possible to accept the demurrage to be stopped in case of force majeure. Therefore, we have underlined that as the demurrage is accepted as a determined fee according to Turkish law, we have pointed out that article 136-137 of TCO may be applied in demurrage arisen due to the earthquake.

When it comes to English law, we have pointed out that the laytime should continue to run if a force majeure clause has not been stipulated in the charter party. Furthermore, we have emphasized that, even a force majeure clause has been stipulated, such clause could ne be applied to the demurrage if an express stipulation has not been foreseen in the charter party regulating that such force majeure clause would be applicable for the demurrage as well due to the *once in demurrage always in demurrage* rule.

Lastly, we have also examined whether or not the doctrine of frustration could be applicable for the consequences of earthquake and we have achieved to the conclusion that this doctrine could not applicable as this theory could be applicable when the fulfilment becomes impossible for both parties and such impossibility should be constant.

We are aware that all of our analysis, our examinations could not and will not bring back the lives that we have lost and this sentence does not have a "But" because this work has been written not for letting what was happened to be forgotten but in contrary to be remembered in this actual time where words are flying and written is lasting...

GİRİŞ

Ülkemizi sarsan 06.02.2023 tarihli depremler sadece birçoğumuzun hayatlarını kökten değiştirmekle kalmadı aynı zamanda hayatın birçok alanında da köklü değişikliklere yol açtı.

Toplumsal yaşamı düzenleyen temel kurallar olan hukuk kurallarının da bu köklü değişikliklerden nasibini almaması elbette beklenemezdi. Bu kapsamda deprem bölgesindeki kişiler ile akdedilmiş olan sözleşmelerin akıbetleri hususunda ciddi tartışma ve mülahazalar baş gösterdi. Bu doğrultuda da tüm dünyayı iki yıl boyunca kasıp kavuran Covid-19 pandemisi döneminde yine tartışma konusu yaptığımız mücbir sebep ve bunun sonuçları kavramı tartışma masalarında baş rolü aldı.

Depremler ülkemizde 11 ili deyim yerindeyse yerle bir etti. Bu iller (ve bunların ilçeleri) arasında çok önemli limanlar da yer aldığından depremlerin deniz ticareti üzerinde de ciddi etkileri söz konusu oldu ve halen daha bu etkinin devam ettiğini de tespit etmek mümkün olmaktadır.

İşte bu çalışmanın amacını da depremlerin deniz ticareti üzerindeki etkilerini bir yönü ile ele almak oluşturmaktadır. Bu kapsamda çalışma, deniz yoluyla yapılan taşımalarda kullanılan sözleşme türlerinden birisi olan yolculuk çarteri sözleşmeleri özelinde depremlerin etkisini incelemeyi hedeflemekte; bu hedefi bir makale boyutunda gerçekleştirmek için ise bu incelemeyi daha da özelleştirerek yolculuk çarteri sözleşmeleri açısından depremlerin bu sözleşmelerdeki yüklemesi/boşaltma ve sürastarya sürelerine olan etkilerini, Türk ve İngiliz hukuku açısından, mukayeseli bir biçimde değerlendirmeyi hedeflemektedir.

Bu amaçla çalışmada öncelikle yolculuk çarteri ve mücbir sebep kavramları genel açıklamalar altında kısaca açıklanmaya çalışılacak; ardından Türk hukuku açısından deprem mücbir sebebinin yolculuk çarteri sözleşmelerindeki yüklemesi/boşaltma ve sürastarya sürelerine olan etkisi başta Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)² hükümleri ışığında ayrıntılı biçimde inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise konu İngiliz hukuku açısından ele alınarak bu hukukun uygulanacağı yolculuk çarteri sözleşmelerine konulan mücbir sebep klostları ışığında sürelerin akıbeti hakkında değerlendirme yapılacaktır.

Burada son olarak neden İngiliz hukuku ile mukayeseli bir çalışma yapılma ihtiyacı duyulduğunun da açıklanması gerektiği düşünülmektedir. Yolculuk çarteri sözleşmeleri, deniz yolu ile yapılan taşımalarda yüzyıllardan beri kullanılmakta olup; bu sözleşmelerin çoğu, uygulamada tip sözleşme olarak nitelendirilebilecek, denizcilik alanında faaliyet gösteren uluslararası sivil toplum kuruluşları

¹ 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

² 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

tarafından, sektörün ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanmış sözleşmelerden oluşmaktadır. Hal böyle iken, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları açısından da bir yeknesaklık ihtiyacı doğmakta, bu ihtiyacı da denizcilik alanında birçok konuda ilklere öncülük etmiş İngiliz hukuku doldurmaktadır³. Bu sebepten ki bu hukuk ile Türk Hukuku arasında bu şekilde bir mukayeseli çalışma yapmanın, çalışmanın konusu ile sınırlı biçimde, her iki hukuk sistemi arasındaki farkları ortaya çıkararak doktrin ve uygulamaya katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Çalışmanın esasına geçmeden önce, asıl konudaki tartışmaların karışmasını engellemek amacıyla birtakım kavramlar hakkında genel nitelikli açıklamalar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu amaçla bu başlık altında gerek Türk gerekse de İngiliz hukuku ve dünyada kabul görmüş genel nitelikli kurallar kapsamında mukayeseli biçimde yolculuk çarteri sözleşmesi incelenecek; ardından da mücbir sebep kavramı değerlendirme konusu yapılacaktır.

A. YOLCULUK ÇARTERİ SÖZLEŞMESİ

1. Türk Hukuku

Deniz yoluyla yapılan taşımalar açısından kullanılan, TTK terimi ile *deniz ticareti sözleşmeleri*, taşıtan açısından yükün önemine göre çeşitlilik göstermektedir. Bu doğrultuda gemi kirasından kırkambar sözleşmesine kadar çeşitli deniz ticareti sözleşmeleri ile karşılaşılmaktadır.

Geminin teknik ve ticari sevk ve idaresinin tahsis olunana devredildiği gemi kira ile salt ticari sevk ve idaresinin tahsis olunana devredildiği zaman çarteri sözleşmeleri açısından “yük” çok büyük önem arz etmekte iken yükün daha az önem arz ettiği bir diğer deniz ticareti sözleşme türü yolculuk (sefer) çarteri sözleşmesidir.

Yolculuk çarteri sözleşmesi TTK'nın 1138/1. Maddesinin (a) bendinde taşıyanın “... eşyayı, geminin tamamını veya bir kısmını ya da belli bir yerini taşıtana tahsis ederek...” taşımayı üstlendiği, navlun sözleşmesinin bir türü niteliğini haiz sözleşme şeklinde tanımlanmıştır.

Yolculuk çarteri bir navlun sözleşmesi niteliğinde olmakla taşıyanın deniz yolu ile taşıma taahhüdünde bulunduğu bir sözleşmedir. Bu tanım, yukarıda alın-

³ İngiliz hukukunun deniz ticaret alanında sıklıkla kullanılmasına dair daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. John G. Palfrey, “The Common Law Courts and the Law of Sea”, *Harvard Law Review* Vol: 36, No: 7 (Mayıs 1923): 777-801, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1328443.pdf> (06.04.2023 - çevrimiçi); <https://maintenanceandcure.com/maritime-blog/the-intriguing-history-of-maritime-law/> (06.04.2023); Charles S. Haight Jr., “Babel Afloat: Some Reflections on Uniformity in Maritime Law”, *Journal of Maritime Law and Commerce* V: 28, No: 2 (Nisan 1997): 189 vd., <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jmlc28&div=16&id=&page=> (06.04.2023 - çevrimiçi).

tilanan TTK hükmü ile ele alındığında, taşıyanın taşıma taahhüdü özellik arz etmekle taşıyan yüke geminin bir kısmı veya tamamını tahsis etmeyi de taşıma yükümlülüğü ile üstlenmektedir.

Bu tanıma paralel biçimde taşıyan, sefere hazırlık aşamasından başlayarak yükü teslim edene kadar geçecek olan bütün aşamalarda edimlerini yerine getirirken objektif özen borcu altında olmaktadır. Bu yükümlülük daha somut ifadesini geminin elverişliliği kavramı kapsamında göstermekte; yolculuk çarteri sözleşmelerinde taşıyanın gemiyi TTK 932. Madde düzenlemesi kapsamında denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurma yükümlülüğü altında olduğu; bu yükümlülüğün TTK 1141. Madde uyarınca en geç yolculuğun başlangıcında var olması gerektiği aksi halde taşıyanın bu elverişsizlikten doğan zarardan sorumlu olacağı kabul edilmekle; maddenin ikinci fıkrası “... meğerki, tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun.” hükmü ile objektif özen borcunun yerine getirilmesi durumunda taşıyanın sorumlu tutulamayacağını burada da hüküm altına almaktadır. Ayrıca taşıyanın objektif özen borcu yolculuk başladıktan sonra da devam etmekte; bu husus da açık bir biçimde TTK 1178. Maddenin ilk fıkrasında şu şekilde hüküm altına alınmaktadır: “Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür...”. Kanunun bu maddesi, Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakındaki Milletlerarası Sözleşme’den (La Haye Visby Kuralları) alınmış ve yolculuk çarteri sözleşmelerinin ifasındaki özen borcu açısından dünyada süregelen uygulamalar ile hukukumuz uygulamaları arasında yeknesaklık sağlanması amaçlanmıştır⁴.

Yolculuk çarteri sözleşmelerinde geminin teknik ve/veya ticari sevk ve idaresi her durumda taşıyanın üzerinde olduğundan bu sözleşmelerde yükün teslim alınması, yükleme, boşaltma ve varma limanında yükün teslim edilmesi taşıyanın tek başına yapabileceği işlemlerden değildir⁵. Burada özellikle yükleme ve boşaltma işlemlerinin uzun sürmesi dolayısıyla geminin yolculuk çarteri sözleşmesinde öngörülen süreden daha fazla beklemesi durumunda, geminin sonraki seferlerine geç kalması sebebiyle taşıyanın zararının ortaya çıkması ihtimaline

⁴ Bu husus TTK madde 1178’in gerekçesinde de açık biçimde belirtilmektedir.

⁵ Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), s. 413-419; Tahir Çağrı ve Rayegan Kender, *Deniz Ticaret Hukuku II* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2010), s. 23-27; Ergon Çetingil; Rayegan Kender ve Emine Yazıcıoğlu, *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), s. 348-362; Deniz İnci Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku II* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), s. 22-26; Banu Bozkurt Bozabalı, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Doğrultusunda Hazırlık İhbarı, Bekleme Süreleri ve Limanda Olsun Olmasın (WIPON)/Rihtimde Olsun Olmasın (WIBON) Kaydının Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C: XXXII*, S: 2 (2016): 180.

binaen yolculuk çarteri sözleşmelerinde sürastarya adı altında bekleme süresi ve ücretinin kararlaştırılması söz konusu olmaktadır⁶.

Yolculuk çarteri sözleşmelerini diğer deniz ticareti sözleşmelerinden ayıran belki de en önemli husus, bir önceki paragrafta da kısaca açıklanmaya çalışılmış olan yükleme/boşaltma ve fazladan bekleme (sürastarya) süresi kavramlarıdır. Yükleme/boşaltma süresi TTK 1153/1169. Madde ile hüküm altına alınmış ve taşıyanın sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise ücretsiz biçimde beklemekle yükümlü olduğu süredir. Oysa bekleme süresi, TTK 1154/1170. Maddede de ifade edilmiş olduğu üzere taşıyanın “Sözleşmede kararlaştırılmışsa ... fazla beklemek ...” zorunda olduğu süredir ve yine TTK 1155/1171. Maddede ifade olunduğu üzere bu süre içerisinde taşıyana “sürastarya parası” ödenmesi gerekmektedir. Sürastarya parası sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılmamışsa TTK 1155/3 ve 1171/3. Maddeler uyarınca taşıyanın yaptığı “zorunlu ve yararlı” giderlerden de oluşabilir.

TTK düzenlemesi yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin ne zaman başlayacağı ve ne kadar olacağı açısından da yedek yükümler öngörmektedir. Buna göre, sözleşmede ayrıca özel bir düzenleme yapılmamışsa yükleme/boşaltma süresi, TTK 1153/1169. Madde uyarınca hazırlık bildirimiminin taşıyana ulaşmasını takip eden ilk takvim günü veya fiilen yüklemeye başlanılmışsa bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Hazırlık ihbarı ise, TTK 1152/1168. Madde uyarınca geminin mutat demirleme yerine gelmesi ile yapılır. Sürastarya süresi ise TTK madde 1154/3 ve 1170/3 uyarınca yükleme süresi biter bitmez işlemeye başlar.

Ayrıca yükleme/boşaltma ve sürastaryanın azami süreleri de yine yedek hükümlerle TTK’da düzenlenmektedir. Buna göre eğer yükleme/boşaltma süresi sözleşme ile tespit edilmemişse, TTK 1153/2 ve 1169/2. Madde uyarınca “... yüklemenin yirmidört saatlik kesintisiz çalışma ile yapılması hâlinde ihtiyaç duyulacak süre...” yükleme/boşaltma süresi olarak kabul edilecek ve bu sürenin takvim günü açısından hesabında da “... yüklemenin/boşaltmanın yapılacağı liman, taşımayı yapan gemi, yükleme/boşaltma tesis ve araçları ve yükün niteliği ile yükleme/boşaltma limanı düzenlemeleri ve yerel teamül göz önünde...” bulundu-rulacaktır. Sürastarya süresine ilişkin ise benzer düzenleme TTK madde 1154/2 ve 1170/2’de yapılmış ve sözleşme ile sürastarya süresi kararlaştırılmamış ise bunun on gün olacağı hüküm altına alınmıştır.

2. İngiliz Hukuku

İngiliz hukuku açısından da yolculuk çarteri sözleşmesi bir navlun sözleşmesi olarak kabul edilmekle sözleşme taşıyanın geminin bir kısmı veya tamamını

⁶ Çağa ve Kender, s. 39-46; Çetingil; Kender ve Yazıcıoğlu, s. 353-356, 361-363; Kaner, s. 26-30; Fehmi Ülgener, *Sürastarya Süresi ve Ücreti* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1993), s. 5-9; Bozkurt, s. 178-183.

yüke tahsis etmek suretiyle bir veya birden çok yolculuk için yükü taşımayı üstlendiği akit olarak tanımlanmaktadır⁷.

Bu tanıma paralel biçimde İngiliz hukuku açısından da taşıyanın yolculuk çarteri sözleşmesindeki gemiyi tahsis ve taşıma borcunu yerine getirirken göstermesi gereken özenin, azami özen borcu (*utmost due diligence*) olduğu gerek doktrin gerekse de mahkeme kararlarında kabul edilmektedir⁸. Bu kapsamda İngiliz hukuku da hukukumuzda benzer biçimde yolculuğun başlangıcına kadar taşıyanın azami özeni göstermek suretiyle gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurmaya yükümlü olduğunu; aksi halde doğan zarardan sorumlu olacağını mahkeme kararlarıyla kabul etmektedir⁹. Objektif özen borcunun yolculuk başladıktan sonra da devam etmesi gerektiği hususu ise İngiliz hukukunda yüke gelen zararlara dair düzenleme yapan La Haye Visby Kuralları kapsamında TTK M. 1178 ile aynı şekilde kabul edilmekte ve uygulanmaktadır.

Yolculuk çarteri sözleşmelerinde yüklemesi/boşaltma ve sürastarya süresi hususu İngiliz hukuku açısından da mevcut olup; denizcilik alanında faaliyet gösteren ve yolculuk çarteri tip sözleşmelerini hazırlayarak sektörün ihtiyaçları doğrultusunda bunlarda değişiklikler yapan uluslararası sivil toplum kuruluşları¹⁰ eliyle çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda yüklemesi/boşaltma süresi, tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları, taşıyanın (tanım gemi maliki demekle beraber bunun gemiyi taşımada kullanan diğer ilgili kişileri de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir) gemiyi yüklemesi ve boşaltmaya hazır halde bulundurmaya yükümlü olduğu ve herhangi bir ücrete tabi olmayan süre olarak tanımlanmaktadır¹¹. Daha açık bir anlatımla yüklemesi/boşaltma için beklenen süreye dair ücretin navlun ücreti kapsamında ödenmiş olduğu İngiliz hukukunda kabul edilmektedir.

İngiliz hukuku uygulamasında da hukukumuzda benzer biçimde geminin yüklemesi/boşaltma limanı olarak kabul edilebilecek olan mutad demirleme yerine vardikten hemen sonra hazırlık ihbarı vereceği ve yolculuk çarteri sözleşmesinde özel hüküm yoksa hazırlık ihbarının ulaşmasını müteakip yüklemesi süresinin derhal başlayacağı kabul edilmektedir¹².

⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (Pearson Education Limited: 2010), s. 3-5, 49; Julian Cooke; John D. Kimball; Timothy Young; David Martowski; Andrew Taylor ve Leroy Lambert, *Voyage Charters* (Informa: LLP, 2001), s. 3-4; Simon Baughen, *Shipping Law* (Routledge: 4. Baskı, 2010), s. 9-10, 200.

⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baughen, s. 80-102; Cooke; Kimball; Young; Martowski; Taylor ve Lambert, s. 199-202, 209-211; Wilson, s. 9-15.

⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baughen, s. 81-98; Cooke; Kimball; Young; Martowski; Taylor ve Lambert, s. 206-209; Wilson, s. 9-15.

¹⁰ Tip sözleşmelerin hazırlanması hususundaki öncü kuruluş gemi malikleri, çartererler, gemi brokerları ve acentelerin doğrudan üye oldukları BIMCO'dur. BIMCO hakkında daha fazla bilgi almak için bkz. <https://www.bimco.org/> (06.04.2023).

¹¹ Tanımın İngilizce metni için bkz. file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Laytime%20Definitions%20for%20Charter%20Parties%202013%20v2.pdf (06.04.2023), ÜLGNER, s. 6.

¹² Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt, s. 180-181, 190-191.

İngiliz hukukunda sürastarya, yükleme/boşaltma süresi bittikten sonra geminin gecikmesi dolayısıyla taşıyana ödenmesi gereken tazminat şeklinde tanımlanmaktadır. Burada hukukumuzdan farklı olarak İngiliz hukukunda sürastarya süre temelinde değil; taşıyana fazladan beklemesi dolayısıyla ödenmesi gereken tazminat olarak kabul edilmektedir¹³. Sürastarya süresi, İngiliz hukuku açısından da tıpkı hukukumuzdaki gibi, yükleme süresi biter bitmez, derhal başlayacaktır¹⁴.

Bu hukuk sisteminin gerek yükleme/boşaltma gerekse de sürastarya sürelerini dair farklı yaklaşımı, çalışmanın konusu açısından da farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse gerek yükleme/boşaltma süresi gerekse de sürastarya İngiliz hukukunda öncelikle sözleşmede kararlaştırılmış hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda gerek yükleme/boşaltma gerekse de sürastarya süresi ve sürastraya ücreti, bu sürelerin ne şekilde hesaplanacağı, hangi hallerin bu sürelerin hesabında istisna tutulacağı gibi hususlar ayrıntılı biçimde tarafların akdettikleri yolculuk çarteri sözleşmesinde kararlaştırılmalıdır. Yolculuk çarteri sözleşmesi bu hususta ayrıntılı düzenleme yapmamış ise yükleme/boşaltma ve/veya sürastarya süresinin azami ne kadar süreceği hususunda İngiliz hukukunda bir düzenleme bulunmamakta; bu halde sözleşmelere dair genel prensiplerin uygulama alanı bulacağı ve gerek yükleme/boşaltma gerekse de sürastarya süresinin sözleşmenin ifa edilmesine engel teşkil edebilecek kadar uzun olamayacağını kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵.

B. MÜCBİR SEBEP

1. Türk Hukuku

Mücbir sebep kavramı Türk hukuk doktrininde borçlunun iradesi dışında ortaya çıkan ve öngörülemeyen ve karşı konulamaz bir biçimde borcun mutlak ve kaçınılmaz şekilde ihlaline yol açan *olağanüstü bir olay* olarak tanımlanmaktadır¹⁶.

Mücbir sebep, borçlar hukukunda özellikle sorumluluk hukuku başlığı altında borçlunun kusuru olmaksızın sorumluluğundan kurtulması başlığı altında ele alınmaktadır.

¹³ Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Elvin Silahtaroglu Batmaz, "Sürastarya Parası ile Gecikme Zararları Kavramlarının Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleri Bakımından Karşılaştırılması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C: 5, S. 2 (2015): 151-167.

¹⁴ Bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt, s. 183, 196-197.

¹⁵ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar ve mahkeme kararları için bkz. Bozkurt, s. 196-197; John Schofield, *Laytime and Demurrage* (Informa: 5. Baskı, 2008), s. 345-348; Wilson, s. 76-79.

¹⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), s. 584; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), s. 418; Selahattin Sulhi Tekinay; G. Sermet Akman; Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 1002; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1961 Basısından tıpkı Bası, 2010), s. 463-468.

Mücbir sebebin sözleşmelerdeki ifa borcu kapsamında ortaya çıkması durumunda bu hale bir sonuç bağlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Zira tanım da ifade edilmiş olduğu üzere mücbir sebep bir yandan borçlunun tamamen irade ve kontrolü dışında ortaya çıkmakta; öte yandan da borcun mutlak ve kaçınılmaz biçimde ihlaline bir diğer ifadeyle ifa edilmesine engel olunmasına yol açmakta olan olağanüstü bir olaydır¹⁷. Bu kapsamda teorik olarak mücbir sebebin ortaya çıkması durumunun borçlunun kişisel sorumluluğunu ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir¹⁸.

Bunun yanında hangi hallerin mücbir sebep sayılacağıın sözleşmede tahdid biçimde sayılması durumunda bunlar dışında kalan hallerin artık mücbir sebep olarak kabul edilmemesi gerektiği de doktrinde ileri sürülmektedir¹⁹. Ancak burada mücbir sebep tanımındaki borcun mutlak ve kaçınılmaz ihlali kavramının içeriğinin TBK 136. Madde uyarınca ifa imkansızlığına yol açıp açmadığının somut olay ışığında değerlendirilmesi gerektiği de düşünülmektedir²⁰.

Ayrıca mücbir sebebin ortaya çıkması durumunda borçlunun borçtan sorumlu olmaya devam edeceği halinin de sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür²¹. Böyle bir durumda, mücbir sebebin TBK 136. Madde uyarınca ifa imkansızlığına yol açmadığı hallerde, borçlunun borcunu ifa etmekle mükellef kalmaya devam edeceği kabul edilmelidir. Bunun yanında mücbir sebep, TBK 137. Madde uyarınca kısmi ifa imkansızlığına yol açıyor ise; borçlunun kalan kısım için ifaya devam etmekle sorumlu olacağı da yine ifade edilmelidir. Ancak mücbir sebebin yukarıda belirtilen tanımı ve doktrinde verilen örnekleri ışığında ortaya çıkması durumunda çoğu kez ifa imkansızlığının da söz konusu olacağı tespiti yapmak mümkündür²².

Burada ayrıca mücbir sebebin TBK 137. Madde uyarınca aşırı ifa güçlüğüne ve bu bağlamda da sözleşmelerin uyarlanmasına sebep olup olmayacağı da burada değerlendirilmelidir. Aşırı ifa güçlüğü, bir diğer ifade ile sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması, mücbir sebep kavramı ile benzerlikler içermektedir. Öncelikle her iki kurumun uygulama alanı bulabilmesi için öngörülemezlik şarttır. Ancak sözleşmelerin uyarlanmasında dair TBK 138. Maddeden anlaşılacağı üzere, aşırı ifa güçlüğü halinde önlenemezlik şartı aranmamaktadır. Daha açık biçimde belirtmek gerekirse mücbir sebebin öngörülemez ve önlenemez bir olay olmasına karşın, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının talep edilmesine sebep olabilecek olayın sadece sözleşme akdedilirken öngörülemez olması ye-

¹⁷ Mücbir sebebin unsurları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Tandoğan, s. 464-465.

¹⁸ TANDOĞAN, s. 468.

¹⁹ TANDOĞAN, s. 468.

²⁰ Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması, BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, Kasım 2020), s. 199-200.

²¹ Tandoğan, s. 468.

²² Bu sonuca ulaşmak için bkz. Baysal, s. 200-201, 267-268.

terli olmakla bunun önlenemez olması aranmamaktadır²³. Bunun yanında TBK 138. Maddenin başlığından da açık biçimde anlaşılacağı üzere, aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmedeki edimin ifası halen daha mümkündür. Ancak ifayı talep etmek, edimler dengesini borçlu aleyhine, dürüstlük kuralı uyarınca katlanması beklenemeyecek derecede değiştirmektedir. Oysa mücbir sebep edimin ifasını çoğu kez kısmen veya tamamen imkansız hale getirmektedir. Zaten bu sebeptir ki mücbir sebep borçlar hukuku doktrininde borçlunun kusursuzluğunu ortadan kaldıran bir kurum olarak kabul edilmektedir²⁴.

Ancak mücbir sebebin ifayı imkansız hale getirmeyip zamanında ifayı imkansız hale getirmesi bir diğer ifadeyle borçlunun temerrüde düşmesine sebep olması sonucunu doğurması da mümkündür. Bu kapsamda TBK madde 118 hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmeli ve *temerrüde düşmekte kusuru olmadığı ispat eden borçlunun borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olmayacağı* kabul edilmelidir. Benzer biçimde TBK 119. Madde uyarınca temerrüde düşen borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması durumunda mücbir sebep dolayısıyla doğacak zarardan da sorumlu tutulamayacağını kabul etmek gerekmektedir²⁵.

Son olarak, borçlunun iradesi dışında ortaya çıkan ve öngörülemez ve karşı konulamaz bir biçimde borcun mutlak ve kaçınılmaz şekilde ifa edilmesini veya zamanında ifa edilmesini engelleyen bir durum olan mücbir sebebin ortaya çıkması halinde genel kural olarak borçlu sorumluluktan kurtulur. Ancak mücbir sebebe konu edimin ifasının gecikmiş de olsa talep edilip edilemeyeceği veya edimin mücbir sebebin ortaya çıkması dolayısıyla değişen şartlara uyarlanarak ifasına devam edilip edilemeyeceği hususu her bir somut olayın şartları kapsamında ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bu değerlendirmelerde yukarıda ele alınan TBK hükümlerinin yanında, hakim her durumda Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesindeki dürüstlük kuralını da dikkate alması gerektiği de belirtilmelidir.

2. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda mücbir sebep, sözleşme taraflarından biri veya taraflarının her ikisinin de makul kontrolü dışında ortaya çıkan, sözleşmenin akdi esnasında öngörülemeyen ve sözleşmenin tarafının/taraflarının edimini/edimlerini ifa etmesine engel olan bir durum olarak tanımlanmaktadır²⁶.

²³ Bu hususta bkz. Baysal, s. 267-268.

²⁴ Aynı görüşte bkz. Baysal, s. 200.

²⁵ Burada her ne kadar madde metni *beklenmedik hal* ifadesini kullanmaktaysa da bunun mücbir sebebi de kapsayacak şekilde geniş biçimde anlaşılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Oğuzman ve Öz, C. 1, s. 500-502.

²⁶ <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-fr/knowledge/publications/b54cf723/force-majeure-hardship-clauses-and-frustration-in-english-law-contracts-amid-covid-19#:~:text=References%20to%20a%20%E2%80%9Cforce%20majeure,from%20performing%20its%20contractual%20obli>

İngiliz hukuk doktrininde de mücbir sebebin sözleşmenin akdedilmesi aşamasında öngörülemez olması aranmaktaysa da bu hukuk sisteminde mücbir sebebin ortaya çıkması durumuna sonuç bağlayan sözleşme hükümlerinin öngörülmesi gerektiği de ifade edilmektedir²⁷. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse, Kıta Avrupa'sı hukukundan farklı biçimde, sözleşmenin akdedilmesi esnasında öngörülemeyen ve tarafların kontrolü dışında ortaya çıkan mücbir sebep duruma sözleşme ile bir sonuç bağlanması gerekmektedir. Aksi halde, sonraki paragrafta değinilecek olan imkansızlık teorisinin uygulama alanı bulması dışında, mücbir sebebe İngiliz hukuk sisteminde hiçbir sonuç bağlanamayacaktır²⁸. Bu doğrultuda İngiliz hukukuna tabi birçok sözleşmede mücbir sebep klozlarının mevcut olduğu da burada belirtilmelidir. Bu mücbir sebep kloz düzenlemelerinin de bu doğrultuda çok dikkatle incelenmesi gerektiği ifade edilmelidir. Bu husus son kısımda ayrıntılı inceleme konusu yapılacağı için burada konuyu dağıtmamak amacıyla ayrıca açıklanmayacaktır²⁹.

İngiliz sözleşmeler hukuku sisteminde, sözleşmede mücbir sebebi düzenleyen bir hükmün bulunmaması halinde mücbir sebebe sonuç bağlayabilecek kurum olarak, hukukumuzdaki ifa imkansızlığı kurumuna benzeyen, imkansızlık teorisi olarak dilimize çevrilebilecek olan *frustration* teorisi karşımıza çıkmaktadır³⁰. Bu kapsamda burada bu teorinin de değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. İmkansızlık teorisi tanım olarak mücbir sebebe benzemektedir. Buna göre sözleşmenin akdedilmesinden sonra, önceden öngörülemeyen ve sözleşmeden doğan edimlerin ifasını fiziken veya ticari olarak imkansız hale getiren ya da sözleşmenin kuruluşundaki duruma kıyasen bu edimlerin niteliğini tamamen değiştiren bir halin ortaya çıkması durumunda bu teoriye başvurulabilecek ve

gations (06.04.2023); [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (06.04.2023); <https://chambers.com/articles/force-majeure-clauses-under-english-law> (06.04.2023).

²⁷ Bu hususta bkz. Fehmi Ülgener, "İngiliz Hukukunda Force Majeure Kavramı - Frustration Kurumu", s. 1-2, <https://www.ulgener.com/ingiliz-hukukunda-mucbir-sebep-i25> (06.04.2023); <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-fr/knowledge/publications/b54cf723/force-majeure-hardship-clauses-and-frustration-in-english-law-contracts-amid-covid-19#:~:text=References%20to%20a%20%E2%80%9Cforce%20majeure,from%20performing%20its%20contractual%20obligations> (06.04.2023); [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (06.04.2023); <https://chambers.com/articles/force-majeure-clauses-under-english-law> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023).

²⁸ <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

²⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda paragraf IV/A.

³⁰ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); Ülgener, <https://www.ulgener.com/ingiliz-hukukunda-mucbir-sebep-i25> (06.04.2023) s. 2-4.

sözleşme bu kapsamda sona erdirilebilecektir³¹. Burada tarafların sözleşme ile somutlaşan ortak niyetlerini boşa çıkartacak ve sözleşme akdedilirken öngörülemeden beklenmedik bir durumun ortaya çıkması halinde de bu teorinin uygulanması söz konusu olabilecektir³².

Bu doğrultuda taraflardan birinin kusuru ile imkansızlık teorisi olarak değerlendirilebilecek olan durumun ortaya çıkması halinde imkansızlık teorisinden ve buna bağlı olarak da sözleşmeyi sona erdirmeye imkanından söz etmek mümkün değildir³³.

Benzer şekilde, imkansızlık teorisi olarak değerlendirilebilecek durum sözleşmede hüküm altına alınmış ise artık imkansızlık teorisi uygulama alanı bulamayacaktır³⁴.

İngiliz hukukunda bir tarafın edimini ifa etmemesi karşı tarafa sözleşmeyi doğrudan sona erdirmeye veya kendi edimini ifadan kaçınma (ödemezlik def'i) imkanı vermemektedir. Böyle bir durumun karşı tarafa edimini ifadan kaçınma veya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verebilmesi için, bu ifa etmeme halinin İngiliz hukuku uyarınca sözleşmenin esasına ilişkin (*substantial*) olması;³⁵ bununla bera-

³¹ Baysal, s. 79-80; Ülgener, <https://www.ulgener.com/ingiliz-hukukunda-mucbir-sebep-i25> (06.04.2023) s. 2-3; <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.hfw.com/Strike-Impact-on-Shipping-June-2013> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

³² Baysal, s. 80-81; <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

³³ Ülgener, <https://www.ulgener.com/ingiliz-hukukunda-mucbir-sebep-i25> (06.04.2023) s. 3-4; <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

³⁴ <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

³⁵ <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

ber bu ifa etmeme halinin sözleşmenin daha açık bir ifadeyle sözleşmedeki işlem temelini esasından ihlali niteliğinde de olması gerektiği (*repudiatory breach*) kabul edilmektedir³⁶. Bu doğrultuda sözleşmede öngörülen edimin, açık olmasa da zımni biçimde, esaslı edim olarak öngörülmüş olduğunun kabul edilmesi durumunda, bunun yerine getirilmemesinin karşı tarafa da kendi edimini ifadan kaçınabilme imkanı tanımakta olduğu ifade edilmelidir³⁷.

Tüm bu açıklamalar kapsamında İngiliz hukukunda mücbir sebebe dair genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, hangi olayların mücbir sebep olarak değerlendirileceği ve bunlara ne gibi sonuçlar bağlanacağı sözleşme düzenlemesi ile hüküm altına alınabilir. Eğer sözleşmede bu şekilde bir düzenleme yapılmamış ise bu halde tarafların/taraflardan birisinin makul kontrolü dışında ortaya çıkan hal olan mücbir sebep aynı zamanda sözleşmenin/sözleşmedeki edimlerin ifasını imkansız hale getiriyorsa bu halde imkansızlık teorisi uygulama alanı bulabilir ve sözleşme bu teorinin uygulaması kapsamında sona erdirilebilir. Dolayısıyla mücbir sebebin İngiliz hukuku bakımından Türk hukukundaki kadar net sonuçları olduğu söylenemez; burada her bir somut olay açısından mücbir sebebin sonuçlarının ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

II. TÜRK HUKUKUNDA DEPREM MÜCBİR SEBEBİNİN YÜKLEME VE SÜRÜSTARYA SÜRELERİ AÇISINDAN SONUÇLARI

Bir önceki başlık altında verilen açıklamalar ışığında ülkemizi sarsan 06.02.2023 tarihli depremler esnasında depremden etkilenen limanlarda bulunan gemilerin yükleme/boşaltma işlemleri durmuş; akabinde limanların operasyonları bir süre askıya alınmış; bu limanlar bir süre insani yardım için kullanılmış; bu sebeplerle de limanlarda yoğunluk oluşmuş, gemiler limanda yükleme/boşaltma için öngörülenden daha uzun süre beklemek zorunda kalmışlardır.

Yukarıda verilen açıklamalar ışığında hukukumuz açısından 06.02.2023 tarihinde meydana gelen depremlerin mücbir sebep olarak kabul edileceği açıktır. Bu doğrultuda bu depremlerin yolculuk çarteri sözleşmelerindeki yükleme/boşaltma ve sürüstarya sürelerine etkisi ne şekilde olacaktır? Bu başlık altında bu soruya cevap aranacaktır.

³⁶ <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.02023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

³⁷ Baysal, s. 80-81; <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.02023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

A. YÜKLEME/BOŞALTMA SÜRESİ AÇISINDAN

Genel açıklamaların altında Türk hukukunda yolculuk charteri sözleşmelerini açıklarken ifade edilmiş olduğu üzere mutaat yükleme yerine gelmiş ve hazırlık ihbarı vermiş bir gemi açısından, yükleme süresi başlamadan önce depremin meydana gelmiş olması durumunda ne olacaktır? Yükleme süresi kanun veya sözleşmede hüküm var ise sözleşme hükmü uyarınca başlayacak mıdır? Veya hazırlık ihbarı verilmiş ve yükleme süresi hatta fiilen ve fiziken yükleme başlamış ise başlamış sürenin akıbeti ne olacaktır?

Bu sorulara yükleme ve sürastarya sürelerinin hesabına dair düzenleme yapan TTK 1156./1172. Madde hükümleri cevap vermektedir. Madde düzenlemesi kapsamında sorulara cevap vermeden önce kısa da olsa yükleme ve sürastarya sürelerinin hesabındaki 1156/1172. Maddelerin kabul etmiş olduğu genel ilkeye değinmek gerektiği düşünülmektedir. Türk hukukunda, mehaz Alman hukukunda olduğu gibi, yükleme ve sürastarya sürelerinin hesabında faaliyet alanı prensibi benimsenmekte; bu doğrultuda taşıyanın faaliyet alanında meydana gelen bir sebep dolayısıyla yükleme yapılamıyorsa yüklemenin durduğu kabul edilmekte; taşıtanın faaliyet alanındaki bir sebeple yüklemenin durması halinde ise yükleme süresi işlemeye devam etmektedir³⁸.

Söz konusu maddeler, 4. Fıkralarında ise taraflardan birinin faaliyet alanında kabul edilemeyecek, kanunun ifadesi ile “... her iki tarafın faaliyet alanını ilgilendiren tesadüfi sebepler...” dolayısıyla yüklemenin/boşaltmanın durması haline ilişkin düzenleme getirerek; böyle bir halde yükleme/boşaltma süresinin duracağını ancak taşıtanın yine de bu günler için sürastarya ücreti ödemeye devam edeceğini hüküm altına almaktadır. İlgili hükmün gerekçesine bakıldığında madde metninin, Eski Türk Ticaret Kanunu’ndan, dili sadeleştirilmek suretiyle aynen alındığı belirtilmektedir. Bu düzenleme ışığında ilk önceki paragrafta sorulan sorulara cevap vermek gerekirse; geminin hazırlık ihbarını vermesini müteakip depremin meydana gelmesi yükleme/boşaltma süresinin işlemesini durduracak; ancak duran süre boyunca taşıyan sürastarya ücretine hak kazanacaktır. Bu durum gerek hazırlık ihbarı verilmiş ancak yüklemenin/boşaltmanın başlamamış olduğu halleri gerekse de yükleme/boşaltma sürelerinin başlamış olduğu halleri kapsayacaktır.

Bu kapsamda söz konusu TTK 1156/4 ve 1172/4 hükümlerinin, TTK 1153/2 ve 1171/2 hükümleri ışığında yedek hüküm olduğu; daha açık bir anlatımla yükleme süresinin hesabına dair yolculuk charteri sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde bu hükmün uygulama alanı bulacağı da burada ifade edilmelidir. Yolculuk charteri sözleşmesinde mücbir sebebe dair özel bir düzenleme öngörülmüş ise bu düzenlemenin de yükleme süresinin hesabında, TTK madde 1156/4 ve 1172/4 yerine, uygulama alanı bulacağıının kabulü gerekmektedir.

³⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt, s 198-203; Ülgener, s. 9-12.

Ancak burada son olarak, somut deprem halinin ifa imkansızlığına sebep olan bir durum olarak da değerlendirilebileceğini ifade etmek gerekmektedir. Bu halde yükleme/boşaltma sürelerinin akıbeti, son başlık altında ele alınacağı için, bu konu burada değerlendirilmemiştir³⁹.

B. SÜRASTARYA SÜRESİ AÇISINDAN

Yukarıdaki değerlendirmeler kapsamında yükleme/boşaltma limanına gelmiş, yükleme/boşaltma süresi dolmuş ve sürastarya süresi başlamış gemiler açısından depremin sürastarya süresinin işleyişi üzerinde herhangi bir etkisinin olup olmayacağını da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir.

Sürelere dair kanun koyucu her ne kadar faaliyet alanı prensibini kabul etmişse de, sürastarya süresinin hesabına dair TTK madde 1156/1172'ye eklenen 6. Fıkra hükmü ile buna bir istisna getirmiş olduğunu burada tespit etmek gerekmektedir. Söz konusu hüküm; yukarıda açıklanan sürelere dair faaliyet alanı prensibine, İngiliz hukuk uygulamasını temel alarak bir istisna getirilmekte ve sürastarya süresinin kesintisiz hesaplanacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu kapsamda İngiliz hukukunda *sürastarya süresi bir kere başlayınca durmaz (once on demurrage always on demurrage)* şeklinde kabul edilmiş olan ilke, söz konusu düzenleme ile hukukumuz açısından da geçerli hale gelmiştir.

Bu düzenleme kapsamında yükleme süresinin hesabında yolculuk çarteri sözleşmesi ile istisna tutulan hususların sürastarya için de doğrudan geçerli olması mümkün olmamakta; sürastarya süresinin hesabı için yükleme süresindeki şartların geçerli olacağı hususunun açıkça sözleşmede öngörülmesi gerekmektedir⁴⁰.

Tüm bu açıklamalar ışığında, sözleşmede sürastarya süresinin hesabı için ayrıca özel hüküm veya sürastarya süresinin hesabına uygulanabilecek mücbir sebep klozu öngörülmemiş ise; başlamış olan sürastarya süresinin, TTK 1156/6. Madde ışığında deprem dolayısıyla durma veya kesilmesi mümkün değildir. Ancak burada da mücbir sebebin ifa imkansızlığı oluşturup oluşturmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

C. İFA İMKANSIZLIĞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Depremi ardından akla gelen bir başka soru da sözleşmede mücbir sebebe dair özel bir düzenleme olmaması halinde; önceki paragraflarda ele alınan TTK 1156/1172 hükmünün açık düzenlemeleri karşısında deprem dolayısıyla yükleme/boşaltma ve sürastarya süreleri açısından TBK 136-137. Maddelerinde öngörülen ifa imkansızlığının uygulama alanı bulup bulamayacağı oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda deprem sebebiyle deprem bölgesindeki limanlarda belirli bir süre boyunca yükleme ve boşaltma operasyonlarının durduğu açık bir durumdur.

³⁹ Bu hususta bkz. Aşağıda paragraf III/C.

⁴⁰ Ülgener, s. 127-143, 160-168, 171; Bozkurt. s. 198-203.

Operasyonların durması, daha somut biçimde ifade etmek gerekirse, özellikle depremden sonraki ilk 1-2 hafta içerisinde liman çalışanlarına dahi ulaşılamaması sebebiyle limanda hemen hiçbir işlem yapılamaması halinin deniz taşımacılığı kapsamında taşıyan ve taşıtan açısından ifa imkansızlığı durumu oluşturduğu açıktır. Zira ilk başlık altında da belirtilmiş olduğu üzere denizyoluyla yapılan taşımalarda yükleme ve boşaltma taşıyanın tek başına yerine getirebileceği işlemlerden değildir. Bu işlemlerin yerine getirilebilmesi için taşıyan ve taşıtanın, limandaki ifa yardımcılarının ihtiyaç duydukları açıktır. Dolayısıyla konu deprem bölgesi açısından değerlendirildiğinde burada ifa imkansızlığının hem taşıyan hem de taşıtanın faaliyet sahasında gerçekleşmesi mümkündür.

İfa imkansızlığı taşıyanın faaliyet sahasında gerçekleşmiş ise; daha somut bir anlatımla, taşıyan yükleme/boşaltma operasyonlarını gerçekleştirmek için gereken ifa yardımcılarının deprem dolayısıyla ulaşamamakta ve bu sebeple de yükleme/boşaltma operasyonları başlayamamakta veya başlamışsa da durmaktaysa yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin akıbeti ne olacaktır? Böyle bir durumda TBK 137. Madde kapsamında kısmi ifa imkansızlığı dolayısıyla yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin işlemeye devam edeceği mi kabul edilmelidir?

Taşıtan açısından benzer şekilde durumu değerlendirmek gerekirse; taşıtanın deprem dolayısıyla yükü limanda hazır edememesi veya yükleme/boşaltma sözleşme gereği taşıtan üzerindeyse bu operasyonları yerine getirememesi durumunda yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin akıbeti ne olacaktır? Böyle bir durumda TBK 137. Madde kapsamında kısmi ifa imkansızlığı dolayısıyla yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerinin duracağı mı kabul edilmelidir?

Bu sorulara cevap verebilmek için yükleme/boşaltma ve sürastarya sürelerini ayrı ayrı değerlendirmek daha yerinde olacaktır. Bu kapsamda öncelikle yükleme/boşaltma süreleri açısından durumu ele almak gerekirse; yukarıdaki başlık altına ayrıntılı biçimde ele alındığı üzere TTK 1156/3 ve 1172/3. Maddeleri yükleme/boşaltma süreleri açısından kabul edilen faaliyet alanı prensibine istisna getirmekle; bu halde kanunun ifadesi ile “... *eşyanın gemiye teslim edilmesi/gemiden boşaltılması ve alınması/karaya götürülmesi mümkün olmayan günler boşaltma süresine ...*” ekleneceği; bir diğer ifadeyle bu sürelerin duracağı kabul edilmektedir. Kanun burada, her ne kadar bu süreler dursa da karşı tarafın sürastarya ücreti ödemekle yükümlü kalmaya devam edeceğini de maddelerin devamında hüküm altına almaktadır. Burada TTK 1156/3 ve 1172/3 maddelerinin uygulama kapsamına depremin dahil edilip edilemeyeceği bir an için düşünülebilirse de maddelerin lafzında açıkça “... *Fırtına, buz istilasası veya seferberlik gibi, her iki tarafın faaliyet alanını ilgilendiren tesadüfi sebepler...*” ifadesinden depremin de mücbir sebep olarak bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Hal böyle iken, deprem dolayısıyla yükleme/boşaltma sürelerinin işlemeden kısmi ifa imkansızlığına dayanarak taşıyan/taşıtanın sorumlu tutulamayacağı iddia etmek maddelerin bu açık düzenlemesi karşısında çok da mümkün gözükmemektedir. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse, yolculuk çarteri sözleşmeleri açısından özel hüküm niteliğinde bulunan TTK 1156/1172 düzenlemeleri genel nitelikteki TBK 136-137 hükmü karşısından öncelikle özel hüküm nitelikleri gereği kısmi ifa imkansızlığına dayanma imkanını ortadan kaldıracaktır.

Ancak tüm bu açık düzenlemelere rağmen, özellikle kısmi ifa imkansızlığına dair TBK 137. Madde hükmünün, hakkaniyet ilkesi ve MK 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olayın şartları kapsamında yaşamış olduğumuz deprem felaketi açısından, kıyasen de olsa, yolculuk çarteri sözleşmelerinde, hakkaniyete aykırı biçimde işlediği kabul edilebilecek yükleme/boşaltma sürelerinde, uygulama alanı bulabilmesinin önünün yargı kararları eliyle açılması gerektiği kanaatinde olduğumuzu da burada ifade etmek isteriz.

Son olarak bu başlık altında sürastarya süresi açısından ayrıca değerlendirme yapmak gerekirse, sürastarya süresinin işleyişine dair TTK 1156/6 ve 1172/6 hükümlerinde, bir önceki başlık altında da ifade edilmiş olduğu üzere 1156/3 ve 1172/3 düzenlemelerinden farklı olarak faaliyet alanı prensibi terk edilmiş ve açıkça sürastarya süresinin bir kere işlemeye başladı mı durmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu açık ve özel düzenleme karşısında da TBK 136-137 hükümlerinin sürastarya süresi açısından da uygulama alanı bulamayacağı düşünülebilir. Ancak burada sürastarya süresinin hukuki niteliğinden de yola çıkarak, ifa imkansızlığının sürastarya açısından uygulama alanı bulabileceği düşünülmektedir. Zira Türk hukuku uyarınca sürastarya parası sözleşme ile kararlaştırılmış ve taşıyanın fazladan beklemesi karşılığında ödenmesi gereken bir ücret niteliğinde kabul edilmektedir⁴¹. İfa imkansızlığına dair TBK 136-137. Madde düzenlemelerine bakıldığında ise burada da borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması durumundan söz edilmektedir. Dolayısıyla sürastarya ücretinin doğumuna sebep olacak olan deprem kaynaklı fazladan beklemeden borçlu yani taşıtanı sorumlu tutmak mümkün olmayacağı için burada deprem sebebiyle sürastarya ücretinin doğumuna sebep olacak olan sürastarya süresinin işleminin duracağını kabul etmek kanaatimizce daha uygun olacaktır. Böyle bir kabul aynı zamanda TBK 118 ve 119. Madde hükümleriyle de uyumlu olacaktır. Zira sürastarya her ne kadar gecikme tazminatı olarak kabul edilmese de gerek doğumu gerekse de hesaplanma yöntemi gecikme tazminatına benzer nitelikte olduğu için; mücbir sebebin ortaya çıkmasından sorumlu olmayan taşıtanı mücbir sebep olan deprem dolayısıyla doğmuş veya artmış olan sürastarya ücretinden de sorumlu tutmamak hakkaniyete uygun da bir çözüm olacaktır.

⁴¹ Silahtaroğlu, s. 151-167.

III. İNGİLİZ HUKUK UYGULAMASI VE SÖZLEŞMELERE KONULAN GENEL İŞLEM ŞARTI NİTELİĞİNDEKİ MÜCBİR SEBEP KLOZUNUN (BIMCO MÜCBİR SEBEP 2022 KLOZU) DEPREM MÜCBİR SEBEBİ YÖNÜNDE YÜKLEME VE SÜRASTARYA SÜRELERİ AÇISINDAN SONUÇLARI

A. YOLCULUK ÇARTERİ SÖZLEŞMELERİNE KONULAN MÜCBİR SEBEP KLOZU

1. Mücbir Sebep Klozu

İlk başlık altında yapılan açıklamalara paralel olarak İngiliz hukuk sistemi, hukukumuzun da dahil olduğu Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminden farklı olarak, mücbir sebebi hukuki bir kurum olarak kabul etmemekte ve mücbir sebebe bir hukuki sonuç da bağlamamaktadır. Başkaca bir biçimde ifade etmek gerekirse İngiliz hukuku açısından mücbir sebep tamamen sözleşmeden doğan bir kavram olup; bunun sebep ve sonuçlarının ayrıntılı biçimde ilgili mücbir sebep klozunda biçimde tespit edilmesi şarttır⁴².

Bu doğrultuda hazırlanacak olan mücbir sebep klozunda mücbir sebep olarak sayılacak hallerin liste şeklinde sayılması yönteminin tercih edildiği; ancak bunun yanında ayrıca "... ve bunların dışında tarafların/taraflardan birinin kontrolü dışında meydana gelen her türlü sebepten..." şeklinde geniş bir ifadeyle geri kalan sebeplerin de dahil edildiği gözlemlenmektedir⁴³. Buna göre, depremin de mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için ya listede açıkça sayılmış olması veya tarafların sözleşmeyi akdederken bunu öngörememiş olmalarının yanında depremin tarafların veya mücbir sebep klozu düzenlemesinde öngörülmesi ise taraflardan birinin edimini/edimlerini ifa etmesine engel bir durum oluşturduğunun ispat edilmesi gerekmektedir.

Burada hangi hallerin mücbir sebep klozu kapsamına dahil edilmiş olduğu kadar, mücbir sebep sayılan duruma bağlanan sonuçlar da önemlidir. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse, mücbir sebep sayılan sebeplerden birinin, mesele çalışmamızın konusunu teşkil eden depremin meydana gelmesi durumunda bundan etkilenen taraf edimini ifa etmekten kaçınabilecek midir veya etkilenen tarafın edimi depremin etkileri devam ettiği sürece askıda mı kalacaktır ya da depremin ortaya çıkışı sözleşmenin süresini mi uzatacaktır?

İngiliz hukuk uygulamasında nelerin mücbir sebep olarak sayılmış olduğu kadar mücbir sebep klozunun bu sorulara da ayrıntılı biçimde cevap vermesi önemlidir. Bu doğrultuda çoğu kez mücbir sebep klozunda yer alan sebep/sebeplerden biri/birkaçının gerçekleşmesi durumunda, bundan etkilenen tarafın edimi-

⁴² Ülgener, s. 6-7; <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023).

⁴³ Bu hususta bkz. <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2024).

nin ifasının belirli bir süre askıda kalması; bu askıda kalma süresinin belirli bir süreden daha uzun olması durumunda bu durumdan etkilenmeyen karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının mümkün olacağı bu klostarda hüküm altına alınmaktadır⁴⁴.

Bunun yanında ayrıca mücbir sebep klozunda yer alan sebebin/sebeplerin ortaya çıktığı, bundan etkilenen tarafça karşı tarafa bildirilmelidir⁴⁵. Bildirimin hangi süre içerisinde ve ne şekilde yapılacağı da mücbir sebep klozu altında tespit edilebilir.

Burada ayrıca İngiliz mahkeme kararlarının mücbir sebep klozlarını nasıl yorumladıkları konusunda genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; mahkemenin öncelikle mücbir sebep klozlarını yorumlarken olabildiğince dar yorumu tercih ettiğini ve mücbir sebebi, buna dayanan tarafın aleyhine yapılan bir yorumla değerlendirip; ilgili tarafın buna dayanıp dayanamayacağına bu şekilde karar verdiği gözlemlenmektedir⁴⁶.

Son olarak mücbir sebebin, imkansızlık teorisi kapsamında sözleşmenin ifasını imkansız hale getirdiğinin kabulü de mümkün olabilir. Burada İngiliz mahkemelerinin uzunca bir süre imkansızlık teorisini sıkı biçimde uyguladığı; sözleşmelerin ifasının her iki taraf açısından da imkansız olduğu hallerde ancak bu teorinin uygulama alanı bularak sözleşmenin sona erdirilebileceğini kabul ettiğini belirtmek gerekmektedir. Ancak tüm dünyayı sarsan Kovid-19 pandemisi sonrası bu teorinin uygulamasında mahkemelerin biraz daha esneklemeye başladığı ve taraflardan birisi için sözleşmenin ifasının imkansız hale gelmesi ve bu imkansızlığın da sürekli olması halinde de imkansızlık teorisinin uygulanmasını kabul ettikleri gözlemlenmektedir⁴⁷.

⁴⁴ Bu hususta bkz. <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023); <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2023); https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

⁴⁵ <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

⁴⁶ Ülgener, s. 6-8; <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023); <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2023); <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).

⁴⁷ <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023).

2. BIMCO 2022 Mücbir Sebep Klozu

Burada ayrıca, 2020 yılından itibaren ticari ilişkilere damgasını vuran Kovid-19 pandemisinin denizcilik sektörüne yansımaları olarak BIMCO 2022 mücbir sebep kloxuna da yukarıdaki açıklamalar ışığında değinmek gerektiği düşünülmektedir.

Pandeminin, İngiliz hukuku açısından denizcilik sektöründe süregelen uygulamalarda çoğu zaman önemsenmeyen ve kullanılmayan iki klozu ön plana çıkardığı kabul edilmektedir. Bunlar BIMCO'nun ebola salgını döneminde yürürlüğe koyduğu ancak Kovid-19 pandemisi doğrultusunda 2021 yılında revize ettiği BIMCO Bulaşıcı Hastalıklar Klozu⁴⁸ ile Mücbir Sebep kloxlarıdır.

Kovid-19 pandemisinin sektördeki etki ve sonuçlarının somut biçimde tetkik edilebilecek aşamaya geldiği andan itibaren, denizcilik sektöründe aktif biçimde faaliyet gösteren hemen tüm kişilerin üyesi olduğu BIMCO nezdinde, pandeminin sektördeki etkileri ve bunun sonuçları ışığında daha geniş kapsamlı bir mücbir sebep klozu önerisi kaleme alma çalışmaları başlamıştır. Bu çalışmalar Rusya ve Ukrayna arasındaki silahlı çatışmaların alevlenmesi ve bu durumun savaşa dönmesi ile daha da önem kazanmış ve BIMCO, 16 Ocak 2022 tarihinde BIMCO 2022 Mücbir Sebep Klozunu yayımlamıştır⁴⁹.

Kloz öncelikle tanımlar başlığı altında (a) paragrafında, (b) paragrafında sayılan olay veya durumlar dolayısıyla sözleşmeden doğan edimini/edimlerinden bir kaçını ifa edemeyecek Etkilenen Taraf'ın, mücbir sebebi, mücbir sebebin kendisinin makul kontrolü dışında meydana geldiğini; mücbir sebebin sözleşmenin akdedildiği sırada öngörülemeyecek durumda olduğunu ve Etkilenen Taraf'ın mücbir sebebin etkilerinden makul bir biçimde kaçınamayacak veya üstesinden gelemeyecek olduğunu ispatlaması gerektiğini düzenlemektedir⁵⁰.

Bunu takip eden (b) paragrafı mücbir sebep sayılacak halleri somut olarak saymakla en sonuna "... veya Etkilenen Taraf'ın ihmalden doğmadığı sürece benzer her türlü olay ve durum..."un da bu haller kapsamında kabul edilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır⁵¹.

⁴⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. <https://www.bimco.org/news/priority-news/20210702-bimco-iocd-clause-update> (06.04.2023); <https://www.standard-club.com/knowledge-news/article-new-bimco-infectious-or-contagious-diseases-clauses-to-be-published-in-november-2021-3735/> (06.04.2023).

⁴⁹ <https://www.nepia.com/articles/force-majeure-events-during-covid-19/?lang=en> (06.04.2023); <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2023).

⁵⁰ Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

⁵¹ Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

Düzenlemenin (c) maddesi ihbarlar ve zararı azaltma yükümlülüğü başlığı altında Etkilenen Taraf'ın mücbir sebebin ortaya çıkmasını müteakip gecikmeksizin karşı tarafa bu durumu yazılı biçimde ihbar etmesi; ortaya çıkan zararı azaltmak için gereken her türlü makul çabayı göstermesi ve ilgili her türlü belge ve bilgiyi karşı tarafla paylaşması ve mücbir sebebin edimi ifa etme üzerindeki etkisi sona erer ermez bunu da karşı tarafa ihbar etmesi gerekliliklerini kaleme almaktadır⁵².

Klozun (d) paragrafı tarafların mücbir sebebin etkilerini azaltmak için işbirliği içerisinde hareket etmeleri gerektiğini düzenlemekle; (e) paragrafı ise usulüne uygun biçimde ihbar edilmiş mücbir sebep durumunda, bu nedenle ifa edilemeyen edim veya edimlerden dolayı sözleşmenin hiçbir tarafının sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir⁵³.

Buna ek olarak, mücbir sebepten etkilenmediği sürece ödeme yükümlülüklerinin devam ettiği de yine klozun (f) bendinde düzenlenmektedir⁵⁴.

Sona erme başlıklı son paragraf olan (g) paragrafı mücbir sebebin taraflarca kararlaştırılacak olan belirli bir süreden daha uzun sürmesi halinde veya sözleşmenin ifasını imkansız, hukuka aykırı ya da ilk akdedildiği halden tamamen farklı bir hale getirmesi durumunda her bir tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğunu hüküm altına almaktadır⁵⁵.

Son olarak, bu klozu çarter sözleşmelerine eklemeyi düşünen taşıyan ve taşıtanların özellikle BIMCO'nun Açıklayıcı Notlarını dikkatle incelemeleri de önerilmektedir⁵⁶.

B. İNGİLİZ HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEBİN YÜKLEME VE SÜRÜSTARYA SÜRELERİ AÇISINDAN SONUÇLARI

1. Yükleme Süresi Açısından Durum

Giriş kısmında yapılan genel açıklamalar altında da ifade edilmeye çalışıldığı üzere İngiliz hukuk uygulamasında yükleme/boşaltma süreleri, hukukumuzdaki gibi faaliyet alanı prensibi kapsamında değerlendirilmemekte; bu sürelerin hesabına dair her türlü kuralı tarafların sözleşme ile tespit etmesi gerektiği kabul edilmektedir.

⁵² Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

⁵³ Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

⁵⁴ Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

⁵⁵ Klozun İngilizce metni için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022> (06.04.2023).

⁵⁶ Bu hususta bkz. <https://www.shiplawlog.com/2022/02/04/expecting-the-unexpected-bimco-releases-force-majeure-clause/> (06.04.2023).

Bu hukuk sisteminde yükleme/boşaltma sürelerinin, sadece ve sadece taşıyanın kusuru söz konusu ise bu halde duracağı; bunun dışında sözleşmede tespit edilmiş kurallara göre sürelerin hesaplanacağı belirtilmektedir⁵⁷.

Bu kapsamda yükleme/boşaltma sürelerinin, hukukumuzdaki gibi, 24 saatlik kesintisiz çalışma temelinde hesaplanacağı kabul edilmekle bu kurala getirilecek istisnaların açıkça tarafların akdettikleri yolculuk charteri sözleşmesi ile öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸. Buna göre mesela yükleme/boşaltma sürelerinin hesabında haftalık tatil günleri ve/veya resmi tatil günleri yükleme/boşaltma sürelerinden istisna tutulmak veya limanın çalışma planına göre yükleme/boşaltma sürelerinin hesaplanması ya da hava durumunun yükleme/boşaltmaya izin vermediği günlerin süre hesabından sayılmaması gibi kuralların öngörülmesi isteniyorsa bunların açıkça yolculuk charteri sözleşmesinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında mücbir sebebin yükleme/boşaltma sürelerine etkisi hususunda da yine genel kuralın geçerli olacağı tespitini yapmak zor olmayacaktır. Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse, çalışmanın konusunu teşkil eden depremin, İngiliz hukukuna tabi tutulmuş yolculuk charteri sözleşmeleri açısından mücbir sebep olarak kabul edilip sözleşmedeki yükleme/boşaltma süresini durdurabilmesi için bu hususun sürelerin hesabı açısından istisna tutulması gerekmektedir.

Bu istisna tutma durumunun yukarıda ele alınan BIMCO mücbir sebep klozunda olduğu gibi genel bir mücbir sebep klozu ile de yapılabileceği hususunu da ele almak gerekmektedir. Buna göre, genel mücbir sebep klozunun yükleme/boşaltma süreleri açısından uygulama alanı bulması için, bir önceki başlık altında ifade edilmiş olduğu üzere, mücbir sebep klozunun depremi de açıkça kapsama dahil etmesi veya depremin taraf veya tarafların edimlerinin ifasına engel teşkil ettiğinin somut biçimde ispat edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda depremin gerek klozda açıkça sayılması gerekse de yükleme/boşaltmayı imkansız hale getirmesi gerekmektedir. Aksi halde mücbir sebep klozunun yükleme/boşaltma süresini durdurması mümkün değildir.

Burada son olarak, depremin yükleme/boşaltma süreleri açısından imkansızlık teorisinin uygulanmasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu düşünülmeyişi de belirtilmelidir. Zira deprem, yolculuk charteri sözleşmelerinin ifası açısından bakıldığında, etkileri belirli bir süre devam edebilecek olan, hatta laternatif ifa imkanlarının da söz konusu olabileceği bir durumdur. İngiliz hukuku açısından bakıldığında, ifa imkanının mümkün olduğu her durumda imkansızlık teorisinin uygulama alanı bulmayacağı değerlendirilmesi yapılabilir. Bu sebeple yükleme/boşaltma süreleri açısından bu teorinin uygulama alanı bulmayacağını da burada belirtmek gerekmektedir.

⁵⁷ Baughen, s. 236-238; Schofield, s. 3-5; Wilson, s. 72-74.

⁵⁸ Baughen, s. 236-238; Schofield, s. 3-5; Wilson, s. 72-74; Ülgener, s. 75-92.

2. Sürastarya Süresi Açısından Durum

Çalışmadaki genel açıklamaları ele alan ilk başlık altında da ifade edilmiş olduğu üzere sürastarya süresi İngiliz hukukunda taşıyanın fazladan beklemesi dolayısıyla kendisine ödenen bir tazminat olarak kabul edildiği için, nitelik olarak yükleme/boşaltma süresinden farklıdır.

Daha açık biçimde ifade etmek gerekirse, yükleme/boşaltma süresi, navlun ücreti kapsamında ödenmiş bir ücret iken sürastarya bu ücretten bağımsız olarak ve taşıyanın yükleme/boşaltma süresinden daha fazla beklemesinden dolayı ödenen bir tazminattır⁵⁹.

Hal böyle iken yükleme/boşaltma süreleri için öngörülen istisnaların sürastarya süresi için de geçerli olması; İngiliz hukuku açısından mümkün değildir. Diğer bir biçimde belirtmek gerekirse, navlun ücreti kapsamında ödenmiş olan yükleme/boşaltma süresinin işleyişine dair öngörülen kuralların; nitelik olarak bundan farklı biçimde fazladan bekleme tazminatı olarak öngörülen sürastarya için de uygulanması bu hukuk uygulamasında kabul edilmemektedir⁶⁰.

Bu sebeple, mücbir sebebin ortaya çıkması durumunda sürastarya süresinin duracağı kabul edilecekse; bunun da ayrıca ve açıkça yolculuk çarteri sözleşmesinde kabul edilmesi gerekmektedir. Daha somut biçimde ifade etmek gerekirse, depremin meydana gelmesi dolayısıyla depremin etkilerinin devam ettiği süre boyunca sürastarya süresinin duracağı kabul edilmek isteniyorsa bunun ayrıca sürastaryayı düzenleyen hükme eklenmesi gerekmektedir.

Bunun yanında ayrıca mücbir sebep klozu düzenlenmiş ise bu klozun sürastarya süresinin hesabını da durdurabilmesi için öncelikle, önceki paragraflarda da belirtilmiş olduğu üzere söz konusu sebebin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir. Akabinde bu sebebin sürastarya süresinin işleyişini durdurabilmesi için bu sebebin yükleme/boşaltmayı engellediğinin de ispatlanması gerekmektedir. Daha somut ifadeyle, öncelikle burada depremin mücbir sebep klozu kapsamında kabul edilmesi; akabinde bu sebebin yükleme/boşaltma işlemlerinin yapılmasına engel teşkil etmesi de gerekmektedir.

Burada ayrıca, İngiliz hukukunda yolculuk çarteri sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan *sürastarya süresi bir kere başladı mı durmaz* kuralının kabul edilmiş olması halinde mücbir sebebin sürastarya süresini durdurup durdurmayacağını da kısaca ele almak uygun olacaktır. Bu kapsamda mücbir sebep, sürastaryaya dair düzenleme getiren çarter sözleşmesinin özel hükmü kapsamında düzenlenmiş ise, o halde sürastarya süresinin kesintisiz biçimde devam edeceği kuralına da istisna olarak kabul edilmiş olarak yorumlanacak ve bu halde de sürastarya süresi duracaktır. Ancak genel mücbir sebep klozu var ve sürastaryayı düzenleyen çar-

⁵⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Silahtaroğlu, s. 151-167.

⁶⁰ Baughen, s. 251-252; Schofield, s. 363-367; Wilson, s. 76-78; Ülgener, s. 126-143.

ter sözleşmesi hükmünde de *sürastaryaya süresi bir kere başladı mı durmaz* kuralı kabul edilmiş ise bu halde sürastaryaya mücbir sebep klozunun uygulanmayacağı, diğer bir ifadeyle sürastaryaya süresinin mücbir sebepten istisna tutulduğunun kabulü gerekecektir.

Son olarak, imkansızlık teorisinin uygulanıp uygulanmayacağına dair yükleme/boşaltma süresi kapsamında bir önceki başlık altında yapılmış olan açıklamaların sürastaryaya için de geçerli olacağı ve sürastaryaya süre ve ücreti için de imkansızlık teorisinin uygulama alanı bulmayacağına düşünülmesi belirtilmelidir.

SONUÇ

Kişiler aralarındaki ticari ilişkileri düzenlerken tüm şartların her zaman optimum düzeyde olacağı inancı ile hareket ederler. Basiretli tacir olarak elbette birtakım öngöründe bulunmakla yükümlüdürler. Ancak yine de deyim yerindeyse *en kötü'sünü* düşünmezler.

Ülke olarak biz en kötü'lerden birisini hatta belki de en kötü'sünü maalesef ki 6 Şubat 2023 günü yaşadık. İnsanın doğa karşısında ne kadar güçsüz ve çaresiz kalabileceğini o gün, maalesef, onlarca kaybımızla bir kere daha tecrübe ettik. Yaşadığımız yıkım ve acının sözlüklerde kelime karşılığı yok; hani şair der ya *“kelimelerin kifayetsiz kaldığını bilmezdim”* diye; işte tam da öyle bir yerde kaldık; zaman durdu.

Ancak maalesef hayatın devam ettiği gerçeği ile de yüzleşmek zorunda kaldık. Yüzyıllardır önemli ticaret merkezi haline gelmiş şehirlerin, ilçelerin, limanların depremden etkilenmesine, burada yaşayanlara acılarını yaşayabilmesine hayat en fazla bir hafta izin verdi. Sonrasında hemen her şey, sanki tüm bu yıkımlar olmamış; bu acılar yaşanmamış gibi sil baştan, yeniden yaşanmaya başlandı; ticaret kaldığı yerden devam etti.

Yaşananları elbette unutmadık; unutamayız. Ancak hayatın devam ettiği gerçeğine de uyum sağlamak ve sorunlara çözüm bulmak gerekiyordu; halen de gerekiyor. Herkes bu süreçte en iyi bildiği işi yaparak yaraların sarılmasına karınca kararınca destek olmaya çalıştı. İşte bu çalışma ile naçizane biz de bu sürece katkıda bulunmaya çalıştık.

Depremlerin meydana geldiği ilk hafta, bölgedeki limanlarda tüm operasyonlar durdu; limanda insan gücü yoktu, bulunamadı; çünkü her evden bir cenaze çıkmıştı. İnsanlar canlarıyla sevdiklerinin canlarıyla uğraşıyorlardı.

Ertesi hafta artık operasyonların kısmen de olsa başlaması gerekti. Ancak öte taraftan limanlar insani yardımlar için de kullanılıyordu ve bu yardımlar ticari gemilere verilen hizmetlerden daha öncelikliydi.

İşte tüm bu somut tablo içerisinde taşıma sözleşmelerinde, denizyoluyla taşıma sözleşmesinin bir türü olan yolculuk charteri sözleşmelerinde kaleme alınan

yüklemesi/boşaltma ve bekleme sürelerinin akıbetinin ne olacağına da değerlendirilmesi gerekiyordu. İşte bu çalışmada da gerek TTK gerekse de deniz taşımacılığında sıklıkla uygulama alanı bulan İngiliz hukuk uygulaması ışığında bu sürelerin deprem mücbir sebebi karşısında akıbetinin ne olacağını ele almaya çalıştık.

Kanunumuz uygulaması açısından, sözleşmede açık biçimde mücbir sebep klozu yoksa, yüklemesi/boşaltma sürelerindeki TTK 1156/3 ve 1172/3. Maddelerinin açık düzenlemeleri karşısında yüklemesi/boşaltma sürelerinin duracağı, ancak bu süreler için taşıtanın sürastarya ücreti ödemekle yükümlü olacağı tespitini yaptık. Bu halde ifa imkansızlığına dair TBK 136-137. Madde düzenlemesinin, özel düzenleme olan TTK hükümleri karşısında uygulama alanı bulamayacağını belirtmekle beraber hakim burada, önüne gelen somut olayda, gerek TBK, gerekse de TMK 2. Madde hükümleri ışığında, açık hükme rağmen, yine de TBK 136-137. Maddeyi uygulaması gerektiği kanaatinde olduğumuzu da naçizane belirtme gereği hissettik.

Sürastarya süresi açısından ise yine TTK 1156/6 ve 1172/6. Maddeler ışığında mevcut olan sürastarya süresi bir kere başladı mı durmaz açık hükme karşısında TTK hükümleri ışığında mücbir sebebin uygulamasının çok da mümkün olmayacağı tespitini yaptıktan sonra; sürastaryanın hukukumuzdaki hukuki niteliğinin yolculuk çarteri sözleşmesinde kararlaştırılan ücret olmasından hareketle burada TBK 136-137 hükmünün sürastarya açısından uygulama alanı bulabileceğini belirttik.

İngiliz hukuku açısından ise maalesef durumun bu kadar net ve iç açıcı olmadığını ifade ederek; sözleşmede açıkça mücbir sebebe dair hüküm yoksa bu halde yüklemesi/boşaltma sürelerinin bu halde işlemeye devam edeceğini ifade ettik. Sürastarya süresi açısından ise, sözleşmede mücbir sebep klozu olsa dahi *sürastarya bir kere başladı mı durmaz* hükmünün sürastarya süresi açısından sözleşmeye konmuş ise mücbir sebep klozunun, ayrıca sürastaryaya dair bu özel hüküm içerisinde öngörülmemiş olması halinde, İngiliz hukuku açısından uygulama alanı bulamayacağı değerlendirmesini de yaptık. Son olarak yaşamış olduğumuz depremin, mücbir sebep kapsamında İngiliz hukukundaki imkansızlık teorisi dahilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelemesinde, bu teorisinin ifanın her iki taraf için de imkansız hale gelmesini ve bu imkansızlık halinin de sürekli olmasını aramasından hareketle uygulama alanı bulamayacağını belirttik.

Tüm bu değerlendirmelerimiz; tüm bu tespitlerimiz yaşanan acıları, yıkılan hayatları, kaybedilen canları unutturmaz; unutturmayacak biliyoruz ve bu cümlenin devamının “Ama”sı da yok. Zira bu çalışma, bu acıların unutulmasını değil unutulmamasını sağlamak amacıyla; sözün hala uçtuğu bu zamanda, yazıda kalması amacıyla kaleme alındı...

KAYNAKÇA

- Baughen, Simon. *Shipping Law*. Routledge: 4. Baskı, 2010.
- Baysal, Başak. *Sözleşmenin Uyarlanması, BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, Kasım 2020.
- Bozkurt Bozabalı, Banu. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Doğrultusunda Hazırlık İhbarı, Bekleme Süreleri ve Limanda Olsun Olmasın (WIPON)/Rıhtımda Olsun Olmasın (WIBON) Kaydının Değerlendirilmesi”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C: XXXII*, S: 2 (2016): 177-207.
- Cooke, Julian; Kimball, John D.; Young, Timothy; Martowski, David; Taylor, Andrew ve Lambert, Leroy. *Voyage Charters*. Informa: LLP, 2001.
- Çağa, Tahir ve Kender, Rayegan. *Deniz Ticaret Hukuku II*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2010.
- Çetingil, Ergon; Kender, Rayegan ve Yazıcıoğlu, Emine. *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Laytime%20Definitions%20for%20Charter%20Parties%202013%20v2.pdf (06.04.2023).
- Haight Jr., Charles S. “Babel Afloat: Some Reflections on Uniformity in Maritime Law”, *Journal of Maritime Law and Commerce* V: 28, No: 2 (Nisan 1997): 189 vd., <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jmlc28&div=16&id=&page=> (06.04.2023 - çevrimiçi).
- Kaner, Deniz İnci. *Deniz Ticareti Hukuku II*. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014).
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Palfrey, John G. “The Common Law Courts and the Law of Sea”, *Harvard Law Review*, Vol: 36, No: 7 (Mayıs 1923): 777-801, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1328443.pdf> (06.04.2023 - çevrimiçi).
- Schofield, John. *Laytime and Demurrage*. Informa: 5. Baskı, 2008.
- Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Silahtaroglu Batmaz, Elvin. “Sürastarya Parası ile Gecikme Zararları Kavramlarının Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleri Bakımından Karşılaştırılması”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 5*, S. 2 (2015): 151-167.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1961 Basısından tıpkı Bası, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, G. Sermet; Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Ülgener, Fehmi. “İngiliz Hukukunda Force Majeure Kavramı - Frustration Kurumu”, <https://www.ulgener.com/ingiliz-hukukunda-muchbir-sebep-i25> (06.04.2023).
- Ülgener, Fehmi. *Sürastarya Süresi ve Ücreti*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1993.
- Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, Pearson Education Limited: 2010.

İnternet Kaynakları

- <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/10/A4ID-english-contract-law-at-a-glance.pdf> (06.04.2023).
- <https://chambers.com/articles/force-majeure-clauses-under-english-law> (06.04.2023).
- <https://maintenanceandcure.com/maritime-blog/the-intriguing-history-of-maritime-law/> (06.04.2023).
- [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5776?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (06.04.2023).
- <https://www.bimco.org/> (06.04.2023).
- <https://www.nepia.com/articles/what-is-force-majeure/> (06.04.2023).
- <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-fr/knowledge/publications/b54cf723/force-majeure-hardship-clauses-and-frustration-in-english-law-contracts-amid-covid-19#:~:text=References%20to%20a%20%E2%80%9Cforce%20majeure,from%20performing%20its%20contractual%20obligations> (06.04.2023).
- <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/forcemajeure0211> (06.04.2023).
- <https://www.ukdefence.com/insights/march-2022-stuck-in-the-middle-force-majeure-and-frustration-issues-from-a-charterers-perspective-157129/> (06.04.2023).
- https://www.westpandi.com/getattachment/59a00a14-b021-46e7-81e6-d096a213800f/woe5613_frustration-force_majeure_web.pdf (06.04.2023).

ÖĞRETİDEKİ TEMEL GÖRÜŞLER VE TÜRK POZİTİF HUKUKU KAPSAMINDA İNTERNET ALAN ADLARININ (DOMAIN NAMES) VE ALAN ADLARI ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ^(**)

Öz

Alan adları, belirli bir internet sitesine tahsis edilmiş olan IP numaralarının yerine kullanılmakta olan kelimeler ve işaretlerdir. Bu işaretler belirli bir gerçek ya da tüzel kişinin yahut markanın ismini taşıyabilecekleri gibi, hiçbir anlamı olmayan karmaşık harf ve işaretlerden de oluşabilirler. Ticarî amaçlarla kullanılabilecekleri gibi, hiçbir ticarî amaç taşımadan tamamen bireysel amaçlarla da kullanılabilirler.

Alan adları, yapısı ve fonksiyonu nedeniyle, zaman zaman isimlerle, adreslerle ve markalarla benzerlik göstermektedirler. Ancak isim, adres ya da markalar internet alan adlarının yapısını ve fonksiyonunu tam olarak açıklamaya yetmemektedir. Zira isim olarak kabul etmek alan adlarının fonksiyonunu, ticarî tarafını ve içerik oluşturucu ile web siteyi kullananlar arasındaki ilişkiyi tam açıklayamamaktadır.

Adres olarak kabul edilmesi halinde özellikle ticarî kaygı duymayan, hobi nitelikli web siteleri açısından durumun tam açıklanması mümkün olamamaktadır. Marka olarak kabul etmek için de alan adının sadece ticarî işler için alınmış bir alan adı olması ve alan adına bağlı web sitesinin de ticarî bir web sitesi olması gerekmektedir.

İnternet alan adları kendisine tahsis edilmiş olan kişilerin ilgili alan adı üzerindeki haklarının, kullanma ve yararlanma hakkı sağladığından intifa hakkına çok yaklaşmakta olduğu görülmekte ise de intifa hakkının kişinin ölümüyle sona eriyor olmasına karşın, alan adlarının mirasçılara intikal ediyor olması, alan adları üzerindeki hakkın niteliğini intifa hakkından ayırmaktadır.

Mülkiyet hakkının bünyesinde bulunan tüketme hakkı ise alan adı tahsis edilmiş olan kişiye tanınmamıştır. Ayrıca mülkiyet hakkı süresiz bir aynı hak olmasına karşın, alan adı tahsis edilmiş olan kişinin hakkı tahsis süresi ile sınırlıdır. Bu sürenin sonunda tahsis ücretini ödemek suretiyle tahsisi yenilemezse alan adı üzerindeki hakkı sona erer. Bu açıklamalara göre, alan adı kendisine tahsis edilmiş olan kişinin ilgili alan adı üzerindeki hakkının mülkiyet olmadığı açıktır.

Bu nedenlerle, alan adı tahsis edilmiş olan kişinin ilgili alan adı üzerindeki hakkının sui generis bir hak olduğunu kabul etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler

Alan Adı, Alan Adlarının Tahsisi, ICANN, Belgeli Tahsis, İntifa Hakkı.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 22.12.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 23.02.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1222856.

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku ABD / İstanbul, Türkiye.
E-posta: serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9940-9997>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

FUNDAMENTAL OPINIONS IN THE DOCTRINE AND THE LEGAL NATURE OF THE RIGHT ON DOMAIN NAMES AND DOMAIN NAMES UNDER THE TURKISH POSITIVE LAW

Abstract

Domain names are words and signs that are used instead of IP numbers assigned to a particular website. These signs can carry the name of a certain real or legal person or brand, or they can consist of complex letters and signs that have no meaning. As they can be used for commercial purposes, they can also be used for purely individual purposes without any commercial purpose.

Domain names have some similarities with names, addresses and brands due to their structure and function. However, name, address or brands are not enough to fully explain the structure and function of internet domain names. Because accepting it as a name does not fully explain the function, commercial side and the relationship between the content creator and the users of the website.

If it is accepted as an address, it is not possible to fully explain the situation in terms of hobby websites that do not have commercial concerns.

In order to be accepted as a brand, the domain name must be a domain name purchased for commercial purposes only, and the website connected to the domain name must also be a commercial website.

Therefore, we are of the opinion that internet domain names should be accepted as sui generis rights.

Although it is seen that the rights of the persons to whom the internet domain names have been allocated, on the relevant domain name are very close to the right of usufruct, since the right to use and benefit, although the right of usufruct ends with the death of the person, the fact that the domain names are passed on to the heirs determines the quality of the right on the domain names from the right of usufruct. separates.

The right to consume, which is within the scope of the property right, is not granted to the person to whom the domain name has been allocated. In addition, although the property right is an indefinite real right, the right of the person to whom the domain name has been allocated is limited to the allocation period. If he does not renew the allocation by paying the allocation fee at the end of this period, his right on the domain name expires. According to these explanations, it is clear that the right of the person to whom the domain name has been allocated is not property.

For these reasons, it is necessary to accept that the right of the person to whom the domain name has been allocated is a sui generis right.

Keywords

Domain Name, Assignment of Domain Names, ICANN, Certified Assignment, Usufruct.

Extended Abstract

Domain names are words and signs that are used instead of IP numbers assigned to a particular website. These signs can carry the name of a certain real or legal person or brand, or they can consist of complex letters and signs that have no meaning. As they can be used for commercial purposes, they can also be used for purely individual purposes without any commercial purpose.

Regardless of the purpose of use, domain names have now become a part of our daily life and have become extremely important for both individual and commercial use. For this reason, having domain names is indispensable for both individuals and companies.

It is also extremely important to protect domain names, which have become so important, both against malicious registrations and against other violators. Because without protection, it will not be possible to fully exercise the right to the domain name. However, in order to determine the scope of protection, it is necessary to determine the nature of the domain names.

Domain names have some similarities with names, addresses and brands due to their structure and function. However, name, address or brands are not enough to fully explain the structure and function of internet domain names. Because accepting it as a name does not fully explain the function, commercial side and the relationship between the content creator and the users of the website.

If it is accepted as an address, it is not possible to fully explain the situation in terms of hobby websites that do not have commercial concerns.

In order to be accepted as a brand, the domain name must be a domain name purchased for commercial purposes only, and the website connected to the domain name must also be a commercial website.

Therefore, we are of the opinion that internet domain names should be accepted as sui generis rights.

Although it is seen that the rights of the persons to whom the internet domain names have been allocated, on the relevant domain name are very close to the right of usufruct, since the right to use and benefit, although the right of usufruct ends with the death of the person, the fact that the domain names are passed on to the heirs determines the quality of the right on the domain names from the right of usufruct. separates. Therefore, it is not possible to accept that the right on domain names is usufruct.

The right to consume, which is within the scope of the property right, is not granted to the person to whom the domain name has been allocated. In addition, although the property right is an indefinite real right, the right of the person to whom the domain name has been allocated is limited to the allocation period. If he does not renew the allocation by paying the allocation fee at the end of this period, his right on the domain name expires. According to these explanations, it is necessary to accept that the right of the person to whom the domain name has been allocated is not the property.

With the beginning of the information age, many new concepts, rights and theories have emerged. Unfortunately, it is not possible to explain these new concepts and rights with classical concepts in traditional legal theory. The right on domain names does not fully agree with any of the views put forward. For this reason, it is not possible to explain the rights on domain names with traditional rights in classical legal theory.

For these reasons, it is necessary to accept that the right of the person to whom the domain name has been allocated is not a classical right, but a sui generis right with its own characteristics.

GİRİŞ VE SORUNUN TANIMLANMASI

İnternetin bireylerce kullanımının yaygınlaşması ve web 2.0 teknolojisinin sağladığı interaktif kullanım özelliğiyle birlikte, internet bireysel paylaşımların yanında, firmaların da tanıtımı ve ticaret yapmaları için bir araç haline gelmiştir.

İnternet alan adları, alan adı altında sunulmuş olan bireysel ya da ticarî amaçla oluşturulmuş olan içeriğe ulaşmanın internet kullanıcısı bakımından görünen yüzüdür. Diğer bir deyişle internet kullanıcısı, alan adları vasıtasıyla ilgili internet sitesine ve bu internet sitesi üzerinden sunulmakta olan içeriğe erişim sağlamaktadır. Bu kapsamda bir alan adını elinde bulunduran kişi kuracağı web sitesi ile erişilebilir, internetin getiri ve nimetlerinden faydalanabilir durumda iken, alan adını elinde bulunduramayan kişi ise bu getiri ve nimetlerden mahrum durumdadır. Bu nedenle internet alan adları gerek bireyler ve gerekse firmalar açısından son derece önemli bir değer haline gelmiştir¹.

Bireyler ve firmalar için bu derece önemli hale gelen adlarının hukuken korunması gereği şüphesizdir. Ancak bu korumanın hangi kapsamda yani hangi

¹ Tekin Memiş, "İnternette Alan Adı Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 19, S.1-2, (1999): s. 513-527; Nurullah Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2, (2013): s. 315-351; Seniha Dal, "Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler", *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi* 28, S. 1, (2010): 482-483; Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması", *Bilişim Hukuku Dergisi* 1, S. 1, (2019): 85-112.

hukukî temele dayandırılacağı konusunda öğretide büyük bir fikir ayrılığı bulunmaktadır. Zira korumanın kapsamının belirlenmesi için öncelikle alan adlarının hukukî niteliğinin ve alan adları üzerindeki hakların belirlenmesi gerekmektedir.

Mevzuatta alan adlarının ve alan adları üzerindeki hakkın hukukî niteliği tam ve net şekilde belirlenmiş değildir. Tam tersine, aşağıda değinileceği üzere mevzuatta bu konuda birçok belirsizlikler ve çelişkiler bulunmaktadır. Alan adlarının üzerindeki hak mevzuatta bir taraftan kullanım hakkı ve intifa hakkı olarak belirtilirken, diğer taraftan alan adları üzerindeki hak mülkiyet hakkına yaklaştırılarak alan adlarının satılabileceği ve mirasçılara geçebileceği düzenlenmiştir. Bu belirsizlik ve çelişkiler de alan adının hukukî niteliği konusundaki tartışmaların daha da artmasına neden olmaktadır.

Bu çalışmamızda, internet alan adı kavramı tanımlanacak, internet alan adlarına dair mevzuatımızda yer alan hükümler ve alan adlarının hukukî niteliğine dair bu hükümlerin değerlendirmesi yapılacak, alan adları ve alan adlarının üzerindeki hakkın niteliğine dair öğretide ve yargı kararlarında yer alan görüşler incelenerek kendi görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

I. ALAN ADI KAVRAMI VE YAPISI

A. ALAN ADI KAVRAMI

İnternet'in temelini oluşturan ARPANET'in² önce ABD ordusu, sonrasında ise üniversiteler tarafından geniş şekilde kullanılması, internete bağlanan bilgisayarlar arasında iletişim yani doğru adrese doğru veri aktarımı problemlerini de beraberinde getirmiştir. Bilgisayarlar arasındaki bu iletişim problemini ortadan kaldırmak, bunlar arasındaki veri kayıplarını önlemek ve ortak bir çalışma protokolü oluşturmak için 1968 yılından itibaren yapılan çalışmalar ilk defa 1974 yılında duyurulmuş³ ve 1983 yılı itibariyle Transmission Control Protocol (TCP - Yayın Kontrol Protokolü) ve Internet Protocol (IP - İnternet Protokolü) tam olarak oluşturularak uygulamaya konulmuştur. Böylece, internete bağlanan tüm bilgisayarların gerek internete bağlanmasının ve gerekse doğru adrese kesintisiz şekilde veri aktarımının önü açılmıştır.

Bilgisayarlar arası iletişim, kullanım amacına göre farklı protokoller üzerinden gerçekleştirilmektedir (Örneğin; FTP - File Transfer Protocol, dosya transfer protokolüdür; SMTP - Simple Mail Transfer Protocol, e - posta iletme protokolü, HTTP - Hyper Text Transfer Protocol, hızlı yazı transfer protokolü). TCP/IP protokolü, bilgisayarlar arası iletişiminin kurallarını koyan iletişim protokollerinin

² ARPANET, (Advanced Research Projects Agency - Gelişmiş Araştırma Projeleri Dairesi Ağı) ABD Savunma Bakanlığına bağlı ARPA (Gelişmiş Savunma Araştırmaları Birimi) tarafından geliştirilmiş ve internetin öncüsü olan ağıdır.

³ A Protokol for Packet Network Intercommunication, IEEE Transactions on Communications (Volume: 22, Issue: 5, May 1974). Makalenin tamamına <https://ieeexplore.ieee.org/document/1092259> adresinden erişilebilmektedir. (E.T 16.09.2021).

bütünü oluşturmaktadır. TCP, bilgisayarlar arasında kimlik doğrulaması yaparak, bilgisayarlar arasındaki gerçekleştirilecek olan iletişimin, küçük paketler hâlinde, veri bütünlüğü sağlanarak ve kayıpsız olarak gerçekleştirilmesini sağlar⁴. IP ise, TCP veri paketinin kaynaktan hedefe iletilirken izleyeceği yolu ve ulaşacağı adresi belirleyen, iki bilgisayarın iletişimde kullanılacak olan adreslemeyi sağlayan ve veri yönlendirme kurallarını belirleyen protokoldür. Bu nedenle IP, yönlendirme protokolü olarak da tanımlanmaktadır. IP; verinin içeriği, bütünlüğü ve türü ile ilgilenmeyip, sadece verinin gideceği adresi belirler⁵.

İnternete bağlanan her bilgisayar, IP kurallarına göre belirlenmiş bir numara alır. IP numarası ya da adresi olarak tanımlanan bu numara, bilgisayar internete bağlı olduğu sürece bilgisayarın adresi niteliğindedir. Bu adres her biri 0-255 arasında olan dört sayı grubunun birleşmesi ile oluşur (Örneğin; 176.88.47.188).

Tıpkı bilgisayarlar gibi web sitelerinin de bir IP adresi bulunmaktadır. Bu IP adresi, ilgili web sitesine tahsis edilmiş durumdadır. DNS (Domain Name System) adı verilen bu sistemde, web tarayıcısına ilgili alan adı yazıldığında, aslında bu alan adına tahsis edilmiş olan IP adresi yazılmış olmaktadır⁶. Bu nedenle web tarayıcısına IP adresi yazmakla doğrudan alan adını yazmak arasında temelde fark yoktur⁷.

Bu kapsamda IP adresi, İnternet Alan Adları Yönetmeliğinde (İAAY)⁸ (m.3/1-f); “*Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü*

⁴ TCP, “State” işlemi ile çalışmaktadır. State işlemi üç aşamalı bir işlem olup ilk aşama karşı tarafa kaynaktan hedefe bağlantı isteğinin gönderilmesidir. İkinci aşama bağlantının gerçekleşmesi ve veri transferinin başlaması, üçüncü aşama ise veri transferinin tamamlandığının taraflara bildirilmesidir. Mine Kaya, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 68; Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021),9; Tunç Demircan, *Bilişim Alanında Suçlar*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 19; Turgut Kaya, *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 22; Süleyman Yılmaz, Editör, *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 206; Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 36.

⁵ Ahmet Gül, *Doğrudan - Dolaylı Bilişim Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 28; Demircan, *Bilişim Alanında Suçlar*, 19; Kaplan, *İnternet Ortamında Fikrî Haklar*, 36; Tamer Soysal, “İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım” *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, S. 21, (2006/2): 481-507.

⁶ Harman Preet Singh, “Domain Name Disputes and Their Resolution Under UDRP Route: A Review”, *Archives of Business Research* 6, S. 12, 147-156; Radka MacGregor Pelikanova, “European Integration And. Top Level Domain in 2013”, *The Lawyer Quarterly* 3, S. 4, (2013): 311-323; Memiş, “WIPO Ara Raporu”, 514; Claudio Caruana, “The Legal Nature of Domain Names”, *Elsa Malta Law Review*, Ed.4, Erişim tarihi: Haziran 12, 2023, (<https://mt.elsa.org/emlr/edition-iv>), <https://manager.elsa.mt/api/v1/files/download/6267b854-0f7b-4fe6-b361-fb1a869dfaf4/5.-caruana-claudio-the-legal-nature-of-domain-names.pdf?preview=1>.

⁷ Gül, *Bilişim Suçları*, 28-29; Kaya, *İnternet Hukuku*, 13; Servet Yetim, *Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (Facebook Örneği)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 57; Yılmaz, *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*, 109.

⁸ İnternet Alan Adları Yönetmeliği, RG. 07.11.2011, S. 27752.

standartlarına göre verilen adresi ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. İnternet alan adı kavramı ise Elektronik Haberleşme Kanununda (EHK)⁹ (m. 3/1-v) ve İAAY’de (m. 3/1-d); “İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide alan adı konusunda yapılmış olan farklı tanımlar¹⁰ olsa da, EHK ve İAAY tarafından yapılan tanımın daha doğru ve kabul edilebilir bir tanım olduğunu düşünmekteyiz.

B. İNTERNET ALAN ADLARININ YAPISI

İnternet alan adları; i) Alt alan adı (*Sub domain*), ii) Alan adı (*Domain*), iii) Alan adı uzantısı (*Domain extension*) şeklinde bir yapıdan oluşmaktadır. Alan adı uzantıları global (.com, .net, .org) olabileceği gibi, ülkelere tahsis edilmiş olan özel uzantılar şeklinde de olabilmektedir. Nitekim “.tr” alan adı uzantısı Türkiye’ye tahsis edilmiş olan alan adı uzantısıdır.

İAAY’de yer alan düzenlemeye göre (m.5) “.tr” uzantılı alan adlarının yapısı “a.b.tr” ve “a.tr” şeklindedir. İAAY ekinde yapılan düzenlemeye göre; “a.b.tr” ve “a.tr” yapısındaki internet alan adlarında; “tr”; ülkemizin ISO¹¹ 3166 standardı ile belirlenen ve internet alan adlarında kullanılan kodunu, “b”; “.tr” uzantılı internet alan adları altında tanımlanan alt alan adlarını, “a” kişilerin serbestçe belirlediği alanı ifade eder (İAAY eki). Örneğin; www.ornek.com.tr şeklindeki alan adında, “ornek” kelimesi “a”, “com” uzantısı “b” olarak ifade edilmektedir.

İAAY’de “.tr” altında tanımlanan alan adı uzantıları; “.com”, “.net”, “.biz”, “.info”, “.bbs”, “.name”, “.org”, “.web”, “.gen”, “.av”, “.tv”, “.di”, “.k12”, “.tel”, “.bel”, “.gov”, “.edu”, “.pol”, “.tsk”, “.kep” olarak belirlenmiştir. Ancak BTK, “Tahsise açılacak veya kullanımına son verilecek alt alan adlarını belirlemek” (İAAY, m.14/1-ç) yetkisine sahip olduğundan, bu alt alan adlarının kullanımına son verebileceği gibi bunlara yenilerini de ekleyebilir. BTK tarafından tahsise açılmasına karar verilen yeni alt alan adları, BTK’nın internet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurulur. Duyuruda alan adı tahsisinin belgeli¹² ya da belgesiz yapılacağı da belirtilir. Belgeli tahsis edilecek yeni alt alan adlarının tahsisine ilişkin hususlar BTK tarafından düzenlenir (İAAY, m. 30).

⁹ 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, RG. 10.11.2008, S. 27050 (Mükerrer).

¹⁰ “Alan adını, Web sayfalarını tanımlayan ve bu sayfalara ulaşmayı sağlayan, kısa ve kolayca akıldaki kalan kelimelerden oluşan adres olarak tanımlayabiliriz”. Dal, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları”, 480. Kanımızca, bu tanımda yer alan “kısa”, “kolayca akıldaki kalan” ve “kelime” ifadeleri yerinde değildir. Zira, alan adlarının kısa olma zorunluluğu yoktur. İAAY’de 63 karaktere kadar uzunlukta alan adı belirlenebileceği belirtilmektedir. Yine alan adının kolayca akıldaki kalması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Alan adlarının karmaşık ve akıldaki kalmayacak karakterlerle oluşturulması da mümkündür. Ayrıca her alan adı bir kelime olmak zorunda da değildir. Karmaşık karakterlerle (harf, rakam ve tire işareti) alan adı oluşturulması mümkündür.

¹¹ International Organization for Standardization - Uluslararası Standardizasyon Örgütü).

¹² Aşağıda yer alan alt alan adları belirtilen taraflara BTK’nın belirleyeceği belgeler karşılığında tahsis edilir. İAAY uyarınca BTK tarafından belgeli olarak tahsis edileceği belirlenen alt alan adlarının güncel

II. ALAN ADLARININ TAHSİSİ

A. ULUSLARARASI TAHSİS SİSTEMİ

Her ne kadar internetin ilk adımları ve öncüsü olan ARPA, ABD’de ortaya çıkmış ve internetin yönetiminde ABD ağırlıklı rol oynuyor olsa da, internet ortamının belirli, tek bir sahibi olmayıp, internet insanlığın ortak malı statüsündedir. Bu nedenle internet ağını kontrol eden tek bir otorite de yoktur. İnternetin yönetimi konusunda uluslararası yetkili kuruluşlar adeta tamamı bir el birliği içerisinde internetin yönetimi gerçekleştirmektedir.

Bu kuruluşların en önemlileri ICANN, IANA ve RIR’lardır.

1. ICANN (Internet Corporation For Assigned Names and Numbers)

ICANN, (İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kurumu) 1998 yılında kurulmuş olan, kâr amacı gütmeyen, kamu kurumu niteliğinde olmayan, özel statüde bir kuruluş durumundadır¹³. ICANN, görevini kâr amacı gütmeksizin diğer kuruluşlarla işbirliği içerisinde yürütür.

ICANN, ABD Ticaret Bakanlığı ile yaptığı mutabakat çerçevesinde, dünya ölçeğinde halen onüç adet olan temel DNS sunucularını (kök sunucular)¹⁴ yönetmektedir. DNS kök sunucuları, ICANN tarafından akredite edilmiş kuruluşlar tarafından yönetilmektedir.

ICANN, kendi web sitesinde¹⁵ yaptığı işi şu şekilde anlatmaktadır;

“İnternette başka bir kişiye ulaşmak için bilgisayarınıza - adres veya numara şeklinde - tanımlayıcı bir adres yazmanız gerekir. Bilgisayarların birbirlerini nerede bulacaklarını bilmeleri için bu adres benzersiz olmalıdır. ICANN, bu benzersiz tanımlayıcıları dünya çapında koordine eder. Bu koordinasyon olmadan, tek bir küresel İnternetimiz olması mümkün değildir.

listesi BTK’nın internet sitesinde yayımlanır. Belgeli tahsis yapılacak olan alt alan adları ve tahsis edileceği taraflar şu şekildedir; “.av” Avukatlar, hukuk büroları ve avukatlık ortaklıkları, “.bel” İçişleri Bakanlığı kayıtlarında yer alan belediyeler, “.dr” Tıp doktorları, doktor ortaklıkları, “.edu” Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından tanınan yüksek öğretim kurumları, “.gov” Kamu kurum ve kuruluşları, “.pol” Emniyet Genel Müdürlüğü ve bünyesindeki birimler, “.kl2” Millî Eğitim Bakanlığı (MEB), MEB’e bağlı veya MEB tarafından onaylanmış okul öncesi eğitim veren kuruluş, ilköğretim, lise ve dengi öğretim kurumları ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili mevzuatı kapsamında onaylanmış özel kreş, gündüz bakımevi, özel çocuk kulübü gibi kuruluşlar, “.tsk” Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde yer alan birimler, “.kep” Kurum tarafından yetkilendirilen Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcıları.

¹³ Bal, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, 322; Soysal, “İnternet Alan Adları Sistemi”, 495-496; Pelikanova, “European Integration And. Top Level Domain in 2013”, 314; Kulular İbrahim, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması”, 89.

¹⁴ Bu 13 kök sunucu A’dan M’ye kadar harflerle isimlendirilir. Bu sunuculardan 10 tanesi ABD’de, 1 tanesi İngiltere’de, bir tanesi İsveç’te, bir tanesi ise Japonya’dadır. Bu sunucular internet üzerinde yer alan tüm alan adı ve IP ilişkilerini saklar. Bu kök sunucular dışında, kök sunuculara bağlı olan yerel sunucular da söz konusudur. Bu kök sunucular ya da yerel sunucular arasında herhangi bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda, A sunucusunun kayıtları geçerlidir. Ülkemizde İstanbul’da üç, Ankara’da ise iki adet yerel sunucu bulunmaktadır.

¹⁵ <https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>.

Daha teknik bir ifadeyle ICANN, IANA'nın (Internet Assigned Numbers Authority - İnternet Tahsisli Numaralar Otoritesi) İnternet'in temel adres defteri olan DNS (Alan Adı Sistemi) operasyonlarını yürütmeye yardımcı olur.

ICANN, hayati DNS kaynaklarının teknik işlemlerini sağlamanın yanı sıra, İnternet'in "adlarının ve numaralarının" nasıl çalışması gerektiğine ilişkin politikaları da tanımlar. Çalışma, "aşağıdan yukarıya, fikir birliğine dayalı, çok paydaşlı model" olarak tanımladığımız bir tarzda ilerliyor".

2. IANA (Internet Assigned Numbers Authority)

IANA (İnternet Tahsisli Sayılar Otoritesi) 1972 yılında DARPA (US Defence Information System Agency - ABD Savunma Bilişim Sistemi Ajansı) tarafından kurulmuş olup, IP adreslerinin küresel ölçekte koordinasyonunu ve bölgesel internet tescil kuruluşlarına ihtiyaçlar doğrultusunda dağıtımını düzenlemektedir¹⁶.

IANA, internetin bazı önemli bölümlerinin küresel olarak koordine edilmesi, interneti yönlendiren teknik standartlarda (protokoller) kullanılan benzersiz kodların ve numaralandırma sistemlerinin tahsisi ve sürdürülmesi rolünü üstlenmiştir¹⁷.

IANA, internet konusunda kendi politika belirleme yetkisine sahip değildir. Küresel ölçekte ve ICANN önderliğinde düzenlenen forumlarda mutabık kalınan politika ve ilkeleri tarafsız ve sorumlu bir şekilde uygulamak ve faaliyetlerini yerine getirirken ICANN ile işbirliği ve koordinasyon içinde çalışmak durumundadır.

3. RIR (Regional Internet Registry) VE LAR (Local Internet Registry)

RIR'lar (Bölgesel İnternet Tescil Kuruluşu)¹⁸ ve LAR'lar (Yerel İnternet Tescil Kuruluşu), internetin global işleyişinde önemli görevler üstlenmektedir. IANA tarafından bölgeye tahsis edilen IP ve AS numaraları, RIR'lar tarafından bölgelerde bulunan LAR'lara ve LAR'lar tarafından da internet servis sağlayıcılara (İSS) ve nihayet kullanıcılara tahsis edilir. Bu şekilde IP numaraları küresel ölçekte bir düzen içerisinde olarak dağıtılmış olur.

¹⁶ Pelikanova, "European Integration And. Top Level Domain in 2013", 314.

¹⁷ IANA'nın temel faaliyetleri; i) DNS Kökünün, .int ve .arpa etki alanlarının ve bir IDN uygulamaları kaynağının yönetimi, ii) Küresel IP ve AS (autonomous system) numaraları havuzunun koordinasyonu, iii) İnternet protokollerinin numaralandırma sistemleri, standart formları ile yönetimi, şeklinde özetlenebilir.

Soysal, "İnternet Alan Adları Sistemi", 493.

¹⁸ Halen, alan adlarının ve IP adreslerinin numaralarının yönetiminde beş bölgesel RIR bulunmaktadır; ARIN (Amerikan İnternet Numaraları Tescil Kuruluşu) - ABD, Antarktika, Kanada, bazı Karayip ülkeleri, LACNIC (Latin Amerika ve Karayipler Ağı Bilgi Merkezi) - Latin Amerika ülkelerinin tamamı ve Karayip ülkelerinin çoğu kesimi, APNIC (Asya / Pasifik Ağı Bilgi Merkezi) - Doğu Asya, Okyanusya, Güney Asya, Güneydoğu Asya, RIPE NCC (Reseaux IP Europeens Ağı Koordinasyon Merkezi) - Avrupa, Orta Asya, Rusya ve Batı Asya, AFRINIC (Afrika Ağı Bilgi Merkezi) - Afrika.

RIR'lar bölgesel internet kaydı, belirli bir alandaki internet adresleri gibi tahsis, yönetim, bakım ve kayıt bilgilerinin tutulması ile görevlendirilmiş olan ancak tıpkı ICANN ve IANA gibi kâr amacı gütmeyen bir organizasyonlardır. Her bir RIR, kendisi için belirlenmiş olan uluslararası bölgesi içindeki faaliyetlerde yetkilidir.

B. ÜLKEMİZDEKİ TAHSİS SİSTEMİ

1. Genel Olarak

Ülkemizde alan adlarının tahsisi konusunda üçlü bir yapı söz konusudur. Genel itibarıyla Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı genel politikaları belirlemek, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) regülasyonları ve yetkilendirmeleri yaparak denetlemek, kayıt kuruluşları ise alan adlarının kayıt, yenileme ve sonlandırma gibi işlemlerini yapmakla yetkili ve sorumludur¹⁹.

Ülkemizde, “*Numaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans tahsisi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek*” EHK’da (m.5/1-a); Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görevi olarak sayılmıştır. Ayrıca EHK’da (m.35), internet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esasların da Bakanlık tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Bakanlık, bu konuda ““.tr” uzantılı İnternet alan adları yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek” amacıyla İnternet Alan Adları Yönetmeliği’ni (İAAY)²⁰ yayımlamıştır. Halen, internet alan adlarının tahsisine ilişkin usul ve esaslar İAAY’de yer almaktadır.

İAAY, m.14/1-a’ya göre; “.tr” uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veri tabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirileceği bir sistem olarak “.TR Ağ Bilgi Sistemi” (TRABİS), BTK tarafından kurulacak ve işletilecek veya üçüncü tarafça kurulup işletilmesine ilişkin usul ve esaslar yine BTK tarafından belirlenecektir. TRABİS’in kurulup devreye alınması ile birlikte 1991 yılından itibaren ODTÜ (nic.TR) bünyesinde sürdürülmekte²¹ olan “.tr” uzantılı alan adı tahsis işlemleri, TRABİS’e devredilecektir.

İAAY, m.14/1-ç’ye göre; “*Tahsise açılacak veya kullanımına son verilecek alt alan adlarını (alan adı uzantılarını) belirlemek*” yetkisi BTK’ya aittir. BTK tarafından tahsise açılmasına karar verilen yeni alan adı uzantıları, alan adı uzan-

¹⁹ Bal, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, 338.

²⁰ İnternet Alan Adları Yönetmeliği, Resmî Gazete, T. 07.11.2011, S. 27752.

²¹ Dal, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları”, 486; Mehmet Bedii Kaya, “İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 27, S. 2 (2021): 1462-1486.

tısı tahsisinin belgeli²² ya da belgesiz yapılacağı ile belgeli tahsis edilecek yeni alt alan adlarının tahsisine ilişkin hususlar BTK'nın internet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurulacaktır.

Alan adına sahip olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler başvuru yapabilirler. İAAY, m.6'da yer alan hususlara uygun olmayan alan adları için yapılan başvurular kabul edilmez. Alan adı başvurusu yapacak olan kişiler, yetkili kayıt kuruluşlarından birini seçerek ilgili kayıt kuruluşunun internet sitesinde yer alan başvuru formunu doldurmak suretiyle başvuruda bulunurlar. Kayıt kuruluşu, eksiksiz ve kurallara uygun şekilde yapılmış olan alan adı başvuru talebini almasını müteakip TRABİS üzerinden gerekli işlemleri yapar.

Alan adı bir defada en az bir en fazla beş yıl süre için tahsis edilir. Tahsis süresinin sonuna kadar yenileme işlemi tamamlanmayan alan adının kullanımı iki ay süre ile durdurulur. Bu süre içinde alan adı sahibinin başvurusu üzerine alan adı tahsis işlemi yenilenir. Aksi halde alan adı yeniden tahsise açılır ve bu alan adının tahsise açıldığı bilgisi BTK'nın internet sitesinde yayımlanır. Ancak yeniden tahsise açılan bu alan adları için bir ay süre ile başvuru talebi alınmaz.

2. Belgesiz ve Belgeli Tahsis

Alan adı tahsisleri belgeli veya belgesiz olarak iki yöntemle yapılır.

Bir alan adının (gerçek kişi adı, işletme adı, marka vb nedenlerle) birden çok firma ya da kişiyle ilgili olması ve bunların ilgili alan adını kullanmak istemesi normaldir. Belgesiz alan adı tahsisinde “ilk gelen ilk alır”²³ kuralı geçerlidir²⁴. Bu kurala göre, alan adının tescili için ilk başvuruyu yapan kişi ilgili alan adının kullanma hakkının sahibi olur. İlk gelenin tespitinde, alan adı başvurusunun TRABİS'e ulaştığı zaman kaydı esas alınır (İAAY, m.8/2).

Belgeli alan adı tahsisi, ilgili bilgi ve/veya belgelerin başvuru sahibi tarafından kayıt kuruluşuna verilmesini ve bu bilgi ve/veya belgelerin kayıt kuruluşu tarafından TRABİS'e ulaştırılması suretiyle yapılır. Kayıt kuruluşlarının, TRABİS üzerinden başvuru işlemlerini tam ve doğru olarak tamamladıkları ve ücretini ödedikleri alan adları, başvuru sahiplerine tahsis edilir²⁵.

Gerek belgesiz tahsiste gerekse belgeli tahsiste, alan adı sahibi hizmet almakta olduğu kayıt kuruluşunun internet sitesi üzerinden feragat talebini iletmek suretiyle alan adından feragat edebilir. Ayrıca, i) Alan adı sahibinin verdiği

²² Aşağıda yer alan alt alanlar belirtilen taraflara BTK'nın belirleyeceği belgeler karşılığında tahsis edilir. İAAY uyarınca BTK tarafından belgeli olarak tahsis edileceği belirlenen alt alan adlarının güncel listesi BTK'nın internet sitesinde yayımlanır.

²³ İlk gelen alır ilkesi, teklik ilkesi ve aleniyet ilkesi için Bkz. Yılmaz, *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*, 18.

²⁴ Dal, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları”, 486; Kulular İbrahim, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması”, 90.

²⁵ Farklı ülkelerde yapılan belgeli tahsis şekilleri için Bkz. Bal, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, 322.

bilgilerin tam ve/veya doğru olmadığı tespit edilmesi, ii) Alan adının tahsise kapalı adlar listesine alınması, iii) Alan adı tahsisinin iptali ile ilgili Uyuşmazlık Çözümü Hizmet Sağlayıcı (UÇHS) tarafından BTK'ya iletilen hakem ya da hakem heyeti kararının bulunması ve kararın uygulanması için BTK tarafından belirlenen gerekli şartların mevcut olması, iv) Alan adı tahsisinin iptaline yönelik bir mahkeme kararının bulunması, v) Belgeli tahsis edilen alt alan adları için başvuru esnasında sunulan bilgi ve/veya belgelerin geçerliliğini yitirdiğinin tespit edilmesi durumunda, BTK tarafından ilgili alan adı tahsisini iptal edilebilir.

3. Kayıt Kuruluşları

Kayıt Kuruluşu (KK); başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden kuruluşlardır (İAAY, m.3/1-ı).

BTK, kayıt kuruluşlarının taşıması gereken nitelikleri, uyması gereken kuralları ve diğer hususları tespit eder ve bunları internet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurur. Kayıt kuruluşu olmak isteyen taraflar BTK'ya başvuruda bulunurlar. BTK tarafından gerekli şartları taşıdığı tespit edilen taraflara kayıt kuruluşu olarak faaliyette bulunabilmelerini teminen faaliyet belgesi düzenlenir. Kayıt kuruluşlarının uymak zorunda oldukları kurallar İAAY'de (m.17) sayılmış olup²⁶, bu çalışmanın kapsamını fazlaca genişletmek adına ilgili yükümlülükleri burada saymayacağız.

III. ALAN ADLARININ HUKUKİ NİTELİĞİNE DAİR İLERİ SÜRÜLEN TEMEL GÖRÜŞLER

Mevzuata paralel bir şekilde, öğretilerde ve içtihatlarda da alan adlarının ve alan adlarının üzerindeki hakların niteliğine dair bir netlik bulunmamaktadır²⁷. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden öne çıkanları şu şekildedir.

A. İSİM GÖRÜŞÜ

İsim, gerçek ve tüzel kişilerin diğer kişilerden ayrılmasını sağlayan, onu belirleyen ve diğer kişiler karşısında tanınır olmasını sağlayan kelimelerdir. Gerek gerçek kişilerde gerekse tüzel kişilerde isimlerin temel fonksiyonu, isim sahibini diğer kişilerden ayırt etmektir²⁸.

²⁶ Kaya, "İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler", 1477-1478.

²⁷ Zeliha Karaman, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Karşılaştırmalı Bir Analiz* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 47.

²⁸ Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S. 3 (2008): 561-598; Buğra Kaan Çakıroğlu, "Sosyal Medya Adları ve Türk Medenî Kanunu m.26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 7, S. 1 (2021): 192-214; Sefer Oğuz, "İnternet Alan Adı Hakkının Hukukî Niteliğinin Değerlendirilmesi", *Sakarya Üniv. Hukuk Fak. Dergisi* 9, S. 1 (2021): 13-30; M. Kemal Oğuzman, Özer Selçik ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015): 106.

Bu görüşe göre; internet alan adları adeta ilgili gerçek ya da tüzel kişinin internet ortamında vücut bulmuş isimleridir. Bu bakımdan internet kullanıcı ilgili kişi ya da firmaya ulaşmak istediğinde onun adıyla bir arama yapmakta ve internet sitesini ilgili gerçek ya da tüzel kişi ile özdeşleştirmektedir²⁹. Bu nedenle internet alan adları da TMK anlamında adın korunması kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

B. ADRES GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, internet alan adları bir isimden çok bir adres³¹ gibidir. Alan adı sahibine ulaşmak isteyen kullanıcılar, bu adres sayesinde alan adı sahibine ulaşabilmekte, onun bu adreste sunduğu içerik ve hizmetlerden faydalanabilmektedir³².

Bu görüş temelde gerçek hayatta ve fizikî adreslerde sunulan içerikle bir benzerlik kurmaktadır. Buna göre, örneğin firmaların gerçek hayattaki mağazalarının cadde, sokak, iş merkezi gibi uzantılardan oluşan bir fizikî adresi bulunmaktadır³³. İlgili firma vereceği hizmetleri bu fizikî adreste vermekte, ilgili kişiler de bu firmanın ürün ve hizmetlerinden almak için bu fizikî adrese gitmekte ve istediği ürün ve hizmete ulaşmaktadır. İşte alan adları da firmaların internet ortamında yer alan adresleridir. Bu adresler üzerinden firmalara ulaşılabilen ve firmaların ürün ve hizmetlerinden yararlanılmaktadır. Yine bu adresin kontrolü adresin sahibinde olup, içeriğini istediği gibi doldurabilmektedir.

Alan adının marka olarak tescil edilmiş olmaması da bu anlamda önem arz etmemektedir. Zira firmaların mağazaları nasıl ki koruma altındaysa, alan adları ve bu alan adlarının altında sunulan ürün ve hizmetler de koruma altındadır. Alan adları marka olarak kaydedilmişse, ayrıca markalara özgü koruma yollarından da faydalanabilecektir³⁴.

C. SUİ GENERİS MARKA (MARKA BENZERİ) OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek

²⁹ İnternet alan adlarına benzer şekilde sosyal medya adları da önemli konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal medya adlarının TMK kapsamında korunması için Bkz. Çakıroğlu, "Sosyal Medya Adları", 197-198 ve 202.

³⁰ Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", 569-570; Çakıroğlu, "Sosyal Medya Adları", 194.

³¹ Adres doktrinde genellikle; "bir kişinin hayat faaliyetlerinin ve ilişkilerinin merkezi olan yer" şeklinde tanımlanmaktadır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 131.

³² ABD Temyiz Mahkemesi PANAVISION - Dennis TOEPPEN davasında verdiği 1998 tarihli kararında (No. 97-55467); "Her web sayfasının, bir telefon numarasına veya sokak adresine benzeyen kendi adresi olan kendi web sitesi vardır. İnternetteki her web sitesinin "alan adı" adı verilen bir tanımlayıcısı vardır. Alan adı genellikle bir kişinin adından veya bir şirketin adından veya ticari markasından oluşur. Örneğin, Pepsi, şirket adı, Pepsi ve .com, "üst düzey" alan adı: Pepsi.com." şeklinde açıklama yaparak web sitelerini fiziksel adreslere benzetmiştir. Kararın tamamı için Bkz. <https://cyber.harvard.edu/property/domain/panavision.html>.

³³ Dal, "Türk Hukukunda İnternet Alan Adları", 483.

³⁴ Dal, "Türk Hukukunda İnternet Alan Adları", 488; Memiş, "WIPO Ara Raporu", 517.

şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettir (Sinaî Mülkiyet Kanunu, m.4).

Gerek öğretilerde ve gerekse içtihatlarda alan adlarının marka olarak tescil edilebileceği konusunda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Marka olarak tescil edilmiş olan alan adı, alan adlarına ilişkin korumanın yanında markalara ilişkin korumadan da faydalanabilecektir³⁵. Marka olarak tescil edilmemiş olan alan adları ise, her ne kadar markalara ilişkin düzenlemelerden yararlanamayacak olsa da, aslında internet alan adları da markalara benzer ayırt edici bir işlev görmektedir³⁶. Zira birçok alan adı, ilgili alan adı altında sunulan hizmet ile adeta özdeşleşmiş durumdadır. Bu alan adı altında sunulan ürün ve hizmetler açısından ilgili alan adı, markalar ile çok benzer bir işlevi yerine getirmektedir. Hatta markalar zaman zaman benzer olsalar da internet alan adları benzersizdir³⁷. Alan adları bu özellikleri nedeniyle daha çok şirketlerin fikrî mülkiyet departmanları tarafından takip edilmektedir³⁸. Bu nedenle marka olarak kaydedilmemiş olsa dahi, alan adlarının sui generis bir marka çeşidi olarak kabul edilmesi gerekmekte ve tescilsiz markalara ilişkin hukukî rejime tabi olması gerekmektedir³⁹.

³⁵ Alan adlarının markalarla aynı veya benzer olması durumunda uygulanacak ICANN tahkim usulüne ilişkin maddî şartlar için Bkz. Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", 328-332; Yavuz Kaplan, "İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, S. 3-4 (2003): 697-720; Kaya, "İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler", 1464.

³⁶ Füsün Nomer, "İnternet Alan Adının Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar" *Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı C. 1*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 401; Dal, "Türk Hukukunda İnternet Alan Adları", 484; Alan adı ile markaların karşılaştırılmasına dair Bkz. Natalia Bulat, "A Domain Name and Trademark: A Comparison and Relationship According to Ukrainian Legislation", *The Lawyer Quarterly* 10, S. 3 (2020), 324-336.

³⁷ Virginia Yüksek Mahkemesi 200 yılında verdiği kararında; alan adları her ne kadar adreslerle, telefon numaralarıyla ve markalarla karşılaştırılsa dahi, markalardan farklı olarak tıpkı telefon numaraları gibi benzersiz olduğu yönünde açıklama yapmıştır. Karar için Bkz. <https://law.justia.com/cases/virginia/supreme-court/2000/1991168.html>; Kararın yorumu için Bkz. Caruana, "The Legal Nature of Domain Names".

³⁸ Karaman, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, 48.

³⁹ ABD Temyiz Mahkemesi PANAVISION - TOEPPEN davasında verdiği 1998 tarihli kararında (No. 97-55467); kişilerin başkalarının ticarî markaları ile benzerlik oluşturacak ve ona zarar verecek şekilde internet alan adlarını kendi adına kaydettirmesinin kabul edilemez olduğuna ve bu yolla tescilli bir markaya zarar verilmesi durumunda zararın giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. <https://cyber.harvard.edu/property/domain/panavision.html>.

ABD Anti-Cyberquatting Consumer Protection Act (ACPA) kapsamında alan adlarının marka hakları kapsamında daha fazla korunmaya başladığı konusunda Bkz. Caruana, "The Legal Nature of Domain Names".

Alan adı ile markaların hukukî korumasının karşılaştırılmasına dair Bkz. Bulat, "A Domain Name and Trademark", 327.

D. SUI GENERİS HAK OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre; yeni kavramları eskiden beri var olan klasik hukukî kavramlara dâhil etme ve yeni kavramları eski kavramlarla açıklama çabası yersizdir. Zira bilim ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan yeni kavramların, yeni hukukî kavramları beraberinde getirmesi de kaçınılmazdır. Bilim ve teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan bu yeni kavramları eski hukukî kavramlarla açıklamak yerine, kendi doğasına uygun bir açıklama yapmak gerekecektir. Aksi halde yeni kavramların bazen alanı gereğinden fazla genişletilerek diğer kavramlarla bir karışa ortaya çıkması olası iken, bazen de yeni kavramın alanının fazlaca daraltılması suretiyle yeni kavramın kullanışsız hale gelmesi söz konusu olabilecektir.

İnternet alan adları ise son yüzyılda önce bilgisayar ve ardından da internetin icadı ile ortaya çıkmış olan yeni bir kavramdır. Bu kavram kendine has özellikleri olan bir kavramdır. Tek başına bir isim ya da adres olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacağı gibi, marka benzeri ya da ayırt edici işaret olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir. Zira internet alan adlarının her ne kadar bu kavramlarla bazı ortak noktaları söz konusu olsa da, nitelik ve kullanım açısından farklılıkları da söz konusudur. Bu temel farklılıklar göz önüne alınmaksızın anılan kavramlardan biri olarak kabul etmek, internet alan adlarının hem kullanım alanını hem de korunmasını önemli ölçüde değişikliğe uğratacaktır. Bu görüşü savunanlara göre; açıklanan nedenlerle internet alan adları kendine özgü bir hak niteliği taşımaktadır.

IV. ALAN ADLARINA DAİR MEVZUATIMIZDA YER ALAN TEMEL HÜKÜMLER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İNTERNET ALAN ADLARINA DAİR MEVZUATIMIZDA YER ALAN TEMEL HÜKÜMLER

Yürürlükte bulunan mevzuatımızda internet alan adları ile ilgili temel düzenlemeler EHK ve İAAY'de bulunmaktadır.

EHK (m. 3/1-v) ve İAAY (3/1-d) internet alan adını; “*İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları*” şeklinde tanımlamaktadır. EHK ve İAAY'nin bu tanımına göre alan adları “ad - isim” olarak nitelendirilmiştir.

EHK'nın “Haczedilmezlik ve Haberleşme Hizmetlerinin Sürekliliği” başlıklı 34/1 maddesinde; “*Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde ise internet alan adları üzerindeki hak “intifa ve kullanım” olarak nitelendirilmiştir.

EHK'nın 35. maddesinde ise; “İnternet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun ...” ifadesi yer almakta olup, bir hakkın “tahsis” edilmesi söz konusudur. Benzer şekilde İAAY'nin 8, 9, 10, 11, 12, 14, 17, 21 ve 28. maddeleri ile geçici 3. maddesinde yine “tahsis” ifadesi kullanılmaktadır.

İAAY'nin 13. maddesinde ise; “(1) Alan adları satılabilir veya devredilebilir ... (3) Gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarında alan adı yasal mirasçılara devredilebilir. (4) Satılan veya devredilen alan adının kullanım süresi değişmez” hükmü yer almaktadır (Benzer şekilde İAAY'nin geçici 2. maddesinde de alan adının satılmasından bahsedilmektedir). Buna göre alan adları üzerindeki hak satılabilecek ve devredilebilecek nitelikte bir hak olarak görülmektedir. Sadece mülkiyet hakkının bünyesinde bir arada bulunan kullanma (usus), faydalanma (fructus, semerelerinden yararlanma) ve tüketme (abusus) yetkilerinden tüketme yetkisinin devri anlamına gelen satış yetkisinin alan adı tahsis edilmiş kişiye verilmiş olması nedeniyle İAAY'nin 13. maddesi kapsamında alan adı üzerinde mülkiyet hakkı tanınmış görünmektedir.

Mevzuatımızda yer alan yukarıda anılan maddelerde alan adları üzerindeki hak bir taraftan kullanma, intifa ve tahsis ile ifade edilirken, diğer taraftan mülkiyet hakkına benzer bir düzenleme söz konusudur. Bu nedenle alan adlarının ve alan adları üzerindeki hakkın niteliği konusunda mevzuatta bir netlik olmayıp, tersine tam bir karmaşa söz konusudur.

B. YÜRÜRLÜKTEKİ HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İnternet Alan Adının Niteliği

EHK (m. 3/1-v) ve İAAY (3/1-d)'te internet alan adlarının “ad - isim” olduğu belirtilmektedir. Güncel Türkçe sözlükte “isim; “Bir kimseyi, bir şeyi anlatmaya, tanılamaya, açıklamaya, bildirmeye yarayan söz, isim, nam” şeklinde tanımlanmıştır. Gerçekten gerek insanlardan ve gerekse diğer her türlü maddî-manevî, canlı cansız varlıklardan bahsederken, onu diğerlerinden ayıracak kelimeler kullanırız ve bu kullandığımız kelimeleri genellikle onun ismi olarak belirtiriz⁴⁰.

Herhangi bir kişi ya da kavramı tanımlayan isimlerin anlamlı olması da gerekmemektedir. Bu nedenle internet alan adlarının da bir anlam ifade etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Nihayet; birçok firma hiçbir anlamı olmayan harf ve rakamları bir araya getirerek bunları işletme adı ya da marka olarak kullanabilmekte, aynı zamanda bunları internet alan adı olarak da tahsis ettirebilmektedir. Alan adlarının ortaya çıkışı da isim ve diğer tanıtma işaretlerinden farklı olarak, tanıtma ihtiyacından değil, internete bağlanmak için zorunlu olan IP adresinin kullanım zorluklarını bertaraf ederek, internete daha kolay erişim sağlama ihtiyacından doğmuştur⁴¹.

⁴⁰ Bkz. Yuk. “İsim Olduğu Görüşü”.

⁴¹ Oğuz, “İnternet Alan Adı Hakkının Hukukî Niteliğinin Değerlendirilmesi”, 14.

Diğer taraftan, adres görüşünde belirtildiği üzere, alan adı sahibine ulaşmak isteyen kullanıcılar, internet alan adı sayesinde alan adı sahibine ulaşabilmekte, onun bu adreste sunduğu içerik ve hizmetlerden faydalanabilmektedir. Ancak, internet alan adları altında her zaman yayında olan bir web sitesi olmayabilir. Zira bir kişilerin ya da firmaların sırf ileride yüksek bir bedel karşılığında devretmek için internet alan adlarını tescil ettirdiği bilinmektedir. Özellikle tanınmış marka ya da kişilerin isimlerine yakın alan adları, ilgili kişilerden önce başka kişilerce alınmakta ve bazen bu alan adları üzerinden sahte siteler de yayın yapılmaktadır⁴². Bu gibi durumlarda her zaman alan adının adres olarak değerlendirilemeyeceği düşünülebilir. Tüm bu ihtimallere karşılık, alan adı sahibi bir içeriği yayınladığında, bu içeriğe ulaşım açısından alan adının adres gibi değerlendirilebilmesi de mümkündür.

Sui generis marka olduğu görüşü, daha çok ticari web siteleri göz önüne alınmış gibi görünmektedir. Ticari web siteleri açısından değerlendirdiğimizde, gerçekten internet alan adları da markalara benzer ayırt edici bir işlev görmektedir. Zira, birçok alan adı, ilgili alan adı altında sunulan hizmet ile adeta özdeşleşmiş durumdadır. Ancak, birçok web sitesi sadece kişisel içerik üretmekte, herhangi bir ticari kaygı taşımamaktadır. Bu nedenle, alan adının sui generis marka olduğu görüşü alan adlarının niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁴³.

Sui generis hak olduğu görüşü ise temelde yeni kavramların eski kalıplara sığdırılmaya çalışılmak yerine, bu yeni kavramın daha doğru ve kendi özellikleri ile birlikte doğru şekilde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Gerçekten sanayi devriminden başlayarak günümüz bilişim toplumuna kadar geçen süreçte hukuk alanında birçok yenilikler ve yeni kavramlar ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkmış olan tüm bu teknik, kavramsal ve hukuksal yeniliklerin geleneksel hukuk kavramlarıyla açıklanması her geçen gün daha da olanaksız hale gelmektedir. Ortaya çıkan yeni hukuki kavramlar, her ne kadar nitelikleri açısından çoğu zaman eski kavramlarla bir kesişim alanı taşıyor olsalar da, bir çok açıdan geleneksel kavramlardan ayrılmaktadırlar.

Bu nedenlerle, internet alan adları her ne kadar isimlerle, adreslerle ve markalarla benzer özellikler gösteriyor olsalar da internet alan adlarının niteliği salt bu kavramlarla açıklayabilmek mümkün değildir. Bünyesi, yapısı ve özellikleri göz önüne alındığında, internet alan adlarının sui generis bir hak olduğunun kabul edilmesinin daha doğru olduğu düşüncesindeyiz.

⁴² Alan adlarının kötüye kullanım halleri için Bkz. Singh, "Domain Name Disputes and Their Resolution Under UDRP Route: A Review", 149-150; Kaya, "İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler", 1466-1470.

⁴³ İnternet alan adlarının marka veya ticaret ünvanı olarak kabul edilemeyeceğine dair Bkz. Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", 320.

2. İnternet Alan Adı Üzerindeki Hakkın Niteliği

Yürürlükteki mevzuat açısından ortaya çıkacak olan asıl sorun, alan adlarının niteliğinden çok, alan adları üzerindeki hakkın niteliği ve bu kapsamda hangi tür korumadan faydalanacağı ya da faydalanamayacağı konusunda toplanmaktadır.

a. İntifa Hakkı Olduğu Yönündeki Düzenleme

Yukarıda değinildiği üzere; EHK'nın "Haczedilmezlik ve Haberleşme Hizmetlerinin Sürekliliği" başlıklı 34/1 maddesinde; "... *internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları*" ifadesi kullanılarak internet alan adları üzerindeki hakkın intifa ve kullanım hakkı olduğu belirtilmiştir.

Türk hukukunda intifa hakkı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 794-822. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TMK m.794'e göre; "*İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. / Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar*".

Buna göre intifa hakkını; "*Gerçek veya tüzel kişiler lehine taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilen, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma hakkı sağlayan haktır*" şeklinde tanımlamak mümkündür⁴⁴.

Bilindiği üzere eşya üzerinde kullanma (*usus*), semerelerinden yararlanma (*fructus*) ve tüketme (*abusus*) olmak üzere üç hak söz konusu olabilir. Eşya üzerindeki bu üç hakkın bir arada bulunması durumunda mülkiyet (tam aynî hak) hakkından söz edilir⁴⁵. Bu husus TMK m. 683'te; "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu haklardan kullanma ve / veya yararlanma haklarının malikten ayrılarak başka kişilere tanınması halinde sınırlı aynî hak söz konusu olur⁴⁶. Sınırlı aynî haklar içerisinde en geniş yetki veren hak ise, kullanma ve yararlanma haklarını bir arada bünyesinde bulunduran intifa hakkıdır. İntifa hakkı sahibi, intifa hakkının konusunu oluşturan şeyi kullanabileceği gibi onun her türlü menfaatinden yararlanma hakkına da sahiptir⁴⁷.

İntifa hakkı süreli olarak kurulabileceği gibi süresiz olarak da kurulabilir. TMK m. 797'ye göre; "*İntifa hakkı, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğın ortadan kalkmasıyla sona erer. / Tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok yüz yıl devam edebilir*". Yani gerek gerçek kişilerde gerekse tüzel kişilerde süresiz intifa hakkı kurulabileceği gibi süreli intifa hakkı da kurulabilir. Ancak, süresiz olarak ku-

⁴⁴ Benzer tanım için Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016): 827.

⁴⁵ Haluk Nami Nomer ve Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 185.

⁴⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 767; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 307.

⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 829.

rulmuş olsa bile gerçek kişinin ölümü ve tüzel kişiliğin sona ermesi yahut tüzel kişiler lehine kurulmuş olan irtifak haklarının üzerinden yüz yıl geçmesi ile intifa hakkı sona erer.

Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir (TMK m. 806)⁴⁸. Nihayet gerek EHK ve gerekse İAAY'ne göre alan adlarının başkalarına devri mümkündür.

Tüm bu açıklamalar ile ilk anda internet alan adları üzerindeki hakkın intifa hakkı olduğu düşünülse dahi, intifa hakkı sahibi gerçek kişinin ölümüyle hak sona eriyor olmasına⁴⁹ karşın, internet alan adının sahibinin ölmesi halinde internet alan adı sona ermemekte, alan adı sahibinin yasal mirasçılara intikal etmektedir (İAAY m.13). Bir mal varlığı unsuru olarak alan adının sadece yasal mirasçılara değil, atanmış mirasçılara da intikal etmesi mümkündür. Bu nedenle, EHK m.34'te internet alan adları üzerindeki hakkın bir intifa hakkı olduğundan bahsediliyor olsa da, belirtilen fark nedeniyle bu hakkın tipik bir intifa hakkı olmadığı açıktır.

b. Mülkiyet Hakkı Olduğu Yönündeki Düzenleme

Yukarıda değinildiği üzere, İAAY'nin 13. Maddesinde ise; “(1) Alan adları satılabilir veya devredilebilir ... (3) Gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarında alan adı yasal mirasçılara devredilebilir” hükmü yer almaktadır. Özellikle satış hakkının tanınması nedeniyle İAAY'nin 13. maddesi kapsamında alan adı üzerinde mülkiyet hakkı tanınmış görünmektedir⁵⁰.

Mülkiyet hakkı, sahibine eşyayı kullanma, yararlanma ve onu tüketme hakkı, yani eşya üzerinde hukuk düzeninin sınırları içerisinde mutlak bir hakimiyet sağlar⁵¹. Bir aynî hak olan mülkiyet hakkı mutlak, süresiz ve zamanaşımına uğramayan bir aynî haktır⁵². Yani belirli bir süre geçmesi ile birlikte mülkiyet hakkı sona ermez. Mülkiyet hakkına konu olan şeyin yok olması gibi bir nedenle mülkiyet hakkı tamamen yok olmadıkça, hak ortadan kalkmaz. Ancak mülkiyet hakkının satış, trampa, kamulaştırma vd. şekillerde başkasına devri mümkündür.

⁴⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 828.

⁴⁹ İntifa hakkı devredilemez ve mirasçığa geçmez. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 828.

⁵⁰ Alan adları üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olduğu yönündeki görüş için Bkz. Caruana, “The Legal Nature of Domain Names”. Alan adları üzerindeki hakkın mutlak haklar ve nisbi haklar yönünden değerlendirilmesi için Bkz. Oğuz, s. 16-23.

⁵¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 274 Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 187.

⁵² Gerek mülkiyet hakkı ve gerekse bu haktan doğan davalar açısından zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine dair Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 29; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 5.

İAAY'ne göre; “Alan adı bir defada en az bir en fazla beş yıl süre için tahsis edilir” (m.8/5). “Tahsis süresinin sonuna kadar yenileme işlemi tamamlanmayan alan adının kullanımı iki ay süre ile durdurulur. Bu süre içinde alan adı sahibinin başvurusu üzerine alan adı tahsis işlemi yenilenir. Aksi halde alan adı yeniden tahsise açılır” (m.9/3). “Yenileme için belirtilen sürenin sonunda yenileme için bir talep gelmemesi halinde ilgili alan adı yeniden tahsise açılır ve bu alan adının tahsise açıldığı bilgisi Kurumun İnternet sitesinde yayımlanır. Ancak yeniden tahsise açılan bu alan adları için bir ay süre ile başvuru talebi alınmaz” (m.12/1).

İAAY'de yer alan ve yukarıda belirtilen hükümler kapsamında alan adı üzerinde, alan adı sahibinin yetkisinin süresiz ve sınırsız olmadığı açıktır. Alan adı sahibi alan adını kullanmaya devam etmek istiyorsa en fazla beşer yıllık tahsis süreleri sonunda alan adının tahsisini yenilemek zorundadır. Aksi halde alan adı üzerindeki kullanma ve yararlanma hakları sona erecektir. Bu durumda BTK tarafından ilgili ana adı tekrar tahsise açılacaktır. Öyleyse her ne kadar İAAY'nin 13. Maddesinde alan adının satışından bahsedilmekte ve alan adı üzerinde tanıyan hakkın mülkiyet olduğu yönünde bir düzenleme bulunuyor olsa da, tanınmış olan bu hakkın mülkiyet olmadığı açıktır.

Diğer taraftan; Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) satış sözleşmesi (m.207); “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir” şeklinde düzenlenmiştir. Satış sözleşmesinde satıcının en temel borcu “mülkiyeti nakil” borcudur⁵³. Yukarıda açıklandığı üzere alan adı üzerindeki hakkı “mülkiyet” olmayan bir kişinin, var olmayan bir mülkiyet hakkını devredebilmesi de mümkün değildir.

Bu nedenlerle, sadece mülkiyet hakkının kapsamında bulunan “satma” yetkisinin alan adları için de var olduğu yönünde İAAY'de yer alan düzenleme, eşya hukukunun mülkiyet hakkı konusundaki ve borçlar hukukunun satış sözleşmeleri konusundaki en temel düzenlemelerine aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında;

İnternet alan adları, belirli bir internet sitesine tahsis edilmiş olan IP numaralarının yerine, DNS sistemi kapsamında kullanılmakta olan, bir anlam taşımak zorunda olmayan, harf, kelime ve işaretlerdir. İnternet alan adları, bir işletmenin yahut markanın ticarî faaliyetleri kapsamında kullanılabilmesi gibi, herhangi bir ticarî amaç taşımadan tamamen bireysel amaçlarla da kullanılabilirler.

Bu nedenlerle, zaman zaman isimlerle ya da adreslerle zaman zaman da markalarla benzerlik göstermektedirler. Ancak isim, adres ya da markalar internet

⁵³ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 93.

alan adlarının yapısını ve fonksiyonunu tam olarak açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, internet alan adlarının sui generis hak olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

İnternet alan adları kendisine tahsis edilmiş olan kişilerin ilgili alan adı üzerindeki haklarının, kullanma ve yararlanma hakkı sağladığından intifa hakkına çok yaklaşmakta olduğu görülmektedir. Ancak, intifa hakkının kişinin ölümüyle sona eriyor olmasına karşın, alan adlarının mirasçılara intikal ediyor olması, alan adları üzerindeki hakkın niteliğini intifa hakkından ayırmaktadır. Diğer taraftan mülkiyet hakkının bünyesinde bulunan tüketme hakkı ise alan adı tahsis edilmiş olan kişiye tanınmamıştır. Yine mülkiyet hakkı süresiz bir aynî hak olmasına karşın, alan adı tahsis edilmiş olan kişinin hakkı tahsis süresi ile sınırlıdır. Bu sürenin sonunda tahsis ücretini ödemek suretiyle tahsisi yenilemezse alan adı üzerindeki hakkı sona erer. Bu açıklamalara göre, alan adı kendisine tahsis edilmiş olan kişinin ilgili alan adı üzerindeki hakkının mülkiyet olmadığı açıktır.

Bu nedenlerle, alan adı tahsis edilmiş olan kişinin ilgili alan adı üzerindeki hakkının sui generis bir hak olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Bal, Nurullah. “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi.”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-2, (2013): 315-351.
- Bulat, Nataliia. “A Domain Name and Trademark: A Comparison and Relationship According to Ukrainian Legislation.”, *The Lawyer Quarterly*, Vol. 10, No. 3 (2020): 324-336.
- Caruana, Claudio “The Legal Nature of Domain Names”, *Elsa Malta Law Review*, Ed. 4.
- Çakıroğlu, Buğra Kaan. “Sosyal Medya Adları ve Türk Medenî Kanunu m.26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması.”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, (2020): 192-214.
- Dal, Seniha. “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler.”, *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, C. 28, S. 1, (2010): 479-497.
- Demircan, Tunç. *Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Gül, Ahmet. *Doğrudan - Dolaylı Bilişim Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kaplan, Yavuz. *İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Kaplan, Yavuz. “İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 3-4, (2003): 697-720.
- Karaman, Zeliha. *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kaya, Mehmet Bedii. *İnternet Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- Kaya, Mehmet Bedii. “İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 2, (2021): 1462-1486.
- Kaya, Mine. *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kaya, Turgut. *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, (2019): 85-112.
- Memiş, Tekin. “İnternette Alan Adı Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 19, S. 1-2, (1999): 513-527.
- Nomer, Fusun. “İnternet Alan Adının Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar” *Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, Serkan. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Oğuz, Sefer. “İnternet Alan Adı Hakkının Hukukî Niteliğinin Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, C. 9, S. 1, (2021): 13-30.

- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3 (2008): 561-598.
- Pelikanova, Radka MacGregor. “European Integration And. Top Level Domain in 2013”, *The Lawyer Quarterly*, Vol. 3, No. 4, (2013): 311-323.
- Singh, Harman Preet. “Domain Name Disputes and Their Resolution Under UDRP Route: A Review”, *Archives of Business Research*, Vol. 6 No. 12, (2018): 147-156.
- Soysal, Tamer. “İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım” *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 21, (2006/2): 481-507.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Ulukaya, Özge, editör Süleyman Yılmaz. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Uslu, Abdüssamet, editör Süleyman Yılmaz. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Usta, Sinan, editör Süleyman Yılmaz. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

İnternet Kaynakları

- <https://cyber.harvard.edu/property/domain/panavision.html>.
- <https://law.justia.com/cases/virginia/supreme-court/2000/1991168.html>.
- <https://mt.elsa.org/emlr/edition-iv>.
- <https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>.

MADEN HAKLARI DEVİR SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ^(**)

Öz

Maden mevzuatında özel hukuk hükümleri kapsamında devredilebilir maden hakları düzenlenmiştir. Bu hakların devrine ilişkin sözleşmelerin şekil şartına tabi olup olmadığı konusunda hem yargı kararlarında hem de doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin şekil özgürlüğü/zorunluluğu ayrımı içerisinde ele alınması gerekmektedir. Genel bir perspektiften bakılarak, bir sözleşmeyi belirli bir şekilde yapma zorunluğu söz konusu olabilmesi için gerekli şartlar irdelenmiştir. Ardından bu şartların maden hakları devri sözleşmeleri için de geçerli olup olmadığı açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Maden Hakkı, Maden Ruhsatı, Maden Hakları Devir Sözleşmesi, Şekil Özgürlüğü.

FORM OF MINING RIGHTS TRANSFER AGREEMENTS

Abstract

In the mining legislation, transferable mineral rights are regulated within the scope of private law provisions. There are different opinions in both the judicial decisions and the doctrine as to whether the agreements regarding the transfer of these rights are subject to the form requirement. These views need to be handled within the freedom of form/obligation distinction. From a general perspective, the conditions necessary for a contract to be made in a certain way must be examined. Then, it is explained whether these conditions are also valid for mining rights transfer agreements.

Keywords

Mining Rights, Mining License, Mining Rights Transfer Agreement, Freedom of Form.

Extended Abstract

In the mining legislation, transferable mineral rights are regulated within the scope of private law provisions. Pursuant to the authority granted by the state over the mines, private law persons have certain rights such as exploration license, operating license and right of discovery within the scope of mineral rights. In Article 5 of the Mining Law, it is clearly regulated that mining licenses and the right of discovery can be transferred. As a result of the regulation that the mineral rights are transferable, these rights can be subject to legal transactions between the parties. These rights can be acquired by third parties. The mining rights transfer agreement is not defined in both the Mining Law and the Mining Regulation. As stated before, which mineral rights can be transferred by the legislator has been counted. The mining rights transfer agreement is not defined in both the Mining Law and the Mining Regulation. It has been counted which mineral rights can be transferred by the legislator.

There are different opinions in both the judicial decisions and the doctrine as to whether the agreements regarding the transfer of these rights are subject to the form requirement. With the provision of Article 79 of the Mining

^(*) Makalenin Dergiye Gönderme Tarihi: 10.01.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 15.01.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1231821.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / Antalya, Türkiye. E-posta: agahkursatkarauz@gmail.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1253-7430>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Regulation, the form condition accepted as an official form in the doctrine and judicial decisions cannot be imposed. Freedom of form, which is a sub-view of freedom of contract, which is one of the principles that dominate the law of obligations, is the rule; The exception is the form requirement. However, it may impose a form requirement by law or by a regulation based on the authority given by the law. Filling the Annex-19 form in the regulation and applying to the general directorate cannot be considered as a form requirement for this reason. Moreover, if the form requirement of this form in the annex of the regulation is accepted, the side performance obligations and side obligations of the contract regarding the transfer of mining rights between the parties should also be fit into this form or stated in this form. However, this form does not have such a structure, it is just a printed form to fill in the blanks. However, due to the high economic value of mineral rights in practice, it is seen that mixed contracts are also made with the main contract, additional protocols and even other contracts being decided as counter-acting during the conclusion of these contracts. If the official form requirement of the provision in the regulation is accepted, all these contracts and their amendments must also be subject to this form condition, but this is not possible.

Contracts regarding the transfer of mining rights have been subject to the approval of the Ministry of Energy and Natural Resources; The approval of the ministry is an element of effectiveness. In this case, the contract will not be valid until the ministry gives its approval. With the approval, it creates a future effect. In addition, in the mining legislation, registration in the mining registry is required for the transfer of mineral rights. Registration in the registry is not a matter of form, but an additional constituent element. Therefore, if it is not registered, the contract between the parties will not be valid. In practice, it is automatically registered in the mining registry upon approval by the ministry. However, it is regulated in the Mining Law that the rights on the mine cannot be acquired if the registration is not made explicitly. This regulation shows that the registration made in the mine registry is of a founding nature. Finally, the conditions necessary for a contract to be made in a certain way must be examined. Then, it is explained whether these conditions are also valid for mining rights transfer agreements.

I. MADEN HAKKI KAVRAMI

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 168. maddesine göre, tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altında olup; madenler de tabii servetler ve kaynaklar kapsamı içerisinde mütalaa olunur. 1982 Anayasası m. 168'e göre, bu varlıkların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Ancak devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Devlet tarafından ancak kanunla bu kaynakların aranması ve işletilmesi gerçek ve tüzel kişilere bırakabilmektedir. Bu hakkın gerçek ve tüzelkişilerin bırakılması halinde uyulması gereken şartlar ve devlet tarafından yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideleri kanunda gösterilir.

Maden hakları, madenler üzerinde alınan izin ve ruhsatlara istinaden farklı görünümde ortaya çıkan haklar ve yükümlülükler demetidir. Maden Kanunu ve Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmelik "tanımlar" başlıklı m. 4'e göre, maden hakkı, madenlerin aranması, bulunması ve işletilebilmesi için verilen izinler ve maden yataklarının bulunmasına yardımcı olanlara tanınan maddi imkânları ifade etmektedir. Bu haklar bünyesinde arama hakkı, işletme hakkı, buluculuk hakkı, (takaddüm) öncelik hakkı, irtifak ve intifa hakkı, görünür rezerv geliştirme hakkı, kamulaştırma talebi gibi haklar yer almaktadır¹.

¹ Maden hakkı terimi yerine maden hakları kavramının daha uygun olacağı, çünkü maden üzerindeki hakların tek bir haktan oluşmadığı, birden çok haktan oluşan bir haklar demeti niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Erdoğan Göğer, *Maden Hukuku*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979), s. 104 vd.; Mustafa Topaloğlu, Yaşar Kayserili, *Türk Maden Hukuku ve*

Madenler üzerinde tanınan hakların hukuki niteliği de tartışmalıdır. Maden Kanunu m. 38/3'de maden sicilinin aleni olduğu ve bu sicildeki kayıtların bilinmediği iddiasının dinlenmeyeceği hususu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, maden sicilini tapu siciline benzer bir yapıya getirirse de, her iki sicil arasındaki en önemli fark kayıt konusu varlıkların niteliğidir². Tapu sicili sistemine sadece özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazlar kaydedilirken; madenler kamunun hüküm ve tasarrufu altındadır. Doktrinde sırf madenlerin sicile kaydedilmesi, bu sicil üzerinden devirlerinin yapılması ve sicilin herkese açık olması gibi nedenlerle maden hakkının aynı hak niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür³. Bir diğer görüşe göre, maden hakları, madenler üzerinde hakların tesisinin idarî makamlar tarafından yapılması, Medeni Hukuk kapsamında aynı haklardan sayılmaması ve sicile kaydı için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaması sebepleri ile eşya hukuku anlamında bir aynı hak olmayıp kendine özgü bir aynı hak niteliğindedir⁴. Bu konuya ilişkin yargı kararlarında da maden hakkının bir alt görünümü olan işletme hakkının aynı hak niteliğinde bir hak olduğu, hatta intifa hakkı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁵.

Yeraltı Zenginlikleri Mevzuatı, (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990), s. 46; İhsan Erdoğan, *Hukuki Açıldan Define*, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 519-520; Cemal Dursun, Karşılaştırmalı Hukukta Rödovans Sözleşmesinin Tarafları, Konusu, Hukuki Niteliği ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi SBE, 2017, s. 194. 743 sayılı TKM zamanında 632. maddede taşınmaz olarak madenlerin kendisinin değil üzerindeki hakların taşınmaz vasfını haiz olduğu kabul edilmektedir. Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Aynı Haklar)*, (AÜHF Yayınları, 1984, 2. Baskı), s. 201. Karşıt görüşe göre, taşınmaz olarak maden cevherlerinin fiziki varlığının kabul edildiği Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şufa Hakkının Mevzuu ve Sijeleri*, İÜHF, Cilt 18, S. 3-4, 1952, s. 879.

- ² Hayrettin Kurt, *Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili*, (Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020), s. 51.
- ³ Mutlak hak niteliğinin tartışmasız olduğu hakkında bkz. Demet, Özdamar, *Maden Hakkı ve Maden İrtifakı*, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 320; maden hakkının sadece özel hukuk ilkeleriyle açıklanması da yeterli olmayan, idare hukukunun kapsamlı etkisi altında olması da dikkate alınarak bir tür idari aynı hak niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bkz. ÇİTİL, Bünyamin, *Tüm Yönleriyle Maden Hukuku (Cumhurbaşkanlığı Sistemi KHK ve Kararnameleri Işığında)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 145. Bkz. DİDDGK 03.04.1981, E. 1981/4, K. 1981/25: "Kişilerin bu müsaadeler ve imtiyazlar sonunda kamu malları üzerinde iktisap ettiği haklara da idari aynı haklar denilmektedir. Bu haklar, mutlak mahiyet arzettikleri, yani hak sahipleri üçüncü şahıslara karşı haklarını dermeyeran edebildikleri ve icabında zilyetlik yetkilerini kullandıkları için aynı hak sahipleri durumdadırlar." Karar için bkz. Dursun, s. 200. Maden hakkının medeni hukuk kapsamında aynı hak niteliğinde olduğu hakkında bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 04.05.1966 t., E. 1996/6, K. 1966/4 (RG. 1.6.1966, S. 12311); Özdamar, s. 320. Maden hakkının sahibine bahsettiği hakların özel hukuk anlamında aynı hak vasfına haiz olduğu hakkında bkz. Aydın Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*, İstanbul 2008, s. 198 vd.; Halit Erol Çanga, Bora Çanga, *Maden Kanunu (Danıştay Kararları ile Açıklamalı)*, İstanbul, 1996), s. 193.
- ⁴ Özdamar, s. 320; Hüseyin Amıkoğlu, *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 33; Kemal Erdoğan, *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 43.
- ⁵ İntifa hakkı görüşü için bkz. Halil Kılıç, *Gayrimenkul Davaları (Teori, Açıklamalar, Kararlar)*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2013), s. 2488; Yargıtay 14.HD. 13.2.2007, E. 2006/15092 K. 2007/1210, Yargıtay 4.HD. 14.12.2004, E. 2004/5947 K. 2004/14237 kararlar ve değerlendirmeye için Bkz. Erdoğan, s. 45.

Maden haklarının aynı hak niteliğinde olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle maden hakları ile madenci arasında aynı haklarda olduğu gibi eşya ile kişi arasındaki inhisari (doğrudan) bir ilişki yoktur; bir ruhsata veya izne istinaden kullanma ve yararlanma yetkisi vardır. Kaldı ki; aynı haklarda sınırlı sayı prensibi bulunmaktadır; maden hakları kanunda sayılan aynı hak türlerinden biri değildir. Maden haklarında idare tarafından hak sahibine verilen yetkiye istinaden sadece kullanma ve yararlanma hakkı bulunmakta olup; taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı iddia edilemez. Ayrıca maden hakkı, kolluk ruhsatı niteliğinde kamu hukuku karakterlidir. Maden hakkının malvarlığına ilişkin sonuçları olması bu hakkı aynı hak yapmaz⁶. Maden hakkına veya alt türü olan işletme hakkına istinaden taşınmazdan ayrılan maddenin taşınır eşya niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Ancak maddi varlığa sahip olmayan ve hatta özel hukuk kökenli dahi olmayan bu hakkın aynı hak olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Maden hakkı aynı hak niteliğinde olmamakla beraber bu hakkın bahsettiği yetkiler sonucunda özel hukuk kökenli malvarlığı hakları ortaya çıktığı tartışmasıdır.

II. DEVİR KONUSU YAPILABİLECEK HAKLAR

Madenler üzerinde devlet tarafından tanınan yetkiye istinaden özel hukuk kişilerinin maden hakları kapsamında arama ruhsatı, işletme ruhsatı ve buluculuk hakkı gibi birtakım hakları bulunmaktadır. 3213 sayılı Maden Kanunu m. 5'te açıkça, maden ruhsatları ve buluculuk hakkının devredilebileceği düzenlenmiştir. Maden haklarının devredilir olduğuna ilişkin düzenleme sonucunda, bu haklar taraflar arasında hukuki işlemlere konu edilebilir. Bu haklar üçüncü kişilerce devren iktisap edilebilir. Ancak 3213 sayılı MK m. 6 kapsamında bu haklar sadece sayılan kişilere devredilir⁷.

Maden hakları olarak tanınan arama, işletme ruhsatı ile buluculuk hakkının bölerek devredilmesine kanun koyucu imkân tanınamamıştır. Buna göre, maden haklarının (arama, işletme ruhsatların ve buluculuk hakkının) hisselendirilmesi, MK m. 5 kapsamında hakların bölünmezliği emredici hükmü nedeniyle geçersizdir. Bu tür haklar ancak bir bütün halinde hukuki işlem yoluyla devredilir. Aynı ilke, maden haklarının miras yoluyla intikali içinde belirlenmiştir.

A. MADEN RUHSATLARI

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki madenlerin, idare tarafından belirli bir sahaya özgü olarak verilen izin ile aranması veya işletilmesi için gerçek veya tüzel

⁶ Maden, kamu malı olması nedeniyle zaten ayrı bir rejime tabidir ve emredici nitelikli düzenlemeler ile korunur; Bkz. Dursun, s. 199 vd.

⁷ Maden hakları, fiil ehliyetine sahip T.C. vatandaşlarına, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilir. Maden hakları gerçek veya tüzel tek kişi adına verilir. Devlet memurları, diğer kamu görevlileri, Genel Müdürlüğün merkez ve taşra teşkilatında çalışan yevmiyeli ve mukaveleli personel, arama ve işletme ruhsatı alamaz.

kişilere verilen belgeye maden ruhsatı denir. Madenlerin aranması veya işletilmesi ancak devlet tarafından verilen izinlere başka bir deyişle ruhsatlara bağlıdır. Madenlerin aranması ve işletilmesi için yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde ruhsat vermeye yetkili makam Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğüdür.

Türk Hukukunda maden ruhsatı, arama ve işletme ruhsatı olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan ilki; arama ruhsatı, maden sahasından cevherin olup olmadığı için yapılan faaliyet niteliğinde olup; öncelikle bu ruhsat alınmaksızın madencilik faaliyetleri başlamaz. Maden Kanunu'nun 3. maddesine göre, "arama ruhsatı"; belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunulabilmesi için verilen yetki belgesi olarak tanımlanmıştır.

İşletme ruhsatı ise, MK m. 3'e göre, madencilik işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen izin belgesini ifade etmektedir. Arama ruhsatı sahibi öncelikle bu ruhsatının verdiği yetkiye istinaden madeni arar ve bu faaliyet sonucunda bulursa, artık işletme safhasına geçecektir. İşte bu safhaya geçebilmesi için yetkili makamdaki işletme ruhsatının alınması gerekir. İşletme ruhsatı, arama ruhsatı dönemlerinin tamamlanmasından sonra verilen bir ruhsat olup, maden sahasının hukuken işletmeye hazır olduğunu göstermez. Ayrıca işletme ruhsatı yanında ruhsat sahibi tarafından işletme izinlerinin de alınması gerekir. Bu sahanın niteliği itibari ile orman, kıyı, askeri yasak bölge veya mera içerisinde olması mümkündür. Bu yüzden sadece MAPEG tarafından verilen ruhsat ile maden çıkarılamaz. Bu nedenle, ilgili kurumlardan da izin alınarak bu izinlerin MAPEG'e getirilmesi ve işletme izin belgesi alınması gerekir. Görüleceği üzere, işletme ruhsatı ile işletme izni birbirinden farklı anlama gelmektedir; ancak işletme ruhsatı alan kişinin faaliyetlere başlaması için işletme iznini de alması beklenmektedir⁸.

Hem maden ruhsatları hem de işletme izni hukuki niteliği itibariyle idari işlem niteliğinde olup idari izin olarak statüsündedir⁹. Maden ruhsatlarının başka bir deyişle arama ve işletme ruhsatının özel hukuk kişilerine devri mümkündür¹⁰. Ancak MK m. 25'e göre, işletme ruhsatı bir bütün olarak ve mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde devredilebilirken; işletme izni devredilemez.

⁸ Gülan, s. 191 vd.; Sezin Öztoprak, (6592 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle) Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, (Ankara 2015), s. 77 vd.

⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.1965 tarihli ve E. 1963/126, K. 1965/7 sayılı Kararı. Konu ile ilgili olarak kararda geçen ifade şu şekildedir: "Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta olanlara Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer verilmektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa'nın 130 uncu maddesi, tabii servetlerin ve kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır. İçmeğe ve yıkanmağa özgü, şifalı sıcak ve soğuk maden suları, tabii servetler ve kaynakları deyiminin kapsamı içindedir. Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesne mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz."

¹⁰ Yaşar Kayserili, Mustafa Topaloğlu, Türk Maden Hukuku ve Yeraltı Zenginlikleri Mevzuatı, (Kazancı Hukuk Yayınları No: 75, İstanbul 1990), s. 103.

B. BULUCULUK HAKKI

Buluculuk hakkı, madenin bulucusuna verilen ekonomik değeri olan malvarlığına ilişkin bir hak niteliğindedir. Bu hak ile kanun koyucu, madenin bulunmasını ve dolayısıyla arama faaliyetleri teşvik etmektedir. Buluculuk hakkı, maden siciline bilgi amaçlı şerh edilir. Söz konusu şerh edilmiş bu hakkı, ruhsat hukukunun sona ermesi hali hariç ruhsatın devri, intikali, terki ve ruhsatın iptali ortadan kaldırmaz. Bu sebeple buluculuk hakkı, bu hakkın konusu madenin bulucusu dışında bir başkası tarafından işletilmesi halinde, görünür rezerv sahibi olduğu tespit edilen sahanın ruhsat sahibine veya ruhsatın bir sözleşme devredilmesi halinde yeni ruhsat sahiplerine de karşı ileri sürülebilir¹¹. Bu alandan üretilen maden için tahakkuk eden buluculuk hakkı her yıl haziran ayı sonuna kadar bu alanda üretim yapan kişiler tarafından hak sahibine ödenir. Buluculuk hakkı, yıllık ocak başı satış tutarının %1'i oranında bir alacak hakkıdır. Buluculuk hakkı hesabında kullanılacak ocak başı satış fiyatı, MAPEG tarafından her yıl belirlenerek ilan edilen ve Devlet hakkı ödemelerinde esas alınan ocak başı satış fiyatından daha düşük olamaz.

C. GÖRÜNÜR REZERV GELİŞTİRME HAKKI

Görünür rezerv geliştirme hakkı, ruhsat sahibi ile veya ihalelik sahalara ilişkin MAPEG ile gerçek/tüzel kişiler ve/veya kamu kurum ve kuruluşları arasında yapılan sözleşme kapsamında, Ulusal Maden Kaynak ve Rezerv Raporlama koduna göre hazırlanmış rapor ile belirlenen görünür rezervden, bu görünür rezervi ortaya çıkaran gerçek/tüzel kişiler ve/veya kamu kurum ve kuruluşlarının aldığı paydır (MK m. 3). Bu hak da niteliği itibari ile devredilebilir niteliktedir. Görünür rezerv geliştirme hakları da maden siciline bilgi amaçlı şerh edilir. Ayrıca tıpkı buluculuk hakkı gibi ruhsat hukukunun sona ermesi hali hariç ruhsatın devri, intikali, terki ve ruhsatın iptali, sicile şerh edilmiş bu hakkı ortadan kaldırmaz. Kanun koyucu tarafından buluculuk hakkı ile görünür rezerv geliştirme hakkının tarafının MAPEG olmadığı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hak sahiplerinin söz konusu idareye yöneltebilecekleri muhtemel taleplerinin kanun koyucu tarafından önu kesilmiştir¹².

¹¹ Buluculuk hakkı, maden arama ve işletme ruhsatından bağımsız bir maden hakkı niteliğindedir. Mustafa Topaloğlu, *Maden Hukuku*, (Karahan Yayınevi, Adana 2011), s. 223.

¹² "Görünür rezerv geliştirme hakkı ve buluculuk hakkı eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Doğumuna sebep olduğu maden rezervi yada kaynağı mevcut olduğu sürece bunların da devam etmesi gerekir. Bu bakımdan m. 24/III hükmünde ruhsat süresinin dolması hali de dahil ruhsatın sona erdiği bütün durumlarda devam etmesi gerekir". Bkz. Mustafa, Topaloğlu, *7164 Sayılı Kanunla Maden Kanununda Yapılan Değişikliklerin Hukuki Değerlendirilmesi*, s. 4; <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/7164-sayili-kanunla-maden-kanununda-yapilan-degisikliklerin-hukuki-degerlendirilmesi-539.pdf>; e.t. 5.12.2022.

III. MADEN HAKLARI DEVİR SÖZLEŞMESİ

Maden hakları devir sözleşmesi hem Maden Kanununda hem de Maden Yönetmeliğinde tanımlanmış değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere, kanun koyucu tarafından hangi maden haklarının devredilebileceği sayılmıştır. Ayrıca MK'da devir yapılmadan önce arama ve işletme ruhsatlarının devredildiği tarihteki ruhsat bedelinin iki katı tutarında devir bedeli alınacağı ve devrin Bakanlık onayı ile gerçekleşeceği de düzenlenmiştir (MK m. 5). Uygulamada, maden hakkının devri sözleşmesinin rüdvans sözleşmesinin karşılığı olarak kullanan terimlerle iç içe geçmiş şekilde kullanıldığı görülmektedir¹³. Ancak maden hakları devir sözleşmesi bir hakkın karşı taraf devri üstlenilmiş iken; rüdvans sözleşmesi maden hakkını kullandırılma borcu doğurur. Başka bir deyişle; her iki sözleşme arasındaki en temel fark maden hakları devir sözleşmesi “devir borcu doğuran sözleşme” niteliği haiz iken; rüdvans sözleşmesi kira sözleşmesi gibi “kullandırma borcu doğuran sözleşme” niteliğindedir¹⁴.

Maden haklarının devri sözleşmesi niteliği itibarı ile borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Maden hakkı devir sözleşmesi ani edimli ve rızai bir sözleşmedir. Maden hakları devir sözleşmesi sebebe bağlıdır. Bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için temelinde yatan sebebinde geçerli olması gerekir¹⁵.

Bu sözleşme niteliğine göre iki veya tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde de olabilir. Çünkü maden haklarının bir ivaz karşılığında devredilme zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, bu sözleşmenin sebebi, devir borcu doğuran satış, bağışlama veya mal değişimi sözleşmesi de olabilir. Bu sözleşmenin sebebi, kanunda temlik borcu doğuran sözleşme niteliğinde olmayan ama sözleşme özgürlüğü kapsamında karma sözleşme şeklinde de olabilir. Mesela bir eserin imalatı karşılığında işletme ruhsatının devri de mümkündür¹⁶. Uygulamada, genellikle ivazlı bir şekilde bir şekilde devredilmektedir.

Maden haklarının devri sözleşmesi, devreden, devir konusu maden haklarını devralana geçirme borcu altına girdiği sözleşmedir. Tarafların, ivazlı veya ivazsız, hakkın karşı tarafa geçirilmesi konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları gereklidir. Diğer sözleşmelerde de olduğu gibi;

¹³ Topaloğlu, s. 38; Erdoğan, Kemal, *Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rüdvans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım*, (AHBVÜHFD, C. 22, Y. 2018), s. 96; Yargıtay, rüdvans sözleşmelerini, maden hakları devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlemi niteliğinde kabul etmektedir; bu nedenle borçlandırıcı işlem niteliğindeki rüdvans sözleşmesinin geçersiz olması maden ruhsatının da sona ermesi gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 21.02.2000 tarih, E. 2000/154, K. 2000/1269 sayılı kararı; Dursun, s. 362; 363.

¹⁴ Demet, Özdamar, *Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri*, (Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001), s. 126; Erdoğan, Ayırım, s. 105.

¹⁵ Dursun, s. 363; Özdamar, Hakkın Devri, s. 126; Erdoğan, Ayırım, s. 112.

¹⁶ Yine tek taraflı hukuki işlem olan vasiyetname ile de maden hakları devredilebilir. Ancak çalışma konumuz iki taraflı sözleşmeler ile maden haklarının devri olduğu için bu konu üzerinde durulmamıştır.

bu sözleşmesinin kurulması için tarafların objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gerekir. Maden hakkı devir sözleşmesinin objektif esaslı unsurları, maden haklarının devri borcu, ivazlı veya ivazsız yapılabilmesi ve tarafların anlaşmasıdır. Eğer maden hakları bir para karşılığında devrediliyorsa, başkasına devri mümkün olan hakların satışında taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Çünkü idari makamların verdikleri ruhsatlardan doğan hakların devri, TMK m. 209 hükmü gereğince taşınır satışı hükümlerine tabidir¹⁷.

Maden hakları devir sözleşmesi, kanunlarımızda esaslı unsurları ile birlikte düzenlenmemiştir. Her ne kadar Maden Kanunu ve Maden Yönetmeliğinde devre ilişkin ayrıntılı hükümler ihdas edilmiş olsa da, söz konusu hükümler bu sözleşmeyi diğer benzer sözleşmelerden ayırt edici şekilde esaslı unsurları ihtiva etmemektedir. Bu nedenle maden hakkı devir sözleşmesi isimli sözleşme niteliğinde olup; sui generis (kendine özgü) sözleşmeler kategorisindedir¹⁸. Bu hakkın devrinin bir para karşılığında yapılacağına kararlaştırılması halinde bu sözleşmeye taşınır satışı hükümleri; ivazsız yapılması halinde ise bağışlama hükümleri mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanır¹⁹.

IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Maden hakları devir sözleşmelerinin şekline ilişkin yazılı hukuk kurallarında birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin tündengelim yöntemiyle öncelikle şekil özgürlüğü bakımından incelenmesi gerekir. Ardından mevcut düzenlemelerin şekil özgürlüğü ilkesinin istisnası teşkil edip edemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

A. GENEL OLARAK ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

Türk ve İsviçre Hukukunda şekil özgürlüğü kural olarak belirlenmiştir. (TBK m. 12/1, OR Art. 11/1). Buna göre, tarafların hukuki iradelerinin biçimlerinin ne şekilde ifade edildiği kural olarak önemsizdir. Şekil özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün alt görünümü niteliğindedir. Kural olarak hukuki işlemler ve özellikle sözleşmeler, ancak kanunda aksi kararlaştırılmış ise, özel bir şekilde yapılmalıdır. Kanunun özel bir biçim öngördüğü sözleşmeler, şekle tabi sözleşmelerdir. Örneğin alacağın temliki (TBK m. 184; OR Art. 165), taşınmaz satın alma (TBK m. 237; OR Art. 216), taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 253) gibi. Kanunun sözleşmeler için bir şekil şartı öngörüyorsa, aynı husus bu sözleşmelerin değişti-

¹⁷ ÖZDAMAR, Devir, s. 142; ERDOĞAN, Ayırım, s. 130.

¹⁸ Maden hakları devir sözleşmesi, ne Maden Kanununda ne de başka kanunlarda unsurları ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş değildir. Bu nedenle, bu sözleşmeyi isimli bir sözleşme olarak adlandırmak doğru olmaz. İsimli sözleşme niteliğindeki bu sözleşmenin kanunda objektif esaslı unsurları ile hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenleme söz konusu değildir. Maden hakları devir sözleşmesi, isimli sözleşme türlerinden kanunda unsurları kısmen veya tamamen düzenlenmemiş sui generis sözleşme niteliğindedir.

¹⁹ ERDOĞAN, Ayırım, s. 130.

rilmesi için de geçerlidir (TBK m. 13/1; OR Art. 12/1). Kanuni olarak öngörülen şekle uyulmayan sözleşmeler kural olarak geçersizdir. Sözleşme özgürlüğü aynı zamanda tarafların iradi olarak kendileri için şekil şartı belirleyecekleri anlamına da gelir. Bu sebeple, sözleşmenin tarafları belirli bir şekli kullanmayı kararlaştırabilirler (TBK m. 17/1, OR Art. 16/1).

Şekil serbestisinin kural olması ve kanunda bir şekil şartı öngörülmüş ise buna uyulmaksızın yapılan işlemin geçersiz olacağı düşünüldüğünde, favor negotii ilkesi gereğince şekil şartı dar yorumlanmalıdır²⁰. Bir hukuki işlemin şekle tabi olup olmadığı konusunda bir şüphe varsa bu işlemin şekle tabi olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü kural şekil özgürlüğü, istisnası şekil zorunluluğudur. Kanun koyucu, şekil özgürlüğünün istisnasını belirlerken bunun usulünü de düzenlenmiştir. Buna göre, şekil şartı, kanundan veya tarafların iradelerinden doğabilir. Bu durumda, şekil şartının yazılı hukuk kurallarından sadece kanunla belirlenebileceğini söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, kanunlarda var olmayan şekil şartının idarenin düzenleyici işlemleri niteliğinde olan tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge vs ile düzenleyemezler. Ancak kanunun verdiği yetkiye dayanarak bu tür işlemlerle şekil şartı belirlenebilir. Mesela TBK m. 237'e göre, taşınmaz satışının geçerlilik şartı olarak resmi şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Tapu Sicili Tüzüğünde ise mülkiyet hakkının devrini içeren işlemlerin ne şekilde yapılması gerektiği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yine yazılı olmayan hukuk kuralları (örf-adet hukuku gibi) ile de şekil şartı getirilemez.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında “OR Art. 11. Maddenin (İsviçre Borçlar Kanunu m. 11) 1. fıkrasına göre, sözleşmeler, yalnızca kanunun öngördüğü özel bir form var ise şekle tabidir. Kanun, şekil özgürlüğünü varsayar. Şekil, yalnızca kanuni bir hüküm şekil özgürlüğünü kısıtlıyorsa zorunludur. Diğer tüm sözleşmeler gibi, isimsiz sözleşmeler de yalnızca federal bir yasa ile düzenlenirse resmi şekil şartına tabi olur”²¹.

B. MADEN HAKLARI DEVRİNE İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMELER

Maden mevzuatı gereğince maden hakları devrine ilişkin birtakım şartlar sayılmıştır. Bunlar, yönetmelikte belirtilen örnek dilekçenin doldurularak Genel Müdürlüğe başvurulması, bakanlığın devre onay vermesi ve son olarak devrin maden siciline şerh edilmesidir. Aşağıda bu şartların şekil şartı niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır.

²⁰ Alfred, Koller, *Vom Formmangel und seinen Folgen in: Der Grundstückskauf*, St.Gallen 1989; s. 93,94.

²¹ BGE 132 III 549 S. 553; Bir kantonun getirdiği resmi noter tasdik zorunluluğu hükümünün, düzenleyici bir işlem niteliğinde mi yoksa geçerlilik şartı niteliğinde mi olduğunu tespit etmek için ilgili hüküm yorumlanmalıdır. Şüphe durumunda, bu hüküm yalnızca düzenleyici bir kural olarak varsayılmalıdır, çünkü şekil zorunluluğu, kısıtlayıcı bir şekilde hukuki işlemlere yönelik yapay kısıtlamalar olarak yorumlanmalıdır (OR Art. 11/1); Koller, s. 94. Artan sayıda yazar kantonların bir düzenleyici işlem ile federal olmayan kanunlarla geçerlilik şartı belirleyemeyecekleri yönündedir. Haab, Simonius, Scherrer ve Zobl, N. 33 Art. 657, Meier-Hayoz, N. 129 Art. 657, Leemann, N 36 Art. 657.

1. EK-19'da Yer Alan Örnek Dilekçe ile Tarafların Genel Müdürlüğe Başvuru

Maden haklarının devrine ilişkin kanunda ve yönetmelikte birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin geçerlilik şartı olup olmadığı konusu öncelikle irdelenmelidir. Maden Kanunu m. 5'e göre, devredilebilen maden ruhsatları, görünür rezerv geliştirme hakkı ve buluculuk hakkının devri Bakanlık onayı ile gerçekleşir. Durum maden siciline şerh edilir. Devir muamelesi maden siciline şerh edilmesi ile tamam olur. Yine aynı maddeye göre, devir ve intikal işlemlerine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. Ayrıca Maden Kanunu m. 38'de ise, maden haklarının devir, intikal, haciz, rehin ve ipotek veya sona erme durumları maden siciline işlenir. Kanuni düzenlemeye göre, maden sicili alenidir²². İlgililer sicil kayıtlarının maden sicil memurlarından biri huzurunda gösterilmesini isteyebilir. Maden sicilindeki kayıtların bilinmediği iddia edilemez²³. Ayrıca aynı maddeye göre, madenler üzerine iktisap edilecek haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez²⁴.

Maden haklarının devrinin usul ve esaslarının belirlendiği Maden Yönetmeliği m. 79 ise, bu haklara bağlanan ruhsatı veya sertifikayı devralacak kişinin; devralacağı ruhsata/sertifikaya ait Kanundan doğan bütün hak ve vecibelerini, ruhsata uygulanmış yaptırımlar ile yükümlülükleri kabul ettiğini ve ruhsat sahibinin de ruhsatını bütün hak ve vecibeleri ile devretmek isteğini belirten Ek-19'daki örnek dilekçe ile Genel Müdürlüğe müracaat etmeleri gerekir.

Doktrinde ve yargı kararlarında, yukarda değinilen düzenlemeler ışığında, maden hakları devir sözleşmesinin resmi şekil şartına tabi olduğu niteliğinde görüşü hâkimdir²⁵. Bu görüşe göre, maden haklarını devreden ile devralan taraflar

²² "Maden Kanunu, maden sicilinin kendisinden beklenen işlevlerini tam olarak yerine getirebilmesi için bu ilkeyi kabul etmiştir. Bu ilke dolayısıyla, sicil üzerindeki hak sahipleri, kendilerine ilişkin durumları herkese karşı ileri sürebileceklerdir"; Kurt, s. 250.

²³ Maden Kanunu m. 38 gereğince kesin kanuni karine söz konusudur. Maden sicili üzerindeki bir hak dolayısıyla ilgililer sicil kayıtlarının maden sicil memurlarından biri huzurunda gösterilmesini isteyebilir.

²⁴ Maden sicilinin olumsuz hükmü söz konusudur. Tıpkı tapu sicilindeki gibi maden üzerindeki haklar da tescil edilmedikçe varlık kazanamazlar. Ancak maden sicilinin olumlu hükmü söz konusu değildir. Maden siciline güvenerek iyiniyetli maden üzerinde hakları iktisap eden kişilerin korunacağına dair bir hüküm söz konusu değildir. İyiniyet ancak hukuk düzenin kendisine sonuç bağladığı durumlarda uygulanır. Ancak maden mevzuatında iyiniyetli olarak hak iktisabına ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla maden siciline güven ilkesinden bahsetmek doğru olmaz. Karşı görüş için bkz. Kurt, s. 255 vd.

²⁵ Maden ruhsatının resmi şekle tabi olduğu görüşü hakkında bkz. Özdamar, Devir, s. 125; Fındıklıgil, s. 282; Erdoğan, Ayırım, s. 107; s. 125; Muradiye, Çevikçelik, *Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*, (Ankara 2017), s. 77.

Doktrinde TOPALOĞLU, tarafından maden ruhsatı devir sözleşmesinin Maden Kanunu 5. Maddesine göre sadece tasarruf hakkının şekle tabi olduğu; oysa devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlemin herhangi bir şekil şartına tabi olmadan yapılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Topaloğlu, s. 38. Bu tür sözleşmeler taraflar arasında yazılı olarak akdedilebileceği gibi, Yargıtay 06.07.1970 gün ve E. 1967/7, K. 1970/6 sayılı içtihadı birleştirme kararına aykırı olmaması için devir taahhüdü içermemek koşuluyla noter tarafından da düzenlenebilir. Ancak taşınmaz devri resmi şekle tabi sözleşmeler her ne kadar borçlandırıcı işlem niteliğinde olsa da, resmi şekil zo-

iradelerini resmi makam olan Maden İşleri Genel Müdürlüğünde açıklamaları gerekir. Bu nedenle, taraflar Maden Yönetmeliği m. 79 kapsamında EK-19'daki örnek dilekçedeki formu resmi memur önünde imzalamaları ve ardından Maden Kanunu m. 5/2'e göre, bu sözleşmenin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından onaylanması gerekir. Ardından söz konusu devrin maden siciline -kanunun deyimiyle- şerh edilmesi gerekir. Kanun koyucu tarafından söz konusu devirler şerh edilmedikçe hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir.

Yargıtay'da müstakar kararlarında maden devri sözleşmesinin şekle tabi olduğunu ifade etmiştir. Buna ilişkin bir kararında, maden ruhsatının devri özel ve kendine özgü bir düzenlemeye bağlandığını ve bunun sonucu olarak, satış da olsa bağış da olsa geçerli olabilmesi için kanunun öngördüğü resmi şekillerde yapılması gerektiğini belirtmiştir²⁶. Bir başka kararında, ruhsat devrinin sicile şerh edilmemesi sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vermiştir²⁷. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına göre, noterlerin maden hakkı devir vaadi sözleşmesi düzenlemeye kanuni yetkileri bulunmamaktadır²⁸; bu nedenle devir vaadi sözleşmelerinin noterde yapılması halinde bu taahhütler geçersizdir.

Hem yargı kararlarında hem de doktrinde kabul edilen maden haklarının devrinin resmi şekil şartına tabi olduğu görüşü doğru değildir. Şöyle ki; yukarda şekil özgürlüğüne ilişkin bahsedilen genel birtakım ilkelerde de olduğu gibi, bir sözleşmenin şekil şartına tabi olması istisnadır. Bu nedenle, şekil zorunluluğu dar yorumlanmalıdır. Başka bir deyişle, şekil zorunluluğu sadece kanundan (TBK m. 12) ya da tarafların iradelerden (TBK m. 17) kaynaklanabilir. Bunların dışında kanunun açıkça verdiği yetki olmaksızın düzenleyici işlemlerle veya örf adet hukukuyla ya da hakimnin hukuk yaratması ile belirlenemez²⁹. Yargıtay, başka bir konuda şekil şartının yönetmelikle belirlenemeyeceğini belirterek yönetmelikte yer alan hükmün şekil şartı getirmediğine hükmetmiştir. Bu kararına göre, Profesyonel Futbol Yönetmeliği m. 8 hükmünde profesyonel bir futbolcunun sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiş iken, Beden Terbiyesi Kanunu'nda yer almadığı ve yönetmelikle böyle bir şekil kuralı getirilemeyeceği için geçersiz olarak kabul edilmiş ve bu nedenle, böyle bir sözleşme vadinin BK m. 12/I gereğince şekil şartı

runluluğu ile birlikte borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi bütünlük bir haldedir. Çünkü taşınmazın devrine ilişkin taraflar resmi sözleşmeyi yani borçlandırıcı işlemi, tapu memuru önünde resmi şekilde yaparken; bir yandan da tasarruf işlemi niteliğinde tescil talebinde bulunmaktadır. Bu yüzden maden ruhsatının devri resmi şekle tabidir denilirse, bu sözleşmeden ayrı olarak borçlandırıcı işlemin şekle tabi olmadığını söylemek doğru olmaz.

²⁶ Yargıtay 11.HD. 22.12.2016, E. 2015/13759, K. 2016/9793.

²⁷ Yargıtay 13.HD. 10.2.2009, E. 2008/9240, K. 2009/1414.

²⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 06.07.1970 gün ve E. 1967/7, K. 1970/6 sayılı kararı.

²⁹ Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, n. 33; Meier-Hayoz, n. 129; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Anakara, 2021), s. 283; Yalçın, Kavak, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, (İstanbul, 2015), s. 19.

aranmadan yapılabileceği kararlaştırılmış bulunmaktadır³⁰. Bu karar ile TBK. m. 12/'de yer alan şekil özgürlüğü ilkesi kuralı muhafaza edilmiş, istisnai nitelikteki şekil şartının ancak kanun gücünde bir düzenlemeyle öngörülebileceği açık bir şekilde vurgulanmıştır³¹. Yukarıda açıklanan nedenlerle, Maden Yönetmeliği m. 79'da yer alan hükme istinaden maden hakları devri sözleşmesinin şekle tabi olduğunu söylemek doğru değildir. Dolayısıyla taraflar kendi aralarında herhangi bir şekil şartına tabi olmadan maden hakkını devir sözleşmesi akdedebilirler. Yönetmelikle var olan bu düzenleme, bir şekil şartı değil düzenleyici bir işlem niteliğindedir.

2. Bakanlığın Onayı Şartının Hukuki Niteliği

Maden Kanunu m. 5'e göre, maden haklarının devri ancak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile gerçekleşir. Bu kanuna dayanarak çıkarılan Maden Yönetmeliğinde, maden haklarını devralan kimseler için birtakım şartlar aranmaktadır³². Devlet tarafından verilen idari izinle işletilen madenlerin ve madenler üzerindeki hakların devrinde de devletin kontrolü gereklidir. Bu nedenle, hem devralanın hem de devreden belirlenen kurallara riayet etmesi ve bu kurallara riayet edip etmediğinin kontrol edilmesi gerekir. Ardından da uygun bulunan devir taleplerinin Bakanlık tarafından onaylanması gerekir³³. Özellikle maden mevzuatında devralan kişiler için gerekli olan mali kapasite, mali ve idari yükümlülükler ve devreden de hak sahibi olduğu döneme ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin kontrolü önemlidir.

Maden haklarının devrine ilişkin sözleşmeler için aranan onay şartının öncelikle şekil şartı niteliğinde olmadığını belirtmek gerekir. Bakanlık tarafından verilen onay bir etkinlik unsuru niteliğindedir. Buna göre, tarafların ruhsat devrine ilişkin iradeleri uyuşmakla birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için onay gerekir. Bakanlıktan devre ilişkin rıza alınması ile hukuki işlem ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur³⁴. Ancak devir talebi, Bakanlık tarafından

³⁰ Yargıtay 11. HD., E. 204, K. 1953, T. 01.04.1988, Karar için bkz. Turgut, Uygur, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, C. 2, (Ankara, 1990), s. 1077 vd.

³¹ Kavak, s. 19.

³² Devir; Bakanlık onayının alınması, tüm teknik belgelerin sunulması, mali yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve devrin maden siciline şerh edilmesi ile tamamlanır. Bkz. Maden Yönetmeliği m. 79 vd. hükmü.

³³ Devir talebinin Bakanlık tarafından uygun görülmesi halinde ruhsatın devredildiği tarihteki ruhsat bedelinin iki katı tutarında devir bedelinin yatırılması, devredildiği yıla ait ara dönem işletme faaliyet raporunun verilmesi ve tahakkuk etmiş/edecek tüm Devlet haklarının eksiksiz ödenmiş olması halinde ruhsat devredilir. Devir talebinin, Bakanlık tarafından uygun bulunmaması halinde işletme ruhsatı taban bedeli ile devir bedeli iade edilir. Taraflardan birinin, devir talebinden vazgeçmesi halinde yalnızca devir bedeli iade edilir.

³⁴ Hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması anı ile ilgili genel bir hüküm bulunmaması beraber, eksiklik özel hukuk kişinin rızasının bulunmaması nedeni ile ortaya çıkmışsa ve eksiklik sonradan tamamlanmış ise hukuki işlem geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Ancak eksiklik kamu iradesinin ya da mahkemenin rızasından kaynaklanıyorsa ve sonradan bu rıza alınıyorsa ileriye etkili sonuç doğurur. Bkz. Gökhan, Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. VI/1,1, (İstanbul, 2019), s. 213.

onaylanmazsa, maden hakkını devir sözleşmesi tamamen hükümsüz hale gelir³⁵. Bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur.

3. Maden Siciline Şerh Edilmesi

Maden Kanunu m. 5'e göre, maden hakları devir işlemi maden siciline şerh ile tamamlanır. Maden sicili, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki madenler üzerinde idari izinle tanınan haklara ve faaliyetlerine ilişkin kayıtların tutulduğu sicildir. Maden sicili alenidir. İlgililer sicil kayıtlarının maden sicil memurlarından biri huzurunda gösterilmesini isteyebilir. Maden sicilindeki kayıtların bilinmediği iddia edilemez. Maden Kanunu m. 38'e göre, maden sicilinin olumsuz etkisi mevcut olup; madenler üzerindeki haklar ancak sicile tescil edilmekle doğarlar. Söz konusu hükümlere bakıldığına göre, maden üzerindeki hakların ilgili sicile "şerh" mi "tescil" mi edileceği aydınlatılmalıdır. Hem tescil hem şerh işlemi haklara aleniyet sağlarlar. Bu durumda maden üzerindeki haklara ilişkin olarak üçüncü kişilere bilgi veriler. Ancak, tescil, şerhten farklı olarak aleniyet sağlama ve bilgi verme fonksiyonu dışında hakkın kurulmasını da sağlar³⁶. Bu nedenle, maden üzerinde haklara sahip olmak için sicilde hak sahipliğinin kayıt edilmesi gerekli olduğu için yapılan işlem tescil işlemi niteliğindedir.

Doktrinde, maden üzerindeki haklara ilişkin sicile yapılacak tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmiştir³⁷. Ancak bu görüşü savunanlar tescilin tasarruf işlemi, yönetmelik gereği EK-19 kapsamında doldurulan formun ise borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir³⁸. Öncelikle ancak tescille hak kazanılan durumlarda örneğin tapu sicili, maden sicili gibi sicillere yapılan kurucu tesciller şekil şartı olarak değerlendirilmez, bu tür tesciller kurucu unsur niteliğindedir³⁹. Bu nedenle yapılan kurucu tesciller, şekle ilişkin değildir, ek kurucu unsurdur. Çünkü bu haklar ancak tescil ile kazanılabilmektedir. Ayrıca, tescilin kurucu ya da bildirici olduğu önemli olmaksızın şekil eksikliğine ilişkin sonuçlar uygulanmaz⁴⁰. Bu nedenle, maden hakları devri sözleşmesinin tescil edilmesi, tasarruf işlemi yerine esas şart niteliğinde olup; tescil edilmemiş olması halinde

³⁵ Devir talebine Bakanlık tarafından onay verilmesinin etkinlik unsuru niteliğinde olduğu (aynı yönde görüş için) konusunda bkz. Erdoğan, Ayırım, s. 109. Karşı görüş için bkz. Mustafa, Topaloğlu, Rödovans Sözleşmeleri ile İlgili Değişiklikler ve Yasaklamalar", Sektörden Haberler, Ağustos 2015, s. 87. Yazara göre, Maden Kanunu Ek Madde 7 de yer alan rödovans sözleşmesi için gerekli olan Genel Müdürlük izninin, kamu hukuku kökenli emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğunu ve bu nedenle kamu düzeni ve yararı düşüncesiyle oluşturulmuş bu hükme aykırılığın TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz olduğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, yazara göre bu onay şartı, geçerlilik şartı niteliğindedir.

³⁶ Tescil kavramının daha doğru olduğu konusunda bkz. Topaloğlu, s. 41; Özdamar, Hakkın Devri, s. 127; Erdoğan, Ayırım, s. 111.

³⁷ Özdamar, Hakkın Devri, s. 123; Göğer, s. 125; Erdoğan, Ayırım, s. 112.

³⁸ Özdamar, Hakkın Devri, s. 127; Erdoğan, Ayırım, s. 112.

³⁹ Aynı doğrultudaki görüşler için bkz. Kavak, s. 39.

⁴⁰ Hüseyin, Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, (Ankara, 1998), s. 80.

tarafklar arasındaki sözleşmede geçersizdir. Bu konuda Yargıtay da bir kararında sözleşmenin geçerli olması için tescilin zorunlu olduğunu belirtmiştir⁴¹.

SONUÇ

Yukarda yer alan açıklamalar doğrultusunda, doktrinde ve yargı kararlarında resmi şekil niteliğinde kabul edilen Maden Yönetmeliği m. 79 hükmü ile şekil şartı getirilemez. Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerden sözleşme özgürlüğünün alt görünümü niteliğinde şekil özgürlüğü kural olup; istisna şekil zorunluluğudur. Ancak kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak bir yönetmelikle şekil şartı getirebilir. Yönetmelikte yer alan EK-19 formunun doldurulması ve genel müdürlüğe müracaat bu nedenle şekil şartı olarak değerlendirilemez. Kaldı ki, yönetmelik ekindeki bu formun şekil şartı kabul edilmesi halinde, taraflar arasındaki maden haklarının devrine ilişkin sözleşmenin yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerinin de yine bu forma sığdırılması ya da bu formda belirtilmesi gerekir. Oysa bu formun böyle bir yapısı yoktur, sadece boşluk doldurulması şeklinde matbu bir formdur. Ama uygulamada maden haklarının ekonomik değeri yüksek olması nedeniyle, bu sözleşmelerin akdedilmesi sırasında asıl sözleşme, ek protokoller hatta başka sözleşmelerin karşı edim olarak kararlaştırılması ile karma sözleşmeler de yapıldığı görülmektedir. Yönetmelikte yer alan hükmün resmi şekil şartı kabul edilmesi halinde tüm bu sözleşmeler ve sözleşmelerin tadili de bu şekil şartına tabi olması gerekir ancak bu mümkün değildir.

Maden haklarının devrine ilişkin sözleşmeler, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayına bağlanmış olup; bakanlığın onayı bir etkinlik unsuru niteliğindedir. Bu durumda, bakanlık onay verinceye kadar sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz. Onay verilmesi ile ileriye etkili sonuç doğurur. Ayrıca maden mevzuatında, maden haklarının devri için maden siciline tescil şart koşulmuştur. Sicile tescil bir şekil meselesi olmayıp, ek kurucu unsur niteliğindedir. Bu nedenle, tescil edilmemesi halinde taraflar arasındaki sözleşmede geçerli olmaz. Uygulamada, bakanlık tarafından onay verilmesi ile birlikte kendiliğinden maden siciline tescil edilmektedir. Ancak Maden Kanununda açıkça tescilin yapılmaması halinde maden üzerindeki hakların iktisap edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme maden siciline yapılan tescilin kurucu nitelikte olduğunu göstermektedir.

⁴¹ Yargıtay 13.HD., E. 2008/9240 K. 2009/1414, T. 10.2.2009, "...*Toplanan delillerden, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın mahkemeye yazdığı 24.12.2003 tarihli yazısından ve tüm dosya kapsamından davada dayanılan sözleşmenin maden siciline şerh edilmediği, aksine davacı ile davalılardan Metin arasında 01.08.1998 tarihinde düzenlenen devir sözleşmesi gereğince maden ocağının adı geçen şahsa devredildiği ve bu devir işleminin maden siciline şerh edildiği anlaşılmaktadır. Az yukarıda açıklanan yasa maddesi içeriğinden de açıkça anlaşılacağı gibi davada dayanılan sözleşmenin geçerli hâle gelebilmesi için maden siciline şerh edilmesi zorunludur. Davacı anılan sözleşmenin maden siciline şerh edildiğini ve böylece geçerli hâle geldiğini ispat edemediğinden...*". Aksi yönde değerlendirme için bkz. Erdoğan, Ayırım, s. 112.

KAYNAKÇA

- Alfred, Koller, *Vom Formmangel und seinen Folgen: der formungültige Grundstückkauf*, In Koller, Alfred (ed.): *Der Grundstückkauf*, (St. Gallen: Dike Verlag, 1989), s. 94-156.
- Arthur, Meier-Hayoz, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum. 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen*, Art. 674-654 ZGB, (Bern, 1981).
- Aydın, Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*, İstanbul 2008, s. 198 vd.; Halit Erol Çanga, Bora Çanga, *Maden Kanunu (Danıştay Kararları ile Açıklamalı)*, İstanbul, 1996).
- Bünyamin, Çitil, *Tüm Yönleriyle Maden Hukuku (Cumhurbaşkanlığı Sistemi KHK ve Kararnameleri Işığında)*, (Seçkin Yayınları, Ankara, 2018).
- Cemal Dursun, *Karşılaştırmalı Hukukta Rödovans Sözleşmesinin Tarafları, Konusu, Hukuki Niteliği ve Geçerliliği*, Ankara Üniversitesi SBE, 2017.
- Demet Özdamar, *Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri*, (Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001).
- Demet, Özdamar, *Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan*, (İzmir 2001).
- Erdoğan Göğer, *Maden Hukuku*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979).
- Erdoğan, Kemal, *Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayrım*, (AHBVÜHFD, C. 22, Y. 2018).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Anakara, 2021).
- Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şufa Hakkının Mevzuu ve Sijeleri*, İÜHFM, Cilt 18, S. 3-4, 1952.
- Gökhan, Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,1, (İstanbul, 2019).
- Haab, Robert, Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum Art. 641 bis 729*.
- Halil, Kılıç, *Gayrimenkul Davaları (Teori, Açıklamalar, Kararlar)*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2013).
- Hans, Leemann: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht I. Abteilung Art. 641-729, 2. Auflage Bern 1920*.
- Hayrettin Kurt, *Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili*, (Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020), s. 51.
- Hüseyin, Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, (Ankara, 1998).
- Hüseyin, Amıkoğlu, *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- İhsan Erdoğan, *Hukuki Açıldan Defne*, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2.
- Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Ayni Haklar)*, (AÜHF Yayınları, 1984, 2. Baskı).
- Kemal, Erdoğan, *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 43.

- Muradiye, Çevikçelik, *Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*, (Ankara 2017).
- Mustafa Topaloğlu, *Maden Hukuku*, (Karahan Yayınevi, Adana 2011).
- Mustafa Topaloğlu, Yaşar Kayserili, *Türk Maden Hukuku ve Yeraltı Zenginlikleri Mevzuatı*, (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990).
- Mustafa, Topaloğlu, *7164 Sayılı Kanunla Maden Kanununda Yapılan Değişikliklerin Hukuki Değerlendirilmesi*; <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/7164-sayili-kanunla-maden-kanununda-yapilan-degisikliklerin-hukuki-degerlendirilmesi-539.pdf>; e.t. 5.12.2022.
- Mustafa, Topaloğlu, Rödovans Sözleşmeleri ile İlgili Değişiklikler ve Yasaklamalar”, Sektörden Haberler, Ağustos 2015.
- Sezin Öztoprak, *(6592 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle) Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi*, (Ankara 2015).
- Turgut, Uygur, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, C. 2, (Ankara, 1990).
- Yalçın, Kavak, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, (İstanbul, 2015).
- Yaşar Kayserili, Mustafa Topaloğlu, *Türk Maden Hukuku ve Yeraltı Zenginlikleri Mevzuatı*, (Kazancı Hukuk Yayınları No: 75, İstanbul 1990).

MEHAZ İSVİÇRE HUKUKUYLA MUKAYESELİ OLARAK SİMSARIN ÜCRET HAKKININ DOĞUMU KONUSUNDA ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Alper ÖZBOYACI^(**)**

Öz

Ticari hayatta eski çağlardan bugüne, sözleşme yapmaya istekli tarafları bir araya getirme veya onlara istediği fırsatı sunma faaliyeti bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada genelde simsarın mali hakları, özeldede ise ücret hakkının doğumuyla ilgili sorunlar gündeme gelmektedir. Bu nedenle, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için gerekli şartları tek tek ele almak, pratikte karşılaşılan tartışmalara çözüm bulmak adına gereklilik arz eder. Keza bu noktada mehaiz İsviçre hukukundaki tartışmalardan yararlanmak, uygulamadaki sorunları daha sağlıklı çözmeye katkı sağlar.

Simsarın ücret hakkını elde edebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar: Geçerli bir simsarlık sözleşmesinin varlığı, asıl sözleşmenin kurulması ve simsarın faaliyeti ile asıl sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunmasıdır. İlk koşul bakımından, ücret hakkının doğumu noktasında önem teşkil eden husus, sözleşmede simsarın hangi konularda faaliyet göstereceğinin (aracılık, fırsat sunma, yönlendirme) açıkça kararlaştırılmasıdır.

Ücret hakkının doğumu için aranan ikinci şart, asıl sözleşmenin şeklen ve içerik olarak geçerli bir şekilde kurulmasıdır. Bu itibarla simsarlık, sonuç odaklı bir faaliyettir ve literatürde tesadüfi sözleşme olarak anılır. Ancak taraflar sözleşmeye, bu şartı devre dışı bırakan birtakım kayıtlar getirebilir.

Simsarın ücret hakkını kazanabilmesi için göstermiş olduğu faaliyet ile kurulan asıl sözleşme arasında illiyet bağının kurulabilmesi gerekir. Burada, ücret hakkının doğumunu kolaylaştıran psikolojik illiyet yeterli görülür.

Anahtar Kelimeler

Simsar, Simsarlık Ücreti, Ücret Garanti Kaydı, Münhasırlık Kaydı, Psikolojik İlliyet.

COMPARATIVE WITH SOURCE SWISS LAW REGARDING THE BIRTH OF THE BROKER'S RIGHT TO FEES SPECIFIC SITUATIONS

Abstract

Since ancient times in commercial life, the activity of bringing together parties willing to enter into a contract or offering them the opportunity to do so has emerged as a need. In practice, problems arise regarding the financial rights of the broker in general and the birth of the right to remuneration in particular. For this reason, it is necessary to address the conditions necessary for the broker to be entitled to remuneration one by one in order to find a solution to the debates encountered in practice. Likewise, at this point, benefiting from the debates in source Swiss law contributes to a healthier solution to the problems in practice.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.06.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1137341.

^(**) Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü / Bandırma-Balıkesir, Türkiye.

E-posta: aozboyaci@bandirma.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8415-8355>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

For the broker to be entitled to a fee, three conditions must be met together: The existence of a valid brokerage contract, the establishment of the main contract and the existence of a causal relation between the activity of the broker and the establishment of the main contract. In terms of the first condition, the important issue at the point of birth of the right to fee is that it's clearly decided in the contract what issues the broker will operate (brokerage, open some doors, guidance).

The second condition sought for the birth of the right to broker's fee is the establishment of the main contract in a valid form and content. In this respect, brokerage is a result-oriented activity and is referred to as aleatory contract in the literature. However, the parties may bring some provisions to the contract that disable this condition.

For the broker to earn the right to fee, a link must be established between his activity and the original contract established. Here, the psychological causality that facilitates the birth of the right to fee is considered sufficient.

Keywords

Broker, Broker's Fee, Wage Guarantee Clause, Exclusivity Clause, Psychological Causality.

Extended Abstract

Parties who are willing to make contracts from ancient times to today need the help of a mediator for various reasons (inability to find time, language difference, city difference, etc.). In this respect, brokerage continues to be a branch of activity that doesn't lose its popularity. The most important problem encountered in the practice of brokerage is financial rights, especially the right to fee. In this study, the discussions related to this were tried to be written within the framework of theoretical and practical principles in Turkish and Swiss laws.

For the broker to be entitled to a fee, three conditions must be met together: The existence of a valid brokerage contract, the establishment of the main contract and the existence of a causal relation between the activity of the broker and the establishment of the main contract. As a rule, although brokerage contracts are not bound by any form, it's a condition of validity that the subject matter of the immovable ones is made in writing. In brokerage contracts, it's important to clearly decide on which issues the broker will operate (brokerage, open some doors, guidance) in terms of the birth of the right to broker's fee. The termination of the brokerage contracts established with a forward effect doesn't result in the loss of the broker's right to a fee. However, if the termination affects the past, the right to fee is lost. In the event of termination of the brokerage contract by mutual agreement, the termination is considered to have a prospective effect. In this case, the parties should have a "balance clause" in the contract on how to liquidate the financial rights, especially the right to fee. Otherwise, they are considered to mutually reserve the right to claim.

The second condition for the birth of the right to fee is the establishment of the original contract in a valid way in form and content. In this case, the fact that the broker acts for the broker's fee isn't sufficient alone. At the end of the activity, the parties who are eager for the original contract must also have agreed on this. In particular, the client has a wide discretion to make the original contract. His possible indifference to the broker's offer, if he isn't malicious, is not considered to be contrary to honesty. From this point of view, the brokerage contract is in principle a result-oriented activity and is included in the category of aleatoric contracts in the literature. On the other hand, the broker and his client may disable the necessity of establishing the original contract by deducting the clause of exclusivity or wage guarantee clause into the brokerage contract. If it's desired to disable the condition of the bond of subsidiarity sought for the fee by the clause of exclusivity, it's necessary to pay him a fee, even if the original contract is established without any contribution of the broker. However, if the exclusivity clause is intended to prevent the client from working with another broker and a contrary attitude is exhibited against this, it's now necessary to pay compensation to the broker. In the fee guarantee clause, it's necessary to pay a fee to the broker even if the targeted original contract is not established.

If the parties to the original contract sign a contract other than the targeted original contract, the broker must be paid a fee if a similar economic outcome has arisen between the targeted contract and the resulting contract from the client's point of view. Apart from this, despite the broker's efforts, the parties have not signed the original contract, but if this has happened very soon after the brokerage contract has ended, it may be necessary to pay the broker a fee.

The third and final condition required for the birth of the broker's right to a fee is the causal relation. Accordingly, the original contract must have been established at the end of the broker's activities. In this respect, the existence of the classical causal relation isn't obligatory, but the psychological causal relation is considered sufficient. In other words, it's sufficient for the broker to influence the formation of the will of the contract enthusiasts in the establishment of the original contract, even from a distance.

GİRİŞ

Ticari hayatta faaliyet sahası oldukça geniş olan aracılık müessesesi, geçmişten bugüne cazibesini hâlâ korumaktadır. Gerçekten de kadim çağlardan bugüne, bir sözleşmeye taraf olmaya niyetlenen ama çeşitli nedenlerden ötürü (vakit sıkıntısı, mekân ve lisan farkı vb.) bir araya gelemeyen kişiler, kaçınılmaz olarak sımsarlık müessesesine sığınmaktadır¹. Her ne kadar alım-satım komisyoncularıyla birlikte sımsarlar, özellikle finansal kriz dönemlerinde fahiş fiyatların baş sorumlusu olarak gözükseler de borsadan, menkul kıymet ve taşınmaz ticaretine varıncaya kadar geniş bir sektör skalasında etkin rol üstlenmeye devam etmektedirler.

Çalışmamızda, önemini her daim koruyan bu faaliyet kolunun ücret hakkının doğumu konusuna ve bu hususta özellik gösteren bazı durumlara, mehaz İsviçre hukukundaki teorik ve pratik tartışmalar odağında yaklaşılmaya çalışılmıştır. Bu itibarla, çalışmanın ilk aşamasında, çok genel hatlarıyla sımsarlık uygulamasına değinilerek sımsarlık türleri tanıtılmaya çalışılmıştır. İkinci aşamada ise sımsarın ücret hakkıyla ilgili terminolojik yaklaşımlar ve sımsarın diğer mali haklarıyla olan farklılıklar üzerinde durulmuştur. Bundan sonraki aşamalarda ise tamamen asıl çalışma konusuna yoğunlaşmıştır. Bu kısımda, özellikle uyuşmazlık konusu olmaya müsait ihtimallerden hareketle sımsarın ücret hakkının doğumu konusuna açıklık getirilmeye gayret edilmiştir.

I. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA SAHASI VE SİMSAR TÜRLERİ

Sımsarlık sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 520/I'de tanımlanmıştır³. Buna göre sımsarlık sözleşmesi, sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlen-

¹ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme* (Ankara: Özel Basım, 1968), 498; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 779. Sımsarlığın Orta Çağ'da, ticaret hukukunun özel bir dal olarak doğmasından önce resmi bir vasfının bulunması noktasında Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Umu mi Hükümler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 208; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 351; İrfan Baştuğ ve H. Ercüment Erdem, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993), 157; Sait Kemal Mimaroglu, *Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku* (Ankara: AÜ Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1970), 402.

² RG, 04.02.2011/27836. Bundan böyle kısaca "TBK" olarak anılacaktır.

³ Eski mevzuatımızdan farklı olarak sımsarlık faaliyeti adı ve ticari iş ayrımına konu olmadan sadece TBK'da düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 147/V'te, "ticari sımsarlık ücreti alacağı dışında, sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakların" beş yılda zamanaşımına uğrayacağı hususu düzenlenmiştir. Fakat 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (RG, 14.02.2011/27846) sımsarlık sözleşmesine ve zamanaşımına ilişkin herhangi bir kural getirilmemiştir. Öğretide bu durumun örtülü bir boşluk oluşturduğu, hükmün ratio legisinden ve Türk kanun koyucusunun adı işlere nazaran ticari işlerde daha kısa zamanaşımı süresi öngörmesinden bahisle, mülga 6762 sayılı TTK m. 106/II'de olduğu gibi bir yıllık zamanaşımı süresinin kabulüyle boşluğu doldurula-bileceği savunulmaktadır [Ayrıntılı bilgililer için Murat Oruç, "Örtülü Bir Boşluk: Ticari Sımsarlık Ücret Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi", *TAAD*, S. 30 (2017): 233-234].

diği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” Tanımdan da anlaşılacağı üzere, simsarlık sözleşmesinin uygulama sahası oldukça kapsamlıdır. Bu bağlamda her türlü hukuki işlemin (örneğin taşınmaz veya şirket satım sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, finansal hizmet sözleşmeleri vb.) yapılmasına yönelik aracılık faaliyetleri simsarlık sözleşmelerine konu olabilir. Yine sim-sarın yerine getirmekle sorumlu olduğu faaliyet türü, taraf iradelerine göre farklı şekillerde tezahür edebilir. TBK m. 530/I kuralı, bir sözleşmenin kurulmasına yönelik fırsatın gösterilmesinin yeterli olduğu simsarlık faaliyeti (fırsat sim-sarı) ile bir sözleşmenin kurulmasına aracılık yapmak suretiyle aktif katılım sağlayan simsarlık faaliyetine (aracı sim-sar) atıfta bulunmuştur. Bu türlerin dışında uygulama tarafından geliştirilen ve bu iki türün melezlenmesi şeklinde ortaya çıkan takdim sim-sarı⁴ (Zuführungsmakler) da bulunmaktadır⁵.

Türler arasındaki farklılıklara gelince; fırsat sim-sarı, asıl sözleşme⁶ yapıl-mesi için iş sahibine somut olarak bir veya birden fazla sözleşme yapmaya niyetli kişiyi işaret etmekle yükümlüdür⁷. Sözleşme yapma niyetinde olanla müzakere-lerin yürütülmesi ve asıl sözleşmenin imza altına alınması fırsat sim-sarının değil,

⁴ Türk hukuk yazınında bu sim-sar türü “yönlendirici sim-sar” olarak da anılmaktadır [C. Salih Şahi-niz, *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışman-lığı) Sözleşmesi* (İstanbul: Beta, 2002), 289; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve So-nuçları”, *YBHD*, S. 2 (2018): 148].

⁵ Caterina Ammann, *Obligationenrecht I (Basler Kommentar I / BSK I)*, Art 1-529 OR içinde, editör Heinrich Honnswald, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art 412, Nr 1, 4; Peter R Burkhalter, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar / OFK) içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016), Art 412, Nr 2-3; Nicholas Bracher, *CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art 319-529 OR* içinde, editör Claire Hu-guenin ve Markus Müller-Chen (Zürich- Basel- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art 412, Nr 4.

⁶ Simsarlık hizmetinden yararlanıldığında, iki farklı sözleşme gündeme gelir ve bunların birbirinden mutlak surette ayırt edilmesi gerekir. Bunlardan birincisi, iş sahibi ile sim-sar arasında kurulan “simsarlık sözleşmesi” (Maklervertrag); ikincisi ise simsarlık sözleşmesiyle hedeflenen ve iş sa-hibi ile sim-sarın bulacağı üçüncü kişi veya sözleşme yapmaya niyetli kişi arasında gerçekleşen “asıl sözleşme”dir (Hauptvertrag). Simsarlık sözleşmelerinin bir tarafında iş sahibi, diğer tarafında sim-sar bulunur. Simsarlık sözleşmesiyle bağlantılı olarak iş sahibinin asıl sözleşmeyi imzalayaca-ğı üçüncü kişi; “sözleşme yapmaya niyetli kişi”, “müşteri” veya -asıl sözleşme satış niteliğindeyse- “potansiyel alıcı” olarak zikredilir. Ayrıca uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, taşınmaz sim-sarlığı özelinde iş sahibi, taşınmaz maliki olabileceği gibi, taşınmazı almak veya kiralamak isteyen kişi de olabilir. Bu noktada önemli olan sim-sara kimin başvurduğudur. Söz gelimi, taşın-maz malikinin sim-sara başvurması durumunda, simsarlık sözleşmesinin taşınmazın alıcısı veya kiracısı ile yapılması zorunlu değildir; aksine sim-sarın bu sözleşmeyi iş sahibi konumundaki ta-şınmaz sahibiyle yapması gerekir. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 10.12.2013, E. 2013/21290, K. 2013/30990) bu hususa dikkat çekmek zorunda kalmıştır (Yargıtay Karar Arama). Ancak her iki taraf da sim-sara başvurmuşsa, çifte simsarlık denilen ve prensipte geçerli olan faaliyet türü gündeme gelir.

⁷ Bundan, sözleşmenin kurulması fırsatına ait bilginin teminini anlamak gerektiği noktasında Her-mann Becker, “Tellallık Sözleşmesi” (Çev. Suat Dura), *Yargıtay Dergisi* 9, S. 1-2 (1983): 77.

tamamen iş sahibinin görevidir⁸. Buna karşılık, aracı sımsarın yükümlülükleri daha fazladır. Bir kere aracı sımsar, sadece sözleşme yapmaya niyetli kişiyi işaret etmekle yetinemez. Bundan başka, asıl sözleşmeyi yapma konusunda sözleşme yapma niyetinde olanı fikren etkilemesi ve onda asıl sözleşmeyi yapma isteği uyandırması gerekir. Bu itibarla aracı sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasını, en basitinden sözleşme müzakerelerine katılarak veya hiç değilse lobi faaliyetinde bulunarak eylemli olarak teşvik etmelidir⁹. Takdim sımsarı ise belirtildiği üzere, diğer iki sımsarlık türünün ara formu olarak düşünülebilir. Bu tür sımsarlıkta da sımsarın yalnızca sözleşme yapma niyetinde olanı işaret etmesi yeterli olmaz, aksine onu iş sahibine bilfiil takdim etmesi veya onun iş sahibiyle fiilen temas kurmasını sağlaması gerekir¹⁰.

II. SİMSARIN ÜCRET HAKKINA İLİŞKİN TERMINOLOJİK BİR BAKIŞ VE DİĞER MALİ HAKLARLA KARŞILAŞTIRMA

A. GENEL OLARAK

TBK’da sımsarın “ücret hakkı” konusunda terminolojik açıdan dağınıklık söz konusu değildir. Gerçekten de sımsarlığı düzenleyen bütün kurallara (TBK m. 520-525) bakıldığında, sadece “ücret” kelimesinin tercih edildiği görülmektedir. Buna karşılık mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht / OR)¹¹ madde 412 ve 414’te “bedel” (Vergütung), 413 ve 417’de “sımsarlık ücreti” (Mäklerlohn), 415’te ise sadece “ücret” (Lohn) kelimesi kullanılarak terminolojik açıdan bir savrulma yaratılmıştır. Bütün bu farklı kavramlarla, esasen başarılı sımsarlık faaliyetinin karşılığı olarak yapılan ödemenin vurgulanmak istendiği ortadadır¹².

Mehaz hukuk öğretisinde, pek tabii bu terminolojik savrulmanın da katkısıyla, sımsarın hak ettiği kazancın “ücret” olarak anılması eleştiriye konu olmuştur. Zira ücret kavramı, genellikle iş hukuku bağlamında yapılan işin karşılığı olarak ödenen miktarı ifade etmek için kullanılır. Oysa sımsarlıkta hak ediş noktasında bir işin yapılmasından ziyade, başarıya ulaşma temel alınır. Çoğu zaman bu başarı da belli bir sabit ödemeye veya yüzdeye bağlanır. Bu nedenle ücret kelimesi

⁸ Gerçekten de fırsat sımsarının faaliyeti, üçüncü kişiyi araştırmak ve bu araştırma sonunda bulunduğu kişiyi iş sahibine bildirmek şeklinde iki aşamadan oluşur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 281; Öcal Apaydın, “Çifte Sımsarlık Faaliyeti”, 149). Ayrıca fırsat sımsarının, sözleşme yapmaya niyetli kişiyle iletişime geçebilmesi için gerekli olan bilgileri (isim, adres, telefon vs.) iş sahibine bildirmesi oldukça önemlidir (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 306).

⁹ Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 4. Aynı yönde Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 78.

¹⁰ Retto Brunner, “Der Maklervertrag - Was soll drin sein und was soll geregelt werden?”, *Immobilien*, Marz (2007): 34; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 4.

¹¹ Bundan böyle kısaca “OR” olarak anılacaktır.

¹² Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 1. Bununla birlikte, Türk hukukunda benzer bir savrulma, asli-tali mevzuat ilişkisi bağlamında gerçekleşmiştir. Gerçekten de TBK’da sımsarlığı düzenleyen kurallarda “ücret” ifadesi kullanılmışken; taşınmaz sımsarlığını konu edinen Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik (TTY; RG, 05.06.2018/30442) m. 20’de, “hizmet bedeli” ifadesi tercih sebebi olmuştur. Birazdan da belirtileceği üzere, yönetmelik koyucunun tutum ve tercihi, meramı anlatma noktasında daha isabetlidir.

yerine, “serbest meslek ödentisi” (Honorar) veya “yüzdelik bazlı aracılık ücreti” (Provision) ifadeleri meramı daha iyi karşılamaktadır¹³.

İsviçre’deki uygulamada ücret, işlem bedelinin belli bir yüzdesi olarak (Prozentvesprechen / Provision) kararlaştırılmaktadır. Ancak götürü ücret (Pauschal-lohn) şeklinde kararlaştırmaya engel bir durum da yoktur¹⁴. Keza yine mehaz uygulamasında, son zamanlarda ücretin daha çok performansa dayalı olarak belirlendiği gözlenmektedir. Buna göre simsar, asıl sözleşmenin kurulmasını ne kadar hızlı sağlar veya onun en iyi koşullarda kurulmasına ne derece katkıda bulunursa o oranda ücrete hak kazanır. Ücretin bu şekilde performansa dayalı olarak belirlenmesi, her iki taraf için kazan-kazan durumu oluşturur¹⁵.

Ülkemiz pratiğinde, özellikle taşınmaz simsarlığında, simsarın ücreti asıl sözleşmedeki bedel üzerinden belli bir oranla belirlenmektedir. Ancak Taşınmaz Ticaret Hakkında Yönetmelik (TTY) m. 20 ile bu orana üst sınır getirilmiştir. Buna göre, alım satım işlemlerinde hizmet bedeli alım satıma aracılık sözleşmelerinde yer alan satış bedelinin katma değer vergisi hariç yüzde dördünden fazla olamaz. Tapuda daha düşük bir bedel beyan edilirse, simsarlık ücretinin belirlenmesinde tapuya beyan edilen tutar değil, asıl sözleşmede (veya yer gösterme belgesinde) belirlenen tutar referans alınır¹⁶.

Bu aşamada yine simsarlık uygulamalarında ücret dışında, masraf (gider) ve tazminat olmak üzere iki farklı ödeme kaleminin daha gündeme gelebileceğini belirtmek gerekir. Nitekim simsarlık sözleşmesinin tanımını ve şeklini konu alan yasal düzenlemede, bir taraftan sonuç odaklı ücret kazanımına vurgu yapılmışken (TBK m. 521/I), diğer taraftan simsarın yapmış olduğu giderlerin sözleşme kurulmamış olsa bile karşılanmasından bahsedilmiştir (TBK m. 521/III). Bunun dışında, iş sahibinin akde aykırı davranışı veya akit öncesi sorumluluk çerçevesinde simsara karşı bir miktar tazminat ödemesi gerekebilir. Terminolojik açıdan değişik şekillerde ifade edilen bu ödeme kalemlerinin, fikrî olarak da birbirinden katı surette ayırt edilmesi lazım gelir.

¹³ Matthias Streiff, *Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler* (Wetzikon-Zürich: Thesenverlag, 2009), 60, 62.

¹⁴ Georg Gautschi, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Berne Kommentar / BK), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Band: VI- 2/5 içinde, editör Arthur Meier-Hayoz (Zürich: Stampfli Verlag AG, 1964), Art 413, Nr 2c; Burkhalter, *OFK*, Art 413, RN 2; Bracher, *CHK*, Art 414, Nr 2; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1.

¹⁵ Brunner, 34.

¹⁶ Aynı yönde Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, 2007), 377, dn. 285; Mustafa Çeker, “Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma”, *ÇÜHF* 1, S. 1 (2014): 18-19. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 23.06.2003, E. 2003/3743 K. 2003/8165) bu hususu vurgulamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Taraflar arasında her iki tarafın imzasını taşıyan tellallık sözleşmesinde taşınmazın satış bedeli belirtilmiştir. Bu nedenle tellallık ücretinin kararlaştırılan bu miktar üzerinden verilmesi gerekir. Tapudaki satım sözleşmesinde belirtilen satım bedelinin esas alınmış olması hatalıdır...” [Karar için Gönül Büyüknacar, “Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 156 (2021), 240].

B. SİMSARIN MASRAF TALEBİ

Sımsarlık sözleşmelerinde, yapılan masrafların kararlaştırılan ücrete dahil olduğu kabul edildiğinden¹⁷, sımsar yapmış olduğu bütün masrafı prensip olarak kendisi üstlenir¹⁸. Buna karşılık, sözleşmede sımsarın yaptığı masrafları iş sahibinden talep edebileceği hususu kararlaştırılabilir. Gerçekten de TBK m. 521/III uyarınca, sımsarlık faaliyetinin başarılı veya başarısız olmasından bağımsız bir şekilde, sözleşmede öngörüldüyse anılan masraflar talep edilebilir¹⁹. Özellikle sımsarlık sözleşmesi ile sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik belirli faaliyetleri (örneğin, gazeteye ilan verme, seyahat etme gibi) yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, aynı sözleşmeye masraf kaydı düşülmek suretiyle yapılan harcamaların iş sahibince karşılanması güvence altına alınabilir²⁰. Uygulamada karşılaşılabilecek olası karışıklıkları önlemek adına, sözleşme taslakları hazırlanırken başarı odaklı sımsarlık ücreti ve başarıya bağlı olmayan masraflar ile diğer masraflar arasında bir ayırım yapılması isabetli olur²¹.

Sımsarlık sözleşmeleri açısından durum böyleyken vekâlet sözleşmelerinde, vekilin yapmış olduğu masrafların ve verdiği avansların vekâlet verence karşılanması, belli bir ihtimalin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Buna göre vekâlet veren, vekilin yalnızca “vekâletin gereği gibi ifası için” yaptığı masrafları ve verdiği avansları ödemekle yükümlüdür (TBK m. 510/I). Ancak sımsarlığa ilişkin kural son derece açıktır ve sözleşmede öngörüldüğü sürece, yapılan masrafların karşılanması hiçbir ihtimale, özellikle de başarılı sonucun gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu durum, vekâlet ve sımsarlık sözleşmeleri arasındaki farklılığı göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir²².

¹⁷ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 11.

¹⁸ Brunner, 35; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 20; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 15. Bu durum, aynı zamanda sımsarlık sözleşmelerini alım-satım komisyonculuğu sözleşmelerinden ayırır [Öz Seçer, *Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), 128-129].

¹⁹ Öğretideki ayrıksı bir görüş uyarınca, sözleşmede masraflarla ilgili bir kural bulunmasa dahi, (asıl) sözleşmenin kurulması ile sımsarın yaptığı masrafları isteyebilir [Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2021), 149].

²⁰ Ancak böyle bir kayıt olmaksızın, iş sahibinin sımsara ücret veya masraf avansı vermiş olması, masrafların ödeneceğine dair açıkça bir güvence verdiği anlamına gelmez (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 15).

²¹ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 20.

²² Streiff, *Handkommentar*, 62-63. Sımsarlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir alt türü olmayıp kendine özgü nitelikte olduğu konusunda Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 79; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 305; Onur Sarı, “Fikri Ürüne İlişkin Sımsarlık Sözleşmesi”, *EÜHFD* 14, S. 2 (2019): 398. Buna karşılık sımsarlığın vekâletin alt türü olduğunu savunan görüşler için Arslanlı, *Umumi Hükümler*, 14; Şükrü Yıldız, “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 22*, S. 3 (2016), 3046; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 206; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 782; Ekrem Kurt, “Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan II*, (2010): 1431. Mehaz hukuk öğretisinde de sımsarlık sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki yapısal farklılıklara rağmen, OR 412/II ile

Kural olarak masraflar simsarlık ücretinin kapsamında sayılmakla birlikte, uygulamada simsarın ısrarla masrafları talep etmesi durumuyla karşılaşılabılır. Bazı hallerde simsarın bu ısrarı rasyonel ve haklı gerekçelere dayanabilir. Uygulamaya bakıldığında, bunları şu şekilde sıralamak mümkündür²³:

- Simsar, esaslı sermayeden yoksun “genç yenilikçi bir şirkettir” (start up)²⁴ ve her türlü ek gelire ihtiyaç duymaktadır.
- Simsarın asıl sözleşmenin gerçekleşeceğine dair inancı kalmamıştır ve hiç değilse yapmış olduğu masrafları tazmin etme amacı gütmektedir.
- Simsar, asıl sözleşmenin gerçekleşmesi için -simsarlık ücreti ile kıyaslanamayacak ölçüde- fahiş bir avans ödemesine gereksinim duymaktadır.

C. SİMSARIN TAZMİNAT TALEBİ

Bilinen tüm kamuoyu araştırmalarında, iş hayatında güven vermeyen meslekler kategorisinde, ikinci el araç satıcıları, Hedge-Fon yöneticileri ve emlakçılar (taşınmaz simsarları) sıklıkla başı çekmektedir. Bu fiili durum bizim hukumuza da doğrudan sirayet etmiş olup simsar karşısında iş sahibini koruyucu nitelikte düzenlemeler kaleme alınmıştır. Gerçekten de iş sahibi, aşırı simsarlık ücretinin indirilmesini talep edebilir (TBK m. 525) veya simsarlık ücretini ödemekten imtina edebilir (TBK m. 523). Buna karşılık simsar, prensipte sadece yaptığı faaliyet sonunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır (TBK m. 521). Bazı simsarlar için birtakım yasal önlemler alınması haklı görülmekle birlikte²⁵, işini düzgün yapan mahir simsarlar bakımından bu çifte standardın pek de adil olduğu söylenemez²⁶.

simsarlık sözleşmesinin doğasına aykırı olmamak kaydıyla vekâlete ilişkin kurallara atıfta bulunulduğuna dikkat çekilir. Burada simsarlık daha çok hizmet ve vekâlet karması sui generis bir sözleşme olarak kabul görür. Buna karşılık Alman hukukunda simsarlık, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak vekâlet sözleşmesi karakterindedir (Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 16-17).

²³ Streiff, *Handkommentar*, 63-64).

²⁴ “Genç yenilikçi şirket” (start-up) halen muğlak bir kavram olmakla birlikte, bununla esasen çok hızlı büyüyen inovatif şirketler kastedilmek istenir. Özellikle vergi hukuku alanında kavramın oldukça önem arz ettiği söylenebilir. Bu gerçeklikten hareketle Zürih Kantonu Maliye Müdürlüğü kavramı tanımlama çabasına girişmiş ve genç yenilikçi şirketleri, inovatif (özellikle teknoloji odaklı) ve ölçeklenebilir iş modelini haiz sermaye şirketleri olarak betimlemiştir. Ancak yine de İsviçre yazınında kavramın içeriğinin önemli ölçüde belirsizliğini koruduğu vurgulanmaktadır [Claudia Suter, *Private Equity VI, Gründer, Investoren und Management in der Welt von Private Equity-Update 6.0 des Steuerrechts erforderlich?* içinde, editör Dieter Gericke (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2018), 38].

²⁵ Bu bahiste hukukumuzdaki en güncel tedbir, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na Ek Madde 6 ile getirilen, sigortalının alacağını temlik etmesini yasaklayan düzenlemedir. Geçmişte “Hasar Danışmanlık Şirketi” adı altında faaliyet gösteren bir takım aracılık oluşumları, sigortalıların alacaklarını ederinin çok altında temlik almış ve bu da sigortalılar başta olmak üzere yasal takiple yetkili avukatların mağduriyetine yol açmıştır. Bu nedenle kanun koyucunun önlem alması kaçınılmaz olmuştur.

²⁶ Bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 64.

Bununla birlikte, sımsarlık uygulamalarında meseleye sadece madalyonun tek yüzünden bakmamak, en azından iki boyutlu düşünmek gerekir. Zira bu tür sözleşmelerde iş sahibinin de aracılık faaliyetini kendi emelleri doğrultusunda kötüye kullanması gündeme gelebilir. Söz gelimi, gerçekte asıl sözleşme imzalama niyeti ve amacı olmayan iş sahibinin sadece pazar piyasasını öğrenmek adına sımsarı bir yardımcı olarak kullanması mümkündür. Öyle ki, sımsarın ücret hakkı prensipte asıl sözleşmenin başarısı şartına bağlı olduğundan, sımsar uzunca bir süre ve bu dolanlı amaca hizmet ettiğini bilmeden karşılıksız çalışmak durumunda kalabilir. Bu gibi hallerde, piyasayı test etme saikiyle hareket eden iş sahibinin dürüst davranmaması gerekçe gösterilerek sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) çerçevesinde yapılan masrafların iadesi istenebilir. Fakat iş sahibinin asıl sözleşmeyi yapma yerine piyasayı araştırma niyetiyle hareket ettiğinin ispatlanması gerekir ki bu da pratikte pek mümkün olmaz. Şu hâlde sımsarın sözleşme öncesi sorumluluk temeline dayanması, dogmatik açıdan isabetli gözükmeyle birlikte, ispat güçlüğü nedeniyle çoğu zaman hüsrarla sonuçlanan bir girişim olacaktır²⁷.

Son tahlilde, sımsarın iş sahibi aleyhine açtığı tazminat davasını başarılı bir şekilde sürdürmesinin oldukça güç olduğu söylenebilir. Tazminat davasıyla uğraşmak yerine, olası talepleri önceden sımsarlık sözleşmesinde kararlaştırmak daha rasyonel bir tutum olacaktır. Örneğin taraflar, iş sahibinin cayması nedeniyle asıl sözleşmenin imzalanamadığı hallerde, sımsarlık ücretinin veya sımsarın yaptığı masrafların iş sahibi tarafından ödeneceği hususunu kararlaştırabilir²⁸. Gerçi uyumsuzluk durumunda, iş sahibinin asıl sözleşmeyi yapmaktan vazgeçtiğini yine sımsarın ispatlaması gerekecektir²⁹; lakin bu ispat faaliyetinin iş sahibinin kötü niyet saikini ispatlamaya nazaran daha kolay gerçekleşeceği de ortadadır.

III. SİMSARLIK SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRETİN ESASLI UNSUR OLMASI (İVAZLILIK)

Sımsarlar, hiçbir karşılık gözetmeksizin özgeci (altruistik) amaçlarla hareket etmezler. Bu durum, özellikle vekâlet temelli sözleşmelerdeki hukuki durumla tezatlık oluşturur. Zira vekâlet ve vekâlet türevi niteliğindeki sözleşmelerde, ücret asli bir unsur niteliğinde değildir. Dolayısıyla, taraflar açıkça sözleşmede karar-

²⁷ Streiff, *Handkommentar*, 65. Yine yazara göre bu ihtimalde, sımsarlık sözleşmesi geçerli bir şekilde düzenlendiği takdirde fırsat sımsarının ücret şansı bulunmaktadır. Buna karşılık aracı sımsarlıkta, iş sahibine sadece yapılan masrafların tazmini için dava açılabilir (Streiff, *Handkommentar*, 66).

²⁸ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 66.

²⁹ Yargıtay da bir kararında (13. HD, 29.05.2013, E. 2013/4563, K. 2013/14337) bu konuya temas etmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şöyledir: "...Dava, tellallık ücreti alacağına ilişkin olarak yürütülen takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir... Davacı, satıştan vazgeçenin davalı olduğunu iddia ettiğine göre ispat kuralları uyarınca ispat yükü davacıda olduğu kabul edilerek davacının delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir..." [Gökhan Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 194-195].

laştırmamışlarsa veya ücret ödemek olağan değilse vekile ücret ödenmesi gerekmez³⁰. Buna karşılık, simsarlığın ücretsiz olarak yerine getirileceğinin kararlaştırılması -iktisadi ve sosyolojik açıdan- rasyonellikten uzak bir yaklaşım olurdu³¹.

Simsarlık ücretinin prensipte iş sahibi tarafından simsara ödenmesi gerekir. Ancak yasadaki algının aksine -simsarın asıl iş sahibine karşı olan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmadığı sürece- ücretin, asıl sözleşmenin diğer tarafı olan üçüncü kişi tarafından ödenmesi kararlaştırılabilir³².

TBK m. 520/I ve m. 521/I düzenlemelerine genel olarak bakıldığında, simsarın ücret talep edebilmesi için üç temel şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar:

- İş sahibi ile simsar arasında geçerli bir simsarlık sözleşmesinin bulunması,
- Asıl sözleşmenin kurulması,
- Kurulan asıl sözleşme ile simsarın faaliyeti arasında klasik veya psikolojik illiyet bağının bulunmasıdır³³.

Taraflar sözleşmeyle bunlar dışında başkaca şartlar, söz gelimi taşınmaz satışına aracılıkta, taşınmazın belli bir miktarın altında satılmaması durumunda ücretin ödenebileceği hususunu pekâlâ kararlaştırabilir³⁴.

Çalışmamızın bu bölümünde, ücret için aranan yasal koşulların temel özelliklerine değinmeye çalışacağız. Ancak en baştan, simsarlık ücretinin kural ola-

³⁰ Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 2a. Vekâletin prensipte ücret temelinden yoksun olması, bazı tarihsel olgulara dayanmaktadır. Gerçekten de avukatlık, doktorluk, mimarlık gibi vekâlet odaklı serbest mesleklerin icrası, Roma İmparatorluğu döneminde ilkesel bazda ücretsiz, yani özgeci bir faaliyet olarak gerçekleşmekteydi. İster dostluk (*amicitia*) ister iş icabı (*officium*) olsun, bu tür faaliyetlerde ücret kabulü yasaktı. Oysaki imparatorluğun ilk zamanlarında, bu hizmetler ücrete tabiydi. Roma hukukundan kaynaklanan bu tarihsel farklılığın yansımaları, belirgin bir şekilde bugünkü modern vekâlet düzenlemelerinde hâlâ gözlemlenmektedir. Örneğin, OR 394'te vekâlet sözleşmesi kural olarak ücretsizken, taraflar ücret konusunda anlaşır veya işin doğası gereği bu sonuç ortaya çıkarsa vekile ücret ödenmesi icap eder. Keza Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1004'te, vekâlet prensip olarak ücretsizken, açıkça veya vekilin tutumuna göre zımnî ücret şart kılınmışsa, vekile bir miktar ücret ödenmesi gerekir. Yine Alman Medeni Kanunu (BGB) §662'de vekâlet sözleşmelerinin ücretsiz olması asıldır; buna karşılık §675'e bakıldığında, iş görme niteliğindeki hizmet ve eser sözleşmelerinde ücretin asli şart olduğu görülür (Bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 59, dn 97).

³¹ Simsarlık sözleşmesinin ivazlı olmasının bir zorunluluk olduğu, aksi durumda vekâlet sözleşmesinden bahsetmek gerekeceği konusunda Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 2a; Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 4; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 13; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 2. Simsarlık sözleşmesinde açıkça ücret kararlaştırılmamış olsa bile simsarın ister tacir ister esnaf konumunda olsun TTK m. 15 ve TTK m. 20 kapsamında ücret talep edebileceği noktasında Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 787; Şener, *Ticari İşletme*, 316-317.

³² Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 4.

³³ Streiff, *Handkommentar*, 59; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 3; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 2. OR temelli bu koşulların, sektör katılımcılarının simsarlık ücreti konusundaki algısını yansıtması noktasında Streiff, *Handkommentar*, 59. Simsarlık ücretinin miktarının, vekâlet odaklı sözleşmelerden farklı olarak vekâletin kapsam ve süresine göre değil de simsarın çabalarının sonucuna göre belirlenmesi noktasında Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 2a.

³⁴ Benzer yönde Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 3; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 2; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 1.

rak tek seferlik bir işleme ve bu işlemin başarısına bağlı olduğunu belirtelim. Aksi söylemle, ücret hakkının doğumu, simsarlık faaliyetinin süresine, ortaya çıkan masrafa, simsarın yeteneğine veya tecrübesine bağlı değildir³⁵.

IV. ÜCRET HAKKININ DOĞMASI İÇİN ARANAN ŞARTLAR

A. GENEL OLARAK

TBK m. 520/I'den açıkça anlaşıldığı üzere, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için asıl sözleşmenin kurulması konusunda iş sahibine fırsat sunması veya asıl sözleşmenin kurulmasında aracılıkta bulunması gerekir. Dolayısıyla ücret talep edebilmek için anılan faaliyetlerden birinin gerçekleştirilmesi gerektiği ortadadır. Hatta daha geniş bir yorumdan yola çıkarsak, iş sahibinin lehine olan bir asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan her türlü girişim, simsarlık faaliyeti olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık simsar, iş sahibinin temsilcisi değildir. Bu sebeple -sözleşme aksi kararlaştırılmadıkça- asıl sözleşmenin kurulmasında yetkisi bulunmaz³⁶.

İkinci olarak yine tanımdan, simsarın ücret karşılığında faaliyette bulunduğu dolaylı olarak anlaşılmaktadır. Halbuki OR 412'de simsarın "bir bedel karşılığında" (gegen eine Vergütung) iş yaptığı açık bir şekilde vurgulanmıştır. Daha önce ifade edildiği üzere, simsarlık sözleşmesi ivazlıdır, yani simsarın ücret hakkı bu sözleşmenin esaslı unsuru niteliğindedir³⁷. Ancak sözleşme ivazlı olmakla birlikte, kural olarak karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir karakterde değildir. Çünkü simsarlık sözleşmesi kapsamında prensip olarak iş sahibi, yalnızca asıl sözleşmenin kurulması halinde simsara ücret ödemekle yükümlü kılınmıştır. Diğer bir deyimle simsar, bu sözleşme nedeniyle aktif olarak faaliyette bulunmakla yükümlü değildir³⁸. Simsarın sözleşme kapsamında tek yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğüdür ve bu da iş sahibinin edim yükümlülüğüne (ücret ödemeye) karşılık gelmemektedir³⁹. Fakat simsar, ücret hakkını elde etmek istiyorsa pekâlâ faaliyette bulunabilir⁴⁰.

³⁵ Streiff, *Handkommentar*, 60.

³⁶ Bu hususlarda Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 2-3. Eğer simsarın iş sahibinin doğrudan temsilci olarak asıl sözleşmeyi imzalaması isteniyorsa, simsarlık sözleşmesindeki özel yetkiye ilaveten uygun bir temsil yetkisinin verilmiş olması gereklidir (Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1).

³⁷ Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 5; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 2. Simsarlık sözleşmelerinde "ücretin" objektif esaslı unsur olması, buna karşılık "ücretin belirlenmesinin" objektif esaslı unsur olmaması hususunda Deniz Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: 2019), 48.

³⁸ Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 76; Tamer Bozkurt, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 142; Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 151. Son yazarın aynı yerde vurguladığı üzere, yükümlülükten azade olan simsar aktif olarak faaliyet göstermezse kendisinden tazminat talep edilemez.

³⁹ Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 153. Ancak taraflar sözleşmeyle simsarın belirli faaliyetlerde bulunmakla -örneğin ilan vermekle veya seyahat etmekle- yükümlü olduğu hususunu kararlaştırabilirler (Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 11; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 7). Böylelikle sözleşme sinallagmatik forma dönüşmüş olur. Keza simsarlık sözleşmelerine münhasırlık veya

Simsarlık sözleşmesiyle ilgili bir diğer önemli nokta ise ücret konusunda başarımlı sonucun odak alınmasıdır⁴¹. Kuraldan da anlaşılacağı üzere simsar, faaliyetleri sonucunda asıl sözleşme kurulduğu takdirde ücrete hak kazanır. Bu açıdan, sözleşmenin sinallagmatik olmadığına ilişkin yapılan tespitle bir çelişki doğup doğmadığı sorusu akla gelebilir. Oysaki burada simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğünün olmamasının yaratacağı aksaklık, bir bakıma ücret talep edebilmesi için faaliyette bulunması şart koşularak dengelenmeye çalışılmıştır. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, simsarın faaliyette bulunmasının bir yükümlülük olmadığı, ücret hakkını elde etme bakımından yalnızca bir külfet teşkil ettiği anlaşılmaktadır⁴².

B. GEÇERLİ BİR SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI

1. Sözleşmenin Şekli ve Kapsamı

İş sahibi ve simsar, sözleşme kapsamında simsarın yapacağı faaliyetin türü (fırsat simsarı, aracı simsar veya takdim simsarı) ve asıl sözleşmeye dönük çabalarının şekli konusunda mutabakata varmak zorundadır. Söz konusu mutabakat, simsarlık sözleşmesiyle sağlanır. Sözleşmede simsarın faaliyet şeklinin belirtilmesi gerekli olsa da münferit hallerde taraflar bu hususu kararlaştırmamış olabilirler. Bu halde eksiklik, tarafların sözleşmenin kurulmasından önceki veya sonraki tutumlarına bakılmak suretiyle giderilebilir⁴³.

ücret garantisi kaydı konulması durumunda da aynı sonucu kabul etmek gerekir (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 153-154). Bu tür kayıtların anlam ve önemi için IV, C, 2.

⁴⁰ Bu durumun simsarlık sözleşmesini acentelik sözleşmesinden ayıran bir durum olması konusunda Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 76.

⁴¹ Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 3.

⁴² Bu yönde Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 7; Şahinüz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 11; Arkan, *Ticari İşletme*, 209; Umut Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti", *İBD* 83, S. 6 (2009): 3121; Çağlar Çağlayan, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması", *ABD*, S. 1 (2016): 443. Buna karşılık Gautschi'ye göre ücret hakkı, simsarın faaliyetinin başarısı şartına bağlıysa simsarlık sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye dönüşür ve bu durumda simsarın öncelikli ifa yükümlülüğü bulunur (*BK*, Art 412, Nr 2b. Aynı yönde Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 93). Diğer taraftan, münhasır simsarlık durumunda, iş sahibi artık bir başka simsarın hizmetinden istifade edemeyeceğinden, simsarın faaliyetinin niteliğinin külfetten yükümlülüğe evrildiğini kabul etmek gerekir [Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 509; Bozkurt, *Tellallık*, 146].

⁴³ Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmeyle simsarlık türünün belirlenmemiş olması veya şüphe hasıl olması durumunda, daha dar kapsamlı olan fırsat simsarının kabul edilmesi yorumunu reddetmekte ve buna ilişkin ispat yükünü simsarın omuzlarına yükleyerek sorunu çözmektedir (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 149, dn 13). Buna karşılık Yargıtay, taşınmaz simsarlığına konu olan bir kararında (13. HD, 12.02.2013, E. 2012/16919, K. 2013/3222), tam tersi bir sonucu benimsemiş ve fırsat simsarlığına odak noktası almıştır (Yargıtay Karar Arama). Bu hususta son olarak simsarın işinin meslek olarak yürütmesinin zorunlu olmadığı vurgulanmalıdır. Ancak simsarlık faaliyetinin yürütülmesi, resmi bir makamın iznine veya ruhsata bağlanmışsa, izinsiz veya ruhsatsız simsarla yapılan sözleşmeleri hükümsüz kabul etmek gerekir. Çünkü izin veya ruhsat şartı ile sözleşme taraflarını korumak amaçlanmıştır (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 148, özellikle dn 9). Yeri gelmişken, Türk hukukunda taşınmaz ticaretinde simsarlık faaliyeti yapabilmek için yetki belgesine ihtiyaç duyulduğunun da altını çizmek gerekir (Ayrıntılı bilgi için aşa. IV, C, 4). Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi

Ücret hakkından bahsedebilmek için, sımsarın sözleşmede kararlaştırılan faaliyet türünü yerine getirmesi zorunludur⁴⁴. Bu nedenle, aracılık yapan sımsarın, iş sahibine yalnızca sözleşme fırsatı sunması, ücret hakkının doğumu açısından yeterli bir faaliyet olarak görülmez⁴⁵.

Tarafların sımsarlık sözleşmesinde bazı şartlar öngörmeleri de mümkündür. Bu uğurda sımsar, ücret hakkını olabildiğince geniş ölçüde elde etmeye ve onun ifa edilebilir olmasına yönelik şartları sözleşmeye derç etmeye zorlayacakken, iş sahibi de asıl sözleşmenin kurulmasına yardımcı olacak esaslı koşulları tanımlama çabasına girecektir⁴⁶.

Sımsarlık, yukarıda belirtildiği gibi yasal temelde ücret karşılığı yapılan bir iş olduğundan, taraflarca bunun aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Buna karşılık taraflar, prensipte şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyle⁴⁷ ücret miktarını belirleyebilirler⁴⁸. Ancak ispat güclüğü yaşanmaması adına, sözleşmelerin yazılı olarak yapılması tavsiye edilmektedir⁴⁹. Kural bu olmakla birlikte, konusu taşınmaz olan sımsarlık sözleşmeleri, şekil serbestisine istisna teşkil eder. Zira TBK m. 520/II uyarınca, bu tür sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşuludur⁵⁰.

vermiş olduğu bir kararda, sımsarın eylem ehliyeti bakımından mesleki faaliyet izninin bulunup bulunmamasının bir önemi olmadığına, her halükârda kendisinin haklara ve yükümlülükler ehil olduğuna hükmetmiştir (Streiff, *Handkommentar*, 68).

⁴⁴ Hukukumuzda avukatlık, hekimlik gibi bazı faaliyetler sımsarlığa elverişli değildir (1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 48; 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 64; 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimliği Birliği ile Odalarının Teşekkül Tazısına ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 33). Konusu bu faaliyetleri içeren sımsarlık sözleşmeleri TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 25.11.2019, E. 2017/4938, K. 2019/11484) bu sonuca ulaşmıştır [Bu yönde Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 508-509]. Yine Yargıtay bir başka kararında (11. HD, 21.09.1990, E. 1990/5664, K. 1990/5648) resmi ihale işlemlerinin sımsarlık sözleşmesine konu olamayacağına ve bu sebeple herhangi bir ücret talebinde bulunulamayacağına hükmetmiştir (Bu karar için Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 148, dn. 51).

⁴⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 4.

⁴⁶ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁴⁷ Streiff, *Handkommentar*, 66; Brunner, 34; Yıldız, "Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli", 3046; Sıtkı Akyazan, "Tellallık", *BATİDER* VI, S. 3 (1972): 449. Gerçekten de sımsarlık sözleşmesi için kural olarak herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. Fiili davranışlar, söz gelimi sımsarın faaliyetlerine bilerek göz yumma veya onları örtülü olarak kabul etme, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Ancak bunun için asıl sözleşmenin karşı tarafının sımsarı aracı olarak görevlendirmemiş olması gerekir (Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 6; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 10; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 5; Şener, *Ticari İşletme*, 307). Ayrıca sımsarlık sözleşmesine imza atan tarafların, asıl sözleşmenin tarafı olmaları da zorunlu değildir [Çağlayan, "Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 446].

⁴⁸ Yargıtay bir kararında (11. HD, 03.02.2021, E. 2021/2495, K. 2021/814) konusu profesyonel futbolcu transferine aracılık faaliyeti olan sımsarlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılamamasını, sımsarlık ücretinin kazanılmasına engel teşkil etmediğine hükmetmiştir (Karar için Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 147-148).

⁴⁹ Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 6; Brunner, 34; Büyüknacar, 225.

⁵⁰ Büyüknacar, 226. TTY 15/1'de yetkilendirme sözleşmelerinin aynı şekilde yazılı yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Şekle bağlı olan bu sözleşmenin, sinallagma ilişkisinin olmamasından ötürü sadece borç altına giren (iş sahibi) tarafından imzalanması yeterli olur (Bu yönde Şener, *Ticari İşletme*, 309; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 510). Buna karşılık Yargıtay bir kararında (13. HD,

Bunun dışında, iş sahibinin veya satıcının, bir simsarın faaliyetini yahut aracılık çabasını açıkça reddetmesi mümkündür. Bu ihtimalde, simsar bir müşteri bağlasa, aracılık faaliyetinde bulunsa veya asıl sözleşme için fırsat sunsa dahi, geçerli bir simsarlık sözleşmesi bulunmadığından ücret ödeme yükümlülüğü doğmaz. Ayrıca burada bir vekâletin alenen inkârı söz konusu olduğundan, TBK m. 526 vd. düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanılmaz⁵¹.

Simsarlık ücretinin birinci şartı, geçerli bir sözleşmenin varlığı olduğuna göre, sözleşmenin sona ermesinin ücret hakkına doğrudan etkileri olacaktır. Bu etkiyi sağlıklı bir şekilde analiz edebilmek için sözleşmenin ileriye doğru mu yoksa geriye doğru mu sona erdiği konusunu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

2. Simsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesinin Ücret Hakkına Etkisi

a. Simsarlık Sözleşmesinin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Simsarlık sözleşmesinin feshedilmesi, sona ermesi veya geçersiz kılınması farklı hukuki sonuçlara gebedir. Bu gibi hallerde Roma hukukunda sona erme şekilleri arasındaki farklılığı ortaya koyan “ex nunc” veya “ex tunc” etkiler önemli rol oynar. Gerçekten de feshedilen sözleşmelerin veya amacına ulaştığı için kendiliğinden sona eren sözleşmelerin, sona erme anına kadar yürürlükte olduğu ortadadır. Bilindiği üzere, bunlar etki ve bağlılığını ileriye yönelik olacak şekilde yitirir; geçmişe değil. Bu nedenle “ex nunc” etki olarak anılırlar. Dolayısıyla bu şekilde nihayet bulan simsarlık sözleşmeleri de ilk etapta geçerli olarak kurulmuş olacağından, ücret talep etmenin ilk şartı da gerçekleşmiş olur. Örneğin sözleşme, taraflardan birinin iflası, ölmesi veya -tüzel kişilikse- tasfiye haline girmesi nedeniyle son bulursa, sona erme geçmişe etkili sonuç doğurmaz ve diğer koşulların da oluşması durumunda simsarlık ücreti talep edilebilir⁵².

b. Simsarlık Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Simsarlık sözleşmesinin geçmişe yönelik sona ermesi durumunda, ücret hakkının birinci şartı olan geçerli bir sözleşmenin varlığı ortadan kalkar. Geçmişe yönelik oradan kalkan simsarlık sözleşmesi ne geçmişte ne de gelecekte hukuki sonuç doğurabileceğinden, ücret hakkı da gündeme gelemez. Ücret ödenmişse, doğal olarak bunun iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilebilir. Yasadan kaynaklanan bu tür talepler, sözleşmenin batıl olması (kanuna- ahlaka aykırılık, ko-

03.04.1995, E. 1995/2689, K. 1995/3215) taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinde her iki tarafın imzasının bulunmasını geçerlilik şartı olarak değerlendirmiştir (Karar için Şener, *Ticari İşletme*, 309, dn 112). Yargıtayın eski tarihli içtihatları tetkik edildiğinde, bu görüşü istikrarlı bir şekilde savunduğu anlaşılmaktadır. HGK, 10.07.1971, E. 1968/T-805, K. 1971/451 sayılı karar ve kararın ayrıntılı tahlili için bu yönde İsmail Doğanay, “Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mıdır?”, *BATİDER VI*, S. 2 (1971), özellikle 251-256. Aynı yönde Çeker, “Taşınmaz Simsarlığı”, 16-17.

⁵¹ Taşınmaz simsarlığı özelinde bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 67.

⁵² Tüm bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 67, 70 dn 120.

nunun imkânsız olması) veya irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi hallerinde gündeme gelir. Zira bu gibi hallerde sözleşmenin temelindeki eksiklik, ağır, esaslı ve önemli niteliktedir. Başlangıçta geçerli olarak addedilen bir sözleşmenin bu şekilde geçmişe dönük olarak sona ermesi “ex tunc” sona erme olarak anılır⁵³.

c. Karşılıklı Anlaşma Yoluyla Sımsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Taraflar, sımsarın yetkisinin sona ermesi konusunda kendi aralarında anlaşmak suretiyle ikâle sözleşmesi yapabilir. İkâle sözleşmelerinde sadece sımsarın yetkisinin sona ermesi değil, tarafların karşılıklı borçları, özellikle ücret ve sair masraflarla ilgili hususlar da kararlaştırılır. Genel kabul uyarınca, bu iradenin geçmişe yönelik olmadığı, aksine fesih sözleşmesi kıyas alınarak sona ermenin ileriye etki doğurduğu kabul edilir. Buna karşılık, alışılmış bir durum olmamakla birlikte, istisnaen taraflar ayrıca ve açıkça belirtmek suretiyle sona ermenin geçmişe etkili olması konusunda mutabık kalabilir. Geçmişe etkili ikâle sözleşmelerinde -özellikle ücret hakkı başta olmak üzere mali haklarla ilgili olarak tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin “bakiye kaydı” yer almalıdır; aksi halde karşılıklı olarak talep haklarının saklı tutulduğu kabul edilir⁵⁴.

C. GEÇERLİ BİR ASIL SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

1. Temel Kural: Asıl Sözleşmenin Şeklen ve İçerik Olarak Hukuka Uygun Olması

Sımsarın ücret hakkını kazanabilmesi için gereken ikinci koşul, asıl sözleşmenin kurulmasıdır. Dikkat edilirse asıl sözleşmenin kurulması fırsatının oluşması, ücret hakkının doğumu için yeterli değildir⁵⁵. Mutlaka asıl sözleşmenin kurulması, yani tarafların esaslı noktalar üzerinde karşılıklı olarak anlaşmaları gerekir⁵⁶. Buna karşılık, tarafların kurulan asıl sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa edip etmemesi kural olarak sımsarın ücret hakkını etkilemez⁵⁷.

Diğer taraftan, sımsarlık ücretinin doğumu için asıl sözleşmenin kurulması tek başına yeterli olmamakta; kurulan sözleşmenin prensipte şeklen ve içerik olarak hukuka uygun olması da icap etmektedir⁵⁸. Bu itibarla, sözleşmenin ge-

⁵³ Yasal olarak sözleşmenin geriye yönelik sona erdirilmesinin istisnai bir durum olması ve uygulamada nadiren karşılaşılmaması konusunda Streiff, *Handkommentar*, 68.

⁵⁴ Streiff, *Handkommentar*, 70.

⁵⁵ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 4. Yazar aynı yerde, asıl sözleşmenin kurulmasını, sımsarlık ücreti açısından potansiyel nitelikte erteleyici şart (potestative Suspensivbedingung) olarak betimlemiştir.

⁵⁶ Söz gelimi, bir otel işletmesinin satışında müstakbel alıcı, satılan şeyi denetleme veya gözden geçirme hakkını saklı tutmuş ve ödeme koşulunun ucunu açık bırakmışsa, esaslı noktalarda uyulduğu söylenemez (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4).

⁵⁷ Arslanlı, *Umumi Hükümler*, 215; Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 184; Akyazan, “Tellallık”, 448. Bu açıdan sımsarlık sözleşmesinin, komisyonculuk sözleşmesinden ayrıştığı ve sımsarın komisyoncunun konumundan daha iyi olduğu noktasında Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 85; Seçer, *Alım-Satım Komisyonculuğu*, 128.

⁵⁸ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 8; Bracher, *CHK*, Art 413, Rn 6; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4b; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4; Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 85; Bozkurt, *Tellallık*, 222; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 790.

çerliliği -yabancıların taşınmaz satın alımlarında olduğu gibi- resmi bir makamın iznine veya -vasi, yasal danışman, kayyım gibi- üçüncü bir kişinin icazetine bağlanmışsa, izin veya icazetle birlikte asıl sözleşme koşulu gerçekleşmiş olur⁵⁹. Yine taşınmaz satışını konu edinen simsarlıkta, asıl sözleşmenin resmi şekilde kurulması geçerlilik şartıdır (Türk Medeni Kanunu⁶⁰ m. 706/I; Türk Borçlar Kanunu m. 237/I, Tapu Kanunu⁶¹ m. 26). Ancak ücret hakkının doğumu bakımından tapuya tescil şart değildir. Çünkü tescil, kurulan asıl sözleşmenin ifası aşamasıyla ilgilidir⁶². Keza tarafların asıl sözleşme yapmadan önce bir ön akit yapmış olması, asıl sözleşmenin kurulduğu manasına gelmez⁶³.

Asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması kıstası, bilhassa irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilirliğin gündeme geldiği hallerde etkisini gösterir. Bilindiği üzere, akit tarafların irade sakatlığı nedeniyle asıl sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirebilmesi için bir yıllık süre içinde sözleşmeyle bağlı olmadıklarını karşı tarafa bildirmesi gerekir (TBK m. 39/I)⁶⁴. Oysaki hükümsüzlük halinde böyle bir süre kısıtı bulunmaz. Gerçekten de simsarlık ücretinin ödenmesinden sonra asıl sözleşme, söz gelimi esaslı hata nedeniyle iptal edilirse -bir yıllık süreye riayet edilmek kaydıyla- simsara ödenen ücretin iadesi, TBK m. 77 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istenebilir. Ancak iptale sebep olan etken iş sahibinin uygun olmayan tutum ve davranışından kaynaklanmışsa ve simsar asıl sözleşmenin kurulma anında bu bilgiden yoksunsa ücret talep edebilir⁶⁵.

Benzer hukuki sonuçlar, asıl sözleşmenin batıl veya hükümsüz olması ihtimali için de caridir. Gerçekten de asıl sözleşmenin hükümsüzlüğü, iş sahibinin kusurundan kaynaklanmışsa simsar pekâlâ hakkın kötüye kullanılması argümanına dayanarak ücret hakkını ayakta tutabilir⁶⁶. Bunun dışında, kesin hükümsüzlüğe rağmen asıl sözleşmenin tarafları ifa etmiş oldukları edimlerin iadesini birbirlerinden talep etmezlerse, iş sahibinin hedeflediği ekonomik sonuç korunmuş olduğundan simsar yine ücrete hak kazanabilecektir⁶⁷.

⁵⁹ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4; Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 3f; Arkan, *Ticari İşletme*, 210; Bozkurt, *Tellalık*, 223.

⁶⁰ RG, 08.12.2001/24607.

⁶¹ RG, 29.12.1934/2892.

⁶² Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 228; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 99-100. Aksi yönde Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, "Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli", *BAUHFD* 14, S. 173-174 (2019): 20.

⁶³ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda (BGE 81 II 364 f), taraflar ön akde imza atmış ve aksini kararlaştırmamışlarsa, -ön akit iş sahibini kesin olarak bağlasa bile- bunun asıl sözleşmenin kurulması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4).

⁶⁴ Aynı yönde Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4b; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 232; Bozkurt, *Tellalık*, 224.

⁶⁵ Arkan, *Ticari İşletme*, 211; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Beta 2021), 246; Bozkurt, *Tellalık*, 224; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 105.

⁶⁶ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 6; Büyüknacar, 232.

⁶⁷ Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 103.

Asıl sözleşmenin muvazaalı olması halinde ise muvazaanın türüne göre sımsarın ücret hakkına etkisini değerlendirmek icap eder. Eğer mutlak muvazaasız söz konusuysa asıl sözleşme kesin hükümsüz sayılacağından sımsarlık ücretinden bahsedilemez. Buna karşılık nispi muvazaada görünürdeki işlem irade sapsması yüzünden kesin hükümsüz olduğundan ücret söz konusu edilemezken, gizli işlem geçerlilik şartlarını haizse asıl sözleşme geçerli kabul edilir ve buna binaen sımsarlık ücreti de talep edilebilir⁶⁸.

Asıl sözleşmede aşırı yararlanma halinin mevcut olması durumunda ise sömürülenin tutumuna göre sımsarın ücret hakkının akıbeti belirlenir⁶⁹. Sömürülen, TBK m. 28 kapsamında, sözleşmeyle bağlı olmadığını zamanında karşı tarafa bildirmek suretiyle ediminin iadesini talep ederse, asıl sözleşme geçerliliğini yitirir ve sımsarlık ücretinin de iadesi gerekir. Buna karşılık sömürülen, aynı madde uyarınca edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep ederse, asıl sözleşme ayakta kalmaya devam edeceğinden sımsarlık ücretinin iadesi gerekmez. Ancak sımsarlık sözleşmesiyle ücret hakkı, asıl sözleşmedeki edim tutarına yüzde olarak bağlanmışsa, asıl sözleşmede indirim uğrayan bedel dikkate alınarak tekrar hesaplama yapılır ve ortaya çıkan fark kadar sımsarın iade borcu doğar.

Şu hâlde asıl sözleşmenin geçersiz olması, prensipte sımsarın ücret hakkını ortadan kaldırır. Buna karşılık, geçersizlik hali iş sahibi tarafından sımsara aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde zamanında bildirilmez ve sımsar durumdan habersiz şekilde faaliyetlerini sürdürürse, boşa yapmış olduğu uğraşlar nedeniyle maruz kaldığı zararın tazminini talep edebilir⁷⁰.

2. Sımsarlık Sözleşmesinde Asıl Sözleşmenin Kurulması Şartının Devre Dışı Bırakılması

Ücret hakkı bakımından -asıl sözleşmenin kurulması noktasında- başarılı bir sonucun ortaya çıkması şart olsa da bunun bazı istisnaları bulunur. Uygulamada karşılaşılan en yaygın görünüm, sımsarlık sözleşmelerine birtakım kayıtlar eklemek suretiyle ücret hakkı için aranan başarılı sonuç şartının devre dışı bırakılmasıdır⁷¹. Bu uğurda sımsarlar, sözleşmelere münhasırlık kaydı veya ücret

⁶⁸ Bu hususlarda Büyüknacar, 233; Sönmez, *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 53. Buna karşılık iş sahibi gizli işlemin geçersizliğini sımsardan gizlemişse ve sözleşme geçersiz kılınmışsa, iş sahibi için ekonomik amaç gerçekleşmediğinden sımsar yine ücret isteyemez; ancak boşa uğraşı için tazminat talep edebilir (Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 105). İsviçre öğretisinde ise iş sahibinin nispi muvazaalı asıl sözleşmeyi sımsardan gizlemesi durumuna yönelik iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, iş sahibi muvazaayı sımsardan gizlediği için sımsarın her koşulda ücrete hak kazanması gerekir. Bu ihtimalde artık iş sahibinin hedeflediği ekonomik sonuç da dikkate alınmaz. İkinci görüşe göre ise sımsarın ücret talep hakkını, uğradığı zararlarla sınırlamak gerekir. Zira ortada sımsarın çabası sonucu kurulmuş bir sözleşme bulunmamaktadır (Bu yönde Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3125-3126).

⁶⁹ Aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için asıl sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması gerekir (Sönmez, *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 56).

⁷⁰ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 229; Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 102.

⁷¹ Streiff, *Handkommentar*, 72; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 3. Ücretin başarılı sonuç yerine sımsarın çabasına özgülenmesi durumu da bu yönde bir istisna teşkil eder (Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 13).

garantisi kaydı düşme çabasına girerler⁷². Zira aksi halde iş sahibi, simsarın ücret beklentisini azaltmak adına kolaylıkla aynı iş için birden fazla simsarla sözleşme yapabilir veya bizzat kendisi potansiyel sözleşme partneri arayışına girebilir⁷³.

Münhasırlık kaydına aykırılığın sonuçları, sözleşmenin içeriğine ve tarafların menfaatlerine göre belirlenmelidir. Bu kayıtlı simsarın faaliyetleri ve kurulan asıl sözleşme arasındaki illiyet bağı devre dışı bırakılmak istenmişse, asıl sözleşme simsarın katkısı olmadan kurulmuş olsa bile -örneğin iş sahibi, simsardan bağımsız hareket ederek kendisi potansiyel bir müşteri bulmuş ve onunla sözleşme yapmışsa- simsara “ücret” ödenmesi gerekir. Ancak yalnızca iş sahibinin -bir başka simsarla anlaşma yapmaması şeklindeki- özen yükümlülüğüne uygun davranması amaçlanmışsa, aykırılık durumunda iş sahibinden “tazminat” talep edilebilir⁷⁴. Dolayısıyla, kaydın ratio legisine göre, simsarın talep edebileceği mali hakkın içeriğinde değişiklik meydana gelmektedir.

Ücret garantisi kaydında ise asıl sözleşme kurulmasa dahi simsara ücretinin ödeneceği yönünde teminat verilir⁷⁵. Şüphesiz bu istisnayı aşan müstesna bir durum teşkil eder ve ticari ahlak kuralları ile simsarlık hukukunun genel mantığına pek uygun düşmez. Yine de taraflar simsarlık sözleşmelerinde ücret hakkının doğumu için asıl sözleşmenin kurulma gerekliliğini devre dışı bırakabilir. Bu kabul, simsarın ücret hakkını düzenleyen TBK m. 521 kuralının tamamlayıcı nitelikte olmasından kaynaklanır⁷⁶. Buna karşılık ücret garantisi kayıtlarını, simsarın hiçbir faaliyette bulunmasa dahi ücrete hak kazanabileceği şeklinde yorumlamamak gerekir. Simsar faaliyette bulunmuş, fakat asıl sözleşme kurulmamışsa, bu kayda istinaden ücret talep edebilir. Dolayısıyla ücret garantisi kaydıyla devre dışı bırakılan asıl sözleşmenin kurulma gerekliliğidir; yoksa simsarın faaliyette bulunma külfeti bu kayda rağmen devam eder⁷⁷.

Öğretilerde bir görüş, ücret için asıl sözleşmenin kurulması gerekliliğinin TBK m. 521/1 kapsamında nispi emredici nitelikte olduğunu; dolayısıyla asıl sözleşme kurulmaksızın simsara ücret ödeneceğine dair anlaşma maddelerinin hükümsüz sayılması gerektiğini savunur [Neytullah Gül, “Simsarın Ücret Hakkı”, *AÜHF* 4, S. 64 (2016): 2797]. Ancak gerek sözleşme serbestisi gerekse bu serbestiyi daha ileri düzeye taşıyan simsarlık hukukuna ilişkin liberal yaklaşım bu teze katılmamızı güçleştirmektedir.

⁷² İsviçre yazınında ve yargı pratiğinde bu kayıtların geçerli kabul edilmesi noktasında Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 13.

⁷³ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 8.

⁷⁴ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 17; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 13, 15. Yazarların aynı yerde aktardığı üzere, İsviçre öğretisi ve içtihatlarında, sözleşmeye münhasırlık kaydı konulması durumunda, simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğünün ortaya çıktığı kabul edilir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kapsamında bir kararı için Şener Akyol, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1974 Yılı Borçlar Hukuku Kararları”, *İÜMHAD*, S. 13 (1976): 184 vd. Türk hukukunda aynı yönde Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 507; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 513.

⁷⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 17; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 13. Sözleşmeye ücret garantisi kaydı düşülmüşse, bundan hem illiyet bağı koşulunun devre dışı bırakıldığı hem de asıl sözleşmenin kurulmadığı hallerde bile simsara ücret ödeneceği hususu anlaşılır (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 311).

⁷⁶ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁷⁷ Benzer yönde Büyüknacar, 262. Nitekim öğretilerdeki bir görüşe göre, bu kayda rağmen simsarın ücret talep edebilmesi için en azından başarılı sonuca yönelik bir girişimde bulunmuş olması

Başarılı sonucun devre dışı bırakıldığı bir diğer durum, fırsat simsarlığı türünde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre taraflar, asıl sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olarak, fırsatın sunulmasıyla birlikte başarı şartının gerçekleşeceği hususunu kararlaştırabilir⁷⁸.

Toparlamak gerekirse hangi tür simsarlık olursa olsun “başarılı sonucun gerçekleşmesi”, ücret hakkı bakımından temel şart teşkil eder. Fakat taraflar bu şartı-asıl sözleşmenin ifasının aranmasında olduğu gibi⁷⁹- güçleştirebilir, hafifletirebilir veya sözleşmeye yukarıdaki gibi kayıtlar düşerek tamamen devre dışı bırakabilir⁸⁰.

3. Asıl Sözleşmenin Şarta Bağlanması

İş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki asıl sözleşmenin geçerliliği şarta bağlanabilir. Bu konuyla ilgili olarak TBK m. 572/II’de açık bir düzenleme bulunur. Buna göre, “Simsarlık faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmışsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir”. Kuraldan açıkça anlaşıldığı üzere, asıl sözleşmede geciktirici şart mevcutsa simsar şartın devreye girmesiyle birlikte ücrete hak kazanacaktır⁸¹. Bununla birlikte şartın gerçekleşmemesine yönelik dürüstlüğe aykırı uygulamalar buna istisna teşkil eder⁸². Bu itibarla iş sahibi, simsarın bulduğu kişiyle anlaşmak istemekle birlikte, simsara ücret ödememek uğruna simsarlık sözleşmesinden döner veya sözleşmeyi süresinden önce sona erdirirse, asıl sözleşmedeki geciktirici şart gerçekleşmiş sayılır.

gerekir (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9). Yine bir başka görüşe göre, ücret garantisi kaydının bulunduğu hallerde, simsar iş sahibi için bir faaliyette bulunmuşsa ücrete hak kazanabilir. Bu görüş kapsamında, ücret için başarılı sonuç aramak yerine işlemin gerçekleşmesi için belli bir zaman harcama ve faaliyette bulunma şart koşulmuşsa artık taraflar arasındaki sözleşmeyi simsarlık değil, vekâlet olarak nitelendirmek gerekir (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14). Buna karşılık, hiçbir faaliyet göstermese bile simsarın ücrete hak kazanacağı kararlaştırılmışsa, taraflar arasındaki sözleşmeyi “bağışlama vaadi” olarak nitelendirmek isabetli olur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 313; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 98-99; Şener, *Ticari İşletme*, 326). Ancak bu son ihtimalde iş sahibi tüketici konumundaysa anılan şart 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG, 28.11.2013/28835) m. 3/I anlamında haksız şart olarak değerlendirilip geçersiz sayılabilir (Bozkurt, *Ticari İşletme*, 515).

⁷⁸ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁷⁹ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme*, 354.

⁸⁰ Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4c. Öğretide Çeker, Alman Koblenz Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu bir karardan hareketle (LG Koblenz, 17.09.2012, IBRSS 2013, 1371), bu tür sözleşmesel kayıtların geçerli olabilmesi için genel işlem şartlarına ilişkin kurallara uygun olması gerektiğini, dolayısıyla müşterinin bilgisi dışında sözleşmelere tek taraflı konulan bu tür kayıtları TBK m. 21 uyarınca yazılmamış saymak gerektiğini savunur (Çeker, “Taşınmaz Simsarlığı”, 17-18).

⁸¹ Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmemesi belli olmayan bir olguya bağlanmışsa bu sözleşme geciktirici şarta bağlanmış demektir (TBK m. 170/I). Şart, Roma hukuku temelli bir müessesedir. Ancak o dönemde bugünkü manada bozucu şart bilinmediğinden, şart denildiğinde yalnızca erteleyici formu anlaşılırdı [Ayrıntılı bilgi için Erdem Fahri Kaşak, “Roma Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (koşul, Condictio)”, *İnÜHFD* 10, S. 2 (2019): 554]. Simsarlık uygulaması açısından, asıl sözleşmenin varlığı üçüncü bir kişinin onayına veya icazetine bağlanmışsa bu durum da geciktirici şart olarak değerlendirilir (Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4a).

⁸² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14.

Dolayısıyla, simsara ücretini ödemek gerekir⁸³. Kaldı ki bu gibi hallerde, yukarıda belirtildiği üzere, garanti kaydı koymak suretiyle de ücret hakkı güvence altına alınabilir.

Kuralın aksi kanıtından, asıl sözleşmenin bozucu şarta bağlandığı hallerde, simsarlık ücretinin bundan etkilenmeyeceği anlaşılmaktadır⁸⁴. Mehz hukuk öğretisinde, eskiden benimsenen fikrin aksine, bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ödenen simsarlık ücretinin TBK m. 77 vd. kapsamında iadesinin istenemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü bu ihtimalde, tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sonlandırmalarına ilişkin hukuki durum (ikâle) kıyas alınmalıdır⁸⁵.

Son olarak taraflar simsarlık sözleşmesiyle, ücret hakkını asıl sözleşmesinin ifası şartına bağlamış ve temel kuraldan sapmış olabilir. Örneğin, taşınmaz simsarlığında taraflar, ücret borcunu tapuya tescil durumuna özgüleyebilirler. Öğretilde bu gibi hallerde, şüphe halinde bunu geciktirici şart olarak değil, bir mehil olarak yorumlamak gerektiği savunulur. Ancak somut duruma göre, özel durumlarda aksi bir sonuca ulaşılabileceği de vurgulanmaktadır⁸⁶.

4. Asıl Sözleşmenin Kurulup Kurulmaması Noktasında İş Sahibinin Takdir Yetkisinin Bulunması

Yukarıda sayılan istisnalar dışında, asıl sözleşmenin kurulmasıyla birlikte simsar ücrete hak kazanır. Ancak asıl sözleşmeyi imzalayıp imzalamamak tamamen iş sahibinin takdiridir. Bu açıdan iş sahibi, asıl sözleşmedeki partnerini seçme konusunda özgürdür⁸⁷.

Simsarın ücret hakkının doğumu noktasında ilk aşamada simsarın faaliyetleriyle sözleşme yapma niyetindeki kişiyi bulmasına ve ikinci aşamada iş sahibinin simsarın bulunduğu kişiyle sözleşme yapmaya ikna olmasına ilişkin gereklilikler, bir anlamda ücretin doğumunun çifte şarta bağlandığı anlamına gelir. Bu nedenle

⁸³ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 2.

⁸⁴ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 19. Aynı yönde Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 10; Bahtiyar, *Ticari İşletme*, 246; Bozkurt, *Tellalık*, 230-231; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4d. Ancak bu son yazara göre, asıl sözleşme bozucu şarta bağlanmışsa, simsarlık sözleşmesinde şartın gerçekleşmesi durumunda ücretin ödenip ödenmeyeceği hususunu tarafların açıkça kararlaştırması gerekir. Aksi halde yalnızca "erteleyici şartın" zikredildiği OR 413/II (TBK m. 572/II) düzenlemesi ile OR 154/II (TBK m. 173/III) düzenlemesini bağdaştırmak hiçbir şekilde mümkün olamaz (Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4d). Yazarın göndermede bulunduğu OR 154/II kuralında (TBK m. 173/III), bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda sona ermenin "kural olarak" geçmişe etkili olmadığı vurgulanmaktadır.

⁸⁵ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 10. Tarafların anlaşarak asıl sözleşmeyi sonlandırmaları, simsarın ücret hakkını kazanmasına engel olmaz. Aynı durum, asıl sözleşme kurulduktan sonra herhangi bir kişinin bu sözleşme bağlamında önalım hakkını kullanması durumunda da geçerlidir (Şener, *Ticari İşletme*, 321).

⁸⁶ Becker (Çev. Dura), "Tellalık Sözleşmesi", 86.

⁸⁷ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 7; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 11; Becker (Çev. Dura), "Tellalık Sözleşmesi", 84.

mehaz hukuk öğretisinde simsarlık sözleşmesinin tesadüfe bağlı sözleşme karakteri (aleatorischer Charakter) gösterdiği söylenir⁸⁸.

Diğer taraftan, iş sahibinin asıl sözleşmeyi imzalama noktasındaki muhtemel kayıtsızlığı, prensipte simsarın ücret istemini engellemeye yönelik ve dürüstlüğü aykırılık teşkil eden bir tutum olarak ele alınamaz. Zira aksi kabul, TBK m. 521 kuralının içini boşaltmak anlamına gelir. Şüphesiz buradaki “muhtemel kayıtsızlık” vurgusunu “açık bir kötüye kullanma” ile eş değer görmemek ve somut olaya göre TMK m. 2 kapsamında durumu ayrıca değerlendirmek gerekir⁸⁹. Özellikle taşınmaz simsarlığı uygulamasında, iş sahibinin asıl sözleşmeyi arzladığını belirttiikten sonra simsarın bulduğu kişiyle anlaşıp simsarı aradan çıkarmaları kuşkusuz dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Nitekim TTY m. 20/VIII’de bu yaygın kötüye kullanımların simsarın ücret talebine engel olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Taşınmazın yetkilendirme sözleşmesinin süresi içinde, taşınmaz gösterme belgesini düzenleyen işletme veya sözleşmeli işletme bertaraf edilerek doğrudan iş sahibinden satın alınması veya kiralanması durumunda hizmet bedeline hak kazanılır.*” Alıntılanan kuralda “işletme” vurgusunun yapılmış olması oldukça manidardır. Bu vurgudan hareketle yönetmelik koyucunun sadece mesleki olarak simsarlık faaliyeti sürdüren ticari işletmeler ile esnaf işletmelerini özel koruma şemsiyesi altına aldığı anlaşılmaktadır. TTY’nin bütününe bakıldığında, bu sonucu doğal kabul etmek gerekir. Gerçekten de TTY m. 5/I uyarınca taşınmaz ticareti⁹⁰ (simsarlığı) artık yalnızca yetki belgesine⁹¹ sahip işletme ve sözleşmeli işletmeler⁹² tarafından yapılabilmektedir.

Kuralda ikinci dikkati çeken husus, uygulamada yer gösterme tutanağı” olarak da bilinen “taşınmaz gösterme belgesi”nden bahsedilerek kavramın tali mevzuata dahil edilmiş olmasıdır. Esasen “yer gösterme” faaliyeti maddi bir ey-

⁸⁸ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 3; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 11a. Türk hukukunda aynı yönde Bozkurt, *Tellalık*, 142, 220; Öcal Apaydın, “Çifte Simsarlık Faaliyeti”, 152; Sarı, “Fikri Ürün”, 399; 49.Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*.

⁸⁹ Streiff, *Handkommentar*, 76. Aynı yönde Büyüknacar, 237.

⁹⁰ Taşınmaz ticareti ile kastedilmek istenenin ne olduğu TTY m. 4/I (k) bendinde belirtilmiştir. Buna göre “*Taşınmaz ticareti: Tapu kütüğüne kayıtlı olsun ya da olmasın taşınmaz alım satımı, pazarlanması ve kiralanmasına aracılık faaliyetleri ile bu faaliyetlerle birlikte yürütülen ve 13’üncü maddede belirtilen diğer faaliyetleri... ifade eder.*”

⁹¹ TTY m. 5/II uyarınca yetki belgesi, işletmenin bulunduğu yerdeki İl Ticaret Müdürlüğü tarafından ve Taşınmaz Ticareti Bilgi Sistemi üzerinden verilir, yenilenir ve iptal edilir. Yetki belgesi (ruhsat) olmaksızın bu türden faaliyetlerde bulunan simsarlar ile yapılan sözleşmeler, daha önce de vurgulandığı üzere hükümsüz sayılmaktadır.

⁹² Kuşkusuz burada işleten; gerçek kişi tacir, esnaf veya tüzel kişi olabilir. Kaldı ki Yönetmelik’te bu yüzden tüm bu ilgilileri kucaklayacak şekilde “sorumlu emlak danışmanı” kavramı kullanılmıştır [TTY m. 4/I (i)]. Ayrıca TTY’de taşınmaz simsarlığına da konu olabilen “yetkilendirme sözleşmesi” kavramı tercih sebebi olmuştur (TTY m. 15). Fakat aynı kuralda, “işletme”nin sözleşmenin tarafı olarak anılması isabetli olmamıştır. Zira bilindiği üzere, “işletme”nin ne tüzel kişiliği ne de eylem ehliyeti bulunur [Bu yöndeki haklı eleştirisi için Makaracı Başak ve Öktem Çevik, “Yetkilendirme Sözleşmesi”, 15-16].

lem olduğundan, kural olarak bunun varlığının veya yokluğunun ispatı için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹³ m. 200 anlamında kesin delile ihtiyaç duyulmaz. Ancak yine de taraflar, simsarın aradan çıkarılmak suretiyle sözleşme yapılması riskini bertaraf etmek adına bu türden bir belge hazırlamakta ve böylelikle ücret hakkının doğumu noktasında uygun illiyet bağı tesis edilmekteydi⁹⁴. Uygulamadaki bu durumun tali de olsa mevzuata girmesi önemli bir gelişmedir.

5. Hedeflenen Asıl Sözleşme Dışında Başka Bir Sözleşmeye İmza Atılması

Simsarın uğraş verdiği asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atılması durumunda ücret hakkının doğup doğmayacağı sorusu akla gelebilir. Örneğin simsar, taşınmaz satış sözleşmesi için uğraş vermesine rağmen asıl sözleşme tarafları 99 yıllık bir üst hakkı sözleşmesine imza atmışlarsa hukuki durum ne olacaktır? TBK m. 521 kuralı katı bir şekilde bu somut probleme atlanırsa, simsarın ücret talebinde bulunamaması gerekir. Ancak mehaz hukukun yargı pratiğinde mesele şekli unsurlara dayalı olarak çözülmemekte, aksine iktisadi gerçeklerin izi sürülmektedir. Buna göre kilit nokta, hedeflenen asıl sözleşme ile eş değer, benzer, yakın veya karşılaştırılabilir bir ekonomik sonucun ortaya çıkıp çıkmadığıdır⁹⁵. Daha açık ifade etmek gerekirse, iş sahibinin bakış açısından, hedeflenen asıl sözleşme ile ekonomik açıdan benzer bir sonucun ortaya çıkmış olması, simsarın ücret hakkının doğması bakımından yeterli olacaktır. Bu bağlamda, taşınmaz satış sözleşmesi yerine 99 yıllık üst hakkı sözleşmesi eş değer olarak görülebilir⁹⁶. Buna karşılık Federal Mahkeme benzer bir başka uyuşmazlıkta (BGE 114 II 359 f. E. 3), somut olayın özelliği sebebiyle farklı bir sonuca

⁹³ RG, 04.02.2011/27836.

⁹⁴ Bu yönde Bozkurt, *Ticari İşletme*, 510-511. Yazarın aynı yerde, taşınmaz simsarlığını konu olan Yargıtay kararlarından yola çıkarak belirttiği üzere, uygulamada yer gösterme tutanağı iki noktada uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Birincisi, tarafların yazılı simsarlık sözleşmesi yapmadan sadece yer gösterme tutanağı düzenlemiş olması; ikincisi ise taraflarca beyaza imzalı olacak şekilde kaleme alınan ve daha sonra içeriği doldurulan taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinde, taşınmazın gezdirildiğine dair madde konulmasıdır. Yazarın belirttiği gibi, ilk durumda, tek taraflı kaleme alınan yer gösterme tutanağını, iki taraflı hukuki işlem mahiyetinde olan simsarlık sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususuna ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Özellikle simsarlık sözleşmesinin unsurlarını taşımayan yer gösterme tutanaklarına sözleşme vasfı yüklemek gerekir. [Dolayısıyla sadece taşınmazın gezdirildiği bilgisi ile cezai şart içeren bir tutanağın taraflarca imzalanması, onu simsarlık sözleşmesi mertebesine ulaştırmaz. Tutanağa, özellikle ücret başta olmak üzere, süre gibi birtakım sözleşmesel unsurların da eklenmesi gerekir. Bu yönde Çağlayan, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 449-450]. İkinci olarak taşınmazın gezdirilmesi vakası, beyaza imzalı da olsa bir simsarlık sözleşmesiyle düzenleme altına alınmışsa -yani gezdirme olgusunun varlığı yazılı belge ile güçlendirilmişse- bunun aksinin de yazılı olarak kanıtlanması icap eder. Yargıtay da bu görüştedir (HGK, 09.12.2020, E. 2017/13-588, K. 2020/1019).

⁹⁵ Türk hukukunda aynı yönde Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3123; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 51.

⁹⁶ Streiff, *Handkommentar*, 77. Keza İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında (BGE 114 II 357), restoran işletmesi işleten limited ortaklığın, bu işletmeye ait ürün kirası sözleşmesini devretmek ve demirbaşları satmak yerine, şirket paylarını devretmesini, aynı ekonomik amaca öngülenmiş eş değer işlem saymıştır (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 5).

hükmetmiştir. Karara konu olayda, hedeflenen taşınmaz satış sözleşmesi yerine o taşınmaz üzerinde yine üst hakkı tesisi sağlanmıştır. Fakat mahkeme bu kez, simsarlık sözleşmesinde belirtilen parselin sadece bir kısmının asıl sözleşmeye (üst hakkı sözleşmesine) konu olmasını gerekçe göstererek ücrette indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁷.

Bununla birlikte, satış sözleşmesi yerine uzun süreli kira sözleşmesi yapılması, öğretide ekonomik açıdan eş değer görülmemektedir⁹⁸. Fakat bu ihtimalde her ne kadar hedeflenen ve yapılan sözleşmeler bakımından ekonomik olarak özdeşlik kurulamasa da neticede simsar bir faaliyette bulunmuştur ve bu faaliyetinin sonunda taraflar bir sözleşmeye imza atmışlardır. Bu nedenle, kira sözleşmesinde kararlaştırılan bedel referans alınmak suretiyle simsara ücret ödenmesi adil ve isabetli olur⁹⁹.

Bunun dışında uygulamada, kiralama amacıyla girişilen işlerde sözleşme yapma niyetindeki müşterinin ilgisi sıklıkla satışa doğru kayabilmektedir. Bu gibi hallerde simsarın kira sözleşmesi yerine satış sözleşmesine aracılık yaptığı ve ücret hakkını ileri sürebileceği kabul edilmelidir¹⁰⁰. Simsarın ücreti belirlenirken kuşkusuz satım sözleşmesindeki bedeli referans almak gerekir. Bunun dışında asıl sözleşme tarafları, hedeflenen satış sözleşmesi yerine finansal kiralama (Leasing) sözleşmesine imza atabilir ki burada ekonomik yarar kıstasını yorumlamak kuyumcu titizliği gerektirir. Kanımızca sözleşmede belirtilen sürenin sonunda finansal kiralamaya konu ürünler çoğu zaman sembolik bir bedel karşılığında kiracının mülkiyetine geçeceğinden, satış sözleşmeleri ile finansal kiralama sözleşmeleri arasında, simsarın ücret hakkını elde etmesi noktasında ekonomik bir benzerlik olduğu kabul edilebilir. Ancak tüm bu tartışmalara son verecek şekilde simsarlık sözleşmesine bir kural koymak ve asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atılması durumunda simsarın ücret talep edebileceğini belirtmek en isabetli yöntem olur.

6. Simsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesi veya Hükümsüzlüğünden Sonra Asıl Sözleşmenin Kurulması

Simsarlık sözleşmesi etkisini yitirdikten sonra asıl sözleşmenin kurulması durumunda simsarın ücret talebinde bulunup bulunmayacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Hemen belirtelim ki, ücret hakkının doğumu bakımından belirleyici olan nokta, prensipte simsarın sözleşmenin yürürlükte olduğu zaman dilimi içinde müşteriye bulması, yani faaliyetini gerçekleştirmesidir. Ancak bazı hallerde, simsarın asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik tüm çabası,

⁹⁷ Söz konusu karar ve kararın tahlili için Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4.

⁹⁸ Streiff, *Handkommentar*, 77.

⁹⁹ Aynı yönde Gül, 2802.

¹⁰⁰ Streiff, *Handkommentar*, 78.

simsarlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra etkisini gösterebilir. Bu noktada ücret hakkının doğumu bakımından belirleyici olan temel faktör, simsarın faaliyeti ile asıl sözleşmenin kurulması arasında sözleşme süresini aşan bir bağlantının (zamansal eşgüdüm) bulunup bulunmadığı hususudur. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulmuş olsa bile duruma göre simsar ücret hakkını koruyabilir. En basitinden asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın sarf ettiği faaliyetler nedeniyle, fakat simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra kurulmuşsa simsara ücretinin ödenmesi gerekir. Çünkü bu ihtimalde, asıl sözleşmenin kurulması ile simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşen simsarlık faaliyeti arasında zamansal bir eşgüdüm bulunduğu kabul edilir¹⁰¹.

Özetle asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın faaliyetlerine dayandırılabilirdiği ölçüde simsara ücrete hakkı tanımak gerekir¹⁰². Dolayısıyla ücret hakkının doğumu bakımından, sözleşmenin yürürlükte olduğu zamanda simsarın faaliyetlerine dikkat kesilmek gerekecektir. Burada da şüphesiz en temel sorun yine ispat konusunda gündeme gelecektir.

Bu aşamada, süreli simsarlık sözleşmeleri bakımından gündeme gelen bir diğer soruna temas etmek gerekir. Şöyle ki uygulamada bazen iş sahipleri, hariçten sosyal temas kurduğu kişilerle anlaşmak adına simsar tarafından kendilerine sunulan bütün teklifleri geri çevirmekte ve simsarlık sözleşmesindeki sürenin dolmasını beklemektedir. Bu ihtimalde, iş sahibinin TBK m. 175/I kapsamında asıl sözleşmenin gerçekleşmesi şartını dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde engel olduğu kabul edilmeli ve simsara ücret hakkı tanınmalıdır¹⁰³.

Bu noktada en çetrefilli durum, simsarın asıl sözleşmeye konu bir işlemi iş sahibine önermesi; o dönem için işleme sıcak bakmayan iş sahibinin simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra aynı işlemi bir başka simsarın mahareti aracılığıyla gerçekleştirmesinde karşımıza çıkar. Bu ihtimalde ise iş sahibinin ilk sözleşmenin feshedildiğini ve ikinci bir simsar yardımıyla, bilhassa onun belirgin çabaları sonucunda asıl sözleşmeye imza attığını ispatlaması gerekir. Zira burada ilk sözleşmenin feshedilmesi olgusundan ve sonraki simsarlık sözleşmesinin varlığından lehine haklar çıkaran, ilk simsarlık ücretinden kaçınmak isteyen iş sahibidir. İspat girişiminin başarısız olması halinde, iş sahibinin birinci simsarı devreden çıkarmaya çalıştığı ve ona da ücret ödemesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 67, 71.

¹⁰² Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 14. Bu gibi hallerde, acenteliğe ilişkin TTK m. 113'ün kıyas noktası alınabileceği konusunda Makaracı Başak ve Öktem Çevik, "Yetkilendirme Sözleşmesi", 21-22.

¹⁰³ Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 113.

¹⁰⁴ Uygulamada özellikle taşınmaz simsarlığında bu tür sorunlar gündeme gelebilmektedir. Yargıtay da bir kararında (13 HD, 17.06.2013, E. 2013/7093, K. 2013/16487) benzer tespitlerde bulunmuştur. Kararın ilgisi kısmı şu şekildedir: "...Davacı, 7.8.2008 tarihli ... sözleşmesine istinaden taşınmazın gösterildiğini ve kendisinin saf dışı bırakılarak taşınmazın satın alınması sebebi ile söz-

D. ASIL SÖZLEŞME İLE SİMSARIN FAALİYETLERİ ARASINDA İLLİYET BAĞININ BULUNMASI

1. Klasik ve Psikolojik İlliyet Bağının Kurulması

Sımsarın ücret talep edebilmesinin üçüncü şartı, asıl sözleşme ile sımsarın faaliyetleri arasında illiyet bağlantısının bulunmasıdır¹⁰⁵. İlliyet bağı şartı açısından sımsarın faaliyetleri duruma göre aracılık şeklinde olabileceği gibi, sözleşme fırsatı sunma şeklinde de olabilir.

İlliyet bağı kurulmadığı takdirde, her türlü ücret talebi prensip olarak devre dışı kalır. Ücret hakkı bakımından aranan bu üçüncü şartın gerçekleşebilmesi için sımsarın bağlantılı olduğu kişilere veya kendi faaliyetlerine dayanarak asıl sözleşme için iş sahibine fırsat sunması ya da asıl sözleşmenin imzalanmasına aracılık etmesi icap eder. Söz gelimi, üçüncü kişi tarafından gazeteye verilmiş bulunan bir ilan iş sahibine fırsat olarak sunulur, ancak iş sahibi bu ilanı zaten önceden okumuş ve üçüncü kişiyle sözleşme yapmış olursa, illiyet bağı kurulmadığından ücret talep edilemez. Buna karşılık iş sahibi gazetede ki ilanı kendi menfaatlerine uygun görmemiş ve sımsarın açıklamaları sonunda asıl sözleşmeyi yapmaya ikna olmuşsa artık illiyet bağı kurulmuş olur¹⁰⁶. Dolayısıyla fırsat sımsarlığında, kural olarak fırsatın sunulduğunun kanıtlanmış olması, illiyet bağının kurulması açısından yeterli olur. Buna karşılık iş sahibi, karşı ispat faaliyeti olarak kendisine sunulan fırsatı önceden bildiğini, daha açık ifade etmek gerekirse, işaret edilen üçüncü kişinin asıl sözleşme yapmaya istekli olduğunu zaten bildiğini ileri sürüp ispatlayarak illiyet bağını koparabilir¹⁰⁷.

leşmede kararlaştırılan ücretin ödenmesini talep etmiş, davalı ise sözleşmeyi kabul etmiş; ancak malik ile davacı arasında herhangi bir sözleşme olmadığını, malikin davacıya yetki vermediğini, kendisinin malik ile irtibata geçerek taşınmazı aldığını belirterek davanın reddini dilemiştir... Davalı her ne kadar savunmasında dava dışı taşınmaz sahibinin muvafakatinin bulunmaması nedeni ile davaya konu taşınmazı daha sonradan başka bir emlakçı aracılığı ile satın aldığını savunmuş ise de davacı ile yapılan sözleşmeyi feshettikten sonra başka bir emlakçı ile yeni bir sözleşme imzaladığını ve bu emlakçı aracılığı ile sonradan aynı yeri satın aldığını ispat edemediğinden davaya konu edilen sözleşmenin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hal böyle olunca sözleşme içeriğinin değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir... (Yargıtay Karar Arama).

¹⁰⁵ Burada "sımsarın faaliyetleri" ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasına dolaylı şekilde katkı sağlamış olabilir. Bu gibi hallerde de illiyet bağının varlığını kabul etmek isabetli olur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazlar özelinde vermiş olduğu bir kararda (Karar No: 4A 337/2011), sımsarın ücret talebinde bulunabilmesi için doğrudan kendi faaliyetleriyle taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş olmasının bir zorunluluk teşkil etmediğine dikkat çekmiştir. Yüksek mahkemeye göre, sözleşme yapma niyetinde olanın satın alma kararı ile aracılık faaliyeti arasında -akamete uğrayan sözleşme müzakerelerinin devamını sağlama şeklinde bile olsa- uygun nedensellik bağının bulunması yeterli olur; yeter ki asıl sözleşme kurulmuş olsun. Keza, sımsarın ücret talep edebilmesi için, asıl sözleşme taraflarının yürüttüğü müzakerelerin sonuna kadar orada hazır bulunması da şart değildir [Boris Grell, "Vermittlungs- oder Nachweisprovision im Maklerrecht", *TREX* (2016): 165].

¹⁰⁶ Streiff, *Handkommentar*, 79.

¹⁰⁷ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7.

Buna karşılık aracı simsarlıkta, simsarın faaliyetleriyle üçüncü kişinin asıl sözleşmeyi yapma kararını etkilediğini kanıtlanması gerekir. Ancak simsarın ücret hakkını elde edebilmesi için kendi faaliyetlerinin sonuca doğrudan etki etme zorunluluğu bulunmaz; bu açıdan psikolojik illiyetin tesisi yeterli görülür¹⁰⁸. Psikolojik illiyet, Roma hukukunda göz önünde tutulan ve İsviçre yargı pratiğine de damgasını vuran önemli bir müessesedir¹⁰⁹. Esasen psikolojik illiyetle, sözleşme yapma niyetinde olanların iradesinin oluşumuna uzaktan da olsa etki eden tüm faktörlere hukuki önem atfedilmek istenir. Klasik illiyet bağı ile aralarındaki farklılık oldukça muğlak olmakla birlikte, teorinin ücret talep hakkı bakımından simsarın işini daha da kolaylaştırdığı söylenebilir. Çünkü psikolojik illiyet dik-kate alındığında, -aracılık yapan- simsar, asıl sözleşmeyi imzalaması konusunda üçüncü kişiyi motive ettiğini ispat etmek zorunda değildir. Bu konuda yalnızca faaliyette bulunduğunu ve onun iradesini herhangi bir şekilde olumlu veya olumsuz yönde¹¹⁰ etkilediğini kanıtlanması yeterlidir¹¹¹. Psikolojik illiyetin tesisi durumunda, iş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki asıl sözleşmenin ne zaman kurulduğu da önem arz etmez. Sözleşme beş yıl sonra kurulmuş olsa bile simsar ücrete hak kazanır¹¹².

¹⁰⁸ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Er-tan, *Ticari İşletme*, 791.

¹⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi oldukça eski tarihli kararlarında dahi psikolojik illiyet bağına dikkat çekmiştir. Nitekim bir kararında mahkeme görüşünü şu şekilde dile getirmiştir: "...Üçüncü kişinin kararının yalnız tellalın (simsarın) faaliyeti neticesinde alınmış olması gerekli değildir. Üçüncü kişiyi esas sözleşmeyi akdetmeye sevk eden saiklerden (sebeplerden) bir tanesinin dahi tellalın faaliyeti neticesinde oluşmuş olması yeterlidir. Şu hâlde, tellalın çabaları ile üçüncü kişinin kararı arasında, -sözleşme müzakerelerinin kesilmesi halinde bile varlığını koruyabilen- psikolojik bir bağıın bulunması aranmaktadır." (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 293).

¹¹⁰ Simsar, üçüncü kişiyi aklına saikler koymak suretiyle olumlu, asıl sözleşmeye giden yoldaki engelleri ortadan kaldırmak suretiyle olumsuz yönde etkileyebilir [Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 88-89].

¹¹¹ Streiff, *Handkommentar*, 81; Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3128; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 61. Dolayısıyla psikolojik illiyet bağıının varlığını ispatlama yükümü simsara aittir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 13). Fırsat simsarlığı bakımından ise iş sahibinin önceden sahip olmadığı bilginin tedarik edilmesi, psikolojik illiyetin tesisi için yeterli görülür [Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 87].

¹¹² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8. Ayrıca yazar aynı yerde, iş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme müzakerelerinin kesilmesine rağmen psikolojik illiyetin varlığını korumaya devam edebileceğini ileri sürmüştür. Belirtelim ki simsarın ücret hakkı bakımından bu önerme tek başına doğru değildir. Zira psikolojik illiyet devam etse bile ücret hakkının ileri sürülebilmesi için asıl sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Yazar bir ihtimal, psikolojik illiyetin varlığını sürdürdüğünü vurgulamakla, bu bağıın herhangi bir süreye bağlı olmaksızın varlığını koruduğuna dikkat çekmek istemiş olabilir. Dolayısıyla simsar, üçüncü kişinin kararını vermesine sebep olan saiklerin oluşumunda az veya çok etkisi bulunduktan sonra görüşmelere başka bir simsarın nezaretinde devam edilmişse veya iş sahibi, simsarın desteği olmadan bizzat kendisi görüşmeyi sürdürmüşse ilk simsarın oluşturduğu psikolojik bağ kopmuş olmaz. Ancak ilk simsarın faaliyeti o ana kadar hiçbir sonuç vermemiş ve bu nedenle müzakereler başka bir simsarın nezdinde yürütülmeye başlanmışsa, sözleşme yeni temellere göre kurulmuş sayılır. Bu son ihtimalde ilk simsar için psikolojik bağıın koştugu kabul edilir (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 298).

Ayrıca psikolojik illiyetin kurulabilmesi için simsarın faaliyetinin yalnızca veya ağırlıklı olarak iş sahibi ile bulunduğu kişi arasında asıl sözleşmenin yapılmasına yoğunlaşması zorunlu değildir. Bu itibarla, iş sahibinin simsarın bulunduğu üçüncü kişiyle değil de onunla ekonomik, akrabalık veya benzer nitelikte insani-sosyal bağı bulunan bir başkasıyla asıl sözleşmeyi yapması halinde de simsar ücret talep edebilir¹¹³. Hedeflenen asıl sözleşmenin, simsarın bulunduğu kişinin ortaklık bağı olduğu bir şirketle (ekonomik bağ) veya ailesinden biriyle (akrabalık bağı) ya da aynı evi paylaştığı bir başkasıyla (sosyal bağ) yapılmış olması bu duruma örnek teşkil eder¹¹⁴.

Ancak psikolojik illiyetin uygulanması, müşterinin art arda veya eş zamanlı olarak birden fazla simsarın hizmetinden yararlanması ihtimalinde bazı güçlükler doğurabilir. En basitinden, bu durumda her faal simsar, asıl sözleşmenin kurulmasına katkı sunduğunu ve psikolojik illiyet kapsamında ücret hakkını elde ettiğini ileri sürebilir¹¹⁵. Bu nedenle psikolojik illiyet bağına yalnızca aracı simsar-

¹¹³ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 12; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8.

¹¹⁴ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 302; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 63. Buna karşılık uygulamada genellikle mahkemeler, simsarlık sözleşmelerinde bu türden kayıtların yer alması kaydıyla simsara ücret hakkı tanımaktadır. Hatta Yargıtay HGK bir kararında (20.03.2013, E. 2012/1038, K. 2013/377) simsarlık sözleşmesinde simsar tarafından gösterilen evin, iş sahibinin "kan ve sıhri hisimleri" tarafından satın alınması halinde simsara ücret ödeneceğine dair kuralı lafzen dikkate alarak hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, sözleşme kapsamında ev, kan veya sıhri hisim olmayan eşe satılırsa simsara ücret ödemek gerekmez (Yargıtay Karar Arama; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 172-173). Yine Yargıtay HGK bir başka kararında (15.03.2017, E. 2017/644, K. 2017/460), taşınmaz yer gösterme belgesini, simsarlık sözleşmesi mahiyetinde kabul edip simsarın iş sahibine evi göstermesinden yirmi beş gün sonra iş sahibinin eşi tarafından evin satın alınmasından hareketle, simsarın ücrete hak kazanacağına hükmetmiştir. Zira anılan yer gösterme belgesinde (sözleşmesinde), müşteriye emlakçı aracılığıyla evin gösterildiği, sözleşmenin 3/A fıkrasında bu sözleşmenin imzalanmasından itibaren 1 yıl içerisinde her ne suretle olursa olsun sözleşmeye konu taşınmazın müşteri adına veya üçüncü dereceye kadar akrabaları adına satın alınması halinde 300.000 TL satış bedeli üzerinden %3 komisyon ücreti ve KDV'nin ödeneceği, 3/B fıkrasında ise, 3/A fıkrasında belirtilen şartın emlak komisyoncusu devre dışı bırakılmak suretiyle gerçekleşmesi halinde müşterinin, kendisine ve taşınmaz mal sahibine ait komisyon ücretinin tamamını ödemekle yükümlü olacağı açıkça düzenlenmiştir (Yargıtay Karar Arama). Kanımızca, simsarlık sözleşmelerinde (yer gösterme belgelerinde) bu tür klozlar yer alması dahi psikolojik illiyet bağından hareketle simsara ücret hakkı tanımak gerekir. Ancak Yargıtay bu konuda farklı kararlara imza atabildiğinden, sözleşmelere anılan türde kayıtlar konulması önerilir (Yargıtayın farklı yöndeki kararları için Yıldız, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinin Şekli", 3055-3057).

¹¹⁵ Yeri gelmişken belirtelim ki, asıl sözleşmenin kurulmasında birden fazla simsarın katkısı bulunuyorsa, ücret hakkının doğumu noktasında ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Birinci ihtimalde, asıl sözleşme birbirinden habersiz ve bağımsız faaliyet gösteren birden fazla simsarın ortak çabası sonucunda "müşterek işlem" şeklinde ortaya çıkmışsa, iş sahibinin tek bir simsarlık ücreti ödemesi gerektiği kabul edilir. Bu durumda her simsar, başarılı sonucun gerçekleşmesine yönelik sağladığı bireysel katkı oranında ücrete hak kazanır. Simsarlar, aralarında yaptıkları sözleşmeyle müşterek işlemlerde her birinin ücretten ne kadar pay alacağı hususunu en baştan kararlaştırabilir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 16; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7; Karayalçın, *Ticari İşletme*, 508; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 508; Kurt, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 1439; Çağlayan, "Taşınmaz Simsarlığı", 446). İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 72 II 421), birden fazla simsarın asıl sözleşmenin kurulmasında etkisi bulunması

lık noktasında dikkate almak isabetli olur. Kaldı ki sadece bu simsarlık türünde müşterinin iradesine tesir edilmekte ve psikolojik etki ortaya çıkmaktadır¹¹⁶. Buna karşılık fırsat simsarlığında, simsarın faaliyeti yalnızca potansiyel sözleşme isteklisini işaret etmekle sınırlıdır ve fırsat simsarı -aracı simsarın aksine- asıl sözleşmenin imzalanması kararına etki etmek zorunda değildir. Ayrıca fırsat simsarı, kendi faaliyetleri ile sözleşme yapma niyetindeki üçüncü kişiyi araştırıp bulduğunu, ondan sonra iş sahibi ile üçüncü kişi arasında sözleşmenin imzalandığını ispat ederek zaten TBK m. 520/I kapsamında ücret hakkını elde etmiş olur¹¹⁷.

Bu hususta son olarak simsarlık sözleşmesiyle illiyet bağı şartının devre dışı bırakılabileceğini belirtmek gerekir. Böylece simsar, asıl sözleşme kendi çabası sonunda kurulmamış olsa bile ücrete hak kazanır; yeter ki bu uğurda bir çaba harcadığını ispatlamış olsun. Ayrıca bu ihtimalde simsar, kendisi için oldukça güç bir uğraş olan “fiilen sarf ettiği çaba” ile “asıl sözleşmenin kurulması” arasındaki illiyet bağını ispatlama yükümlülüğünden de kurtulmuş olur¹¹⁸.

2. İş Sahibinin Sözleşme Yapma Niyetinde Olan Kişiyi Önceden Tanıyor Olması

Simsarın ücret hakkı bakımından, iş sahibinin asıl sözleşme yapma niyetinde olan üçüncü kişiyi önceden tanıyor olması veya daha önce bu kişiyle sözleşme müzakereleri yürütmüş olması ihtimalini de değerlendirmek gerekir.

Öncelikle iş sahibinin sözleşme yapma niyetinde olanı önceden biliyor olması tek başına illiyet bağının kopması için yeterli değildir. İş sahibi birçok kişiyi önceden tanıyabilir. Bu nedenle, simsarın iş sahibinin tanış olduğu üçüncü kişiyle asıl sözleşme yapılmasına aracılık etmesi, illiyet bağının kurulması bakımından

halinde, her bir simsarın kendi çabası oranında ücret talep edebileceğine hükmetmiştir (Karar için Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 12). Ancak bu ihtimalde, iş sahibinden simsarların faaliyetini ölçkleştirilmesi ve buna göre her birine ayrı ödeme yapmasını beklemek rasyonel olmaz. Bu nedenle simsarların kendi aralarında buna karar vermeleri, tek neticeye tek ücretin ödenmesi en sağlıklı çözüm olur. Buna karşılık, simsarların bireysel katkılarının ne olduğu tespit edilemiyorsa -veya kendi aralarında anlaşamıyorlarsa- ücretin eşit olarak pay edilmesi düşünülebilir (Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 112; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 514). İkinci ihtimalde simsarlar iş sahibi tarafından birbirinden habersiz görevlendirilmişlerse, çabası ile asıl sözleşmenin kurulmasına etki eden simsarın ücret hakkını elde ettiği kabul edilir. Ancak bu durumda birden fazla simsarın katkısıyla asıl sözleşme kurulmuşsa, her bir simsara tam ücret ödemek gerekir [Karayalçın, *Ticari İşletme*, 508; Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 83].

¹¹⁶ Streiff, *Handkommentar*, 81-82. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında, kanton mahkemele- rince dikkate alınan psikolojik illiyet bağının yalnızca aracı simsarlık faaliyetleri bakımından kabul edilebileceğini, fırsat simsarlığı açısından ise bir anlam ifade etmediğini vurgulamaktadır (Grell, 165). Öğretide de aracı simsarların psikolojik illiyetten yararlanabileceği kabul edilir. Örneğin, aracı simsar sözleşme müzakerelerini başlatmış, fakat süreç daha sonra iş sahibi tarafından bizzat yürütülerek nihayete erdirilmişse psikolojik illiyetin varlığı kabul edilir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 12). Bu açıdan simsarın, üçüncü kişiyi sözleşme yapmaya yönelten saiklerden bir tanesini yaratmayı başarması yeterli olur. Ancak üçüncü kişi nezdinde oluşturulan saikin sözleşme kararının verilmesinde az çok etkisinin olması zorunludur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 294).

¹¹⁷ Grell, 165; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 306. Son yazar, takdim simsarı veya yönlendirici simsar bakımından da psikolojik illiyetin geçerli olduğunu belirtmiştir (308).

¹¹⁸ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 9; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 313.

yeterli olur. Ancak iş sahibi önceden bu üçüncü kişiyle sözleşme müzakerelerine başlamış ve simsar ilk olarak bu müzakereler sırasında devreye girmişse hukuki durum değişir. Zira bu durumda simsarın faaliyeti asıl sözleşmenin kurulma ihtimali bakımından nedensel bir etki doğurmaz. Dolayısıyla illiyet bağı şartı eksik kalır. Sözleşme müzakerelerine geç katılım sağlayan simsar, bir ihtimal hali hazırda yapmış olduğu masrafları talep edebilir. Yine kendisi bu durumda kural olarak bir simsardan ziyade, danışman olarak faaliyetlerini sürdürebilir. Ancak simsarlık sözleşmesinde “münhasır simsarlık” şart kılınmışsa -yani iş sahibi sadece simsarın aracılığıyla asıl sözleşmenin kurulacağını önceden kabul etmişse- simsar ücret talep edebilir¹¹⁹.

Bunun dışında, iş sahibinin “fırsat simsarı” tarafından kendisine sunulan, ancak aslında tanış olduğu bu kişiyle daha sonradan asıl sözleşmeye imza atması durumunu ayrıca ele almak gerekir. Bu olasılıkta önemli olan nokta, henüz simsarlık sözleşmesi devam ederken ve simsar kendisi için fırsatları kollarken iş sahibinin tanış olduğu kişinin sözleşme konusu şeye ilgisinin olduğunu bilip bilmediğidir. İş sahibi, simsarlık sözleşmesi yürürlükteyken tanış olduğu kişinin hedef sözleşmeye ilgisini zaten biliyor, bu bilinçle sözleşme imzalıyorsa, simsar kendisinden ücret talep edemez. Buna karşılık iş sahibi, tanış olduğunu kişinin ilgisine simsarın kendisini bilgilendirmesiyle vakıf olmuşsa artık simsar ücret talep edebilir¹²⁰. Ancak bunun için de fırsat simsarının kendi faaliyetleriyle sözleşme yapma niyetindeki kişiyi tespit edip temasa geçtiğini, tanış olunan kişi de dahil olmak üzere sözleşme yapma niyetindeki kişi veya kişileri iş sahibine bildirdiğini ve iş sahibinin sonradan tanış olduğu kişiyle sözleşme kurduğunu ispatlaması gerekir. Bu bağlamda, simsarın bütün taraflarla yapmış olduğu yazışmaları günü gününe kayıt altına alması veya en azından yapılan görüşmeleri yazıya dökmesi ve bunu taraflara onaylattırması, ispat kolaylığı sağlama noktasında önem teşkil eder¹²¹.

3. Takip Eden İşlemler Bakımından Hukuki Durum

Asıl sözleşmeyi takip eden işlemler bakımından da illiyet bağı sorgulaması gündeme gelebilir. En basitinden simsar, asıl sözleşmenin kurulmasına aracılık ettikten sonra, tarafların daha sonra bu sözleşmeyle bağlantılı bir başka sözleşme imzalaması durumunda yine ücret talebinde bulunabilecek midir? Hemen belirtelim ki, kural olarak takip eden işlemlerde ücret hakkının doğmadığı kabul edilir¹²². Ancak çok istisnai hallerde ücret talebi gündeme gelebilir. Taşınmaz

¹¹⁹ Bu ihtimaller için Streiff, *Handkommentar*, 80.

¹²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (Karar No: 4A 337/2011) bu noktaya dikkat çekmiştir. Bu kararın ayrıntılı bir tahlili için Grell, 164-166, özellikle 166. Aynı yönde Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 282-283.

¹²¹ Grell, 166.

¹²² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 11.

simsarlığı açısından uygulamada karşılaşılan bir örnekten yola çıkmak gerekirse, simsarın kat mülkiyetine konu olan ve garajı bulunan bir taşınmaz satışına aracılık ettiğini, daha sonra satıcı ile alıcının simsara haber vermeden tekrar bir araya gelerek başka bir garaj yeri için anlaşmaya vardıklarını düşünelim. Bu durumda simsarlık sözleşmesinden, simsarın yetkisinin takip eden işlemleri de kapsadığı doğrudan veya yorum yoluyla anlaşılıyorsa, takip eden işlem(ler) bakımından illiyet bağının bulunduğu ve ücret talep edilebileceği mantiken kabul edilebilir. Ancak bu yönde bir çıkarım yapılamıyorsa simsarın yetkisinin asıl sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte son bulunduğu ve takip eden işlem(ler) için ücret talep edemeyeceği aşikârdır¹²³. Keza bu noktada bir diğer ölçüt olarak şu varsayımdan da yola çıkılabilir: Eğer takip eden işlem(ler) başlangıçta -yani asıl sözleşme yapılırken- daha büyük işlemin bir parçası olarak planlanmışsa ve asıl sözleşmenin yapılması noktasında simsara ilk verilen yetki ile takip eden işlem(ler) arasında iktisadi bir bütünlük kurulabiliyorsa, illiyet bağının varlığı kabul edilebilir¹²⁴.

Takip eden işlemler bakımından en çetrefilli durum, asıl sözleşme ile takip eden sözleşme arasında herhangi bir bağlantının bulunmamasında karşımıza çıkar. Bu zorlu duruma örnek olarak, asıl sözleşme taraflarının, sözleşmedeki taşınmazla ilgisi olmayan başka bir bölgedeki arazi parselinin satışı konusunda ikinci bir sözleşmeye imza atmaları verilebilir. Burada simsarlık ücretinin prensipte yalnızca hedeflenen asıl sözleşme için talep edilebileceğini hatırlatmak gerekir. İş sahibi ile üçüncü kişi arasında daha sonra imzalanan işlem(ler) için ücret talep edilemez. Zira simsarlığın konusu, asıl sözleşmeye aracılıktır, müşteri bulmaya aracılık değildir. Buna karşılık taraflar pekâlâ simsarlık sözleşmesinde takip eden işlem(ler) için de ücrete hak kazanılacağı hususunu açıkça kararlaştırabilir. Simsarlık hukukuna ilişkin liberal düzenlemeler aksi yönde bir sınır çizmemektedir¹²⁵.

V. SİMSARIN DÜRÜSTLÜĞE VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASI NEDENİYLE ÜCRET HAKKINI YİTİRMESİ

Simsar, TBK m. 520/II'nin göndermesiyle vekilin göstereceği özeni göstermek durumundadır. Buna göre, özen yükümlülüğü noktasında benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir simsarın göstermesi gereken özen referans alınır (TBK m. 506/III). Ancak simsarın faaliyetinin başarısı, ilke olarak iş sahibinin asıl sözleşmeyi kurma iradesine bağlı olduğundan, bu özenin derecesi vekile kıyasla görece olarak daha az anlam ifade etmektedir¹²⁶.

¹²³ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 82-83.

¹²⁴ Bu ölçüt için Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 15; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 11; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 792.

¹²⁵ Streiff, *Handkommentar*, 83.

¹²⁶ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 1.

Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği üzere -sözleşmede aksi öngörülmemişse- simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat ücret hakkına kavuşabilmesi için kural olarak faaliyette bulunması ve bunu dürüstlük kuralı ile özen yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirmesi gerekir. Bu itibarla simsar, özellikle iş sahibinin mali menfaatlerini gözetmeli ve onu olası zararlara karşı korumalıdır. Yine simsar, iş sahibinin avantajına olacak bir sözleşmenin kurulmasına engel olmamalı veya akdin kurulmasını imkânsız hale getirmemelidir¹²⁷.

Simsarın özenli ve dürüst davranma yükümlülüğü her somut olaya göre değişiklik göstermekle birlikte kanun koyucu, “Simsarın haklarını kaybetmesi” başlıklı TBK m. 523’te bazı spesifik durumlara vurgu yapmaktan geri durmamıştır. Buna göre “*Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder.*” Kural kapsamında öncelikle dikkat edilmesi gereken nokta, hükmün çifte simsarlığa yönelik değil, kötüye kullanımı engellemeye yönelik olmasıdır. Zira prensipte simsarın hem iş sahibi hem de üçüncü kişi için faaliyet göstermesi ve bunlardan ücret sözü alması yasak değildir. Kaldı ki meslek olarak yürütülen simsarlık faaliyetleri için bu nadir rastlanan bir durum da değildir. Buna karşılık simsar dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ederse, bu onun ücret ve masraf taleplerini etkiler¹²⁸. Ancak her ne kadar tarafların çifte simsarlığı, yani simsarın iki taraf için de faaliyette bulunabileceğini kararlaştırması mümkün olsa da sözleşme ile bu olanak devre dışı bırakılmış olabilir veya tarafların çıkarlarının çatışması çifte simsarlığa engel teşkil edebilir. Nitekim çifte simsarlığın yalnızca fırsat ve takdim simsarlığı bakımından caiz olduğu, buna karşılık aracı simsarlıkta -birçok halde çıkar çatışması kaçınılmaz olduğundan- bu yöntemle başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹²⁹.

¹²⁷ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 2; Gautschi, *BK*, Art 415, Nr 1b. Son yazar aynı yerde, simsarın özen yükümlülüğünü şu şekilde vurgulamıştır: “*Simsar, iş sahibinin menfaatine olacak bir sözleşmenin kurulmasını sekteye uğratabilecek veya imkansızlaşmasına yol açabilecek hiçbir şey yapamaz.*” Örneğin, iş sahibinin satmak istediği bir değer için aracılık yapan simsarın (Verkaufsmakler) temel yükümlülüğü, satışa konu olan şeyi iş sahibinin menfaatine olacak şekilde ve mümkün olan en yüksek bedelle satmaktır.

¹²⁸ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 1.

¹²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, çifte simsarlıkla ilgili bu tartışmanın ucunu açık bırakmıştır. Mahkeme yalnızca 2014 tarihli taşınmaz satışına aracılığı konu edinen bir kararında, aracı simsarlık sözleşmelerinde çifte simsarlığın çıkar çatışmasına yol açtığını belirterek her iki simsarlık sözleşmesini de batıl addetmiş ve simsarın iki iş sahibine (satıcı ve alıcı tarafa) karşı da ücret talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir. Keza yüksek mahkeme bir başka kararında, simsarın çifte yetkisinin geçerliliği şüpheliyse, bu konuda iş sahibini bilgilendirmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Kararlar için Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 4; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 4). Oysaki Federal Mahkeme, anılan 2014 tarihli kararına kadar menfaat çatışması tespit etmesi durumunda OR 415 kapsamında yalnızca simsarın ücret hakkını yitireceği sonucuna ulaşmakta, fakat simsarlık sözleşmelerini hükümsüz kılmamaktaydı (Federal Mahkemenin bu kararı üzerinden, aracı

Keza simsarın bizzat kendisinin iş sahibiyle asıl sözleşmeye imza atması da bir çıkar çatışması doğurmakta ve bu durum ücret hakkını etkileyebilmektedir. Öğretide bir görüşe göre, simsar asıl sözleşmeye bizzat taraf olursa, simsar ile iş sahibinin örtülü olarak simsarlık sözleşmesini feshettiklerini ve bunun yerine asıl sözleşmeyi koyduklarını kabul etmek gerekir¹³⁰. Simsar asıl sözleşmeye taraf olmasına -dolayısıyla simsarlık sözleşmesinin feshine- rağmen, ücret hakkını saklı tutmak isterse bunu iş sahibine asıl sözleşme kurulmadan önce açıkça bildirmek zorundadır¹³¹. İş sahibinin durumdan haberdar olmasıyla birlikte, asıl sözleşmede objektifleştirilmiş bir bedel (örneğin satış sözleşmesinde makul bir satım bedeli) belirlenerek menfaat çatışması bir ölçüde hafifletilebilir¹³².

Ayrıca simsarın dürüst davranma yükümünü, prensipte yalnızca simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemle sınırlı kabul etmek gerekir¹³³. Ancak sözleşmelerde taraflarca ücret odaklı kararlaştırılan bazı durumlar, dürüst davranma yükümünün sözleşme sonrası dönemde de etki göstermesine yol açabilir. Örneğin simsarın ücret hakkı, asıl sözleşmenin kurulmasına değil de bunun ifasına bağlanmışsa, ücret hakkı veya asıl sözleşme erteleyici bir şarta tabi kılınmışsa, ücretin muacceliyeti ileri bir tarihe ertelenmişse ya da belirli şartlar altında ücret hakkının ortadan kalkacağı kararlaştırılmışsa, dürüst davranma yükümlülüğü simsarlık sözleşmesinin hitamından sonra da etkisini gösterir¹³⁴. Bu şekilde özel bir kararlaştırma olmamasına rağmen, TMK m. 2'den hareketle yine simsarın sözleşme süresini aşacak şekilde daha uzun süreli dürüst davranmakla yükümlü olduğu sonucu ortaya çıkabilir¹³⁵.

Bu hususta son olarak simsarın dürüst davranma yükümüne aykırı davranmasının, sözleşme ile açıkça güvence altına alınmış olsa bile ücret hakkını ve masraf taleplerini olumsuz yönde etkileyeceğini belirtmek gerekir. Zira ücret ve masraflara ilişkin akdi teminatın geçerli olması, simsarın sözleşmeyi doğru bir şekilde ifa etmesine bağlı olduğundan, dürüstlük yükümüne aykırılık bu güvenceyi devre dışı bırakır. Bu halde iş sahibinin zararı, simsarlık ücretini ve masrafları aşarsa simsardan aşkın (munzam) zararın tazmini istenebilir¹³⁶.

simsarlıkta menfaat çatışmaları hakkında kapsamlı bir değerlendirme için ayrıca Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 161-165). Bu konuda öğretilde zikredilen bir görüşe göre ise aracı simsarlıkta çifte yetkilendirme olsa olsa sınırlı bir kapsamda -örneğin müzakerelerde esneklik payının kalmadığı veya tarafların anlaşma için çaba sarf ettiği hallerde- söz konusu olur. Fakat -yukardaki karara konu olayda olduğu gibi- taşınmaz simsarlığında genel olarak geçersiz addedilir (Bracher, *CHK*, Art 415, Nr 2).

¹³⁰ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5.

¹³¹ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5; Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 5; Gautschi, *BK*, Art 415, Nr 3b.

¹³² Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 5; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5.

¹³³ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 3; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁴ Bu yönde Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 3; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁶ Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 10d; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 6.

SONUÇ

Sımsarlık, birçok nedene bağlı olarak çok eski çağlardan bugüne cazibesini korumaya devam eden bir faaliyet türüdür. TBK’da sımsarlık faaliyetinin iki türü (fırsat sunma ve aracılık) zikredilmiş olmakla birlikte, uygulamada bir üçüncü tür geliştirilmiştir (takdim/yönlendirme).

Sımsarın mali haklarını genel olarak ücret, masraf ve tazminat olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Sımsarlıkta kural, masrafın ücrete dahil olmasıdır. Ancak sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak iş sahibinin ayrıca masrafları ödemesi kararlaştırılabilir.

Sımsarlık, bilinen tüm kamuoyu yoklamalarında, güven vermeyen faaliyetler sıralamasında baş sıraları zorlamaktadır. Bu durum, ülkemizde olduğu gibi dünya genelinde de böyledir. Bunun doğal sonucu olarak kanun koyucular sımsarlar karşısında iş sahiplerini koruma refleksiyle birtakım düzenlemeler kabul etmişlerdir. Ancak iş sahiplerinin de asıl sözleşme kurmak yerine sadece piyasayı test etme saikiyle hareket etmesi ve sımsarın hizmetlerini “anayasal söylemle” angaryaya çevirmesi olasıdır. Bu gibi hallerde, akit öncesi sorumluluk ilkesinden faydalanmak, anılan saiki ispatlama güçlüğü nedeniyle hüsrarla sonuçlanabilir. Bu nedenle ve optimal dengeyi kurma hassasiyetiyle, sımsarlık sözleşmelerinde, iş sahibinin cayması nedeniyle asıl sözleşmenin yapılamadığı hallerde de sımsara ücret ödeneceği hususu kararlaştırılabilir.

Sımsarlar, özgeci faaliyette bulunmazlar; mutlaka bir ücret karşılığında iş yaparlar. Bu nedenle sımsarlık sözleşmelerinde ücret esaslı unsur teşkil eder. Sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için, iş sahibiyle arasında geçerli bir sımsarlık sözleşmesi bulunması, asıl sözleşmenin kurulmuş olması ve sımsarın faaliyetleri ile asıl sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının tesisi gerekir.

Sımsarlık sözleşmesi ivazlı olmakla birlikte, sinallagmatik karakterde değildir. Zira sımsarın ağırlıklı olarak asıl sözleşmenin kurulması noktasında aktif çaba sarf etmekle yükümlü olmadığı kabul edilir. Buna karşılık ücret hakkını elde edebilmesi için çaba sarf etmesi gerekir ki bu da anılan çabayı hukuken külfet niteliğine dönüştürür.

Sımsarlık sözleşmesinin ileriye etkili olacak şekilde sona ermesi (ex nunc) durumunda, ilk etapta geçerli bir sözleşme söz konusuysa sona ermenin ücret hakkına olumsuz bir etkisi bulunmaz. Sımsarlık sözleşmesinin geçmişe etkili olacak şekilde son bulması (ex tunc) durumunda ise ücret hakkı da son bulmuş sayılır ve ödeme yapılmışsa sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde bunun iadesi gerekir. Buna karşılık ikâle ile sona erme ihtimalinde ise fesih durumu kıyas noktası alınır; dolayısıyla sona ermenin ileriye etkili olduğu kabul edilir. Taraflar bu kabulün aksini sözleşmeye bakiye kaydı düşmek suretiyle kararlaştırabilir. Aksi halde, karşılıklı olarak talep haklarını saklı tuttıkları varsayılır.

Ücret hakkının doğumu için aranan ikinci koşul, asıl sözleşmenin içerik ve şekli açıdan geçerli olarak kurulmasıdır. Özellikle irade sakatlığı durumunda, iradesi sakatlanan tarafın bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmesi gerekir. İradesi sakatlanan durumu bildirmezse, asıl sözleşme ayakta kalmaya devam edeceğinden, simsarlık ücretinin iadesi istenemez. Buna karşılık asıl sözleşmenin iptali istenir, fakat edinilen kazanımların iadesi talep edilmezse, simsar yine ücrete hak kazanmış sayılır. Zira bu ihtimalde iş sahibi, simsarın faaliyetleri ile ortaya çıkan ekonomik menfaatini korumaya devam etmektedir. Asıl sözleşmenin iş sahibinin kusuru nedeniyle batıl sayılması durumunda veya batıl sözleşmedeki edimlerin karşılıklı olarak iadesinin gerçekleşmemesi halinde de benzer şekilde simsarın ücret hakkını muhafaza ettiğini kabul etmek gerekir.

Buna karşılık, asıl sözleşmenin aşırı yararlanmaya konu olması durumunda, sömürülenin tutumuna göre simsarlık ücretinin akıbeti belirlenir. Sömürülen, edimin iadesini talep ederse, asıl sözleşme geçerliliğini yitirir ve simsar ücrete hak kazanamaz. Buna karşılık sömürülen, edimler arası dengesizliğin giderilmesini talep ederse simsar ücret talep edebilir. Fakat ücret, asıl sözleşmedeki edim miktarına endeksliyse, bu edim indirildiği oranda simsarlık ücretinden de indirimle gidilmeli ve aradaki fark iş sahibine ödenmelidir.

Simsarlık ücreti için başarılı sonucun gerçekleşmesi gerekli olsa da sözleşmelere münhasırlık veya ücret garantisi kaydı düşülerek bu gerekliliğin bertaraf edilmesi mümkündür. Gerçekten de sözleşme serbestisi ve bu serbestiyi bir adım daha ileri götüren simsarlık hukukunun liberal yaklaşımı aksi yöndeki kabulü imkânsız kılmaktadır. Münhasırlık kaydıyla illiyet bağı şartı devre dışı bırakılmak istenmişse, asıl sözleşme simsarın katkısı olmadan kurulmuş olsa bile kendisine “ücret” ödemek gerekir. Ancak bu kayıtle, iş sahibinin bir başka simsarın hizmetinden yararlanması önlenmek istenmişse, buna aykırılık durumunda kendisinden “tazminat” istenebilir. Ücret garanti kayıtlarıyla asıl sözleşme kurulmuş olmasa bile simsarın ücrete / tazminata hak kazanabilmesi sağlanır. Fakat bu durumda simsarın az veya çok bir çaba sarf etmesi, buna rağmen asıl sözleşmenin imzalanmamış olması icap eder.

Asıl sözleşmenin geciktirici şarta bağlanması durumunda ücret, şartın gerçekleşmesi halinde ödenir (TBK m. 571/II). Bozucu şartın kararlaştırıldığı hallerde ise ikâlâ durumu kıyas alınır ve simsarın ücret hakkının şarttan etkilenmediği kabul edilir.

Asıl sözleşme taraflarının, simsarın uğraş verdiği asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atması mümkündür. Bu ihtimalde, “her somut uyuşmazlık özelinde” iş sahibinin bakış açısından hedeflenen asıl sözleşme ile eş değer, benzer, yakın veya karşılaştırılabilir bir ekonomik sonucun ortaya çıkıp çıkmadığını sorgulamak ve yanıt evetse simsara hakkını teslim etmek gerekir.

Hedeflenen asıl sözleşmenin, simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra kurulması durumunda, simsarın ücret hakkını ileri sürebilmesi bazı hallerde olanak-

lıdır. Özellikle asıl sözleşmenin kurulması, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın faaliyetlerine dayandırılabiliriyorsa, simsara ücret hakkı bahsetmek gerekir. Diğer taraftan, iş sahipleri haricen bir üçüncü kişiyle anlaşır ve sözleşme süresi doluncaya kadar dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde simsarın tekliflerini geri çevirirse, simsar yine ücret talep edebilir.

Simsarın ücret talep edebilmesinin son şartı, asıl sözleşme ile simsarın faaliyetleri arasında illiyet bağının tesis edilebilmesidir. Fırsat simsarlığında, prensip olarak fırsatın sunulduğunun kanıtlanmış olması, illiyet bağının tesisi için yeterlidir. Buna karşılık aracı simsarlıkta, simsarın faaliyetinin üçüncü kişinin sözleşme yapma kararını etkilediğini ispatlaması gerekir. Ancak burada bildiğimiz anlamda klasik illiyet bağından ziyade, daha kolaylaştırılmış versiyonu olan psikolojik illiyet yeterli görülür. Psikolojik illiyetin sağladığı avantaj, ücret hakkı için simsarın faaliyette bulunduğunu ve bunun sözleşme yapma niyetinde olan kişiyi herhangi bir şekilde etkilediğini ispatlamasının yeterli olmasıdır. Bununla birlikte taraflar sözleşme ile ücret hakkının doğumu için illiyet bağı şartının aranmayacağını da kararlaştırabilir.

İş sahibinin, simsarın müşteri portföyündeki sözleşme yapma niyetinde olan kişiyi önceden tanıyıp olması tek başına illiyet bağının kopması için yeterli olmaz. Bu açıdan, “aracı simsarın” tanış olunan kişiyle sözleşme yapılmasını sağlaması illiyet bağının tesisi için yeterlidir. Buna karşılık, iş sahibi ile tanış olduğu kişi müzakere halindeyken devreye girilirse, artık simsarlıktan ziyade danışmanlıktan bahsetmek gerekir. “Fırsat simsarlığı” açısından ise simsarın iş sahibinin tanış olduğu üçüncü kişiye işaret etmesi, buna karşılık iş sahibinin simsarlık sözleşmesi sona erdikten -simsar devreden çıktıktan- sonra tanış olduğu kişiyle sözleşme yapması gündeme gelebilir. Bu halde, iş sahibinin simsarlık sözleşmesi devam ederken tanış olduğu kişinin ilgisini simsarın sayesinde öğrenip öğrenmediği hususu önem arz eder. Simsar sayesinde ilgi öğrenilmişse simsara ücret ödemek lazım gelir.

Asıl sözleşmeyi takip eden işlemler bakımından, prensip olarak simsarın ücret hakkı söz konusu olmaz. Fakat simsarlık sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmışsa veya asıl sözleşmenin yapılması noktasında simsara verilen ilk yetki ile takip eden işlemler arasında iktisadi bütünlük kurulabiliyorsa, ücretin doğumu noktasında illiyet bağının varlığı kabul edilebilir.

Simsar, sözleşmeye aykırı olarak karşı tarafın menfaatine davranır veya ondan ücret sözü alırsa, simsarlık ilişkisinden doğan mali haklarını kaybeder. Ancak kuralın çifte simsarlığın önünü almak için değil, kötüye kullanımları önlemek için getirildiğini vurgulamak gerekir. Zira sözleşmeyle yasaklanmadığı veya taraflar arasında çıkar çatışmasına yol açmadığı takdirde çifte simsarlığa cevaz verilmiştir. Bununla birlikte, aracı simsarlıkta taraf çatışması kaçınılmaz olacağından, çifte simsarlık yöntemine başvurulması ve bundan bir ücret hakkı edinilmesi oldukça güçtür.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil. *Kara Ticaret Hukuku Umumi Hükümler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Akyazan, Sıtkı. “Tellallık”, *BATİDER* VI, S. 3 (1972): 447-461.
- Akyol, Şener. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1974 Yılı Borçlar Hukuku Kararları”, *İÜMHAD*, S. 13 (1976): 184-190.
- Ammann, Caterina. *Obligationenrecht I (Basler Kommentar I / BSK I)*, Art 1-529 OR içinde, editör Heinrich Honnsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Bakar, Gökhan. *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Baştuğ, İrfan ve Erdem, H. Ercüment. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Becker, Hermann. “Tellallık Sözleşmesi” (Çev. Suat Dura), *Yargıtay Dergisi*, C. 9, S. 1-2 (1983): 75-95.
- Bozer, Ali ve Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bracher, Nicholas. *CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art 319-529 OR* içinde, editör Claire Huguenin ve Markus Müller-Chen. Zürich- Basel- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Brunner, Retto. “Der Maklervertrag - Was soll drin sein und was soll geregelt werden?”, *Immobilien*, Marz (2007): 34-35.
- Burkhalter, Peter R. *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar / OFK)* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Büyüknacar, Gönül. “Yargı Kararları Işığında Sımsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 156 (2021): 217-270.
- Çağlayan, Çağlar. “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (2016): 441-455.
- Çeker, Mustafa. “Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma”, *ÇÜHFD* 1, S. 1 (2014): 13-24.
- Doğanay, İsmail. “Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mıdır?”, *BATİDER* VI, S. 2 (1971), 247-257.
- Domaniç, Hayri ve Ulusoy, Erol. *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, 2007.

- Gautschi, Georg. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Berneer Kommentar / BK), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Band: VI- 2/5 içinde, editör Arthur Meier-Hayoz. Zürich: Stampfli Verlag AG, 1964.
- Grell, Boris. “Vermittlungs- oder Nachweisprovision im Maklerrecht”, *TREX* (2016): 164-166.
- Gül, Neytullah. “Sımsarın Ücret Hakkı”, *AÜHFD* 4, S. 64 (2016): 2795-2820.
- İmregün, Oğuz. *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme*. Ankara: Özel Basım, 1968.
- Kaşak, Erdem Fahri. “Roma Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (koşul, Condictio)”, *İNÜHFD* 10, S. 2 (2019): 548-562.
- Kurt, Ekrem. “Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan II*, (2010): 1429-1445.
- Makaracı Başak, Aslı ve Öktem Çevik, Seda; “Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli”, *BAUHFD* 14, S. 173-174 (2019): 9-33.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku*. Ankara: AÜ Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1970.
- Oruç, Murat. “Örtülü Bir Boşluk: Ticari Sımsarlık Ücret Alacağıının Tabi Olduğu Zama-naşımı Süresi”, *TAAD*, S. 30 (2017): 233-234.
- Öcal Apaydın, Bahar. “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Sımsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Sımsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları”, *YBHD*, S. 2 (2018): 143-173.
- Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Sarı, Onur. “Fikri Ürüne İlişkin Sımsarlık Sözleşmesi”, *EÜHFD* 14, S. 2 (2019): 371-439.
- Seçer, Öz. *Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Streiff, Matthias. *Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler*. Wetzikon-Zürich: Thesenverlag, 2009.
- Suter, Claudia. *Private Equity VI, Gründer, Investoren und Management in der Welt von Private Equity- Update 6.0 des Steuerrechts erforderlich?* içinde, editör Dieter Gericke. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Şahiniz, C. Salih. *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi*. İstanbul: Beta, 2002.
- Sönmez, Deniz. *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2020.
- Yeniocak, Umut. “Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Sımsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti”, *İBD* 83, S. 6 (2009): 3119-3138.
- Yıldız, Şükrü. “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı* 22, S. 3 (2016): 3045-3061.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

ŞİRKET ORTAK İÇİN Mİ? ŞİRKET TOPLUM İÇİN Mİ? KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUK FAALİYETLERİ ŞİRKETİN İŞLETME KONUSUYLA BAĞDAŞIR MI? (*)

Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN (**)

Öz

Ticaret şirketlerinin amacı kazanç elde edilmesi, şirket kârının artırılması ve dolayısıyla şirket ortaklarının ekonomik menfaat beklentilerinin tatmin edilmesidir. Türk Borçlar Kanunu m. 620’de “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*” şeklinde yer alan şirket tanımında geçen “ortak amaç” ifadesi de bu hususa işaret etmektedir. Şirket amacının ne olduğu, kollektif ve komandit şirketlerde “bir ticari işletmenin işletilmesi” olarak Türk Ticaret Kanunu’nda açıkça belirtilmiştir. Sermaye şirketleri olan anonim ve limited şirketlerde ise ortak amaç, şirket sözleşmesinde yer alan işletme konusu ile somutlaşmakta ve ticaret unvanı vasıtasıyla şirketle ilişkiye geçen üçüncü kişilere ilk elden bildirilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler hukukuna ilişkin getirdiği en önemli yenilik, şirketin hak ve fiil ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olması kuralının (*ultra vires*) kaldırılmasıdır. Bu sayede şirket yöneticileri, işletme konusu dışında kalan işlemler de yaparak şirketi hak veya borç sahibi kılabilirler. Bu türde işlemlerin kapsamına yardım faaliyetleri, bağışlar, çevrenin korunması yahut iklim değişikliğinin önüne geçilmesi gibi amaçlarla toplum menfaatine alınan ancak şirkete ekonomik yük getirme ihtimali de bulunan kararlar da dahildir. Her ne kadar şirketin hak ve fiil ehliyetinin önündeki sınırlar kaldırılmış olsa da işletme konusuna dahil olmayan işlemlerden dolayı şirket bir zarara uğrarsa, şirket yöneticilerinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu bağlamda akla gelen soru şudur: Şirket yöneticileri şirketin ekonomik menfaatlerini feda edebilecek kararlar aldıklarında kendilerine yönetilecek tazminat taleplerine karşı bu kararları toplumsal faydayı çoğaltmak amacıyla aldıkları savunmasını ileri sürebilir mi? Başka bir anlatımla, şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin faaliyetleri şirketin “kâr amacı güden bir tüzel kişi” olması ile bağdaşmakta mıdır? Çalışmada bu sorulara cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

İşletme Konusu, Ultra Vires İlkesi, Ticaret Şirketleri, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Yardım Faaliyetleri.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169488.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi’nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen “*Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*”nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı’nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi / Ankara, Türkiye.

E-posta: cyatagan@etu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1986-703X>.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

COMPANY FOR SHAREHOLDERS' SAKE OR SOCIETY'S SAKE? THOUGHTS ON THE COMPATIBILITY OF COMPANIES' FIELD OF OPERATIONS AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY ACTIVITIES

Abstract

A company's purpose is to gain income, increase the company's profit and thus satisfy the shareholders' economic interests. The expression "common purpose" referred in Article 620 of the Turkish Code of Obligations under the definition "An ordinary partnership agreement is a contract in which two or more persons undertake to combine their labor and property to achieve a common purpose." confirms the same. The purpose of the company is clearly stated in the Turkish Commercial Code in collective and limited partnership companies as "operation of a commercial enterprise" whereas the purpose of joint stock and limited liability companies, which are capital companies, is embodied in the field of operation in the company contract and is communicated first-hand through their trade name to third parties who have contact with the company. The most important innovation introduced by the Turkish Commercial Code No. 6102 regarding corporate law is the abolition of the rule (*ultra vires*) that the company's right and capacity to act are limited to the field of operation. In this way, company executives can make the company the owner of rights or debts by making transactions outside the scope of the business. Undoubtedly, the scope of such transactions also includes decisions taken for the benefit of society, such as aid activities, donations, environmental protection or prevention of climate change, but which are likely to impose an economic burden on the company. However, even if the limits in front of the company's rights and ability to act have been removed, if the company suffers a loss due to transactions that are not included in the scope of the business, the responsibility of the company executives may come to the fore. In this context, the question that comes to mind is: When company executives take decisions that may sacrifice the economic interests of the company, can they assert the defence that they took these decisions in order to increase social benefit against the compensation claims against them? In other words, are the corporate social responsibility activities of the companies compatible with the fact that the company is a "profit-making legal entity"? In this study, answers to these questions will be sought.

Keywords

Business Subject, Ultra Vires Principle, Trading Companies, Corporate Social Responsibility, Charitable Activities.

Extended Abstract

It is a generally accepted view that commercial companies should not only serve the purpose of earning profit and distributing dividends to their shareholders, but also carry out their commercial activities by considering the development of the society in which they operate and the interests of external interest groups. A commercial company cannot be considered independent from the society; on the contrary, it nourishes from the society. For this reason, the idea that it should share the commercial success obtained from the resources of the society with the society has emerged. With the abrogation of the regulation in the Abrogated Turkish Commercial Code No. 6762, which limited the company's capacity to exercise rights and acts to the subject matter of its business, the principle of *ultra vires* was abandoned in accordance with the First Directive of the European Union on Company Law, and as a result, the subject matter of business lost its former importance. Now, the subject matter of the company's business is included in the articles of association in order to fulfil a legal requirement. With the abolition of *ultra vires* principle, the established jurisprudence of the Court of Cassation, during the period when the Repealed Law No. 6762 was in force, that the granting of grants by the company cannot be considered within the scope of the purpose and field of activity stated in the articles of association, has also changed. As a result, the company executives may perform legal transactions that bind the company without being bound by the field of activity and without the need for a provision in the articles of association. With the abrogation of the legal regulations limiting the rights and capacity to act of companies to the subject of business, the legal debate on whether the company expenditures made in the context of corporate social responsibility are compatible with the subject of business of the company has lost its former importance. However, the fact that the representation authority of company managers in capital companies is still limited to the subject of business and the financial liability of the managers in case the company suffers a loss due to a transaction outside the subject of business still makes the issue important for Turkish law.

Although the scope of corporate social responsibility, which was born in the United States of America and has become a globalised concept, varies from country to country, it can generally be defined as practices in which a company considers ethical values while operating, takes into account the social effects of commercial activity as well as its economic results, and observes and supports interest groups and disadvantaged groups. In Turkish law, although there are regulations explicitly referring to corporate social responsibility in the Corporate Governance Principles, there is no explicit regulation in the Turkish Commercial Code and Capital Markets Law. In the Turkish Commercial Code, this issue is regulated in the context of reserves in favour of employees and workers in order to support internal interest groups; however, there is no explicit provision regarding donations to be made by companies other than collective companies. While social aids made by setting aside reserves cannot benefit from tax advantages, they can be considered as a safe harbour in terms of not arising the liability of the members of the board of directors and not having the risk of cancellation on the general assembly resolution. The existence of a provision in the articles of association and the drawing of the donation limit by the general assembly are the conditions for the validity of donations in publicly held companies. Undoubtedly, the donation method stipulated in the Capital Markets Law for public companies may also be considered for closed companies.

The advantages stipulated in the Turkish Income Tax Law, Corporate Tax Law and some other laws for expenditures made from company profits in the context of corporate social responsibility are a clear indication that the legislator supports corporate social responsibility activities. However, in order to avoid the liability of company managers, to prevent the cancellation of general assembly resolutions and to escape cancellation of disposition lawsuits, it would be correct to make the expenditures made for these activities with the budget allocated from company profits and in accordance with the validity conditions in the Turkish Commercial Code and Capital Markets Law.

GİRİŞ

Ticaret şirketlerinin amacı kazanç elde etmek, şirketin kârını artırmak ve ortaklarının ekonomik menfaatlerinin tatminini sağlamaktır. Şirketi diğer kişi topluluklarından ayıran, bu özelliğidir. Şirket sözleşmesini Türk hukuku açısından tanımlayan Türk Borçlar Kanunu m. 620'de¹ yer alan “ortak amaç” ifadesi de aynı hususa işaret etmektedir. Şirket kâr elde etme amacını gerçekleştirmezse veya kârlılığın devamlılığını sağlayamazsa ticari faaliyetlerini sürdürmeyeceği gibi başka hiçbir faaliyeti de gerçekleştirmesi mümkün olmaz². Şirketin amacına erişmekte kullandığı yöntem, işletme konusu ile somutlaşır. Türk Ticaret Kanunu uyarınca kollektif ve komandit şirketler³ yalnızca ticari işletme işleterek kâr elde edebilir; bu sebeple işletme konusunun esas sözleşmede yahut ticaret unvanında belirtilmesine gerek olmaksızın faaliyetlerini sürdürürler. Sermaye şirketlerinde ise durum farklıdır. Anonim ve limited şirketlerde ortak amaç gerçek anlamda şirket sözleşmesinde yer alan işletme konusunda⁴ somutlaşır; esas sözleşme ve

¹ TBK m. 620: “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*”

² Ekonomik kazanç elde etmenin ve bunu ortaklar arasında paylaşımının da bir tür sosyal sorumluluk olduğu, kazanç elde etmeden bunun toplumla paylaşılmasının da mümkün olmayacağı yönünde bkz. Markus A. Höllerer, “Between Creed, Rhetoric Façade and Disregard: Dissemination and Theorization of Corporate Social Responsibility in Austria, *Peter Lang AG 2012*, içinde: *Corporate Social Responsibility*, 29-66, 38.

³ Kollektif şirketler için bkz. TTK m. 211, komandit şirketler için bkz. TTK m. 304 ve TTK m. 565.

⁴ Türk Ticaret Kanunu'nda işletme konusunun seçimi açısından herhangi bir sınırlandırma bulunmadığından kurucular işletme konusunu serbestçe belirler ve pay sahipleri Kanun'da belirtilen usule uyarak esas sözleşme değişikliği ile işletme konularına yenilerini ekleyebilir yahut tamamen

dolayısıyla ticaret unvanının tescili ve ilanı yoluyla da üçüncü kişilere duyurulur. 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan şirketin hak ve fiil ehliyetini işletme konusu ile sınırlayan düzenlemenin⁵ yürürlükten kaldırılmasıyla Avrupa Birliği'nin Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Yönergesi'ne uygun şekilde *ultra vires* ilkesinden⁶ vazgeçilmiş; bunun sonucunda işletme konusu eski önemini kaybetmiştir⁷. Artık şirket açısından işletme konusuna, kanuni bir gerekliliğin yerine getirilebilmesi için esas sözleşmede yer verilmektedir⁸.

Ultra vires ilkesinin kaldırılmasıyla birlikte Yargıtay'ın, 6762 sayılı Mülga Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, şirket tarafından hibede bulunulmasının esas sözleşmede bulunan amaç ve çalışma alanı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki yerleşik içtihadı⁹ da değiştirmiştir¹⁰. Bu sayede şirket yöneticileri, işletme konusu ile bağlı olmaksızın ve esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmezsin şirketin bağlayan hukuki işlemleri Türk Medeni Kanunu m. 48¹¹ hükmü saklı kalmak kaydıyla gerçekleştirebilir hale gelmiştir¹². Örneğin ticaret şirketleri şirketin işletme konusu dışında kalsa dahi birbirleri lehine rehin vb. verebilir¹³.

değiştirebilir. Bu konudaki serbestinin sınırı hiç kuşkusuz TBK m. 27'de yer alan "Kesin hükümsüzlük" düzenlemesidir. İşletme konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir; niteliği itibarıyla gerçekleşmesi imkansız olan işletme konuları da seçilemez.

⁵ Bkz. 6762 s. Mülga TTK m. 137-Hükmi şahısların ehliyeti: "Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.(...)"

⁶ Bkz. TTK m. 125/2: "Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır." Madde gerekçesinde "Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesinde öngörülmüş bulunan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan *ultra vires* ilkesini, AET'nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesinin ilgili hükmünü dikkate alarak kaldırmıştır (Genel Gereğçenin 100 numaralı paragrafına bakılmaktadır). Ticaret şirketleri Türk Medeni Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde haklardan yararlanabilecek, borçları üstlenebileceklerdir. 371 inci maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi Tasarrufların bazı hükümlerinde, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin hukukî sonuçları özel olarak düzenlenmiştir." açıklamasına yer verilmiştir. Bkz. www.lexpera.com.tr -Erişim Tarihi: Aralık, 2,2022.

⁷ Jill E. Fisch ve Stecen D. Solomon, "Should Corporations have a Purpose?", *UPenn Law School ILE Research Paper* N. 20-22, 101-148,104 vd. (https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2163/ -çevrimiçi 17.09.2020). *Ultra vires* ilkesi ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Pulaşlı, Hasan: "Şirketler Hukuku Genel Esaslar", Adalet Yayınevi 2022, s. 54 vd. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin: "Ortaklıklar Hukuku", C. 1, Vedat Kitapçılık 2021, s. 27 vd.

⁸ Anonim şirketler için bkz. TTK m. 337, limited şirketler için bkz. TTK m. 576. Bunun yalnızca şekli olarak esas sözleşmelerde bulunduğu ilişkin ayrıca bkz. Fisch/Solomon, s. 105.

⁹ Tuğrul Ansay, "Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması", *AÜHF D* C. 27, S. 1, (1970): 119-131, 129 vd.'nda yer verilen kararlar (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi: Haziran, 22,2022).

¹⁰ Bkz. aşa. Dn. 40, 41.

¹¹ TMK m. 48: "Tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehildirler."

¹² *Ultra vires* ilkesinin kaldırılmasının nedenleri ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, İsmail Kırca ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, (Ankara: BTHAE, 2013), 71 vd.

¹³ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: BTHAE, 2018), 53.

Ultra vires ilkesinin kaldırılmasıyla rehin, garanti gibi ekonomik karşılığı/getirisi bulunabilecek işlemlere ek olarak, pay sahiplerinin şirketten alabileceği kâr yanında azalmaya sebebiyet verebilecek bağışlar, dezavantajlı grupların desteklenmesi yahut çevrenin korunması gibi toplumsal menfaatlerin korunmasına dönük mali yardımlarla ilgili olarak alınan yönetim kurulu kararları yahut genel kurul kararları¹⁴ da geçerli olacaktır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile şirketin hak ve fiil ehliyetinin gerçek kişilere mahsus hususlar dışında sınırsız hale getirilmesiyle birlikte üçüncü kişiler için hukuki işlem güvenliği sağlanmıştır¹⁵. Buna karşın şirketin işletme konusu halen TTK m. 371 ve TTK m. 629'daki yollama dolayısıyla anonim ve limited şirketlerde şirketi temsil yetkisinin şirketin amacı ve işletme konusu ile halen sınırlı olması şirketin zarara uğraması halinde şirket ve temsilciler arasındaki iç ilişkide rücu hakkının kullanılması açısından büyük önem taşımaktadır¹⁶. Yönetim kurulunun şirketin işletme konusu dışındaki hukuki işleminden doğan zararlar; anonim şirketlerde ve TTK m. 664'te yer alan yollama dolayısıyla limited şirketlerde yöneticilerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 hükmünün uygulama alanı bulmasına neden olabilir ve yöneticiler açısından mali yükümlülükler doğurabilir. Avrupa Birliği'nde ve dünyada "kurumsal sosyal sorumluluk" kavramının yükselişi, şirket yöneticilerinin toplumsal fayda güderek şirket kasasından harcama yapma kararı almasının geçerli olup olmayacağı, bu kavramın şirketlerin işletme konusu ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmasını doğurmuştur.

I. ETİK-TİCARİ FAALİYETE KARŞI: KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUK KAVRAMI

Şirketlerin sadece kendisine ortak olan kişilerin menfaatlerini gözettiği varsayımı, şirketi toplumun dışında ve ondan soyut gören eski bir bakış açısının ürünüdür ve günümüzde taraftarı olmayan bir görüştür. Şirketin tek amacının kendi kârını en üst düzeye çıkarmak olmasından ziyade, şirket başarısının içinde bulunduğu topluma olumlu etkileri ve katkıları ile de değerlendirilmesi gerektiği kabul görmektedir¹⁷. Şirket, toplumun içinde yaşayan; sermaye, işgücü gibi sürekliliğini sağlayan kaynakları ondan temin eden, diğer bir anlatımla toplumdan beslenen bir varlıktır. Bu sebeple şirketin toplumdan, onun değerlerinden ve ihtiyaçlarından bağımsız; toplumdan soyut olduğu fikri geçerli değildir. Çünkü şirketin en temel amacı olan ekonomik kazanç elde etmek ve bunu sürdürülebilmek, ancak bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği toplumun da refaha ermesi ve şirketin etkinlikleri

¹⁴ Bu kararın hangi organ tarafından alınabileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. II. A. 1 ve 2.

¹⁵ Burçak Yıldız, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki 'Ultra Vires' Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 55, S. 1 (2006): 321-353, 323 vd. (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi Haziran, 24,2022).

¹⁶ Yıldız, 340 vd.

¹⁷ Höllerer, 30.

için uygun alan sağlaması ile mümkün olabilir. Şirket yöneticilerinin karar alma aşamasında yalnızca pay sahipleri ve şirket içindeki diğer çıkar gruplarının değil tüketiciler, iş ortakları, alacaklılar dahil ekonomik çıkar grupları ile toplumsal çıkar gruplarının faydasını gözetmesinin şirketin üzerindeki olumlu etkileri, pek çok veri ile ortaya konmuştur¹⁸. İşçiler örneğinde olduğu gibi çıkar gruplarının şirket yönetiminde temsil edilmesi ve çıkar grupları ile iletişim, şirketin toplum yararı odaklı politikalar geliştirmesine ilişkin düşünceler, zaman içerisinde kurumsal yönetim kavramının kurumsal sosyal sorumluluğa evrilmesini sağlamıştır. Bu fikrin temeli ticari faaliyetlerin, kâr elde etmenin yanında sürdürülebilir, sağlıklı ve etik kurallara uygun bir şekilde yürütülmesi¹⁹; ekonomik ve sosyal faydanın bağdaştırılmasıdır. Ticari başarının karşılığını toplumun menfaatlerine hizmet ederek vermektir²⁰. Şirketin faaliyetleri dolayısıyla topluma hesap verme yükümlülüğü vardır ve çıkar gruplarının yanında çevreye ve en nihayetinde topluma karşı da sorumlulukları mevcuttur²¹.

Kurumsal sosyal sorumluluk kavramı herkes için anlamlı ve değerli olmasına karşın, kapsamı ve içeriği kişiden kişiye değişmekte; şirketin faaliyet gösterdiği toplumun şeffaflık, adalet anlayışı ve sosyal değerlere bakışına göre farklılaşabilmektedir. Kimilerine göre “hukuki ve cezai sorumluluk”; “ticari faaliyetlerin etiğe uygun şekilde ve sorumluluk bilinci ile yürütülmesi”; “faaliyetin toplum nezdindeki sonuçlarından doğan sorumluluğun kabulü”; “yardım faaliyetleri”; “toplumsal etkilerden haberdar olarak bilinçli ticaret yapılması”; “kullanılan ürünlerin veya yürütülen faaliyetlerin etiğe uygunluğu”, “toplum sayesinde refaha eren kişilerin mali yükümlülükleri” olarak nitelendirilebilmektedir²². Tüm bu görüşlerden yola çıkılarak bir tanım yapılması gerekirse “kurumsal sosyal sorumluluk”; “şirketin işletme konusu doğrultusunda faaliyet gösterirken etik değeri gözettiği, karar alma ve yürütme sürecinde yöneticilerin ekonomik sonuçlar dışında toplumsal etkileri ve çıkar gruplarının menfaatlerini göz önünde bulundurduğu, şirketin ekonomik kaynaklarının getiri amaçlı faaliyetlere ek olarak toplumsal sorunların çözümünde, toplumun geliştirilmesinde, dezavantajlı grupların desteklenmesinde kullanıldığı uygulamalar” olarak tanımlanabilir²³. Avrupa

¹⁸ Hasan Pulaşlı, “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, (Kurumsal Sosyal Sorumluluk) *BATİDER*, C. 36, S. 4, (2020): 5-37,7 vd.

¹⁹ Mustafa Yaylalı, “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kuralları ve Şirketlerin Sürdürülebilirliği”, *GSİ Articletter* (2016), 122.

²⁰ Dirk Matten ve Jeremy Moon, “Implicit” and “Explicit” CSR: A Conceptual Framework for a Comparative Understanding of Corporate Social Responsibility”, *The Academy of Management Review*, Vol. 33, No. 2, (2008): 404-424, 404 vd.

²¹ Höllerer, 37.

²² Höllerer, 29.

²³ Kurumsal sosyal sorumluluk kavramına ilişkin tanımlar için bkz. Elif Engin ve Burcu Eker Akgöz, “Sürdürülebilir Kalkınma ve Kurumsal Sürdürülebilirlik Çerçevesinde Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kavramının Değerlendirilmesi”, *Selçuk İletişim Dergisi*, S. 8, C. 1, (2013): 85-94, 90 vd.

Komisyonu'nun 2019 yılında hazırladığı "Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Sorumlu İş Davranışı ve Ticaret&İnsan Hakları: Gelişmelere Bakış"²⁴ başlıklı çalışma belgesinde kurumsal sosyal sorumluluk "şirketlerin toplum üzerinde yarattığı etkilerden dolayı sorumluluğu" olarak tanımlanmış; şirketlerin bu sorumluluğu yerine getirebilmek için toplumsal, çevresel, etik, insan hakları ve tüketicinin korunmasına ilişkin politikalar geliştirmesi; ortakların yanında çıkar gruplarının kârlarının da artırılması ve toplumun menfaatlerinin bağdaştırılmasına ilişkin stratejileri odağına alması ve ortaya çıkabilecek olumsuz etkileri gözetmesi ve bunlardan kaçınması yahut en aza indirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kurumsal sosyal sorumluluk projeleri personel istihdamı, doğal kaynakların kullanımı, şirket faaliyetlerinin sağlıklı ve güvenli yürütülmesi gibi şirketin iç işleyişine ilişkin politikalar yanında çevrenin korunması; tüketicilerin, mal ve hizmet sağlayıcılarının ve diğer iş ortaklarının çıkarlarının gözetilmesi gibi dışsal politikaları da kapsamaktadır²⁵. Hiç kuşkusuz, şirketlerin bu doğrultuda politika geliştirmesi yönünde yasal bir zorunluluk yoktur; kurumsal sosyal sorumluluğun gözetilmesi şirketin takdir yetkisindedir. Bu faaliyetleri yürütürken şirketin saiki (hayır amacı/vergiden düşme) ve gönüllü olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği (başka bir faaliyetin yürütülmesi için zorunlu olarak yapıp yapmama) faaliyetin hukuki sonucu açısından bir önem taşımamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri menşeli bir kavram²⁶ olan ancak küresel bir hareket niteliği kazanan kurumsal sosyal sorumluluk bugün Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği²⁷, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı ve Dünya Bankası'nın gündemini meşgul eden; şirketlerin ekonomik performanslarının ve yatırım yapılabilirliğinin değerlendirilmesinde kriter haline gelmiş olan bir kavramdır²⁸. Amerika Birleşik Devletleri'nde şirket esas sözleşmelerinde ve internet sitelerinde ön plana çıkarılan, Avrupa'da 2000'li yıllardan sonra daha görünür hale gelen kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri kapsamında yapılan harcamalar önemli miktarlara ulaşmış-

²⁴ Bkz. European Commission Staff Working Document, "Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business&Human Rights: Overview of Progress", Brussels 2019 (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34482> - Erişim Tarihi: Haziran, 20,2022).

²⁵ Höllerer, 31.

²⁶ Avrupa ülkelerinin aksine Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık, emeklilik gibi sosyal güvenlik haklarının darlığının ve devletin bu alandaki faaliyetlerinin sınırlı olmasının kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerini artırdığı; bankacılık sektöründen ziyade finansmanın sermaye piyasasından karşılanması sonucu bu kaynaktan yararlanmak isteyen şirketlerin şeffaflığa önem verme zorunluluğunun da ABD menşeli şirketlerde kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerini daha görünür kıldığı yönünde Matten ve Moon, 406 vd.

²⁷ Avrupa'da yükselen kurumsal sosyal sorumluluk akımının "neocorporatism" olarak adlandırılacağına ilişkin bkz. Matten ve Moon, 415.

²⁸ Kavramın endüstri devriminden bu yana akademik literatürde kullanılageldiği, "corporate social stewardship" olarak 50'li yıllardan bugüne gündemde olduğu, geline nokta şirket faaliyetlerinin daha geniş coğrafi sınırlara ulaşması sonucu "şirketlerin dünya vatandaşlığı sorumluluğu-corporate global citizenship responsibility" tartışılmaya başlandığı yönünde bkz. Höllerer, 35.

tır²⁹. Kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin yarattığı olumlu imaj, yatırımcıların ve tüketicilerin dikkatinin şirkete yönelmesini sağlayan bir pazarlama unsurudur³⁰ ve piyasadaki ürün çeşitliliğinin artması ile ürün kalitesinin yanı sıra şirketlerin izledikleri politikalar da bu çıkar gruplarını etkilemekte; rakip işletmelere yönelmelerine veya ürünü boykot etmelerine sebep olabilmektedir³¹. Benzer şekilde, toplum yararına aykırı politikalar da aktivistleri ve medyayı harekete geçirdiğinden negatif bir görünüm yaratarak³² şirketin ticari performansı üzerinde olumsuz etkiler doğurmaktadır. Başka bir anlatımla kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri, ticari itibar ile yakından ilişkilidir³³. Her ne kadar yöneticilerin kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerini planlama, şirket faaliyetlerinin toplum üzerindeki etkilerini değerlendirme gibi bir yükümlülükleri bulunmasa da yöneticilerin yönetim performanslarının ölçülmesinde bir kriter niteliği taşıyabileceği savunulmaktadır³⁴. Kurumsal sosyal sorumluluk projeleri yürüten yöneticilerin, çalışanlarda takdir duygusu yarattığı, oluşan motivasyonla üretimin arttığı söylenmektedir³⁵. Bu projeler yapılan harcamalar ve yarattığı ek istihdam ihtiyacı sonucu her ne kadar şirket üzerinde maliyet yükü oluştursa da sağladığı toplumsal menfaat, şirket için yarattığı olumlu imaj, rakipleri arasında ayrışma fırsatı yaratması dolayısıyla şirketin uzun vadeli çıkarları doğrultusunda katlanılabilir bir harcama³⁶ ve hatta bir yatırım³⁷ olduğunun, şirketin başka bazı maliyetlerini azalttığı³⁸ kabulü gerekir.

II. KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUĞA TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN BAKIŞ

Kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerinin ve buna ilişkin yapılan harcamaların yöntemi, geçerlilik koşulları, şeffaflığın sağlanmasına ilişkin gereklilikler ve uygulanacak hükümler, hiç kuşkusuz, halka açık şirketler, çoğunlukla küçük veya orta büyüklükte olan ve yönetim/pay sahipliği kavramının iç içe geçtiği halka kapalı şirketler ile kamunun ortağı olduğu şirketler arasında değişiklik gösterecektir³⁹.

²⁹ Matten ve Moon, 404-405.

³⁰ Deniz Elber Börü ve Dilek Güngörmez, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Alanında Üst Düzey Yöneticilerin Kişisel Değerlerinin Rolü", *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, C. 5 S. 11 (2020): 86-96, 89 vd.

³¹ Höllerer, 52; İpek Sucu, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kampanyalarının Marka İmajına Etkisi: Turkcell Markası Örneği", *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 21, (2020), 1-8, 2 (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi: Haziran, 21,2022).

³² Matten ve Moon, 409; Höllerer, 46.

³³ Höllerer, 53 vd.

³⁴ Höllerer, 36 ve orada adı geçen yazarlar.

³⁵ İsmail Bakan, İnci Fatma/ Doğan, Mehtap Koçdemir ve Makbule Oğuz, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Kurumsal İmaj ve İş Tatmini İlişkisi", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 12, (2018): 205-226, 217 vd. (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi: Haziran 21,2022).

³⁶ Elber Börü ve Güngörmez, 89; Sucu, 6.

³⁷ Matten ve Moon, 415.

³⁸ Höllerer, 51.

³⁹ Höllerer, 33.

A. TÜRK TİCARET KANUNU YÖNÜNDEN

Türk Ticaret Kanunu'nda kurumsal sosyal sorumluluk politikaları çerçevesinde yönetim kurulu veya genel kurul tarafından alınan kararların işletme konusu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, yöneticilere alacaklılar veya şirket ortakları tarafından sorumluluk davası açılıp açılmayacağı yahut kararın genel kurul tarafından alınması halinde iptalinin talep edilip edilemeyeceği konusunda açık bir hüküm yoktur. Şirket tarafından yapılacak bağışlara ilişkin tek hüküm, kollektif şirkette yönetimin kapsamını düzenleyen ve bağışta bulunmayı olağanüstü işlem olarak nitelendirerek ortakların oybirliği ile karar almasını gerektiren bir durum olarak belirten TTK m. 223 hükmüdür. Kollektif şirketlerde şirket adına bağışta bulunulması, Kanun'da öngörülen geçerlilik şartına uymak kaydıyla mümkündür ancak sermaye şirketleri için öngörülmüş açık bir hüküm yoktur. Buna karşın anonim ve limited şirketlerde şirketin yönetimine ve yöneticilerin yükümlülüklerine ilişkin yasal düzenlemelerde yöneticiler için pay sahibinin kârını en üst düzeye çıkarma yükümlülüğü öngörülmemesi, yöneticilerin tüm çıkar gruplarının ve nihayetinde toplumun menfaatini de dikkate alarak karar alabileceğine ilişkin bir takdir hakkını işaret etmektedir⁴⁰. Şirketin yanında şirket içi çıkar gruplarını oluşturan pay sahiplerinin, çalışanların, yöneticilerin ve şirket dışı çıkar gruplarını oluşturan alacaklıları ile en nihayetinde toplumun da yararının gözetilmesi, şirket yöneticilerinin sorumluluğuna dahildir⁴¹. Nitekim Yargıtay'ın da şirketin kâr elde etme amacının yanında sosyal sorumluluk ve topluma hizmet amacının da bulunduğu yönünde içtihadı mevcuttur⁴². Yüksek Mahkeme şirketlerin sosyal sorumluluk kapsamında yaptıkları işlerin ticari iş niteliği taşımadığı görüşünde olup⁴³; bu görüşün yerindeliği sosyal sorumluluk faaliyetlerinin sağladığı vergisel avantajlar⁴⁴ da dikkate alındığında tartışmaya açıktır.

1. Yedek Akçeler Yönünden

Halka kapalı anonim şirketlerde esas sözleşmede öngörülmesi koşuluyla, şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya

⁴⁰ Einer Elhauge, "Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest", *NYU Law Review*, Vol. 80, N. 3 (2005): 733-869, 738 (<https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-80-3-Elhauge.pdf> -Erişim Tarihi: Eylül, 16, 2020).

⁴¹ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler*, (Ankara: BTHAE Yayınları 2008), 19 vd. Ayrıca bkz. Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 16 vd.

⁴² Bkz. Y9. HD 26.02.2018, E. 2017/25824, K. 2018/4219, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kararda "(...) Davalı şirket bir işletme (?) olup ve işletmelerin genel olarak üç tür amacı vardır: kâr elde etme, varlığını sürdürme ve sosyal sorumluluk (topluma hizmet).(...)" ifadesi yer almaktadır. Şirketin tüzel kişiliği bulunduğu, işletmenin bu tüzel kişilik tarafından işletildiği aşikardır.

⁴³ Y15. HD E. 2015/39, K. 2015/6323 sayılı kararında bir sigorta şirketinin köy okulu, lojman, sağlık evi inşaatı için bir şirketle yapmış olduğu sözleşmeye aykırılıktan doğan uyuşmazlıkta, sosyal sorumluluk projelerinin ticari işletme ile ilgisi olmadığını gerekçe göstererek davanın ticari dava olarak değerlendirilemeyeceği kararı vermiştir. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴ Bkz. aşa. II. C.

bu kuruluşların devamlılığının sağlanması yahut aynı amacı güden kamu tüzel kişilerine verilmesi amacıyla yedek akçe ayrılabilmesine ilişkin TTK m. 522 düzenlemesi, Kanun'un şirket içindeki çıkar gruplarına veya bu çıkar gruplarının haklarını gözeten kamu tüzel kişilerine şirket kârından harcama yapılabileceğine ilişkin açık düzenleme niteliğindedir. Esas sözleşmede hükmün varlığı halinde, ek bir genel kurul kararına gerek olmaksızın yönetim kurulu tarafından bilançoda ve kâr dağıtım planında gösterilerek ayrılacak bu yedek akçelerin yanında; TTK m. 523/3 uyarınca sözleşmede hüküm bulunmasa da genel kurul kararıyla bilanço kârından aynı amaçla yedek akçe ayrılabilir. Ancak söz konusu düzenlemeler, kanaatimizce, şirketin kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerinin konu bakımından sınırlandırılmış göstermemektedir. Nitekim TTK m. 521 uyarınca esas sözleşme ile başka yedek akçeler ayrılması öngörülebileceği gibi bunların özgülenme amacıyla harcanma yolları ve şartları da belirlenebilecektir. Yedek akçeye ilişkin tüm bu düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu'nun ve bağlı mevzuatın şirket kârından bu amaçla yapılan harcamaları öngördüğünü ve bu hususu desteklediğini ortaya koymaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere yalnızca yönetim kurulu kararı vasıtasıyla değil genel kurul kararı ile de bu tür harcamalar yapılabileceğinden, genel kurul kararının geçersizliğini doğuran haller ile TTK m. 446/1-d uyarınca kararın yerine getirilmesinin yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna sebebiyet vereceği durumlar saklı kalmak kaydıyla, yönetim kurulunun en azından yedek akçeler⁴⁵ çerçevesinde aldığı kararların, üyelerin sorumluluğunu doğurmayacağı söylenebilir. Ancak yedek akçe ayırma suretiyle yapılan sosyal yardımlar, kurumlar vergisi avantajından faydalanamamaktadır⁴⁶. Kurumsal sosyal sorumluluk amaçlı yapılacak harcamalar için Kanun'un yedek akçeleri işaret etmesi, kâr etmeyen bir şirkette yönetim kurulunun yardım faaliyeti yürütmesinin sorumluluk doğurabileceğini veya genel kurul kararının iptalini gerektirebileceğini göstermektedir.

2. Bağışlar Yönünden

Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olmayan ve fakat bilanço kârı elde etmiş halka kapalı şirketlerin Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun⁴⁷ ilgili hükümleri doğrultusunda bağış yoluyla vergi matrahından gider gösterme avantajından da faydalanarak kurumsal sosyal sorumluluğa dair harcamalar yapması mümkündür. İşte kârlı olan bir şirkette yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması veya genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılması riskini doğuran esas hal, kanaatimizce bu olabilir. Bu sebeple ve şirket adına ba-

⁴⁵ TTK m. 521 uyarınca kanuni yedek akçelerin dışında esas sözleşmeye konulan hükümlerle isteğe bağlı yedek akçeler ayrılması mümkündür. Bu yedek akçelerin harcanması açısından kanuni yedeklerin aksine bir kısıtlama mevcut olmayıp, esas sözleşmede belirtilen özgülenme amacına uygun şekilde harcanabilirler.

⁴⁶ Bkz. KVK m. 11 ve ayrıca bkz. aşa. II.3.

⁴⁷ Bkz. aşa. II.3.

ğış yapılması için gerekli koşulları düzenleyen Sermaye Piyasası Kanunu m. 19⁴⁸ benzeri bir hükme Türk Ticaret Kanunu'nda da yer verilmediğinden, yedek akçe ayırma yerine bağış yapma yolunu tercih eden halka kapalı şirketlerin de esas sözleşme ile yönetim kurulunu yetkilendirmesi ve yapılacak bağışın sınırının genel kurul kararı ile çizilmesi sorumluluk davalarının önüne geçilmesini sağlayabilecektir. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davalarının yanı sıra hacizden veya haczedilecek mal bulunamaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından önceki iki sene içerisinde, alelade (mutad) hediyeler istisna olmak üzere, yapılan bütün bağış ve ivazsız tasarruflar İcra İflas Kanunu m. 278 uyarınca batıl⁴⁹ kabul edildiğinden tasarrufun iptali davasına da konu olabilecektir. Borçlunun tasarruf yetkisinin henüz kısıtlanmadığı dönemde yapılan bu harcamalar, şirket alacaklılarından mal kaçırma maksatlı olarak değerlendirilir ve açılacak tasarrufun iptali davasının neticesinde bunlar sanki halen borçluya aitmiş gibi alacaklının tatmin edilmesi hedeflenir⁵⁰. Şirket alacaklısının davayı kazanması durumunda, İİK m. 283 uyarınca davaya konu mal üzerinde cebri icra yolu ile hak iktisap edecektir. Hiç kuşkusuz tasarrufun iptali dolayısıyla şirketin kurumsal sosyal sorumluluk çerçevesinde yapmış olduğu bağıştan veya yardımdan faydalanamayan üçüncü kişi, İİK m. 283/3 gereği kendi malvarlığında oluşan eksikliğin giderilmesi için borçlu konumundaki şirketten talepte bulunabilecektir. Şirketin böyle bir ödemede bulunması durumunda, tasarrufun iptaline konu karar yönetim kurulu tarafından alınmışsa yine yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olur.

B. SERMAYE PİYASASI KANUNU VE KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ YÖNÜNDEN

Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler bakımından konu, yedek akçeler bağlamında değil şirket tarafından yapılacak bağışlar kapsamında ele alınmıştır. Kanun'un 19. maddesinin beşinci fıkrasına göre, "*Halka açık ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi veya pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Yapılacak bağışın sınırı halka açık ortaklık genel kurulunca belirlenir. Kurul, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili mali yıl içinde yapmış olduğu bağışlar, dağıtılabilir kâr matrahına eklenir.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere, halka açık şirketlerde esas sözleşmede hükmün bulunması, yönetim kurulunun bağış kararı alması için yeterli değildir. Yapılacak bir genel kurul toplantısı ile yönetim kuruluna verilen bu yetki için bir sınırın belirleneceği öngörülmüştür. Başka bir

⁴⁸ Bkz. a.ş. II.2.

⁴⁹ Madde lafzında geçen "butlan" ifadesinin TBK m. 27 bağlamında bir hükümsüzlük olmadığı, borçlar hukuku anlamında da bir "iptalin" olmadığı geçerli bir tasarrufun iptal edilmesinin tasarrufa konu hukuki işlemin iptali niteliği taşımadığı yönünde bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 1397.

⁵⁰ Kuru, 1397; Levent Börü, "İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 58, S. 3, (2009): 481-537, 484 vd.

anlatımla, halka kapalı şirketlerdeki uygulamadan farklı olarak, esas sözleşmede hükmün bulunmaması halinde yönetim kurulu kararı veya genel kurul kararı ile bağış yahut kurumsal sosyal sorumluluk amaçlı yapılan harcamalar geçersiz olacaktır. Nitekim Yargıtay, halka açık şirket statüsünde olan bir şirketin genel kurulunda, esas sözleşmesinde hüküm bulunmamasına karşın alınan bağış yapılması kararını iptal etmiştir⁵¹. Kanun'da öngörülen şartlar dahilinde şirket kârından yapılan bağışların ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmayacağı belirtilmelidir⁵². Yine maddenin lafzından bağışların şirket kârından yapılacağı net olarak anlaşıldığından, kâr elde etmemiş bir halka açık şirkette yönetim kurulu kararı ile veya genel kurul kararı ile yapılacak harcamaların hukuken geçerli olmayacağı söylenebilir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan bağışa ilişkin düzenlemelerin yanında, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenen ve halka açık/halka kapalı tüm şirketler için tavsiye niteliği bulunan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde⁵³ kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 3.2.1 'de "Başta şirket çalışanları olmak üzere menfaat sahiplerinin şirket yönetimine katılımını destekleyici modeller şirket faaliyetlerini aksatmayacak şekilde geliştirilir. Şirket tarafından benimsenen söz konusu modeller şirketin iç düzenlemelerinde veya esas sözleşmesinde yer alır." Aynı düzenlemede şirketin, sosyal sorumluluklara karşı duyarlı olması; çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ile etik kurallara uyması; uluslararası geçerliliğe sahip insan haklarına destek olması ve saygı göstermesi; yolsuzlukla mücadele etmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴ Bu bağlamda Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde şirket politikaları geliştirilirken şirket içi çıkar gruplarının yanında toplumun da menfaatinin gözetilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. İlkeler'de kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri doğrultusunda yapılan çalışmalar hakkındaki bilgilere yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunda yer vermesi hususu da düzenlenmiştir⁵⁵.

C. VERGİ MEVZUATI YÖNÜNDEN

Kurumsal sosyal sorumluluk amacıyla şirket bütçesinden yapılan harcamalar için vergi avantajları öngörülmesi, kanun koyucunun kurumsal sosyal sorumluluğa olumlu bakışının en bariz göstergesidir. Sosyal yardımlar ve bağışlar, yapıldığı şirketin türüne göre ve bağışın yöneldiği kuruma göre vergi matrahından indirim konusu yapılabilen; şirkete ve şahıs şirketlerinde şirketin yanında ortaklara

⁵¹ Y11. HD, 11. 09.2020, E. 2020/594, K. 2020/5230, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵² Ayrıca bkz. Burak Adıgüzel, "Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi* C. 14, S. 151 (2019): 58-67, 58 vd.

⁵³ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenen kurumsal yönetim ilkeleri için bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/66> -Erişim Tarihi: Şubat,12,2022.

⁵⁴ Bkz. Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 3.5.2.

⁵⁵ Bkz. Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 2.3. Ayrıca bkz. Sulu, 17.

vergisel avantaj sağlayabilmektedir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 89. maddesinde kişilerin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 10. maddesinde⁵⁶ kurumların kazancının vergilendirilmesinde indirim konusu yapılabilecek sosyal yardım ve bağışlara ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de genel ve özel bütçeli kamu idarelerine, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere, Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflara ve kamu yararına çalışan dernekler ile bilimsel araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunan kurum ve kuruluşlara makbuz karşılığında yapılan bağış ve yardımlar; sayılan kurum ve kuruluşlara bağışlanan okul, sağlık tesisi, öğrenci yurdu, çocuk yuvası ile diğer tesislerin inşası dolayısıyla yapılan harcamalar veya bunların inşası için yapılan yardım ve bağışlar; kültür/sanat varlıklarının korunması ve geliştirilmesi için yapılan harcamalar ile makbuz karşılığı yapılan bağışlar gibi kurumsal sosyal sorumluluk harcamalarının konusu, ne kadarlık bir kısmının vergi matrahından indirilebileceği ve sınırı belirlenmiştir. Vergi matrahından indirilebilecek miktarların sınırının artırılması, azaltılması, kapsamının belirlenmesi ile ilgili olarak da Cumhurbaşkanı yetkilendirilmiştir. Sosyal yardım ve bağışlar nakdi değil aynı zamanda aynı de olabileceğinden Kurumlar Vergisi Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili maddelerinde bağışlanan veya yardımın konusunu teşkil eden mal veya hakkın varsa mukayyet değeri, yoksa Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre Takdir Komisyonunca tespit edilecek değeri esas alınacağı düzenlenmiştir.

Yardım ve bağışlara ilişkin vergi matrahındaki indirimleri düzenleyen Kurumlar Vergisi Kanunu m. 11/1-ç uyarınca “*Her ne şekilde ve ne isimle olursa olsun ayrılan yedek akçeler (Türk Ticaret Kanunu'na, kurumların kuruluş kanunlarına, tüzüklerine, ana statülerine veya sözleşmelerine göre safi kazançlardan ayırdıkları tüm yedek akçeler ile Bankacılık Kanununa göre bankaların ayırdıkları genel karşılıklar dahil)*” kurum kazancının tespitinde indirim olarak gösterilemeyecektir. Bu doğrultuda şirketin kurumsal sosyal sorumluluğa dair harcamalarını yedek akçe ayırmak suretiyle yapmayı tercih etmesi durumunda vergisel avantajdan yararlanamamakta; bağış veya yardım şeklinde yapılan harcamalar ise kurumlar vergisinden düşülebilmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu'na ek olarak bazı özel kanunlarda da vergi matrahından indirim konusu yapılabilecek sosyal yardım ve bağışlara da yer verilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sosyal yardım veya bağış dolayısıyla vergi matrahından ne kadar indirim yapılabileceği, ilgili mevzuata göre değişmektedir. Bazı harcamalar matrahtan belirli oranlarda indirilebilirken bazıları ise tamamen vergi matrahından düşülebilmektedir. Örneğin;

⁵⁶ Kurumlar Vergisi Kanunu m. 10'da düzenlenen bağış ve yardımların genel nitelikli olanlar; eğitim, sağlık ve bakım hizmetlerini geliştirmek ve devam ettirmek amacıyla yapılanlar, kültürel ve sanatsal faaliyetlere ilişkin olanlar, doğal afetlerde yapılanlar, Türk Kızılayı'na yapılanlar gibi farklı başlıklar altında da ele alınabileceğine ilişkin bkz. Cem Tekin ve Emre Kartaloğlu, Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, (İstanbul: Uygulama Yayıncılık, 2010), 394 vd.

İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.76/g maddesinde “İktisadi Devlet Teşekkülleri, özel kurumlar, dernekler veya hayırsever kimseler tarafından yapılacak her türlü mal, para bağışları ve vasiyetler kapsamında Gelir ve Kurumlar Vergisi yükümlülükleri tarafından makbuz mukabilinde yapılacak para bağışları, yıllık bildirim ile bildirilecek gelirlerden ve kurum kazançlarından indirilebileceği” Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu’nun 9. maddesinin son fıkrasında ise Fona ve Vakfa yapılacak bağış ve yardımların her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu ve bu bağış ve yardımların Kurumlar ve Gelir Vergisi matrahından indirilebileceği hüküm altına alınmıştır⁵⁷. Bu anlamda kanun koyucunun sosyal sorumluluğun bazı alanlarını diğerlerinin önüne koyduğunu söylemek de mümkündür.

SONUÇ

Ticaret şirketlerinin yalnızca kazanç elde etme ve ortaklarına kâr payı dağıtma amacına hizmet etmeyip içinde bulunduğu toplumun gelişimini ve dışsal çıkar gruplarının menfaatlerini de gözeterek ticari faaliyetlerini yürütmesi gerekliliği, genel kabul gören bir görüştür. Ticaret şirketi, toplumdaki bağımsız düşünülemez; aksine toplumdaki beslenir. Bu sebeple toplumun kaynaklarından elde ettiği ticari başarıyı toplumla paylaşması gerektiği fikri doğmuştur. Şirketlerin hak ve fiil ehliyetini işletme konusu ile sınırlayan yasal düzenlemelerin yürürlükten kalkmasıyla, kurumsal sosyal sorumluluk bağlamında yapılan şirket harcamalarının şirketin işletme konusu ile bağdaşıp bağdaşmadığı yönündeki hukuki tartışma da eski önemini kaybetmiştir. Ancak sermaye şirketlerinde şirket yöneticilerinin temsil yetkisinin halen işletme konusu ile sınırlı olması ve işletme konusu dışındaki bir işlemde şirketin zarara uğraması durumunda yöneticilerin mali sorumluluğunun gündeme gelmesi, konuyu halen Türk hukuku açısından önemli kılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde doğan ve küreselleşen bir kavram olan kurumsal sosyal sorumluluğun kapsamı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, genel olarak bir şirketin faaliyet gösterirken etik değerleri de göz önünde bulundurduğu, ticari faaliyetin ekonomik sonuçları yanında toplumsal etkilerinin de dikkate alındığı, çıkar gruplarının ve dezavantajlı grupların gözetildiği ve desteklendiği uygulamalar olarak tanımlanabilir. Türk hukukunda Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde kurumsal sosyal sorumluluğa açıkça işaret eden düzenlemeler bulunmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. İçsel çıkar gruplarının desteklenmesine dönük

⁵⁷ Ayrıca bkz. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu m. 20/b; Milli Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Seferberlik Kanunu m. 12; Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu Ek m. 44; Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunu m. 45; Türkiye Maarif Vakfı Kanunu m. 5; Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m. 13.

olarak bu konu Türk Ticaret Kanunu'nda çalışanlar ve işçiler lehine yedek akçeler bağlamında düzenlenmiş; kolektif şirket dışında şirketin yapacağı bağışlara ilişkin açık hüküm tesis edilmemiştir. Yedek akçe ayrılarak yapılan sosyal yardımlar vergi avantajından yararlanamazken, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğmaması ve genel kurul kararı üzerinde iptal riski olmaması açısından güvenli liman olarak düşünülebilir. Esas sözleşmede hükmün bulunması ve bağış sınırının genel kurul tarafından çizilmesi, halka açık şirketlerde bağış yapılmasının geçerlilik koşuludur. Hiç kuşkusuz, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan ve halka açık şirketler için öngörülen bağışlama yöntemi, halka kapalı şirketler açısından da düşünülebilir.

Kurumsal sosyal sorumluluk bağlamında şirket kârından yapılan harcamalar için Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu ile diğer bazı kanunlarda öngörülen avantajlar, kanun koyucunun kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetlerini desteklediğinin açık bir göstergesidir. Ancak şirket yöneticilerinin sorumluluğunun doğmaması, genel kurul kararlarının iptalinin gündeme gelmemesi ve tasarrufun iptali davalarından kaçınmak adına, bu faaliyetler için yapılan harcamaların şirket kârından ayrılan bütçe ile, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan geçerlilik şartlarına uygun şekilde yapılması doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. “Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, (2019): 58-67.
- Ansay, Tuğrul. “Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması”, *AÜHFD*, C. 27, S. 1, (1970) 119-131 (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi: Haziran, 22,2022).
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları, 2018.
- Bakan, İsmail, Doğan, İnci Fatma, Koçdemir, Mehtap ve Oğuz, Makbule. “Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Kurumsal İmaj ve İş Tatmini İlişkisi”. *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* C. 5, S. 12, (2018): 205-226, (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi, Haziran 21,2022).
- Börü, Levent. “İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, (2009): 481-537.
- Elber Börü, Deniz ve Güngörmez, Dilek. “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Alanında Üst Düzey Yöneticilerin Kişisel Değerlerinin Rolü”. *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, C. 5, S. 11, (2020), 86-96.
- Elhague, Einer. “Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest”. *NYU Law Review* Vol. 80, N. 3, (2005): 733-869 (<https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-80-3-Elhauge.pdf> -Erişim Tarihi: Eylül 16, 2020).
- Engin, Elif ve Eker Akgöz, Burcu. “Sürdürülebilir Kalkınma ve Kurumsal Sürdürülebilirlik Çerçevesinde Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kavramının Değerlendirilmesi”. *Selçuk İletişim Dergisi*, S. 8, C. 1, (2013): 85-94.
- European Commission Staff Working Document. “Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business&Human Rights: Overview of Progress”, Brussel 2019 (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34482> -Erişim Tarihi, Haziran 20, 2022).
- Fisch, Jill E. ve Solomon, Steven D. “Should Corporations have a Purpose?”. *UPenn Law School ILE Research Paper* N. 20-22, (2021): 101-148, (https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2163/ -Erişim Tarihi: Eylül, 17, 2020).
- Höllner, Markus A. “Between Creed, Rhetoric Façade and Disregard. Dissemination and Theorization of Corporate Social Responsibility in Austria”, *Peter Lang AG 2012*, içinde: “Corporate Social Responsibility”, 29-66, (www.jstor.org -Erişim Tarihi: Haziran, 20, 2022).
- Kırca, İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal ve Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku*. C. 1, Ankara: BTHAE Yayınları, 2013.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2013.
- Matten, Dirk ve Moon, Jeremy. “Implicit” and “Explicit” CSR: A Conceptual Framework for a Comparative Understanding of Corporate Social Responsibility”. *The Academy of Management Review* Vol. 33, No. 2, (2008), 404-424.
- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku*. C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2022.
- Pulaşlı, Hasan. “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi” (Kurumsal Sosyal Sorumluluk). *BATİDER*, C. 36, S. 4 (2020): 5-37.

- Sucu, İpek. “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kampanyalarının Marka İmajına Etkisi: Turcell Markası Örneği”. *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* C. 10, S. 21, (2020) 1-8, (www.dergipark.org.tr -Erişim Tarihi: Haziran 21,2022).
- Sulu, Muhammed. *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Tekin, Cem ve Kartaloğlu, Emre. *Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, İstanbul: Uygulama Yayıncılık, 2010.
- Yaylalı, Mustafa. “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Kuralları ve Şirketlerin Sürdürülebilirliği”. *GSI Articletter*, 2016.
- Yıldız, Burçak. “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki ‘Ultra Vires’ Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, (2006): 321-353.

TÜRK HUKUKUNDA TAPU MEMURUNUN RE'SEN TERKİN VE DÜZELTME YETKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU^(**)

Öz

Taşınmazlar üzerindeki işlemlerin güvenilirliğini sağlamak bakımından tapu sicilinin güncelliğini koruması önem arz etmektedir. Bu bakımdan en çok sorun teşkil eden husus, tapu sicilindeki kayıtların gerçek hak durumunu yansıtmamasıdır. Tapu kayıtları ile gerçek hak durumunun birbirinden farklı olması pek çok sebepten kaynaklanabilir. Bunlardan birini, hukuki değerini kaybetmiş olan tapu kayıtlarının halen tapu sicilinde yer alması teşkil etmektedir. Hukuki değerini kaybeden kayıtların terkinini, tapu sicilinin güncelliğini sağlamaya hizmet eden işlemlerden biridir. İsviçre kanun koyucusu, 2012 yılında yürürlüğe giren eşya hukukuna dair revizyonda, tapu müdürünün belirli durumlarda tapu sicilindeki kaydı re'sen terkin edebileceğine dair bir düzenlemeyi İsviçre Medeni Kanunu'na eklemiştir. Böylece hukuki değerini kaybeden kayıtların sicilden terkinini kolaylaştıran bir prosedürün yerleşmesi amaçlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda ise, tapu memuruna re'sen terkin yetkisi veren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, muhtelif özel kanunlarda bilhassa şerhler bakımından belirli durumlara özgü olarak tapu memuruna re'sen terkin yetkisi verilmiştir. Ancak uygulamada tapu memurlarının kanunda açıkça belirtilen hallerde dahi re'sen terkin yoluna gitmediği görülmektedir.

Tescilin şartları yönünden kanuna uygun olan fakat muhtelif sebeplerle yanlış girilen bilgilerin düzeltilmesi gerekmektedir. Düzeltme işlemi bakımından Türk ve İsviçre Medeni Kanunları benzer düzenlemelere sahiptir. İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararı ile düzeltebilmektedir. Kanun yalnızca basit yazı yanlışlıkları bakımından tapu memuruna re'sen düzeltme yetkisi tanımaktadır. Ancak bu hükmün de uygulama bakımından bir karşılığı olduğu söylenemez. Özellikle sık karşılaşılan, malikin ad-soyad ya da baba adı gibi bilgilerinin yanlış yazılmasına ilişkin olaylarda tapu müdürlüğüne ilgililer tarafından başvuru yapılması gerekmektedir. Bunun yanında, tapu kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesi için dava açılması da mümkündür. Ancak bu tür davalarda Yargıtay'ın önce tapu sicili müdürlüğüne başvuruyu dava şartı olarak kabul etmesi sorun yaratmış ve konunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesine yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlali kararı vermesiyle birlikte, tapu kayıtlarındaki yanlış yazımların düzeltilmesi için doğrudan dava açılması mümkün hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tapu Sicili, Tapu Memuru, Terkin, Düzeltme, Türk Hukuku.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 05.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1156711.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen "Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi"nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Denizli, Türkiye.
E-posta: numantekelioglu@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5787-4137>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE LAND REGISTRY OFFICER'S EX OFFICIO DELETION AND RECTIFICATION AUTHORITY IN TURKISH LAW

Abstract

In order to ensure the reliability of transactions on immovables, it is important that the land registry is kept up-to-date. In this respect, the most problematic issue is that the records in the land registry do not reflect the real right status. The difference between the land registry records and the actual right status may arise from many reasons. One of these reasons is that the title deed records that have lost their legal value are still included in the land registry. The cancellation of records that have lost their legal value is one of the procedures that serve to ensure the updating of the land registry. In the revision on property law that entered into force in 2012, the Swiss legislator added a provision to the Swiss Civil Code stipulating that the land registry director may ex officio cancel the registration in the land registry under certain circumstances. Thus, it is aimed to establish a procedure that facilitates the cancellation of records that have lost their legal value. The Turkish Civil Code, on the other hand, does not contain an explicit provision authorising the title deed officer to ex officio abandonment. However, in various special laws, the title deed officer is authorised to ex officio cancellation in certain cases, especially in terms of annotations. However, in practice, it is observed that the title deed officers do not authorise ex officio cancellation even in cases explicitly stated in the law.

In terms of the conditions of registration, it is necessary to correct the information that complies with the law but is entered incorrectly for various reasons. The Turkish and Swiss Civil Codes have similar regulations regarding the correction process. Unless the parties concerned consent in writing, the land registry officer may correct the inaccuracies in the land registry only by a court decision. The Law authorises the title deed officer to correct only simple typographical errors ex officio. However, it cannot be said that this provision has no equivalent in practice. Especially in frequent cases where the information such as the name-surname or father's name of the owner is written incorrectly, it is necessary to make an application to the land registry office by the relevant parties. In addition, it is also possible to file a lawsuit for the correction of the mistake in the land registry. However, the Court of Cassation's acceptance of the application to the land registry directorate as a condition for filing a lawsuit in such cases caused a problem and led to the issue being brought before the Constitutional Court. With the Constitutional Court's decision on violation of rights, it has become possible to file a lawsuit directly for the correction of incorrect spellings in land registry records.

Keywords

Land Registry, Land Registry Officer, Deletion, Rectification, Turkish Law.

Extended Abstract

The purpose of this study is to examine the deed officer's authority to delete and rectificate ex officio. In order for the land registry to become a reliable and up-to-date real estate information system, it is imperative that the records in the registry reflect the real right status as accurately as possible. In this respect, it is important to delete the records that have lost their legal value from the registry. In addition, the information that is in accordance with the law in terms of the conditions of registration but entered incorrectly for various reasons should also be rectified.

There is no provision in the Turkish Civil Code that authorizes the land registry officer to delete ex officio. The deletion process is essentially dependent on the request of the relevant parties or the court decision. However, in terms of the deletion of the annotations regulated in some special laws, it is seen that the land registry officer is authorized to delete ex officio. For example, it is possible to come across articles related to this in the Land Registry Code No. 2644 and the Expropriation Code No. 2942. The General Directorate of Land Registry and Cadastre, on the other hand, has developed a practice that the land registry officer cannot delete ex officio, even if there is a provision in the law regarding ex officio deletion. It is not possible to explain this attitude of the land registry administration, which does not apply the clear provision of the law. On the other hand, with the amendment in the Swiss Civil Code that entered into force on 1.1.2012, the land registry directorate was authorized to delete the registration ex officio in the cases specified in the law. The justification for the amendment explains the purpose of this regulation as the removal of the land registry from registrations that have become meaningless in terms of substantive law. Thus, the land registry directorates in Switzerland can use the authority of ex officio in the four cases specified in Article 976 of the Civil Code. These cases can be counted as follows: 1. The registration is limited to the period of time and

has lost its legal value due to the expiration of the period, 2. If the registration is related to the non-transferable or inheritable right of a deceased person, 3. Considering the location of the immovable, the registration is not related to that immovable, 4. If the registration is related to a destroyed real estate.

As in the deletion process, as a rule, it is not possible for the land registry officer to act ex officio in the rectification process. As a matter of fact, in the provision of article 1027/1 of the Turkish Civil Code, it is stated that the land registry officer can only correct the mistake in the registry with a court decision, unless the written consent of the relevant persons is obtained. The possibility of ex officio rectification has been accepted in accordance with the rules of the statute in terms of only simple spelling mistakes (TCC Art. 1027/3). However, it cannot be said that this provision has no equivalent in terms of implementation. Because errors or deficiencies on the main or auxiliary registers are mostly due to documents submitted by the relevant authorities or issued by other administrations (for example, certificate of inheritance, birth records, etc.). In this case, the necessary correction will be made upon the applications of the relevant parties based on documents proving the real situation. (Land Registry Regulation Art. 74/3).

In the Land Registry Regulation, it is obligatory to apply to the directorates for registration corrections (art. 75/4). In practice, this article has been seen as a litigation condition for lawsuits demanding correction of identity information written incorrectly in the land registry. As a result, decisions were made to reject the lawsuits filed without applying to the land registry offices. In fact, differences in case law have emerged between the chambers of the Supreme Court. The matter came before the Constitutional Court through an individual application and the court decided that there was a violation of rights. After this decision, it was possible to make a request directly through a lawsuit to rectify the mistake regarding the identity information in the land registry records.

GİRİŞ

Tapu sicilinin güvenilir ve güncel bir taşınmaz bilgi sistemi haline gelebilmesi için, sicildeki kayıtların gerçek hak durumunu doğru şekilde yansıtması zorunludur. Bu bakımdan, hukuki değerini kaybetmiş olan kayıtların sicilden terkin edilmesi ve tescilin şartları yönünden kanuna uygun olan fakat muhtelif sebeplerle yanlış girilen bilgilerin düzeltilmesi önem arz etmektedir.

Kural olarak tapu sicilindeki kayıtların terkinini ve düzeltilmesi, tapu memurunun re'sen yapabileceği işlemler değildir. Terkin ve düzeltme, esasen ilgililerin talebi ya da mahkeme kararı çerçevesinde gerçekleşir. Kanun, yalnızca basit yazım hatalarının tapu memuru tarafından re'sen düzeltilmesine cevaz vermektedir (TMK m. 1027/3). Terkin bakımından bazı özel kanunlarda tapu memuruna re'sen işlem yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Tapu Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu ile Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'da bu tür hükümlere rastlamak mümkündür. İsviçre Hukukunda ise mesele doğrudan doğruya Medeni Kanun'da değişiklik yapılarak ele alınmıştır. Zikredilen değişikliklerle birlikte, kanunda belirtilen hallerde tapu müdürlüğüne tescili re'sen terkin etme yetkisi verilmiştir (ZGB Art. 976)¹. Böylelikle, belirli durumlar bakımından terkin işlemine dair prosedürü basitleştirecek nitelikte bir düzenlemeye gidilmiştir.

¹ Tapu müdürlüğü aşağıdaki hallerde bir tescili re'sen terkin edebilir:

1. Tescil süre ile sınırlı olup, sürenin geçmesi nedeniyle hukuki değerini yitirdiyse,
2. Tescil vefat etmiş bir kimsenin devredilemeyen veya miras yoluyla intikal edemeyen hakkı ile ilgiliyse,
3. Taşınmazın bulunduğu yer dikkate alındığında, tescilin o taşınmazla ilgili bulunmuyorsa,
4. Tescil, yok olmuş bir taşınmazla ilgiliyse.

Türk Medeni Kanunu basit yazım hataları bakımından re'sen düzeltmeye imkân verir gibi gözükse de Tapu Sicili Tüzüğü'ndeki sınırlamalar nedeniyle bunun fiilen kullanılmadığı söylenebilir. Yakın zamana değin, tapu kayıtlarındaki ad-soyad yahut baba adı bilgilerine dair yanlışlıkların düzeltilmesine yönelik olarak açılan davalarda Yargıtay'ın önce tapu sicili müdürlüğüne başvuruyu dava şartı olarak kabul etmesi sorun yaratmıştır².

Çalışmada öncelikle terkin işlemi ve tapu memuruna re'sen terkin yetkisi veren özel kanun hükümleri incelenmiştir. Ardından tapu memurunun re'sen düzeltme yetkisi çerçevesinde ortaya çıkan sorun açıklanarak mevcut duruma ışık tutulmaya çalışılmıştır.

I. TERKİN KAVRAMI VE TÜRLERİ

Terkin, bir tescilin çizilerek hükümsüz hale getirilmesini ifade eder³. Ancak tescil dışında, şerh ve beyanların sona erdirilmesi bakımından da terkin söz konusu olmaktadır. İlk halde terkinin dar anlamda, ikinci halde ise geniş anlamda kullanıldığı belirtilebilir⁴. İsviçre öğretisinde terkin (*Lösung*), bir tescil, şerh ya da beyanın geçerliliğini kaybetmesi sonucu silinmesi anlamına gelen kayıt şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Terkin işlemi, dayandığı hukuki sürece bağlı olarak hak değişikliğine yol açabilir ya da sadece düzeltici fonksiyon ihtiva edebilir⁶.

Terkin, “yenilik doğuran terkin” ve “açıklayıcı terkin” olmak üzere iki türe ayrılır. Terkin aynı hakkı sona erdirmek için yapıldığı takdirde yenilik doğuran ter-

² Y 1. HD, 16.11.2020, E. 2019/1442, K. 2020/6002; Y 1. HD, 09.11.2016, E. 2016/8720, K. 2016/10190; Y 1. HD, 18.4.2017, E. 2017/1754, K. 2017/2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³ A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), s. 201; Kemal Oğuzman; Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 238; Jale Akipek; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018), s. 340; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), s. 113; Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınları, 1987), s. 48; Hüseyin Hatemi; Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), s. 452; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), s. 349; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), s. 154; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), s. 150; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 441; O.Gökhan Antalya ve Murat Topuz: *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), s. 660. Reisoğlu'na göre terkin bir aynı hakka tek taraflı irade ile son veren bir hukuki işlemdir. Bkz: Safa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1984), s. 156. Benzer bir tanım için bkz: Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2020), s. 39.

⁴ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 453; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), s. 276.

⁵ Arthur Homberger, *Zürcher Kommentar zum ZGB: Band IV: Das Sachenrecht*, (Zürich, 1938), Art. 964, N. 1; Jörg Schmid, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 964, N. 1; Aron Pfammatter, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), Art. 964, N. 1; Bettina Deillon-Schegg, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 964, N. 1.

⁶ Deillon-Schegg, *CHK-ZGB*, Art. 964, N. 4.

kin vardır⁷. Bu tür terkinler maddi hukuk bakımından bir değişiklik yaratan işlemlerdir. Halihazırda mevcut olan bir aynı hak, terkin işlemiyle birlikte son bulur. Bu nedenle yenilik doğuran terkin, bir bakıma aksi yönde hüküm doğuran bir tescildir⁸. TMK m. 1014 hükmüne göre, bir tescilin terkin edilebilmesi için, bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı gerekmektedir⁹. Yine TST m. 69/1 hükmünde de benzer bir düzenleme vardır. Dolayısıyla, tescil işleminde olduğu gibi burada da bir talepte bulunulması zorunludur. Bu taleple bir taraftan hak sahibi hakkı sona erdirmeye konusundaki iradesini açıklamakta, diğer taraftan da tapu memurundan terkin işlemi yapmasını istemektedir¹⁰. Bu bakımdan terkin talebinin hem tasarruf işlemi hem de usulî işlem niteliğine sahip olduğu belirtilmektedir¹¹. Terkin için hak sahibinin talebi yeterli olup, terkenden yararlanacak kişinin rızası aranmaz¹². Örneğin eşyaya bağlı bir irtifak hakkının terkinini için, yüklü taşınmaz malikinin rızasına gerek yoktur¹³. Öte yandan terkin yalnızca hak sahibinin talebine dayalı olarak yapılmaz. Bunun dışında yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden terkin yapılması da mümkündür (TST m. 69/1).

Aynı hakkın tapu dışındaki sebeplerle sona erdiği hallerde yapılan terkin işlemine ise açıklayıcı terkin denilmektedir¹⁴. Şerh edilmiş şahsi hakların sona ermesinde de durum böyledir¹⁵. Açıklayıcı terkinlerde hak esasen terkin işleminin

⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 341; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), s. 166; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), s. 25. Antalya ve Topuz, burada "kurucu nitelik taşıyan terkin" ifadesini kullanmaktadır. Bkz: Antalya ve Topuz, s. 662. Gürsoy, Eren ve Cansel ise "yapıcı terkin" şeklinde ifade etmektedirler. Bkz: Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984), s. 313.

⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 341.

⁹ Reisoğlu, s. 156. Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963), s. 229. Şahan, s. 25. İsviçre Medeni Kanunu m. 964/1 hükmüne göre, bir tescilin terkin edilmesi için, tescilli isteme hakkına sahip olan kişilerin yazılı beyanı gereklidir.

¹⁰ Sirmen, s. 201.

¹¹ Ünal ve Başpınar, s. 351; Sirmen, s. 201; Nomer ve Ergüne, s. 150. İsviçre öğretisinde hak sahibinin terkin talebinin, bir yandan onun terkine ilişkin beyanını, diğer yandan da bu işlemin icrası için tapu müdürlüğüne yapılan resmi başvuruyu içerdiği belirtilmektedir. Bkz: Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 964, N. 4; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 964, N. 7; Schmid, BSK-ZGB, Art. 964, N. 7.

¹² Ünal ve Başpınar, s. 350; Nomer ve Ergüne, s. 150; Akçaal, s. 277; Homberger, ZK-ZGB, Art. 964, N. 5; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 964, N. 6; Schmid, BSK-ZGB, Art. 964, N. 8; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 964, N. 4.

¹³ Selahattin Sulhi Tekinay; Sermet Akman; Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), s. 342; Sirmen, s. 202; Akçaal, s. 277.

¹⁴ Antalya ve Topuz, s. 662; Akçaal, s. 277; Nomer ve Ergüne, s. 151; Homberger, ZK-ZGB, Art. 964, N. 8; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 964, N. 5; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 964, N. 11; Schmid, BSK-ZGB, Art. 964, N. 15. Gürsoy, Eren ve Cansel "beyani terkin" kavramını kullanmaktadır. Bkz: Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 314. Akipek, Akıntürk ve Ateş "bildirici terkin" şeklinde ifade etmişlerdir. Bkz: Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 341; Ertaş ise "düzeltici terkin" olarak belirtmektedir. Bkz: Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, (İzmir: Barış Yayınları, 2016), s. 168.

¹⁵ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 314; Reisoğlu, s. 209; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 341; Erman, s. 40; Ayiter, s. 48.

yapılmasından önce sona ermiştir. Ancak sona eren hakka ilişkin kayıt halen tapu sicilinde gözükmektedir. Bu durumda tapu sicilindeki kaydın gerçek hak durumunu yansıtmaması söz konusudur. Diğer ifadeyle, tescil ya sadece şekli bir değer taşımaktadır ya da hiçbir hukuki değeri kalmamıştır. Bu bakımdan açıklayıcı terkinin bir tür düzeltme niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir¹⁶. Açıklayıcı terkinin bir tür düzeltme olduğu düşüncesi, esasen düzeltme işleminin gerçekleştirme biçiminin terkin şeklinde yapılmasından kaynaklanır¹⁷. Diğer ifadeyle terkin terimi, hem tapu kütüğündeki bir kaydın çizilerek hükümden düşürülmesi hem de hakkın kapsam ve niteliğini etkilemeyen düzeltmeler için kullanılabilir¹⁸. Aynı hakkın veya şerh edilmiş şahsi hakkın tapu dışı sona erdiği hallerde tapudaki kayıt gerçek hak durumunu yansıtmaz. Bu durumda ilgili kaydın düzeltilerek gerçek hak durumuna uygun hale getirilmesi gerekir. Kaydın düzeltilmesi ise terkin işlemiyle gerçekleştirilir. Şu hâlde burada esasen sicili düzeltici etkisi bulunan bir terkin söz konusu olmaktadır¹⁹.

Tescilin şekli değer taşınması esasen yolsuz tescil hallerinde karşımıza çıkmaktadır²⁰. Yolsuz tescilin terkini, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu tescile dayanarak aynı hak kazanmalarını engellemesi bakımından önem arz eder. Baştan itibaren yolsuz olan bir tescilin düzeltilmesi TMK m. 1025/1 hükmü çerçevesinde açılacak dava sonucu mahkeme kararı ile mümkündür²¹. Bunun dışında aynı hakkın gerçek sahibi ile lehine yolsuz tescil yapılmış olan kişinin anlaşması sonucunda da yolsuz tescil düzeltilebilir²². Aynı hakkın tapu dışı yollarla başkasına geçtiği hallerde de tescil şekli bir değer taşır. Bunun en yaygın örneğini ise mirasçılık teşkil eder. TMK m. 599/2 hükmüne göre mirasçılar miras bırakanın aynı haklarını doğrudan doğruya kazanırlar. Dolayısıyla miras bırakanın ölümüyle birlikte ona ait olan aynı haklar bir bütün olarak mirasçılara geçer. Burada TMK m. 705/2 çerçevesinde tescilden önce kazanım meydana gelir²³. Bununla birlikte, malikin ölmesi tapu sicilinde onun adına var olan tescilin kendiliğinden terkin edilmesi sonucunu doğurmaz. Malik ölümle birlikte aynı hakkını kaybetmiş olsa da tapu sicilinde onun adına olan tescil şeklen varlığını devam ettirir. Söz konusu tescilin terkin edilebilmesi için, mirasçılardan birinin tapu müdürlüğüne başvurarak,

¹⁶ Akçaal, s. 277. *Sirmen*, açıklayıcı terkin yerine “*sicili düzeltici terkin*” ifadesini kullanmaktadır. Bkz: *Sirmen*, s. 202. *Ayan*'a göre, bu tip işlemleri düzeltme (tashi) olarak nitelendirmek daha doğru olur. Bkz: *Ayan*, s. 442.

¹⁷ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 456.

¹⁸ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s. 456.

¹⁹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 342; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 315.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 2004), s. 31 vd.

²¹ Ünal ve Başpınar, s. 382.

²² Ünal ve Başpınar, s. 381; Ertaş, s. 185.

²³ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), s. 246; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 467; Esener ve Güven, s. 246; *Sirmen*, s. 374; Kılıçoğlu, s. 345; Akçaal, s. 413.

terekedeki taşınmazın mirasçılar adına elbirliği mülkiyeti şeklinde intikalini sağlaması gerekmektedir. Ancak 6302 sayılı Kanunla 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen "Ek Madde 1" gereğince, "Ölüm tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi halinde tapu müdürlüğü, mirasçılık belgesi düzenlenmesi için yargıya başvurabilir. Tapu müdürlüğü mirasçılık belgesine göre tapu sicili kayıtlarını elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil ederek güncelleştirir". Şu hâlde kanun, miras bırakanın ölümünden itibaren iki yıl içerisinde mirasçıların tapu sicilinde intikalin yapılması için başvuramaları durumunda, tapu müdürlüğüne mirasçılık belgesi düzenlenmesi ve bu belgeye göre miras bırakan adına var olan tescilin terkin edilip taşınmazın mirasçılar adına tescilini sağlama imkânı vermektedir. Ancak kanunun tanıdığı imkâna rağmen, uygulamada tapu müdürlüklerinin bu şekilde mahkemeye başvurma yoluna gitmedikleri ifade edilmektedir²⁴.

Açıklayıcı terkinin söz konusu olduğu diğer hal, tescilin hukuki değerini tamamen yitirmiş olmasıdır. Bu ihtimalde tescilin şekli olarak dahi bir değeri bulunmadığından, böyle bir tescile iyiniyetle dayanılarak aynı hak kazanımı da mümkün değildir. TMK m. 1026/1 hükmünde, bir aynî hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz malikinin terkinini isteyebileceği düzenlenmiştir²⁵. Söz gelimi, intifa hakkının süresinin dolması ya da hak sahibinin ölmesi durumunda, eğer intifa hakkının konusu taşınmaz ise, malik bu hakkın terkin edilmesini isteyebilir (TMK m. 796/2). Yine şerh edilmiş kişisel haklarda ve tescil edilmiş taşınmaz lehine veya kişisel irtifak haklarında belli bir süre söz konusu ise, bu sürenin dolması hâlinde taşınmaz malikinin istemi üzerine terkin işlemi yapılacaktır (TST m. 69/3). Tapu memuru talep üzerine terkin işlemini yerine getirirse, her ilgili, bu işlemin kendisine tebliği²⁶ tarihinden başlayarak otuz gün içinde terkinine karşı dava açabilir (TMK m. 1026/2, TST m. 69/4)²⁷. Kanunda tapu memuruna, re'sen hâkime başvurarak aynı hakkın sona

²⁴ <https://www.ozgunozturk.av.tr/miras-yoluyla-tapuda-intikal-islemleri> (Erişim: 14.03.2022).

²⁵ "Türk Medeni Kanununun 1026. maddesi uyarınca aynı hakkın sona ermesi halinde şerhin terkinini yüklü taşınmaz malikince istenebilir. 1026. maddedeki 'Bir aynı hakkın sona ermesi ile tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde yüklü taşınmaz maliki terkinini isteyebilir' şeklindeki hükmün anlamı budur. Anılan hükmün 2. ve 3.fıkralarında ise terkin için tapu memuruna başvurulacağı ve onun yapması gereken işlemle terkin edilebileceği veya şerhin terkinini tapu memurunun hakime başvurarak karar istemek suretiyle yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Görülüyor ki, şerhin terkinini taşınmaz maliki ya tapu memurundan doğrudan isteyebilir veya tapu memuru resen hakime başvurarak ondan alacağı kararla yapabilir. Başka bir anlatımla bu tür muhdesat şerhlerinin terkinini idari yoldan yapılacak işlemler içerisinde dir. Mahkemece bütün bu yönler bir yana bırakılarak idari yoldan yapılması olanaklı işlem hakkında hükmen terkin kararı verilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır". Y 14. HD, 1.2.2006, E. 2006/99, K. 2006/688 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶ TMK m. 1019 hükmüne göre, tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden işlemeye başlar.

²⁷ "Bir taşınmaz üzerinde yapı veya ağaç gibi malikinden bir başkasına ait eşya bulunmakta ise buna muhtesat denir. Muhdesatin 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19. maddesince tapu kütü-

erdiğinin belirlenmesine ilişkin karar verilmesini isteme ve hâkimin vereceği karara dayanarak terkin işlemini yapma yetkisi verilmiştir (TMK m. 1026/3)²⁸. Ancak tapu memuruna re'sen hâkime başvurma yetkisi veren bu hükmün fiilen uygulanmadığı ifade edilmektedir²⁹.

Tescilin hukuki değerini yitirdiği haller bakımından önemli bir durum süreli ipotekler bakımından mevcuttur. 7181 sayılı Kanunla TMK'nın 883. maddesine eklenen 2. fıkraya göre, “İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir”. Burada bahsi geçen şerh, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin başladığını üçüncü kişilere bildiren şerhtir³⁰. İİK m. 150/c hükmüne göre, “İcra memuru, ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. Tapu memuru, keyfiyeti taşınmazın siciline şerh verir”. İpotek süreli olarak kurulmuşsa, bu durum tapu kütüğünün ilgili sütununa tescil edilir (TST m. 31/1-ç). Sürenin dolması halinde ipotek hakkı sona erer ve buna ilişkin tescil maddi ve şekli değerini kaybeder³¹. Bu durumda malik, ipoteğin terkin edilmesini tapu müdürlüğünden talep edebilir. Ancak sürenin bitiminden itibaren otuz gün içerisinde İİK m. 150/c hükmü çerçevesinde takibin başladığına dair şerh işlendiği takdirde, artık malik ipoteğin terkinini isteyemeyecektir.

İpotek hakkına dair tescilin hukuki değerini yitirmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ihtimalinde de karşımıza çıkar. Borcuna teminat olmak üzere kendi taşınmazı üzerinde ipotek tesis eden borçlu, sonradan alacaklı sıfatını kazanırsa, alacağa bağlı olan ipotek hakkı TBK m. 135/1 hükmü gereğince sona erecektir³². Zira borcun birleşmeyle sona ermesi, borca ilişkin teminatların da sona

günün beyanlar sütununda gösterilme olanağı vardır. Yapı veya ağaç sahibi yararına konulan kayıt hakkın yıkılmak veya yanmak gibi sebeplerle sona ermesi halinde ya da hak sahibinin arazi üzerindeki hakkından vazgeçmesi sonucu terkin edilir. Ne var ki, Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesi uyarınca terkin işlemi yapacak mercii ilgili Tapu Sicil Müdürlüğüdür. Bunun için tapuya başvurulup, hakkın yok olduğu ve sona erdiği belirtilerek terkin talebinde bulunulması, Kadastro Müdürlüğü elamanlarının zemine giderek hakkın sona erip ermediğini saptaması, bundan sonra da değişiklik beyannamesi düzenlenerek tapuya gönderilmesi gerekir. Terkin işleminden sonra adresi kayıtlarda belirli ise muhtesab sahibine Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi gereğince duyuruda bulunulur. Dava ise ancak bu tebliğden itibaren 30 gün içinde hak sahibi tarafından terkin işlemine karşı açılır”. Y 14. HD, 10.4.2007, E. 2007/2712, K. 2007/3961 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸ Kurt, s. 91-92.

²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 242. Aybay ve Hatemi, söz konusu hükmü “ölü kural” olarak nitelendirmektedir. Yazarlara göre bu kural ya “canlandırılmalı” ya da İsviçre’de yapıldığı gibi kanundan çıkarılmalıdır. Bkz: Aybay ve Hatemi, s. 117.

³⁰ Sirmen, s. 204.

³¹ Sirmen, s. 649.

³² İsmail Atamulu ve Emre Köroğlu, “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1 (2018), s. 168.

ermesine sebep olur³³. Bunun sonucunda, ipotek hakkına dair tescil şeklen tapu sicilinde varlığını sürdürse de gerçek hukuki durumu göstermeyecektir³⁴.

Buraya kadar izah edilen hususlardan anlaşıldığı üzere terkin işlemi, hukuki değerini yitirmiş tescillere ilişkin olsa bile ya talep üzerine ya da bir mahkeme kararına dayalı olarak mümkün olabilmektedir³⁵. Dolayısıyla TMK'da tapu memurunun re'sen terkin yetkisine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kural olarak İsviçre Hukuku bakımından da tapu memurunun re'sen terkin yetkisinin bulunmadığı belirtilebilir. Hal böyle olmakla birlikte, İsviçre Medeni Kanunu'nda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, bazı hallerle sınırlı olarak tapu müdürlüğünün tescili re'sen terkin edebileceği düzenlenmiştir³⁶. Değişikliğin gerekçesinde, düzenlemenin amacının tapu sicilinin maddi hukuk bakımından anlamsız hale gelen tescillerden arındırılması olduğu ifade edilmektedir³⁷.

Tapu müdürlüğüne re'sen terkin yetkisi veren İsviçre Medeni Kanunu'nun 976. maddesi şu şekildedir:

Tapu müdürlüğü aşağıdaki hallerde bir tescili re'sen terkin edebilir:

1. Tescil süre ile sınırlı olup, sürenin geçmesi nedeniyle hukuki değerini yitirdiyse³⁸,
2. Tescil vefat etmiş bir kimsenin devredilemeyen veya miras yoluyla intikal edemeyen hakkı ile ilgiliyse³⁹,

³³ Mustafa Alper Gümüş, "Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi (BK m. 116)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2 (2008), s. 40.

³⁴ Atamulu ve Köroğlu, s. 169. Buna karşılık üzerinde ipotek hakkı tesis edilen taşınmaz sonradan alacaklıya devredilirse ipotek hakkı kendiliğinden sona ermez. Bu ihtimalde alacaklı, asıl borçtan bağımsız olarak taşınmazın maliki haline gelmektedir. Böylelikle malik lehine taşınmaz rehni söz konusu olur. Ancak tapu kütüğü tekniğinin imkân tanıdığı bu durumun teorik güçlüklerle yol açtığı öğretilerde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Ünal, "Malik Lehine Sınırlı Ayni Hak Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1 (2008), s. 230.

³⁵ Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 320.

³⁶ Jürg Schmid, "Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 93/2012, s. 154.

³⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/756/de> (Erişim: 21.03.2022). Ayrıca bkz: Ruth Arnet, *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), Art. 976, N. 1; Michel Mooser, *Commentaire Romand Code Civil II*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016), Art. 976, N. 1.

³⁸ Burada aynı hakkın belirli bir süre için tesis edildiği hallerde işaret edilmektedir (*befristeter Eintrag*). Belirli süre ile sınırlı olarak kurulan aynı hak, bu sürenin dolmasıyla birlikte sona erer. Belirli süre için kurulan irtifak haklarında durum böyledir. Örneğin bu şekilde kurulan üst hakkı, sürenin sona ermesiyle birlikte tapu müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilebilir. Aynı durum, süresi geçmiş bulunan şerhler bakımından da geçerlidir. Adrian Mühlematter ve Stefan Stucki, *Grundbuchrecht für die Praxis*, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2017), s. 149; Arnet, KuKO-ZGB, Art. 976, N. 2; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 976, N. 4; Schmid, BSK-ZGB, Art. 976, N. 6; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 976, N. 4.

³⁹ İkinci durum, başkalarına devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen aynı haklarla ilgilidir. Bunların da başında intifa hakkı ile oturma hakkı gelmektedir. Bkz: Christoph Thurnherr, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 748-749, N. 4. İntifa veya oturma

3. Taşınmazın bulunduğu yer dikkate alındığında, tescilin o taşınmazla ilgisi bulunmuyorsa⁴⁰,
4. Tescil, yok olmuş bir taşınmazla ilgiliyse⁴¹.

İsviçre öğretisinde, maddede geçen tescil ifadesinin geniş anlamda kabul edildiği ve burada belirtilen taşınmazlar hakkındaki şerhler ve beyanları da kapsadığı belirtilmektedir⁴². Öte yandan ZGB Art. 976 hükmü, tescilin maddi ve şekli

hakkı sahibinin ölümüyle birlikte tapu sicilinde onun adına var olan tescil hukuki değerini kaybeder. Bu nedenle, nüfus idaresi tarafından hak sahibinin ölümünü onaylayan belge gönderildiği takdirde, tapu müdürlüğü tarafından terkin işlemi yapılabilir. Öğretide bir görüş, münhasıran belirli bir kişi lehine olan ve miras yoluyla intikal etmeyen şerh edilmiş kişisel hakların da buraya dahil olduğunu ileri sürmektedir. Bkz: Schmid, BSK-ZGB, Art. 976, N. 10. Söz gelimi, tapuya şerh edilmiş bir alım hakkı sözleşmesinde bu hakkın mirasçılara geçmeyeceği kararlaştırılmışsa, hak sahibinin ölümüyle birlikte alım hakkı da sona erecektir. Bu durumda tapuya tescil edilmiş olan şerhin re'sen terkinin mümkündür. Öğretide bir başka görüş ise, öncelikle kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının haklarını güvence altına almak üzere tesis edilmiş olan ipoteğin, bakım alacaklısının ölümünden sonra re'sen terkin edilebileceğini belirtmektedir. Bkz: Mooser, Code Civil II, Art. 976, N. 11.

⁴⁰ Söz konusu hüküm esasen irtifak haklarında yararlanılan veya yüklü taşınmazın bölünmesi haline işaret etmektedir. Bkz: Mooser, Code Civil II, Art. 976, N. 12. ZGB Art. 743, Abs. 1 hükmüne göre yararlanılan veya yüklü taşınmaz bölündüğü takdirde kural, irtifak hakkının bütün kısımlar üzerinde devam etmesidir. Ancak durum ve koşullara göre, irtifak hakkının kullanımı taşınmazın belirli kısımları ile sınırlı ise, ilgili olmayan kısımlardan terkin edilmesi gerekir. İşte söz konusu terkin işleminin tapu müdürlüğü tarafından re'sen yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz: Michel Pellascio, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), Art. 743, N. 3; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 976, N. 6; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 976, N. 6-7; Schmid, BSK-ZGB, Art. 976, N. 11; Arnet ve Roth, "Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB", s. 34. Öğretide özellikle yaya ve araç yolu (*Fuss und Fahrwegrecht*) gibi geçit hakları ile kaynak hakları (*Quellenrecht*) bakımından re'sen terkin imkanının uygulanabileceği belirtilmektedir. Bunun dışında, fiili durum bakımından hakkın kullanılmasının artık imkânsız hale gelmesi durumunda da terkin işleminin yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz: Schmid, BSK-ZGB, Art. 976, N. 11-13. Söz gelimi, kullanımı kesin ve açık biçimde sona ermiş ve imkânsız hale gelmiş olan irtifak hakları tapu müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilebilir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde buna örnek olarak, hâlihazırda imara açılmış ve yapı inşa edilmiş bir arazi üzerindeki mer'a/otlatma hakkı (*Weiderecht*) gösterilmektedir. Bkz: Tarkan Göksoy, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 736, N. 8; Arnet, KuKO-ZGB, Art. 976, N. 2; Mooser, Code Civil II, Art. 976, N. 12.

⁴¹ Sonuncu durum, aynı hak konusu taşınmazın yok olması halinde tescilin re'sen terkin edilebileceğini düzenlemektedir. Burada işaret edilen husus, ZGB Art. 666, Abs. 1 hükmüdür (TMK m. 717/1). Bahsi geçen hükme göre, taşınmazın tamamen yok olması halinde mülkiyet hakkı sona erer. Şu hâlde burada düzenlenen durum mülkiyetin mutlak olarak kayıdır (*absoluten Verlust des Eigentums*). Bkz: Alexander Kernen, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), Art. 666, N. 1; Flurina Hitz, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 666, N. 7; Gian Sandro Genna, "Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 89/2008, s. 67. Taşınmazın tamamen yok olmasından kasıt, önceki durumuna geri getirilmesi mümkün olmayacak şekilde eşya vasfını kaybetmesidir. Örneğin heyelan nedeniyle arazinin tamamen kayması ya da kalıcı biçimde su altında kalması böyledir. Taşınmazın tamamen yok olması halinde, mülkiyet hakkı dışında o taşınmaz üzerinde tesis edilmiş olan sınırlı aynı haklar da sona erer. İsviçre Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, yok olan taşınmazla ilgili bütün tesciller terkin edilir ve bu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfası kapatılır (GBV Art. 25). Dolayısıyla, yok olan taşınmazla ilgili olarak, diğer taşınmazların kütük sayfalarında yer alan tescillerin de terkin edilmesi gerekir. Buna karşılık taşınmaz kısmen yok olmuşsa mülkiyet hakkı sona ermez.

⁴² Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 976, N. 1.

değerini yitirdiği hallerde geçerli olup, aynı hakkın tapu dışı olaylar nedeniyle kaybedilmesi halinde uygulanmaz⁴³.

2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikten önce, İsviçre öğretisinde özellikle bazı şerhlerin terkin bakımından tapu müdürlüğünün re'sen işlem yapabileceği ileri sürülmekteydi. Söz gelimi, tapuya şerh edilmiş bir önalım, alım veya geri alım hakkı sahibinin sonradan ilgili taşınmazın maliki olması ya da geçici tescil şerhi verilen hakkın daha sonra kesin olarak tescil edilmesi hallerinde şerhin hukuki değerini kaybettiği ve re'sen terkin edilebileceği belirtilmekteydi⁴⁴. Ancak mevcut durumda öğretildeki hâkim görüş, ZGB Art. 976 hükmünün re'sen terkin işlemi yapılabilecek halleri burada belirtilenler ile sınırlı tuttuğunu kabul etmektedir⁴⁵. Buna karşılık kanun koyucunun iradesinin hukuki değerini yitiren kayıtların tapu sicilinden arındırılması yönünde olduğu ve dolayısıyla kanunda sayılanlar dışında tapudaki kaydın hukuki değerini yitirdiği durumlarda da re'sen terkinin yapılması gerektiği savunanlar vardır⁴⁶.

Tapu müdürüne re'sen terkin yetkisi veren yeni düzenlemenin lafzına bakıldığında, tapu müdürünün kendiliğinden harekete geçerek terkin işlemini gerçekleştirebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak uygulamada böyle bir durumun olmadığı, tapu müdürünün çoğunlukla malikin ya da ilgililerin talebi üzerine inceleme yaparak terkin işlemini gerçekleştirdiği belirtilmektedir⁴⁷.

II. TAPU MEMURUNA RE'SEN TERKİN YETKİSİ VEREN BAZI ÖZEL KANUNLAR

A. 2644 SAYILI TAPU KANUNU

Tapu Kanunu⁴⁸ m. 26/8 hükmünde, noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin taraflardan birinin talep etmesi durumunda tapu kütüğüne şerh verileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün hemen ardından ise, şerhten itibaren beş yıl içerisinde satış yapılmadığı veya irtifak hakkı tesis edilmediği ve tapuya tescilin gerçekleşmediği takdirde bu şerhin tapu sicil memuru veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunacağı belirtilmiştir (Tap. K. m. 26/9). Kanun koyucu, buradaki şerhin etkisinin

⁴³ Schmid, BSK-ZGB, Art. 976, N. 2; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 976, N. 1; Ruth Arnet ve Nicole Roth, "Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB", *Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2015), s. 33.

⁴⁴ Bkz: Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 976, N. 9; Jonas Rüegg, "Die Rolle des Grundbuchverwalters nach dem Vorkaufsfall", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 99/2018, s. 146.

⁴⁵ Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 976, N. 9; Mühlematter ve Stucki, s. 149; Rüegg, s. 146; Arnet, KuKO-ZGB, Art. 976, N. 3; Christian Brückner ve Mathias Kuster: *Die Grundstücksgeschäfte - Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2021), s. 165.

⁴⁶ Mooser, Code Civil II, Art. 976, N. 15.

⁴⁷ Mooser, Code Civil II, Art. 976, N. 18.

⁴⁸ RG, 29.12.1934/2892.

azami beş yıl olmasını öngörmüş ve bu sürenin aşılması durumunda re'sen terkin edileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Buna karşılık Tapu Sicili Tüzüğü, şerh edilmiş kişisel haklarda belli bir süre bulunması ve bu sürenin dolması halinde taşınmaz malikinin istemi üzerinde terkin işlemi yapılacağını düzenlemektedir. Şu hâlde Tapu Kanunu ile Tapu Sicili Tüzüğü arasında, aynı konuda birbiriyle çelişen hükümler yer almaktadır⁴⁹. Bu durumda öncelikle kanun hükmünün uygulanması gerekir⁵⁰. Ancak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan genelge ile bunun aksi öngörülmekte ve malikin talebinin bulunması şartıyla şerhin terkin edileceği belirtilmektedir⁵¹. Öte yandan Yargıtay da Tapu Kanunu'ndaki düzenlemenin, tapu memurunun re'sen terkin yetkisi olduğu şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindedir⁵². Yüksek mahkemeye göre, TMK'nın 1027. maddesinde sadece adi yazım hatalarının tüzük hükümlerine göre tapu sicil memurunca düzeltilebileceğine bunun dışındaki tüm düzeltmelerin ilgilerinin yazılı izni veya mahkeme kararı ile yapılabileceğine dair açık hüküm vardır⁵³. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 69. maddesinde de tapuya şerh edilmiş süreye bağlı kişisel hakların sürenin dolması halinde sicilden terkininin sadece taşınmaz malikinin talebi ya da mahkeme kararı ile yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Tapu Kanunu'nun 26. maddesindeki bu hüküm, şerhin malikin istemi üzerine terkin edilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁴.

⁴⁹ Azim Öncü, "Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Hakka İlişkin Terkin Edilmemiş Şerhin Etkisi ve Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2 (2020), s. 659. Tapuya şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin süresi dolmasına rağmen terkin edilmemesi durumunda şerhin etkisinin devam edip etmeyeceği meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, Tapu Kanunu'nda tapu sicil görevlilerine re'sen terkin yetkisi verilmesinin, satış vaadine ilişkin şerhin etki süresinin 5 yıl ile sınırlandırıldığı anlamına geldiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla 5 yıl dolduktan sonra şerhin etkisi ortadan kalkar ve artık üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bkz: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), s. 200; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2022), s. 284; Reisoğlu, s. 209; Şahan, s. 56; Burak Özen, "Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, C. 1, Eşya Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), s. 147. Diğer görüşe göre ise, tapudaki terkin işlemleri bakımından talep esaslı gözetilmelidir. Bu nedenle, malik tarafından terkin talebinde bulunulmadığı sürece şerhin etkisi devam edecektir. Bkz: Mustafa Nezih Sütçü, *Kat Karşılıklı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 105.

⁵⁰ Şahan'a göre, Tapu Sicili Tüzüğünde yer alan hüküm genel anlamda bütün şerhler için öngörülmüştür. Taşınmaz satış vaadi bakımından Tapu Kanunu'nda özel bir düzenleme getirilerek istisna tutulmuştur. Bu nedenle taşınmaz satış vaadine ilişkin şerh süre sonunda re'sen terkin edilebilir. Bkz: Şahan, s. 56. Öğretilerde Polat ise, her ne kadar Tapu Kanunu'nda re'sen terkin edileceği ifade edilmişse de TST m. 69/3 ve TMK m. 1027 birlikte değerlendirildiğinde terkin için talebin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bkz: Hatice Polat, *Arsa Payı Karşılıklı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), s. 70.

⁵¹ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 3.3.2009 ve 2009/6 sayılı genelgesi, https://tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-12/2009-6.dek_.metn_.son_.pdf (Erişim: 11.4.2022).

⁵² Y HGK, 2.11.2016, E. 2015/14-12, K. 2016/1005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵³ Y 14. HD, 7.5.2019, E. 2018/4129, K. 2019/4081 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁴ Y 14. HD, 7.5.2019, E. 2018/4129, K. 2019/4081 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay, taşınmaz maliki tarafından terkinin talep edilmediği için halen tapu sicilinde gözüken şerhin etkisini devam ettireceğini belirtmektedir⁵⁵. Bu sebeple, tapudaki şerhi görerek taşınmazı satın alan kişi, TMK m. 1023 anlamında iyiniyetli üçüncü kişi olarak kabul edilmeyecektir. Yüksek mahkemenin bu yorumu çerçevesinde, söz gelimi tapuya şerh edilmiş taşınmaz satış vaadinin süresi dolduğu halde terkin edilmemiş ve malik tarafından taşınmaz üçüncü kişiye devredilmişse, vaat alacaklısı üçüncü kişiye karşı dava açarak taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilecektir. Taşınmazı devralan üçüncü kişi ise, tapuda şerh terkin edilmediği ve halen gözüktüğü için iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Hâlbuki beş yıllık sürenin geçmesiyle birlikte, şerhin maddi ve şekli değeri ortadan kalkar ve yolsuz hale gelir⁵⁶. Dolayısıyla böyle bir şerh, terkin edilmemiş olsa bile üçüncü kişileri bağlamaz⁵⁷. Bu sebeple şerhin süresi geçtikten sonra taşınmazı devralan üçüncü kişinin TMK m. 1023 hükmünün koruyuculuğundan yararlanabilmesi gerekir. Ancak Yargıtay uygulaması, bunun tam aksi bir sonucun meydana gelmesine yol açmaktadır.

B. 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU

Kamulaştırma Kanunu⁵⁸, idarenin kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmek üzere ilgili taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirileceğini düzenlemektedir (Kam. K. m. 7/3). Uygulamada “kamulaştırma şerhi” olarak adlandırılan bu şerhten itibaren malik değiştiği takdirde, mülkiyette veya sınırlı ayni haklarda meydana gelecek değişiklikleri tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır. Dolayısıyla, taşınmaza kamulaştırma

⁵⁵ Y HGK, 2.11.2016, E. 2015/14-12, K. 2016/1005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Öncü, “Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Hakka İlişkin Terkin Edilmemiş Şerhin Etkisi ve Yargıtay’ın Konuya Yaklaşımı”, s. 658.

⁵⁷ Bu durum, Yargıtay’ın konuyla ilgili bir kararında yer alan karşı oy yazısında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tapu Kanununun 26. maddesi gereğince satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmişse; şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmazsa bu şerhin tapu müdürü veya memuru tarafından re’sen terkinini gerekir. Ancak, Kanun’un bu emredici hükmüne rağmen şerh re’sen terkin edilmediği takdirde kanunda belirtilen beş yıllık süre geçtiğinden şerhin tapu memurlarınca terkin edilmemesinin bir önemi yoktur. Satış vaadi alacaklısı davacının aleyhine bir durum yaratacak şekilde ve kısa vadede kendiliğinden tapu kaydındaki şerhin kaldırılmasını istemesi beklenemeyeceğine göre taşınmaz malikinin (somut olayda satış vaadi borçlusunu davalının) başvurusu üzerine terkin edilecektir. Her iki durumda da terkin edilmediği takdirde tapudaki şerh beş yıllık sürenin dolmasıyla yolsuz tescil haline gelerek kendiliğinden hükmünü kaybeder ve taşınmazı tapudan devralan üçüncü kişileri bağlamaz. Tüzük hükümleri kanuna aykırı olamayacağından kanunun açık hükmüne dayanarak ve güvenerek taşınmazı tapudan devralan üçüncü kişilerin haklarının korunması gerekir. Yasanın emredici hükmüne rağmen şerhin re’sen terkin edilmediği durumlarda beş yıllık sürenin dolmasıyla yolsuz tescil haline gelerek kendiliğinden hükmünü kaybeder ve taşınmazı tapudan devralan üçüncü kişileri bağlamayacak ve kural olarak taşınmaza sonradan malik olan kişileri de etkilemeyecek, tamamen hükümsüz kalacaktır. Zaten yok hükmünde olan satış vaadi sözleşmesi şerhinin silindiği varsayılarak Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi uyarınca taşınmazı edinen üçüncü kişinin bu hakkının korunması gerekir”.* Y 14. HD, 1.3.2016, E. 2015/7039, K. 2016/2556 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸ RG, 8.11.1983/18215.

şerhi konulması, malikin tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Ancak üzerinde kamulaştırma şerhi bulunan taşınmazın özellikle satış işlemine konu edilmesi uygulamada güçlük arz eder. Zira böyle bir şerhi gören kişilerin taşınmazı satın almaya yanaşmayacakları açıktır. Kanun koyucu, idarenin bildiriyle konulacak bu şerhin süresiz olmasını öngörmemiştir. Kanuna göre idare tarafından, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10'uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince re'sen sicilden silinir (Kam K. m. 7/3). O halde kamulaştırma şerhi bakımından kanunda altı aylık azami bir süre düzenlenmiştir. Bu süre içerisinde idare, taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tesciline karar verilmesi için mahkemeye başvurmalı ve buna ilişkin belgeyi tapu idaresine sunmalıdır. Kamulaştırma şerhinin verilmesinden itibaren altı ay içerisinde bu şart yerine getirilmediği takdirde, ilgili taşınmaz üzerindeki şerh re'sen terkin edilmelidir⁵⁹. Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün konuya ilişkin genelgesinde de, idarenin asliye hukuk mahkemesinden alınacak belgeyi ibraz etmemesi halinde re'sen terkin işleminin yapılarak, durumdan ilgili idarenin bilgilendirileceği ifade edilmektedir⁶⁰.

C. 3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

2016 yılında yapılan değişiklikle, Terörle Mücadele Kanunu'na⁶¹ 20/A maddesi eklenmiş ve malikin mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına dair bir hüküm getirilmiştir⁶². Buna göre, bahsi geçen maddede belirtilen kapsama giren suçlar⁶³

⁵⁹ "Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden, dava konusu edilen 5557 parselin 3298 metrekairelik, 6213 parselin ise 4460 metrekairelik kısımlarının Trakya Otoyolu ek kamulaştırma sahasında kalması nedeniyle 20.02.1991 tarihli kamu yararı kararı ile kamulaştırılmasına karar verilerek tapu kaydına şerh konulduğu ancak taşınmazların kamulaştırma işlemlerinin henüz tamamlanmadığı anlaşılmıştır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 7/son maddesinde "şerh tarihinden itibaren iki yıl içerisinde 13. maddeye göre tebligata başlanılmamış ise bu şerh sicilden silinir" hükmü yer almakta iken söz konusu fıkra 05.05.2001 tarih ve 4650 sayılı yasa ile "idare tarafından şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespiti ile idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir" şeklinde değiştirilmiştir. Bu durumda, dava konusu edilen 5557 ve 6213 parsel sayılı taşınmazların Trakya Otoyolu yapımı nedeniyle kamulaştırılmasına karar verildiği ancak kamulaştırma işleminin henüz tamamlanmadığı ve idare tarafından Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine göre dava açılmadığı gibi aynı Kanununun 7/ son maddesi uyarınca şerhin terkinine ilişkin koşulların oluştuğu ve tapudaki Kamulaştırma şerhinin terkinini için açılan bu davaya bakma görevinin de yine aynı yasanın 37. maddesi uyarınca adli yargıya ait olduğu gözetilerek için esasına girilip talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir". Y 5. HD, 10.3.2015, E. 2014/27643, K. 2015/4274 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 3.8.2001 ve 2001/10 sayılı genelgesi, <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx> (Erişim: 11.4.2022).

⁶¹ RG, 12.4.1991/20843.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz: Emel Badur ve Gamze Turan Başara, "Terörle Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017 (128), s. 274 vd.

⁶³ Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar.

nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir. Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra olunur (TeMK m. 20/A-1). Maddenin son cümlesinde ise, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren iki yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerhin kendiliğinden terkin edileceği düzenlenmiştir. Şu hâlde maddede belirtilen iki halin gerçekleşmesi durumunda, malikin talebi bulunmasa bile şerhin terkin edilmesi gerekmektedir⁶⁴. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ise, Terörle Mücadele Kanunu m. 20/A kapsamında konulan şerhin ilgililerin talebi halinde terkin edilebileceğini ifade etmektedir⁶⁵.

D. 1164 SAYILI ARSA ÜRETİMİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA KANUN

Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un⁶⁶ (AÜDHK) temel amacı, konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için arazi ve arsa sağlamaktır (AÜDHK m. 1). Kanun bu amacın gerçekleştirilmesi çerçevesinde, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) lehine özel düzenlemeler öngörmektedir. Bunlardan birisi, TOKİ'nin yasal önalım hakkıdır. Kanuna göre TOKİ, konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunduğu sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında önalım hakkına sahiptir (AÜDHK m. 10/1). Tapu müdürlüğü, TOKİ tarafından bildirilen arsa ve arazilerin tapu kaydına uygulamada "*TOKİ Şerhi*" olarak bilinen şerhi işlemektedir. Tapu müdürlüğü, üzerinde TOKİ lehine önalım hakkı bulunan taşınmazlar satıldığı takdirde 15 gün içerisinde durumu TOKİ'ye bildirmekle yükümlüdür (AÜDHK m. 10/2). Bu bildirim üzerine TOKİ, 30 gün içerisinde önalım hakkını kullanacağını bildirmedeği ve bu süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masrafları peşin olarak, malik adına yatırmadığı takdirde, önalım hakkının kullanılmasından vazgeçmiş sayılır (AÜDHK m. 10/3). 30 günlük süre içinde ödenmiş satış bedeli ile her türlü harç ve masraflar yatırıldığı takdirde ise, tapu müdürlüğünce re'sen eski satışın iptali ile TOKİ adına tescil işlemi yapılır (AÜDHK m. 10/4). Kanun bu son halde, tapu müdürlüğünün re'sen önalım hakkına ilişkin şerhi kaldırmaya yetkili olduğunu düzenlemiştir (AÜDHK m. 10/5).

⁶⁴ Badur ve Turan Başara, "Terörle Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi", s. 297.

⁶⁵ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 13.10.2017 tarihli Genel Duyurusu, <https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2021-01/tmk.20-a.degiklik.pdf> (Erişim: 11.4.2022).

⁶⁶ RG, 10.05.1969/13195.

III. TAPU İDARESİNİN RE'SEN TERKİN KONUSUNDAKİ TUTUMU

Tapu müdürlükleri, kanunda açıkça re'sen terkinin öngörüldüğü durumlarda dahi terkin işlemini gerçekleştirmekten kaçınmaktadırlar. Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (TKGM) tarafından yayınlanan “*Tapu Sicili Uygulamaları*” adlı kitapta, tapu müdürünün kanunda re'sen terkin edilir hükmü olsa bile tapudaki hakkı terkin edemeyeceği belirtilmektedir⁶⁷. Gerekçe olarak ise, tapu müdürünü harekete geçirecek ve yevmiye defterinden terkin için numara alacak bir talep ve daha da önemlisi o terkin için Harçlar Kanunu'nun öngördüğü harcı ödeyecek birinin (mükellefin) bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bununla birlikte TKGM, 2019 yılında yayınladığı genel duyuruda⁶⁹, tapu sicilinden terkin edilmesi gereken kaydın tespiti ve re'sen terkin işleminin nasıl yapılacağı konusunda tapu müdürlüklerinde uygulamada sıkıntılar yaşandığı ve uygulama birliği bulunmadığına işaret etmektedir. TKGM, yine Harçlar Kanunu'na atıfta bulunarak, tapu harcı tahsili gereken terkin işlemlerinde harç tahsilinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Öte yandan bahsi geçen duyuruda, tapu müdürlüğünün sicilde yer alan bir kaydın süresinin dolup dolmadığının veya hukuki olarak kıymetini yitirip yitirmediğinin takibini yapabilmesine imkân bulunmadığı açıklanmaktadır. Bu nedenle, kanunlarda re'sen terkinin öngörülen ve harca tabi olmayan kayıtların, söz konusu taşınmaza yönelik herhangi bir işlem talebi sırasında başkaca yasal engel bulunmaması halinde re'sen terkin edilebileceği ifade edilmektedir. Tapu idaresinin, re'sen terkinine engel olarak gördüğü iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi tapu harcının yatırılması meselesidir. Diğeri ise, tapu sicilindeki kaydın hukuki değerini yitirip yitirmediğinin takibinin tapu müdürlükleri tarafından yapılmasının imkânsız olmasıdır. O halde, uygulama bakımından ancak harca tabi olmayan ve ilgili taşınmaza yönelik başka bir işlem sırasında tespit edilen kaydın re'sen terkinin mümkün olabilecektir.

IV. TAPU SİCİLİNİN RE'SEN DÜZELTİLMESİ

A. DÜZELTME İŞLEMİ

Düzeltilme (*Berichtigung*), gerçek hak durumunu göstermeyen tapu kütüğü kayıtlarının gerçek duruma uygun hale getirilmesi için yapılan tapu sicili işlemini ifade eder⁷⁰. Tapu sicilinin düzeltilmesine ihtiyaç duyulan hallerde, tapuda yer alan kayıt gerçek durumu yansıtmamaktadır. Bu nedenle, gerçek durum ile şekli durum arasında bir uygunsuzluk meydana gelir. Söz konusu uygunsuzluğu

⁶⁷ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı, Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı, Ankara, 2014, s. 78.

⁶⁸ Tapu Sicili Uygulamaları, s. 78.

⁶⁹ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 09.12.2019 Tarih ve 4019041 Numaralı Duyurusu, <https://www.tkgm.gov.tr/resen-terkin> (Erişim: 18.4.2022).

⁷⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 343; Ünal ve Başpınar, s. 373; Antalya ve Topuz, s. 682; Akçaal, s. 297; Ayan, s. 474; Şahan, s. 26.

gidermek için, gerçek duruma aykırı olan kaydın düzeltilmesi gerekmektedir. O halde, tapu sicilinin düzeltilmesi sonucunda maddi hukuk bakımından bir değişiklik meydana gelmemektedir⁷¹.

Tapu kütüğündeki kayıt ile gerçek hak durumunun uyuşmaması, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu durum bazen tapu dışı olaylar sonucu, bazen de tapudaki yanlışlık sonucu meydana gelir. Aynı hakkın tescilden önce doğduğu ya da terkenden önce sona erdiği hallerde tapu dışı olaylar söz konusudur. Örneğin ipotekle teminat altına alınan borç sona erdiği halde ipoteğin terkin edilmemiş olması böyledir. Bunun dışında, yetkisiz bir kişinin talebi üzerine yapılan ya da hukuki sebebi bulunmayan yahut geçersiz olan (yolsuz) tapu sicili işlemlerinde de gerçek hak durumundan farklılık ortaya çıkar.

Gerçek durum ile tapu kütüğündeki şekli durumun birbirine uygun hale getirilmesi adına, mevzuatta çeşitli düzeltme yolları kabul edilmiştir. TMK m. 1027/1 hükmünde, ilgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memurunun sicildeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebileceği belirtilmiştir. Tapu memurunun re'sen yapabileceği düzeltmeler ise basit yazı yanlışlıkları ile sınırlı tutulmuştur (TMK m. 1027/3). Ancak Tapu Kanunu'na 7181 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 3 hükmü, tapu kaydındaki hisse hatalarının re'sen düzeltilmesi imkânını getirmiştir. Buna göre, kadastro tespiti veya tapu sicilinde gerçekleştirilen işlemler nedeniyle oluşan hatadan olumsuz etkilenen hisselerin maliklerine, aynı ve şahsi hak lehtarlarına hatanın nedenleri ve düzeltme sonrası oluşacak hisse durumunu gösteren tebligat yapılacaktır. Tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililerince muvafakat verildiği takdirde düzeltme işlemi yapılır. Ancak bu süre içinde muvafakat verilmez ise tapu müdürlüğünce hatalı kaydın resen düzeltileceği belirtilmektedir (TK Ek madde 3/3).

B. TAPU MEMURUNUN RE'SEN DÜZELTME YETKİSİ VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

TMK m. 1027/3 hükmünde, basit yazı yanlışlıklarının tapu memuru tarafından, tüzük kuralları uyarınca re'sen düzeltileceği ifade edilmekteydi⁷². Ancak 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 139. maddesi ile "tüzük kuralları" ibaresi, "Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik" olarak değiştirilmiştir. Bununla birlikte, henüz böyle bir yönetmelik çıkartılmadığı için, tapu memurunun re'sen düzeltme işlemi tüzüğe göre yapılmaya devam edilecektir. Tapu sicili tüzüğüne göre, kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı basit yazım hatası yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, tapu müdürü tarafından nedeni düzeltmeler sicilinde açıklanarak, re'sen düzeltme yapılır (m. 74/1).

İsviçre Medeni Kanunu'nun 977. maddesinde açık yazım hatası halinde bunun tüzük uyarınca re'sen düzeltileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan İsviç-

⁷¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 343; Ünal ve Başpınar, s. 373; Şahan, s. 27.

⁷² Kurt, s. 82.

re Medeni Kanunu'nun TMK ile aynı içerikte bir düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir. İsviçre Tapu Sicili Tüzüğü'nde bir hakkın maddi içeriğini veya bir kişinin kimliğini etkilemeyen yazım hatalarının tapu müdürü tarafından her zaman düzeltilebileceği açıklanmaktadır (GBV Art. 141)⁷³. Hatta bu durumda tapu müdürünün ilgilileri bilgilendirme yükümlülüğünün de bulunmadığı ifade edilmektedir⁷⁴.

Tapu müdürünün re'sen düzeltme yetkisi, hakkın varlığını veya içeriğini etkilemeyen yazım hataları ile sınırlıdır⁷⁵. Uygulamada en sık karşılaşılan durum ise, taşınmazların kadastro tespiti sırasında ya da tapuya tescili sırasında hak sahibinin ad-soyad ya da baba adı gibi kimlik bilgilerinin eksik ya da hatalı olarak işlenmesidir. Örneğin Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda, miras bırakanın terekesindeki taşınmazların mirasçılara intikali sırasında, mirasçılardan birinin adı veraset ilamında yanlış yazıldığı için tapu siciline de yanlış işlenmiştir⁷⁶. Öğretide bu tip yanlışlıkların re'sen düzeltilebileceği belirtilmektedir⁷⁷. Bununla birlikte, Tapu Sicili Tüzüğü'nde, ana veya yardımcı siciller üzerinde yapılmış hata veya eksikliklerin, ilgililerce sunulan veya başka idarelerce düzenlenen belgelerden kaynaklanması hâlinde, ilgililerin gerçek durumu kanıtlayıcı belgelere dayalı başvuruları üzerine, istem yevmiye defterine kaydedilerek gerekli düzeltmenin yapılacağı düzenlenmiştir (TST m. 74/3). Bu nedenle uygulamada ad-soyad gibi bilgilerin hatalı girilmesi durumlarında tapu müdürlüğü tarafından re'sen düzeltme işlemi yapılmamaktadır⁷⁸. Öte yandan Tapu Sicili Tüzüğü'nde, kadastro çalışmalarından kaynaklanan malikin veya hak sahibinin adı, soyadı ve baba adına ilişkin tapu kütüğündeki yazım hataları ilgisinin başvurusu üzerine yine tüzükte belirtilen belgelerin ve kanıtların incelenmesi sonucu düzeltilebileceği hükmü yer almaktadır (m. 75/1). Tapu sicilindeki bilgilerin güncellenmesi ve eksiklikle-

⁷³ Mooser, Code Civil II, Art. 977, N. 13; Arnet, KuKO-ZGB, Art. 977, N. 5; Schmid, BSK-ZGB, Art. 977, N. 3.

⁷⁴ Schmid, BSK-ZGB, Art. 977, N. 28; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 977, N. 14; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 977, N. 7.

⁷⁵ Saymen ve Elbir, s. 202; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 345; Ünal ve Başpınar, s. 354; Ertaş, s. 188; Antalya ve Topuz, s. 685; Akçaal, s. 299; Kurt, s. 82; Şahan, s. 27.

⁷⁶ "Davacı vekili, ... 2029, 2027, 2183 ve 2609 parsel sayısına kayıtlı taşınmazların tapuda Gazi Teker adına kayıtlı olduğunu, oysa ki adının "Gazi" olduğunu ileri sürerek dava konusu tapu kayıtlarının nüfus kayıtlarına uygun olarak "Gazi Teker" olarak düzeltilmesine ve bu şekilde tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece; Gazi T. in isminin veraset kararına yanlış yazıldığı ve tapu kaydına da yanlış kayıt edildiği, bu haliyle maddi hatanın var olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir". Y HGK, 30.9.2015, E. 2014/1-1570, K. 2015/2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁷ Akçaal, s. 299. Kurt'a göre, yanlışlık tescilde değil de tescile esas oluşturan belgede ise tapu memuru işlem sırasında yanlışlığı belirlense bile re'sen düzeltme yapamaz. Tapu sicilindeki bu tür hukuka aykırılıklara "yolsuz tescil" yerine daha çok "yanlış yazım" denilmektedir. Bkz: Kurt, s. 82.

⁷⁸ Kurt'a göre, ülkemizde idari yoldan tapu sicilinde düzeltme işleminin yapılması yolu gerektiği gibi işlemekte ve tapu sicil müdürlüğünce re'sen düzeltme yapılabilecek hatalardan dolayı bile doğrudan mahkemelerde düzeltme davası açılmaktadır. Bkz: Kurt, s. 85.

rin giderilmesinde de bu kuralın uygulanacağı belirtilmektedir (m. 75/3). Ayrıca, söz konusu hüküm uyarınca kayıt düzeltmeleri için müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmektedir (m.75/4).

Yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nde getirilmiş olan önce müdürlüklere başvuru kuralı, uygulamada tapu kaydında yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi talepli davalar bakımından bir dava şartı olarak görülmüş ve tapu müdürlüklerine başvurulmaksızın açılan davaların usulden reddi yönünde kararlar verilmiştir⁷⁹. Yargıtay'ın önce tapu müdürlüğüne başvuru zorunluluğuna ilişkin içtihadı, beraberinde başka bir sorunu da getirmiştir. Bu da Tapu Sicili Tüzüğü m. 26/4 hükmünden kaynaklanmıştır. Bahsi geçen hükme göre, tapu müdürlüğü tarafından istem reddedildiği takdirde ret kararına, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde müdürlüğün bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne, bölge müdürlüğünün kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Genel Müdürlüğe itiraz edilebilir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi önceki kararında, dava şartı olarak görülen tapu müdürlüğüne başvuru zorunluluğunu tüzükte belirtilen idari itiraz süreçlerinin tamamlanması şeklinde kabul etmiştir⁸⁰. Diğer ifadeyle, tapu müdürlüğüne başvuru yapıp istemin reddedilmesi yeterli görülmemiş, davacının bölge müdürlüğüne ve buradan da ret kararı çıkması durumunda genel müdürlüğe başvurması gerektiğine karar verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, tapu mü-

⁷⁹ Örneğin Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında şu ifadeler yer almaktadır:

"Yukarıda açıklanan yeni Tapu Sicili Tüzüğü hükümleri ve özellikle 75. maddesi nazara alındığında, tapu müdürlüklerine oldukça geniş yetkiler verilerek tapudaki hataların daha kısa bir sürede, idari yoldan düzeltilmesine imkân verildiği görülmektedir. Yine bu maddenin son fıkrasında ise "Bu madde hükümleri uyarınca kayıt düzeltmeleri için müdürlüklere başvuru yapılması zorunludur." hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm hak arama özgürlüğünü kısıtlamamakta, aksine hak arayanlara haklarını çok daha kısa bir sürede, kolay, ucuz ve basit bir şekilde elde etme imkânı vermektedir. Hal böyle olunca, bu imkânın öncelikle tüketilmesi ve bu yolla bir sonuç alınamaması durumunda ilgilinin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 1027. maddesi gereğince mahkemeye başvurması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 17.08.2013 tarihinden sonra davacıların, öncelikle ilgili tapu müdürlüğüne yukarıda açıklanan prosedüre uygun şekilde başvurması, eğer bu talebinden istediği sonucu alamaz ise daha sonra mahkemeye başvurması gerekir. Hâl böyle olunca, Tapu Sicili Tüzüğü gereğince öncelikle tapu müdürlüğüne başvurma zorunluluğu getiren yasal prosedür izlenmeden doğrudan dava açıldığından, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir." Y 1. HD, 16.11.2020, E. 2019/1442, K. 2020/6002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰ *"Yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 17.8.2013 tarihten itibaren, ilgililerin mahkemeye müracaat etmeden önce, ilk olarak tapu müdürlüklerine yukarıda açıklanan prosedüre uygun şekilde başvurması kaçınılmaz olup, değinilen prosedür izlenmeden mahkeme önüne getirilen davanın dinlenebilme olanağı yoktur. Bunun yanında, ilgililerin tapu müdürlüklerine yaptıkları yazılı ya da sözlü düzeltim başvuruları üzerine, tapu müdürlüklerinin Tapu Sicili Tüzüğü'nün 75. maddesinde belirtilen araştırma ve soruşturmayı yapmadan verdikleri soyut içerikli ret kararları da davayı mahkeme önünde dinlenebilir hale getirmez. Diğer taraftan, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 75. maddesine aykırı olarak verilen bu tür ret kararlarına karşı ilgililerin aynı tüzüğü'nün 26. maddesine göre itiraz imkanı bulunmaktadır. Somut olaya gelince; davacı tarafından tapu müdürlüğü'nün red kararına karşı itiraz yoluna başvurulmadan dava açılmıştır. Hâl böyle olunca, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir". Y 1. HD, 09.11.2016, E. 2016/8720, K. 2016/10190 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

dürlüğüne yapılan başvuruyu yeterli görmüş, tapu müdürlüğü tarafından istemin reddi halinde bölge müdürlüğüne ve genel müdürlüğe itiraz yoluna gidilmeden dava açılabileceğine karar vermiştir⁸¹. Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararından sonra, 1. Hukuk Dairesi de içtihadını değiştirmiş ve aynı yönde karar vermiştir⁸².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bahsi geçen içtihadına rağmen, uygulamada idari başvurunun bütün aşamalarının tamamlanması gerektiği yönünde kararlar verilmeye devam edilmiştir. Bu durum, konunun bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesine yol açmıştır⁸³. Olayda başvuru, miras bırakanlarına ait olan taşınmazlara ilişkin tapu kayıtlarında miras bırakanın adının ve soyadının yanlış yazıldığı gerekçesiyle tapu müdürlüğüne düzeltme için müracaat etmişlerdir. Tapu müdürlüğü tarafından istemin reddine karar verilmesi üzerine, tapu kaydının düzeltilmesi için dava açmışlardır. Mahkeme, Tapu Sicili Tüzüğü gereğince bölge müdürlüğüne itiraz yolu kullanılmadan dava açıldığı gerekçesiyle davanın usulden reddine hükmetmiştir. Bunun üzerine davacılar istinafa başvurmuş, fakat istinaf mahkemesi de ilk derece mahkemesi ile aynı gerekçe ile istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. İstinaf mahkemesinin ret kararı, Yargıtay'ın yalnızca tapu müdürlüğüne başvuru yapılmasını yeterli gören içtihadından daha sonra verilmiş, hatta istinaf mahkemesi üyelerinden biri Yargıtay içtihadına işaret ederek karşı oy vermiştir. Tapu sicilinde kimlik bilgilerinin düzeltilmesine ilişkin davalar çekişmesiz yargı işi olduğundan, HMK m. 362/1-ç hükmü gereğince temyiz edilemeyen kararlardandır. Dolayısıyla istinaf

⁸¹ “Yapılan görüşmeler sırasında, davacı tarafından Tapu Sicil Tüzüğü'nün 26. maddesine göre müracaatta bulunulmuş olmasına karşın, Tapu Sicil Müdürlüğü'nün ret kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde müdürlüğün bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne, bölge müdürlüğünün kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Genel Müdürlüğe itiraz edilebileceği yönündeki prosedürün tamamlanmadığı, dolayısıyla itiraz prosedürünün tamamlanması gerektiğini bildiren cümlelerin Özel Daire bozma ilamına eklenmesi suretiyle, yerel mahkeme direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Hal böyle olunca mahkemece, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 75. maddesi gereğince işlemin reddedildiğine dair dosyada mevcut red kararı bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne dair verdiği direnme kararı yerindedir”. Y HGK, 23.11.2016, E. 2015/3648, K. 2016/1073 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸² “Dosya içeriği ve toplanan delillerden, davacının tapu kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesi amacıyla dava açmadan önce Altınova tapu müdürlüğüne başvuru yapıldığı, anılan tapu müdürlüğü'nün 20/05/2015 tarihli kararı ile başvurucağının düzeltme isteğinin reddine karar verdiği, davacının itiraz yoluna başvurmaması üzerine red kararının kesinleştiği ve eldeki davanın açıldığı kayden sabittir.

Yukarıda anılan Tüzüğü'nün 75/4. maddesinde düzenlendiği üzere tapu kaydında düzeltim istemli bir dava açmadan evvel müdürlüklere başvuru yapılması zorunlu tutulmuş ise de, bu zorunluluğun müdürlüğün verdiği kararlara karşı itiraz yollarının tüketilmesi aşamasını kapsamadığı ortadadır. Somut olayda, davacının tapu müdürlüğüne başvuru zorunluluğunu yerine getirdiği anlaşılmağla işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru değildir”. Y 1. HD, 18.4.2017, E. 2017/1754, K. 2017/2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³ Anayasa Mahkemesi, Ahmet Önder ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru No: 2018/23929), R.G: 10/3/2021-31419.

mahkemesinin verdiği karar kesindir. Bu nedenle davacılar, mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu olay bakımından mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir:

“Yukarıda yer alan ilkelerde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmesine karşın somut olayda kanuna dayanmayan ve Tüzük hükümleriyle getirilen dava şartı uyarınca başvuruçuların dava açma haklarına müdahalede bulunulduğu ve bu suretle söz konusu hakkın sınırlandırıldığı görülmektedir.

Buna göre somut olayda ilk derece mahkemesinin Tüzük'te belirtilen yasal başvuru ve itiraz prosedürü tamamlanmadan dava açıldığı gerekçesiyle davayı usulden reddetmesinin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararından sonra, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından bir duyuru yayınlanmıştır. Duyuruda Anayasa Mahkemesi kararına işaret edilerek, tapu müdürlükleri aleyhine açılan tapu kaydında düzeltim davaları sırasında, tapu müdürlüğüne düzeltim istemiyle başvuru yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddinin istenmemesi ve verilen kararlara karşı aynı gerekçe ile kanun yoluna gidilmemesi istenmiştir⁸⁴. Şu hâlde güncel durum bakımından, tapu kayıtlarındaki ad-soyad bilgilerindeki yanlışlığın düzeltilmesi, tapu müdürlüğüne başvurulmaksızın doğrudan dava yoluyla talep edilebilecektir.

SONUÇ

Terkin işleminin yapılması esasen ilgililerin talebine veya mahkeme kararına bağlıdır. Yalnızca bazı özel kanunlarda birtakım şerhler bakımından tapu memuruna re'sen terkin yetkisi verilmiştir. Buna karşılık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, kanunda re'sen terkinine dair hüküm bulunsa dahi tapu memurunun re'sen terkin yapamayacağı yönünde bir uygulama geliştirmiştir.

Re'sen terkinine engel teşkil ettiği ileri sürülen ilk husus tapu müdürünü harekete geçirecek bir talebin bulunmamasıdır. TKGM, tapu müdürünü harekete geçirecek bir talep söz konusu olmadıkça terkin işlemine başlanamayacağı kanaatinde. Söz konusu kanaatin hangi hukuki gerekçeye dayandığı belirsizdir. Halbuki yukarıda izah edilen istisnai nitelikteki kanun hükümleri, herhangi bir talep gerekmeksizin tapu müdürünün re'sen harekete geçebileceğini açıkça ön-görmektedir. Tapu idaresinin, kanunun açık hükmünü uygulamamak şeklinde tezahür eden bu tavrını izah etmek güçtür.

⁸⁴ <https://www.tkgm.gov.tr/duzeltim-davasinda-basvuru-sarti> (Erişim: 23.3.2022).

Uygulamada re'sen terkinin yapılmasına engel olduğu düşünülen diğer husus terkin harcı meselesidir. TKGM, terkin için Harçlar Kanunu'nun öngördüğü harcı ödeyecek bir mükellefin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Harçlar Kanunu m. 58/f hükmüne göre, terkin işlemi için tapu harcını ödemekle mükellef olanlar, lehine işlem yapılmış olanlardır. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dair şerhin terkinini halinde ilgili taşınmazın maliki harç ödemekle mükellef kişi sayılacaktır. Aksine hüküm bulunmadıkça, harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlem yapılmaz (HK m. 127). Terkin işleminin re'sen yapıldığı hallerde harcın daha sonra ödenebileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Şu hâlde re'sen terkinin işlevsel hale getirilebilmesi için bu hususta düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

Son olarak TKGM, tapu müdürlüğünün sicilde yer alan bir kaydın süresinin dolup dolmadığının veya hukuki olarak kıymetini yitirip yitirmediğinin takibini yapabilmesine imkân bulunmadığını belirtmektedir. Kanaatimizce bu sorunun elektronik tapu sicili sistemi içerisinde kısmen de olsa çözülmesi mümkündür. Söz gelimi, elektronik tapu siciline eklenecek bir yazılımla şerh süresinin sona ermesi halinde tapu müdürüne uyarı gönderen bir sistem geliştirilmesi düşünülebilir. Böylelikle tapu müdürü, uyarı konusu edilen taşınmazın kaydını inceleyerek doğrulama yapabilir. Örneğin bir taşınmazın tapu kütüğünde yer alan kamulaştırma şerhine ilişkin altı aylık sürenin geçtiğine dair sistem uyarı verdiği takdirde, tapu idaresi kamulaştırmayı yapacak olan idarenin gerekli belgeyi ibraz etmediğini tespit edebilir ve şerhin terkinini gerçekleştirebilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda tapu müdürlüğüne kanunda belirtilen hallerde re'sen terkin yetkisi verilmesi, tapu sicilinin maddi hukuk bakımından anlamsız hale gelen tescillerden arındırılması bakımından önemlidir. Kanaatimizce elektronik tapu sicilinin sunacağı imkanlarla beraber ele alındığında, benzer bir düzenlemeye TMK'da yer verilmesi yararlı olacaktır. Zira re'sen terkin imkânı zaten maddi hukuk anlamında sona ermiş bulunan haklar için söz konusu olacaktır. Aksi takdirde gerçekte mevcut olmayan pek çok kayıt tapu sicilinde yer almaya devam edecektir. Bu durum, tapu sicilinin gerçek durumu doğru şekilde yansıtamaması sonucunu doğurur. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunda yeni bir düzenleme getirmek tek başına yeterli olmayacaktır. Tapu idaresi, yayınladığı genelgeler yahut duyurular ile, kanun hükümlerinin uygulanmasının önüne geçebilmektedir. Dolayısıyla tapu idaresinin tutumu, kanunda getirilecek bir düzenlemenin işlevsel olup olmaması bakımından önem taşımaktadır.

Terkin işleminde olduğu gibi, düzeltme işleminde de kural olarak tapu memurunun re'sen harekete geçmesi söz konusu değildir. Yalnızca basit yazı yanlışlıkları bakımından tüzük kuralları uyarınca re'sen düzeltme imkânı kabul edilmiştir (TMK m. 1027/3). Ancak bu hükmün uygulama bakımından karşılığının olduğu söylenemez. Zira ana veya yardımcı siciller üzerinde yapılmış hata veya

eksiklikler, çoğunlukla ilgililerce sunulan veya başka idarelerce düzenlenen belgelerden (örneğin mirasçılık belgesi, nüfus kayıtları vs) kaynaklanmaktadır. Bu durumda ilgililerin gerçek durumu kanıtlayıcı belgelere dayalı başvuruları üzerine, istem yevmiye defterine kaydedilerek gerekli düzeltme yapılacaktır (TST m. 74/3).

Tapu Sicili Tüzüğü'nde kayıt düzeltmeleri için müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu tutulması (m.75/4), uygulamada tapu kaydında yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi talepli davalar bakımından bir dava şartı olarak görülmüştür. Bunun sonucunda tapu müdürlüklerine başvurulmaksızın açılan davaların usulden reddi yönünde kararlar verilmiştir. Meselenin bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi ve mahkemenin hak ihlali kararı vermesi sonrasında ise, tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerine ilişkin yanlışlığın düzeltilmesi için tapu müdürlüğüne başvurulmaksızın doğrudan dava yoluyla talepte bulunulmasının önü açılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2018.
- Antalya, O. Gökhan ve Topuz, Murat. *Eşya Hukuku Cilt IV/1*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Arnet, Ruth. *Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Arnet, Ruth ve Roth, Nicole. “Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB”, *Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess Verlag, 2015.
- Atamulu, İsmail ve Köroğlu, Emre. “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sifatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1 (2018), ss. 149-181.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aybay, Aydın ve Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Ayiter, Nuşin. *Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 1987.
- Badur, Emel ve Turan Başara, Gamze. “Terörle Mücadele Kanunu’nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017 (128), ss. 273-306.
- Brückner, Christian ve Kuster, Mathias. *Die Grundstücksgeschäfte - Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*. Zürich: Schulthess Verlag, 2021.
- Deillon-Schegg, Bettina. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, 2016.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Genna, Gian Sandro. “Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse”, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 89/2008, ss. 65-82.
- Göksu, Tarkan. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Gümüş, Mustafa Alper. “Alacaklı ve Borçlu Sifatlarının Birleşmesi (BK m. 116)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2 (2008), ss. 25-59.
- Gürsoy, Kemal T.; Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hitz, Flurina. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Homberger, Arthur. *Zürcher Kommentar zum ZGB: Band IV: Das Sachenrecht*. Zürich, 1938.
- Kernen, Alexander. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

- Kurt, Ekrem. *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*. İstanbul: Kazancı Yayınları, 2004.
- Mooser, Michel. *Commentaire Romand Code Civil II*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Mühlematter, Adrian ve Stucki, Stefan. *Grundbuchrecht für die Praxis*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2017.
- Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Öncü, Azim. “Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Hakka İlişkin Terkin Edilmemiş Şerhin Etkisi ve Yargıtay’ın Konuya Yaklaşımı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2 (2020), ss. 649-664.
- Burak Özen, “Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vadi Sözleşmesinin Şerhi”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, C. I, Eşya Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, ss. 151-191.
- Pellascio, Michel. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Pfammatter, Aron. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Polat, Hatice. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1984.
- Rüegg, Jonas. “Die Rolle des Grundbuchverwalters nach dem Vorkaufsfall”, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 99/2018, s. 133-150.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Elbir, Halid Kemal. *Türk Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963.
- Schmid, Jörg. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Schmid, Jörg. “Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts”, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 93/2012, ss. 154-169.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Sütçü, Mustafa Nezh. *Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Tekinay Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Thurnherr, Christoph. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Ünal, Mehmet. “Malik Lehine Sınırlı Ayni Hak Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1 (2008), ss. 223-236.
- Ünal, Mehmet ve Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk ve Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2022.

2 TEMMUZ 2019 TARİHLİ YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNE İLİŞKİN LAHEY KONVANSİYONU'NA İLİŞKİN GENEL ESASLAR^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Gizem HALİS KASAP^(**)**

Öz

2 Temmuz 2019 tarihinde, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (Hague Conference on Private International Law - HCCH) neticesinde nihai hali üzerinde anlaşmaya varılan Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Konvansiyonu ("Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu" veya "Konvansiyon") ülkelerin imzasına açılmıştır.^(*) Konvansiyon temel olarak bir Akit Devlet (menşe ülke) mahkemesi tarafından verilen hukuki veya ticari mahkeme kararlarının bir diğer Akit Devlette (başvurulan ülke) tanınması ve tenfizinin sağlanmasını amacına hizmet etmektedir.

Geniş bir perspektiften bakıldığında ise Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu⁽²⁾ ile ayrıca bazı açılardan New York Konvansiyonu olarak bilinen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu⁽³⁾ ("New York Konvansiyonu") ve Singapur Konvansiyonu olarak bilinen Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nu ("Singapur Konvansiyonu")⁽⁴⁾ tamamlayan bir rejim oluşturarak milletlerarası özel hukuk alanında önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Geniş çapta benimsendiği ve adil bir şekilde uygulandığı takdirde, yeni Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu sınır ötesi ticari işlemlerin istikrarına ve öngörülebilirliğine önemli ölçüde katkıda bulunma ve böylece ticaret, yatırım ve küresel ekonominin büyümesini teşvik etme yolunda önemli bir potansiyele sahiptir.

Bu çalışmada, öncelikle Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun uygulama alanı incelenecektir. Akabinde Konvansiyona hakim ilkeler ele alınarak tanıma-tenfiz bakımından öngörülen rejimin çerçevesi ve esasları ortaya konulacaktır. Bunu takiben dolaylı yargı yetkisi halleri ile tanıma-tenfize ilişkin ret sebepleri incelenecektir. Nihayet henüz Tanıma ve Tenfiz Konvansiyonu'nu imzalamamış olan Türkiye'nin ileride bir âkit devlet olması ihtimalini binaen Konvansiyon'un milletlerarası özel hukuk uygulamasında yarattığı beklentiler, Dünya'nın en büyük ekonomilerinden olan Amerika Birleşik Devletleri'nin Konvansiyon'u imzalaması, Avrupa Birliği'nin Konvansiyon'a katılımı ile 22. Diplomatik Konferans toplantısında Çin'in Konvansiyon'a gösterdiği ilgi değerlendirilerek Konvansiyon'un vadettikleri ele alınacaktır.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.03.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1174238.

^(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD / Samsun, Türkiye.
E-posta: gizem.haliskasap@omu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2227-2774>.

⁽¹⁾ Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. "Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters", Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>.

⁽²⁾ Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. "Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements", Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf>.

⁽³⁾ Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", UNCITRAL, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>.

⁽⁴⁾ Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. "United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation", UNCITRAL, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Anahtar Kelimeler

Tanım, Tenfiz, Mahkeme Yargılaması, Yabancı Mahkeme Kararları, Dolaylı Yargılama Yetkisi, Tanınma ve Tenfiz Reddi.

GENERAL PRINCIPLES ON CONVENTION OF 2 JULY 2019 ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGEMENTS**Abstract**

The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (the Hague Judgments Convention) was opened for signature on July 2, 2019, following the final agreement reached at the Hague Conference on Private International Law (HCCH). The Convention aims to facilitate the recognition and enforcement of civil or commercial judgments rendered by a court of one Contracting State (originating country) in another Contracting State (requested country).

From a legal perspective, the Hague Judgments Convention serves as a complementary regime, filling a significant gap in the field of private international law. It complements the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention), and the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the Singapore Convention). By establishing a comprehensive framework, the Convention harmonizes and provides legal clarity for cross-border transactions. Its adoption and proper implementation hold substantial potential to enhance the stability, predictability, and efficiency of international business dealings, thereby promoting trade, investment, and global economic growth.

This study examines the Convention's scope of application, which encompasses civil or commercial judgments. It explores the underlying principles and outlines the framework for the recognition and enforcement of judgments, including the criteria for eligibility, grounds for refusal, and cases of indirect jurisdiction. Furthermore, it assesses the expectations generated by the Convention, such as the possibility of future accession by Turkey, the signing of the Convention by the United States as a prominent economic power, the participation of the European Union, and the interest shown by China at the 22nd Diplomatic Conference. These considerations shed light on the Convention's legal implications and its potential impact on the field of private international law.

Keywords

Recognition, Enforcement, Litigation, Foreign Court Decisions, Indirect Jurisdiction, Refusal of Recognition and Enforcement.

Extended Abstract

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (the Hague Judgments Convention), which is the culmination of approximately 50 years of work by the Hague Conference on Private International Law (HCCH), was opened for signature on July 2, 2019 to all states. The Convention aims to facilitate and ease the enforcement of foreign judgments on civil or commercial matters between States Parties and to harmonize the recognition and enforcement of judgments throughout the globe. By this means, the Convention attempts to create a system that operates as the litigation equivalent to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention).

From a broader perspective, the Hague Judgments Convention fills a critical lacuna in the field of private international law by creating a regime that will complement the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements as well as the New York Convention and the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, known as the Singapore Convention. The Hague Judgments Convention, if widely adopted and reasonably implemented, has significant potential to contribute significantly to the stability and predictability of cross-border business transactions, thereby stimulating trade, investment, and the growth of the global economy.

The Convention is divided into four chapters. Chapter 2 lies at the heart of the Convention and brings the framework recognition and enforcement. Article 4 of the Convention sets forth the core obligation for the circulation of

judgments among the States, according to which a judgment given by a court of a Contracting State shall be recognized and enforced in another Contracting State in accordance with the provisions of Chapter 2. A foreign judgment that satisfies the filters laid down by Article 5 of the Convention and Article 6 is eligible for recognition and enforcement. Nonetheless, the judgment's eligibility to circulate may be objected to under Article 7, which establishes an exhaustive list of grounds for refusal. That being said, Article 7 permits, as opposed to requiring, the requested State to refuse recognition or enforcement. Subject to the exclusive jurisdiction for the recognition and enforcement of a judgment that ruled on rights in rem in immovable property under Article 6, Article 15 reserves the right of a requested State to recognize or enforce foreign judgments based on domestic law.

Both the lessons learned from the Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and the interest of the states that play an essential role in international cross-border commercial transactions and trade, investment, and global economy paint a more promising picture for the Hague Judgments Convention. Overall, the long and challenging road in establishing the Hague Judgments Convention indicates that States wish to retain their sovereign power over the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters. But their years of commitment to negotiations and their determination to reach consensus also reflect the emphasis on recognition and enforcement. In this context, the adoption of the Hague Judgments Convention should be welcomed as an expression of remarkable open-mindedness and commitment to global cooperation.

I. TANIMA-TENFİZ KONVANSİYONU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. KONVANSİYONUN AMACI

2 Temmuz 2019 tarihinde Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (HCCH) tarafından Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Konvansiyonu adıyla yeni bir çok taraflı konvansiyon kabul edilmiştir. Konvansiyon'un yürürlüğe girmesiyle Akit Devletler diğer Akit Devletlerden birinin mahkemeleri tarafından verilen hukuki veya ticari kararların tanıma ve tenfizini taahhüt etmekte olup bunu yaparken temeldeki uyumsuzluğun esasına ilişkin bir inceleme (*merit review*) yapmamayı üstlenmektedir.

Konvansiyon sınır ötesi ticari işlemlerin istikrarına ve öngörülebilirliğine önemli ölçüde katkıda bulunmayı, böylece kararlarının tanınması ve tenfizi için oluşturulacak yeknesak temel kurallar ile mahkeme kararlarının etkili şekilde tanınması ve tenfizinin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Konvansiyon'un kabul edilen resmi metninde ifade edilen bir diğer amaç ise yabancı mahkeme kararları bakımından 2005 Tarihli Yetki Antlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu'nu tamamlayabilmektir. Bununla birlikte her ne kadar açıkça ifade edilmese de Tanıma-Tenfiz Konvansiyon'un, New York Konvansiyonu ile Singapur Konvansiyonu'nu çeşitli açılardan tamamlayacak bir rejim yaratarak milletlerarası özel hukuk alanındaki önemli bir boşluğu doldurmaya da hizmet ettiği görülmektedir.¹

¹ Olivia Stitz, "Comity, Tipping Points, and Commercial Significance: What to Expect of the Hague Judgments Convention", Corp. & Bus. L.J. 2, S. 1 (2021), 211-214.

B. TANIMA-TENFİZ KONVANSİYONU'NUN 1971 TARİHLİ LAHEY KONVANSİYONU İLE TEMEL FARKLARI

2019 tarihli Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu ile ismen de neredeyse aynı olan 1 Şubat 1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Konvansiyonu² (“1971 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu” veya “1971 Konvansiyonu”), Lahey Konferansı’nın çok taraflı bir tanıma-tenfiz anlaşması hazırlama girişimindeki ilk büyük başarısı olarak nitelendirilebilir. Hemen değinmek gerekir ki bu Konvansiyon’a yalnızca beş devlet taraf olmuştur.³ Dolayısıyla bu Konvansiyon’un oluşturulmasındaki başarı ülkelerin taraf olması sürecinde benzer akibeti izlememiş ve Konvansiyon geniş çaplı bir kabul görmemiştir.

1971 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu’nun başarısızlığı, daha sonra geniş kapsamlı bir sözleşme taslağı hazırlama girişimini teşvik etmiş ve uzun yıllar sürmesine rağmen sürekli çabalar meyvesini vererek Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı’nın en yeni ürünü olan 2019 Konvansiyonu ortaya çıkmıştır.⁴ 2019 Konvansiyonu’nda, 1971 Konvansiyonu’nun başarıya ulaşmaması sebepleri göz önünde bulundurularak selefine göre ilerleme kaydetmeyi amaçlayan farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu farklılıklardan ilki konvansiyonun genel yapısına ilişkindir ve bu anlamda 1971 Konvansiyonu mutad olmayan bir yapıda oluşturulmuştur. Şöyle ki, 1971 Konvansiyonu her ne kadar çok taraflı olarak müzakere edilmişse de nihayetinde iki taraflı olarak yürürlüğe girecek şekilde tasarlanmıştır.⁵ 1971 Konvansiyonu’nun iki Akit Devlet arasında fiilen uygulamaya konulabilmesi için, iki Devletin Konvansiyon’a taraf olmasının yanı sıra ayrıca ek bir ikili anlaşmaya varmaları aranmaktadır. Bu ek ikili anlaşma mekanizmasıyla, 1971 Konvansiyonu’nun yalnızca bu yönde ikili bir anlaşma imzalamış olan Akit Devletler arasında uygulanabilir olması amaçlanmıştır. Bu mekanizma ile Akit Devletlerin, herhangi bir diğer Akit Devletle ilgili olarak, bu Devlet mahkemelerince verilen kararların karşılıklı olarak tanınmasını kabul edip etmeme konusunda Akit Devletlere bir özgürlük verdiği görülmektedir.⁶ Sonuç olarak, 1971 Konvan-

² Konvansiyon’un İngilizce metni için bkz. “Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>.

³ Bu devletler Arnavutluk, Kıbrıs, Kuveyt, Hollanda ve Portekiz’dir. “Status Table, Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=78>.

⁴ Kurt H Nademann, “The Common Market Judgments Convention and a Hague Conference Recommendation: What Steps Next” Harv L Rev 82, S. 6 (1969): 1283.

⁵ Arthur T von Mehren, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference” Law & Contemp Probs 57, S. 3 (1994): 275.

⁶ Temelde ise bu iki taraflı ek anlaşma, müzakereci devletlerden bazılarının, diğer müzakereci devletlerin yargılarına olan güven eksikliğini göstermekte olup belirli ülkelerden alınan kararların kalitesi

siyonu alışılmışın dışında bir yapıda inşa edilmiş ve bu itibarla hem ikili hem de çok taraflı anlaşmaya ilişkin unsurları birleştirmektedir.

Her ne kadar bu ek ikili anlaşma usulü bazı yazarlarca desteklense de⁷ öğretideki genel kanı ek anlaşmanın, 1971 Konvansiyonu'nun işleyişini büyük ölçüde karmaşıktırdığı şeklindedir.⁸ Gerçekten de ek ikili anlaşma usulü aslında 1971 Konvansiyonu'nu bir model kanuna indirgemekte, devletlere bu çok taraflı Konvansiyon'a taraf olmaları için herhangi bir teşvik sunmamaktadır.

Bu hatadan dersler çıkarılarak hazırlanan 2019 Konvansiyonu'nda ise ek ikili anlaşma usulü yerine Akit Devletlere ikili ilişkilerin kurulmasını önleme imkânı (*opting-out*) tanınmıştır. Ek ikili anlaşma yapısıyla karşılaştırıldığında, 2019 Konvansiyonu'ndaki *opting-out* imkanının Akit Devletleri Konvansiyonu etkin kılmak için tekrar tekrar anlaşma yapma zorunluluğundan kurtarabileceği söylenebilirse de *opting-out* usulü yine de selef Konvansiyon'da yer alan anlaşma yapısını anımsattığı yönünde eleştiriler mevcuttur.⁹

2019 Konvansiyonu'nda bir diğer önemli yenilik ise dolaylı yetki kurallarına (*indirect jurisdiction*) ilişkindir. Her ne kadar 1971 Konvansiyonu'ndaki dolaylı yargı yetkisine ilişkin kurallar, 2019 Konvansiyonu'nda küçük değişikliklerle veya hiç değişiklik olmaksızın kabul edilse de halef Konvansiyon'da daha çeşitli dolaylı yetki kurallarına yer verilmiş ve devletlerin kabul edebileceği ortak zeminlerin sayısı artmıştır. Bu anlamda ilk dikkate değer değişiklik taşınmazlar ile ilgili hukuki ihtilaflara ilişkin dolaylı yetki kurallarında gözükmektedir. Taşınmazlarla ilgili hukuki ihtilaflar için dolaylı yargı yetkisi 1971 Konvansiyonu'nda genel olarak uyuşmazlığa konu taşınmazın bulunduğu yerin (*forum situs*)¹⁰ yetkili olduğu şeklinde kabul edilmişken 2019 Konvansiyonu'nda, sırasıyla taşınmaz kirası,¹¹ taşınmaz mal üzerindeki aynı hakla güvence altına alınan sözleşmeden doğan yükümlülüğü¹² ve taşınmaz mal üzerindeki aynı hakları¹³ ele alan üç ilave

hakkındaki endişeleri giderme amacıyla kabul edilmişti. Wenliang Zhang ve Guangjian Tu, "The 1971 and 2019 Hague Judgments Conventions: Compared and Whether China Would Change Its Attitude Towards the Hague" *Journal of International Dispute Settlement* 11, S. 4 (2020): 4.

⁷ Ronald A. Brand, "The Circulation of Judgments Under the Draft Hague Judgments Convention" *Faculty Publications at Scholarship at Pitt Law*, 453 (2019): 355.

⁸ Hans van Loon, "Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters" *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, S. 1 (2020): 4, 5.

⁹ Bu nedenle, öğretideki bazı yazarlarca bu yapı "ters ikili anlaşma" olarak adlandırılmıştır. Michael Douglas, "The Culmination of the Judgments Project: The HCCH Judgments Convention", *Oxford Business Law Blog*, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/08/culmination-judgments-project-hcch-judgments-convention>. Buradan hareketle *opting-out* mekanizmasının da 1971 Konvansiyonu'na benzer şekilde 2019 Konvansiyonu'nu da sadece ikili anlaşmalar için bir model anlaşma haline indirgemesi riski söz konusudur.

¹⁰ 1971 Konvansiyonu, m.10(3).

¹¹ 2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu, m. 5(1)(h).

¹² *ibid* m.5(1)(i).

¹³ *ibid* m.6.

hüküm getirilmiştir. Bir başka önemli fark, 2019 Konvansiyonu'nda sözleşmeden doğan yükümlülüklerle ilişkin dolaylı yargı yetkisinin tesisinde akdin ifasının gerçekleştiği veya gerçekleşmesi gerektiği Devletin mahkemesinin yetkili olarak kabul edilmesinde göze çarpmaktadır.¹⁴

2019 Konvansiyonu, 1971 Konvansiyonu'nda dikkate alınmayan tröstlere¹⁵ ilişkin bir seçimlik dolaylı yargı yetkisi de ekleyerek listeyi zenginleştirmiştir.¹⁶ Nihayet, tüketicilere ve işçilere karşı yargı yetkisinin uygulanabilirliğini sınırlamak veya tamamen engellemek için 1971 Konvansiyonu'nda daha önceden olmayan bir istisna hükmü getirilmiştir - ki bunun da zayıf tarafı koruma gayesiyle yapıldığı açıktır.¹⁷

C. TANIMA-TENFİZ KONVANSİYONUN UYGULAMA ALANI

1. Konu Bakımından Uygulama Alanı

a. Hukuki veya Ticari Konular

Tanıma ve Tenfiz Konvansiyonu'nun m.1/1 ve 2 hükümlerinde Konvansiyonu'nun konu bakımından uygulama alanı hüküm altına almaktadır. 1215/2012 sayılı Brüksel I bis Tüzüğü¹⁸ (m. 1) ve ayrıca 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu'na (m. 1 ve 2) benzer bir düzenleme getiren Konvansiyon'da hangi mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine uygulanacağı konusunda olumlu bir şekilde tanımlama yapılmış ve "hukuki veya ticari konulardaki" mahkeme kararlarının kapsam dahilinde olduğu ortaya konulmuştur.

Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun m.1/1 hükmünde Konvansiyon'un gelir, gümrük veya idari hususlarda uygulanmayacağı ise olumsuz bir tanımlama yapılmak suretiyle açıkça kapsamdan hariç tutulmuştur. Brüksel I-bis Tüzüğü'nde de benzeri görülen bu açıkça kapsam dışı bırakma yönündeki düzenlemenin¹⁹ ulusal hukuklarında özel ve kamu hukuku ayrımı bulunmayan devletlerde Konvansiyonu'nun uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla yapıldığı söylenebilir.²⁰

¹⁴ ibid m.5(1)(g).

¹⁵ Tröst taraflarının kurucu, güvenilen ve lehtar olduğu kurucu, kendi mülkiyetinde olan bir mal varlığı unsurunu güvenilen kişiye devrettiği ve güvenilen kişi de bu mal varlığı unsurunu lehtarın çıkarları doğrultusunda ve malik sıfatıyla elinde tuttuğu hukuki yapıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*. On İki Levha Yayıncılık, 2020.

¹⁶ ibid m.5(1)(k).

¹⁷ ibid m.5(2).

¹⁸ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), Eur-Lex, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>.

¹⁹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters m. 1 ("Brüksel I-bis Tüzüğü").

²⁰ Francisco Garcimartín ve Geneviève Saumier, *Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, Preliminary Document. No 1* (Netherlands: HCCH Permanent Bureau, 2018), para. 28.

b. Kapsam Dışı Olan Konular

Konvansiyon'un konu bakımından uygulama alanına hukuki ve ticari konulara ilişkin mahkeme kararları dahil olsa da Konvansiyon m.2/1 hükmü ile bu kapsam uzun bir liste ile sınırlandırılmıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki "belirli konulara ilişkin beyanlar" başlıklı m.18 ile Akit Devletlere diğer Akit Devletler ile ilişkilerinde Konvansiyon'un konu bakımından uygulanabilirliğini daha da sınırlamak istemesi halinde ayrıca bir güvence de sunulmaktadır.

Söz konusu madde uyarınca bir Devletin Konvansiyon'u belirli bir hususta uygulamama yönünde güçlü bir menfaati bulunuyorsa, bu Devlet Konvansiyon'un bu hususta uygulanmayacağını beyan edebilir. Her ne kadar böyle bir beyanda bulunma imkânı Akit Devletlere sunulmuş olsa da bu beyanın geniş olarak uygulanmaması ve böylece Konvansiyon'un etkililiğinin azaltılmasının önüne geçilmesi amaçlandığı hükmün kaleme alınış şekline anlaşılmaktadır. Zira, aynı maddede Konvansiyon'u belirli bir hususta uygulamamakta güçlü bir menfaati olduğunu beyan eden Devlet'in beyanın gerektiğinden daha geniş olmamasını ve kapsam dışında bırakılan hususun açık ve kesin olarak belirlenmesini temin etmesi aranmıştır.

Konvansiyon'un kapsam dışı bıraktığı hususlara dönülecek olursa görülecektir ki m.2 kapsamındaki istisnalardan bazıları, Brüksel I-bis Tüzüğü'nün m.1/2 kapsamında hariç tutulan gerçek kişilerin statüsü ve ehliyeti, nafaka yükümlülükleri, diğer aile hukuku meseleleri, vasiyetname ve miras, iflas, tahkim gibi konularla benzerlik taşımaktadır. Bununla birlikte, Konvansiyon birçok bakımdan aslında daha da ileri gitmekte ve kural olarak hukuki veya ticari konular kategorisine girecek sair konuları da hariç tutmaktadır.

Bu kapsam dışı konulardan bazıları ise özellikle dikkat çekicidir ve müzakereler sırasında hararetli tartışmalara konu olmuştur. Bu çerçevede örneğin m. 2/1(k)-(l) ile hakaret ve özel hayatın gizliliğine ilişkin kararların kapsamdan hariç tutulmasının hassas olarak düzenlenen bu alanlara ilişkin iç hukuk kural ve politikalarının birbirinden farklılık arz etmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Çeşitli hukuk sistemleri arasında sadece özel hayatın gizliliğine ilişkin ilkelerinin tanımı ve kapsamı açısından değil, bu gizliliğin ihlali nedeniyle açılacak dava türleri ve ulusal yargı yetkisi açısından da önemli farklılıklar bulunmaktadır.²¹ Hakaret ve özel hayatın gizliliğine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi genellikle bir yandan ifade özgürlüğü diğer yandan ise kişilik hakları olmak üzere farklı temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Tanıma-tenfiz talep edilen devlet mahkemeleri bu tür temel hak ve özgürlükler bakımından makul olmayan veya orantısız bir denge olduğu kanaatine varırsa kararın tanın-

²¹ David P. Stewart, "Current Developments: The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters", *American Journal of International Law* 113, S.4 (2019): 776.

ması veya tenfizini reddedeceği açıktır. Misalen ABD Federal Anayasası'nda "İfade Hakkını" düzenleyen Ek Birinci madde (*First Amendment*) ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court*) içtihatları ile ABD'nin ifade özgürlüğünü destekleyen güçlü politikası nedeniyle Türkiye'de hakaret nedeniyle kişilik hakları haksız saldırıya uğrayan kişi, ABD'de bu kararın tanınması ve tenfizi aşamasında önemli engellerle karşılaşabilir.²²

Konvansiyon'un kapsamı dışında bırakılan ve yine müzakereler sırasında oldukça tartışmaya konu olan bir diğer konu ise m. 2/1(k)-(l)'de yerini bulan fikri mülkiyettir. Fikri mülkiyetin Avrupa ve küresel pazarlar için önemi ışığında, müzakerelerde AB başlangıçta fikri mülkiyet kararlarının Konvansiyon kapsamına tamamen dahil edilmesi yönünde bir pozisyonu savunmakta idi.²³ Ancak, taslak Konvansiyon'un hazırlaması sürecinde, fikri mülkiyet kararlarının ele alınması tartışmalı bir konu haline evrilmiştir. Bir grup delege tarafından fikri mülkiyetin esasen hükümet politikasına ilişkin hususları içerdiği ve yalnızca "hukuki veya ticari" meseleler olmadığı şeklinde gerekçeler ileri sürülmüşken fikri mülkiyet meselesinin tamamen dışlanması ise büyük ölçüde ülkesellik ilkesine bağlanmaktadır.²⁴ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ülkesellik ilkesini korumayı amaçlayan çeşitli güvencelerin kabul edilmesi gündeme gelmişse de²⁵ sonuç fikri mülkiyete ilişkin kararların nihai olarak Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu kapsamından çıkarılması şeklinde olmuştur.

c. Tanımı İtibariyle Karar

Konvansiyon m.3/1(b)'de "tanımlar" başlıklı madde altında yer alan "karar" tanımı, Konvansiyon'un konu bakımından uygulama alanını da belirlemeye hiz-

²² 10 Ağustos 2010'da Eski Başkan Barack Obama, mahkeme yabancı kararın Anayasa'nın Ek Birinci maddesine uygun olduğunu tespit etmedikçe, ABD yerel mahkemelerinin yabancı kişilik haklarının ihlaline ilişkin kararlarını uygulamasını veya tanınmasını engelleyen "SPEECH Act" olarak bilinen bir yasaya imza atmıştır. Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act, Pub. L. No. 111-223, 124 Stat. 2380 (2010) (28 U.S.C. §§ 4101-4105 (Supp. IV 2011)).

²³ "Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights", Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/284b672a-9e4a-44db-856e-6d247df19b9a.pdf>.

²⁴ Andrea Bonomi ve Cristina M. Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", *Yearbook of Private International Law* 20, (2018/2019): 544; Lydia Lundstedt, "The Newly Adopted Hague Judgments Convention: A Missed Opportunity for Intellectual Property", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* S.50, (2019): 935.

²⁵ Bu güvencelere örnek olarak fikri mülkiyete ilişkin mahkeme kararlarının ancak fikri mülkiyet hakkının tescil edildiği ve/veya korunduğu bir Akit Devletteki bir mahkeme tarafından verilmesi veya bir fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin mahkeme kararının, ancak mahkemenin kendi topraklarında var olan bir ihlal bakımından karar vermesi halinde tanıma ve tenfiz için uygun olabileceği sınırlamaları zikredilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lundstedt, "The Newly Adopted Hague Judgments Convention: A Missed Opportunity for Intellectual Property", 935.

met etmektedir. Bu tanıma göre Konvansiyon kapsamına giren tüm konularda verilen esasa ilişkin kararların hepsi mahkeme kararı, emir, kararname veya başka bir şekilde adlandırılıp adlandırılmadığına bakılmaksızın tanıma veya tenfize tabi olabilecek bir kararı ifade etmektedir. Bu çerçevede parasal olmayan kararlar (örneğin yapma veya yapmama borçlarına ilişkin kararlar), davalının cevap vermemesi veya yokluğu neticesinde verilen kararlar (*default judgments*) esasa ilişkin kararlar olduklarından tanınıp tenfiz edilebilecektir. Konvansiyon'da ayrıca mahkeme tarafından masraf ve harcamalara ilişkin hükümlerinin de karar tanımı kapsamına girdiği ortaya konmuştur.²⁶

Bununla birlikte, Konvansiyon, geçici koruma tedbirlerine uygulanmayacaktır. 1999 tarihli taslak Konvansiyon m.13'te davanın esası hakkında karar verme yetkisine sahip mahkeme tarafından verilen geçici tedbirlerinin kapsama dahil olduğu düşünülünce nihai haliyle Konvansiyon'un pratikte önemli sonuçları olan geçici koruma tedbirleri bakımından uygulanmayacak oluşu bir eksiklik olarak zikredilebilir.²⁷

Karara ilişkin Konvansiyon'un getirdiği tanım incelenirken aynı zamanda m.4/3 hükmü de gözetilmelidir; zira bir kararın ancak menşe ülkede etkisi var ise tanınıp ancak menşe ülkede icra edilebiliyor ise tenfiz edilebileceği Konvansiyon'a ilişkin genel esaslar çerçevesinde ortaya konmuştur. Aynı maddenin 4. fıkrası ise bu hükmü tamamlar şekilde 3. fıkrada belirtilen mahkeme kararının menşe ülkede kanun yollarına konu edilmesi veya olağan kanun yollarına başvuru süresinin henüz sona ermemesi hallerinde tanıma veya tenfizin ertelenebileceği veya reddedilebileceğini hüküm altına almaktadır. 3. fıkranın aksine burada Akit Devlet mahkemesi bakımından bir zorunluluk olmayıp mahkemenin takdir yetkisi söz konusudur. Buna göre kararın şekli anlamda kesinleşmediği yani kanun yoluna konu olduğu veya olağan kanun yollarının açık olduğu hallerde tanıma veya tenfiz istenen Akit Devlet mahkemesi bu yöndeki kararını erteleyebileceği gibi tanıma-tenfiz talebini reddedebilir.²⁸

²⁶ Mahkeme tarafından masraf ve harcamalara ilişkin hükümlerin de kapsama dahil olduğunu ifade eden bu tanımla uyum içerisinde olarak Konvansiyon'un 14. maddesi 2. fıkrasında teminat, kefâlet veya depozitoyla ilgili yükümlülüklerden muaf olan herhangi bir kişi aleyhine verilen yargılama giderlerinin veya masraflarının ödenmesine ilişkin bir kararın, lehine karar olan kişinin başvurusu üzerine, herhangi bir diğer Akit Devlette tenfiz edilebilir hâle getirilecektir.

²⁷ Bonomi ve Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", 545.

²⁸ Uygulamada tanıma-tenfiz mahkemesinin bu yöndeki kararını ertelemesi milletlerarası bekletici mesele kurumunu gündeme getirecektir. Her ne kadar Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalar bakımından yabancı mahkemelerden görülen davaların bekletici mesele sayılacağı hususunda açık bir hüküm bulunmasa da HMK m.165 ile Türk mahkemesinin başka bir mahkemede görülmekte olan davayı bekletici sorun yapabileceği iç hukukta kabul edilmiştir. Buna karşın Yargıtay'ca yabancı mahkemece verilecek kararın henüz tanıma-tenfizi yapılmamış olsa bile Türk mahkemesince verilecek hükme esas alınmak üzere bekletici mesele yapılabileceğine ilişkin verilmiş kararlar mevcuttur. Y15. HD, 21.06.2012, E. 2011/2901 K., 2012/4661 (www.lexpera.com). Gerçekten de Lahey Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu rejimi sistemi içerisinde yabancı mahkemenin

Nihayet belirtmek gerekir ki Konvansiyon m.11’de Akit Devlet mahkemele-
rinin biri tarafından onaylanan ya da bir Akit Devlet mahkemelerinde gerçekleşen
yargılama esnasında yapılan ve kararın verildiği menşe ülkesinde mahkeme kara-
rı olarak icra edilebilen sulh anlaşmalarının mahkeme kararı gibi tenfiz edileceği
açıkça ifade edilmiştir. Singapur Konvansiyonu m.1/3 de benzer bir düzenleme
getirerek her iki Konvansiyon’un uygulama alanı konusunda sınırları çizmiş ve
böylece Konvansiyonların uygulama alanları bakımından bir örtüşme ve çatışma
olmasının önüne geçilmiştir.²⁹

2. Yer Bakımından Uygulama Alanı

Konvansiyon m.1/2 hükmünde Konvansiyon’un Akit Devletlerden birinin
mahkemesi tarafından verilen kararın diğer bir Akit Devlette tanınması ve tenfi-
zinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Konvansiyon m.24 1 ve 3. fıkraları
uyarınca ise, şu anda Lahey Konferansı’na üye olmayan devletler de dahil olmak
üzere, Konvansiyon tüm devletlerin imzasına ve katılımına açıktır. İşte bu şekil-
de sınırsız olarak tüm devletlerin imzasına açılma her ne kadar Konvansiyon’un
global olarak başarılı olması amacına hizmet etse de bu durum kimi yabancı
ülkelerin hukuk ve/veya yargı sistemlerine duyulan güvensizlik ve dolayısıyla
bu Devletlerin yabancı mahkeme kararlarını tanıma ve tenfiz konusundaki ist-
eksizlik ve tereddüdü tetikleyebilir. Bunu önlemek amacıyla Akit Devletlere
Konvansiyon’un diğer bir Akit Devletle arasında ilişki kurma etkisine sahip ol-
madığı bildirme imkânı tanınmıştır.³⁰ Bu çerçevede, 1971 Konvansiyon’u ile kar-
şılaştırma sırasında bahsi geçtiği üzere, 2019 Konvansiyonu’nda ikili ilişkilerin
kurulmasını önleme imkânı (*opting-out*) tanınmış olup bir Akit Devletin, bir veya
daha fazla Akit Devletle ilişkilerinde Konvansiyon’un uygulanmasını engelleme
imkanı bulunmaktadır.

Konvansiyon m.29/ 2 ve 3. fıkrası incelendiğinde ikili ilişkilerin kurulma-
sını önleme imkânının tek bir rejim olarak düzenlenmediği ve iki farklı şekil-
de tanındığı görülmektedir. Şöyle ki, bu hallerden birincisi m.29/2 uyarınca bir
Akit Devlet’in Konvansiyon’a yeni gelen bir Devletle ilişki kurmaya itiraz et-
tiğini tevdi makamına bildirmesi halidir. Görüldüğü üzere bu halde halihazırda
Konvansiyon’u imzalamış, tasdiklemiş, kabul etmiş, onamış veya katılmış bir

vereceği kararın tanınıp tenfizi mümkün gözükmemekte ise kararın şekli anlamda kesinleşmediği
yani kanun yoluna konu olduğu veya olağan kanun yollarının açık olduğu hallerde tanıma-tenfiz
mahkemesinin yabancı mahkemede görülen ya da görülebilecek dava lehine bekletici meseleyi
kabul etmesi modern milletlerarası özel hukukunun tanıma-tenfizi destekleyen anlayışı ile daha
uyum içerisindedir.

²⁹ Singapur Konvansiyonu m.1/3 “Konvansiyon, aynı zamanda aşağıdaki sulh Anlaşmalarına uy-
gulanmaz: (a) (i) Mahkemece tasdik edilen veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan; ve (ii)
Mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmaları; (b)
Hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen sulh anlaşmaları”.

³⁰ Bu yönde bkz. Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Con-
vention*, 176.

Akit Devlet'e on iki ay içerisinde daha sonradan diğer bir Devlet tarafından yapılan tasdik, kabul, onama veya katılımın bu Konvansiyon uyarınca iki devlet arasında ilişki kurma etkisine sahip olmadığını bildirme imkânı tanınmaktadır. Bu halde örneğin Konvansiyon kendisi için 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmiş A Devleti ile Konvansiyon ile bağlanmak üzere resmi adımları 15 Ocak 2021 tarihinde atmış ve bu tarihte tevdi ülkesine bildirim yapmış olan B Devleti düşünüldüğünde A Devleti, B Devleti ile aralarında Konvansiyon'un uygulanması istemiyorsa 15 Ocak 2021 tarihinden itibaren on iki ay içerisinde B Devleti ile Konvansiyon'un uygulanması bakımından ilişki kurmaya itiraz ettiğini tevdi makamına bildirebilir.

İkinci halde ise m.29/3 uyarınca Konvansiyon'a yeni gelen bir Akit Devlet halihazırdaki başka bir Akit Devletle ilişki kurmaya itiraz edebilir. İlk ihtimalde halihazırdaki Akit Devlet bakımından *opting-out* imkanı için on iki aylık süre sınırı konulmuşken, Konvansiyon'a yeni gelen Akit Devletler için benzer bir süre öngörülmediği fikranın lafzından anlaşılmaktadır. Gerçekten de Konvansiyon'a bağlanmak isteyen bu yeni Devlet, daha önce hangi devletlerin Akit Devlet olduğunu bildiğinden bu şekilde bir süre tanınmasına gerek de bulunmamaktadır. Bu itibarla yeni gelen Devlet bakımından söz konusu bildirim m.24/2 uyarınca ancak tasdik, kabul, onama veya katılma belgelerinin Konvansiyon'un tevdi ülkesine bildiri sırasında yapılabilecektir. Böylece görüldüğü üzere yeni bir Akit Devlet'in Konvansiyon'u onaylamak veya Konvansiyon'a katılmak için resmi adımları atmadan önce *opting-out* imkanını kullanıp kullanmama konusunda zamanı mevcut olacaktır.³¹ Yukarıdaki örneğe dönülecek olursa bu ihtimalde Konvansiyon'a yeni gelen B Devleti'nin A Devleti kendisi arasında bu Konvansiyon uyarınca ilişki kurma etkisine sahip olmadığını tevdi ülkesine ancak bildirim yaptığı tarihte (15 Ocak 2021 tarihinde) beyan edebilecek olup bu yönde bir bildirimde bulunmazsa Konvansiyon A ve B ülkeleri arasında uygulama alanı bulacaktır.

3. Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun m.1/2 hükmünde Konvansiyon'un Âkit Devletlerden birinin mahkemesi tarafından verilen kararın diğer bir Âkit Devlette tanınması ve tenfizinde uygulanacağı hüküm altına alındıktan sonra m.2/4 ile yargılamanın taraflarından birinin hükûmet, hükûmet temsilcisi veya Devlet adına hareket eden herhangi bir kişi dâhil olmak üzere, bir Devlet olmasının, kararı Konvansiyonu'nun kapsamı dışına çıkarmayacağı açıkça ortaya konmuştur.

Bazı ülke delegelerin bu madde karşısındaki tereddütleri sonucunda ise Konvansiyon m.19 hükmü kabul edilerek ilgili Devlet veya o Devlet adına hareket

³¹ Bonomi ve Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", 547.

eden gerçek bir kişinin veya yine ilgili Devletin bir temsilcisinin ya da Devletin temsilcisi adına hareket eden gerçek bir kişinin taraf olduğu davalardan doğan kararlara Konvansiyon'un uygulamayacağını beyan etme imkanı tanınmıştır.³² Ancak, maddenin devamında böyle bir beyanla, devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda davacı veya davalı oluşuna göre bir ayırım yapılmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle beyanda bulunan bir Akit Devletin, lehte bir kararın tanınması ve tenfizi için Konvansiyon'dan yararlanamayacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca varılabilecek bir diğer sonuç da bir Devletin veya Devlet adına hareket eden herhangi bir kişinin devletin özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği ve egemen yetkilerini kullanmadığı durumlarda bu mahkeme kararlarının Konvansiyon kapsamına gireceğidir, meğer ki m.19 ile bir beyanda bulunulmuş olsun.

II. TANIMA-TENFİZ KONVANSİYONU'NA HAKİM TEMEL İLKELER

Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun "Tanıma ve Tenfiz" başlıklı ikinci bölümü Konvansiyon'un kalbini oluşturuyor olup tanıma-tenfize rejime ilişkin en temel kuralların bu bölümde düzenlendiğini görülmektedir. İkinci Bölüm'ün ilk düzenlenmesi olan m.4 ile tanıma ve tenfize dair beş ayrı esas ortaya konmuştur. Takip eden m.5. ve 6'da tanıma ve tenfizin mümkün olabilmesi için aranan dolaylı yetki kurallarına ilişkin şartlar sıralanmış, m. 7'de ise tenfiz engelleri zikredilmiştir. Bu bölümde görüleceği üzere Konvansiyon tanıma ve tenfiz kuralları bakımından bir ayırım yapmamakta, ikisini de aynı değerlendirmeye tâbî tutmaktadır. Bu sebeple m.4'te düzenlenmiş Konvansiyon'a hakim bu temel ilkeler hem tanıma hem de tenfiz bakımından geçerli olacaktır.

A. KONVANSİYON'UN ANCAK TARAF DEVLETLER ARASINDA UYGULANACAK OLMASI VE TANIMA-TENFİZ TALEBİNİN ANCAK KONVANSİYON'DAKİ SINIRLI SAYIDA BELİRTİLMİŞ OLAN GEREKÇELER UYARINCA REDDEDİLEBİLMESİ

Konvansiyon m.4/1 hükmünün ilk cümlesinde ancak Akit Devletlerden (menşe ülke) birinin mahkemesi tarafından verilen kararın diğer bir Akit Devlette (başvurulan ülke) tanınması ve tenfizinin Konvansiyon kapsamında mümkün olduğu ifade edilmiştir. Benzer şekilde m.1/2 hükmünde de Konvansiyon'un kapsamı çerçevesinde Akit Devletlerden birinin mahkemesi tarafından verilen kararın diğer bir Akit Devlette tanınması ve tenfizinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu ilk fıkrada önem arz eden diğer bir esasa ise ikinci cümlede yer verilmiş olup ise tanıma-tenfiz talebinin ancak ve ancak Konvansiyon'da sınırlı sayıda belirtilmiş olan gerekçeler uyarınca reddedilebileceği ifade edilmiştir. Şu hâlde tanıma veya tenfizin yalnızca Konvansiyon'da belirtilen gerekçelerle reddedile-

³² Paul R. Beaumont, "Judgments Convention: Application to Governments", *Netherlands International Law Review* 67, S.1 (2020): 123.

bileceği ifadesinin mefhum-u muhalifinden Konvansiyon'un uygulama alanına giren durumlarda tanıma veya tenfizini başvurulmuş Akit Devlet mahkemesince ulusal hukuk kapsamındaki diğer gerekçelerle reddedilmesinin mümkün olmayacağı anlaşılmaktadır.

Bu hükmün tam olarak anlaşılması için Konvansiyon m.15'te düzenlenen mahkeme kararlarının iç hukuk uyarınca tanıma veya tenfizlerinin gerçekleştirilebileceği imkanına da değinmek gerekir. Tanıma ve tenfizi olabildiğince mümkün kılmayı amaçlayan Konvansiyon'un bu genel felsefesi (*favor recognitionis*) ile uyumlu olarak m.15 hükmünde tenfiz ülkesinin milli hukukunun³³ daha elverişli tanıma-tenfiz şartları çerçevesinde tanıma ve tenfiz sağlanabiliyor ise Konvansiyon uygulanmayıp milli hukuka göre tenfizinin mümkün olabileceği belirtilmiştir.³⁴ Görüldüğü üzere bu hükümde milli hukukun daha elverişli hükümleri Konvansiyon'un önüne geçebilecekken milli hukuktaki tanıma-tenfiz ret gerekçeleri için benzer bir düzenleme söz konusu değildir.

B. ESASA GİRME YASAĞI

Konvansiyon m.4/2 hükmünde getirilen bir diğer esas ise tanınması-tenfizi istenen kararın esasının incelenmesi yasağıdır. Tanıma-tenfiz hukukunun temel prensiplerinden olan esasa girme yasağı tarafların, talepte bulunulan Akit Devlette aynı davayı yeniden görülmesinde zorlanamamaları güvencesini sağlamaktadır.³⁵ Gerçekten tanıma-tenfiz talep edilen mahkeme, menşe ülke mahkemesinde bir maddi

³³ Bu bağlamda Akit Devletlere tanınmış bir imkan da ya Konvansiyon ya da iç hukuk şeklinde tümünden bir seçim yapmak yerine tanıma-tenfiz talebinde bulunulan ülkenin ulusal hukuku uyarınca mümkün ise hem Konvansiyon hem de ulusal hukuk hükümlerinin tanıma-tenfiz lehine olan hükümlerinin birleştirilebilmesidir. Bonomi ve Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", 146. Bu çerçevede örneğin dolaylı yetki şartını (m.5) sağlamadığı için Konvansiyon'un uygulama alanına girmeyen tenfize konu karar tenfiz mahkemesi ülkesinin hukukunun, örneğin a devleti hukukunun, daha elverişli hükümlerinden yararlanarak bu ülkede tenfizi talebinde bulunulabilir. Ancak örneğin A devleti ulusal hukuku gereğince yabancı başvurucudan teminat, kefalet veya depozito istenmesi söz konusu olacak ise bu takdirde tenfiz başvurusunda bulunan yabancı davacı Konvansiyon'un daha elverişli hükümlerinden yararlanarak (m.14) teminat, kefalet veya depozito ödemekten imtina edebilir.

³⁴ Konvansiyon'un daha elverişli tanıma-tenfiz hukuku bakımından sağladığı bu imkânın tek istisnâysa 6. maddede düzenlenen taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin kararlardır. Kararı veren mahkemenin yetkisine ilişkin şartlar açıklanırken değinileceği üzere taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin tanıma-tenfiz kararlarının tenfiz edilebilmesi için bu kararın muhakkak taşınmazın bulunduğu ülke mahkemelerince verilmesi gerekmektedir. Buna göre Konvansiyon'a taraf olan devletin milli hukuku bu tür kararlar bakımından tanıma-tenfize daha elverişli olsa bile m. 6'daki münhasır yetki kuralı nedeniyle başvurulmuş Akit Devlet'in taşınmazın bulunduğu ülkeden alınan bir mahkeme kararının tenfiz etmeme yükümlülüğü söz konusudur. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tanıma-tenfizi hakkında ayrıntı bilgi için bkz. Ilija Rumenov, "Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 3 (2019): 393-394.

³⁵ Bkz. Michael Martinek, "The Principle of Reciprocity in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments - History, Presence and No Future", Journal of South African Law 2017, S. 1 (2017): 43-46.

vakanın yanlış şekilde kabul edildiği veya kanunun yanlış şekilde uygulandığı gerekçeleriyle tanıma veya tenfizi reddedemeyecektir.³⁶ Ayrıca, muhatap mahkeme, menşe mahkemenin uyguladığı hukuk ile muhatap mahkemenin uygulayacağı hukuk arasında bir uyumsuzluk olduğu gerekçesiyle tanıma veya tenfizi reddedemez.

Her ne kadar tanıma-tenfiz başvurusunda bulunulan kararın esastan incelenmesi mümkün olmasa da örneğin bir kararın Konvansiyon'un uygulama alanına girip girmediği hakkında karar vermek üzere gerekli olduğu ölçüde ancak sadece bununla sınırlı kalmak üzere değerlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir.³⁷ Örneğin Konvansiyon uyarınca tanıma-tenfiz mahkemesinin kararın tenfizi için başvurulabilecek dolaylı yetki hallerinden biri olan m.5/1(b) uyarınca aleyhine tanıma ya da tenfiz istenen gerçek kişinin menşe ülkedeki yargılamaya taraf olduğu tarihte işyerinin merkezinin menşe ülkede olup olmadığına karar vermesi esasa girme yasağını ihlal etmeyecektir, zira Konvansiyon'un uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek üzere bu yönde bir değerlendirme yapılma ihtiyacı olduğundan mahkeme farklı bir neticeye ulaşsa bile bu kararın esası ile ilgili değil Konvansiyon'un uygulanabilirliğine ilişkindir.

C. MENŞE ÜLKEDE İCRA EDİLEBİLME ŞARTI

Konvansiyon m.4/3 hükmü bir kararın ancak kararın alındığı Devlette yani menşe ülkede etkisi varsa tanınıp ancak kararın bu Devlette icra edilebiliyorsa tenfiz edilebileceği esasını getirmiştir. Hükmün kaleme alınış şekline tanıma-tenfiz talep edilen Akit Devlet mahkemesine bir takdir yetkisi tanınmadığı anlaşılmakta olup etkisi veya icra kabiliyeti olmayan bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı emredici olarak düzenlenmiştir.³⁸

Örneğin kararın verildiği ülke hukukunda kararın icrası veya tenfizi için bir süre sınırı öngörülmüşse bu sürenin geçirildiği hallerde artık yabancı kararının icra edilebilirlik vasfını yitirmesi söz konusu olacaktır.³⁹ Yine tanıma-tenfize konu kararın menşe Devlette icra kabiliyetinin istinaf veya temyiz boyunca kendiliğinden veya mahkemenin icranın geri bırakılmasına karar vermesi ile ertelenmesi halinde karar icra edilemeyecek durumda olacaktır.⁴⁰

³⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 563-564.

³⁷ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 82.

³⁸ New York Konvansiyonu m.V/1(e) uyarınca "hakem kararının taraflar için henüz mecburî olmadığı veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabii olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğu" hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddedilebileceği hüküm altına alınmışken mahkeme kararlarına ilişkin 2019 Konvansiyonu'ndan farklı bir rejim getirilerek bu konuda tanıma-tenfiz istenen ülke mahkemesine bir takdir yetkisi tanınmış olduğu görülmektedir.

³⁹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 443; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 622-624.

⁴⁰ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 82.

D. KARARIN ŞEKLİ ANLAMDA KESİNLEŞMEDİĞİ HALLERDE TANIMA-TENFİZ İN ERTELENEBİLMESİ İMKANI

Konvansiyon m.4 son fıkrasında menşe ülkede icra edilebilme şartını tamamlar şekilde tanıma-tenfiz talep edilen mahkeme kararının menşe ülkede kanun yollarına konu edilmesi veya olağan kanun yollarına başvuru süresinin henüz sona ermemesi hallerinde kararın tanıma veya tenfizinin ertelenebileceği veya reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Hemen belirtilmelidir ki bu hükümde getirilen şekli anlamda kesinleşmenin aranmaması imkanı ile -3. fıkranın aksine-Akit Devlet mahkemesine bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Yani diğer bir deyişle bir kararın menşe ülkesinde icra zamanaşımı veya örneğin başka bir sebeple icra edilemediği hallerde ya da örneğin karar istinaf aşamasında bozulmuşsa bu kararın tanınması ve tenfizi üçüncü fıkranın emredici niteliği gereği mümkün olamayacakken kararın şekli anlamda kesinleşmediği yani olağan kanun yoluna konu olduğu veya olağan kanun yollarının açık olduğu hallerde tanıma veya tenfiz istenen Akit Devlet mahkemesine bir takdir hakkı tanınmış olup mahkeme tanıma-tenfiz hakkındaki kararını erteleyebileceği gibi tanıma-tenfiz talebini reddedebilecektir.

Kanun yollarının kararların tanınması veya tenfizi üzerindeki etkisi hukuk sistemlerine göre değişmektedir; dolayısıyla bir kararın ne zaman kesin hüküm teşkil edeceği konusunda tek tip bir pozisyon da yoktur. Kimi ulusal tanıma ve tenfiz hukuku düzenlemelerinde kararın kesinleşmiş olmasına yönelik bir şart bulunmakla birlikte⁴¹ kararın kesinleşmiş olmasının şekli anlamda kesinleşme ile mi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından farklılık göstermektedir.⁴² Bu bağlamda Anglo-Amerikan hukuklarında genel olarak karar bakımından olağan kanun yolları açık olsa veya karar olağan kanun yoluna konu olsa bile ilk derece mahkemesi tarafından söz konusu davada taraflar arasında nihai bir kararın verildiğinde kararın *res judicata* yani kesin hüküm halini aldığı kabul edilmektedir.⁴³ Buna karşın Kıta Avrupası sistemlerinde ise karara karşı kanun yolu imkanının kapalı olduğu hallerde kararın kesinleştiği kabul edildiğinden⁴⁴ kesin hüküm kavramları farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde anlaşılmaktadır.

⁴¹ Örneğin bkz. MÖHUK m.50 "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır."; Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG m.50.

⁴² Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 83.

⁴³ Florida Department of Transportation v. Julian, 801 So. 2d 101, 105 (Fla. 2001); Parker v. Blauvelt Volunteer Fire Co., Inc., 93 N.Y.2d 343, 347 (1999); Beverly Beach Props., Inc. v. Nelson, 68 So.2d 604, 607 (Fla.1953).

⁴⁴ Baki Kuru, Ramazan Aslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011) 683 vd; Peter L. Murray ve Rolf Stürmer, *German Civil Justice* (North Carolina, US: Carolina Academic Press, 2004) 355-356.

İşte kararın “nihai ve kesin” olmasının hukuk sistemleri bakımından kabul edilmiş tek bir tanımı olmaması sebebiyle 3. fıkra uyarınca kararın menşe Devletin hukukuna göre etkisinin olması veya icra edilebilir olması Konvansiyon rejimince yeterli kabul edilmiş, fakat 4. fıkrada da kararın menşe Devlette veya talepte bulunan Devletin hukukuna göre nihai olarak kabul edilmediği hallerde bile Konvansiyon uyarınca tanımlanabileceği ve tenfiz edilebilmesi imkanı hüküm altına alınmıştır.

III. KARARI VEREN MAHKEMENİN YETKİSİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

Yukarıda genel resmi ortaya koymak adına açıklandığı üzere Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun “Tanıma ve Tenfiz” başlıklı ikinci bölümünün 5. ve 6. maddelerinde tanıma ve tenfizin mümkün olabilmesi için aranan dolaylı yetki kurallarına ilişkin şartlar sıralanmış, 7. maddesinde ise tenfiz engelleri zikredilmiştir. Bu itibarla 5. ve 6. maddelerde tenfize ilişkin olumlu şartlar -yani seçimlik dolaylı yetki kuralları ile taşınmazlara ilişkin münhasır yetki kuralına ilişkin bu olumlu şartlar- ile 7. maddede zikredilen olumsuz şartların ya da diğer bir ifadeyle tenfiz engellerinin yokluğunun birlikte sağlanması durumunda kararın Konvansiyon çerçevesinde tanınması ve tenfizi söz konusu olabilecektir.

A. DOLAYLI SEÇİMLİK YARGI YETKİSİ

Konvansiyon çerçevesinde dolaylı yetki kurallarını açıklamadan önce Türk milletlerarası özel hukukunda herhangi bir şekilde dolaylı veya doğrudan yetki ayrımı yapılmadığından bu ayrımı açıklamakta yarar olacaktır. Esasen Fransız hukukunda köklerini bulan doğrudan yargı yetkisi, yargı yetkisinin var olup olmadığı sorusuyla ilgili olduğu için, yalnızca kararı veren yani menşe ülke mahkemesine hasredilmiş olup bu mahkeme bakımından menşe ülke ulusal hukuku uyarınca varlığına karar verilen bir yetki olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵ Dolaylı yargı yetkisi ise yargı yetkisini tanıma-tenfiz talep edilen yani başvuru ülke mahkemesi bakış açısından ele almakta olup, tanıma-tenfiz talep edilen mahkemenin menşe ülke mahkemesinin yetkisinin var olup olmadığına ilişkin yaptığı değerlendirmeyi ifade etmektedir.⁴⁶ Görüldüğü üzere dolaylı yargı yetkisi talepte bulunulan mahkemenin cevaplama gereken bir soru olup bu mahkemenin menşe ülke mahkemesinin yargı yetkisini münasip şekilde varsayıp varsaymadığını tanıma-tenfiz prosedürü aracılığıyla dolaylı olarak kontrolü söz konusu olmaktadır.⁴⁷

Bu açıklamalar ışığında Konvansiyon m.5 hükmü değerlendirildiğinde hükümde sayılan seçimlik dolaylı yargı yetkileri hallerinin de esasen tanıma-tenfiz

⁴⁵ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 88; Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Ruhl, ve Jan von Hein, *Conflict of Laws in a Globalizing World: A Tribute to Arthur von Mehren* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 8.

⁴⁶ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 88; Gottschalk, Michaels, Ruhl ve von Hein, *Conflict of Laws in a Globalizing World*, 8.

⁴⁷ Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers ve Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* (Minnesota: West Group, 2004), 288 dn.21.

talep edilen Akit Devlet ülkesinin mahkemesince makul bağlantılar vasıtasıyla elde edilmiş kararların tanınması ve tenfizi sağlamak yani bir nevi menşe ülke mahkemesi bakımından aşkın yetkiyi önleme rolü gören yargı yetkileri olduğu ifade edilebilir. Bir başka ifadeyle m. 5 adeta bir “beyaz liste” olarak sıralanmış olup burada sayılan seçimlik dolaylı yargı yetkilerden herhangi birinin tesisi ile Konvansiyon bakımından tanıma-tenfiz de aranan olumlu şart sağlanmış olacaktır.⁴⁸

1. Menşe Ülke ile Davalı Arasındaki İlişki

Konvansiyon m.5’te bir liste olarak sayılan seçimlik dolaylı yetki hallerini dört farklı gruba ayırarak incelemek mümkündür. Bu seçimlik yetki hallerine ilişkin ilk grupta yetki bakımından belirleyici esas aleyhinde tanıma-tenfiz talep edilen davalı ile menşe ülke arasındaki ilişkidir. Bu yargı yetkisi hallerine örnek olarak m.5/1(a)’da düzenlenen kararın davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi veya m.5/1(b)’de düzenlenen asıl iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmiş olması hali gösterilebilir.

Konvansiyon m.5/1(d) hükmünde ise tüzel kişiliği olmayan şube, acente veya kuruluşlar ile menşe ülke arasındaki bir bağlantı dikkate alınarak dolaylı yetki tesisi sağlanmıştır. Gerçekten de tüzel kişinin merkezinin bulunduğu devletten başka bir devlette, tüzel kişiliği olmasa dahi bir şube, acente veya kuruluşunun olması o devlet ile bilerek bir bağlantı kurulduğunu göstermektedir.⁴⁹ Şu hâlde tüzel kişiliği olmayan şube, acente veya kuruluşa ev sahipliği yapan devlet mahkemelerinin, bu kuruluşun faaliyetlerinden doğan taleplere ilişkin karar vermede yetki sahibi olduğu kabul edilmelidir. Bu gerekçeden hareketle kararın dayandığı iddia ile menşe devletteki şube, ajans veya kuruluşun faaliyetleri arasında bir bağlantı olması gerektiği, yani diğer bir deyişle, söz konusu dava sebebinin veya alacağının davalı tüzel şirketin genel faaliyetlerinden ziyade menşe devletteki şube veya kuruluşun faaliyetlerinden doğması gerekmektedir.⁵⁰

2. Menşe Ülke Mahkemesine İlişkin Rıza

Bir diğer gruplandırma ise menşe ülke mahkemesinin yetkisine ilişkin davalının açık veya zımni rızası dikkate alınarak yapılabilir. Konvansiyon m.5/1(c), (e), (f), (m) ve (l) hükümlerinde hem açık hem de zımni rıza esas alınarak çeşitli dolaylı yetki halleri tesis edilmiştir.

⁴⁸ Söz konusu 5. madde hükmünün istisnası taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin kararların 5. madde dikkate alınmaksızın, ancak ve ancak o taşınmaz menşe ülkede bulunuyor ise tanınip tenfiz edilebileceğini öngören 6. madde hükmü olup buna ilişkin açıklamalara III.B başlığı altında yer verilmiştir.

⁴⁹ Garcimartin ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 93.

⁵⁰ Bonomi ve Mariottini, “A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention”, 551. Ayrıca bkz. Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117 (2014); Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915 (2011).

Konvansiyon m.5/1(e) uyarınca davalı menşe ülkedeki mahkemenin yetkisine açıkça rıza göstermiş ve bu yöndeki rızanın gösterilmesi kararın verildiği yargılama esnasında gerçekleşmişse bu halde menşe ülke mahkemesinin yetkisini açıkça kabul eden davalının, müteakiben bu mahkemece verilmiş kararların dolaşımına yetkisizlik gerekçesiyle itiraz edemeyeceği ortaya konmuştur. Hemen belirtmelidir ki zayıf tarafı koruma gayesiyle getirilen Konvansiyon m.5/2 hükmü uyarınca kararın tanıma veya tenfizi tüketiciye karşı tüketici sözleşmesine ilişkin konularda veya işçiye karşı iş sözleşmesine ilişkin konularda istenir ise bu halde tüketici veya işçinin yalnızca mahkemeye ulaştırılan yazılı veya sözlü rızalarını dikkate alınmaktadır. Şu hâlde tüketici veya işçiler bakımından Konvansiyon m.5/1(e) hükmündeki rızanın gösteriliş şekli sınırlanmış ve yalnızca mahkemeye ulaştırılan açık rızanın yetkiyi tesis edeceği kabul edilmiştir.⁵¹

Konvansiyon m.5/1(f) uyarınca ise (e) bendinden farklı olarak zımni rızaya ilişkin dolaylı seçimlik yetki halini öngörmektedir. Bu bent uyarınca davalı menşe ülke mahkemesinin yetkisine ilgili hukukta verilen süre içerisinde itiraz etmediyse, esasa ilişkin bir savunmada bulunmuşsa (yani örneğin yalnızca mahkemenin yetkisine itiraz etmek üzere bir cevap dilekçesi değil de esasa ilişkin savunmalarını da sunmuşsa) ve davalının yetki ve yetki kullanımına ilişkin itirazının menşe ülke hukuku uyarınca kabul edilmeyeceğinin kesin olduğu bir durum söz konusu değilse⁵² bu takdirde davalının menşe ülke mahkemesinin yetkisine zımnen rıza gösterdiği kabul edilmektedir.

Konvansiyon bakımından zımni rızanın dikkate alındığı bir diğer durum ise aleyhine tanıma - tenfiz talep edilen tarafın asıl davayı açan olduğu haldir. Konvansiyon m.5/1(c) hükmünde düzenlenen bu hükme göre asıl davanın davacısı aleyhine tenfiz kararı verilebilmesinin gerekçesi kişinin davayı açarak menşe ülke mahkemesinin yetkisini zımnen kabul etmesine dayanmaktadır.⁵³ Her ne kadar davacı bakımından davanın açılacağı mahkemeyi seçme özgürlüğü söz konusu olabilse de karşı davanın davacısı bakımından benzer bir durum söz konusu değildir. İşte bu sebeple karşı dava hali m.5/1(c) hükmü kapsamında hariç tutulmuş ve m.5/1(l)'de özel olarak düzenlenmiştir.

Konvansiyon m.5/1(l) hükmü tanıma-tenfizi talep edilen kararın karşı dava açmak suretiyle elde edildiği haller bakımından karşı davacı lehine ve aleyhine sonuçlandığı iki farklı ihtimali gözetken bir düzenleme getirmiştir. İlk ihtimal

⁵¹ Buna karşın Konvansiyon m.5/1(e) uyarınca tüketici veya işçi aleyhine tanıma-tenfiz istenmediği hallerde rızanın taraflar arasında gerçekleşen yazışmalarda, dava yönetimi toplantısında verilmesi mümkün olabilecektir.

⁵² Bu yönde bir olumsuz şartın getirilmesindeki gerekçe davalıyı tamamen faydasız olduğunu bildiği için yapmadığı bir yetki itirazı nedeniyle menşe ülke mahkemesinin yetkisini kabullenmiş sayılmanın hakkaniyete aykırı oluşudur. Garcimartin ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 96.

⁵³ Bonomi ve Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", 553.

karşı davanın, davayı açan kimse yani karşı davanın davacısı lehine sonuçlanması halidir. Bu ihtimalde asıl dava ve karşı dava aynı hukuki işlem veya olay sebebiyle doğmuş⁵⁴ ise karşı davacının zımni rıza göstererek menşe mahkemenin yetkisini kabul ettiği sonucuna varılmaktadır. İkinci ihtimal ise karşı davanın, davayı açan kimse yani karşı davanın davacısı aleyhine sonuçlanmasını düzenlemektedir. Bu durumda m.5/1(c) hükmü ile paralel şekilde karşı davayı kazanan tarafa, yani ilk davadaki davacıya, tenfiz isteme imkânı verilmiştir. Bu imkan ise ancak karşı dava açmanın ilgili devlet kanunlarına göre zorunlu olmadığı hallerde söz konusu olacaktır. Zira karşı dava açmanın zorunlu olduğu hallerde (yani karşı dava olarak ileri sürülmezse feragat edileceği varsayılan iddiaların söz konusu olduğu hallerde) karşı davacı bakımından menşe ülke mahkemenin yetkisine ilişkin zımni bir rızadan bahsedilmesi mümkün değildir.⁵⁵

Zımni rızaya dayanarak menşe ülke mahkemesinin yetkisinin kabul edildiği son ihtimal ise münhasır olmayan bir yetki anlaşması çerçevesinde yetkili bir mahkemece verilmiş kararın söz konusu olduğu haldir. Konvansiyon m.5/1(m) hükmü uyarınca münhasır mahkeme seçimi anlaşması hariç bir yazılı bir şekilde yapılan veya belgelendirilen bir anlaşmada bulunan ya da herhangi bir iletişim yöntemi ile daha sonra erişilebilir hale getirilen bir yöntemle oluşturulan anlaşma çerçevesinde yetkili kılınan mahkemece verilen karar tarafların bu konudaki zımni rızasından hareketle tanıma-tenfiz bakımından bir dolaylı yetki halini oluşturacaktır. Belirtilmelidir ki 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu münhasır yetki anlaşmalarını düzenlediğinden 2019 Konvansiyonu yetki anlaşmasına ilişkin hükümler bakımından herhangi bir çatışmayı önler şekilde yalnızca münhasır olmayan yetki anlaşmaları dikkate alınarak kaleme alınmıştır.

3. Menşe Ülke ile Dava Sebebi veya Konusu Arasındaki İlişki

Konvansiyon m.5 hükmünde düzenlenen seçimlik yetki halleri bakımından son gruplandırma ise menşe ülke ile dava konusu⁵⁶ veya dava sebebi⁵⁷ arasındaki ilişkiyi

⁵⁴ Bu yönde bir kayıt getirilmesinin sebebi asıl davacıya (karşı davadaki davalıya) karşı hakkaniyeti sağlamaktır. Konvansiyon m.5/1(c) uyarınca asıl davacı menşe ülke mahkemesinde dava açarak o mahkemenin yetkisi söz konusu hukuki işlem veya olay bakımından zımnen kabul ettiğinden asıl iddianın dayandığı işlem veya olaydan doğan karşı dava bakımından da mahkemenin yetkisi var kabul edilmelidir. Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 105.

⁵⁵ Bu ayırım zorunlu karşı dava - ihtiyari karşı dava ayrımının olduğu Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkeler bakımından özellikle önem arz etmektedir. Örn. U.S. Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. §13(a). İhtiyari karşı dava halinde ilk davanın davalısı menşe mahkeme yerine başka bir mahkeme huzurunda ilk davanın davacısı aleyhine ayrı bir dava açabilecekken bu seçim imkanını kullanmayıp menşe mahkemesinde karşı dava açtığından bu mahkemenin yetkisine zımnen rıza göstermiş olacaktır.

⁵⁶ M. Kamil Yıldırım, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", MÜHF Araştırma Dergisi 6, (1991): 40. ("*Dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukuki talepte bulunmasıdır.*").

⁵⁷ Ahmet Cahit İyilikli, "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", TBB Dergisi 106 (2013): 143. ("*Dava sebebi, dava konusunun temelini oluşturan hayat olayıdır.*").

esas alınarak yapılabilir. Bu yetki hallerinden ilki Konvansiyon m.5/1(g) bendinde düzenlenen kararın edimin ifâ edileceği devlet mahkemesince verilmiş olmasını düzenlemektedir. Özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından önem arz eden bu hüküm uyarınca edimin ifa yerinin belirlenmesi menşe ülke mahkemesinde yapılan talebe ve burada dayanılan edime bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Şu halde örneğin uluslararası mal satımına ilişkin bir sözleşmede, satıcı semenin ödenmesi yönünde bir talepte bulunursa ve menşe ülke mahkemesinin hükmü de bu talep esas alınarak kurulduysa (g) bendi uyarınca dolaylı yetkiye sahip olan mahkeme ödemenin yapıldığı yerdeki mahkeme olacaktır. Yine bir diğer örnek olarak alıcının geç ifa veya eksik ifaya ilişkin talepleri bakımından (g) bendi uyarınca malın teslim edildiği yer mahkemesinin dolaylı yetki sahibi olduğu kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere (g) bendi bakımından yapılacak bir analiz edimin ifa yerinin belirlenmesini gerektirmektedir. İşte bu sebeple Konvansiyon'da, sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilecekleri yerlerin belirlenebilmesi için sözleşmenin kendisine veya sözleşmeye uygulanan hukuka bakılması gerekliliği ortaya konmuştur. Nihayet bu hüküm bakımından belirtilmelidir ki davalının karara konu işlemle alakalı faaliyetleri ilgili Devletle maksatlı ve esaslı bir bağlantı teşkil etmiyor ise,⁵⁸ yani diğer bir deyişle ifa yeri, keyfi, rastgele veya taraflar arasındaki işlemle yeterince ilgili olmayan bir yeri işaret ediyorsa (örneğin online olarak ifa edilen sözleşmeler) bu takdirde bu hüküm uygulanamayacaktır.⁵⁹

Dava sebebi veya konusu esas alınarak düzenlenen bir diğer yetki hali Konvansiyon m.5/1(h) bendinde düzenlenen kararın taşınmaz kirasına ilişkin ve taşınmazın bulunduğu devletin bir mahkemesi tarafından verilmiş olması halidir. Tüketici ve işçiler için özel hükümler ihdas eden Konvansiyon yine zayıf tarafı koruma gayesiyle ikamet amaçlı konut kiralalarına ilişkin davalardan elde edilen kararlarda yalnızca (h) bendinin uygulanabileceğini öngörmüş, böylece diğer yargı yetkisi hallerine başvurulması yolunu kapamıştır. Konvansiyon m.5/3 hükmünde getirilen bu düzenlemeye göre konut kiralalarına ilişkin kararların yalnızca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmiş olması halinde tanınıp ve tenfiz edilebileceği belirtildiğinden münhasır yetki niteliğinde bir düzenlenme söz konusudur. Dolayısıyla m.5'te sayılan diğer dolaylı seçimlik yetki halleri ikamet amaçlı konut kiralalarına ilişkin kararlar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu hükümde ikamet amaçlı taşınmaz kiralaları bakımından pazarlık gücü zayıf olan kiracının taşınmazın bulunduğu yer dışındaki başka bir ülke mahkemesinin doğrudan yetkisine maruz kalmaması amaçlanmıştır.⁶⁰

⁵⁸ "Purpose avallment" olarak ifade edilen ve ABD içtihat hukuku uyarınca geliştirilmiş bu doktrin için bkz. *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 297 (1980).

⁵⁹ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 99; Bonomi ve Mariottini, "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention", 556.

⁶⁰ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 109-110.

Konvansiyon m.5/1(i) bendinde düzenlenen bu gruplandırma altındaki üçüncü bir dolaylı seçimlik yetki hali tanıma-tenfizi talep edilen kararın aynı bir hakla güvencelenmiş bir sözleşmesel yükümlülüğe ilişkin olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu hükmün temelindeki kabul ise bir aynı hakla güvence altına alınan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe ilişkin alacağın, o aynı hakla ilgili bir alacakla aynı davada talep edilebilmesi haline bu kararların dolaşımını Konvansiyon hükümleri çerçevesinde sağlamaktır.

Konvansiyon m.5/1(i) bendi ise haksız fiilin işlendiği yere ilişkin genel kabul gören yetki prensipleri çerçevesinde getirilmiş bir yetki kuralı olup kararın haksız fiilin gerçekleştiği devlet mahkemesi tarafından verilmiş olması ihtimalinde dolaylı seçimlik yetki öngörülmüştür. Her ne kadar hüküm kapsamında haksız fiiller olarak bir sınırlandırılma yapılmamışsa da ölüm, fiziksel yaralanma, maddi varlıklara yönelik zarar veya kayıptan doğan sözleşme dışı yükümlülüklerle sınırlandırılması hükmün esas olarak haksız fiiller temel alınarak oluşturulduğunu göstermektedir.

Nihayet dava sebebi veya konusu esas alınarak düzenlenen son yetki haline örnek olarak Konvansiyon m.5/1(k) bendinde düzenlenen kararın tröstün bulunduğu veya yetkilendirdiği devlet mahkemesi tarafından verilmiş olması hali zikredilebilir. 1971 Konvansiyonu'nda dikkate alınmayan tröstlere ilişkin bir seçimlik dolaylı yargı yetkisi eklenmesi özellikle tröstlerin hukuki bir kurum olarak tanıdığı Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından önem arz eder nitelikte olup tröstün iç meselelerine ilişkin kararlar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

B. TAŞINMAZLAR ÜZERİNDEKİ AYNI HAKLAR BAKIMINDAN MÜNHASIR YETKİ ŞARTI

Konvansiyon m.5 hükmünde sayılan seçimlik dolaylı yargı yetkileri hallerinin menşe ülke mahkemesi bakımından aşkın yetkiyi önleme rolü gören yargı yetkileri olduğu ve bu 5. maddenin adeta bir “beyaz liste” olarak sıralanmış olup burada sayılan seçimlik dolaylı yargı yetkilerden herhangi birinin tesisi ile Konvansiyon bakımından tanıma-tenfizde aranan olumlu şartın sağlanmış olacağına değinilmişti. Buna karşın taşınmazlar üzerindeki aynı haklar bakımından münhasır yetkiyi öngören m.6 hükmü “kara liste” ya da “yasaklı liste” olarak ifade edilebilir.

Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara⁶¹ ilişkin kararlar bakımından, m.5 dikkate alınmaksızın, ancak ve ancak o taşınmaz menşe ülkede bulunuyor ise tanınıp tenfiz edilebileceğini öngören m.6'nın lafzı Akit Devletlere hem yapma hem de yapmama yönünde bir yükümlülük yüklemektedir. Akit Devletlere yük-

⁶¹ Nelerin aynı hak olarak değerlendirileceğine ilişkin Konvansiyon'da bir açıklık bulunmasa da aynı hakkı belirlemedeki hakim görüş kriteri olarak ilgili hakkın herkese karşı ileri sürülebiliyor (*erga omnes*) olup olmadığını esas almaktadır. Peter Nygh ve Fausto Pocar, “Report on the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>.

lenen yapma yönündeki yükümlülük taşınmazın aynı ile ilgili konularda taşınmazın bulunduğu devlet mahkemesince verilen kararın tanınması veya tenfizinin zorunlu kılınmış olmasıdır. Yapmama yönündeki yükümlülük ise bir Akit Devlet mahkemesinin, taşınmazın aynına ilişkin konularda taşınmazın bulunduğu yerden başka bir Devletin mahkemeleri tarafından verilen bir kararın tanınmasını ve tenfizini reddetmesini gerektirmektedir. Ayrıca bu kararların ulusal hukuk uyarınca tanınması ve tenfizi de mümkün olmayacaktır.⁶²

Bu hükmün gerekçesi ise milletlerarası özel hukukta yaygın ve ekseriyetle tartışmasız olarak kabul edilen bir devletin, ülkesinde bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklarla ilgili iddialarda münhasır yargı yetkisine sahip olduğu kabulüdür. Taşınmaz malın bulunduğu devletin mahkemelerinin, taşınmazın kendi topraklarında olması nedeniyle maddi vakıaları tespit etme ve aynı haklara ilişkin kuralları ve uygulama ve tapu siciline ilişkin kayıtları en iyi şekilde kontrol edebilecek makam olduğu görüşü hakimdir.⁶³

IV. TANIMA VE TENFİZ KONVANSİYONU'NDA TANIMA VE TENFİZ ENGELLERİ

5. ve 6. maddede mahkemenin yetkisi bakımından öngörülen olumlu şartlar tanıma ve tenfizin bir ayağını oluştursa da Konvansiyon rejiminde başarılı bir tanıma-tenfiz için 7. madde hükmünde sayılan olumsuz şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. 7. maddedeki bu olumsuz şartları tenfiz engelleri olarak da adlandırmak mümkün olacaktır.

Konvansiyon m.7'de sıralanan yedi farklı tanıma ve tenfizin reddine ilişkin sebeplerin, 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu m.9 esas alınarak oluşturulduğu söylenebilir. Ayrıca yine Konvansiyon'da Brüksel I-bis sisteminde bulunmayan bazı ek tenfiz engellerinin⁶⁴ bulunduğu görülmekte ise de Brüksel sistemi ile benzer tenfiz engelleri de mevcuttur.⁶⁵

Konvansiyon m. 4/1 hükmünde ortaya konulduğu üzere tanıma veya tenfiz, ancak bu Konvansiyon'da belirtilen hallerde reddedilebilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere bu hükümden çıkarılan sonuç Akit Devlet mahkemesince ulusal hukuk kapsamındaki diğer gerekçelerle tanıma-tenfizin reddedilmesinin mümkün olmadığıdır. Konvansiyon m.7 kapsamında öngörülen tanıma-tenfiz en-

⁶² 2019 Konvansiyonu m.15. Buna karşın m.15 hükmü 6. maddedeki münhasır yetkiye ilişkin düzenlemeden farklı olarak konut kiralari bakımından münhasır yetki öngören m. 5(3) hükmü için uygulama alanı bulabilir. Yani konut kiralari bakımından münhasır yetki öngören m. 5(3) hükmü tanıma-tenfiz için başvurulacak devlet mahkemesinin ulusal hukuku kapsamındaki tanıma veya tenfiz imkanını engellemeyecektir. Garcimartin ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 110.

⁶³ Mustafa Erkan, "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", SÜHFD 20 (2012): 20.

⁶⁴ Örneğin bkz. 2019 Konvansiyonu m. 7/1(d).

⁶⁵ Örneğin bkz. 2019 Konvansiyonu m. 7/1(a) ve Brüksel I-bis Tüzüğü m.45/1(b); 2019 Konvansiyonu m. 7/1(c) ve Brüksel I-bis Tüzüğü m.45/1(a).

gelleri listesi kapsamlı olsa da bu engellerin birinin varlığı halinde tanıma veya tenfizin reddi zorunlu değildir.⁶⁶

Her ne kadar Konvansiyon metninde herhangi bir gruplandırmaya tabi olmaksızın yedi farklı tanıma-tenfiz in reddi sebebi bulunsa da bunlar bakımından çeşitli gruplandırmalar yapılabilir. Şöyle ki; m.7/1(a), (b) ve (d) bentlerindeki tanıma-tenfiz engelleri, menşe ülke mahkemesindeki yargılamanın başlatılma ve yürütülmesi şekliyle ilgilidir. (c) ve (e) bentlerindeki engel ise, tanıma veya tenfiz talep edilen devlette bu talebin doğuracağı netice ile ilgilidir. Üçüncü grupta yer alan m.7/1(f) bendi ile m.7/2'de yer alan paralel yargılamalara ilişkin tenfiz engeli ise üçüncü bir Devlette devam eden yargılamaları veya daha önce verilen kararları dikkate almaktadır.

İlk olarak birinci grupta yer alan (a) bendini incelemek gerekirse burada korunan hukuki değer hukuki dinlenilme hakkıdır. Buna göre davalının mahkemeye usulüne uygun çağrılmamış olmadığı hallerde tanıma ve tenfizin reddi mümkün olup hükmün hem davalıyı hem de tanıma-tenfiz talep edilen devletin tebligata ilişkin kamu düzeninden kaynaklanan emredici ilkelerinin korunması gayesi ile kaleme alındığı anlaşılmaktadır. (b) bendi ise kararın hileyle elde edilmiş olması ihtimalini düzenlemekte olup bir tarafın kasten yanlış adrese mahkeme emrini tebliğ etmesi, duruşmanın yeri ve zamanı hakkında karşı tarafa yanlış bilgi vermesi, rüşvet, şantaj ve sair yollarla bir hâkim veya tanığın tarafsızlığına halel getirmeye çalışması veya yargılamaya etki edebilecek önemli delilleri gizlemesi halleri bu hükmün uygulama alanına örnek olarak gösterilebilir.⁶⁷ (d) bendindeki tanıma-tenfiz engeli ise yetki sözleşmesinin varlığı halinde karşımıza çıkan tenfiz engelidir. Eğer menşe ülke mahkemesi tarafların kendisi haricinde bir mahkeme lehine yaptıkları bir münhasır veya münhasır olmayan yetki anlaşmasına rağmen karar vermişse bu halde tanıma-tenfiz talep edilen Akit devlet mahkemesinin bu talebi reddetmesi mümkün olacaktır. Bu bent taraf iradelerine verilen önemi ortaya koyması açısından kayda değer bir hükümdür.⁶⁸

İkinci grup olarak nitelendirebileceğimiz ve m.7/1(c) bendinde yer alan kamu düzenine ilişkin tenfiz engeli ise 1971 Konvansiyonu'ndan farklı olarak ilk sırada değil üçüncü sırada gelmektedir. Yine dikkat çekici bir farklılık olarak hükümde kamu düzeninin ihlaline ilişkin daha detaylı açıklamaya yer verilmiş olup tanıma-tenfiz istenen Devletin usul adaletine ilişkin temel ilkelere uymadığı haller ile bu Devletin güvenlik ve egemenliğinin ihlâlini içeren hallerin de kamu düzeni altında sayılacağı açıkça zikredilmiştir. Belirtmek gerekir ki kamu düzeninin bu şekilde ifade edilmesi kararın esasına yönelik incelemede bulunması tehlikesini de beraberinde

⁶⁶ 2019 Konvansiyonu m. 15. ("*Tanıma veya tenfiz ... reddedilebilir...*").

⁶⁷ Trevor C. Hartley ve Masato Dogauchi, "Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention" Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2fe002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>.

⁶⁸ Zhang ve Tu, "The 1971 and 2019 Hague Judgments Conventions: Compared and Whether China Would Change Its Attitude Towards the Hague" 11.

getirse de⁶⁹ nihayetinde hükmün kaleme alınmış biçiminden ziyade tanıma-tenfiz devlet mahkemelerinin yabancı kararların dolaşımı bakımından ne kadar ılımlı olduğu kamu düzeni tenfiz engelinin ne şekilde uygulanacağında belirleyici olacaktır.⁷⁰

Bu ikinci gruptaki bir diğer tanıma-tenfiz engeli ise (e) bendinde düzenlenmiş olup tanıma-tenfizi talep edilen kararın aynı taraflar arasındaki bir uyuşmazlık neticesinde tenfiz istenen Devletin bir mahkemesince verilmiş bir kararla çelişiyor olması halini düzenlemektedir. Görüldüğü gibi burada da kamu düzeni tenfiz engeli ile benzer olarak tanıma veya tenfiz talep edilen devlette bu talebin doğuracağı netice ile ilgili bir düzenleme söz konusudur. Bu hükmün uygulanması için üç farklı şart gerekmektedir. İlk olarak üçüncü bir devlet değil tanıma-tenfiz istenen devletin mahkemelerinin verdiği bir karar söz konusu olmalıdır. Söz konusu kararın aynı taraflar arasında olması ikinci şartı oluştururken ve bu kararlarının birbirleriyle çelişiyor olması da üçüncü ve son şarttır.

Nihayet üçüncü grup olarak sınıflandırılacak tanıma-tenfiz engelleri m.7/1(f) bendi ile m.7/2'de yer yer almakta olup bu tenfiz halleri üçüncü bir Devlette devam eden yargılamaları veya daha önce verilen kararları dikkate almaktadır. (f) bendinde yer alan ilk düzenleme esasen (e) bendi ile benzer bir tenfiz engel getirmekte ise de (e) bendinden farkı çelişki arz eden bu mahkeme kararının tanıma-tenfiz talep edilen devlet değil üçüncü bir devlet mahkemeleri tarafından verilmiş olmasına ilişkindir.⁷¹ İşte bu çelişki arz eden iki farklı kararın varlığı halinde (f) bendinin uygulanabilmesi için kararın tarafları ve konusunun aynı olması; tenfizi istenen kararın üçüncü ülke mahkemesince verilen kendisi ile çelişir diğer karardan daha önce verilmiş olması ve nihayet üçüncü devlet mahkemesinde verilen bu kararın tanıma-tenfiz istenen ülkede tanınmaya veya tenfize elverişli olması gerekmektedir. Her ne kadar m. 4/1(f) bendindeki düzenleme kesin hüküm (*res judicata*) kurumunu akla getirse de esasen bundan daha geniş olarak düzenlenmiş olup taraf ve dava konusuna ilişkin birliği yeterli kabul edilmekte ve dava sebebine ilişkin birlik aranmamaktadır.

Üçüncü grupta sınıflandırılacak son tanıma-tenfiz engeli ise m.7/2'de yer almakta olup tanıma-tenfiz talep edilen devlette devam eden yargılamalara ilişkindir. Buna göre eğer tarafları ve konusu aynı olan yargılama tanıma-tenfiz talep edilen Akit Devletin bir mahkemesinde derdest ise tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir. Bunun için ise tanıma-tenfiz istenen Akit Devletin mahkemesine, kararın alındığı menşe devletteki mahkemeden daha önce başvurulması ve ayrıca tanıma-tenfiz istenen Akit Devlet ile uyuşmazlık arasında yakın bir bağlantının varlığı şart olarak aranmıştır.

⁶⁹ ibid.

⁷⁰ Bkz. Gizem Halis Kasap, *The Public Policy Exception to the Enforcement of Arbitral Awards*, (Berlin: Peter Lang GmbH, 2022), 55.

⁷¹ Garcimartín ve Saumier, *Explanatory Report on the HCCH 2019 Judgments Convention*, 122.

V. TANIMA VE TENFİZ KONVANSİYONU BAŞARIYA ULAŞACAK MI?: ÖNGÖRÜLER VE TAHMİNLER

1971 tarihli Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun başarısızlığı Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nca 2019 yılında nihai formuna kavuşturulan Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun akıbeti bakımından şüpheler doğurabilir. Ancak değinmek gerekir ki hem 1971 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'ndaki istenildiği gibi sonuçlanmayan düzenlemelerden dersler çıkarılması (örneğin ek ikili anlaşma sistemi yerine *opting out* sisteminin benimsenmesi) hem de uluslararası sınır ötesi ticari işlemler ile ticaret, yatırım ve küresel ekonomide önemli rol oynayan devletlerin Konvansiyon'a ilgisi 2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu bakımından daha umut verici bir tablo çizmektedir.

Bu itibarla belirtilmelidir ki 12 Temmuz 2022'de Avrupa Birliği Konseyi, 2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'na katılma kararı almıştır.⁷² Her ne kadar Avrupa Birliği henüz katılım belgesini tevdi etmemiş olsa da Konvansiyon'a katılan ilk Akit Devlet olma yolunda ilerlemektedir. Avrupa Birliği'nin Konvansiyon'a katılma kararının hem uluslararası ticaret ve yatırım akışlarındaki büyümeye hizmet edeceği gibi hem de diğer ülkelerin Konvansiyon a katılımları bakımından önemli bir teşvik ve örnek oluşturacağı söylenebilir. Birleşik Krallık'ın da Brexit sonrası 2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'na katılma konusunda ilgisinin yüksek olduğu gözükmemektedir; zira Birleşik Krallık artık Brüksel rejimi kapsamında olmadığından Konvansiyon tanıma ve tenfiz bakımından alternatif bir rejim sunmaktadır.⁷³

Hali hazırda Konvansiyon'u Costa Rica, İsrail, Rusya, Ukrayna, Uruguay ve ABD imzalamış olsa da bu devletler bakımından henüz tasdik, kabul, onama veya katılım yönünde bir gelişme söz konusu değildir.⁷⁴ Yine de Konvansiyon'un sınır ötesi ticaret ve yabancı kararların dolaşımı konusundaki amaçları düşünülmünce dünyanın en büyük ekonomilerinden biri olan ABD'nin Konvansiyonu imzalamış olmasının önemi aşikardır. Yine bir diğer büyük ekonomi olan Çin'in de özellikle 22. Diplomatik Konferans toplantısında Konvansiyon'a taraf olunması yönünde gösterdiği olumlu tutum düşünüldüğünde anlaşmanın özellikle bu büyük ekonomilerin kabulüyle diğer devletler tarafından daha rahatlıkla kabul edilebileceğini söylemek mümkün olacaktır.⁷⁵

⁷² Council Decision concerning the accession of the European Union to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Council of the European Union, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13494-2021-INIT/en/pdf>.

⁷³ Bkz. Mukarrum Ahmed, *Brexit and the Future of Private International Law in English Courts*, (Oxford: Oxford University Press, 2022), 177 vd.

⁷⁴ "Status Table, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters", Hague Conference on Private International Law, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>.

⁷⁵ Yusuf Çalışkan ve Zeynep Çalışkan, "2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi" PPII 40, S. 1 (2020): 243.

VI. SONUÇ VE ÇIKARIMLAR

2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun oluşturulması sürecindeki uzun ve dolambaçlı yol, Devletlerin hukuki veya ticari konularda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda kendi egemenliklerinden kaynaklanan güçlerini muhafaza etmek istediklerinin bir göstergesi olsa da Devletlerin müzakerelere yıllarca bağlılıkları ve fikir birliğine varma konusundaki kararlılıkları tanıma-tenfiz konusuna verilen önemi yansıtmaktadır. Bu bağlamda, 2019 Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun kabulü küresel iş birliğine yönelik dikkate değer bir açık görüşlülüğün ve bağlılığın ifadesi olarak memnuniyetle karşılanmalıdır.

Bu yeni kilometre taşı niteliğinde Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun amacının kısaca, tahkim kararlarının tanınması ve tenfizinde New York Konvansiyonu'nun üstlendiği rolü mahkeme kararları için üstlenmek olduğu söylenebilir. 2019 tarihli Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu'nun kapsamı hukuki ve ticari konulardaki mahkeme kararları olsa da kapsamın birçok istisna ile önemli ölçüde daraltıldığı görülmektedir. Her ne kadar prensipte geniş uygulama alanına sahip bir konvansiyon daha ideal görünebilecek olsa da üzerinde mutabakat sağlanmış bir konvansiyonun başarı şansı daha yüksek olacaktır.

2019 tarihli Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu m. 5 ve 6'da listelenen dolaylı yargı yetkisi kuralları geleneksel olarak kabul edilmiş yargı yetkisi halleri olup hükümlerin çoğunun Kıta Avrupası hukuk anlayışından esinlenilerek oluşturulduğu görülmektedir. Buna karşın Anglo-Amerikan hukuk sistemine ilişkin kavramların ve yetki hallerinin de (örneğin m.5/1(g)) önemli bir etkisi olmuştur. Öte yandan Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu m.5'in münhasır yetki sözleşmelerini kapsamaması, Konvansiyon'un bu tür anlaşmalara ilişkin düzenlemeleri ortaya koyan ilişkin 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Konvansiyonu ile birlikte adeta bir "paket" olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Tanıma-Tenfiz Konvansiyonu m.7 tanıma ve tenfizin ancak Konvansiyon'da sayılan gerekçeler temelinde reddedilebileceğini ortaya koyduğundan ve başvuru alan ülke mahkemesinin reddedip reddetmeme konusunda takdir yetkisini olduğunu belirttiğinden tanıma-tenfiz yanlısı politikaya hizmet eder şekilde oluşturulmuştur. Sonuç itibarıyla Konvansiyon'un, hukuki veya ticari konulardaki kararların küresel dolaşımı için ortak bir çerçeve oluşturduğu ve bunu yaparken, bir Akit Devletin mahkemesi tarafından verilen bir kararın başka bir Akit Devlette tanıma-tenfizi konusunda yasal kesinlik ve öngörülebilirlik sunduğu söylenebilir. Böylece Konvansiyon, yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin riskleri, yasal maliyetleri ve gerekli zamanı azaltarak hem adalete erişimi artırma hem de sınır ötesi ticareti, yatırımı ve hareketliliği kolaylaşma konularında umut vadetmektedir.

KAYNAKÇA

- Beaumont, Paul R. "Judgments Convention: Application to Governments.", *Netherlands International Law Review* 67, S. 1 (2020): 121-137.
- Beverly Beach Props., Inc. v. Nelson, 68 So.2d 604, 607 (Fla.1953).
- Bonomi, Andrea ve Mariottini, Cristina M.. "A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention.", *Yearbook of Private International Law* 20, (2018/2019): 537-567.
- Brand, Ronald A.. "The Circulation of Judgments Under the Draft Hague Judgments Convention" *Faculty Publications at Scholarship at Pitt Law*, 453 (2019): 1-35.
- Council of the European Union. Council Decision concerning the accession of the European Union to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13494-2021-INIT/en/pdf>.
- Çalışkan, Yusuf ve Çalışkan, Zeynep. "2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi" *PPIL* 40, S. 1 (2020): 231-245.
- Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117 (2014).
- Douglas, Michael. "The Culmination of the Judgments Project: The HCCH Judgments Convention", Oxford Business Law Blog, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/08/culmination-judgments-project-hcch-judgments-convention>.
- Erkan, Mustafa. "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki.", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20 (2012): 11-51.
- Florida Department of Transportation v. Juliano, 801 So. 2d 101, 105 (Fla. 2001).
- Garcimartín, Francisco ve Saumier, Geneviève. *Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, Preliminary Document. No 1*. Netherlands: HCCH Permanent Bureau, 2018.
- Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915 (2011).
- Gottschalk, Eckart, Michaels, Ralf, Ruhl, Giesela ve von Hein, Jan, *Conflict of Laws in a Globalizing World: A Tribute to Arthur von Mehren*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Hague Conference on Private International Law. "Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters." Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>.
- Hague Conference on Private International Law. "Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters." Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>.
- Hague Conference on Private International Law. "Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights.", Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/284b672a-9e4a-44db-856e-6d247df19b9a.pdf>.

- Hague Conference on Private International Law. “Status Table, Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.” Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=78>.
- Hague Conference on Private International Law. “Status Table, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.”, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>.
- Halis Kasap, Gizem, *The Public Policy Exception to the Enforcement of Arbitral Awards*, Berlin: Peter Lang GmbH, 2022.
- Hartley, Trevor C., ve Dogauchi, Masato. “Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention” Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>.
- İyilikli, Ahmet Cahit. “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”. *TBB Dergisi* 106 (2013): 139-204.
- Kuru, Baki, Aslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Lundstedt, Lydia. “The Newly Adopted Hague Judgments Convention: A Missed Opportunity for Intellectual Property.”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* S. 50, (2019): 933-936.
- Martinek, Michael. “The Principle of Reciprocity in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments - History, Presence and No Future”. *Journal of South African Law* 2017, S. 1 (2017): 36-58.
- Ahmed, Mukarrum. *Brexit and the Future of Private International Law in English Courts*, Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Murray, Peter L. ve Stürner, Rolf. *German Civil Justice*, North Carolina, US: Carolina Academic Press, 2004.
- Nadelmann, Kurt H. “The Common Market Judgments Convention and a Hague Conference Recommendation: What Steps Next.”, *Harv L Rev* 82, S. 6 (1969): 1282-1292.
- Nygh, Peter ve Pocar, Fausto. “Report on the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”. Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2022, <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>.
- Parker v. Blauvelt Volunteer Fire Co., Inc., 93 N.Y.2d 343, 347 (1999).
- Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (“Brüksel I-bis Tüzüğü”).
- Rumenov, Ilija. “Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe.”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 3* (2019): 385-404.
- Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG.
- Scoles, Eugene F., Hay, Peter, Borchers, Patrick J. ve Symeonides, Symeon C., *Conflict of Laws* Minnesota: West Group, 2004.

- Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act, Pub. L. No. 111-223, 124 Stat. 2380 (2010) (28 U.S.C. §§ 4101-4105 (Supp. IV 2011)).
- Stewart, David P., “Current Developments: The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.”, *American Journal of International Law* 113, S. 4 (2019): 772-783.
- Stitz, Olivia. “Comity, Tipping Points, and Commercial Significance: What to Expect of the Hague Judgments Convention.”, *Corp. & Bus. L.J.* 2, S. 1 (2021): 203-236.
- Şanlı, Cemal, Esen, Emre ve Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- U.S. Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. §13(a).
- van Loon, Hans. “Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters” *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, S. 1 (2020): 4-18.
- von Mehren, Arthur T. “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference.”, *Law & Contemp Probs* 57, S. 3 (1994): 271-287.
- World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 (1980).
- Y15. HD, 21.06.2012, E. 2011/2901 K., 2012/4661 (www.lexpera.com).
- Yıldırım, M. Kamil. “Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri.”, *MÜHF Araştırma Dergisi* 6, (1991): 23-50.
- Zhang, Wenliang ve Tu, Guangjian, “The 1971 and 2019 Hague Judgments Conventions: Compared and Whether China Would Change Its Attitude Towards the Hague” *Journal of International Dispute Settlement* 11, S. 4 (2020): 614-637.

GEMİ KAPTANININ TÜRK TİCARET KANUNUNDAN KAYNAKLANAN YETKİ VE GÖREVLERİ İLE HUKUKİ SORUMLULUĞU^(*)

Arş. Gör. Dr. Yunus ALHAN^(**)

Öz

Deniz hukukunda gemi kaptanı, gemi seyrüseferdeyken gemide bulunan, gemiyi sevk ve idare eden kişidir. Kaptan, gemiyi sevk ve idare eden en yetkili amir sıfatına sahip, gemiyi yönetme noktasında kanunun aradığı şartları taşıyan bir gemi adamı olan, aynı zamanda donatanı, gemi personeline ve üçüncü kişilere karşı hukuken temsil eden kişidir.

Kaptanın yetki ve görevlerinin belirlendiği birçok uluslararası hukuk düzenlemesi olduğu gibi, ülkeler de bu düzenlemelerle uyumlu olarak iç hukuk sistemlerinde kaptanın yetki ve görevlerini belirlemişlerdir.

Kaptanın yetki ve görevleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1088-1118 hükümlerinde ana hatlarıyla çizilerek bir çerçeve oluşturulmuştur. Bu hükümlere bakarak; kaptanın deniz ticaretinin tarihsel gelişimi içinde ilk başlarda belirgin olmayan yetkilerinin zaman içinde önemli ölçüde artıp, deniz ticaretinin önemli bir süjesine dönüştüğü görülmektedir. Bunun yanı sıra kaptan geminin sefere hazır bir şekilde yola çıkması, yolda iken denizin olağan tehlikelerine karşı güvenli bir şekilde ilerlemesi ve varma limanına sağ salim varması noktasında önemli görevlere sahiptir. Kaptanın yolculuk başlamadan önce, yolculuk sırasında, yolculuk bittikten sonraki görevleri Türk Ticaret Kanunu'nun "Deniz Ticareti" başlıklı 5. Kitabının Üçüncü Kısmını oluşturan "Kaptan" bahsindeki ve Dördüncü Kısmını oluşturan "Deniz Ticareti Sözleşmeleri" hükümlerinde yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu kaptanın bu görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken "tedbiri bir kaptan" gibi hareket etmesini şart koşarak, bu hususu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği hallerde sorumluluğunun söz konusu olacağını hüküm altına almıştır.

Türk Ticaret Kanunu kaptanın kusuruyla yol açtığı zararlardan, özellikle Türk Ticaret Kanunu'nun kaptana ilişkin öngördüğü bu görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dâhil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumlu olacağını belirtmiştir. TTK m. 1088 uyarınca kaptan, bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde tedbiri bir kaptan gibi hareket etmek zorunda olup, görevin yerine getirilmesinde tüm özeni göstermediği durumlarda sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Gemi Kaptanı, Türk Ticaret Kanunu, Görev, Yetki, Hukuki Sorumluluk.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.01.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 12.07.2023,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1239437.

Bu çalışma, yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı / Antalya, Türkiye.

E-posta: myunusalhan@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6145-2591>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

AUTHORITIES AND DUTIES AND LEGAL LIABILITY OF THE SHIPMASTER ACCORDING TO THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Abstract

In maritime law, the shipmaster is the person who is on board the ship while the ship is in navigation and who steers and manages the ship. The shipmaster is a seafarer who has the title of the most authorised supervisor to steer and manage the ship, who meets the conditions required by the law in terms of managing the ship, and who also represents the shipowner legally against the crew and third parties. As there are many international legal regulations in which the authorities and duties of the shipmaster are determined, countries have also determined the duties and authorities of the shipmaster in their domestic legal systems in accordance with these regulations.

A framework has been created by outlining the shipmaster's authorities and duties with the provisions of Turkish Commercial Code Article 1088-1118. By looking at these provisions; In the historical development of maritime trade, it is seen that the authorities of the captain, which were not obvious at first, increased significantly over time and turned into an important subject of maritime trade. In addition, the shipmaster has important duties for the ship to set out ready for the voyage, to proceed safely against the common dangers of the sea while on the way, and to arrive at the port of destination safely. The duties of the shipmaster before the start of the voyage, during the voyage, and after the voyage are included in the provisions of the "Captain", which constitutes the Third Part of the 5th Book of the Turkish Commercial Code, titled "Maritime Trade" and "Maritime Trade Agreements", which constitutes the Fourth Part.

The Turkish Commercial Code requires the shipmaster to act as a "prudent shipmaster" while fulfilling these duties and exercising his powers, and stipulates that the master shall be liable in cases where he fails to fulfil this duty at all or as required.

The Turkish Commercial Code stipulates that the shipmaster shall be liable for the damages caused by his negligence, and in particular for the damages arising from the failure of the shipmaster to fulfil his duties as stipulated by the Turkish Commercial Code, to everyone related to the ship and the goods, including the passengers. Pursuant to Article 1088 of the TCC, the master is obliged to act as a prudent shipmaster in all his affairs, especially in the fulfilment of the contracts, the performance of which falls to him, and in cases where he fails to exercise all due diligence in the fulfilment of the duty, his liability will be in question.

Keywords

Shipmaster, Turkish Commercial Code, Duty, Authority, Legal Liability.

Extended Abstract

The shipmaster, who is an important subject of maritime law, is a person who can navigate all the ports of the world, has certain qualifications and is responsible for the safe arrival of the ship, goods and passengers to the port of destination, and is the person to whom modern law and court decisions grant extraordinary powers in the management and administration of the ship. Apart from this, we can define the shipmaster in the following ways. The shipmaster is a person who is vested by law with certain authorities, which are significantly greater when the ship is at sea, has responsibilities in connection therewith, and at the same time represents the flag state of the ship. The shipmaster is the person who embodies the qualifications stipulated by the Law, is the cornerstone of maritime law together with the shipowner, has the authority to represent the shipowner, and is the absolute dominant person in the management and organisation of the ship. When we look at all these definitions, we see that the shipmaster is given authorities and duties are assigned based on these authorities. Today, it must be accepted that the master is primarily authorised in cases such as the safety of the ship, cargo, crew, etc. It would be appropriate to consider that this authority of the master is not derived from labour law but is related to maritime customs dating back to the Middle Ages. In addition, there are generally articles in international maritime law conventions imposing authority and responsibility on the shipmaster of the ship. The shipmaster, like other seafarers, is employed by the shipowner and has a service contract with the shipowner. The master's authorities are also shaped according to the articles of this service contract. The actions taken by the master as the representative of the shipowner shall also bind the shipowner. In maritime law, the most important person after the shipowner is recognised as the shipmaster. Since the

master is the most important person after the shipowner, he has many authorities and duties arising from private law as the person who steers and manages the ship and is responsible for the ship. The most important of these powers and duties are listed in Art. 1090 et seq. of the TCC. In this study, the authorities and duties of the master regulated under Art. 1090 et seq. of the TCC are discussed. The authorities and duties arising from other laws are not included. The main reason for evaluating the master's powers and duties as a whole is that the powers granted to the master by the law impose duties on the master.

The duties assigned to the master are mentioned in the "Shipmaster" chapter, which constitutes the Third Part of the 5th Book of the TCC and in many of the provisions of the Fourth Part of 5th Book of the TCC. These duties of the shipmaster start even before the ship sails and continue after the voyage is over.

While the shipmaster is exercising his authorities and fulfilling his duties, the master is obliged to act as an average prudent master would act in a concrete case, and to take whatever precautions he should take. It is stipulated in the TCC that the master shall be liable in cases where he fails to fulfil this matter at all or as required. The authorities and duties granted to the master, which we have mentioned within the scope of our study, have also brought responsibilities to the master. The TCC contains provisions regarding the liability of the master to the shipowner, cargo interests, passengers and third parties.

GİRİŞ

Kaptanın yetki ve sorumluluklarını tam anlamıyla ifade eden yeknesak kabul görmüş hukuki bir düzenleme yoktur. Mahkeme kararlarında, hukuki düzenlemelerde ve uluslararası kaynaklarda "kaptanın yetkileri" kavramı için net bir tanımlama getirilmemiştir¹. Ancak kaptanın yetkilerini kullanması hususunda Uluslararası Denizcilik Organizasyonu'nun (IMO)15 Kasım 1979 tarihli kararı A.443(XI) kararı dikkat çekicidir. Buna göre, "*Hükümetleri şunları garanti alma-ya davet ediyoruz: Gemi kaptanının donatan, çarterer ya da başka biri tarafından kaptanın mesleki takdiri sonucu gerekli olduğunu düşündüğü bir kararı almasında baskı yapılamaz. Ve gemi kaptanı mesleki takdirinin uygun kullanımı sonucu donatan, çarterer ya da herhangi biri tarafından iş akdinin haksız şekilde sonlandırılmasına ya da haksız bir davranışa karşı korunur. Böylelikle gemi kaptanına özellikle kötü havalarda ve ağır denizlerde güvenli seyrüsefer için gerekli olarak düşündüğü mesleki takdirıyla verdiği kararlara donatan, çarterer ya da herhangi başka biri tarafından baskı yapılamaz.*" Denizde Can Güvenliği Uluslararası Konvansiyonu (SOLAS) şunu ifade etmektedir; "*Kaptan gemi sahibi, kiracı ya da herhangi bir kimse tarafından kendinin mesleki takdirıyla güvenli seyrüsefer için gerekli gördüğü kararları almasında ona baskı yapamaz.*"

Deniz ticareti hukukunun önemli bir süjesi olan kaptan; dünyanın bütün li-manlarını gezebilen, geminin, eşyanın ve yolcuların güvenli bir şekilde varma li-manına ulaşmasından sorumlu olan belirli yeterliliklere sahip kişi olarak modern hukukun ve mahkeme kararlarının geminin sevk ve idaresi noktasında alışıla-

¹ Selçuk Nas, *Gemi Operasyonlarının Yönetiminde Kaptanın Bireysel Karar Verme Süreci Analizi ve Bütünleşik Bir Model Uygulaması* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006), 29.

² A. C. John Cartner/Richard P. Fiske/Tara L. Leiter, *The International Law of The Shipmaster* (London: Informa Law, 2009), 131.

gelmişin dışında yetkiler tanıdığı kişidir³. Her ne kadar günümüzde mürettebat-sız gemiler önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıksa da Göknil'in ifadesiyle; “Deniz Ticaretindeki bu derin inkılâplara rağmen hemen bütün kanunlar kaptanı hala yolculuklarda tekevvin eden hukuki münasebetlerin mihrakı addediyor. Mevcut kanunların düzeni hep bu bakımdan kuruludur. O halde Yaşayan Deniz Ticareti Hukukunun değişik münasebetlerine ayak uyduruluncaya kadar biz de klasik yoldan ayrılmamak mevkiindeyiz⁴.”

Günümüzde, kaptanın, geminin güvenliği, yük, mürettebat vb. durumlarda öncelikli olarak yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Kaptanın bu yetkisinin iş hukuku kaynaklı değil de Orta Çağ'dan beri gelen denizcilik teamülleri ile ilintili olduğunu düşünmek yerinde olacaktır⁵. Bunun yanında, genellikle uluslararası deniz hukuku konvansiyonlarında gemi kaptanına yetki ve sorumluluk yükleyen maddelere rastlanmaktadır⁶.

Türk hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK) ve 854 sayılı Deniz İş Kanununda (DİK) kaptanın yetki ve görevlerine ilişkin hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Uluslararası konvansiyonların uygulanmasında (Uluslararası Emniyetli Yönetim Uygulama Rehberi - International Safety Management - ISM Code⁷) yol gösterici olarak ifade edilen rehberlerde, kaptanın yetki

³ Mazhar Nedim Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku* (Ankara: Ulus Matbaası, 1935), 121.

⁴ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 122.

⁵ David Joseph Attard, *The Imli Manual On International Maritime Law* (London: Oxford Press, 2014), 212.

⁶ Cenk Murat Ersözlü, *Kaptanın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri ile Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), 76.

⁷ “‘Herald of Free Enterprise’ in (1987) alabora olmasından ‘CascoBusan’ın (2007) çarpışması ve kirliliğe yola açmasına kadar ve bunların arasındaki pek çok olayda, geminin insanlar tarafından hatalı bir biçimde sevk ve idare edilmesi felaketlerde ana sebep olarak görülmüştür. Gemilerin tasarımı ve fiziksel güvenliği iki yüzyıllık modern mühendislik ve denizcilik mimarisi çabaları sonucu, her yeni gün yeni gelişmeler ve yeni teknolojiler ortaya çıkmakla belirli bir olgunluğa erişmiştir. Fakat son yarım yüzyılda bununla ilgili büyük adımlar atılsa da gemilerdeki insanların davranışını anlamada bu kadar olgunluğa erişilememiştir. Günümüzde kazaya katkı sağlayan insan hareketlerini anlamak ve düzeltmek üzere iki yaklaşım vardır. Bunlardan birincisine ‘kişi yaklaşımı’ denilmektedir. Bu yaklaşım ideal bir kişi varsayar ve kazaya yol açan herhangi bir hareketi bu ideal kişiden sapma olarak değerlendirir. Çözümleri daha çok ahlaksaldır ve posterler, yönetsel eğitim, öğüt verme ve bilginin ve aklın doğru yolundan çıkanlara tehditler ve disiplin içerir. Bu, tıbbın da dâhil olduğu pek çok sektörde hâkimdir. Daha iyi ve daha faydalı bir metot ise ‘sistemler yaklaşımıdır’. Sistemler yaklaşımına göre iyi ölçüde bir insan davranışı güvenilirliği istenmesi halinde uyum sağlama ve dengeleme şeklindeki insan davranışlarının değişkenliğini sistem korumalarının bir parçası olarak tanınması gerekir. Sözde ‘yüksek güvenilirlik’ kurumları en kötüsünü tahmin eder ve kurumu her seviyede bununla başa çıkması için donatır. Bu kurumların kültürü ortamdaki kişiye doğru kararlar vermesi adına araçlar sağlar. Kurumlar sistemin mümkün olduğunca sağlam olması için tüm çabayı gösterir ve kişisel hatalar üzerine odaklanmaz. IMO sistemler yaklaşımını ISM Kodundaki deniz sorununa taşımıştır. 1912 ‘Titanic’ asrını başlatmış ve gemi güvenliğini sistemleştirmişse 1984 ve ‘Herald of Free Enterprise’ olayı da sıkı sistematik düşünme ve kazaları azaltma amacıyla bütün karmaşıklıkla diğer ‘yüksek güvenilirlik’ kurumdaki kuruma -insan-gemi sistemlerinden zaten öğrenilmiş olan ilkelerin uygulanması dönemini başlatmıştır. Lymington’lu hâkim Lord Donaldzon bu konuda şunları öne sürmüştür: “ISM Kodu gündemi meş-

ve görevlerine rastlanılmaktadır⁸. Buna göre, “*Hukuksal bir gözle bakıldığında, gemi kaptanı, iki kişinin rolünün tek bir kişide toplandığı kişidir. İlk rolünü gemi sahibinin temsilcisi sıfatıyla yüklenirken diğer rolünü ise yük sahibinin temsilcisi sıfatıyla yüklenir.*” Ayrıca gemi kaptanının “*hukukun uygulayıcısı ve hizmetkârı*” olduğu belirtilmiştir⁹.

Kaptan, diğer gemi adamları gibi donatan bünyesinde çalışmakta olup donatanla arasında bir hizmet sözleşmesi vardır¹⁰. Kaptanın yetkileri de bu hizmet sözleşmesinin maddelerine göre şekillenir. Kaptan tarafından, donatanın temsilcisi sıfatıyla yapılan işlemler donatanı da bağlar. Örneğin, konişmentonun imzalanması, kumanya ve erzak alınması gibi durumlar bu işlemlerden sayılabilir¹¹.

Deniz hukukunda, donatandan sonra en önemli şahıs kaptan olarak kabul edilmektedir¹². Gemi, açık denizde seyrettiği zaman devletin etkisinin gemide hissedilmesini sağlayacak kişi kaptan olduğundan, kaptana, kamu hukukuna ilişkin yetki ve görevlerin de verildiği görülmektedir¹³. Bir sözleşme ile donatanın iş başına getirdiği bu kişi, kaptan olmakla kendiliğinden, gemi ve yükle ilgili birçok meselenin temsilcisi olmakla birlikte, devlet otoritesini de temsil eder hale gelmektedir¹⁴. Ek

*gul eden büyük olaylardan sonra üretilmiştir. İnsan hatasının kapsamını iyi yönetimin bir endüstri standardına tabi tutarak azaltılması gereği hissedilmiştir.’ Bunun sonucu ISM kodunun amacı denizdeki güvenliği sağlamak, insan yaralanmasını ve can kaybının önlemek ve çevreye ve gemiye gelebilecek zararları önlemek olmuştur. ISM Kodu SOLAS’a bölüm olarak eklenmiştir. 2002’den itibaren gemicilik endüstrisinin buna uyması zorunlu kılınmıştır. ISM Kodunun kaptanların yönetimiyle ilgili pek çok meselesi olmuştur ve gelecekte de olacaktır. Aleka Mandaraka-Sheppard’ın gözlemledikleri bazı hususlar şunlardır: “ISM Kodu yönetim uygulamalarına ve yaklaşımlarına büyük değişiklik getirmiştir. En ciddi deniz taşıma şirketlerindeki güvenlik kültürünü değiştirmiştir. ISM Kodundan çıkarılan mesaj donatanlar için açıktır: İlk önce bu kodu uygulamak bir zorunluluktur. Donatanlar misyonlarını belirlemeli ve tepeden tabana kadar uygun tavır almalı ve özveriye göstermelidir. Sonrasında ekipman kullanımında, risk önlenmesinin anlaşılmasında ve çevrenin korunmasında güvenli uygulamalar sağlamalı ve gemi personelinin yeterliliğini temin etmelidirler.” ISM Koduyla ilgili çok şey yazılmış ve söylenmiştir. Kod, uygulamaları ve anlamı ile ilgili pek çok araştırma vardır. Fakat bu ne anlama gelmektedir? Bunu yine Aleka Mandaraka-Sheppard çok iyi ifade etmiştir: “ISM Kodu donatanlar tarafından risk analizinin yapılmasının zorunlu olduğu güvenli bir rejimi getirmiştir (burada Lord Donaldson’un fikirlerini tekrarlamıştır). Donatanlar ya da taşıyanlar bunu anlasın anlamasın şirketin güvenlik felsefesinin açık olduğu bir güvenlik yönetim sistemini zorunlu kılmaktadır. Hem bayrak devletini hem de kıyı devletini bunu uygulaması için zorlamakta ve standartlara sahip olmayan gemilerin gözetiminde ve kontrolünde önemli etkileri olmaktadır.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 169 vd.*

⁸ Nas, *Gemi Operasyonları*, 31.

⁹ Nas, *Gemi Operasyonları*, 29.

¹⁰ Adil İzveren, Nisim Franko ve Ahmet Çalık,, *Deniz Ticaret Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1994), 129.

¹¹ Ernst Hirsch, *Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, No. 7, 1942), 55; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 78.

¹² İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 110.

¹³ Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 308; Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 110; “*Bu durum dolayısıyla “kaptanın sözü kanundur” özyeşisi doğmuştur.*” Bkz. Nas, *Gemi Operasyonları*, 31.

¹⁴ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 128.

olarak kaptanın kamu hukukundan kaynaklanan yetki ve görevleri istisnai nitelikte olup, gemide asayiş sağlama amacıyla alınması gereken geçici tedbirlerdir¹⁵.

Kaptanın, gemiyi sevk ve idare eden ve gemiden sorumlu kişi olarak özel hukuktan kaynaklanan çok sayıda yetki ve görevleri vardır¹⁶. Bu yetki ve görevlerin en önemlileri TTK m. 1090 vd. sayılmıştır. Çalışmamızda kaptanın TTK m. 1090 vd. düzenlenen yetki ve görevleri ele alınacak olup, diğer kanunlardan kaynaklanan yetki ve görevlerine yer verilmeyecektir. Kaptanın yetki ve görevlerini bir bütün olarak değerlendirmemizin temel sebebi ise kanunun kaptana verdiği yetkilerin beraberinde kaptana görevler yüklemesidir¹⁷.

Kaptan yetkilerini kullanırken ve görevlerini yerine getirirken ortalama tedbirli bir kaptan somut olayda nasıl hareket edecek, ne gibi tedbirler alması gerekiyorsa bu şekilde hareket etmekle yükümlüdür¹⁸. Kaptanın bu hususu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği hallerde sorumluluğunun söz konusu olacağı TTK'da hüküm altına alınmıştır.

I. GEMİ KAPTANI KAVRAMI

Deniz hukukunda gemi kaptanı¹⁹, gemi seyrüseferdeyken gemide bulunan ve navlun, gemi kirası gibi sözleşmelerin icra edilmesi için gemiyi sevk ve idare eden kişidir²⁰. Kaptan, gemiyi sevk ve idare eden en yetkili amir sıfatına sahip, gemiyi yönetme noktasında kanunun aradığı şartları taşıyan bir gemi adamı olan,

¹⁵ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 38.

¹⁶ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 130.

¹⁷ Diğer bir deyişle, kaptanın görev ve yetkileri ayrılmaz biçimde iç içe girmiş olduğundan, kaptanın görev ve yetkileri aynı ana başlık altında incelenecektir. Aynı şekilde bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 38.

¹⁸ Şaban Kayıhan, *Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law)*, (İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020), 152.

¹⁹ "Kaptan sözcüğü Latince "baş" anlamına gelen *capo* ya da *cabo*'dan gelir; bir bölük insanın başına; belli bir işi gören bir grup insana buyruk verebilen deneyimli ve bilgili kişiye *capo* deniyordu. Kaptan sözcüğü Latince'den gelmektedir. *Capitanus* sözcüğünden türemiştir. Sözcük, önce Akdeniz kıyısındaki topluluklara geçmiş, daha sonra İngilizce, Almanca, Fransızca gibi batı dillerine yansımıştır. Bugün hemen her dilde kaptan, birbirine çok yakın benzer sözcüklerle anlatılır." Bkz. Selçuk Nas, "Gemi Yönetimi Konusunda Gemi İşletmelerinin Nasıl Bir Gemi Kaptanı İstediklerinin Tespitine Yönelik Nitel Bir Araştırma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 10, S. 2 (2008): 123.

²⁰ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 129; "Gemiyi gemi adamlarını idare eden, kişinin hukuki karşılığı kaptandır. Kaptan terimi, bir gemide komuta veya sorumluluğa sahip olan kılavuz kaptan dışındaki herkesi kapsar. Bir geminin kaptanı, gemiyle ilgili meydana gelen ve gemide yaşanan olaylardan sorumludur. Pozisyonu için usulüne uygun olarak ehliyet sahibi olmalıdır. Görevleri, gemiyi uygun zamanda seyrüsefere çıkarmak ve yetkin bir mürettebatın yanı sıra uygun ekipmanı sağlamaktır. Yolculuk sırasında gemiyi idare etmeli ve üzerinde anlaşmaya varılan usule göre hareket etmelidir. Özel konumu nedeniyle, gemideki tüm kişiler üzerinde özel disiplin yetkisine sahiptir. Fransızca: *Capitaine de Navire*; Almanca: *Schiffer*; Kapitan; *Schiffsführer*. Hollandaca, *Meester*; Fransızca: *maître*; Latince, *magister*, olarak ifade edilir." Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 3; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 129.

aynı zamanda donatanı, gemi personeline ve üçüncü kişilere karşı hukuken temsil eden kişidir²¹.

Kaptan kelimesinin İngilizce karşılığı olan “*master*” birden çok anlama gelmektedir. Yönetici, usta gibi anlamlara gelen “*master*” kelimesi değişik durumlarda farklılık arz etmeyecek şekilde kullanılmaktadır²². Örneğin “*master*” kelimesi, “işçiler üzerinde yönetim ve denetim yetkisine sahip kişi”, “Çocukların eğitilmesi işini üstlenen kişi”, “mahkeme tarafından atanan ve belirli durumlarda yapılması gerekli olan özel görevleri yerine getiren kişi” gibi anlamlara gelmektedir²³.

Gündelik hayatta kaptan kavramı, her türlü ulaşım aracını kontrol ve kumanda eden kişiler için kullanılmaktadır²⁴. Uçak kaptanı, gemi kaptanı, tren kaptanı, otobüs kaptanı şeklinde yapılan isimlendirmelere baktığımızda, salt kaptan ifadesi gemiyi çağrıştırmadığından gemi kaptanı ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Dolayısıyla gemi kaptanı, bir gemiyi sevk ve idare eden nitelikli gemi adamı olarak ifade edilebilir.

İngiliz hukukunda kaptan, gemiyi ve mürettebatı sevk ve idare eden anlamında, “*master*” kelimesinin deniz hukukundaki terminolojik karşılığı olarak “*ship-master*” ifadesiyle vücut bulmuştur²⁵. Bu bağlamda kaptan, hizmet sözleşmesine istinaden gemide ücret karşılığında çalışan, çalıştığı geminin navlun sözleşmelerine konu yapılmasında, kiralanmasında ve bunun gibi gemi ile ilgili hususlarda söz sahibi olan, donatan tarafından geminin organizasyonunda yetkili kılınmış, kanunla öngörülen belirli bir ehliyete sahip olarak gemiyi yöneten kişidir²⁶.

1847 tarihli “Birleşik Krallık Liman, Tersane ve İskeleler ile İlgili Hükümleri Düzenleyen Antlaşma” ve 1994 tarihli “Londra Tersane Alanlarının Geliştirilmesine Yönelik Ortaklık Antlaşması” kaptanı, herhangi bir deniz aracı ile ilgili olarak, o anki şartlara göre emir ve yönetim yetkisine haiz olan kişi şeklinde tanımlamıştır²⁷.

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 5. Dairesi’nin bir kararına göre, “*Kaptan sadece bir isimden ibaret değildir. O gerçekten gemisinin mutlak kaptanı (komutanı), geminin yegâne hâkimidir*”²⁸.

²¹ James R Aragon/ Tuuli Anna Messer, *Master’s Handbook on Ship’s Business*, (Cambridge: Cornell Maritime Press., 2012), 2; Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 3; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 129.

²² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 3.

²³ Nas, *Gemi Operasyonları*, 18.

²⁴ Nas, *Gemi Operasyonları*, 19.

²⁵ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 3.

²⁶ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 3.

²⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 4.

²⁸ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 4.

1891 tarihli “İsveç Deniz Hukuku Sözleşmesi” uyarınca kaptan; “*Emrindekilere bir aile reisine yakıştır biçimde davranması gereken; geminin organizasyonunu noktasında; her bir gemi adamı için sorumluluğa sahip kişidir*”²⁹.

Genel olarak devletlerin kaptanla ilgili tanımlarına bakıldığında ise yeknesak düzenlemeler bulunmamakla birlikte, söz konusu tanımlamalar birbirlerinden bariz farklılık içermemektedir³⁰. Bir bütün olarak bakıldığında kaptan, kanun tarafından belli başlı yetkilerle donatılmış, bu yetkileri gemi deniz sergüzeştiyken önemli ölçüde fazla olan, bunlarla bağlantılı sorumluluklara sahip ve aynı zamanda geminin bayrak devletini de temsil eden kişidir³¹.

Türk hukukunda ise TTK, Deniz İş Kanunu (DİK), Kabotaj Kanunu, Limanlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Gümrük Kanunu gibi kanunlarda kaptanla ilgili hükümler mevcuttur³². Kaptan kavramıyla ilgili en geniş düzenlemeler TTK’da yer almakla birlikte, Kanunda kaptan için bir tanım yapılmamıştır. Kanunun m. 1088 ilâ m. 1118 hükümlerinden yola çıkarak, Kanun tarafından öngörülen nitelikleri bünyesinde barındıran³³, donatanla birlikte deniz hukukunun temel taşı ma-

²⁹ Swedish Maritime Act of 1891, m. 44.

³⁰ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 4.

³¹ Marcus Toremar, *The Legal Position of the Shipmaster*, (Sweden: Department of Law School of Economics and Commercial Law, Göteborg University, 2000), 26; *Eskiden Patron Reis gibi tabirler de vardı, fakat bunlar artık bugün yalnız yelkenli gemileri sevkedenerle söylenmektedir; buharlı ve motorlu gemilerin idaresinin ele alanlar “Kaptan”dırlar. Bazan Süvari ve Kumandan dendiği de oluyor.* Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 114; “Türkler 12. yy’da Akdeniz denizciliğinin ortak diline ait bu kaptan sözcüğünü de almışlardır. Ancak Hızır Reis’den (Hayrettin Paşa) anlaşılıyor ki; önceleri gemideki baş yöneticiye reis deniyordu; bu sözcük hala gemilerde kullanılmaktadır. Güverte lostromosuna ve küçük teknelerin kaptanlarına reis denir Bununla birlikte “Reis” tabiri, o zamanki kabotaj seferi yapan gemilerde kullanılırken “Kaptan” tabirinin de uluslararası sefer yapan gemilerde kullanıldığı görülmektedir.” Bkz. Nas, *Gemi Operasyonları*, 18; Kaptan kavramını, uluslararası kurallarda yer aldığı şekliyle ve İngilizce ifadesi ile “shipmaster”, Türkçe olarak da “gemi kaptanı” olarak kabul etmemiz lazım gelmektedir. Uluslararası Gemi Kaptanları Birlikleri Federasyonu’nun yapmış olduğu tanımda da bu husus gözetilmiştir. Federasyon, kavramla ilgili tanımına ve kullanımına ilişkin karğaya son vermek adına kaptan için “shipmaster” ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Federasyonun tanımına göre ise gemi kaptanı, denizci ulusların devletleri tarafından verilmiş, uluslararası tanınan yeterlilik sertifikasına sahip ve denizde seyreden ticaret gemisini komuta eden kişidir. Bkz. Nas, “Gemi Yönetimi”, 125; Nas, *Gemi Operasyonları*, 29; Nas, “Gemi Yönetimi”, 125.

³² Kaptan, DİK m. 2 hükmünde, “*Gemiye sevk ve idare eden kimseye veya zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekâlet eden kimse*” şeklinde tanımlanmıştır. Türk hukukunda kaptanın tanımına yer verilen bir diğer düzenleme Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme, Sınav, Vardiya, Tutma, Kütükleme ve Donatılma Esasları Hakkında Yönetmelik (GAY) m. 3/3-b’de hükmünde yer almaktadır. Hükme göre, “*Kaptan geminin sevk ve idaresiyle görevli ve belirli yeterlilik belgesine haiz olan kimsedir.*” 30328 sayılı Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği’nde ise kaptan, gemiyi sevk ve idaresi altında bulunduran gemi adamı olarak ifade edilmiştir. GAY’nde yapılan bu tanım Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası 1978 Sözleşmesi Uluslararası Gemi Adamları Sözleşmesi (STCW)’den alınmıştır. Türkiye bu sözleşmeyi 1989 yılında 3539 No.lu Kanun ile tasdik etmiştir. Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 1.

³³ Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği m. 42 hükmü gereğince; “*Gemiadamı olabilmek için; a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak ya da Türkiye Cumhuriyetinde veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde denizcilik ile ilgili eğitim-öğrenim gören ve/veya mezun olan Kuzey Kıbrıs*

hiyetinde olan, donatanı temsil yetkisini haiz, geminin yönetim ve organizasyonu noktasında mutlak hâkim kişiyi kaptan olarak tanımlayabiliriz³⁴.

II. GEMİ KAPTANININ YETKİLERİ

Türk hukukunda deniz ticaretine ilişkin ilk düzenleme 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'dur. Daha sonra 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Türk Cumhuriyeti vatandaşı olmak ya da 25/9/1981 tarihli ve 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun kapsamındaki Türk soylu yabancı olmak, b) Bu Yönetmelikte belirtilen gemiadamı yeterlik dereceleri için ön koşul olan yaş, öğrenim derecesi, deniz hizmet süresi ve diğer gerekleri sağlamış olmak, c) Sağlık durumunun deniz hizmetine elverişli olduğunu bu Yönetmeliğin ilgili hükümlerine göre belgelemek, ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu veyahut göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlardan kaptan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık suçlarından hükümlü bulunmamak, d) 5237 sayılı Kanununun 188 inci, 190 inci ve 191 inci maddelerindeki suçlardan dolayı hakkında verilmiş bir mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri kararı bulunmamak, gerekir. (2) Uzakyol kaptanı ve kaptan yeterliğine sahip olmak için, birinci fıkrada yer alan hükümlere ilave olarak, taksirli suçlar ve ertelenmiş mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırından fazla süreli hapis cezası veya affa uğramış olsalar dahi, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, hileli iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terörün finansmanı suçlarından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza ile hüküm giymemiş olmak gerekir."

³⁴ Tahir Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 26; Rayegan Kender/Ergon Çetingil/ Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 113; Doktrinde kaptan farklı ifadelerle tanımlanmıştır. Kaner'e göre kaptan; "donatana hizmet akdi ile bağlı bir gemi adamı olup, görev ve yetkileriyle itibariyle deniz hukukunda donatandan sonra en önemli şahıs ve geminin yegâne hâkimidir." Bkz. Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 110; Sözer kaptanı; "Denizcilğin ve dolayısı ile de deniz hukukunun odak noktalarından insan ögesini temsil eden, gemiye özgü organizasyonun ve çalışma düzeninin başında bulunan, gemide istihdam edilenlerin hiyerarşik üstü ve disiplin amiri olan bu özellikleri sebebiyle geminin hâkim-i mutlakı olarak ifade edilebilecek kişi" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 307; Tekil'e göre kaptan; "esas olarak gemiyi sevk eden ve yöneten kimse ve donatanı temsilen bazı işlemlerde bulunduğu gibi yolculukla ilgili teknil menfaatlerin de kanuni temsilcisi unvanında olan kişi" olarak ifade edilmiştir. Bkz. Fahman Tekil, *Deniz Hukuku*, (İstanbul: Alkım Yayınları, 2001), 194; Göknil; "gemiye kumanda eden ve buharlı motorlu gemilerin idaresini ele alan, Deniz Ticareti Hukukunun en dikkate değer şahsiyetlerinden biri" şeklinde bir tanım yapmayı tercih etmiştir. "Kaptan: Denizcilik İşlerinde baş bilgici. Kanunun kendisine verdiği temsil hakkına veya mukavelesinden aldığı hakka müsteniden gemiyi alacaklar eden işlerde Donatanı temsil eder fakat bu kanuni salahiyet Donatan tarafından daraltılabileceği gibi büsbütün de kaldırılabilir. Yükde ve deniz yolculuğunda alakalı olanların mümessilidir. Geminin her surette amiridir. Bundan kaptan için birçok haklar ve borçlar doğar. Kaptanın sade donatanın bir memuru olması veya Müşterek Donatanlık yahut tam Donatanlık sıfatı ile kaptanlık şahsında toplaması arasında fark yoktur. Kaptan geminin tamamına sahip olunca Hususi Hukuk çerçevesindeki mesuliyeti değiştir, fakat bu cephedeki vaziyeti değişmez." Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 114; Çağa/Kender de kaptanı "geminin sevk ve idaresiyle görevli belirli ehliyete sahip donatandan sonra deniz hukukunun en önemli şahısı" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Tahir Çağa, Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (İstanbul: Arınan Yayınları, 2005), 184; Kara ise kaptanı; "gemiye sevk ve idare eden yetkili kişi olma dışında, donatanın gemideki temsilcisi olan gemide yük taşınması halinde yük sahibinin temsilcisi sıfatıyla bazı görevleri ifa eden kişi" olarak ifade etmiştir. Bkz. Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 128.

(E-TTK)³⁵ yürürlüğe girmiş, ancak bu Kanun mevcut ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalması hasebiyle 2012 yılında TTK'nın yürürlüğe girmesiyle ilga olmuştur. TTK'nın beşinci kitabı olarak düzenlenen Deniz Ticaret Hukuku'nun üçüncü kısmı, kaptana dair hukuki düzenlemelerin içinde bulunduğu bölümdür³⁶.

Kaptanın yetkilerinin kapsamı incelendiğinde, kaptanın gemi ve yük üzerinde mutlak ve sınırsız bir hâkimiyet hakkına sahip olduğuna ilişkin görüşlerin³⁷ yanı sıra kaptanı donatandan aldığı talimatları yerine getiren bir gemi adamı olarak değerlendiren görüşlerin olduğu görülmektedir³⁸.

E-TTK'nın m. 1467 ilâ m. 1472 hükümlerinde TTK'ya nazaran kaptana daha geniş yetkilerin verildiği görülmektedir. TTK'da bu hükümlere "insan haklarına ve iş hukukuna ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlara aykırı düştükleri" gerekçesiyle yer verilmemiştir³⁹.

A. TTK'DA DÜZENLENMEYEN YETKİLER

1. Disiplin Yetkisi

Kaptan gemideki düzeni sağlamakla yükümlüdür. Bu sebeple kaptanın disiplin yetkisine sahip olduğu kabul edilir⁴⁰. Kaptan disiplin yetkisini aşarsa ya da makul olmayan⁴¹ disiplin eylemlerinde bulunursa bazı yaptırımlara maruz kalır.

³⁵ "Kaptanın görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu esas alınarak ihdas edilmiştir. Bu nedenle TTK'da hâkim olan görüş kaptanın geminin tam yetkili patronu olduğu yönündedir. TTK'da kaptana çok geniş görev ve yetkiler verilmiştir. Ancak yukarıda açıklanmış olduğumuz nedenlerle bu yetkilerin birçoğunu fiilen kullanamaz hale gelmiştir. Özellikle TTK m. 994/2 uyarınca kaptanın birçok konuda donatandan talimat alma zorunluluğu olduğu için, bu teknolojik gelişmelerden sonra kaptanın birçok yetkisini tek başına kullanma imkânı da ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla TTK'nın kaptana ilişkin hükümlerinin bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir." Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 45.

³⁶ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 114.

³⁷ "Kaptan, icap ettiğinde denize yük ve eşya atabilir, geminin direklerini, çarımhlarını, yelkenlerini kesebilir. Aynı zamanda kaptan yükü, yakıtı ve kumanyayı başka deniz vasıtasına aktarabilir, gemisini karaya oturabilir, yükü ıslatabilir, gemisini sığ bir yerde batırabilir, yakıt yerine yük ve gemi eşyasını yakabilir, gemiyi barınma limanına sığdırabilir, gemiyi saldırılardan korumak maksadıyla tedbirler alabilir, gemiyi ve yükü kurtarabilmek için fide verebilir." Bkz. Nas, *Gemi Operasyonları*, 31.

³⁸ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 45.

³⁹ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, s. 308.

⁴⁰ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 150; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 131.

⁴¹ "Neyin makul olduğu çoğunlukla duruma bağlıdır. Fakat disiplin gerektiren sınırı aşan hareketin mahiyeti disiplinin şiddetinin ve türünün makul olup olmadığını belirler. Örneğin, kanun kaptana gemi bordosundaki bir isyanı bastırma da belki de en büyük disiplin yetkisini güç kullanımı olarak verir. Panama bayrağı altındaki bir kaptanın bunu yapma yetkisi anayasadan kaynaklanmaktadır. Bazı ülkeler ateşli silahlar taşımaya izin verir; en azından bunları yasaklamaz. Bunların en iyi örneği Ukrayna, Şili ve en önemlisi de ABD'dir. Çin Halk Cumhuriyeti Deniz Kanunu kısadır ve isabetlidir. Buna göre: "Kaptan uygun iş yönetimi için gerekli olan disiplin ve davranış standartlarını sağlamalıdır. Gemi bordosu üzerinde kaptan tüm disiplin sorunlarında son hakemdir." Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 150-151.

Bu yetkinin sınırları, ülkelerin hukuk düzenlemelerinde belirtilmiş ve çoğu ülkenin kanunları kaptana bazı disiplin yetkileri vermiştir⁴².

Kaptanın, gemi adamlarının ve gemide bulunan diğer şahısların disiplin amiri olduğu E-TTK m. 1467 hükmünde belirtilmiş ve bu genel yetkiye dayanarak neler yapabileceği sayılmıştır. Söz konusu maddede, kaptanın güvenlik ve düzen için gerekli her türlü önlemi alabileceği, gemi adamları ve gemide bulunan diğer kişiler üzerinde zor kullanabileceği, görevini yapmaktan kaçınan kişiyi çalışmaya zorlayabileceği düzenlenmiştir⁴³. Kaptan, emirlerini yerine getirmeyenleri uygun bir yere kapatmaya, bu kişileri gemiden uzaklaştırmaya, eşyalarını aramaya ve gemi adamlarının eşyalarını muhafaza altına almaya yetkilidir⁴⁴. Kaptan bu disiplin yetkisine binaen gemiye istediğini alır, istediğini almaz, hatta gemiyi yahut yükü kurtarmak için gelenleri bile gemiye almayabilir. Kaptanın bu yetkisi donatana karşı da geçerlidir⁴⁵.

Donatan izinsiz bir şekilde gemiye çıkmak isterse kaptanın onu gemiden uzaklaştırıp uzaklaştıramayacağı sorusu üzerinden kaptanın disiplin yetkisi anlatılabilir. Bilindiği üzere gemi kaptanı, donatanın özel hukuk çerçevesinde son verebileceği bir hizmet sözleşmesiyle gemiyi yönetmek üzere görevlendirdiği kişidir. Bayrak ülkesi mevzuatının kontrolü altında donatan tarafından ona verilmiş temsil yetkilerini haizdir. Kaptanın ayrıca gemiyi denize elverişli tutma görevi vardır. Çoğu devlet ya da müşterek hukuk kurallarına göre; donatanın, bazı durumlarda ise gemi kiracısının, özel talimatıyla gemiyi ve geminin üzerindeki eşyaları ve kişileri güvende tutma görevi söz konusudur. Örneğin, donatan, güvenli bir limanda bekleyen gemiyi görmeye karar verir. Donatan haber vermeden gemiyi ziyaret eder ve bordasına çıkar. Bu durumda gemi kaptanı donatanı gemiden uzaklaştırabilir mi? Donatanın varlığı geminin, gemide bulunan kişilerin ve eşyaların güvenliğini tehlikeye sokmazsa ya da çevreye zarar vermezse bunu yapamayacaktır. Ancak zarar verdiği durumlarda kaptan, sahip olduğu yetki gereği donatanı gemiden uzaklaştırabilmelidir⁴⁶.

Konuya ilişkin bir başka örnek; gemi, kaptanın yönetimi ve kontrolü altında seyretmekte iken hava aniden kötüleşmiş ve donatan, maliyetinden dolayı kötü havada yön bulma aletini satın alma tercihinde bulunmamıştır. Bir golfçü olan donatan (asıl işi denizcilik değil), lüks kamarasından acele bir şekilde kaptan köşkünün gelir. O sırada kaptan, geminin rüzgâra göre denizde kalabilmesi için manevralar yapmakta ve aşırı dalga ile bundan ileri gelen gürültüler arasında sey-rüsefer için emirler vermektedir. Bundan faydalanan donatan dümende bulunan

⁴² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 150.

⁴³ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 120.

⁴⁴ Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, 142.

⁴⁵ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 129.

⁴⁶ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 126-127.

gemi adamına gözleriyle ve el kol hareketleriyle manevra yapma emri verir. Durumu fark eden gemi kaptan hemen bu emri kaldırır ve donatanın derhal kaptan köşkünden çıkarılmasını söyleyip, gemi adamına donatanı kamarasına götürmesini emreder. Burada gemi kaptanı, donatanın geminin güvenliği açısından tehlike teşkil ettiği kararını vermiştir. Olayda kaptan hala donatanın işine her zaman son verebileceği bir gemi adamıdır. Fakat aynı zamanda sahip olduğu yetkiden dolayı gemiyi ve içindekileri güvende tutma görevi vardır. Bu durumda kaptan, donatanı kaptan köşkünden çıkarabilir⁴⁷.

Kaptan, disiplin yetkisinin yerine getirilmesinde zabıta ve askeri kuvvetlerden yardım alabilir⁴⁸. Disiplin yetkisini kötüye kullanan kaptan E-TTK m. 1470 uyarınca hapis ve para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁹.

Kaptanın disiplin yetkisine ilişkin TTK'da herhangi bir düzenleme yapılmamış olup, E-TTK'da geniş bir biçimde ele alınan bu yetkinin dar yorumlanması lazım gelmektedir. Kaptan, söz konusu yetkiyi, geminin güvenliği ve seyrüseferdeki sürekliliğiyle bağdaştırılabildiği ölçüde sınırlı olarak kullanabilir.

2. Ceza Tahkikatı Yapma Yetkisi

Gemide bir suç işlenmesi halinde ceza tahkikatı yapma noktasında E-TTK m. 1472 hükmü kaptanı son derece geniş yetkilerle donatmıştır. Gemi, bir Türk limanı dışındayken gemide bir suç işlenmesi halinde, kaptan bu suça ilişkin delilleri toplamaya, delillerin kaybolmaması için gerekli tedbirleri almaya, kişiler üzerinde arama yapmaya, suç ile ilgili kimseleri dinleyip tutanak düzenlemeye yetkilidir⁵⁰. Hatta kaçma ihtimali, delillerin karartılması ve delillerin toplanmasına engel olma durumu varsa kaptanın tutuklama yetkisi dahi vardır⁵¹. Bu konuda TTK'da bir düzenleme yapılmamıştır. Kaptanın E-TTK döneminde sahip olduğu bu yetkilerinin sadece sınırlı bir kısmını kullanabileceğini kabul etmek

⁴⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 127-128.

⁴⁸ , M. Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, (İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1970), 334.

⁴⁹ “Şikayet üzerine on beş günden bir seneye kadar hapis ve en az iki aylığı tutarında ağır para cezasıyla cezalandırılır. Gemi hizmetlerinin esaslı bir şekilde aksaması neticesini meydana getirebilecek mahiyette bulunan ve yapmaması gereken bir hareketi bilerek yapan veya ihmal edilmesi aynı mahiyette bulunan ve yapması gereken bir hareketten bilerek kaçınan veya yukarıki maddede yazılı suçların işlenmesine göz yuman veyahut bunlara iştirak eden kaptan donatanın şikayeti üzerine yukarıki maddedeki cezaya mahkum edilir.”

⁵⁰ Geminin ve üzerindeki tüm kişilerin güvenliğini teminat altına almak için kaptan, bordada suç işleyen veya kanunları ya da düzenlemeleri ihlal eden kimseleri hapsedme, bunlara karşı gerekli tedbirleri alma, delillerin saklanmasını ve yok edilmesini önleme yetkisi vardır. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 151; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 130; Çağal/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 186.

⁵¹ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 335; “Bazı durumlarda kaptanın gemide düzeni korumak için gerekli olduğuna ya da gemi için bir tehdit olduğuna inandığı bir kişiyi gemide tutuklama yetkisi vardır. Üzüylil önce kaptanın gemi personelinin kötü hareketlerine doğrudan ve bedenen ceza verme yetkisi de vardı. Fakat bu çağ dışı olmuştur ve dahası çoğu bayrak ülkesi her türlü bedensel cezayı yasaklamaktadır.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 150.

gerekmektedir. Gemide bir suç işlenmesi halinde, sefer sırasında kaptan her halde durumu yetkili mercilere intikal ettirebilecek, söz konusu suç ile ilgili tutanak düzenleyecek, durumu tespit ettirecektir.

B. TTK'DA DÜZENLENEN YETKİLER

1. Emir Yetkisi

Gemi kaptanı, kanunlar ve denizcilik teamülleri tarafından kendisine tanınan yetkiler kapsamında sorumluluklarını yerine getirebilmesi amacıyla emri altında bulunan gemi adamlarına ve gemide bulunan kişilere geminin idare edilebilmesi için gerekli olan emirleri verebilir⁵². Kaptanın, görevi ile ilgili olarak verdiği emirlere uyulması zorunludur. Gemi adamlarının, kaptanın emirlerine uymakla mükellef olduğu E-TTK m. 1468 hükmünde belirtilmiştir⁵³. Kaptanın emirlerini yerine getirmeyen gemi adamları E-TTK m. 1469 uyarınca, kaptan veya donatının şikâyeti üzerine on beş günden bir yıla kadar hapse ve en az iki aylık ücretleri tutarınca ağır para cezasına ve hapis müddeti kadar meslek ve sanatı ifadan memnuiyet cezasına mahkûm edilirler. Şu kadar ki memnuiyet cezası iki aydan aşağı olamaz. Yolcular da E-TTK m. 1120 uyarınca kaptanın gemi düzenine ilişkin bütün talimatlarına uymak zorundadır.

Kaptanın, gemi adamlarına dair emir yetkisine ilişkin bir düzenleme TTK'da bulunmamaktadır⁵⁴. Ancak TTK m. 1251/1'de yolcunun, kaptanın gemide düzenin sağlanmasına yönelik tüm talimatlarına uymak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Türk Dil Kurumu'nda "emir" sözcüğünün karşılığı olarak "talimat" ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce, kanun koyucu burada kaptanın yolcular üzerinde emir yetkisinin varlığını ifade etmiştir. Kanunda kaptanın gemi adamlarına dair emir yetkisine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, kaptanın gemi hizmetinin gereği gibi görülebilmesi ve gemide gerekli güvenliğin sağlanması için gemi adamlarına emir verebileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Kaldı ki TTK m. 1251 uyarınca yolcular üzerinde emir yetkisi olan kaptanın, gemi adamları üzerinde evleviyetle emir yetkisi olacaktır. Her ne kadar sınırları açık olan yetkiler, günümüzde insan haklarına dayalı hukuk anlayışı içerisinde daraltılmış olsa

⁵² Kaptanın bu yetkilerinin hukuki mahiyeti tartışmalı olup, bununla birlikte, kamu hukuku niteliğinde kabul edilseler dahi kaptanın milli hukuk tarafından gemide güvenlik ve düzeni sağlamak amacıyla tanınan bu yetkileri gemi yabancı bir devletin karasularında ve limanlarında bulunduğu sırada dahi kullanabileceği ve sahil devletinin geminin iç düzeni ile ilgili işlerine karışmayacağı devletlerin uygulamalarında ve doktrinde öteden beri kabul edilmektedir. Bkz. Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 185; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 130; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 129; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 131.

⁵³ TTK m. 1468: "Gemi adamları kaptan, gemi zabıtları ve diğer amirleri tarafından verilen hizmet emirlerini hiçbir itiraz ileri sürmeksizin derhal ve harfiyen yerine getirmek ve gemi hizmetlerini ilgilendiren bütün hususlar ve bu arada diğer gemi adamları hakkında bildiklerini doğru ve tam olarak bildirmek mecburiyetindedirler."

⁵⁴ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 116.

da kaptanın, geminin sevk ve idaresi noktasında emir yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Esasen bu yetki, gemiyi yönetmek ve yolculuk sırasında yükün, yolcuların ve geminin güvenliğini sağlamakla ilintili tabii bir yetkidir⁵⁵.

2. Kaptanın Temsil Yetkisi

Temsil, bir hukuki işlemi bir kişinin başka bir kişi ad ve/veya hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının bu şahıs üzerinde doğmasını sağlamasıdır⁵⁶. Deniz ticaret sözleşmelerinin yerine getirilmesindeki önemli rolü sebebi ile kaptanın, görevine bağlı birçok temsil yetkisine sahip olması olağandır⁵⁷. Kaptanın, donatanı, taşıyanı ve yükü ilgili olanları temsil etme yetkisi vardır. Kaptanın temsil yetkisi belli bir geminin sevk ve idaresini üstlenmesi ile başlar ve kural olarak gemiyi sevk ve idare ettiği sürece devam eder⁵⁸. Kaptan, donatanla iletişiminin çok az veya hiç olmadığı uzun yolculuklarda, kanunun kendisine tanıdığı temsil yetkisine dayanarak geminin yönetiminde donatan gibi davranacak, onun yerine kararlar alabilecek ve uygulayabilecektir⁵⁹. Genel olarak, eğer aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, kaptanın gemi ve yük ile ilgili seferin uygun ve güvenli bir şekilde yapılabilmesi için gerekli olağan her türlü işlemi yapma yetkisi vardır⁶⁰.

a. Kaptanın Donatanı Temsil Yetkisi

Gemi kaptanının donatanı temsil yetkisi doğrudan ve dolaylı temsil şeklinde olabilir. Bir kimsenin sahip olduğu yetkiye dayanarak başkası adına ve hesabına hukuki işlem yapması olarak ifade edebileceğimiz temsil kavramından öncelikle anlaşılması gereken doğrudan temsil olup, temsilin doğrudan ve dolaylı temsili içine alacak şekilde bir bütün olarak ele alınması, kaptanın donatanı temsil yetkisi bakımından da geçerlidir⁶¹.

Donatanın kaptanın sefere çıkması durumunda kendisini temsil hususunda kaptana bir yetki tanınmasına gerek yoktur⁶². Çünkü bu yetki doğrudan kanun

⁵⁵ F. N. Hopkins, *Business and Law for the Shipmaster* (Glasgow: Brown, Son&Ferguson Ltd., 1998), 157.

⁵⁶ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 118; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 109.

⁵⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 122.

⁵⁸ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 113.

⁵⁹ Attard, *The Imli Manual On International Maritime Law*, 212; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 190.

⁶⁰ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 122.

⁶¹ Yunus Alhan, "Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliğindeki Taşıma İşleri Organizatörü Kavramının Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD)* 8, S. 16 (2020): 1147; Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 124.

⁶² Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, 146; Donatan, gemi yatırımının katkısının bir parçası olarak gemi kaptanına gemi, bir çalışma sermayesi ve yönetim hakkı sağlamaktadır. Kaptan ise zamanını, becerilerini ve bayrak ülkesinden aldığı gemiyi yönetme ve işletme yeterliliklerini üzerinde anlaşılan bir ücret karşılığında ortaya koymaktadır. Bu güvene dayanan ilişki sadece temsilcilik ve hizmet sözleşmesinden

tarafından kaptana bahşedilmiştir ve kaptanın donatanın öncelikli ve en önemli temsilcisi olduğunu gösterir niteliktedir⁶³. Söz konusu yetki, kaptanın donatan namına hareket etmesine imkân tanıyan, sevk ve idare ettiği gemi ile ilgili sınırlı olarak kendisine verilen, donatanın yalnızca kendisinin yapabileceği birtakım önemli işlerde dahi kendisine ulaşılmamasına imkân yoksa yolculuğun ve yükün salahiyeti için kaptanın bu işlemleri yapması sonucunu doğuracak kadar geniş bir yetkidir⁶⁴. Günümüzde kendi gemisinde kaptan olarak çalışan ya da donatan olarak kendi gemisi ile sefere çıkan bir donatan olmadığı görülmektedir. Bu nedenle donatan kendi adına hareket etmesi için gemi kaptanına yetkiler vermiştir. Kaptanın donatanı temsil yetkisi, geminin bağlama limanında veya bağlama limanı dışında bulunmasına göre farklılık göstermektedir⁶⁵.

Gemi bağlama limanında iken kaptanın donatanı temsil yetkisi dar tutulmuştur⁶⁶. Bu durumda, kaptanın kanuni temsil yetkisi dışında yapmış olduğu hukuki işlemler kural olarak donatanı bağlamaz, fakat kaptanın hukuki işlemleri donatan tarafından verilmiş özel bir yetkiye dayanmakta veya başka bir hukuki sebepten mütevellit ise TTK m. 1103/1 uyarınca donatanı bağlayacaktır⁶⁷. Kaptan, TTK m. 1103/2 gereğince; bağlama limanındayken gemi adamı tutabilir. Bu yetkiye mündemiç olarak gemi adamlarının ücretini ve diğer mali haklarını ödeme, sigorta primlerini yatırma, sözleşme hükümlerine aykırı hareket eden gemi adamını işten çıkarabilme yetkilerinin de var olduğu aşikârdır⁶⁸. Kaptan, bunlar dışında,

doğmadığını, kaptanın güven yükümlülüklerinin kaptan ve donatan arasındaki resmi olmayan ve çalışma güven ilişkilerinden doğduğu söylene kanaatimizce bu ilişki esasen kanundan kaynaklanmaktadır. Aynı yönde bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 122-123.

⁶³ Toremar, *The Legal Position of the Shipmaster*, 26.

⁶⁴ Toremar, *The Legal Position of the Shipmaster*, 26; "Deniz yolculuğunu başarıyla tamamlayabilmek için kaptanın görevlerini başarılı bir şekilde gerçekleştirebilmesi gerekmede bu sebeple donatanın birtakım yetkilerini alması gerekmektedir. Seferler genellikle uzundur ve gemi kaptanının da zorunlu görevleri çoktur. Bu görevleri yerine getirebilmesi için hiç kullanmasa da hukuk ve teamül tarafından bazı yetkilerle donatılması gerekir. Bundan dolayı donatan, kaptana çoğunlukla görüşü ve kontrolü dışında olan oldukça maliyetli sermaye varlığını itinayla koruması ve kullanması için geniş yetkiler verir. Donatanın temsilcisi olan gemi kaptanı geminin yönetimi ve bakımı ile görevlendirilmiştir ve kanunlara göre donatan tarafından kendisine verilen temsilcik kapsamında gemi ve gemi işiyle ilgili tüm işlerinde azami iyi niyet, sadakat ve özen ile hareket etmek zorundadır. Bu temsilcilik ilişkisinden dolayı gemi kaptanı kendi özel menfaatine ticaret yapmama görevi, titizlikle sahibin talimatlarına uyma görevi, donatanın menfaatlerini etkileyecek tüm meseleleri gecikmeksizin ve eksiksiz olarak donatan bildirme görevi gibi ek görevleri vardır. Bunun yanında kaptanın seferi başarılı bir şekilde gerçekleştirmek için makul olarak yapılabilecek her şeyi yapma görevi vardır." Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 123-124.

⁶⁵ Hirsch, *Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku*, 58; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 312.

⁶⁶ Ezgi Heggülerler, *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme İstif Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2011), 166; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 312; Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 90; Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, 190.

⁶⁷ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 138; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 190.

⁶⁸ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 347; Sözer, 312; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 137; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 190.

donatandan yetki almadıkça bağlama limanında tamir ve bakım amacı ile sözleşme akdetme, yakıt ve kumanya alma ve navlun sözleşmesi akdetme gibi başkaca hukuki işlemleri yapamaz⁶⁹.

Her ne kadar TTK kaptanın bağlama limanında donatanı pasif bir temsil yetkisine haiz olduğunu belirtirse de, E-TTK'da belirtilen gemi alacaklısı hakkı sahiplerinin dava ve takiplerini donatana karşı yürütebileceği hususunu TTK açısından da kabul etmek gerekecektir.⁷⁰ Ancak burada altı çizilmesi gereken nokta, gemi alacaklısı hakkı bahşeden alacaklar için kaptanın, donatanı temsil yetkisini haiz olduğudur⁷¹. Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklar, TTK m. 1320 hükmünde sayma suretiyle belirtilmiştir⁷².

Gemi bağlama limanı dışındayken, kaptanın yetkileri oldukça geniş olduğundan eski zamanlarda kaptan "*Allah'ın gemideki temsilcisi*"⁷³ olarak görülüyordu. Hukuk düzenlemeleri ile birlikte bu yetkinin kapsamı daraltılmış olmakla birlikte yine de kaptan bağlama limanı dışında bir donatan gibi çoğu işlemi yapabilmektedir⁷⁴. Kaptanın donatanı temsil vasfıyla gemi üzerinde yapabileceği işler TTK m. 1104 kapsamında şu şekilde ele alınmıştır: "*Kaptan, her türlü iş-*

⁶⁹ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 312.

⁷⁰ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticareti Hukuku*, 138; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 191.

⁷¹ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 348.

⁷² Buna göre gemi alacakları "a) Ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları b) Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada ve suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar c) Kurtarma ücreti d) Liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler e) Gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan ziya ve hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi ziya ve hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar f) Müşterek avarya garame payı alacakları"dır. TTK m. 1320/2 gereğince; "*Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada ve suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar ve gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan ziya ve hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi ziya ve hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar ise; "Deniz yolu ile petrol veya diğer tehlikeli ya da zararlı maddelerin taşınması ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp da milletlerarası sözleşmelere yahut millî mevzuata göre kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigorta ile ya da diğer yollardan teminat altına alınması öngörülen zararların, b) Radyoaktif maddelerden veya radyoaktif maddelerin zehirli ya da patlayıcı maddeler veya nükleer yakıt yahut radyoaktif ürünler ya da atıklardan oluşan diğer tehlikeli maddeler ile bileşiminden kaynaklanan zararların, sonucunu oluşturdukları veya bu zararlardan doğdukları takdirde, sahiplerine gemi alacaklısı hakkı vermezler."* TTK m. 1320/3; "*Türkiye'de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk hukuku uyarınca belirlenir."*

⁷³ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 6.

⁷⁴ Gemi bağlama limanının dışında iken kaptanın yetkileri genişler; kaptan geminin iyi durumda tutulması ve yolculuğun selamete tamamlanması ve özellikle, genel geçer ölçüsü içinde, güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü tasarrufları ve işlemleri yapmak yetkisine sahip olur. Kaptan, yakıt ve kumanya almak, geminin bakım ve onarımı için sözleşme yapmak ve navlun mukavelesi yapmak, konişmento düzenlemek yetkisine sahiptir. Kaptan özellikle gemiyi korumak veya yolculuğu tamamlamak amacı ile ödünç para almak ve kredili işlemler yapmak yetkisine sahiptir. Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 312; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 142; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 137; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 191.

lem ve tasarrufu donatan adına yapmaya yetkili kılınmıştır. Ancak bu işlem ve tasarrufların geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin denize, yola ve yüke elverişli olmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesine ilişkin olmaları gerekmektedir.” Geminin yakıt ve kumanyasından kasıt; geminin tahsis edildiği ticari amaca uygun bir şekilde faaliyet gösterebilmesi için gerekli olan ekipmanlardır. Geminin denize, yola ve yüke elverişli sayılma koşulu TTK m. 932 hükmünde düzenlenmiştir⁷⁵. Esasen denize, yola, yüke elverişli olmayan bir geminin deniz sergüzeştine atılması ve bu bağlamda kazanç gayesine uygun bir biçimde kullanılması mümkün değildir.

Kaptanın temsil yetkisi, üçüncü kişilerle donatanı bağlayacak şekilde geminin kullanımıyla ilgili sözleşme yapabilmesini içerir. Sefer sırasında gerekli tamiratı yaptırmak ya da gerekli malzemeleri almak için kaptanın sözleşme yapması gerekli olabilir. Kaptanın gerekli tamirler için sözleşme yapma yetkisi temsil yetkisinin bir parçasıdır⁷⁶. Fakat Kanun tarafından öngörülen gerekli tamirat sadece geminin güvenliğine ve seferin yürütülmesine yönelik zorunlu tamiratlardan ibaret değildir. Kaptanın, halin icabına göre makul olarak uygun tamiratlar için sözleşme yapma yetkisi vardır. Eğer kaptan ve üçüncü kişi, tamiratlar için donatanın başka bir kişiyi görevlendirdiğini ya da yetki verdiğini biliyorsa bu yetki sınırlı olacaktır⁷⁷. Kaptan, elinde donatana ait yeterli miktarda para bulursa bile olağanüstü tamirleri ve alımları, TTK m. 1110/3 uyarınca ancak zorunluluk halinde yapabilir.

Kaptanın temsil yetkisinin kapsamı, genel olarak eşyaların taşınması ile gerekli erzak ve malzemelerin alınmasıyla ilgilidir. Bunun sonucu olarak, temsil yetkisi anılan durumlar dışındaki işlere genişlemez⁷⁸. Örneğin, kaptanın, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça kendi adına yük alma yetkisi yoktur. TTK m. 1111/1 uyarınca; “Kaptan, donatanın muvafakati olmaksızın kendi hesabına gemiye eşya yükleyemez. Bu yasağa uymadığı takdirde, kaptan bu gibi yolculuklarda benzer eşya için, yükleme yerinde ve zamanında istenebilecek en yüksek navlunu donatana ödemeye zorunludur. Donatanın kaptanın ödediği navlunun karşılamadığı zararı için tazminat isteme hakkı saklıdır.” Ayrıca donatanın bir talimatı yoksa ya da bayrak ülkesi kanunları zorunlu tutmuyorsa kaptan genellikle sigorta yap-

⁷⁵ TTK m. 932/1: “Gövde, genel donatım makine, kazan gibi esas kısımları bakımında, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi “denize elverişli” sayılır.” TTK m. 932/2: “Denize elverişli olan gemi, teşkilatı yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliliği ve sayı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunduğu takdirde “yola elverişli” sayılır.” TTK m. 932/3: “Soğutma tesisatı da dahil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan bir gemi “yüke elverişli” sayılır.”

⁷⁶ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 132.

⁷⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 132

⁷⁸ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 132.

tıramaz. Burada hep “genellikle” ifadesini kullanmamızın sebebi, yukarıda bahsettiğimiz hususların aksinin kararlaştırılabilmemesinin mümkün olması, kaptanın bazı durumlarda donatanın iradesi dışında olsa dahi bu işlemleri yapmak zorunda kalabilmesidir⁷⁹.

Gemi kaptanının görevleri kapsamındaki hareketleri ile donatanı borç altına sokma yetkisi vardır⁸⁰. Donatanı temsilen kaptan, iyi niyetle ve görünen yetkisi kapsamı içinde verdiği beyanlarla ya da katılmış olduğu sözleşmelerle donatanı borç altına sokabilir⁸¹. Buna uygun olarak, eğer kaptan yetkisi dâhilinde hareket ederse donatanın bundan haberi olmasa bile kaptan tarafından yapılan sözleşmelerle bağlı olacaktır⁸².

Taşıma sözleşmeleri yapmak ve dava açmak da TTK m. 1104/2 uyarınca kaptanın yetkisi kapsamındadır⁸³. Yargıtay, kaptanın özel bir temsilci statüsünde olduğunu kabul ederek, kanundan kaynaklanan bu yetkilerin içinde dava açma yetkisinin de bulunduğunu, bu sebeple kaptanın davalı olarak kabul edilebileceğini, bu iki mündemiç unsurun doğal olarak davayı bizzat açıp takip etmek yetkisini de bünyesinde barındırdığını ve bunun için illaki temsil sıfatının belirtilmesi gerekmediğini ve bu durumun Fransız hukukundaki “*Vekil marifetiyle dava ikame edilemez*” ifadesinin ve Türk hukukundaki Avukatlık Kanunu’nun m. 35 hükmündeki “*Yargı mercilerinde gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakları düzenlemek, yalnız baroda kayıtlı avukatlara aittir*” hükmünün istisnasını teşkil ettiğini belirterek kaptanın, donatan adına dava açma yetkisinin olduğunu kabul etmiştir⁸⁴. Yargıtay bir kararında; E-TTK hükümlerine atıf yaparak “*Gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptanın görevine giren hususlarda dava açabileceğini dava açma yetkisinin bir uzantısı olarak kaptana yapılan tebligatın donatana yapılması gerektiğinden bahisle geçersiz olması gerektiği*” talebini reddetmiştir⁸⁵. Yargıtay, donatanı temsil yönünden özellikle gemi bağlama limanı dışındayken çok özel yetkilerle güçlendirilen ve bir vekil konumunda olduğu kabul edilen kaptanın donatan adına tebligat alabileceğini kabul etmektedir⁸⁶. Yine Yargıtay, kaptanın dava açma yetkisinin bir gereği olarak kaptanın dava ile ilgili işlemlerinde donatanı bilgilendirme mükellefiyeti olduğunu belirtmiştir⁸⁷. Nitekim TTK m. 1104/3 hükmünde de yabancı bayraklı gemilerde, gemi malikine veya kira-

⁷⁹ Cartner / Fiske/ Leiter, s. 132.

⁸⁰ Göknül, *Deniz Ticareti Hukuku*, 125.

⁸¹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 134.

⁸² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 134.

⁸³ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 139.

⁸⁴ Y11.HD, 24.2.1984, E. 1984/893, K. 1984/1015.

⁸⁵ Y12.HD, 03.10.2002, E. 2002/17617, K. 2002/19623.

⁸⁶ Y8.HD, 25.03.2014, E. 2013/16943, K. 2014/5218.

⁸⁷ Y12.HD, 17.06.2010, E. 2010/3154, K. 2010/15439.

cısına açılacak her türlü dava veya takibin, onlar hakkında geçerli olmak üzere kaptana da yöneltilebileceği düzenleme alanı bulmuştur.

Kaptanın donatan adına kredi işlemleri yapmak konusundaki temsil yetkisi, zorunluluk hali ile sınırlandırılmıştır⁸⁸. Bu zorunluluk durumunun gemiyi koruma veya yolculuğun devam etmesi noktasında ortaya çıkması gerektiğine TTK m. 1105/1’de değinilmiştir. Yargıtay bir kararında, kaptanın donatanı temsil yetkisinin kredi işlemleri konusunda sınırlamaya tabi olduğunu belirterek, bu işlemlerin zorunluluk haliyle sınırlı olarak yapılabileceğini, bu sınırın dışına çıkılarak yapılacak işlemlerin donatanı bağlamayacağını, bu sebeple kredi veren kişinin kaptanın söz konusu işlemi yapmasında zorunluluk bulunup bulunmadığını ve bunun için ne miktarda bir meblağın gerekli olduğunu araştırmak ve gerektiğinde bu şartları ispat etmek zorunda olduğunu, buna karşılık işlemin kaptanın yetkisi dâhilinde sayılması için kredi verenin kötü niyetli olmaması şartı ile kaptanın gerçekten krediye ihtiyacı olması veya parayı o işe harcamasının zorunlu olmadığına altını çizmiştir⁸⁹. Zorunluluk durumlarında kaptan donatanın kredi imkânları olmadığı durumda gerekli parayı bulmak için gemiyi ipotek etme yetkisi vardır. Kaptana bu yetki sadece yapılması elzem olan tamir işlemleri, malzeme ve seferin başarılı yürütülmesi adına gerekli diğer masraflar için tanınmış bir yetki olup, zorunluluk durumu hâsıl olduğunda kredi veren mantıklı bir araştırma yapıp, ihtiyatlı davrandığında ve kaptan ile bir hileli iş yapmadığı takdirde ipotek donatan açısından da geçerli kabul edilir⁹⁰. Burada aslında klasik anlamda Borçlar Hukukundaki temsilin bir izdüşümü görülmektedir. Bir kişiye özel bir hususla ilgili temsil yetkisi verildiğinde kişi bu yetkiyi kanunun veyahut temsil olunanın çizdiği sınırlar içerisinde kullanmalıdır⁹¹.

Gemi kaptanının güvenli bir limanda olduğu fakat kendi hesabında veya donatanın hesabında para olmadığını düşünelim. Kaptan birkaç gündür donatan ile iletişime geçmeye çalışsa da ona ulaşamamıştır. Kaptan sözleşmeleri üç gün içinde bitecek, gemiden ayrılmak isteyen, parasının ödenmesini ve ülkesine dönüşü talep eden üç gemi adamının alacaklarını karşılamak için para bulmalıdır. Ayrıca sefere devam edebilmek için yakıt, erzak ve tamir malzemelerini alma ihtiyacı vardır. Kaptan konu hakkında etraflıca düşünür. Ve en iyi hareket tarzının gemiyi ipotek etmek olduğuna karar verir. Gemi kaptanı gemi sahibinin kendine uygun bir şekilde cevap veremeyeceğini kararını verdiği andan itibaren, ona bu yetkiyi veren bayrak ülkesi kanunları ve bu kanunları uygulamasını sağlayan yetki belgesi ve tedbirli bir kaptan olarak hareket etme ilkesiyle birlikte zorunluluk haline binaen hareket ederek, donatanı temsil yetkisini kullanır. Çünkü donatan uygun

⁸⁸ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 313; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 139.

⁸⁹ Y11.HD, 16.06.2009 E. 2007/12538, K. 2009/7418.

⁹⁰ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 154-155.

⁹¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 185; Aksi takdirde yetkisini aşmış olur ve donatanı bağlamaz Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 313.

bir süre içinde iletişime geçmeyerek kendisine gerekli talimatları vermemiştir. Zorunluluğu yaratan beklenmedik olay donatan ile iletişime geçilememesidir. Kaptan gemi ipoteğine ilişkin belgeleri hazırlar. Gemiyi ipotek eder. Bu sayede ihtiyacı olan parayı elde eder, istediklerini alır, yapmak zorunda olduğu ödemeleri yapar ve seferin devam etmesini sağlar⁹².

Deniz ödücü sözleşmesi, kaptanın kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak gemiyi veya yükü rehin ederek karşılığında borç para aldığı sözleşmedir. Günümüzde deniz ödücünün yerini gemi ipoteği hükümleri aldığı için TTK bununla ilgili herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. E- TTK m. 988 hükmü uyarınca; “*Kaptan yalnız yolculuğu bitirebilmek için zorunluluk olduğu durumda ve zorunluluk haliyle sınırlı olmak üzere, ancak gemi ve yükün müşterek veya sadece yükün menfaatine olarak gemi veya yükü karşılık göstermek suretiyle deniz ödücü olabilir.*” Kanun ayrıca m. 1163 hükmü ile bu durumun belgelenmesini de şart koşmuştur.

Kaptanın kambiyo taahhütlerinden dolayı donatanın şahsen sorumlu tutulması, TTK m. 1105/3 hükmüne binaen ona donatan tarafından açık bir temsil yetkisi verilmiş olmasına bağlıdır⁹³. Burada kanun, kaptanı ticari bir vekil gibi değerlendirmiştir. Ticari vekil; bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir. Kaptanın ticari vekil olarak değerlendirilmesi sadece bu kavramla ilintilidir. Zira kaptanın donatanı mahkemede davacı ve davalı sıfatıyla temsil etmesinden dolayı ticari temsilciyle örtüşen yönleri söz konusudur. O sebeple salt kambiyo taahhüdünün de bulunması için donatan tarafından açık yetki verilmesi şartı, kaptanı ticari vekil yapmayacağı gibi ticari temsilci de yapmaz. Ticari vekilin kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi bu konuda açıkça yetkili kılınmış olmasına bağlıdır. Bu açıklık, yazılı şekilde sağlanabileceği gibi taraflar arasında teamül oluşması suretiyle de olabilir⁹⁴. Kanaatimizce burada kastedilen, kaptanın donatanı borç altına sokan işlemleri için kambiyo taahhüdünde bulunması hususudur. Aksi takdirde; kaptanın donatanı borç altına sokmayan muameleleri kambiyo taahhüdü yoluyla yapmasında bir beis yoktur.

Değerlendirilmesi gereken başka bir nokta ise kaptanın gemiyi satma yetkisidir. TTK’da düzenlemeyen bu husus kaptana çok geniş ama sınırsız olmayan yetkiler veren kanunun ruhunda barındırdığı bir yetki midir? Bu sorunun cevaplandırılması gerekmektedir. Kaptan mülkiyeti kendisine ait olmayan bir gemiyi başkasına satabilir mi? Her ne kadar gemi, Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamında taşınır olarak kabul edilse ve taşınırlarda mülkiyetin zilyetliğin devriyle

⁹² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 128-129.

⁹³ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 143; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 139.

⁹⁴ Esra Cencki ve Mehmet Çetinkaya, “Ticari Vekilin Kambiyo Taahhüdünde Bulunma Yetkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi* 8, S. 86 (2013): 25.

sağlanabileceği öngörülmüş⁹⁵ olsa da TTK m. 1001 ve m. 1002 hükümleri uyarınca gemi siciline kayıtlı gemilerin devri için malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin iktisap edene geçirilmesi şarttır. Bu anlaşma yazılı bir şekilde yapılmalı ve imzalar noterce onaylı olmalıdır⁹⁶. Deniz ticaretinin konusunu oluşturan gemilerin büyük çoğunluğunun sicile kayıtlı olduğu düşünülürse bu denli önemli bir işlemi kaptanın donatan tarafından açıkça yetkilendirilmeden yapabilme ihtimali yoktur. Zorunluluk durumunu göz önüne almak gerekirse E-TTK'dan hareketle; kaptan gemiyi satmaya, bu duruma kesin zorunluluk bulunduğu noktasında yerel mahkemenin, oradaki Türk Konsolosunun da görüşünü aldıktan sonra karar vermek zorundadır⁹⁷. Ayrıca bu satışın açık artırma ile yapılması da gerekmektedir. Esasen bu zaruret halinin takdiri konusunda, İngiliz Hukukuyla paralel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. İngiliz Hukukunda kaptanın gemiyi satabilmesi için geminin yolculuğu bitiremeyecek vaziyette olması, geminin bu sebeple gecikmeden satılmasında zorunluluk bulunması, herhangi bir gecikme durumunda telafisi neredeyse imkânsız zararlar doğması kuvvetle muhtemel olmalıdır⁹⁸. Kaptanın gemiyi satma yetkisinin kullanıldığı durumlara nadiren rastlanılmaktadır. Bu olağanüstü bir yetkidir ve sadece kaptanın başka bir seçeneği olmadığı zaman yapılmalıdır⁹⁹. Kaptan donatan ve yük ile ilgili kişilerin menfaatlerine uygun bir şekilde iyi niyetle davrandığı, donatana ulaşma imkânı olmadığı ve başka alternatif olmadığı zaman gemiyi satma yetkisini kullanabilir¹⁰⁰. Burada zorunluluktan kasıt “*başka seçenek bırakmayan, kanunun uygulanmasını kendisi gerektiren ve tarafı bu şekilde davranmaya zorlayan durumdur*”¹⁰¹. Diğer taraftan eğer gemi donatana ulaşılan kadar güvenli bir şekilde tutulabilirse donatanın kendi takdir haklarını kullanması adına kaptan beklemelidir¹⁰².

Bununla birlikte kaptanın temsil yetkisini düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Dolayısı ile bu hükümler sözleşme ile değiştirilebilir. Buradan hareketle donatan kaptana tanınmış bu geniş ama sınırsız olmayan yetkileri kısıtlayabilir¹⁰³. Donatan kaptanın bu yetkilerini kısıtladığını kaptana bildirebilir¹⁰⁴. Kaptana getirilen bu kısıtlama kendisine bildirilinceye kadar kaptanın yetkisi de-

⁹⁵ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 415.

⁹⁶ TTK m. 1001 uyarınca “*Anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir.*”

⁹⁷ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 140.

⁹⁸ Malcolm MacLachlan, *The Shipmaster's Business Companion*, (London: The Nautical Institute, 2004), 127.

⁹⁹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 155.

¹⁰⁰ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 155.

¹⁰¹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 155.

¹⁰² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 155.

¹⁰³ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 313.

¹⁰⁴ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 140.

vam eder¹⁰⁵. Kaptan kendisine bahşedilen bu yetkilerin sınırlarını aşarak hareket ederse veya donatan tarafından kısıtlandığı tarafına bildirilen konularda işlem yapmaya devam ederse yetkisiz temsil söz konusu olur¹⁰⁶. Kaptan, donatan, üçüncü kişi üçgeninde, yetkisiz temsilin olmaması için donatan gemi kaptanının kendi lehine hareket ettiğini ve kendisi tarafından verilmiş bir yetkiyle onun kendi adına sözleşme yapma ya da hareket etme yetkisinin olduğunu üçüncü kişinin inanmasına yol açacak şekilde hareketlerde bulunmalıdır¹⁰⁷.

Yetkisiz temsilin varlığı halinde sözleşme geçerli olmakla birlikte bir “askıda hükümsüzlük” durumu ortaya çıkar. Başka bir deyişle, sözleşme ayaktadır lakin hüküm ve sonuçları doğmadığı için yürüyemiyordur. Hal böyleyken bu işlemlerde donatanın icazet verip vermemesi, işlemin akıbeti için önemlidir. Şayet donatan bu işlemi onaylarsa; yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlem başından itibaren geçerli hale gelecektir¹⁰⁸. İşlemi onaylamaması durumunda ise yetkisiz temsilci işlemin tarafı olmamasına rağmen, üçüncü kişi sözleşme öncesi sorumluluğa (culpa in contrahendo) dayanarak tazminat isteme hakkına sahip olacaktır. Tazminat için kusurun varlığı aranmayacak, lakin kusur varsa diğer zararlar da istenebilecektir. Donatanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam edecektir. Zira aslolan iyiniyetin korunmasıdır. Kaptan tarafından zarara uğrayan donatan ise, bu zararın giderilmesini aralarında bir sözleşme ilişkisi mevcutsa Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 112 hükmü gereğince sözleşmeden doğan sorumluluğa, diğer hallerde ise haksız fiil veya vekâletsiz iş görmeye dayandırarak isteyebilir¹⁰⁹. Bunların dışında, kaptan kanuni yetkilerini aşarak yaptığı işlemlerde şahsen sorumlu olur¹¹⁰.

¹⁰⁵ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 313.

¹⁰⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 453; Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 135; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 125; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 140.

¹⁰⁷ “Donatanın bir kişiyi gemi kaptanı olarak tayin etmesi teamüllere göre kaptanın donatanı temsil yetkisine sahip olduğunu farz etmesi için yeterli olup, bu hususun anlaşılacakları durumlarda, ister açık ister örtülü olsun mantıklı bir şekilde yorumlandığında üçüncü kişileri, donatanın kaptanın kendisini temsil ettiğine inandırmaya elverişli yazılı ya da sözlü beyanlarda bulunması ve bu minvalde hareketler sergilemesi gerekmektedir.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 124.

¹⁰⁸ Banu Çiçek, *Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010), 19.

¹⁰⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 454 vd.

¹¹⁰ Kaptanın donatanın tamamen bilgisi dâhilinde olup onaylamadığı donatanın menfaatlerine aykırı ister kendi şahsi menfaati olsun ister ise başka menfaatleri temsil ediyor olsun gemiyi ve donatanı bağlayacak hiçbir görevi üstlenemez ya da işlemde bulunamaz. Kaptan sadece donatanın menfaatiyle çelişebilecek ya da aykırı olabilecek özel bir girişime bu girişimi donatana haber vererek ve onun onayını alarak girebilir. Kaptanın donatan tarafından verilen meşru talimatları yerine getirmemesi, kaptanın donatana karşı sorumluluğunu doğurur. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 135.

b. Kaptanın Taşıyanı Temsil Yetkisi

TTK uyarınca deniz yoluyla eşyanın taşınmasını taahhüt eden taraf “taşıyan” terimi ile ifade edilmiştir¹¹¹. Donatan ise TTK m. 1061 uyarınca; gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikidir¹¹². Bu tanımlamalardan mütevellit donatan ile taşıyanın farklı kavramlar olduğunu görmekteyiz. Deniz ticaret hukukunda gemi ile taşıma taahhüdünde bulunan herkes taşıyan olarak ifade edilebilirken, donatan olabilmek için geminin maliki olmak gerekmektedir. Bu sebeple, taşıyan ile donatan sıfatı aynı şahıs üzerinde birleşebileceği gibi farklı şahıslara da ait olabilir. Taşıyan ile donatanın ayrı şahıslar olduğu hallerde kaptanın taşıyanı da temsil yetkisi vardır¹¹³.

Kaptanın donatanı temsil yetkisinin aksine; taşıyanı temsil yetkisine ilişkin TTK m. 1088 vd. hükümlerinde sistematik düzenlemeler yer almamaktadır. Kaptanın taşıyanı temsilen yapacağı hukuki işlemlerin birçoğu TTK’nın navlun sözleşmesinin ifasına ilişkin hükümler arasında dağınık olarak düzenlenmiştir¹¹⁴. TTK m. 1228 uyarınca kaptan, bağlama limanında veya dışında, taşıyanın kanuni temsilcisi olarak yükü kabul edip yüklemek, gönderilene teslim etmek, navlunu tahsil etmek ve konişmento düzenlemek yetkilerine sahiptir¹¹⁵.

Konışmento TTK m. 1228/1’de “*taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu*

¹¹¹ Akdi taşıyan Konişmento ile Belirli Hukuk Kurallarının Birleştirilmesine İlişkin Uluslararası Konvansiyon (Lahey Kuralları) uyarınca; “bir yükleyici (taşıyan) ile aralarında nakliye mukavelesi (navlun sözleşmesi) bulunan gemi sahibi veya müsteciridir (donatan veya çarterer)”. Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kuralları) akdi taşıyanı “... gönderen ile kendi tarafından ya da adına eşyaların deniz yolu ile taşıma sözleşmesi yapılan herhangi bir kişi” olarak tanımlamaktadır. Eşyaların Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon Konvansiyon (Rotterdam Kuralları) m. 1’e göre taşıyan, bir taşıyan ile taşıma anlaşması yapan kişiyi ifade eder. Cüneyt: Süzal, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıyan ve Yükleten*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 114; Emine Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 38.

¹¹² Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılmaktadır.

¹¹³ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 140.

¹¹⁴ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 149.

¹¹⁵ TTK m. 1228/2: “Yükletenin izniyle, taşınmak üzere teslim alınan fakat henüz gemiye yükletilmemiş olan eşya için “tesellüm konişmentosu” düzenlenebilir. Eşya gemiye alınır alınmaz taşıyan, onun teslim alındığı sırada verilmiş olan geçici makbuz veya tesellüm konişmentosunun geri verilmesi karşılığında yükletenin istediği kadar nüshada “yükleme konişmentosu” düzenlemekle yükümlüdür. Tesellüm konişmentosuna eşyanın ne zaman ve hangi gemiye yüklenmiş olduğuna dair şerh verildiği takdirde bu konişmento “yükleme konişmentosu” hükmündedir. Konişmento, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilcisi tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir.” TTK m. 1228/3: “Konüşmento, nama, emre ve hamile yazılı olarak düzenlenebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça yükletenin istemi üzerine konüşmento gönderilen emrine veya sadece emre olarak düzenlenir. Bu son hâlide “emre” yükletenin emrine demektir. Konüşmento gönderilen sıfatıyla taşıyanın veya kaptanın namına da yazılı olabilir.”

senet” olarak ifade edilmiştir. TTK m. 1228/2 uyarınca; konişmento kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilcisi tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir. TTK m. 1228/3’e göre; “*Konişmento, nama, emre ve hamile yazılı olarak düzenlenebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça yükletenin istemi üzerine konişmento gönderilenin emrine veya sadece emre olarak düzenlenir. Bu son hâlde “emre” yükletenin emrine demektir. Konişmento gönderilen sıfatıyla taşıyanın veya kaptanın namına da yazılı olabilir.*”

Kaptan TTK m. 1231/1 uyarınca; konişmentonun birden çok meşru hamili aynı zamanda kendisine başvurduğu durumda, hepsinin istemini reddederek eşyayı umumi ambara veya başka güvenli bir yere tevdi etmek ve bu şekilde hareket etmesinin sebeplerini de göstererek bunu anılan konişmento hamillerine bildirmek zorundadır¹¹⁶. Emre yazılı bir konişmentonun düzenlendiği hallerde ise kaptan, TTK m. 1232 hükmü gereğince yükletenin eşyanın geri verilmesi veya teslimi hususundaki talimatını ancak kendisine konişmentonun bütün nüshaları geri verildiği takdirde yerine getirir. Gemi varma limanına ulaşmadan, bir konişmento hamili eşyanın teslimini isterse, aynı hüküm uygulanır. Kaptan bu hükümlere aykırı hareket ederse, taşıyan, konişmentonun meşru hamiline karşı sorumlu kalmakta devam eder.

Bu hükümler dışında kaptanın taşıyanı temsil yetkisine ilişkin düzenlemeleri TTK m. 1234, m. 1235 ve m. 1238’de görmektedir¹¹⁷.

c. Kaptanın Yükle İlgilileri Temsil Yetkisi

Kaptan yolculuk süresince yükün ve yük ilgililerinin çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür. Kaptan yükün gemiye yüklenmesinden varma limanına teslim edilmesi anına kadar yükle ilgililerin kanundan kaynaklı temsilcisi olarak yükü gözetme yükümlülüğü altındadır. Bir başka deyişle, kaptanın yükle ilgilileri temsil yetkisi yolculuk boyunca geçerli olan ve gemi varma limanına ulaştığı ve yük teslim edildiği zaman sona eren bir yetkidir¹¹⁸. Ancak kaptanın bu durumu diğer temsil yetkileriyle çatışabilir. Bu durumda kaptan hangisine öncelik tanıyacak

¹¹⁶ TTK m. 1231/2: “*Kaptan hareket tarzına ve sebeplerine ilişkin resmî bir senet düzenletmeye yetkilidir; bu sebeple yapılan giderler hakkında 1201 inci madde uygulanır.*”

¹¹⁷ TTK m. 1234/1: “*Eşya, kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından taşınmak üzere teslim alınınca konişmentonun, konişmento gereğince eşyayı teslim almaya yetkili olan kişiye teslimi, 1235 inci madde hükümleri saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun 957 ve 980 inci maddelerinde yazılı hukuki sonuçları doğurur.*” TTK m. 1235/1: “*Emre yazılı bir konişmento birden fazla nüsha hâlinde düzenlenmişse, nüshalardan birinin hamili, konişmentonun teslimine 1234 üncü madde gereğince bağlanan sonuçları, kendisi henüz teslim isteminde bulunmadan önce bir diğer nüshaya dayanarak 1230 uncu madde uyarınca kaptandan eşyayı teslim almış olan kişi aleyhine ileri süremez.*” TTK m. 1238/3: “*Kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda, taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hâllerde, temsilci de ikinci fıkra uyarınca sorumlu tutulan donatan ile birlikte taşıyan sayılır; meğerki, konişmento hamilinin açık istemi üzerine temsilci, taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun.*”

¹¹⁸ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 144.

ve nasıl davranacaktır? Kaptanın bu noktada temel vazifesini göz önüne almakta fayda vardır. Kaptan gemiyi, gemideki insanları ve yükleri sağ salim varma limanına ulaştırmalıdır.

Kaptanın yükle ilgilileri de temsilen birtakım işlemleri yapma yetkisi vardır. Burada şu husus akla gelebilir: “*Kaptan bu yetkiyi kimin adına kullanacaktır? Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, genel olarak donatan adına mı yoksa taşıyan adına mı yetkilidir?*” Fransız hukukunda kabul edilen görüş her ne kadar TTK’da hüküm şeklinde yer almamış olsa da; kaptanın yükle ilgilileri temsil yetkisinin kanundan kaynaklanan bir yetki olduğu açıktır¹⁹. E-TTK m. 995 hükmü uyarınca; “*Kaptan yükle ilgili olanların menfaatini korumak için yolculuğun devamında mümkün olduğu kadar yüke bakmakla mükelleftir.*” Kaptanın bu yetkisi, gemide bulunan tüm yükleri kapsar. Bu yüklerin navlun sözleşmesi konusunu teşkil eden yükler olması gerekmemekte, ücretsiz taşınan hatta kaptanın haberi olmaksızın gemiye getirilmiş olan yüklerin de buraya dâhil edilmesi gerekmektedir. Çünkü gemide yer alan her yük kimin adına taşınıyor olursa olsun, o an kaptanın zilyetliğindedir ve kaptanın bu yüklerle ilgili kanunun çizdiği daire çerçevesinde tasarruf yetkisi vardır. Kaptan, bu yetkiyi gemi bağlama limanındayken ve seferdeyken kullanmaya haizdir.

Yükle ilgililerden kasıt eşya sahibi, taşıtan, gönderilen ve yükletendir. Taşıtan denizyolu ile eşya taşımalarında kullanılan bir kavram olup, adına ve hesabına navlun sözleşmesi akdedilen ve taşıyana deniz yolu ile eşya taşınması karşılığında navlun ödemeyi taahhüt eden kişiye denir.

Gönderilen TTK’da tanımlanmamış olup, bu terim yerine TTK’da alıcı terimi kullanılmıştır. 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu (KTK) m. 3’te ise gönderilen, “*sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi ve taşıma senedinde belirtilen eşyanın teslim edileceği kişi*” olarak tanımlanmıştır. Gönderilen; eşyayı varma yerinde teslim almaya yetkili kişi olarak nitelendirilebilir. Gönderenin veya gönderilenin eşyanın sahibi olma zorunluluğu bulunmadığından, eşyanın sahipleri taşıma sözleşmelerinde gönderen veya gönderilen sıfatıyla yer almayabilir. Eşyanın sahipleri, gönderen veya gönderilen konumunda iseler, bu sıfatlara ilişkin hakları kullanabilir ve TTK’nın ilgili hükümlerinin sağladığı korumalardan yararlanabilir. Yükleten, eşyanın taşıma aracına yüklenmesi faaliyetini üstlenen kişi olarak, bizzat gönderen olabileceği gibi gönderen dışında bir kişi de olabilir. Eşyanın gönderen tarafından teslim olanağı bulunmadığı hallerde üçüncü bir kişi tarafından taşıyıcıya teslim edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple yükleten ile gönderenin aynı kişi olması şartı bulunmamaktadır.

Kaptan, yolculuk sırasında meydana gelebilecek bir hasarın önüne geçilmesi veya azaltılması için, TTK m. 1112/1 uyarınca yükle ilgili olanların temsilci-

¹⁹ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 348.

si sıfatıyla onların talimatını alarak gerekli tedbirleri almaya ve yükle ilgililerin menfaatlerini korumaya mecburdur¹²⁰. Eğer talimat alma imkânı yoksa TTK m. 1112/2 hükmü gereğince; kaptan kendisi harekete geçerek yapmış olduğu işlemleri gecikmesizin yükle ilgililere bildirir.

Kaptan TTK m. 1112/3 uyarınca; bir zararın önüne geçilmesi veya azaltılması için özel önlemlerin alınması gerektiğinde, eşyayı tamamen veya kısmen boşaltmaya ve eşyanın bozulması yüzünden veya diğer sebeplerden ileri gelebilecek büyük bir zararın başka surette önüne geçilemeyeceği anlaşılıyorsa, eşyayı satmaya¹²¹; korunması yahut daha ileri götürülmesi için gereken parayı sağlamak için rehnetmeye yetkilidir. Nitekim TTK m. 1114 uyarınca kaptan; “1112 nci maddede yazılı hâller dışında kaptan, ancak yolculuğun devamı için zorunluluk bulunduğu takdirde, eşya üzerinde onu satmak, rehnetmek veya kullanmak suretiyle tasarrufta bulunabilir.”

Kaptan TTK m. 1112/4 hükmü gereğince; yükle ilgili olanların zamanında bizzat yapabilecek durumda olmamaları koşuluyla, eşyanın zıyaından ve hasara uğramasından doğan istem haklarını, mahkemelerde veya mahkeme dışında kendi adına kullanmaya yetkilidir.

Kaptanın yükle ilgilileri temsil yetkisinin bir diğer uzantısını TTK m. 1211’de görmekteyiz. TTK m. 1211/1’e göre; “Navlun sözleşmesinin geminin umulmayan bir hâl yüzünden zıyaı sebebiyle hükümden düşmesi, kaptanın yükle ilgili olanların yokluğunda 1112 nci madde gereğince, onların menfaatini korumak hususundaki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Kaptan, acil hâllerde önceden danışmasına bile gerek olmaksızın, durumun gereğine göre eşyayı ilgililerin hesabına başka bir gemi ile varma limanına taşıtmak¹²² veya eşyanın güvenli bir yerde depo edilmesini veya uygun fiyatla satılmasını sağlamak zorundadır. Kap-

¹²⁰ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 116.

¹²¹ “Kaptanın yükü ara bir limanda satması sadece eşyanın mahiyetinin ya da durumunun bu satışı gerektirmesi halinde haklı olur. Kaptan yolculuğu başarılı bir şekilde tamamlayamamaktadır, Kaptan iyi niyetle davranır. Fakat yük sahibinden tavsiye alması pratikte mümkün değildir. İyiniyet şartını yerine getirebilmek için kaptanın makul olarak hemen satışın yük sahibinin menfaatine en iyi çözüm olduğunu inanması ve katılan diğer tarafların menfaatlerine de en iyi şekilde iyi niyetle davranması gerekir. Bu yetkinin kullanılabilmesi adına iletişim unsurun gerekli şartı için ‘mümkün olmama’ yerine ‘pratik olarak mümkün’ olmama tabirini kullandık. Bu kullanım farklılığı birçok yük sahibi olduğu durumlarda iletişim sağlayamayan kaptanı iletişim şartının gerçekleştirmediği suçlamasında kurtarır. Çünkü bu durumda farklı sözleşmeler altında farklı talimatlar alması durumu söz konusudur. Son olarak kaptanın hasar görmüş ve kolay bozulabilir eşyaları satma yetkisine ancak bu kesin olarak gerekli olduğunda, örneğin eşya sürekli bozuluyorsa, sahiptir. Böylece kaptan daha az zarar verici bir yol mevcut olduğunda böyle bir satışı yapamaz.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 189-190.

¹²² “Eğer zorunluluğa yol açan tehlike seferin tamamlanmasını ekonomik olarak imkânsız kılıyorsa, kaptanın yükü başka gemilere aktarma yetkisi vardır. Eğer kaptan seferi yapmamayı tercih ederse, yük sahiplerini navlun ücretini ödememe hakları ortaya çıkar. Diğer taraftan eğer kaptan yükleri başka gemiye aktarırsa bu aktarma daha az bir ücretle sonuçlansa bile gemi kaptanının yük sahibinden tam bir navlun ücreti alma hakkı vardır.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 190.

tan, bu yükümlülüklerinin ifası ve eşyanın bakımı için gereken giderleri karşılamak üzere eşyayı rehnetmeye veya bir kısmını satmaya da yetkilidir¹²³.”

III. GEMİ KAPTANININ TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA GÖREVLERİ

TTK'nın, “Deniz Ticareti” başlıklı 5. Kitabının Üçüncü Kısmını oluşturan “Kaptan” bahsinde ve Dördüncü Kısmını oluşturan “Deniz Ticareti Sözleşmeleri” hükümlerinin birçoğunda kaptana verilmiş olan görevlerden bahsedilmektedir. Kaptanın bu görevleri gemi daha yola çıkmadan başlamakta ve yolculuk bittikten sonra devam etmektedir¹²⁴. Bu sebeple çalışmamızda kaptanın görevlerini yolculuk başlamadan önce, yolculuk sırasında ve yolculuk tamamlandıktan sonra olmak üzere üç başlık altında inceleyeceğiz.

A. KAPTANIN YOLCULUK BAŞLAMADAN ÖNCEKİ GÖREVLERİ

1. Geminin Denize ve Yola Elverişli Olup Olmadığına Dikkat Etmek

Kaptan ilk olarak gemisini denize, yola ve yüke elverişli hale getirmelidir¹²⁵. Kaptanın evleviyetle yerine getirmesi gereken görev gemi deniz sergüzeştine atılmadan önce gemiyi bu sonu bilinmez süreçte meydana gelebilecek olaylara karşı hazır halde bulundurmaktır¹²⁶.

Gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas kısımları bakımından, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi TTK m. 932 uyarınca “denize elverişli” sayılır. Gemiyi denize elverişli halde bulundurmak kaptanın görevidir. Bundan dolayı kaptan geminin denize elverişli olması için gerekli tüm işlemleri yapmalı, sefer esnasında gemi denize elverişsiz hale gelirse uğrayacağı ilk limanda bu durumu yetkili makama rapor etmeli ve yolculuğa devam etmeden önce geminin denize elverişli hale getirilmesi sağlamalıdır¹²⁷.

Denize elverişli olan gemi, teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler

¹²³ TTK m. 1211/2: “Kaptan, taşıyanın mesafe navlunu ile geminin zayı olduğu ana kadar doğmuş bulunan alacakları ve eşyayı tazyit eden müşterek avarya garame payları ile kurtarma alacakları ödenmedikçe veya bunlar karşılığında yeterli teminat gösterilmedikçe, eşyayı elden çıkarmaya veya taşıtmak üzere başka bir gemiye teslimine zorunlu değildir.” TTK m. 1211/3: “Kaptanın birinci fıkraya hükmüne göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesinden doğacak zararlardan, taşıyan dışında donatan da sorumludur.”

¹²⁴ Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 112.

¹²⁵ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 89; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku* 134-135; Tekil, *Deniz Hukuku*, 195.

¹²⁶ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 130.

¹²⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 182-183; Eğer bir kaptan geminin denize elverişsiz olduğunu düşünüyorsa, kıyı devleti denetmenini çağırma hakkına sahiptir. Gemi kaptanının gemi, yük, deniz ve hava olay yeri durumları üzerinde nihai değerlendirme ve uygun güvenlik tedbirlerini alma hakkı vardır. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 158.

hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunduğu takdirde “yola elverişli” sayılır¹²⁸. Ehliyetsiz gemi kaptanı ya da onun tarafından istihdam edilen gemi personeli geminin yola elverişsiz olmasına sebep olabilir¹²⁹. Kaptan genellikle ehliyetli gemi adamlarının seçiminden sorumlu olup, eğer seçtiği gemi adamları ehliyetsiz çıkarsa yola elverişsizlik ortaya çıkabilir¹³⁰.

Söğütma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımadan kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan bir gemi “yüke elverişli” sayılır.

“Yolculuk başlamadan” ifadesinin lafzından anlaşılacağı üzere; gemi o sırada bağlama limanında bulunduğu süre içerisinde kaptanın yetkileri temsil yetkisi bahsinde izah ettiğimiz üzere gemi adamını işe alma vb. muamelelerle sınırlandırılmıştır. Bu yetkiler dışında, kaptanın donatan adına işlem yapma yetkisi yoktur. Dolayısıyla esasen geminin denize, yola ve yüke elverişli hale getirilmesi noktasında donatanın üçüncü kişilere karşı sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğu vardır. O halde kaptan kime karşı hangi nedenle sorumlu olacaktır? Kaptanın bu yetkisi TTK m. 1091/2 hükmünce, kanundan kaynaklanan donatana veya üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu doğuran bir yetkidir.

2. Gemiye İlişkin Belgeleri Gemide Bulundurmak

Kaptan TTK m. 1090/1 uyarınca, yola çıkmadan önce gemi adamlarına ve yüke ait belgelerin gemide bulunmasına dikkat etmek zorundadır. Gemide bulundurulması zorunlu olan bu evrak “borda evrakı” olarak adlandırılır¹³¹. Bu evrakların gemide bulunması hususunda kaptan donatana ve yük sahiplerine karşı

¹²⁸ Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 183-184.

¹²⁹ “Güvenlik için yeteri personel tahsisi gemide gemi personelinin, yolcuların, yükün güvenliği ve deniz ortamının korunması için yeterli tecrübe ve nitelik sahibi denizcilerin istihdam edilmesidir. SOLAS’a göre tüm gemililer yeteri kadar personeli olduğunu garantilemek için Güvenli Personel Tahsisi (Safemanning) Sertifikasına sahip olmak zorundadır. Liman devleti denetleme makamları güvenlik önlemlerinin bir parçası olarak personel tahsis sertifikalarını denetlerler. Nihayetinde geminin güvenli bir şekilde işlemesi için yeterli personele sahip olmasını temin etmek donatanın görevidir. Ayrıca geminin ve içindekilerinin güvenliğine ilişkin görevlerini ifa edebilmek adına kaptanın da bu personeli talep etme görevi vardır.” Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 159.

¹³⁰ Kaptan, donatanın gemiyi ehliyetli denizcilerle donatma yükümlülüğü bakımından donatanın bir temsilcisidir. Buna karşın donatan gemi personelinin seçimini kaptanın takdirine bıraktığını ileri süremez. Gemi personelinin kaptan seçse de donatanın temsilcisi olarak bunu yapar ve donatan yola elverişli gemi sağlama görevinden bu görevi kaptana devrederek kaçınmaz. Gemi personelinin görevlerinde ehliyetli olmaları sadece olağan bir seferin görevleri için ehliyetli olmaları anlamına gelmez. Ayrıca denizde muhtemelen olabilecek acil durum konularında da ehliyetli olmalıdırlar. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 182.

¹³¹ Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 135; Çağla/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 90; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 55; Turgut Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1971), 167; Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 83.

sorumludur¹³². Borda evrakı geminin teferruatı, tabiiyeti, bayrak çekme hakkı, denize yola ve yüke elverişliliği, kaptanın vazife ve mükellefiyetleri, denizde can ve mal emniyeti, harp hukuku, gümrük mevzuatı, mali mevzuat, uluslararası seferler ve sağlığın korunması ile ilgili hükümlerin uygulanması noktasında önem arz etmektedir¹³³.

Bu belgelerden ilki gemi tasdiknamesidir¹³⁴. TTK m. 943 uyarınca; “*Geminin Türk Bayrağını çekme hakkı, gemi tasdiknamesi ile ispat olunur. Gemi tasdiknamesi alınmadıkça, Türk Bayrağını çekme hakkı kullanılamaz*”¹³⁵. *Gemi tasdiknamesi veya bunun sicil müdürlüğünce onaylanmış bir özeti veya bayrak şahadetnamesi yolculuk sırasında devamlı olarak gemide bulundurulur.*” TTK m. 944 hükmü; Türkiye dışında bulunan bir geminin Türk bayrağı çekme hakkını kazanması durumunda bulunduğu yerdeki konsolosluk tarafından en fazla bir yıllığına kullanılmak üzere verilen, yolculuk mücbir sebep yüzünden uzadığı takdirde geçerlilik süresinin mücbir sebebin ortadan kalktığı ana kadar uzadığı belgeyi bayrak şahadetnamesi olarak tanımlamıştır¹³⁶. Gemi tasdiknamesine sicil kayıtları aynen ve tam olarak geçirilir. Gemi tasdiknamesinde TTK m. 965 uyarınca geminin tescili için aranan belgelerin ibraz edildiği ve onun Türk Bayrağını çekme hakkına sahip olduğu da gösterilir¹³⁷.

¹³² Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 167.

¹³³ Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 167.

¹³⁴ Her gemide bir gemi tasdiknamesi bulundurmak mecburidir. Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 132.

¹³⁵ TTK m. 945: “*Onsekizgros tonilatodan küçük gemilerle 935 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde yazılı gemiler, gemi tasdiknamesine ve bayrak şahadetnamesine ihtiyaç olmaksızın Türk Bayrağı çekebilirler.*”

TTK m. 935/2-a: “*Gemi*”, “*Kaptan*”, “*Gemi Alacakları*” ve “*Cebrî İcraya İlişkin Özel Hükümler*” başlıklı Kısımları, “*Çatma*” ve “*Kurtarma*” başlıklı Bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062 nci maddesi, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere”

¹³⁶ TTK m. 944/2 uyarınca; “*Türkiye’de yapılmış olup da 940 inci madde gereğince Türk Bayrağını çekme hakkına sahip bulunmayan gemilere, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca, teslim edilecekleri yere kadar geçerli olmak üzere bir bayrak şahadetnamesi verilebilir. 941 inci maddenin ikinci fıkrası ile 942 nci maddede yazılı hâllerde, bayrak şahadetnamesi, izin süresi için geçerli olmak üzere Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca düzenlenir.*”

¹³⁷ “*Gemi tasdiknamesine yazılacak hususlar şunlardır: a) Geminin adı; b) Türü ve yapımında kullanılmış olan esas malzeme, c) Bağlama limanı, d) Belirlenmesi mümkünse, yapıldığı yer ve kızıktan indiği yıl, e) Resmî ölçme sonuçları ve makine gücü, f) Geminin maliki; 1. Gerçek kişi ise, adı ve soyadı, T.C. kimlik numarası, varsa ticaret unvanı ve kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğü ile sicil numarası. 2. Ticaret şirketi ise, şirketin türü, ticaret unvanı ve tescil olduğu ticaret sicili müdürlüğü ile sicil numarası, 3. Diğer tüzel kişilerden ise, adı ve merkezi, 4. Donatma iştiraki ise, tacir sıfatına sahip olduğu takdirde ticaret unvanı ile paydaş donatanların adı ve soyadları, varsa T.C. kimlik numarası ile gemi paylarının miktarı ve varsa gemi müdürünün adı ve soyadı ve T.C. kimlik numarası”. Ayrıca; TTK m. 948’e göre; “945’inci maddede yazılı gemiler hariç, gemi tasdiknamesini veya onun onaylı suretini yahut bayrak şahadetnamesini almaksızın Türk Bayrağı çeken geminin kaptanı, dört aya kadar hapis veya iki yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesini gemide bulundurmamayan kaptan iki aya kadar hapis veya yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”*

Sefere çıkmak istenin geminin yolculuğu selametle bitirebilmesi için sahip olması gereken teknik özellikler TTK m. 932’de denize elverişlilik kavramı ile ifade edilmiştir¹³⁸. Bu durumu tasdik eden belgeye ise denize elverişlilik belgesi denir¹³⁹. Geminin denize elverişli olabilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiği 17.11.2009 tarihli 27409 sayılı Gemilerin Teknik Yönetmeliği (GTY) m. 5’te belirtilmiştir¹⁴⁰. 4922 Sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun’un (4922 Sayılı Kanun) m. 6 hükmü gereğince denize elverişlilik belgesi olup da, liman sınırlarını geçerek denize çıkacak her ticaret gemisi, yola çıkmadan önce, can kurtarma, yangından korunma, yangın söndürme ve seyir donanımları, gemi adamları, kumanya ve yakıtı, yolcu sayısı, yükünün cinsi, istifi ve yük miktarı ve yükleme markası bakımlarından denetlenir ve bu GTY’ye uygun olmayan ticaret gemilerinin yola çıkmasına izin verilmez¹⁴¹. Denetleme sonunda söz konusu yönetmeliğe uygun olan ticaret gemilerine yola çıkma izni verilir. Bu izne yola elverişlilik belgesi denir¹⁴². Gemilerin Gemiadamları ile Donatılmasına İlişkin Yönerge (GGDİY) m. 8’e göre; “*Gemiler, liman sefer bölgeleri aşılarak yapılacak seferler için, kalkış liman başkanlıklarından yola elverişlilik belgesi almak zorundadır.*”

Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği m. 4/j uyarınca tonilato belgesi, gemi ve su aracının belirleyici özelliklerini, teknik özelliklerini ve ölçüm sonuçlarını gösteren belgedir. 4922 sayılı Kanun m. 7’ye göre; “*Ticaret gemilerinin, çeşitli resim ve harçlarının ödenmesinde esas olan tonilatoları, yönetmeliğine göre yapılacak ölçmelerle belirtilir*”¹⁴³.

¹³⁸ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 56.

¹³⁹ Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 135.

¹⁴⁰ “Gemiler, tahsis amacına, cinsine ve sefer bölgelerine göre; tekne, makine, genel donanım, can kurtarma, yangından korunma ve yangın söndürme durumu, seyir teçhizatı ve haberleşme sistemi, sağlık koşulları, yük ve yolcu taşıma kapasiteleri, deniz kirliliğini önleme donanımları ile diğer seyir emniyeti konuları bakımından İdare tarafından bu Yönetmelik hükümlerine göre belirli aralıklarla denetlenir. Yapılan denetleme sonucunda bu Yönetmelik hükümlerine uygunluğu anlaşılan gemiye süreli bir “Denize Elverişlilik Belgesi” ve su araçlarına “Su Aracı Uygunluk Belgesi” verilir. Uluslararası sefer yapan gemilerin Uluslararası Sözleşmeler gereğince belgelendirilmiş olmaları durumunda, söz konusu gemiler için düzenlenecek olan denize elverişlilik belgesi, mevcut yasal sertifikalarının yıl dönüm tarihleri ile harmonize edilerek Denizde Can Güvenliği Hakkında Uluslararası Konvansiyon (SOLAS) kapsamında düzenlenen emniyet sertifikalarının geçerlilik tarihine kadar düzenlenir. Elverişlilik Belgesi veya Su Aracı Uygunluk Belgesi talep üzerine yapılacak başlangıç sömreyi ile bu sömreye esas olan kara sömreyi tarihinden itibaren aksi belgede belirtilmedikçe beş yıl süreli olarak düzenlenir. Belgenin geçerlilik süresi içinde niteliklerini kaybetmiş olduklarından şüphe edilen gemi ve su araçları aynı süre içinde tekrar denetlenebilir. Denize Elverişlilik Belgesinin gemide bulundurulması zorunludur.”

¹⁴¹ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 84; İdare, küçük deniz araçları ve balıkçı gemileri ile liman sefer bölgesi, bitişik iki liman veya Marmara Denizi içindeki tüm limanlar arasında sürekli veya düzenli sefer yapan gemiler ve acil durumlarda kullanılacak gemiler için basitleştirilmiş uygulamalar getirebilir, istisnâ veya muafiyetler tanıyabilir. İdare gerekli gördüğünde, liman sınırları içinde çalışan ticaret gemilerini birinci fıkrâ hükümlerine göre denetleyebilir.

¹⁴² Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 57; Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 135.

¹⁴³ Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği m. 9: “*Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak tonilato ölçümüne ilk itiraz, gemi ve su aracının maliki veya yetkili temsilcisi tarafından*

Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği m. 10 uyarınca; *“Türk Gemi Sicillerinden herhangi birine kayıtlı gemi ve su araçlarından bu Yönetmeliğe göre geçerli bir tonilato belgesi olmayanlar, geçerli bir tonilato belgesi alıncaya kadar uğradıkları ilk Türk limanında tutulur.”* Tonilato belgesinin borda evrakı kapsamında değerlendirilemeyeceğine yönelik görüşlerin¹⁴⁴ aksine hem 4922 sayılı Kanun hem de Türkiye'nin taraf olduğu 1969 tarihli Gemilerin Tonilatolarını Ölçme Hakkındaki Kuralların Birleştirilmesine İlişkin Uluslararası Konvansiyonun 7. maddesi¹⁴⁵ uyarınca tonilato belgesinin gemide bulunması zorunludur.

Gemilerin Teknik Yönetmeliği m. 4/h uyarınca fribord *“Gemi veya su aracının tam yüklü su hattı ile ana güvertesi arası düşey uzaklığı”* ifade eder. 1783 Sayılı Ticaret Gemilerinin Yükleme Sınırı Tüzüğü m. 13'e göre; *“Bu Tüzük hükümleri gereğince sörveyi yapılan ve fribord markası vurulan her gemiye, şekli Ulaştırma Bakanlığınca tesbit edilecek bir fribord belgesi verilir.”*¹⁴⁶

SOLAS uyarınca uluslararası sefer yapan yolcu gemilerine yapılan muayene sonucu Konvansiyondaki niteliklere sahip iseler *“yolcu gemisi emniyet belgesi”*, yük gemilerine ise Konvansiyondaki teçhizat ve vasıflara sahip iseler *“yük gemi-*

ilk ölçümün yapıldığı yetkili makama, bünyesinde uzman bulunmayan liman başkanlıklarına yapılacak ilk itirazlar ise limanın bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne olmak üzere tonilato belgesinin imza karşılığı teslim alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde yazılı olarak yapılır. İlk itirazın bölge müdürlüğü tarafından sonuçlandırılıp gemi veya su aracı maliki veya yetkili temsilcisine yazılı olarak bildirildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde Gemi İnşa ve Tersaneler Genel Müdürlüğüne nihai itiraz yapılabilir.” Bu ölçme sonucunda Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği m. 6 uyarınca; *“Tam boyu 15 metreden küçük gemi ve su araçlarının tonilatoları bölge müdürlüklerindeki veya liman başkanlıklarındaki uzmanlar ile gemi ve su araçlarının ölçümü konusunda idare tarafından teknik eğitim verilen ve eğitim sonunda belge alan yetkili gemi sörvey kurulu uzmanları veya liman başkanlarının ölçülür. Bölge müdürlüğünde ölçülenler için hazırlanan tonilato belgesi bölge müdürü tarafından, liman başkanlığında ölçülenler için hazırlanan tonilato belgesi ise liman başkanı tarafından imzalanır. Tam boyu 15 (dahil) metreden 24 metreye kadar olan gemi ve su araçlarının tonilatoları bölge müdürlükleri veya liman başkanlıklarındaki uzmanlarca ölçülür. Bölge müdürlüğünde ölçülenler için hazırlanan tonilato belgesi bölge müdürü tarafından, liman başkanlığında ölçülenler için hazırlanan tonilato belgesi ise liman başkanı tarafından imzalanır. Tam boyu 24 (dahil) metreden büyük gemi ve su araçlarının tonilatoları bölge müdürlükleri bünyesindeki uzmanlarca ölçülür; hazırlanan tonilato belgesi bölge müdürü tarafından imzalanır.”*

¹⁴⁴ Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, 186.

¹⁴⁵ *“Bu maddeye göre sözleşen devletlerin, uluslararası seferlerde kullanılan kendi bayrağını taşıyan gemilere “Uluslararası Tonilato Belgesi” vermesi ve anılan gemilerde bu belgenin bulundurulması zorunlu hale getirilmiştir. Dolayısıyla uluslararası sefer yapan Türk gemilerinde de bu belgenin bulunması zorunlu olduğundan, en azından bu tür gemiler için tonilato belgesi borda evrak olarak değerlendirilmelidir.”* Bkz. Ersöz, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 59.

¹⁴⁶ Ticaret Gemilerinin Yükleme Sınırı Tüzüğü m. 13/1: *“Bu Tüzük hükümlerinin uygulanması bakımından gemilerin sörveyleri, fribord markalarının vurulması ve fribord belgesinin düzenlenmesi, Marmara Bölgesi Liman ve Deniz İşleri Müdürlüğü Gemi Sörvey Kurulu tarafından yapılır. Ulaştırma Bakanlığı, gemileri bu Tüzüğe göre sörveyden geçirilerek gerekli planlarının hazırlanması ve yükleme sınırlarının hesap edilerek tayini ile fribord markalarının yerlerine tesbiti yetkisini, muteber addolunan kurumlara da tevdi edebilir.”*

si emniyet belgesi” verilir¹⁴⁷. Bu belgeler kaptan tarafından Konvansiyonun m. 16 hükmüne binaen gemide hazır bulundurulmalıdır¹⁴⁸.

4922 Sayılı Kanun m. 8 uyarınca “*Türk gemileriyle Türk liman ve karasularında yolculuk eden yabancı gemilerin, denizde çatışmayı önlemek için taşıyacakları ve gösterecekleri fener ve alametler, verecekleri sadalı sis ve manevra işaretleri, gözetecekleri seyir ve idare kurallarıyla tehlikeye düştükleri zaman yardım istemek için verecekleri ve gösterecekleri her türlü işaretler Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirtilir. Her Türk gemisinde birinci fıkrada belirtilen yönetmelikten bir tane bulunur. Gemilerde bulundurulacak bu yönetmelik, geminin esas belgelerinden sayılır*¹⁴⁹.” Bu hüküm Türk Donanmasına bağlı harp ve yardımcı gemilere, Türk limanlarına gelen, bu limanlardan kalkan ve Türk kara sularında yolculuk eden yabancı gemilere de uygulanır¹⁵⁰.

Gemiler bulaşıcı hastalıkları bir yerden diğerine kolaylıkla götürebilecek mikrop yuvaları olarak görüldüğünden limana gelen her gemiden sağlık patentası talep edilmektedir¹⁵¹.

Gemide bulundurulması gereken bir diğer belge GGDİY uyarınca gemi adamları listesidir¹⁵².

DİK m. 31 uyarınca; “*Her gemide, noterlikçe tasdikli bir ücret ödeme defteri tutulur. Şu kadar ki, liman seferi yapan gemilerde bu defter işveren bürosunda da tutulabilir.*”

Kaptanın gemisi ile taşıdığı yükü gösteren, yükün cinsini, gayri safi ağırlığını, kaplarının sayısını, cins ve nevini, marka ve numarasını, yüklendiği gemi-

¹⁴⁷ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 60; Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 84.

¹⁴⁸ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 60.

¹⁴⁹ 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 21'inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle” şeklinde, ikinci fıkrasında yer alan “Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü”nden ibaresi “birinci fıkrada belirtilen yönetmelikten” şeklinde ve “tüzük” ibaresi “yönetmelik” şeklinde değiştirilmiştir. Bu sebeple “Çatışmayı Önleme Tüzüğü”nden ziyade cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmeliğin gemide bulundurulması gerekmektedir.

¹⁵⁰ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 84.

¹⁵¹ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 134; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 31 uyarınca; “Bir Türk limanından diğer bir Türk limanına veya ecnebi limanlarından bir Türk limanına gelen her gemi hareket ettiği limandan bir sıhhat patentası almakla mükelleftir.” Sağlık patentası “geminin mevcut mürettebatının, taşıdığı yolcuların ve hareket limanının sağlık durumlarını gösteren, gemide bulaşıcı ve salgın hastalık olmadığını bildiren, geminin uğradığı limanlarda uygulanan sağlık tedbirleriyle ilgili bilgileri kapsayan ve limandan ayrılmasında sağlık yönünden sakın olmadığını gösteren belgedir.” Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO) tarafından Boston’da 25.07.1969 tarihinde kabul edilmiş olan Tüzüğü Türkiye 27.12. 1972 tarih ve 7/5578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tasdik etmiştir.

¹⁵² Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 134; GGDİY m. 7 uyarınca “Kaptan, gemisinin bu Yönerge’deki çizelgelere uygun olarak donatıldığını gösterir “gemi adamları listesi”ni, yola elverişlilik belgesini almadan önce kalkış liman başkanlığına vererek onaylatır. Liman başkanlığıınca onaylanan gemi adamları listesinin bir örneği, denetimlerde kullanılmak üzere gemide hazır bulundurulur.”

yi, gönderen ve gönderilenlerin adlarını ve konişmento numarasını içeren kaptan tarafından boşaltma işlemlerinin yapılacağı gümrük idaresine verilen listeye manifesto denir¹⁵³. Manifestonun gemide bulundurulması özellikle dış seferlerde çalışan gemilerde yük ile ilgili tüm hususların gümrüğe bildirilmesi bakımından önem arz etmekte olup, kaptan veya temsilcisi tarafından imzalanması gereken bu belge yükleme limanında eğer varsa Türk konsoloslugu tarafından onaylanmalıdır¹⁵⁴. Türk limanlarından yola çıkacak yüklerin manifestosu da biri Türkçe olmak üzere iki nüsha şeklinde gümrük idaresine verilir¹⁵⁵. Manifesto düzenlenmeyen hallerde teamül olarak onun yerini tutmak üzere “hamule defteri” kullanılmaktadır¹⁵⁶.

Gemide bulunması gereken bir diğer belge de gemi jurnalidir. Gemi jurnaline kaptanın yolculuk sırasındaki görevleri bölümünde yer verileceği için burada bahsedilmeyecektir.

3. Geminin Yüklemeye ve Boşaltmaya Elverişli Olup Olmadığına Dikkat Etmek

Yüklemenin sağlıklı bir biçimde gerçekleştirilmesi kaptanın sorumluluğundadır¹⁵⁷. Kaptan, yüklemeyi kurallara uygun biçimde yürütmeli ve tamamlamalıdır. Örneğin; gemide aşırı zorlamalara yol açmamalı, gemi dengesinin uygun sınırlar içinde kalmasını sağlamalıdır, yükün havalandırma ihtiyacını göz önünde bulundurarak istifi ona göre yaptırmalı, aşırı yükleme yapmamalıdır¹⁵⁸. Bazı durumlarda navlun sözleşmelerine koyulan hükümle yükleme ve istifin yükletenin adamları tarafından gerçekleştirileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir hususun kararlaştırılması kaptanın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Yine donatan gemiye fazla yük yükletmişse donatanın bu davranışı kaptanı sorumluluktan kurtarmayacaktır¹⁵⁹.

Kaptan TTK m. 1146, m. 1147 ve m. 1148 uyarınca; gemiye yüklenmek istenen yükleri incelemek ve bunlardan geminin ve/veya diğer yüklerin güvenliğini tehdit edici nitelikte olanlarını gemiye almamak ve alınmış olanlar varsa bunları gemiden çıkarmak ve/veya denize atmak yetkisini ve dolayısı ile de görevini üstlenmektedir¹⁶⁰.

¹⁵³ Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 139; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 136; Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 185.

¹⁵⁴ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 64; Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 185.

¹⁵⁵ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 64; Kalpsüz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 186.

¹⁵⁶ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 64.

¹⁵⁷ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 89; Tekil, *Deniz Hukuku*, 195.

¹⁵⁸ Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 187.

¹⁵⁹ Hirsch, *Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku*, 57.

¹⁶⁰ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 310.

4. Yerli ve Yabancı Mevzuata Uymak

TTK m. 1092/1 uyarınca; “*Kaptan, yabancı bir ülkede bulunduğu sırada o ülke devletinin mevzuatına, özellikle kolluk, vergi ve gümrük kurallarına uymasından doğan zararları tazmin ile yükümlüdür.*” Kanunda bahsi geçen yabancı ülkelerin mevzuatları ifadesi kaptanın ulusal mevzuata uymayacağı kanısını uyandırmamalıdır. Burada yabancı mevzuatının vurgulanmasının nedeni kaptanın yabancı mevzuatı bilmekten ari tutulmasının önüne geçmek içindir¹⁶¹. Bu nedenle kaptan hem Türk mevzuatı hem de yabancı ülke mevzuatına uygun olarak iş ve işlemlerini gerçekleştirmelidir¹⁶².

5. Harp Kaçağı Eşyayı Gemiye Almamak

Kaptan, TTK m. 1092/2 uyarınca, gemisine harp kaçağı niteliğine sahip olduğunu bildiği veya bilmesi gereken eşyayı yüklemesi sebebiyle ortaya çıkan zararı da tazmin ile yükümlüdür. Bu sebeple harp kaçağı olduğunu bildiği ya da bilmesi gereken yükleri yüklememelidir. Kaptanın Uluslar Hukuku bakımından en fazla özen göstereceği şeylerden biri olan harp kaçağı yasakları TTK’da hüküm altına alınmıştır¹⁶³.

6. Gemide Hazır Bulunmak ve Beklemeksizin Yola Çıkmak

Yükleme başladıktan sonra kaptan, ikinci kaptanı nöbetçi bırakmadan gemiden ayrılamaz, kanuna göre gemi güvenli bir yerde değilse bu yasak, yükleme başlamadan önce de geçerlidir¹⁶⁴.

Gemi kalkmaya hazır olunca kaptan ilk elverişli şartta yola çıkmaya mecburdur¹⁶⁵. Kaptan herhangi bir sebepten ötürü yolculuğu gerçekleştiremeyecek, gemiyi sevk ve idare edemeyecek durumda olsa dahi geminin yola çıkmasını geciktiremez. Böyle bir durum vaki olduğunda, derhal donatana haber vermeye, bu mümkün olmazsa yerine başka bir kaptan koymaya mecburdur¹⁶⁶. Kaptan yerine başka bir kaptan koyması geminin mürettebatında ikinci bir kaptanın olmadığı zaman geçerlidir. Kaptanın bu durumda sorumlu olabilmesi, ikinci kaptanı seçmede kusuru olmasına bağlıdır¹⁶⁷. Aksi takdirde kaptana bir kusur izafe edilemez.

¹⁶¹ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 141.

¹⁶² Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 187.

¹⁶³ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 141.

¹⁶⁴ Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 188.

¹⁶⁵ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 89; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 135.

¹⁶⁶ “*Hastalık veya diğer bir sebeple gemiyi idare edemeyecek bir halde olsa dahi kalkmasını ve yola devamını iş bozacak surette geciktiremez ve başladığı yolu bitiremezlik edemez; böyle bir durum olduğunda donatandan talimat almalı ve talimat gelinceye kadar gerekli tedbirleri almalı vaziyet ve zaman buna müsait değilse yerine başka bir kaptan koymalıdır*” Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 138.

¹⁶⁷ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 138.

Geminin yola ne zaman çıkması gerektiği hususunu kararlaştırırken; starya ve sürastarya sürelerini göz önüne almak gerekmektedir¹⁶⁸.

Yükleme süresi ve kararlaştırılmış ise sürastarya süresi bittikten sonra taşıyan (taşıyanın temsilcisi olarak kaptan) yüklemenin tamamlanması için daha fazla beklemek zorunda değildir. Eğer taşıyan taşıtanın talimatına dayanarak yükleme ve varsa sürastarya sürelerinden sonra beklemeye devam ederse, TTK m. 1160/1'e göre; bu süre için yaptığı giderlerle, bu yüzden uğradığı zararın tazmini ni isteyebilir. Görüldüğü üzere E-TTK m. 1033 hükmünde düzenlenen "*kaptanın bu sürelerinin bitiminde hemen hareket edemeyeceği, eğer kaptan bu sürelerin sonunda daha fazla beklemeden hemen hareket etmek isterse bunu en az 3 gün önceden taşıtana bildirmek zorunda olduğu*" koşuluna TTK'da yer verilmemiştir.

B. KAPTANIN YOLCULUK SIRASINDAKİ GÖREVLERİ

1. Gemiye Terk Etmek

Yolculuk süresince kaptanın asli görevi, geminin ve içindekilerin güvenliğini sağlamaktır¹⁶⁹. Geminin batması ve zıyı kaçınılmaz olmuş ise kaptan geminin terk edilmesine karar verebilir¹⁷⁰. Bu terk gerçekleşme bile, acil durumlar hariç donatana rapor edilmelidir¹⁷¹. Gemiye terk ederken kaptan yolcuların gemiyi güvenli bir şekilde boşaltmaları için tüm tedbirleri alır. Sonra gemi personelinin gemiyi güvenli bir şekilde boşaltmaları için tüm tedbirleri alır. Gemiden en son kendi ayrılır¹⁷².

Yükleme başladıktan boşaltma bitinceye kadar zorunlu bir sebep bulunmadıkça kaptan, ikinci kaptanla birlikte aynı zamanda gemiden ayrılamaz¹⁷³. Kap-

¹⁶⁸ Starya süresi, aksi kararlaştırılmadıkça taşıyanın ayrıca bir para talebine hakkı olmaksızın yüklemenin bitirilmesine kadar kaptanın beklemeye mecbur olduğu süredir. Starya süresi sözleşme ile belirlenir. Ancak bu süre sözleşmede tayin edilmemişse TTK m. 1153/2 hükmü uyarınca; yüklemenin yapılacağı liman, taşımayı yapan gemi, yükleme tesis ve araçları ve yükün niteliği ile birlikte yükleme limanı düzenlemeleri ve yerel teamül göz önünde bulundurulur. Taraflar yükleme süresi için TTK m. 1153/3 hükmü gereğince ücret ödenmesini kararlaştırabilirler. Taraflar yüklemenin belirli bir süre içerisinde bitirilememesi ihtimalini göz önünde bulundurarak, geminin beklemeye devam etmesi için ek bir süre kararlaştırabilirler. Bu süre TTK m. 1154/1'de sürastarya süresi olarak ifade edilmiştir. Sürastarya süresi de tıpkı starya süresi gibi sözleşme ile belirlenir. Ancak sözleşmede sadece sürastaryadan ya da sürastarya ücretinden bahsedilip de sürastarya süresi belirlenmemişse bu süre TTK m. 1154/2 hükmü uyarınca on gündür. Sürastarya süresi TTK m. 1154/3 hükmü gereğince yükleme süresinin bitimiyle herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın başlar.

¹⁶⁹ Seyrüseferdeki gemi kaptanının bordaki can güvenliğini sağlama ve koruma birincil ve kesin görevidir. Kaptan geminin tabi olduğu çeşitli yargı yetkileri dâhilindeki tüm uygulanabilir güvenlik düzenlemelerine uygun hareket etmelidir. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 156; Çağal/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 188.

¹⁷⁰ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 140.

¹⁷¹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 149-150.

¹⁷² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 147-148; Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 139.

¹⁷³ İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 136.

tan ayrılmak zorunda kalırsa TTK m. 1094/1 hükmü gereğince; ayrılmadan önce zabıtlar veya tayfalar arasından uygun birisini vekil bırakmakla yükümlüdür. Bu durum TTK m. 1094/2 uyarınca; geminin güvenli olmayan bir limanda veya demirleme yerinde bulunduğu zamanda, yükleme başlamadan önce ve boşaltma bittikten sonra da uygulanır.

2. Gemiye Bizzat Sevk ve İdare Etmek

Kaptan geminin denizdeki seyrüseferine bizzat nezaret etmek ile görevlidir¹⁷⁴. Gemi personelinin seyrüseferine dair görevlerini yaptıklarıyla ilgili beyanlarını bizzat görmek zorundadır¹⁷⁵. Kaptan gemiyi sevk ve idare eder, geminin konumu grafiklerle ve seyrüsefer yardımcı araçlarıyla sürekli izler. Bu hususları kendi yapsın ya da yapmasın, tüm bu işlemlerden sorumludur. Geminin seyrüseferiyle ilgili tam bir takdir hakkına sahip olduğu için gemiyle ilgili her türlü hususa hâkim olmakla görevlidir¹⁷⁶.

Deniz sergüzeştinin zorlukları kaptanın seferi başarıyla gerçekleştirebilmesi için yetkisini başkalarına dağıtmasını gerektirir. Eskilerden kalma “*kaptan asla uyumaz; bir gözü açık bir ayağı güvertede olur*” sözü artık geçerli değildir¹⁷⁷. Kaptan görevlerini dağıtmak zorundadır. Hem kanuna hem de teamüle göre kaptanın gemi adamları ve gemide taşınan yolcu veya yük üzerinde hâkimiyeti vardır. Bundan dolayı geminin tüm bölümlerini kontrol eder. Gemi kaptanı gemi adamları vasıtasıyla prosedürleri ve uygulamaları yürütür. Geminin ve personelin güvenliğiyle ilgili tam bir sorumluluk taşır. Bu hukuki sorumluluklardan dolayı kaptana gemi üzerinde ve yabancı limanlarda tam bir yetki verilmiştir. Çoğu durumlarda kaptan gemide olsun olmasın gemiden sorumlu olup¹⁷⁸, gemide olmadığı zaman yerine nitelikle bir gemi adamı koymalıdır. Yerine yeterli ve tam nitelikli bir gemi adamını koymak, denizde olunmasa bile donatanın değil kaptanın görevidir. Kaptan bazı durumlarda emri altındaki gemi adamlarının görevlerini yaptığını esnadaki fiillerinden doğrudan ya da dolaylı sorumlu olsa da, onların seçiminde makul özeni gösterdiği ve uygun talimatlarla gemiyi onların sorumluluğuna bıraktığı zaman sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁷⁹.

Modern deniz hukukunun ortaya çıkmasına hizmet eden eski zamanlarda; donatanlar gemileriyle birlikte seyahat etmekteydiler. Bu sebeple yolculuk sırasında meydana gelebilecek tehlikeler konusunda birinci derece sorumlu idiler. Eğer gemi birden fazla kişinin müşterek mülkiyetinde ise; bu durumda içlerinden birisini seçip; yolculuk sırasında gemiyi sevk ve idare etmek noktasında görev-

¹⁷⁴ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 90.

¹⁷⁵ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 133.

¹⁷⁶ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 133.

¹⁷⁷ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 133.

¹⁷⁸ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 133-134.

¹⁷⁹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 134.

lendiriyorlar ve bu kişi deniz sergüzeştisiyle ilgili meydana gelebilecek tüm riskleri üzerine alıyordu. Ne zaman ki; donatanlar tacir sıfatına haiz oldular; bu noktada gemilerini sevk ve idare etme noktasında yeterli denizcilik yeteneklerine sahip olmadıkları için geminin yolculukta başında bulunacak bir kişi arayışı ortaya çıktı. Bu noktada kaptan kavramı ortaya çıkmıştır. Ve kaptan, gemide donatanın sahip olduğu yetkileri kullanabilen bir kişi olarak tanımlanmıştır. Bir bakıma kaptanın bu yetkilerini kullanması gemide bulunduğu sürece muteber olmuştur.

3. Gemi Jurnalı¹⁸⁰ Tutmak

TTK m. 1096 hükmü gereğince; “*Her gemide gemi jurnalı denilen bir defter tutulur. Bu deftere her yolculukta eşya veya safranın yüklenmeye başlanması anından itibaren geçecek belli başlı olaylar yazılır. Gemi jurnalı, kaptanın gözetimi altında, ikinci kaptan tarafından ve onun mazereti halinde bizzat kaptan veya kaptanın gözetimi altında olmak şartıyla ehil bir gemi adamı tarafından tutulur.*”

Kanun, jurnal tutulması yükümlülüğünün yüklenme anından itibaren başlayacağını öngörmekle birlikte ne zamana kadar tutulacağını tayin etmemiştir¹⁸¹. Kanaatimizce, kanunun gördüğü bu usul yerindedir. Çünkü yolculuğun ne zaman biteceği ve jurnalın ne zamana kadar tutulması gerektiği önceden belirlenemez¹⁸².

Jurnal tutma yükümlülüğünün kaptanının gemide hazır bulunma mükellefiyetinin bir uzantısı olduğu söylenebilir¹⁸³. Jurnalın ikinci kaptan tarafından usulüne uygun bir biçimde tutulması kaptanın sorumluluğu altındadır¹⁸⁴. Dolayısıyla, kaptan gemide bulunduğu süre içinde meydana gelen olayların, ikinci kaptan ta-

¹⁸⁰ “*Jurnal kelimesi Fransızca “journal” kelimesinin Türkçe okunuşu olup, günlük veya gazete manasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla Türkçeye “gemi jurnalı” olarak tercüme edilmiş olan “journal dubord” u, “gemi günlüğü” olarak tercüme etmek mümkündür. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar jurnal kelimesinin sözlük anlamı itibarıyla biriyle ilgili olarak kötülme olduğunu belirtmiştir. Türkçede mecazi olarak ispiyon etmek manasına gelen bu kelimenin Deniz Ticaret Hukukunda Fransızca aslına sadık kalınarak “günlük” şeklinde anlaşılması gerekir.*” Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 69.

¹⁸¹ Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 131.

¹⁸² “*Her gemide gemi jurnalı adlı bir defter tutulması mecburiyeti vardır. Mecburiyet yüklemeye başlanıldığı andan itibaren hüküm ifade eder. Ama jurnal ne zamana kadar tutulur? Bunu tayin etme-
mek daha münasip görülmüştür. Çünkü ne vakite kadar icap edeceği peşinden kestirilemez.*” Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 140.

¹⁸³ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, s. 90; “*Gemi ömrünün büyük bir kısmını denizde geçirir. Denizde bulunduğu müddetçe gemi, telsiz telgraf bir kenara bırakılacak olursa, dünya ile alakasını kesmiş ayrı bir alemdir. Başına gelenler karada birçok kimseleri alakadar eder. Yolculukta cereyan eden kâh Hususi Hukuka, kâh Ceza ve Amme Hukukuna dokunan işlerin ve hadiselerin tutulacak zaptı geminin karaya bağlanması üzerine doğacak münasebetlerin bağlanıp çözülmesinde elbette büyük ve faydalı bir amil olurdu. İşte kanunların her yerde gemilere bir gemi jurnalı tuturmaları bundan ileri geliyor.*” Bkz. Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 140; “*Yolculuk sırasında meydana gelen olaylar gerek kamu hukuku gerekse özel hukuktan kaynaklanan ilişkiler açısından önem taşıyabilir. Bu nedenle kanun koyucu, bir liman içinde yolculuk yapan küçük gemiler hariç gemi jurnalı tutmayı zorunlu kılmıştır.*” Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 69.

¹⁸⁴ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 140.

rafından doğru bir şekilde gemi jurnaline kayıt edilmesini sağlamalıdır¹⁸⁵. Jurnale hangi hadiselerin yazılacağını kanun sayma yolu ile belirtmiştir¹⁸⁶. Ancak kanaatimizce TTK m. 1097 sınırlı sayma yolunu benimsememiştir.

TTK m. 1096/3 hükmü gereğince; bir liman içinde yolculuk yapan küçük gemilerde jurnal tutma yükümlülüğü yoktur. Gemi journali TTK m. 1097/2'ye göre; kaptan ve ikinci kaptan tarafından imzalanır. Kanun journalin tutulması noktasında gözetim ve nezaret yükümlülüğü olan kaptanın jurnalde imzasının bulunmasını şart koşmuş ve böylece kaptanın jurnal tutma hususunda sorumluluğunu ağırlaştırmıştır.

4. Uygun Rotayı Takip Etmek

Kaptan, yolculuk sırasında genel olarak kullanılan yolları izlemek zorundadır. Kaptan gemi yola revan olduğu andan itibaren donatanın ve yüklerle ilgili menfaatine olarak belirlenmiş mutad rotadan ayrılmamakla mükelleftir¹⁸⁷. Bu durum; kaptanın yolculuğu tamamlamak noktasında donatana karşı yerine getirmesi gereken borcun uzantısıdır. Kanun bu noktada kaptana çok geniş yetkiler tanımıştır. Kaptan bu yetkileri kullanırken ve gemiyi deniz sergüzeşinde sevk ve idare ederken TTK m. 1088/1 uyarınca tedbirli bir kaptan gibi hareket etmek durumundadır. Ezcümle; kaptan görevini yerine getirirken üzerine düşen özeni göstermek zorundadır. Bu durumun istisnası olarak TTK m. 1113/1 hükmü düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre; “*Yolculuğun izleyen rota üzerinde süregelmesini engelleyen beklenmeyen bir durumu vaki olursa; kaptan durumunun gereklerine ve imkânlar çerçevesinde uygulamaya zorunlu olduğu talimata göre; yolculuğa başka bir rota üzerinde devam edebileceği gibi kısa veya uzun bir süre için ara verebilir veya kalkma limanına geri dönebilir.*” Kaptan örneğin buz dağı gibi seyrüseferi bir tehlikeye sokacak bir durumla karşılaşarsa buzdağının olmadığı bir rota arayabilir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 187.

¹⁸⁶ TTK m. 1097/1: “*Gemi Jurnaline engel bulunmadıkça aşağıdaki hususlar günü gününe yazılır: a) Meteorolojik Veriler; özellikle hava ve rüzgar durumu, b) Geminin izlediği rota ve aldığı yol, c) Geminin bulunduğu enlem ve boylam dairesi, d) Sintinelerdeki su yüksekliği, e) İskandil edilen su derinliği, f) Kılavuz alınması ve kılavuzun gemiye girdiği ve ayrıldığı saatler, g) Gemi Adamları arasındaki değişiklikler, h) Gemi veya eşyanın uğradığı bütün kazalar ve bunların ayrıntılı açıklaması, i) Gemide işlenen suçlar ve 25/4/2006 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu hükümleri saklı kalmak üzere, gemideki doğum ve ölüm olayları*”

¹⁸⁷ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 138.

¹⁸⁸ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 151; Kaptanın gemi ya da yükün kaçılmaz bir tehlikeye maruz kalması durumunda kaptanın gecikme ya da yolu değiştirme yetkisi vardır. Gecikmeyi ve yol değiştirmeyi gerektiren şu gibi tehlikelere örnek verilebilir: düşman tarafından zapt tehlikesi, korsanlar, buzdağları ve seyrüsefere tehlikeli diğer olaylar. Bu yetki geminin tamirata gerektirir şekilde zarar görmesi durumunda da uygulanabilir. Eğer kaptan gecikme ya da yolu değiştirme için temsil yetkisini uygun olarak kullanırsa donatan eşyalar varma limanına ulaşamazsa bile navluna hak kazanır. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 155.

5. Donatana Bilgi Vermek ve Donatandan Talimat İstemek

Kaptan yolculuğun bütün önemli olayları hakkında donatana bilgi vermek ve önemli kararları vermeden önce, olanak varsa donatandan talimat istemek zorundadır¹⁸⁹. TTK m. 1110/2 uyarınca; “*Kaptan; donatana geminin durumu, yolculuk sırasında meydana gelen olaylar, yaptığı sözleşmeler ve açılan davalar hakkında düzenli şekilde bilgi vermekle yükümlü olduğu gibi şartlar elverdikçe bütün önemli işlerde, özellikle 1105 inci maddede yazılı durumlarda, yolculuğun değiştirilmesi veya kesilmesi gerektiğinde ve olağanüstü tamirler ile alımlarda donatandan talimat istemek zorundadır.*” Kaptan geminin durumunu, yolculukta meydana gelen olayları, temsil yetkisine binaen akdettiği sözleşmeleri, açılmış olan davaları donatana bildirmelidir. Ayrıca önemli işler olarak belirtebilecek; veresiye mal alma, ödünç para alma ve kredi sözleşmeleri yapma gibi hususlarda donatandan talimat almak mecburiyetindedir¹⁹⁰. Eğer kaptanın yolculuğun devamı için önemli kararlar alması gerekiyorsa donatandan talimat alması elzemdir¹⁹¹. Zira TTK m. 1110/4 uyarınca; “*Kaptan, geminin bağlama limanına dönüşünde veya her isteyişinde donatana hesap vermek zorundadır.*”

6. Tehlikedeki Gemilere Yardım Etmek

Kaptan yolculuk esnasında tehlikede gördüğü ve kendisinden yardım isteyen gemilerin yardımına koşmalıdır. 4922 sayılı Kanun m. 14’e göre; “*Her kaptan, denizde, can tehlikesine uğramış olarak rast geldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen yardımı yapmakla görevlidir.*” Yine aynı kanunun m. 16 hükmü uyarınca “*Kendisinden yardım istenen kaptan veya kaptanlar da bu isteğe uyararak bütün hızlarıyla tehlikede bulunan kimselerin yardımına gitmek ödevindedirler.*” Burada kaptana yüklenen yardım etme ödevi; öncelikle kendi gemisini ve gemisinde yer alan insanları düşünmekle sınırlandırılmıştır. Bu halde kaptan kendi gemisi için önemli bir tehlike varsa başkasına yardım etmekle sorumlu kılınamaz. Bu durumun aksi düşünülemez. Zira kaptanın temel görevi, gemisini sağ salim varma limanına ulaştırmaktır. Başkalarına yardım etmesi de ancak kendi gemisiyle ilgili bir sıkıntılı bir husus olmamasına bağlıdır.

Kaptanın tehlikedeki gemilere yardım etme görevi TTK m. 1295’te de yer almaktadır. Buna göre; “*Bir çatmadan sonra her geminin kaptanı, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcularını ciddi bir tehlikeye atmadan mümkün olması şartıyla, diğer gemiye, gemi adamlarına ve yolculara yardımla yükümlüdür.*”

¹⁸⁹ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 148; Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 189.

¹⁹⁰ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 148.

¹⁹¹ Örneğin müşterek avarya durumu bununla ilgili olarak gemi için yapılması gereken pek mühim tamirlerde donatandan talimat alması gerekmektedir.

7. Denizde Can Kurtarmak

TTK m. 1317/1 uyarınca; “Her kaptan, aracını ve araçta bulunan kişileri, ciddi bir tehlikle karşı karşıya bırakmadan, denizde kaybolma tehlikesi altında bulunan her insana yardım etmek zorundadır.”

UNCLOS 1982 (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi) gemi kaptanına diğer devletlerin ve düşman devletlerin denizcilerinin de dâhil olduğu denizde kaybolma tehlikesi olan herkese yardımda bulunmayı ve kurtarmak için olabildiğince hızlı hareket etmeyi zorunlu kılmaktadır¹⁹². Bu durum bir önceki paragrafta bahsettiğimiz üzere yardım ihtiyacı kendine bildirilirse ve bu tür bir yardım kendisinden makul olarak beklenebilirse ve gemisini, personelini ve yolcuları tehlikeye düşürmezse söz konusu olur. Bir gemi kazası yaşanmışsa ve gemi bordasındaki insanlar ve yükler bir tehditle karşı karşıyaysa kaptan gemideki emri altındaki personeli ile birlikte yardıma koşmak için elinden gelen gayreti gösterir. Denizde bir hayatı kurtarmak için çaba göstermek hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukta bir görevdir.

Kaptan bu durumda öncelikle insan hayatını ön planda tutmalı yüklerle ilgili noktada, diğer yüklerin selameti için bunlara zarar veren yükü feda etmelidir¹⁹³. Çoğu kaptan denizcilik kariyerinde hiç zor durumda olan bir insanı kurtarmamıştır, tehlikede olan bir gemiye yardım etmemiştir ya da kendi gemisi için kurtarma yardımı çağırmamıştır. Ulusal hukuk düzenlemeleri ve uluslararası kurallar böyle bir durumda bunları yapması için ona yetkiler vermektedir.

Kaptan kurtarmaya katılabilmek için seferi geciktirebilir ya da yolunu değiştirebilir¹⁹⁴. Tehlikeli buzlar, gemi leşleri, tropikal fırtınalar veya Beaufort ölçeğinin¹⁹⁵ göre, 10 kuvvetinde veya daha fazla rüzgâr yahut deniz yolculuğu için risk teşkil eden başka tehlikeler gören her gemi kaptanı, bunları yakınında bulunan gemilere ve haberleşebileceği ilk kıyı noktasındaki yetkili makamlara, elinde bulunan bütün haberleşme araçları ile bildirmekle yükümlüdür¹⁹⁶.

C. KAPTANIN YOLCULUK BİTTİKTEN SONRAKİ GÖREVLERİ

1. Genel Olarak

Kaptan, geminin limana girmesi ve yükün boşaltılmasıyla ilgili işlemleri yaptırmalıdır¹⁹⁷. Kaptan, geminin güvenli bir şekilde limana girmesinde gerekli özeni göstermek mecburiyetindedir. Yükü gönderilene, gerçek hak sahibine

¹⁹² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 147.

¹⁹³ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 153.

¹⁹⁴ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 145.

¹⁹⁵ Beaufort ölçeği için bkz. “Beaufort Rüzgar Iskalası”. <https://mgm.gov.tr/FILES/genel/makale/beaufort.pdf> (E.T.: 15.12.2018).

¹⁹⁶ Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 132-133.

¹⁹⁷ Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 113.

teslim etmelidir. Bu, yükü konşimentonun meşru hamiline teslim etmek olarak anlaşılmalıdır. Kaptanın bu görevlerine donatanın, taşıyanın temsil yetkisi kapsamında değinildiğinden burada kaptanın yolculuk bittikten sonraki görevi olarak TTK’da açıkça düzenlenen deniz raporu verme görevine değinilecektir.

2. Deniz Raporu Düzenletmek

Fransız Hukuku’ndan iktibas edilen adı ile “Prova di Fortuna¹⁹⁸”, yolculuk sırasında gemiye veya yüke ilişkin kazaların yazıldığı defterdir. 1864 tarihli Ticareti Bahriye Kanunu’nda ilk kez düzenlenen deniz raporu, gemi varma limanına ulaştığında, bu kanunda belirtilen yüke veya gemiye ilişkin bir kazaya gerek olmaksızın yazılı olarak verilmesi gereken belgedir¹⁹⁹. TTK m. 1098’e göre “*Kaptan yolculuk sırasında gemiyi veya taşınan eşyayı ilgilendiren veya başkaca bir maddi zarar doğurması muhtemel olan bir kaza meydana geldiğinde, gemi zayı olsa bile, deniz raporu istemeye yetkili ve kendisinden istendiği takdirde buna zorunludur.*” Deniz raporu düzenlemek kaptana ait bir yetkidir²⁰⁰. Kanun lafzından anlaşıldığı üzere eğer bu husus gemi ve yükle veya söz konusu kaza ile ilgili kişiler tarafından isteniyorsa, kaptan deniz raporu vermek mecburiyetindedir²⁰¹. İlk durumda serbest bir yetki olarak adlandırabilecek bu durum istem halinde bağlı yetkiye dönüşmektedir. Eğer kaptan ölür veya deniz raporu düzenlemeyecek bir halde olursa TTK m. 1098 hükmü gereğince gemideki kaptandan sonra en yüksek rütbeli zabıt tespit yaptırmak zorundadır.

Raporun vakit kaybetmeksizin TTK m. 1098/1 uyarınca; “*a) varma limanında ve eğer varma limanı birden çok ise, kazadan sonra varılan ilk limanda, b) Gemi tamir edildiği veya eşya boşaltıldığı takdirde barınma limanında, c) Yolculuk geminin batması yüzünden veya diğer bir sebepten varma limanına ulaşmadan biter ise, kaptanın veya ona vekâlet eden kişinin uğradığı ilk elverişli yerde*” düzenlenmesi istenebilir.

Deniz Raporu; Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içerisinde mahkemelerce düzenlenir. Diğer yerlerde ise, TTK m.1098/4’te ifade edildiği üzere Türk Bayraklı gemiler için yerel mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere Türk Konsoloslukları

¹⁹⁸ Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku*, 145; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 90.

¹⁹⁹ Ticaret-i Bahriye Kanunu’nun 57. maddesi uyarınca yolculuk sırasında bir kaza olsun veya olmasın; kaptan her varma limanında bir deniz raporu vermekle yükümlü idi. 19 Haziran 1969 tarihli kanun hükmünde karamamenin yürürlüğe girmesinden önce Fransız Deniz Ticaret Kanunu düzenlemeleri uyarınca da her sefer sonunda varma limanında deniz raporu vermek zorunlu idi. Ticaret-i Bahriye Kanunu uyarınca kaptan deniz raporunu yazılı vermek zorunda iken gerek 21.11.1929 tarihli Eski Ticaret Kanunu’nun 1063 vd. hükümleri gerekse TTK m. 982 vd. hükümleri uyarınca mahkeme huzurunda açıklamalarını sözlü olarak yapmak zorunda bırakılmıştır. Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 91.

²⁰⁰ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 341; Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, 133; Tekil, *Deniz Hukuku*, 196; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 91.

²⁰¹ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 114; İzveren/Franko/Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, 136.

deniz raporu düzenler. Bunlar haricinde herhangi bir merciinin deniz raporu düzenleme yetkisi yoktur²⁰².

Deniz raporu düzenlenmesi usulü TTK m. 1100 hükmünde belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca; kaptan bütün gemi adamlarının ad ve soyadlarını içeren bir cetvel, gemi jurnali, olayla ilgili mevcut diğer belgelerle birlikte mahkemeye ve konsolosluga başvurur. Başvuru üzerine mahkeme veya konsolosluk, tespit için mümkün olduğu kadar yakın bir gün belirler ve bunu gecikmesinde sakınca olan haller saklı kalmak kaydıyla uygun bir şekilde ilan eder²⁰³. Gemi veya yükle ilgili olanlar, kaza ile ilgili diğer kişiler, mahkemede veya konsoloslukta bizzat bulunabilecekleri gibi, bir vekil de bulundurabilirler. Kaptan gemi jurnaline dayalı olarak gerekçesini de belirtmek suretiyle açıklamalarda bulunur. Gemi jurnali, mahkemeye ve konsolosluga getirilemiyorsa veya tutulması zorunlu değilse, bu durumun sebepleri bildirilmelidir. Hâkim veya konsolosluk gerek gördüğünde gemi adamlarından mahkemeye gelmemiş olanları dinleyebileceği gibi, olayların yeterince anlaşılması için kaptan ve diğer gemi adamlarına istediğini de sorabilir. Kaptana, diğer gemi adamlarına ve olayla ilgisi bulunanlara doğru söylemeleri gerektiği ihtar olunur.

Kanaatimizce deniz raporu ispat gücü açısından tam anlamıyla yeterli olmadığından, hâkimin kaptana ve diğer gemi adamlarına soru sormasının yanında gemide keşif yapılması ve bilirkişi incelemesi yaptırılması konusunda kanun tarafından kendisine yetki tanınmalıdır. Bu sayede deniz raporuna konu olan olay daha net aydınlatılabilecek ve mahkeme tarafından ispat gücü daha yüksek olan deniz raporları tanzim edilebilecektir²⁰⁴.

Bu durumda şu soru akla gelebilir: Deniz Raporunun hukuki mahiyeti nedir? Fransız Hukukunda deniz raporu hilafı sabit oluncaya kadar geçerli belge olarak kabul edilmiştir²⁰⁵. Türk Hukukunda ise çekişmesiz bir yargı işi olarak kabul edilen bu durum, meydana gelen olaylarla ilgili tarafların mahkeme tarafından beyanları esas alınarak düzenlenen ve bu kaza sebebiyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılacak ispat değeri mahkemenin takdirine kalmış bir belgedir²⁰⁶. Bu ispat değeri raporun zamanında verilip verilmediğine, rapora esas alınan ifadelerin tutarlığına göre değişkenlik göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında aksi ispat edilen bir belge niteliğinde görülse de denizde meydana gelen olayla ilgili başka bir şekilde bir delil bulmanın son derece zor bir durum olduğu göz önüne alındığında çoğu zaman bu belge, denizde meydana gelen olayla ilgili olarak yegâne delil teşkil etmektedir²⁰⁷. Bununla birlikte deniz

²⁰² Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 341.

²⁰³ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 341.

²⁰⁴ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 101.

²⁰⁵ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 342.

²⁰⁶ Tekil, *Deniz Hukuku*, 196; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 94 vd.

²⁰⁷ Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku*, 146.

raporunun kaptan tarafından düzenletirilmesi sebebiyle kaptan lehine delil teşkil edemeyeceğine ilişkin görüşlerin varlığına rağmen kanaatimizce deniz raporu kaptan için lehe veya aleyhe delil teşkil edebilecektir²⁰⁸.

IV. GEMİ KAPTANININ TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA SORUMLULUĞU

A. GEMİ KAPTANININ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLARI

Kaptan, bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde TTK m. 1080 hükmü gereğince tedbirli bir kaptan gibi hareket etmek zorundadır. Tedbirli bir kaptan gibi hareket etmediği zamanda TTK m. 1089 uyarınca kusuruyla yol açtığı zararlardan, özellikle TTK'nın m. 1088 ilâ m. 1118'deki ve diğer hükümlerinde belirtilen görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dâhil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumludur. Kaptanın sorumluluğunun tayininde "tedbirli bir kaptan" ifadesi oldukça önem arz etmektedir. Tedbirli bir kaptandan kasıt, kabiliyeti ve tecrübesi normal olan, kamu hukuku ve özel hukuk hükümlerinin, bizzat akdettiği ve ifası kendisine düşen sözleşmelerin ve denizcilik teamüllerinin kendisine yüklediği görevlerin gereğini objektif ölçüde dikkat ve ihtimamla yerine getiren, görevine bağlı bir kaptandır²⁰⁹. Kaptanın tedbirli bir kaptan gibi hareket edip etmediğinin belirlenmesi noktasında somut olayın nitelikleri ve gelişimi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir²¹⁰.

Çalışmamız kapsamında değinmiş olduğumuz kaptana tanınan yetki ve görevler beraberinde kaptana sorumluluklar da getirmiştir. TTK'da kaptanın donatana, yük ilgililerine ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu bölümde kaptanın sorumluluğunun hukuki niteliği ve sınırları ile kaptanın donatana, yük ilgililerine ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ele alınacaktır.

Kaptanın sorumluluğu TTK m. 1089/1'de "*Kaptan kusuruyla yol açtığı zararlardan, özellikle bu Kısım ile diğer Kısımlarda belirtilen görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dâhil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumludur.*" kusur sorumluluğu olarak öngörülmüştür. Kaptan bu sorumluluktan TTK m. 1089/2 gereğince donatanın emrine uyararak kurtulamayacağı gibi, TTK m. 1089/3 uyarınca durumu bilerek kaptana vermiş olan donatan da kaptanla birlikte sorumlu tutulmuştur. Kaptanın kusura dayanan sorumluluğu

²⁰⁸ Aynı yönde bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 100.

²⁰⁹ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 116; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 314; Kayıhan, *Deniz Ticareti Hukuku*, 152; Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 201.

²¹⁰ Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, 117; Nitekim çok hızlı karar verilip harekete geçilmesi gereken beklenmedik tehlikeler karşısında durumun takdirindeki her yanılmayı kusurlu hareket olarak kabul etmek doğru olamaz. Bu husus doktrinde özellikle çatmalardan hemen önce yapılmış manevralar hakkında kabul edilmiştir. Bkz. Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 201.

TTK'da sınırsız bir sorumluluk olarak belirlenmemiş, TTK m. 1089/4 uyarınca kaptanın Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Sorumluluğun sınırlandırılması deniz hukukundan çoktan beri uygulanan bir ilke olup, bu ilke sayesinde gemi maliki, çarterer, gemi yöneticisi, işleyen, kurtaran, kaptan ve diğer gemi adamları kendi hareketlerinin yol açtığı zararlardan kaynaklanan tazminat sorumluluğunu sınırlayabilir²¹¹. Eşyaların denizyolu ile taşınmasını düzenleyen kanunlar ve konvansiyonlar tarafından verilen özel sınırlandırmaların yanında donatan sorumluluğunu doğurabilecek olaylardan kaynaklı tüm taleplere karşı uluslararası olarak sorumluluğunu sınırlandırma hakkını düzenleyen uluslararası düzenlemeler mevcuttur²¹². Donatanın sorumluluğun sınırlandırılması donatanın faaliyetini sürdürmesini sağlamak amacıyla getirilmiş bir teşvik niteliğindedir²¹³. Ek sorumluluk sınırlandırma uygulamaları petrol kirliliği ve nükleer zarar gibi ölçülemez büyüklükteki riskleri kapsamaları için oluşturulmuştur²¹⁴. Bununla birlikte tüm bu sorumluluk sınırlandırmaları uygulamalarındaki vurgu kaptana değil donatanadır²¹⁵.

Donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması amacıyla ulusal ve uluslararası düzenlemelerde farklı sistemler uygulanmış olup²¹⁶, bunlar arasında abandon (terk) sistemi²¹⁷, sınırlı aynı sorumluluk sistemi²¹⁸, geminin tonajına göre belirlenen bir tutarla sınırlı sorumluluk sistemi²¹⁹ ön plana çıkmaktadır.

²¹¹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 227.

²¹² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 227.

²¹³ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 228; Sözer; s. 239.

²¹⁴ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 228.

²¹⁵ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 228.

²¹⁶ Çağa/Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 152; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 240.

²¹⁷ Donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasında uygulanan en eski sistem olan abandon (terk) sistemi donatanın gemisini terk ettiğini beyan etmesiyle sınırsız sorumluluktan kurtulması esasına dayanmaktadır. Bu sistem uyarınca talep sahiplerinin talebi bundan dolayı gemi ve yük ile sınırlı kalmakta olup, bu sistem ABD ve 1924 Deniz Gemilerinin Maliklerinin Sorumluluğunun Sınırlanılmasına Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Konvansiyona hala taraf çok az devletin dâhil olduğu çok az yargılama alanlarında uygulanmaktadır. Türkiye'de ise 1864 tarihli Kanunname-i Hümayun-u Ticaret-i Bahriye ile bu sistem kabul edilmiştir. Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 241-242; Bu devletler Brezilya, Bulgaristan, Macaristan olarak belirtilmiştir. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 228.

²¹⁸ Sınırlı aynı sorumluluk sisteminde donatan deniz serveti olarak ifade edilen gemi ve navlun ile sınırlı olmak üzere sorumlu olup, donatanın bunların dışında kalan kara serveti olarak ifade edilen malvarlığına alacaklıların kural olarak başvuru hakları yoktur. Deniz servetinin oluşturan gemi ve navlunun ortadan kalkması ve söz konusu unsurların yerine kaim olan değerlerin olmaması durumunda donatanın sorumluluğu sona ermektedir. Bu sistem E-TTK'da benimsenen sistemdir. Bkz. Sözer, s. 244

²¹⁹ Geminin tonajına göre belirlenen bir tutarla sınırlı sorumluluk sisteminde geminin ağırlığı esas alınmakta ve sorumluluğun tespitinde geminin her bir tonu karşılığında belli bir tutar öngörülmektedir. Sorumluluğun sınırlandırılmasında gemi tonajı dikkate alınmaktadır ve esas alınacak gemi

1957 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nda benimsenen geminin tonajına göre belirlenen bir tutarla sınırlı sorumluluk sistemi²²⁰ 1976 Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme (Londra Konvansiyonu)'nda revize edilerek benimsemiştir²²¹. Konvansiyon sorumluluk seviyelerini önemli ölçüde artırmış ve her ton için farklı özel çekme hakkı (ÖÇH) oranları ile tonaj bantları getirmiştir²²². Konvansiyon “gemi malikinin davranışından veya kusurundan doğan” ifadesini kaldırmış, yerine “şahsi fiil veya ihmalden ileri gelen zarara kasten yahut cüretkarane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği şuru ile sebebiyet vermiş olduğu ispat olunan sorumlu kişinin sorumluluğunu sınırlandıramayacağını” ifadesini getirerek bu sınırın aşılmasını önemli ölçüde zorlaştırmıştır²²³. Bu Konvansiyona göre; donatan gemide veya geminin işletilmesi yahut kurtarma yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak gerçekleşen ölüm, yaralanma ve her türlü eşya ziya ve hasarı ve diğer bütün zararlardan doğan alacaklar için sorumluluğu sınırlandırma hakkına haizdir.

1957 Brüksel Konvansiyonundan önce kaptanın donatanın sorumluluk sınırlamasından yararlanıp yararlanamayacağı kaptan maliki olmadığı bir şeyi terk edemeyeceğinden, sınırlama gemi adamlarının seyirüfere çıkmalarını teşvik etmek adına gemi adamlarını korumak maksadıyla getirilmediğinden ayrıca talepte bulunanların böyle bir durumda taleplerini donatandan ziyade cebi daha dar olan (parası ve gücü olmayan) kaptana yöneltilmesi mümkün olduğundan tartışma konusu olup genellikle mümkün görülmemekteydi²²⁴. 1957 Brüksel Konvansiyonu sınırlama hakkını kaptana doğru genişletmiştir²²⁵. 1976 Londra Konvansiyon m.

tonajı “Gemilerin Ölçülmesine Dair 1969 tarihli Uluslararası Konvansiyon” kapsamında gayrisafi tonajın ölçülmesi hakkında öngörülen kurallara göre belirlenmektedir. Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 243.

²²⁰ 1957 tarihli Brüksel Konvansiyonu'na göre donatanın sorumluluktan kurtarmak kolay bir husus olmadığından ve tazminat talep edenler Konvansiyonda öngörülen sınırlandırmaları kolayca aşabildiğinden ve Konvansiyonda belirlenen tazminat miktarları çok düşük olduğundan Londra Konvansiyonu ihdas edilmiştir.

²²¹ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 228-229.

²²² Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 229; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 281.

²²³ Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 300-301; Sorumlu kişinin eylemi ya da ihmalinin kasti ya da pervasız olduğu hususunu ispat yükü iddia sahibinin üzerinde olduğu için bu durum “aşılabilir sınır (unbreakable limit)” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 229.

²²⁴ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 230.

²²⁵ Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 232; 1957 Brüksel Konvansiyonu m. 6/2'ye göre; şu kişiler sorumluluklarını sınırlandırabileceklerdir. Çarterer, gemi yöneticisi ve işleyen, kaptan, gemi adamları ile malikin, çartererin, gemi yöneticisinin ve işletenin diğer adamları. Ayrıca 1957 Brüksel Konvansiyonu m. 6/3 uyarınca kaptanın aynı zamandan geminin maliki, çartereri veya işleteni olması halinde, sorumluluğunu ancak talep konusu zarara, kaptan veya gemi adamı olarak görev yaptığı sırada sebebiyet vermesi halinde sınırlama hakkına sahip olabileceği öngörülmüştür.

1/4'te bu husus tekrar edilmiştir²²⁶. 1976 Londra Konvansiyonu uyarınca kaptan şahsi fiil veya ihmalden ileri gelen zarara kasten yahut cüretkarane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği şuru ile sebebiyet vermiş olduğu ispat edilirse sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybedecektir. Bunun haricinde sorumluluğun sınırlanması dışında tutulan alacakları 1976 Londra Konvansiyonu m. 3'te sayılmıştır²²⁷.

1976 Londra Konvansiyonu ile bu Konvansiyonu değiştiren 1996 Protokolü'nün Türkiye açısından uygulanabilir olduğu TTK m. 1328'de hüküm altına alınmıştır. TTK'da benimsenen sistem de geminin tonajına göre belirlenen bir tutarla sınırlı sorumluluk sistemidir²²⁸.

B. GEMİ KAPTANININ DONATANA KARŞI SORUMLULUĞU

Kaptan; geminin sevk ve yönetimiyle görevli ve bundan doğrudan sorumlu olan kişi olarak, tüm işlerinde, tedbirli bir kaptan gibi davranmak zorundadır. Bu nedenle, önemli bir kaptanın göstereceği özeni göstermeyen, kusurlu fiilleri ile ya da temsil yetkisini gereği gibi kullanmayan kaptan donatana verdiği zarar-

²²⁶ Donatanın fiil ihmal veya hatalarında sorumlu olduğu kişilere karşı yapılacak talepleri düzenleyen 1976 Londra Konvansiyonu açıkça istihdamı süresince sahibin donatanın temsilcisi olarak hareket eden kaptanı içine alır ona sorumluluğunu sınırlama yetkisi verir. Bkz. Cartner/Fiske/Leiter, *The International Law of The Shipmaster*, 232.

²²⁷ a)- Kurtarma ve yardım alacakları ile müşterek avarya garame (paylaştırma) alacakları. (b)- Hidrokarbonlar (akaryakıtlar) ile kirlilmeden doğan zararlardan sorumluluğa dair 23/11/1969 tarihli milletlerarası sözleşme ile yürürlükte olan tadil ve ekleri anlamında olmak üzere hidrokarbonlarla kirlenmeden ileri gelen zararlardan doğan alacaklar, (c)- Nükleer zararlardan sorumluluğun sınırlanmasını düzenleyen veya yasak eden bütün uluslararası sözleşmeler veya milli kanunlara tabi olan alacaklar, (d)- Nükleer gemi malikine karşı nükleer zararlardan doğan alacaklar, (e)- Gemi maliki veya yardımında bulunan ile müstahdemleri arasında akdedilmiş hizmet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerine göre gemi maliki veya yardımında bulunanın söz konusu alacaklara karşı sorumluluğunu sınırlamak hakkını haiz olmaması veya ancak sözleşmenin 6'ncı maddesinde öngörülen yüksek bir meblağla sınırlayabilmesi halinde gemi maliki veya yardımında bulunanın, görevleri gemi hizmetlerine veya kurtarma ve yardım faaliyetlerine ilişkin olan müstahdemlerinin alacakları ile bunların mirasçılarının, haleflerinin veya yi gibi alacakları ileri sürmeye hakkı bulunan diğer kişilerin alacakları. Bkz. Şaban Kayıhan, Kara Etem, "Donatanın Sorumluluğunun Kaynakları ve Sorumluluğunun Sınırlandırılması Sistemi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHD)* 6, S. 10 (2021), s. 70; Petrol kirliliğin yol açtığı gemilerin sebep olduğu zararlar sınırlama dışı bırakılmıştır Londra'da 27 Kasım 1992'de imzalanmış Protocol to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 'in tadil edilmiş metni olan Civil Liability Convention 92 (CLC 92) olarak anılan konvansiyonda tanımı yapılan bir geminin petrol kirliliğine yol açması durumunda CLC 92 uygulanacaktır. TTK m. 1336'da bu konvansiyona atf yapılmıştır. Nükleer zararlar da 1976 Londra Konvansiyonu'nda kapsam dışı bırakılmıştır. Paris'te 29 Temmuz 1960 tarihinde imzalanmış nükleer enerji alanında üçüncü kişilere karşı sorumluluğu düzenleyen anlaşma ve Nükleer Zararlar için Hukuki Sorumluluk Hakkında Viyana Sözleşmesi hükümleri nükleer zararlardan kaynaklı sorumluluğa uygulanabilecektir. Bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 308.

²²⁸ Bununla birlikte 1976 Londra Konvansiyonu'na ve 1996 Protokolü'ne Türkiye Cumhuriyeti'nin katılma iradesinin Anayasa m. 90 hükmü gereğince uygun bir şekilde teşekkül etmediğini, bu bağlamda Konvansiyonun Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir konvansiyon olmadığını ve TTK'nın m. 1328 vd. hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti'nin konvansiyona katıldığını işaret eden hükümler olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmemiz lazım gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 248 vd.

lardan tespit sorumlu olacaktır²²⁹. TTK m. 1109/1 hükmü gereğince “*donatan, kaptanın onun adına hareket ettiğini bildirerek veya bildirmeyerek, gemiyi sevk ve idare eden kişi sıfatıyla kanuni yetkileri dâhilinde yaptığı hukuki işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı hak iktisap eder ve borç altına girer*. Bu hükme binaen kaptan üçüncü şahıslara verdiği ve donatanın sorumlu olduğu zararlardan dolayı donatana karşı sorumlu olup, bu zararları tazmin eden donatan kaptana rücu edebilecektir. TTK m. 1109/2 hükmü uyarınca, *Kaptan, ifasını ayrıca üstlenmedikçe veya kanuni yetkilerini aşmadıkça, yapmış olduğu işlemlerden dolayı şahsen borç altına girmez.*”. Kaptanın temsil yetkisi bölümünde ayrıntılı şekilde ele aldığımız üzere, kaptanın temsil yetkisini aşarak yapmış olduğu işlemlerden dolayı donatan sorumlu olmayacaktır. Ancak kaptanın temsil yetkisi sınırlandırılmış olmasına rağmen, kaptanın iyiniyetli üçüncü kişilerle işlem yapması durumunda bu işlemler donatanı da bağlayacağından, donatanın kaptana rücu etmesi durumu hâsıl olabilecektir²³⁰. Kaptan TTK m. 1110/2 hükmü gereğince; donatana geminin durumu, yolculuk sırasında meydana gelen olaylar, yaptığı sözleşmeler ve açılan davalar hakkında düzenli şekilde bilgi vermekle yükümlü olduğu gibi, şartlar elverdikçe bütün önemli işlerde, ödünç para veya veresiye mal alma ve benzeri kredi işlemlerini yapma, kambiyo taahhüdünde bulunma durumunda yolculuğun değiştirilmesi veya kesilmesi gerektiğinde ve olağanüstü tamirler ile alımlarda donatandan talimat istemek zorundadır. Bu hususlara aykırı hareket ettiği takdirde donatana karşı sorumlu olacaktır. Kaptan TTK m. 1110/3’e göre elinde yeterli para bulunsa bile ancak zorunluluk halinde olağanüstü tamirleri yaptırmaya yetkili olup, aksi halde donatana karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kaptan TTK m. 1110/4 uyarınca gemi ile ilgili tüm hususlarda donatana gerekli bilgileri sağlamalı ve hesap verme sorumluluğunu yerine getirmelidir. TTK m. 1110/5 uyarınca kaptan; taşıtandan, yükletenden ve gönderilenden ödül veya tazminat gibi her ne ad altında olursa olsun navlun dışında aldığı bütün paraları da donatanın hesabına alacak yazmak zorunda olup, buna aykırı hareket ettiği takdirde donatana karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır. TTK m. 1111 uyarınca, kaptan, donatanın muvafakati olmaksızın kendi hesabına gemiye eşya yüklediği takdirde bu gibi yolculuklarda benzer eşya için yükleme yerinde ve zamanında istenebilecek en yüksek navlunu donatana ödemeye zorunlu olup, donatan kaptanın ödediği navlunun karşılamadığı zararı için tazminat isteme hakkına da sahip olacaktır.

Kaptanın donatana karşı olan sorumluluğu kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Nitekim TTK m. 1089/1’de kaptanın kusuruyla yol açtığı zararlardan ve TTK’da belirtilen görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dâhil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar doktrinde ve yargı kararlarında kaptanın donatana karşı

²²⁹ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 212.

²³⁰ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 214.

sorumluluğu, sözleşmeden doğduğu ifade edilse²³¹ de kanaatimizce bu sorumluluk kanunundan kaynaklanmaktadır.

Donatan ile kaptan arasında bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda, donatan, kaptanla aralarında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç olmaması veya gerçekleştirilen faaliyetin uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatı içerip kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet olmaması durumlarında kendi kastı ve ağır ihmali kapsamına girmeyen hafif kusurlarından sorumlu olmayacağını TBK m. 115 uyarınca kararlaştırılabilir²³². Böyle bir halde, zararın kaptanın TTK'da düzenlenen görevlerinden birinin yerine getirilmemesinden kaynaklanması halinde kusuru olmadığını ispat yükü kaptana düşecek olup, kaptanın sorumluluğu genel hükümlerden özelikle TBK'dan kaynaklanmışsa talepte bulunan kusuru ispat edecektir²³³.

C. GEMİ KAPTANININ YÜKLE İLGİLİLERE KARŞI SORUMLULUĞU

Kaptanın yükle ilgililere karşı sorumluluğu TTK m. 1112 uyarınca kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Kaptanın bu sorumluluğu yükün teslim alınmasından itibaren başlamaktadır. Kaptan, yolculuk esnasında yükle ilgili olanların menfaati gereği eşyanın en iyi şekilde korunması için mümkün olan özeni göstermekle yükümlü olup, bu özeni göstermediği hallerde yükle ilgililere karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kaptan, bir zararın önüne geçilmesi veya azaltılması için özel önlemlerin alınması gerektiğinde, yükle ilgililerin menfaatlerini göz önünde bulundurmakla ve mümkünse talimatlarını almakla ve talimat alması mümkün olmadığı takdirde, kendi takdirine göre hareket edip, yükle ilgili olanları, bu gibi durumlardan ve alınan önlemlerden gecikmeksizin bilgilendirmek için üzerine düşeni yapmakla mükelleftir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kaptan, bu gibi durumlarda eşyayı tamamen veya kısmen boşaltmaya ve eşyanın bozulması yüzünden veya diğer sebeplerden ileri gelebilecek büyük bir zararın başka surette önüne geçilemeyeceği anlaşılıyorsa, eşyayı satmaya; korunması yahut daha ileri götürülmesi için gereken parayı sağlamak için rehnetmeye yetkili olup, bunun dışından ancak yolculuğun devamı için zorunluluk bulunduğu takdirde, eşya üzerinde onu satmak, rehnetmek veya kullanmak suretiyle tasarrufta bulunabilir. Bu tasarruf yetkisinin TTK'da belirtildiği şekilde kulla-

²³¹ Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, 363; Tekil, *Deniz Hukuku*, 107; "... Ayrıca, kaptanın donatana karşı sorumluluğu, sözleşmeden doğmaktadır. Hizmet ilişkisi nedeniyle ve Borçlar Yasasının 126. maddesi hükmü uyarınca, 1.3.1974 olan çatma tarihine göre, 5 yıllık zamanaşımı süresi de dolmamıştır. Bunun dışında, karşı gemideki zarara ilişkin davanın süresinde açılmış olması, kaptanın kişisel ve zincirleme sorumluluğu bulunması karşısında kesinleşme ve ödeme tarihleri uyarınca rücu için, TTK'nun 1259/2. maddesinde öngörülen 2 yıllık zamanaşımı süresi de geçmiş değildir." Bkz. Y11. HD, 17.01.1980, E. 1979/5684, K. 1980/134 (E.T.: 25.12.2015).

²³² Şeref Ertaş, "Borçların İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2012): 313; Galip Sermet Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 77-78.

²³³ Ersözlü, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu*, 216.

nılmadığı durumlarda kaptanın yükle ilgililere karşı sorumluluğu doğacaktır. TTK m. 1115 uyarınca kaptan, para ihtiyacı müşterek avaryadan kaynaklanmış olup da bunu karşılamak için değişik önlemlerden birine başvurabilecek durumda bulunuyor ise, bunlardan ilgililere en az zarar verecek olanını seçmek zorunda olup, müşterek avarya hâli bulunmadığı takdirde, kaptan, sadece, para ihtiyacı başka yolla karşılanamıyorsa veya diğer önlemlerin alınması donatan yönünden katlanılamayacak bir zararın doğmasına sebebiyet verecekse, eşyayı satabilir, rehnedebilir veya diğer bir şekilde eşya üzerinde tasarrufta bulunabilir. Buna aykırı davranmasından dolayı yükle ilgililere karşı sorumluluğu doğacaktır.

Kaptanın yükle ilgililere karşı sorumluluk bahsinde TTK m. 1190 hükmüne değinilmesi lazım gelmektedir. Bu hüküm uyarınca taşıyanın sorumluluktan kurtulması hâlleri ile sorumluluk sınırlandırılmasına ilişkin hükümler, navlun sözleşmesine konu olan eşyanın zıya, hasar veya geç teslimi yüzünden, taşıyan aleyhine, haksız fiile veya diğer bir sebebe dayanılarak açılacak bütün davalarda uygulanır. Böyle bir dava, taşıyanın adamlarından biri aleyhine açılırsa, görevi veya yetkisi sınırları içinde hareket ettiğini ispat etmek kaydıyla, o da, taşıyanın sorumluluktan kurtulması hâlleri ile sorumluluğu sınırlandırma hakkından yararlanabilir. Kaptan TTK m. 1179/2 “*“Taşıyanın adamları” terimi, taşımada kullanılan geminin adamlarını, taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan veya kendisini temsile yetkili kıldığı kişileri ve taşıma işletmesinde çalışmasa bile navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişileri kapsar.*” hükmü uyarınca aralarında bir hizmet sözleşmesi olmasa dahi taşıyanın adamı olarak değerlendirilebilir. Bu kapsam da kendine karşı açılacak davalarda taşıyanın sorumluluktan kurtulması hallerinden ve sorumluluğu sınırlandırma hakkından faydalanabilir²³⁴.

²³⁴ TTK m. 1186/1: Eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle taşıyan, her hâlde, hangi sınır daha yüksek ise o sınırın uygulanması kaydıyla, koli veya ünite başına 666,67 Özel Çekme Hakkına veya zıya ya da hasara uğrayan eşyanın gayri safi ağırlığının her bir kilogramı için iki Özel Çekme Hakkını karşılayan tutarı aşan zarar için sorumlu olmaz; meğerki, eşyanın cinsi ve değeri, yüklemeye önce yükleten tarafından bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olsun. Özel Çekme Hakkı, fiilî ödeme günündeki veya taraflarca kararlaştırılan diğer bir tarihteki, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınınca belirlenen değerine göre Türk Lirasına çevrilir. 11230 (2) Taşıyanın ödemesi gereken tazminatın toplamı, eşyanın navlun sözleşmesine uygun olarak gemiden boşaltıldığı veya boşaltılması gereken yerdeki ve tarihteki değerine göre hesaplanır. Eşyanın değeri, borsa fiyatına veya böyle bir fiyat yoksa, cari piyasa fiyatına veya her ikisinin de yokluğu hâlinde aynı nitelikte ve kalitede eşyanın olağan değerine göre belirlenir. (3) Eşya topluca bir konteyner, palet veya benzeri bir taşıma gerecine konmuş ise, denizde taşıma senedine söz konusu taşıma gerecinin içeriği olarak yazılmış her koli veya ünite, ayrı bir koli veya ünite sayılır. Aksi hâlde, böyle bir taşıma gereci, tek bir koli veya ünite sayılır. Bizzat taşıma gereci zıya ya da hasara uğrarsa, taşıyana ait veya onun tarafından sağlanmış olmadıkça, taşıma gereci ayrı bir koli sayılır. (4) Yükletenin birinci fıkra uyarınca yaptığı bildirim denizde taşıma senedine yazılmışsa, bu kayıtlar karine oluşturur, ancak, bu karine taşıyan bakımından bağlayıcı değildir; 1239'uncu maddenin üçüncü fıkrası, söz konusu kayıtlar hakkında uygulanmaz. (5) Yükleten, eşyanın cinsini veya değerini kasten gerçeğe aykırı bildirmişse, taşıyan, her hâlde, eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin zıya veya hasar nedeniyle sorumlu olmaz. (6) Taşıyanın, taşıma süresinin aşılmasından doğan sorumluluğu, geciken eşya için ödenecek navlunun iki buçuk katı ile sınırlıdır; şu kadar ki, bu tutar, navlun sözleşmesine göre ödenecek toplam navlun miktarından fazla

D. GEMİ KAPTANININ YOLCULARA KARŞI SORUMLULUĞU

TTK m. 1265 hükmü ile; “*taşıyanın veya fiilî taşıyanın adamları aleyhine bu Bölümde düzenlenen zararlar dolayısıyla dava açılmışsa, bu kişiler; zararın görevlerini yerine getirdikleri sırada meydana gelmiş olduğunu ispatlamak şartıyla, taşıyana ve fiilî taşıyana bu Bölümde tanınan savunma imkânlarından ve sorumluluk sınırlarından*²³⁵ yararlanabilirler.” Kaptan gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler TTK gereği gemi adamı olarak ifade edilmektedir. Bu kapsam da kaptan da taşıyan ile arasında bir hizmet ilişkisi olmasa dahi borçlar hukuku anlamında yardımcı kişi sıfatına sahip olduğundan bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu hükümden hareketle yolcular meydana gelen zararlardan dolayı kaptana dava açtıkları durumda, kaptan da taşıyanın tabi olduğu sorumluluk esaslarına ve sınırlamalarına göre sorumlu olacaktır.

E. GEMİ KAPTANININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE SORUMLULUĞU

DİK m. 2/B uyarınca, bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemi adamı denir. Gemi adamından bahsedilmemiz için bir hizmet sözleşmesiyle donatana gemide hizmet etmeyi taahhüt etme unsuru elzemdir. Ayrıca bu hizmetin gemiye bağlı olması ve gemide ifa edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde donatanın emir talimatı altında çalışacaktır. TTK m. 1062 uyarınca gemi adamı olarak kaptanın kusurlarından doğan sorumluluk hükümlerine göre zarardan donatan sorumlu olacaktır²³⁶. Donatanın gemi adamlarının

olamaz. (7) Taşıyanın, birinci ve altıncı fıkraların birlikte uygulanması hâlinde toplam sorumluluğu, eşyanın tam zıyandan sorumluluğu hâlinde birinci fıkra gereğince tazminle yükümlü olacağı tutarı geçemez. (8) Taraflar, birinci ve altıncı fıkralarda öngörülen sınırlardan daha yüksek tutarlar kararlaştırabilirler; şu kadar ki, birinci fıkra bakımından tarafların kararlaştırdığı sınır, o fıkradaki öngörülen sınırlardan hangisi yüksek ise, o sınırdan daha düşük olamaz.

²³⁵ TTK m. 1263- (1) Kabin bagajının uğradığı ziya veya hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için yolcu başına 2.250 Özel Çekme Hakkını aşamaz. (2) Araçlar ve içlerinde veya üzerlerinde taşınan her çeşit bagajın uğradığı ziya ve hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için araç başına 12.700 Özel Çekme Hakkını aşamaz. (3) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilenler dışındaki bagajın zıya veya hasarından dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için yolcu başına 3.375 Özel Çekme Hakkını aşamaz. (4) Taşıyan ve yolcu, taşıyanın sorumluluğuna, zararın tamamından indirilmek üzere aracın uğrayacağı ziya veya hasar için 330 Özel Çekme Hakkı, diğer bagajın uğrayacağı ziya veya hasar için de yolcu başına 149 Özel Çekme Hakkını aşmayacak bir muafiyetin uygulanması hususunda anlaşabilirler.

²³⁶ TTK m. 1062'nin uygulanma şartları, 1) Zarar veren gemi adamı olacak, 2) Zarar verici fiil ile hizmetin görülmesi arasında fonksiyonel bir bağ bulunmalıdır. Zarar istihdam edenin müstahdemi kendi amacını, menfaatini gerçekleştirmek için görevlendirdiği işin ifası sırasında verilmiş olmalıdır. Gemi adamının görev ile hiçbir fonksiyonel bağlantısı olmayan tamamen kişisel düşünce ve zevk için verdiği zararlardan donatan sorumlu tutulamaz. Görevin ifası sırasında yapılan işle hiçbir bağı olmayan davranışlarda sorumluluk doğurmaz. Örneğin sigara içerken yangın çıkarması; yüklenmek üzere iskelede bekleyen başka yüklerle zarar vermesi, hırsızlık yapması gibi. TTK 1089'a göre kaptan: kusuruyla yol açtığı zararlardan görevlerini yapmamasından doğan zararlardan dolayı yolcular da dâhil gemi ve eşya ile ilgili olan herkese karşı sorumludur. Tedbirli bir kaptanın göstereceği özeni göstermek zorundadır. 3) Gemi adamı zarara kusuru ile sebep olmuş olmalıdır. Kusur için temyiz kudreti gerekli o yoksa donatan sorumlu değil. Ancak gemi adamı bu halde olmasına rağmen; gemi adamını seçip görevlendirmekte, göreve devam

ve zararlardan sorumluluğu kategorik olarak istihdam edenin sorumluluğudur. Bu tür sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk bakımından TBK m. 66 ve akdi sorumluluk itibarı ile TBK m. 116 düzenlenmiştir. Ancak donatanın istihdam eden sıfatı ile sorumluluğu, denizciliğin belli özellikleri ve ihtiyaçları dikkate alınarak, TTK tarafından ayrıca düzenlenmiştir. TTK m. 1062 uyarınca donatan bu zarardan gemi adamı ile birlikte ve müteselsil olarak sorumludur. Donatanın sorumluluğu gemi adamının sorumluluğuna ek munzam bir sorumluluktur. Diğer bir deyişle; donatanın sorumlu tutulabilmesi için gemi adamının sorumlu olması gerekmektedir. Gemi adamı sorumluluktan kurutulursa donatan da o oranda sorumluluktan kurtulur. Bunun haricinde donatana bir defa hakkı tanınmamıştır. Bunun haricinde zarara sebebiyet veren gemi adamı TBK m. 49 hükmü gereğince, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu durumda zarar görenlerin TTK m. 1062 hükmüne binaen donatana ve TBK m. 49 hükmü gereğince kaptana başvurabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla kaptanın üçüncü kişilere karşı sorumluluğu TBK m. 49 hükmü uyarınca haksız fiil sorumluluğu esaslarına tabidir.

SONUÇ

Kaptana ilişkin TTK düzenlemelerinde, kaptanın gemideki en yüksek otorite, yani geminin yönetim ve organizasyonundaki asıl kişi olması sebebiyle, bağlama limanından varma limanına kadar donatanın, taşıyanın ve yükle ilgililerin gemideki temsilcisi olduğu ve bu temsil yetkisinin alelade bir temsil yetkisi olmadığı, kaptana gerektiğinde sadece donatan tarafından yapılması öngörülen işlemleri yapabileme ayrıcalığı tanıyan bu ayrıcalıklarla doğru orantılı olarak ona yolculuğun güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi, sevk ve idare ettiği geminin iyi bir şekilde yönetilmesi noktasında önemli görev ve sorumluluklar öngören bir yetki olduğu belirtilmiştir. Kaptanın bağlama limanı dışında oldukça geniş olan bu yetkileri bağlama limanında azalmaktadır. Taşıyan ile donatanın ayrı şahıslar olduğu hallerde kaptanın taşıyanı da temsil yetkisi vardır. Kaptanın donatanı temsil yetkisi TTK'da sistematik

etmesine göz yummakta olan donatan veya kaptanın kusuru arsa donatan sorumlu olacaktır. 4) Üçüncü kişi zarar görmüş olmalıdır. Zarar dediğimiz zaman hem kişilerin hem eşyanın uğradığı zarar. Kişiler bakımından; buna ölüm ve bedeni zararlar ile manevi zararlar girer. Ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatı ölüm olmamış ise; tedavi masrafları. Bedeni zararalarda ise; tedavi masrafları ve harcamalar iş gücü kaybından doğan zararlar girer. Mala verilen zararlar bakımından, gemide yükün kaybı veya hasara uğraması, ile geminin dışındaki bütün maddi mallara verilen zararlar girer. Üçüncü kişi demek ise; zarar veren gemi adamı ve donatanın dışındaki tüm kişiler. Gemideki yolcular yükle ilgili şahıslar diğer gemi adamları çatma ve başka surette zarara uğrayan gemi veya gemilerin donatan veya donatanları. Karadaki menkul ve gayrimenkul mallar limandaki tesislerin bütün malikleri üçüncü kişi. 5) Gemi adamı eylemi hukuka aykırı olmalıdır. Söz konusu hükümde; bu şart zikredilmiş değilse; genel geçer hukuk prensipleri açısından bu durumu aramaktayız. Gemi adamının davranışında; hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep varsa; donatan sorumlu değildir. Bunlar mağdurun rızası; kamu hukukuna dayanan yetki kullanılması meşru müdafaa, hakkını korumak için kuvvet kullanma. Hukuka aykırılık için Denizde Can ve Mal güvenliğinin sağlanması için konmuş kurallar gibi objektif normlara aykırı davranmak vardır. 6) Zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı gerekmektedir.

bir şekilde özel olarak düzenlendiği halde, taşıyanı temsil yetkisine ilişkin böyle bir durum söz konusu değildir. Kaptanın taşıyanı temsilen yapacağı hukuki işlemler, TTK'nın navlun sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinde yer almaktadır. Kaptan TTK m. 1121 vd. hükümlerinde düzenlendiği üzere yükle ilgilileri de temsil yetkisine sahiptir. TTK m. 1112/1 uyarınca yükle ilgili olanların temsilcisi sıfatıyla onların talimatını alarak gerekli tedbirleri almaya ve yükle ilgililerin menfaatlerini korumaya mecburdur. Eğer talimat alma imkânı yoksa TTK m. 1112/2 hükmü gereğince; kaptan kendisi harekete geçerek yapmış olduğu işlemleri gecikmesizin yükle ilgililere bildirir. Kaptan TTK m. 1112/3 uyarınca; bir zararın önüne geçilmesi veya azaltılması için özel önlemlerin alınması gerektiğinde, eşyayı tamamen veya kısmen boşaltmaya ve eşyanın bozulması yüzünden veya diğer sebeplerden ileri gelebilecek büyük bir zararın başka surette önüne geçilemeyeceği anlaşılıyorsa, eşyayı satmaya; korunması yahut daha ileri götürülmesi için gereken parayı sağlamak için rehnemeye yetkilidir Kaptanın yükle ilgilileri temsil yetkisinin bir diğer uzantısını TTK m. 1211'de; "Navlun sözleşmesinin geminin umulmayan bir hâl yüzünden zıyı sebebiyle hükümden düşmesi, kaptanın yükle ilgili olanların yokluğunda 1112'nci madde gereğince, onların menfaatini korumak hususundaki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Kaptan, acil hâllerde önceden danışmasına bile gerek olmaksızın, durumun gereğine göre eşyayı ilgililerin hesabına başka bir gemi ile varma limanına taşıtmak veya eşyanın güvenli bir yerde depo edilmesini veya uygun fiyatla satılmasını sağlamak zorundadır. Kaptan, bu yükümlülüklerinin ifası ve eşyanın bakımı için gereken giderleri karşılamak üzere eşyayı rehnemeye veya bir kısmını satmaya da yetkilidir." ifadesiyle görmekteyiz.

Kaptanın sahip olduğu bu yetkilere binaen üstlendiği görevler söz konusudur. Kaptanın görevlerinin belirlendiği birçok uluslararası hukuk düzenlemesi olduğu gibi, ülkeler de bu düzenlemelerle uyumlu olarak iç hukuk sistemlerinde kaptanın görevlerini belirlemiştir. Deniz Ticareti Hukukunun önemli bir süjesi olan kaptan geminin sefere hazır bir şekilde yola çıkması, yolda iken denizin olağan tehlikelerine karşı güvenli bir şekilde ilerlemesi ve varma limanına sağ salım varması noktasında önemli görevlere sahiptir. Kaptanın yolculuk başlamadan önce, yolculuk sırasında, yolculuk bittikten sonraki görevlerini TTK'nın, "Deniz Ticareti" başlıklı 5. Kitabının Üçüncü Kısmını oluşturan "Kaptan" bahsindeki ve Dördüncü Kısmını oluşturan "Deniz Ticareti Sözleşmeleri" hükümlerinde yer almaktadır.

Kaptanın sorumluluğu TTK m. 1089'da düzenlenmiştir. Anılan madde içeriğinden kaptanın donatana, yükle ilgililere, yolculara ve üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu, bu sorumluluğunun da ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu olduğu görülmektedir. Zira kaptan, TTK m. 1088 uyarınca bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde tedbirli bir kaptan gibi hareket etmek zorundadır.

KAYNAKÇA

- Akman, Galip Sermet. *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Alhan, Yunus. “Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliğindeki Taşıma İşleri Organizatörü Kavramının Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi.”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD)*, C. 8, S. 16, 2020, ss. 1135-1172.
- Aragon, James, Messer, Anna Tuuli. *Master's Handbook on Ship's Business*, Cambridge: Cornell Maritime Press, 2012.
- Attard, David Joseph. *The Imli Manual On International Maritime Law*. London: Oxford Press, 2014.
- Cartner, John A. C., Fiske, Richard P., Leiter, Tara L. *The International Law of The Shipmaster*, London: Informa Law, 2009.
- Cenkci, Esra, Çetinkaya, Mehmet. “Ticari Vekilin Kambiyo Taahhüdünde Bulunmaya Yetkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 86, 2013, ss. 25-29.
- Çağa, Tahir. *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Çiçek, Banu. *Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Ertaş, Şeref. “Borçların İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, ss. 309-319.
- Ersözlü, Cenk Murat. *Kaptanın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri ile Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- İzveren, Adil, Franko, Nesim, Çalık, Ahmet. *Deniz Ticaret Hukuku* Ankara: Adalet Matbaacılık, 1994.
- Göknil, Mazhar, Nedim. *Deniz Ticareti Hukuku*, Ankara: Ulus Matbaası, 1935.
- Hepgülerler, Ezgi. *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme İstif Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.
- Hirsch, Ernst. *Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, No. 7, 1942.
- Hopkins, F. N. *Business and Law for the Shipmaster*, Glasgow: Brown, Son & Ferguson, Ltd., 1998.
- Kayıhan, Şaban. *Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law)*, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020.
- Kayıhan, Şaban, Kara, Etem. “Donatanın Sorumluluğunun Kaynakları ve Sorumluluğunun Sınırlandırılması Sistemi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD)*, C. 6, S. 10, 2021, ss. 49-76.
- Kender, Rayegan, Çetingil, Ergon, Yazıcıoğlu, Emine. *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1*, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2014.

- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Maclachlan, Malcolm. *The Shipmaster's Business Companion*, London: The Nautical Institute, 2004.
- Nas, Selçuk. *Gemi Operasyonlarının Yönetiminde Kaptanın Bireysel Karar Verme Süreci Analizi ve Bütünleşik Bir Model Uygulaması*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012.
- Nas, Selçuk. "Gemi Yönetimi Konusunda Gemi İşletmelerinin Nasıl Bir Gemi Kaptanı İstediklerinin Tespitine Yönelik Nitel Bir Araştırma," *Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 10, S. 2, 2008, ss. 121-151.
- Okay, M., Sami. *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1970.
- Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Süzel, Cüneyt. *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2014.
- Tekil, Fahiman. *Deniz Hukuku*, İstanbul: Alkım Yayınları, 2001.
- Toremar, Marcus. *The Legal Position of the Shipmaster*, Sweden: Department of Law School of Economics and Commercial Law, Göteborg University, 2000.
- Yazıcıoğlu, Emine. *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, İstanbul: Beta Yayınevi 2000.

KAMU ARAZİLERİNDE TURİZM AMAÇLI KURULMUŞ ÜST HAKKI ÜZERİNDE KAT MÜLKİYETİ (KAT İRTİFAKI) KURULAMAMASINA YÖNELİK SINIRLAMA ÜZERİNE ELEŞTİRİ^(*)

Alper İŞIKAL^(**)

Öz

2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu ("Kanun") kapsamında kamu arazilerinin üst hakkı kurulması yoluyla özel hukuk işlemlerine tabi olmasının yolu açılmış bulunmaktadır. Ancak söz konusu Kanun'un 37. maddesinin (A) bendinin (2) numaralı alt bendinin vermiş olduğu yetkiyle T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı ("Bakanlık") tarafından yayımlanan 1134 sayılı Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik ("Yönetmelik") 18-a-6'da yer alan turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerinde devre mülk, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulamayacağına yönelik sınırlama ("Sınırlama") getirilmiştir. Sınırlama'daki gerekçe her ne kadar apart, butik villa gibi mesken niteliği taşıyan yapıların 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 3. maddesine aykırı kullanımlarını önlemek olsa da amacını aşan ve dayanağı bulunamayan bu düzenleme ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") ile bahsedilmiş bir hakka hâle getirmekten öteye gitmemektedir. Bunun yanı sıra turizm yatırımcıları ve işletmecileri ise Kanun'la getirilen imkândan beklenen düzeyde yarar elde edememektedir.

Maalesef kamu idareleri, üst hakkı kavramını tam anlayamamaktadır. Buna bağlı olarak da pek çok kamu mevzuatında TMK ile çelişkiler içeren hükümler mevcuttur. Bahsi geçen düzenleme ile bağımsız ve sürekli üst hakkı bakımından TMK'de ve Kanun'da düzenlenmemiş bir sınırlama getirilmiştir. TMK'nin 726. maddesi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı olarak tapuya kayıtlı bulunan taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin tesis edilmesine cevaz vermektedir. TMK'de üst hakkına ilişkin yasal bir çerçeve oluşturulmuş, usul ve esaslar belirlenmiştir. Normlar hiyerarşisinde TMK'den alt basamakta yer alan Yönetmelik ile turizm tesislerinde kat mülkiyeti tesisinin yasaklanması mümkün değildir. Ayrıca, genellikle asil fonksiyonları kamu hizmeti olan kamu idarelerinin, gayrimenkul ticareti yapma hedefleri ve kendi taşınmazları üzerinde bir proje geliştirme imkânları bulunmamaktadır. Tam bu esnada üst hakkı önemli bir rol oynamakta ve kamu malı niteliğindeki taşınmazların değerlendirilmesi için önemli bir işlev üstlenmektedir. Fakat kamu hukuku mevzuatında düzenlenmiş olan üst hakkı ile TMK'de düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında, medeni hukuk ile açıkça çelişen düzenlemeler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Üst Hakkı, Kat Mülkiyeti, Kat İrtifakı, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı Üzerinde Kat Mülkiyeti Kurulamamasına Yönelik Sınırlama.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 06.12.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.01.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1215494.

^(**) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi / İstanbul, Türkiye.

E-posta: alper.isikal@isikallaw.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3093-9193>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

CRITICISM ON RESTRICTION REGARDING THE ESTABLISHMENT OF CONDOMINIUM (CONSTRUCTION SERVITUDE) ON THE RIGHT OF CONSTRUCTION ESTABLISHED FOR TOURISM PURPOSES ON PUBLIC LANDS

Abstract

Within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction have been made possible. However, it has been restricted to establish time-share, construction servitude and construction right on the accommodation units of the accommodation facilities with tourism mentioned in sub-clause a of clause 6 of Article 18 Regulation on Qualifications of Tourism Facilities published by the Ministry of Culture and Tourism of Turkish Republic with the authorization given by sub-clause 2 of clause A of article 37 of Tourism Promotion Law numbered 2634. Although the reason for this limitation was brought to prevent the use of residential structures such as apartments and boutique villas in violation of Article 3 of the Zoning Law No. 3194, this regulation, which exceeds its purpose and has no basis, does not go beyond harming a right granted by the Turkish Civil Code numbered 4721. In addition, tourism investors and operators cannot benefit from the opportunity brought by the Law at the expected level.

Unfortunately, public administrations do not fully understand the concept of right of construction, and accordingly, there are provisions in many public legislations that contain contradictions with Turkish Civil Code numbered 4721. With Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, a limitation that is not regulated in the Turkish Civil Code numbered 4721 and Tourism Promotion Law numbered 2634 has been brought to independent and permanent right of construction. Article 726 of Turkish Civil Code numbered 4721 allows the establishment of condominium on the immovable registered in the title deed as an independent and permanent right of construction. In Turkish Civil Code numbered 4721, a legal framework has been constituted regarding the right of construction, and the procedures and principles have been determined. It is not possible to restrict the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications, which is inferior than Turkish Civil Code numbered 4721 in the hierarchy of norms. In addition, since public administrations, whose main functions are public services, do not have target of real estate trade and do not have the opportunity to develop a project on their own immovables, the right of construction plays a role at this time and undertakes an important function for the evaluation of public property immovables. However, there are conflicting provisions with civil law between the right of construction regulated in the public law legislation and the provisions of the right of construction regulated in the Turkish Civil Code numbered 4721.

Keywords

Construction Right, Condominium, Construction Servitude, Construction Right Established for Tourism on the Lands of Public, Restriction on Establishment on Construction Right Established for Tourism on the Lands of Public.

Extended Abstract

Within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, it is now eligible for public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction. This is because the right of construction is an easement right that gives the owner the authority to build a structure that belongs to her/him or to preserve the existing structure on or under an immovable property belonging to someone else. By this way, an independent and permanent right of construction which is registered in the title deed allows the establishment of condominium on that immovable.

It is important to state the legal bases for such a right; in other word the right to establish a condominium on an immovable with the right of construction. The Constitution of the Republic of Turkey is the main law that gives such right by mentioning the right of possession. Also, within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction have been made possible. Some of the other legislations that stipulates such right is Turkish Civil Code numbered 4721, the Land Registry Rules, Circular No. 1705 dated 15.06.2010 of the Ministry of Public Works and Settlement, General Directorate of Land Registry and Cadastre, Department of Savings Transactions and etc.

However, a restriction has been imposed with the violation of the fundamental principles of law. To be more precise; it has been restricted to establish time-share, construction servitude and construction right on the accommodation units of the accommodation facilities with tourism mentioned in sub-clause a of clause of 6 of Article 18 Regulation on Qualifications of Tourism Facilities published by the Ministry of Culture and Tourism of Turkish Republic with the authorization given by sub-clause 2 of clause A of article 37 of Tourism Promotion Law numbered 2634.

This regulation which exceeds its purpose and has no basis, violates the hierarchy of norms; since regulations cannot be contrary to the laws, presidential decrees and by-laws. Besides, Article 124 of the Constitution stipulates that the President of the Republic, the ministries, and public corporate bodies may issue regulations in order to ensure the implementation of laws and presidential decrees relating to their jurisdiction, as long as they are not contrary to these laws and decrees. To be clearer; in the Turkish Civil Code, a legal framework has been established regarding the right of construction, and the procedures and principles have been determined. It is not possible to prohibit the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, which is at the lower level of the Turkish Civil Code in the hierarchy of norms.

As it is obvious, it is not possible to restrict the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, which is contrary to the laws and also inferior than Turkish Civil Code numbered 4721 in the hierarchy of norms.

In addition to the violation of the hierarchy of norms; investors and operators cannot benefit from the opportunity brought by the Law at the expected level. Since public administrations, whose main functions are public services, do not have target of real estate trade and do not have the opportunity to develop a project on their own immovables, the right of construction plays a role at this time and undertakes an important function for the evaluation of public property immovables.

For the reasons briefly mentioned above, it would be appropriate to add an additional explanatory article, which is also in parallel with the Turkish Civil Code, to all public legislation containing the articles regarding the right of construction, stating that the owner of the immovable and the owner of the construction right have the rights specified in the Turkish Civil Code. By this way; public law legislation and civil law legislation regarding the right of construction will be compatible with each other. Moreover, the provisions governing the right of construction in the public law legislation will remain valid without any violation of the hierarchy of norms and also therefore without any conflict with the provisions of the Turkish Civil Law and any other superior law such as the Constitution of the Republic of Turkey.

I. ÜST HAKKI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLERİ

A. ÜST HAKKI KAVRAMI

Üst hakkı, TMK madde 726 ve madde 826-836'da düzenlenmektedir. TMK'nin iki farklı yerinde üst hakkı hükümlerinden bahsedilmektedir. Bunun sebebi ise TMK'nin sistematığı gereği ilk önce taşınmaz mülkiyetinin kapsamı bakımından bir istisna olması nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin kapsamı (içeriği) bölümünde üst hakkını TMK madde 726'da tanımlanmasıdır. Bu tanımlamadan sonra, üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz maliki arasındaki hukuki ilişkiyi TMK madde 794 vd. hükümleri ile başlayan intifa hakkı ve diğer irtifak haklarını belirtmiş olduğu bölümde, TMK'nin 826. ve 836. maddeleri arasında düzenlenmesidir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 21.01.2008 tarihli, Esas (E.) 2007/113277 ve Karar (K.) 2008/323 sayılı kararında¹ üst hakkını, sahibine başkasının taşınmazı üs-

¹ *Türk Medeni Kanunu'nun Dördüncü Kitabı "Eşya Hukuku" ana başlığı altında, Birinci Kısımın Birinci Bölümünde "Mülkiyetin Genel Hükümleri", İkinci Bölümde "Taşınmaz Mülkiyeti" düzenlenmiştir. İkinci Bölümün Birinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyeti", İkinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamalarına" yer verilmiştir. Bu şekilde yapılan düzenleme, üst hakkının eşya hukukundaki yerini*

tünde veya altında bir yapı inşa etme ya da mevcut bir yapıyı koruyarak bunların maliki olma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkı olarak tanımlanmış ve böylece üst hakkının muhtevası ana hatlarıyla çizmiştir.²

Üst hakkı, mahiyeti itibariyle bir irtifak hakkıdır ve mülkiyetin maddi kapsamında bir istisna teşkil eder. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı (içeriği) hususunun düzenlendiği TMK madde 718-730 hükümlerinde, arazideki yapıların durumunun incelendiği TMK madde 722-728 hükümlerinde, üst hakkı ile ilgili olarak, bir başkasının taşınmazı altında veya üstünde üst irtifakına dayanarak sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine verildiği belirtilmiştir.

Bu yazıda da üst hakkı kavramını tanımlarken, TMK'nin sistematığına uygun olarak taşınmaz mülkiyetinin kapsamında birleşme ilkesinin bir istisna durumu olarak tanımlamak uygun olacaktır. Üst hakkı, TMK madde 718'de belirtilen üstün alta tâbi olması kuralını (superficies solo cedit) yani birleşme ilkesini kesintiye uğratan istisnalardan birisidir.³ TMK madde 726/1'de üstün alta tâbi olması prensibine istisna getirmektedir. Burada konunun daha iyi anlaşılması için taşınmaz mülkiyetinin kapsamına kısaca değinmekte fayda vardır. Üst hakkı, son yıllarda ekonomik ve sosyal işlevlerinin ön plana çıkmasıyla birlikte eskiye nazaran daha tercih edilebilir bir hal almıştır. Bununla beraber üst hakkı, çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilmiş ve çeşitli hükümlerle düzenleme alanı bulmuştur. Üst hakkının esasına girebilmek için eşya hukukunda bağlantılı olduğu temel ilke ve kavramları incelememiz gerekir. Bu doğrultuda birleşme ilkesini irdelemek, üst hakkının esasını konusunda en pratik ve doğru tanımı gösterecek yoldur.

Birleşme ilkesi, taşınmaz hukukunun temel ilkelerinden birisi olup, TMK madde 718'de "*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına,*

ve taşınmaz mülkiyeti ile olan ilgisini belirleme bakımından önem taşımaktadır." (Y 6. HD, 21.01.2008, E. 2007/113277, K. 2008/323), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (08.10.2018), Erişim tarihi: 01.10.2022.

² Üst hakkı tanımını için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Basi, Cilt I* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 625.; Vecdi Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*, 1. Basım. (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962), 1.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basım*. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), s. 856.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku Genişletilmiş 4. Basım* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 386.; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 948.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 10. Basım, (İzmir: Meta Basım, 2012), 369, 507.; Müge Erekmekçi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 1. Basım, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 62.; Barış Demirsatan, *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 1. Basım, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 9.

³ Tekinay, *Eşya Hukuku*, 625.; Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*, 29-30.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.; Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı*, 1. Basım, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1988), 1.; Alper Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, c. II. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003), 535.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 369-507.; Demirsatan, *Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 10.

yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapilar, bitkiler ve kaynaklar da girer.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, taşınmazla birlikte sürekli bir şekilde birleşen veya bir taşınmazda bulunan her şey, bağımsız bir şey olma niteliğini kaybetmemektedir.⁴ Mülkiyet hakkının kapsamı doktrinde mülkiyet hakkının yatay ve dikey kapsamı olarak sınıflandırılmıştır.⁵ Buradaki maksat, arazi üzerindeki mülkiyetin kapsamını, arazinin sınırları ile yani sınırları yeterli derecede belirli toprak yüzeyini belirlemektir. Sınırları belirlenen toprak parçası üzerindeki mülkiyet sadece yüzeye münhasır olmadığından, toprak yüzeyi üzerindeki hava tabakasının bir kısmı ile toprak tabakasının bir kısmını da kapsadığını anlatmaktadır. TMK madde 718/2’de mülkiyet hakkının kapsamı nedeniyle prensip olarak arazi üzerindeki inşa edilen, dikilen ve kaynakların o arazinin mülkiyetine tabi olduğu; ancak bunun kanuni kısıtlamalarının ve istisnalarının olduğu belirtilmektedir. Bu sınırlamalar söz konusu arazi üzerinde başkasının malzemesi ile yapılan yapılar ile ilgili TMK madde 722 ve devamı hükümleri ile düzenlemiştir.

Bir arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının yukarıda da değinildiği üzere bazı istisnaları mevcuttur. Arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının birinci ve en önemli istisnası, TMK madde 726’da belirtildiği üzere, bir kimseye ait arazideki yapıya, başka bir kişinin “üst hakkına” dayanarak malik olabilmesidir. Diğer bir deyişle üst hakkı, inşaata, üzerinde inşa edildiği taşınmazdan bağımsız olarak bir kimlik kazandırmaktadır.⁶ Böylece inşa edilen yapı, üzerinde veya altında aldığı yeryüzü parçasından (sathı zemin) ayrılmakla kendine özgü bir mülkiyet objesi haline gelmektedir.⁷ Bu sebeple üst hakkının kamu malları üzerinde tesis edilmiş olması onların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir kamu malı olma niteliğini de etkilememektedir. Zira üst hakkının konusu sadece inşaatın kendisi olmaktadır. Bu konu kapsamında inşaatın yapıldığı arazi girmemektedir.⁸

Üst hakkı kavramının bu vesilesiyle daha iyi anlaşıldığı ve bu aşamadan itibaren üst hakkının hukuki niteliğinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Üst hakkı bir özel hukuk düzenlemesi olarak aynı haklar içerisinde yer alır. Üst hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Dokt-

⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 244.; Ünal, *Üst Hakkı*, 46.

⁵ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 207.; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 409.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 356.; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Eşya Hukuku*, 471-482.

⁶ Ünal, *Üst Hakkı*, 48.; Osman Berat Gürzumar, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 32.

⁷ E. Saba Özmen ve Tuğba Korkmaz, “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, (2020), 153-186.

⁸ Şahit Akıncı, “Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, S. 1-2, (1998) 779.

rindeki bir görüş taraftarları, üst hakkının mülkiyet hakkı olduğunu savunurken, diğer bir görüşü savunanlara göre ise üst hakkı bir sınırlı aynî haktır.⁹

Üst hakkının sahibine verdiği yetkiler, hükümleri ve sonuçları bir arada değerlendirildiğinde, ilk olarak üst hakkının mülkiyet hakkı niteliğinde olduğu kanısı uyanmaktadır. Zira üst hakkı, sahibine oldukça geniş yetkiler tanımaktadır. Hak sahibi, hem bina ve yüklü taşınmazdan doğrudan doğruya yararlanmakta hem de üçüncü kişilere karşı doğrudan ileri sürülebilen yetkilere sahip olmaktadır. Ayrıca bu hak tasarruf işlemlerine konu olabilmekte ve hak sahibinin ölümünün ardından mirasçılara geçebilmektedir.¹⁰ Hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde bina yapma, yıkma, tadil etme, binayı dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme haklarına da sahip olmaktadır. Üst hakkının hak sahibine tanıdığı bu yetkiler ve hakkın kapsamı, ancak mülkiyet hakkı sahibine tanınacağı düşüncesinden hareketle, bu hakkın mülkiyet hakkı olduğunu savunan bir görüş vardır. Üst hakkı, sahibine, gerçekte mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği tüm yetkileri verdiği için, hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde bu hususların dikkate alınması ve mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹

Üst hakkını, mülkiyet hakkı olarak nitelendiren hukuk sistemleri ve yazarlar mevcut olduğu gibi mevzubahis hakkın sınırlı aynî hak olduğunu kabul eden ve ileri sürenler¹² de mevcuttur. Bu görüşü savunanlar üst hakkını, mülkiyet hakkı gibi tam ve mutlak bir ayni hak olarak görmezler. Bu görüşü savunanlara göre, üst hakkı sadece mülkiyet hakkının bazı unsurlarını içeren ve ondan bir parça ihtiva eden sınırlı bir ayni haktır. Bu görüş de kendi içinde ayrılarak ikiye bölünmüş durumdadır. Bir görüşe göre, bu hak *sui generis* (kendine özgü) iken diğer bir görüşe göre ise olağan sınırlı bir ayni haktır¹³. Esas itibarıyla üst hakkı şahsi irtifaklardan da olsa aynı zamanda eşyaya bağlı olarak¹⁴ veya bağımsız ve sürekli şekilde¹⁵ de

⁹ Üst hakkının mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair görüşler için bkz. Ünal, *Üst Hakkı*, 80.; Ayrıca üst hakkının sınırlı ayni hak olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, 626.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387., Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.

¹⁰ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387.; Ünal, *Üst Hakkı*, 80.

¹¹ Ünal, *Üst Hakkı*, 80.

¹² Tekinay, *Eşya Hukuku*, 626.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387., Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.

¹³ Ünal, *Üst Hakkı*, 83.

¹⁴ Üst hakkının eşya üzerinde kurulabileceğine ilişkin görüşler için bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 708.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 857.; Ünal, *Üst Hakkı*, 146.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 950.; Gürzumar, *Üst Hakkı*, 12, 55; Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları"*, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, 535; Demirsantan, *Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 20.

¹⁵ Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 3. Basım*, (İstanbul: DER Yayınları, 2013), 158.

kurulabilmektedir. Bu nedenle doktrinde “düzensiz irtifak” olarak adlandırılır.¹⁶ Üst hakkı, aynı ve şahsi irtifak¹⁷ biçiminde de tesis edilebildiği için “karmaşık irtifak” şeklinde de isimlendirilmektedir. GÜMÜŞ, karmaşık irtifak olarak tanımlanması yerine seçimlik irtifak olarak bahsedilmesini tercih etmektedir. Gümüş’e göre, bu tanımın belirlenmesi sonucunda da şahsi irtifak tanımına sadece intifa ve süknâ hakları dahil edilmektedir.¹⁸ Esener ve Güven ise üst hakkının, şahsi ve aynı irtifaklar tarzında kurulabiliyor olmasına, kapsamı bakımından karmaşık irtifaklar olarak nitelendirilebiliyor olmasına karşın şahsi irtifaklara ilişkin genel hükümlerden farklı özelliklerinin bulunmasını gözeterek “atipik irtifaklar” olarak anılmasını daha uygun bulmaktadır.¹⁹

Yine bu bağlamda üst hakkı, düzenlenme biçimi, muhteviyatını, kurallarını ve dayanaklarını bulunduğu kanun sistematığı itibarıyla bir özel hukuk müessesidir.²⁰

Özetlemek gerekirse, üst hakkının hukukî niteliğinin “mülkiyet hakkı”, “sui generis” bir sınırlı aynî hak ve “olağan” bir sınırlı aynî hak olduğu görüşleri mevcut olup, tam bir görüş birliği sağlanmamıştır.

Üst hakkının TMK’de açıkça irtifak hakkı olarak düzenlenmesi nedeniyle ve ayrıca hak sahibine geniş yetkiler tanınsa bile hak sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkından bağımsız bir hukukî statüye tabi olmaması, tasarruf yetkisinin halen yüklü taşınmaz malikinde kalmasından hareketle üst hakkı, bir irtifak hakkıdır.

Bu aşamaya kadar üst hakkı kavramı ve hukuki niteliği üzerinde kısaca açıklamalarda bulunulmuştur. Bu çalışmada inceleyeceğimiz üst hakkı çeşidi ise bağımsız ve sürekli üst hakkıdır.²¹

¹⁶ Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 704 vd.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.; Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun’un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, 535.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 947.

¹⁷ TMK md. 826/1 hükmü uyarınca, üst hakkının bir kişiye, bir başkasının taşınmazı üzerinde yapı inşa etmek veya mevcut yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı olması, bu hakkın şahsi irtifak olduğu anlamını taşımaktadır.

¹⁸ Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun’un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, 535.

¹⁹ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.

²⁰ Ahmet Kürşat Ersöz ve Agah Kürşat Karauz, “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 153 (2019), 1015.

²¹ Diğer üst hakkı çeşitlerinin neler olduğundan kısaca bahsetmek gerekirse bunlar; şahısla bağlı üst hakkı, şahsa bağlı üst hakkı, bağımsız üst hakkı, bağımsız ve süreli üst hakkı, eşyaya bağlı üst hakkıdır.

Üst hakkının bağımsız olmasından maksat, üst hakkının ne belli bir taşınmaz ne de münhasıran belirli kişi lehine kurulmamış olmasıdır. Otuz yıl ve daha üzeri süreli olan üst hakları, aksine bir düzenleme olmadıkça, sürekli olarak nitelendirilir.²² Üst hakkının bağımsız nitelikte olması ve en azından otuz yıllığına tesis edilmesi durumunda, üst hakkı sahibinin talebi üzerine tapu sicilinde çıplak mülkiyetin bağlı olduğu ana gayrimenkulden bağımsız olarak ayrı bir tapu sicili sayfası açılabilir ve böylece üst hakkının bir taşınmaz gibi işlem görmesi sağlanabilir.²³ Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı, hak sahibinin yazılı istemi üzerine taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu sicilinin bağımsız bir sayfasına kaydedilir ve bu suretle kurulmuş olur.²⁴

II. YÖNETMELİK İLE GETİRİLEN SINIRLAMANIN ÜST HAKKI BAKIMINDAN TMK VE NORMLAR HİYERARŞİSİ NEZDİNDE İNCELEMESİ

Kanun'un 8. maddesi kapsamında, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri içinde her ölçekteki planları yaptırmaya, yapmaya, re'sen onaylamaya ve tadil etmeye Bakanlık yetkili kılınmıştır. Hazineye ait olan yerlerin de T.C. Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlık'a tahsis edileceği belirtilmiştir.²⁵

²² Erekmeççi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 68.; Eski Medeni Kanun'da ise bu süre minimum yirmi yıl olarak belirlenmişti. Ayrıca bkz. Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, 536., Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 388.; Peter R. Isler Peter R.ve Renato Costantini, ve Kommentar, Basler., Obligationenrecht II, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), 1497.

²³ Tekinay, *Eşya Hukuku*, 625.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku* 388.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508.

²⁴ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 389.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951-952.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508. Tapu Sicil Tüzüğü md. 30 uyarınca, bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün en son sayfasına tescil edilir ve bu suretle taşınmaz ve üzerindeki hakların tapu kütüğü sayfaları arasında bağlantı sağlanmış olur.

²⁵ Hazine mülkiyetinde yeteri kadar alanın bulunmaması durumunda da 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre, orman sayılan yerlerden Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca belirtilmiş alanlar yine talebin olması durumunda bu talebin iletilmesinden itibaren geçecek en geç bir aylık süre içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis olunacaktır.

Turizme tahsis edilecek alanın, ilin genelinde bulunan toplam orman alanının binde 5'ini ve yapılaşmaya esas inşaat hakkı, emsal 0.30'u geçmeyecek; ayrıca doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla, turizm yatırımının yapılması amacıyla tahsis edilen orman alanının üç katına denk gelecek alanın ağaçlandırması, bedelinin ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, Orman Genel Müdürlüğü hesabına gelir olarak yatırımcı tarafından ödemesi gerekecektir. Kaydedilen tutar karşılığında ödenek öngörülür. Belirtilen bedelin yatırılmaması durumunda, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmeyecektir.

Kamu kuruluşlarına ait olanlar, talep tarihinden başlayarak kanuni süre içerisinde, diğer gerçek ve tüzel kişiler ile vakıflara ait olup, turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na kamulaştırılarak yine kanuni süre içerisinde Hazine adına tapuya tescil ve Bakanlığa tahsis edilir.

Kanun'un 8/D maddesi²⁶ uyarınca, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımını düzenleyen ilgili Kanunu'nun 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu'na uyulmaksızın belirli koşulların varlığı halinde Bakanlık'ın tasarrufuna geçen taşınmazlar üzerinde bağımsız ve daimî irtifak haklarının kurulabileceği belirtilmiştir. Kanun'un madde 8/C ve madde 8/D hükümleri, uyruk gözetilmeksizin gerçek veya tüzel kişilerin, Bakanlık'ın tasarrufu altında olan taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesisini gerçekleştirebilmesine açıkça imkân tanımıştır.

Üst hakkı özel bir hukuk müessesesi olduğundan bu çalışmanın “*TMK Hükümleri Kapsamında İnceleme*” başlığında da bahsedilmiştir. Tarafların eşit iradeleri ile, karşılıklı edimlerin taahhüt edilmesi neticesinde üst hakkı tesis edilir. Bu bakımdan üst hakkı sözleşmesi çift taraflı bir özel hukuk sözleşmesidir. Bir yanın kamu idaresi olduğu üst hakkı sözleşmelerinde, üst hakkının tesis edilmesine dayanak teşkil eden faaliyet konusuna göre öncelikle özel kanun hükümlerine atf yapılmakta, devamında ise ilgili mevzuat hükümlerinin nazara alınacağına dair hükümlere yer verilmektedir. Bu durumda ise uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde önce sözleşme hükümlerinin, ardında ilgili özel kanun hükümlerinin ve en son olarak TMK hükümlerinin uygulanması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.²⁷

Bu başlık altında ise bu vesileyle üst hakkı tesis edilmiş turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerindeki Sınırlama'nın TMK ve normlar hiyerarşisi nezdinde incelemesi yapılacaktır.

A. TMK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA İNCELEME

Bağımsız ve sürekli olan bir üst hakkı, gayrimenkul niteliğindedir. Sınırlı bir aynı hak olarak üst hakkı süresi boyunca bir taşınmaz malikinın sahibi olduğu tüm tasarruf yetkilerini kullanabilir.²⁸ Taşınmaz niteliğinde olan yani bağımsız ve sürekli olan bir üst hakkı, üst hakkı sahibine, söz konusu yüklü taşınmaz üzerinde inşaat yapabileme; yapılan bu inşaatın tamamını veya bazı bölümlerini kiraya verebilme; inşaat üzerinde bir üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı veya yeni bir üst hakkı tanıyabilme; üst hakkı üzerinde bir kat irtifakı, kat mülkiyeti hakkı tesis edebilme²⁹; üst hakkını tamamen veya kısmen üçüncü bir şahsa devredebilme;

²⁶ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu madde 8/D: “*Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.*”

²⁷ Ersöz ve Karauz, “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, 1016.

²⁸ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508.; Erekmeççi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 70-73.

²⁹ Rey ve Strelbel, 1104.

herhangi bir borcun teminatı olmak üzere her türlü ipotek hakkı tesis edebilme³⁰ hak ve yetkilerini sağlayabilmektedir. Diğer bir deyişle, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, her türlü tasarruf işlemine konu olabilir ve sınırlı aynı haklarla yükümlenebilir. Gürzumar, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (“**KMK**”) anlamında bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağı görüşündedir.³¹

Türk Medeni Kanunu md. 826/III gereğince, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilmektedir. TMK’nin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olduğunda, taşınmaz gibi işlem görmemekte; taşınmaz olarak kaydedilebilmektedir. Bu nedenle Gürzumar’ın üst hakkına ilişkin olarak bu çıkarımı TMK ile çelişmektedir. Üst hakkı eğer tapuya taşınmaz olarak kaydedilebiliyor, tapuda bu üst hakkı için ayrı bir sayfa açılabilir ise kat mülkiyeti kurulabilmesi açısından da herhangi bir engelleyici durumun bulunmadığı düşünülmelidir.

Bunun yanı sıra Tapu Sicil Tüzüğü’nün 10/II maddesi kapsamında tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılarak kaydedilebilen üst hakkının taşınmaz gibi işlem görebileceği anlaşılmaktadır. Fakat tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde üst hakkının mahiyetine aykırı olan aynı ve kişisel hakların tesis edilmesi uygun olmayacaktır.³²

Ayrıca Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.06.2010 tarihli genelgesinin G bendinde yer alan hüküm ile tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde her türlü aynı kişisel hakkın tesisinin mümkün olduğu gibi kat irtifakı veya kat mülkiyeti ve yeni bir üst hakkı tesisinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir.³³

³⁰ “Kurulan bu üst hakkının, üst hakkı sahibine kanunun tapu malikine tanıdığı hakları sağlayacağı da şüphesizdir. Kısaca üst hakkı sahibi tapunun ayrı bir hanesini bağımsız hak olarak tescil edilen hakkı sebebiyle üçüncü kişiler yararına ipotek tesis edebilir.” (Y 14. HD, 12.03.2009, E. 2009/2301, K. 2009/3094), Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (14.12.2018).

³¹ Gürzumar: “Bu açıklamalardan çıkan sonuç ise, tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının KMK anlamında bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağıdır. Evvelce de belirttiğimiz üzere, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmekle, bir taşınmaz eşya niteliğini kazanmaz. Tapuya taşınmaz olarak kayıt sadece, üst hakkının bir taşınmaz imiş gibi işlem görmesini sağlar ki, bu da böyle bir üst hakkının taşınmaz eşyalar için yürürlükte olan bütün hükümlere tabi olacağı anlamına gelemmez. Diğer bir söyleyişle, öyle bazı hükümler vardır ki bunlar ancak taşınmaz eşyaya uygulanabilir ve tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı haklara uygulanamaz. İşte Kat Mülkiyeti Kanunu da, kanaatimizce, yalnızca (gerçek anlamda) taşınmaz eşyaya uygulanabilecek olan bu tür hükümlerden oluşan bir kanundur.” (Gürzumar, *Üst Hakkı*, 66).

³² Ayşegül Dörttepe Okutan, *Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 40.

³³ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.06.2010 tarihli 1705 Sayılı Genelgesi.

Sonuç olarak, Yönetmelik 18-a-6 maddesi ile getirilen Sınırlama'daki gerekçe her ne kadar apart, butik villa gibi mesken niteliği taşıyan yapılanmaların 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 3. maddesine³⁴ aykırı kullanımlarını önlemek amacıyla getirilmiş olsa da amacını aşan ve dayanağı bulunamayan bu düzenleme ile TMK ile bahşedilmiş bir hakka hanel getirmekten öteye gitmemektedir. Bunun yanı sıra turizm yatırımcıları ve işletmecileri ise Kanun'la getirilen imkandan beklenen düzeyde yarar ele edememektedir. Yine üst hakkının hukuki niteliği başlığında da izah edildiği üzere, üst hakkı bir özel hukuk müessesidir. Kanun'un 8. maddesinde belirtilen şekilde Bakanlık'ın tasarrufunda bulunan özel mallar için tesis edilen üst hakkı da özel hukuka tabi olacaktır. Buna karşın Yönetmelik ile getirilen bu Sınırlama'nın özel hukuka hakim olan tarafların eşitliği ilkesine uygun olduğunu savunmaya imkan bulunmamaktadır.³⁵ Maalesef kamu idareleri, üst hakkı kavramını tam anlayamamaktadır. Buna bağlı olarak da pek çok kamu mevzuatında TMK ile çelişkiler içeren hükümler mevcuttur.

B. NÖRMLAR HİYERARŞİSİ NEZDİNDE İNCELEME

1982 Anayasası'nın 124. maddesinde yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceğini hüküm altına almıştır. Yönetmelikler, kanuna, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve tüzüklere aykırı olamaz.³⁶

Yönetmelik'in 18-a-6 maddesi ile turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerinde kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesis edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile bağımsız ve sürekli üst hakkı bakımından TMK'de ve Kanun'da düzenlenmemiş bir sınırlama getirilmiştir. TMK'nin 726. maddesi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı olarak tapuya kayıtlı bulunan taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin tesis edilmesine cevaz vermektedir. TMK'de üst hakkına ilişkin yasal bir çerçeve oluşturulmuş, usul ve esaslar belirlenmiştir. Normlar hiyerarşisinde TMK'den alt basamakta yer alan Yönetmelik ile turizm tesislerinde kat mülkiyeti tesisinin yasaklanması mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır.³⁷ Yine Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak

³⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 3: "Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz."

³⁵ Ersöz ve Karauz, "Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?", 1018.

³⁶ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 47.

³⁷ "Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı

kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Fakat üst hakkı sahibine tanınan mülkiyet hakkı, kanunla değil bahse konu Yönetmelik'in 18-a-6 maddesiyle sınırlandırılmaktadır. Bu bakımdan Yönetmelik ile getirilen Sınırlama, aynı zamanda mülkiyet hakkına yönelik haksız bir müdahale teşkil etmektedir.

III. SONUÇ

Üst hakkı, sahibine başkasına ait bir taşınmazın altında veya üstünde mülkiyeti kendisine ait bir yapı inşa etme ya da mevcut olan yapıyı muhafaza yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Diğer bir deyişle üst hakkı ile hak sahibi, bir taşınmazın mülkiyet hakkına sahip olmaksızın, o taşınmaz üzerinde yapı inşa ederek, bu yapının ya da yüklü taşınmaz üzerindeki mevcut yapının, üst hakkı ilişkisi sona erinceye kadar maliki olabilmektedir.

Genelde asıl fonksiyonları kamu hizmeti olan kamu idarelerinin, gayrimenkul ticareti yapma hedefleri ve kendi taşınmazları üzerinde bir proje geliştirme imkânları olmadığı için üst hakkı, tam bu esnada rol oynamakta ve kamu malı niteliğindeki taşınmazların değerlendirilmesi için önemli bir işlev üstlenmektedir. Ancak kamu hukuku mevzuatında düzenlenen üst hakkı ile TMK'de düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında, medeni hukuk ile çelişen durumlar mevcuttur. Nitekim, Yönetmelik 18-a-6 maddesi ile getirilen Sınırlama da bu durumlardan birine örnek teşkil etmektedir. Bu nedenle üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren tüm kamu mevzuatına, yüklü taşınmaz malikinin ve üst hakkı sahibinin TMK'de belirtilen haklara sahip olduğu şeklinde, TMK'ye paralel şekilde, açıklayıcı ek bir madde eklenmesi hukuk sistematiğine uygun olacaktır. Böylece üst hakkı ile ilgili kamu hukuku mevzuatı ve medeni hukuk mevzuatı, birbirleriyle uyumlu hale gelecektir. Kamu hukuku mevzuatında üst hakkının düzenlendiği hükümler, TMK hükümleri ile herhangi bir çelişki olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır. O yüzden mevcut bahsi geçen Yönetmelik hükümleri normlar hiyerarşisine ve TMK sistematiğine açıkça aykırıdır. Yine Yönetmelik ile getirilen Sınırlama temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

olamaz." denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin kısıtlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir." (Anayasa Mahkemesi. 24.12.2020, Esas Numarası (E.) 2017/21, Karar Numarası (K.) 2020/77 § 136-137, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.01.2023).

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahit. “Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi.”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2 (1998): 767-786.
- Aral, Vecdi. *İnşaat (Üst) Hakkı*. 1. Basım. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962.
- Aybay, Aydın ve Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Demirsatan, Barış. *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*. 1. Basım. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Dörttepe Okutan, Ayşegül. *Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları*. Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Erekmeççi, Müge. *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİP) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*. 1. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri. Gözden Geçirilmiş 3. Basım*. İstanbul: DER Yayınları, 2013.
- Ersöz, Kürşat ve Karauz, Ağâh Kürşat. “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 153, (2019), 1013-1021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 10. Basım. İzmir: Meta Basım, 2012.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. *Eşya Hukuku. Genişletilmiş 4. Basım*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Gümüş, Alper. *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkininin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Gürzumar, Osman Berat. *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı. Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Hatemi, Hüseyin, Serozan Rona ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Isler Peter R., Costantini Renato ve Basler Kommentar, *Obligationenrecht II*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basım*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Özmen, E. Saba ve Korkmaz, Tuğba. “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2020): 153-186.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Eşya Hukuku. C1. I. Genişletilmiş 3. Bası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Ünal, Mehmet. *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı*. 1. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 1988.

VESAYET MAKAMI MOTORLU ARAÇ ALIMINDA ENGELLİNİN VERGİ İSTİSNASINDAN YARARLANMA HAKKINI ENGELLEYEBİLİR Mİ?*

Enes KARA**

Öz

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda motorlu araç alımı için engellinin belli koşulları taşıması veya alınan motorlu aracın belli niteliklere sahip olması şartıyla engelliye vergi istisnası tanınması söz konusudur. Bazı engelliler çeşitli nedenlerle vesayet hükümlerine tabi olmaktadır. Bu nedenle vesayet altındaki engelliye motorlu araç alınabilmesi için kural olarak Türk Medeni Kanunu m. 462/2 çerçevesinde vesayet makamından izin alınması gerekmektedir.

Uygulamada engellinin motorlu araç almasına ilişkin vesayet makamından alınan izin kararlarının istinaf veya temyiz yoluna tabi olmaması nedeniyle yeknesak kararlar ortaya çıkmamaktadır. Engelli adına ve hesabına motorlu araç alımında vesayet makamının verdiği izin kararları belli ilkeler ve deliller çerçevesinde yeknesak hale gelmelidir. Zira vesayet altında olmayan engellilerin motorlu araç alımındaki vergi istisnasından yararlanabilmelerine rağmen onlarla aynı koşuldaki vesayet altındaki engelliler bu istisnadan belirsiz ve istikrarsız gerekçelerle yararlanamamaktadır.

Sağlanan vergi istisnası ile engellinin motorlu araç sahibi olması veya motorlu aracın sürekli olarak engellinin istifadesinde bulundurulması engellinin topluma dâhil olmasını ve bağımsız olarak yaşayabilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede engellinin topluma intibakını kolaylaştıran motorlu araç alımındaki vergi istisnasının kanun koyucunun öngörmediği şekilde engellenmemesi gerekmektedir. Özellikle engelliye hiçbir surette borçlandırmadan engelliye motorlu araç alımına izin verilmesi talebinin vesayet makamı tarafından reddedilmesinde vesayet altındaki engellinin yararının ne surette gözetildiği sorgulanmalıdır. Bu nedenle vesayet makamının engellinin vergi istisnasından yararlanmasını hangi durumlarda engelleyebileceği ortaya konulmalıdır. Burada motorlu araç alımında engellinin menfaatinin, malvarlığının ve kişilik haklarının korunması hususları göz önünde bulundurulmalıdır.

Vesayet makamının TMK m. 462/2 gereğince vereceği kararlarda kamu gelirlerini gelirleri gözetmek, engellinin mirasının paylaşılmasındaki muhtemel sorunları engellemek ve benzeri görevlerinin olmadığı ortaya konulmalıdır. Engellinin menfaatinin korunması gereken vesayet makamının engellinin sahip olduğu ayrıcalıkları engelleyen bir aygıt dönüşmesi engellenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Özel Tüketim Vergisi, Vergi İstisnası, Tam Ehliyetsiz, Sınırlı Ehliyetsiz, Engelli, Vesayet Makamı.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 20.02.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1253821.

(**) Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Öğrencisi / Antalya-Türkiye.
E-posta: eneskara3@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8533-7782>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

CAN THE GUARDIANSHIP AUTHORITY PREVENT THE DISABLED PERSON'S RIGHT TO BENEFIT FROM TAX EXEMPTION IN THE PURCHASE OF MOTOR VEHICLES?

Abstract

In the Turkish Special Consumption Tax Law, there is a tax exemption for the disabled person in the purchase of motor vehicles, provided that the disabled person meets certain conditions or the motor vehicle purchased has certain qualifications. Some disabled people are subject to guardianship provisions for various reasons. Therefore, in order to purchase a motor vehicle for the disabled person under guardianship, permission must be obtained from the guardianship authority within the framework of Article 462/2 of the Turkish Civil Code.

In practice, since the permission decisions taken by the guardianship authority regarding the purchase of motor vehicles by the disabled person are not subject to appeal, uniform decisions do not emerge. The permission decisions of the guardianship authority in the purchase of motor vehicles for the disabled should become uniform within the framework of certain principles and evidence. Because, although disabled persons who are not under guardianship can benefit from the tax exemption on the purchase of motor vehicles, disabled persons under guardianship under the same conditions cannot benefit from this exemption for unclear and unstable reasons.

The fact that the disabled person owns a motor vehicle through the tax exemption provided or that the motor vehicle is permanently at the disabled person's disposal enables the disabled person to be included in society and to live independently. In this framework, the tax exemption on the purchase of motor vehicles, which facilitates the adaptation of the disabled person to society, should not be prevented in a way that is not foreseen by the legislator. It should be questioned to what extent the best interests of the disabled person under guardianship are taken into consideration, in particular where the guardianship authority rejects the request to purchase a motor vehicle without any indebtedness. For this reason, it should be revealed in which cases the guardianship authority may prevent the disabled person from benefiting from the tax exemption. Here, the protection of the best interests, assets, and personal rights of the disabled person in the purchase of motor vehicles should be taken into consideration.

In the decisions to be made by the guardianship authority pursuant to Article 462/2 of the Turkish Civil Code, it should be revealed that they do not have any duties such as protecting public revenues, preventing possible problems in the sharing of the disabled person's inheritance, or similar duties. The guardianship authority, which is supposed to protect the best interests of the disabled person, should be prevented from turning into a device that prevents the disabled person's privileges.

Keywords

Special Consumption Tax, Tax Exemption, Full Incapacity, Limited Incapacity, Disabled, Guardianship Authority.

Extended Abstract

In the Turkish Special Consumption Tax Law, there is a tax exemption for the disabled person in the purchase of motor vehicles, provided that the disabled person meets certain conditions or the motor vehicle purchased has certain qualifications. Some disabled people are subject to guardianship provisions for various reasons. Therefore, in order to purchase a motor vehicle for the disabled person under guardianship, permission must be obtained from the guardianship authority within the framework of Article 462/2 of the Turkish Civil Code.

In practice, since the permission decisions taken by the guardianship authority regarding the purchase of motor vehicles by the disabled person are not subject to appeal, uniform decisions do not emerge. The permission decisions of the guardianship authority in the purchase of motor vehicles for the disabled should become uniform within the framework of certain principles and evidence. Because, although disabled persons who are not under guardianship can benefit from the tax exemption on the purchase of motor vehicles, disabled persons under guardianship under the same conditions cannot benefit from this exemption for unclear and unstable reasons.

The fact that the disabled person owns a motor vehicle through the tax exemption provided or that the motor vehicle is permanently at the disabled person's disposal enables the disabled person to be included in society and to live independently. The state's tax exemption for the disabled in the purchase of motor vehicles is also one of the key

principles of the welfare state. In this framework, the tax exemption on the purchase of motor vehicles, which facilitates the adaptation of the disabled to society, should not be prevented in a way that is not foreseen by the legislator. In particular, it should be questioned to what extent the best interests of the disabled person under guardianship are taken into consideration in the rejection of the request by the guardianship authority to allow the disabled person to purchase a motor vehicle without indebteding the disabled person in any way. For this reason, it should be revealed in which cases the guardianship authority may prevent the disabled person from benefiting from the tax exemption. Here, the protection of the best interests, assets, and personal rights of the disabled person in the purchase of motor vehicles should be taken into consideration. In addition, while evaluating whether the disabled person will be allowed to purchase a motor vehicle by benefiting from the tax exemption, issues such as whether the disabled person's views will be valued, the nature of the tax exemption granted to the disabled person, and who can use the motor vehicle purchased for the disabled person should also be taken into consideration.

In the decisions to be made by the guardianship authority pursuant to Article 462/2 of the Turkish Civil Code, it should be revealed that they do not have any duties such as protecting public revenues, preventing possible problems in the sharing of the disabled person's inheritance, or similar duties. The guardianship authority, which is supposed to protect the best interests of the disabled person, should be prevented from turning into a device that prevents the disabled person's privileges. In addition, the engine volume regulation, modification conditions, price limitation, and other current developments regarding the motor vehicle that the disabled person can buy by benefiting from the tax exemption should also be examined. In particular, it should be emphasized that the price limitation imposed on motor vehicles within the scope of tax exemption will prevent the rejection decisions of the guardianship authority due to the high cost of the motor vehicle.

The Turkish Constitutional Court's decision that the guardianship authority's prohibition of the motor vehicle, which is intended to be purchased by the person under guardianship without incurring any debt, will violate the property rights of the disabled person should also shed light on the decisions of the guardianship authority. In this framework, it should be stated that the decisions of the guardianship authority, which seem to aim to protect public revenues instead of the best interests of the person under guardianship, will violate the property rights of the disabled person.

GİRİŞ

Ergin olan ve velayet altında olmayan bir kimsenin öncelikle kendisinin ve dolaylı olarak başkalarının hukukî olarak korunmasını sağlamak amacıyla fiil ehliyetinin Türk Medeni Kanunu'nda¹ (TMK) sayılan kısıtlılık nedenlerinden herhangi biri nedeniyle ancak mahkeme² kararıyla sınırlandırılmasına kısıtlama denilmektedir³. Ergin kişiler bakımından kısıtlama sebepleri (vesayeti gerektiren haller) kısıtlama başlığı altında TMK m. 405 ile m. 408 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

Ergin olmayan kimseler için ise, vesayet hukukunda küçüklük kavramı kullanılmaktadır. “Küçüklük” kavramı ile kişinin henüz ergin olmamasının anlaşıl-

¹ R.G. No: 24607, T. 08.12.2001. Bundan böyle kısaca TMK olarak anılacaktır.

² TMK m. 397/1,2 hükümlerinde vesayet makamının sulh hukuk mahkemesi ve denetim makamının asliye hukuk mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda vesayet makamı karar verdikten sonra kararları denetim ve itiraz makamı olan asliye hukuk mahkemesi değerlendirmektedir. Vesayet hukukuna ilişkin kararlar bazen itiraz nedeniyle bazen de yasal zorunluluk gereği denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine gönderilmektedir. Ayrıca TMK m. 411 hükmünde küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerinin yetkili olduğu ifade edilmiştir.

³ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 417; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 220; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 199.

ması gerekmektedir⁴. TMK m. 11/1 hükmünde on sekiz yaşının doldurulması ile⁵ erginliğin başlayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca TMK m.404 hükmünde velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altında olacağı⁶ belirtilmektedir.

Kısıtlanan erginlere ve velayet altında bulunmadığı için vesayet altına alınan küçüklerle⁷ vesayet hükümleri uygulanmaktadır. Vesayet hükümlerine tabi olmaları nedeniyle kısıtlanan erginlere ve küçüklerle vasi atanmaktadır. Böylece bu kişiler vesayet hukuku hükümlerine tabi olmaktadır. Ayrıca bu kişiler için TMK m. 462 kapsamında kalan işlerde vesayet makamından izin alınması gerekmektedir.

TMK m.462/2 hükmünde vesayet altındaki kişi adına ve hesabına olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalan taşınırın veya diğer hak ve değerlerin alımında vesayet makamından izin alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan bir işlem hem olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalıyorsa hem de taşınır alımı ile ilgiliyse TMK m. 462/2 gereğince vesayet makamından izin alınması gerekmektedir.

Motorlu aracın⁸ hukuki niteliği taşınır eşyadır⁹. Buna ek olarak korumanın veya olağan kullanmanın ölçüsünü aşan her türden işlem olağanüstü tasarruflardan veya yönetim işlerinden sayılır¹⁰. Bu nedenle motorlu araç alım işlemi vesayet altındaki kişinin olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalıyorsa TMK m. 462/2 hükmü gereğince vesayet makamından izin alınması gerekmektedir¹¹.

⁴ Aslı Açıkgoz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 82; Küçüklik kavramı için ayrıca bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1272; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 417; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, (İstanbul: Beta, 2016), 479.

⁵ Roma hukukunda reşit olma yaşı 25 idi [Duygu Özer Sarıtaş, *Roma Kişiler Hukuku Ders Notları*, (Bursa: Dora Yayıncılık, 2018), 72].

⁶ TMK m. 419/3 hükmünde ergin çocukların vesayet altına alınmak yerine, kural olarak velayet altına alınacakları belirtilmektedir. Ancak TMK m. 342/3 hükmünde vesayet makamının iznini düzenleyen TMK m. 462/2 hükmünün velayet altındaki küçüklerle uygulanamayacağı ifade edildiği için velayet altındaki küçükler ve erginler çalışma kapsamı dışında kalmaktadır.

⁷ Küçüğün vesayet altına alınması gereken haller hakkında bkz. Ali Em, *Vesayet Hukuku ve Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 27-28; Ana ve babanın aynı anda ölmesi, evlatlık bağının kaldırılması, ana ve babanın gaip olması gibi haller küçüğün üzerindeki velayetin kalktığı ve dolayısıyla vesayet hükümlerinin uygulanması gereken hallerdir (Em, *Vesayet Hukuku*, 27).

⁸ Mevzuatta ve günlük hayatta “motorlu araç” kavramı yerine “taşıt”, “motorlu taşıt” vb. kavramların kullanıldığına da rastlanmaktadır. Doktrindeki baskın kullanım nedeniyle “motorlu araç” kavramının kullanılması tercih edilmiştir. İfadenin aynı şekildeki kullanımları için bkz. Fikret Eren, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, S. 1 (1987): 159; Ekrem Kurt, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, S. Özel (2013): 1857; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1-2 (2001): 21 vd.

⁹ Kurt, “Motorlu Araç Mülkiyeti”, 1858.

¹⁰ Ömer Uğur Gençcan, *Vasi-Kayyım, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 1497.

¹¹ Bir işlemin olağan yönetim ölçüsünün aşır aştığı TMK m. 262/2 (ZGB Art. 227) hükmüne benzer şekilde yorumlanmalıdır [Urs Vogel, Editörler Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, ve Thomas

Vesayet altındaki kişilerin her zaman engelli¹² olmaları gerekmemektedir. Aynı zamanda her engelli kişinin vesayet altında olması da zorunlu değildir. Fakat bazen bir kişinin aynı anda hem engelli hem de vesayet altında olması söz konusu olabilmektedir. Eğer engelli kişi aynı zamanda vesayet hükümlerine tabi ise, engelli kişiye motorlu araç alınması için kural olarak vesayet makamından izin alınması gerekmektedir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun (ÖTV)¹³ m. 7/2 hükmünde bazı motorlu araçlarda beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere ilk alımda (iktisapta) engellilere yönelik vergi istisnası tanınmıştır. Vergi istisnasına tabi motorlu aracı ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmüne göre engellilik oranı %90 veya üzerinde olan engellinin (vesayet altındaki kişinin) bizzat kullanması şartı aranmamaktadır¹⁴. Engelli ve engellinin yakınları (ve/veya vasi) bazen fiilen vergi istisnasından yararlanmak amacıyla vesayet makamından engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilmesi talebinde bulunmaktadır. Burada vesayet makamının engellinin motorlu araç alımına izin verip vermemesinde engellinin menfaati ve vergi istisnası bağlamında yapacağı değerlendirmenin sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

I. ENGELLİNİN MOTORLU ARAÇ ALIMINDA VERGİ İSTİSNASI

A. GENEL OLARAK

Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme¹⁵ m. 19 hükmünde bağımsız yaşayabilme ve topluma dâhil olma başlığı altında düzen-

Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 415-418, 421-425 ZGB* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014), Art. 416-417, N.25]. TMK m. 262/2 hükmüne de TMK m. 690 ışık tutmaktadır. Dolayısıyla olağan yönetim ölçüsünün sınırlarının tayininde TMK m. 690 hükmü belirleyicidir [Dural ve Öğüz, *Aile Hukuku*, 263]; TMK m. 690 hükmünde özellikle küçük onarımların ve tarımsal işlerin yürütülmesinin olağan yönetim işi olduğu ifade edilmektedir. Bu hükümden hareketle motorlu araç alımının çoğu zaman olağan yönetim ölçüsünü aştığı söylenebilir; Türk Medeni Kanunu'nun 396 ile 494. maddeleri arasında düzenlenen vesayet hükümlerinin İsviçre Medeni Kanunu'ndaki (ZGB) karşılığını oluşturan 360 ile 455. maddeler arasındaki hükümleri 19/12/2008 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku, Çocuk Hukuku'nun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun ile değiştirilmiştir [İbrahim Kaplan, "İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 137 (2018): 375, 378, 404; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 69].

¹² 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu'nun m. 3/c hükmüne göre fiziksel, duyuşsal, ruhsal ve zihinsel yetilerde çeşitli seviyelerde kayıplardan dolayı diğer bireylerle eşit şartlarda tam ve etkin şekilde topluma katılımı kısıtlayan tutumlardan ve çevre şartlarından etkilenen bireye engelli denilmektedir; Ancak engellilik dinamik bir kavramdır [Leyla Ağa Demiray, "Engellilerin Yasa Önünde Eşit Tanınma Hakkı Çerçevesinde Vesayet Hükümlerinin Değerlendirilmesi", (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2015): 6]; Bu nedenle sabit bir şekilde engellilik kavramını tanımlamak engellilik olgusunun ihtiyaca göre gelişmesine ve değişmesine engel olma riskini taşımaktadır (Ağa Demiray, "Yasa Önünde Eşit Tanınma", 6); Ayrıca engelli ifadesi genel anlamda özürü ifadesini de hedeflemektedir (Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 371).

¹³ R.G. No: 24783, T. 06.06.2002. Bundan böyle kısaca ÖTV olarak anılacaktır.

¹⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, (Ankara: Yayın No. 277, 2018), 26.

¹⁵ R.G. No: 27288, T. 14.07.2009.

lenmiştir. Engellinin motorlu araç sahibi olması veya motorlu aracın sürekli olarak engellinin istifadesinde bulundurulması¹⁶ engellinin topluma dâhil olmasını ve bağımsız olarak yaşayabilmesini kolaylaştıran araçlardan birini oluşturmaktadır. Zira Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 19 hükmünde engellilerin diğer bireylerle birlikte toplum içinde eşit koşullarda yaşamaya haklarının olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca aynı maddede engellilerin toplumdandan tecridinin ve ayrı tutulmasının engellenmesi gerektiği belirtilmiştir (Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 19/b).

Engellinin motorlu araç alımına ÖTV Kanunu ile vergi istisnası tanınmasının bir diğer kaynağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın¹⁷ m. 61/2 hükmü oluşturmaktadır. Nitekim hükme göre, devletin sakatları korumak ve toplum hayatına intibaklarını sağlamak için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir (Anayasa m. 61/2). Bu bakımdan engellilerin sosyal ve ekonomik hayata intibaklarını kolaylaştırmak ve engellilerin engelli olmayan bireylere karşı rekabete dayalı eşitsizliğini gidermek için vergi mevzuatında birtakım düzenlemeler öngörülmektedir¹⁸. Ayrıca 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu'nun m. 1 hükmünde kanunun amacının engellilerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak ve engelliliğin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli düzenlemeler yapmak olduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan engellilerin motorlu araç alımında vergi istisnasından yararlanmaları hem uluslararası hem de ulusal mevzuat ile desteklenmektedir.

Devletin engellilere motorlu araç alımında vergi istisnası sağlaması aynı zamanda sosyal devlet anlayışının gereğidir. Nitekim sosyal bir hukuk devleti olmanın neticesi olarak sosyal adaleti gerçekleştirme düşüncesiyle devletin fırsat ve olanak eşitliği sağlaması gerekmektedir¹⁹. Devletin sosyal bir nitelik kazanması, geleneksel mali işlevlerin yanında sosyal yaşamı düzenlemeye yönelik vergilendirme yapması mecburiyetini ön plana çıkarmaktadır²⁰. Engelli kişilerin topluma intibakı için - vergisel istisnalar dâhil - alınan tüm önlemler sosyal devlet anlayışının bir gereğidir²¹. Bu bakımdan sosyal devlet kavramı vergi hukukunun anayasal temellerini ortaya koymaktadır²².

Vergi ödevini düzenleyen Anayasa m. 73/2 hükmünde vergi yükünün adil ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu ifade edilmektedir.

¹⁶ Vergi istisnası kapsamındaki motorlu aracı engellinin bizzat kullanması mümkün değilse, zorunlu haller haricinde, motorlu araç engellinin sürekli istifadesinde bulundurulmalıdır (Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 27, 32).

¹⁷ R.G. No: 17863 (Mükerrer), T. 18.10.1982.

¹⁸ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 1.

¹⁹ Hayriye, Işık, "Engellilerin Vergisel Avantajları", *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 2, S. 4 (2013): 2.

²⁰ Nami Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, S. 1, (1980): 145.

²¹ Işık, "Vergisel Avantajlar", 2.

²² Çağan, "Hukuk Devletinde Vergilendirme", 129.

Bu hükme dayanarak engelli bireylerin engelli olmayan bireylere karşı rekabete dayalı eşitsizliğinin vergi politikaları sayesinde giderilmesi mümkündür²³. Engelli bireylere ÖTV Kanunu m. 7/2 uyarınca bazı motorlu araçlarda beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere ilk alımda (iktisapta) vergi istisnası tanınarak engelli bireylerin toplum nazarındaki dezavantajlı durumu giderilmeye çalışılmaktadır.

ÖTV Kanunu m. 7/2.a ve m. 7/2.b hükümleri uyarınca engellilik oranı %90 veya üzerinde olan engelli bireylerin motorlu aracı bizzat kullanmasının mümkün olmadığı hallerde engelli bireylerin toplum nazarındaki dezavantajlı durumlarının nasıl giderilebileceği sorusu akla gelebilecektir. Engellinin bizzat motorlu aracı kullanmadığı durumlarda Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin m. 53/2.ç hükmü uyarınca engellinin eşinin, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının ya da hizmet sözleşmesi ile çalışan sürücülerinin motorlu aracı kullanması mümkündür²⁴. Aynı zamanda vergi istisnasına tabi motorlu aracın sürekli olarak engellinin istifadesine sunulması gerekmektedir²⁵. Bu durumda engellinin yakınları veya sürücüsü sayesinde topluma dâhil olması kolaylaştırılmaktadır. Böylece engelli motorlu aracı bizzat kullanmasa da engelliye vergi istisnası sağlanmasındaki amaç ortadan kalkmamaktadır.

B. VERGİ İSTİSNASININ KAPSAMI

Sosyal devlet çerçevesinde engellilere motorlu araç alımında vergi istisnası tanınması dışında gerek vergisel ayrıcalıklar²⁶ gerekse diğer vasıtalarla²⁷ birçok imkân tanınmaktadır. Çalışmanın konusunu ÖTV m. 7/2 kapsamında engellilere tanınan vergi istisnası oluşturmaktadır.

²³ Işık, "Vergisel Avantajlar", 2.

²⁴ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi*, (Ankara: Anıl Reklam, 2021), 43 vd.

²⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 27.

²⁶ Engellilere yönelik motorlu araç alımında tanınan vergi istisnası dışında birçok vergisel ayrıcalık bulunmaktadır. Engellilere yönelik vergisel ayrıcalıklara; malul ve özürülülere yönelik vergisel ayrıcalıklar, özürülü hizmet erbabının ücretlerinde sakatlık ve asgari geçim indirimi, özürülü serbest meslek erbabının gelirlerinde sakatlık indirimi, özürülülere sıfır oranlı bina vergisi uygulaması, gümrük vergisi istisnası ve motorlu taşıtlar vergisi istisnası gibi çeşitli vergi kalemlerindeki düzenlemeler örnek olarak verilebilir [Derya Yayman ve Ali Çımat, "Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürülülere Yönelik Vergisel Avantajlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 3 (2012): 299-300.]. Engellilere tanınan vergisel ayrıcalıklar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yayman ve Çımat, "Özürülülere Yönelik Vergisel Avantajlar", 299 vd.; Çalışmada sadece engellilere tanınan vergisel ayrıcalıklardan ÖTV m. 7/2 hükmünde düzenlenen vergi istisnası ele alınacaktır.

²⁷ Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde engellilere yönelik eğitim, mesleki rehabilitasyon, istihdam, sosyal güvenlik, ulaşılabilirlik, sağlık, koruyucu hizmetler, sosyal yardımlar, yüksek öğretim ve diğer kademeli sınavlarda ayrıcalık tanınması, seyahat indirimleri, vergisel ayrıcalıklar ve diğer indirimler vasıtasıyla birçok imkan tanınmaktadır [Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi*, 14 vd.; Mahmut Çitil ve Muhammet Kürşat Üçüncü, "Türkiye'de Engelli Hakları ve Engelliler Hukuku'nun Durumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 35 (2018): 260 vd.]; Engellilere tanınan vergisel ayrıcalıklar dışındaki diğer vasıtalar çalışma konusu dışında kalmaktadır.

ÖTV Kanunu'nun istisnalar başlıklı ikinci bölümünde vergi indirimlerinin ve istisnalarının bir kısmı düzenlenmiştir. Bu sayede ÖTV Kanunu'nda bazı teslimler verginin konusuna girse de vergi dışında bırakılmıştır²⁸. Nitekim ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmünde engellilerin motorlu araç alımları verginin konusunu oluştursa da vergi dışında kalmaktadır. Zira ÖTV Kanunu'nun eki olan (II) Sayılı Liste kapsamındaki kayıt ve tescile tabi malların engelliler (veya maluller) tarafından beş yılda bir defaya mahsus olmak kaydıyla ilk iktisabı belirli şartlar ve sınırlar dâhilinde vergi istisnasına tabidir²⁹.

Engellilerin ÖTV Kanunu m. 7/2 kapsamında motorlu araç alımlarının kapsam ve sınırlarına dair usuller ve esaslar Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde³⁰ belirlenmiştir. Bu nedenle engellilere yönelik motorlu araç alımlarındaki istisnanın kapsamının belirlenmesinde ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmünden ve Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nden yararlanılacaktır.

C. VERGİ İSTİSNASINA İLİŞKİN TANIMLAR

Engellinin motorlu araç alımında ÖTV Kanunu m. 7/2 gereğince vergi istisnası uygulanmasında esas alınacak tanımlar Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nin 'II/C/1.1. Tanımlar' başlıklı bölümünde verilmiştir. Bu tebliğde ifade edilen tanımlar vesayet makamının engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verme kararının çerçevesinin çizilmesinde yol gösterici olmaktadır.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde ilk olarak engelli sağlık raporu tanımlanmıştır. Söz konusu tebliğe göre, ergin ve küçükler için alınan iki ayrı rapor bulunmaktadır³¹. İlk tanımlanan engelli sağlık raporu ergin kişiler için alınan sağlık raporudur. Buna göre ergin kişiler için Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik³² hükümleri çerçevesinde yetkili sağlık kurumlarından engelli sağlık kurulu raporu alınması gerekmektedir.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde tanımlanan bir başka engelli sağlık raporu ise, Çocuklar için Özel Gereksinim Raporudur. Buna göre, küçükler için, Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik³³ hükümleri çerçevesinde yetkili sağlık kurumlarından engelli sağlık raporu mahiyetinde Çocuklar için Özel Gereksinim Raporu alınması gerekmektedir³⁴.

²⁸ Erdoğın Öner, *Türk Vergi Sistemi*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022), 262.

²⁹ Müslüm Turan ve Müge Turan, *Özel Tüketim Vergisi En Son Değişikliklerle*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 523.

³⁰ R.G. No: 29330, T. 18.04.2015.

³¹ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğine göre; 20.02.2019 tarihinden önce alınan engelli sağlık kurulu raporlarında ergin olan veya ergin olmayan (küçüklük) ayrımı bulunmamaktadır. 20.02.2019 tarihinden önce alınan raporlarda engelli sağlık kurulu raporunun alındığı tarihteki mevzuat hükümleri geçerli olacaktır.

³² R.G. No: 30692, T. 20.02.2019.

³³ R.G. No: 30692, T. 20.02.2019.

³⁴ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.1. Tanımlar' Bölümü.

Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri yürürlüğe girmeden önce Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik³⁵ hükümleri yürürlükteydi³⁶. Özürlülük Ölçütü Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanması sırasında ergin kişiler ya da küçükler için sağlık raporu alınması bakımından ayrı yönetmelik hükümleri bulunmamaktaydı.

20.02.2019 tarihinde Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle engellilik ölçütlerinin belirlenmesinde vesayet hukuku hükümlerine benzer şekilde ergin ve küçük ayrımı yapılmıştır. Böylelikle engelliye motorlu araç alımında vergi istisnasından yararlanması için esas alınan engelli sağlık kurulu raporunda ergin ve küçük ayrımı söz konusu olmaktadır. Esas alınacak engelli sağlık raporunda ergin veya küçük ayrımının olması vesayet makamının TMK hükümlerini uygularken dikkate aldığı ergin ve küçük ayrımına paralellik arz etmektedir.

Motorlu araç alımında engellinin vergi istisnasından yararlanabilmesi bakımından engelli sağlık raporu veya Çocuklar İçin Özel Gereksinim Raporu ile tespit edilen engellilik derecesi belirleyici olmaktadır. Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde engellilik derecesi tanımlanmıştır. Söz konusu tebliğde engelli sağlık kurulu raporu verilmesine ilişkin mevzuat çerçevesinde belirlenen esaslara göre engellilik durumu bakımından engellinin tüm vücut fonksiyonundaki kayıp oranı ve bu orana karşılık tespit edilen dereceye engellilik derecesi denilmektedir³⁷.

Özellikle engellilik derecesinin tespiti engellinin motorlu araç alımında yararlanacağı vergi istisnasının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Nitekim engellilik derecesi %90 ve üzerinde olanlar motorlu araçlarda tadilat şartı aranıp aranmamasına bağlı olarak ÖTV Kanunu m. 7/2.a veya m. 7/2.b hükümlerine tabi olmaktadır. Engellilik derecesi %90 altında olanlar ise motorlu araç alımlarında vergi istisnasından yararlanmak bakımından ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmüne tabi olmaktadır.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde teknik belge de tanımlanmıştır. Teknik belge engellinin ÖTV Kanunu m. 7/2.b ve m. 7/2.c hükmünde aranan tertibat şartının gerçekleşmesi için gerekli belgeyi ifade etmektedir. Söz konusu tebliğde göre teknik belge, ilgili bakanlık tarafından

³⁵ R.G. No: 30692, T. 30.03.2013.

³⁶ Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine atf yapılan durumlarda Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik Hükümlerine veya Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine atf yapılmış sayılacaktır (Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik m. 14 ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik m. 14).

³⁷ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.1.Tanımlar' Bölümü.

görevlendirilen kuruluş tarafından Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelik³⁸ hükümlerine uygun olarak yapılan tertibatı belirtecek şekilde düzenlenen ve Türk Standartları Enstitüsü tarafınca onaylanan belgeyi ifade etmektedir³⁹. Teknik belge engellinin adına ve hesabına alınacak motorlu aracın taşımak zorunda olduğu tertibatın mevcut olduğunu göstermektedir.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde sürücü belgesi de tanımlanmıştır. Söz konusu tebliğde tanımlanan sürücü belgesi engellinin adına ve hesabına kayıtlı motorlu aracı bizzat kullanmasının mümkün olduğu durumlarda engellinin sahip olması gereken sürücü belgesinin içeriğini ortaya koymaktadır. Sürücü belgesi de engellinin ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmündeki vergi istisnasından yararlanarak motorlu araç edinmesinde gerekli koşulu oluşturma ihtimalini belirlemektedir⁴⁰.

D. VERGİ İSTİSNASI UYGULAMASI

1. Engellilik Derecesi %90 veya Üzerinde Olanlarda İstisna Uygulaması

a. Motorlu Araçta Tadilat Aranmayan İstisna Uygulaması

ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmünde motorlu araçta tadilat şartı aranmayan vergi istisnası uygulaması düzenlenmiştir. Engelli %90 veya üzerinde engellilik oranına sahipse beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere alınması istenilen motorlu aracın özel tertibatı olmadan ilk iktisabı mümkündür. Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde tanımlanmış engelli sağlık raporuna veya Çocuklar için Özel Gereksinim Raporu'na göre %90 veya üzerinde engelli olanlar, söz konusu raporun aslını veya noter onaylı örneğini ÖTV mükellefine ibraz etmek suretiyle motorlu aracın ilk iktisabı için ÖTV uygulanmamasını isteyebilir⁴¹.

Engellilik derecesi %90 ve üzerinde olanların motorlu araçta tadilat aranmayan durumlarda alabileceği motorlu araçlar ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmünde sıralanmıştır. Ayrıca Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmüne göre alınabilecek motorlu araçlara açıklık getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre; ÖTV m. 7/2.a uyarınca ÖTV Kanununun eki olan (II) sayılı listedeki kayıt ve tescile tabi mallardan, Türk Gümrük Tarife Cetvelinin,

³⁸ R.G. No: 29869, T. 26.10.2016.

³⁹ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.1.Tanımlar' Bölümü.

⁴⁰ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.1.Tanımlar' Bölümündeki sürücü belgesi "1/1/2016 tarihinden önce alınan ve ilgili mevzuatı uyarınca söz konusu tarihten itibaren beş yıl (31/12/2020 tarihine kadar) geçerliliği bulunan H sınıfı ve 1/1/2016 tarihinden itibaren alınan, (II/C/1.3) bölümünde belirtilen engellilik durumları itibarıyla istisna kapsamındaki taşıtta bulunması gereken özel tertibata/tertibatlara ilişkin ibareleri (kod numarasını/numaralarını) içeren A, A1, A2, B, B1, BE ve M sınıfı sürücü belgelerini" ifade etmektedir.

⁴¹ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.1.Taşıtta Tadilat Aranmayan İstisna Uygulaması' Bölümü.

- “87.03 tarife pozisyonunda yer alan, motor silindir hacmi dikkate alınmaksızın, hesaplanması gereken özel tüketim vergisi ve sair her türlü vergiler dâhil bedeli⁴² 1.004.200 TL'nin⁴³ altında olan binek otomobil, panelvan, pick-up, arazi taşıtı, ATV, jeep, steysin vagon ve benzeri taşıtların”,
- “87.04 tarife pozisyonunda yer alan, eşya taşımaya mahsus, 2800 cm³ veya altında motor silindir hacmine sahip van, panelvan, kamyonet, pick-up, ve benzeri taşıtların”,
- “87.11 tarife pozisyonunda yer alan, motor silindir hacmine bakılmaksızın, motosikletlerin” engellilik derecesi %90 ve üzerinde olan engelliler tarafından motorlu araçta tadilat şartı aranmaksızın ilk iktisabı mümkün olmaktadır⁴⁴.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğine göre; ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmündeki vergi istisnasından yararlanmak için motorlu aracın özel tertibatlı olması⁴⁵ ya da engelli kişinin motorlu aracı bizzat kullanması şartı aranmamaktadır. Bu durumda engellilik derecesi %90 veya üzerinde olanların motorlu araç kullanma ve sürücü belgesi sahibi olmaları mümkün olmadığından engellilerin üzerine alınan motorlu araçlar başkaları tarafından kullanılacaktır⁴⁶. Dolayısıyla engellinin vergi istisnasından yararlanarak aldığı motorlu aracı Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 53/2.ç uyarınca engellinin eşinin, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının ya da hizmet sözleşmesi ile çalışan sürücülerin kullanması mümkündür⁴⁷. Bu nedenle ÖTV Kanunu m. 7/2.a kapsamındaki motorlu araçları kullanmaya hakkı olan engellinin yakınlarının engelliye tanınan vergi ayrıcalığını kötüye kullanabilmeleri ihtimali ortaya çıkabilecektir. Özellikle vesayet altındaki engelliler bakımından vesayet makamının izni bağlamında bu kötüye kullanımların dikkate alınmasının gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir.

7061 sayılı Kanunu'nun⁴⁸ m. 71 hükmünde “motor silindir hacmi 1.600 cm³'ü aşanlar” ifadesi “hesaplanması gereken özel tüketim vergisi ve diğer her türlü vergiler dahil bedeli 200.000⁴⁹ TL'yi aşanlar” şeklinde değiştirilmiştir. Bu

⁴² R.G. No: 30283, T. 27.12.2017, Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 3).

⁴³ R.G. No: 32059 (2. Mükerrer), T. 30.12.2022, Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 11); m. 1: “(II/C/1.2.1) ve (II/C/1.3) bölümlerinin birinci paragraflarında yer alan “450.500 TL'nin” ibareleri “1.004.200 TL'nin” şeklinde, “(II/C/5.1) bölümünün üçüncü paragrafında yer alan “450.500 TL'yi” ibaresi “1.004.200 TL'yi” şeklinde” değiştirilmiştir; 01.01.2023 tarihi itibarıyla geçerli olan azami tutarı ifade etmektedir.

⁴⁴ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.1. Taşıtta Tadilat Aranmayan İstisna Uygulaması' Bölümü.

⁴⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 27.

⁴⁶ Yayman ve Çımat, “Özürülere Yönelik Vergisel Avantajlar”, 312.

⁴⁷ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi*, 43.

⁴⁸ R.G. No: 30261, T. 05.12.2017, Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁴⁹ 01.01.2023 tarihi itibarıyla geçerli olan bedel 1.004.200 TL'dir [R.G. No: 32059 (2. Mükerrer), T. 30.12.2022].

kanun değişikliğinden önce 1.600 cm³ silindir hacmini aşmayan bedeline bakılmaksızın her türlü motorlu araç engelli üzerine alınabiliyordu. 7061 sayılı Kanun'un m.71 hükmü ile belli bir bedelin üzerindeki motorlu araçların vergi istisnasından yararlanarak engellinin üzerine alınabilmesi engellenmiştir. Böylelikle vesayet makamlarının engelli için kullanım maksadını aşacak derecede bedeli yüksek olması nedeniyle motorlu araç alımına izin vermemesi uygulaması vergi politikasında değişiklik yapılarak düzenleme haline getirilmiştir.

b. Motorlu Araçta Tadilat Aranan İstisna Uygulaması

ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünde motorlu araçta tadilat şartı aranan vergi istisnası uygulaması düzenlenmiştir. Engelli %90 veya üzerinde engellilik oranına sahipse ve engellinin durumu motorlu aracı bizzat kullanamayacak ve sürekli olarak tekerlekli sandalye ya da sedye kullanmasını gerektirecek nitelikte ise, motorlu araçta ilk iktisaptan önce gerekli özel tertibatın olması şartıyla⁵⁰ motorlu aracın beş yılda bir defaya mahsus olmak şartıyla ilk iktisabı mümkündür.

ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünde aranılan engellilik ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmünde aranılan engellilik durumuna göre farklılık arz etmektedir. ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmündeki vergi istisnasından yararlanılabilmesi için ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmünden farklı olarak engellinin %90 ve üzerinde engelli olması şartı ile birlikte engellinin durumunun motorlu aracı bizzat kullanamayacak ve sürekli olarak tekerli sandalye ya da sedye kullanmasını gerektirecek nitelikte olması gerekmektedir⁵¹.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde tanımlanmış engelli sağlık raporuna⁵² veya Çocuklar için Özel Gereksinim Raporu'na göre engellinin %90 veya üzerinde engellilik taşıdığını ve aynı zamanda sürekli olarak tekerlekli sandalye veya sedye kullanması gerektiğini içerir raporu⁵³, söz konusu raporun aslını veya noter onaylı örneğini ve teknik belgeyi ÖTV mükellefine ibraz etmesi gerekir⁵⁴. Engellinin engelli sağlık raporunu veya Çocuklar için Özel Gereksinim Raporu'nu ve teknik belgeyi ÖTV mükellefine ibraz etmesi suretiyle motorlu aracın ilk iktisabı için ÖTV uygulanmamasını isteyebilir.

⁵⁰ Özel tertibat şartı, engellinin tekerlekli sandalye veya sedye ile motorlu araca binmesine ve seyahat etmesine uygun tertibat yaptırılması şartını ifade etmektedir (Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.2. Taşıtta Tadilat Aranan İstisna Uygulaması' Bölümü).

⁵¹ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.2. Taşıtta Tadilat Aranan İstisna Uygulaması' Bölümü. Ayrıca ergin kişilerin engellilik durumunun sürücü olmasını engelleyecek nitelikte olması gerekir.

⁵² Önceki mevzuat döneminde yürürlükte olan engelli sağlık kurulu raporu hakkında bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, Engelliler için Vergi Rehberi, 27-28.

⁵³ Ergin kişilerin engellilik durumunun sürücü olmasını engelleyecek nitelikte olması gerekir (Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.1. Taşıtta Tadilat Aranmayan İstisna Uygulaması' Bölümü).

⁵⁴ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.2.2. Taşıtta Tadilat Aranan İstisna Uygulaması' Bölümü.

Engellilik derecesi %90 ve üzerinde olan motorlu araçta tadilat aranan durumlarda alabileceği motorlu araçlar ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünde sıralanmıştır. Ayrıca Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmüne göre alınabilecek motorlu araçlara açıklık getirilmiştir. Söz konusu tebliğe göre; ÖTV m. 7/2.b uyarınca ÖTV Kanununun eki olan (II) sayılı listedeki 87.03 tarife pozisyonu kapsamında vergilendirilen; yük taşınmasında kullanılmakla birlikte “azami ağırlığı 3,5 tonu aşmayan” ve “yolcu taşıma kapasitesi istiap haddinin %50'sinin altında olan taşıtların”, “sürücü dâhil 9 kişilik oturma yeri olan taşıtların” ÖTV Kanunu m. 7/2.b kapsamında alınması mümkündür.

Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'ne göre; ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmündeki vergi istisnasından yararlanmak için motorlu aracın özel tertibatlı olması gerekmektedir. Aynı zamanda ÖTV Kanunu m. 7/2.b kapsamındaki vergi istisnasında engellinin aracı bizzat kullanması mümkün değildir. Dolayısıyla engellinin üzerine olan ÖTV istisnasına tabi motorlu aracı Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin m. 53/2.ç uyarınca engellinin eşinin, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının ya da hizmet sözleşmesi ile çalışan sürücülerin kullanması mümkündür⁵⁵. Ayrıca vergi istisnası kapsamındaki motorlu araç zorunlu haller haricinde engellinin sürekli istifadesinde bulundurulmalıdır⁵⁶. Bu nedenle ÖTV Kanunu m.7/2.b kapsamında olan motorlu araçları kullanmaya hakkı olan engellinin yakınlarının engelliye tanınan vergi ayrıcalığını kötüye kullanabilmesi ihtimalinin burada da tartışılması gerekmektedir.

ÖTV Kanunu m. 7/2.b kapsamındaki motorlu araçlarda engellinin üzerine alınacak araçta özel tertibatın bulunması ve sürekli olarak engellinin kullanımına hazır bulundurulması mecburiyetinin gerekmesi engellinin yakınlarının vergi ayrıcalığını kötüye kullanması ihtimalini azaltmaktadır. Nitekim sedye ve benzeri özel tertibatlı araçların seyahat amacıyla kullanılması engellinin yakınları bakımından kullanışlı olmayacaktır. Ayrıca ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünde engellinin üzerine alınacak motorlu araçlar gündelik işlerde kullanıma elverişli olmayıp, daha çok engellinin bireysel gereksinimlerinin karşılanması amacıyla motorlu araçla seyahatine hizmet etmektedir. Zaten ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünde ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmüne benzer şekilde motorlu araç alımında azami bedel belirlenmemesi uygulamada engellilerin yakınlarının ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmündeki vergi istisnasını kullanmayı çok tercih etmediklerini göstermektedir. Burada vesayet altındaki engellilerin yakınları bakımından ÖTV Kanunu m. 7/2.b hükmünün kötüye kullanılması ihtimalinin zayıf olması motorlu araç alımına vesayet makamının izin vermeme olasılığını zayıflatmaktadır.

⁵⁵ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi*, 43.

⁵⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 27.

2. Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanlarda İstisna Uygulaması

ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmünde engellilik derecesi %90'ın altında olanlar için motorlu araç alımında vergi istisnası uygulaması düzenlenmiştir. Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğine göre, %90'ın altında engellilik derecesine sahip olanların vergi istisnasından yararlanabilmeleri için motorlu aracın özel tertibata sahip olması ve motorlu aracın engelli tarafından bizzat kullanılabilir halde olması gerekmektedir⁵⁷. Ayrıca motorlu aracın ilk iktisabından önce özel tertibatın hareket ettirici aksamda sabitlenmiş olması ve özel tertibatın engellinin engelliliği ile uyumlu olması zorunludur⁵⁸.

ÖTV Kanunu m.7/2.a ve m. 7/2.b hükümlerinde aranılan engellilik şartlarından farklı olarak ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmüne göre engellinin zorunlu haller dışında aracı bizzat kullanabilmesi gerekmektedir⁵⁹. Dolayısıyla bu hüküm bakımından engellinin sürücü belgesi sahibi olması şarttır. Yine engellilik derecesi %90'ın altında olmakla birlikte zihinsel engelli olanların aracı bizzat kullanamadıkları için ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmündeki istisnadan yararlanmaları mümkün değildir⁶⁰. Ayrıca işitme ve görme engellilerin, böbrek rahatsızlığı olanların, kalp rahatsızlığı olanların bu istisnadan yararlanmaları mümkün değildir⁶¹. Yine küçüklerin kural olarak ehliyet sahibi olmaları ve motorlu aracı bizzat kullanmaları mümkün olmadığından ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmündeki istisnadan küçükler yararlanmamaktadır.

Engellilik derecesi %90'ın altında olanların taşıt alımlarında Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde tanımlanmış engelli sağlık raporunun⁶² aslının veya noter onaylı örneğinin, teknik belgenin⁶³ ve sürücü bel-

⁵⁷ Özel tertibatın şartları Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde açıklanmıştır. Özel tertibatın kapsamı ve şartları hakkında bkz. Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.3.Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanların Taşıt Alımlarında İstisna' Bölümü.

⁵⁸ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.3.Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanların Taşıt Alımlarında İstisna' Bölümü.

⁵⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 30.

⁶⁰ Zihinsel Engellilerin Araç Alımında ÖTV Kanunu m. 7/2 kapsamında istisna uygulamasından yararlanıp yararlanamayacağı hakkında Özelge, 96620903-135[7/2-2013/5]-51 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 31.12.2020); Turan ve Turan, *Özel Tüketim Vergisi*, 525; Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 29; Mehmet Emin Binici, "Engellilik Oranı Yüzde Doksanın Altında Bulunan Özur Durumlarında Taşıt Alımlarının Vergisel Analizi", *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 7 (2018): 70-71.

⁶¹ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 29.

⁶² Önceki mevzuat döneminde yürürlükte olan engelli sağlık kurulu raporu hakkında bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, *Engelliler İçin Vergi Rehberi*, 29-30.

⁶³ Bizzat kullanım maksadıyla motorlu aracın hareket ettirici aksamının engellinin engelliliğine uygun olarak tadilatının yapıldığına dair teknik belgenin aslı ya da noter onaylı fotokopisi sunulabilir. Otomatik vitesli araçların özel tertibata sahip olduğu kabul edildiği durumlarda engellinin beyanı yeterli kabul edilir (Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.3. Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanların Taşıt Alımlarında İstisna' Bölümü).

gesinin⁶⁴ ÖTV mükellefine ibraz edilmesi gerekir⁶⁵. Engellinin engelli sağlık raporunun ve sürücü belgesinin ÖTV mükellefine ibraz edilmesi suretiyle motorlu aracın ilk iktisabı için ÖTV uygulanmaması talep edilebilir.

Engellilik derecesi %90'ın altında olan engellilerin gerekli şartları taşıdıkları takdirde alabilecekleri motorlu araçlar ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmünde sıralanmıştır. Ayrıca Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'nde ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmüne göre alınabilecek motorlu araçlara açıklık getirilmiştir. Söz konusu tebliğe göre; ÖTV m. 7/2.c uyarınca ÖTV Kanunu'nun eki olan (II) sayılı listedeki kayıt ve tescile tabi olan mallardan, Türk Gümrük Tarife Cetvelinin,

- 87.03 tarife pozisyonunda yer alan, motor silindir hacmi dikkate alınmaksızın, hesaplanması gereken özel tüketim vergisi ve sair her türlü vergiler dâhil bedeli⁶⁶ 1.004.200 TL'nin⁶⁷ altında olan binek otomobil, panelvan, pick-up, arazi taşıtı, ATV, jeep, steysin vagon ve benzeri taşıtların,
- "87.04 tarife pozisyonunda yer alan, eşya taşımaya mahsus, 2800 cm³ veya altında motor silindir hacmine sahip van, panelvan, kamyonet, pick-up, ve benzeri taşıtların",
- "87.11 tarife pozisyonunda yer alan, motor silindir hacmine bakılmaksızın, motosikletlerin" engellilik derecesi %90'ın altında olan engelliler tarafından sair şartların da olması kaydıyla ÖTV istisnası ile ilk iktisabı mümkün olmaktadır⁶⁸.

ÖTV Kanunu m. 7/2.c hükmünde ÖTV Kanunu m. 7/2.a hükmüne benzer şekilde belli bir bedelin üzerindeki motorlu araçların vergi istisnasına tabi şekilde engellinin üzerine alınabilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır ÖTV Kanunu m. 7/2.c gereğince edinilen motorlu araçların engelli tarafından bizzat kullanılması zorunludur. Burada vergi politikası değişikliği ile doğrudan engellinin görece bedeli yüksek araçlar almasına engel olunmaktadır. Dolayısıyla vesayet altındaki engelliler için vesayet makamının motorlu aracın bedeli üzerinden engellinin mo-

⁶⁴ Engellinin istisnadan yararlanabilmesi için H sınıfı ehliyet veya diğer sınıf ehliyetlerle birlikte istisna kapsamındaki motorlu araçta bulunması şart olan özel tertibata veya tertibatlarla dair ibareleri içerir sürücü belgesine sahip olması gerekmektedir [Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 6) m. 4].

⁶⁵ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.3. Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanların Taşıt Alımlarında İstisna' Bölümü.

⁶⁶ R.G. No: 30283, T. 27.12.2017, Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 3).

⁶⁷ (R.G. No: 32059 (2. Mükerrer), T. 30.12.2022, Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 11); m. 1: "(II/C/1.2.1) ve (II/C/1.3) bölümlerinin birinci paragraflarında yer alan "450.500 TL'nin" ibareleri "1.004.200 TL'nin" şeklinde, "(II/C/5.1) bölümünün üçüncü paragrafında yer alan "450.5000 TL'yi" ibaresi "1.004.200 TL'yi" şeklinde" değiştirilmiştir; 01.01.2023 tarihi itibarıyla geçerli olan azami tutarı ifade etmektedir.

⁶⁸ Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği 'II/C/1.3. Engellilik Derecesi %90'ın Altında Olanların Taşıt Alımlarında İstisna' Bölümü.

torlu aracı kullanmaya ihtiyacı olup olmadığını değerlendirmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca vergi istisnasına tabi aracı engellinin bizzat kullanması gerekmesi nedeniyle bu durumda vesayet makamının motorlu araç alımına izin verirken daha esnek davranması gerektiği söylenebilir.

II. ENGELLİNİN MOTORLU ARAÇ ALIMINDA TMK M. 462/2 GEREĞİNCE VESAYET MAKAMININ İZİNİ

A. GENEL OLARAK

TMK m. 462 hükmünde sayılan birtakım durumlarda vesayet altındaki kişi adına yapılacak işlemlerde vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Çalışma konusu bakımından özellik arz eden durumu TMK m. 462/2 hükmünde düzenlenen olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalan taşınırların alımında, satımında, devrinde veya rehininde vesayet makamından izin alınmasını gerektiren hal oluşturmaktadır.

Motorlu aracın devrine ilişkin sözleşmelerde mülkiyetin devri söz konusu olmaktadır. Mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler temlik borcu doğuran sözleşmelerden olup, motorlu araç mülkiyetinin devri sözleşmeleri çoğunlukla satış sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹. Bu bakımdan motorlu aracın engelliye devri bakımından sözleşmenin niteliğinin bağışlama mı yoksa satış sözleşmesi mi olduğu motorlu araç alımından vesayet makamından izin alınmasının zorunluluğunu belirleyici rol oynamaktadır.

ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmüne tabi olarak vesayet altındaki engellinin motorlu araç alımına ilişkin somut olayda bir bağışlama sözleşmesi olduğu kabul edilecek olursa kural olarak bu işlem için vesayet makamından izin alınması gerekmemektedir. Nitekim TMK m. 16/1 hükmünün ikinci cümlesinde sınırlı ehliyetsizlere yönelik karşılıksız kazandırmalarda⁷⁰ vasinin rızasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsizler bakımından karşılıksız kazandırma niteliğindeki işlemlerde evleviyetle vesayet makamından izin alınması gerekmemektedir. Bir hukuki işlemin karşılıksız kazandırma olabilmesi için işlemin vesayet altındaki engelliye hiçbir hukuki yüküm getirmemesi ve engelliye sadece birtakım haklar veya yararlar sağlaması, vesayet altındaki engellinin malvarlığında artma olması veya malvarlığında azalmaya engel olan bir hâlin mevcut olması gerekmektedir⁷¹. Engelli adına ve hesabına motorlu araç alımında engelli

⁶⁹ Kurt, "Motorlu Araç Mülkiyeti", 1867-1868.

⁷⁰ Sınırlı ehliyetsizler karşılıksız kazandırmalar dışında kendileri için sakıncasız işlerde de (feragatlere muhatap olmada, üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar olma vb. avantajlı yararlı işlerde) yasal temsilcinin rızası olmaksızın işlem yapılabilir [Rona Serozan, "Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimiyle İlgili Talihsiz Saplantılar", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006): 813].

⁷¹ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 92; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016), 322.

motorlu araç satış sözleşmesinin tarafı olduğu için sırf bedelin bir üçüncü kişinin katkısıyla (vasi vb.) ödenmesi nedeniyle bu hukuki işlemi bağışlama sözleşmesi, bir başka deyişle karşılıksız kazandırma olarak nitelendirmek mümkün değildir.

ÖTV Kanunu m. 7/2 çerçevesinde yapılan işlemlerde engellinin aldığı motorlu aracın bir taşınır niteliğinde olması nedeniyle somut olaydaki motorlu araç alım işlemi engelli bakımından olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalıyorsa bu alım işlemi için vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Yine motorlu araç alımının olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalıp kalmamasının engellinin motorlu araç alımında vesayet makamının izninin gerekliliği bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. “*Olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalma*” her somut olaya ve bireysel duruma göre vesayet makamı tarafından tespit edilmelidir⁷². Olağan yönetim ve işletme ihtiyacı soyut bir temelde değil, vesayet altındaki kişinin somut olaydaki gelir ve varlık durumuna göre belirlenmelidir⁷³. Nitekim gelir seviyesi yüksek kimse için yapılan alım satım işlemi olağan bir işlem olarak kabul edilebilecekken bir başkası için olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalabilir⁷⁴. Bu bakımdan engellinin motorlu araç alımı her zaman olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalan bir işlem olarak değerlendirilemez.

Engellinin malvarlığından herhangi bir eksilme olmadan engeli adına ve hesabına motorlu araç alım işleminin olağan yönetim ve işletme ihtiyacı kapsamında kaldığı değerlendirilerek TMK m. 462/2 hükmüne göre izin alınmasına gerek olmadığı ileri sürülebilir. Hatta TMK m.462/2 hükmünde belirtilen olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalan işin ne olduğuna ışık tutan TMK m. 262/2 hükmü⁷⁵ dikkate alındığında malvarlığını yükümlülük altına sokmayan ve malvarlığından tasarrufta bulunma sonucunu ortaya çıkarmayan işlemlerin olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Engellinin malvarlığından herhangi bir eksilme olmadan engeli adına ve hesabına motorlu araç alım işleminin kendisinin karşılıksız kazandırma işlemi olmadığı açıktır. İşlemin kendisi bakımından olmasa da işlemin malvarlığında yarattığı sonuç bakımından engellinin malvarlığından eksilme olmaması engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımında vesayet makamından izin alınması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Zira işlemin malvarlığında yarattığı sonuç bakımından engellinin malvarlığının yükümlülük altına sokulmadığı veya malvarlığından tasarrufta bulunulmadığı somut olayın taşıdığı özelliklere göre değerlendirilmelidir.

⁷² Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N.25; Feyzullah Taşkın, “Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları”, (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2002): 70.

⁷³ Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N.27. Yvo Biderbost, Editörler Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, ve Martin Stettler, *Erwachsenenschutz, FamKomm, Art. 416 ZGB*. (Bern: Stämpfli Verlag, 2013), Art. 416, N. 31; Taşkın, “Vesayet Organları”, 70.

⁷⁴ Biderbost, *Erwachsenenschutz*, Art. 416, N. 31; Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N.27.

⁷⁵ Bir işlemin olağan yönetim ölçüsünün aşırıp aşmadığının tayininde TMK m. 262/2 (ZGB Art. 227) hükmünden yararlanılması gerektiği yönünde bkz. Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N.25.

Vesayet hukuku hükümleriyle belli zayıflıklar taşıyan gerçek kişilerin bu hali nedeniyle karşılaşılabilecekleri olumsuzlukların önlenmesi, denkleştirilmesi veya hafifletilmesi amaçlanmaktadır⁷⁶. Bir başka deyişle vesayet hükümleri vesayet altındaki küçüklerin ve erginlerin kişisel ve akçalı menfaatlerinin korunması amacıyla yapılandırılmıştır⁷⁷. Burada akçalı menfaatler ile vesayet altındaki kişinin malvarlığına ilişkin menfaatleri kastedilmektedir. Bu bakımdan vesayet hükümleri ile kişinin ya kişisel hakları güvence altına alınmakta ya da malvarlığına ilişkin menfaatleri korunmaktadır.

TMK m. 462 hükmünde sayılan hallere bakıldığında taşınmaz işlemleri, bir kısım taşınır işlemleri, ödünç alma ve verme işlemleri, borç altına girme, yerleşim yerinin değiştirilmesi vb. işlemler için vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Bu işlemlerin özüne bakıldığında vesayet altındaki kişinin kişilik haklarını veya malvarlığını ilgilendiren ve vasinin de yetkisini aşan birtakım işlemler olduğu görülmektedir.

TMK m. 462/2 hükmündeki “*olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerler*” vesayet altındaki kişinin kişilik haklarına ilişkin değildir. Söz konusu taşınır veya diğer hak ve değerler sadece vesayet altındaki kişinin malvarlığını ilgilendirmektedir. Burada vesayet altındaki kişinin malvarlığının vesayet makamı tarafından korunması ön plandadır. Dolayısıyla TMK m. 462/2 gereğince vesayet altındaki engellinin motorlu araç alımına izin verilip verilmeyeceği hususu değerlendirilirken vesayet makamının sadece vesayet altındaki engellinin malvarlığına zarar verici bir işlemin olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Vesayet makamı TMK m. 462/2 çerçevesinde karar verirken vergi politikalarını, devletin menfaatini ve sair hususları dikkate almamalıdır. Nitekim vesayet hükümlerinde TMK m. 462/2 çerçevesinde vesayet altındaki engellinin malvarlığını korumak dışında vesayet makamına herhangi bir sorumluluk veya yetki verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi⁷⁸, ileride mirasçılar arasında çıkabilecek sorunun engelliye ilgilendirmedeğinin açık olduğunu ve engelli üzerine olan motorlu aracın ileride mi-

⁷⁶ Nejat Aday, “Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 77, S. 2 (2019): 835.

⁷⁷ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 160.

⁷⁸ Temel hak ve özgürlüklerin doğrudan korunması işlevinin bir parçası olarak dava ya da taraf ehliyetine sahip olmasa bile vesayet altındaki küçüklerin, akıl hastalarının veya engellilerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma imkânları bulunmaktadır [Salim Küçük, Editörler Hüseyin Turan ve Recep Kaplan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Mahkemenin Kişi Bakımından Yetkisi* (Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2015), 57; Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), 23]; Ayrıca Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesinin engelli haklarına ilişkin 1 No.lu Genel Yorumunda ulusal hukuklarda yer alan “kısıtlılık” hükümlerinin kategorik veya soyut olarak değil, somut olayın kendi şartları içerisinde ve engellinin yüksek menfaatleri göz önünde bulundurularak uygulanması gerektiği belirtilmiştir [Şirin, *Bireysel Başvuru*, 21; Ayrıca Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesinin engelli haklarına ilişkin 1 No.lu Genel Yorumuna erişim için bkz. <https://www.esithaklar.org/2017/10/bm-engelli-haklari-komitesi-genel-y/>, Erişim Tarihi: 25.01.2023].

rasın paylaşımına dair sorunlar çıkarabileceği gerekçesinin motorlu araç alımına izin verilmesiyle bir ilgisinin olmadığını ve muvazaa iddialarından da engellinin sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir⁷⁹. Zira vesayet altındaki engelli hiç borçlandırmadan engelli adına motorlu araç alımına izin verilmesi talebinin vesayet makamları tarafından reddedilmesinde engellinin ne gibi bir menfaatinin olduğunun sorgulanması gerekmektedir. Engellinin malvarlığında eksilme olmadan vasi ya da engellinin başka bir yakını tarafından araç bedelinin ödenmesinde motorlu aracın mirasın paylaşılmasında mirasçılar arasında sorun çıkaracağı gerekçesine dayanılarak vesayet altındaki engelli adına ve hesabına motorlu araç alım talebi reddedilemez.

Engellinin üzerine kayıtlı olan motorlu aracın kullanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlardan engellinin araç sahibi sıfatıyla sorumlu olmasının ve zararları ileride karşılamak zorunda olmasının engellinin motorlu araç alımına engel oluşturduğu söylenemez. Zira Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin⁸⁰ m. 74 hükmünde engelliler ile küçüklerin sahibi oldukları aracın tescilinin engelli üzerine yapılabilmesi için kanuni temsilciler tarafından ileride ortaya çıkabilecek hukuki ve cezai sorumlulukları kabul ettiklerine dair noterde düzenlenmiş ve tasdik edilmiş taahhütnamenin tescil anında ibraz edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸¹. Bu bakımdan adına ve hesabına motorlu araç alınması nedeniyle engellinin hukuki ve cezai sorumluluğunun olduğu söylenemez.

Engelli adına ve hesabına alınan motorlu aracın ulaşım amacı dışında ilave donanımların ve estetik özelliklerin ön plana çıktığı ilk iktisaba konu (sıfır km) bir motorlu araç olmasının sosyal devlet anlayışıyla çelişki oluşturduğu düşüncesi kabul edilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımında vergi istisnasının ilk iktisap için öngörüldüğünü ve engellinin konforlu ve güvenli bir standart yakalamasının amaçlandığını ifade etmektedir⁸².

B. VESAYET MAKAMININ İZİN VERMESİNİN USULÜ

Vesayet altındaki kişinin kural olarak fiil ehliyeti bulunmamaktadır⁸³. Bu nedenle vesayet altındaki kişinin kendi adına ve hesabına motorlu araç alım işlemini yapması söz konusu olamaz. Tam ehliyetsizlerin kural olarak hiçbir hukuki işlemi yapmaları söz konusu olmayıp, onlar adına işlemin vasi veya veli (yasal temsilci) tarafından yapılması gerekmektedir⁸⁴. Sınırlı ehliyetsizlerin hukuki işlem ehliyeti ise TMK m. 16/1 hükmünde düzenlenmiştir. TMK m. 16/1 hükmüne

⁷⁹ AYM Kararı, Başvuru No. 2015/17844, 07.03.2019, §55, 56.

⁸⁰ R.G. No: 23053 (Mükerrer), T. 18.07.1997.

⁸¹ AYM Başvuru No: 2015/17844, 07.03.2019, §21, 54; Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 74.

⁸² AYM Başvuru No: 2015/17844, 07.03.2019, §57, 58.

⁸³ Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 85; ayrıca bkz. Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, 198 vd.

⁸⁴ Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 82; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 305.

göre ayırt etme gücüne sahip küçüklerin veya kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın kendi işlemleri ile borç altına girmeleri mümkün değildir.

TMK m. 462/2 kapsamında vesayet makamınca izin verilebilmesi için vesayet makamının izniyle birlikte vasinin de izni gerekmektedir⁸⁵. Kural olarak vasinin vesayet makamına izin başvurusunda bulunması gerekmektedirken vasinin rızasını bildirmesine rağmen vesayet altına alınan kişinin de vesayet makamına başvurması mümkündür⁸⁶. Vesayet makamına izin talebinin ne şekilde iletileceği hususunda mevzuatta bir açıklık olmasa da işlem güvenliği açısından talebin yazılı şekilde olmasında fayda bulunmaktadır⁸⁷.

Vesayet makamının vesayet altındaki engellinin engellilik derecesini ve vergi istisnasının niteliğini araştırmanın zorunlu olduğu ifade edilmelidir. Özellikle vesayet makamı vesayet altındaki engellinin motorlu araç almasında engellinin menfaati olup olmadığı hususunda tereddüt taşıyorsa, engellilik derecesinin ve vergi istisnasının niteliğinin araştırılması verilecek karara ışık tutacaktır. Zira engellinin veya yakınlarının vergi istisnasına tabi hangi araçtan yararlanacakları vergi istisnasının niteliğine veya engellilik derecesine göre belirlenmektedir.

Vesayet altındaki engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilip verilemeyeceği değerlendirilirken bu yargılamanın duruşmalı yapıp yapılmayacağı soru işareti oluşturabilir. Vesayet makamının bu izne istinaden duruşma mı yapacağı yoksa dosya üzerinden mi karar vermesi gerektiği hususunda mevzuatta açık bir düzenleme yoktur⁸⁸. Somut olayda vesayet makamının karar vermesi bakımından vesayet altındaki engellinin, vasinin veya tanığın/tanıkların herhangi birinin ya da birkaçının dinlenmesi gerekiyorsa duruşma yapmak gerekmektedir. Ancak motorlu araç alımına izin kararı bakımından keşif vs. incelemeye gerek olmadığından, çekişmesiz yargı işi de olduğu dikkate alınarak (HMK m. 382/2-19), diğer usul işlemleri bakımından duruşma yapılması zorunlu değildir⁸⁹. Somut olay gerektiriyorsa dosya üzerinden de karar verilmesi mümkündür.

TMK m. 461/2 hükmünde vesayet makamının kararlarına karşı kararın tebliğ gününden başlamak üzere on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 488/1 hükmünde ilgilile-

⁸⁵ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1482, 1496.

⁸⁶ Taşkın, "Vesayet Organları", 75.

⁸⁷ Taşkın, "Vesayet Organları", 75.

⁸⁸ Taşkın, "Vesayet Organları", 75.

⁸⁹ Çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmında duruşma yapılmaksızın karar verilebilir [Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 294]; Ancak Yargıtay hukuki dinlenme hakkının ihlal edilmemesi gerektiği gerekçesiyle çekişmesiz yargı işlerinde de kural olarak duruşma yapılması gerektiğini belirtmektedir [Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1849]; Y2.HD, 12.01.2017, E. 2016/25262, K. 2017/297; Y8.HD, 07.05.2018, E. 2018/9278, K. 2018/12219 (Uyap Yüksek Yargı Kararı Arama, Erişim Tarihi: 31.01.2023), Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Cilt II*, 1849.

rin vesayet makamının aldığı kararlara karşı tebliğ gününden başlamak üzere on gün içinde denetim makamına itiraz edilebileceği, denetim makamının gerekirse duruşma da yapabileceği, denetim makamının kararlarının kesin olduğu ifade edilmiştir.

TMK m. 462/2 hükmü gereğince vesayet altındaki engellinin motorlu araç alımına izin verilmesine dair kararlar sulh hukuk mahkemesinin vesayetin idaresiyle ilgili olarak vesayet makamı sıfatıyla verdiği kararlardır. Bu bakımdan TMK m. 462/2 gereğince vesayet makamının engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlarına karşı itiraz edilmesi mümkündür. Başka bir deyişle vesayet makamının vesayetin idaresiyle ilgili olarak almış olduğu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurmak mümkün değildir⁹⁰. Uygulamada da vesayet makamının kararlarına karşı itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁹¹.

Her ne kadar uygulamada engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin konusunda yeknesak kararlar verilirse de bu durum TMK m. 462/2 hükmüne göre verilen kararların kanun yolunun açık olması için tek başına yeterli olmamaktadır. Verilen kararların kanun yoluna açık olması için ayrıca yasal düzenleme gerektiğinden bu kararların kanun yoluna açık olmaması hukuk politikası tercihidir.

C. ENGELLİNİN FİİL EHLİYETİ YÖNÜNDEN VESAYET MAKAMININ İZNI

1. Tam Ehliyetsiz Engellilerde

Tam ehliyetsizlerde engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilmesinde engelli küçüklerin⁹² ve engelli erginlerin birbirine benzeyen ve birbirinden ayrılan yönleri değerlendirilmelidir. İlk olarak TMK m. 404 kapsamındaki tam ehliyetsiz engellinin motorlu araç alımına vesayet makamının izin vermesi hususu değerlendirilirken bu kapsamda olan kişilerin taşınması gereken şartların üzerinde durulmalıdır.

Küçüğün velayet altında olması gerekirken çeşitli nedenlerle velayet altında olmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bunlar anne ve babasının koruyamaması, velayet hakkı verilenin koruyamaması ve evlilik dışında doğan küçüğün annesinin koruyamaması nedenleriyle ortaya çıkabilecektir⁹³. Küçüğün ayırt etme gücü-

⁹⁰ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1498.

⁹¹ Y18.HD, 25.11.2015, E. 2015/3779, K. 2015/17162; Y8.HD, 09.03.2017, E. 2017/1051, K. 2017/3221; Y8.HD, 17.05.2018, E. 2018/9832, K. 2018/12875 (Uyap Yüksek Yargı Kararı Arama, Erişim Tarihi: 25.01.2023).

⁹² Anne ve/veya babası sağ olan ergin kişiler velayet altında bırakılmaktadır (Ahmet Cahit İyilikli ve Oğuz Ersöz, "Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 11 (2018), 171). Aynı zamanda anne ve/veya babası sağ küçükler kural olarak vesayet hükümlerine tabi değildirler (Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1481-1482); Dolayısıyla vesayet hükümlerine tabi olmamaları nedeniyle velayet altındaki erginleri ve küçükleri motorlu araç alımında vesayet makamının izninden ayrı tutmak gerekmektedir.

⁹³ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 204-229; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 479 vd.; Öztan, *Aile Hukuku*, 1272 vd.

ne sahip olmaması ise, somut olayda motorlu araç alımı açısından değerlendirilmelidir. Kişinin makul bir şekilde hareket edebilmesine, işlediği fiilin anlamlarını ve sonuçlarını kavrayabilmesi yeteneğine ayırt etme gücü denilmektedir⁹⁴. Ayırt etme gücü takdire açık ve nispi bir kavramdır⁹⁵. Bu açıdan bakıldığında somut olayda küçüğün motorlu araç alımı hususunda ayırt etme gücü yoksa engelli küçük bu hususta tam ehliyetsizdir.

Tam ehliyetsiz küçük vesayet altına alınmasaydı vesayet makamının izni gerekmezsiniz velinin işlemleriyle vergi istisnasından yararlanarak küçük adına ve hesabına motorlu araç alımı mümkün olacaktı. Nitekim velayet altına alınan kişinin işlemleri için velinin vesayet makamının izin alması gerekmez⁹⁶. Dolayısıyla vesayet makamı aynı koşullarda olan velayet altındaki küçük ile vesayet altındaki küçüğün vergi istisnasından farklı şekilde yararlanmasına neden olacak sonuçlar çıkmasına engel olmalıdır. Bu nedenle burada sadece vesayet altındaki küçüğün kendi menfaatleri dikkate alınarak karar verilmelidir.

Küçüğün engelliliği akıl hastalığından veya akıl zayıflığından kaynaklanıyorsa bile TMK m. 405 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Çünkü TMK m. 405 ancak ergin kişiler için uygulanabilmektedir⁹⁷. Tam ehliyetsizlerde vergi istisnasından yararlanarak engelli ergin adına ve hesabına motorlu araç alınacaksa ve engelli erginin engelliliği akıl hastalığı veya akıl zayıflığı kaynaklı ise vesayeti gerektiren hal olarak TMK m. 405 dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda kişi hakkında kısıtlılık kararı verilebilmesi için bedeni sakatlık hali yeterli olmadığından ruhsal bir hastalığın varlığı aranmaktadır⁹⁸.

TMK m. 405 gereği kısıtlanan ergin engellilerin ana ve/veya babaları sağ olmadığı takdirde velayet altına alınmaları mümkün olmayıp, vesayet altına alınmaları gerekmektedir⁹⁹. Dolayısıyla vesayet altında olan ergin engelli vesayet hükümlerine tabi olduğundan onun adına ve hesabına motorlu araç alımında vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Bu bakımdan vesayet altında olmayan ergin engelli vergi mevzuatı kapsamındaki istisnadan vesayet makamından izin almaksızın yararlanabilirken vesayet altındaki ergin engelli ise bu avantajdan doğrudan yararlanamamaktadır. Dolayısıyla özellikle ergin engellinin malvar-

⁹⁴ Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 57; Helvacı ve Erlüle, *Medeni Hukuk*, 69; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 430.

⁹⁵ Erdoğan, İhsan ve Keskin, Ayşe Dilşad, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 228; Serozan, *Medeni Hukuk*, 430; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 19.

⁹⁶ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1482.

⁹⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 701 vd; ayrıca bkz. Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 418; Öztan, *Aile Hukuku*, 1277 vd; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, 199; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 482 vd.

⁹⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, 1279; ayrıca bkz. ayrıca bkz. Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 418; Öztan, *Aile Hukuku*, 1277 vd; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku İkinci*, 482 vd.

⁹⁹ İyilikli ve Ersöz, "Veli Atanmanın Sonuçları", 171; Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1489.

lığından hiçbir eksilme olmadığı takdirde ilk iktisaba konu (sıfır km) motorlu araç alımlarında vesayet altındaki ergin engellinin menfaati dikkate alınmalıdır. Burada ergin engellinin sırf vesayet altında olması nedeniyle vergi istisnasından yararlanamaması ve vesayet altında olmayan engellilere göre daha dezavantajlı duruma sürüklenmesine neden olunmamalıdır.

2. Sınırlı Ehliyetsiz Engellilerde

Sınırlı ehliyetsiz engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilmesinde vesayet altındaki engelli küçüklerin ve erginlerin birbirine benzeyen ve birbirinden ayrılan yönleri değerlendirilmelidir. TMK m. 16/1-1. hükmünde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleri ile borç altına giremeyecekleri ve tasarruf işlemi yapamayacakları ifade edilmiştir¹⁰⁰.

TMK m. 408 hükmünün küçükler bakımından uygulanması mümkün değildir¹⁰¹. Zira küçüğün vesayet altına alınmaya yönelik kendi isteği bulursa bile TMK m. 408 hükmünün uygulanabilmesi için istekte bulunanın ergin olması gerekmektedir. Özetle TMK m. 404 kapsamındaki sınırlı ehliyetsiz engelli¹⁰², akıl zayıflığı veya akıl hastalığı dışında bir engelliliğe sahip bulunma ile velayet altında bulunmama şartlarını birlikte taşıyan ergin olmayan kişidir¹⁰³. Bu bakımdan sınırlı ehliyetsiz küçüğe motorlu araç alınması gerektiğinde TMK m. 462/2 gereğince vesayet makamından izin alınması şarttır.

İlk olarak küçük velayet altında bulunduğu velinin engelli küçük adına yaptığı işlemler için izin almasına gerek yoktur¹⁰⁴. Dolayısıyla velayet altında bulunan engelli küçük için vergi istisnasından yararlanarak motorlu araç alındığında veli ve engelli küçük vergi istisnasının bütün imkânlarından yararlanabilmektedir. Burada velinin veya engelli küçüğün vesayet makamının engellemesiyle karşılaşması söz konusu değildir.

Velayet altında bulunan küçüğe herhangi bir merciden izin almadan motorlu araç alımı için veli işlem yapabiliyorken, velayet altında bulunmadığı için vesayet altına alınan küçük adına vasinin neden TMK m. 462/2 gereği vesayet makamından izin alması gerektiğinin üzerinde durulmalıdır. Çünkü kural olarak velinin,

¹⁰⁰ Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 85; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 320; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 88.

¹⁰¹ Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, 200; Öztan, *Aile Hukuku*, 1288 vd; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 421.

¹⁰² Bu bölümde sınırlı ehliyetsizler incelendiği için her ne kadar TMK m. 404 hükmünün uygulanabilmesi için küçükte ayırt etmek gücünün olup olmadığına bakılmasa da, sınırlı ehliyetsiz küçükten söz edilebilmesi için küçüğün motorlu araç alımı bakımından ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir.

¹⁰³ Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 225; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 701.

¹⁰⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 1164; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 366; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 417.

eğer aralarında menfaat çatışması yoksa¹⁰⁵, küçüğü hayata hazırlayacağı¹⁰⁶ kabul edilmektedir. Ancak vasinin küçüğün anne veya babası olmaması dolayısıyla birtakım işlemler bakımından vesayet makamından ve/veya denetim makamından izin alınması gerekmektedir. Bu nedenle vesayet altında bulunan küçüğün adına ve hesabına motorlu araç alımında küçüğün menfaatlerini dikkate alarak motorlu araç alımına izin verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Vesayet altındaki küçüğün adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verme hususunu değerlendirirken küçüğün malvarlığının aktifinin azaltılması veya pasifinin artırılması suretiyle yapılan motorlu araç alım işlemini küçüğün malvarlığından hiçbir eksilme olmadan yapılandırmak gerekmektedir. Gerçekten ilkinde vesayet altındaki küçüğün malvarlığında bir eksilme söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan vesayet makamı tarafından küçüğün malvarlığındaki eksilme karşılığında vesayet altındaki küçüğe (engelliye) motorlu araç alınmasında küçüğün menfaatinin olup olmadığı menfaatler dengesi gözetilerek değerlendirilmelidir.

Kural olarak vesayet makamı bilirkişi raporlarıyla bağlı olmadığı gibi vasinin veya vesayet altındaki küçüğün (engellinin) beyanları ile de bağlı değildir¹⁰⁷. Ancak hâkim hem bilirkişi raporundaki bilimsel veya objektif verilerin aksine karar verirken hem de vasinin veya vesayet altındaki küçüğün beyanına rağmen küçüğe (engelliye) motorlu araç alımına izin vermediği durumlarda gerekçelerini açıkça ortaya koymalıdır. Nitekim vesayet makamı engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verme hususunu değerlendirirken, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükten farklı olarak, sınırlı ehliyetsiz küçüğün (engellinin) irade beyanını/düşüncesini dikkate alması gerekebilir¹⁰⁸. Bilhassa küçüğün engelliliğinin akıl hastalığından veya akıl zayıflığından kaynaklanmadığı ve vesayet altındaki küçüğün yaşının reşit olmaya yakın olduğu durumlarda küçüğün iradesi önem kazanacaktır.

Vesayet makamının vesayet altındaki engellinin gelir seviyesinin yüksek olduğunu göz önünde bulundurarak engellinin vergi istisnasından yararlanmaması gerektiği gerekçesi ile hareket etmesi mümkün olmamalıdır. Zira vergi istisnasına ilişkin mevzuatta engellinin malvarlığının miktarına ilişkin bir şart bulunmamaktadır. Bu bakımdan kanun koyucunun maddi durumu yerinde olmayanlara vergi istisnası tanı-

¹⁰⁵ Küçük ile ana veya baba arasında ya da ana veya babanın menfaati için küçük ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemlerle küçüğün borç altına girebilmesi bir kayyım katılmasını ve hâkimin onayını gerektirir (TMK m. 345).

¹⁰⁶ Özden Özer Taşkın, "Vesayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 1 (2020): 239.

¹⁰⁷ Vesayet işleri resen takip edilen ve kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işlerindedir (Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Cilt II*, 1850-1853); Çekişmesiz yargı işlerinde geçerli bu ilkeler vesayet makamının motorlu araç alımına izin kararında vasinin veya vesayet altındaki kişinin beyanlarıyla bağlı olmamasını güçlendirmektedir.

¹⁰⁸ Vesayet altına alınan kişi işlemin fırsat ve risklerini değerlendirebiliyorsa işleme rıza gösterebilir (Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N. 7). Bu bakımdan vesayet altındaki küçüğün yaşı, fırsatları ve riskleri anlama düzeyi dikkate alınarak somut olayda beyanı dikkate alınabilir.

ma ve diğer vesayet altındaki engellilere böyle bir imkân tanımama iradesi bulunduğu dair değerlendirme yapılamaz. Vesayet makamının vesayet altındaki engellinin gelir seviyesinin yüksek olması nedeniyle araç alımına izin talebini reddetmesi hukuka aykırı bir şekilde kendini kanun koyucu yerine koyması anlamına gelmektedir.

Sınırlı ehliyetsizlerde vergi istisnasından yararlanılarak engelli ergin adına ve hesabına motorlu araç alınacaksa ve engelli erginin engelliliği akıl hastalığı veya akıl zayıflığı kaynaklı değilse vesayeti gerektiren hal olarak TMK m. 408 dikkate alınmalıdır. TMK m. 408 hükmünde yaşlılık engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık gibi nedenlerle kendi işlerini gerektiği şekilde yönetemeyenlerinin bu durumu ispatladıkları takdirde kendi istekleri ile kısıtlanabilecekleri hüküm altına alınmıştır¹⁰⁹.

Sınırlı ehliyetsiz küçüklerden farklı olarak kendi isteği üzerine kısıtlanan engellilerde her halükarda sınırlı ehliyetsiz erginin görüşünün alınması önem arz etmektedir. Nitekim TMK m. 450 hükmünde vesayet altındaki kişinin kendi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması durumunda önemli işlerde vasinin karar vermeden önce vesayet altındaki kişinin de görüşünü alması gerektiği ifade edilmiştir. Zaten TMK m. 462/2 gereğince motorlu araç alımına vesayet makamının izin vermesi için motorlu araç alımının engelli bakımından olağan yönetim ve işletme ihtiyacı dışında kalan bir motorlu araç alım işlemi olması gerekmektedir¹¹⁰. Bu bakımdan engelli adına ve hesabına motorlu araç alımında gerek vasi engelliye temsilen işlem yaparken gerekse vesayet makamı izin hususunu değerlendirirken TMK m. 408 hükmüne göre vesayet altındaki engellinin görüşlerini ve açıklamalarını dikkate alınmalıdır¹¹¹.

Engellinin ve motorlu aracın kullanma hakkı olan engelli yakınlarının maddi durumu iyi olmadığı takdirde üçüncü kişilerin maddi desteği ile vesayet altındaki engelli adına ve hesabına motorlu araç alınması sağlanabilmektedir. Bu durumda engellinin motorlu araç alımına destek olan üçüncü kişilerin engelli vefat ettiğinde motorlu aracın bedelini geri almak kaygısını taşıdıkları anlaşılmaktadır. Burada genellikle sınırlı ehliyetsiz engellinin motorlu aracı maddi anlamda destek olan bu üçüncü kişilere vasiyet etmesi talebinde bulunmaktadır. Sınırlı ehliyetsiz olan ve 15 yaşından büyük olan kişilerin vasiyetname düzenlemelerinde vasiyetname düzenlemenin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle vasinin rızası aranmamaktadır¹¹². Ayrıca vasiyetname düzenlenmesi TMK m. 462 ve m. 463 hükümlerinde düzenlenmemiştir. Yine TMK m. 502 hükmünde ayırt

¹⁰⁹ Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, 200; ayrıca bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, 1288; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 421 vd.

¹¹⁰ Gençcan, *Vesayet Daireleri*, 1502.

¹¹¹ Vesayet altına alınan kişi işlemin fırsat ve risklerini değerlendirebiliyorsa işleme rıza gösterebilir (Vogel, *Basler Kommentar*, Art. 416-417, N. 7).

¹¹² Bilge Öztan ve Fırat Öztan, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, S. 4 (2016): 3589-3590.

etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş kişilerin vasiyetname düzenlemek için fiil ehliyetine sahip oldukları ifade edilmiştir. Dolayısıyla TMK m. 408 hükmüne göre kısıtlanan engellilerin bizzat vasiyetname düzenlemelerine bir engel bulunmamaktadır. Motorlu aracın engellinin ölümüyle üçüncü kişiye geçeceğine yönelik engellinin ölüme bağlı tasarrufu karşılığında engellinin adına ve hesabına motorlu araç alınmasına vesayet makamının izin vermesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca anlatılan işlemlerin sonucu olarak engellinin malvarlığında bir eksilme olmamaktadır.

SONUÇ

ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmü belli şartlar altında beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere engellilere vergi istisnasından yararlanarak motorlu araç sahibi olma hakkı tanımaktadır. Vesayet altında olmayan engelli vesayet hükümlerine tabi olmadığı için vesayet makamının izni gerekmeksizin ÖTV Kanunu m.7/2 hükmündeki şartları taşıyorsa vergi istisnasından yararlanabilmektedir. Ancak vesayet altındaki engelliler bakımından TMK m. 462/2 gereğince engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına vesayet makamı tarafından izin verilmesi gerekmektedir.

Vesayet altındaki engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilip verilmeyeceği değerlendirilmeden önce söz konusu motorlu araç alım işleminin TMK m. 462/2 kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Zira gelir seviyesi yüksek bir engelli için motorlu aracın ilk iktisabı olağan yönetim ve işletme ihtiyacı kapsamında değerlendirilebileceğinden TMK m. 462/2 kapsamında vesayet makamından izin alınmasına gerek olmayabilir. Ancak engellinin malvarlığına oranla motorlu araç alımı olağan yönetim ve işletme ihtiyacı kapsamında değilse vesayet makamı engellinin motorlu araç alımını TMK m. 462/2 gereğince somut olayın taşıdığı özelliklere göre değerlendirmelidir.

Engellinin malvarlığından eksilme olmadan engellinin vasisinin veya bir başka yakınının kazandırması ile engelli adına ve hesabına motorlu araç alınması işleminin karşılıksız kazandırma işlemi olmadığı dikkate alınmalıdır. Nitekim motorlu araç alım işlemi bir karşılıksız kazandırma işlemi olsaydı vesayet makamından izin alınması gerekmeyecekti. Her ne kadar engellinin vasisinin veya bir başka yakınının kazandırmasında en nihayetinde engellinin malvarlığında bir eksilme olmasa da engelli ile ilk iktisaba konu (sıfır km) motorlu aracı satan kişi arasındaki işlem bir borçlandırıcı işlemidir. Burada engellinin vasisi veya diğer yakınları tarafından motorlu araç bedeli öncelikle engellinin malvarlığına kazandırılmakta ve sonra bu malvarlığı kazandırmasından elde edilen bedel ile engelli adına ve hesabına motorlu araç alım işlemi gerçekleştirilmektedir. İşlemin kendisi bakımından olmasa da işlemin malvarlığında yarattığı sonuç bakımından engellinin malvarlığından eksilme olmaması engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımında vesayet makamından izin alınması gerekliliğini ortadan kaldırmaz.

Zira işlemin malvarlığında yarattığı sonuç bakımından engellinin malvarlığının yükümlülük altına sokulmadığı veya malvarlığından tasarrufta bulunulmadığı somut olayın özellikleri değerlendirilmeden belirlenemeyecektir.

Engelli adına ve hesabına motorlu araç alımına izin verilmesine ilişkin kararlarda vesayet makamı engellinin menfaatini, kişilik haklarını ve malvarlığını koruma amacıyla hareket etmelidir. Motorlu araç alımına ilişkin karar verilirken hazinenin vergi kaybına uğraması vb. gerekçeler vesayet makamının engellinin yararını gözetme görevini perdelememelidir.

Vesayet makamının öncelikle engellinin motorlu araç alımının olağan yönetim ve işletme ihtiyacı kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmesi için engellinin tüm malvarlığını araştırması gerekmektedir. Yine engelli adına ve hesabına alınacak motorlu aracın proforma faturası istenilmelidir. Zira engelli adına ve hesabına alınmasına izin verilen motorlu aracın kararda somutlaştırılabilmesi için motorlu aracın proforma faturası önem taşımaktadır. Buna ek olarak engellinin hangi vergi istisnasından yararlandığına dair ilgili evrakların da istenilmesinde yarar bulunmaktadır. Nitekim böylece engelli adına ve hesabına alınacak araçtan hangi kişilerin yararlanabileceği veya engellinin bizzat yararlanıp yararlanamayacağı araştırılarak izin kararının gerekçesi olgunlaştırılabilir.

ÖTV Kanunu m. 7/2 hükmüne ve Özel Tüketim Vergisi (II) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliğine eklenen yeni hükümlerle birlikte vergi istisnasından yararlanarak alınabilecek motorlu araçlara bedel sınırlaması getirilmiştir. Bu bedel sınırlaması da dikkate alındığında bedeli belli bir miktarın üzerinde kalan araçlar için bazı vesayet makamlarının hazinenin vergi kaybını engelleme çabaları yasal düzenleme haline gelmiştir. Vergi politikası ile belirlenen bu bedel sınırlamasının üzerine bir de vesayet makamının soyut ve belirsiz yeni sınırlar getirmesi engellinin gözetilmesi gereken menfaatini zedeleyecektir.

Tam ehliyetsiz engellinin adına ve hesabına motorlu araç alımında somut olayın hukuki anlam ve sonucunu anlamaması nedeniyle iradesinin ve düşüncesinin araştırılmasına gerek yoktur. Tam ehliyetsizlerden farklı olarak sınırlı ehliyetsiz engellilerin görüşünün alınması önem taşıyabilir. Özellikle TMK m. 450 hükmünde vesayet altındaki kişinin kendi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması durumunda önemli işlerde vasinin karar vermeden önce vesayet altındaki kişinin de görüşünü alması gerektiği ifade edilmektedir. TMK m. 408 hükmüne dayanılarak kısıtlanan engelliler zaten kendi istekleri ile kısıtlandığından bu kişilerin motorlu araç alımına dair irade beyanlarının vesayet makamının takdir yetkisini sınırlandırdığı söylenebilir. Bu çerçevede sınırlı ehliyetsiz engelli kendi görüşlerini oluşturma ve açıklama kabiliyetine sahipse motorlu araç alımına izin kararlarında engellinin düşüncelerinin dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Aslı. *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Aday, Nejat. “Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması.”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 77, S. 2 (2019): 813-846.
- Ağca Demiray, Leyla. “Engellilerin Yasa Önünde Eşit Tanınma Hakkı Çerçevesinde Vesayet Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2015.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*. İstanbul: Beta, 2016.
- Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016.
- Biderbost, Yvo, Editörler Büchler, Andrea, Häfeli, Christoph, Leuba, Audrey ve Stettler, Martin. *Erwachsenenschutz, FamKomm, Art. 416 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 2013.
- Binici, Mehmet Emin. “Engellilik Oranı Yüzde Doksanın Altında Bulunan Özür Durumlarında Taahhüt Alımlarının Vergisel Analizi.”, *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 7 (2018): 67-82.
- Çağan, Nami. “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme.”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, S. 1, (1980): 129-151.
- Çitil, Mahmut ve Üçüncü, Muhammet Kürşat. “Türkiye’de Engelli Hakları ve Engelliler Hukuku’nun Durumu.”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 35 (2018): 233-278.
- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Em, Ali. *Vesayet Hukuku ve Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Erdoğan, İhsan ve Keskin, Ayşe Dilşad. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Eren, Fikret. “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları.”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, S. 1 (1987): 159-212.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Vasi-Kayım, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Helvacı, Serap ve Erlüle, Fulya. *Medeni Hukuk Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- İşık, Hayriye. “Engellilerin Vergisel Avantajları.”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 2, S. 4 (2013): 0-9.
- İyilikli, Ahmet Cahit ve Ersöz, Oğuz. “Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları.”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 11 (2018): 169-215.
- Kaplan, İbrahim. “İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 137 (2018): 375-404.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kurt, Ekrem. "Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler.", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, S. Özel (2013): 1857-1930.
- Kuru, Baki ve Aydın, Burak. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Küçük, Salim, Editörler Turan, Hüseyin ve Kaplan, Recep. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Mahkemenin Kişi Bakımından Yetkisi*. Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine.", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1-2 (2001): 21-35.
- Öner, Erdoğan. *Türk Vergi Sistemi*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özer Sarıtaş, Duygu. *Roma Kişiler Hukuku Ders Notları*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2018.
- Özer Taşkın, Özden. "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi.", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 1 (2020): 239-262.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge ve Öztan, Fırat. "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları.", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, S. 4 (2016): 3585-3615.
- Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Serozan, Rona. "Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimiyle İlgili Talihsiz Saplantılar.", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006: 813-819.
- Şirin, Tolga. *Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Taşkın, Feyzullah. "Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları." Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2002.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Turan, Müslüm ve Turan, Müge. *Özel Tüketim Vergisi En Son Değişikliklerle*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı. *Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi*. Ankara: Anıl Reklam, 2021.
- Gelir İdaresi Başkanlığı. *Engelliler İçin Vergi Rehberi*. Ankara: Yayın No. 277, 2018.
- Yayman, Derya ve Çımat, Ali. "Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Avantajlar.", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 3 (2012): 297-322.
- Vogel, Urs, Editörler Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim Peter ve Geiser, Thomas. *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 415-418, 421-425 ZGB*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Zeytin, Zafer ve Ergün, Ömer. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

MANEVİ TAZMİNAT VE CEZALANDIRMA FONKSİYONU^(*)

Cansu KULAÇ^(**)

Öz

Manevi zararın tanımına ilişkin birden fazla teori vardır. Bu tanım yapıldıktan sonra manevi tazminatın fonksiyonu belirlenecek ve somut olayın gerekliliğine göre uygulanacaktır. Haksız fiil hukukunun geçirdiği tarihsel gelişim sürecinde tazminatın intikam duygusunu satın alma yani zarar vereni cezalandırma amacından uzaklaşp zararın telafi edilmesi noktasına geldiği kabul edilmelidir. Ancak günümüzde Common Law sisteminin uygulandığı ülkeler başta olmak üzere cezalandırma fonksiyonu taşıyan yaptırım türleri vardır. Yüksek miktarda tazminatların gündeme gelmesi sebebiyle bunlardan en dikkat çeken cezalandırıcı tazminattır. Cezalandırıcı tazminatı ikame etmemekle beraber bazı benzerlikler taşıyan medeni ceza ise bizim hukukumuzda yer alan cezalandırma fonksiyonu taşıyan yaptırım türüdür. Yargıtay uygulamalarının son zamanlarda manevi tazminatın fonksiyonlarını değerlendirdiği kararlarında cezalandırma amacını sağlamaya yönelik hükmettiği manevi tazminat miktarları tartışmalara sebep olmaktadır. Manevi tazminat bir cezalandırıcı tazminat ya da medeni ceza niteliğinde olmadığından cezalandırma fonksiyonuna hizmet etmesi yerinde bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Manevi Tazminat, Medeni Ceza, Cezalandırıcı Tazminat, Cezalandırma, Caydırma.

PUNITIVE FUNCTION WITHIN THE SCOPE OF NON-PECUNIARY DAMAGE

Abstract

There is more than one theory regarding the definition of moral damage. After this definition is made, the function of non-pecuniary damage will be determined and applied according to the necessity of the concrete case. In the historical development process of tort law, it should be accepted that compensation has moved away from the purpose of acquiring the feeling of revenge, that is, of punishing the person causing the loss, and has come to the point of compensating the damage. However, in today's law, there are types of sanctions that have a punitive function, especially in the countries where Common Law is applied. The most notable of these is punitive damages, as large amounts of compensation are on the agenda. Civil punishment, which does not replace punitive damages, but bears some similarities, is a type of sanction with a punitive function in our law. The amount of non-pecuniary damage that the Supreme Court has decided to provide for the purpose of punishment in its recent decisions evaluating the functions of non-pecuniary damage causes controversy. Since non-pecuniary damage is not a punitive damages or civil punishment, it is not appropriate to serve the punitive function.

Keywords

Non Pecuniary Compensation, Civil Punishment, Punitive Damages, Punishment, Deterrence.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.01.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 03.05.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1232781.

^(**) Avukat, İstanbul Barosu; Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi / İstanbul, Türkiye.
E-posta: cansu.kolot@windowslive.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8526-6056>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

The emergence of moral compensation is based on the principle of purchasing the feeling of revenge of the injured person. In this way, a certain amount of money was paid to the injured person and the person who caused the damage was tried to be punished. In this case, while the subject of non-pecuniary compensation was directly damaging, this approach has now been abandoned and the application of non-pecuniary compensation, which is the subject of compensation for damage, has been accepted. One of the biggest factors in this change is the evaluation of moral damage objectively, not subjectively. Since moral damage is accepted as a decrease in the existence of the person according to the general opinion today, the decrease in the existence of the person will be the subject of the determination of the moral compensation. How and how much of this reduction will be compensated will be determined after determining the function of non-pecuniary compensation.

According to the general acceptance in the doctrine and in our opinion, the function of non-pecuniary compensation is to compensate. The loss of the injured person's personality should be evaluated as an objective element and should be tried to be brought to the pre-tort situation. This need for compensation also creates the need for deterrence and prevention functions. An appropriate amount of compensation should be awarded in order to prevent and deter those who are likely to cause harm, but in doing so, it is necessary to avoid punishing the harmer. Otherwise, punitive damages may arise by moving away from non-pecuniary damages. Punitive compensation, on the other hand, is another institution that does not replace moral compensation.

The function of punitive compensation, which is based on the Common Law system, is to punish the offender. With this type of sanction, compensations greater than the amount of damage are ordered and by punishing the person who caused the damage, it is tried to prevent the repetition of the same action. However, even in this case, compensatory compensation must be awarded first. In cases where compensatory compensation is not sufficient, punitive compensation will be possible. In Turkish Law, the civil penalty arrangements in some laws are similar to punitive compensation. Both types of sanctions aim at deterrence and punishment. However, in order for a civil penalty to be awarded, the compensatory compensation does not have to be insufficient. In the event that the act regulated in the law has taken place, it is possible to directly impose a civil penalty. There is no general provision regarding the civil penalty in the legislation. Only in some articles of the law this type of sanction is specifically regulated.

The deterrence and prevention functions of non-pecuniary damages have been frequently emphasized in the Supreme Court practices in recent years. In particular, as a result of social disasters or actions that deeply affect the society, the Supreme Court orders non-pecuniary damages in amounts exceeding the damage and, in its decisions, mentions the deterrence and prevention function, and actually determines the amount for punitive purposes. This gives the impression that non-pecuniary damage approaches punitive compensation, which is not possible considering the differences between the two types of sanctions. It is only possible for the Supreme Court to prescribe a sanction with a punitive function within the framework of the provisions envisaged for the civil penalty sanction regulated in Turkish Law. Otherwise, the perpetrator will be faced with sanctions that are not regulated in the law, and this will harm the security of law. Although the act of the perpetrator is not subject to a civil penalty in the legislation, the provisions for high amount of non-pecuniary damages given in violation of the rule that the compensation should not exceed the damage are not appropriate. In order to do this, a general civil penalty provision is needed. However, if such a provision is included in the legislation, a sanction may be imposed that exceeds the damage.

GİRİŞ

Haksız fiil sonucu zarara uğrayan kişinin uğradığı zararın telafisini istemesi en beklenebilir sonuçtur. Bu kapsamda zarar verenin bir yaptırıma tabi tutulması gerekir. Zarar veren açısından çoğu zaman bu yaptırımın ceza niteliğinde olması arzusu oluşur ancak özel hukuk bağlamında cezadan değil tazminattan bahsetmek daha yerindedir. Zarar görenin uğradığı zararın telafi edilerek durumun haksız fiil öncesi haline getirilmesi amaçlanır ve zarar veren bir miktar tazminat ödemekle yükümlü tutulur.

Temelini Common Law sisteminden alan cezalandırıcı tazminat (punitive damages) doğrudan zarar vereni cezalandırmayı ve zarar veren eylemin tekrarlanmamasını amaçlar. Bu nedenle hükmedilen tazminat çoğu zaman zarar miktarından oldukça fazladır. Ancak bu yaptırım türü için bile ilk olarak telafi tazminatına hükmedilmiş olması ve telafi tazminatının yetersiz kalmış olması gerekir. Mevzuatımızda her ne kadar cezalandırıcı tazminat yaptırımı yer almamaktaysa da cezalandırma fonksiyonu taşıyan medeni ceza düzenlemeleri bulunmaktadır.¹ Medeni ceza için öncesinde telafi tazminatına hükmedilmiş olması gerekmemektedir. Kanundaki eylemin ortaya çıkması halinde medeni ceza yaptırımı doğrudan uygulanabilecektir.

Hukukumuzda özellikle Yargıtay uygulamaları bakımından tazminatın amacının ne olduğu sıklıkla gündeme gelmektedir. Son yıllardaki en dikkat çeken toplumsal facialardan biri olan Soma maden kazasıyla beraber manevi tazminatın fonksiyonu tekrar tartışılır hale gelmiştir. Kararlarda² caydırma fonksiyonundan bahsedilerek aslında cezalandırma amacı taşıyan tazminatlara hükmedilmiş ve bu da manevi tazminatın cezalandırıcı tazminat niteliği taşıyıp taşımadığı sorusunu ortaya çıkarmıştır. Kanaatimizce ve genel kabul uyarınca manevi tazminat cezalandırma fonksiyonu taşımadığından Yüksek Mahkemenin uyguladığı yaptırım aslında medeni ceza niteliğindedir. Ancak mevzuatımızda medeni cezaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığından zarar miktarını aşan, cezalandırma fonksiyonu taşıyan bu tip yaptırımlar yerinde değildir ve hukuk güvenliğini sarsmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde manevi tazminatın konusunu teşkil eden manevi zararın tanımını objektif, subjektif ve karma teoriler kapsamında yapılacak ve bu teorilerin cezalandırma fonksiyonuyla ilişkisi ortaya koyulacaktır. İkinci bölümde manevi tazminatın belirlenmesinde cezalandırılma fonksiyonunun uygulanabilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılarak karşılaştırılmalı hukuk ve Türk Hukuku çerçevesinde manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonu ile ilişkisi incelenecektir.

I. MANEVİ ZARARA İLİŞKİN TEORİLER ÇERÇEVESİNDE MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU

A. MANEVİ ZARARA İLİŞKİN TEORİLER

Manevi zararın tanımına ilişkin öğretide birlik bulunmamaktadır.³ Bu sebeple tanım yaparken subjektif, objektif ve karma teoriler kapsamında ayrı ayrı değerlendiril-

¹ 4857 Sayılı İş Kanunu md.17 ve md.5; 6536 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md.25; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu md.67; 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 783 f.3; 6098 sayılı Borçlar Kanunu md. 355 ve md.530; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.68; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58 f.2; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.973, md. 955 f.1, md.995, md.510 ve md.578.

² YHGK, 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370; Y4. HD, 16.09.2003, E. 2003/4618, K. 2003/10015; Y11. HD, 02.05.2013, E. 2012/10749, K. 2013/8845; Y17. HD, 15.11.2018, E. 2016/986, K. 2018/10776; Y21. HD, 03.10.2017, E. 2017/4601, K. 2017/7189.

³ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 197; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 284;

dirme yapmak gerekecektir. Subjektif teorinin merkezinde zarara uğrayan kişinin duygu durumu yer alır. Buna göre manevi zarar, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin acı ve elem hissetmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.⁴ Bu acı fiziki ya da manevi olabilir ve duygu zararı ya da duygusal zarar olarak da ifade edilebilir.⁵ Acı ya da elemi hissetme kabiliyeti olmayan kişi açısından manevi zararın söz konusu olup olmadığı teori kapsamında tartışmalıdır. Bir görüşe göre ayırt etme gücü olmayanlar ve tüzel kişiler acı ya da elemi hissedemeyeceğinden manevi zarara uğrayamaz ve manevi tazminat talep edemezler.⁶ Başka bir görüşe göre ise hakkaniyet sebebiyle manevi zarara uğrayabilecekleri ve manevi tazminatın gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.⁷ Kanaatimizce teorinin merkezi acı ya da elem hissetme olduğundan bunları hissedemeyenlerin yani ayırt etme gücü olmayanların ve tüzel kişilerin manevi zararının söz konusu olduğundan bahsetmek yerinde olmayacaktır.⁸

Bizim de katıldığımız ve Türk Hukukunda genel kabul gören objektif teoriye göre manevi zarar, haksız fiil sonucu zarar gören kişinin, kişi varlığında meydana gelen eksilmedir.⁹ Bu eksilme, zarar görenin duygu durumundan bağımsızdır. Zarar görenin kişi varlığında eksilme varsa manevi zarar ortaya çıkmıştır ve tazmin edilmesi gerekir.¹⁰ Kişi varlığında objektif eksilmenin meydana gelmesi aranır ve duygu zararları manevi zarar olarak değerlendirilmez. Bu kapsamda ayırt etme gücü olmayanlar ve tüzel kişiler de manevi zarara uğrayabilir ve manevi tazminat talep edebilirler.¹¹

Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2020), 384; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (İstanbul, Vedat Kiptaçılık, 2021), 419; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2021), 893; Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022), 502; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021), 199.

⁴ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 267.

⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 613.

⁶ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 269.

⁷ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 232; İnceoğlu, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", *BATİDER* C.24 Sa.4 (2008), 80.

⁸ Duygu Dağlıoğlu, "Manevi Zarar" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017), 66.

⁹ Gökhan, Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi* C. 22 Sa. 3 (2016), 221; Haluk Hadi Sümer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 139.

¹⁰ Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2008), 179.

¹¹ Arat, Ayşe, "6098 sayılı Borçlar Kanunu m.58'e göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II'nin Kaldırılmasının Etkisi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 17 Sa. 3-4 (2013), 187.

Objektif teori savunucularından Lorenz manevi zarar dış ihlal zararı ve takip eden dış ihlal zararı olarak iki ayrı zarar kalemi şeklinde ele alır. Dış ihlal zararı kişi varlığındaki ilk zedelenmedir ve insan onuru ihlalinin kaynaklarıdır.¹² Dış ihlal zararına ikincil nitelikte ortaya çıkan ikinci sonuç ise takip eden dış ihlal zararlarıdır ve eğer bu zarar duygu zararı ise ancak sağlık hakkını ihlal edecek ağırlığa ulaştığı hallerde tazmini söz konusu olacaktır.¹³

Subjektif ve objektif teorinin esaslarının birleştiği teori karma teoridir. Bu teori kapsamında manevi zararın ortaya çıkması için kişi varlığında oluşan eksilmenin bir duygu zararına sebep olması gerekir ve bu duygu zararının belirli bir ağırlıkta olması aranır.¹⁴ Ayırt etme gücü olmayanlar ve tüzel kişiler bakımından sadece objektif unsur yeterli görüldüğünden manevi tazminat talep edilebilir niteliktedir.¹⁵ Karma teori her ne kadar kimi durumlarda objektif unsurun tek başına yeterli geldiğini kabul etmekteyse de subjektif unsurun tek başına varlığını hiç bir halde manevi zarar açısından yeterli görmemektedir.¹⁶ Ayırt etme gücü bulunmayanlar ve tüzel kişiler bakımından objektif unsurun varlığının yeterli görülmesi her ne kadar kanaatimizce yerindeyse de duygu zararları manevi zarar kapsamında değerlendirilmemelidir. Değerlendirilse bile bunların belirli bir ağırlığa ulaşmış olmasının tespiti çok zor hatta neredeyse imkansız olacaktır.¹⁷

B. MANEVİ ZARARA İLİŞKİN TEORİLERİN CEZALANDIRMA FONKSİYONU İLE İLİŞKİSİ

Cezalandırma fonksiyonu manevi tazminatın zarar verenin haksız fiil sebebiyle cezalandırılmasına hizmet ettiği anlamına gelir.¹⁸ Bu fonksiyon aslında haksız fiil hukukunun ortaya çıkışıyla bağlantılıdır. Zarar verenin bedel ödemesi, zarar görenin ya da yakınlarının intikam duygusunun ödenecek para ile karşılanması uygulamasına dayanır. Zarar veren, haksız fiil sonucunda cezalandırılarak zarar verene ya da yakınlarına bir miktar para ödemek suretiyle onlardaki intikam duygusunu bir nevi satın almış olur. Bu da günümüzdeki tazminat sorumluluğunun temelini oluşturur.¹⁹ Manevi tazminatın telafi fonksiyonunu yeterli görmeyen

¹² Egon Lorenz, *Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld" Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB* (Berlin, Ducker & Humblot, 1981), 62 (Fulya Erlüle, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015), s. 44'den naklen).

¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 614.

¹⁴ Arat, m. 49/III'nin Kaldırılmasının Etkisi, 187.

¹⁵ Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, 182.

¹⁶ Hülya, Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015), 54.

¹⁷ Gökhan, Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 231.

¹⁸ Çiğdem, Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi* C. 25 Sa. 3 (1999), 252; Yaşar, Karayalçın, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 19 Sa. 1 (1962), 261.

¹⁹ Başak, Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 550.

bir görüşe göre manevi tazminat aslında bir özel hukuk cezasıdır ve manevi tazminatla amaçlanan, zarar verenin cezalandırılmasıdır.²⁰ Düşüncenin temeli kötülüğe karşılık vermek olduğundan buna paralel olarak tazminatın belirlenmesinde zarar verenin mal varlığı durumu da dikkate alınır.²¹

Cezalandırma fonksiyonunun kabulü halinde, manevi tazminatın miktarı belirlenirken zarar değil kusurun ağırlığı ve derecesi dikkate alınacaktır.²² Bu da kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminat talep edilememesi gibi bir sonuca sebep olacaktır. Zarar verenin kusurunun değerlendirilmesi bakımından özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki ayırım oldukça silikleşip manevi tazminatın özüne aykırı olacak şekilde suçta ve cezada şahsılık ilkesinin uygulanması gerekecektir.²³

Manevi zararı kişi varlığında eksilme olarak kabul eden objektif teoriye göre, manevi tazminatın amacı cezalandırma değil zarar görenin zararının telafisidir.²⁴ Zarar görenin zarar sonucunda acı ve elem duyup duymamasının bir önemi yoktur. Manevi tazminat kapsamında kişi varlığındaki objektif eksilme telafi edilir. Her ne kadar zarar görenin ihlal edilen kişilik hakkı değerinin para ile ölçülmesi çok kolay değilse de eksilmenin telafisi gerekir.²⁵ Bir görüşe göre, manevi tazminatla maddi tazminatta olduğu gibi gerçek bir giderim sağlamak mümkün değildir; çünkü manevi zarar parayla ölçülebilir değildir ve bu sebeple manevi tazminatın amacı yalnızca tatmin olabilir.²⁶ Ancak tatmin fonksiyonu doğrudan zarar görenin duygu dünyasıyla ilgili olduğundan²⁷ ve objektif teori kapsamında zarar görenin hislerinin değil zararın telafisinin sağlanması amaçlandığından bu görüşe katılmamaktayız.²⁸

Objektif teori kapsamında sadece zarar görenin zararını telafi etmek tek başına yeterli değildir. Telafi fonksiyonuyla daha önce ortaya çıkmış zarar tazmin edilebileceğinden telafi fonksiyonunun tamamlayıcısı olarak zararın önlenmesi

²⁰ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet, İstemi, *Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 3, (İstanbul: Beta Yayınları, 2011), 2692-2693.

²¹ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayşe Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 132.

²² Atakan Adem Selanik, *Manevi Zararın Tazmini*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 167.

²³ Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi*, 29.

²⁴ Demir, Kübra, "Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 8 Sa. 1-2 (2021), 68 (aynı yazar iki görüşü de savunamayacağına göre atfın düzeltilmesi gerekir).

²⁵ Arat, m. 49/II'nin Kaldırılmasının Etkisi, 192.

²⁶ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, 128.

²⁷ Eroğlu Durkal, Müzeyyen, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", *TBB Dergisi* C. 131 Sa. 1 (2017), 183.

²⁸ Kırca, *Manevi Tazminatın Fonksiyonu*, 256; Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*.

ve tekrarlanmaması için önleme ve caydırma fonksiyonuna da ihtiyaç vardır.²⁹ Bu kapsamda önleyicilik fonksiyonunu yerine getirebilmek için kişi varlığındaki eksilmelerin tekrar etmesini engellemek ve zararı henüz doğmadan önlemek gerekecektir. Caydırma amacı için ise zarar verme ihtimali olan kişiyi, zarar verici faaliyeti yapmamaya yönlendirici düzenlemeler yapmak gündeme gelecektir.³⁰ Bir görüşe göre caydırma ve cezalandırma fonksiyonunu birbirinden ayırmak mümkün değildir.³¹ Ancak bu görüşün temeli manevi zararın subjektif teoriye göre nitelendirilmesine dayanır. Amaçlanan, duygu zararlarını ve bu kapsamda mağdurun failden ölç alma duygusunu gidermektir.³²

Caydırma fonksiyonunu sağlamaya çalışırken, haksız fiil hukukunun asıl amacının caydırıcılık olduğunu savunan hukuk ve ekonomi öğretisinden yararlanmak gerekecektir.³³ Bu öğretiye göre caydırma fonksiyonu kapsamında zararı tazmin ederken refah maksimizasyonunu sağlamak için hukuk kurallarının ekonomik açıdan etkin olması gerekir ve ancak bu sayede önleyicilik fonksiyonu yerine getirilerek zarar görenin zarar verici davranışı yapmaktan geri durması söz konusu olur.³⁴

Subjektif teoriyi benimseyenler genelde manevi tazminatın tatmin fonksiyonu olduğunu kabul etmektedirler. Tatmin fonksiyonu çerçevesinde amaçlanan, zarar görenin duygu zararları sonucu oluşan hislerini bir miktar para ya da mahkeme kararı ile tatmin etmektir. Tatmin fonksiyonunun kabul edilmesi halinde subjektif teori çerçevesinde zarar görende yaratılan haksızlık duygusunun ortadan kaldırılması gerekir ve bu zarar gören açısından zarar verenin cezalandırması sonucu mümkündür.³⁵ Bu noktada manevi tazminat belirlenirken zararın miktarından bağımsız olarak zarar verenin tatmin olacağı ölçünün ne olacağı belirlenecek ve bunun için de zarar görenin uğradığı duygu zararlarının onda oluşturduğu yaşama sevinci kaybı dikkate alınacaktır.

Karma teoriyi savunan görüş açısından ise manevi tazminatın fonksiyonu zarar görenin acı ve elemının mümkün olduğu derecede telafisi ve denkleştirilmesidir.³⁶ Amaçlanan, zarar görenin duygu durumunu olumlu yönde etkileyerek hissettiği acı ve elemi mutluluk duygusuyla denkleştirmektir.³⁷ Bu bağlamda telafi

²⁹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, 20.

³⁰ Selanik, *Manevi Zararın Tazmini*, 204.

³¹ Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, 8.

³² Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi*, 29.

³³ Abdülkadir, Pekel, "Kitap Değerlendirmesi Hukuk ve Ekonomi, Cento Veljanovski", *Liberal Düşünce Dergisi* C. 83 Sa. 1 (2016), 171.

³⁴ Gönül Koşar, Günhan, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 69 Sa. 3 (2020), 1454.

³⁵ Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi*, 38.

³⁶ Yıldız, Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 59 Sa. 3 (2010), 417.

³⁷ Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, 134.

ve tatmin fonksiyonları birlikte değerlendirilmelidir ve cezalandırma fonksiyonu da ikincil niteliktedir. Zarar görenin hissettiği acı ve elem mutluluk duygusuyla denkleştirildikten sonra, telafi tazminatından daha yüksek miktarda bir cezalandırıcı tazminat belirlenerek herkesin kişilik haklarına saygı göstermesi sağlanır.³⁸ Kanaatimizce manevi zararın karma teori kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olmadığından bu görüşe katılmamaktayız.

II. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE CEZALANDIRMA FONKSİYONUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZALANDIRMA FONKSİYONU

İngiliz Hukukunda düzenlenen cezalandırıcı tazminat, zarar verenin cezalandırılması ve zarar verici davranışı tekrarlamasının engellenmesi amacıyla zarardan daha yüksek miktarda hükmedilen tazminattır.³⁹ Cezalandırıcı tazminat, ilk olarak *Huckle v. Money*⁴⁰ davası kapsamında gerçek zararın on beş katı kadar tazminata hükmedilmesiyle ortaya çıkmıştır. Daha sonra *Wilkes v Wood*⁴¹ davasında cezalandırıcı tazminatın amacının, telafi dışında, zarar vereni cezalandırmak ve zarar verici davranışın tekrarlanmasını önlemek olduğu belirtilmiştir.⁴² Cezalandırıcı tazminat sıklıkla intikam aracı olarak kullanılmış ve mahkemelerde bu yaptırım türüyle amaçlananın kamu düzenini korumak için intikam almak olduğu ifade edilmiştir.⁴³ *Rookes v Barnard*⁴⁴ kararı ile ise cezalandırıcı tazminatın mevcut zararın üstünde bir tazminat olduğu belirtilerek geniş anlamda çerçevesi çizilmiş ve unsurları belirlenmiştir.⁴⁵ Bu bağlamda cezalandırıcı tazminat için kamu çalışanlarının anayasaya aykırı ve baskıcı bir davranışının söz konusu olması, zarar verenin zararı gerçekleştirirken zarara konu fiil sonucunda ödeyeceği tazminattan daha fazla yarar elde edeceğini düşünmesi ve cezalandırıcı tazminatın kanunda düzenlenmiş olması aranmaktadır.⁴⁶ Bu üç unsurun incelenmesi İngiliz Hukukunda kategori testi olan adlandırılmaktadır ve günümüzde bu testin uygulanması mahkemelerin takdirindedir.⁴⁷

³⁸ Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi*, 32.

³⁹ Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, 57.

⁴⁰ *Huckle v Money*, 95 E.R. 768, 1799.

⁴¹ *Wilkes v Wood*, 98 E. R. 189, 1763.

⁴² Gülerüz, Tarık ve Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, "Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", *TBB Dergisi* C. 141 Sa. 1 (2019): 329.

⁴³ Colby, Thomas, "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual Private Wrongs", *University of Minnesota Law Review* Vol. 87 Iss. 1 (2003), 603.

⁴⁴ *Rookes v Barnard*, AC 1129, 1964.

⁴⁵ Owen, David, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", *Villanova Law Review* Vol. 39 Iss. 2 (1994), 369.

⁴⁶ Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 105.

⁴⁷ Gülerüz ve Zorluoğlu Yılmaz, *Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi*, 303.

İngiliz Hukukunda cezalandırıcı tazminat için aranan, zarar verici faaliyetin suç olması değil, zarar verenin cezalandırılmayı gerektiren bir davranışının olmasıdır.⁴⁸ Bununla paralel olarak Archer v Brown davasında belirtildiği üzere zarara sebep olan haksız fiile ilişkin zarar verenin ceza mahkemelerince cezalandırılmamış olması aranır.⁴⁹ Rookes v Barnard kararında ise cezalandırıcı tazminatın söz konusu olabilmesi için ilk olarak telafi tazminatına hükmedilmesi ve ancak bu tazminat miktarının yeterli gelmediği hallerde cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebileceği belirtilmiştir.⁵⁰ Bu bağlamda telafi tazminatı, cezalandırıcı tazminatın ön koşuludur.⁵¹

Amerikan Hukukunda cezalandırma fonksiyonu ilk olarak Genay v Norris davasında gündeme gelmiştir.⁵² Olayda, davalının içkisine şaka yapma maksadıyla kuduz böceği atılmış ve açılan davada, davalının bundan dolayı ciddi bir şekilde hastalanması sebebiyle mahkeme kötü niyetli davranışların varlığı halinde telafi fonksiyonunun değil cezalandırma fonksiyonunun devreye girmesi gerektiğinden bahisle cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.⁵³ Mahkemeler uzun süre bu içtihadı koruduktan sonra Fay v Parker davasında, cezalandırıcı tazminatın hukuk bütünlüğünü bozduğu eleştirisiyle dava reddedilmiştir.⁵⁴ Bu yaklaşım, günümüz doktrininde hala tartışılmakta ve istisna olarak değerlendirilmektedir.⁵⁵

Cezalandırıcı tazminatla ilgili en çarpıcı kararlardan biri Liebeck v. McDonald's davasıdır. McDonald's tarafından olması gerekenden daha sıcak servis edilen kahve sebebiyle Liebeck üçüncü derece yanık tedavisine maruz kalmıştır ve mahkeme McDonald's aleyhine telafi edici tazminata ek olarak cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.⁵⁶ Philip Morris USA v William davası da yine cezalandırıcı tazminat anlamında yüksek miktarların öngörüldüğü bir davadır.⁵⁷ Davacının eşinin akciğer kanserinden ölmesinde Philip Morris'in sigara içmenin güvenli ve zararsız olduğu hususunda yarattığı güvenin etkisi olduğu gerekçeyle telafici edici tazminata ek olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir.⁵⁸

⁴⁸ Morris, Clarence, "Punitive Damages in Personal Injury Cases", *Ohio State Law Journal* Vol. 21 Iss. 2 (1960), 217.

⁴⁹ Archer v. Brown & Root, Inc., 241 F.2d 663, 1957.

⁵⁰ Gotanda, John Yukio, "Punitive Damages: A Comparative Analysis", *Working Paper Series Villanova University Charles Widger School of Law* (2003), 12.

⁵¹ Başoğlu, Başak, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 15 Sa. 1 (2016), 620.

⁵² Owen, "A Punitive Damages Overview", 335.

⁵³ Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, 84; Genay v. Norris, 1 S.C.L. 6, 1 Bay 6 (1784).

⁵⁴ Fay v Parker, 53 N.H. 342, 1872.

⁵⁵ Walther, David ve Plein, Thomas, "Punitive Damages - A critical Analysis: Klink v Combs", *Marquette Law Review* Vol. 49 Iss. 2 (1965), 371.

⁵⁶ Stella Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc. And McDonald's International, Inc. Aug. 18, 1994.

⁵⁷ Philip Morris USA v Williams, No. 05-1256, 2007.

⁵⁸ Markel, Dan, "How Should Punitive Damages Work?", *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 157 Iss. 1 (2019), 1392.

Manevi tazminatın cezalandırıcı tazminat olarak değerlendirilmesine ise ilk olarak Alman Hukukunda rastlanmaktadır. Alman öğretisinin bu bağlamda dayandığı temel, Roma Hukuku'dur.⁵⁹ Roma Hukukunda haksız fiil sorumluluğu kapsamında özel hukuk ve kamu hukuku iç içe geçmiş özel bir yapıya sahiptir. Amaçlanan hem haksız fiil sorumlusunun hem cezalandırılması hem de zarar görenin zararının telafisidir.⁶⁰ Alman Federal Mahkemesi kararları⁶¹ da bu yöndedir. *Caroline v. Monaco* kararı kapsamında öngörülen tazminatın caydırıcılık fonksiyonunu sağlayabilmesi için tazminat miktarı üst sınırın oldukça üstünde belirlenmiş ve gerekçe olarak da manevi tazminatın cezalandırıcı niteliği olduğu ifade edilmiştir.⁶² Günümüz Alman Hukukunda da ayrımcılık sebebiyle ödenen tazminat ve fikri ve sınai hakların halinde ödenen tazminatların cezalandırıcı tazminat niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.⁶³

B. TÜRK HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRMA FONKSİYONU

1. Manevi Tazminata Alternatif Olarak Cezalandırıcı Tazminat

Türk Hukukunda manevi tazminatın amacı telafidir. Telafi kapsamında zarar görenin uğradığı zarar esas alınarak tazminat belirlenir.⁶⁴ Ancak bazı özel hukuk düzenlemelerinde zarar miktarını aşan tazminata hükmedilebileceği öngörülmektedir. Bu düzenlemelerde esas amaç cezalandırma ve caydırmadır ve öngörülen yaptırımlar bu kapsamda medeni ceza olarak nitelendirilebilirler⁶⁵. Doktrinde bir görüşe göre⁶⁶ medeni ceza, Common Law kapsamında uygulanan cezalandırıcı tazminat yaptırımıyla aynıdır.

Hukumumuzda genel kabul, tazminat sorumluluğunun merkezinde kusurun değil zararın olmasıdır.⁶⁷ Manevi tazminata cezalandırma fonksiyonu yüklendiğinde haksız fiil hukukunun tarihsel gelişimi bakımından oldukça gerilere gitmek gerekecek ve yıllar boyu katedilen yolun görmezden gelinmesi söz konusu olacaktır. Toplumun sosyal refahının sağlanabilmesi için tazminat miktarlarının belirlenmesi ve kimi durumda arttırılması çok önemli ve gereklidir; ancak bunun

⁵⁹ Behr, Volker, "Punitive Damages in American and German Law", *Chicago-Kent Law Review* Vol. 78 Iss. 1 (2003), 150.

⁶⁰ Uçaryılmaz, Talya Şans ve Emiroğlu, Haluk, "Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 69 Sa. 2 (2020), 835.

⁶¹ Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, 350.

⁶² Vahrenwald, Arnold, "Princess Caroline of Monaco Fights the Press", *Entertainment Law Review* Vol. 4 (1995): 160.

⁶³ Behr, "Punitive Damages in American and German Law", 130.

⁶⁴ Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, 346.

⁶⁵ Gül, İbrahim, "Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 9 Sa. 18 (2019), 345.

⁶⁶ Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, 183.

⁶⁷ Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", 1440.

esas olarak telafi maksadıyla, zarar görendeki ihlal edilen kişilik değerinin objektif olarak tespit edilip eski haline getirilmesini sağlamaya çalışarak yapılması gerekir. Bunun için de somut olay çerçevesinde pozitif hukuktan faydalanmak yerinde olacaktır. Mevzuatımız çerçevesinde cezalandırma fonksiyonu taşıyan yaptırım türü medeni cezadır ve medeni ceza yaptırımını öngörölmüş düzenlemeler haricinde gelişen bir somut olayda manevi tazminata cezalandırma fonksiyonu yüklemek yerinde olmayacaktır.

Cezalandırıcı tazminatta amaç zarar vereni cezalandırmak ve caydırmaaktır.⁶⁸ Haksız fiil hukukunun ortaya çıkışına paralel olarak burada amaçlanan, kişisel ya da toplumsal bağlamda intikam duygusunun satın alınması, öç alınmasıdır.⁶⁹ Bu vesileyle haksız fiil sorumlusu kınanmaktadır. Diğer bir fonksiyon olan caydırma fonksiyonu bağlamında ise amaçlanan, haksız fiil sorumlusunun ya da bir başka kişinin aynı zararı ortaya çıkaracak faaliyeti tekrarlaması halinde cezalandırılacağı bilmesini ve bu faaliyetten kaçınmasını sağlamaktır.⁷⁰ Bu noktada hukuk ve ekonomi öğretisi doğrultusunda amaçlanan, sosyal refahın artırılmasıdır ve bu da muhtemel haksız fiilleri caydırıcı miktarda tazminatla önleyerek mümkündür.⁷¹

Medeni ceza ve cezalandırıcı tazminat düzenlemeleri, özellikle amaçları bakımından birbirlerine benzemektedirler. Her iki düzenleme kapsamında da öne çıkan fonksiyonlar caydırma ve cezalandırma fonksiyonlarıdır.⁷² Telafi tazminatının sınırının aşılması ve merkezinde zarar veren olması sebebiyle medeni ceza kurumu, cezalandırıcı tazminata benzemektedir. Türk Hukuku'nda muhtelif kanunlarda medeni ceza düzenlemeleri vardır.⁷³ Örneğin TBK md. 7 uyarınca, ısmarlanmadığı şey kendisine gönderilen kişi onu geri göndermek zorunda değildir. Bu noktada ısmarlanmayan şeyi geri gönderen kişi, o şeyi alıcının yararına terk etmiş sayılarak cezalandırılmaktadır. Halbuki aslında ortada bir zarar yoktur.⁷⁴ Cezanın merkezinde doğrudan zarar veren vardır. TBK md. 81 hükmünde hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi maksadıyla verilen şeyin geri istenememesi de yine aynı nitelikte bir düzenlemedir.⁷⁵ RKHK md. 58 uyarınca rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zarara

⁶⁸ İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 422.

⁶⁹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, 18.

⁷⁰ Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi*, 29.

⁷¹ Baykal, Murat, "Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi* C. 4 Sa. 1 (2008), 81.

⁷² Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, 194.

⁷³ Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 222.

⁷⁴ Murat İnceoğlu ve Başak Başoğlu, *Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi*, Rona Serozan'a Armağan Cilt 2, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010), 982-985.

⁷⁵ Çağlayan Aksoy, Pınar, "Sebepsiz Zenginleşme hukukunda iade Talebinde Bulunmasını Engelle-yen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C. 31 Sa. 4 (2015), 143.

ilişkin elde edilmesi muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedilebilmesi telafi amacının aşıldığı caydırma ve özellikle cezalandırma fonksiyonunun öne çıktığı bir düzenleme olarak değerlendirilmekte ve bu kapsamda medeni ceza olarak nitelendirilmektedir.⁷⁶ İş Kanunu md. 17’de düzenlenen fesih hakkı kullanılarak iş akdinin feshedilmesi halinde işverenin işçiye bildirim süresinin üç katı kadar tazminat ödemekle yükümlü olması da benzer doğrultuda bir düzenlemedir.⁷⁷ Bu düzenlemelerde manevi tazminatın telafi fonksiyonu kapsamında aranan “zarar miktarını aşmama” kuralı aranmamış ve cezalandırma amacıyla çok daha yüksek miktarlarda tazminat miktarları belirlenmiştir.

Türk Hukuku’ndaki medeni ceza düzenlemelerinin cezalandırıcı tazminatla benzerlikleri olsa da bu iki yaptırımın birbirini ikame eder nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için Common Law sisteminde ön koşul telafi edici tazminatın kararlaştırılmasıdır ancak medeni ceza kapsamında bir şart yoktur.⁷⁸ Zararın varlığının aranmadığı medeni ceza nitelikli düzenlemeleri görmek mümkündür. Örnek vermek gerekirse Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md. 25 uyarınca iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde işçi lehine bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak şekilde sendikal tazminat ödenir. Burada zarar şartı aranmamış, sendikal fesih hali tazminat için yeterli görülmüştür.⁷⁹ TBK md. 353 f.3’de düzenlenen kiraya verenin yeniden kiralama yasağına aykırı davranması halinde eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmayan tazminat ödeme yükümlülüğü yine zararın aranmadığı, medeni ceza olarak kabul edilebilecek bir düzenlemedir.⁸⁰ Cezalandırıcı tazminatın konusunun bir miktar para olmasına rağmen medeni cezalara ilişkin paradan başka bir yaptırımın düzenlenmesi mümkündür. TMK md. 510 uyarınca mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse mirasçılıktan çıkarılabilir. Burada mirasçı aleyhine bir tazminat düzenlenmemiş, kanuni hakkı olan miras payını almaktan mahrum bırakılarak cezalandırma yoluna gidilmiştir⁸¹ TMK’nın 181. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam edip diğer eşin mirasçılık sıfatını yitirmesi, TBK md. 295’te

⁷⁶ Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 529.

⁷⁷ Cömert Akbay, Büşra, “Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* C. 4 Sa. 2 (2018), 159.

⁷⁸ Baysal, Başak, editör, *Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler*. (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017), 181.

⁷⁹ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 340.

⁸⁰ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 670.

⁸¹ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, (İstanbul: Adalet Yayınları, 2020), 210.

düzenlenen bağışlamanın geri istenebilmesi, TMK md. 578'de düzenlenen hallerin gerçekleşmesi durumunda mirasçının mirastan yoksun kalması ve ölüme bağlı tasarrufla hak iddia edememesi,⁸² TMK md.510'da düzenlemesi gibi kanuni bir haktan mahrum bırakılarak aslında medeni ceza yaptırımının uygulandığı düzenlemelere örnek niteliğindedir.

2. Yargıtay Kararları Işığında Cezalandırma Fonksiyonuna İlişkin Değerlendirme

Yargıtay manevi tazminat ile ilgili kararlarında manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonunun olmadığından ve manevi tazminat ile zarar görende huzur duygusu yaratmanın amaçlandığından bahsetmektedir.⁸³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi daha önce geçirdiği kaza sonucu ayağını bükemeyen davacının davalı tarafından uçağa alınmaması durumunda davacı için 40.000 TL ve eşi için 10.000 TL olarak belirlenen manevi tazminatı, manevi tazminatın bir ceza olmadığından ve takdir edilecek miktarın mevcut durumda elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olacak şekilde belirlenmesi gerekliliğinden bahisle isabetli bulmamıştır.⁸⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise bir kararında hükmedilecek manevi tazminatın zarar görende manevi huzur doğurmayı amaçlayan özgün nitelikte bir yaptırım olduğundan ve bir ceza olmadığından bahsetmiştir.⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda da yine manevi tazminatın zarar görene huzur vermeyi, duyduğu acı ve elemin dindirmeyi amaçladığı ve bu bağlamda da miktarın zarar görende tatmin duygusunu sağlayacak ölçüde olması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁶ Yargıtayın genel tutumu manevi tazminatın tatmin fonksiyonunun olduğu ve zarar görenin duyduğu acı ve elemin manevi tazminat miktarıyla tatmin edilmesi gerektiği yönündedir.

Yargıtay, her ne kadar manevi tazminatın cezalandırma amacı taşımadığını ifade etmekteyse de son yıllardaki kararlarında caydırıcılık fonksiyonundan bahsederek aslında cezalandırma amacı güden kararlar vermektedir. Bunun en önemli örneği, Soma faciasına ilişkin 2014 tarihli kararıdır.⁸⁷ Yüksek Mahkeme, Soma'da meydana gelen iş kazasının son yüz yılın en büyük iş kazalarından biri olması sebebiyle toplumun genelinde derin bir üzüntünün meydana geldiğini bu gibi toplumu derinden etkileyen facialarda manevi tazminatın tutarı değerlendirilirken caydırıcılık fonksiyonunun da öne çıkması gerektiğini belirterek önceki içtihatlarından çok daha yüksek bir manevi tazminata hükmetmiştir. Yargıtay her ne kadar tek başına caydırma fonksiyonundan bahsetmişse de özellikle taz-

⁸² Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013), 55.

⁸³ YHGK, 24.10.2001, E. 2001/4-1016, K. 2001/757; Y4.HD, 02.11.1993, E. 1992/7276, K. 1993/12397.

⁸⁴ Y11.HD, 15.02.2016, E. 2015/3644, K. 2016/1535; Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Manevi Tazminat*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 100.

⁸⁵ Y4.HD, 13.10.2005, E. 2004/14567, K. 2005/10883.

⁸⁶ YHGK, 27.11.2018, E. 2017/1426 K. 2018 /1989.

⁸⁷ Y12.CD, 30.09.2020, E. 2020/200, K. 2020/4732.

minat miktarı düşünüldüğünde burada asıl amaç zarar vereni cezalandırmaktır. Bu kapsamda da manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonu öne çıkmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında⁸⁸ ise “*gerek cismani zarar, gerekse kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda takdir edilecek manevi tazminat miktarının takdirinde, istenen tatmin duygusunun yanında, ayrıca hukuka aykırı eylemin bir daha işlenmemesi için caydırıcı bir özellik ve etkinlik de taşınmalıdır*” ifadesinin ardından, birinci derece mahkemesinin belirlediği tazminat az bulunmuş ve davalının sosyo-ekonomik durumu kapsamında miktarın artırılması gerektiği belirtilmiştir. Burada da yine caydırma ve cezalandırma fonksiyonunun iç içe geçmesi, hatta cezalandırma fonksiyonunun öne çıkması söz konusudur. Tazminat belirlenirken davalının ekonomik durumu dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmıştır ve bu da verilen hükmü aslında medeni cezaya yaklaştırmaktadır. Kaldı ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda manevi tazminatın tatmin duygusunu sağlamanın yanında zararın dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırmanın gerekliliğinden bahsederek kanaatimizce aslında burada doğrudan cezalandırma fonksiyonuna işaret etmiştir.⁸⁹ Yargıtay'ın bu yönde başkaca kararları da vardır.⁹⁰ Yüksek mahkemenin son yıllardaki eğilimi, manevi tazminata hükmederken manevi tazminatın caydırma fonksiyonunu ön plana çıkarmak gibi görünmekteyse de aslında hükmedilen tazminatlar zarar verenin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Katıldığımız objektif teorinin kabulü halinde manevi zarar kişi varlığında eksilme olarak kabul edildiğinden, manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonunun olduğundan bahsetmek yerin değildir. Objektif teori kapsamında tazmin edilmesi gereken eksilme, tıpkı malvarlığındaki eksilme gibi objektif bir nitelik taşınmalıdır ve bu ancak manevi tazminatın özel hukuk yaptırımı olarak kabul edildiği hallerde mümkündür. Aksi halde manevi tazminatın intikam parası gibi kabulü gündeme gelecektir ve bu da ceza hukuku ve özel hukuk ayırımını büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır.⁹¹ Ancak manevi tazminatın telafi fonksiyonunun yeterli gelmediği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde Yargıtay'ın genel eğilimi cezalandırma amaçlı tazminata hükmetmek şeklindedir. Bu da hükmedilen manevi tazminatı, kanaatimizce medeni cezaya yaklaştırmaktadır. Medeni cezaya ilişkin Türk Hukuku'nda genel bir düzenleme olmadığından⁹² ve manevi tazminatın fonksiyonu telafi etmek olduğundan, Yargıtay uygulamalarının cezalandırma maksatlı kararları yerinde değildir. Her ne kadar bazı durumlarda telafi fonksiyonu yeterli gelmemekteyse de bu eksikliği medeni ceza ile giderilebilir için genel bir hükmün olması gerekir. Aksi halde zarar verenin hukuk

⁸⁸ Y4.HD, 15.09.2003, E. 2003/4618, K. 2003/10015.

⁸⁹ YHGK, 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370.

⁹⁰ Y4. HD 26.10.2005, E. 2004/15251, K. 2005/11929; Y4.HD, 06.02.2003, E. 2002/10731, K. 2003/1451.

⁹¹ Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, 550.

⁹² Gül, “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?” 343.

düzeninde öngörülmemiş sürpriz bir yaptırımla karşı karşıya kalması gündeme gelecektir ki bu da hem hukuk güvenliğine hem de manevi tazminatın amacına uygun düşmemektedir.

SONUÇ

Zararın aşılması halinde manevi tazminatın fonksiyonunun değerlendirilmesi yapılırken ilk olarak manevi tazminat kapsamında tazmin edilen manevi zararın tanımının yapılması gerekmektedir. Katıldığımız objektif teori uyarınca manevi zarar kişi varlığında meydana gelen eksilmedir. Haksız fiile uğrayan kişinin kişi varlığındaki eksilme objektif olarak değerlendirilmeli ve manevi zarar olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda kişinin acı ya da elem hissedip hissetmediği önem taşımadığından, ayırt etme gücü olanların ve tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebilmesi mümkün olacaktır.

Objektif teori çerçevesinde manevi tazminatın amacı, kişi varlığındaki eksilmenin giderimi yani telafidir. Haksız fiil sonucu zarara uğrayan kişinin kişi varlığının haksız fiil öncesindeki haline getirilmesi amaçlanır. Telafi amacının yanında ikincil olarak önleme ve caydırma fonksiyonları yer alır. Önleme fonksiyonu doğrultusunda zarar verenin ya da zarar vermesi muhtemel başka bir kişinin haksız fiili tekrar etmesini önlemek amaçlanır. Bu bağlamda yine zarar vereni ya da zarar vermesi muhtemelen başka bir kişiyi zarar verici faaliyeti yapmaktan alıkoyarak caydırmak gerekecektir. Manevi tazminatın hakkaniyete uygun olabilmesi için bu iki fonksiyonu birlikte yerine getirmesi gerekir.

Telafi ile önleme ve caydırma fonksiyonu gerçekleştirilirken manevi tazminatın zararı aşmaması gerekir. Giderilmesi amaçlanan zarar görenin kişi varlığındaki eksilmeden daha fazlası değildir. Nitekim Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir.

Manevi tazminatın üst sınırı her ne kadar zarar ise de bazı durumlarda zararın aşılması gerekliliği gündeme gelebilir. Bunun en yakın örneklerinden biri Soma'da yaşanan maden kazasıdır. Yargıtay toplumda oluşan derin üzüntü sebebiyle önceki içtihatlarından farklı olarak yüksek miktarda tazminata hükmetmiştir ve bunu manevi tazminatın caydırma fonksiyonuna bağlamıştır. Ancak hüküm daha çok cezalandırma amacına yakındır. Cezalandırma fonksiyonu haksız fiile sebep olan zarar vereni cezalandırmayı esas alır ve manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonunun kabulü halinde Türk Hukukunda bazı istisnai hallerde düzenlemesi bulunan medeni cezayı gündeme getirir.

Medeni ceza, caydırma ve cezalandırma amacı taşıyan, zarar verenin merkezde olduğu ve zararın sınırının aşıldığı bir yaptırım türüdür. Common Law sisteminde uygulanan cezalandırıcı tazminattan belirli noktalarda ayrılan medeni ceza, hukukumuzda muhtelif kanunlarda istisnaen düzenlenmiştir. Ancak medeni cezaya ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda Yargıtay'ın

manevi tazminata ilişkin cezalandırma maksatlı verdiği kararları pozitif hukukta medeni cezanın yeri olmaması sebebiyle uygun bulmuyoruz. Manevi tazminatın belirlenmesinde zararı aşan durumlar olabilirse de bunların tazmin edilebilmesi ancak cezalandırma fonksiyonunun kabulü halinde mümkündür. Cezalandırma ve caydırma fonksiyonunun beraber kabul edildiği, zarar verenin sorumluluğunun merkezi kabul edildiği ve zararın üst sınır olması ilkesinin aşıldığı hallerde ise yaptırımın gündeme gelmesi için medeni cezaya ilişkin bir hükmün olması gerekecektir. Aksi halde manevi tazminat çerçevesinde bu üç unsurun yer aldığını kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Manevi tazminat medeni ceza niteliği taşımamaktadır ve taşımamalıdır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 59 Sa. 3 (2010): 345-448.
- Antalya, Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Antalya, Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi* C. 22, Sa. 3 (2016): 221-250.
- Arat, Ayşe, “6098 sayılı Borçlar Kanunu m.58’e göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 17 Sa. 3-4 (2013): 185-206.
- Atlan, Hülya, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020. (Miras Hukuku).
- Başoğlu, Başak, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 15, Sa. 1 (2016): 617-637.
- Baykal, Murat, “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi* C. 4, Sa. 1 (2008): 76-87.
- Baysal, Başak, *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Baysal, Başak, editör, *Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Behr, Volker, “Punitive Damages in American and German Law”, *Chicago-Kent Law Review* Vol. 78, Iss. 1 (2003): 105-161.
- Colby, Thomas, “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual Private Wrongs”, *University of Minnesota Law Review* Vol. 87, Iss. 1 (2003): 583-678.
- Cömert Akbay, Büşra, “Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* C. 4, Sa. 2 (2018): 149-175.
- Çağlayan Aksoy, Pınar, “Sebepsiz Zenginleşme hukukunda iade Talebinde Bulunmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C. 31, Sa. 4 (2015): 131-178.
- Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat ve Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Dağlıoğlu, Duygu, “Manevi Zarar”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017.
- Demir, Kübra, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 8, Sa. 1-2 (2021): 67-88.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Erlüle, Fulya, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.

- Eroğlu Durkal, Müzeyyen, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, *TBB Dergisi C. 131*, Sa. 1 (2017): 179-210.
- Furrer, Andreas, Muller-Chen, Markus ve Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Genç Arıdemir, Arzu, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2008.
- Gotanda, John Yukio, “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, *Working Paper Series Villanova University Charles Widger School of Law* (2003): 1-54.
- Gönül Koşar, Günhan, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 69*, Sa. 3 (2020): 1437-1473.
- Gül, İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Gül, İbrahim, “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9*, Sa. 18 (2019): 343-372.
- Güleryüz, Tarık ve Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *TBB Dergisi C. 141*, Sa. 1 (2019): 327-362.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Inceoğlu, Murat, “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri”, *BATİDER C. 24*, Sa. 4 (2008): 77-121.
- Inceoğlu, Murat ve Başoğlu, Başak, *Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi, Rona Serozan'a Armağan Cilt 2*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- İstemi, Mehmet *Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 3. İstanbul: Beta Yayınları, 2011.
- Karayalçın, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19*, Sa. 1 (1962): 251-275.
- Keskin, Ayşe Dilşad, *Objektif Manevi Zarar Teori Açısından Manevi Tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Kırca, Çiğdem, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, *Yargıtay Dergisi C. 25*, Sa. 3 (1999): 242-270.
- Markel, Dan, “How Should Punitive Damages Work?”, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 157, Iss. 1 (2019): 1383-1484.
- Morris, Clarence, “Punitive Damages in Personal Injury Cases”, *Ohio State Law Journal* Vol. 21, Iss. 2 (1960): 216-230.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2015. (Borçlar Genel 2015).
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021. (Genel Hükümler Cilt 1).
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016. (Genel Hükümler 2016).

- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Owen, David, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova Law Review* Vol. 39, Iss. 2 (1994): 364-413.
- Özden Merhacı, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Pekel, Abdülkadir, “Kitap Değerlendirmesi Hukuk ve Ekonomi, Cento Veljanovski”, *Liberal Düşünce Dergisi* C. 83, Sa. 1 (2016): 169-172.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümle*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Selanik, Atakan Adem. *Manevi Zararın Tazmini*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Sümer, Hadi. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler El Kitabı*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Uçaryılmaz, Talya Şans ve Emiroğlu, Haluk, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 69, Sa. 2 (2020): 835-868.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Vahrenwald, Arnold, “Princess Caroline of Monaco Fights the Press”, *Entertainment Law Review* Vol. 4 (1995): 150-161.
- Walther, David ve Plein, Thomas, “Punitive Damages - A critical Analysis: Klink v Combs”, *Marquette Law Review* Vol. 49, Iss. 2 (1965): 369-386.
- Yağcı, Kürşad. *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk ve Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Yenişınar Berberoğlu, Filiz. *Manevi Tazminat*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.

TASHİH CORRECTION

Cilt XI Sayı 2’de Yayımlanan “TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDE DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ USULÜ ÜZERİNE BİR İNCELEME” İsimli Makaleye İlişkin Tashih

Dr. Yunus ERASLAN^(*)

29 numaralı atıf: “... söz konusu olduğundan, bu davalar yönünden bağlantı hükümleri uygulanmamalı, sonra açılan davanın incelenmeksizin reddine veya esas kaydının kapatılmasına karar verilmelidir”

Orijinal metin: “Bu nedenle, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan davalar arasında bağlantı olduğuna hükmedilmesi mümkün olmamalı, sonraki tarihli davanın kaydının kapatılması; incelenmeksizin reddine veya en azından reddine karar verilmesi gerekmektedir.”

Değerlendirme: Orijinal metinde böyle bir beyan bulunmamakta olup, esas kaydının kapatılması ile davanın reddi farklı kavramları ihtiva ettiğinden farklı aktarım söz konusudur.

• - - - •

41 numaralı atıf: “... doktrinde, idare mahkemesi ile vergi mahkemesinde görülen davalar arasında bağlantıdan söz edilemeyeceği savunulmaktadır.” (Prof. Dr. Gül FİŞ ÜSTÜN’ün aynı eserinin 51. sayfasına atfen).

• - - - •

42 numaralı atıf: “Ancak idari yargıda bağlantı müessesesi kanunda açık olarak düzenlendiğinden, 2576 sayılı kanunda yer verilen görev ve yetkiye ilişkin hükümlerin istisnası niteliği taşımaktadır” (Prof. Dr. Gül FİŞ ÜSTÜN’ün aynı eserinin 16. sayfasına atfen).

Değerlendirme: Her iki ifade birbirine ters anlamlar ihtiva etmekte olup, iki ayrı görüşün benimsenmesi mümkün değildir. Esere yapılan 41 ve 42 numaralı atıflarda eser sahibinin görev ve yetki bağlamında ayrı irdelemeler yapılarak, iki müessese ayrı ayrı dikkate alınmıştır. Ancak 41 ve 42 numaralı atıflarda her iki müessese birlikte değerlendirilerek hatalı bir alıntılama gerçekleştirilmiştir.

• - - - •

^(*) Kamu Hukuku Doktoru, Adana Bölge İdare Mahkemesi Hâkimi / Adana, Türkiye.
E-posta: ab97707@adalet.gov.tr.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

43 numaralı atıf: “Bu nedenle, biri idare diğeri vergi mahkemesinde görülen bağlantılı davaların birleştirilmesi, 2576 sayılı Kanunda yer verilen mahkemele- rin görev ve yetkiye ilişkin hükümlerine aykırılık oluşturmayacaktır” (Prof. Dr. Gül FİŞ ÜSTÜN’ün aynı eserinin 18. sayfasına atfen).

Değerlendirme: Çeşitli yerlerde “birleştirme” ifadesi kullanılmasına rağmen; neredeyse makalenin tüm bölümlerinde birleştirme ifadesinin doğru olmadığı, bağlantı ile birleştirme kavramlarının ayrı olduğu hatta birleştirme ifadesine şid- detle karşı çıktığı eser sahibince belirtilmesine rağmen; bu sayfa ve başkaca yerlerde birleştirme ifadesi tercih edilerek eser sahibine atıf yapıldığı görülmüş- tür. Bu durum açık bir şekilde hatalı aktarım teşkil etmektedir.

• - - - •

46 numaralı atıf: “Dolayısıyla Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu’na, biri idare ve diğeri vergi mahkemesinde açılmış olan bağlantılı davaların, aynı mah- kemede farklı dosyalarda bakılmak üzere görülebileceği belirtilmiştir.”

Orijinal metin: “Dolayısıyla, İBK’nda vergi mahkemesinde görülen bir davayla idare mahkemesi arasında bağlantı kararı verilebileceği ifade edilmiştir.”

Değerlendirme: Kısmi hatalı aktarım mevcuttur.

• - - - •

50 numaralı atıf: “Kaldı ki İYUK 7. maddesinde, düzenleyici işlemlerin uygu- lanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlemin her ikisi aleyhine birden dava açabilecekleri düzenlemesine yer verilmek suretiyle, bu iki işleme ilişkin davalar arasında bağlantı bulunduğunu kanun koyucunun da kabul ettiğini söylemek mümkündür”

Orijinal metin: “2577 sayılı Kanununun 7. maddesinde öngörülen süreye ve 12. Maddesinde öngörülen tam yargı davasına ilişkin düzenlemelerde de, birlikte açı- labilecek davalardan bahsedilmektedir. Birlikte dava açılmasıyla bir bağlantının kabul edildiği muhakkak ise de, bu bağlantının mümkün olup olmadığı; yargıla- manın başında kurulması gerekip gerekmediği, bu kısımda değerlendirilecektir.”

Değerlendirme: Kısmi hatalı aktarım mevcuttur.

• - - - •

60 numaralı atıf: “Yargılama usulü hükümlerine yönelik bu boşluğun doldurul- masına yönelik kanuni düzenleme yapılması daha uygun bir çözüm yolu olacaktır.”

Orijinal metin: “Bu kapsamda, Danıştay İdari/Vergi Dava Dairelerinin -konu- suna göre- boşluğu doldurabileceği (atıf) kanunkoyucu tarafından düzenlemenin yapılması gerektiği; uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait davaya bakan Danıştay dairesinin yetkili ve görevli kılınabileceği (atıf) veya Başkanlık Kuru- luna bu görevin tevdi edilebileceği (atıf) ifade edilmiştir.”

Değerlendirme: Üstün öncelikle bu boşluğun doldurulması için çeşitli hukuki çareleri ortaya koymakta, kanuni düzenlemeyi burada saymaktadır. Atıftan yalnızca kanuni düzenleme yapılmasının uygun çözüm olarak ileri sürüldüğü anlamı çıkmaktadır. Burada kısmi bir hatalı aktarım mevcuttur.

• - - - •

61 numaralı atıf: "Bağlantı uyumsuzluğunu giderme yetkisi de Danıştay Başkanlar Kuruluna verilebilir"

Orijinal metin: "Ancak, kanımızca çözüm Danıştay Kanunu'nun Başkanlar Kurulu'nun görevlerini konu alan 52. maddesinde yer alan "Ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyumsuzluklarda ve bağlantılı davalarda merci tayinini yapmak" hükmünün işletilmesi olacaktır.

Diğer bir çözüm olarak da, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 27. maddesinde öngörülen daireler arasında işbölümünün Başkanlık Kurulunca belirleneceğine dair hükme bu konuda bir ekleme yapılması düşünülebilir. Maddenin halihazırdaki ifadesiyle de bu imkanın mevcut olduğundan söz edilebilirse de, hükümde "aşağıdaki esaslar uyarınca" ifadesine yer verildiğinden (atıf) bu çözüm yolunun makul görülmesi halinde de düzenlemenin açıkça yapılması daha yerinde olacağını ifade etmek gerekmektedir."

Değerlendirme: Orijinal metinde görevin Danıştay Başkanlar Kuruluna "verilmesi"nden değil zaten var olan bir usulün işletilmesinden bahsedilmektedir. Kısmi hatalı aktarım yapılmıştır.

• - - - •

65 numaralı atıf: "Uyuşmazlığın temelini, dayanak işlemleri çözecek olan mahkemede davaların birleştirilmesi gerektiği kriteri de savunulmakta, ..." (Prof. Dr. Gül FİŞ ÜSTÜN'ün aynı eserinin 19. sayfasına atfen).

Değerlendirme: Eser sahibinin birleştirme değil bağlantı kavramını kullandığı, ancak çalışmanın bu sayfası ve başkaca yerlerinde "birleştirme" kavramının eser sahibince tercih edildiği belirtilmiştir. Diğer bir taraftan eser sahibinin doğrudan bu yönde bir savı bulunmamakta, kanun koyucunun düzenlemesi gerektiği ifade edilmektedir. Örnek olarak dayanak işleme ilişkin uyumsuzluğa bakan mahkemede davaların görülmesinin düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte kanun koyucunun düzenlemesi gerekliliği ifadesi ile mahkeme teklifi farklı hususlardır. Nitekim 71 numaralı dipnotta eser sahibince önerilen tekliflere yer verilmiştir. Bu yönüyle 65 ve 71 numaralı atıflar çelişmektedir.

• - - - •

67 numaralı atıf: "Bağlantı müessesinin beklenen faydayı sağlayamadığının anlaşılması veya kanuni hakim ilkesini zedeleyeceğinin anlaşılması halinde, hakim bu konuda takdir yetkisinin olduğunun kabulü gerektiği, bağlantı kararının verilmesinin zorunluluk olmaması gerekir"

Orijinal metin: “Ancak, her somut olayda aynı faydanın sağlanacağını kabul etmek güç görünmekte olup, bu tür durumlarda müessesenin beklenen faydayı sağlamayacağına hükmedilmesi durumunda hakimın bu konuda takdir yetkisine sahip olmasının daha yerinde olacağı muhakkaktır (atıf)”

Değerlendirme: Buradaki görüş zaten başka yazardan aktarılmaktadır. Atıfa atıf yapılması uygun değildir.

• - - - •

71 numaralı atıf: “Örneğin, davalardan birinde düzenleyici işlem dava konusu edilmişse bu mahkemede, davalardan her ikisinde düzenleyici veya bireysel işlem tesis edilmişse tarih itibariyle önce açılan veya yargılama aşaması itibariyle ileride olan davanın görüldüğü mahkemenin yetkili kılınması suretiyle bu boşluk doldurulabilir”

Orijinal metin: “Kanımızca ise bu çatışmanın giderilmesi iki yoldan mümkün olabilir. İlki kanunkoyucu tarafından İYUK’da bağlantı kararı verilmesi halinde hangi mahkemenin bağlantılı dosyalara bakacağını zikretmesi; örneğin, davalardan birinin konusunun birel işlem diğerinin düzenleyici işlem olması halinde düzenleyici işlemin dava konusu edildiği dava dosyasına bakan mahkemenin bu davalara bakacağını veya daha genel ifadeyle dayanak işlemin dava konusu edildiği mahkemenin bağlantılı davaların tümüne bakacağını veya dayanak işlemin dava konusu edildiği bir dava yoksa nitelik olarak eş işlemler söz konusuysa önceki tarihli dava dosyasının bulunduğu mahkemenin bağlantılı davalara bakacağını hükme bağlaması kanımızca bu iki ilke arasındaki çatışmayı ortadan kaldıracak niteliktedir”

Değerlendirme: Buradaki görüş zaten başka yazardan aktarılmaktadır. Atıfa atıf yapılması uygun değildir.

• - - - •

82 numaralı atıf: “Doktrinde bir görüşe göre, aynı mahkemede görülen davalar arasında bağlantı olduğu yönünde verilecek karar, takdire bağlıdır ve dosya üzerinde bir not olarak verilmelidir”

Orijinal metin: “Anılan nedenle, kanımızca aynı mahkemede görülen davalar arasında bağlantı olduğuna dair kararın hakim/mahkeme tarafından verilmesi mümkün olup, bu karar hakimın takdir yetkisi kapsamında yargılama sırasında dikkate alınması gereken dosya üzerinde bir not olarak verilmelidir.”

Değerlendirme: Orijinal metinde bir karar zikredilmemekte, hakimın takdiri ile bu hususu dosyaya not olarak işleyebileceği belirtilmiştir. Kısmi hatalı aktarım mevcuttur.

• - - - •

83 numaralı atıf: “Diğer bir görüşe göre, İYUK’un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile birlikte dava açabileceği hükümden hareketle, bu yöntemin mahkemece de kendiliğinden uygulanabileceği ve bu suretle davaların birleştirilebileceği savunulmaktadır.”

Orijinal metin: “Kanunun 5. maddesindeki aynı dilekçeyle dava açabilmenin tüm şartları sağlanmakla birlikte, her bir işleme karşı ayrı ayrı dava açılmışsa, bağlantı talebinde bulunması veya mahkemenin resen bu davaları tespit etmesi durumunda bağlantılı dava kararının verilmesi gerekmektedir.”

Değerlendirme: Eser sahibinin 82 ve 83 numaralı dipnotta yer verilen görüşleri çalışmada yanlış aktarılmıştır. Aynı esere atfen yapılan birden fazla aktarımın çalışmada “diğer bir görüş” olarak belirtmiş olması yanlış aktarım örneği olup, eser sahibinin böyle bir görüşü tespit edilememiştir.

• - • - •

86 numaralı atıf: “Üstün’e göre Kanunun mevcut halinde, birden fazla davanın tek dava çatısı altında açılması şeklinde birleştirmeye imkân tanıyan istisnai düzenlemeleri mevcuttur. Örnek olarak da, aynı dilekçeyle dava açılması (m.5), ilanı gereken düzenleyici işlem ile uygulama işlemine aynı dilekçeyle dava açılması, aynı işlemde kaynaklanan iptal ve tam yargı davasının aynı dilekçeye konu edilmesidir. Üstün’ün belirttiği üzere, Kanunun mevcut halinde, birden fazla davanın tek dava çatısı altında açılması şeklinde birleştirmeye imkân tanıyan istisnai düzenlemeleri mevcut ise de, bu durum, açılmış olan davaların birleştirilmesi değil, bazı bağlantılı davaların tek dilekçeyle açılmasıyla ilgilidir.”

Orijinal metin: “İdari Yargılama Usulü Kanununda bağlantı davalar düzenlemesinin yanı sıra, idari yargılamada bağlantının kabul edildiği başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Ancak, bu düzenlemelere konu edilen bağlantı, dava dilekçesinin düzenlenme şekliyle iddia edilebilecek olup, bunlardan ilki aynı dilekçeyle dava açma (m.5), diğeri düzenleyici işlemin uygulama işlemle birlikte dava konusu edilmesi (m.7/4), bir diğeri aynı işlemde kaynaklanan iptal ve tam yargı davasının aynı dilekçeye konu edilmesidir (m.12) Bu bağlantı türleri, birden fazla davanın tek dilekçeyle tek bir mahkemece görülmesine olanak sağladığından, aslında davaların birleştirilmesinin birer örneğidir. Sadece, birleştirme, yargılama safhasının en başında mümkün olup, daha sonraki aşamalarda ancak bağlantılı dava kararının tesisi mümkün olabilecektir.”

Değerlendirme: Söz konusu ifadeler eser sahibine ait olmayıp, çalışmadaki ifadeler bağlantıya ilişkin olduğu, eserin bütününde bağlantı ile birleştirme kavramlarının farklı olduğu ve eser sahibince tam aksi yönde beyanlar bulunmaktadır. Hatalı aktarım mevcuttur.

• - • - •

87 numaralı atf: “İYUK’ta, farklı mahkemelerdeki bağlantı davaların, aynı mahkemede farklı esas numarası olarak görülmesi amaçlanmıştır.”

Orijinal metin: “Kanunun 38. maddesindeki “Bağlantılı Davalar” düzenlemesiyle, idari yargılama usulünde aralarında bağlantı olan davaların tek mahkemede görülmesi, uyuşmazlıkların aynı mahkemede çözümlenmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda davaların tek bir dava olarak görülmesi idari yargılama usulünde öngörülmemiş, bu yönde bir ifade de kanunkoyucu tarafından kullanılmamıştır.”

Değerlendirme: Üstün tam olarak “farklı esas numaraları”ndan bahsetmemektedir. Uyuşmazlıkların aynı mahkemede görülmesine vurgu yapmıştır. Kısmi hatalı aktarım.

• - • - •

88 numaralı atf: “Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi uygulamasının kabul edilmesi halinde, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık yada sebep sonuç ilişkisi bulunmamakla birlikte, biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek işlemin iptali davalarının da, aynı dosyada birleştirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.”

Orijinal metin: Bu kapsamda da kanımızca dikkat edilmesi gereken husus, Kanunun açıkça 5. maddesinde şart koştuğu hususlardaki eksiklikle, Kanunun usul, görev, süre ve yetkinin kamu düzeninden olması gibi kurallarından doğan diğer şartların eksikliği farklı nitelendirmelere konu olacaktır. Zira, ifade edildiği üzere, birlikte dava konusu edilen idari işlemler arasında maddi veya hukuki yönden bağıllık veya sebep-sonuç ilişkisi kurulamaması durumunda, bağlantılı davalar için öngörülen şartlar da gerçekleşmemiş olacağından bu durumda bağlantı kararının verilmesi düşünülemeyecektir. Dava konusu edilen idari işlemlerinde dava konusu edilmesi için öngörülen dava süresi geçirilmişse, açılacak bir dava olmadığından veya zamanaşımı nedeniyle yargılama aşamasına geçilebilecek bir dava olmadığından, haliyle bağlantı kurulabilecek bir davada olmayacaktır.”

Değerlendirme: Söz konusu ifadeler eser sahibine ait olmayıp, çalışmadaki ifadeler bağlantıya ilişkin olduğu, eserin bütününde bağlantı ile birleştirme kavramlarının farklı olduğu ve eser sahibince tam aksi yönde beyanlar bulunmaktadır. Hatalı aktarım mevcuttur.