

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YBHD'nin Ocak 2024'te çıkacak yeni sayısı için 15.10.2023 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı <http://yghukukdergisi.com> adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz. E-mail ile makale kabulü yapılmayacaktır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF
2024/1
SAYISI İÇİN

Son Gönderim Tarihi / Deadline For Submissions: 15.10.2023

Web Sitesi / Web Site: <https://www.aybu.edu.tr/ybhd/>

Dergipark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk>

İletişim / Contact: ybhukukgergisi@ybu.edu.tr

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Temmuz Şehitleri Binası Etlik-Keçiören/ANKARA

<https://www.aybu.edu.tr/ybhd/> • ybhukukdergisi@ybu.edu.tr



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2023/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkis VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Anıl Güven YÜKSEL

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR (İngilizce Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR (Fransızca Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA (Almanca Dil Editörü)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hatice ATALAY

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER - Arş. Gör. Sıdıka BULUŞ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ - Arş. Gör. Elif Banu ÜNAL

Arş. Gör. Miray ÖZHAN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical Publication

Yayın Yeri-Yılı / Place-Year of Publication: Ankara-Temmuz 2023

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdersisi.com

E-posta / E-mail: ybhukukdersisi@ybu.edu.tr - ybhukukdersisi@aybu.edu.tr

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>

DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŐ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Kayseri-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Konya-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Ankara-Türkiye)</i>
Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ	<i>Carballo-Calero University of Vigo Faculty of Law (Pontevedra-İspanya)</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 16. sayısını (2023/2) sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, çok kıymetli okuyucularımızın da desteği ve ilgisiyle, yayın hayatına başladığı 2016 yılından bugüne kadar istikrarlı bir şekilde faaliyetini sürdürmektedir.

Bugünün çerçevesinden bakıldığında, makalelerin takibinden, hakemlik ve dizgi aşamalarındaki en ince ayrıntılara kadar büyük emeklerle yayına hazırladığımız dergimizin gerek akademisyenler gerekse de uygulayıcılar tarafından tercih edilen bir dergi olmaya devam ettiğini görüyoruz; her yeni sayı için daha çok okuyucuya ulaşma hedefimizi hala sürdürüyoruz.

YBHD'nin bu sayısında hukukun çeşitli alanlarından teori ve uygulamaya ilişkin dokuz kamu hukukuna, sekizse özel hukuka ilişkin çok değerli on yedi makale ile bir karar çevirisi yer almaktadır.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsin hakemlik yaparak katkılarını esirgemeyen bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliriz.

Yayın aşamasındaki çalışmalarımızda desteklerini sunan herkese ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki bütün arkadaşlarımıza teşekkür eder, hepinize saygılarımızı sunarız. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS^(*)

Editörler Kurulundanvi

İçindekilervii

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Taxation of Those Who Earn Income from Social Media in Türkiye:
Problems Encountered and Solution Suggestions

*Türkiye’de Sosyal Medya Üzerinden Gelir Elde Edenlerin Vergilendirilmesi:
Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*

Asst. Prof. Dr. Orçun AVCI 1

Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde Siyasi İktidar Düzenine İsyân (Bağy)
Suçunun Görünümü

*The Aspect of the Crime of Rebellion to the Political Power System (Bagy) in the
Ottoman State of the Tanzimat Period*

Dr. Öğr. Üyesi Melikşah AYDIN35

Kamu Alacaklarının Terkini ve Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Terkin İmkânı

*Cancellation of Public Receivables and the Possibility of Cancellation Due to the
Covid-19 Pandemic*

Arş. Gör. Ayla ÇALIŞKAN71

Kanuna Dayanma İlkesi Kapsamında İnternet Kısıtlamaları

Internet Restrictions under the Principle of Lawfulness

Bahar ERDOĞDU BİLGİLİ111

Dilencilik Kabahati

The Misdemeanor of Begging

Dr. Öğr. Üyesi Emin KOÇ147

(*) Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

The Four-Pillar Structure of International Nuclear Law: Nuclear Safety, Nuclear Security, Nuclear Safeguards and Liability <i>Uluslararası Nükleer Hukukun Dört Sütunlu Yapısı: Nükleer Güvenlik, Nükleer Emniyet, Nükleer Güvenceler ve Sorumluluk</i>	
Asst. Prof. Dr. Çiğdem PEKAR	203
Eleştirel Irk Kuramı ve Irkın Hukuk Tarafından Belirlenmesi <i>Critical Race Theory and the Legal Construction of Race</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzğün ŞAHİN ÜNVER	229
Kanuni İdare İlkesi Kapsamında KKTC’de İdarenin Olağanüstü Durumlardaki Yetkileri: AİHS İlkeleri Işığında Bir Değerlendirme <i>Under the Principle of Legal Administration, The Authorities of the Administration in Extraordinary Situations in the TRNC: An Evaluation in the Light of the ECHR Principles</i>	
Prof. Dr. Hasan TUNÇ - Murat OSMA	269
Türk Hukukunda Evlat Edinme Müessesesinin Tarihi Gelişimi <i>Historical Development of the Institute of Adoption in Turkish Law</i>	
Arş. Gör. Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK	313
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmelerinde Alıcıyı Koruyan Geri Alma Hakkı <i>Buyer’s Right of Revocation of Will In Installment Sale Contracts under the Turkish Code of Obligations</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN	359
Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası’nın Değerlendirmesi <i>Analysis of Digital Services Act of the European Union</i>	
Dr. Öğr. Üyesi İpek ÇEVİK	387
Sigorta Sözleşmelerinin Yorumu Meselesi ve “Makul Beklentiler Doktrini” <i>The Issue of Interpretation of Insurance Contracts and the “Reasonable Expectations Doctrine”</i>	
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN - Arş. Gör. Ahmet SELÇUK	421
İnternet Haber Sitelerinin Basın Kanunu ve Basın İş Kanunu Kapsamına Eklenmesinin Hüküm ve Sonuçları <i>Terms and Consequences of Internet News Sites Inclusion in the Scope of the Press Act and Press Labour Act</i>	
Arş. Gör. Dr. Burcu EZER	443

A Comparative Legal, Economic and Structural Analysis of Challenging Shareholders' Resolutions under Turkish and English Legal Systems

Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleri Çerçevesinde Genel Kurul Kararlarının İptali Davasının Hukuki, Ekonomik ve Yapısal Özelliklerinin Karşılaştırmalı Analizi

Yavuz Selim GÜNAY493

Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde Zorunlu Arabuluculukta Yetki

Venue in Mandatory Mediation in the Context of Current Regulations

Doç. Dr. Ayşe KILINÇ535

Türk Mahkemelerinde CISG'nin Uygulanma(ma)sı: Madde 2(e) Bağlamında Bir Değerlendirme

(In)Applicability of the CISG under Turkish Courts: A Review in the Light of Article 2(e)

Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra KİRAZ.....565

İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a Maddesine Göre Mahcuzun Satılması Konusunda Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi

According to Article 111/a of the Execution and Bankruptcy Code, Granting the Debtor the Authority to Sell the Seized Goods

Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM587

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Libya'daki Durum

İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi Davası

Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN623

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

TAXATION OF THOSE WHO EARN INCOME FROM SOCIAL MEDIA IN TÜRKİYE: PROBLEMS ENCOUNTERED AND SOLUTION SUGGESTIONS^(*)

Asst. Prof. Dr. Orçun AVCI^()**

ABSTRACT

Developments in information and communication technologies have made the use of the internet widespread in the world. With the increase in the use of the internet, the methods of commercial activities have diversified. Today, with the internet network and communication technologies taking a more active place in life, social networks have gained a special importance. Social networks represent the connections between people and the power of these connections. Today, apart from visual and written media, people have created a medium called social media by making new friends, finding old friends or sharing their knowledge and skills that they have specialized in a certain social, political, cultural, and economic area in the virtual environment. Social media has created a new field of activity by not staying away from economic life. The number of people who aim to generate income with the use of social media is increasing day by day. The logic of revenue generation, which can be achieved in different ways, is based on a similar cycle on most platforms. Content on social media platforms is created by users. This created content is crowned with an advertisement in order to attract attention and ultimately generates revenue. In addition, with social media, there is not only digital content, but also the sale of goods. As such, the tax situation of the income obtained is of great importance. Social media production activities are increasing in Türkiye as well as in the world. Various legal arrangements have been made in Türkiye in order to solve the tax problems that occur as a result of the digitalization of the said economic activities. However, despite the arrangements made on the subject, some problems still remain. In this direction, the study aims to identify the problems related to the taxation of income earners through social media in Türkiye and to offer various solutions.

Keywords

Social Media, Social Media Content Producers, Generate Income, Transfer to Heirs, Taxation of Social Media.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1290410 - **Geliş Tarihi:** 30.04.2023 - **Kabul Tarihi:** 20.06.2023.

(**) Aksaray University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Public Finance, Aksaray-Türkiye,

E-posta: orcun.avci@outlook.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7917-9802>.

TÜRKİYE’DE SOSYAL MEDYA ÜZERİNDEN GELİR ELDE EDENLERİN VERGİLENDİRİLMESİ: KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

ÖZET

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler dünyadaki internet kullanımını yaygınlaştırmıştır. İnternet kullanımının artışı ile ticari faaliyetlerin yöntemleri çeşitlenmiştir. Günümüzde internet ağı ve iletişim teknolojilerinin yaşamın içinde daha aktif yer almasıyla sosyal ağlar ayrı bir önem kazanmıştır. Sosyal ağlar insanlar arasındaki bağlantıları ve bu bağlantıların gücünü temsil etmektedir. Günümüzde insanlar; görsel ve yazılı medya dışında, yeni arkadaşlıklar edinmek, eski arkadaşlarını bulmak veya sosyal, siyasal, kültürel ve ekonomik olarak belli bir konuda uzmanlaştığı bilgi ve becerilerini sanal ortamda paylaşarak sosyal medya şeklinde anılan bir mecra oluşturmuşlardır. Sosyal medya ekonomik hayattan uzak kalmayarak yeni bir faaliyet alanı doğurmuştur. Sosyal medya kullanımı ile gelir elde etme amacıyla olanların sayısı ise gün geçtikçe artmaktadır. Farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilen gelir yaratmanın mantığı, çoğu platformda benzer bir döngüye dayanmaktadır. Sosyal medya platformlarında içerik, kullanıcılar tarafından oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu içerik, ilgi çekebilmek amacıyla bir reklam ile taçlandırılmakta ve neticede ise geliri ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca sosyal medya ile sadece dijital bir içerik değil aynı zamanda mal satışı da söz konusu olabilmektedir. Hâl böyle olunca elde edilen gelirin vergisel durumu büyük önem arz etmektedir. Türkiye’de de dünyada olduğu gibi sosyal medya üretim faaliyetleri oldukça artmaktadır. Söz konusu iktisadi faaliyetlerin dijitalleşmesi sonucu meydana gelen vergisel sorunlara çözüm olabilmesi adına Türkiye’de çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Ancak konuya ilişkin yapılan düzenlemelere rağmen bazı sorunlar devam etmektedir. Bu doğrultuda çalışma, Türkiye’de sosyal medya üzerinden gelir elde edenlerin vergilendirilmesine ilişkin sorunları tespit edebilmeyi ve çeşitli çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Sosyal Medya, Sosyal Medya İçerik Üreticileri, Gelir Elde Etmek, Mirasçılara Aktarım, Sosyal Medyanın Vergilendirilmesi.

INTRODUCTION

The internet has increased the rates of electronic shopping by enabling buyers and sellers to meet digitally. At the same time, thanks to the widespread use of the internet and the acceleration and development of computers, smart phones and other communication devices, people have become able to reach each other at any place and time. The widespread use of smartphones, tablets and the internet, and the fact that people stayed at home due to the Covid-19 pandemic, have made live broadcasting platforms gaining in importance. Even in this process, there have been platforms that have become stars in a short time.

As a result of the development of technology and therefore the internet, the use of social media has become an inseparable part of our lives. Now, some people have even started to make financial gains through social media platforms. Especially recently, the number of people who have started to be described as “YouTuber” is increasing day by day. On the other hand, it has become commonplace for those with a large number of followers to earn financially by making sales through their “Facebook” or “Instagram” accounts, or by advertising on their personal pages. The people in question earn through social networks in various ways such as advertising revenues, sponsorship and sales revenues, and paid subscription revenues. How these gains will be taxed has been a matter of interest for a while both in the tax world and in the eyes of those who earn it. Today, states are attempting to both follow the returns of technological opportunities and re-establish their legislation in line with these developments, to control and tax the gains that will arise from this. Therefore, in response to these developments in Türkiye, as in the rest of the world, in this respect, both legal arrangements are being made and some steps have been taken to include these income elements within the scope of taxation within the framework of these regulations.

For the years 2018, 2019, and 2020, tax inspections have been made for those who earn through social media, and efforts have been made to record and declare the incomes obtained¹. Finally, the regulation on how taxation will be

¹ **Yıldırım, Mahmut Bülent** (2022) “Sosyal Medya Üzerinden Gelir Elde Edenlerin Vergilendirilmesi”, Alomaliye, <<https://www.alomaliye.com/2022/05/12/sosyal-medya-vergilendirilmesi/>> I.a.d. 25.04.2023.

done in this sector has been made with the Law No. 7338 “The Law on the Amendment of the Tax Procedure Law and Some Laws²”. However, there are still some legal gaps on the subject. In addition, the ongoing confusion of legislation has made the tax administration’s job difficult enough. In this context in this study, the subject will be discussed in detail and the current problems and solution proposals will be emphasized.

In the study firstly, the development of the internet and social media will be examined. Then, the methods of generating income from social media will be discussed. Subsequently, within the scope of taxation of social media, taxation of social media content producers, taxation of natural persons who sell goods through social media, and finally taxation of transferring social media accounts to heirs will be discussed. In the conclusion part, the current problems and solutions on the subject will be discussed.

I. THE DEVELOPMENT OF THE INTERNET AND SOCIAL MEDIA

The word internet consists of the combination of the first parts of the words “Interconnected Networks³”. The internet was used in the development of military technology in the early times. However, with the discovery of “www (world wide web)” by Tim Berners-Lee and his team at the Swiss CERN Institute in 1991, the internet gained a serious momentum. The first system developed by Tim Berners-Lee and his team is the Web 1.0 system. This system is a one-sided and document-oriented system that allows content on the internet to be created only by certain authors⁴. Later the Web 2.0 system, which is still valid today, was developed. This system also enabled users to create

² Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:31640, D:26.10.2021.

³ **Lampropoulos, Georgios/Siakas, Kerstin/Anastasiadis, Theofylaktos** (2019) “Internet of Things in the context of Industry 4.0: An Overview”, *International Journal of Entrepreneurial Knowledge*, V:7, I:1, p.10.

⁴ **Choudhury, Nupur** (2014) “World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0”, *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, V:5, I:6, p.8096; **Ersöz, Betül** (2020) “Yeni Nesil Web Paradigması: Web 4.0”, *Bilgisayar Bilimleri ve Teknolojileri Dergisi*, V:1, I:2, p.59.

content by activating them. The Web 2.0 system offers users a fast communication opportunity. In the near future, a Web 3.0 system will be introduced, which allows rapid data collection and analysis and enables instant communication⁵. The next stage is a fully virtual reality-focused Web 4.0 system integrated with artificial intelligence⁶. In terms of our main subject, with the Web 2.0 technology, users have started to produce content on social networking sites that allow content producer. Therefore, Web 2.0 constitutes the technological infrastructure of social media. In short, social media has started to develop with technological developments that bring individuals from a passive position to an active and content producing position⁷.

With the development of technology, an artificial communication environment has emerged. The ever-evolving nature of the environment in question affects the whole world. The communication environment has transformed the structure of the existing environment into interactive virtual data⁸. Information and communication technology has undergone a rapid change in the last 20 years and one of the key points of this change has been the emergence of social media. The pace of change is increasing day by day. This rapid change has played an important role in shaping both the development of mobile technology and the impact of information technologies and social media.

⁵ **Choudhury**, pp.8096-809; **Patil, Hitendra J./Surwade, Yogesh P.** (2018) "Web Technologies From Web 2.0 to Web 4.0", *International Journal for Science and Advance Research in Technology*, V:4, I:4, pp.811-812; **Prabhu, Devika** (2016) "Application of Web 2.0 and Web 3.0: An Overview", *International Journal of Research in Library Science*, V:2, I:1, pp.58-59; **Solanki, Manishkumar R./Dongaonkar, Abhijit** (2016) "A Journey of Human Comfort: Web 1.0 to Web 4.0", *International Journal of Research and Scientific Innovation*, V:3, I:9, pp.75-76.

⁶ **Almeida, Fernando** (2017) "Concept and Dimensions of Web 4.0", *International Journal of Computers and Technology*, V:16, I:7, p.7041; **Nath, Keshab/Iswary, Raja** (2015) "What Comes After Web 3.0? Web 4.0 and the Future", *International Conference on Computing and Communication Systems*, p.3.

⁷ **Ersöz**, p.59; **Sağbaşı, İsa/Kaya, Oğuz Kağan Ahmet** (2020) "Sosyal Medyada Vergi Algısı", *Maliye Araştırmaları Dergisi*, V:6, I:1, p.21.

⁸ **Manovich, Lev** (2001) *The Language of New Media*, The MIT Press Cambridge, London, Massachusetts Institute of Technology, p.19.

Around the world, mobile devices play an active role in total minutes spent online. This means that anyone can connect anywhere at any time with any device in hand. Thanks to Web 2.0, the number of internet users has increased and it has enabled them to produce and share content. Web 2.0, which states that all users can contribute to web content and applications with a participatory structure, was first used in 2004, but gained real momentum in 2005⁹. Therefore, after this date, social media has started to take place in our lives.

In the simplest definition, social media is a platform where mutual communication is provided¹⁰. The paradoxical nature of social media has the ability to spread the word at best and worst¹¹. Social media is defined as internet-based services that allow individuals to communicate and collaborate with each other, as well as create and share their own content¹². One of the features that makes social media more and more attractive is that it transforms individuals from consumers to active producers, along with its support for user-generated content. Since individuals share their own ideas, understandings, knowledge, and other content, they establish and maintain relationships with other individuals who are interested in these contents¹³. Therefore, social media is the general name of any platform that institutions or individuals produce, publish, and share. Social media is all media where user-generated content is disseminated, published, and shared in its original form. Internet sites created for the purpose of internet users to meet each other, to communicate, to share content, to create a discussion environment, and to form groups where people with common interests can come together are defined as “social networks”. Examples of this are Facebook, Instagram, and Twitter, which are

⁹ **Kaplan, Andreas M./Haenlein, Michael** (2010) “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, I:53, pp.60-61.

¹⁰ **Yegen, Ceren** (2013) “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, *Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, V:1, I:2, p.121.

¹¹ **Coe, Peter** (2015) “The Social Media Paradox: An Intersection with Freedom of Expression and the Criminal Law”, *Information & Communications Technology Law*, V:24, I:1, p.21.

¹² **Çalışkan, Mustafa/Mencik, Yunus** (2015) “Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya”, *Akademik Bakış Dergisi*, I:50, p.260.

¹³ **Yavan, Sercan/Sever, Emre** (2020) “Sosyal Medyadaki İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi: Türkiye Örneği”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, V:16, I:185, pp.1324-1325.

quite popular in Türkiye. LinkedIn, where only business relations can be established, is also one of the important social networks¹⁴.

Developing internet technologies have brought different dimensions to human needs. The act of socialization, which started as finding old friends, providing business contacts, and displaying their skills by making individual posts, has turned into a habit with the emergence of different channels. Social media has become a necessity. In general, with the developments in communication technologies and new media, social networks have become the tools that individuals use to meet their needs. However, it is observed that young people mostly turn to social media tools¹⁵. These people, who are also consumers, can meet their needs such as just having fun or spending time, as well as promoting themselves on social media, sharing new experiences with others¹⁶. There are shopping comments where individuals express themselves in almost every field (blogs and vlogs), consult people they do not know about any subject (forums) or need user information about a product they want to buy, and share experiences of other users about the¹⁷. Thus, social networks provide a web-based facility that includes different media, information and communication technologies, allowing its users to explain/create their own connection lists, communicate with each other, display connection lists, and produce profiles containing their information¹⁸. Although it may seem like dialogues between individuals or small groups at first glance, the number of

¹⁴ **Türkay, İmdat** (2013) “Kamuda Vatandaş Odaklı Yönetim ve Sosyal Medya”, *Vergi Sorunları Dergisi*, I:301, p.150.

¹⁵ **Kara, Tolga** (2016) “Gençler Neden Snapchat Kullanıyor Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Üzerinden Bir Araştırma”, *Intermedia International e-Journal*, V:3, I:5, p.276.

¹⁶ **Işık, Metin/Kaptangil, İrem** (2018) “Akıllı Telefon Bağımlılığının Sosyal Medya Kullanımı ve Beş Faktör Kişilik Özelliği ile İlişkisi: Üniversite Öğrencileri Üzerinden Bir Araştırma”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, V:7, I:2, p.697.

¹⁷ **Bozkurt, Gonca Şükriye** (2020) “Sosyal Medyada Parasosyal Etkileşim: Sosyal Medya Fenomenlerinin Tüketicilerin Marka Algısına Etkisinin Değerlendirilmesi” (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, p.10.

¹⁸ **Fuchs, Christian** (2011) “An Alternative View of Privacy on Facebook”, *Information*, V:2, p.141.

people interested in the shared information or content has increased quite rapidly and greatly, opening the doors of a different world. The Covid-19 pandemic, which surrounds the whole world, has a great share in the realization of such a rapid progress/development. It has been observed that people spend much more time on social media when they cannot leave their homes. This led to an increase in sales through social media¹⁹.

Social media has actually opened different doors to people and lives have begun to be lived there. As a result, putting social networks to the test of trust and ranking them according to the degree of power are related to the tendency of human beings to both make sense of and expose their own network and to be curious about other people's surroundings. While a social network of strong relationships and multiple connection points constitutes a relative status symbol, other people's social networks act as a window to get to know them. In their article titled "Public Displays of Connection", Donath and Boyd argue that people form an impression of a person they do not know by examining their social circle and profile, and that the numerical amount of the friend list is as effective as the person's shares²⁰. As can be seen, people's motivation to influence each other through social media has also increased. This increase is the main factor that facilitates product/service marketing over social media.

Although it is known that the use of social media is increasing all over the world and in Türkiye, and there are people who are optimistic about this process, there are also some negative consequences and risks brought by this situation. In addition to risks such as violation of personal privacy, storage of user information by social media platforms, cyber attacks, cyber bullying, and

¹⁹ **Bilen, Deniz/Yücel, Müşerref/Ünsalan, Mustafa** (2022) "Kovid-19 Pandemisi Etkisinde Tüketicinin Dijital Yalnızlığı Üzerine Nitel Bir Araştırma", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, V:12, I: Special Issue, p.329; **Lin, Min-Pei** (2020) "Prevalence of Internet Addiction during the Covid-19 Outbreak and Its Risk Factors among Junior High School Students in Taiwan", International Journal of Environmental Research and Public Health, I:17, p.1.

²⁰ **Donath, Judith/Boyd, Danah** (2004) "Public Displays of Connection", BT Technology Journal, V:22, I:4, pp.71-82.

harassment, social media addiction has recently emerged as a frequently discussed topic²¹. However, despite all these, internet use has increased significantly, especially after the 2000s. The rates in the studies on this are also noteworthy. According to the July 2022 Global Digital Report prepared by “We are Social and Hootsuite”, which carries out important studies on this subject, 63.1% (5.03 billion people) of the total world population (7.98 billion people) use the internet, while 66.9% (5.34 billion people) use mobile devices. Again, according to the results of the same study, 59% of the world population (4.70 billion people) actively use social media²². Therefore, social media platforms have now become one of the areas where income is provided as a regular business line. In fact, it has started to be seen among the business lines with a very high attractiveness and popularity rather than the usual.

II. METHODS OF GENERATING INCOME FROM SOCIAL MEDIA

Globalization in world economies and the widespread use of information and communication technologies are the two most important developments of our time. In this context, the importance of the services sector has also increased. Parallel to the reduction of commercial transaction costs of information and communication technologies, electronic commerce (e-commerce) has rapidly become widespread in different fields of activity and in different parts of the world²³. The adoption of information and communication technologies and the widespread use of the internet have changed the presentation, sale and promotion of goods and services, in short, the traditional

²¹ **Çömlekçi, Mehmet Fatih/Başol, Oğuz** (2019) “Gençlerin Sosyal Medya Kullanım Amaçları ile Sosyal Medya Bağımlılığı İlişkisinin İncelenmesi”, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, V:17, I:4, p.175.

²² **We are Social** (2022) The Global State of Digital in July 2022, Part Two, <<https://wearesocial.com/uk/blog/2022/07/the-global-state-of-digital-in-july-part-two/>> I.a.d. 14.01.2023.

²³ **Organ, İbrahim/Çavdar, Fatih** (2012) “Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesinde Uluslararası Alanda Yaşanan Sorunlar”, İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi, V:3, I:1, p.64; **Altuncu, Hasan/Karadağ, Cengiz** (2000) “İnternet ve Vergi”, Vergi Raporu Dergisi, I:47, p.67; **Avcı, Orçun** (2017) “E-Ticaretin Vergilendirilme Sorunsalı”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, I:27, p.251.

understanding of commerce, and the new sales and marketing approach, called e-commerce, has begun to spread throughout the world. In this framework, the internet has become an indispensable element of commercial life, and the dimensions of e-commerce have continued to increase day by day. The development of the internet has not only changed the understanding of commerce and marketing approaches, but also changed many things from communication methods to the place of technology in human life. In today's world, every business has to benefit from the opportunities that the internet provides to businesses in terms of marketing and advertising. Thanks to its features, the internet environment has become the new medium of the advertising industry²⁴. Then, with the emergence of social media platforms, the issue was moved to a much further dimension.

The increasing interest in social media platforms over time and the huge numbers in the number of users have gone far beyond the initial purpose of these platforms, which aims to share the feelings, ideas, pictures, and videos of individuals with their friends. It has had consequences that radically affect not only the advertising activities undertaken by the mass media, but also the traditional commercial activities. Serious changes and transformations have begun to occur in many areas related to commercial activities, especially in the advertising sector²⁵. Thus, advertising through social media has created a different structure from traditional advertising, as it has the opportunity to offer more information to people than traditional advertising²⁶. The expanded

²⁴ **Coşkun Karacadağ, Neslihan** (2019) "İnternet Ortamında Verilen Reklam Hizmetlerinin Vergilendirilmesi", *Vergi Raporu Dergisi*, I:236, p.75; **Çınar, Saliha/Organ, İbrahim** (2022) "E-Ticaretin Vergilendirilmesi Sorunsalının Vergi Mevzuatı Açısından Analizi", *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi*, V:9, I:2, pp.414-415; **Demirel, Şeyda** (2020) "İnternet Reklamcılığı ve Türkiye'de İnternet Reklamcılığının Vergilendirilmesi" (Yüksek Lisans), Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, pp.15-16.

²⁵ **Kahriman, Hamza** (2022) "Türkiye'de Sosyal Medya Platformlarında Yaşanan Bazı Vergilendirme Sorunları ve Çözümleri": Kahriman, Hamza/Bulut, Şahin (Editörler), *Yerelden Globale Sosyo-Ekonomik Bakış*, 1. Baskı, Manisa, Turkuaz Yayıncılık, pp.41-42.

²⁶ **Ortaç, Fevzi Rifat/Akçay, Deniz** (2016) "Taxation of Social Media Advertisements", *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, V:12, I:45, p.178.

function of internet advertising derives from its horizontal integration. What is meant by this horizontal integration are the three key marketing channels of communication, transaction, and distribution. Internet advertisements have advantages over other advertising types, such as interactive, individual, measurable, economical, flexible, and increasing circulation²⁷.

With the increase in online advertising services in Türkiye, the volume of digital advertising investments has reached significant amounts. Between 2011 and 2021, digital advertising investments in Türkiye increased every year and reached 7 billion 924 million TL in 2021. With the change in consumer behavior caused by the Covid-19 pandemic process, 2020 was the year in which the highest increase was experienced in Türkiye compared to the previous year. Compared to the growth rates of digital advertisements in Europe in 2020-2021, Türkiye ranked first with 99.7%²⁸. Therefore, a very high level of money has been earned through such an important platform.

When we look at the current usage purposes of social media, the first thing that stands out is the dimension based on the sharing of emotions, ideas, pictures, and videos that cause the emergence of social media channels, and this dimension is defined as individual use. In other words, it is a use that does not carry any commercial purpose or concern. People called “Influencers” and “Youtubers”, who earn money by commercially advertising their products, use the advantage of high number of followers they reach with the content they produce, the videos and pictures they share. These are also called “Social Media Phenomena²⁹”. Another application type of this is generating revenue by

²⁷ **Özen, Üstün/Sarı, Ahmet** (2008) “İnternet Reklamcılığı: İnternet Kullanıcılarının İnternet Reklamcılığı Konusundaki Tutum ve Davranışları”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, V:1, I:3, p.16.

²⁸ **Demir, İhsan Cemil/Erdal, Nagihan** (2023) “Türkiye’de İnternet Reklamlarının Vergilendirilmesi ve Vergilendirilmesinde Yaşanan Sorunlar”, *Vergi Raporu Dergisi*, I:282, p.82.

²⁹ **Mariam, Siti** (2022) “Agent-Based Modeling on Purchase Decisions: The Impact of Social Media Phenomena”, *Jurnal Ekonomi*, V:11, I:3, p.1749; **Sarıtaş, Ayşe** (2018) “Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi”, *The Journal of International Scientific Researches*, V:3, I:4, pp.62-66.

transferring some of the revenue from the advertisements added by YouTube during the flow of the relevant content to the sharer presenting the video content, depending on the increase in the number of views (or the number of clicks, as it is known to the public) thanks to the videos shared on YouTube. Another common usage type is the producers who sell the products they produce at home through social media. Another common use of social media is the promotion and advertising of products by individual or corporate companies, which are income tax or corporate taxpayers, who want to promote the goods and services they produce or sell, through their corporate social media accounts created for product promotions. The majority of social media platforms that are widely used all over the world belong to companies originating in the United States of America (USA) and China. Although they do not produce any physical goods, the basis of the income source of these companies, which have the largest brand values and the highest earnings in the world, is the advertising revenues they obtain with the advantage of the large number of users. As a matter of fact, this issue has brought up serious efforts and studies on the taxation of the said social media platforms³⁰.

III. TAXATION OF SOCIAL MEDIA

The activities carried out on social media are closely related to various fields of law and intersect with tax law. The mass, called social media phenomena, reaches a mass that cannot be reached in the physical environment with the photo, audio, or video sharing they have made on the social media accounts visited by billions of people every day. These posts they have made can be exclusive to displaying the personal talents of the phenomena, as well as the product promotions of the businesses that want to reach more consumer

³⁰ **Kahriman**, pp.42-43; **Yılmaz, Süleyman/Erkan, Vehbi Umut** (2020) “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:11, I:2, pp.576-577; **Yiğitler, Mete** (2022) “7338 Sayılı Kanun Yönünden Sosyal Medya İçerik Üreticiliğinden Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirmesi”, E-Yaklaşım Dergisi, I:351, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2022-03/7338-sayili-kanun-yonunden-sosyal-medya-icerik-uretiliginden-elde-edilen-gelirlerin-vergilendirmesi>> I.a.d. 25.01.2023.

audiences. At this point, taxation of these people, who earn considerable amounts according to the number of followers in return for the advertisements they display for product promotions, comes to the fore³¹.

In addition to being able to earn income from almost anywhere in the world, receiving payments through individual accounts or receiving crypto money, gift certificates or direct gifts instead of payment, the question of how these will be taxed in almost every country in the world. In order for countries to tax social media content producers, they must first define this activity as a profession and income-generating situation in their laws³². The Republic of Türkiye Ministry of Treasury and Finance also carries out many studies on this issue. In the continuation of the study, various information will be given about the current regulations on this subject.

A. TAXATION OF SOCIAL MEDIA CONTENT PRODUCERS

It is seen that social media platforms create new earning methods for third parties in addition to their advertising earnings. Concepts such as Youtuber, Instagrammer, and Influencer that have emerged today have entered our lives as a profession³³. These people can reach a wide audience by uploading videos and photos on various social media platforms³⁴. In particular, by uploading videos to Youtube, advertisements are added to these videos and income is earned by watching this advertisement to the people who watch the video. A part of such

³¹ **Erol, Ahmet** (2022) "Sosyal Medya İçerik Üreticiliğinde Elde Edilen Kazançların Vergilendirilmesi", *Vergi Dünyası Dergisi*, I:486, p.96; **Gözen Bozdoğan, Kübra/Bayramoğlu, Selçuk** (2022) "Türkiye'de Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuber'ların Kazançlarının Vergilendirilmesine Dair Bir Değerlendirme", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, V:19, I:2, p.830.

³² **Radvan, Michal** (2021) "Taxation of Instagram Influencers", *Studia Iuridica Lublinensia*, V:30, I:2, p.339.

³³ **Jerslev, Anne** (2016) "In the Time of the Microcelebrity: Celebification and the YouTuber Zoella", *International Journal of Communication*, V:10, p.5233; **Acikgoz, Fulya/Burnaz, Sebnem** (2021) "The Influence of 'Influencer Marketing' on YouTube Influencers", *International Journal of Internet Marketing and Advertising*, V:15, I:2, p.202.

³⁴ **Coşkun Karadağ**, p.79.

income remains on Youtube, and the remaining part is distributed to Youtubers according to the viewership rate. It is not exactly certain whether the income distributed to these people will be qualified as commercial income or self-employment earnings. The same is true for games on Facebook. The games on Facebook are developed by third parties and users can make various payments for these games. A portion of the income generated through payments made is paid to application developers. At the same time, ads can be loaded into these games and income can be earned through these uploaded ads³⁵. All these issues are tried to be clarified by various legal regulations.

In Türkiye, “The Law on the Amendment of the Tax Procedure Law and Some Laws” for the taxation of social media content producers has entered into force. With this law, regulations regarding the taxation of both the activities of social media content producers and the activities of application developers for mobile devices have been implemented.

Until the aforementioned regulation, people who produced social media content such as video, audio, and images in the digital environment and shared it on their personal social media accounts had to establish a company for this, even if they earned 100 TL for these shares. Therefore, due to the company they had established, they had to bear many expenses such as rent, Social Security Institution premium, payment to be made for a certified public accountant, declaring their earnings and stamp duty, value added tax (VAT) arising from the declaration they would use for this purpose. However, this situation, which is now addressed in the Law No. 7338, has been clarified and social media content producers and application developers for smart devices are exempted from tax if they earn up to a certain amount (1,900,000 TL for the year 2023). However, if they exceed this exemption limit, it is stipulated that corporate tax liability will be established within the scope of the provisions of establishing a company and commercial income. Here, it is useful to remind once again that

³⁵ **Durdu, Muhammet** (2019) “Türkiye’de Sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:10, I:2, p.481; **Demirci Çakıroğlu, Zeynep** (2022) “Sosyal Medya Platformlarının Vergilendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, I:408, p.70.

this exception is valid for the incomes that will arise as of 01.01.2022 and therefore will not be valid for the earnings before this date³⁶.

Based on this information, freelancers who have the ability to regularly generate income from social media do not have various obligations such as bookkeeping, issuance of receipts, and monthly declarations for incomes up to 1,900,000 TL. In addition, it has become obligatory to pay 15% of their earnings to the state through banks as withholding tax. In this way, the possibility of gainers to cause various tax irregularities has been reduced. As a matter of fact, it should be said that it is difficult to define which activities are advertising revenues in the internet environment, and that money is becoming increasingly digital nowadays and that payments can sometimes be received in crypto money instead of in cash. Again, at this point, it is important to underline that it is necessary to make taxation arrangements for different payment methods that can be made on digital platforms³⁷. Otherwise, significant income losses may arise for the state.

Before the Law No. 7338 came into force, there were questions about whether the profits of social media content producers from brand and product promotion were taxable income, and if a taxable income was accepted, how it would be taxed. Because there was no regulation in the tax legislation regarding the content and taxation of the earnings of social media content producers. For this reason, an evaluation was made by looking at the general provisions in the taxation of income from these activities. From an income tax point of view, there was a debate about whether it should be included in commercial or self-employment earnings from the seven earnings elements³⁸. While some argued that self-employment should be considered as income because it is based on personal work and savings rather than capital, and is realized without being subject to an employer, others stated that the income obtained should be

³⁶ **Gözen Bozdoğan/Bayramoğlu**, pp.834-835.

³⁷ **Ergün, Yücel** (2022) "Sosyal Medya İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, V:18, I:206, p.399.

³⁸ **Durdu**, p.475; **Kahrıman**, p.47.

considered a commercial activity, since the activity is essentially an advertising activity³⁹. The tax administration, on the other hand, stated that the earnings of social media content producers such as Influencer and Youtuber will be commercial earnings, regardless of whether they are incidental or not⁴⁰. This view also led to the emergence of some other obligations such as being subject to VAT, keeping books and filing returns⁴¹.

In practice, it is not considered reasonable for people who earn a small amount of income to be subject to obligations such as keeping a book, issuing declarations, issuing documents and invoices regarding commercial activities by considering their income within the scope of commercial earning⁴². In addition, the revenues obtained through digital platforms in social media do not require capital intensity of the activity, rather than commercial gain, and are more based on personal work, scientific, and professional knowledge. Therefore, the opinion of the Revenue Administration was criticized on the grounds that it should be accepted as self-employment earnings⁴³.

In accordance with Article 2 of the Law No. 7338 and Article Repeated 20/B of the Income Tax Law⁴⁴ No. 193 “*The earnings of social content producers who share content such as text, images, audio and video over social network providers on the internet, and the earnings of those who develop applications for mobile devices such as smartphones or tablets, through electronic application sharing and sales platforms are exempt from income tax.*” significant change was made.

³⁹ Demirci Çakıroğlu, p.72; Gözen Bozdoğan/Bayramoğlu, p.832; Yavan/Sever, pp.1335-1336.

⁴⁰ Durdu, p.481; Gözen Bozdoğan/Bayramoğlu, p.832.

⁴¹ Kahrıman, p.48.

⁴² Sağlam, Erdoğan (2021) “Sosyal Medya İçerik Üreticiliği ile Mobil Cihazlar İçin Uygulama Geliştiriciliği Kazançları Gelir Vergisinden İstisna Ediliyor”, t24, <<https://t24.com.tr/yazarlar/erdogan-saglam/sosyal-icerik-uretiligi-ile-mobil- cihazlar-icin-uygulama-gelistiriciligi-kazanclari-gelir-vergisinden-istisna-ediliyor,32688>> I.a.d.13.03.2023.

⁴³ Günsel Sürücü, Beyza (2021) “Son Gelişmeler Işığında Sosyal Medya İçerik Üreticileri Kazançlarının Vergilendirilmesi”, Erdem & Erdem, <<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/son-gelistmeler-isiginda-sosyal-medya-icerik-uretilicileri-kazanclarinin-vergilendirilmesi>> I.a.d. 13.03.2023.

⁴⁴ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:10700, D:06.01.1961.

Moreover, taxation of the income of those who develop applications for mobile devices such as smartphones or tablets is also included in the exemption.

In order to explain how the law will be implemented, the Income Tax General Communiqué Serial⁴⁵ No. 318, which includes the principles and procedures regarding the exception, has been published. When the provision of the law and the Communiqué are evaluated together, the regulation includes the following issues⁴⁶:

- Both full and limited taxpayers can benefit from the scope of the exception.
- The fact that the beneficiaries of the exemption deal with other works outside this scope does not prevent the benefit of the exception.
- Those who want to benefit from the exemption must apply to the tax office authorized to levy in their place of residence and obtain an exemption certificate.
- In order to benefit from the exemption, an account must be opened in banks established in Türkiye and all revenues related to these activities must be collected only through this account.
- The information of the opened bank account must be reported to the authorized tax office by the taxpayer within 1 month.
- Banks are obliged to withhold income tax at the rate of 15% as of the date of transfer, on the amount of revenue transferred to the accounts opened in this context, and to declare and pay in accordance with the principles in Articles 98 and 119 of the Law.
- Delivery and services subject to income taxed within the scope of the regulation are also exempted from VAT.

⁴⁵ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:31717, D:12.01.2022.

⁴⁶ **Kahriman**, pp.49-50; **İnsel, Fırat** (2022) “Sosyal İçerik Üreticiliğine İstisnasının Yeni Tebliğ Işığında Bir Bakış”, Muhasebetr, <<http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/firatinsel/010/>> I.a.d. 10.03.2023.

- Beneficiaries of the exemption will not submit a declaration, and if they also file a declaration for other incomes, they will not include the income they have obtained under this exception in their declarations.
- If the income obtained from the activities within the scope of the exemption exceeds the fourth tranche of the tariff written in Article 103 of the Income Tax Law (this amount is 1.900.000 TL for the year 2023) or if the exemption conditions are eliminated or violated in the current year, the right to exemption will be removed. In this case, taxpayers will file an annual income tax return for all of their earnings.
- With the law, the President has been given the authority to reduce the withholding rate to zero for each type of activity, and to re-determine it by increasing it up to one fold. The Ministry of Treasury and Finance has also been given the authority to determine the procedures and principles regarding the implementation of the article.
- Taxpayers have the right to waive this exception by applying to the tax office at any time, if they wish.

As a result, taxpayers whose earnings exceed the determined limit, if it is determined that the conditions regarding the exception are not met, the tax accrued incompletely is collected together with the default interest by deducting the tax loss penalty. At the same time, with the Law No. 7338, the VAT Law⁴⁷ No. 3065 on social media revenues was amended and an exception was introduced. With the regulation made, the phrase “delivery and services subject to taxed earnings within the scope of Repeated Article 20/B of the same Law” was added to Article 17/4/a of the VAT Law. With this regulation, delivery and services subject to earnings that are taxed through withholding and exempt from income tax are exempted from VAT⁴⁸.

⁴⁷ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:18563, D:02.11.1984.

⁴⁸ **Günsel Sürücü, Beyza** (2021) “Son Gelişmeler Işığında Sosyal Medya İçerik Üreticileri Kazançlarının Vergilendirilmesi”, Erdem & Erdem, <<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/son-gelistmeler-isiginda-sosyal-medya-icerik-ureticileri-kazanclarinin-vergilendirilmesi>> I.a.d. 13.03.2023.

B. TAXATION OF NATURAL PERSONS SELLING GOODS THROUGH SOCIAL MEDIA

One of the most important changes that the internet has brought about in our daily lives has been the change in our habits of purchasing goods and services. Thanks to the internet, we can now do our shopping from markets, shops and shopping centers without moving from our place in the virtual environment⁴⁹. E-commerce, which is carried out thanks to the internet, did not allow companies that only pay income tax or corporate tax and have a certain organizational structure to sell their goods or services by taking advantage of this opportunity. Apart from this, it has also enabled natural persons who want to sell the goods they produce without opening a workplace and mostly at home or in very small production places, to sell goods and services. Natural persons, who are not income and corporate taxpayers and who mostly sell goods that they manufacture at home, can sell these goods through a website they will establish, or by using social media tools. Establishing a website, keeping this site up-to-date, adding a virtual pos device or similar credit card payment tools to this site will require professional IT (informatic specialist) support, and this will lead to increased production costs. Therefore, it will lead to the sale of the subject goods at a higher price. This high price will have a natural result, such as a decrease in sales. However, it is possible to bring all these processes for free by using social media tools. In recent years, natural people who mostly sell the goods they manufacture at home prefer this way in their sales⁵⁰.

In recent years, many legal regulations have been made on the control and taxation of e-commerce over the internet. Approaching the problem primarily with the concept of workplace, the Ministry of Treasury and Finance stated that the internet communication address used for sales in the electronic environment will be accepted as a workplace. As a matter of fact, a ruling⁵¹ on this issue has been

⁴⁹ **Durlanık, İhsan/Yıldırım, Naci** (2020a) “İnternet Ortamında Yapılan Satışlarda Esnaf Muafiyeti Uygulama Alanı Genişliyor: GVK Madde 9/10”, *Vergi Raporu Dergisi*, I:255, p.29.

⁵⁰ **Kahriman**, pp.50-51.

⁵¹ İstanbul Tax Office Directorate, N:B.07.1.GİB.4.34.16.01-120[37-2012/271]-2728, D:06.09.2012.

approached by referring to the provision of Article 156 of the Tax Procedure Law⁵² No. 213, titled “Workplace”. The website is considered a workplace for those who sell clothes, buckles and various accessories that they have designed at home on the internet⁵³. The fact that the internet is accepted as a workplace with such a broad approach of the Ministry of Treasury and Finance has revealed a situation such as the taxation of low-amount sales made over the Internet by people who do not have an obligation or benefit from the tradesman exemption. For example, Subparagraph 6 of the first paragraph of Article 9 of the Income Tax Law No. 193 regulates the tradesmen exemption. Since one of the conditions of the tradesman exemption was not opening a business, even if the housewives made low amounts of sales over the internet, these people were considered to have opened a business, and this situation eliminated the opportunity to benefit from the tradesman exemption⁵⁴. This negative situation has been brought under a legal regulation with the Law No. 7256 on the “Restructuring of Certain Receivables and the Amendment of Some Laws⁵⁵”. With the 15th Article of the Law No. 7256, a new Subparagraph (10 numbered) has been added to the first paragraph of the 9th Article of the Income Tax Law, titled tax-exempt tradesmen, following the (9 numbered) clause. With the aforementioned new clause, income tax exemption has been granted to those who sell the goods they produce in their homes on the internet and similar electronic media, under certain conditions. With this regulation, “*the ones who sell the goods*

⁵² Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:10705, D:12.01.1961.

⁵³ **Demirci Çakıroğlu**, p.72; **Şen, Mustafa** (2018) “İnternette Satış Yapmak İsteyen Firmaların Sanal Mağazalardan Sanal Alan Kiralanması”, Vergi Raporu Dergisi, I:224, p.119.

⁵⁴ However, the tradesman exemption is an application that serves the understanding of being a social state and, in parallel, to ensure tax justice, when the basic characteristics of the beneficiaries of this exemption are considered. It is seen that the beneficiaries of the exemption generally earn a limited amount of income and this income is only sufficient to provide for their own living. The tradesmen exemption is mainly based on the purpose of economic, fiscal, and social protection of those with very low income levels (**Durlanık, İhsan/Yıldırım, Naci** (2020b) “Teknolojik Gelişmeler Işığında Esnaf Muafiyeti Uygulaması”, Vergi Raporu Dergisi, I:253, p.127; **Kahriman**, p.51; **Sarioğlu, Sinan** (2020) “İnternet Üzerinden Yapılan Satışlarda Esnaf Muafılığı”, Vergi Dünyası Dergisi, I:461, pp.75-76; **Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2023) Türk Vergi Sistemi, 20. Baskı, Bursa, Ekin, pp.46-47).

⁵⁵ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:31307, D:17.11.2020.

they produce in their houses over the internet and similar electronic media without opening a separate workplace and without using industrial type or mass production machines and tools” are considered tax-free tradesmen.

Those who fall within the scope of the tradesman exemption can benefit from the application with an easy application that they can make through the interactive tax office without going to the tax office. In this way, citizens can sell the products they produce in the electronic environment without being under the pressure of any tax liability, even by employing workers if they want. However, these citizens are required to open a commercial account in banks established in Türkiye and collect all revenues through this account. Thus, they benefit from the exemption according to the amount of income they earn⁵⁶.

Regarding this legal regulation, the Revenue Administration has published the Income Tax General Communiqué Serial⁵⁷ No. 314. The clause 10 added to the first paragraph of Article 9 of the Income Tax Law and the Income Tax General Communiqué Serial No. 314 are evaluated together. The features of the regulation regarding the exemption of tradesmen in the sale of goods produced at home via the internet can be listed as follows⁵⁸:

- With this regulation, those who sell the products they manufacture in their homes on electronic media without opening a separate workplace and without using machines and tools capable of industrial or mass production are considered tax-free tradesmen.
- The date of 01.01.2021 has been determined as the beginning of the regulation.
- Those who sell products such as towels, covers, sheets, socks, carpets, rugs, woven products that they produce with their own handiwork at home, without opening a business, will benefit from the tradesman exemption.

⁵⁶ **Durlanık/Yıldırım** (2020a), p.37.

⁵⁷ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:31470, D:30.04.2021.

⁵⁸ **Kahrıman**, pp.52-54; **Sarılı, Mustafa Ali** (2021) Türk Vergi Sistemi, 8. Baskı, Ankara, Hermes, pp.42-43; **Tosuner, Mehmet/Arıkan, Zeynep/Bay, Hakan** (2022) Türk Vergi Sistemi, 26. Baskı, İzmir, Kanyılmaz, pp.75-78.

- These goods must be produced without the use of industrial or mass production machines and tools, excluding sewing, embroidery, food processor, ironing and similar machines and tools used at home.
- The production of these goods must be produced without employing outside workers, sold without opening a workplace, and must not be sold by following the market for these products.
- It is important that those who will benefit from this exemption are not subject to income tax due to their commercial, agricultural, or professional income. The activity should not be carried out in a way that is dependent on income and corporate taxpayers.
- Those who want to benefit from the exemption must apply to the tax office in their place of residence and obtain a “tradesman tax exemption certificate”.
- With the tradesman tax exemption certificate, a commercial account must be opened in banks established in Türkiye and all revenues must be collected only through this account.
- Banks will withhold income tax of 4% on the amounts transferred to these commercial accounts as of the date of transfer. At the same time, they will declare and pay the taxes withheld on the amounts transferred for a month, in the following month, in accordance with the principles of Articles 98 and 119 of the Income Tax Law.
- In cases where the persons benefiting from the tradesman exemption employ one or more workers, the withholding rate will be applied as 2%. In order to apply the reduced rate, one worker must be employed for at least ten days per month⁵⁹.

⁵⁹ Those who want to benefit from the reduced withholding rate will notify the banks that they have opened a commercial account, together with the supporting documents obtained from the Social Security Institution, that they employ workers in their activities. The dismissal or departure of the employed worker will also be notified to the relevant banks. Unless a notification is made that the employee has quit the job, the discounted withholding will

- The total amount of sales obtained within the scope of this paragraph must not exceed the annual gross amount of the minimum wage valid for the relevant year. For the year 2023, if the total amount of sales exceeds 120,096 TL, the taxpayer will be real taxation system way from the beginning of the following calendar year and will not be able to benefit from this exemption again⁶⁰.
- In case more than one product is manufactured and sold over the internet and similar electronic media, the condition that the revenue obtained does not exceed the amount valid in the relevant year is considered. This system is considered in terms of the total revenue obtained from all products, not separately for each product type.
- Those who benefit from the tradesman exemption are required to update their status by applying to the tax offices authorized for assessment every three years.

As a result, it is very important to ensure that those who manufacture products that are produced at home and require intensive manual labor, especially housewives, participate more in the working life and national economy. With the regulation, more active participation of the female workforce in employment, which is not possible to directly participate in the workforce due to Türkiye's social structure, has been ensured⁶¹. In particular, the legal environment for housewives to contribute to the productivity of the economy has been provided. Thus, it helps to increase the tax compliance capacity of both the tax administration and the taxpayer by bringing simplicity and simplicity to the taxation of those who sell low amounts over the internet.

continue in the periods following the notification date. Banks will withhold tax according to the notification status made to them. Tax-exempt tradesmen are responsible for the deficient withholding due to informing that they are employed even though the worker is not employed for more than ten days in the relevant month, or due to not reporting that the employed worker has quit the job (Income Tax Communiqué Serial No. 314).

⁶⁰ **Gelir İdaresi Başkanlığı** (2023) "Evlerde Üretilen Ürünlerin İnternet Üzerinden Satışında Esnaf Muaflığına İlişkin Rehber", Yayın No:452, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, p.6.

⁶¹ **Durlanık/Yıldırım** (2020b), p.135.

C. TAXATION OF TRANSFER OF SOCIAL MEDIA ACCOUNTS TO HEIRS

Today, although the rate of social media usage over smartphone applications exceeds the rate of social media use over computers, social media platforms are no different from basic websites. Social network users have activities such as video-photo sharing, information-document sharing, making statements, messaging, playing online games through these platforms. Users act of their own volition while engaging in such interactions through their own social media accounts⁶².

It is clear that social media accounts are used for data transmission purposes. Thus, people today use social media for different purposes, making it and the accounts they use to access it a part of their lives. Indeed, people use their social media accounts for both socializing and trading. In this way, the differentiation of social media accounts according to their intended use may also be important in passing them on through inheritance. Because, while the transfer of a social media account used for commercial purposes may constitute the transfer of the commercial enterprise by inheritance, there is no certainty about how the transfer of the social media account used for the sole purpose of socialization will take place. For this reason, it is important to examine the purposes of social media accounts and to classify them according to their intended use⁶³.

First of all, the concepts of digital assets and digital inheritance are not concepts that have taken their place in our legal language yet. There are these concepts that have just started to be used in Türkiye and the legal problems they cause⁶⁴. There is only one concept and perception of assets in the legal system, which is generally used in the sense of “rights that protect the material interests of individuals⁶⁵”. However, with the developing technology, it is seen that the

⁶² **Altındal, Hasan/Arslan, Yusuf Enes** (2021) “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:25, I:1, p.322.

⁶³ **Yılmaz/Erkan**, p.576.

⁶⁴ **Altındal/Arslan**, p.321.

⁶⁵ **Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad** (2018) Türk Medeni Hukuku, Ankara, Gazi, pp.116-117.

concept of digital assets has started to take place in the legal language gradually. Since the legal system of each country generally changes and takes shape according to the changing needs of the society, it is not possible to foresee a problem that did not exist before and to set rules accordingly. The problem of digital inheritance is an example of this⁶⁶. The most important problem encountered in the transfer of social media accounts to heirs is the inability to identify the digital assets of the legator and the inability to access the necessary security keys to access these digital assets. Especially in social media, due to the fact that people open accounts with different names (nick names), it becomes difficult both to determine the accounts of the legator and to establish the relationship between these accounts and the legator. In addition, it is another problem that the security keys requested at different levels for other digital assets required for accessing and using social media accounts are not determined or that the heirs do not have this information. Today, different applications such as face recognition, voice command and 2-step verification have been developed apart from user name and password in order to ensure data security and provide access to digital assets more effectively. Due to these practices, some difficulties may be experienced in the transfer of social media accounts to heirs⁶⁷.

Until a legal regulation is brought or a stability is ensured by judicial decisions, a solution can only be produced through interpretation. As a result, there is no doubt that the accounts opened and used for financial gain will be transferred to the heirs. Because today, the heirs still have the opportunity to earn financial income from such accounts. It is also possible for the heirs who do not want to continue this work of the legator, to gain financial gain by selling these accounts. Therefore, such digital asset values must be passed on to their total subrogation. On the other hand, social media accounts that are used only for personal purposes should also be considered as a special memory item such

⁶⁶ **Maraşlı Dinç, Yasemin** (2019) "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", TBB Dergisi, I:142, p.285.

⁶⁷ **Altındal/Arslan**, p.344.

as letters and diaries, and such accounts should be passed on to legal heirs. For example, the decision⁶⁸ of the German Federal Court is in this direction. Social media accounts that have a mixed nature, that is, used for both personal purposes and financial income, should first be passed on to the heirs. Because in such accounts, both the property of being a special memory and providing financial income exist together⁶⁹.

There is no clear legal regulation as to whether the social media accounts in question can be passed on to the heirs, that is, whether digital inheritance is possible or not. However, based on the Inheritance and Gift Tax Law⁷⁰ No. 7338 social media accounts transferred in this way must be subject to inheritance and gift tax. For this, first of all, social media accounts must be accepted as a “right”. However, it is foreseen that there will be some problems in taxation. The main reason for these problems is that digital heritage and all data on the internet cannot be put into a certain pattern and do not have a principle⁷¹. In addition, after it is accepted as a right, valuation procedures should be carried out by the commissions established by the tax office and the base for inheritance and gift tax should be established in this way. In our legal system, there is no regulation on this subject yet. However, there is a need for such an arrangement suitable for the digital age. In addition, it is suggested that the arrangement to be made should be in a way that does not cause conflict between the law of inheritance and the Law⁷² on the Protection of Personal Data No. 6698⁷³. Personal data protection law regulates that personal data cannot be processed, transferred or accessed by other people without their consent. Personal data is heavily on social media platforms. Social media companies are also obliged to preserve data in their systems in accordance with data protection legislation. This situation

⁶⁸ BGH, Urteil vom 12.07.2018- III ZR 183/17- Berlin.

⁶⁹ **Maraşlı Dinç**, p.286.

⁷⁰ Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:10231, D:15.06.1959.

⁷¹ **Bıyan, Özgür/Akçil, Çağla Gizem** (2018) “Dijital Miras ve Vergisel Boyutu”, Legal Mali Hukuk Dergisi, V:14, I:165, pp.2656-2657.

⁷² Official Gazette of the Republic of Türkiye, N:29677, D:07.04.2016.

⁷³ **Kahriman**, p.55.

causes a conflict between inheritance law and personal data protection law⁷⁴. In addition to the rapidly developing information technologies, legal rules cannot fully keep up with the speed in this process. In order to solve the problems, there is a need for the regulation of the legislation.

CONCLUSION

The scope and benefits of digital technology activities affect societies economically and socially. In addition to technological developments, the human factor is also important in the realization of a successful digital transformation. In the 21st century, it has become really difficult to regulate tax laws and to understand taxpayers and taxpayer earnings effectively and accurately. On the one hand, advanced technology and software make these processes easier, on the other hand, it becomes difficult to keep up with the pace of change in action and legally. Understanding newly emerging economic activities and revealing their tax dimension legally creates serious difficulties.

Social media has emerged with the development of the digital world and internet technology and has greatly influenced the whole world today. It is seen that income is generated in various ways thanks to new business models created by digital technologies and social media platforms. One of the main actors of new media is social media content producers. Social media content producers have not only shared their personal talents on these own pages. At the same time, they have turned social media into attractive channels where businesses can increase their competitive power, which is almost the golden rule of the digital age, and promote their products so that they can continue to exist.

The fact that the size of the economic developments in the field of social media has reached a serious size has revealed the necessity of taxation in this area. However, in the determination of the taxation issue, some difficulties arise in the current tax system and these need to be clarified first. Although the regulation on the taxation of the earnings of social media content producers

⁷⁴ **Yılmaz/Erkan**, p.583.

partially removes the uncertainty before the Law No. 7338, the question marks regarding the nature of the income in question have not been fully resolved. Although there is no clear regulation regarding the nature of the income in the text of the law, it is stated that the said activities are in the nature of commercial activities in the justification of the relevant Law. Therefore, as can be understood from the justification, the legislator accepts the understanding in the rulings issued by the Revenue Administration before the Law No. 7338. However, we are of the opinion that it is legally more correct to determine the nature of the said earnings as self-employment earnings. In addition, it is clear that the regulation could not fill some legal gaps. In case the exemption amount is exceeded, the fact that all of the income obtained is subject to income tax and the portion exceeding the exemption is subject to VAT will bring obligations such as bookkeeping and declaration for these taxpayers. In addition, it may harm the principle of justice in taxation. However, even if the exemption amount is exceeded with the income obtained, it would be much better to make taxation and establish liability by taking the said exception into account. Again, if the exemption amount is exceeded, the excess of the exemption will be subject to VAT, which may cause difficulties in technical implementation. Considering that VAT will start to be calculated after the part exceeding the exemption limit, it should be clarified what kind of VAT application should be made if the last delivery at the border is in an amount that cannot be divided.

When all these are taken into account, it can be argued that the issue is contrary to the principle of taxation according to fiscal power. What is fair is that the amount of income determined as the limit for the exemption is exempted for all taxpayers. With the regulation that came into force in Türkiye, those who sell their goods over the internet and similar electronic media are included in the tax-free tradesmen category, under certain conditions, and a simpler and more understandable tax legislation has been implemented. With the new regulation, easier taxation of said earnings, prevention of the risk of unregistered income and certainty in the eyes of taxpayers have been ensured.

Another issue is the taxation of transferring social media accounts to heirs. People can open accounts with their real identities on social media as well as

with nicknames. If the legator has opened an account with his/her real identity, it is possible to determine the relationship between the relevant social media account and the legator. However, in case of opening an account under a pseudonym, it is necessary to prove that the relevant account belongs to the legator. If all the aforementioned problems are resolved, social media accounts should be subject to inheritance and gift tax. For this, first of all, social media accounts must be accepted as a “right”. However, it is foreseen that there will be some problems in taxation. The main reason for these problems is that digital heritage and all data on the internet cannot be put into a certain pattern and do not have a principle.

As a result, it is obvious that those who earn income through social media can be taxed much more fairly after the mentioned deficiencies are eliminated. Considering that the law always follows life one step behind, it is seen that the legal system has difficulty in following current developments. Therefore, it is clear that in an order where the digital world has entered our lives, very comprehensive regulations are needed. The existence of legal norms that will guide people in the technological development processes, facilitate the work of the tax administration, and apply in disputes arising in the IT world will increase the confidence in the legal system.

BIBLIOGRAPHY

- Acikgoz, Fulya/Burnaz, Sebnem** (2021) “The Influence of ‘Influencer Marketing’ on YouTube Influencers”, *International Journal of Internet Marketing and Advertising*, V:15, I:2, pp.201-219.
- Almeida, Fernando** (2017) “Concept and Dimensions of Web 4.0”, *International Journal of Computers and Technology*, V:16, I:7, pp.7040-7046.
- Altındal, Hasan/Arslan, Yusuf Enes** (2021) “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V:25, I:1, pp.313-351.
- Altuncu, Hasan/Karadağ, Cengiz** (2000) “İnternet ve Vergi”, *Vergi Raporu Dergisi*, I:47, pp.67-71.
- Avcı, Orçun** (2017) “E-Ticaretin Vergilendirilme Sorunsalı”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, I:27, pp.248-263.
- Bilen, Deniz/Yücel, Müşerref/Ünsalan, Mustafa** (2022) “Kovid-19 Pandemisi Etkisinde Tüketicinin Dijital Yalnızlığı Üzerine Nitel Bir Araştırma”, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, V:12, I: Special Issue, pp.329-347.
- Bıyan, Özgür/Akçıl, Çağla Gizem** (2018) “Dijital Miras ve Vergisel Boyutu”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, V:14, I:165, pp.2637-2662.
- Bozkurt, Gonca Şükriye** (2020) “Sosyal Medyada Parasosyal Etkileşim: Sosyal Medya Fenomenlerinin Tüketicilerin Marka Algısına Etkisinin Değerlendirilmesi” (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Choudhury, Nupur** (2014) “World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0”, *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, V:5, I:6, pp.8096-8100.
- Coe, Peter** (2015) “The Social Media Paradox: An Intersection with Freedom of Expression and the Criminal Law”, *Information & Communications Technology Law*, V:24, I:1, pp.16-40.
- Coşkun Karacadağ, Neslihan** (2019) “İnternet Ortamında Verilen Reklam Hizmetlerinin Vergilendirilmesi”, *Vergi Raporu Dergisi*, I:236, pp.74-89.
- Çalışkan, Mustafa/Mencik, Yunus** (2015) “Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya”, *Akademik Bakış Dergisi*, I:50, pp.254-277.
- Çınar, Saliha/Organ, İbrahim** (2022) “E-Ticaretin Vergilendirilmesi Sorunsalının Vergi Mevzuatı Açısından Analizi”, *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi*, V:9, I:2, pp.397-420.

- Çömlekçi, Mehmet Fatih/Başol, Oğuz** (2019) “Gençlerin Sosyal Medya Kullanım Amaçları ile Sosyal Medya Bağımlılığı İlişisinin İncelenmesi”, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, V:17, I:4, pp.173-188.
- Demir, İhsan Cemil/Erdal, Nagihan** (2023) “Türkiye’de İnternet Reklamlarının Vergilendirilmesi ve Vergilendirilmesinde Yaşanan Sorunlar”, Vergi Raporu Dergisi, I:282, pp.69-85.
- Demirci Çakıroğlu, Zeynep** (2022) “Sosyal Medya Platformlarının Vergilendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, I:408, pp.62-75.
- Demirel, Şeyda** (2020) “İnternet Reklamcılığı ve Türkiye’de İnternet Reklamcılığının Vergilendirilmesi” (Yüksek Lisans), Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Donath, Judith/Boyd, Danah** (2004) “Public Displays of Connection”, BT Technology Journal, V:22, I:4, pp.71-82.
- Durdu, Muhammet** (2019) “Türkiye’de Sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:10, I:2, pp.470-488.
- Durlanık, İhsan/Yıldırım, Naci** (2020a) “İnternet Ortamında Yapılan Satışlarda Esnaf Muafiyeti Uygulama Alanı Genişliyor: GVK Madde 9/10”, Vergi Raporu Dergisi, I:255, pp.28-38.
- Durlanık, İhsan/Yıldırım, Naci** (2020b) “Teknolojik Gelişmeler Işığında Esnaf Muafiyeti Uygulaması”, Vergi Raporu Dergisi, I:253, pp.125-136.
- Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad** (2018) Türk Medeni Hukuku, Ankara, Gazi.
- Ergün, Yücel** (2022) “Sosyal Medya İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, V:18, I:206, pp.391-406.
- Erol, Ahmet** (2022) “Sosyal Medya İçerik Üreticiliğinde Elde Edilen Kazançların Vergilendirilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi, I:486, pp.93-100.
- Ersöz, Betül** (2020) “Yeni Nesil Web Paradigması: Web 4.0”, Bilgisayar Bilimleri ve Teknolojileri Dergisi, V:1, I:2, pp.58-65.
- Fuchs, Christian** (2011) “An Alternative View of Privacy on Facebook”, Information, V:2, pp.140-165.
- Gelir İdaresi Başkanlığı** (2023) “Evlerde Üretilen Ürünlerin İnternet Üzerinden Satışında Esnaf Muafılığına İlişkin Rehber”, Yayın No:452, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı.

- Gözen Bozdoğan, Kübra/Bayramoğlu, Selçuk** (2022) “Türkiye’de Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuber’ların Kazançlarının Vergilendirilmesine Dair Bir Değerlendirme”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, V:19, I:2, pp.825-838.
- Günsel Sürücü, Beyza** (2021) “Son Gelişmeler Işığında Sosyal Medya İçerik Üreticileri Kazançlarının Vergilendirilmesi”, Erdem & Erdem, <<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/son-gelismeler-isiginda-sosyal-medya-icerik-ureticileri-kazanclarinin-vergilendirilmesi>> I.a.d. 13.03.2023.
- Işık, Metin/Kaptangil, İrem** (2018) “Akıllı Telefon Bağımlılığının Sosyal Medya Kullanımı ve Beş Faktör Kişilik Özelliği ile İlişkisi: Üniversite Öğrencileri Üzerinden Bir Araştırma”, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, V:7, I:2, pp.695-717.
- İnsel, Fırat** (2022) “Sosyal İçerik Üreticiliğine İstisnasının Yeni Tebliğ Işığında Bir Bakış”, Muhasebetr, <<http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/firatinsel/010/>> I.a.d. 10.03.2023.
- Jerslev, Anne** (2016) “In the Time of the Microcelebrity: Celebification and the YouTuber Zoella”, International Journal of Communication, V:10, pp.5233-5251.
- Kahriman, Hamza** (2022) “Türkiye’de Sosyal Medya Platformlarında Yaşanan Bazı Vergilendirme Sorunları ve Çözümleri”: Kahriman, Hamza/Bulut, Şahin (Editörler), Yerelden Globale Sosyo-Ekonomik Bakış, 1. Baskı, Manisa, Turkuaz Yayıncılık.
- Kaplan, Andreas M./Haenlein, Michael** (2010) “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, Business Horizons, I:53, pp.59-68.
- Kara, Tolga** (2016) “Gençler Neden Snapchat Kullanıyor Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Üzerinden Bir Araştırma”, Intermedia International e-Journal, V:3, I:5, pp.262-277.
- Lampropoulos, Georgios/Siakas, Kerstin/Anastasiadis, Theofylaktos** (2019) “Internet of Things in the context of Industry 4.0: An Overview”, International Journal of Entrepreneurial Knowledge, V:7, I:1, pp.4-19.
- Lin, Min-Pei** (2020) “Prevalence of Internet Addiction during the Covid-19 Outbreak and Its Risk Factors among Junior High School Students in Taiwan”, International Journal of Environmental Research and Public Health, I:17, pp.1-12.
- Manovich, Lev** (2001) The Language of New Media, The MIT Press Cambridge, London, Massachusetts Institute of Technology.
- Maraşlı Dinç, Yasemin** (2019) “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras”, TBB Dergisi, I:142, pp.273-287.

- Mariam, Siti** (2022) “Agent-Based Modeling on Purchase Decisions: The Impact of Social Media Phenomena”, *Jurnal Ekonomi*, V:11, I:3, pp.1749-1756.
- Nath, Keshab/Isvary, Raja** (2015) “What Comes After Web 3.0? Web 4.0 and the Future”, *International Conference on Computing and Communication Systems*, pp.1-4.
- Organ, İbrahim/Çavdar, Fatih** (2012) “Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesinde Uluslararası Alanda Yaşanan Sorunlar”, *İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi*, V:3, I:1, pp.63-84.
- Ortaç, Fevzi Rifat/Akçay, Deniz** (2016) “Taxation of Social Media Advertisements”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, V:12, I:45, pp.177-185.
- Özen, Üstün/Sarı, Ahmet** (2008) “İnternet Reklamcılığı: İnternet Kullanıcılarının İnternet Reklamcılığı Konusundaki Tutum ve Davranışları”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, V:1, I:3, pp.15-26.
- Patil, Hitendra J./Surwade, Yogesh P.** (2018) “Web Technologies From Web 2.0 to Web 4.0”, *International Journal for Science and Advance Research in Technology*, V:4, I:4, pp.810-814.
- Prabhu, Devika** (2016) “Application of Web 2.0 and Web 3.0: An Overview”, *International Journal of Research in Library Science*, V:2, I:1, pp.54-62.
- Radvan, Michal** (2021) “Taxation of Instagram Influencers”, *Studia Iuridica Lublinensia*, V:30, I:2, pp.339-356.
- Sağbaşı, İsa/Kaya, Oğuz Kağan Ahmet** (2020) “Sosyal Medyada Vergi Algısı”, *Maliye Araştırmaları Dergisi*, V:6, I:1, pp.20-35.
- Sağlam, Erdoğan** (2021) “Sosyal Medya İçerik Üreticiliği ile Mobil Cihazlar İçin Uygulama Geliştiriciliği Kazançları Gelir Vergisinden İstisna Ediliyor”, t24, <<https://t24.com.tr/yazarlar/erdogan-saglam/sosyal-icerik-ureticiligi-ile-mobil-cihazlar-icin-uygulama-gelistiriciligi-kazanclari-gelir-vergisinden-istisna-ediliyor,32688>> I.a.d.13.03.2023.
- Sarı, Mustafa Ali** (2021) *Türk Vergi Sistemi*, 8. Baskı, Ankara, Hermes.
- Sarıoğlu, Sinan** (2020) “İnternet Üzerinden Yapılan Satışlarda Esnaf Muaflığı”, *Vergi Dünyası Dergisi*, I:461, pp.75-80.
- Sarıtaş, Ayşe** (2018) “Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi”, *The Journal of International Scientific Researches*, V:3, I:4, pp.62-74.

- Solanki, Manishkumar R./Dongaonkar, Abhijit** (2016) “A Journey of Human Comfort: Web 1.0 to Web 4.0”, *International Journal of Research and Scientific Innovation*, V:3, I:9, pp.75-78.
- Şen, Mustafa** (2018) “İnternette Satış Yapmak İsteyen Firmaların Sanal Mağazalardan Sanal Alan Kiralanması”, *Vergi Raporu Dergisi*, I:224, pp.115-119.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2023) *Türk Vergi Sistemi*, 20. Baskı, Bursa, Ekin.
- Tosuner, Mehmet/Arıkan, Zeynep/Bay, Hakan** (2022) *Türk Vergi Sistemi*, 26. Baskı, İzmir, Kanyılmaz.
- Türkay, İmdat** (2013) “Kamuda Vatandaş Odaklı Yönetim ve Sosyal Medya”, *Vergi Sorunları Dergisi*, I:301, pp.145-159.
- We are Social** (2022) *The Global State of Digital in July 2022, Part Two*, <<https://wearesocial.com/uk/blog/2022/07/the-global-state-of-digital-in-july-part-two/>> I.a.d. 14.01.2023.
- Yavan, Sercan/Sever, Emre** (2020) “Sosyal Medyadaki İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi: Türkiye Örneği”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, V:16, I:185, pp.1321-1348.
- Yegen, Ceren** (2013) “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, *Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, V:1, I:2, pp.119-135.
- Yıldırım, Mahmut Bülent** (2022) “Sosyal Medya Üzerinden Gelir Elde Edenlerin Vergilendirilmesi”, *Alomaliye*, <<https://www.alomaliye.com/2022/05/12/sosyal-medya-vergilendirilmesi/>> I.a.d. 25.04.2023.
- Yılmaz, Süleyman/Erkan, Vehbi Umut** (2020) “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V:11, I:2, pp.567-586.
- Yiğitler, Mete** (2022) “7338 Sayılı Kanun Yönünden Sosyal Medya İçerik Üreticiliğinden Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi”, *E-Yaklaşım Dergisi*, I:351, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2022-03/7338-sayili-kanun-yonunden-sosyal-medya-icerik-uretiliginden-elde-edilen-gelirlerin-vergilendirilmesi>> I.a.d. 25.01.2023.

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI DEVLETİ'NDE SİYASİ İKTİDAR DÜZENİNE İSYAN (BAĞY) SUÇUNUN GÖRÜNÜMÜ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Melikşah AYDIN^()**

ÖZET

Bağy suçu İslam hukukundaki suç türleri içinde en önemli olanlardandır. Çünkü bu suç doğrudan siyasi iktidar düzenine yönelik bir suçtur. Siyasi düzeni değiştirmek isteyen belli sayıdaki bir grup kimsenin işleyebileceği bu suç ile, siyasi iktidar düzenini değiştirmek veya ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır. İslam hukuku kitaplarında bağy suçunun unsurları belirlenirken isyan eden kimselerin belli bir sayıya ulaşan bir topluluk olması, isyancıların siyasi iktidar düzeni ile ilgili değiştirmek veya ortadan kaldırmak gibi bir amaçlarının yani tevillerinin olması ve isyancıların bir örgüt yapısı içinde belirli bir güce sahip olmaları (menea) olmak üzere üç temel unsur ön plana çıkmıştır.

Tanzimat dönemine kadar devlete yönelik suçlarda katı tutumunu sürdüren Osmanlı devleti, Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma faaliyetleri ile isyan suçuna verilen cezaları sistematik halde ceza kanunlarına almışlardır. Klasik dönemde de devlete isyan eden kimselere verilecek cezalar ile ilgili hükümler bulunsa da Tanzimat döneminde yapılan, Batılı kanunlar gibi sistematik ve maddeler halinde düzenlenen ceza kanunlarında, aslında klasik dönemdeki kanunnamelerdeki hükümler genel anlamıyla korunmuştur. Öyle ki, devlete veya devlet başkanına isyan fiilinde bulunan kimselere yani isyancılara klasik devirde siyaseten katl yani ölüm cezası veriliyorken, Tanzimat dönemindeki kanunlarda bu ceza asılarak veya kurşuna dizilerek idam adı altında aynen korunmuştur.

Bu çalışmayı bağy suçu ile ilgili diğer çalışmalardan ayıran nokta Osmanlı Devleti'nin Tanzimat Dönemini ele alan tek müstakil çalışma olmasıdır.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku, Osmanlı Devleti, Tanzimat Dönemi, Siyasi İktidar Düzeni, İsyan.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1291552 - Geliş Tarihi: 02.05.2023 - Kabul Tarihi: 13.06.2023.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Konya-Türkiye,
E-posta: aydinmeliksah@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4077-5025>.

THE ASPECT OF THE CRIME OF REBELLION TO THE POLITICAL POWER SYSTEM (BAGY) IN THE OTTOMAN STATE OF THE TANZIMAT PERIOD

ABSTRACT

Bagy crime is one of the most important crime types in Islamic law. Because this crime is a crime directly against the political power order. With this crime, which can be committed by a certain number of people, it is aimed to change or abolish the political power order. While determining the elements of bagy crime in Islamic law books, three basic elements have come to the fore. There must be a community that reaches a certain number of rebels. The rebels must have a purpose, namely interpretation, to change or abolish the political power order and rebels must have a certain power (menea) within an organizational structure.

The Ottoman state, which maintained its strict attitude in crimes against the state until the Tanzimat period, systematically included the punishments given to the crime of rebellion in the penal codes with the codification activities in the Tanzimat period. Although there were rules regarding the punishments to be given to those who rebelled against the state in the classical period, in fact, the rules of the codes in the classical period were generally preserved in the penal codes made in the Tanzimat period, which were organized systematically and has articles like the western penal codes. Such that, while the death penalty was given to those who rebelled against the state or the head of state, that is, the rebels, in the name of *siyaseten katl*, this punishment was preserved under the name of death by hanging or shooting in the penal codes of the Tanzimat period.

The point that distinguishes this study from other studies on bagy crime is that it is the only independent study dealing with the Tanzimat Period of the Ottoman Empire.

Keywords

Islamic Law, Ottoman State, Tanzimat Era, Political Power System, Rebellion.

GİRİŞ

Bağy suçu, çoğunluk İslam hukuku kitaplarında devlete isyan suçu olarak çevrilse de bunu günümüz hukuk düzenindeki siyasal iktidar düzenine isyan olarak adlandırmak daha doğrudur.

Siyasi iktidar düzenine isyan yani bağy suçu İslam hukukunda işlenen örgütlü suçlardan biridir. Devlet başkanına veya iktidara yönelik işlenen bu suçun ilk görünümleri dört halife devrinde ortaya çıkmıştır. Devlet idaresinden memnun olmayan bu memnuniyetsizliği siyasi bir başkaldırıya dönüştüren isyancılar, kuvvet kullanmaksızın bastırılmaları mümkün olmayan bir gruptur.

İslam hukukunda bağy suçu ile ilgili temel kurallara baktığımızda oldukça özgürlükçü bir yaklaşımın benimsendiğini görürüz. Öyle ki, Hz. Ali'nin kendilerine karşı harekete geçmeden Haricilerle savaşmaması bunun en önemli örneğidir. Bağy suçunun Osmanlı Devleti'ndeki görünümüne baktığımızda ise İslam hukukunun gelişmesi ve yıllar süren devlet yönetimi tecrübesinin Osmanlı Devleti'ni bağy suçu için daha tetikte olmayı zorunda bıraktığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan Hanefi mezhebinin isyan suçu ile ilgili geniş yorumu ve cezalandırmada daha katı olması Osmanlı'daki düzenlemelerin çerçevesini oluşturmuştur.

Osmanlı'nın klasik devrindeki kanunnamelerde bağy suçu ile ilgili çok fazla düzenleme bulunmamaktadır. İsyancılara verilen cezalar ise genellikle siyaseten katli olmaktadır. Tanzimat Devrindeki ceza kanunları ile beraber suçun görünüş şekilleri daha da çoğalmış ve dolayısıyla isyancılara verilecek cezalar da çeşitlendirilmiştir. 1840, 1851 ve 1858 Ceza Kanunlarında isyan suçu ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

Çalışmamızda bağy suçunun İslam hukukundaki görünümü hakkında Hanefi mezhebi esaslı olarak bilgi verilecektir. Daha sonra Tanzimat dönemi Osmanlı mevzuatındaki kanun maddelerinden isyan suçu ile ilgili olanlar aktarılacak, en son olarak ise arşiv belgeleri ve Divan-ı Harbi Örfi mahkeme kayıtları aracılığıyla uygulama örneklerinden bahsedilecektir. Bu açıdan çalışmamızı bu konu ile ilgili diğer çalışmalardan ayıran nokta, bağy suçunun Osmanlı Devleti Tanzimat Dönemi uygulamasını inceleyen müstakil tek çalışma olmasıdır. İslam hukuku ve Osmanlı klasik dönemindeki bağy suçu ile ilgili müstakil çalışmalar olsa da Tanzimat dönemini ele alan başka bir çalışma bulunmamaktadır.

I. İSLAM HUKUKUNDA BAĞY SUÇU

İslam hukukunda bağy suçunu anlayabilmek için öncelikle tanım yapılması gerekir. Tanımdan sonra bağy suçunun unsurları ve cezasının açıklanması yoluna gidilecektir.

A. BAĞY SUÇUNUN TANIMI VE ASLİ KAYNAKLARDAKİ YERİ

Sözlükte “*ileri gitme, azgınlık, serkeşlik*”¹ veya “*haktan ayrılmak, zulmetmek, haddi aşmak, bir şeyi talep etmek, istemek*”² anlamına gelen bağy kelimesi, fıkıh istilahında ise “*Allah’a karşı gelme, dinin çizdiği sınırları aşma*” anlamında kullanılmaktadır.³ Bağy suçu öğretilde, bir topluluğun meşru ve adil devlet başkanını hal’ ederek yerine başka bir kimseyi geçirmek, düzeni değiştirmek veya ülkeyi bölüşmek amacıyla ayaklanma şeklinde tanımlanmaktadır.⁴

Bagy kelimesi Kur’an-ı Kerim’de ve hadis-i şeriflerde hem sözlük hem de terim manalarında geçmektedir.⁵

¹ **Devellioğlu, Ferit** (2013) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi, s.72. Bazı alimlere göre ise bağy kelimesi “istemek, talep etmek” anlamına gelir. **İbn Abidin, Muhammed Emin** (1985) Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürri’l-Muhtar, C:9, İstanbul, Şamil Yayınları, (Çeviren: Davudoğlu, Ahmet vd.), s.93; **Zuhayli, Vehbe** (1994) İslam Fıkı Ansiklopedisi, C:7, İstanbul, Risale Yayınları, (Çeviren: Efe, Ahmet vd.), s.428. “*Allah’a karşı gelme, haddi aşma*” anlamında olduğunu kabul edenler de vardır. **Abou El Fadl, Khaled** (2001) Rebellion and Violence in Islamic Law, Cambridge, Cambridge University Press, s.32; **Yiğit, Yaşar** (2022) İslam Ceza Hukuku, Ankara, Fecr Yayınları, s.89.

² **Bilmen, Ömer Nasuhi** (1970) Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C:3, İstanbul, Bilmen Yayınları, s.333; **Şafak, Ali** (1991) “Bagy”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:4, İstanbul, TDV Yayınları, s.451; **Ersoy, Seyde** (2007) “İslam Hukukunda Terörle İlgili Suçlar ve Cezaları” (Yüksek Lisans), Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.47.

³ **Şafak** (1991), s.451.

⁴ **Bilmen**, s.333,410; **Ebu Zehra, Muhammed** (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C:2, İstanbul, Kitabevi Yayınları, (Çeviren: Tüfekçi, İbrahim), s.204; **Udeh, Abdülkadir** (2012) Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, C:1, İstanbul, Kayihan Yayınları, (Çeviren: Şafak, Ali), s.131; **Abou El Fadl**, s.4; **Kaşıkcı, Osman** (2008) Osmanlı Devleti’nde Padişahlık, İzmir, Yitik Hazine Yayınları, s.165; **Aydın, Mehmet Akif** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.189.

⁵ **Şafak** (1991), s.451; **Yiğit**, s.89-90; **Akalın, Adnan** (2016) İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Ankara, Fecr Yayınları, s.71.

*“Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını bulup barıştırsın. İçlerinden biri ötekine saldırırsa Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer vazgeçerse artık aralarını adaletle düzeltin.”*⁶

*“Gelecekte zaman zaman fitneler çıkacaktır. Dikkatli olun! Ümmetim toplu halde bulunurlarken kim onların aleyhine isyan ederse hepiniz kılıçla, isyan eden nerede, kim olursa olsun boynunu uçurunuz.”*⁷

Bağy suçunun faili olan kimselere yani isyancılara bağı (çoğulu buğat) denilir.⁸

B. BAĞY SUÇUNUN UNSURLARI

İslam hukukunda düzenlenmiş olan bağy suçunun genel olarak beş temel unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlar meşru siyasi iktidar düzenine karşı ayaklanmak, isyancıların kendilerince haklı bir sebebe (tevil) dayanmaları, isyan sırasında kuvvet kullanmak, isyanın toplu bir şekilde işlenmesi ve isyan kastıdır. Bu unsurlar fıkıh kitaplarında değişik şekillerde ifade edilseler de bağy suçunun oluşabilmesi için bu beş unsurun bir arada bulunması gereklidir. Bu unsurları tek tek ele almak konunun anlaşılması açısından fayda sağlayacaktır.

1. Meşru Siyasi İktidar Düzenine Karşı Ayaklanmak

Bağy suçunda bir ayaklanma söz konusudur. Bu ayaklanmasının ise meşru bir şekilde başa gelmiş olan bir siyasi iktidara yönelik yapılması gerekir.⁹ Fasık,

⁶ el-Hucurat, 49/91.

⁷ **Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc** (1955) el-Câmi' u's-sahih, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Kahire, “İmare”, 59; **Ebü Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî** (1988) es-Sünen, nşr. Kemâl Yûsuf el-Hût, Beyrut, “Sünnet”, 27.

⁸ **Şeyhizade Abdurrahman** (2011) Mecma'ul Enhur, C:3, İstanbul, Yasin Yayınları, (Çeviren: Mehmet Çelik), s.684; **Udeh**, s.132; **Bilmen**, s.410; Şafak (1991), s.451; **Akman, Mehmet** (1995) “Önceki Hukukumuzda İsyân Suçu”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:9, S:1-3, s.204; **Okka, Sevinç** (1997) “İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Bağy Suçu” (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.58; **Ersoy**, s.47; **Çakır, Muhammet** (2007) “İslam Hukuku Açısından Şiddet ve Terör Olgusu” (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.127.

⁹ **Bilmen**, s.411; **Udeh**, s.132; **Yiğit**, s.90; **Koç, Mehmet** (2017) “Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları” (Doktora), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.165; **Avcı, Mustafa** (2018) Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.483.

zalim ve üstlendiği görevleri yerine getirmekten aciz olan bir iktidar meşru sayılamaz. Ayaklanma fiilinin hukuk düzeninde bir suç olarak tanımlanabilmesi için iktidarda bulunan kimsenin adil bir şekilde ülkeyi yönetmesine rağmen, bu kimseye karşı ayaklanan kimselerin haksız konumda olan isyancılar statüsünde bulunmaları gerekir.¹⁰ Bu sebeple fasık ve zalim bir devlet başkanına karşı yapılan ayaklanma isyan değil kurtuluş harbi sayılır¹¹ ve bu fiili işleyenler de İslam hukukuna göre bağı suçunun faili yani bağı olamazlar. Zalim ve üstlendiği görevleri yerine getirmekten aciz olan devlet başkanına isyan edilmesi ve bu isyanın da bağı suçunu oluşturmaması için edilecek olan isyanın toplumda fitneye sebep olmaması şartı aranmaktadır. Bir diğer ifadeyle devlet başkanı yönetme konusunda aciz ve hatta zalim olsa bile kendisini azletmek için başlatılacak olan isyan toplumda kargaşa, kaos ve fitneye sebep olacaksa, isyan etmekten kaçınmalıdır. Bu takdirde isyan, bağı suçunu oluşturabilir.¹²

2. İsyancıların Kendilerince Haklı Bir Sebebe (Tevil) Dayanmaları

İslam hukuku kitaplarında tevil olarak ele alınan bu unsura göre devlet başkanına karşı ayaklanan kimselerin kendi görüşlerine göre haklı olmaları gerekir. Diğer ifadeyle bir siyasi saike sahip olmalıdırlar. Siyasi saik olmaksızın, genel kastla işlenen isyan fiili bağı suçunu oluşturmaz.¹³ Siyasi saike örnek olarak;

¹⁰ **Bilmen**, s.411; **Akman** (1995), s.209; **Ersoy**, s.50.

¹¹ **Nebhan, Muhammed Faruk** (1980) İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, Sönmez Neşriyat, (Çeviren: Armağan, Servet), s.477; **Hamidullah, Muhammed** (2012) İslam'da Devlet İdaresi, İstanbul, Beyan Yayınları, (Çeviren: Aktaş, Hamdi), s.280; **Tabbassum, Sadia** (2011) "Combatants, not bandits: The Status of Rebels in Islamic Law", International Review of the Red Cross, C:93, S:881, s.4; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.260; **Avcı** (2018), s.484. İslam hukukunda siyasal iktidarın temel görevi İslam hukukunun uygulanması ve maslahat-ı amme'dir. Bu sınırlara uymayan devlet başkanına nasihat, takvim (doğrultma/düzeltilme), görevden alma veya karşı gelmeye (hurûc) kadar varan fiiller yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ceylan, Ayhan** (2003) "İslam'da Siyasal İktidar (Velâyet-i Âmme)", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1-2, s.104.

¹² **Ebu Zehra**, s.149; **Bilmen**, s.411; **Akman** (1995), s.211-212; **Yiğit**, s.90-91.

¹³ **Bilmen**, s.411; **Ebu Zehra**, s.152; **Zuhayli**, s.430; **Şafak, Ali** (1977) Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Basımevi, s.182; **Koç**, s.165; **Akalın**, s.215.

isyancıların devlet başkanının görevlerini gereği gibi yerine getiremediğini düşünmeleri, devlet başkanının meşru olarak seçilmediğini düşünmeleri, verilebilir.¹⁴ İsyancıların dayandığı tevil haklı bir sebebe dayanmasa bile, bu teville dayanarak isyan edenler bağı sayılır.¹⁵ Hz. Ali ile Hz. Muaviye arasındaki Sıffin savaşının sonunda tarafların aralarında birer hakem belirleyerek bu hakemlerin halifeyi seçmeleri ve hakemlerin verdiği hükmün her iki taraf içinde kabul edileceği hususu üzerinde anlaşmaları üzerine Hz. Ali'nin askerleri içinde bir grup “*Allah'tan başka hüküm verecek yoktur*” diyerek bu anlaşmayı kabul etmemişler ve Hz. Ali'nin ordusundan ayrılmışlardır. Kendilerine Harici denilen bu grubun ortaya çıkması da İslam hukukundaki bağy suçunun ilk ortaya çıkışıdır.¹⁶ Bu açıdan İslam tarihinde ilk bağiler de bu Hariciler sayılabilir.¹⁷

3. İsyan Sırasında Kuvvet Kullanmak

İsyan filinde bulunan kimselerin bağı sayılmaları için bu isyanları esnasında bir kuvvet ve güç kullanmaları gerekir.¹⁸ Aksi durumda devlet başkanına ve devlet idaresine yönelik kuvvet kullanılmayan eleştiriler, İslam hukukunda meşru muhalefet içindedir ve bağy suçu sayılamaz. Aynı şekilde isyancılar bir kuvvet kullanıp iktidarı devirmeyi amaçlamalarına rağmen bu düşüncelerini fiiliyata geçiremezlerse bağy suçu işlenmiş olmaz.¹⁹

¹⁴ **Ebu Zehra**, s.152; **Udeh**, s.133; **Cin/Akyılmaz**, s.260. Osmanlı Devleti'nin klasik devrinde isyancıların, isyan etmeden önce fetva vermeye yetkili olan kimselerden fetva almaya çalışmaları, halkı yaptıkları işin doğru olduğuna inandırmak istemeleri ve hareketlerinin bağy değil de bir kurtuluş harbi olduğuna inandırmak istemeleri dolayısıyladır. Bu şekilde fetva alan isyancıların hareketlerine hukuki bir meşruiyet de sağlamış olmaktadır. **Mumcu, Ahmet** (2007) Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, 3. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları, s.78; **Yıldırım Demir, Salih** (2021) “İslam Osmanlı Hukukunda Devlete İsyan Suçu” (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.99.

¹⁵ **Akalin**, s.198.

¹⁶ **Maverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib** (1976), el-Ahkâmü's-Sultâniyye, İstanbul, Bedir Yayınevi, (Çeviren: Şafak, Ali), s.67; **Ebu Zehra**, s.150; **Akman** (1995), s.213.

¹⁷ **Bilmen**, s.413; **Zuhayli**, s.428; **Abou El Fadl**, s.34.

¹⁸ **Bilmen**, s.411-412; **Ebu Zehra**, s.152; **Akman** (1995), s.214; **Yiğit**, s.91; **Koç**, s.165.

¹⁹ **Bilmen**, s.413. **Avcı, Mustafa** (2022) Türk Hukuk Tarihi, 11. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s.302. Ebu Hanife'ye göre isyancılar fiilen isyana başlamamış olmalarına rağmen isyana başla-

4. İsyanın Toplu Bir Şekilde İşlenmesi

Bağy suçu bireysel olarak işlenemeyen, sadece örgütlü olarak işlenebilen siyasi bir suçtur. Bu anlamda sadece amacını gerçekleştirebilecek güce sahip olan bir örgüt, bağy suçunu işleyebilir.²⁰ Dolayısıyla tek bir kişi bu suçu işleyemeyecektir. Bağy suçunu işleyebilecek bir örgütün kaç kişiden oluşması gerektiği konusunda mezhepler arasında görüş farklılıkları vardır. Hanefilerin görüşlerine göre en az 4 veya 10 kişinin bir arada bulunmasıyla bağy suçunu işleyebilecek bir örgüt meydana gelmiş olur. İsyancıların arasında iş bölümü ve dayanışma olması alimlerce menea olarak aktarılmıştır. Yani menea sahibi olmayan birkaç kimse bağy suçunu işleyemeyecektir. Bunların fiili bağy statüsünde değerlendirilmeyecektir.²¹

5. İsyan Kastı

Bağy suçunun unsurlarından en sonuncusu isyan kastıdır. Kast, suçun manevi unsurunu oluşturmakla beraber kast dışındaki bir iradeyle yani taksirle bağy suçunun işlenemeyeceği kabul edilmiştir. İsyan fiilinde bulunan kişiler isyan kastıyla, devlet başkanını veya siyasi iktidarı değiştirmek, devirmek amacıyla değilse, sadece protesto etmek amaçındalarsa, bu fiil bağy suçu olarak değerlendirilemez.²² Aynı şekilde devlet başkanının değil de devlet yönetiminde söz sahibi olan bir başka üst düzey yöneticinin azlını istemek ve bunun için fiili faaliyetlerde bulunmak bağy suçu olarak nitelendirilemez.²³

dıkları anda isyanın bastırılması daha güç ve zahmetli olacaksa, fiilen isyana başlamamış olsalar bile hazırlık yaptıkları haber alınırsa isyan başlamadan bastırılabilir, failler cezalandırılabilir. **Molla Hüsvrev** (1979) Gurer ve Dürer, C:1, İstanbul, Eser Neşriyat, (Çeviren: Erkan, Arif), s.305; **Akman** (1995), s.216.

²⁰ **Serahsi, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed** (2008) Mebcut, C:10, Akşit, Mustafa Cevat (Editör), İstanbul, Gümüşev Yayınları, s.248; **Ebu Zehra**, s.149; **Koç**, s.165; **Akalın**, s.189-190; **Avcı** (2018), s.487.

²¹ **Udeh**, s.133; **Bilmen**, s.344, 412; **Şafak** (1977), s.182; **Aydın** (2019), s.190; **Avcı** (2018), s.488; **Akalın**, s.191-192.

²² **Udeh**, s.134; **Akman** (1995), s.216; **Akalın**, s.215; **Avcı** (2018), s.491.

²³ **Aydın, Melikşah** (2015) "İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:2, s.62-63; **Yiğit**, s.91. Klasik dönem Osmanlı uygulamasında suç unsurlarının tam olarak oluşmadığı durumlarda, yani hareketlerin teşebbüs ha-

C. BAĞY SUÇUNUN CEZASI

İslam hukukunda genel olarak devlet aleyhine işlenen suçların cezası tazir cezası kapsamında değerlendirilmiştir.²⁴ Buna mukabil, bağy suçuna verilebilecek bir cezaya Kur'an-ı Kerim'de rastlanmamakla beraber çalışmanın tanım kısmında belirtilen hadislerin bağy suçunu işlemiş kimseler için uygulanacağını söyleyenler de bulunmakla beraber, bağy suçu hakkında müstakil çalışmalar yapan müellifler bu suçun had değil tazir suçları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır.²⁵ Suçun cezası ile ilgili Kur'an veya sünnette herhangi bir hüküm bulunmaması da buna en büyük gerekçe olarak gösterilebilir. Klasik fıkıh kitaplarında da bağy suçu had suçlarının yer aldığı Kitabü'l-Hudud değil de Kitabü's-Siyer veya Kitabü'l-Cihad kısımları içinde incelenmiştir.²⁶

Bağilerin isyan sırasında yani isyanlarına devam ederken devlet güçleri ile karşılaşmaları sonucunda öldürülmeleri savaş durumundaki meşru savunma olarak nitelendirilir ve dolayısıyla bu savaş esnasında bağileri öldürenlere herhangi bir yaptırım gerekmecektir. Hatta savaş devam ederken esir alınan isyancıların, kaçmaları halinde geri katılabilecekleri isyancı grupların bulunması halinde esir halde iken öldürülebilecekleri görüşünü savunanlar da bulunmaktadır. Buradaki durumda tamamen savaş hukukunun yürürlükte olduğunu söyleyebiliriz.²⁷ Ancak isyan sona erdikten ve isyancılar da sağ olarak ele geçirildikten sonra kendilerine hangi

linde kaldığı durumlarda bile isyan hazırlığında olanlara idam cezasının öngörülmesi örnekleri bulunmaktadır. **Mumcu**, s.78; **Akgündüz, Ahmet** (2011) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, C:1, İstanbul, OSAV Yayınları, s.528; **Yıldırım Demir**, s.99.

²⁴ **Özek, Çetin** (1967) Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, Cezaevi Matbaası, s.15; **Avcı** (2018), s.504.

²⁵ **Akman** (1995), s.206-208; **Cin/Akyılmaz**, s.260; **Yiğit**, s.89.

²⁶ **Serahsi**, s.230-251; **Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd** (2013) el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtar, C:4, İstanbul, Hikmet Neşriyat, (Çeviren: Keskin, Mehmet), s.112-117; **Şeyh Bedreddin** (2012) et-Teshîl Şerhu Letaifi'l-İşarat, C:2, Apaydın, H. Yunus (Editör), Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, s.1669; **Fetava-yı Hindiyeye** (2004) C:4, İstanbul, Huzur Yayınevi, (Çeviren: Efe, Mustafa), s.353; **Akman, Mehmet** (1997) Osmanlı Devleti'nde Kardeş Katli, İstanbul, Eren Yayıncılık, s.134; **Koç**, s.166; **Tabassum**, s.1.

²⁷ **Serahsi**, s.234; **Mevsilî**, s.114; **Şeyhizade Abdurrahman**, s.687; **İbn Abidin**, s.98; **Bilmen**, C:3, s.414; **Akman** (1995), s.217-218.

cezanın verileceği konusunda kesin bir hüküm bulunmamaktadır. İslam hukukunda tazir suçlarının cezalarını belirlemeye yetkili makam devlet başkanı olduğu için tazir cezası kapsamında değerlendirilen bağı suçunun faillerine de verilecek cezayı devlet başkanı belirlemeye yetkilidir.²⁸ Doğrudan kendisinin temsil ettiği siyasi iktidar düzenine yönelik bir fiil olması dolayısıyla devlet başkanı, bağileri isterse affedebilirken, isterse ölüm cezası da verebilir. Devletin bekasına yönelik yapılan bu eylem genel olarak İslam tarihinde ve Osmanlı Devleti'nde siyaseten katl cezası ile cezalandırılmıştır.²⁹ İsyancıların isyan suçu ile ilgili olmayan, yaralama, öldürme, hırsızlık, mala zarar verme gibi suçlarının ise devlet başkanı tarafından affedilemeyeceğini de belirtmek gerekir. Çünkü burada zarara uğrayan mağdurların hakkı söz konusudur. Devlet başkanı da kendi hakkı olmayan bir suç affedemez.³⁰

II. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI UYGULAMASINDA BAĞY SUÇU

A. KANUNİ DÜZENLEMELER

1839'da ilan edilen Tanzimat Fermanı ile beraber Osmanlı Devleti'nde düalist bir hukuk sistemi meydana gelmiştir. Çağdaş anlamda kanun koyma usulü ilk defa bu dönemde başlamıştır.³¹ Bu dönemde yoğun bir kanunlaştırma faaliyetine girilmiş ve Batılı devletlerden çeviri yoluyla kanunlar iktibas edilmiş veya istisnai olarak da devrin Osmanlı vatandaşı hukukçularının gayretleriyle yerli kanunlar yapılmıştır. İkili (düalist) hukuk yapısının ortaya çıkması en çok ceza hukuku alanında etki bırakmıştır.³²

²⁸ Udeh, s.136; Akman (1995), s.217; Yiğit, s.92-93; Koç, s.166; Kamar, Mehmet Murat (2019) "Türk ve İslam Hakimiyeti Telakkileri Çerçevesinde İsyân Suçu" (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.269.

²⁹ Klasik dönem Osmanlı uygulamasında alimler ve fetva makamları padişahın meşru emirlerine karşı oluşacak itaatsizlik, kamu düzenine ve ülke güvenliğini tehdit eden her türlü isyan bağı suçu kapsamında değerlendirmişler ve suçlulara genellikle idam cezası verilmesi yönünde görüş bildirmişlerdir. Çevik, Naci (2015) "Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Devlete İsyân Suçu" (Yüksek Lisans), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.74.

³⁰ Serahsi, s.242; Kamar, s.273.

³¹ Cin/Akyılmaz, s.544.

³² Kılınc, Ahmet/Yıldırım, Davut (2021) "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması": Koyuncu, Nuran/Yıldız, Abdülkadir (Editörler), Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, s.174.

Ceza hukuku alanında ilk olarak 3 Mayıs 1840 yılında bir Ceza kanunu yürürlüğe konulmuştur. Öyle ki bu kanun, Tanzimat döneminde hazırlanan ilk kanun olma özelliğine sahiptir.³³ İçerik olarak yerli olma özelliğine sahip olan bu kanunda, batılı devletlerin ceza kanunlarından sistematik açısından faydalanılmıştır. Kanundaki ter-tip düzeni, fasıllar ve maddeler halinde yapılmak suretiyle meydana getirilmiştir.³⁴

1840 Ceza Kanunu'ndaki bağy suçu ile ilgili maddelere bakacak olursak doğrudan bağy ile ilgili olan maddeler bulunmamakla beraber bazı maddelerin içinde düzenlenen fiillerin bir kısmının bağy olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin kanunun kişi dokunulmazlığı ile ilgili bir maddesinde bağy suçu ile ilişkili bir hükme rastlamaktayız.³⁵ Öyle ki, 1. faslın 1. maddesine göre: “*Bilâ-istisna tebea-i Devlet-i Aliyye'den olanların metbu'-ı şer'îsi olan padişahına ihanet ve Devlet-i Aliyye aleyhine ikâz-ı fitneye cesaret ve katl-i nefse cür'et misillü bir hareket-i sarihası vuku bulup da şer'an ve kanunen ve alenen ve tahkikat-ı lâzıme ve tedkikat-ı mukteziye ile kirâren ve mirâren davası görülerek bilâ-garaz cünhası ba'de's-sübut hüküm terettüb etmeksizin hafî ve celi ve katilen ve tesmîmen ve gerek her türlü suver-i mümkünine ile hiç kimsenin canına kasdolunmamasına taraf-ı eşref-i hazret-i şâhânedan ahd ü misâk buyurulmuş olduğundan Devlet-i Aliyye memurlarından ve ale'l-ıtlak sair eşhâstan hiç kimse diğer birisinin canına kasedemeyeceğine binaen faraza vüzeradan birisi tarafından bir çobanın bile canına kasd vukuunda ol vezirin hakkında dahi kı-sas-ı şer'î icra oluna.*”³⁶ Bu hükme göre padişaha ihanet ve Osmanlı Devleti aleyhine fitneye sebep olanların kanunen ve alenen ceza soruşturmalarının yapılacağı ve akabinde cezalandırılacakları açıklanmıştır. Yani siyaseten katl cezasının padişahın onayı yani fermanı olmadan infaz edilemeyeceği belirtilmiştir.³⁷

³³ **Şentop, Mustafa** (2005) “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C:3, S:5, s.652-653.

³⁴ **Akgündüz, Said Nuri** (2017) Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, İstanbul, Rağbet Yayınları, s.80.

³⁵ **Akman** (1995), s.220-221.

³⁶ Osmanlı ceza kanunlarına yapılan atıflarda Ali Adem Yörük ve Yasin Yılmaz tarafından hazırlanmakta olan neşirden istifade edilmiştir.

³⁷ **Mumcu**, s.157; **Okka**, s.57.

1840 Ceza Kanunu'nun 2. faslının 1. maddesindeki düzenleme şöyledir: “Sâ‘î-i bi’l-fesad olanlar iki suretten hâli olmayıp birisi kavlen ve diğeri fiilen olacağından mesela bir adam diğeri bir adamı veyahut birtakım adamları Devlet-i Aliyye’ye ve kavânin ve nizamata mugayir harekata tergib vadisinde fesatlı sözler söyleyecek olursa bir seneden beş seneye kadar fesadının derecesine göre vaz‘-ı kürek oluna.” Bu maddeye göre sai bi’l-fesad olarak tanımlanan kimseler iki türdür ki bu tanım fiil veya sözler ile kazanılabilir. Örneğin bir kimse, başka kimseleri Osmanlı Devleti’nin kanun ve nizamlarına karşı gelmeye teşvik edecek sözler söylerse, fiiline göre 1 yıldan 5 yıla kadar kürek cezası ile cezalandırılır.

Aynı kanunun 2. faslının 2. maddesinde de siyasi iktidar düzenine isyan olarak nitelendirilebilecek bir fiil öngörülmüştür. Bu maddeye göre: “Fiilen olduğu halde yani bir kimseyi veya birtakım adamları bağı ve isyana davet etmek ve onlara esliha ve barut vermek gibi şeylere tasaddi edecek olduğu takdirde bu makule adamların cünhası pek azim olacağından katl ve idam kılına. Şu kadar ki bu makule siyaseten katlolunacakların idamına hükmolunduktan sonra taraf-ı eşref-i Hazret-i Padişahi’ye arz ve istîzân olundukda sahib-i cünhanın katle bedel müebbeden küreğe vaz‘ı irade-i merahim-âde-i Cenab-ı Şahane’ye müfevvez ola.” Bu maddeye göre bir kimseyi veya birtakım kimseleri fiili olarak isyana davet edip, onlara silah temin edenlere idam cezası öngörülmüştür. Ancak bu cezanın taziren öngörüldüğünün bir kanıtı olarak tazir suçlarını belirlemeye yetkili makam olan devlet başkanı, yani Osmanlı Devleti’ndeki padişahın iradesi ile müebbet kürek cezasına çevrilebileceği belirtilmiştir. İslam hukukunda tazir cezalarını belirlemeye yetkili olan devlet başkanının, devlete karşı tazir suçu işleyenleri affetme yetkisi bile bulunmasına rağmen bu maddedeki düzenlemeye göre padişahın idam cezasını ancak müebbet kürek cezasına çevirebileceği açıklanmıştır. 1840 Ceza Kanunu’nda siyaseten katl cezası verilebilecek hallerin sadece “isyan” suçu ile sınırlandırıldığı da dikkate değerdir.³⁸

1851 yılında yürürlüğe konulan yeni ceza kanunu bu açıdan 1840 tarihli kanundan farklı bir anlayış ve sistematik getirmemekle beraber³⁹, birçok hük-

³⁸ Mumcu, s.158.

³⁹ Okka, s.57.

mün bu yeni kanunda korunduğu görülmektedir. Bu kanunda, maddelerin İslam hukukuna uygunluğuna biraz daha dikkat edildiği söylenebilir.⁴⁰

1851 Ceza Kanunu'nun 1. faslının 1. maddesi 1840 tarihli kanunun 1. faslının 1. maddesi ile bağy suçu ile alakalı kısımda aynıdır. Bağy suçu açısından bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

1851 Ceza Kanunu'nun 1. faslının 5. maddesi 1840 Kanunu'nun 2. Faslının 1. maddesi ile aynı olup sadece hükmün sonunda öngörülen ceza “... *fesadının derecesine göre vaz’-ı kürek ve prangabend oluna.*” şeklinde düzenlenerek bu suçu işleyenlere kürek veya prangabentlik cezasıdır.

1851 Ceza Kanunu'nun 1. faslının 6. maddesi ise 1840 Kanunu'nun 2. Faslının 2. maddesi ile aynı şekilde düzenlenmiştir ve bu maddeler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

1840 ve 1851 yıllarındaki kanunların birçok taraftan yetersiz kaldığı görülünce “*ilmi esaslara müstenid, mütecanis hükümleri havi ve diğer mütemeddin memleketlerde olduğu gibi asrın ceza hukuku prensiplerini cami*”⁴¹ yeni bir kanun ihtiyacı hasıl olmuştur.⁴² 1858 yılında çıkarılan Ceza Kanunu ise kendi içinde karma bir özellik taşımaktadır. Öyle ki, bazı müellifler bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun aynen ve hatalı bir tercümesi olduğunu iddia ederken,⁴³ bazı müellifler bu kanunun İslam hukukuna açıkça aykırı hükümler içermediğini belirtmişlerdir.⁴⁴ Diğer müellifler ise kanunun yapılıırken, 1810 tarihli

⁴⁰ Şentop, s.653; Mumcu, s.159.

⁴¹ Taner, Tahir (1940) “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”: Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaası, s.230.

⁴² Akgündüz (2017), s.83.

⁴³ Yusuf Ziya (1325) “Kanun-ı Ceza Layihasının Hutut-ı Asliyesi”, Ceride-i Adliye, C:1, S:4, s.138; Bozkurt, Gülnihal (1996) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.100.

⁴⁴ Akgündüz, Ahmet (1987) “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men’-i İrtikab Kanunnamesi”, Belleten, C:51, S:199, s.157-158. Ancak kanunun bazı maddelerinde şer’i hükümlere aykırı hükümlerin de bulunduğu belirtilmiştir. Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed (2017) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, OSAV Yayınları, s.327.

Fransız Ceza Kanunu'ndan asıl olarak yararlanıldığını; fakat bu kanunda büyük değişiklikler yapılarak hazırlandığını, ayrıca ilaveler yapıldığını belirtmektedirler.⁴⁵ Kanunda ilerleyen yıllarda birçok değişiklik yapılmış, bu değişikliklerde Alman ve İtalyan kanunlarından da faydalanılmıştır.⁴⁶

1858 Ceza Kanunu'nun 55. maddesinde şu hüküm bulunmaktadır: “*Her kim bizzat veya bi'l-vasıta tebea-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memâlik-i mahrûseyi saltanat-ı seniyye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamamıyla fiile çıkar veyahut madde-i isyanın icrasına başlanmış bulunur ise ol kimse idam olunur.*” Bu hükme göre bizzat veya bir başkasının aracılığıyla Osmanlı Devleti'nin vatandaşlarını veya ülke içinde ikamet eden kimseleri saltanat aleyhine silahlı bir şekilde isyan etmeleri için azmettiren kimse- nin bu fiili sonucunda isyan ortaya çıkar veya isyanın icra hareketlerine başlanırsa, bu kimseye idam cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Burada siyasi iktidar düzenine karşı isyana teşvik ve azmettirme suçunun düzenlendiğini söyleyebiliriz. Bu azmettirme fiili sonucunda isyanın icra hareketlerine başlanması halinde azmettiriciye idam cezası öngörülmüştür. Bu madde 25 Kasım 1880 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Daha sonra bu tarihte değiştirilmiş şekli ise şöyledir: “*Zât-ı hazret-i padişahiye suikastı sübut bulan veyahut icrasına teşebbüs eyleyen kimse idam olunur. Her kim bizzat ve bi'l-vasıta tebea-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memâlik-i mahrûseyi, zât-ı hazret-i padişahiye veyahut hükümet-i Osmaniye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamamıyla fiile çıkar veyahut madde-i isyanın icrasına başlanmış olur ise ol kimse*

⁴⁵ **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1940) “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”: Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaası, s.198; **Taner**, s.230; **Aydın, Mehmet Akif** (1993) “Ceza”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:7, İstanbul, TDV Yayınları, s.478-482.; **Aydın, Mehmet Akif** (1992) “Batılılaşma”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:5, İstanbul, TDV Yayınları, s.162-167. Kanunun hazırlık komisyonunda bulunan Ahmet Cevdet Paşa da kanunun, Batılı kanunlardan istifade edilerek hazırlandığını belirtmiştir. **Mardin, Ebul'ula** (1946) Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, s.45-46; **Cin/Akgündüz**, s.327.

⁴⁶ **Şentop**, s.658-659. 1858 Ceza Kanunu üzerine pek çok şerh yazılmıştır, bu şerhlerle ilgili bkz. **Ünal, Mustafa/Yılmaz, Yasin** (2020) “Osmanlı Ceza Kanunnamesi Serh Literatürü Üzerine Bir Derkenar”: Aykanat, Mehmet/ Ülker, İbrahim (Editörler), Mahmud Esad Seydişehir'i'nin Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.25-42.

idam olunur. Zât-ı hazret-i padişahiye suikast derecesinde olmayarak fiilen tasalluta ictisârı sâbit olan şahıs müebbeden ve tasallut bir suret-i hafifede olur ise beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkaten kalebend olunur. Zât-ı hazret-i padişahiye itâle-i lisana cür'eti sâbit olan şahıs üç aydan üç seneye kadar haps olunur. Saltanat-ı seniyyenin usul-i verasetini veyahut şekil ve hey'etini tağyir ve tadil veya imhaya teşebbüsü sâbit olan şahıs idam olunur. Tasmim olunan cinayetin icrasına bed' etmek teşebbüstür." Bu hükme göre devlet başkanı olan padişaha suikast fiilini işleyen veya bu fiile teşebbüste bulunan kimselere idam cezası öngörülmüştür.⁴⁷ Hükümün devamında, maddenin değişiklikten önceki kısmı aynen korunmuştur. Daha sonrasında ise padişaha suikast derecesinde olmayıp saldırı fiilinde bulunan kimseye müebbet, saldırının hafif olması halinde ise beş yıldan aşağı olmamak üzere süreli kalebentlik cezası öngörülmüştür. Padişaha dil uzatılması fiilini işleyen kimseye 3 aydan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddenin devamında saltanatın veraset usulünü, şeklini veya veraset heyetini değiştirmeye, yok etmeye teşebbüs eden kimseye idam cezası öngörülmüştür. Fiilin icrasına başlamak ise bu açıdan teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Maddenin devlet başkanı olan padişaha hakaret veya saldırıya yönelik kısımları bağy suçu içinde değerlendirilmese de padişaha suikast fiili veya saltanatın veraset usulünü değiştirme kısımları bağy suçu içinde değerlendirilebilir. Devlet başkanına yönelik fiiller doğrudan siyasi iktidara yönelik sayılır. Saltanatın veraset usulü de siyasi iktidarın ortaya çıkış usulünü düzenlediği için, veraset usulüne veya veraset heyetine yönelik ortadan kaldırma veya değiştirme çabaları siyasi iktidar düzenini değiştirmekle aynı sonucu doğuracaktır. Maddenin değiştirilmiş şekli, 4 Haziran 1911 tarihinde tekrar değiştirilmiştir. Değiştirilmiş şekli şöyledir: "*Enbiyâ-yı ızâm hazaretâtına karşı alenen fezahât-i lisaniyeye ictisârı sâbit olanlar bir seneden üç seneye kadar haps olunur. Zât-ı hazret-i padişahînin hayatına suikast eden veyahut işbu suikasdın icrasına teşebbüs eyleyen kimse idam olunur. Şahs-ı hümayûna taarruz eden kimse muvakkaten küreğe konulur. Her kim bizzat veya bi'l-vasıta tebea-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memâlik-i mahrûseyi zât-ı hazret-i padişahî veyahut hükümet-i Osmaniye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kaziyeye-*

⁴⁷ Maddenin şerhi için bkz. **Ahmed Ziya** (1329) Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi, İstanbul, Mihran Matbaası, s.220.

i isyan fiile çıkar ise idam ve madde-i isyanın icrasına başlanmış olur ise ol kimse on seneden ekall olmamak üzere kalebendlik cezasıyla mücâzât olunur. Zât-ı hazret-i padişahîye alenen itâle-i lisana cür'eti sâbit olan şahıs üç aydan üç seneye kadar hapsolunur. Kanun-ı Esasi'yi ve hükümetin şekil ve hey'etini veya saltanat-ı seniyyenin usul-i vesaretini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sâbit olan şahıs idam olunur." Bu değişikliğe göre önceki düzenlemelerden farklı olarak, bizzat veya başka kimseler aracılığıyla Osmanlı Devleti vatandaşlarını veya devlette ikamet eden kimseleri silahlı isyana azmettiren kişilerin fiiline, isyan çıkması halinde idam cezası verilirken, isyanın icra hareketlerine başlanması halinde 10 yıldan aşağı olmamak üzere kalebentlik cezası öngörülmüştür. İsyana azmettirme fiilinde isyanın icra hareketlerine başlanması halinde verilecek ceza maddenin eski hallerinde idam cezası ilen bu değişiklikle 10 yıldan aşağı olmamak üzere kalebentlik cezasına indirilmiştir. 1858 Ceza Kanunu'nun 55. maddesi, kanunun yürürlükte kaldığı sürece bu 1911 değişikliğindeki şekliyle kalmıştır.

1858 Ceza Kanunu'nun 56. maddesindeki hüküm ise şöyledir: "*Her kim memâlik-i mahrûse ahalisini yekdiğeri aleyhinde silahlandırarak mukateleye tahrik ve iğraya veyahut bazı mahallerde gasb u gâret ve tahrib-i memleket ve katl-i nüfus ef'âlini ikâ'a mütecâsir olup da kazıyye-i fesad tamamiyle fiile çıkar yahut madde-i fesadın icrasına başlanmış olur ise ol kimse kezalik idam olunur.*" Bu hükme göre devletin tebaasından bir kısmını, diğer kısmına yönelik olarak silahlandırıp iç savaşa tahrik ve bozgunculuğa veya bazı yerlerde yağma, gasp, ülkeyi tahrip ve insanları öldürme fiilini işleyen veya bu fiillerin icra hareketlerine başlayan kimseye idam cezası verileceği öngörülmüştür.⁴⁸ Bu maddedeki Osmanlı Devleti'nin vatandaşlarını birbirleri aleyhine kışkırtıp silahlandırma ve bu sebeple iç savaşa sebep olma fiili, siyasi iktidar düzenine yönelik suçlar kategorisinde değerlendirilebilir.

Aynı kanununun 57. maddesine göre: "*Bâlâda muharrer elli beşinci ve elli altıncı maddelerde beyan olunan fesatlardan birini birtakım eşkiya birlikte olarak icra eder veyahut icrasına tasaddi eylerler ise ol cemiyet-i şekâvete dahil bulunanlardan asıl reis-i eşkiya ve muharrik-i mefsedet olanlar her nerede tutulur ise*

⁴⁸ Ahmed Ziya, s.224 vd.

idam olunup sâirlerinden dahi mevki-i cinayette ahz u girift olunanlar madde-i fesatta tebeyyün edecek cinayet ve medhallerinin derecâtına göre müebbeden yahut muvakkaten küreğe vaz' olunur." Bu hükme göre 55 ve 56. maddelerde belirtilen suçların bir örgüt aracılığıyla icra edilmesi veya icrasına teşebbüs edilmesi halinde, bu örgütün lideri ve suça azmettirenler idam cezası ile cezalandırılırlar. Aynı şekilde bu suçlarda iştiraki olanlar, fiillerinin derecelerine göre süreli veya süresiz olarak kürek cezası ile cezalandırılırlar.

58. maddesine göre: "*Elli beşinci ve elli altıncı maddelerde beyan olunan fesatlardan birini icra kastıyla bazı eşhâs beyninde bir ittifak-ı hafî teşkil olunup da ol ittifakta tasâmim olunan fesadın icrası söylenilip karargîr olduktan başka esbab-ı icraiyesini tehyi'e zımında bazı ef'âl ve tedâbire dahi teşebbüs olunmuş olup da madde-i fesad henüz fiilen icra derecesine gelmemiş ise ol ittifakta bulunan kimseler nefy-i ebed cezasıyla mücâzât olunur ve eğer öyle bir ittifak-ı hafîde bervech-i muharrer fesadın esbab-ı icraiyesini tehyi'e zımında teşebbüs olunmuş bir fiil ve tedbir tebeyyün etmeyip yalnız icrası söylenilerek karar verilmiş olmaktan ibaret bulunur ise ol halde dahil-i ittifak bulunan kimseler muvakkaten kalebent kılınır ve yine maddeteyn-i mezkûreteynde beyan olunan fesatlardan birini icra etmek üzere bir ittifak-ı hafî teşkiline dair teklif vuku bulup da kabul olunmamış ise ol teklifi eden kimse bir seneden üç seneye kadar haps olunur.*" Bu maddeye göre 55 ve 56. maddelerde belirtilen suçlardan birini işlemek amacıyla bazı kimseler gizli bir topluluk oluşturarak, topluluk içinde belirlenen suçun işlenmesine yönelik karar alınıp, hazırlık hareketlerine başlanmış olmasına rağmen henüz icra hareketlerine başlanmamış ise bu topluluk üyelerine süresiz sürgün cezası verilir. Ancak suçun icrasına teşebbüs niteliğinde olmayarak, sadece suçun işlenmesine karar verilmiş ise, bu durumda topluluk üyelerine süreli kalebentlik cezası verilir. Belirlenen suçların işlenmesi amacıyla gizli bir örgüt kurulması teklif edilmesine rağmen bu teklif kabul edilmemiş ise, bu teklifi yapan kimse 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanun'un 60. maddesi 25 Kasım 1880 tarihinde değiştirilmiştir. Bu maddenin değiştirilen haline göre: "*Devlet-i Aliyye'nin asâkir-i muvazzafa ve zabtiyesini ikâ'ı isyan ve ihtilale tahrik edenler müebbeden küreğe konulur ve bunları imal ve istihdama memur olanlardan her kim olur ise olsun işbu askerinin Saltanat-ı*

Seniyye emriyle icra olunan ahz-ı neferât-ı askeriye maddesi aleyhine hareket eylemelerini talep veyahut emreder ise nefy-i ebed cezasıyla ve eğer bu emir ve talebin âsâr-ı fiiliyesi görülür yani memur olan kuvve-i askeriyenin böyle emri-nâ-marziye mutavaatı ile Devlet-i Aliyye'nin ol hususta olan matlabının icrasına fiilen mümanaat olunur ise âmir olan kimse idam ile mücâzât olunur ve böyle hilaf-ı marzi emre mutavaat edenlerin zabıt ve sergerdeleri dahi muvakkaten kürek cezasıyla mücâzât kılınır.” Bu maddeye göre Osmanlı Devleti'nin muvazaf askerlerini ve kolluk kuvvetlerini isyan çıkarmaya ve ihtilal yapmaya tahrik edenlere müebbet kürek cezası verilir. Bu şekilde asker veya kolluğa isyan etmesi veya ihtilal çıkarması için emir verenlere ise müebbet sürgün cezası verilir. Bu askeri kuvvetin bu şekildeki hukuka aykırı bir emre itaat etmesi ile bu husustaki talebin yerine getirilmesine engel olunursa, isyan veya ihtilal emri veren kişiler idam edilir. Bu şekilde uygunsuz bir emre boyun eğen kolluk amirleri de süreli kürek cezası ile cezalandırılır. Bu hükümde doğrudan devlet düzenini ve yönetimi değiştirmeye yönelik bir isyan ve ihtilal emrinin devletin içindeki bazı üst düzey kişiler tarafından kolluk kuvvetlerine verilmesi durumunda kolluğun bu emre uymaması istenmiş, emre uyanlara süreli kürek cezası öngörülmüştür. Bu durum kolluk kuvvetlerinin sadece amirlerinin emirleri ile bağlı olmadıkları, hukuka aykırı emri uygulamaları gerektiği belirtmesi açısından önemlidir.

Kanun'un 66. maddesine göre: “*Her kim meydan ve esvâkda ve mecma'-ı nâs olan mahallerde gerek nutuk irâd ederek ve gerek yafta yapıştırarak veyahut matbu varaka neşr eyleyerek ahali ve sekeneyi işbu fasılda beyan olunan cinayetleri işlemeye doğrudan doğruya tahrik eder ise ol cinayetlerin fiilen mürtekibi gibi mücâzât olunur. Fakat zikr olunan tahrikâtın bir gûne eser-i fiilisi zuhur etmez ise nefy-i ebed cezası ile mücâzât kılınır.*” Bu maddeye göre bir kimseyi bu fasıldaki yani “Devlet-i Aliyye'nin Emniyet-i Dahiliyesini İhlal Eden Cinayet ve Cünhalar” (Osmanlı Devleti'nin İç Güvenliğini İhlal Eden Suçlar) kısmındaki suçlardan birini işlemeye tahrik eden (azmettiren) kimse fiili işleyen fail gibi cezalandırılır.⁴⁹ Fakat azmettirme fiilinin sonucu olarak herhangi bir fiilde bulu-

⁴⁹ Ahmed Ziya, s.238.

nulmazsa azmettiren ömür boyu sürgün cezası verilir. Maddeye 19 Zilkade 1309 tarihinde yapılan ekleme (zevl) ile şu hükümler eklenmiştir: “*Ve makûle tahrikât ve ifsadâta dair matbu ve gayr-ı matbu evrak ve resail-i muzırrayı neşretmek üzere nezdinde hıfzedip de henüz neşredememiş olan şahıs beş seneden ekall olmamak üzere kalebend edilir ve erbab-ı fesaddan olmayıp da yalnız eline geçen bu makûle evrak-ı muzırrayı memurîn-i Devlet-i Aliyye'ye ibraz ve i'tâ etmeyerek nezdinde saklayan kimse bir seneden üç seneye kadar hapsolunur.*” Bu maddeye göre ise suça azmettirici matbuatı yani yazılı belgeyi yayımlayan veya henüz yayımlamamasına rağmen bastıracağı bilgileri edinen kimseye 5 yıldan az olmamak üzere kalebentlik cezası verilir. Herhangi bir isyan faaliyetinde olmaksızın bu yazılı belgeyi saklayan ve fakat Devlet güçlerine haber vermeyen kimseye ise 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilir. Bu maddede ise matbaanın yaygınlaşması ile beraber halkı isyana teşvik etmek için zararlı neşriyat basan veya basmak üzere saklayan kimseye 5 yıldan az olmamak üzere kalebentlik cezası, basılı neşriyatı kendi indinden saklayıp devlet güçlerine haber vermeyen kimseye ise 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Bu maddelerden çıkarılacak sonuca göre 1858 tarihli Ceza Kanununda, 1840 ve 1851 tarihli kanunlardan ayrı olarak isyana tahrik ve isyana katılmak suçlarının düzenlemiş ve isyan propagandası suçunun failini ise isyan eden gibi cezalandırılmış olduğunu görüyoruz.

B. UYGULAMA ÖRNEKLERİ

1840, 1851 ve 1858 Ceza Kanunlarındaki siyasal iktidar düzenine isyan suçu ile ilgili kanuni düzenlemelerden bahsedildikten sonra uygulamadan örnekler ile bu kanunların nasıl uygulandığını görmek hukuk sisteminin işleyişi ile ilgili bilgi vermesi açısından önemlidir.

1840 Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu 5 Eylül 1844 tarihli bir arşiv belgesine göre Arap Salih isimli bir kimse uygunsuz hareketlerde bulunması ve isyan suçunu işlemesi sebebiyle pranga cezasına çarptırılmıştır.⁵⁰

⁵⁰ BOA, A. MKT.MHM. 1/40. H.21.08.1260 (M. 05.09.1844).

9 Ocak 1845 tarihli bir belgeye göre; emre itaat etmeyip isyan eden ve başına Kürtleri toplayıp şekavete cesaret gösteren İçil taraflarındaki Pehlivanlı Aşiret Beyi olan Abdurrahman Bey'in kapıcıbaşılık rütbesi ref olunup, nişanı geri alınmış ve ailesi ile beraber Düzce'de ikamet etmeye memur edilmiştir. Burada isyan suçunu işleyen bir memurun rütbesi ve nişanının geri alınıp, ailesi ile beraber sürgün cezasına çarptırılması söz konusudur.⁵¹

3 Ağustos 1846 tarihli bir belgeye göre daha önce uygunsuz hareketlere cesaret etmiş olan Bihkeli Mehmed Bey'in örgütleri dağıtılarak toplumun emniyet ve asayişi sağlanmış olsa da, adı geçen kimse bundan böyle tek durmayıp tekrar çirkin fiillerini açığa vuracak olursa güç kullanmaktan başka çare kalmayacağından fitne ve fesada yol açma suçundan dolayı bir şekilde Rumeli yakasına sürülmesi emredilmiştir.⁵²

7 Kasım 1847 tarihli bir belgeye göre Rumeli Eyaleti'nin Ohri Sancağına bağlı Debre kasabasındaki halk isyanı sırasında fesatçılardan oldukları zannıyla tutuklanıp 35 aydır mahpus halde bulunan 11 kişi tahliye talebinde bulunmuşlardır.⁵³ Bu belgeden anlaşıldığına göre halkı isyana teşvik etme suçunda tutuklama uygulaması bulunmaktadır. Ayrıca bu tutukluluk süresi 35 aydır devam etmekle beraber tutukluların hakkında herhangi bir karar da verilmediğinden, tutuklular tahliye talebinde bulunmuşlardır. Siyasi suçlarda tutukluluk süresinin bu kadar uzun olması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak da düşünülebilir.

30 Mart 1848 tarihli bir belgeye göre Maraş'ta bulunan aşiretlerin isyan ve muhalefet içinde bulunmalarına sebep olan Zülkadirli (Dulkadirli) İbrahim Bey'in oğlu Hacı Halil Bey ile Kurşuncuoğlu Müfti Hasan Efendi'nin başka tarafta tard ve nakilleri ile ilgili emir verilmiştir. Bu belgede halkın isyan etmesine sebep olan kimselere sürgün cezasının verildiği görülmektedir.⁵⁴

4 Eylül 1850 tarihli bir belgeye göre Eflak'taki isyan hareketlerine karışmaları dolayısıyla memleketlerinden uzaklaştırılarak sürgün edilen şahısların ser-

⁵¹ BOA, C. DH. 252/12564. H. 29.12.1260 (M. 09.01.1845).

⁵² BOA, A. MKT.MVL. 2/55. H. 10.08.1262 (M. 03.08.1846); **Avcı** (2018), s.495.

⁵³ BOA, MVL. 55/9. H. 28.11.1263 (M. 07.10.1847).

⁵⁴ BOA, MVL. 22/43. H. 24.04.1264 (M. 30.03.1848).

best bırakılmalarına karar verilmiştir.⁵⁵ Bu belgeye göre isyan fiilinde bulunan kimselere genel olarak verilen sürgün cezasının her zaman süresiz olmadığı, belirli durumlarda bu kimselerin affedilip sürgün cezalarının kaldırıldığını görmekteyiz.

5 Kasım 1850 tarihli bir belgede de Süleymaniye'de meydana gelip bastırılan isyandaki suçlulardan olan Abdullah Paşa'ya ailesi ile beraber Diyarbakir'e gönderilme yani sürgün edilme cezası verilmiştir.⁵⁶

3 Ocak 1851 tarihli bir belgeye göre ise isyan ve fesada teşebbüs eden Beyt-i Harkuş ümerasından olan kimselerin yargılamalarının yapılarak her birine yedi yıl kürek cezasına çarptırılmalarına ve cezaları bittikten münasip bir yerde ikamet ettirilmelerine yani sürgün edilmelerine karar verilmiştir.⁵⁷

19 Ocak 1851 tarihli bir belgeye göre Baalbek'te fesat ve isyana sebep olan kimselere pranga cezası verilmiştir.⁵⁸ Aynı tarihli bir başka belgede ise aynı yerde isyan çıkaranlara kürek cezası verildiği belirtilmiştir.⁵⁹ Her iki belgenin farklı defterlerde bulunması sebebiyle ya cezaların pranga veya kürek olması konusundan birinin doğru diğerinin yanlış olarak yazıldığı, yahut isyancıların bir kısmına pranga cezası verilirken diğerlerine kürek cezası verildiği sonuçları çıkarılabilir.

1 Mart 1853 tarihli bir belgeye göre Burdur'da meydana gelen ihtilal ve isyanda öldürülen kimseleri varislerine verilecek paranın, isyanı çıkaran kimselerden tahsil edilmesine hüküm verilmiştir. Bu belgeden isyan sırasında sivil halkın ölümüne sebebiyet veren isyancıların, ölen kimselerin diyetlerini ödemekle sorumlu olduklarını görmekteyiz.⁶⁰

⁵⁵ BOA, İ. HR. 68/3310. H. 26.10.1266 (M.04.09.1850).

⁵⁶ BOA, A. AMD. 23/4. H. 29.12.1266 (M. 05.10.1850).

⁵⁷ BOA, A. AMD. 28/37. H. 29.02.1267 (M. 03.01.1851).

⁵⁸ BOA, A. MKT. MVL. 38/2. H. 16.03.1267 (M. 19.01.1851).

⁵⁹ BOA, A. MKT. UM. 46/29. H. 16.03.1267 (M. 19.01.1851).

⁶⁰ BOA, A. MKT. MVL. 61/31. H. 20.05.1269 (M. 01.03.1853).

12 Aralık 1854 tarihli bir belgeye göre Cizre ve havalisinde isyan eden Berdirhan Bey'in kardeşinin oğlu İdris'in öldürüldüğü belirtilmiştir.⁶¹ Bu belgeden anlaşıldığına göre devlet kuvvetleri ile fiili çarpışma yaşayan isyancıların öldürülebilmeleleri konusunda İslam hukukunda geçerli ilke olan savaş hukukunun uygulanması kuralı yürürlükte dir. Yani isyancılarla olan savaşta isyancılar öldürülebilir.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile isyan suçunun uygulamadaki görünümünde çok bir değişiklik olmasa bile isyan edenlere verilen ceza daha çok farklılaşmaya başlamıştır.

23 Ekim 1858 tarihli bir belgeye göre isyan hazırlığında bulunan Hristiyanlara tembihatta bulunulması ve şikayetlerinin dinlenerek giderilmesi emredilmiş, buna rağmen isyanda ısrar edenlerin ise vurularak isyanın önlenmesi emredilmiştir.⁶² Bu belgede önceki uygulamalara göre biraz daha sıkı tedbirlere başvurulduğu görülmektedir. Öyle ki, öncelikle isyan hazırlığında olan veya isyan eden tebaaya nasihatte bulunularak şikâyet konusunda gereğinin yapılması istenmiştir. Daha sonra ise buna rağmen isyanda ısrar edenlerin vurulması yani ölüm cezasına çarptırılması söz konusudur. Buradaki "vurulma" ifadesinden isyanın devam ederken isyancılarla devlet güçlerinin çarpışmasında, savaş hukuku kurallarının uygulanarak isyancıların öldürülmesi de kastedilmiş olabilir.

6 Kasım 1858 tarihli belgeye göre; askerlik süreleri dolduğu için isyan eden Trablus Piyade Alayındaki ve Münşiyye Topçu askerlerinin ileri gelenlerine pranga cezası verilmiştir.⁶³ Bu belgeye göre isyan fiilini işleyen muvazzaf askerlerin ileri gelenlerine pranga cezası verilmiştir. İsyana katılan askerlerin hepsine ceza verilmesi yerine sadece ileri gelenlere ceza verilmesi, isyan suçunda devletin genellikle affetmeden yana olması ile açıklanabilir. Ayrıca isyana katılan askerlerin hepsine ceza verilmesi halinde isyanın büyüyerek bastırılması güç hale gelmesi ihtimalinin değerlendirildiği de düşünülebilir.

⁶¹ BOA, A. M... 13/23. H. 21.03.1271 (M. 12.12.1854).

⁶² BOA, A. MKT. UM. 330/36. H. 15.03.1275 (M. 23.10.1858).

⁶³ BOA, MKT. MHM. 145/33. H. 29.03.1275 (M. 06.11.1858).

6 Mart 1859 tarihli bir belgeye göre ise Bihke Sancağı vakasında halkın güvelliğini ve huzurunu bozan fiillerde bulunarak halkı isyana teşvik eden kimselere beşer yıl hapis cezası öngörülmüş, bu kimselerin cezasını başkent İstanbul'da çekmek üzere oraya gönderilmeleri emredilmiştir.⁶⁴ Bu arşiv kaydına göre halkı isyana teşvik eden kimselere beş yıl hapis cezası verilmiştir. Hapis cezasını da olayın gerçekleştiği yerden oldukça uzakta olan⁶⁵ İstanbul'da çekmelerinin emredilmesi, isyancıların kaçma olasılığının ve isyanın tekrarı tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla yapılmıştır denilebilir.

9 Temmuz 1859 tarihli bir belgeye göre; Hristiyanları isyana teşvik etmekten suçlu bulunan Papaz İvan Kütahya'ya sürgün edilmiş, İstefan, Roki ve Todor'a ise kürek cezası öngörülmüştür.⁶⁶

3 Aralık 1859 tarihli bir belgede Gradçaç kazasındaki ihtilalde dokuz Müslümanı katletmiş olan eşkıyadan Pantoladi ve Kostantik'in on sene kürek cezasına mahkûm edildiği belirtilmiştir.⁶⁷ Burada bahsedilen ihtilalin devletin egemenliğine yönelik bir isyan faaliyeti olduğu anlaşılmalı beraber isyancıardan dokuz Müslümanı öldürmüş olan iki kişiye sadece on sene kürek cezası verilmiş olması düşündürücüdür. Çünkü bu ceza fiilin ağırlığına göre oldukça hafif kalmaktadır.

27 Temmuz 1879 tarihli bir belgeye göre Kozan isyanını düzenleyen Mustafa Efendi ve isyana dahil olan Ali ve Hazım Efendilerin sürgün yeri olarak Anadolu'ya gönderilmeleri sakıncalı bulunduğu için Trablusgarp'a sürülmeleri emredilmiştir.⁶⁸ Bu belgeden isyancıların sürgün edilecekleri yerlerin dahi özenle seçildiği, cezadan kaçıp tekrar isyan başlatabilmeleri olasılığının önüne geçmek için isyan bölgesinden oldukça uzak bölgelere sürgün edildikleri görülmektedir. Örneğin bir başka belgede halkı isyana teşvik ettiği için Trablusgarp'a sürülen Süleyman Terbil isimli kişi, bir şekilde Bingazi'ye geri dönerek tekrara fesatçılığa

⁶⁴ BOA, A. MKT. MVL. 105/59. H. 01.08.1275 (M. 06.03.1859).

⁶⁵ Günümüzde Bosna Hersek sınırları içinde bulunan Bihke (Bihaç) Sancağı İstanbul'dan oldukça uzaktadır.

⁶⁶ BOA, A. MKT. MVL. 108/79. H. 08.12.1275 (M. 09.07.1859).

⁶⁷ BOA, A. MKT. MVL. 112/23. H. 08.05.1276 (M. 03.12.1859).

⁶⁸ BOA, MB. İ. 54/35. H. 07.08.1296 (M. 27.07.1879).

başlamıştır.⁶⁹ Trablusgarp ile Bingazi arası çok uzak olmamakla her iki şehir de günümüzdeki Libya toprakları içinde bulunduğundan sürgün yerinden kaçan suçlu isyan ettiği yere geri dönerek tekrar isyan hazırlığına başlamıştır.

7 Mart 1887 tarihli bir belgeye göre Bulgaristan'da meydana gelen isyan hareketleri sonucunda isyancılardan bazılarına verilen idam cezalarının icra edilmesi sonucu Rus sefiri teessüflerini bildirmiştir.⁷⁰ Bu ifadeden Bulgaristan'da meydana gelen isyana karışan isyancılardan bazılarına idam cezası verildiği ve bu cezaların infazının yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Yakın tarihli diğer arşiv vesikalarına bakıldığında o tarihlerde Silistre, Filibe, Rusçuk, Varna gibi Bulgaristan'ın birçok bölgesinde isyan çıkarıldığı, isyanların bastırılması için ciddi tedbirlere başvurulduğu görülmektedir.⁷¹

17 Eylül 1888 tarihli bir belgeye göre Kosova'da halkın güvenliğini ve huzurunu bozan ve halkı isyana teşvik eden kimseler sürgün edilmiş ve kürek cezasına çarptırılmışlardır.⁷² Burada da kürek ve sürgün cezası verilmesi uygulamasına devam edildiği görülmektedir.

Bunun gibi birçok örnekte isyan suçunu işleyen kimselere genellikle sürgün, kürek ve pranga cezasının verildiği, sürgün cezası verilenlerin sürgün yerlerinin, geri gelip tekrar isyana sebebiyet vermemeleri amacıyla uzak bölgelerden seçildiği, isyanın bastırılması güç hale geldiği ve devletin ciddi tehdit gördüğü durumlarda idam cezasının verilebildiği anlaşılmaktadır.

Arşiv belgeleri dışında nefy ve ıtlak defterlerinde de isyan suçunu işleyenlere verilen cezalara ilişkin kayıtlar bulunmaktadır.⁷³ Örneğin 4 Numaralı nefy ve ıtlak defterindeki Ekim 1859 tarihli bir kayda göre devleti yıkmak için gizli bir örgüte üye olan kişilere, devlete ihanete teşebbüs ettikleri için işledikleri suçun ağırlığına göre idam (siyaseten katl), müebbet kürek ve kalebentlik, süreli kürek

⁶⁹ BOA, ŞD. 2897/48. H. 22.03.1297 (M. 04.03.1880).

⁷⁰ BOA, HR. SYS. 1919/59. M. 07.03.1887.

⁷¹ BOA, Y. PRK. EŞA. 6/59. H. 23.07.1304 (M. 17 05.1887); BOA, HR. SYS. 293/3. M. 02.04.1887; BOA, Y. A. HUS. 200/108. H. 23.06.1304 (M. 19.03.1887).

⁷² BOA, DH. MKT. 1544/41. H. 11.01.1306 (M. 17.09.1888).

⁷³ Koç, s.170.

ve kalebentlik veya sürgün cezalarının verilebileceği belirtilmiştir. Bu sınıflandırma yapıldıktan sonra Rumeli ordusu erkanından ferik Çerkes Hüseyin Daim Paşa'nın fiilleri nedeniyle birinci derece ceza olan idam cezasına çarptırıldığı; ancak cezasının indirilerek Akka kalesine sürgün edilmesine ve orada kalebent edilmesine hüküm verildiği belirtilerek Akka muhafızına, mahkûmun cezasını çekerken kalebentlik hükümlerine riayet edilmesi emredilmiştir.⁷⁴

Ocak 1860 tarihli bir kayda göre; Kudüs'ün Halilürrahman kasabasında bulunup Gazze taraflarındaki göçebe Arapları kışkırtarak onları isyana azmettiren ve köylere baskın yapıp sivil halkı öldürmek, mallarını yağmalamak gibi birçok suç teşkil eden fiilde bulunan Abdurrahman isimli kimseye 1858 Ceza Kanu-

⁷⁴ “Akka muhafızı Reşid Paşa ve Akka naibine hüküm ki: Geçende bazı eşhâsin bir ittifak-ı hafî teşkil etmekde oldukları bi'l-istihbâr cümlesi ahz-u girift ile tertib olunan divan-ı mahsusda müfzeriden ve muvaceheten istintak ve muhakemeleri icra olunarak ve iktizâ eden tahkikat ve tedkikat kamilen icra kılınarak terkim ve takdim olunan mazbatada tafsil ve beyan olunduğu üzere bunlar devlet-i aliyem aleyhine aleni ihanet-i cinayata mutasaddı olduklarından müttehimin dört dereceye münkasım olub birinci derecede olanların siyaseten idam cezasına, ikinci derecede bulunanların müebbeden kürek ve kalebentlik ve üçüncü ve dördüncü derecede olanların dahi muvakkaten kürek ve kalebentlik ve nefy ve tard cezalarına istihfafları hükmolunmuş olduğundan mazbata-i merkume ve istintaknameler taraf-ı eşref-i şahaneme arz ile lede'l-istizan vakia birinci derecede bulunan eşhasın cinayetleri cinayat-ı azimeden olub idam ile mücazate müstehak iseler de mücerred-i merhamet-i celile-i padişahanem eseri olarak idam cezasından af ile müebbeden ve mahbusen kalebent olmaları ve diğerlerinin dahi müretteb olan cezalar ile icra-yı mücazatları hususlarına müsaade ve irade-i seniyye-i mülûkanem ma'dalat-efzâ-yı sunûh-ı sudûr olmuş ve mukteza-yı münafi üzre icabı icra kılınmış olmakla sen ki seraser-i müşârun-ileyhsin birinci derecede cânî olub idama hükmolunmuş olan Rumeli ordu-yı hümayûnum erkânından ferik Çerkes Hüseyin Daim Paşa'nın mukâddemet askeriyeden ihracı ve âlâmeti askeriyesinin nez'i ile mübaşir-i mahsusa terfikan katle birle müebbeden ve mâhbusen Akka kal'asına nefy-u irsâline sarf-ı ru'yet eylesün ve siz ki muhafız ve nâ'ib-i mûmâ-ileyhümâsuz vusûlünde merkûmı Akka kal'asında ceza kanunname-i hümayûnumun kal'a-bendlik cezası hakkında olan ahkâmına tatbîken müebbeden ve mâhbusen kal'a-bend olarak iskân ve ikâme ile hatvei vâhîde mahall-i âhara hareketine irâ'e-i ruhsat olunmayub daimen firardan muhâfaza ve muhâsesesi emrine kemâli i'tinâ ve sarf-ı makderet ve bir tarafa firarı vukû' bulur ise sebep olanlar hakkında mûcibi mes'ûlin ve vehâmet olunacağından ona göre amel ve hareketle iş bu emr-i âlî-sanın sicil-i mahkemeye kayd u sebt ve hıfz olunarak selefden halefe devr-u teslim ve vusûlini der-bâr-ı şevket karar-ı mülûkâneme inhâ ve is'âra mübâderet eylesünüz söyle bilesüz âlâmet-i şerîfeme i'tîmad kılınız. Fî evâhir-i Rebû'l-evvel sene (12)76.” **Kılıç, Ömer** (2010) “4 Numaralı Nefy ve İtlak Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi” (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.214-215.

nu'nun 55 ve 56. maddeleri uyarınca idam cezası verilmiş ve ilgili maddeye göre bu ceza süresiz kalebentlik cezasına indirilerek fail cezasını çekmek üzere Rodos'a gönderilmiştir.⁷⁵

Ocak 1862 tarihli bir kayda göre; Bosna'da Hristiyan ahaliden olup bir beldede papaz olarak görev yapan Simyon isimli kimse, yanında birçok kişiyle beraber bir gizli örgüt kurup bu örgüte silah ve barut temin etmişlerdir. Bu kimse-lerin yaptıkları fiiller 1858 Ceza Kanunu'nun 55 ve 58. maddelerinde belirtilen suçları meydana getirdiğinden Papaz Simyon'un Amasya'ya sürülmesine, örgütün diğer üyelerinin ise beşer sene kalebent edilmek üzere Ergani'ye gönderilmelerine hüküm verilmiştir.⁷⁶

⁷⁵ “Cezâyir Bahr-ı Sefid eyaleti mutasarrıfı ... Ahmet Ata Bey ... ve Rodos cezâresi naibine hüküm ki: Kudüs-i Şerif sancağında kâ'in Cebel-i Halilürrahman kasabası rü'esâ-yı ahâlisinden ve evrâl-ı amirûn cebel-i mezkûr nâzırı esbak Abdurrahman ile birâderi nazır-ı sabık Selâmi muktezâ-yı huyânet ve cibilliyetleri üzere dâimî birbirleri aleyhinde ve ahâli beyninde icrâ-yı mefsetet ve adâvet ederek Gazze taraflarında hayme-nişin olan Arabanı [Arapları] dahi tahrik ile civarda bulunan köyler ahalisini ızrâr ve tazyik ve karyeleri tahrip ettiklerinden mâ'adâ ekseri katl-i nüfus ve gasb-ı emvâl ve hetk-i ırz ve nâmus fezâhatine dahi ictisâr ettiklerinden ahâli mütevatın bunlardan bîzar olub bi'd-defaât arz-ı istikâ ettiklerinden merkûm Abdurrahman'ın hayyen ve meyyiten ele getirilmesi husûsına bundan akdem irâde-i seniyye-i mülûkânem dahi mütâ'allık olduğu halde her nasılsa şimdye kadar ele geçmeyib bu defa merkûmanın ikisi dahi ele getirilerek muakayyiden ve tahte'l-hıfz Rodos'a gönderilmiş olduğu Rumeli Beylerbeyliği pâyelülerinden hâlâ Kudus-i Serif mutasarrıfı Emir Mustafâ Ziya Pâsâ dâmet ... tarafından der-bâr-ı sevk-et-karâr-ı ma-arz ve inhâ olunmuş ve keyfiyyet meclis-i vâlâ-yı ahkâm-ı adliyeme lede'l-müzâkere merkûmanın mütenevvia'yı müstemil cinâyât-ı cesimeye irtikâbları sâbit ve muhakkak olduğundan ikisi dahi hâl-i isyân ve şekâvette ahz-u girift olunmuş olduklarından kanun-ı cezanın ellibes ve ellialtıncı maddeleri ahkâmına tatbiken müstehak oldukları i'dâm cezâsına mukâbil merkûmatın müebbeden ve mahbûsen Rodos'ta kal'a-bend olunmaları bâbında lâzım gelen emr-i şerîfimin ısdar-ı meclis-i vâlâ-yı mezkûrdan bâ-mazbata ifâde kılınmış ve ol vechle icrâsı husûsına irâde-i seniyye-i mülûkânem ta'allukıyla emr-i hümayûn-ı şâhânem sunûh u sudür eylemiş olmağın siz ki mutasarrıf-ı müşâr ve nâ'ib-i mümâileyhümâsus merkûmları Rodos kal'asında cezâ kânûnnâme-i hümayûnumun kal'abendlik cezâsı hakkında olan ahkâmına tatbiken müebbeden ve mahbûsen kal'a-bend olarak iskân ve ikâmet etdirib ve mahall-i âhara hareketlerine irâ'e-i ruhsat olunmayub ve kimse ile kat'en ihtilâl ettirilmeyib daima firârdan muhâfazaları emrine i'tina ve dikkat eyleyesiz. Fî evâhir-i Cemâziyü'l-âhir sene (1)276.” **Kılıç**, s.234.

⁷⁶ “Bosna eyaleti valisi Osman Paşa ve Amasya nâ'ibine hüküm ki: Cerime eşkıyası tarafından ahâli-i hristiyana tevzi' ve taksim ile asayiş-i umumiyeyi ihlâl edecek mefasidi ifaya dair bir ittîfâk-ı hafî teskil olunmak üzere Banaluka sancağına geçirildiği halde zahire çıkarılmış olan esliha ve barut ve

İsyân eden kimselerin öngörülen ceza infaz edilmeden önce teşhir yaptırılmasına tabi tutuldukları örnekler de bulunmaktadır.⁷⁷ 8 Haziran 1915 tarihinde Maraş'ın Fındıcak bölgesinde Müslüman halka saldırıp katliam yapan, halkın

edevat-ı harbiye ve sâ'irenin o hâl ve tevziinde medhali olan ve bu efale mebnî silâh alub kaziyeye'ye vukûf ve ma'lûmâtı bulunan eshâsın icrâ olunan istintâklarını muta'zâmmın tevârüd iden evrâk meâlinden müstebân olacağı vechile esliha ve edevat-ı mezkûrenin tevzi' ve taksiminde Subak(?) karyesi ile Papazı Simyon'un medhal olduğu misillu Evrasuh(?) karyeli Simyon ve Ragil ve Suvaslos ve Bud Mandiç ve Subak karyeli Yobik ve ledavliko ve Papadeniçe(?) karyeli ve Virlikuç ve Nikolo ve Letsova Masinoriç ve Astofyonîç ve İstanviye İstiyoniç ve Markut Bakoviç ve Botsavakoyin ve Istevan Belyuk ve Babiç ve Boda ve Bayakoçça karyeli Mile-babiç ve Virbariç nâm şahıslar dahi muahharen silâh alarak bu ittifâka dahil oldukları cümlesinin tasdik ve ikrarıyla beyan olmuş olduğundan bunların kanunen mücâzât-ı vâkı'alarına tahrîr ve icrâsı lâzım gelip ceza kanunname-i hümayûnunun elli beşinci maddesinde her kim bi'z-zât veya bil vâsıta teb'a-i devlet-i aliyye ve sekene-i memâlik-i mahrûse-yı saltanat seniyye-i aliyyeye muselehan isyan ettirmek üzere tahrîk edip de maksadı olan kaziyeye isyan tamamıyla fiile çıkar ve yahut madde-i isyanın icrasına başlanmış bulunursa ol kimse idam olunur ve elli sekizinci maddesinde her kim memâlik-i mahrûse ahâlisini yekdiğeri aleyhinde silâhlandırarak mukateleye tahrîk ve i'vaya veyahûd ba'zı mahallerde gasb ve gâret ve tahrîk-i memleket ve katli nufûs efalini ifaya müteccâsir olub da kaziyeyi fesât tamamıyla fiile çıkar veyahut madde-i fesâdın icrasına başlanmış olursa ol kimse kezzâlik idam olunur ve elli sekizinci maddesinde dahi şu beyân olunan fesâdlardan birini icrâ kasıtıyla bazı eşhâs beyanlarında bir ittifâk-ı hâfi teşkil olunub da ol ittifâkta tashih olunan fesâdın icrâsı söyleşilip karargâr olduktan başka esbâb-ı icrâsını tehiye zımında bazı efal ve tedâbire dahî teşebbüs olunmuş olub da henüz fiilen icrâ derecesine gelmemiş ise ol ittifâkda bulunan kimesneler nefy-i ebed cezasıyla mücâzât olunur ve eğer böyle ittifâk-ı hâfide ber-vech-i muharrer fesâdın esbâb-ı icrâyesini tehiye zımında teşkil olunmuş bir fiil ve tedbir tebeyyün etmeyip de yalnız icrâsı söyleşilerek karar verilmiş olmaktan ibaret bulunur ise ol halde dahil-i ittifâk bulunan kimseler muvakkaten kal'a-bend kılınır deyû muharrer olarak tafsilat-ı mesruhaya göre mansur olan fesâd için efal ve tedâbire teşebbüs olunmuş ve merkum papazın bu bâbda eşkiya ile ittifâkı bedihi bulunmuş olmasıyla bunda hüküm evvela tevfikân te'biden Amasya'ya ve diğerlerinin hükm-i sâniye tatbiken ve târih-i habslerinden itibaren beşer sene müddetle kal'a-bend olmak üzere Ergani'ye ib'ad ve ol vechle defter-i mahsûsuna kayd ettirilerek için târihi mahbûslarından bu tarafa is'ârı bâbında evamir-i aliyyemin işdârı meclis-i vâlâ-yı ahkâmı adliyemden bâ-mazbata ifâde olunmuş ve ol vechle icrâsı husûsına irâde-i seniyye-i mülûkânem ta'allukıyla emr-i hümayûn-ı şâhânem sunûh-ı sudûr eylemiş ve merkûmun için diğer emr-i serifim tasdir kılınmış olmağın sen ki vâlî-yi müsârün-ileyhsin merkûm papaz Simyon'u hükm-i evvela tatbiken ve te'biden mübâsir-i mahsûsa terfikan tahte-l-hıfz Amasya'ya nefy u irsâle sarf-ı ru'yet eylesün ve siz ki mutasarıff-ı müsâr ve nâ'ib-i mûmâ-ileyhümâsuz vusûlunde merkûmu ol tarafda te'biden ve menfiyyen meks u ikâmet etdirib hatve-i vâhide mahall-i âhara harekâtine irâ'e-i ruhsat olunmayıb herhalde firardan muhâfazasına itina ve dikkat ve vusûlini Dersa'âdetim'e inhâ ve is'âra mübâderet eylesünüz. Fî evâsıt-ı Receb sene (1)278." Kılıç, s.337-339.

⁷⁷ Koç, s.174.

ellerindeki malları zorla gasp eden Ermenilerin sebep olduğu isyanın bastırılmasından sonra isyan fiiline karışan ve bahsedilen suçları işleyen Ermenilerden 7 Ağustos 1915 tarihinde Maraş sokaklarında teşhir edildikten sonra bir kısmı asılarak bir kısmı ise kurşuna dizilerek idam edilmişlerdir.⁷⁸

Tanzimat Döneminde bağı (isyan) suçunun en önemli örneklerinden biri de Divan-ı Harbi Örfi yargılamalarında görülmektedir.⁷⁹ Osmanlı Devleti'nin 1. Dünya Savaşına girip savaşı kaybetmesine sebep olan İttihad ve Terakki yönetimine karşı açılmış olan bu mahkeme aslında 1915 yılındaki Ermeni Tehcirinden sorumlu olan kişilerin yargılaması için kurulmuş olsa da Ermeni tehciri dışındaki fiiller ile ilgili olarak da yargılama yapmıştır. Yapılan yargılamalar sonucunda 1858 Ceza Kanunu'nun 45 ve 55. maddelerine göre hüküm kurulmuş ve Talat Paşa, Enver Paşa, Cemal Paşa ve Doktor Nazım'ın idamlarına, eski Maliye nazırı Cavid Bey, eski Ziraat nazırı Mustafa Şeref Bey ve eski Şeyhülislam Musa Kazım Efendi'nin on beşer sene kürek cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.⁸⁰

⁷⁸ **Kılınc, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, Ankara, Adalet Yayınevi, s.295. Ermeniler I. Dünya Savaşı öncesinde ve savaş sırasında Osmanlı Devleti içinde yaptıkları bu faaliyetlerin isyan (bağı) suçu olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Akgündüz, Ahmet** (2014) "Ermeni Meselesine Yaklaşım Hatalarımız; Tehcir ve Soykırım Kavramları Işığında 1915 Tarihli Kararname", Yeni Türkiye, S:60, s.8.

⁷⁹ "Meclis-i Vükelâ'da 14 Aralık 1918'de Divân-ı Harb-i Örfî'nin kurulması kararlaştırıldı; iki gün sonra İstanbul'da kurulan Divân-ı Harb-i Örfî'ye tayinler yapıldı. Meclis-i Vükelâ kararında Divân-ı Harb-i Örfî'nin, seferberlik sırasında uygulanan tehcir muamelesinden istifade ederek ihtilâl gayesiyle işlenen haksızlık ve tecavüzlere dair suçlarda dahil olanların hak ettikleri cezaya çarptırılacakları ifade ediliyordu. Ayrıca tahkik heyetlerinin araştırması sonucu yargılanması gereken tehcir suçularının ait buldukları adli mahkemelerde yargılanmalarının zaman alması sebebiyle hızlı bir karar mekanizmasına olan ihtiyaç dile getirilmekteydi. Mahkeme başkanlığına emekli ferik Mahmud Hayret Paşa, yardımcılığına da Mirlivâ Ali Nâdir Paşa ile Süleymaniyeli (Kürt/Nemrud) Mustafa Paşa tayin edildi. Üyeliklere Adliye Nezâreti'nden Şevket ve Artin beyler, savcılığa Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı başmuavini Nihad, sorgu hâkimliğine Beyoğlu Bidâyet Mahkemesi üyesi Moiz Zeki, Misak Makaryan, Nazif ve Dersaadet Bidâyet Mahkemesi üyelerinden Abdüssamed efendiler getirildi. Mahkemenin bazı üyeleri zaman içinde değişse de başkan ve yardımcıları 8 Mart 1919 tarihine kadar görevlerine devam etti. Mahkeme ilk olarak Yozgat tehciri davasını ele aldı, İttihatçılar'ın bir bölümünü bu olaydan dolayı yargıladı, kiminin cezasını da infaz etti." **Türkmen, Zekeriya** (2020) "Divânıharp", TDV İslam Ansiklopedisi, C: Ek-1, Ankara, TDV Yayınları, s.335-336.

⁸⁰ "Talat ve Enver ve Cemal ve Doktor Nazım'ın hareketleri a'zam cürümlerinden dolayı Mülkiye [1858] Ceza Kanunname-i Hümayununun 45. maddesinin 1. fıkrası ve Cavid ve Mustafa ve Şe-

SONUÇ

İslam hukukunda temel olarak kısas, had ve tazir olarak üçe ayrılan suç türleri içinde bağy suçunun nerede durduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Ancak bağy suçunun genel olarak İslam hukuku kitaplarının hudud yani had cezalarının yer aldığı kısımda değil de cihad veya siyer kısımlarında düzenlenmesi, isyan suçunu işleyen kimselere verilecek nas ile belirlenmiş bir cezanın da olmaması bu suçun tazir suçları içinde değerlendirilmesini gerektirecektir.

İslam alimleri bağy suçunu işleyen isyancılara verilecek ceza konusunda oldukça toleranslı olmuşlardır. Öyle ki, isyancılar harekete geçmeden yani silahlı isyana başlamadan devlet güçlerinin bundan haberleri olsa bile isyancılara şiddet uygulayamayacağı, isyancıların mallarının ganimet olarak alınamayacağı, esir edilemeyecekleri gibi temel esaslar belirlemişlerdir. Dolayısıyla İslam hukukunda devlete isyan eden kimselerin cezalandırılmasında bile oldukça hassas davranılmış, bu kimselerin Müslüman oldukları unutulmamış ve muhalefete saygı duyulmuştur. Osmanlı hukukunda bağy suçunun görünümü konusunda ise İslam hukukundaki genel ilkelere aykırı davranılmaması yanında daha farklı bir yaklaşım bulunduğu söylenebilir. Devlet hakimiyeti konusunda Orta-Asya Türk devletlerinden aldıkları geleneği sürdüren Osmanlılar, devlete yönelik işlenen suçlar konusunda daha dikkatli olmuşlar ve isyan fiilinin teşebbüsünde

ref ve Musa Kazım'ın mezkur maddenin fıkra-i saniyesi delaletleriyle kanun-ı hümayun-ı mezkurun 55. maddesinin fıkra-ı ahiresine muvafık ve fıkarat-ı mezkurede "Eşhas-ı müteaddide bir cinayet veya cünhayı müttehiden ika' eder veyahut efal-ı müteaddideden mürekkep olan bir cinayet veya cünhada bir takım eşhastan her biri cürmün husulü maksadıyla efal-i mezbureden birini veya birkaçını icra eylerse eşhas-ı mezkureye hem-fiil denir ve cümlesi fail-i müstakil gibi mücazat olunur." "Kanun-i Esasi'yi ve hükümetin şekil ve heyetini veya saltanat-ı seniyyenin usul-ı verasetini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sabit olan şahıs idam olunur." "Bir cinayet veya cünhanın ikanda fer'an zi-medhal olanlar kanunun sarahati olmayan yerlerde ber-vech-i ati mücazata duçar olurlar. Eğer fiil-i asli idam veya müebbet kürek cezalarını müstelzim ise fer'an zi-medhal olanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere muvakkat kürek... cezası hükmlolunur." ibaratını natik olduğundan, iş bu fıkarat-ı kanuniye ahkamına tevfikan bunlardan Talat ve Enver ve Cemal ve Doktor Nazım'ın idamlarına ve Cavid ve Mustafa Şeref ve Musa Kazım'ın 15'er sene müddetle küreğe konulmalarına... karar verildi. 6 Şevval 337 ve 5 Temmuz 335." **Er-dinç, Erol Şadi** (2018) Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları II Divân-ı Harbi Örfi Yargılaması, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.563-564.

dahi siyaseten katl cezası vermişlerdir. Devletin ve devlet başkanının dokunulmaz olması düşüncesi bu uygulamalarda etkili olmuştur.

Devlet ve devlet kavramına verilen kutsal değer, devletin kişi, kurum ve organlarıyla birlikte, dokunulmazlığı, devlete itaatin zorunluluğu gibi değerler, hemen hemen her dönemde aynı önem derecesinde algılanmış ve bunlara yapılan saldırılar ağır şekilde cezalandırılmıştır. Önemli olan husus suç ile ceza arasındaki hassas dengenin korunması ve suç ile ihlal edilen menfaatler ile ceza ile korunan menfaatlerin aynı olmasıdır. Ancak bu şekilde cezalandırma ile güdülen amaç gerçekleştirilebilir. İslam hukukunda devlete yani siyasi iktidara yönelik olarak düzenlenen bir suç olan bağy suçu için de toplumun huzuru ve güvenliğini sağlamak için birtakım tedbirler alınmıştır. Ancak isyan fiili ile siyasi muhalefet hiçbir zaman karıştırılmamış ve fiili bir kalkışmaya dönüşmedikçe muhalefete ve eleştiriye açık olunmuştur.

İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı Devleti'nde bağy suçu ile ilgili uygulamalar İslam hukukunun öngördüğü sınırların biraz zorlandığını düşündürebilir. Ancak *devlet-i ebed müddet* felsefesinin hakim olduğu bir devlet aklında farklı bir sonucun düşünülmesi zor görünmektedir.

Tanzimat Fermanı ile Batıya yönelişin hız kazandığı ve Batı menşeli kanunların Osmanlı Devleti'nde isyan suçu ile ilgili kanun maddelerine bakıldığında klasik devirde hakim olan siyaseten katl cezasının kanunlaştırılıp idam cezası şeklinde korunduğunu ancak yargılama yapılmadan bu cezanın verilemeyeceği gibi büyük bir yeniliğin yapıldığını görürüz. Arşiv belgelerindeki uygulama örneklerinde ise kanunun öngördüğü idam cezasına pek başvurulmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. İsyen suçuna genelde sürgün, kürek, kalebentlik gibi cezaların verildiği görülmektedir.

Tanzimat ile beraber kanun devleti hüviyetini sağlamlaştırmış olan Osmanlı Devleti'ndeki bu değişim, devlet söz konusu olunca her zaman insan hayatının hiçe sayıldığı, kellelerin gittiği bir durumun söz konusu olmadığını bilakis İslam hukukunda öngörülen merhamet duygusunun elden bırakılmadığına da delalet edebilir. Devletin, Batılı devletlerin kışkırtmaları sonucu ortaya çıkan iç isyanlar ve karışıklıklara karşı vatandaşlarının tepkisini çekmemek için daha dikkatli davrandığı düşüncesi de akla yatmaktadır.

Tanzimat döneminde çıkarılan 1840 ve 1851 ceza kanunları isyan konusunda aşağı yukarı aynı hükümleri içerirken, 1858 ceza kanunu daha sistematik halde ve daha çok sayıda madde ile bu suçu düzenlemiştir. Burada da idam cezası aynen korunmuştur. Kanunda padişahın gerekli gördüğü durumda idam cezasını kürek, kalebentlik veya sürgün cezasına çevirebileceği düzenlenmiştir. Uygulamaya bakıldığında da idam cezasının çok nadir uygulandığını ve devlete isyan eden kimselere diğer hafif cezaların uygulandığı görülmektedir. Bu cezalardan sürgün cezası en sık rastlanan cezadır. Bunun dışında yüksek dereceli devlet görevlilerinden bu suçu işleyenlere ise genelde kalebentlik cezasının verildiği görülmektedir.

Tanzimat döneminde klasik devre göre daha farklı davranılıp devlet başkasına verilen takdir yetkisinin neredeyse her durumda kullanılıp isyancılara daha hafif nitelikteki cezaların verilme sebebine bakacak olursak: Bu durum, devlet düzeni ve iktidar olgularının oturduğu, saltanat veraset sisteminin kanunlaştırıldığı, kardeş katli uygulamasının bırakıldığı bir dönemde oldukça doğaldır. Osmanlı Devleti, Batılı devletlerin nefesini ensesinde hissettiği bu dönemde, isyancıların özgürlük ve hürriyet çağrılarını şiddetli bir şekilde bastırmak yoluna gitmemiş, vatandaşlarına karşı daha farklı davranmaya bir nebze zorlanmıştır. İsyan fiilini birkaç kez işleyen kimselere bile kanunda öngörülen idam cezasının uygulanmaması örneklerinin bulunması, bu görüşü destekler niteliktedir.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

Başkanlık Osmanlı Arşivi

BOA, Bab-ı Asafı Amedi Kalemî (A. AMD.) 23/4. H. 29.12.1266 (M. 05.10.1850); 28/37. H. 29.02.1267 (M. 03.01.1851).

BOA, Sadaret Müteferrik Evrakı (A. M...) 13/23. H. 21.03.1271 (M. 12.12.1854).

BOA, Sadaret Mektubi Kalemî Meclis-i Vala Evrakı (A. MKT. MVL.) 2/55. H. 10.08.1262 (M. 03.08.1846); 105/59. H. 01.08.1275 (M. 06.03.1859); 108/79. H. 08.12.1275 (M. 09.07.1859); 112/23. H. 08.05.1276 (M. 03.12.1859); 38/2. H. 16.03.1267 (M. 19.01.1851); 61/31. H. 20.05.1269 (M. 01.03.1853).

BOA, Sadaret Mektubi Kalemî Umum Vilayat Evrakı (A. MKT. UM.) 330/36. H. 15.03.1275 (M. 23.10.1858); 46/29. H. 16.03.1267 (M. 19.01.1851).

BOA, Sadaret Mektubi Mühimme Kalemî Evrakı (A. MKT. MHM.) 1/40. H.21.08.1260 (M. 05.09.1844); 145/33. H. 29.03.1275 (M. 06.11.1858).

BOA, Cevdet Dahiliye (C. DH.) 252/12564. H. 29.12.1260 (M. 09.01.1845).

BOA, Dahiliye Nezareti Mektubi Kalemî (DH. MKT.) 1544/41. H. 11.01.1306 (M. 17.09.1888).

BOA, Hariciye Nezareti Siyasi (HR. SYS.) 1919/59. M. 07.03.1887; 293/3. M. 02.04. 1887.

BOA, İrade Hariciye (İ. HR.) 68/3310. H. 26.10.1266 (M. 04.09.1850).

BOA, Mabeyn İrade (MB. İ.) 54/35. H. 07.08.1296 (27.07.1879).

BOA, Meclis-i Vala Evrakı (MVL.) 22/43. H. 24.04.1264; 55/9. H. 28.11.1263 (M. 07.10.1847).

BOA, Şura-yı Devlet Evrakı (ŞD.) 2897/48. H. 22.03.1297 (M. 04.03.1880).

BOA, Yıldız Sadaret Hususi Maruzat Evrakı (Y. A. HUS.) 200/108. H. 23.06.1304 (M. 19.03.1887).

BOA, Yıldız Perakende Evrakı Elçilik Şehbenderlik ve Ateşemiliterlik (Y. PRK. EŞA.) 6/59. H. 23.07.1304 (M. 17 05.1887).

Basılı Kaynaklar

Abou El Fadl, Khaled (2001) *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Ahmed Ziya (1329) *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, İstanbul, Mihran Matbaası.

- Akalın, Adnan** (2016) İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Ankara, Fecr Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (1987) “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men’-i İrtikab Kanunnamesi”, Belleten, C:51, S:199, s.153-192.
- Akgündüz, Ahmet** (2011) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, C:1, İstanbul, OSAV Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (2014) “Ermeni Meselesine Yaklaşım Hatalarımız; Tehcir ve Soykırım Kavramları Işığında 1915 Tarihli Kararname”, Yeni Türkiye, S:60, s.1-13.
- Akgündüz, Said Nuri** (2017) Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, İstanbul, Rağbet Yayınları.
- Akman, Mehmet** (1995) “Önceki Hukukumuzda İsyân Suçu”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:9, S:1-3, s.203-222.
- Akman, Mehmet** (1997) Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- Avcı, Mustafa** (2018) Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Avcı, Mustafa** (2022) Türk Hukuk Tarihi, 11. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aydın, Mehmet Akif** (1992) “Batılılaşma”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:5, İstanbul, TDV Yayınları.
- Aydın, Mehmet Akif** (1993) “Ceza”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:7, İstanbul, TDV Yayınları.
- Aydın, Mehmet Akif** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Aydın, Melikşah** (2015) “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:2, s.49-77.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (1970) Hukuk-1 İslâmiyye ve İstılahat-1 Fıkhiyye Kamusu, C:3, İstanbul, Bilmen Yayınları.
- Bozkurt, Gülnihal** (1996) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Ceylan, Ayhan** (2003) “İslam’da Siyasal İktidar (Velâyet-i Âmmе)”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1-2, s.89-104.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çakır, Muhammet** (2007) “İslam Hukuku Açısından Şiddet ve Terör Olgusu” (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Çevik, Naci** (2015) “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Devlete İsyân Suçu” (Yüksek Lisans), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Şeyhizade Abdurrahman** (2011) Mecma’ul Enhur, C:3, İstanbul, Yasin Yayınları, (Çeviren: Mehmet Çelik).
- Devellioglu, Ferit** (2013) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, Aydın Kitabevi.
- Ebü Dâvûd, Süleymân b. el-Eş’as b. İshâk es-Sicistânî** (1988) es-Sünen, nşr. Kemâl Yûsuf el-Hût, Beyrut.
- Ebu Zehra, Muhammed** (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C:2, İstanbul, Kitabevi Yayınları, (Çeviren: Tüfekçi, İbrahim).
- Erdinç, Erol Şadi** (2018) Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti Yargılamaları II Divân-ı Harbi Örfî Yargılaması, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Ersoy, Seyde** (2007) “İslam Hukukunda Terörle İlgili Suçlar ve Cezaları” (Yüksek Lisans), Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fetava-yı Hindiyeye** (2004) C:4, İstanbul, Huzur Yayınevi, (Çeviren: Efe, Mustafa).
- Hamidullah, Muhammed** (2012) İslam’da Devlet İdaresi, İstanbul, Beyan Yayınları, (Çeviren: Aktaş, Hamdi).
- İbn Abidin, Muhammed Emin** (1985) Reddül-Muhtar Ale’d-Dürri’l-Muhtar, C:9, İstanbul, Şamil Yayınları, (Çeviren: Davudoğlu, Ahmet vd.).
- Kamar, Mehmet Murat** (2019) “Türk ve İslam Hakimiyeti Telakkileri Çerçevesinde İsyân Suçu” (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kaşıkçı, Osman** (2008) Osmanlı Devleti’nde Padişahlık, İzmir, Yitik Hazine Yayınları.
- Kılıç, Ömer** (2010) “4 Numaralı Nefy ve İtlak Defteri’nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi” (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kılınç, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kılınç, Ahmet/Yıldırım, Davut** (2021) “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması”: Koyuncu, Nuran/Yıldız, Abdülkadir (Editörler), Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, s.171-231.
- Koç, Mehmet** (2017) “Osmanlı Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları” (Doktora), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Mardin, Ebu'ula** (1946) Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası.
- Maverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib** (1976), el-Ahkâmü's-Sultâniyye, İstanbul, Bedir Yayınevi, (Çeviren: Şafak, Ali).
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd** (2013) el-İhtiyâr li-Ta'lîlî'l-Muhtar, C:4, İstanbul, Hikmet Neşriyat, (Çeviren: Keskin, Mehmet).
- Molla Hüsrev** (1979) Gurer ve Dürer, C:1, İstanbul, Eser Neşriyat, (Çeviren: Erkan, Arif).
- Mumcu, Ahmet** (2007) Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, 3. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc** (1955) el-Câmi' u's-sahih, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Kahire.
- Nebhan, Muhammed Faruk** (1980) İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, Sönmez Neşriyat, (Çeviren: Armağan, Servet).
- Okka, Sevinç** (1997) "İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Bağy Suçu" (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özek, Çetin** (1967) Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, Cezaevi Matbaası.
- Serahsi, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed** (2008) Mebsut, C:10, Akşit, Mustafa Cevat (Editör), İstanbul, Gümüşev Yayınları.
- Şafak, Ali** (1977) Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Basımevi.
- Şafak, Ali** (1991) "Bağy", TDV İslam Ansiklopedisi, C:4, İstanbul, TDV Yayınları.
- Şentop, Mustafa** (2005) "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C:3, S:5, s.647-672.
- Şeyh Bedreddin** (2012) et-Teshil Şerhu Letaifi'l-İşarat, C:2, Apaydın, H. Yunus (Editör), Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları.
- Tabassum, Sadia** (2011) "Combatants, not bandits: The Status of Rebels in Islamic Law", International Review of the Red Cross, C:93, S:881, s.1-19.
- Taner, Tahir** (1940) "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku": Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaası, s.221-232.
- Türkmen, Zekeriya** (2020) "Divânıharp", TDV İslam Ansiklopedisi, C: Ek-1, Ankara, TDV Yayınları.

- Udeh, Abdülkadir** (2012) Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, C:1, İstanbul, Kayıhan Yayınları, (Çeviren: Şafak, Ali).
- Ünal, Mustafa/Yılmaz, Yasin** (2020) “Osmanlı Ceza Kanunnamesi Serh Literatürü Uzerine Bir Derkenar”: Aykanat, Mehmet/ Ülker, İbrahim (Editörler), Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık s.25-42.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1940) “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”: Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaası, s.139-209.
- Yıldırım Demir, Saliha** (2021) “İslam Osmanlı Hukukunda Devlete İsyân Suçu” (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yiğit, Yaşar** (2022) İslam Ceza Hukuku, Ankara, Fecr Yayınları.
- Yusuf Ziya** (1325) “Kanun-ı Ceza Layıhasının Hutut-ı Asliyesi”, Ceride-i Adliye, C:1, S:4, s.362-367.
- Zuhayli, Vehbe** (1994) İslam Fıkı Ansiklopedisi, C:7, İstanbul, Risale Yayınları, (Çeviren: Efe, Ahmet vd.).

KAMU ALACAKLARININ TERKİNİ VE COVID-19 PANDEMİSİ SEBEBİYLE TERKİN İMKÂNİ^(*)

Arş. Gör. Ayla ÇALIŞKAN^(**)

ÖZET

Devletin ve kamu kuruluşlarının kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu finansman, vergi, resim, harç, şerefiye ve diğer kamu gelirleri aracılığı ile sağlanmaktadır. Devlet kamu gelirlerini borçlulardan temin etmektedir. Ancak kamu alacağının borçluları, genellikle kendi iradeleri dışında meydana gelen olaylar neticesinde ekonomik açıdan oldukça zor duruma düşerek borcunu ödeyemez hale gelmektedir. İşte bu durumda devlet, borçluya destek olarak mali açıdan hayatına devam edilmesini sağlamak amacıyla kamu alacağından vazgeçerek alacağını terkin etmektedir. Sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak yükümlüye destek amacıyla tanınan terkin imkânı aslında yükümlünün hızlı bir şekilde kendini toparlayarak kamu gelirlerine katkıda bulunması amacını taşıdığından, devlet açısından da uzun vadede avantajlı bir müessese olarak düşünülmalıdır.

Terkin müessesesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir. Bu çalışmamızda öncelikle vergi ve vergi dışındaki kamu alacaklarının kapsamı belirlenecek, ardından Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan hükümler doğrultusunda doğal afetler sebebiyle terkin, tahakkuktan vazgeçme, tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin ile yargı kararları gereği terkin müessesesi ele alınacaktır. Terkin sebepleri açıklandıktan sonra Covid-19 pandemisinin kamu alacaklarının terkin sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kamu Alacağının Terkini, Terkin Sebepleri, Doğal Afetler Sebebiyle Terkin, Covid-19 Pandemisinin Doğal Afet Niteliği, Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Terkin.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1210137- Geliş Tarihi: 25.11.2022 - Kabul Tarihi: 05.02.2023.

Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında Prof. Dr. Yusuf Karakoç tarafından verilen Kamu İcra Hukuku dersinde hazırladığım çalışmanın geliştirilmiş halidir. Bu vesile ile sayın hocam Prof. Dr. Yusuf Karakoç'a değerli katkılarından dolayı teşekkür ederim.

^(**) İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye,

E-posta: ayla.kaya@ieu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7612-4566>.

CANCELLATION OF PUBLIC RECEIVABLES AND THE POSSIBILITY OF CANCELLATION DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT

The financing required by a State and public institutions for the execution of public services is provided through public revenues such as public receivables, taxes, duties, charges and goodwill. The state obtains public revenues from debtors. However, debtors of public receivables are usually in a very difficult economic situation as a result of events occurring against their will and become unable to pay their debts. In this case, the State renounce its public receivables in order to support the debtor and ensure that the debtor can continue his/her life financially. As a requirement of the principle of social State, the possibility of cancellation, which is granted to support the debtor, should be considered as an advantageous institution for the State in the long term, as it also aims to contribute to public revenues by allowing the debtor to recover quickly.

Although the cancellation procedure is regulated in the Tax Procedure Law, No:213 and the Law on the Procedure for the Collection of Public Receivables, No:6183, it is also possible to cancel the public receivable in accordance with the judicial decision. In this study, firstly, the scope of tax and non-tax public receivables will be determined, and then, in line with the provisions of the Tax Procedure Law and the Law on the Procedure for Collection of Public Receivables, the cancellation due to natural causes, waiver of accrual, impossibility of collection and judicial decisions will be discussed. Following explanation of the reasons for cancellation, it will be discussed whether the Covid-19 pandemic can be considered as a reason for the cancellation of public receivables.

Keywords

Cancellation of Public Receivables, Reasons for Cancellation, Cancellation of Public Receivables, Cancellation Due to Natural Causes, The Natural Causes Nature of the Covid-19 Pandemic, Cancellation due to the Covid-19 Pandemic.

I. KAMU ALACAĞI

Kamu alacağı, kamu hizmetlerinin mali kaynağını oluşturan ve kamu gücüne dayanarak alınan ekonomik değer olarak tanımlanabilir¹. Kamu alacağı, egemenlik hakkına sahip devletin kamu hukukundan doğan alacaklarıdır. Devletin idari işlemlerle elde ettiği gelirler olan kamu alacakları kamu gücüne göre tahsil edilmektedir².

Kamu alacağına ilişkin düzenlemeler Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) yer almaktadır. Söz konusu Kanunun 1'inci maddesi “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.

Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunun 2'nci maddesinde, çeşitli kanunlarda Tahsili Emval Kanunu'na göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu Kanun hükmünün uygulanacağı yer almaktadır. Kanunun 3'üncü maddesinde ise bu Kanundaki kamu alacağı teriminin Kanunun 1'inci ve 2'nci maddeler kapsamına giren alacakları ifade etmek için kullanıldığına ilişkindir.

AATUHK'un 1, 2 ve 3'üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu alacağının kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan ve bu hizmetlerin mali kaynağını oluşturan gelir kaynaklarından doğan alacaklar olduğu anlaşılmaktadır. Kamu alacakları, devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi,

¹ **Mutluer, M. Kamil/ Dayanç, N. Nilay** (2014) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.159; **Şenyüz, Doğan/ Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Bursa, Ekin, s.341; **Karakoç, Yusuf** (2019) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.503.

² **Budak, Tamer/Benk Serkan** (2011) “Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme”, Business and Economics Research Journal, C:2, S:2, s.62.

resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli; gecikme zammı, faiz gibi fer'i kamu alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğmuş olan diğer alacaklar için kullanıldığı sonucu çıkmaktadır. Öte yandan, bir kamu idaresine ya da kamu kurumuna ait alacaklar kamu alacağı niteliğine haiz olsa bile, özel kanunlarında gelirlerinin AATUHK hükümleri çerçevesinde tahsil edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadıkça bu Kanun kapsamı dışında tutulmaktadır³. Örneğin, köy idaresi gelirleri arasında sayılan salma, kamusal mali yüküm niteliğinde olmasına rağmen, köy tüzel kişiliğine ait alacaklar Kanun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu gelirlerin tahsili 442 sayılı Köy Kanunu'na göre yürütülmektedir⁴.

AATUHK 3'üncü maddede Kanundaki alacaklı kamu idaresi teriminin devlet, il özel idareleri ve belediyeleri ifade ettiği düzenlenmiştir. Kamu alacakları, alacaklı kamu idaresi adına tahsil dairesi tarafından tahsil edilmektedir. Tahsil dairesi ise alacaklı kamu idaresinin AATUHK'ü uygulamakla görevli, dairesi, servisi, memur veya memurlarıdır (AATUHK m.3). Kamu alacağını ödemek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişiler ve bunların kanuni temsilci veya mirasçıları, vergi mükellefleri, vergi sorumlusu, kefil ile yabancı şahıs ve kurumlar temsilcileri ise kamu borçlusudur (AATUHK m.3).

AATUHK, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) kapsamına giren kamu alacaklarını kapsadığı gibi onun haricindeki başka kamu alacaklarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla AATUHK kapsamındaki kamu alacaklarına vergi resim, harçları yanı sıra gümrük ve tekel idaresince tahsil edilen vergiler, adli ve idari para cezaları, ecrimisil alacakları, idari sözleşmelerden doğan alacaklar ve fon gelirleri de dâhildir⁵. Bunun yanı sıra, cebri icradan doğan muameleler sırasında yapılan zor kullanma, ilan, haciz, nakil ve muhafaza giderleri gibi her türlü giderleri ifade eden takip masrafları da kamu alacağı olarak kabul edilmektedir.

³ Karakoç (2019), s.505.

⁴ Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.173.

⁵ Karakoç (2019), s.504.

Kanun kapsamına giren kamu alacakları, nitelikleri açısından asli kamu alacakları, fer'i kamu alacakları ve kamu hizmetinin yürütülmesine bağlı olarak doğan alacaklar şeklinde üç ana grupta incelenebilir.

A. ASLİ KAMU ALACAKLARI

AATUHK'un 1'inci maddesine göre asli kamu alacakları, kanunlara dayanılarak alınan vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi alacaklardır. Kanun metninde asli nitelikteki kamu alacakları sayılırken "... gibi" sözcüğüne yer verilmesi asli kamu alacaklarının çeşitlerinin sayılarak belirtilmesi anlamına geldiği şeklinde yorumlanmaktadır⁶. Candan "... gibi" sözcüğünün bu şekilde yorumlanmasının, vergi benzeri mali yükümlerin tahsilinde de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı kanaatindedir⁷. Öte yandan maddede sayılmayan kamu alacakları da özel kanunlarında düzenlenmesi halinde AATUHK'a göre tahsil edilecektir⁸.

Vergi alacağı ise vergi borçlusı ile vergi alacaklısı arasındaki ilişki sonucu ortaya çıkmıştır. VUK'un 19'uncu maddesi uyarınca vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğar. VUK'un 1 ve 2'nci maddeleri gereğince, gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler dışında, genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar hakkında bu Kanun uygulanmaktadır.

B. FER'İ KAMU ALACAKLARI

Kamu borçlarının zamanında ödenmemesinden doğan fer'i kamu alacakları, devletin uğradığı ekonomik kaybın giderilmesi amacıyla asıl kamu alacağına bağlı olarak hesaplanmaktadır⁹. Asıl kamu alacağına ek olarak alınan gecikme

⁶ Karakoç (2019), s.506.

⁷ Candan, Turgut (2018) Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.12.

⁸ Karakoç (2019), s.506.

⁹ Gerçek, Adnan (2015) Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, s.6.

zammı (VUK m. 112), gecikme faizi (AATUHK, m. 51), tecil faizi (AATUHK, m. 48), pişmanlık zammı (VUK, m. 371), haksız çıkma zammı (AATUHK, m. 58) fer'i kamu alacağıdır.

C. KAMU HİZMETLERİNİN YAPILMASINA BAĞLI OLARAK DOĞAN ALACAKLAR

AATUHK'un 1'inci maddesinde kamu alacağının belirlenmesi konusunda-ki bir koşul da devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan kamu hizmetlerinin yapılmasına bağlı olarak doğmasıdır.

Kamu hizmetinin yürütülmesine bağlı olarak doğan alacakların tespit edilebilmesi için öncelikle kamu hizmetinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Kanuni ve içtihadi bir tanımı bulunmamakla birlikte, kamu hizmeti ifadesinden “*devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun temel genel ve ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla doğrudan doğruya ifa ettiği ya da gözetim ve denetimi altında özel kişilere yaptırdığı hizmetler*¹⁰” anlaşılmaktadır.

Kanunda devlet, il özel idareleri ve belediyeler tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan diğer alacaklara yer verilmiş ancak bu idarelerin denetimi ve gözetimi altında faaliyet gösteren bir özel kişi tarafından yürütülen hizmetlerden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla bir alacağın kamu alacağı olmasında esas alınması gereken dar anlamda kamu hizmetidir¹¹. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinden doğan bir alacak devlete, il özel idaresine ya da belediye-ye ait ise kamu alacağı olarak nitelendirilecektir. Kamu hizmetlerinin uygulanmasından doğan alacaklara örnek olarak 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca alınan yol harcamalarına, kanalizasyon harcamalarına ve su tesisleri harcamalarına katılma payları verilebilir¹².

¹⁰ Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/ Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/Seyhan, Serkan (2021) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.557.

¹¹ Çelik, Binnur (2018) Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku), 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.8; Karakoç (2019), s.507.

¹² Karakoç (2019), s.508.

II. TERKİN

A. GENEL OLARAK

Terkin, yasaların belirlediği bazı koşulların varlığı halinde vergi alacağını bütün hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran idari bir işlemdir¹³. Vergi idaresi, vergi aslının veya cezasının yükümlüden tahsilinden vazgeçerek bunlara ilişkin kayıtları silmektedir¹⁴. Terkin ile tahakkuk etmiş bir verginin tahakkuk kaydı silinerek ya da tahsil edilen bir vergi mükellefe red ve iade edilerek vergi alacağı ortadan kaldırılmaktadır¹⁵. Yetkililerin terkinine karar verebilmesi için mutlaka kanunda düzenlenmiş sebeplerin ortaya çıkması ve şartların gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁶. Bu açıdan terkin, mükellefin vergi borcundan kurtulması, idarenin ise vergi alacağından vazgeçmesi anlamına gelmektedir¹⁷.

Vergi alacağının terkinine sebep olan nedenler genellikle mükellefin iradesi dışında meydana gelen olaylardır. Bu olayların gerçekleşmesi halinde büyük zararlar meydana gelmekte ve mükellefin ödeme gücü önemli ölçüde düşmektedir¹⁸. İradesi dışında meydana gelen olaylar sebebiyle ödeme gücü kaybolan, mali açıdan oldukça zor duruma düşen borçluyu korumak ve durumunun daha da ağır-

¹³ **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s.162; **Mutluer/Dayanç**, s.130; **Tuncer, Selahattin** (2002) “Vergi Hukuku Açısından Terkin”, *Yaklaşım Dergisi*, S:114, s.13, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-6/vergi-hukuku-acisindan-terkin?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023; **Koçak, Muhsin** (2018) *Vergi-İcra Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.371; **Doğrusöz, Ezhan** (2007) “Vergi Hukukunda Terkin-I”, *Yaklaşım Dergisi*, S:172, s.259, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2007-4/vergi-hukukunda-terkin-i?term=null>> s.e.t. 23.12.2020.

¹⁴ **Karakoç, Yusuf** (2020) “Mali Hukukta Mücbir Sebeplerin Hüküm ve Sonuçları”, <<https://blog.lexpera.com.tr/mali-hukukta-mucbir-sebeplerin-hukum-ve-sonuclari/>> s.e.t. 23.11.2022.

¹⁵ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.235; **Özbilen, Şevki** (2013) *Vergi Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, s.194; **Bilici, Nurettin** (2013) *Vergi Hukuku*, 31. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.160; **Erol, Ahmet** (2018) *Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.437; **Arslan, Mehmet** (2016) *Vergi Hukuku*, 9. Baskı, Bursa, Dora Basım, s.134.

¹⁶ **Çelik**, s.264; **Kırbaş, Sadık** (2015) *Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar*, 20. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s.141.

¹⁷ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.235.

¹⁸ **Karakoç, Yusuf** (2016) *Kamu İcra Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.224; **Öner, Erdoğan** (2022) *Vergi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.213.

laşmasını önlemek amacıyla terkin kurumu ihdas edilmiştir¹⁹. Mükellefleri, iradeleri dışında gerçekleşen ve karşı koyamadıkları olaylar sebebiyle yaşadıkları zor günlerde ekonomik olarak ayakta tutmaya çalışmak aynı zamanda sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir²⁰. Nitekim sosyal devletin görevi, toplum içerisinde ekonomik açıdan zor düşen güçsüz bireyleri koruyarak onların sosyal ve ekonomik yaşama devam etmelerini sağlamaktır²¹. Ödeme gücünü kaybeden mükelleflere, asgari yaşam standardı sürdürmelerini engelleyecek nitelikte büyük bir külfet yüklenmesi sosyal barış ve sosyal adaletin bozulmasına yol açacaktır.

VUK kapsamına girmeyen kamu alacakları AATUHK hükümlerine göre terkin olunacaktır. Örneğin, gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler VUK'a tabi olmadığından, bunların terkinini bu VUK'a göre değil, AATUHK hükümlerine göre yapılacaktır.

Terkin sebepleri şu şekilde sıralanabilir: doğal afetler sebebiyle terkin, tahakkuktan vazgeçme, tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin ve yargı kararları gereği terkin.

B. DOĞAL AFETLER SEBEBİYLE TERKİN

1. Doğal Afetler Sebebiyle Vergi ve Cezaların Terkin Edilmesi

VUK'un 115'inci maddesinde vergi borç ve cezaların terkinini şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, muzir hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzer afetler yüzünden:

- 1. Varlıklarının en az üçte birini kaybeden mükelleflerin bu afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezaları;*
- 2. Mahsullerinin en az üçte birini kaybeden mükelleflerin, afete maruz arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen Arazi Vergisi borçları ve vergi cezaları;*

¹⁹ Karakoç (2019), s.337.

²⁰ Mutluer/Dayanç, s.115.

²¹ Anayasa Mahkemesi, E: 2011/42, K: 2013/60, T: 09.05.2013.

Maliye Bakanlığınca zararlarla mütenasip olmak üzere, kısmen veya tamamen terkin olunur. Maliye Bakanlığı terkin yetkisini mahalline devredebilir.

Zarar derecesini ve ilgili bulunduğu gelir kaynağını mahalli idare heyetleri yaptıracağı tahkikat üzerine tesbit eder”

Maddeden anlaşıldığı üzere, vergi borç ve cezalarını terkin için gereken ilk koşul, yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, muzir hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzer afetlerin meydana gelmiş olmasıdır.

Türk Dil Kurumu doğal afeti, “*insan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri*”²² olarak; afeti ise “*çeşitli doğa olaylarının sebep olduğu yıkım*”²³ olarak tanımlamıştır. Madde metninde “*bunlara benzer afetler*” denilmek suretiyle zaman, mekân ve verdiği zararın şiddetine göre maddede sayılanlara benzer olaylar da doğal afet olarak kabul edilecektir²⁴. Danıştay’ın verdiği bir kararda, zeytinlerin dölllenme zamanında sürekli yağın yağmuru diğer şartları taşıması halinde “*benzer afetler*” kapsamında değerlendirilerek terkin hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır²⁵. Mükellefin ödeme gücünü etkileyen olaylar nedeniyle terkin imkanı, doğal afetler niteliğindeki olaylarla sınırlı olup, doğal afetler dışındaki sebeplerle malvarlığının kaybı halinde bu imkandan yararlanılamayacaktır²⁶. Dolayısıyla kasırga ve salgın hastalık “*benzer afetler*” olarak vergi ceza ve borçlarının terkin sebebi iken; doğal afet niteliği taşımayan hırsızlık veya mükellefin kalp krizi geçirerek komaya girmesi neticesinde çalışma gücünü tamamen kaybetmesi terkin sebebi olarak kabul edilemez²⁷. Benzer şekilde elektrik şebekesinden kaynaklanan veya sabotaj nedeniyle çıkan bir yangın doğal afet olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu nedene bağlı olarak vergi borç ve cezalarının terkinini mümkün değildir²⁸.

²² **Türk Dil Kurumu Sözlükleri**, Doğal Afet, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t.15.01.2023.

²³ **Türk Dil Kurumu Sözlükleri**, Afet, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 15.01.2023.

²⁴ **Coşkun, Mahmut** (2016) Açıklamalı- İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.1140.

²⁵ Danıştay 9. Daire, E: 1968/49, K: 1968/2621, T: 07.11.1988.

²⁶ **Şenyüz**, s.261.

²⁷ **Şenyüz**, s.261.

²⁸ **Fahran, Ferhat** (2010) “Doğal Afetler Nedeniyle Verginin Terkini ve Uygulaması (I)”, Yaklaşım Dergisi, S:205, s.126. Ancak Danıştay’ın, kundaklama nedeniyle çıkan yangını doğal afet

VUK'un 115'inci maddesinde varlıkların ve mahsullerin zarar görmesi bakımından iki durum ele alınmıştır, bu bakımdan madde iki alt başlıkta incelenecektir.

a. Varlıkların En Az Üçte Birinin Kaybı Durumu

Vergi borçları ve cezalarının terkin şartlarından ilki, doğal afetler ve bunlara benzer afetler sebebiyle yükümlülerin varlıklarının en az üçte birini kaybetmeleridir. Başka bir ifadeyle, terkin için yükümlünün doğal afet meydana gelmeden önce sahip olduğu varlıklarında afet sebebiyle üçte bir oranında kayıp meydana gelmiş olması gerekmektedir. Varlıklarındaki kayıp, doğal afetlerin zarar verdiği gelir kaynağı ile ilgili olan varlıklara ilişkin olmalıdır²⁹. Bu nedenle örneğin, bir yükümlünün zararı varlıklarının üçte birinden fazlasını teşkil etse bile, işyeri hiçbir zarara uğramayan yükümlünün işyerinden elde ettiği gelirin vergisi terkin edilmeyecektir. Dolayısıyla doğal afetler sebebiyle varlıklarının üçte birini kaybetmiş olmasına rağmen gelir kaynaklarını kaybetmeyen yükümlünün vergi borç ve cezalarının terkinini mümkün değildir³⁰. VUK'un 115'inci maddesinde bahsedilen varlıklar; şahsi, ticari, mesleki olmak üzere mükellefin

olarak değerlendirdiği bir kararı bulunmaktadır. Karar için bkz. Danıştay 3. Daire, E: 1998/3239, K: 2000/2096, T: 31.5.2000.

²⁹ Danıştay'ın incelediği bir uyuşmazlıkta, serbest avukat olan davacının işyerinin yanması sonucu oluşan zararı nedeniyle vergi borçlarının terkinini istemi, işyeri yanan davacının işinin bilgiye dayanan serbest avukatlık olması nedeniyle bürosundaki demirbaşların yanması gelir kaynağının kaybı olarak düşünülemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay yaptığı değerlendirmede, olayda sadece mesleki bilgiye dayanmayan avukatlık mesleğinin icrasında kullanılan demirbaşların 1/3'ünün işyerinde çıkan yangında yandığının Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporlarla ve vergi dairesi müdürlüğüne yapılan yoklama sonucu düzenlenen yoklama fişi ile tespit edildiğinden, salt davacının demirbaşlarının defterlerinde kayıtlı olmaması nedeniyle zarar görmediği kabul edilemeyeceğinden İlçe İdare Kurulunca vergi borçlarının terkinini isteminin reddine karar verilmesinde ve bu karara dayanılarak işlem tesisinde yasal isabet bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay, 3. Daire, E: 1998/3239, K: 2000/2096, T: 31.5.2000.

³⁰ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.236; **Gerçek**, s.136; **Aydemir, Oğuz** (1999) "Deprem Nedeniyle Yapılan Bağış ve Yardımların Kazançtan İndirilme Durumu ve Depremzedeler İçin Vergi Kolaylıkları", Maliye Postası Dergisi, S:457, s.19; **Atay, Tezcan** (1999) "Vergi Hukukunda Terkin Müessesesi I", Yaklaşım Dergisi, S:83, s.153, <<https://portal.yaklasim.com/makale/1999-11/vergi-hukukunda-terkin-muessesesi-i?term>> s.e.t. 15.01.2023.

bütün varlıklarını kapamaktadır³¹. Mükellefin menkul, gayrimenkul hak ve menfaatleri varlık olarak değerlendirilmelidir³².

Yükümlünün genel varlığının üçte birinden fazlasının doğal afetler sebebiyle zarara uğraması halinde, vergi borçlusu ile kanuni yükümlüsü aynı kişi olan vergiler, başka bir ifadeyle sadece dolaysız vergiler terkin edebilecektir³³. Öte yandan doğal afetler sebebiyle tüm gelir kaynaklarını kaybetmiş olmasına rağmen söz konusu kayıp, malvarlığının en az üçte birini oluşturmayan yükümlünün, zarar gören gelir kaynağına ilişkin vergi borç ve cezaları terkin edilmeyecektir³⁴. Doktrinde Damar, doğal afetler sebebiyle can ve mal kaybına uğrayanlara, malvarlıklarının en az üçte birinin kaybı koşulu aranmaksızın uğranılan zararlar orantılı olarak terkin imkânının sağlanmasının daha uygun olacağı kanaatinde³⁵. Benzer şekilde Yılmaz Furtuna da terkinden yararlanabilmek için üçte bir oranında malvarlığı kaybının aranmasına ilişkin düzenlemeyi eleştirmiş; sosyal devlet ilkesi ve hakkaniyet gereği uğranılan zararın oranına bakılmaksızın zararlar orantılı bir şekilde devlet katkısının sağlanmasının daha uygun düşeceğini belirtmiştir³⁶.

Doğal afet sonucunda yükümlünün uğradığı zararın bir miktarının sigorta şirketlerinden karşılanması halinde, zararın oranının tespitinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. 2003 tarihli Vergi Usul Kanunu İç Genelgesi'ne göre, doğal afet sonucunda uğranılan zararın tazmininin sigortadan karşılanması durumunda, kaybedilen varlığın tutarından sigorta tarafından karşılanan tazminat miktarının düşülmesi gerekmektedir. Eğer bu haliyle yükümlünün kaybı, afetten önceki genel varlığının en az üçte birini teşkil ediyorsa

³¹ **Güçlü, Süleyman** (2003) "Tabii Afetler Nedeniyle Vergi Borçları ve Vergi Cezalarının Terkini", *Yaklaşım Dergisi*, S:126, s.149.

³² **Bakır, Tunay** (2000) "Tabii Afetlerden Etkilenen Mükellefler Açısından Önem Arz Eden Terkin Müessesesine İlişkin Bir Değerleme", *Mükellefin Dergisi*, S:91, s.87.

³³ **Karakoç** (2019), s.378; **Karakoç** (2016), s.225; **Damar**, s.38.

³⁴ **Ortaç, Fevzi Rifat/Ünsal, Hilmi** (2022) *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara, Seçkin, s.208.

³⁵ **Damar**, s.43.

³⁶ **Yılmaz Furtuna**, s.102.

vergi borç ve cezaları terkin edilmelidir³⁷. Ancak konuya ilişkin Danıştay'ın görüşü farklı yöndedir. Danıştay, incelediği bir uyuşmazlıkta varlığının üçte birini kaybettiği il ve ilçe idare kurulu kararlarıyla saptanan şirketin vergi terkin talebini, sigortadan alınan tazminatın mahsubu sonucunda zarar miktarının tüm varlığın üçte birinden az olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Danıştay yaptığı değerlendirmede, zarar miktarının ve varlığın hesaplanmasında olayın meydana geldiği andaki varlığın ve zararın esas alınması gerektiğini bu nedenle, kaybedilen üçte bir oranındaki varlığın hesabında, felaketten sonra personel ve işçilere ödenen paranın dikkate alınamayacağı gibi, sonradan sigortadan alınan tazminatın da nazara alınmasına olanak bulunmadığına karar vermiştir³⁸.

Kanun, vergi borcunun ve vergi cezasının tümüyle terkinini zorunlu kılmamaktadır. Terkin edilecek miktar, doğal afet yüzünden uğranılan zararlar orantılı olmak zorundadır. Bu sebeple zarar tespit edildikten sonra, zararlar orantılı olarak vergi ve cezaların kısmen terkinini de mümkündür³⁹. Zarar derecesi ve ilgili bulunduğu gelir kaynağı, mahalli idare heyetlerinin yaptıracağı tahkikat neticesinde tespit edilecektir. Mahalli idari heyetlere sadece afet nedeniyle zarar gören varlıkların üçte birinin kaybedilip kaybedilmediğini tespit etmeye yetkilidir. Mahalli idare heyetlerinin kararını inceleyerek verginin terkin edilip edilmeyeceği hususunda karar vermeye yetkili olan ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'dır. Zarar derecesini saptama yetkisi bulunan idare heyetlerin zararın derecesine ilişkin verdiği kararlar idari niteliktedir⁴⁰.

³⁷ “Vergi Usul Kanununun 115’nci madde hükmü uyarınca doğal afetler sebebiyle zarara uğrayan varlığın sigortalı olması ve bu nedenle de sigortadan tazminat alınması halinde alınan bu tazminat tutarı kadar zarar karşılanmış olduğundan genel varlığın tespitinde tazminat tutarı da dikkate alınmaktadır. Bu nedenlerle, vergi incelemeleri veya doğal afetler nedeniyle zarara uğrayan mükelleflerle ilgili tespitler yapılırken sigorta şirketlerinden tazminat alınıp alınmadığı hususundaki bilginin hızla ve tek elden sağlanması açısından aşağıda adresi verilen Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinden bilgi istenmesi gerekmektedir”. **Vergi Usul Kanunu İç Genelgesi**, Sıra No:2003/1, 01/05/2003, <<https://www.gib.gov.tr/node/89340>> s.e.t. 23.11.2022.

³⁸ Danıştay 4. Daire, E: 1975/2300, K: 1980/95, T: 15.1.1980.

³⁹ **Nas, Adil** (2010) “Vergi Borcunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Bir Neden Olarak Terkin Kurumu”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C:6, S:72, s.2687.

⁴⁰ Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E: 1976/1, K: 1979/10, T: 28.6.1979.

Terkin edilecek vergilerin, kapanan vergi dönemine ilişkin olması yani bir önceki yıla ait olması gerekmektedir⁴¹. Doğal afetten sonra ortaya çıkan vergilerin terkin edilmesi mümkün değildir⁴². Doğal afetin meydana geldiği vergilendirme dönemlerine ait olup da afet tarihine kadar ödenmiş vergi borç ve cezaları terkin kapsamında yer almamakta ve fakat afetin meydana geldiği tarihten önce tahakkuk edip de henüz ödenmemiş veya ödeme süresi gelmemiş vergiler terkin kapsamında yer almaktadır⁴³. Doğal afet gerçekleştikten sonra bir vergi ödenmişse ve vergi terkin edilebilir haldeyse bu durumda verginin ret ve iadesi de mümkündür⁴⁴.

b. Mahsullerin En Az Üçte Birinin Kaybı Durumu

Doğal afetler sebebiyle mahsullerinin en az üçte birini kaybeden yükümlünün afete maruz kalan arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına denk gelen yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezaları terkin edilmektedir.

VUK'ta mahsul kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 52'nci maddesinde mahsul kavramı ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir⁴⁵. Bu bağlamda söz konusu

⁴¹ **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s.164; **Damar, Emrullah** (1998) "Doğal Afetlere Karşı Devletlerin İlgisi ve Terkin İşlemleri", *Sayıştay Dergisi*, C:9, S:29, s.35.

⁴² **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.235.

⁴³ **Maliye Bakanlığı Özelgesi**, Tarih:18.07.2000, Sayı: B.07.0.Gel.0.28/2857-115-920/33804, <<https://www.gib.gov.tr/node/93498>> s.e.t. 23.11.2022.

⁴⁴ **Maliye Bakanlığı Özelgesi**, Tarih:07.07.1999, Sayı: B.07.0.Gel.0.28/2857-115-986/28361, <<https://www.gib.gov.tr/node/97309>> s.e.t. 23.11.2020; **Damar**, s.35.

⁴⁵ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 52. maddesi şu şekildedir: "*Zirai faaliyetten doğan kazanç zirai kazançtır. Zirai faaliyeti arazide, deniz, göl ve nehirlerde, ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yollarıyla veyahut doğrudan doğruya tabiatın istifade etmek suretiyle nebat, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini, avlanmasını, avcılarını ve yetiştiricileri tarafından muhafazasını, taşınmasını, satılmasını veya bu mahsullerden sair bir şekilde faydalanılmasını ifade eder.*

Bazı nebat ve hayvan nevelerinde istihsalin doğrudan doğruya arazi üzerinde yapılmaması zirai faaliyetin mahiyetini değiştirmez.

Aşım yaptırmak maksadıyla erkek damızlık beslenmesi, çiftçiye ait her türlü ziraat makina ve aletlerinin başka çiftçilerin zirai istihsal işlerinde çalıştırılması da zirai faaliyetlerden sayılır.

düzenleme dikkate alındığında, terkin edilecek vergi arazi vergisi olacağından mahsul ifadesinden bu arazide yetişen ürünlerin kastedildiği anlaşılmaktadır. Mahsul kavramının içine, nebati mahsuller yanı sıra, peynir, süt, tereyağı, bal ve benzeri hayvan mahsulleri ile süt kuzusu, civciv, ipek böceği gibi henüz etinden veya mahsulünden yararlanılmayacak vaziyetteki hayvanların da girdiği düşünülmektedir⁴⁶.

VUK'un 115'inci maddesi uyarınca mahsullerin en az üçte birini kaydeden yükümlünün, afete maruz kalan araziye ilişkin yalnız arazi vergisi ve buna ait cezasının terkinin mümkündür⁴⁷. Doğal afet dolayısıyla meydana gelen zararın tespitinde mahsuldeki kayıp tutarı genel varlıkla değil, toplam mahsul ile kıyaslanmalıdır⁴⁸. Başka bir ifadeyle, mahsullerin zarar derecesinin tespiti için bu mahsulün yetiştirildiği araziden normal zamanda üretilebilen mahsul miktarı ile doğal afetin verdiği zarar sonrası elde edilebilecek mahsul miktarının oranlanması gerekmektedir⁴⁹. Yükümlünün birden çok zirai işletmesi varsa, bunların tümü göz önünde bulundurulup zarara uğrayan kısmın tüm mahsul içerisindeki oranı hesap edilmelidir⁵⁰.

Mahsullerin değerlendirilmeleri maksadıyla ve zirai istihsale müteferri olarak işlenmesi de zirai faaliyete girer. Ancak, bu ameliye, aynı teşebbüsün cüzünü teşkil eden bir işletmede vukua gelirse, bu ameliyenin zirai faaliyet sayılabilmesi için işletmenin sınavi bir müessese ehemmiyet ve genişliğinde olmaması ve faaliyetini, cüz'ün teşkil ettiği teşebbüsün mahsullerine hasretmesi şarttır.

Satışların dükkan ve mağaza açılarak yapılması halinde, mahsullerin dükkan ve mağazaya gelinceye kadar geçirdikleri safhalar zirai faaliyet sahasında kalır. Çiftçiler tarafından doğrudan doğruya zirai faaliyetleri ile ilgili alım satım işlerinin tedviri için açılan yazıhaneler, faaliyetleri bu mevzua münhasır kalmak şartıyla dükkan ve mağaza sayılmaz.

Yukarıda yazılı faaliyetlerin içinde yapıldığı işletmelere zirai işletme, bu işletmeleri işleten gerçek kişilere (adi şirketler dahil), vergiye tabi olsun veya olmasınlar, çiftçi ve bu faaliyetler neticesinde istihsal olunan maddelere de mahsul denir”.

⁴⁶ **Özbalcı, Yılmaz** (2012) Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık, s.379.

⁴⁷ Mahsulde meydana gelen zarar sebebiyle yalnızca afete maruz kalan araziye ilişkin arazi vergisi borcu ve cezasının terkin edileceğine ilişkin karar için bkz. Danıştay 4. Daire, E: 1978/703, K: 1978/2435, T: 19.09.1978.

⁴⁸ **Özbalcı**, s.377; **Gerçek**, s.138.

⁴⁹ **Nas**, s.2686.

⁵⁰ **Gerçek**, s.148.

Mahsullerin kaybı halinde terkin edilecek vergi, mahsulün toplanacağı devreye ait dönemin vergisidir. Bu sebeple, mahsulün tohumunun atıldığı değil; mahsulün toplanacağı yılın arazi vergisi terkin edilecektir⁵¹. Örneğin, 2012 yılının sonbaharında ekilmiş bir mahsul afet sebebiyle en az üçte bir oranında kayba uğramışsa, 2012 yılına ait olan değil, mahsulün elde edileceği 2013 yılına ait arazi vergisi terkin edilmelidir⁵². Emlak Vergisi Kanunu'na göre arazi vergisinin tahsil yetkisi belediyelere aittir. Bu nedenle, doğal afetler sebebiyle arazi vergisine ilişkin terkin taleplerinin ilgili belediyeye yapılması gerekmektedir. Belediyeler terkin taleplerinin hukuka uygun yapıp yapılmadığını inceledikten sonra, talepleri hakkında karar alınmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı'na iletacaktır⁵³.

Vergi borcunun terkin edilmesi için yükümlünün mutlaka vergi dairesine yazılı olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Başvuruyu alan vergi dairesi, gereken araştırma, inceleme ve tespitlerin yapılabilmesi için talebi mahalli idare heyetine intikal ettirecektir. Doğal afetlerde özellikle de mahsul kaybına yol açan genel afet durumunda mahalli idare heyetleri kendilerine başvuru yapılmadan da araştırma ve tespit yapabilmektedirler. Ancak bu tespitler belirli bir köy ya da bölgedeki mahsul kaybının genel olarak belirlenmesi amacıyla yapılmakta olup terkin için yeterli değildir⁵⁴.

Zarar derecesini ve ilgili bulunduğu gelir kaynağına ilişkin mahalli idare heyetini yaptığı inceleme neticesinde terkin kararı Hazine ve Maliye Bakanlığı'na alınır. Mükelleflerin, terkin işleminin yapılmadığı veya ilgili idare tarafından yürütülen tespitin yeterli olmadığı gerekçesiyle yargıya başvurma hakları vardır⁵⁵.

VUK'un 115'inci maddesine göre yapılacak terkin başvurusu için Kanunda bir süre öngörülmemiştir. Başvurunun, terkin edilecek verginin ödeme süresi

⁵¹ **Özyer, Mehmet Ali** (2008) Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulanması, 4. Baskı, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları s.219.

⁵² **.Pehlivan, Yafes** (2004) "Terkin Müessesesi", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S:5, s.63.

⁵³ **Nas**, s.2686.

⁵⁴ **Gerçek**, s.140.

⁵⁵ **Kırbaş**, s.142.

gelmeden önce; ödenmiş vergiler için ise zamanaşımı süresi içinde yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir⁵⁶. Doktrinde VUK'ta değişiklik yapılarak doğal afetlerden kaynaklanan terkin başvuruların altı aylık bir süreyle sınırlandırılması önerilmiştir⁵⁷.

Bunun yanı sıra, VUK'ta yükümlünün verginin terkinini ile ilgili yaptığı başvuruların hangi sürede sonuçlandırılacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Doktrinde Nas, doğal afetten kaynaklanan bir zarar ortaya çıktığı durumda, bu zarar sebebiyle terkin edilecek vergi ile ilgili başvuruların, hak kayıplarının önlemek amacıyla işlemlerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç iki ay içerisinde karara bağlanmasına ilişkin bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir⁵⁸.

Doğal afetler sebebiyle terkin, kolektif olarak veya bütün bölge için uygulanacak bir işlem değildir. İdare tarafından terkin sebeplerinin oluşup oluşmadığı her somut duruma göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁵⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki, vergi borçlusu ve kanuni yükümlüsü farklı kişi olan dolaylı vergilerin doğal afetler sebebiyle terkinini mümkün değildir⁶⁰.

⁵⁶ Karakoç (2016), s.226; Çağlar, Kemal (2022) Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.198; Ufuk, M. Tahir (2003) “Vergi Hukukunda Terkin”, Yaklaşım Dergisi, S:122, s.75; Nas, s.2659; Tuncer, Selahattin (2002b) “Terkin ile İlgili Usul Hükümleri”, Yaklaşım Dergisi, S:118, s.19, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-10/terkin-ile-ilgili-usul-hukumleri?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023.

⁵⁷ Nas, s.2659.

⁵⁸ Nas, s.2689.

⁵⁹ Karakoç (2016), s.226.

⁶⁰ Öte yandan Danıştay bir kararında sadece dolaysız vergilerin silinebileceği yolunda bir ayırım yapılmamış olması sebebiyle istihsal vergisinin de terkin edilebileceği sonucuna varmıştır. “Yasa yapıcının 115 inci maddeyi düzenlerken sadece yansımayan vergilerin silinebileceği yolunda bir ayırım yapmamış olması karşısında, işleme İdarece gösterilen neden yasaya uygun bulunmamaktadır. Dahilde alınan istihsal vergisini özelliğinden dolayı, satışa konu ürünün teslimi sırasında alıcısından tahsil edilip, henüz vergi İdaresine ödenmemiş olması, bu verginin yükümlüsünün, verginin silinmesini isteyen davacı Kurum olmasından dolayı ayırım yapılmasını da gerektirmemektedir. Esasen böyle bir yaklaşım, Vergi Usul Kanununun 115 inci maddesinin düzenleniş amacına da uygun düşmemektedir. İdarece yükümlü Kurumun terkin isteminin koşulların gerçekleşmesi yolundaki teshillere göre değerlendirilmesi ve vergilerin, zararlı mütena-

Kanunda ilgili koşulların gerçekleştiğinde vergi ve cezaların terkin edileceğine ilişkin kesin bir ifade kullanılmıştır. Bu nedenle, Hazine ve Maliye Bakanlığı terkin için aranan tüm koşulların gerçekleşmesi durumunda terkin karar vermek zorundadır⁶¹.

2. Doğal Afetler Sebebiyle Vergi Dışındaki Diğer Kamu Alacaklarının Terkini

VUK kapsamına girmeyen kamu alacaklarının doğal afetler sebebiyle terkinine ilişkin olarak paralel bir düzenleme AATUHK'un 105'inci maddesinde mevcuttur. Madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili amme alacakları Cumhurbaşkanı kararıyla kısmen veya tamamen terkin olunur.

Bu madde hükmünden faydalanmak için afetin vukuu tarihinden itibaren 6 ay içinde ilgili amme idaresine yazı ile müracaat edilmesi şarttır.

Bu madde şümulüne giren bir zararın mevcut olup olmadığı mahalli il veya ilçe idare kurullarınca, zararın derecesi, Maliye Vekaletince genel olarak belirtilecek esaslar dahilinde ilgili amme idarelerince tesbit olunur.

Vergi Usul Kanunu mevzuuna giren amme alacakları hakkında mezkür kanunun 105 inci maddesi hükümleri tatbik olunur”.

Bu maddeye göre, kamu alacağının terkin edilebilmesi için öncelikle, yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara uğrayan varlıkların ve

sip ölçüde silinmesi gerekirken, istihsal vergisinin kimi özellikleri göz önüne alınarak istemin reddinde ve bu işleme karşı açılan davanın aynı nedenlerle reddi yolundaki Vergi Mahkemesi Kararında, yasaya uygunluk bulunmamaktadır.” Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 1990/2, K: 1990/27, T: 06.04.1990.

⁶¹ **Candan**, s.602; **Bahçeci, Barış** (2019) Kamu Alacağı Takip Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.320.

mahsullerin en az üçte birinin kaybedilmiş olması ve ayrıca kamu alacağının afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili olması gerekmektedir. Örneğin, çiftliği sel sebebiyle zarar görmüş kişinin fabrikasına ilişkin tahakkuk etmiş vergi borcunun bu maddeye göre terkin edilmesi mümkün değildir⁶². Madde hükmü incelendiğinde varlıkların ve ürünlerin üçte birinin zayi ifadesinden her iki kaybın birlikte gerçekleşmesinin şart olduğu anlaşılmaktadır. Doğal afete uğrayan varlıkların zarar derecesi, varlıkların doğal afetin meydana geldiği tarihten sonraki değerlerinin, doğal afetin meydana geldiği tarihten önceki rayiç değerlerine bölünmesi suretiyle belirlenecektir⁶³. Doğal afete maruz kalan mahsullerin zarar tespiti için mahsulün yetiştigi araziden normal olarak üretimi mümkün olan mahsul miktarıyla, doğal afetin sebep olduğu zarar sonrası elde edilebilecek mahsul miktarının oranlanması gerekmektedir⁶⁴.

AATUHK'un 105'inci madde uyarınca terkinin gerçekleştirilmesi için gereken ikinci şart, kamu alacağının doğal afetlerin meydana geldiği tarihte tahakkuk etmiş olmasıdır. Nitekim AATUHK'un uygulanabilmesi için, kamu alacağının tahakkuk aşamasına gelmiş ve kesinleşmiş olması, başka bir deyişle ödenebilecek durumda olması gerektirmektedir. Doğal afetin meydana geldiği tarihte henüz tahakkuk etmemiş kamu alacakları VUK hükümlerine göre terkin edilecektir⁶⁵.

Kanununun 105'inci maddesinde sayılan doğal afet ve benzer durumlarda zarara uğrayan varlık ve mahsullerin üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği kamu borcunu ödemeyle ilgili gelir kaynaklarına ilişkin kamu alacaklarının kısmen veya tamamen terkinine karar verme yetkisi cumhurbaşkanına aittir. Maddede geçen "*terkin olunur*" ifadesinin kesinliği sebebiyle, idarenin terkin işlemini gerçekleştirilmemesi yönünde bir takdir hakkı bulunmamaktadır⁶⁶. Genel afet durumunda cumhurbaşkanının böyle bir karar

⁶² Coşkun, s.1141.

⁶³ Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No:1, 26568 sayılı ve 30.06.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁴ Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No:1.

⁶⁵ Karakoç (2016), s.227.

⁶⁶ Candan, s.600.

vermesi uygunken, bölgesel ya da özel nitelikte bir afette bu yetkinin aranacak olması terkin imkânını güçleştireceği sebebiyle eleştirilmektedir⁶⁷. Kamu borçlusunun uğradığı zarara bağlı olarak Cumhurbaşkanı kamu alacağının kısmen veya tamamen terkinine karar verebilir. Bu imkândan yararlanmak için doğal afetin meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde ilgi kamu idaresine yazı ile başvurulması şarttır. Başvuru süresinin hukuki nitelik itibarıyla hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Dolayısıyla, başvuru olmadan kamu alacağının re'sen terkin edilmesi söz konusu değildir.

Altı aylık sürenin başlangıcında doğal afetin meydana geldiği tarih esas alınmakla birlikte, Candan, zararın oluştuğu ve hesaplanabilir hale geldiği tarihin sürenin başlangıcı olarak esas alınmasının daha doğru olduğunu ifade etmiştir. Bu görüş, bazı afetlerin birkaç gün sürebileceğine ve zararın afetin meydana geldiği ilk gün oluşmayabileceğine veya oluşmuşsa da zararın devam eden bir nitelik taşıyabileceğine dayanmaktadır. Kamu borçlusunun varlık ve mahsulünün uğradığı zararın, altı aylık süre içerisinde tam olarak tespit edilemeyeceği durumlarla da karşılaşılabilir göz önüne alınarak sürenin başlangıcında zararın oluştuğu ve hesaplanabilir hale geldiği tarih dikkate alınmalıdır⁶⁹.

Söz konusu madde kapsamına giren bir zararın mevcut olup olmadığına ilişkin kararı mahalli il veya ilçe idare kurulu verir. Zararın derecesi ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca genel olarak belirtilecek esaslar dahilinde ilgili kamu idarelerince belirlenecektir. Alacaklı kamu idaresince belirlenen zarar derecesinin hatalı olduğu, gerçek zararı yansıtmadığı ileri sürülebilir. Bu durumda tesis edilen idari işlemin iptali talep edilebilecektir⁷⁰. İdari yargı merci, keşif ve bilirki-

⁶⁷ **Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut/Gümüşkaya, Gamze** (2020) "Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler", İstanbul Hukuk Mecmuası, C:78, S:2, s.1098.

⁶⁸ **Karakoç** (2019), s.380.

⁶⁹ **Candan**, s.600.

⁷⁰ "İşyerindeki yangın sonucu kanunda belirtilen derecede zarar görmediğinin tespitine ilişkin İl İdare Kurulu kararı tahakkuk eden vergi borçlarının terkinini engellediğinden, davacının hukukunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi niteliğinde olup, iptal davasına konu edilebilir". Danıştay 4. Daire, E: 1982/16865, K: 1982/3883, T: 15.10.1982.

şi incelemesinden yararlanmak suretiyle zararın gerçek miktarını saptayarak dava konusu işlemle ilgili hüküm tesis edecektir⁷¹.

AATUHK'un 105'inci maddesinin son fıkrası uyarınca, VUK kapsamına giren kamu alacakları aynı Kanununun 115'inci maddesine göre; VUK kapsamına girmeyen kamu alacakları ise AATUHK'un 105'inci maddesine göre terkin olacaktır.

C. TAHAKKUKTAN VAZGEÇME

VUK'un mükerrer 115'inci maddesinde; *“İkmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi ve bunlara ilişkin cezaların toplam miktarı 1.000.000 lirayı (1.000.000 lira dahil) (129 TL) aşmaması ve tahakkukları için yapılacak giderlerin bu miktardan fazla olacağıın tespiti halinde, Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslar dahilinde tahakkuklarından vazgeçilebilir”* düzenlemesi mevcuttur.

Maddeden anlaşıldığı üzere, toplam 58 TL tutarındaki vergi ve bunlara ilişkin cezaların tahakkukundan, tahakkukları için yapılacak giderlerin bu miktardan fazla olacağıın tespiti halinde vazgeçmek mümkündür. Tahakkuktan vazgeçme sınırı olarak belirlenen 129 TL, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca 544 Sıra No.lu Tebliği ile 1/1/2023 tarihinden geçerli olmak üzere tespit edilen toplam miktardır⁷².

Tahakkuktan vazgeçme, vergi idaresince vergi alacağından vazgeçilmesi anlamına gelmektedir⁷³. Vergi borcunun tahakkuk edilmesi işlemine hiç başlanmaması söz konusudur⁷⁴. Bu madde uyarınca tahakkuktan vazgeçilen vergiler, ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilebilen vergilerdir. VUK'ta hangi vergiler için tahakkuktan vazgeçilebileceği konusunda bir sınırlama bulunmadığından her türlü vergi için tahakkuktan vazgeçilebileceği söylenebilir. Öte yandan, vergi

⁷¹ Candan, s.601.

⁷² 554 Sıra No.lu Tebliğ 30/12/2022 tarihli ve 32059 2. mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷³ Kırbaş, s.143.

⁷⁴ Öner, s.147.

cezalarında tahakkuktan vazgeçilebilmesi için bu cezanın vergiye “ilişkin” olması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, maddedeki “ilişkin” olma hali belirsiz olup, tahakkuktan vazgeçmeyi vergi zıyanına bağlı vergi cezaları ile sınırlı tutmak doğru değildir⁷⁵. Verginin ikmalen, re’sen veya idarece tarhını gerekli kılan sebepler dolayısıyla kesilen her türlü vergi cezası “ilişkin” olma hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Tahakkuktan vazgeçilen vergi ve cezaların miktarı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belirlenmektedir. Örneğin, 534 Sıra No.lu Tebliği ile 1/1/2022 tarihinden geçerli olmak üzere tespit edilen toplam miktar 58 TL olarak belirlenmiştir⁷⁶.

Tahakkuktan vazgeçme, Hazine ve Maliye Bakanlığı’na belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

Doktrinde tahakkuktan vazgeçmeyi, terkin kapsamında değerlendiren görüşlerin yanı sıra⁷⁷ terkinden ayrı bir başlık altında inceleyen yazarlar da mevcuttur. Karakoç, VUK mükerrer 115’inci madde uygulamasında tahakkuktan önce vazgeçme söz konusu olduğundan terkin işlemine gerek olmadığını ifade etmiştir⁷⁸. Benzer şekilde Bilici de henüz ortada tahakkuk eden veya tahsil edilen bir vergi söz konusu olmadığından tahakkuktan vazgeçmenin terkinden farklı olduğunu belirtmiştir⁷⁹. Aynı şekilde Öner de alacak tahakkuk etmeden önce vazgeçme durumu olduğundan terkin işleminin söz konusu olmadığı görüşündedir⁸⁰. Kırbas ise, tahakkuktan vazgeçmeyi terkin başlığı altında incelemekle

⁷⁵ Nas, s.2690.

⁷⁶ 534 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 31672 sayılı ve 27/11/2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak 01/01/2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s.165; Tuncer, Selahattin (2002a) “Türk Vergi Sisteminde Terkin Hükümleri”, Yaklaşım Dergisi, S:116, s.20, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-8/turk-vergi-sisteminde-terkin-hukumleri?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023.

Çelik; s.268, 269; Gerçek, s.141; Nas, s.2690; Biyan, Özgür (2007) “Vergi Hukukunda Terkin Müessesinin Esasları”, Mali Çözüm Dergisi, S:79, s.81, 82.

⁷⁸ Karakoç (2019), s.382.

⁷⁹ Bilici, s.160.

⁸⁰ Öner, s.214.

birlikte, tahakkuk etmiş ya da tahsil edilmiş bir vergi alacağını ortadan kaldıran terkin işlemi ile vergi idaresinin tahakkuk aşamasından önce vergi alacağından vazgeçmesi anlamına gelen tahakkuktan vazgeçmenin birbirlerinden farklı olduğunu ifade etmiştir⁸¹.

Tahakkuktan vazgeçme ile genellikle enflasyon sebebiyle değeri azalmış küçük alacaklar tasfiye edilerek yükümlüler ile vergi dairesinin gereksiz yere işgali önlenmekte⁸² ve idarenin işlem maliyetleri ile iş yükü azaltılmaya çalışılmaktadır⁸³. Ayrıca küçük miktarlardaki vergi ve cezalarının tahakkukundan vazgeçilerek, vergi dairelerinin daha büyük miktardaki vergi konularına daha fazla zaman ayırabilmesi sağlanacaktır⁸⁴.

D. TAHSİL İMKÂNSIZLIĞI SEBEBİYLE TERKİN

Yapılacak takip sonunda tahsili imkansız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla bulunduğu anlaşılan ve VUK kapsamına giren kamu alacaklarında 10 Türk Lirasına (10 Türk Lirası dahil), diğer kamu alacaklarında 20 Türk Lirasına (20 Türk Lirası dahil) kadar kamu alacakları, kamu idarelerinde terkin yetkisini haiz olanlar tarafından tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin terkin olunabilir. Cumhurbaşkanı, bu tutarları topluca veya ayrı ayrı on katına kadar artırabilir. Bu şekilde terkin edilecek kamu alacağının miktarını belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir. Terkin yetkisini haiz olanlar bu yetkilerinin tamamını veya bir kısmını mahalli makamlara bırakabilirler (AATUHK, m. 106).

Bu madde kapsamında yapılacak terkin işlemi için ortada ya tahsil etme yoluna gidildiğinde yapılacak giderlerden fazla olan ya da bir takip yapıldığında tahsil imkânı bulunmayan bir kamu alacağının varlığı gerekmektedir. Her türlü kamu alacağının tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkinini mümkündür⁸⁵. Dolayısıyla

⁸¹ Kırbaş, s.143.

⁸² Öner, s.215.

⁸³ Ünsal/Ortaç, s.209.

⁸⁴ Tuncer (2002a), s.22; Gerçek, s.141.

⁸⁵ Candan, s.602, 603; Karakoç (2016), s.228.

tahakkuk ettikten sonra kamu alacağı haline gelen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükleri ile bunlara uygulanan zam ve cezalar tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin edilebilir⁸⁶. Bu durumda terkin işleminin gerçekleştirilmesi, tahsil işleminin iptali ile olmaktadır⁸⁷.

Tahsil için yapılacak giderlerin alacağın toplamını aşıp aşmadığının değerlendirilmesinde, posta ile yapılacak tebligatta posta masrafı, ilan yolu ile yapılacak tebligatta ilan giderleri, ilgili evrakın hazırlanmasındaki kırtasiye giderleri gibi masraflar göz önünde tutulmalıdır⁸⁸. Tahsilat için yapılacak giderlerin, ilgili kamu alacağından fazla olduğunun anlaşılması durumunda takip yapılması şartı aranmamaktadır⁸⁹. Başka bir deyişle, takibe başlanılmaksızın tahsilat için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olacağının belirlenmesi tahsil imkânsızlığının tespitinde yeterli görülmektedir. Aksinin kabulü, takip gerçekleşikten sonra takibe ilişkin giderler de yapılmış olacağından, kamu alacağının terkinin müessesesinden beklenen yararın sağlanmamasına yol açacaktır⁹⁰.

Yasal takip sonunda kamu alacağının tahsilinin imkânsız olduğunun anlaşılması ise, borçlunun yapılan bütün araştırmalara rağmen bulunamaması, borçlunun aciz halinde olduğunun tespit edilmesi, borçlunun ölmüş veya mirasçı bırakmamış olması ya da mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları gibi sebeplere dayanmaktadır. Kamu alacağını tahsil etme imkânının bulunmadığının anlaşılması halinde alacak tahsil zaman aşımını süresi beklenilmeksizin terkin edilir⁹¹.

Terkin edilecek kamu alacağının miktarını belirleme yetkisi Hazine ve Maliye Bakanlığı'nda olsa da, Bakanlık bu yetkisinin bir bölümünü veya tamamını

⁸⁶ Candan, s.603.

⁸⁷ Karakoç (2016), s.228.

⁸⁸ “Amme alacaklarının takip ve tahsiline yönelik olarak posta ile yapılacak tebligatta posta masrafı, ilan yoluyla yapılacak tebligatta ilan giderleri, kırtasiye giderleri, tahsilat için araç kullanılması gereken durumlarda benzin, mazot gibi giderler zaman içerisinde artış göstermektedir”. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, Tahsilat İç Genelgesi, Seri No:2005/1, <<https://www.gib.gov.tr/node/89242>> s.e.t. 23.11.2022.

⁸⁹ Candan, s.603.

⁹⁰ Candan, s.604.

⁹¹ Nas, s.2691.

defterdarlıklar ve vergi daireleri gibi mahalli birimlere bırakabilir⁹². Bakanlıkça belirlenen terkin miktarının, Cumhurbaşkanı tarafından on katına kadar artırılabilmesi de mümkündür.

Son olarak maddedeki “*terkin olunabilir*” ifadesinden, idarenin AATUHK’un 106’ncı maddesindeki tüm şartlar gerçekleşse dahi terkin işlemini gerçekleştirmeyebileceği, yani bu konuda takdir hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır⁹³.

Tahsil imkânsızlığı nedeniyle terkin hem vergi maliyetini hem de idari işlemleri azaltması bakımından önemli bir uygulamadır. Terkin edilen vergi tutarı ile ortaya çıkması engellenmiş idarin iş yükü kıyaslandığında, önemli bir maddi kayıp bulunsa dahi bireysel faydalar ve idari açıdan elde edilen olumlu etki bu uygulamayı vazgeçilmez hale getirmektedir⁹⁴.

E. YARGI KARARI GEREĞİ TERKİN

Yükümlülerin idarenin yapmış olduğu tarhiyata karşı vergi mahkemesine başvurarak dava açması mümkündür. Bu davada yükümlünün haklılığı kısmen veya tamamen kabul edilmişse, yine aynı oranda vergi borcu veya cezası terkin edilmektedir⁹⁵. Tahakkuk etmiş bir vergi borcunun tamamen veya kısmen terkinine ilişkin yargı kararı ise, ilgili vergi dairesinin o borcun tarh işleminin ortadan kaldırmasını gerektirmektedir⁹⁶. Kamu alacağını ortadan kaldıran neden yargı kararı olup, terkin sadece durumun kayıtlara yansıtılmasına ilişkindir⁹⁷. Bu yolla verginin terkin edilebilmesi için yargı organının verdiği kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir. Kararın kesinleşmesi ise zamanında üst yargı organına

⁹² Karakoç (2019), s.381.

⁹³ Candan, s.604; Nas, 2692.

⁹⁴ Akdoğan, Abdurrahman (2019) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (Temel İlke Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri), 14. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.115.

⁹⁵ Aktan, Coşkun Can (1990) “AATUHK Çerçevesinde Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Tedbirler ve Kamu Borçlusuna Sağlanan Kolaylıklar”, Vergi Dünyası Dergisi, S:112, Y:10, s.55.

⁹⁶ Karakoç (2016), s.228.

⁹⁷ Bahçeci, s.318, 319.

başvurulmaması veya süresi içinde üst yargı organına başvurulmakla birlikte kararın onanmasıyla gerçekleşmektedir⁹⁸.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin 5'inci fıkrası “*Vergi uyumsuzluklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir*” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre, yargı organı tarafından vergi veya vergi cezasına ilişkin yargı kararının idareye bildirilmesi gerekmektedir. Bu durumda; idare, hesaplamayı tekrar yapıp yükümlüye yeni vergi miktarını tebliğ edecektir. Yargı organının terkinle ilişkin karar vermesi durumunda da idarenin mahkeme kararına uygun olarak terkin işlemini yaparak durumu yükümlüye tebliğ etmesi gerekmektedir⁹⁹.

III. COVID-19 PANDEMİSİNİN TERKİN İMKÂNİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu alacaklarının terkini, VUK ve AATUHK'ta çalışmamızda belirtilen koşulların varlığına bağlı olarak, ilgili maddelerde yer alan usul ve esaslar çerçevesinde yapılmaktadır. Her iki Kanunda da yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler kamu alacağının terkin sebebi olarak düzenlenmiştir. VUK'un 115'inci maddesi ve AATUHK'un 105'inci maddesinde sayılan doğal afetler ve bunlara benzeyen afetlerin yol açtığı zararlar sebebiyle ilgili maddelerdeki koşullar dâhilinde kamu alacakları kısmen veya tamamen terkin edilecektir. Her iki maddede de doğal afetlere ilişkin sınırlı sayım yapılmadığı, bunlara benzer afetlerin oluşturduğu zararların da diğer koşulların varlığı halinde terkin sebebi olarak kabul edileceği görülmektedir. Burada incelenmesi gereken husus, “*bunlara benzeyen afetler*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, başka bir anlatımla, yukarıdaki maddelerde sayılmayan hangi afetlerin terkin sebebi olarak kabul edileceğidir. Bu bağlamda, 2019 yılının Aralık ayında ilk kez Çin'de görülen ve kısa sürede

⁹⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s.164; Kırbaş, s.142; Koçak, s.373; Özbilen, s.195; Tuncer (2002b), s.21.

⁹⁹ Çelik, s.270; Gerçek, s.142.

dünyanın her yanına yayılan, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi¹⁰⁰ olarak kabul edilen Covid-19'un özellikle incelenmesi gerekmektedir.

Covid-19 pandemisi, bilindiği üzere hem Türkiye'de hem de dünyanın pek çok ülkesinde ekonomik faaliyetleri, ticari ilişkileri ve sosyal hayatı durma noktasına getirmiştir. Bu durum ise alınan tedbirler sebebiyle işletmesi kapanan, kapanmasa bile büyük bir mali zorluğun içine düşen yükümlünün kanuni ödevlerini hiç veya zamanında yerine getirememesine sebep olmuştur. VUK'ta ödevin süresinde yerinde getirilmesine engel olan bazı hallerin süreleri uzatacağı ya da durduracağı hüküm altına alınmıştır. Bu sebeplerden birisi de mücbir sebeptir. Mücbir sebep, *“bir sorumluluğun yerine getirilmesini kısmen veya tamamen, geçici veya kalıcı surette engelleyen, bu niteliği dolayısıyla sorumluluğu kaldıran veya yerine getirilmesini ve vadesini geciktiren veya sorumluluğun niteliğini değiştiren kişinin önceden beklemediği ve tahmin edemeyeceği, beklese ve tahmin etse bile engelleyemeyeceği dıştan gelen olağanüstü nitelikte bir olay, olgu veya durum”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁰¹. Kişinin iradesi dışında meydana gelen, kaçınmanın ve karşı koymanın imkânsız olduğu¹⁰² mücbir sebeplerin varlığı, her olayı kendi koşulları ve özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir¹⁰³.

Mücbir sebepler; VUK'un 13'üncü maddesinde vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve

¹⁰⁰ WHO, Director General's Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19-11 March 2020, <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> s.e.t. 20.11.2022.

¹⁰¹ Akarca, Akif/ Şafak Mehmet, “Mücbir Sebepler ve Vergileme”, <Özdoğrular - Akif AKARCA / Dr. Mehmet ŞAFAK - Mücbir sebepler ve vergileme (24.09.09) (ozdogrular.com)> s.e.t. 23.12.2020.

¹⁰² Alpaslan, Nazlı Gaye (2018) “Vergi Usul Hukuku Uygulamasında Mücbir Sebepler”, Mali Hukuk Dergisi, C:14, S:166, s.2906.

¹⁰³ Yılmaz Furtuna, Elif (2017) “Bir Olağanüstü Hal Olarak Doğal Afetin Vergi Hukuku Açısından Yansımaları”, Kara, Hasan/Çetin, Turhan/İnel, Yusuf (Editörler), II. Uluslararası Sosyal Bilimler Araştırmaları Kongresi, 19-21 Ekim 2017, Bakü/Azərbaycan, s.94. <https://www.researchgate.net/profile/HasanKara/publication/357932439_Sosyal_Bilim_Arastirmalari_II_Bildiriler_Kitabi_Baku/links/61e80a8a9a753545e2e0e79d/Sosyal-Bilim-Arastirmalari-II-Bildiriler-Kitabi-Bakue.pdf> s.e.t. 15.01.2023.

tutukluluk; vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler (zorunlu bulunamama); sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi haller olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak mücbir sebebin, deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler veya isyan, savaş genel grev gibi insanlar tarafından gerçekleştirilen olaylardan meydana geldiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁴.

VUK'un 15'inci maddesinde ise, Kanunun 13'üncü maddesindeki mücbir sebeplerden birinin bulunması halinde, bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği, bu takdirde tarh zamanaşımının işlemeyen süreler kadar uzayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması için mücbir sebebin malum olması veya ilgililer tarafından ispat edilmesi ya da belgelendirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca VUK'un 373'üncü maddesi uyarınca, bu Kanunda yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin meydana geldiğinin açık veya belgelendirilerek ispat edilmesi halinde vergi cezası kesilmeyeceğine hükmedilmiştir. Mücbir sebep ilan etmeye ve bu sürede vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye yetkili olan idare Hazine ve Maliye Bakanlığı'dır. Bu yetkiye istinaden Bakanlık, 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunan veya salgından doğrudan etkilenen ya da İçişleri Bakanlığı'nca alınan tedbirler kapsamında geçici süreliğine faaliyetlerine ara verilmesine karar verilen işyerlerinin bulunduğu sektörlerde faaliyette bulunan yükümlüler itibarıyla mücbir sebep hali ilan edilmesine karar vermiştir¹⁰⁵. 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği uyarınca Covid-19 pandemisinden ve bu kapsamda alınan tedbirlerden doğrudan etkilenen yükümlüler için mücbir sebep hali kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁴ **Karakoç** (2020), s.2.

¹⁰⁵ 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, 24.03.2020 tarihli ve 31078 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁶ **Coşkun Karadağ, Neslihan** (2020) "Covid-19 Pandemisi ve Alınan Önlemlerin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:29, S:3, s.405.

VUK'un 15'inci maddesi uyarınca, Covid-19 pandemisinin mücbir sebep olarak kabul edilen yükümlüler için 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Tebliğinde belirtilen vergi ödevlerine ilişkin süreler uzatılmıştır. Ayrıca, 7226 sayılı Kanunun geçici 1'inci maddesi uyarınca Covid-19 nedeniyle oluşabilecek hak kayıplarının önlenmesi amacıyla dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımını veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin 13.03.2020 tarihinden 30.04.2020 tarihine kadar durdurulmasına karar verilmiştir. Daha sonra bu süre 2840 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 15.06.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

Bu düzenlemeler birlikte ele alındığında Covid-19 pandemisi sebebiyle ilan edilen mücbir sebep halinin ilgili sürelerin işlememesine ilişkin olduğu görülmektedir. Ancak mücbir sebep hali ortadan kalkarak sürelerin tekrar işlemeye başlaması durumunda yükümlüler ödevlerini yerine getirmek zorunda kalacaklardır. Bu durumda yükümlülerin aslında yaşadığı mağduriyet çözülmemekte, sadece belirlenen sürenin bitimine kadar ötelenmiş olmaktadır. Dolayısıyla, Covid-19 pandemisinin neden olduğu mücbir sebep halinin sadece sürelerin işlememesine ilişkin şekli sonuçları ile değil; kamu alacaklarının terkin edilmesi gibi esasa ilişkin hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ele alınması gerekmektedir¹⁰⁷.

Mücbir sebep olarak kabul edilen doğal afetlerin aynı zamanda VUK'un 115'inci ve AATUHK'un 105'inci maddelerinde belirli şartların gerçekleşmesi halinde vergi borç ve cezaların terkin sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak mücbir sebepler sadece doğal afetler ile sınırlı değildir¹⁰⁸. VUK'un 13'üncü maddesi uyarınca mücbir sebeplerin hem doğa hem de insan kaynaklı olması mümkün iken; VUK'un 115'inci maddesi ile tüm mücbir sebeplerinden ziyade sadece doğal afetlerin bir terkin sebebi olarak ele alınması eleştirilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Karakoç (2020), s.2.

¹⁰⁸ Şenyüz, Doğan (2017) Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 10. Baskı, Bursa, Ekin, s.261.

¹⁰⁹ Bkz. Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı/ Gümüşkaya, s.1099; Yılmaz Furtuna, s.102.

Kişinin iradesi dışında gerçekleşen ve ödeme gücünü büyük ölçüde yok eden doğal afetler, yükümlünün kendini ekonomik zorluklardan kurtarması ve yaşamına devam etmesi amacıyla vergi ve cezanın terkini sebebi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu maddelerde yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, muzır hayvan ve haşarat istilası dışında “*bunlara benzer afetler*” demek suretiyle sınırlı olmayan bir sayım yapılmıştır. Bu sayede, “*benzer afetler*” ifadesi ile maddi ve manevi zararlara ve ölümlere yol açan afet listesi sınırlanmayarak terkin imkânı genişletilmiştir.

Her ne kadar Covid-19 virüsünün laboratuvar ortamında üretilmiş bir virüs olduğu, biyolojik silah olarak kullandığına ilişkin çeşitli iddialar ortaya atılmışsa da¹¹⁰ bu iddialar bir yana bırakıldığında, Covid-19 virüsünün doğal afetlerle benzer özellikler taşıdığı görülecektir. Zira Covid-19 pandemisi tıpkı doğal afetler gibi kişilerin iradesi dışında oluşan, aniden ortaya çıkan, tahmin edilemeyen ve önüne geçilemeyen niteliktedir¹¹¹. Tüm dünyaya hızla yayılan virüs, tıpkı diğer büyük afetler gibi binlerce insanın ölümü ile ruhsal ve bedensel zararlara yol açmış, ayrıca ekonomik ve sosyal hayatı da durma noktasına getirmiştir. Virüs, 2019 yılının Aralık ayında Çin’de ortaya çıktıktan kısa bir süre sonra dünyanın farklı bölgelerine hızla yayılmış, nitekim 13 Ocak 2020’de Tayland’da, 15 Ocak’ta Japonya’da, 21 Ocak’ta ABD ve Avustralya’da, 28 Ocak’ta ise Avrupa ülkelerinde ilk vakalar görülmeye başlanmıştır¹¹². Virüsün yayılma hızı, bulaşıcılığı ve ölüme yol açan sonuçları dikkate alındığında, dünyanın belirli bölgesinde

¹¹⁰ **Euronews**, “Dünya Sağlık Örgütü: Koronavirüsün laboratuvar sızıntısı olduğu teorisini yok saymak için erken”, <<https://tr.euronews.com/2021/07/16/dunya-sagl-k-orgutu-koronavirusun-laboratuvar-s-z-nt-s-oldugu-teorisini-yok-saymak-icin-er>> s.e.t. 17.01.2023; **CNN Türk**, “Bilim dünyasını ikiye bölen araştırma: Covid-19 laboratuvarında mı üretildi?”, <<https://www.cnnturk.com/dunya/almanyada-carpici-arastirma-covid-19-laboratuvarinda-mi-uretildi>> s.e.t. 17.01.2023; **NTV Haberler**, “Bilim insanlarından çarpıcı iddia: Covid-19’un laboratuvarında yapıldığı kanıtlandı mı?”, <https://www.ntv.com.tr/dunya/bilim-insanlarindan-carpici-iddia-covid-19unlaboratuvarinda-yapildigi-kanitlandi-mi,g_ffNQsN2UeJ0qpmFJ6_8Q> s.e.t. 17.01.2023.

¹¹¹ Bu konuda çeşitli çalışmalar bulunsa da virüsün yok edilmesine ilişkin henüz net bir sonuca varılamamıştır.

¹¹² **Yücel, Okan** (2020) “Koronavirüs zaman çizelgesi: Ne zaman ortaya çıktı? Nasıl yayıldı? Önemli tarihler nelerdi?” <<https://medyascope.tv/2020/04/05/koronavirus-zaman-cizelgesi-ne-zaman-ortaya-cikti-nasil-yayildi-onemli-tarihler-nelerdi/>> s.e.t. 21.11.2022.

meydana gelen ve sınırlı bir alanı etkileyen deprem, kasırga gibi pek çok afetten daha yıkıcı sonuçlarının olduğu görülmektedir. Yine afetlerin neden olduğu zararların giderilmesi için ulusal ve uluslararası faaliyetler belirli bir süre devam ettirilse de, yakın zamanda yaşanan hiçbir doğal afetin Covid-19'un “*sürekliliği-ne*” küresel anlamda sahip olmadığı düşünülmektedir. Covid-19'un insan sağlığı üzerindeki küresel boyuttaki etkileri ile ekonomik ve sosyal hayata verdiği zararlar dikkate alındığında, deprem, su basması, don gibi pek çok afetten daha yıkıcı olduğu sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, VUK ile AATUHK'ta doğal afetler sebebiyle yükümlüler için tanınan terkin imkânının Covid-19 pandemisi için evleviyetle öngörülmesi gerekmektedir.

Nitekim Pensilvanya Yüksek Mahkemesi Covid-19 pandemisini Pensilvanya Acil Durum Yasası uyarınca doğal afet olarak kabul etmiştir. Söz konusu Yasada afetler, insan yapımı afet, doğal afet veya savaşın neden olduğu afet olarak üçe ayrılmıştır. Doğal afet, kasırga, fırtına, sel, sel, rüzgârla sürüklenen su taşkını, tsunami, deprem, toprak kayması, çamur kayması, kar fırtınası, kuraklık, yangın, patlama ile bunların dışında malvarlığına ilişkin büyük bir zarara ya da büyük sıkıntılara/ızdıraba veya can kaybına neden olan diğer felaketler olarak tanımlanmıştır. Yüksek Mahkeme, Covid-19 pandemisinin, diğer doğal afetlerle malvarlığında büyük zararlara, ızdıraba ve can kaybına sebep olma açısından ortak yanlarının bulunduğunu ve bunlarla aynı genel yapıya sahip olduğunu ifade ederek bu salgını doğal afetlerden ayrı tutmanın yerinde olmadığına karar vermiştir¹¹³. Mahkeme Covid-19 pandemisini “*muazzam boyutlarda küresel bir felaket ve bir doğal afet*” olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde, Covid-19 pandemisi sebebiyle Teksas Eyaleti için genel afet durumu ilan edilmiştir¹¹⁴.

Türkiye açısından değerlendirirsek, Covid-19 pandemisinin doğal afet kabul edilerek kamu alacaklarının terkin edilmesine ilişkin henüz Danıştay'ın ver-

¹¹³ Supreme Court of Pennsylvania, Friends of Danny DeVito, et al v. Wolf (majority), 13.04.2020, s.23-26. <<https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/2020/68-mm-2020.html>> s.e.t. 20.11.2022.

¹¹⁴ **Office of the Texas Governor**, “Governor Abbott Declares State of Disaster in Texas Due to COVID-19”, <<https://gov.texas.gov/news/post/governor-abbott-declares-state-of-disaster-in-texas-due-to-covid-19>> s.e.t. 25.11.2022.

diği bir karar bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuya ilişkin olarak Karakoç, bütün dünyayı sarsan Covid-19 pandemisinin terkin sebebi oluşturabilecek bir doğal afet niteliği taşıdığı, VUK ile AATUHK'ta düzenlenen koşullar sağlandığında kamu alacaklarının bu sebeple terkinin mümkün olduğu görüşündedir¹¹⁵. Bulaşıcı hastalıkların doğal afet kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin benzer görüşler de mevcuttur¹¹⁶.

Terkin imkânının Covid-19 pandemisi sebebiyle öngörülmesi gerektiğinin kabulü halinde, VUK'un 115'inci maddesi kapsamında Covid-19 sebebiyle varlıklarının en az üçte birini kaybeden yükümlünün, bu afetin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezalarının başvuru halinde, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın vereceği kararla kısmen veya tamamen terkin edilmesi gerekmektedir.

Covid-19 pandemisi sebebiyle mahsullerinin en az üçte birini kaybeden yükümlünün ise afete maruz kalan arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezalarının terkin edilmesi gerekmektedir. Özellikle uygulanan seyahat yasakları sebebiyle üreticiler ve tarım işçileri mahsullerinin bulunduğu araziye gidememişlerdir. Bu sebeple gübreleme, ekim, havalandırma, sürme, toplama ve taşıma gibi işlemler zamanında yapılamamış ve bunun sonucunda mahsullerde büyük kayıplar yaşanmıştır¹¹⁷. Covid-19 pandemisi sebebiyle mahsülünün üçte birini kaybeden yükümlünün de arazi vergisi ve cezası uğradığı zararlar orantılı olarak kısmen veya tamamen terkin edilmelidir.

VUK kapsamına girmeyen bir kamu alacağı söz konusuysa, bu alacağın Covid-19 pandemisi sebebiyle terkinin AATUHK'un 105'inci maddesi uyarınca yapılacaktır. Bu durumda Covid-19 yüzünden zarara uğrayan varlıkların ve mahsullerinin en az üçte birinin kaybedilmiş olması ve kamu alacaklarının afetle-

¹¹⁵ Karakoç (2020), s.15.

¹¹⁶ Bkz. Biyan, s.79; Şenyüz, s.261.

¹¹⁷ Rize İl Tarım ve Orman Müdürlüğü, "Corona Virüs Tedbirleri Kapsamında Çay İşgücü Toplantısı Yapıldı" <<https://rize.tarimorman.gov.tr/Haber/505/Corona-Virus-Tedbirleri-Kapsaminda-Cay-Isgucu-Toplantisi-Yapildi>> s.e.t. 23.11.2022.

rin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, terkin imkânından yararlanabilmek için ilgili kamu alacağı doğal afetin meydana geldiği tarihte tahakkuk etmiş olmalıdır. Bu noktada Covid-19 pandemisinin ne zaman meydana geldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Virüs 2019 yılında Aralık ayının sonlarında ilk kez Çin'in Vuhan Eyaleti'nde görülmüş ve bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanmıştır. Ülkemizde ise ilk vakanın görüldüğü tarih 11 Mart 2020'dir¹¹⁸. Aynı tarihte Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Dolayısıyla virüsün Türkiye'de ilk kez görüldüğü tarih de olan 11 Mart 2020'de tahakkuk etmiş olan kamu alacakları için terkinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Yine terkin imkânından yaralanmak için afetin meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içerisinde yazılı olarak ilgili kamu idaresine başvurulması gerekmektedir. Covid-19 pandemisi deprem gibi meydana gelip hemen sona eren bir afet değildir. Pandemi halen devam etmektedir ve süregelen bir zarar hali söz konusudur. Covid-19 pandemisinin sebep olduğu varlıklarda ve mahsullerdeki zarar her yükümlü için farklı tarihlerde meydana geleceğinden altı aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı da her yükümlü için değişmektedir. Dolayısıyla, pandeminin yükümlülerin malvarlıkları ve mahsulleri üzerinde farklı tarihlerde zarara sebep olacağı gerçeği dikkate alınarak, altı aylık hak düşürücü sürenin başlangıcının, her terkin başvurusunda somut durumun özelliğine göre, o yükümlü için zararın meydana geldiği tarih dikkate alınarak belirlenmesi uygun olacaktır. Bu bağlamda, mahalli il veya ilçe idare kurallarının Covid-19 pandemisi sebebiyle terkin kapsamına giren bir zararın mevcut olup olmadığı ile başvurunun hak düşürücü sürede yapıp yapılmadığını her başvuru için ayrı ayrı değerlendirerek karar alması gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu alacağını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hallerden biri olan terkin, devletin gelir olarak elde ettiği vergi ve vergi dışındaki kamu alacaklarının-

¹¹⁸ Sağlık Bakanlığı, "Covid-19 Bilgilendirme Sayfası", <<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66493/p.html>> s.e.t. 24.11.2022.

dan birtakım gerekçelerle vazgeçmesi, bu alacakları silmesi anlamına gelmektedir. Terkin devletin yetkili kıldığı idareler tarafından yapıldığından idari işlem olarak nitelendirilmektedir. Terkine sebep olan olaylar genellikle yükümlünün iradesi dışında gerçekleşmekte ve onun kamu borcunu ödeme gücünü büyük ölçüde yok etmektedir.

Terkin, VUK'un 115 ve mükerrer 115'inci maddeleri ile AATUHK'un 105 ve 106'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Alacaklı kamu idaresinin vergi alacağı söz konusu ise VUK hükümleri; vergi dışındaki kamu alacağı söz konusuysa AATUHK hükümleri uyarınca terkin yapılacaktır. Vergi dışındaki kamu alacaklarını kapsaması sebebiyle AATUHK'un terkine ilişkin daha geniş uygulama alanına sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca bu Kanunlarda düzenlenen sebeplerin dışında, tarh ve tahakkuk edilen vergilerin yargı kararı gereği terkini de mümkündür.

Bu çalışmada, doğal afetler sebebiyle terkin, tahakkuktan vazgeçme, tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin ve yargı kararı gereği terkin müessesesi incelenmiştir. Buna göre, VUK ve AATUHK'taki ilgili maddeler ele alındığında, her iki Kanunda da terkin ile ilgili paralel düzenlemelerin mevcut olduğu söylenebilir. Her iki Kanunda da doğal afetler terkin sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak VUK'ta varlık ve mahsule dair kayıplarda farklı vergi türleri terkin edilecekken; AATUHK'ta varlığın ve mahsulün birlikte zarar görmesi aranmış ve zarar gören gelir kaynaklarıyla ilgili kamu alacaklarının terkin edileceği düzenlenmiştir. VUK'ta vergi borcunun tahakkuk aşamasında silinmesi söz konusuysa; AATUHK'da kamu alacağının tahsil aşamasında silinmesi söz konusudur. Her iki Kanunda da terkin için yükümlünün bu yönde yazılı bir başvurusu aranmaktadır. Ancak, AATUHK'ta terkin başvurusu için altı aylık bir süre öngörülmüşken; VUK'ta bir süre belirtilmemiştir. Bununla birlikte, zamanaşımı süresi gözetilerek başvurunun yapılması genel kabul görmektedir. Terkine ilişkin yetki konusunda da iki Kanun farklılık taşımaktadır. Kamu alacaklarının terkini meydana gelen zarar ile orantılı olarak kısmen veya tamamen olabilmektedir. Ancak terkin kararının verilmesinde VUK kapsamına giren kamu alacakları için Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkili iken, AATUHK kapsamına dâhil olan kamu alacakları için cumhurbaşkanı yetkilidir.

2019 Aralık ayında ortaya çıkan ve kısa sürede dünyaya yayılan Covid-19 pandemisinin de terkin sebebi olup olmadığı tartışılmalıdır. Özellikle Dünya Sağlık Örgütü'nün pandemi ilan ettiği ve virüsün Türkiye'de ilk kez görüldüğü tarih olan 11 Mart 2020'den bu yana alınan tedbirler sebebiyle pek çok işletme kapanmış ya da güçlükte ayakta durmaya çalışmaktadır. Üreticilerin ise afetin etkileri sebebiyle mahsullerinde büyük kayıplar meydana gelmiştir. Yükümlünün ödevlerini yerine getirmesinde uyulması gereken süreleri etkileyen bir mücbir sebep olarak kabul edilen Covid-19 pandemisinin, hem VUK hem de AATUHK'ta terkin sebebi olarak düzenlenen doğal afetler kapsamında kabul edilmesi; pandemi sebebiyle uğranılan zararlara bağlı olarak terkin müessesesinin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki; terkin, kamu alacağını silmek suretiyle tüm hukuki sonuçlarını ortadan kaldıran bir işlem olduğundan, kamu alacaklısının aleyhine bir durum olarak görülebilir. Unutulmamalıdır ki, terkin imkânıyla yükümlülerin iktisadi hayata devam etmelerini amaçlamanın yanı sıra uzun vadede, kamusal gelirlerin temin edildiği kamu borçlusunun gelecek dönemler için tekrar kamusal gelirlere katkı sağlamaları güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla terkin imkânı kamu alacaklısı için dezavantajlı bir durum olarak değerlendirilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Akarca, Akif/ Şafak Mehmet**, “Mücbir Sebepler ve Vergileme”, <Özdoğrular - Akif Akarca / Dr. Mehmet Şafak - Mücbir Sebepler ve Vergileme (24.09.09) (Ozdogrular.Com)> s.e.t. 23.12.2020.
- Akdoğan, Abdurrahman** (2019) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (Temel İlke Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri), 14. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Aktan, Coşkun Can** (1990) “AATUHK Çerçevesinde Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Tedbirler ve Kamu Borçlusuna Sağlanan Kolaylıklar”, Vergi Dünyası Dergisi, S:112, Y:10, s.47-56.
- Alpaslan, Nazlı Gaye** (2018) “Vergi Usul Hukuku Uygulamasında Mücbir Sebepler”, Mali Hukuk Dergisi, C:14, S:166, s.2903-2918.
- Arslan, Mehmet** (2016) Vergi Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Basım.
- Atay, Tezcan** (1999) Vergi Hukukunda Terkin Müessesesi I, Yaklaşım Dergisi: S:83, <<https://portal.yaklasim.com/makale/1999-11/vergi-hukukunda-terkin-muessesesi-i?term>> s.e.t. 15.01.2023.
- Aydemir, Oğuz** (1999) “Deprem Nedeniyle Yapılan Bağış ve Yardımların Kazançtan İndirilme Durumu ve Depremzedeler İçin Vergi Kolaylıkları”, Maliye Postası Dergisi, S:457, s.16-20.
- Bahçeci, Barış** (2019) Kamu Alacağını Takip Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bakır, Tunay** (2000) “Tabii Afetlerden Etkilenen Mükellefler Açısından Önem Arz Eden Terkin Müessesesine İlişkin Bir Değerleme”, Mükellefin Dergisi, S:91, s.84-89.
- Bilici, Nurettin** (2013) Vergi Hukuku, 31. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bıyan, Özgür** (2007) “Vergi Hukukunda Terkin Müessesinin Esasları”, Mali Çözüm Dergisi, S:79, s.75-84.
- Budak, Tamer/Benk Serkan** (2011) “Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme”, Business and Economics Research Journal, C:2, S:2, s.61-76.
- Candan, Turgut** (2018) Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Coşkun, Mahmut** (2016) Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çağlar, Kemal** (2022) Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Coşkun Karadağ, Neslihan** (2020) “Covid-19 Pandemisi ve Alınan Önlemlerin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:29, S:3, 2020, s.400-413.
- Çelik, Binnur** (2018) Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku), 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- CNN Türk**, “Bilim dünyasını ikiye bölen araştırma: Covid-19 laboratuvarında mı üretildi?”, <<https://www.cnnturk.com/dunya/almanyada-carpici-arastirma-covid-19laboratuvar-da-mi-uretildi>> s.e.t. 17.01.2023.
- Damar, Emrullah** (1998) “Doğal Afetlere Karşı Devletlerin İlgisi ve Terkin İşlemleri”, Sayıştay Dergisi, C:9, S:29, s.29-43.
- Doğrusöz, Ezhan** (2007) “Vergi Hukukunda Terkin-I”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:172, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2007-4/vergi-hukukunda-terkin-i?term=null>> s.e.t. 23.12.2020.
- Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut/Gümüşkaya, Gamze** (2020) “Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C:78, S:2, s.1069-1138.
- Erol, Ahmet** (2018) Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Euronews**, “Dünya Sağlık Örgütü: Koronavirüsün laboratuvar sızıntısı olduğu teorisini yok saymak için erken”, <<https://tr.euronews.com/2021/07/16/dunya-sagl-k-orgutu-koronavirusun-laboratuvar-s-z-nt-s-oldugu-teorisini-yok-saymak-icin-er>> s.e.t. 17.01.2023.
- Fahran, Ferhat** (2010), “Doğal Afetler Nedeniyle Verginin Terkini ve Uygulaması (I)”, Yaklaşım Dergisi, S:205, s.124-129.
- Gerçek, Adnan** (2015) Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık.
- Güçlü, Süleyman** (2003) “Tabii Afetler Nedeniyle Vergi Borçları ve Vergi Cezalarının Terkini”, Yaklaşım Dergisi, S:126, s.148-152.
- Karakoç, Yusuf** (2019) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karakoç, Yusuf** (2016) Kamu İcra Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karakoç, Yusuf** (2020) “Malî Hukukta Mücbir Sebeplerin Hüküm ve Sonuçları”, <<https://blog.lexpera.com.tr/mali-hukukta-mucbir-sebeplerin-hukum-ve-sonuclari/>> s.e.t. 23.11.2022.

- Kırbaş, Sadık** (2015) Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, 20. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Koçak, Muhsin** (2018) Vergi - İcra Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı**, Tahsilat İç Genelgesi, Seri No:2005/1, <<https://www.gib.gov.tr/node/89242>> s.e.t. 23.11.2022.
- Maliye Bakanlığı Özelgesi**, Tarih:07.07.1999, Sayı: B.07.0.Gel.0.28/2857-115-986/28361, <<https://www.gib.gov.tr/node/97309>> s.e.t. 23.11.20202.
- Maliye Bakanlığı Özelgesi**, Tarih:18.07.2000 Sayı: B.07.0.Gel.0.28/2857-115-920/33804, <<https://www.gib.gov.tr/node/93498>> s.e.t. 23.11.2022.
- Mutluer, M. Kamil/ Dayanç, N. Nilay Dayanç** (2014) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Nas, Adil** (2010) “Vergi Borcunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Bir Neden Olarak Terkin Kurumu”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C:6, S:72, s.2683-2693.
- NTV Haberler**, “Bilim insanlarından çarpıcı iddia: Covid-19’un laboratuvarında yapıldığı kanıtlandı mı?”, <https://www.ntv.com.tr/dunya/bilim-insanlarindan-carpici-iddia-covid-19unlaboratuvarinda-yapildigi-kanitlandi-mi.g_ffnQsN2UeJ0qpmFJ6_8Q> s.e.t. 17.01.2023.
- Office of the Texas Governor**, “Governor Abbott Declares State of Disaster in Texas Due to COVID-19”, <<https://gov.texas.gov/news/post/governor-abbott-declares-state-of-disaster-in-texas-due-to-covid-19>> s.e.t. 25.12.2020.
- Ortaç, Fevzi Rifat/Ünsal, Hilmi** (2022) Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öner, Erdoğan** (2022) Vergi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özbilen, Şevki** (2013) Vergi Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Özbalcı, Yılmaz** (2012) Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık.
- Özyer, Mehmet Ali** (2008) Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulanması, 4. Baskı, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları.
- Pehlivan, Yafes** (2004) “Terkin Müessesesi”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S:5, s.61-66.
- Rize İl Tarım ve Orman Müdürlüğü**, “Corona Virüs Tedbirleri Kapsamında Çay İşgücü Toplantısı Yapıldı” <<https://rize.tarimorman.gov.tr/Haber/505/Corona-Virus-Tedbirleri-Kapsaminda-Cay-Isgucu-Toplantisi-Yapildi>> s.e.t. 23.11.2022.

- Sağlık Bakanlığı**, “Covid-19 Bilgilendirme Sayfası”, <<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66493/p.html>> s.e.t. 24.11.2022.
- Sancakdar, Oğuz/ Öñüt, Burcu/ Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/Seyhan, Serkan** (2021) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Supreme Court of Pennsylvania**, Friends of Danny DeVito, et al v. Wolf (majority), 13.04.2020, <<https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/2020/68-mm-2020.html>> s.e.t. 20.11.2022.
- şenyüz, Doğan** (2017) Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 10. Baskı, Bursa, Ekin.
- şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Bursa, Ekin.
- Tuncer, Selahattin** (2002) “Vergi Hukuku Açısından Terkin”, Yaklaşım Dergisi, S:114, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-6/vergi-hukuku-acisindanterkin?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023.
- Tuncer, Selahattin** (2002a) “Türk Vergi Sisteminde Terkin Hükümleri”, Yaklaşım Dergisi, S:116, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-8/turk-vergi-sisteminde-terkin-hukumleri?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023.
- Tuncer, Selahattin** (2002b) “Terkin ile İlgili Usul Hükümleri”, Yaklaşım Dergisi, S:118, <<https://portal.yaklasim.com/makale/2002-10/terkin-ile-ilgili-usul-hukumleri?term=terkin>> s.e.t. 15.01.2023.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri**, Afet, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 15.01.2023.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri**, Doğal Afet, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t.15.01.2023.
- Ufuk, M. Tahir** (2003) “Vergi Hukukunda Terkin”, Yaklaşım Dergisi, S:122, s.72-75.
- Vergi Usul Kanunu İç Genelgesi**, Sıra No:2003/1, 01/05/2003, <<https://www.gib.gov.tr/node/89340>> s.e.t. 23.11.2022.
- Yılmaz Furtuna, Elif** (2017) “Bir Olağanüstü Hal Olarak Doğal Afetin Vergi Hukuku Açısından Yansımaları”, Kara, Hasan/Çetin, Turhan/İnel, Yusuf (Editörler), II. Uluslararası Sosyal Bilimler Araştırmaları Kongresi, 19-21 Ekim 2017, Bakü/Azerbaycan, s.92-104, <https://www.researchgate.net/profile/HasanKara/publication/357932439_Sosyal_Bilim_Arastirmalari_II_Bildiriler_Kitabi_Baku/links/61e80a8a9a753545e2e0e79d/Sosyal-BilimArastirmalari-II-Bildiriler-Kitabi-Bakue.pdf> s.e.t. 15.01.2023.

Yücel, Okan (2020) “Koronavirüs zaman çizelgesi: Ne zaman ortaya çıktı? Nasıl yayıldı? Önemli tarihler nelerdi?”, <<https://medyascope.tv/2020/04/05/koronavirus-zaman-cizelgesi-ne-zaman-ortaya-cikti-nasil-yayildi-onemli-tarihler-nelerdi/>> s.e.t. 21.11.2022.

WHO, Director General’s Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19-11 March 2020, <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> s.e.t. 20.11.2022.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E: 2011/42, K: 2013/60, T: 09.05.2013.

Danıştay, 3. Daire, E: 1998/3239, K: 2000/2096, T: 31.5.2000.

Danıştay 4. Daire, E: 1978/703, K: 1978/2435, T: 19.09.1978.

Danıştay 4. Daire, E: 1975/2300, K: 1980/95, T: 15.1.1980.

Danıştay 4. Daire, E: 1982/16865 K: 1982/3883 T: 15.10.1982.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E: 1976/1, K: 1979/10, T: 28.6.1979.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 1990/2, K: 1990/27, T: 06.04.1990.

KANUNA DAYANMA İLKESİ KAPSAMINDA İNTERNET KISITLAMALARI^(*)

Bahar ERDOĞDU BİLGİLİ^(**)

ÖZET

Kanuna dayanma ilkesi, özellikle hukuk güvenliğinin sağlanması ve devletin yetkileri karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması gerekliliği dolayısıyla hukuk devletinin önemli bir parçasıdır. Kanuna dayanma ilkesine aykırı idari eylem veya işlemler hak ihlallerine sebebiyet vermektedir. Hak ve hürriyetlerin korunması, hak ve hürriyetleri kullanmaya olanak sağlayan araçların korunması ile mümkündür. Çağımızda internetin hayatımızdaki yeri düşünüldüğünde birtakım hak ve özgürlüklere temas ettiği görülmektedir. Özellikle ifade özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü gibi hakların kullanımında en önemli araç haline gelen internetin kısıtlanmasına dair düzenlemelerin ve kararların öngörülebilir, açık ve anlaşılır olması şarttır. Kanuna dayanma ilkesi kapsamında internet kısıtlamalarına ilişkin kararlar incelendiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden eylemin, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanması gerektiğini belirtmektedir; ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mevzuat tabiri ile mutlaka yasama organınca kanun adı altında çıkarılan bir düzenleme değil, müdahaleye izin veren yargı içtihatları da dâhil olmak üzere hukuk düzenindeki diğer tüm düzenlemeleri kastetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yetkisiz idarece yapılan işlemlerde, mahkeme kararlarıyla veya diğer düzenlemelerle paralellik göstermesi durumunda, kanuna dayanma ilkesine uyulduğu sonucuna ulaşabilmektedir. Bu durum hukukumuzda sorunlara yol açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik denetimi yaparken, hak ve hürriyetlere müdahalede bulunan eylemin, yasamanın çıkardığı usulüne uygun ilan edilmiş kanunlarımıza dayanması gerektiğini belirtmektedir. Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da atıf yaparak kanunilik ilkesine göre yapacağı değerlendirmeyi, kanunun niteliğini de içerecek şekilde yapacağını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin şekli anlamda kanuna dayanma ölçütü ile birlikte maddi ölçütü kullanması

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1210225 - Geliş Tarihi: 25.11.2022 - Kabul Tarihi: 30.03.2023.

Bu makale, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'nda Doç. Dr. Yeliz Şanlı Atay'ın İdarenin Kanuniliği İlkesi dersi kapsamında hazırlanan ödevden türetilmiştir. Değerli hocama teşekkür ederim. Çalışmamın konusunu belirlemede yardımcı olan Danışman hocam, Doç. Dr. Engin Saygın'a teşekkürlerimi sunarım.

^(**) Avukat; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Ankara-Türkiye,

E-posta: baharerdogdu93@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4587-4097>.

daha geniş bir denetime imkân sunarken, iç hukukumuzla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi paralelliğini sağlayabilmenin önünü açmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İdarenin Kanuniliği İlkesi, İnternetin Kısıtlanması, Hak ve Hürriyetler, Maddi Anlamda Kanun, Şekli Anlamda Kanun.

INTERNET RESTRICTIONS UNDER THE PRINCIPLE OF LAWFULNESS

ABSTRACT

The principle of relying on the law is an important part of the rule of law, especially because it is necessary to ensure legal security and to protect fundamental rights and freedoms against the powers of the state. Administrative actions or actions contrary to the principle of being based on the law cause violations of rights. The protection of rights and freedoms is possible with the protection of the tools that allow the use of rights and freedoms. Considering the place of the internet in human life in our age, it can be seen that it touches on some rights and freedoms. It is imperative that decisions on the restriction of the internet, which has become the most important tool in the exercise of rights such as freedom of expression and communication, should be predictable, clear and understandable. When the decisions on internet restrictions are examined within the scope of the principle of being based on the law, the European Court of Human Rights states that the action that constitutes an interference with rights and freedoms should be based on a regulation in the legislation; however, since the European Court of Human Rights interprets the concept of law broadly, the term legislation does not necessarily mean a regulation enacted by the legislature under the name of law, but all other regulations in the legal order, including judicial case-laws that allow intervention. In our law, leaving the formal criterion aside, the fact that the action taken by the unauthorized administration is in parallel with the court decisions or other regulations is a situation that can cause problems since it is considered sufficient for the realization of the principle of relying on the law. The Constitutional Court, while checking the legality in individual application examinations, states that the action that interferes with rights and freedoms should be based on our duly promulgated laws enacted by the legislature. On the other hand, by referring to the decisions of the European Court of Human Rights, it shows that it will make the evaluation according to the principle of legality in a way that includes the nature of the law. While the Constitutional Court's use of the material criterion together with the criterion of being based on the law in the formal sense allows for a wider control, it paves the way for parallelism with the decisions of the European Court of Human Rights with our domestic law.

Keywords

The Law of the Administration, Restriction of the Internet, Rights and Freedoms, Law in Material Law, Law in Formal Sense.

GİRİŞ

İdarenin kanuniliği ilkesi hukuk devletinde en önemli ilkelerden biridir. Geniş anlamda idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin davranışlarının kanunlar dışındaki düzenlemelere ve hatta genel hukuk ilkelerine uygunluğu olarak yorumlanırken; dar anlamda ise idarenin kuruluşu, görevleri ve faaliyetlerine kanunun egemen olması olarak tanımlanmaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi iki şekilde gerçekleşmektedir. İdari faaliyet kanuna dayanmalıdır ve kanuna aykırı olmamalıdır. Kanuna dayanma ilkesi, özellikle hukuk güvenliği ve devletin yetkileri karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması gerekliliği dolayısıyla hukuk devletinin önemli bir parçasıdır. Kanuna dayanma ilkesine aykırı idari eylem veya işlemler ise hak ihlallerine sebebiyet vermektedir. İşte bu noktada, hak ve hürriyetlerin kullanımında en etkili araç haline gelmiş internetin kısıtlanmasına dair işlemler de kanuna dayanma ilkesi çerçevesinde incelenmelidir.

Kanuna dayanma ilkesi kapsamında konumuz olan internet kısıtlamalarına ilişkin kararlar incelendiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden eylemin, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanması gerektiğini belirtmektedir; ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanun kavramını geniş yorumladığından mevzuat tabiri ile mutlaka yasama organınca kanun adı altında çıkarılan bir düzenleme değil, müdahaleye izin veren yargı içtihatları da dâhil olmak üzere hukuk düzenindeki diğer tüm düzenlemeleri kastetmektedir. Bu durum, kanuna dayanma ilkesinin yorumunda farklılıklara sebebiyet vermektedir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik denetimi yaparken, hak ve hürriyetlere müdahalede bulunan eylemin, yasamanın çıkardığı usulüne uygun ilan edilmiş kanunlarımıza dayanması gerektiğini belirtmektedir. Diğer yandan, yasamanın çıkardığı, usulüne uygun ilan edilmiş kanunlarımıza dayanan, yani şekli anlamda kanuni dayanağı bulunan eylemin, kanuna dayanma ilkesini karşılayıp karşılamadığının, yalnızca şekli ölçüte göre değerlendirilemeyeceğini de ifade etmektedir. Maddi ölçüte göre de değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da atıf yaparak kanunilik ilkesine göre yapacağı değerlendirmeyi, kanunun niteliğini de içerecek şekilde yapacağını göstermektedir. Çalışmamızda öncelikle, kanunilik ilkesi ve kanuna dayanma ilkesine yer verilecek, sonrasında ise internet kısıtlamasına yö-

nelik idari işlemler incelenecektir. İlgili idari işlemler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen kanuna dayanma ilkesi kapsamında tartışılacaktır.

I. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ KAVRAMI

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan idarenin kanuniliği ilkesini, BALTA, “Kanuni idare ilkesi, idarenin davranışlarına kanunun ve ona eşit hukuk kurallarının, bu arada genel hukuk ilkelerinin egemen olması demektir.” şeklinde tanımlamaktadır¹. GÜNDAY, idareye ve idarenin faaliyetlerine kanunun egemen olması olarak tanımlamıştır². ATAY’a göre idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi kanuni idare ilkesi olarak adlandırılır³. GÖZLER’e göre idarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı hem de kanuna aykırı olmamalıdır. Kanun, idarenin eylem ve işlemleri için hem şart hem de sınırdır⁴. ÇAĞLAYAN idarenin kanuniliği ilkesi ile idarenin kanunla verilmeyen bir yetkiyi kullanamayacağını, kanunla verilen yetkileri de kanuna aykırı olarak icra edemeyeceğine değinmektedir⁵. ULUSOY’a göre, kanunilik ilkesi, “idarelerin kanundan doğrudan yetki almaksızın yetki kullanmalarının ilke olarak mümkün olmadığını” ifade etmektedir⁶. Görüldüğü üzere, geniş anlamda idarenin kanuniliği ilkesi idarenin davranışlarının kanunlar dışındaki düzenlemelere ve hatta genel hukuk ilkelerine uygunluğu olarak yorumlanırken, dar anlamda ise idarenin kuruluşu, görevleri ve faaliyetlerine kanunun egemen olmasıdır.

İdarenin kanuniliği ilkesi, Fransız Devriminin kanuna yüklediği anlamın idare hukukundaki görünümüdür. Yürütme organı ve dolayısıyla idare ile yargı organı, kanunun, egemenliği ve iradeyi temsil eden, halk tarafından seçilerek

¹ **Balta, Tahsin Bekir** (1968/1970) *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:117, s.79.

² **Günday, Metin** (2011) *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s.42.

³ **Atay, Ender Ethem** (2012) *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.170.

⁴ **Gözler, Kemal** (2019) *İdare Hukuku Cilt I*, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.152.

⁵ **Çağlayan, Ramazan** (2021) *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.113.

⁶ **Ulusoy, Ali** (2021) *Yeni İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.118.

oluşturulmuş yasama organı tarafından oluşturulması ile kanuna tabi bir konuma yerleştirilmiştir⁷. Bu yüzden idare, yasama organı tarafından kanunla düzenlenmeyen bir alanda faaliyette bulunamaz. İdarenin faaliyette bulunup bulunmaması durumu, kanunun idareye yetki vermesi ile ilgilidir⁸.

Anayasamızda idarenin kanuniliği ilkesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa md.6⁹, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda idarenin devlet yetkisini kullanmasının Anayasadan kaynaklandığı görülmektedir. Anayasa md.8¹⁰, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade etmektedir. Anayasa md.13'te¹¹ temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece idarenin temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir işlem yapabilmesi için kanuna dayanması gerektiği düzenlenmiştir. Anayasa md. 123'te¹² ise idarenin kuruluş ve görevlerinin kanun ile düzenleneceği ile idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiştir. Diğer yandan, Anayasada sıkça geçen “kanunla düzenlenir” ibaresi ile idareye ilişkin hususların düzenleme yetkisinin kanun koyucuya verildiği açıktır¹³.

⁷ **Altındağ, Halil** (2016) İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.31.

⁸ **Gözler**, s.152.

⁹ Anayasa md. 6: “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”

¹⁰ Anayasa md.8: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

¹¹ Anayasa md.13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

¹² Anayasa md.123: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

¹³ **Gözler**, s.154.

Anayasada sıkça yer verilen idarenin kanuniliği ilkesine karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin¹⁴ yasa terimine yüklediği anlam anlamı farklıdır. Bu durumun, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında AİHM'nin görüşlerine yer verileceğinden açıklanmasında fayda görüyoruz.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KANUNİLİK İLKESİNE BAKIŞI

Hukukumuzda, “TBMM tarafından, Anayasada öngörülen usullere göre görüşülerek kanun adıyla kabul edilen, Cumhurbaşkanınca ısdar edilerek Resmî Gazete ‘de yayımlanan hukuksal işlemler, ilke olarak kanun olarak kabul edilir.”¹⁵ Kanun, biçimsel ölçüte göre tanımlanmakta ve kabul edilmektedir. Bir yasanın, soyut, genel ve sürekli kurallar getirmediğinden bahisle, ilgili yasanın denetimini sağlamak amacıyla idare mahkemesine başvurmak mümkün değildir. Diğer yandan, yine, bir idari karar, genel, soyut ve sürekli kurallar getirdiğinden bahisle kanun olarak sayılamaz. AİHM ise maddi yasa anlayışını kabul etmektedir. Maddi yasa anlayışı ile AİHM, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun, anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğuna¹⁶ yer vererek, açık, net ve anlaşılır olmayan bir normun, kanunilik şartını karşılayamayacağı görüşündedir. Diğer yandan, AİHM tarafından idarenin düzenleyici işlemleri ve hâkimin yarattığı hukuk, norm kavramı içerisinde değerlendirilir. Böylece, “mahkemenin aradığı yasaya uygunluk değil, çeşitli hukuk kaynaklarından çıkabilecek kuralardan (örneğin düzenleyici işlemler, yargı kararları vb.) oluşan hukuka uygunluktur.”¹⁷

AİHM'nin yasayı maddi ölçüte göre değerlendirmesi ile ilgili kararlarından birine Leyla Şahin Kararı¹⁸ örnek verilebilir. Karara konu olayda, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü tarafından sakallı ve türbanlı öğrencilerin üniversite yerleş-

¹⁴ AİHM.

¹⁵ **Karahanoğulları**, s.128.

¹⁶ Bkz: **Altuğ Taner Akçam-Türkiye Kararı**, AİHM, Başvuru No:27520/07, K.T. 25.10.2011.

¹⁷ **Karahanoğulları**, s.129.

¹⁸ **Leyla Şahin-Türkiye Kararı**, AİHM, Başvuru No: 44774/98, K.T. 10.11.2005.

kesine girmesi yasaklanmıştır. İstanbul Üniversitesi öğrencisi olan Leyla Şahin, kıyafet düzenlemesine uymadığından uyarı ve bu yasağa karşı yapılan izinsiz gösteriye katıldığından bir dönem uzaklaştırma cezası almıştır. Şahin, uzaklaştırma cezasına ilişkin kararın iptali için idare mahkemesine başvurmuş ancak mahkeme işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Bu cezalar daha sonra çıkarılan bir af yasası ile silinmiştir. Şahin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuş, üniversitede türban yasaklanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 9, 10 ve 14. maddelerine ve 1 numaralı Protokol'e aykırı olduğunu ileri sürmüştür; ancak ihlal iddiası reddedilmiştir¹⁹. Bu kararda AİHM, Türkiye'de kanunilik ilkesindeki kanunun biçimsel ölçütünü bir kenara bırakmış, idarenin kararının ve ilgili idare mahkemesi kararlarıyla oluşmuş yorumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakkın sınırlanması için öngörülen kanunla sınırlama koşulunun sağlandığını söylemiştir. Bu durumda, idarede bir birimin, insan haklarını sınırlamaya yönelik işlem tesis etme olanağı bulunduğu görülmektedir. Mahkemenin kararına göre, ilgili işlem öngörülebilir, açık, net, anlaşılır olduğu sürece kanunilik ilkesine aykırı olmayacaktır. Ulusal hukuka göre bu yetki başka bir organa ait olsa bile, idarede herhangi bir birim kural koyarak insan haklarını kısıtlayabilecektir. Böyle bir uygulama, ülkemizde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceksen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Maddi ölçüte göre verilmiş bu gibi kararlar, iç hukukla uyumsuz olduğundan, hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında, idarenin keyfiliğinin önlenmesini amaçlayan kanunilik ilkesini bu amacından yoksun bırakmaktadır.

B. KANUNA DAYANMA İLKESİ

Tanımlardan da görüldüğü üzere idarenin kanuniliği ilkesi iki şekilde gerçekleşmektedir. İlgili idari faaliyet kanuna dayanmalıdır ve kanuna aykırı olmamalıdır. Bu durumda idarenin kanuniliği ilkesi iki ilkeyle incelenebilmektedir. Bunlar; kanuna dayanma ilkesi ve kanuna aykırı olmama ilkesidir.

¹⁹ Daha fazla bilgi için bkz: **Onur Karahanoğulları/Kerem Altıparmak** (2004) "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun", Hukuk ve Adalet Dergisi, S:3, s.249-276.

Yasama yetkisinin asli olması gereği, yasama organı bir alanı, Anayasayla düzenlenip düzenlenmediğine bakmaksızın, doğrudan doğruya düzenleyebilmektedir²⁰. Yasama organının Anayasaya dayanma zorunluluğu bulunmayıp tek zorunluluğu anayasaya aykırı bir düzenleme yapmamaktır²¹. Bununla birlikte idarenin işlemleri kanuna dayanmak zorundadır. İdarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır. İdarenin, kanuna dayanma ilkesini ihlali, kanunla düzenlenmemiş veya düzenlenmesi kanunda öngörülmemiş bir alanı ilk elden düzenlemesi ya da herhangi bir hukuki dayanağı olmayan bir idari işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması ile görülebilmektedir²². Kanuna dayanma ilkesi, idarenin kuruluşu, işleyişi, işlemleri ve eylemleri, yani tüm faaliyetleri için geçerli bir ilkedir. Çalışmamızın konusu, kanuna dayanma ilkesi çerçevesinde birtakım idari yaptırımlar olduğundan kanuna dayanma ilkesi incelenecektir.

1. Kanuna Dayanma İlkesinin İşlevleri

Kanuna dayanma ilkesinin iki temel işlevi bulunmaktadır. İlk işlevi halkın iradesi ile kurulan yasama organının çıkardığı kanun ile yürütmeyi düzenleyerek demokratik meşruluğa kavuşturmak, ikincisi ise kişilerin öngörülebilir bir hukuk düzeninde yaşaması ve kişiler arası eşitliğin sağlanmasıdır²³.

a. Halkın İradesi

Alman Federal Mahkemesi bir kararında, parlamento tarafından çıkarılan kanunun, yürütmenin eylem ve işlemlerinden daha demokratik ve meşru olduğundan bahsederek, yasamanın müzakere ve karar alma sürecinin kamusalılığı ile çatışan menfaatlerin tartışılmasına ve dengelenmesine imkân sağladığını belirtmektedir²⁴. Diğer yandan idarenin karar alması bu tür usul kurallarını

²⁰ **Gözler**, s.152.

²¹ **Özbudun, Ergun** (2011) Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.207.

²² **Karahanoğulları, Onur** (2018) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.126.

²³ **Sever, D. Çiğdem** (2021) Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.77.

²⁴ **Sever**, s.78.

içermeyebilir. Halkın iradesi ile kurulan yasama organı, yürütmenin işleyişini düzenlediğinde bu meşruluk yürütmeye de sirayet etmektedir. Bununla birlikte günümüzde, demokrasiler göz önüne alındığında, yürütmenin güçlendiği, yasanın ise gerilediği görülmektedir. Çağımızın hızı da idarenin yer yer yasa-madan önce davranarak kanuna dayanma ilkesini geride bırakmasına neden olabilmektedir.

b. Keyfiliğin Önlenmesi

“Hukuk devleti ilkesinin tarihsel olarak ortaya çıkışı ve gelişimindeki en önemli unsurlardan biri, siyasal iktidarın meşruiyetinin hukuktan kaynaklanması ve bu şekilde devletin hukuk normları aracılığıyla sınırlandırılmasıdır.”²⁵ Hukuk devleti, hukuki güvenlik sağlayan, her türlü eylem ve işleminde hukuk kuralları ile bağlı olan, hukuk kurallarını benimsemiş ve hukuka bağlı bir kurumsal yapı oluşturmuş devlettir²⁶. Hukuk devletinde, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması ve hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının belli standartlara sahip olması önemli bir yer tutmaktadır.

Kanuna dayanma ilkesi, özellikle hukuk güvenliği, devletin yetkileri karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması gereği hukuk devletinin önemli bir parçasıdır. Hukuk devletinde, kanuna dayanma ilkesi, idarenin keyfi davranmasının önündeki engeldir. Yargısal denetim idarenin keyfi davranmasına karşı bir güvence olmakla birlikte bunun önüne geçebilmek adına konulmuş normların varlığı yargısal denetimin etkinliği için önemli görülmektedir²⁷. Kanuna dayanma ilkesi bakımından keyfiliğin önlenmesi, ilgili normun idare tarafından uygulanması ile ne gibi sonuçlar doğuracağı ve idarenin değerlendirme yaparken hangi ölçütleri uygulayacağı belli ölçüde düzenlenmesi ile sağlanacaktır. Anayasa Mahkemesi, kanunun idarenin keyfi müdahalelerine açık olmaması gerektiğini belirtirken bu durumu hukuk devleti ilkesinde belirlilik ilkesi bağla-

²⁵ Sever, s.79.

²⁶ Atay, Ender Ethem (2014) “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, Ombudsman Akademik, S:1, s.3.

²⁷ Sever, s.81.

mında tartışılmaktadır²⁸. Kanunların, kişiler ve idare için herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde net ve anlaşılır olması gerektiği, böylece keyfi uygulamaların önüne geçmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesince vurgulanmaktadır²⁹.

2. Anayasa'nın 123. Maddesi Gereği Kanuna Dayanma İlkesindeki Ayırım

Anayasa md. 123'e göre: "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur." Maddeye göre, idarenin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlendiğinden, idarenin kuruluşunun kanuna dayanması ve idarenin görevlerinin kanuna dayanması iki ayrı başlıkta incelenecektir.

a. İdarenin Kuruluşunun Kanuna Dayanması

İdarenin kuruluşunun kanuna dayanması, idarenin kanunla kurulması demektir. İdare kanun olmaksızın kurulamamakta ve kendi kendini örgütleyememektedir. Kanuna dayanmaksızın idari işlemle idarenin kurulması mümkün değildir. Bununla birlikte, kanunla kurulmuş bir idare, kanunla öngörülmemiş başka bir idare kuramaz. İdare için öngörülmüş bir teşkilat yapısı vardır. İdare bu yapının dışına çıkarak teşkilat yapısında değişiklik yapamaz³⁰. İdarenin kuruluşunun kanuna dayanması, bahsedildiği üzere, Anayasamızın 123. maddesinde idare kuruluş ve görevleriyle (...) ve kanunla düzenlenir ifadesiyle hükme bağlanmıştır³¹.

²⁸ Sever, s.82.

²⁹ "Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir." Anayasa Mahkemesi, E:2014/87, K: 2015/112, T:08.12.2015.

³⁰ Gözler, s.156.

³¹ İdarenin kuruluşunun kanuna dayanması, 11.02.2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 6771 sayılı 1982 Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

b. İdarenin Görev ve Yetkilerinin Kanuna Dayanması

“Yasal idare ilkesinin, Anayasa ilkesi olduğu bir hukuk düzeninde, idarenin herhangi bir yasaya dayanmadan işlem yapmış olmasının, “idari işlemin yasallığının denetlenmesini sağlayacak ölçü-norm niteliğinde bir yasal hüküm bulunmadığı” için Anayasaya aykırılık oluşturacağı açıktır.”³² İdare kendi kendine görev ve yetki veremez. Danıştay’ın, idarenin görev ve yetkisinin kanuna dayanması gerektiğine, kanunla verilmediği halde bir yetki kullanıldığında bu durumun hukuka aykırılık teşkil ettiğine dair kararları mevcuttur.

Danıştay:

“Sosyal Güvenlik Kurumunun (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu), sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin buldukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa buldukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü’nün bulunduğu İldeki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu getiren ve tüm Sağlık İl Müdürlüklerine gönderilen 01/12/2006 günlü, 61306 sayılı yazısının iptali istemiyle açılmıştır.(...) hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu olarak, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına kurala bağlandığı; Anayasada yer alan anılan düzenleme karşısında, idarenin, yasayla yetki tanınmamasına rağmen çalışma hakkına müdahalesinin, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanılması sonucu doğurmasının kaçınılmaz olduğu (...) Anayasanın 13. maddesi gözetilerek açık

09.07.2018’de yürürlüğe girmesi, anayasal sistemin değişmesi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) kavramının hukuk sistemimize girişi ile tartışmalı hale gelmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi herhangi bir kanuna dayanmadan düzenleme yapabilme yetkisine sahiptir. Konumuz olan internet kısıtlamaları idarenin kuruluşunun kanuna dayanmasından çok idarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ile ilgili olduğundan, Cumhurbaşkanı Kararnamesi hakkında incelemeler için bkz: **Barın, Taylan** (2022) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022-2), s.289-314.; **Yıldırım, Turan** (2017) “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:23, S:2, s.13-28.; **Sevgili Gençay, Fatma Didem** (2020) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar-İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:151, s.1-27.

³² **Şanlı Atay, Yeliz** (2011), Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Baskı, Ankara, TODAİE Yayınları, s.97.

bir yasa hükmüyle yapılması gerektiğinden; davalı idareye dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğüne müdahale etme konusunda düzenleme yetkisinin tanınmadığı; bu durumda, Anayasa'nın güvence altına aldığı dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğüne hukuka aykırı olarak yapılan müdahale niteliğindeki dava konusu yazıda hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.”³³

şeklinde karar vermiştir. Bu karara konu olayda, idare kendi kendine yetki vererek yaptığı düzenleme ile hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına yol açmıştır. Danıştay ise yasayla idareye tanınmayan bir yetkinin kullanıldığından bahisle ilgili işlemi iptal etmiştir³⁴.

Danıştay başka bir kararında:

“Dosyanın incelenmesinden; davacıya ait “...” isimli teknede yapılan denetimde, işyerinde çalışanlardan birisinin hanutçuluk yaptığının 18.6.2001 tarihli tutanak ile tespit edilmesi nedeniyle Marmaris Kaymakamlığınca çıkarılan Hanutçuluk ile Mücadele Yönergesi doğrultusunda dava konusu işlemle işyerinin 5 gün süre ile kapatılması üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davalı idare, hanutçuluk yaptıran işyerlerinin cezalandırılmasına ilişkin caydırıcı, önleyici ve menedici hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığını, İlçenin mülki amiri olan Kaymakamın da 5442 sayılı Yasanın kendisine verdiği görev dolayısıyla hanutçuluğun önlenmesi için 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde belirlenen yetkisini kullanarak içtihadı karar hazırladığını ve bu kararı İl Valisinin onayından geçirerek uygulamaya geçirdiğini belirtmektedir. (...) Halbuki, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi hiçbir kimse veya organ tarafından kullanılamayacağından, idarenin, yasal boşluk bulunduğunu öne sürerek kişilerin temel hak ve Özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte idari düzenleme yapamayacağı açıktır. (...) Dolayısıyla, Marmaris Kaymakamlığınca çıkarılan Hanutçuluk ile Mücadele Yönergesi açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.”³⁵

³³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2012/532, K:2015/169, T: 29.01.2015.

³⁴ Benzer kararlar için bkz: Danıştay 10. Daire, E:2014/5003, K:2016/898, T: 19.02.2016, Danıştay 13. Daire, E:2007/9565, K:2008/6764, T:13.10.2008, Danıştay 6. Daire, E:1999/468, K:2000/850, T:15.02.2000, Danıştay 10. Daire, E:2002/5890, K:2005/7806, T: 16.12.2005.

³⁵ Danıştay 10. Daire, E:2002/5890, K:2005/7806, T: 16.12.2005.

şeklinde karar vermiştir. Bu kararda, yine idarenin kendi kendine yetki ve remeyeceğinden ve idarenin kendine verdiği yetki ile temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı eylem veya işlemlerde bulunamayacağından bahsedilmektedir. Bununla birlikte Gözler, bu kararda, ilgili kaymakamlığın kuruluş olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayandığını ve kuruluş aşamasında kanuna dayanma ilkesinin gerçekleştiğini söylemektedir. Diğer yandan, aynı kanunda kaymakama ilçe sınırları içerisinde kamu düzenini ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alma yetkisinin ve ilçe sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisinin verildiğini belirtmektedir. Kaymakamın ilçede kamu düzenini korumak, kamu huzurunu sağlamak görevinin de kanuni dayanağı olduğunu, ilgili yönergenin de bu kanuna dayanabileceğinden bahsetmektedir. Gözler, adı geçen yönergenin başka bakımlardan hukuka aykırı olabileceğini; ancak kanuna dayanma ilkesi bakımından bir hukuka aykırılık içermediğini ifade etmektedir³⁶.

Görüldüğü üzere, Danıştay, idarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ilkesi sonucunda idarenin kendi kendine görev ve yetki vermesinin, kanunda belirtilmeyen yetkilerin kullanılmasının yargısal denetimini gerçekleştirirken, Anayasa md. 6 gereği hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına atıf yaparak ilgili işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. İdarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ilkesi yer yer idarelerce aşılmaktadır. Yargısal denetim sayesinde, bu işlem veya eylemlerin kanuna dayanıp dayanmadığı tespit edilebilmekte ve idarelerin bu sınırı aşmaları önlenip keyfi uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Danıştay, kararlarında, idarenin kendi kendine yetki vermesinin aykırılığını tartışırken, temel hak ve hürriyetlerin de kanuna dayanmayan işlemlerle kısıtlanamayacağını vurgulamıştır. Konumuz olan internet, çağımızda günlük hayatta büyük bir yer kaplamakta, dolayısıyla birçok temel hak ve özgürlüğe temas etmektedir. Bu nedenle internetin kısıtlanmasının temel hak ve özgürlüklerin de kısıtlanmasını beraberinde getireceği söylenebilir. Çalışmamızın ilerleyen kısmında internetin kısıtlanmasına yönelik idari işlemler tartışılacak ve internetin erişiminin kı-

³⁶ Gözler, s.161.

sıtlanmasının hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı incelenecektir. Bu kısıtlamaların kanuna dayanma ilkesini gerçekleştirip gerçekleştirmediği ile Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya bakışı tartışılacaktır.

II. İNTERNET ERİŞİMİNİN KISITLANMASI

“İnternet, küresel bir bilgiye erişim ve iletişim ağıdır.”³⁷ Günümüzde, ifade özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara temas eden internetin önemi git gide artmaktadır. Yakın tarihlerde AİHM’ye sürekli olarak konu olan internet erişimi ve internet kısıtlamaları, kararlarda inceleneceği üzere, internet kullanımının haklara doğrudan bağlı hale geldiğini göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³⁸ haklarla birlikte hakların kullanılmasını sağlayan araçları da korumaktadır. Günümüzde internet, bazı hakların kullanılmasındaki en önemli araç haline geldiğinden AİHS kapsamında korunmaktadır. Avrupa Konseyi’nin yayınladığı rehberlere göre, internete uygulanacak kısıtlamalar kanuna dayanmalı, demokratik toplumda geçerli bir amaca ulaşılması için gerekli ve orantılı olmalıdır³⁹. İnternetin hakları kullanmaya yönelik bir araç olması ile veri akışının devamı ve hizmetlerin kesintisiz olarak devam etmesi de teminat altına alınmaya çalışılmaktadır.

A. KANUNİ DAYANAĞI

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un “amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.”⁴⁰ İlgili kanunda erişimin engellenmesine karar vermeye

³⁷ **Kaya, Mehmet Bedii** (2020) “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, Anayasa Yargısı, C:37, S:2, s.159.

³⁸ AİHS.

³⁹ **Kaya**, s.176.

⁴⁰ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun md. 1.

yönelik makamlar düzenlenmektedir. Bu kararı, adli makamlar ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu⁴¹ verebilmektedir.

1. Adli Makamlar

İnternet ortamında yapılan ve içeriği kanunda sayılı suçları⁴² oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilir. İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilmektedir. Soruşturmada, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu kararı verebilmektedir. Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verdiği karar 24 saat içerisinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını en geç 24 saatte verir. Eğer, bu süre içerisinde karar hâkim tarafından onaylanmaz ise tedbir derhal kaldırılır. İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine dair kararın bir örneği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na gönderilir⁴³.

⁴¹ BTK.

⁴² 5651 sayılı Kanun md. 8: (...) a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1) İntihara yönlendirme (madde 84), 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkrası), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), 5) Müstehcenlik (madde 226), 6) Fuhuş (madde 227), 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar. c) 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

⁴³ 5651 sayılı Kanun md. 8: “2-İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir. 3- Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Kuruma gönderilir.”

5651 sayılı Kanunda erişimin engellenmesinde dikkat çeken durum, kararın verilebilmesi için suçun gerçekleşmiş olmasının şart olmamasıdır. Suçla ilgili yeterli şüphenin bulunması bu kararın verilebilmesi için yeterli görülmüştür⁴⁴.

2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

BTK'ya belirli şartların gerçekleşmesi halinde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi için yetki verilmiştir. İçeriği 5651 sayılı Kanun md. 8'in birinci fıkrasında belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde BTK bu kararı verebilecektir. Bunun dışında içerik ve/veya yer sağlayıcısı yurt içinde olsa bile çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarının varlığı halinde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı re'sen BTK Başkanı tarafından verilmektedir⁴⁵. 5651 sayılı Kanun md.8/A'ya göre, ilgili maddede sayılı sebeplerle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu karar, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine BTK Başkanı tarafından verilebilmektedir. İlgili karar, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmakta ve hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde vermez ise karar kendiliğinden kalkmaktadır⁴⁶.

⁴⁴ **Kılınç, Doğan** (2010) "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:2, s.412.

⁴⁵ 5651 sayılı Kanun md.8: "4- İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir. Bu karar, ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir."

⁴⁶ 5651 sayılı Kanun md. 8/A: "1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayımla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi ka-

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında BTK Başkanının içeriğın çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi için karar verebileceğı diğer hal ise özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağılı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerdir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar⁴⁷.

B. İNTERNETİN KISITLANMASINA YÖNELİK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM'nin kanuna dayanma ilkesini, hukukumuzdaki anlamının ötesinde yorumlandığından bahsedilmişti. Bununla birlikte, bir idari tedbirin kanuna dayanıp dayanmadığının tespitinde, AİHM kararlarından anlaşıldığı üzere, bir takım ölçütler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin ölçütlerini bir kararında⁴⁸ şöyle açıklamıştır;

“AİHM içtihatlarında ifade edilen kanunla öngörölme kriteri, kendi içerisinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak, müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirmeye ve eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları belli koşullar çerçevesinde öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır.”

Görüldüğü üzere, AİHM, hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden eylemin, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanması gerektiğini belirtmektedir; an-

rarının gereğı, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir. 2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğın çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.”

⁴⁷ 5651 sayılı Kanun md. 9/A: “8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağılı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Kurum tarafından yapılır. 9) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.”

⁴⁸ Mustafa Aydın Kararı, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/275, K.T. 06.10.2015.

çak AİHM kanun kavramını geniş yorumladığından mevzuat tabiri ile mutlaka yasama organınca kanun adı altında çıkarılan bir düzenleme değil, müdahaleye izin veren yargı içtihatları da dâhil olmak üzere hukuk düzenindeki diğer tüm düzenlemeleri kastetmektedir. AİHM, kanuna dayanma ilkesini geniş anlamda değerlendirirken, müdahaleye sebebiyet veren kanunun, her kişinin davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılması halinde kanuna dayanma ilkesinin gerçekleşeceğinin vurgulamaktadır. AİHM, Ahmet Yıldırım kararında, internet kısıtlaması müdahalesine olanak veren kanunun açıklanan ölçütlere göre yeterli olmadığını belirtmiştir. İlgili karara göre;

“Denizli Sulh Ceza Mahkemesi 23 Haziran 2009 tarihinde, Atatürk’ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin bulunduğu gerekçesiyle bir internet sitesi hakkında erişime engelleme kararı vermiştir. Bu karar, söz konusu sitenin sahibine karşı yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde verilmiş olan bir tedbir kararı niteliği taşımaktadır. Mahkemenin vermiş olduğu internete erişimin engellenmesi kararı, icrası için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na (TİB) tebliğ edilmiştir. (...) Başvuranın sitesinin de yer sağlayıcısı durumunda bulunan “Google Sites” adlı sitenin erişime engellenmesine neden olan mahkeme kararının alınması için ilgili mahkemeden daha önce vermiş olduğu kararı yeniden gözden geçirmesini talep etmiştir. TİB (...) siteye erişimin engellenmesini sağlayacak tek teknik yol olduğunu zira sitenin sahibinin yurt dışında yaşadığını belirtmiştir. TİB “Google Sites” isimli yer sağlayıcısı siteye erişimi tamamen engellemiş ve bu nedenle başvuran Yıldırım’ın kendi sitesine erişimi imkânsız hale gelmiştir”⁴⁹

Olayda, Ahmet Yıldırım’ın web sitesi, ilgili ceza soruşturmasından bağımsız olarak, bahsedilen yer sağlayıcısı kapsamında açılan bir sitedir. Yer sağlayıcısı kapsamında bulunan birçok internet sitesine, TİB⁵⁰ tedbiri ile ulaşım engellenmiştir. AİHM, internet sitesine erişimin tamamen yasaklanmasından bahsedilemeyeceğini, ancak bazı kısıtlamaların olabileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan interneti günümüzde, haber alma ve ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasındaki başlıca araçlardan biri olarak değerlendiren AİHM, internetin kısıt-

⁴⁹ Yıldırım-Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 3111/10, K.T. 18.12.2012.

⁵⁰ Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı’na bağlı devlet kurumudur. Kapandıktan sonra yetkileri BTK’ya devredilmiştir.

lanmasının sınırının aşılması ile bu haklara müdahalenin gerçekleştiğini belirtmektedir. İnternetin kısıtlanmasına yönelik bir tedbir, “(...) şayet kanunla öngörülüyorsa, bir veya birçok meşru amaç taşııyorsa ve aynı zamanda bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli görülmüyorsa Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline sebep olmaktadır.”⁵¹

AIHM bu kararda iki sorun üzerinde özellikle durmaktadır. İlk olarak, kanunda, uygulanan genel nitelikli erişime engelleme kararlarına izin verilmediği vurgulanırken, kanunun, TİB'e, erişimin engellenmesine yönelik kararı çok kolay talep edebildiğinden, geniş bir takdir yetkisinin tanındığını belirtmiştir. İkinci sorunu ise;

“AIHM, bir bilgi kaynağına erişimin kısıtlanması kararının, sadece internete erişime ilişkin yasağa sınırlama getiren ve muhtemel bir kötüye kullanma durumuna karşı hukuki kontrol güvencesi sunan katı bir yasal çerçevede verildiği takdirde Sözleşme'yle uyumlu olduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi sadece soruşturma konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbir kararının varlığını araştırmaksızın TİB'in kendisine sunduğu talebe atıf yaparak, doğrudan “Google Sites” isimli yer sağlayıcısını tümünden erişime kapatmıştır. Mahkeme, aynı zamanda hâkimlerin, özellikle “Google Sites”a erişimin tamamen engellenmesi gerekliliğini değerlendirerek, ihtilaf konusu olaydaki çeşitli yararlar arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadıklarını kaydetmektedir. AIHM, bu eksikliğin, “Google Sites” isimli yer sağlayıcısını tümünden erişime kapatılmasının yerindediği hakkında hâkimlere değerlendirme zorunluluğu yüklemeyen ilgili kanundan kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca hâkimlerin, böyle bir tedbirin, internette bulunan bilgilerin büyük çoğunluğuna erişimi engellediğini, dolayısıyla bu durumun internet kullanıcılarının haklarını olumsuz yönde ve doğrudan etkilediğini, buna bağlı olarak, bazı önemli etkilerinin de söz konusu olabileceğini dikkate almaları gerekirdi.”⁵²

şeklinde ifade etmiştir. Hâkimlerin, daha hafif nitelikte bir tedbiri araştırmadıklarını, buna sebebiyet veren durumun ise, ilgili kanunda böyle bir değerlendirme zorunluluğu yüklenmemesi olduğunu belirtmektedir. Kararda, hak ve

⁵¹ Yıldırım-Türkiye Kararı.

⁵² Yıldırım-Türkiye Kararı.

hürriyetlerin kısıtlanması söz konusu olduğunda, mevzuattaki düzenlemenin AİHM tarafından yetersiz görülmesi üzerine yer yer kanun eksikliklerinin, hatta verilen yetkilerin ölçüsünün tartışıldığı görülmektedir. Uygulama kanuna dayansa da kanunun kalitesi AİHM tarafından incelemeye tabi tutulmaktadır.

İnternetin kısıtlanmasına yönelik başka bir AİHM kararı ise Akdeniz-Türkiye kararıdır⁵³. Akdeniz-Türkiye kararının konusu, telif haklarını ihlal ederek müzik eserlerini yaydıkları gerekçesi ile “myspace.com” ve “last.fm” web sitelerine erişimin engellenmesidir. Telif haklarının korunması sebebiyle içeriğe uygulanan tedbir sonucunda hukuka uygun içeriğe erişimin de engellenmesinin AİHS. md.10’a⁵⁴ aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. AİHM, bilgi alma özgürlüğünün ve telif hakkının korunmasının çatışması sonucu bu çatışan menfaatlerin dengelenmesi için yerel mahkemelere geniş takdir yetkisi verildiği, platformların ikame edilebileceği ve salt internet kullanıcısı olmanın AİHS md.34⁵⁵ bağlamında mağdur sıfatı vermeyeceği gerekçesiyle başvuruyu kabul etmemiştir⁵⁶. AİHM mağdur sıfatını dar yorumlamıştır⁵⁷.

⁵³ Akdeniz-Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 20877/10, K.T. 11.03.2014.

⁵⁴ “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” **Dominika Bychawska-Siniarska** (2018) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, (Çeviren: Köksal, Tuğçe Duygu) Avrupa Konseyi, s.9.

⁵⁵ “Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar’dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

⁵⁶ **Kaya**, s.179.

⁵⁷ AİHM, mağdur sıfatını bu kararında dar yorumlarsa da Cengiz ve diğerleri- Türkiye kararında mağdur kavramını yeniden yorumlamıştır. “Akdeniz-Türkiye kararının tersine, burada AİHM, pasif kullanıcı ve aktif kullanıcı ayrımı yapmıştır. İnteraktif kullanımla pasif kullanıma

İnternetin öneminin AİHM tarafından kabul edildiği ve internet erişiminin artık doğrudan hak olarak görüldüğüne dair ibarelere Kalda-Estonya kararında rastlanmaktadır. Hapishanelerde sunulan internet hizmetinde belirli web sitelerine ulaşılamamasının -web sitelerinden biri mahkeme kararı veri tabanıdır- AİHS md. 10'a aykırılığı ileri sürülmüştür. Estonya'da mahkeme kararları yalnızca internetteki veri tabanında yer almaktadır. Kararda, Avrupa Konseyi'nde ve diğer uluslararası düzenlemelerde internetin kamu hizmeti olması, insan hakları ile bağlantılı olması ve bu haklardan yararlanmaya olanak sağlaması bakımından öneminin kabul edilmesini AİHM'nin göz ardı edemeyeceğine vurgu yapılmaktadır. İnternet erişiminin bir hak olarak kabul gördüğü ve internete evrensel boyutta erişim için birçok proje yürütüldüğünü söyleyen AİHM, bu gelişmelerin, internetin önemini gösterdiğini ifade etmektedir. AİHM, başvuran hükümlünün davasındaki özel koşulları da incelediğinde, bilgi alma hakkına yapılan bir müdahale olduğunu ve bu müdahalenin gerekli görülemeyeceği sonucuna vararak AİHS md.10'un ihlal edildiği kanısına varmıştır⁵⁸.

AİHM Kablis-Rusya kararında, internet kısıtlamasına yönelik önleyici tedbirlerin mümkün olabileceğini; ancak; "iç hukuktaki düzenlemenin, önleyici tedbirlerin istismar edilmesini önlemek için gerekli teminatlardan uzak olduğunu tespit etmiştir."⁵⁹ Kararın konusu, başvuranın, sosyal medya hesabında, yetkisiz ve kamuya açık etkinliğe katılma (toplantı ve gösteri hakkına ilişkin) çağrısında bulunan üç paylaşımı dolayısıyla sosyal medya hesabının ve içeriklerinin savcılık kararıyla engellenmesi sebebiyle AİHS 10. maddeye aykırılık iddiasıdır. AİHM, öncelikle iç hukuku inceleyerek, internet ve sosyal medyanın engellenmesine yönelik tedbirlerin gerekçelerinin ve kapsamlarının çok geniş olduğunu

farklı hukuki statüler vermiştir. Eğer bir kullanıcı Youtube gibi çok amaçlı bir platformu bilgiye erişim, bilgiyi/ fikri yayma ve iletişim amaçlarıyla kullanıyorsa ve bu platforma yönelik kamusal ve esasl bir müdahale yapılırsa AİHS'nin 34. maddesinde düzenlenen mağdur kavramının unsurları oluşmuştur; başvurunun kabul edilebilirliği pekâlâ mümkündür. AİHM, Akdeniz-Türkiye kararında, müziğe erişimi engellenen kullanıcıyı mağdur olarak görmezken Cengiz ve diğerleri v. Türkiye kararında Youtube sitesini interaktif şekilde kullanan başvuru-cuları mağdur olarak kabul etmiştir." **Kaya**, s.180.

⁵⁸ Kalda-Estonya Kararı, AİHM, Başvuru No: 17429/10, K.T. 19.01.2016.

⁵⁹ **Kaya**, s.181.

ve savcılara bu tedbirle ilgili çok geniş bir takdir yetkisi tanındığını söylemiştir. Bu denli geniş bir takdir yetkisinin, denetiminin, imkânsız olmasa da zor olduğuna değinmiştir. Burada görüldüğü üzere AİHM, iç hukukta, erişimin engellenmesine yönelik işlemlerin yalnızca kanuna dayanması ile yetinmeyerek, bu konuda düzenleme olsa bile bu düzenlemenin keyfi uygulamalara zemin hazırlayıp hazırlamadığını da incelemektedir. Böylece, tedbirler kanunda yer alsa bile, bu tedbirlerin kanunla öngörülebilir olmayı sağlamadığı söylenebilmektedir.

AİHM, onaylanmayan bir gösteri ve yürüyüşe sosyal medya hesabından çağrı yapan başvurunun sosyal medya hesabının kapatılması ile bilgi ve fikir alma özgürlüğüne müdahale olduğunu, kişinin yeni bir hesap oluşturarak bu özgürlükten mahrum kalmayacağı düşüncesinin bu özgürlüğün kısıtlanmasını hafifletmeyeceği görüşünü belirtmiştir. İç hukuktaki düzenlemelerdeki süreleri de inceleyen mahkeme, bu sürelerin de uyumsuz olduğunu ve engelleme tedbirine karşı şikâyetin olayın planlanan tarihinden önce karara bağlanacağını garanti etmediğinden işlevsel olmadığını söylemektedir. Bu sebeplerle, AİHS md.10 ihlaline karar verilmiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere AİHM, düzenlemelerin varlığı ile yetinmeyip, eylem veya işlemin dayandığı kanunun ve diğer düzenlemelerin işlevsel olup olmadığını da incelemektedir⁶⁰.

AİHM'nin OOO Flavus ve diğerleri-Rusya kararına⁶¹ konu olan kısıtlama, muhalif bir çevrimiçi haber sitesine erişimin gerekçesiz engellenmesidir. AİHM, bu kararında da internetin erişilebilirliği ve büyük miktarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi nedeniyle, artık bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğü haklarını kullandıkları başlıca araçlardan biri haline geldiğini yinelemektedir. İnternetin, siyasal konular ile kamuyu ilgilendiren konularla ilgili faaliyet ve tartışmalara katılım için temel araçları sağladığı ifade edilmektedir. İnternetin halkın habere erişimini artırdığını ve genel olarak bilginin yayılmasını kolaylaştığına değinen AİHM, AİHS md. 10'un herkesin bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü güvence altına alırken bu güvencenin yal-

⁶⁰ Kablis-Rusya Kararı, AİHM, Başvuru No: 48310/16, K.T. 30.04.2019.

⁶¹ OOO Flavus ve diğerleri-Rusya Kararı, AİHM, Başvuru No: 12468/15, 23489/15, 19074/16, K.T. 23.06.2020.

nızca bilgi içeriğine yönelik değil, aynı zamanda bilginin yayım araçları için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bilgiyi yayan araçlara müdahale AİHS'10 da belirtilen özgürlüğe doğrudan müdahale anlamına gelmektedir. İç hukukta, internete yönelik engelleme tedbirlerine ve bu tedbirlerin işleyiş üzerindeki etkilerini gözden geçirmeye yönelik dava açabilme hakkı mevcut olsa da AİHM bu davalarda, şikâyetlerin gerekli özenle incelenmediğini ve bu engelleme tedbirinin orantılı olup olmadığının araştırılmadığını belirtmektedir. Bu nedenle ulusal hukuk yolunun bu konuda işlevsiz kaldığı ifade edilmektedir.

AİHM, internet erişiminin engellenmesine yönelik uygulamalarda, kanuna dayanma ilkesi kapsamında, maddi ölçüte göre değerlendirme yapmaktadır. İncelenen kararlar göz önüne alındığında, Mahkeme öncelikle iç hukuk düzenlemesine bakmaktadır. İç hukukta, internet kısıtlaması kanunla düzenlenmiş olsa bile kanunun içeriği de ele alınmakta ve kanunun içeriği tartışılmaktadır. Tedbire yönelik kanunun varlığını yeterli görmeyen Mahkeme, kanunlarda öngörülen takdir yetkisinin orantılı olup olmamasından, kanunun anlaşılabilir, açık ve ulaşılabilir olup olmadığına kadar içeriğini de denetlemektedir. Yasama tarafından çıkarılan, usulüne uygun yürürlüğe giren bir kanun bulursa ve tedbir bu kanuna dayansa da ihlale sebebiyet veren tedbir yönünden kanuna dayanma ilkesine aykırılık tespit edebilmektedir. Diğer yandan, iç hukukta kanun adı altında bir düzenlemeyi gerekli görmeyen mahkeme, mahkeme kararlarına ve birtakım idari kararlara bakarak da kanuna dayanma ilkesinin gerçekleştiğini söyleyebilmektedir. Bu yüzden hukukumuzdaki kanunilik ve bu ilkenin bir kolu olan kanuna dayanma ilkesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince daha farklı yorumlanmaktadır. İnternetin kısıtlanmasına yönelik ülkemizde uygulanan tedbirleri, kanuna dayanma ilkesi kapsamında Anayasa Mahkemesi kararları ile inceleyeceğiz.

C. İNTERNETİN KISITLANMASINA YÖNELİK ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik denetimi yaparken, hak ve hürriyetlere müdahalede bulunan eylemin, yasamanın çıkardığı ve usulüne uygun ilan edilmiş kanunlarımıza dayanması gerektiğini belirtmektedir. Şekli anlamda kanuni dayanağı bulunan eylemin yalnızca bu kıstasla değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte maddi ölçüte göre

de değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarına da atıf yaparak kanunilik ilkesine göre yapacağı değerlendirmeyi, kanunun niteliğini de içerecek şekilde yapacağını göstermektedir⁶². Böylece, Anayasa Mahkemesi hem şekli açıdan hem de maddi açıdan değerlendirmeyi birlikte yapmış olacaktır.

Bu duruma, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu örnek teşkil etmektedir. Kararın konusu, başvuruçuların video paylaşım sitesi youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğinin ileri sürülmesidir. Başvuruçuların iddiaları ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmiştir. Karara göre;

Anayasa md.13⁶³ ve 26⁶⁴'ya yer verildikten sonra,

“Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece “*düşünce ve kanaate sahip olma*” özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan “*düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma*”, buna bağlı olarak “haber veya görüş alma ve

⁶² **Özpolat, Haşim** (2018) “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:33, s.610.

⁶³ Anayasa md. 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁶⁴ Anayasa md. 26: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

verme” özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B. No:2013/2602, 23/1/2014, §43).⁶⁵

İfade özgürlüğünü tanımlayan Anayasa Mahkemesi, ifade araçlarının da anayasal koruma altında olduğunu belirtmiştir. Kararda, internetin hak ve özgürlüklerin kullanılmasındaki önemi şu şekilde ifade edilmiştir:

“İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.”⁶⁶

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün mutlak ve sınırsız olmadığını belirten Mahkeme, Anayasa’nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilirliğini söylemektedir. Bu noktada kanunilik denetimi yapan mahkeme, öncelikle bu müdahalenin kanuna dayanıp dayanmadığını tespit edeceğini şu şekilde belirtmiştir:

⁶⁵ Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/4705, K.T. 29.05.2014.

⁶⁶ Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu.

“Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36). Dolayısıyla, Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanunla öngörülmesi gerekmektedir. Kanunilik unsuruna sahip olmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden, bir anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabacaktır.”⁶⁷

Hak ve hürriyetlere yönelik müdahalenin bir kanunla öngörülmesinin gerekliliğini gösteren mahkeme, aslında, maddi ölçüte yönelik inceleme de yapacağı, “kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanun” ibaresini kullanıp yalnızca “kanun” ibaresini kullanmayarak göstermektedir. Mahkeme, kanuna dayanma ilkesinde maddi değerlendirme yapılmasının gerekliliğini şöyle ifade etmektedir:

“Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır (Bu yönde AİHM kararları için bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B. No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; *Yıldırım/Türkiye*, B. No: 3111/10, 18.12.2012, § 57).”⁶⁸

Kanuna dayanma ilkesi ile birlikte hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelere de göz önünde bulunduran mahkeme,

“(…) kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”

⁶⁷ Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu.

⁶⁸ Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu.

ifadesi ile kanunun içeriğine dair, AİHM ölçütlerinde değerlendirme yaptığını göstermektedir. Anayasa ve AİHS’de güvence altına alınan haklar ile ilgili kamu gücü tarafından bir sınırlama imkânı getirildiğinde, kanunda bu yetkinin kullanılmasının kapsamının ve usulünün yeterli bir açıklıkla tanımlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Belirtilen sebeplerle, youtube.com sitesine erişimin tamamen engellenmesi müdahalesinin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağı olmadığından idari işlemin ifade özgürlüğüne müdahalesi olduğuna karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kanunun varlığının yeterli olmadığını, kısıtlamaya yönelik işlemin açık ve belirgin bir hukuki dayanağı olması gerektiğini söylemektedir. AİHM kararlarında vurgu yapılan kanun kalitesi kavramını kanuna dayanma ilkesinin şartı olarak gören mahkeme, bir kararında, bu durumu “kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.” şeklinde ifade etmektedir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi Yaman Akdeniz ve Diğerleri⁷⁰ başvurusunda, kanuna dayanma ilkesini ihlal eden bir idari işlemin uygulanması sonucunda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. Kararın konusu twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemidir⁷¹. TİB erişimin engellenmesine ilişkin mevzuat hükümleri uyarınca engellemeyi mahkeme kararı ile yapabilecektir. Diğer yandan mahkeme kararından yalnızca bazı URL adreslerine erişimin engellendiği; doğrudan Twitter sosyal medya platformunun tamamının engelleneceğine yönelik bir

⁶⁹ Mustafa Aydın Kararı, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/275, K.T. 06.10.2015.

⁷⁰ Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/3986, K.T. 02.04.2014.

⁷¹ “TİB, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7/3/2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 4/3/2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/3/2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 3/2/2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir.” Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu.

karar olmadığı anlaşılmaktadır. TİB, kanunda yetki verilmeyen bir konuda işlem yaptığından, Anayasa Mahkemesi sadece şekli anlamda kanun incelemesi yaparak, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararı vermiştir⁷². Anayasa Mahkemesi'nin kanun kalitesi kapsamında kanunların kanuna dayanma ilkesine konu olabilecek nitelikte olup olmadıklarını tartıştığı kararlarından birkaçına değinmiştik. Bununla birlikte Mahkeme, bir kararında, kanundan kaynaklanan uygulamanın yetersiz olduğunu ifade etmektedir. Ali Kıdık Başvurusunun konusu, bir internet haber sitesinde yer alan köşe yazıları ile bazı haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasıdır. Kararda, kanundan kaynaklanan uygulama şu şekilde değerlendirilmiştir:

“Türk hukuk sisteminde internet yolu ile kişilik haklarına müdahale edildiği durumlarda kişilik haklarının korunmasının yollarından biri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, yukarıda zikredildiği gibi

⁷² “Başvuru konusu olayda TİB'in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ilgili mevzuat hükümleri gereğince erişimin engellenmesine ilişkin kararının kural olarak bir yargı kararını gerektirdiği, bu konuda görevli mahkemelerin sulh ceza mahkemeleri olduğu ve mahkemelerce verilen kararın niteliği itibarıyla bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Buna göre TİB ancak mahkemece bu konuda alınmış bir karara dayalı olarak ve bu kararda öngörülen tarzda engelleme kararının icrasını gerçekleştirebilecektir. (...) Bir kamu idaresi olan TİB'in bir internet sitesine erişimi engellenmesine yönelik yaptığı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve müdahalede bulunulurken ölçülü davranılıp davranılmadığı konusunda hangi genel ilkelerden hareket edileceği yukarıda belirtilmişti (§ 37- 40). Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmesi ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.” Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu.

(bkz. §§ 56-64) karardan etkilenecek olan yayın organının ilgililerine yargılanma hukukunun usulüne ilişkin güvencelerinin kullandırılmadığı, dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. İçeriğe erişimin engellenmesi kararı, yapılmış bir haberin kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu kamuya bildirme işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır.⁷³

Bu değerlendirmeye göre, kanunda böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen, çekişmesiz dava sonucunda böyle bir engelleme kararı verilebilmesi için ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin bir hukuka aykırılık, kişilik haklarına müdahale hali ve zararın süratle giderilmesinin zorunluluğu aranmıştır. Burada hem kanun maddesi yeterli görülmemiş hem de çekişmesiz yargıda karara bağlanabilecek hallerle ilgili bir sınırlamanın gerekliliğinden bahsedilmiştir⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi, hukukumuzda idarenin kanuniliği ilkesini ve onun bir kolu olan kanuna dayanma ilkesini, yalnızca hukukumuzda belirtilen şekli

⁷³ Ali Kıdık Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/5552, K.T. 26.10.2017.

⁷⁴ Karşı Oy: “(...) İtirazı kabil olan ve itirazın reddedilmesi halinde kesinlik kazanan bu kararın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülen önemli bir koruma mekanizması olduğu, bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilmiş olan bu yasal sınırlama sebebinin, her somut olayda ilgili yargı organınca (sulh ceza hâkimince) değerlendirilip takdir edileceği, itiraza tâbi bu kararın kesinleşmesinin ancak anılan “tedbir” yönünden söz konusu olabileceği, “erişimin engellenmesi” kararına muhatap kişinin Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer özel kanunların sağladığı imkândan istifade ile açacağı davalar (örneğin, müdahalenin men’i, tazminat, tespit vb.) yoluyla, internet yayınındaki iddialarının hukuki haklılığını öne sürebileceği (sürmesi gerektiği), bu davalarda haklılığının ortaya çıkması sonrasında “erişimin engellenmesi” kararı veren mercie başvurarak bu kararın kaldırılmasını sağlayabileceği, internet karşısında tamamen korumasız olan kişiler bakımından öngörülen yasal koruma sisteminin salt eleştirilmesi ve ihmali suretiyle bir ihlâl değerlendirmesi yapmanın, ifade özgürlüğünün bireyin şeref ve itibarına terci edilmesi gibi bir sonuca yol açacağı ve üçüncü kişileri internet yayınları karşısında hukuki himayeden yoksun bırakacağı, dolayısıyla sanki bir “yapısal sorun” varmış gibi bir kabulden hareketle henüz hukuki bir ihtilaf konusu olmayan veya hukuki anlamda sonuçlanmayan bir sorunun, daha başlangıçta bireysel başvuruya konu yapılmasının hukuka uygun düşmeyeceği ve başvuru yolları tüketilmeden yapılan bu müracaatın da esas yönünden incelenmesinin mümkün olmadığı kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.” Ali Kıdık Başvurusu.

ölçüte göre değil; aynı zamanda maddi ölçüte göre değerlendirmektedir. AİHM'nin maddi ölçüte göre değerlendirme yaptığı hallerde, ülkemizdeki iç hukuktaki kanunilik düzenlemesinin dışına çıktığı görülmektedir. Bu durumun kanunilik kavramının genişlemesi ile kanun niteliğinin ölçülmesine olanak sağladığı düşünülse de hukukumuzdaki şekli ölçüt görmezden geldiğinde birtakım karışıklıklara sebebiyet verebileceği öngörülebilir. Örneğin; idarenin kendi kendine yetki vermemesi ve yetkinin ancak kanunla verilmesi durumunda AİHM tarafından şekli anlamda kanun aranmadığından mahkeme kararları veya diğer düzenlemelere bakılarak bu kararın verilmesi hukuka aykırı değildir denebilir. O halde yetkisiz idarenin yaptığı işlem, mahkeme kararları ile veya diğer düzenlemelerle paralellik gösterdiğinde kanuna dayanma ilkesi kapsamında bir sorun yaratmayacaktır; ancak bu husus hukukumuzda sorunlara yol açabilecek bir durumdur. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi'nin şekli anlamda kanuna dayanma ölçütü ile birlikte maddi ölçütü kullanması daha geniş bir denetime imkân sunarken, iç hukukumuzla AİHM paralellliğini sağlayabilmenin önünü açmaktadır.

SONUÇ

Kanuna dayanma ilkesi, idarenin kuruluşu, işleyişi, işlemleri ve eylemleri, yani tüm faaliyetleri için geçerli bir ilkedir. Hukuk devletinde, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması ve hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının belli standartlara sahip olması önemlidir. Kanuna dayanma ilkesi, özellikle hukuk güvenliği ve devletin yetkileri karşısında temel hak ve hürriyetlerin korunması gereği hukuk devletinin önemli bir parçasıdır. Hukuk devletinde, kanuna dayanma ilkesi, idarenin keyfi davranmasının önündeki engeldir. İdarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ilkesi yer yer idarelerce aşılmaktadır. Yargısal denetim sayesinde, bu işlem veya eylemlerin kanuna dayanıp dayanmadığı tespit edilmekte ve idarelerin bu sınırı aşmaları önlenerek keyfi uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Hak ve hürriyetlere müdahaleler, öngörülebilir, belirli ve sınırlı olmalıdır. Bu da kanuna dayanma ilkesi ile mümkündür. Günümüzde hak ve hürriyetler kadar bunların kullanılmasına olanak sağlayan araçlar da korunmaya muhtaç-

tır. İfade özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara temas eden internetin önemi git gide artmaktadır. Yakın tarihlerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine sıklıkla konu olan internet kısıtlamalarına dair kararlar incelenmiştir. Bu kararlar incelendiğinde, internetin birçok hak ile sıkı sıkıya bağlı olduğu görülmüştür. Hak ve hürriyetlerin kullanılmasına olanak sağlayan en önemli araçlardan biri haline gelen internetin kısıtlanmasına yönelik tedbirlerin kanuna dayanma ilkesi kapsamında olup olmadığı önem arz etmektedir. Zira internet, hak ve hürriyetlerle o kadar sıkı sıkıya bağlı hale gelmiştir ki bir kısıtlama kararı ile birden fazla hak ve hürriyet kısıtlanabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, internet erişiminin engellenmesine yönelik maddi ölçüte göre kanuna dayanma ilkesi kapsamında değerlendirme yapmaktadır. İnternet erişiminin engellenmesine yönelik uygulamalarla ilgili, kanuna dayanma ilkesi kapsamındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiştir. İncelenen kararlar göz önüne alındığında, Mahkeme öncelikle iç hukuk düzenlemesine bakmaktadır. İç hukukta, internet kısıtlaması kanunla düzenlenmiş olsa bile kanunun içeriği ele alınmakta ve kanunun niteliği tartışılmaktadır. Tedbire yönelik kanunun varlığını yeterli görmeyen Mahkeme, kanunlarda öngörülen takdir yetkisinin orantılı olup olmamasından, kanunun anlaşılabilir, açık ve ulaşılabilir olup olmadığına kadar içeriğini de denetlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yasama tarafından çıkarılan, usulüne uygun yürürlüğe giren bir kanun bulursa ve tedbir bu kanuna dayansa bile kanunilik ilkesine aykırılık tespit edebilmektedir. Diğer yandan, yine, iç hukukta kanun adı altında bir düzenlemeyi gerekli görmeyen mahkeme, kanuna dayanma ilkesinin gerçekleştiğini, mahkeme kararlarına ve birtakım idari kararlara bakarak da söyleyebilmektedir. Bu yüzden hukukumuzdaki kanunilik ve bu ilkenin bir kolu olan kanuna dayanma ilkesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince daha farklı yorumlanmaktadır. Ülkemizde internetin kısıtlanmasına yönelik tedbirlerde kanuna dayanma ilkesini Anayasa Mahkemesi kararları ile inceledik.

Anayasa Mahkemesi, hukukumuzda idarenin kanuniliği ilkesinin ve onun bir kolu olan kanuna dayanma ilkesini, yalnızca şekli ölçüte göre değil; aynı zamanda maddi ölçüte göre değerlendirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mah-

kemesinin maddi ölçüte göre yaptığı değerlendirmede kanuna dayanma kavramını incelerken, mevcut kanunlarla, mahkeme kararları veya süregelen idari uygulamaların arasındaki farkı gözetmediği görülmektedir. Bu durum kanunilik kavramının genişlemesi ile kanun niteliğinin ölçülmesine olanak sağlasa da hukukumuzdaki şekli ölçüt görmezden gelindiğinde birtakım karışıklıklara sebebiyet verebilecektir. Örneğin; yetkisiz idarece verilen, hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı bir karar ile ilgili, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince şekli anlamda kanun aranmadığından, birbirini destekleyen mahkeme kararları veya diğer düzenlemelerdeki paralelliğe bakılarak bu kararın verilmesi hukuka aykırı değildir denebilir. Bu hukukumuzda sorunlara yol açabilecek bir durumdur. Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin şekli anlamda kanuna dayanma ölçütü ile birlikte maddi ölçütü kullanması daha geniş bir denetime imkân sunarken, iç hukukumuzla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi paralelliğini sağlayabilmenin önünü açmaktadır.

KAYNAKÇA

- Altındağ, Halil** (2016) İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Atay, Ender Ethem** (2012) İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Atay, Ender Ethem** (2014) “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, Ombudsman Akademik, S:1, s.1-30.
- Balta, Tahsin Bekir** (1968/1970) İdare Hukukuna Giriş, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:117.
- Barın, Taylan** (2022) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili”, S: Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022-2), s.289-314.
- Çağlayan, Ramazan** (2021) İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Dominika Bychawska-Siniarska** (2018) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, (Çeviren: Köksal, Tuğçe Duygu) Avrupa Konseyi, s.9.
- Günday, Metin** (2011) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Karahançoğulları, Onur** (2018) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Karahançoğulları, Onur/Altıparmak, Kerem** (2004) “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S:3, s.249-276.
- Kaya, Mehmet Bedii** (2020) “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, Anayasa Yargısı, C:37, S:2, s.159-203.
- Kılınç, Doğan** (2010) “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:2, s.412.
- Özbudun, Ergun** (2011) Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özpolat, Haşim** (2018) “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:33, s.610.
- Sever, D. Çiğdem** (2021) Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Sevgili Gençay, Fatma Didem (2020) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar-İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:151, s.1-27.

Şanlı Atay, Yeliz (2011) Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Baskı, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.

Ulusoy, Ali (2021) Yeni İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yıldırım, Turan (2017) “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:23, S:2, s.13-28.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Akdeniz-Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 20877/10, K.T. 11.03.2014.

Altuğ Taner Akçam-Türkiye Kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No:27520/07, K.T. 25.10.2011.

Kablis-Rusya Kararı, AİHM, Başvuru No: 48310/16, K.T. 30.04.2019.

Kalda-Estonya Kararı, AİHM, Başvuru No: 17429/10, K.T. 19.01.2016.

Leyla Şahin-Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 44774/98, K.T. 10.11.2005.

OOO Flavus ve diğerleri-Rusya Kararı, AİHM, Başvuru No: 12468/15, 23489/15, 19074/16, K.T. 23.06.2020.

Yıldırım-Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 3111/10, K.T. 18.12.2012.

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Ali Kılık Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/5552, K.T. 26.10.2017.

Anayasa Mahkemesi, E:2014/87, K: 2015/112, T:08.12.2015.

Mustafa Aydın Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/275, K.T. 06.10.2015.

Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/3986, K.T. 02.04.2014.

Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/4705, K.T. 29.05.2014.

Danıştay Kararları:

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2012/532, K:2015/169, T: 29.01.2015.

Danıştay 10. Daire, E:2014/5003, K:2016/898, T: 19.02.2016.

Danıştay 13. Daire, E:2007/9565, K:2008/6764, T:13.10.2008.

Danıştay 6. Daire, E:1999/468, K:2000/850, T:15.02.2000.

Danıştay 10. Daire, E:2002/5890, K:2005/7806, T: 16.12.2005.

Danıştay 10. Daire, E:2002/5890, K:2005/7806, T: 16.12.2005.

DİLENCİLİK KABAHATI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Emin KOÇ^(**)

ÖZET

Dilencilik kadim bir meslektir. Tarihsel süreç içerisinde karşılıksız edim elde etmek birçok dönemde toplumsal düzeni bozucu bir eylem olarak görülmemiştir. Dilencilik istisnaları olsa da günümüzde hukuk sistemlerinde toplumsal düzene aykırı bir faaliyet olarak düzenlenmiştir. Bu tercih sosyolojiden beslenmekte ve toplumsal düzene etkisine göre farklılaşabilmektedir. Bazı hukuk sistemleri bu eylemi serbest bırakırken bazı hukuk sistemleri suç, bazı hukuk sistemleri ise kabahat olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Bizim hukuk sistemimiz dilencilik bir kabahat, dilendirmeyi (çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmak) ise suç olarak düzenlemiştir. Bu tercihin bir yansıması olarak dilencilik Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş ve kabahatlerin hukuki rejimine tâbi kılınmıştır. Kabahatlerin karşılığında öngörülen idari yaptırımlar ise idari işlem niteliğindedir. Kabahatler Kanunu, dilencilik ile hukuki esasların belirlenmesinde birçok konuda Türk Ceza Kanunu'na göndermede bulunmaktadır. Bu nedenle kabahatlerin hukuki rejiminin belirlenmesinde Türk ceza hukuku hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller Türk ceza hukuku hükümlerine göre belirlenmektedir. Ancak birçok husus doğrudan Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmediği için uygulamada sorunlarla karşılaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Dilencilik, Kabahat, Yaptırım, Kolluk, İdari İşlem.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1243443 - **Geliş Tarihi:** 27.01.2023 - **Kabul Tarihi:** 01.06.2023.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye,

E-posta: emin.koc@deu.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0001-8208-8429>.

THE MISDEMEANOR OF BEGGING

ABSTRACT

Begging is an ancient occupation. Although there are exceptions today, begging is regulated as an activity against the social order in legal systems. This preference is fed by sociology and may differ according to its effects on the social order. While some legal systems allow this act, some legal systems may prefer to regulate it as a crime and some legal systems as a misdemeanor. In our legal system, begging is a misdemeanor and making someone beg (using children as a tool in begging) is a crime. As a reflection of this preference, begging has been regulated in the Misdemeanor Law and has been subjected to the legal regime of misdemeanors. Administrative sanctions foreseen in return for misdemeanors are in the nature of administrative action. The Law on Misdemeanors in determining legal principles with begging makes reference to the Turkish Penal Code on some issues. For this reason, Turkish criminal law principles find an area of application in determining the legal regime of misdemeanors. In particular, the reasons for compliance with the law and the circumstances affecting the culpability are interpreted according to the principles of Turkish Criminal Law. However, since many issues are not regulated directly in the Misdemeanor Law, problems are encountered in practice. For this reason, it is necessary to make necessary arrangements regarding misdemeanors, taking into account the problems in practice.

Keywords

Begging, Misdemeanor, Sanction, Law enforcement, Administrative Action.

GİRİŞ

Dilencilik insanlık tarihi kadar eski bir meslek ve alışkanlıktır. Çünkü dilencilik mutlak ihtiyaç duyulan bir değer/menfaat karşılığı olmaksızın salt bir alışkanlık olarak da yapılmaktadır. Dilencilikğin kökeninde sosyal -ekonomik faktörler etkilidir¹. Günümüzde dilencilik, istisnalar olmakla birlikte birçok hukuk düzeninde farklı düzlemlerde kamu düzenini bozan bir eylem olarak kabul edilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır². Bizim hukukumuzda da suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir örneği olarak dilencilik, suç olmaktan çıkarılmış ve idari para cezası öngörülen bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Dünyada siyasi kargaşalar, savaşlar nedeniyle göçler artmış ve bu artışa koşut içsel faktörlerin de etkisiyle dilencilik kamu düzenini bozan yaygın bir ihlal haline gelmiştir. Ülkemizde de özellikle Suriye iç savaşı ile birlikte yoğun bir göç dalgası yaşanmış ve bu göç dalgasının dilencilik kabahatinin yaygınlaşmasına ciddi etkisi olmuştur.

Bu çalışmada dilencilik kabahatinin idare hukuku açısından hukuki rejimi ve bu kabahatten dolayı sorumluluğun esasları, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluğu kaldıran hallerin dilencilik kabahati açısından uygulanabilirliği ve dilencilik kabahati sonucu öngörülen idari yaptırımlar incelenmeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK

A. DİLENCİLİK KAVRAMI

Dilencilik, kişilerin manevi duyguları istismar ederek ihtiyaçlarını karşılamak veya “bir davranış kalıbı” olarak başkalarından para veya başka bir ekonomik değeri talep etmek olarak tanımlanabilir³. Dilenci ise bu çerçevede bir yarar

¹ **Gündüz, Olgun** (2020) “Toplumda Dilencilik Olgusu ve Dilenci Tipi”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S:49, s.861 vd. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1453732>> s.e.t. 13.12.2022.

² Bkz. **Çelik, Elif** (2022) “Dilencilik Sorusu ve Dilencilik Yasaklarını İnsan Haklarıyla Ele Almak: Lacatus v. İsviçre Kararının Uyandırdıkları”, YÜHFD, C:XIX, S:1, s.93-127.

³ Bkz. **Vatandaş, Celalettin** (1999) “Dilenciler ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma)”, Journal of Religious Ethics, C:27, S:2, s.170 vd. <<https://sbd.aku.edu.tr/IV1/15CelalettinVatan>>

talep eden kişidir. Dilencilik en kadim mesleklerden birisidir ve bu bağlamda dilencililiğin sosyal ve ekonomik birçok nedeni bulunmaktadır⁴. Ayrıca dilencililiğin yaşa, ihtiyaç nedenine, fiziksel duruma vb. sebeplere dayalı birçok türü bulunmaktadır⁵. Dilencilik amacıyla kişinin kendisini acındırması ve manevi duyguları istismar etmesi çok çeşitli şekillerde olabilir. Bu bazen karşılıksız bir menfaat talep etme şeklinde olabileceği gibi bazen de zoraki bir şey satmak, cam silmek, dua okumak gibi görünürde bir edimin karşılığı olarak da talep edilebilir⁶. Ancak bu edim aslında elde edilen menfaatin karşılığı olmaktan öte dilencililiği perdelemek amacıyla yerine getirilmektedir. Uygulamada da en çok karşılaşılan örnek olarak kâğıt mendil satıcılığında olduğu gibi dilencilik kabahatinden ve yaptırımından kaçınmak amacıyla seyyar satıcı gibi davranıldığı görülmektedir⁷. Dilencililiğin oluşabilmesi için menfaate gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmaması kurucu bir unsur değildir. Ancak bir vakıa olarak bu yardıma gerçekten ihtiyaç duyulduğu haller (ekmek, süt istemek gibi) de olabilmektedir.

Dilencilik kabahati 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) ile tanımlanmıştır. Her ne kadar dilencilik sözlük anlamı ile tanımlanabilirse de yaptırım öngörülen bir ihlal olarak sınırının, kapsamının, tipiklik unsurunun daha iyi anlaşılabilir olması adına Kanun ile tanımlanması daha yerinde olurdu. Dilencilik fiilinin bir ihlal olarak düzenlenmesi, kamu düzenini koruma amacı taşımaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesi ile “toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak” Kanun'un amacı olarak

das.pdf> s.e.t. 07.10.2021; **Gündüz**, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1453732>> s.e.t. 13.12.2022.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Birtek, Fatih** (2014) “Dilencilik Suçu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” C:5, S:2, s.122-132, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208327>> s.e.t. 08.10.2022.

⁵ **Özer, Yunus Emre/Yontar, İbrahim Güray** (2013) “Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C:12, S:43, s.241 vd. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/70432>> s.e.t. 08.10.2022.

⁶ Bkz. **Birtek**, s.132-138; **Köprülü, Timuçin** (2017) “Dilencilik Suçu ve Kabahati” Av. Teoman Ergül'e Armağan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.73-75.

⁷ Bkz. Aşlıcan Kalfa Topateş ile Söyleşi, “Dilencilere verilecek 10 dakikası olanlara: Neden dilemiyor, ne hissediyor, ne kazanıyorlar?” <<https://t24.com.tr/haber/dilenciler,320171>> s.e.t. 30.05.2023.

düzenlenmiştir. Bu çerçevede dilencilik kabahati sonucu idari yaptırım kararı, idari işlem teorisi açısından ancak kamu yararına yönelmek zorundadır.

Sosyal devlet ilkesi ve dilenciliğin bir kabahat olarak düzenlemesi (yasaklanması ve bir yaptırıma bağlanmasının kökeni) birçok açıdan ele alınabilir ve eleştirilebilir. Çünkü dilenciliğin *-bir alışkanlık biçimi olarak değil de-* gerçekten ihtiyaç duyulması ve bu ihtiyaçların başka türlü karşılanamaması durumunda yaptırıma tâbi kılması sosyal devlet ilkesinin gerekleri ile eleştirilebilir. Çünkü sosyal bir devlette bireylerin temel insani ihtiyaçlarını karşılamak, insan onuruna yakışacak hayat standardı sunmak idarenin görevidir. Özellikle gerçekten ihtiyaç duyulması ile dilenciliğin yapılması ve bunun sonucu elde edilen menfaatin veya parasal değerın kişilerin kendi iradeleri ile fiziki veya vicdani bir baskı olmadan bir değer olarak dilenciye sunmaları durumunda dilenciliğin yaptırıma bağlanmasının izahı güçleşmektedir.

Bu konuda yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen *Lacatus v. İsviçre* kararı⁸ konunun sosyal boyutuna işaret etmesi bakımından önemlidir⁹. Karara konu olan olayda; dilencilik nedeniyle yaptırıma maruz kalan başvuru aşırı yoksul bir aileden gelmekte, işi bulunmamakta ve sosyal yardım almamaktadır. Ayrıca bu kişi okuryazar da değildir. Mahkeme, bu şekilde zor şartlarda yaşayan kişinin dilenerek hayatta kalmasını onun için bir kendini ifade etme yöntemi olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, dilenmek onun için zor durumunu açıklama ve temel ihtiyaçlarını karşılama biçimidir. Bu nedenlerle mahkeme iç hukukta dilencilikten dolayı alınan cezanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı başlığını taşıyan 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu karar dilencilik olgusunun tartışmaya açık/spekülatif birçok boyutuna işaret etmektedir. Olgunun sosyolojik, iktisadi ve insan hakları başta olmak üzere birçok boyutu bulunmaktadır. Bu çerçevede 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda "çalışmaya muktedir olduğu

⁸ *Lacatus v. İsviçre*, Başvuru No. 14065/15, K.T.: 19.01.2021, Türkçe özet için bkz. <<https://anayasagundemi.com/2021/02/05/ihamin-lacatus-v-ivricre-kararinin-ozet-cevirisi-isi-ve-sosyal-guvencesi-olmayan-hayatini-idame-ettirebilmek-icin-dilenmek-zorunda-olan-basvurucuya-kamusal-alanda-dilendigi-icin-c/>> s.e.t. 13.04.2023. Fransızca orijinal için bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207377>> s.e.t. 13.04.2023.

⁹ Detaylı değerlendirmeler için bkz. **Çelik**, s.93-127.

halde dilencilik yapma” eyleminin suç olarak düzenlendiğini hatırlatmak gerekir. Kabahatler Kanunu’nda bu yönde bir şart bulunmamaktadır. Çalışmaya muktedir olup olmamak kabahatler açısından bir ölçüt değildir. Ancak konunun sosyal boyutu dikkate alınırca çalışmaya muktedir olup olmama ölçütünün kabahatler açısından da düzenlenmesi tartışılabilir.

B. SUÇ VE KABAHAHAT AYRIMI: DİLENCİLİK KABAHAHATİ VE DİLENCİLİK SUÇU

Kabahatler Kanunu ile kabahat tanımlanmıştır: “kabahat deyiminden; kanununun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır”(m.2)¹⁰. Kanun’da kabahat bir haksızlık olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere bir haksızlığın kabahat yani idari düzeni bozucu bir fiil veya suç olarak düzenlemesi izlenen suç politikası ile ilgilidir¹¹. İzlenen suç politikasında ise düzen bozucu fiiller arasında bir ayırım yapma, daha basit, daha az haksızlık içeren fiillerin ceza hukukunun alanından çıkarılarak idari ihlal olarak düzenleme ve idari süreç sonucu yaptırıma bağlama isteği kendini göstermektedir¹². Uzun bir sürecin sonunda Avrupa Ülkeleri’nde ve de bizim hukukumuzda düzeni bozucu basit fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Hukuk düzeninde bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılıp kabahat haline getirilmesinde ya da yaptırıma tâbi olmayan serbest bir fiil olarak düzenlenmesi tamamen izlenen suç/yaptırım politikası ile ilgilidir. Konumuz olan dilencilik kabahatinde de farklı hukuk sistemlerinin farklı tercihleri olabilmektedir¹³.

¹⁰ Kabahat sözlükte ise “Uygunsuz hareket, çirkin, yakışsız davranış, suç, kusur, töhmet” olarak tanımlanmaktadır. <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 05.11.2022.

¹¹ Madde gerekçesi için bkz. **İnan, Atilla/Demir, İbrahim** (2014), Açıklamalar - İctihatlar ve Madde Gerekçeleri- Kabahatler Kanunu, Ankara, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını, s.160-161.

¹² Bu konuda bkz. **Artuk, Mehmet Emin** (2006) “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, s.3 vd. <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/dsp.php?fn=makale-mehmeteminartuk-1.htm&kw=dilencilik&cr=hebb#fm>> s.e.t. 29.11.2022.

¹³ Örnekler için bkz. **Doğan, Oğuz Kaan** (2022) “Dilenmek Bir İnsan Hakkı mıdır? İfade Özgürlüğü Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:71, C:2, s.885-910 <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/dsp.php?fn=makale-oguzkaandogan-1.htm&kw=dilencilik&cr=hebb#fm>> s.e.t.30.11.2022; **Çelik**, s.93-127.

Türk Hukuku'nda dilencilik (dilenme) idari düzeni bozucu bir fiil olarak görülmüş, dilencilikte çocukları araç olarak kullanmak (dilendirme) ise suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda suçlar; cürümler ve kabahatler olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Bu dönemde hem dilencilik hem de dilencilikte araç olarak kullanma ayrı birer suç olarak düzenlenmişti¹⁴. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu birçok kabahat 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile suç olarak düzenlenmekten vazgeçilmiş ve ayrı bir kanun (Kabahatler Kanunu) ile idari düzeni bozucu haksızlık, yani kabahat olarak düzenlenmiştir¹⁵. Ancak Kabahatlerden dolayı sorumluluğun esasları, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluğu ortadan kaldıran haller, zaman ve yer bakımından uygulama kuralları gibi hususlarda Kabahatler Kanunu, Türk Ceza Kanunu'na göndermede bulunmaktadır. Çünkü Kabahatler Kanunu düzenlenirken olabildiğince ceza hukuku ilkeleri ve kurumları esas alınmıştır¹⁶.

Yeni duruma göre dilencilığe ilişkin hem bir suç hem de bir kabahat düzenlenmekte; böylece izlenen suç politikasında doğrudan dilencilüğün haksızlık içeriği ile başkalarını araç olarak kullanarak dilendirme fiilinin haksızlık içeriği arasında bir ayırım yapılmak istenmektedir. Kanun koyucunun tercihine göre dilenmenin, dilendirme suçuna göre kamusal hayatta daha az haksızlık yaratacağı düşünülmektedir. Ancak dilencilik kabahatini suç olmaktan çıkarıp idari para cezasına tâbi kılmak, bu türden kabahatlerin yaygınlaşmasına da neden olabilir. Çünkü kabahat ile suç arasındaki caydırıcılık etkisi birbirinden farklıdır. Kabahat ve suç ayırımının bir sonucu olarak yaptırım farklılıkları da karşımıza

¹⁴ Mülga Kanun'un 544. maddesi ile dilencilik suçu düzenlenmişti: "*Her kim, çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır.*" Aynı Kanun'un 545. maddesinde dilendirme suçu düzenlenmiştir: "*Her kim, 15 yaşından aşağı çocukları toplayıp dilencilik ettirir veya velayet ve vesayeti altında bulunan yahut kendisinin muhafazası ve nezaretine tevdi olunan 15 yaşından aşağı bir küçüğün dilenmesine veya bir kimsenin o küçüğü dilencilikte kullanmasına müsaade ederse üç aydan aşığı olmamak üzere hafif hapis ve 100 liradan aşığı olmamak üzere hafif para cezasıyla cezalandırılır.*" Bu düzenlemelerin değerlendirilmesi için bkz. **Köprülü**, s.649-678.

¹⁵ Bkz. **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.27.

¹⁶ Bkz. **Ulusoy, Ali** (2013) İdari Yaptırımlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.48-130.

çıkılmaktadır. Bu yaptırım farklılığının nedeni de idari ve cezai yaptırımlarının amaç farklılığından kaynaklanmaktadır.

İdari yaptırımlar, bir hukuk kuralının uyulmaması durumunda bu uymamanın karşılığı olarak idarece verilen tepkidir. İdare tarafından verilen tepkinin amacı sosyal düzeni, toplum disiplinini korumaktır¹⁷. İdari yaptırımların gerekliliği de bu noktada ortaya çıkar. İdare kamu hizmetlerini yerine getirmek, kamu güvenliğini sağlamak adına idari yaptırım uygulama yoluna gidecektir. Ceza yaptırımları ise daha genel anlamda sosyal düzenin ana hatlarını korur. Denilebilir ki idari yaptırımlar bu ana hatlar arasındaki boşlukları doldurur¹⁸. Çünkü ceza yaptırımları esas olarak daha ağır ihlallerde, idari yaptırımlar ise sosyal düzen içindeki daha özel bir alan olarak idari düzenin korunmasında ortaya çıkmaktadır¹⁹. Bu ölçütün esas olarak kabul edilebilir nitelikte olduğunu bu bağlamda suç (ceza) ve idari ihlal (idari yaptırım) nitelemesinin sosyolojik yapıdan bağımsız olamayacağını ifade etmek gerekir. Ancak her iki yaptırım türünün konusu da hukuka aykırılıklardır.

Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin²⁰ bir sonucu olarak dilencilik kabahati Türk Ceza Kanunu'nda değil, Kabahatler Kanunu ile kabahat olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda "çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik yapma" eylemi suç olarak düzenlenmişti. Ancak Kabahatler Kanunu'nda bu yönde bir şart bulunmamaktadır²¹. Çalışmaya muktedir olup olmamak bir ölçüt olmaktan çıkarılmış, fiziken ve ruhen gerçekten çalışa-

¹⁷ **Günday, Metin** (2013) *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, s.215; **Gölcüklü, Feyyaz** (1963) "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı" *Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:18, S:2, s.131.

¹⁸ **Oğurlu, Yücel** (2001) *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.48.

¹⁹ **Günday**, s.216.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Mahmutoglu, Fatih Selami** (1995) *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayıncılık, s.1 vd.; **Bayraktar, Köksal** (1984) "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı" *İÜHFİM*, C:50, S:1, s.197-212; **Karagülmez, Ali** (2005) *Suç Olmaktan Çıkarma- İdari Para Cezaları- Açıklamalı Kabahatler Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.27-30.

²¹ **Güçlü, Yaşar** (2020) *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, <<https://www.surelikitap.com/tr>> s.e.t.30.11.2022, (çevrimiçi sürüm, s.410).

mayacaklar olanlar bakımından da kabahat düzenlenmiştir. Bu ölçüt dilencilik kabahati açısından da muhafaza edilseydi herhangi bir iş veya mesleği yapamayacak durumda olanlar için dilencilik kabahatinin işlendiğinden bahsedilemeyecekti. Bu ise özellikle yaşlıların dilencilik yaptığı dikkate alınırsa kabahat ile korunmak istenen sosyal düzeninin korunmasına engel olacaktı.

Türk Ceza Kanunu ile ise “dilencilik” suçu düzenlenmiştir. Madde başlığı ile içeriğin çok uyumlu olmadığını ifade etmek gerekir²². Madde başlığı dilencilik fiilinin cezalandırılacağı izlenimini yaratmaktadır. Ancak madde ile cezalandırılan şey “çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmak”tır (m.229). Bu nedenle dilencilik yapılması ile dilencilikte araç olarak kullanma iki farklı fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu ile düzenlenen suç daha çok “dilendirme”²³ terimi ile ifade edilebilir²⁴.

Dilencilikte araç olarak kullanma yani dilencilik yaptırılması suçu Türk Ceza Kanunu’nun genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir (m.229). Bu suç ile çocuklar ile beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Madde ile sadece çocuklar değil, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek kişilerin araç olarak kullanılması da düzenlenmiştir. Özellikle ruhi veya bedeni bir engeli olanlar açısından bu suçun oluşması söz konusu olabilecektir.

Kabahatler Kanunu ile ise madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere başkalarının merhamet ve acıma duygularının istismarı engellenmek istenmektedir. Ayrıca dilenme kabahatinde failin bireylerin manevi duygularını istismar etmek amacıyla yanıltıcı eylemlerde bulunması bağımsız suçların oluşmasına neden

²² Köprülü, s.653.

²³ Birtek, s.124.

²⁴ Kabahatler Kanunu’nda dilencilik kabahati madde gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır: “Çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması fiili, ceza hukuku bakımından suç olarak düzenlenmiştir”(m.33 gerekçesi).

olabilir. Mülki amirlikten, muhtarlıktan veya ilgili idareden durumunu gösteren bir belge aldığını iddia eden ve bu sahte belgeler ile dilencilik yapanların dilencilik haricinde evrakta sahtecilik gibi suçlardan sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Dilencilik kabahatinin kişileri acındırmak maksadıyla yanıltıcı fiiller ile işlenmesi dolandırıcılık suçunu da oluşturabilir. Dilencilik kabahatinin oluşması için kişinin fiziki veya psikolojik bir eksikliğin olması zorunlu değildir. Ancak dilencilik kabahatinde fail insanları yanıltarak gerçek olmayacak şekilde fiziken sakat, ruhen yardıma ihtiyacı varmış gibi kendini göstermesi mümkündür. Bu durumda fail hileli davranışta bulunarak başkalarını aldatıp yarar sağlayacaktır. Fail hileli davranışlarını doğrudan bedeni ile gösterebileceği gibi bunları destekleyecek şekilde sağlık raporları ve röntgen görüntüleri gibi materyallerle de destekleyebilir. Bu şekilde hileli hareketler ile yarar sağlama durumunda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı değerlendirilecektir²⁵. Çünkü Türk Ceza Kanunu m.157 gereği; “Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir”. Ancak dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileli davranışlar sonunda bir yarar sağlanması gerekmektedir²⁶. Bu durumda sadece suçtan dolayı cezai sorumluluk esastır.

Dilencilik kabahati dilendirme suçu haricinde farklı suçların işlenmesine de neden olabilir. Örneğin fiil dilendirme niteliğinde olmayıp kötü muamele suçu (TCK, m.232) kapsamında kalabilir²⁷. Ya da dilendirme maksadıyla insan tedarik edilmesi insan ticareti suçunu (TCK, m.80)²⁸ oluşturabilir. Bu durumlarda ise somut durum özelinde değerlendirme yapmak gerekmele birlikte kural olarak her fiilin bağımsız suç oluşturması ilkesi gereği cezai sorumluluk tespit edilmelidir.

²⁵ Eker-Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker (2019) “TCK’da Dolandırıcılık Suçu” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C:21, Özel Sayı, s.578-579; Bkz. Köprülü, s.666-667.

²⁶ Eker-Kazancı/Zeyrek, s.578-579.

²⁷ Bkz. Köprülü, s.664-665.

²⁸ Bkz. Köprülü, s.665-666.

Bazı durumlarda da -dilencilik kabahati için sadece para cezası öngörüldüğü için- dilencilik suçunu (dilendirme) perdelemek için görünürde dilencilik kabahati de işleniyor olabilir. Örneğin bir kişi başka bir kişinin dilendirilmesini perdelemek için dilencilik yapıyor ya da öyle görünüyor olabilir. Bu durumda somut olay özelinde koşullar dikkate alınarak hem dilencilikten hem de dilendirmekten yaptırım uygulamak gerekir.

II. DİLENCİLİK KABAHAHATİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞUN ESASLARI

A. FAİL VE FİİL

Fail, kanunda unsurları tanımlanan kabahat fiilini işleyen kişidir²⁹. Dilencilik kabahati herkes tarafından işlenebilir. Kanun'da da “dilencilik yapan kişiye” ifadesinin tercih edilmesi kabahatin herkes tarafından işlenebildiğinin bir göstergesidir. Kabahatin işlenebilmesi için kanun koyucu özel bir şart getirmemiştir. Özgü bir kabahat değildir. Bu nedenle “herkes tarafından işlenebilen kabahat” niteliğindedir³⁰. Ayrıca dilencilik yapan kişinin ekonomik, fiziki veya psikolojik durumu kabahatin gerçekleşmesi bakımından önemli değildir³¹.

Dilencilik kabahatinin tespiti ve para cezası uygulaması esnasında failin yabancı olduğunun tespit edilmesi durumunda derhal emniyet birimlerine haber verilir ve söz konusu kişiler teslim edilir³². Duruma göre ilgili kişilerin kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu tespit edilirse 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu gereğince sınır dışı edilmeleri de söz konusu olabilir (m.54/1-d).

²⁹ **Akbulut, Berrin** (2018) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, s.362 vd.

³⁰ **Girgin, Kaan** (2020) “Kabahat ve Suç Ayrımı”, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.70.

³¹ **Çağlayan, Ramazan** (2006) İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu ve Yorumu), Ankara, Asil Yayınevi, s.205.

³² Uygulamada da bu operasyonlara İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi, Çocuk Şubesi ve İl Göç İdaresi Müdürlüğü ekiplerinin katıldığı da gözlenmektedir. Bkz. <<https://samsun.bel.tr/haberler/zabitanan-dilenci-operasyonu>> s.e.t. 30.05.2023.

Fail başlığı bağlamında hatırlatmak gerekir ki Anayasa (m.38) ve Türk Ceza Kanunu (m.20/1) ile düzenlenen şahsilik ilkesi³³ kabahatler için de geçerlidir.

Tipiklik, fiilin kanuni unsura uygun olmasını ifade eder. Kanunda tanımlanan fiil unsuru ile somut hareket arasındaki örtüşmedir³⁴. Ceza hukukunda olduğu gibi kabahatler hukukunda da sorumluluğun doğabilmesi için fiilin gerçekleşmesi gerekmektedir. Fiil gerçekleştirmediği takdirde sorumluluğun doğması mümkün olmayacağı için fail, mağdur, netice vb. hususların incelenmesine gerek kalmayacaktır.

Kabahatler Kanunu dilencilik fiilinin tanımına yer vermemiştir. Bunun haricinde de dilencilik tanımı mevzuatımızda yapılmamıştır³⁵. Kabahatler Kanunu madde gerekçesinden hareketle dilencilik kabahatinin oluşması başkalarının acıma ve merhamet duygularının istismar edilmesi suretiyle bir yarar sağlama amacına bağlıdır. Ancak kabahatin tipiklik unsurunun gerçekleşebilmesi için kişinin kendisini yoksulmuş gibi göstermesine, fiziken ve manen yardım ihtiyacı olduğunu göstermesine gerek yoktur. Burada önemli olan kişinin kendisini nasıl gösterdiği değil muhatapları üzerinde bıraktığı etkidir. Acındırarak manevi

³³ Şahsilik (kişisel) ilkesi esasen ceza hukukunda yer alan temel bir ilkedir. Bu ilkeye göre cezanın muhatabı sadece o suç işleyendir. Cezadan sadece suçu işleyen etkilenir, suçlunun ailesinin veya diğer yakınlarının suçun işlenmesinden dolayı sorumluluğu yoktur. Şahsilik ilkesi Anayasa'nın 38. maddesinde "ceza sorumluluğu şahsidir" şeklinde düzenlenirken Türk Ceza Kanunu'nda da "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz" şeklinde yer almıştır. Kişisel ilkesi İdari yaptırımlar hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Kişisel ilkesinin idari yaptırımlar hukukunda da uygulama alanı bulması düşüncesi Danıştay kararları ile de desteklemektedir. Bkz. **Özay, İl Han** (1985), İdari Yaptırımlar-Kuramsal Bir Deneme, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası, s.29; **Oğurlu**, s.55- 56; **Tan, Turgut** (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yaptırımlar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C:2, s.105.

³⁴ Bkz. **Keyman, Selahattin** (1980) "Tipiklik ve Ceza Hukuku" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:37, S:1, s.59-105.

³⁵ Ancak hukuk tarihimizde ve sistemimizde dilencilik ile düzenlemeler yer almıştır. Bunlardan birisi 1897 tarihli Tese'ülün Men'ine Dair Nizamnamedir. Hatta Doktrinde **Birtek**, bu nizamnamenin 9. maddesinden dilencilik tanımının çıkarılabileceğini ifade etmektedir (**Birtek**, s.133). Yine 1580 sayılı mülga Belediye Kanunu'nda dilencilikle mücadeleyle ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (Bkz. **Köprülü**, s.6373-676).

duyguların istismar edilmesi hususunda failin özel bir çabası olmayabilir ancak kişiler bu düşünceye kapılıp bu gerekçe ile dilenciye yarar sağlayabilir. Bu durumda dilencilik kabahati oluşacaktır. Dilencilik amacıyla kişinin kendisini acındırması ve manevi duyguları istismar etmesi çok çeşitli şekillerde olabilir. Bu bazen karşılıksız bir menfaat/yardım talep etme şeklinde olabileceği gibi bazen de zoraki bir şey satmak, cam silmek, dua okumak gibi görünürde bir edimin karşılığı olarak da talep edilebilir. Dilencilik kabahatinin oluşabilmesi için kişinin bu fiili işlerken tespit edilmesi bu yönde tutanak tutularak işlem tesis edilmesi gerekir. Bu nedenle örneğin dilenci olduğu bilenen bir kişinin cami, türbe, mezarlık vb. yerlere gittiğinin dilencilik öncesi veya sonrası tespit edilerek işlem tesis etmesi hukuka aykırıdır³⁶.

İstisnai olarak bazı hallerde yardım talep edilmesinin hukuki bir dayanağı olabilir. Örneğin bir derneğin vakfın kanuna uygun olarak yardım toplaması söz konusu olabilir. Bu durumda yardım talep edilmesi dilencilik kabahati olarak değerlendirilemez³⁷. Yaygın karşılaşılan dilencilik halinin ise çaresizlik vurgusu ile karşılıksız bir menfaatin talep edilmesidir. Bu çerçevede hukuki olmaktan öte sosyolojik bir vakıa olarak dilencilik sosyo-kültürel yapıdan etkilenmekte ve bu yapıya göre şekillenmektedir. Dilencilik ritüelleri bulunulan şehre veya mahalleye, o yerin hassasiyetlerine, bulunulan güne veya döneme (ramazan ayı veya kandil günleri gibi) göre değişebilmektedir.

Dilencilik kabahatinin oluşması için gerçekten öyle olmasa dahi kişinin kendini acındırarak yardım istemesi, başkalarının manevi duygularını istismar etmesi ve karşılığında bir yararın sağlanması kabahatin oluşması için yeterlidir³⁸. Kabahatin oluşması için fiilin gerçekleşmesi yeterli ancak fiil sonucunda herhangi bir menfaat elde edilmesi zorunlu değildir.

Dilencilik kabahatinin oluşması için dilenen kişinin fiziken veya ruhen bir eksikliğinin, bozukluğunun veya “beden veya ruhen kendini idare edemeyecek

³⁶ Köprülü, s.651.

³⁷ Birtek, s.155.

³⁸ İnan/Demir, s.161-162.

durumda” olması gerekmemektedir. Bu şart dilencilik suçu için gereklidir. Ancak suçun oluşabilmesinin bu şarta bağlanması doktrinde eleştirilmektedir³⁹. Yine dilencilik kabahatinin oluşması için dilencilik sonucu elde edilecek gelire ihtiyaç duyulması da zorunlu değildir. Yaş bakımından da bir şart bulunmamaktadır. Yaş sadece dilencilik açısından aşağıda açıklanacağı üzere sorumluluğu etkileyebilir. Bu çerçevede çoğu zaman dilencililiğin tanımında ve kabahatin oluşmasında kişinin kendisini yoksul gibi göstermesi söz konusu olabilmekte iken bu bir zorunluluk değildir. Yani ekonomik durumu gayet iyi, üstü başı şık bir insanın da yoksulluk harici bir davranış kalıbı ile de dilencilik kabahatinin işlenmesi mümkündür. Dış görünüş, hal ve hareketler kolluk personeli için bir izlenim yaratsa da belirleyici unsur değildir.

Kanun’da dilencilikten elde edilen gelir ifadesinin geçmesi, illa ki parasal bir gelir elde edilmesi anlamına gelmez. Bu düzenleme elde edilen menfaatin parasal olması halinde el konulacağını vurgulamaktadır. Talep edilen menfaat bazen karşılıksız bir yarar talep etme şeklinde olabileceği gibi bazen de zoraki bir şey satmak, cam silmek, dua okumak, mendil veya süs eşyası, çiçek satmak gibi görünürde bir edimin karşılığı olarak da talep edilebilir. Menfaatin karşılıksız elde edilmesi ya da menfaatin kısmen karşılığının karşılanması dilencilik kabahatinin oluşmasına engel değildir.

Sonuçta dilencilik fiili ve failinin tespitinin o kadar da kolay olmadığını, muhatap üzerinde çoğu zaman zorunlu olmasa da acındırma, ihtiyaç sahibi olma duygusu yaratarak karşılıksız bir edim talep edilen her halde dilencilik kabahatinin oluştuğunu, bu fiili işleyen her kişinin de dilenci olarak kabulü doğru görünmektedir. Çünkü dilenme fiiline somut ve sınırları belirli bir anlam vermek çok zor niteliktedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde dahi dilencilik “dilencinin yaptığı iş”, dilenci ise “geçimini dilenerek sağlayan kimse” olarak tanımlanmıştır⁴⁰. Sözlükte dâhi birbirini refere eden tanımların tam sınırlarının belirlenmesi zordur.

³⁹ Bkz. Köprülü, s.655.

⁴⁰ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 25.01.2023.

Dilencilik, kara yollarında veya karayolu trafiğini engelleyecek ve tehlikeye atacak şekilde işlenirse bu durumda ayrıca Karayolları Trafik Kanunu ve diğer mevzuat çerçevesinde cezalandırılması da mümkündür. Bu durumda trafik güvenliğine ilişkin alınan kararlara uyulmama sonucunu doğurabileceği için emre aykırı davranış kabahatinin oluşması da mümkündür (KK, m.32).

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere dilendirme bir suçtur ve tipik hareket esas olarak çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmaktır (TCK, m.229). Bu nedenle suç oluşabilmesi için araç olarak kullanma durumunun somut, görülebilir, gözlemlenebilir, tespit edilebilir nitelikte olması gerekir. Aksi halde sözlü olarak çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri öne sürerek, onları bir acındırma aracı haline getirerek menfaat temini halinde dilencilik kabahati oluşacaktır⁴¹. Örneğin bir kişi çocuğunu öne sürüp yardıma ihtiyacı olduğunu iddia ederek kişilerin manevi duygularına istismar etmek kastıyla hareket ederse dilencilik kabahati oluşacaktır.

Fail, dilencilik görünümünde başka bir kabahat veya suç işleme kastında olabilir. Örneğin hırsızlık, dolandırıcılık, işgal gibi suç veya kabahatler işlenmiş olması halinde ilgili suç veya kabahatten dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Dilencilik kabahatinde failin, fiili kamuya açık alanlarda gerçekleştirilmesi yeterlidir. Fail tarafından gerçekleştirilen eylemin illa ki kamusal alanda gerçekleşme zorunluluğu yoktur. Burada şu hususa işaret etmek gerekir dilencilik yapıldığı alan kamuya ait veya özel kişiye ait olabilir⁴². Önemli olan o alanın kamuya açık bir alan olmasıdır. Kamuya açık alanlarda işlenen kabahatler yaptırıma tâbidir. Bu çerçevede bir kaldırımda, yolda, parkta dilencilik kabahati işlenebileceği gibi özel mülkiyete tâbi alanlarda da (örneğin bir sosyal tesiste, bir düğün salonunda) dilencilik kabahati işlenebilir.

⁴¹ Birtek, s.146.

⁴² Kabahatler Kanunu'nda kabahatin özel kişilere ait alanlarda veya binalarda işlenmesi hali sadece "Tütün mamullerinin tüketilmesi" (m.39) ve "afiş asma" (m.42) kabahatleri özelinde düzenlenmiştir.

Dilencilik kabahatinin maddi unsuru açısından son olarak şu hususu ifade etmek gerekir. Kabahatler Kanunu m.7 gereğince kabahatler icrai veya ihmali davranışla işlenebilir⁴³. Dilencilik fiili icrai olarak; bir fiil, aktif bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle dilencilik kabahati ancak icrai hareket ile işlenebilir.

B. MAĞDUR

Mağdur, basit bir tanımlamayla yasaklanan bir fiil ile korunan hukuki değer sahibidir⁴⁴. Bu nedenle kabahatler açısından mağdur; kişi, kişiler, kurum veya toplumun geneli olabilir⁴⁵. Çünkü kabahatler ile daha çok bireyler üstü değer korunması amaçlanmaktadır⁴⁶. Dilencilik kabahatinin mağduru ise bağımsız olarak fertler değildir. Yine dilenen kişiye bir menfaat temin eden kişi de mağdur değildir. Çoğu zaman kişiler gönüllü olarak dilenciye menfaat temin etmektedir. Bu ise dilencilik kabahatinin oluşmasına engel değildir. Ancak dilencilik ile somut olarak bireylerde eyleme bağlı mağduriyetler oluşabilir. Bu durumda ise söz konusu mağduriyet dilencilik kabahatinden kaynaklı bir mağduriyet olmasından ziyade fiile uygun başka bir kabahat veya suçtan kaynaklı bir mağduriyet olacaktır. Örneğin dilencilik fiili ile birlikte kişilere sözlü veya fiili tacizde bulunmak, trafikte seyir halinde iken durdurmak, kişilerin önünü kesmek, eline zorla bir şeyler vermek gibi fiiller işlenebilir. Bu durumda ise söz konusu fiillerin bağımsız olarak değerlendirilmesi ve farklı kabahat veya suçun oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Dilencilik kabahatinin oluşabilmesi için dilencililiğin muhatabı olan fertlerin maddi dünyalarında illa ki bir eksilme olması şart değildir. Bu nedenle dilencilik kabahati ile mağdurun toplumun geneli olduğunu söyleyebiliriz. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Kabahatler Kanunu ile “toplum düzenini, genel ahlâk, ge-

⁴³ Kangal, Zeynel T. (2011) Kabahatler Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.137 vd.

⁴⁴ Bkz. Akbulut (2018), s.373-375.

⁴⁵ Kangal (2011), s.152.

⁴⁶ Akbulut, Berrin (2014) Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi Ankara, Adalet Yayınevi, s.13.

nel sağlık, çevre ve ekonomik düzen” korunmak istenmektedir (m.1). Bu düşünce kabahatler karşılığı öngörülen idari yaptırımlar ile toplumsal düzeni koruma düşüncesi ile uyumludur. Dilencilik ile sadece kendi isteği ile veya duygusal baskı altında dilenciye bir değer sunan mağdur olmamakta bireyüstü bir mağduriyet yaşanmaktadır. Bu nedenle diğer kabahatlerde olduğu gibi dilencilik kabahati ile korunmak istenen toplumun huzuru, barışı ve esenliğidir. Çünkü birey kendi isteği ile bile olsa salt ekonomik sosyal gereksinimlerden dolayı dilencilik yapılması toplumsal huzuru bozucu niteliktedir.

C. MANEVİ UNSUR

Failin sorumluluğunun belirlenebilmesi için manevi unsurun tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁷. Kusurluluk unsuru bakımından ise kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir (m.9)⁴⁸. Kabahatler Kanunu bu yönde bir düzenleme içermekle birlikte kast ve taksirin tanımına yer vermemiştir⁴⁹.

Kanun ile kabahatlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceği düzenlenirse de niteliği gereği bazı kabahatlerin taksirle işlenmesi mümkün değildir. Çünkü kabahatlerin çoğu neticeye bağlı değil soyut tehlike kabahatidir⁵⁰. Dilencilik kabahati de mahiyeti gereği ancak kasten işlenebilen bir kabahattir. Kabahatin oluşması neticeden bağımsızdır. Ancak Kabahatler Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi kabahatlerin kasıtlı veya taksirle işlenebilme hallerini bağımsız düzenlememiştir. Bu nedenle kabahatin kast veya taksir ile işlenmesi durumunda farklı

⁴⁷ Akbulut (2014), s.13.

⁴⁸ Bu ise Türk Ceza Kanunu’nda farklı bir sistem benimsenmesinin bir sonucudur. Türk Ceza Kanunu gereğince suçlar kural olarak kasten işlenebilir, taksirle işlenebileceği özel olarak düzenlenen suçlarda taksirden dolayı sorumlu mümkündür.

⁴⁹ Kast ve taksir Türk Ceza Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun’a göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (m.21/1). Taksir ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir (m.22/2) Bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner (2004) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, s.363 vd.; Akbulut (2018), s.382 vd.

⁵⁰ Akbulut (2018), s.414.

yaptırımlara tâbi olması veya cezada indirim yapılması mümkün değildir. Bu ise pratikte kabahatin kasten veya taksirle işlenmesinin tespit gerekliliğini anlamsızlaştırmaktadır. Diğer yandan kabahat açısından kast ve taksir incelemesinin kural olarak⁵¹ idari makamlar tarafından yapılacağı için ceza hukuku teorisi ile anlamlı olan bu kavramlara uygun sonuçlar çıkması uygulamada zordur⁵².

D. TEŞEBBÜS VE İŞTİRAK

Kabahatler Kanunu'na göre “Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır”(m.13)⁵³. Dilencilik kabahati bakımından Kabahatler Kanunu'nda teşebbüsün cezalandırılacağına dair bir düzenleme yoktur. Dilencilik kabahati, Kanun'da düzenlenen hareketin gerçekleşmesi ile oluşan bir kabahattir. Hareketler bölünemeyeceği için sırf hareketin gerçekleşmesi kabahatin oluşması için yeterlidir.

Kabahatler Kanunu'nda etkin pişmanlık hükümleri de yer almamaktadır. Bu nedenle kabahat ile ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılmasına ilişkin genel bir düzenleme de yer almamaktadır⁵⁴.

İştirak⁵⁵ bakımından, Kabahatler Kanunu “Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir. Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlı-

⁵¹ Kabahatler Kanunu gereğince istisnai olarak Cumhuriyet savcısı (m.23) ve mahkeme (m.24) de idari yaptırım kararı alabilir. Bu durumlarda ise kast ve taksir incelemesi Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından yapılacaktır.

⁵² Bkz. **Aktaş, Batuhan** (2015), “Kabahatler Kanununda Düzenlenen Kast, Taksir ve Hata Halleri Üzerine Bir inceleme” *Terazi Hukuk Dergisi*, C:10, S:105, s.33.

⁵³ Türk Ceza Kanunu'nda teşebbüse ilişkin bkz. **Akbulut** (2018), s.598 vd.

⁵⁴ Bu hususta ilginç bir düzenleme “çevreyi kirletme” kabahatini düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde yer almaktadır (**Güçlü**, s.81). İlgili düzenlemeye göre “Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idarî para cezasına karar verilmeyebilir (m.41/9)”.

⁵⁵ Bkz. **Akbulut** (2018), s.50 vd.

ğı yeterlidir. (...) Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir (m.14)” hükmüne yer vermektedir. Bu düzenleme gereği kabahate iştirak eden her kişinin bu kabahatten dolayı sorumlu olması prensibi kabul edilmiştir. Bu çerçevede dilencilik kabahatinin işlenmesi hususunda azmettirme- yardım etme gibi bir hal olsa da her bir fail hakkında yaptırım uygulanacaktır. Uygulamada da birden fazla kişinin birlikte dilencilik yaptığı hallerle sık sık karşılaşmakta ve her bir fail hakkında ayrı ayrı yaptırım kararı alınması söz konusudur⁵⁶.

E. İÇTİMA

İçtima düzenlemesi ise kendisini üç ihtimalde göstermektedir: bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmesi hali, kabahatinin birden fazla işlenmesi hali, fiilin hem kabahat hem suç olarak düzenlenmesi hali.

Bir Fiil ile Birden Fazla Kabahat İşlenmesi Hali: Kabahatlere ilişkin içtima kuralları Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesi ile düzenlenmiştir⁵⁷. Kanun’un 15. maddesinin birinci fıkrası ile bir fiilin birden fazla kabahat olarak öngörülmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir”. Dilencilik fiili Kabahatler Kanunu haricinde düzenlenmiş değildir. Ya da bu fiil dilencilik haricinde bir kabahate karşılık olarak düzenlenmiş değildir. Ancak düzenlense dahi karşılığında sadece idari para cezası öngörülmüş ise en ağır idari para cezası verilir. Ayrıca idari para cezası haricinde diğer idari yaptırımların uygulanması da söz konusu olacaktır. Dilencilik kabahati bakımından da kanun gereği idari para cezasının yanı sıra el koyma ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları da uygulama alanı bulacaktır.

⁵⁶ <<https://www.yenisafak.com/foto-galeri/gundem/polisi-nelerle-ugrastiriyorlar-dilenciler-sac-saca-bas-basa-kavgaya-tutustu-2037422>> s.e.t. 30.05.2023.

⁵⁷ Kabahatlere ilişkin birçok kavram gibi içtima da ceza hukuku orijinlidir. Bkz. **Akbulut** (2018), s.724.

Kabahatinin Birden Fazla İşlenmesi Hali: Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre aynı kabahat birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahat için ayrı ayrı ceza verilir. Bu düzenleme ile ceza hukukundaki zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda dilencilik kabahatinin tekraren işlenmesi durumunda her bir fiil ayrı bir kabahat olarak kabul edilerek ayrı cezalandırılacaktır. Dilencilik sıklıkla ve çoğunlukla bir alışkanlık olarak işlendiği dikkate alınrsa yerinde bir düzenleme niteliğindedir. Ancak kabahatin birden fazla işlenmesi ne anlama gelmektedir? Bütün gün trafik ışıklarında veya cami önünde bekleyerek dilencilik yapan fail kabahati birden fazla işlemiş olacak mı? Ya da sabah bir cami önünde öğleden sonra bir başka cami önünde dilencilik yapan kişi birden fazla kabahat mi işlemiş olacaktır? Bu hallerin tespiti çok kolay değildir. Bu nedenle kesintiye uğramadan devam eden fiiller bakımından tek bir kabahatin işlendiğinin kabulü ve bir kez idari yaptırım uygulanması düşüncesi makul görünmektedir.

Fiilin Hem Kabahat Hem Suç Olarak Düzenlenmesi Hali: Ne bis in idem ilkesi, genel olarak “bir fiilden dolayı birden fazla yaptırıma maruz kalmama” olarak tanımlanabilir⁵⁸. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır”. Bu hükme göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak düzenlenmiş ise sadece suçun karşılığı olan ceza uygulanacaktır. İstisnai olarak suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahatin karşılığı yaptırım uygulanacaktır. Bu düzenleme ile suç ve kabahat arasında ne bis in idem ilkesinin uygulama alanı bulduğunu görmekteyiz.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere dilencilik fiiline ilişkin Türk Ceza Kanunu ile de “dilencilik suçu” düzenlenmiştir. İlgili madde ile cezalandırılan şey “çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmak”tır (m.229). Bu nedenle dilencilik yapılması ile dilencilikte araç olarak kullanma iki farklı fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu, “çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek

⁵⁸ Bkz. **Ulusoy** (2013), s.109-118. Esas olarak ceza hukukunda yer alan bu ilkeye göre fail aynı fiil nedeniyle ikinci kez kovuşturulamaz.

durumda bulunan kimseleri araç olarak kullanarak dilencilik yapma” fiilini düzenlese idi tek fiil ile kabahat hem suç oluşabilirdi. Ancak dilencilik yapma ile dilencilikte araç olarak kullanma halleri bağımsız fiiller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasının dilencilik kabahati ile dilencilikte araç olarak kullanma suçunda uygulama alanı bulmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu gereğince dilencilikte araç olarak kullanma fiilini işleyenler aynı zamanda dilencilik kabahatini işleyebilirler. Bu durumda da bağımsız fiiller olarak bağımsız ihlaller oluşacaktır. Bu ihlallerden dolayı da hem ceza hem de kabahat uygulanabilecektir⁵⁹. Örneğin 3-4 yaşlarındaki kardeşini araç olarak kullanarak dilendiren ve bu dilenme fiili sonucu menfaat talep ederek bunu elde eden kişi hem suçtan (dilendirme) hem de kabahatten (dilenme) sorumlu olacaktır. Çünkü fiiller aynı fiil niteliğinde değildir⁶⁰.

Dilencilik kabahati işlenirken bunun yanında farklı kabahatlerin ve suçların işlenmesi söz konusu olabilir. Bu durumda dilencilik kabahatinde bağımsız olarak ilgili kabahatten ve suçtan dolayı da sorumluluk söz konusudur. Örneğin dilencilik işlenirken hırsızlık yapılabilir, insanların araç veya eşyalarına zarar verilebilir, sarhoş bir biçimde etraf rahatsız edilebilir.

Kolluğun yetkisi dâhilinde olan işlemler ilgili kolluk personeli tarafından yerine getirilir. Ancak bunun haricinde kolluk personelinin yetkisiz olduğu durumlarda tutanak altına alınarak derhal yetkili kolluk personeline bildirilmesi gerekir. Örneğin bir suç işlenmesi halinde adli kolluk işlemlerinin zabıta (belediye kolluğu) tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir.

III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLERİN DİLENCİLİK KABAHATİNE ETKİSİ

Kabahatler Kanunu’nun 12. maddesine göre “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygu-

⁵⁹ Kangal, s 175-179.

⁶⁰ Aksi görüş için Birtek, s.158-159; Mercan, Ceren (2022) “Dilencilik Suçu” Suç ve Ceza Dergisi, C:15, S:1, s.113, <<https://www.acarindex.com/pdfs/475727>> s.e.t. 09.01.2023.

lanır”. Kanun düzenlemesi hukuka uygunluk nedenleri ifadesi ile Türk Ceza Kanunu’na göndermede bulunsa da Kanun’da hukuka uygunluk nedenleri gibi bir kategori bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedenleri “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı içerisinde düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanunu sadece hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlere atıfta bulunmuştur. Bu nedenle kusurluluğu azaltan hallerin kabahatler bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Sadece alt ve üst sınırlar arasında para cezasının öngörüldüğü kabahatler bakımından kusurluluğu azaltan haller tartışılabilir⁶¹. Ancak dilencilik kabahati açısından maktu para cezası öngörüldüğü için kusurluluğu azaltan hallerin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran hallerin dilencilik kabahatine etkisini her bir durum özelinde incelemek gerekir.

A. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenlerini Türk Ceza Kanunu çerçevesinde, kanun hükmünün yerine getirilmesi ve amirin emri, meşru savunma, zorunluk hali, hakkın kullanılması, kolluğun silah kullanma yetkisi ve ilgilinin rızası olarak sıralayabiliriz⁶².

Türk Ceza Kanunu gereğince “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz (m.24). Bu çerçevede bir kabahat kanun gereği veya amirin emri neticesinde gerçekleşiyorsa bu durumda hukuka uygunluk nedeni oluşur örneğin istihbarat çalışmaları yapmak, izleme faaliyetleri yapmak amacıyla kamu görevlileri görünürde dilencilik yapabilir. Ancak bu durumda dahi Anayasa (m.137) “kanunsuz emir” hükümleri⁶³ ve Türk Ceza Kanunu gereğince hareket edilmelidir.

⁶¹ Kangal (2011), s.199.

⁶² Bkz. Akbulut (2018), s.460 vd.

⁶³ “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu em-

Türk Ceza Kanunu ile düzenlenen temel hukuka uygunluk nedenlerinden bir diğere ise meşru savunmadır. Düzenlemeye göre “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğı ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez (m.25/1)”. Bu nedenle haksız bir saldırıyı önlemek amacıyla işlenen bir kabahatten dolayı failin sorumluluğı söz konusu değildir. Konumuz olan dilencilik kabahati bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın pratikte uygulama alanı bulmayacağını ifade etmek gerekir. Çünkü meşru savunma hali o andaki hal ve şartlara göre saldırıyı defetmek için işlenen fiiller için geçerlidir. Dilencilik kabahati de gerek kişinin kendisine gerek de başkasına ait bir saldırıyı def etmek, bu tehdidi bertaraf etmek için işlenebilir. Bu durumda ise Türk Ceza Kanunu’nun 28. maddesinde düzenlenen “cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” hali değerlendirilmelidir.

Zorunluluk hali Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenmiştir: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğı ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”. Doktrinde kabahatler hukukunda zorunluluk halinin meşru müdafaaya nazaran daha geniş bir uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak da zorunluluk halinin sadece bireysel hukuki değerlerden öte kamusal hukuki değerlere zarar verilmesi durumunda da uygulama alanı bulması ileri sürülmektedir⁶⁴. Zorunluluk hali olması durumunda dilencilik kabahatinden dolayı faile yaptırım uygulanmayacaktır. Ancak teorik olarak bu mümkün olmakla birlikte pratikte ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla kabahatin işlendiğinin tespitini-

rini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” (1982 Anayasası, m.137).

⁶⁴ Kangal (2011), s.183 vd.

de özenli davranmak gerekir. Günlük hayatta aç kalan çocuğunun beslenmesi ve bakımı, acil bir ilaca ihtiyaç duyulması, evsiz kalınması ve barınma ihtiyacının baş göstermesi gibi nedenlerle dilencilik yapılması mümkün olabilir ve zorunluk hali kapsamında değerlendirilebilir. Bu durumda dahi zorunluk hali ile kabahatin cebir, şiddet, korkutma ve tehdit altında işlenip işlenmediğinin tespiti ve hukuki nitelenmenin buna göre yapılması önem arz etmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri sadece yukarıda ifade edilenlerden ibaret değildir. Bunun yanında hakkın kullanılması, kolluğun silah kullanma yetkisi ve ilgilinin rızası da hukuka uygunluk nedenleri arasındadır. Dilencilik kabahatinin oluşumu tipikliğin gerçekleşmesine bağlıdır. İlgili kişilerin rızalarının olması kabahatin oluşmasına engel olmadığı gibi hukuka uygunluk nedeni de değildir. Bunun yanında hukuka uygunluk nedenleri olarak kolluğun silah kullanma yetkisi, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası halleri de dilencilik kabahati bakımından pratikte uygulanabilir nitelikte değildir.

B. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER⁶⁵

Türk Ceza Kanunu ile düzenlenen kusurluluğu etkileyen hallerin dilencilik kabahati özelinde incelenmesi gerekmektedir.

Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit: Türk Ceza Kanunu ile kusurluluğu kaldıran bir hal olarak “cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” düzenlenmiştir: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır”. Kusurluluğu kaldıran bu hal kabahatler için de geçerlidir (KK, m.12). Bu nedenle cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında kabahat işleyen kişi hakkında idari yaptırım kararı alınmaz⁶⁶.

Sıklıkla gözlemlenebildiği gibi dilencilik daha çok dilencilik yapan kişinin, özellikle çocukların korkutulup tehdit edilmesi suretiyle yaptırılmaktadır. Bu

⁶⁵ Bkz. Akbulut (2018), s.535 vd.

⁶⁶ Bkz. Kangal (2011), s.206-207.

tehdit ve korkutma doğrudan faile yönelebileceği gibi yakınlarına karşı da olabilir. Bu durumda kusurluğun kalkması ile birlikte fail hakkında idari yaptırım kararı verilmeyecektir. Örneğin bir kişinin birinci derece yakınının tehdit edilmesi, rehin alınması durumunda bu tehdidin altında dilencilik kabahatini işlemesi halinde sorumluluğu olmayacaktır. Bu durumda cebir, şiddet, korkutma veya tehdit halinin ceza yargılama hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde ispat edilmesi halinde kabahatten dolayı sorumluluk olmayacaktır.

Haksız Tahrik: Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir⁶⁷. Ancak haksız tahrik altında suç işleyen kişinin ceza miktarı indirilir. Haksız tahrik, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleme hali olarak pratik olarak kabahatler açısından uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁸.

Hata: Kabahatler Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'na gönderme yapılan hallerden birisi de “hata” halidir⁶⁹. “Türk Ceza Kanunu'nun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır” (K.K., m.10). Hata halleri ise Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” Ancak maddi unsuru bilmeme sadece kasten işlenen kabahatler bakımından sorumluluğu kaldırır. Dilencilik kabahati de sadece kasten işlenebilen bir kabahat niteliğindedir. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasına göre ise “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” Diğer yandan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” (m.4). Bu durumda her iki düzenlemeyi birlikte ele aldığımızda bir haksızlığın kabahat olduğunu bilmeyen, bu yönde kaçınılmaz bir hataya düşen kişiye kabahatten dolayı ceza verilmez. Çünkü bu hata hali hem kasten hem de taksirle işlenen kabahatler için geçerlidir. Özellikle yabancılar açısından ulusal hukuku bilmeme ve bu yönde kaçınıl-

⁶⁷ Akbulut (2018), s.575 vd.

⁶⁸ Güçlü, s.77; Kangal (2011), s.199.

⁶⁹ Akbulut (2014), s.431 vd.

maz bir hataya düşme ihtimali mümkündür. Ülke içerisinde yaşayan yabancıların dilencilik bir haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmeleri halinde cezalandırılmayacaklardır. Vurgulamak gerekir ki bazı hukuk rejimlerinde sosyal/idari düzeni koruma politikasının farklı olmasının bir sonucu olarak dilencilik de düzeni bozan bir fiil olarak (kabahat veya suç) düzenlenmemektedir. Bu nedenle kişinin bu gerekçe ile kaçınılmaz bir hataya düşmesi pek olasıdır. Hatta bazı hukuk düzenleri dilencilik kayıt altına almayı ve izin çerçevesinde yürütülen bir faaliyet olarak düzenlemeyi planlamaktadırlar. Özellikle Suriye iç savaşından sonra ülkemize gelen Suriyelilerin de yoğun bir şekilde dilencilik yaptığı resmi raporlar ile ifade edilmektedir. Uygulamada bazı mülki amirlikler tarafından dilencilik yapan Suriyelilere dilencilik hakkında yasak olduğu ve yaptırıma bağlandığı hem Türkçe hem de Arapça tebliğ edildiği görülmektedir⁷⁰. Bu yönde bir bilgilendirme olması durumunda fiilin haksızlık içerdiği hususunda hataya düşüldüğünü iddia etmek mümkün değildir.

Yaş Küçüklüğü: Kabahatler Kanunu gereğince “Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz” (m.11/1). Bu düzenleme gereği 15 yaşını doldurmayan kişiler kabahat işlese dahi idari para cezası uygulanmaz. Yaş küçüklüğü hususunda Kabahatler Kanunu Türk Ceza Kanunu’ndan ayrılmaktadır. Türk Ceza Kanunu cezai sorumluluk için 12 yaş şartını getirmekte iken ve Kabahatler Kanunu 15 yaş şartına bağlamıştır⁷¹. Kabahatler bakımından sorumsuzluğun daha yüksek bir yaş şartına bağlanmasını suç ve kabahatin toplumsal düzende yarattığı etki farklılığında aramak gerekir.

Yaş küçüklüğü hususunda ise öncelikli olarak kişinin yaşının tespiti gerekir. Kişinin üzerinde kimliği var ise yaş tespiti sorunsuz olacaktır. Kimlik olmadığı

⁷⁰ Bkz. <<http://www.kocaeli.gov.tr/kurumlar/kocaeli.gov.tr/Mevzuat/Genelgeler/3-20146%20D%C4%B0LENC%C4%B0L%C4%B0K%20YAPAN%20SUR%C4%B0YEL%C4%B0%20%C5%9EAHISLAR.pdf>> s.e.t. 21.10.2022.

⁷¹ Türk Ceza Kanunu gereğince 12 yaşını doldurup 15 yaşını doldurmamış çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu yönde ayrıksı bir durum Kabahatler Kanunu’nda düzenlenmemiştir.

takdirde ise ancak kayıtlardan kimliği tespit edilerek bir sonucu ulaşılabilecektir. Bu durumda da kimlik bilgilerinin istenmesine rağmen bildirilmemesi halinde kimliği bildirmeme kabahati (m.40)⁷² oluşabilecek ve ayrıca bu kabahatten dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Hiçbir şekilde yaşının tespit edilmemesi halinde ise idarenin kişiyi yaşını tespit etmek gibi bir yükümlülüğünün olmadığını kabul etmek gerekir. Yaş hususunda tereddüt halinde yaptırım kararı alınmamalıdır. Ancak yaş küçüklüğü nedeniyle idari para cezası verilemezken diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel yoktur.

Bu çerçevede dilencilik kabahatini işleyen kişi 15 yaşını doldurmamış ise idari para cezası uygulanmaz. Yaş küçüklüğü sadece idari para cezaları açısından etki doğurmaktadır ve 15 yaşını doldurmamış kişiye idari para cezası uygulanmasına engel olmaktadır. Ancak bunun yanında dilencilik sonucu elde edilen gelirin el konulmasına ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine engel değildir. Ancak 15 yaşını doldurmamış kişi yetişkin bir kişi ile birlikte bu eylemi işlerse bu durumda yetişkinin kabahatten dolayı sorumluluğu bulunmaktadır. Yetişkinin dilencilikte 15 yaşını doldurmamış kişiyi dilencilikte araç olarak kullanması halinde ise cezai sorumluluğu doğacaktır. Bu durumda yetişkin kişinin hem kabahat sorumluluğu hem de cezai sorumluluğu değerlendirilecektir.

Yaş hususunda tereddüt olduğunda yaşın tespiti için zabitanın zor kullanıcı tedbirler alması hukuka aykırıdır. Bu gibi durumlarda genel kolluk makamlarına bilgi verilmelidir. Yine küçükler ile uygulamada karşılaşılacak/karşılaşılan bir diğer sorun ise küçük ile iletişim kurmaktır⁷³. Küçüğün sosyo-psikolojik durumu, özel bir iletişimi beraberinde getirmektedir. Bunun yanında küçüğün

⁷² Kabahatler Kanunu/Kimliği bildirmeme/ m. 40- (1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. (2) Açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır. (3) Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

⁷³ <<https://www.cnnturk.com/turkiye/zabitalardan-kacan-cocuga-arac-carpti-oldu>> s.e.t. 25.01.2023.

yapılan işlemlerden kaynaklı korkuya kapılması, buna dayalı olarak istenmeyen durumlarla karşılaşmak olasıdır. Örneğin kolluk personelinden kaçıp araç çarpması gibi istenmeyen durumlar da yaşanabilmektedir⁷⁴.

Yaş bağlamında vurgulamak gerekir ki çocukların dilencilik yapmasının sosyal hizmet boyutu da bulunmaktadır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu gereğince “ana veya babası tarafından ihmal edilip; dilencilğe karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuk “korunmaya ihtiyacı olan çocuk” olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle dilencilğe sürüklenen çocuk hakkında 2828 Sosyal Hizmetler Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereğince “korunmaya ihtiyacı olan çocuk”lara ilişkin önlemlerin alınması söz konusu olacaktır.

Akil Hastalığı: Kabahatler Kanunu gereğince “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanmaz (m.11/2).

Kanuni düzenlemede akıl hastalığı yeterli görülmemiş, akıl hastalığının işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltmış olma şartı aranmıştır⁷⁵. Ancak akıl hastalığına bağlı olarak bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği ancak bilimsel olarak tespit edilebilir niteliktedir. Bu nedenle ilgili düzenleme birçok sorun ve tereddütü beraberinde getirmektedir. Öncelikle akıl hastalığının tarif ve tespitinin yapılması kolay değildir. Bunun yanında bu akıl hastalığının kişinin “işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamasına veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaltmış olmasına” ilişkin tespitinin yapılması zordur. İdarenin bunu belirlemesi de mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca akıl hastalığı şartının yeterli görülmesi yerinde olabilirdi⁷⁶. Ayrıca idari yaptırım kararı verecek olan idarenin kabahat açısından bu değerlendirmeyi yapma yetki ve ehliyeti bulunmamakta-

⁷⁴ <<https://www.cnnturk.com/turkiye/zabitalardan-kacan-cocuga-arac-carpti-oldu>> s.e.t. 25.01.2023.

⁷⁵ **Güçlü**, s.69; **Kangal** (2011), s.202.

⁷⁶ Ayı yönde bkz. **İnan/Demir**, s.96.

dır. Akıl sağlığı ve akıl sağlığının bozulması halleri tıp, psikiyatri vb. bilimlerin çerçevesinde belirlenebilir niteliktedir. Çünkü bazı psikolojik rahatsızlıklar çerçevesinde dilencilik kabahatinin işlenmesi durumunda bu halin işlenen fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamaya veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaltmaya neden olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Kanımızca bu türden bir psikolojik rahatsızlık olması halinde kişiye idari yaptırım kararının uygulanmaması gerekir.

Akıl sağlığı yerinde olmayanlar açısından kabahatin oluşması ile birlikte kabahati işleyen kişinin veya yasal temsilcinin bu durumu bildirmesi ve belgelemesi durumunda ilgili idare tarafından idari para cezası kararı alınmaması gerekmektedir⁷⁷. Eğer idari para cezası kararı alındıysa ve daha sonra akıl sağlığına ilişkin bir rapor/belge sunulursa bu durumda idare idari para cezasını geri almakla yükümlüdür⁷⁸.

İdari para cezasının uygulanmadığı hallerde kişi hakkında idari para cezası haricindeki diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel yoktur. Bu nedenle dilencilik kabahati sonucu idari para cezası verilmezken el koyma ve mülkiyetin kamu geçirilmesi yaptırımları tesis edilebilir. Diğer yandan dilencilik dilendirme suçunun bir parçası olarak da işlenmesi mümkündür. Dilendirme suçunun konusu, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan çocuklardır. Bu durumda dilendirme suçunun bir parçası olan çocuklar beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda akıl hastası ise ve bu durum işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaltma sonucunu doğuruyorsa kabahatten dolayı sorumluluğu yoktur.

Kısıtlılık: Kabahatler Kanunu'nda kısıtlılık özelinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kısıtlılık kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendirilemez ve kısıtlıların da kabahat sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak kısıtlılık gereği kişinin yapamayacağı hukuki işlemlerden dolayı kabahatten sorumlu

⁷⁷ Güçlü, s.69.

⁷⁸ Benzer yönde, Güçlü, s.69.

tutulması mümkün değildir. Çünkü kısıtlılık medeni hukuk anlamında hukuki işlem yapma ehliyetine kısıt gelmesi halidir. Salt kısıtlılık, kabahat sorumluluğunu ortadan kaldırmamakla beraber kısıtlılık nedeninin hukuka uygunluk nedeni yaratması veya kusurluluğu etkilemesi halleri saklıdır.

Sağır ve dilsizlik: Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığını taşıyan ikinci bölümünde düzenlenen hallerden birisi de "sağır ve dilsizlik"tir (m.33). Kabahatler Kanunu'nda bu yönde düzenleme olmadığı için yapılan atfın (m.12) bir gereği olarak sağır ve dilsizlik halinde de Türk Ceza Kanunu hükümleri⁷⁹ uygulama alanı bulacaktır⁸⁰. Kabahatler Kanunu gereği 15 yaşından küçüklerin kabahat sorumluluğu yoktur. Bu nedenle "onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler" ile "onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler" bakımından kabahat sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekir⁸¹.

⁷⁹ Türk Ceza Kanunu'na göre "Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır"(m.33).

⁸⁰ Bkz. **Akbulut** (2018), s.553-554.

⁸¹ Türk Ceza Kanunu gereğince "onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler", "oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümlere tâbidir. Kanun gereği "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur" (31/2). Sonuçla; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlerin "işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması" şartıyla cezai sorumluluğu ve kabahat sorumluluğu yoktur. Kanun gereğince "onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler" ise "onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara" ilişkin hükümlere tâbidir. Kanun, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında cezasızlık değil ceza indirimi öngörmektedir. Bu nedenle "onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler" bakımından kabahatten dolayı sorumsuzluk mümkün değildir. Ancak dilencilik kabahati için öngörülen idari para cezası maktu olduğu için idari para cezasında indirim söz konusu değildir. Alt ve üst sınırları arasında idari para cezası öngörülmüş bir idari yaptırım olsa idi

Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma: Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığını taşıyan ikinci bölümünde düzenlenen hallerden birisi de "geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma" halidir⁸². Bu cezasızlık hali kabahatler için de geçerlidir⁸³. Bu nedenle irade dışı bir şekilde veya geçici bir nedenle alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olup işlenen kabahatin anlam ve sonuçları anlamayan kişinin kabahatten dolayı sorumluluğu yoktur⁸⁴. Özellikle dilencilik kabahati açısından kişilerin alkol ve uyuşturucu etkisinde dilencilik yaptırılması söz konusu olabilir. Bu durumda dilencilik kabahatinden dolayı kişiye idari para cezası tesis edilemez. Ancak ihlale bağlı diğer idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Kişinin kendi isteği ile alkol veya uyuşturucu madde alması halinde ise kusurluluğa bir etkisi olmayacaktır.

Geçici Nedenler: Geçici nedenler kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Türk Ceza Kanunu ile düzenlenen bu haller kabahatler açısından da Kabahatler Kanunu'nda yapılan göndermenin bir sonucu olarak uygulama alanı bulacaktır. Geçici nedenler kişilerin geçici olarak kusur yeteneğini ortadan kaldıran haller olarak kabul edilir. Gebelik, diyabet, ateşli hastalık gibi haller geçici nedenlere örnek olarak verilebilir⁸⁵. Bu hallerde kişi hakkında fiilin anlam ve önemini idrak edemediği, fiille ilgili davranışlarını yönlendiremediği için idari para cezası verilmez⁸⁶.

bu durum bir ceza indirim sebebi olabilecekti. Kabahatler Kanunu, Türk Ceza Kanunu'na "hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler" bakımından göndermede bulunsa da bu gönderme sadece söz konusu hallerle sınırlı tutmak gerekir. Bunun haricinde ceza indirimi, yaptırımların uygulanmasına ilişkin bir gönderme bulunmadığı için kabahatlerden dolayı ceza indirimi şeklinde bir yorum da mümkün değildir.

⁸² "1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz (m.34)"

⁸³ Bkz. Akbulut (2018), s.554-557.

⁸⁴ Kangal (2011), s.204.

⁸⁵ Kangal (2011), s.204.

⁸⁶ Kangal (2011), s.204.

IV. DİLENCİLİK KABAHAHATİ SONUCU ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLAR

A. GENEL OLARAK YAPTIRIM VE İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI

Yaptırım, “kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlama” olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Hukuki bir terim olarak ise; hukuk düzeninin kurallarına uyulmaması durumunda (yine hukuk düzeni tarafından) verilen tepkiye “yaptırım” denir⁸⁸. Yaptırım “var olan sosyal düzeni korumayı amaçlayan veya sosyal düzen bozulduğu takdirde eski hale getirmeye çalışan içeriği hukuk kuralları ile biçimlenen tepki” olarak da tanımlanabilir⁸⁹.

Hukuk kuralları esas olarak sosyal düzeni korumayı amaçlamaktadır. Ancak sosyal düzenin de ötesinde “idari düzen” diye adlandırılan daha özel bir düzenin var olduğu ifade edilebilir⁹⁰. Bu düzen idarenin kamu sağlığı, kamu güvenliği ve ulusal serveti korumakla görevli olduğu alan olarak tanımlanmaktadır⁹¹. Söz konusu (sosyal düzenin bir parçası olan) idari düzenin bozulması durumunda düzenin tekrar sağlanması ise ancak idari yaptırımlar ile mümkündür⁹². Bu anlamda idari yaptırımlar, idari düzeni sağlamak amacıyla idarenin üstlenmiş olduğu görevleri etkili, ivedi bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla idari ihlaller söz konusu olduğu zaman uygulama alanı bulmaktadır⁹³. İdari ihlal ise “idari emir ve yasağı bozan ve de idarece cezalandırılabilen eylem”⁹⁴ olarak tanımlanmaktadır.

⁸⁷ <<http://www.tdk.gov.tr>> s.e.t. 06.11.2022.

⁸⁸ Çağlayan, s.10; Gölcüklü, s.117; Donay, Süheyl (1972), Para Cezaları, İstanbul, Kervan Yayınları, s.4.

⁸⁹ Bkz. Hafizoğulları Zeki (1996), Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, US-A Yayıncılık, s.1 vd.; Özyay, s.15.

⁹⁰ Günday, s.216.

⁹¹ Oğurlu, s.33.

⁹² Sosyal düzenin idare eliyle korunması için idareye önemli görevler düşmektedir. Anayasa Mahkemesi (AYM) bu husus şu şekilde ifade etmiştir: “... İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır ...”. AYM, E:2001/225, K:2002/88, K.T:8.10.2002, <<http://www.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 06.11.2022.

⁹³ Günday, s.215.

⁹⁴ Gölcüklü, s.118 ve 121.

İdari yaptırımlar, bir hukuk kuralının uyulmaması durumunda bu uymamanın karşılığı olarak yine idarece verilen tepkidir⁹⁵. İdare tarafından verilen tepkinin amacı sosyal düzeni daha da özelde ise “idari düzeni”⁹⁶ korumaktır. İdari yaptırımların gerekliliği de bu noktada ortaya çıkmaktadır. İdare, kamu hizmetlerini yerine getirmek, kamu güvenliğini sağlamak adına idari yaptırım uygulama yoluna gitmektedir. İdarenin yaptırım uygulama yetkisi idareye tanıyan bir haktır ve günlük hayatın çeşitliliği nedeniyle idarenin geniş bir yaptırım uygulama yetkisi vardır⁹⁷. İdari yaptırım uygulama yetkisi Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da belirtildiği üzere Anayasa’dan kaynaklanmaktadır: Yüksek Mahkeme’ye göre Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan “idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” hükmü idareye dolaylı da olsa yaptırım uygulama yetkisi vermektedir⁹⁸. Dilencilik sonucu tesis edilecek yaptırımların idari işlem niteliğinde olduğunu unutmamak gerekir. Bu nedenle idari yaptırımlar kural olarak idari işlemlerin hukuki rejimine tâbidir. Bu çerçevede söz konusu idari yaptırımlar, idare tarafından idari usullere uygun olarak tesis edilir. İdari yaptırımlarda uygulanan usuller diğer idari kararlara uygulanan usullerden farklıdır. Bu farklılık idari yaptırımın, muhatabında yaptığı etkinin bir sonucudur. İdari yaptırım kararında öngörülen usul kuralına uyulmaması idari işlemi usul unsuru açısından sakatlığına neden olur.

⁹⁵ Doktrinde idari yaptırım; “yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı ceza” olarak da tanımlanmaktadır (Özay, s.35). Belirtmek gerekir ki tanımda özellikle yaptırımı uygulayan makamın ve usulün belirtilmiş olması önemlidir. Çünkü bu vurgunun amacı idari yaptırımlar ile cezai yaptırımlar arasındaki farklılığı da ortaya koymaktır (Çağlayan, s.23). Anayasa Mahkemesi ise öğretiyeye atıfla idari yaptırımı şu şekilde tanımlamaktadır: “idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara ‘idari yaptırım’ denir” (AYM, E:1996/48, K:1996/41, K.T: 23.10.1996, <<http://www.anayasa.gov.tr>> s.e.t.06.10.2022.

⁹⁶ **Günday**, s.215.

⁹⁷ “... gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır...”. AYM, E:1996/72, K:1997/51, K.T:15.5.1997, <<http://www.anayasa.gov.tr>> s.e.t.06.10.2022.

⁹⁸ AYM, E:2000/43, K:2004/60, K.T: 3.5.2004, <<http://www.anayasa.gov.tr>> s.e.t.06.10.2022.

B. İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ

1. İdari Para Cezası

İdari para cezası (yaptırım) “idari düzene aykırılık teşkil eden eylemler sebebi ile yasanın açıkça izin verdiği hallerde idarenin yargı organına başvurmaksızın kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması şeklinde gerçekleşen mali nitelikte yaptırım” türüdür⁹⁹. Kabahatler Kanunu’na göre idari para cezaları maktu, nispi veya alt -üst sınırının belirlenmiş şekilde olabilir. Dilencilik kabahati için öngörülen idari para cezası maktu niteliktedir¹⁰⁰. Çünkü kabahatin karşılığı sabit bir para cezasıdır. Maktu para cezaları sabit bir değer olduğu için bu cezasının takdiren değiştirilmesi, belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu tür cezalarda sübjektif durum, ihlalin şiddeti gibi ölçütlere dayalı olarak cezasının takdiren belirlenmesi mümkün değildir¹⁰¹.

Kabahatler Kanunu’na göre idari para cezaları kural olarak genel bütçeye gelir kaydedilir. Ancak sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idari para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir (m.17/3). İdari para cezası verme konusunda birden fazla idarenin karar alma yetkisi bulunduğu hallerde her bir idare lehine söz konusu cezanın gelir kaydedilmesi mümkün olacaktır. Bu husus, konumuz olan dilencilik kabahati bakımından da geçerlidir. Hem merkezi yönetim hem de belediye adına para cezası gelir olarak kaydedilebilir. Kural olarak, yaptırım kararı kolluk tarafından alınması durumunda merkezi yönetim bütçesine, zabıta tarafından alınmış ise belediye bütçesine gelir olarak kaydedilecektir (m.17/3).

Kabahatler Kanunu’nda öngörülen idari para cezalarının tahsil usulü Tahsilat Genel Tebliği¹⁰² ile düzenlenmiştir. Tebliğ ile idari para cezası vermeye yetkili olan kamu tüzel kişileri, idari para cezası vermeye yetkili olan kamu tüzel kişile-

⁹⁹ **Mahmutoğlu Fatih Selami** (1996), “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi” İÜHFİM, C:LV, S:1-2, s.153; **Donay**, Para Cezaları, s.157.

¹⁰⁰ İdari para cezaları her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu gereğince yeniden değerlendirilir ve artarak uygulanır. Dilencilik kabahati karşılığı idari para cezası 2023 yılı için 617 TL’dir.

¹⁰¹ **Güçlü**, s.99.

¹⁰² R.G., T: 12.05.2007, S:26520.

rince yapılacak işlemler, mahkemeler ve cumhuriyet savcıları tarafından verilen idari para cezaları, idari para cezalarının tahsil zamanlaşımı, vergi dairelerince yapılacak işlemler vb. hususlar düzenlenmiştir.

2. El koyma

Dilencilik kabahati sonucu verilecek bir diğer yaptırım ise el koymadır. İdari para cezasının yanı sıra elde edilen gelire el konulur. El koyma gerçek yaptırım uygulanmadan önce geçici bir önlem niteliğinde bir tedbirdir¹⁰³. El koyma farklı kanunlarımızda öngörölmüş idari işlem niteliğinde idari mali bir yaptırımdır¹⁰⁴. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının uygulanabilmesi için kararın kesinleşmesi gerekliliği el koyma yaptırımının önemi ortaya koymaktadır. Çünkü dilencilik sonucu elde edilen maddi değerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararının kesinleşmesine kadar geçici bir tedbir olarak el koyma uygulanacaktır.

Dilencilik kabahatinin işlenmesi ile birlikte, kişinin dilencilik yaptığına dair bir tutanak tutulur sonra da dilencilik sonucu elde edilen değerin tespiti yapılarak el konulur. Dilencilik sonucu elde edilen gelirin öncelikle tespiti gerekmektedir. Dilenci üzerindeki paranın ne kadarının dilencilik sonucu elde edildiğinin tespiti zordur. Bunu tespit etmek idarenin görevidir¹⁰⁵. Dilencilik kabahatini işleyen kişinin üzerinde bulunan paranın tamamının aksi kanıtlanmadıkça dilencilik sonucu elde edilen gelir olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak bu yorum da mülkiyet hakkını ihlal edecek şekilde ölçsüz sonuçlar doğurabilir. Bazen dilenciler üzerinde bulunan maddi varlıklar hayatın olağan akışı ile açıklanması zor derecede maddi değerde olabilir. Örneğin bir dilenci üzerinde bulunan 100-300 TL gibi bir miktarın dilencilik sonucu elde edildiği düşünülebilir.

¹⁰³ Birçok kanunumuzda müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi öncesinde elde edilen eşya veya değer öncelikle el koyulur. Kaçak orman ürünü taşınan araca el konulması, ruhsatsız imal edilen tuğlalara el konulması, toplu kaçakçılık yapılmasından dolayı araca el konulması durumları el koymaya örnek teşkil eder (Oğurlu, s.96-98).

¹⁰⁴ Örneğin 2942 s.Kamulaştırma Kanunu; 221 s.Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun; 6831 s.Orman Kanunu, 2313 s.Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, el koyma yaptırımına yer veren kanunlardır (bkz. Oğurlu, s.96-98).

¹⁰⁵ İnan /Demir, s.161-162.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruya konu olmuş olayda olduğu gibi¹⁰⁶ dilenci üzerinde “sayıca çok fazla çeyrek altın, 12 Cumhuriyet altını, bilezik ve yüklü miktarda para” bulunması halinde ise izahı zor bir durum ortaya çıkmaktadır.

Yine dilencilik iddiasında bulunulan bir çocuk üzerinde bulunan parayı harçlık olarak biriktirdiğini iddia edebilir. Bu durumda da tespit güçlüğü bulunmaktadır. Bir taraftan dilencilik sonucu bu kadar maddi değer in elde edilmesinin, elde edildi ise kişinin kendi üzerinde taşımasının izahı güçtür. Bu maddi değer in dilencilik sonucu elde edilmediği iddia ediliyor ise bu değer in de kişinin üstünde taşıması hayatın olağan akışına aykırıdır. Sonuçla dilencilik sonucu elde edilen gelirin/maddi değer in tespiti kolay değildir. Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru sonucu “dilenci üzerinde bulunan maddi değer in karine olarak dilencilik sonucu elde edildiği” yorumuna elverişli bir karar vermiştir¹⁰⁷. Bizce de kişi üzerinde elde edilen hayatın olağan akışına uygun olmayan ölçüde maddi değerlerin karine olarak dilencilik sonucu elde edildiğini kabul etmek gerekir.

3. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Kabahatler Kanunu'na göre “Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir” (m.16). Mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri ile caydırıcılığın sağlanması ve böylece kabahatlerin işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dilencilik kabahati karşılığı olarak elde edilen gelirin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi sağlanarak dilencililiğin bir meslek ve rant aracı haline gelmesi önlenmek istenmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararı ile de vurgulandığı üzere “Böylelikle kabahatle mücadelede caydırıcılığın sağlanması ve yeni kabahatlerin

¹⁰⁶ **Alişen Bağçaçı Başvurusu**, AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2015/18986, K. T.: 25.12.2018,

R.G., S:30659, T: 18.01.2019, <<https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2015-18986-t-25-12-2018-dilencilik-gerek-199-esiyle-ziynet-esyasinin-m-220-lkiy/3290026/>> s.e.t. 04.11.2022.

¹⁰⁷ **Alişen Bağçaçı Başvurusu**, Başvuru No: 2015/18986.

işlenmesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir”¹⁰⁸. Bu aynı zamanda kabahatler ile mücadelede elverişli ve gerekli bir araç niteliğindedir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesinin konusu “kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya” oluşturur (m.18). Bu kurumun Türk Ceza Kanunu’ndaki muadili ise müsadere¹⁰⁹. Ancak iki kurumun uygulama alanı ve uygulama şekli birbirinden farklılık arz etmektedir¹¹⁰. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kabahati Kabahatler Kanunu’nun 18. maddesi ile detaylı düzenlene de bir yaptırım olarak Kanun’da sadece dilencilik ve kumar kabahati sonucu elde edilen gelire ilişkin düzenlenmiştir. Müsadere¹¹¹ bir güvenlik tedbiri olarak ceza hukuku yaptırımı iken mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı idari bir karardır. Bu nedenle idari işlemlerin hukuki rejimine tâbidir.

Kabahatler Kanunu m.18/4’e göre “Eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu/kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer”. Dilencilik kabahati bakımından mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının hangi makam tarafından alınacağı açıkça düzenlenmiştir: “mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir veya belediye encümeni karar verir”. Bu kararın mülki amir veya belediye encümeni tarafından alınabildiği hallerde söz konusu gelirin de kararı alan idarenin bütçesine gelir kaydedilmesi söz konusu olacaktır. Kararı almaya yetkili makamların düzenlenmesi dilencilik sonucu elde edilen gelirin de bu makamların mülkiyetine aktarılması şeklinde anlaşılmalıdır.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesinde birden fazla idare yetkilidir. Para cezası kararını kolluk görevlileri veya belediye zabıtası görevlileri alabiliyorken, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararını da mülki amir veya belediye encümeni alabi-

¹⁰⁸ Alişen Bağcaçı Başvurusu, Prg. 46.

¹⁰⁹ Bkz. Güçlü, s.149-150.

¹¹⁰ Çocuklar ile beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimse-lerin dilencilikte araç olarak kullanılması halinde ise bu suç sonucu elde edilecek gelir ise Türk Ceza Kanunu (m.54) gereğince müsadere edilecektir.

¹¹¹ Bkz. Koca, Mahmut (2020) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#:~:text=%C3%96rne%C4%9Fin%20ruhsatl%C4%B1%20silahla%20taksirle%20birinin,kullan%C4%B1lan%20e%C5%9Fya%20olaca%C4%9F%C4%B1ndan%20m%C3%BCsadere%20edilebilecektir>> s.e.t. 29.11.2022.

lir. Kolluk kararına bağlı mülki amir, belediye zabıta görevlileri kararına bağlı olarak belediye encümeni tarafından karar alınabilir. Bunun yanında para cezası kararını alan ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarını alan makamlar farklı da olabilir. Örneğin polis idari para cezası tutanağına dayalı olarak belediye encümeni tarafından mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı alınabilir.

Kural olarak Kabahatler Kanunu'na göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını bağımsız olarak da uygulanabilir. Ancak dilencilik kabahati sonucu bu yaptırımın uygulanabilirliği dilencilik kabahatinden dolayı ceza verilmesine bağlıdır. Yani mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının sebep unsuru idari para cezası işlemidir.

C. DİLENCİLİK SONUCU ELDE EDİLEN GELİRİN MÜLKİYETİNİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ VE MÜLKİYET HAKKI İLİŞKİSİ

Dilencilik sonucu elde edilen gelirin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararı verilmektedir. İdari yaptırımların idari kamu düzenine aykırı hareket edenleri uyarma, görev ve sorumluluklarını hatırlatma amacı vardır. Bu durumda dilencilik sonucu elde edilen gelirin kamu mülkiyetine geçirilmesi halinde idari yaptırımın önleyicilik ve cezalandırıcılık fonksiyonları¹¹² ortaya çıkmaktadır. İdari yaptırımlar teknik anlamda ceza olmamasına rağmen cezalandırıcılık özelliğine de sahiptir¹¹³. Çünkü idare, idari yaptırımlar ile kendi faaliyet alanı ve fonksiyonu ile ilgili emir ve yasaklara uymayanlarda belirli bir katlanma yükümlülüğü doğurmaktadır¹¹⁴.

Bir yaptırım türü olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının anayasal bir hak olan mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olduğu aşikârdır. Anayasa'nın 35. maddesine göre;

¹¹² **İçel, Kayıhan** (1984), “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi” İÜHF, C:50, S:1-4, s.119; **Donay, Süheyl** (1972), “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHF, C:XXXVII, S:1-4, s.425; **Oğurlu**, s.41.

¹¹³ **Donay**, Para Cezaları, s.7; **Ulusoy Ali** (2009), “İdari Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.42.

¹¹⁴ **Zanaobini**, s.25; **Gölcüklü**, s.117.

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Toplumsal düzenin sağlanması kamu yararı kavramında değerlendirilmelidir. Bu nedenle kabahatler ile mücadele kapsamında kabahat sonucu elde edilen gelirin el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesi Anayasa ile uyumludur. Ayrıca AİHS’nin 1 numaralı protokolü ile de mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre kişiler, kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mülkiyet hakkından yoksun bırakılabilir. Bu çerçevede Kabahatler Kanunu düzenlemesinin AİHS ve Anayasa uyumlu olduğunu ifade etmek gerekir¹¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirini “suçla mücadele için etkili ve gerekli bir araç”, “suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması ve suçtan gelir elde edilmemesinin güvence altına alınması” açısından gerekli görmektedir¹¹⁶. Ancak el koyma başlığı altında da ifade etmeye çalıştığımız üzere dilenci üzerinde tespit edilen ve el konulan maddi değer mülkiyetinin kamuya geçilmesi hususunda birkaç temel tereddüt ortaya çıkmaktadır. Bir kere dilenci üzerinde bulunan maddi değerlerin dilencilik sonucu elde edilmesinin tespiti nasıl yapılacaktır? Bunun yanında dilencilik sonucu elde edilmeyen maddi değerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi mülkiyet hakkını ihlal eder mi? Ayrıca dilencilik sonucu elde edilse dahi yine de mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri mülkiyet hakkını ihlal eder mi sorularını değerlendirmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu hususta bireysel başvuru sonucu ilginç bir karar vermiştir. Karara konu olayda özetle; zabıtaya yakalan bir kişi üzerinde sayıca fazla altın ve yüklü miktarda para tespit edilmiştir. Bu maddi değerlerin mülki-

¹¹⁵ **Gedik, Doğan** (2008), “Bir idari Yaptırım Çeşidi Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi” Terazi Hukuk Dergisi, Ocak, S:17, s.121.

¹¹⁶ AİHM bu hususları Raimondo/İtalya, (B. No: 12954/87) ve Phillips/Birleşik Krallık (B. No: 41087/98,5/7/2001) kararları ile vurgulamıştır. Kararlara atıf yapan karar: **AYM, Alişen Bağcaçi Başvurusu**, Başvuru No: 2015/18986, R.G., S:30659, T.: 18.01.2019, K. T.: 25.12.2018, <<https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2015-18986-t-25-12-2018-dilencilik-gerek-199-esiyle-ziynet-esyasinin-m-220-lkiy/3290026/>> s.e.t. 04.11.2022.

yetinin kamuya geçirilmesi üzerine ilgili kişi mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur¹¹⁷. Karara konu olayda zabıtanın denetimi neticesinde kişi üzerinde “26 çeyrek altın, 12 Cumhuriyet altını, bir bilezik ve bin 633 lira” tespit edilmiştir. Başvurucu balon sattığını, geçimini de bu şekilde sağladığını iddia etmektedir. Karara konu olan ziynet eşyasının sadece balon satılarak elde edilmesi pek kolay görünmemektedir. Bu kadar büyük bir maddi değerın balon satarak elde edilmesi, elde edilse dahi kişi tarafından üstünde taşınması hayatın olağana akışına uygun değildir. Ancak daha geniş bir zaman içerisinde dilencilik sonucu elde edilmesi de mümkündür. Bu durumun ise tespiti kolay değildir. İlgili olayda başvurusunun yedi gündür aynı yerde dilencilik yaptığı ve bunu meslek haline getirdiği ifade edilmiştir. Bu sebeple de söz konusu maddi değerın dilencilik sonucu elde edildiği kabul edilmiştir. Hatta başvurusunun gelir kaynağı olarak gösterdiği sigorta kaydı dahi maddi değerlerin dilencilik harici edinildiğini kanıtlayamadığı ifade edilmiştir:

“Başvurucu, sigortalı olarak bir işyerinde çalıştığı hâlde meşru yollardan elde ettiğini belirttiği altın ve nakit paranın dilencilik yaptığı gerekçesiyle mülkiyetinin kamuya geçirilmesinden yakınmıştır. Başvurucu; itirazlarının derece mahkemelerince dikkate alınmadığını, gösterdiği tanıkların dinlenilmediğini ve etraflı bir mali durum araştırması yapılmadığını vurgulamıştır. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür”¹¹⁸. “Bakanlık görüşünde, başvurusunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğu ve dilencilik yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilerek caydırıcılık sağlanması yönünde meşru bir amacının da olduğunu bildirilmiştir. Ayrıca yalnızca başvurusunun üzerinden çıkan nakit para ve altının mülkiyetinin kamuya geçirildiği, başvurusunun geçimini dilencilikten sağladığının Ceza Mahkemesince kabul edildiği ve itiraz aşamasında usul güvencelerinin sağlandığı hususlarına dikkat çekilmiştir”¹¹⁹.

¹¹⁷ Alişen Bağcaçi Başvurusu, Başvuru No: 2015/18986.

¹¹⁸ Alişen Bağcaçi Başvurusu, Prg. 31.

¹¹⁹ Alişen Bağcaçi Başvurusu, Prg. 32.

Söz konusu kararda tutanak tutan görevlilerin tanık beyanları esas alınarak söz konusu kişinin dilencilik yaptığı, para ve altınların dilencilik sonucu elde edildiği kanaati oluşmuştur. Sosyal güvenlik kaydının tek başına bir gelir kaynağı olamayacağı düşüncesi doğrudur. Ancak sosyal güvenlik kaydının neden tek başına kanıt olamayacağı etraflıca tartışılmalı, kişinin mali durumu detaylı bir şekilde incelenmelidir. Somut olayda da başvuru etraflıca bir mali durum analizinin yapılmadığını iddia etmektedir. Bunun yanında sosyal güvenlik kaydı haricinde kişinin farklı bir gelir kaynağı olabileceği hususu (her ne kadar başvuruya yeterli imkân tanındığı ifade edilse de) etraflıca tartışılmamıştır. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin Telhis ve Viziteu/Romanya (B. No: 47911/15) kararına atıfla elde edilen değerlerin meşru kökenini kanıtlama yükümlüğünün kişilere ait olduğuna işaret etmektedir¹²⁰. Yine yüksek mahkeme AİHM kararlarına atıfla mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarının usuli güvencelere sahip olması, yaptırım halinde ise savunma ve itirazların etkin bir biçimde yürütülmesi gerekliliğini vurgulamaktadır¹²¹.

Somut olayda bir hafta arayla dilencilik yaptığı tespiti yer alsa da bir hafta veya daha fazla bir sürede bu miktarda altın ve paranın dilencilik yoluyla nasıl elde edilebileceği ikna edici şekilde açıklanmamıştır. Yine başvuru sahibinin sürekli aynı yerde dilencilik yapması ve bunu meslek haline getirmesi gibi hususların da kati olarak tespiti zaruridir.

Dilencilik sonucu kişi üzerinde tespit edilen maddi değerlerin kaynağının yeterince tartışılmayıp dilencilik sonucu elde edildiğinin kabulü bir karine olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönde bir kabul kanımızca kabul edilebilir olmakla birlikte somut olaylar özelinde mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale haline de dönüşmemelidir. İstisnai olarak bazı özellikli faaliyetler açısından bu yönde bir kabul makul kabul edilebilir. Malvarlığındaki artışın hayatın olağan

¹²⁰ **Alişen Bağcaçi Başvurusu**, Prg. 22.

¹²¹ **Alişen Bağcaçi Başvurusu**, Prg. 23. AİHM, özellikle Denisova ve Moiseyeva/Rusya (B. No: 16903/03) kararında başvuru sahiplerinin yargılama sürecine dâhil edilmemeleri, bu yaptırıma karşı etkili bir mücadele yapılamadığı gerekçesiyle müdahalenin ölçsüz olduğu sonucuna ulaşmıştır (**Alişen Bağcaçi Başvurusu**, Prg. 24).

akışına uygun açıklanamadığı durumlarda elde edilen malvarlığının hukuka aykırı şekilde elde edildiği kabul edilebilir ve malvarlığının mülkiyeti kamuya geçirilebilir. Örneğin AİHM, Riela ve diğerleri/İtalya (B. No: 52439/99)¹²² kararı ile elde edilen kazançların mutlak hukuka aykırı, kanun dışı elde edildiği varsayımının orantısız olmadığına işaret etmektedir. AİHM kararları ile desteklediği ve vurgulandığı üzere elde edilen maddi gelirlerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin suç ve kabahat ile mücadelede önemi yadsınamaz. Ancak bu yönde alınacak tedbirlerin mülkiyet hakkı ile ölçülü olması esastır.

D. İDARİ YAPTIRIMA KARAR VEREN MERCİLER

İdari yaptırım kararları idari ihlaller karşısında idari makamlar tarafından alınır. İdari yaptırımların en önemli özelliklerinden birisi de yaptırımın ancak idarenin bir organı aracılığıyla verilebilmesidir. Bu özellikten çıkan önemli bir sonuç ise idari yaptırımların çekişmesiz nitelikte olduğudur¹²³. Bu noktada kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilikleri içinde icracı makamları kamu görevlileri idari yaptırım tesis edebilir. İdari makam merkezden yönetim makamları olabileceği gibi yerinden yönetim makamları da olabilir. Dilencilik kabahati bakımından da yaptırım kararı alabilecek makamlar Kabahatler Kanunu ile sayılmıştır. Bu çerçevede farklı tür yaptırımları belediye zabıta görevlileri, mülki amir, belediye encümeni, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme alabilir.

Kolluk ve Belediye Zabıta Görevlileri: İdari yaptırıma karar veren merciler bakımından kanun koyucu kolluk ve belediye zabıta görevlilerini ayrı makamlar olarak zikretmeyi tercih etmektedir. Aslında kolluk terimi idare hukuku doktrininde belediye zabıta görevlilerini de kapsar niteliktedir. Bu yönde bir tercih

¹²² “Kararına konu olayda, organize suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde elde edildiği gerekçesiyle başvurucuların taşınmazları, araçları ve şirket hisselerinin müsadere edilmesi söz konusudur. AİHM derece mahkemelerinin başvurucuların mali durumlarının özenli bir şekilde analiz edilerek müsadere edilen malların yalnızca başvurucuların kanun dışı kazançlarıyla elde edilebileceği yönündeki değerlendirmelerini dikkate alarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin takip edilen meşru amaç ile karşılaştırıldığında orantısız olmadığı sonucuna varmıştır” (Alişen Bağcaçı Başvurusu, Prg. 27).

¹²³ Bkz. Soyaslan, Doğan (1990), Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, Kazancı Yayınları, s.107.

muhtemelen özel kolluk- genel kolluk ayrımından kaynaklanmaktadır. Kolluk veya belediye zabıta görevlileri dilencilik yapıldığını tespit etmekte ve tutanak altın almakta ve akabinde ise idari para cezası tesis etmektedir. Kolluk personeli olarak polis de dilencilik kabahati dolayısıyla yaptırım kararı alma yetkisi bulunmaktadır. Ancak uygulamada polis daha çok zabitanın zorlayıcı tedbir kullanma yetkisini kullanamadığı ve çağrı ile hazır bulunduğu durumlarda idari yaptırım kararı almayı tercih ettiği gözlemlenmektedir¹²⁴.

Kabahatler Kanunu ile belediye zabıta görevlileri idari yaptırım kararı alma yetkisine sahiptir. Ancak büyükşehirler belediyelerinin bulunduğu yerler bakımından büyükşehir ve ilçe belediyesi arasındaki yetki ve görev dağılımını belirlemek gerekir. Büyükşehir belediyelerinde ilçe belediyeleri genel yetkilidir. Bu nedenle 5216 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyesinin görev ve yetkisi kapsamında sayılmayan her husus ilçe belediyelerin görev ve yetki alanına girmektedir. Bu nedenle Kabahatler Kanunu uygulamasında da öncelikli olarak ilçe belediyeleri yetkilidir. Ancak büyükşehir belediyesinin yetki alanına girdiği belirtilen alanlarda ilçe belediyelerinin işlem yapmasına da engel bulunmamaktadır. Yani büyükşehir belediyelerinin yetki alanlarına giren sahalarda da ilçe belediyelerinin işlem yapması mümkündür.

Mülki Amir: Mülki amir (vali/kaymakam) dilencilik kabahati sonucu elde edilen mülkiyetin kamuya geçirilmesinde yetkilidir (m.33). Ancak uygulamada daha çok belediye zabıtasının idari yaptırım kararı alması ve bu kararlara dayalı olarak belediye encümenince mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı alındığı gözlemlenmektedir¹²⁵.

Belediye Encümeni: Belediye encümeni dilencilik kabahati sonucu elde edilen mülkiyetin kamuya geçirilmesinde yetkilidir (m.33). Belediye encümeninin bunun haricinde dilencilik kabahati karşılığında öngörülen idari para cezası veya el koyma gibi yaptırım kararlarını alma yetkisi yoktur.

¹²⁴ Bkz. <<https://www.dha.com.tr/yerel-haberler/istanbul/silivride-polis-ve-zabitan-dilenci-operations-2055250>> s.e.t. 30.05.2023.

¹²⁵ Somut örnekler için bkz. <https://erbaa.bel.tr/Site/tema/genel/uploads/meclis_kararlari/dosya/2022144-%C4%B0dari-Para-Cezas%C4%B1-dilencilik.pdf> s.e.t. 30.05.2023; <<https://www.pursaklar.bel.tr/data/59143daeca7f311f307d8408/2019%20mart.pdf>> s.e.t. 30.05.2023.

Cumhuriyet Savcısı: İdari makamdan sadece idare cihazı içindeki idari organlar anlaşılır. Kabahatler Kanunu açısından Cumhuriyet savcısı da kanunda açıkça düzenlenen hallerde kabahatten dolayı yaptırım uygulayabilir (m.23/1). Ancak dilencilik kabahati açısından kanunda bu yönde bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu halin dışında Cumhuriyet Savcısı iki ihtimal dâhilinde bir kabahati tespit ederek idari yaptırım kararı alabilir. Birinci ihtimalde Cumhuriyet Savcısı “bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir” (m.23/2). İkinci ihtimalde ise “soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir (m.23/3)”. Bu durumda Cumhuriyet savcısı yürüttüğü bir soruşturmada dilencilik kabahatinin işlendiğini fark ederse kendisi idari yaptırım kararı alabilir. Ayrıca Cumhuriyet savcısı soruşturulan fiilin kabahat olduğunu tespit ederek idari yaptırım kararı alabilir. Konumuz gereği pek muhtemelen, “çocuklar ile beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanması” suçunun soruşturulması sırasında bu ihlalin suç değil de dilencilik kabahati olduğu tespit edilebilir ve idari yaptırım kararı alınabilir. Özellikle dilencilikte araç olarak kullanma suçu ile dilencilik kabahati arasında belirsizliğin olduğu durumlarda Cumhuriyet savcısının bu yetkiyi kullanması ihtimal dâhilindedir.

Mahkeme: Kabahatler Kanunu gereğince mahkemeler de kabahatten dolayı yaptırım kararı verebilir. Kanun’un 24. maddesine göre “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.” Kanun koyucu mahkemenin yaptırım kararı alması bakımından Cumhuriyet savcısından farklı bir düzenleme tercih etmiştir. Cumhuriyet savcısı kendisi kabahat kararı alabileceği gibi ilgili idareye de gönderebiliyordu. Ancak mahkeme yaptırım kararını doğrudan kendisi alacaktır. Bu durumda dilencilikte araç olarak kullanma suçunun kovuşturma evresinde söz konusu fiilin suç değil de kabahat olduğu anlaşılırsa mahkeme kabahat fiilinden dolayı yaptırım uygulayacaktır. Ancak kovuşturma evresinde kovuşturma konusu fiil dışında bir

kabahatin tespit edilmesi halinde mahkemeye Cumhuriyet savcısına verilen yetki gibi bir yetki verilmemiştir¹²⁶. Bu durumda mahkeme kendisi idari yaptırım kararı veremez. Ancak bu durumdan dolayı ilgili idareyi haberdar edecektir.

E. DİLENCİLİK KABAHAİNİN TESPİTİNDE İDARENİN YETKİLERİ

Dilencilik kabahatinde kolluğa dilencilik sonucu elde edilen gelire el koyma yetkisi verilmektedir. El koyma mülkiyetin kamuya geçirilmesi için alınan bir tedbirdir. Dilencilik nedeniyle el koyma yetkisi kolluk veya belediye zabıta görevlilerine aittir. Kolluk tarafından elde edilen gelir tutanak altına alınır ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi için belediye encümeni veya mülki amir tarafından karar verilir. Ancak elde edilen gelirin nasıl tespit edilebileceğine dair Kabahatler Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dilencilik sonucu elde edilen gelir, kişi tarafından bedenine ya da elbiselerinin içine saklanabilir. Kişi bazen elde edilen geliri daha görünür ve kolayca talep edilebilir şekilde ceketin, gömleğin ceplerine saklayabileceği gibi bazen de kolay görünmeyecek ve talep edilemeyecek şekilde, örneğin iç çamaşırlarına da saklayabilir. Bu durumda el edilen gelirin tespitinde kolluğun yetkileri nelerdir, bu yetkilerin sınırı nedir sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Dilencilik sonucu elde edilen gelirin tam olarak tespit edilebilmesi için dilencinin üstünün aranması icap edebilir. Bu nedenle kolluk ve belediyesi zabıtasının üst araması yapabilmesinin pozitif temelini olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Üst araması detaylı olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin “durdurma, durdurma sonrası kontrol ve arama işlemleri” başlıklı 27. maddesine göre kolluk “kişileri ve araçları; (...) kabahatin işlenmesini önlemek, (...) kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek amacıyla durdurabilir. (...) Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır: a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır”. Aynı Yönetmelik ile Kolluk tanımlanmıştır. Kolluk; Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini, ifade eder (m.4).

¹²⁶ Güçlü, s.204.

Görüldüğü üzere bu yönetmelik ile belediye zabıta görevlilerine kabahat dolayısıyla elde edilen değerlerin tespiti maksadıyla üst arama yetkisi verilmemektedir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda ise polise “kabahatin işlenmesini önlemek, kabahat faillerinin kimliklerini tespit etmek” maksadıyla durdurma ve kimlik sorma yetkisi verilmektedir (m. 4/A). Durdurmayı takiben Kanun gereğince; “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir”. Ayrıca bu sınırlar ve kapsam içerisinde el ile dıştan kontrol yapılabilir. Benzer şekilde düzenleme Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ile yapılmıştır (m.27). Ancak bu düzenleme polise dilencilik sonucu elde edilen geliri tespit etmeye elverişli bir üst arama yetkisi vermemektedir. Çünkü Kanun öncelikle Kabahatler açısından sadece kabahatin önlenmesi ve kabahat failinin kimliğinin tespiti bakımından düzenleme içermektedir. Böyle bir düzenleme el koyma amacıyla üst araması yetkisi vermemektedir.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda benzer düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak jandarma da Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çerçevesinde durdurma ve arama yetkililerini kullanabilmektedir. Ancak bu yönetmelik ifade ettiğimiz üzere kabahatten dolayı el konulacak geliri tespit maksadıyla üst arama yetkisi vermemektedir. Üst arama yetkisinin suç öncesi ve sonrası dahi ağır şartlara tâbi olması göz önüne alınırsa kabahatler açısından açık kanuni düzenleme olmadığı sürece üst araması yapılması mümkün değildir.

Son olarak Belediye Zabıta Yönetmeliği çerçevesinde zabıta görevlilerinin de üst araması veya benzer bir yetkisi bulunmamaktadır. Bazı Belediyeler, zabıta müdürlüğü çalışma prosedürlerini belirlemiş ve dilencilerle ilgili denetimlerde uyulması gereken esasları düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde denetimler kapsamında dilencinin üst araması yapılabileceği ifadelerine rastlanılmaktadır¹²⁷. Ancak vurguladığımız üzere zabıtanın bu yönde bir yetkisi bulunmamaktadır.

¹²⁷ Bkz. Kartal Belediyesi Zabıta Müdürlüğü Çalışma Prosedürü, <https://www.kartal.bel.tr/tr/dosyalar/Mudurlukler/ZM/ZM_Proseudur.pdf> s.e.t. 19.10.20221.

Uygulamada da zabitanın üst araması yaptığı görülmektedir¹²⁸. Bu aramaların temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde hukuka aykırı mahiyette uygulandığı görülmektedir. Hatta kişilerin iç çamaşırlarının dahi arandığı örnekler bulunmaktadır¹²⁹. Bu türden aramalar hukuka aykırı olduğu gibi arama yapan kamu görevlilerinin de cezai sorumluluğunu doğurabilir. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 120. maddesine göre "Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir".

Kabahatler dolayısıyla kişilerin aranabilmesi ve yakalanabilmesi için Anayasa'ya uygun olarak özel kanuni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu düzenleme Kabahatler Kanunu'nda ve de özel kanunlar ile düzenlenen kabahatleri kapsayacak şekilde olmalıdır.

Kabahatler Kanunu'nda hem kolluk hem de zabıta yetkili kılınmıştır. Kolluk zabıtayı da kapsayan genel bir ifadedir. Ancak kanun koyucu kolluk vurgusu ile daha çok merkezi yönetim kolluk makam ve personeli ifade etme eğilimindedir. Çoğu zaman hem kolluğun hem de zabitanın aynı anda yetkili olması mümkündür. Yani kolluk ve belediye zabıtası arasında yarışan yetki söz konusu olabilir. Bu durumda idari yaptırım kararı verme yetkisi konusunda veya kurumlar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi veya bir hiyerarşik konumlanma bulunmamaktadır. İdari para cezasının yanı sıra yukarıda ifade ettiğimiz üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırım için de bu husus geçerlidir.

Kabahatler Kanunu düzenlemesi incelendiğinde idarenin yetkisinin bağlı yetki olduğu, idarenin takdir yetkisinin olmadığı görülmektedir. Bu nedenle hem idari para cezasında hem de el koyma ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi

¹²⁸ Bkz. <<https://bingol.bel.tr/tr/haber/bingolde-dilenci-operasyonu>> s.e.t. 13.12.2022.

¹²⁹ Örnek bir olay için bkz: "İbret olacak zabıta araması": "Adapazarı'nda dün Büyükşehir Belediyesi Zabıta Müdürlüğü ekipleri dilencilik yaparken yakaladıkları 13 yaşındaki S.S.'yi herkesin gözü önünde zorla soyarak, külotundaki paralara el koydular. Ekiplerin cuma namazından sonra cami önlerinde yaptığı dilenci operasyonunda 27 kişi yakalandı. Toplama merkezine getirilen 27 dilencinin üstü tek tek arandı. Aramalar sırasında üstünü atmamak için kaçmaya çalışan 13 yaşındaki S.S. kısa sürede yakalandı. Zabıta ekipleri öğrenci olan S.S.'nin pantolonunu zorla çıkardı ve külotunda gizlediği 285 milyon lirayı buldu. S.S., bu parayı zabıtalara vermemek için çığlıklar attı". <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ibret-olacak-zabita-aramasi-216638>> s.e.t. 12.11.2022.

yaptırımlarında idarenin karar alma zorunluluğu bulunmaktadır¹³⁰. Bu çerçevede hatta alınması gereken kararları alınmaması halinde kamu görevlilerinin disiplin, idari ve hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.

Dilencilik kabahatinin tespiti için gerekli idari süreçte söz konusu kabahatin suç olarak anlaşılması da mümkündür. Bu durumda idari süreç söz konusu ihlalin kabahat olmamasından dolayı sone erecektir. Suç nedeniyle soruşturma süreci ise Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na bağlı olarak yürütülecektir.

Dilencilik kabahati karşılığında öngörülen idari yaptırımlar idari işlem niteliğindedir ve idari işlemlerde bulunması gereken özellikleri taşırlar. Kabahatler Kanunu ile idari yaptırım kararlarının içeriği (m.25) ve tebliği usulü”(m.26) düzenlenmiştir.

Dilencilik kabahatinin işlenmesi ile birlikte yaptırım kararının gerçek kişinin huzurunda verilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda, idari yaptırım kararının elden tebliğ edilmesi söz konusu olacaktır. Kanun'da yaptırımların yazılı tebliğinde Anayasal bir şekil kuralı olan “*karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilme*” zorunluluğu düzenlenmiştir ve bu düzenleme Anayasa ile uyumludur. Ancak İdarî yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta, yaptırım kararına karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi yazılı olarak bildirilen “*karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresinin*” sözlü olarak da hatırlatılması olarak anlamak gerekir. Çünkü idari işlemler kural yazılıdır ve yazılı işlemlerde Anayasa gereği, o işleme karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresinin belirlenmesi gerekir. Bu bildirim salt sözlü olarak yapılması Anayasa'ya aykırıdır.

V. DİLENCİLİK KABAHAHATİNDE ZAMANAŞIMI

Kabahatler Kanunu'nda idari para cezası gerektiren kabahatler bakımından soruşturma zamanaşımı belirlenmiştir¹³¹. Kanun koyucunun “soruşturma za-

¹³⁰ İnan/Demir, s.161.

manaşımı” terimini (m.20) kullanması pek de doğru değildir. Pek muhtemelen ceza hukuku yaptırımlarının ve de bazı idari yaptırımların soruşturma nihayetinde verilmesinin bir sonucu olarak bu terim kullanıldığı düşünülebilir. Ancak burada zamanaşımına tâbi olan şey kabahatin soruşturulması değil idari yaptırım kararının alınmasıdır.

Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. Kanun’da kabahatin karşılığı olarak öngörülen idari para cezasının miktarına göre soruşturma zamanaşımı belirlenmiştir¹³². Bu nedenle dilencilik kabahati açısından el koyma ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı, idari para cezası yaptırımının zamanaşımına tâbidir.

Dilencilik kabahatinin karşılığı ise elli Türk Lirası’dır ve soruşturma zamanaşımı 3 yıldır. Bu sürenin geçmesi ile birlikte kişiye idari para cezası verilemez. Zamanaşımı süreleri kamu düzenindedir. Bu nedenle idare, yargılama aşamasında mahkeme bu süreye uyulup uyulmadığını kendiliğinden dikkate almak zorundadır¹³³.

Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar (KK, m.20/4).

Kabahatler Kanunu’nun 21. maddesi ile kabahatler bakımından yerine getirme zamanaşımı düzenlenmiştir¹³⁴: “Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez” (KK, m.21/1). Yerine getirme zamanaşımı para cezalarının miktarına göre değişmektedir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı bakımın-

¹³¹ Bkz. **Altıparmak Cüneyd** (2008) “Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanaşımı” İstanbul Barosu Dergisi, C:82, S:1, s.49-57; **Bilici, Abdullah** (2016) “Kabahatlerde Zamanaşımı” İstanbul Barosu Dergisi, C:90, S:6, s.61-79.

¹³² Buna göre; “Soruşturma zamanaşımı süresi; a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş, b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört, c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yıldır” (KK, m.20).

¹³³ **Güçlü**, s.176.

¹³⁴ Bkz. **Bilici**, s.61-79.

dan ise 10 yıldır. Bu durumda dilencilik kabahati bakımından yerine getirme zamanasını idari para cezası bakımından 3 yıl, mülkiyetin kamuya geçirilmesi bakımından ise 10 yıldır. “Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar” (KK, m.21/4). Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez” (KK, m.21/5).

VI. KARARLARIN YERİNE GETİRİLMESİ

İdari para cezaları derhal uygulanabilir niteliktedir. Bu idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması da bir sonucudur. Bu kararlar kamu alacaklarının tahsili usullerine göre yerine getirilir.

Kabahatler Kanunu gereğince huzurda tahsil de mümkündür¹³⁵. Kabahatler Kanunu’nda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının uygulanabilmesi için kararın kesinleşme şartı getirilmiştir (m.18/8). Kararın kesinleşebilmesi ise esas olarak başvuru yolunun tüketilmemesi anlamına gelir. Yani idari başvuru yollarının tüketilmesi ve idari kesinliğin sağlanması ile birlikte karar yerine getirilebilir.

Kabahatler Kanunu’na göre “İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, *sulh ceza mahkemesine* (sulh ceza hâkimine)¹³⁶ başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir” (m.27/1). Bu durumda yargısal merci ve

¹³⁵ Kanun’a göre; “*Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. Kanunlarında ödeme süresi düzenlenmemiş olan idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezasının ödeme süresi içinde ödenmesi halinde, cezadan %25 oranında indirim yapılır. Ödeme yapılması, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez*” (m.17/6).

¹³⁶ 6545 s.Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış ve 5320 s.Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile de “Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, a) İdari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine, (...) yapılmış sayılır” hükmü getirilmiştir (ek m.1).

süreyi düzenleyen bu düzenlemeye göre idari başvuruların da süre içerisinde olması gerekir. Bu süre içerisinde başvuru yapılmadığı takdirde idari ve yargısal kesinlik söz konusu olacaktır.

Kural olarak Kabahatler Kanunu'na göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı bağımsız olarak da uygulanabilir. Ancak dilencilik kabahati sonucu bu yaptırımın uygulanabilirliği dilencilik kabahatinden dolayı ceza verilmesine bağlıdır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının verilebilmesi idari bir ihlalin tespitine bağlıdır. Yani mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının sebep unsuru idari para cezası işlemidir. Bu durumda idari para cezasının esastan hukuka aykırılığının tespit edilmesi, mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının da hukuka aykırılığını gündeme getirecektir.

Kararların yerine getirilmesi kanuni zorunluluk olmakla birlikte idari işlemin sona ermesine neden olan hallerde idari yaptırım kararının uygulama kabiliyeti kalmayacaktır. Özellikle işlemin idarece geri alınması, mahkemenin iptal kararı, maddi sebeplerin oluşması durumlarında yaptırım kararı uygulanmayacaktır. Özellikle maddi bir sebep olan failin ölümü halinde idari para cezası uygulama alanı bulamayacak ve sona erecektir. Ancak diğer yaptırımlar kişinin öznel durumundan öte kamu düzenine ilişkin sonuçlar doğurduğu için uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Dilencilik günümüzde en önemli problemlerden birisidir. Bu nedenden dolayı söz konusu fiil toplumsal hayata etkisi ve kamu düzenini bozma potansiyelinin bir sonucu olarak hukuk düzenleri tarafından belirli kurallara ve/veya yaptırıma bağlanmaktadır. Bizim hukukumuzda ise suç/ceza politikası ve suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak Kabahatler Kanunu ile kabahat olarak düzenlenmiştir. Mevzuatımızda dilencilik bir tanımı bulunmamaktadır, en azından kabahatin tipiklik unsurunun belirlenebilmesi, belirli ölçütlere göre tarif edilebilmesi için kanunda düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Uygulamada da dilencilik somut durumlar üzerinden tarif edilmektedir.

Diğer yandan günümüzde dilencilik fiilinin çehresi de değişmektedir. Bu nedenle özellikle sanal ortamlarda karşılıksız edim/menfaat talepleri yoğun bir

şekilde karşımıza çıkmaktadır. Sanal ortamların bu kadar kontrolsüz olduğu bir durumda ‘geleneksel’ dilenciliğin katı bir şekilde yaptırıma tâbi kılınması tartışmalı hale gelmektedir. Bu nedenle söz konusu kabahat yeni koşullara göre değerlendirilmelidir. AİHM kararı ile de vurgulandığı üzere dilenciliğin bir kendini ifade etme aracı olduğu düşüncesi de dikkate alınmalıdır. Aksi halde farklı durumlarda insanların yardım istemesi ve bu yardımın yapılması ile dilenciliğin yaptırıma bağlanması ölçsüzlük yaratacaktır. Dilenciliğin tanımının yanı sıra öngörülen idari yaptırımların tesisinde ve uygulanmasında pozitif düzenlemeler yetersizdir. Birçok hususta (hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen haller vb.) Türk Ceza Kanunu’na göndermede bulunmaktadır. Ancak kabahatlerin kendine has karakterlerine uygun olarak bu hususların kabahatler kanunu ile bağımsız düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin** (2014) Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akbulut, Berrin** (2018) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aktaş, Batuhan** (2015) “Kabahatler Kanununda Düzenlenen Kast, Taksir ve Hata Halleri Üzerine Bir inceleme”, Terazi Hukuk Dergisi, C:10, S:105, s.26-35.
- Altıparmak, Cüneyd** (2008) “Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanaşımı”, İstanbul Barosu Dergisi, C:82, S:1, s.49-58.
- Artuk, Mehmet Emin** (2006) “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, s.3-15 <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/dsp.php?fn=makale-mehmeteminartuk-1.htm&kw=dilencilik&cr=hebb#fm>> s.e.t. 29.11.2022.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner** (2004) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bayraktar, Köksal** (1984) “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, İÜHFM, C:50, S:1, s.197-212.
- Bilici, Abdullah** (2016) “Kabahatlerde Zamanaşımı”, İstanbul Barosu Dergisi, C:90, S:6, s.61-79.
- Birtek, Fatih** (2014) “Dilencilik Suçu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C:5, S:2, s.122-132, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208327>> s.e.t. 08.10.2022.
- Çağlayan, Ramazan** (2006) İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu ve Yorumu), Ankara, Asil Yayınevi.
- Çelik, Elif** (2022) “Dilencilik Sorusu ve Dilencilik Yasaklarını İnsan Haklarıyla Ele Almak: Lacatus v. İsviçre Kararının Uyandırdıkları”, YÜHFD, C:XIX, S:1, s.93-127.
- Doğan, Oğuz Kaan** (2022) “Dilenmek Bir İnsan Hakkı Mıdır? İfade Özgürlüğü Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:71, C:2, s.885-910 <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/dsp.php?fn=makale-oguzkaandogan-1.htm&kw=dilencilik&cr=hebb#fm>> s.e.t.30.11.2022.
- Donay, Süheyl** (1972) “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHFM, C:XXXVII, S:1-4, s.411-427.
- Donay, Süheyl** (1972) Para Cezaları, İstanbul, Kervan Yayınları.

- Eker-Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker** (2019) “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C:21, Özel Sayı, s.517-582.
- Gedik, Doğan** (2008) “Bir idari Yaptırım Çeşidi Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak, S:17, s.113-127.
- Girgin, Kaan** (2020) “Kabahat ve Suç Ayrımı”, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gölcüklü, Feyyaz** (1963) “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı” Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:18, S:2, s.115-182.
- Güçlü, Yaşar** (2020) İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, <<https://www.surelikitap.com/tr>> s.e.t.30.11.2022.
- Günday, Metin** (2013) İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayıncılık.
- Gündüz, Olgun** (2020) “Toplumda Dilencilik Olgusu ve Dilenci Tipi”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S:49, s.861-878 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1453732>> s.e.t. 13.12.2022.
- Hafizoğulları, Zeki** (1996) Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, US-A Yayıncılık.
- İçel, Kayıhan** (1984) “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFİM, C:L, S:1-4, s.117-131.
- İnan, Atilla/Demir, İbrahim** (2014) Açıklamalar - İçtihatlar ve Madde Gereçekleri- Kabahatler Kanunu, Ankara, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını.
- Kangal, T. Zeynel** (2011) Kabahatler Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Karagülmez, Ali** (2005) Suç Olmaktan Çıkarma- İdari Para Cezaları- Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Keyman, Selahattin** (1980) “Tipiklik ve Ceza Hukuku” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:37, S:1, s.59-105.
- Koca, Mahmut** (2020) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#:~:text=%C3%96rne%C4%9Fin%20ruhsat%20B1%20silahla%20taksirle%20birinin,kullan%C4%B1lan%20e%C5%9Fya%20olaca%C4%9F%C4%B1ndan%20m%C3%BCsadere%20edilebilecektir>> s.e.t. 29.11.2022.
- Köprülü, Timuçin** (2017) “Dilencilik Suçu ve Kabahati”: Ergül, Ozan (Editör), Av.Teoman Ergül’e Armağan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.649-678.

- Mahmutoğlu Fatih Selami** (1996) “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İÜHFİM, C:LV, S:1-2, s.151-172.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami** (1995) Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul, Kazancı Yayıncılık.
- Mercan, Ceren** (2022) “Dilencilik Suçu” Suç ve Ceza Dergisi, C:15, S:1, s.109-133, <<https://www.acarindex.com/pdfs/475727>> s.e.t. 09.01.2023.
- Oğurlu, Yücel** (2001) İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özay, İl Han** (1985) İdari Yaptırımlar-Kuramsal Bir Deneme, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası.
- Özer, Yunus Emre/Yontar, İbrahim Güray** (2013) “Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C:12, S:43, s.237-241 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/70432>> s.e.t. 08.10.2022.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Soyaslan, Doğan** (1990) Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, Kazancı Yayınları.
- Tan, Turgut** (2004) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yaptırımlar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C:2.
- Ulusoy, Ali** (2009) “İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ulusoy, Ali** (2013) İdari Yaptırımlar, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Vatandaş, Celalettin** (1999) “Dilenciler ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma)”, Journal of Religious Ethics, C:27, S:2, s.170-183 <<https://sbd.aku.edu.tr/IV1/15CelalettinVatandas.pdf>> s.e.t. 07.10.2021; **Gündüz**, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1453732>> s.e.t. 13.12.2022.

İnternet Kaynakları

- Aslıcan Kalfa Topateş ile Söyleşi, “Dilencilere verilecek 10 dakikası olanlara: Neden dileniyor, ne hissediyor, ne kazanıyorlar?” <<https://t24.com.tr/haber/dilenciler,320171>> s.e.t. 30.05.2023.

- <<https://bingol.bel.tr/tr/haber/bingolde-dilenci-operasyonu>> s.e.t. 13.12.2022.
- <<https://www.cnntrk.com/turkiye/zabitalardan-kacan-cocuga-arac-carpti-oldu>> s.e.t. 25.01.23.
- <<https://www.dha.com.tr/yerel-haberler/istanbul/silivride-polis-ve-zabitan-dilenci-operasyon-2055250>> s.e.t. 30.05.2023.
- <https://erbaa.bel.tr/Site/tema/genel/uploads/meclis_kararlari/dosya/2022144-%C4%B0dari-Para-Cezas%C4%B1-dilencilik.pdf> s.e.t. 30.05.2023.
- <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ibret-olacak-zabita-aramasi-216638>> s.e.t. 12.11.2022.
- <https://www.kartal.bel.tr/tr/dosyalar/Mudurlukler/ZM/ZM_Prosedur.pdf> s.e.t. 19.10.2022.
- <<http://www.kocaeli.gov.tr/kurumlar/kocaeli.gov.tr/Mevzuat/Genelgeler/3-20146%20D%C4%B0LENC%C4%B0L%C4%B0K%20YAPAN%20SUR%C4%B0YEL%C4%B0%20%C5%9EAHISLAR.pdf>> s.e.t.21.10.2022.
- <<https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2015-18986-t-25-12-2018-dilencilik-gerek-199-esiyle-ziynet-esyasinin-m-220-lkiy/3290026/>> s.e.t. 04.11.2022.
- <<https://www.pursaklar.bel.tr/data/59143daeca7f311f307d8408/2019%20mart.pdf>> s.e.t. 30.05.2023.
- <<https://samsun.bel.tr/haberler/zabitan-dilenci-operasyonu>> s.e.t. 30.05.2023.
- <<http://www.tdk.gov.tr>> s.e.t. 21.10.2022.
- <<https://www.yenisafak.com/foto-galeri/gundem/polisi-nelerle-ugrastiriyorlar-dilenciler-sac-saca-bas-basa-kavgaya-tutustu-2037422>> s.e.t. 30.05.2023.

THE FOUR-PILLAR STRUCTURE OF INTERNATIONAL NUCLEAR LAW: NUCLEAR SAFETY, NUCLEAR SECURITY, NUCLEAR SAFEGUARDS AND LIABILITY^(*)

Asst. Prof. Dr. Çiğdem PEKAR^(**)

ABSTRACT

With the discovery and global expansion of nuclear energy, the need for an international nuclear law framework has emerged. Thus, realizing the advantages of the safe, secure, and peaceful use of nuclear technology and its applications in our daily lives depends on an international nuclear law framework. According to International Atomic Energy Agency (IAEA) nuclear law stands on four main 'pillars': nuclear safety, nuclear security, nuclear safeguards and liability. This study aims to trace the development of international nuclear law focusing particularly on its four-pillar structure. To this end, the study first examines the concept of international nuclear law, and then respectively focuses on nuclear safety, nuclear security, nuclear safeguards and civil liability for nuclear damage within the framework of international nuclear law. In this regard, the work of the IAEA, the world's international nuclear watchdog, towards ensuring that nuclear science and technology are used in a safe, secure, and peaceful manner has been assessed. The study also puts that all four pillars of international nuclear law has been expanded and improved due to the need in process and the particular challenges they have faced.

Keywords

Nuclear Energy, International Atomic Energy Agency (IAEA), Nuclear Safety, Nuclear Security, Nuclear Safeguards, Civil Liability for Nuclear Damage.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1290448- **Geliş Tarihi:** 30.04.2023 - **Kabul Tarihi:** 25.07.2023.

^(**) Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Çanakkale, Türkiye,
E-posta: cbilezikci@comu.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-4407-5763>.

ULUSLARARASI NÜKLEER HUKUKUN DÖRT SÜTUNLU YAPISI: NÜKLEER GÜVENLİK, NÜKLEER EMNİYET, NÜKLEER GÜVENCERLER VE SORUMLULUK

ÖZET

Nükleer enerjinin keşfedilmesi ve küresel ölçekte yayılmasıyla birlikte, uluslararası bir nükleer hukuk çerçevesine duyulan ihtiyaç ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, nükleer teknolojinin güvenli, emniyetli ve barışçıl kullanımının avantajlarının ve günlük hayatımızdaki uygulamalarının gerçekleştirilmesi, uluslararası bir nükleer hukuk çerçevesine bağlıdır. Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'na (IAEA) göre, nükleer hukuk dört ana "sütun" üzerinde yükselmektedir: nükleer güvenlik, nükleer emniyet, nükleer güvenceler ve sorumluluk. Bu çalışma, özellikle dört sütunlu yapısına odaklanarak uluslararası nükleer hukukun gelişiminin izini sürmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla, çalışmada öncelikle uluslararası nükleer hukuk kavramı incelenmekte, ardından uluslararası nükleer hukuk çerçevesinde sırasıyla nükleer güvenlik, nükleer güvenlik, nükleer güvenceler ve nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluk konuları üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, dünyanın uluslararası nükleer gözlemcisi olan IAEA'nın nükleer bilim ve teknolojinin güvenli, emniyetli ve barışçıl bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik çalışmaları değerlendirilmektedir. Çalışma ayrıca, uluslararası nükleer hukukun dört sütununun da süreçteki ihtiyaç ve karşılaştığı belirli zorluklar nedeniyle genişletildiğini ve iyileştirildiğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

Nükleer Enerji, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA), Nükleer Güvenlik, Nükleer Emniyet, Nükleer Güvenceler, Nükleer Zararlara İlişkin Hukuki Sorumluluk.

INTRODUCTION

President Eisenhower's so-called "Atoms for Peace" speech in 1953 laid the groundwork for the International Atomic Energy Agency (IAEA) and the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)¹, two pillars that continue to guide the global strategy for guaranteeing that the world's most potent energy source is used solely for peaceful purposes. IAEA's "vision" and objectives of "preventing nuclear proliferation" and "promoting the peaceful use of atomic energy" is clearly emphasized in the Atom for Peace speech. Thus, in many ways, the "Atoms for Peace" plan formed the principles underpinnings of both the IAEA and the NPT.² In 1957 the Statute of IAEA came into force with a major mission to "seek to accelerate and enlarge the contribution of atomic energy to peace, health and prosperity throughout the world", and to "ensure that assistance provided by it or at its request or under its supervision or control is not used in such a way as to further any military purpose."³ The Agency's main mission clearly indicates the dual-use nature of nuclear technology namely peaceful and military uses.

¹ **United Nations (UN)** (1968) Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) <<https://www.un.org/en/conf/npt/2005/npttreaty.html>> l.a.d. 11.03.2023.

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) opened for signature 1 July 1968, entered into force 5 March 1970. NPT is a landmark international treaty standing on a three-pillar structure namely: nuclear nonproliferation, disarmament and the peaceful uses of nuclear energy. Its mission is to prevent the spread of nuclear weapons and weapons technology, to promote cooperation in the peaceful uses of nuclear energy, and to advance the goal of nuclear disarmament and general and full disarmament. NPT is regarded as the cornerstone of the global nuclear non-proliferation regime and nuclear disarmament with 191 state parties. Its 191 signatories are divided into two groups: nuclear-weapon states (NWS), which include the US, Russia, China, France, and the United Kingdom, and non-nuclear-weapon states (NNWS). The treaty commits the five NWS to achieving general and complete disarmament, while the NNWS agrees to refrain from developing or acquiring nuclear weapons. In every five years state parties gather together in order to review the implementation of the Treaty and make projections for the future of it in Review Conferences (RevCons).

² **Pilat, Joseph F.** (2007) (Editor), *Atoms for Peace: A Future after Fifty Years?* Baltimore, Johns Hopkins University Press/Woodrow Wilson Center Press, p. 3-4.

³ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1989) Statute, Vienna <<https://www.iaea.org/sites/default/files/statute.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

It can be said that, since the establishment of the IAEA strong nuclear legal frameworks have been developed at the national, regional, and global levels. However, due to various challenges such as nuclear accidents, international terrorist attacks and discovery of clandestine nuclear weapons programs, international community has witnessed the emergence of new and strengthened existing international legal instruments on nuclear and radiation safety, nuclear security, safeguards, and civil liability for nuclear damage. International nuclear legal framework, in another words international nuclear law, acts as an umbrella for the establishment and development for these legal instruments.

This study first examines the concept of international nuclear law, and then respectively focuses on nuclear safety, nuclear security, nuclear safeguards and civil liability for nuclear damage within the framework of international nuclear law. It also aims to provide an historical perspective regarding the development of these four pillars of international nuclear law in order to assess the challenges they faced and put forward their respective replies to these challenges.

I. INTERNATIONAL NUCLEAR LAW

Each country's use of nuclear energy is governed by a framework of national laws, which are frequently based on internationally agreed-upon principles. Thus, in order to achieve assurance regarding the peaceful uses of nuclear energy, a complete and effective international legal framework must exist to protect the public's health, safety, and security as well as the environment. These frameworks include national regulations, bilateral and multilateral cooperation measures, and international harmonization of national policies and legislation via adherence to international conventions. These legal frameworks must be powerful enough to set and enforce boundaries while also being adaptable enough to keep up with technological improvements and address developing issues within the societies.

The focus of international nuclear law is on balancing the benefits of nuclear technology while reducing danger. As IAEA Director Rafael Grossi puts it clearly, its goal is to provide "a legal framework for conducting activities related to nuclear energy and ionizing radiation in a manner that adequately

protects individuals, property and the environment in order that the public may obtain the benefits of this technology.”⁴

II. INTERNATIONAL NUCLEAR LAW FRAMEWORK REGARDING NUCLEAR SAFETY

Nuclear power facilities are developed in accordance with the idea of defense in depth, which refers to “multiple layers of protection aimed at reducing risks to both the public and workers.” A report by the International Nuclear Safety Advisory Group states that:

“All safety activities, whether organizational, behavioral or equipment related, are subject to layers of overlapping provisions, so that if a failure should occur it would be compensated for or corrected without causing harm to individuals or the public at large. This idea of multiple levels of protection is the central feature of defence in depth”⁵

1979 Three Mile Island accident in the US helped to identify and eliminate flaws in defense in depth while also emphasizing the importance of human factors and the human-machine interface during times of crisis.⁶ However, the most serious wake-up call regarding the nuclear safety was the Chernobyl nuclear power plant accident in the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) on 26 April 1986. The 11 March 2011 catastrophe at Fukushima Daiichi nuclear power plant in Japan was the second most significant accident in the history of nuclear energy. It can be said that both of those accidents paved the way not only for thinking on new legal measures regarding safety of nuclear power plants but also, they have proved that nuclear accidents can happen, and higher standards of nuclear safety is needed both at the national and international

⁴ **Grossi, Rafael Mariano** (2022) “Nuclear Law: The Global Debate”: International Atomic Energy Agency (Editor), Nuclear Law. T.M.C. Asser Press, p. 4.

⁵ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1996) Defence in depth in nuclear safety: INSAG-10. Report by the International Nuclear Safety Advisory Group. <https://www.pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1013e_web.pdf> I.a.d. 07.07.2023.

⁶ **Kim, Duyeon/Kang, Jungmin** (2012), “Where Nuclear Safety and Security Meet”, Bulletin of the Atomic Scientists V: 68, I:1, p. 87.

levels. Particularly Fukushima accident “underlined the lack of a reliable universal liability framework, reflecting the inability of the international community to achieve a universal harmonized regime.”⁷

International legal framework for nuclear safety which exists today is established following the Chernobyl accident. The “Convention on Early Notification of a Nuclear Accident”⁸ and the “Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency”⁹ were the first two international legal documents adopted in the same year just the months after this accident. The former Convention “establishes a notification system for nuclear accidents from which a release of radioactive material occurs or is likely to occur and which has resulted or may result in an international transboundary release that could be of radiological safety significance for another State.”¹⁰ It compels states to notify the time, location, nature, and other information necessary for assessing the situation. Notifications should be sent to impacted countries directly or through the IAEA. Agency should also be informed if the direct notification is the case. Any nuclear accident involving the facilities and activities described in Article 1 must be reported.

⁷ **Abraham, Mohit** (2014) *Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, Cambridge, American Academy of Arts and Sciences, <<https://www.amacad.org/sites/default/files/publication/downloads/nuclearLiability.pdf>> l.a.d. 24.07.2023.

⁸ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986a) *Convention on Early Notification of a Nuclear Accident*, opened for signature in September 1986 and entered into force 27 October 1986. As of 11 February 2022, the Convention has 132 state parties. <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-early-notification-nuclear-accident>> l.a.d. 02.02.2023.

⁹ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986) *Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency*, opened for signature in September 1986 and entered into force 26 February 1987. As of 04 October 2022, the Convention has 127 state parties. <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-assistance-case-nuclear-accident-or-radiological-emergency>> l.a.d. 02.02.2023.

¹⁰ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986b) *INFCIRC/335*, 18 November 1986, <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc335.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

The facilities and activities referred to in Article 1 are the following:

- “(a) any nuclear reactor wherever located,
- (b) any nuclear fuel cycle facility,
- (c) any radioactive waste management facility,
- (d) the transport and storage of nuclear fuels or radioactive wastes,
- (e) the manufacture, use, storage, disposal and transport of radioisotopes for agricultural, industrial, medical and related scientific and research purposes; and
- (f) the use of radioisotopes for power generation in space objects.”¹¹

On the other hand, the latter Convention focuses on establishing an international framework for cooperation among States Parties and with the IAEA in order to provide immediate aid and support in the event of a nuclear accident or radiological emergency. States are required to notify the IAEA of their available specialists, equipment, and materials for assistance.¹²

These two conventions which would be labeled as post-Chernobyl safety conventions were followed by another significant convention on nuclear safety in 1994: Convention on Nuclear Safety.¹³ By outlining core safety standards that States would abide by the convention seeks to obligate Contracting Parties operating land-based civil nuclear power facilities to maintain a high level of safety. The Convention is founded on the Parties’ shared desire to achieve higher standards of safety, which will be developed and promoted through frequent meetings. It requires Parties to submit reports on their compliance

¹¹ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986b).

¹² **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986c) INFCIRC/336, 18 November 1986, <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc336.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

¹³ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1994) Convention on Nuclear Safety was opened for signature 20 September 1994 and entered into force on 24 October 1996. As of 15 March 2021, the Convention has 91 state parties. <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc449.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

with their duties for “peer review” at meetings convened at IAEA Headquarters. This mechanism is the Convention’s most “innovative and dynamic element”.¹⁴ Furthermore, in 1997, a complementary legal text has been opened for signature. The “Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management” was first legal instrument which addresses the issue of spent fuel and radioactive waste management safety.¹⁵

As it is very clear, these four cornerstone conventions dealing with nuclear safety on the global scale were all adopted before the Fukushima Daiichi nuclear accident dated 11 March 2011. Just after the accident, IAEA Member States came together and adopted an Action Plan on Nuclear Safety which aims to strengthen nuclear safety, emergency preparedness and radiation protection of people and the environment worldwide¹⁶

Significant importance of nuclear safety as a pillar of international nuclear law becomes clearer as concrete cases in nuclear history are taken into account. In his book titled “Command and Control: Nuclear Weapons, the Damascus Accident, and the Illusion of Safety” published in 2013, Eric Schlosser reveals that cases of “accidents”, “near-misses”, and “technological breakthroughs” with support of archive documents. Cuban missile crisis of October 1962 as a near-miss is regarded as the single most dangerous moment of the Cold War which brought the two superpowers of the Cold war on the edge of a nuclear war. The book also tells in a historical novel language how the usage of these weapons was

¹⁴ **Caruso, Gustavo (2018)** “IAEA’s Nuclear Safety and Nuclear Security Worldwide”: Maiani, Luciano et al. (Editors), International Cooperation for Enhancing Nuclear Safety, Security, Safeguards and Non-proliferation-60 Years of IAEA and EURATOM, Heidelberg: Springer, p.8.

¹⁵ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1997) Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management entered into force on 18 June 2001. As of 20 February 2023, the Convention has 89 state parties. <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc546.pdf>> I.a.d. 02.02.2023.

¹⁶ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2011) Draft IAEA Action Plan on Nuclear Safety, GOV/2011/59-GC (55)/14, <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-action-plan>> I.a.d. 02.02.2023.

very close due to the malfunctioning of some computer systems. For instance, the problems experienced in the system due to the failure of a computer chip worth 46 cents.¹⁷

In order to protect individuals and environment from ionizing radiation nuclear safety and nuclear security acts hand in hand in a legal framework. As it works in the nuclear security field, the Agency has been working towards to ensure nuclear security worldwide particularly following 9/11 terrorist attacks in the United States of America (the US). Nuclear security as the second major pillar of the international law, presents significant importance in order to keep the nuclear related materials and facilities outside of the hands of malicious actors.

III. INTERNATIONAL NUCLEAR LAW FRAMEWORK REGARDING NUCLEAR SECURITY

Nuclear security seeks to prevent non-State actors from obtaining nuclear and other radioactive material and using it for malicious purposes. Putting the development of international nuclear security framework in a historical perspective is important not only in order to understand and assess the need for changes in this pillar of nuclear law but also to clearly see the challenges it has faced.

1980 Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (CPPNM)¹⁸ can be regarded as the first security measures for the physical protection of nuclear material. The Convention is the only international legally obligatory undertaking in the field of nuclear material physical protection. It

¹⁷ Schlosser, Eric (2013) *Command and Control: Nuclear Weapons, the Damascus Accident, and the Illusion of Safety*, Penguin Press, 2013.

¹⁸ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2005) *Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (CPPNM)*, opened for signature 3 March 1980, entered into force 8 February 1987. CPPNM has been amended in 2005 following 9/11 terrorist attacks. Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, entered into force 8 May 2016. As of 20 September 2021, the Convention has 164 state parties. <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc274r1.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

specifies measures for the prevention, identification, and punishment of nuclear-related offenses.¹⁹ It also calls for increased collaboration between and across states in “locating” and “recovering” stolen or smuggled nuclear material, mitigating any radioactive repercussions of sabotage, and preventing and combating associated offenses.

The threat of nuclear and radiological terrorism invaded the international agenda following the 9/11 terrorist attacks. It can be said that these attacks demonstrated a significant challenge for this pillar and emphasized the necessity for major modifications in nuclear security systems designed to handle threats to nuclear plants. Furthermore, since 9/11, the term nuclear security has begun to be used to describe methods of preventing nuclear terrorism.²⁰ In order to reply to this challenge international efforts led by the US took place and states agreed to strengthen current international legal instruments for nuclear security. Furthermore, international community showed enthusiasm to create new nuclear security rules in order to improve global nuclear security and strengthen the IAEA’s role.

In particular, in 2005 an agreement was achieved to as an Amendment to strengthen the CPPNM. It can be said that in a number of critical areas, the Amendment to the CPPNM greatly strengthens the original CPPNM. Firstly, it broadens the original convention’s scope and includes physical safeguards for nuclear installations and radioactive material which are solely used for peaceful purposes in domestic use, storage, and shipping. Secondly, it also strengthens international collaboration in light of the expanded scope, such as support and information exchange in the event of sabotage. Furthermore, by criminalizing offenses related to illicit trafficking and sabotage of nuclear material or nuclear installations the Amendment significantly strengthens existing measures, “to ensure the prevention, detection and punishment of such offences.”²¹

¹⁹ Caruso, Gustavo (2018), p.8.

²⁰ Kim, Duyeon/Kang, Jungmin, p. 88.

²¹ International Atomic Energy Agency (IAEA) (2005).

Another important convention on nuclear terrorism signed in 2005 came into force in 2007 under the United Nations (UN) auspices. On 13 April 2005 the UN the General Assembly unanimously approved the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism (ICSANT).²² By making a broader definition on materials and facilities covering both military and peaceful applications than the Convention on the Protection of Nuclear Materials, ICSANT covers a wide range of acts and possible targets, including nuclear power plants and nuclear reactors. Although the official definition of the term “nuclear terrorism” was not clarified in the Convention Article 2 puts a list of offences by a person committed “unlawfully” and “intentionally”. In this regard, ICSANT criminalizes the planning, threatening, or carrying out acts of nuclear terrorism.²³ That is mainly because “acts of nuclear terrorism may result in the gravest consequences and may pose a threat to international peace and security” as it is stated in the preamble of the Convention.

Following the 9/11 terrorist attacks two significant UN Security Council (UNSC) Resolutions were also adopted unanimously. UNSC Resolution 1373 which as adopted on 28 September 2001 states that all states should “ensure that terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the seriousness of such acts is duly reflected in sentences served.”²⁴ Furthermore, UNSC Resolution 1540 which was adopted unanimously on 28 April 2004, focuses on the “proliferation of nuclear, chemical and biological weapons”, and states that these weapons of mass destruction (WMD) “constitutes a threat to international peace and security.” UNSC aims to prevent the spread of weapons of mass destruction to non-state actors by deciding that all states “shall refrain from providing any form of

²² **United Nations (UN)** (2005) Office for Disarmament Affairs, International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism (ICSANT) <<https://treaties.unoda.org/t/icsant>> l.a.d. 14.03.2023.

²³ **Cameron, Gavin** (2016) “Formal and Informal Mechanisms for Countering Nuclear Terrorism: The ICSANT and the GICNT” in Knopf, Jeffrey W. International Cooperation on WMD Nonproliferation. University of Georgia Press, 2016.

²⁴ **United Nations (UN)** (2001) Security Council Resolution 1373, S/RES/1373.

support to non-State actors that attempt to develop, acquire, manufacture, possess, transport, transfer or use nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery;²⁵

In addition to high levels of safety and security, effective safeguards are a vital component of nuclear law. As the third pillar of the international nuclear law, IAEA's nuclear safeguards system has experienced important improvements due to the global challenges it has faced.

IV. INTERNATIONAL NUCLEAR LAW FRAMEWORK REGARDING NUCLEAR SAFEGUARDS

Since its establishment, the IAEA has been regarded as the sole international authority in charge of verifying and assuring that states are not developing nuclear weapons. The evolution of the IAEA safeguards system in order to safeguard nuclear material and related technology for peaceful uses began at a time when many governments throughout the world were concerned that nuclear weapons would dominate their arsenals. In 1959, the Agency signed the first safeguards agreement with Canada and Japan. After the entry into force of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) in 1970, the IAEA's safeguards work redefined considerably.

NPT makes a distinction between nuclear-weapon states (NWSs) and non-nuclear-weapon States (NNWSs) in terms of their respective duties and responsibilities regarding its three-pillared structure. According to the NPT, NNWSs must enter into so-called 'comprehensive' or 'full-scope' safeguards agreements (CSAs) with the IAEA, which apply to "all source or special fissionable material in all peaceful nuclear activities within such State's territory, under its jurisdiction, or carried out under its control anywhere," according to the article III of the NPT.²⁶ In states with CSAs, safeguards implementation activities were

²⁵ **United Nations (UN)** (2004) Security Council Resolution 1540, S/RES/1540 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/328/43/PDF/N0432843.pdf?OpenElement>> l.a.d. 11.03.2023.

²⁶ **United Nations (UN)** (2004).

primarily focused on verifying nuclear facilities and material declared by a State, such as verifying the “correctness” of State declarations as well as providing guarantees that declared nuclear material is not being diverted from peaceful nuclear activities in the State. That means the completeness of the State’s declarations was not included.

As it is mentioned The IAEA CSAs do not authorize the Agency to manage other than the facilities and venues that states have notified to the Agency. Their only function is to monitor, direct and control states’ use of nuclear elements for non-military purposes. It also does not aim to keep an account of the nuclear materials held by the states at the national level. The IAEA had the opportunity to realize the first application of the aforementioned safeguard controls in 1956, when Japan demanded three tons of natural uranium for a research reactor in its country. In accordance with the article XI of the IAEA Statute a bilateral agreement had to be signed between Japan and the Agency to ensure that the uranium to be provided would not be used for military purposes.²⁷

In this period, there is strong evidence that many threshold states took advantage of the loopholes in the export control policies of the states to illegally obtain materials and materials for their nuclear activities that are not subject to security inspection. The most obvious example of this is the revelation that a uranium conversion (uranium hexafluoride) plant was smuggled into Pakistan by an agricultural engineering firm in West Germany. This experience led West Germany to change its export policy.²⁸

IAEA inspectors, who entered the country in April after the First Gulf War in 1991, found that Saddam Hussein’s regime was deployed in different parts of the country and was carrying out advanced nuclear program activities. According to David Sloss, the emergence of Iraq’s nuclear program was important in two respects. First, the fact that a state party to the NPT and under

²⁷ **Fischer, David** (1997) “Safeguards: Past, Present, and Future.” IAEA Bulletin, V: 39, N: 4, p. 31-36.

²⁸ **Müller, Harald et. al.** (Editor) (1994) Nuclear Non-Proliferation and Global Order, Oxford University Press, p. 34.

the Agency's security controls had secretly carried out such a program pointed to the Agency's weakness in enforcing security controls. Second, the Iraqi experience convinced the international community that it was possible to uncover secret nuclear materials and facilities with a more aggressive approach.²⁹ In that case, even more surprising fact was that one of the nuclear facilities, which apparently had not been reported to the Agency, was located right next to the Tuwaitha Nuclear Research Reactor, which was inspected by IAEA inspectors.³⁰

The uncovering of Iraq's clandestine nuclear weapons program and other undeclared nuclear activities in the beginning of 1990s highlighted the necessity for the IAEA's safeguards activities to take CSA States as a whole into greater consideration. After this experience, Director General Hans Blix, speaking at the IAEA General Assembly in 1991, stated that the Agency's safeguards system should have "more teeth". According to Blix, safeguards should have three basic features in order to reveal covert nuclear activities: i) The Agency should be able to inspect suspected areas with a short notice, ii) Member states should share intelligence information with the Agency so that the Agency can determine which areas to inspect, iii) Agency must have the full support of the Security Council in its oversight powers.³¹

This discovery, along with the IAEA's detection of possible undeclared plutonium in the Democratic People's Republic of Korea (DPRK) in 1992³²

²⁹ **Sloss, David** (1995) "It's Not Broken So Don't Fix It: The International Atomic Energy Agency Safeguards System and the Nuclear Nonproliferation Treaty", *Virginia Journal of International Law*, I: 35, p. 862-863.

³⁰ **Scheinman, Lawrence** (1993) "Lessons from Post-War Iraq for the International Full-Scope Safeguards Regime", *Arms Control Today*, V: 23, I: 3, p. 3-6; Also see: **Keeley, James F.** (1993) *The IAEA and the Iraqi Challenge: Roots and Responses*, *International Journal*, Winter, 1993/1994, V: 49, N: 1, p. 126-155.

³¹ **Müller, Harald** (Editors) p.139.

³² **International Atomic Energy Agency (IAEA)**, Fact Sheet on DPRK Nuclear Safeguards, <<https://www.iaea.org/newscenter/focus/dprk/fact-sheet-on-dprk-nuclear-safeguards>> I.a.d. 12.03.2023.

prompted efforts to strengthen the IAEA's capability to ensure that safeguards are applied as required by CSAs on all nuclear material in States with CSAs. These in line experiences in Iraq, the DPRK, and South Africa shaped the IAEA's future work to strengthen the safeguards system. In 1993, "Programme 93+2" established in order to increase the IAEA's capacity to identify nuclear material and activities that have not been declared in countries with CSAs.³³ Another legal measure in order to strengthen the Agency's safeguards system came in 1997 as the Model Additional Protocol (AP).³⁴ The AP which grants inspectors the ability to conduct through searches in the inspected state provides for extra information and greater access for the IAEA in order to access gaps required by CSAs in order to verify the "completeness" of the states' declarations. Thus, the Agency could more confidently guarantee the world that no nuclear material is missing or has been diverted. It is clear that the Model Additional Protocol is critical for the Agency to acquire a fuller picture of States with CSAs' present and proposed nuclear programs, nuclear fuel cycle related activities, and nuclear material holdings. Thus, the entry into force and implementation of an additional protocol (AP) in a State with a CSA is critical for the IAEA to provide assurances about the exclusive use of nuclear energy.³⁵

As it has been emphasized, IAEA has safeguards authority over additional verification and monitoring procedures as well as the observance of safeguards

³³ The term "93+2" refers to the original target of finishing a plan of action in two years, in time for the 1995 NPT Review and Extension Conference. By "Programme 93+2" IAEA implemented new monitoring methods, such as environmental sampling and the use of surprise inspections at significant measurement locations inside of declared nuclear plants, which did not call for the creation of new legal frameworks for their application.

³⁴ **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1997a) Model Protocol Additional to the Agreement(s) between State(s) and the International Atomic Energy Agency for the Application of Safeguards, INFCIRC/540 (Corrected) <<https://www.iaea.org/topics/additional-protocol>> l.a.d. 02.02.2023.

As of 28 November 2022, Additional Protocols are in force with 140 States and Euratom. Another 13 States have signed an Additional Protocol but have yet to bring it into force.

³⁵ **Rockwood, Laura** (2015) "The IAEA and International Safeguards" in Pilat, Joseph / Busch, Nathan E. (Editors), *Nuclear Proliferation and Policy*, Abingdon, Routledge, s.146-147.

agreements. In accordance with the Agency's statute, the Director General is empowered to inform the Board of Governors about problems with the implementation of safeguards in States with CSAs. In the past, the Board discovered that those States were not complying with their safeguards duties in some of those circumstances, and the UN Security Council was informed of this.

It is commonly argued that the major challenge for comprehensive safeguards reaching full effectiveness is their lack of universality. According to the IAEA, universality will be attained when all NNWSs Party to the NPT have fulfilled their commitment under Article III of the NPT to enter into a CSA with the IAEA. Today 8 NNWSs Parties to the NPT have not finalized a CSA with the agency. It can also be said that for the AP the challenge is more concrete since 47 states have not brought into force an AP to their standing CSAs.

The full picture of the international nuclear law would be regarded as complete with its fourth pillar: civil liability for nuclear damage. In addition to enforcing high standards of safety, security, and safeguards, nuclear law also regulates the legal methods to guarantee "adequate" and "prompt" compensation in the event of a nuclear incident which would also have transboundary effects. Nuclear accidents that the international community has witnessed so far also paved the way for the further development of this regime and to reinforce the rights to compensation.

V. INTERNATIONAL NUCLEAR LAW FRAMEWORK REGARDING CIVIL LIABILITY FOR NUCLEAR DAMAGE

In the 1950s, risks arising from peaceful uses of nuclear energy have been increased as the production nuclear energy for peaceful purposes advanced. The potential liabilities in the applicable legal jurisdictions determine civil liability for nuclear damage. Potential civil liabilities for nuclear damage arise in both international and national law in the nuclear liability field.³⁶ Thus, one can easily follow the national and international legal efforts in the field of nuclear liability

³⁶ **Bellamy Jonathan** (2019) "Civil Liability for Nuclear Damage in Countries Developing Nuclear New Build Programmes", *Journal of World Energy Law and Business*, I: 12, p. 108.

since “several states felt, that liability in the field of peaceful uses of nuclear energy should be subject to a special legal framework.”³⁷ Due to the need for a specific legal framework to ensure adequate compensation for harm to people and property resulting from a nuclear accident, the establishment process for a general framework for third party nuclear liability was initiated.

The very first two conventions’ negotiations in this field date back to 1960s. First of all, “Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy” which was opened for signature on 29 July 1960 finally entered into force 1 April 1968. Then, “Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage”, opened for signature 21 May 1963, entered into force 12 November 1977. Both the Paris and Vienna Conventions seek to harmonize national laws governing civil liability for nuclear damage.³⁸

As it has been mentioned under the nuclear safety pillar, similarly, 1986 Chernobyl accident was also a turning point for the development on the nuclear law regarding civil liability for nuclear damage. Following this date, international community has negotiated and adopted several multilateral treaties in order to strengthen international nuclear liability regime. First, the “Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention” (Joint Protocol) was established in 1988 under the joint auspices of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the IAEA to establish a treaty link between the Paris and Vienna Conventions. It entered into force on 27 April 1992. The adoption of the Joint Protocol is regarded as a major step forward in the post-Chernobyl development of international law governing the peaceful uses of nuclear energy.³⁹ Furthermore, the “Convention on Supplementary Compensation for

³⁷ **Handrlica, Jakub/Novotná, Marianna** (2018) “The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage: Past, Evolution and Perspectives”, *Juridical Tribune*, V: 8, Special Issue October, p. 50.

³⁸ **International Atomic Energy Agency (IAEA)**, Nuclear liability conventions. <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions>> l.a.d. 02.02.2023.

³⁹ **Handrlica, Jakub/Novotná, Marianna**, p. 57.

Nuclear Damage” (CSC) and the “Protocol to Amend the Vienna Convention” were adopted in 1997 under the auspices of the IAEA. They entered into force on 15 April 2015 and 4 October 2003 respectively. Thirdly, the “Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage” is opened for signature 29 September 1997 and entered into force 4 October 2003. Finally, Protocols to amend the Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention were adopted in 2004 under the auspices of the OECD. Both instruments include significant enhancements in terms of the “amount of compensation available”, the “scope of damage covered”, and the “allocation of jurisdiction”.

It should also be mentioned that the 1997 CSC which finally entered into force in April 2015, brings the world community one step closer to establishing an international nuclear liability regime. The 1997 CSC establishes a framework for establishing a worldwide system to which both nuclear and non-nuclear countries must abide. Although 1997 CSC has 11 state parties today it covers 117 reactors worldwide. Thus, it is regarded as the unique tool for international nuclear liability regime by addressing the interests of all states that may be impacted by a nuclear disaster by covering the biggest number of nuclear power reactors on earth. However, due to the fact that the majority of Paris Convention States have also signed the Joint Protocol, but none have signed the CSC, the CSC’s work would be regarded as a critical “work in the progress” for the future of international nuclear liability regime. As a result, it can be argued that the most significant challenge that faces international nuclear liability regime today is the lack of universal adherence to its legal instruments by several countries with NPPs.

However, the international community has recently witnessed some positive developments for the regime as a result of the intensive international efforts. As it has been mentioned above, the protocols to amend two important legal instruments in the nuclear liability regime which have been adopted in 2004 were ratified on 17 December 2021. The “Protocol to amend the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy” and “Protocol to amend the Brussels Convention Supplementary to the Paris Convention” “not only bring the highest guaranteed amount of compensation

available in case of nuclear accident” but also they enhance the “geographic scope” and filing claims over a longer period of time.⁴⁰ It is stated in the Nuclear Energy Agency of the OECD press release that “a total of 16 countries will be parties to the amended Paris Convention, covering 105 operating reactors and 7 under construction, out of a total of 442 operating reactors worldwide and 51 under construction. Of those countries, 13 are also parties to the amended Brussels Supplementary Convention.”⁴¹

The above-mentioned treaties established an international legal regime based on a number of general principles. According to the IAEA these general principles can be summarized as the following:

- “(a) Exclusive liability of the operator of a nuclear installation, i.e., no other person may be held liable for nuclear damage (‘legal channelling of liability’),
- (b) Strict liability of the operator, i.e., the operator is liable regardless of any fault on its part,
- (c). Minimum amount of liability, i.e., the operator’s liability may be limited by the State but not below a certain amount, which differs depending on the applicable treaty,

⁴⁰ **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (2021) Nuclear Energy Agency, NEA Press Release: New Treaties to Strengthen Rights of People Affected by Nuclear Accidents, NEA/COM(2021)1, 17 December 2021, <[https://one.oecd.org/document/NEA/COM\(2021\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/NEA/COM(2021)1/en/pdf)> l.a.d. 02.02.2023. According to the revised version of the Paris Convention, the operator will be liable for at least EUR 700 million, and the public funds made available under the Brussels Supplementary Convention will add up to EUR 1.5 billion (previously it as 5 million). Furthermore, a larger variety of damages, including economic loss, the cost of preventive measures, and the cost of steps to restore the damaged environment, may be claimed over a longer time period which is 30 years following a nuclear incident (instead of 10 years). It also broadens its “geographical scope”, allowing affected persons in certain countries that are not parties to the Paris Convention to file claims “in case they suffer damage or loss as a result of ionising radiation emitted from an accident in a nuclear installation or a transport of nuclear substances, that are under the responsibility of a nuclear operator situated in a Paris Convention State.”

⁴¹ **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (2021).

(d). Mandatory financial coverage, i.e., the operator's liability must be covered by insurance or other financial security, in order to ensure the availability of funds to compensate the victims,

(e) Exclusive jurisdiction of the courts of one State, normally the State where the s, so that the victims of nuclear damage do not need to bring their compensation claims in multiple forums.”⁴²

It is clear that, adherence of “an established, predictable legal framework”, as well as the “availability of appropriate insurance for an operator's civil liability for nuclear damage”, are critical components of a nuclear program's operation for all stakeholders which includes national governments, operators, supply chain contractors, and the populations affected.⁴³ However, the most serious challenge that the international nuclear liability framework faces today is a lack of universal adherence to its legal instruments by a number of countries having NPPs.

Furthermore, as Katia Boustany, a professor at the Legal Science Department of the University of Quebec puts it in her article in the OECD's Nuclear Law Bulletin “it is, naturally, essential that the operator or licence holder be subject to a regime of objective and exclusive liability. It is just as vital for a State to know that its international liability can be invoked for breach of a rule of international law or negligence in actually implementing this regime or doing so effectively.”⁴⁴

CONCLUSION

According to the Power Reactor Information System (PRIS) of the IAEA, as of July 2023, more than 410 power reactors are operating on a global scale,

⁴² **International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2020) “Legal Framework on Civil Liability for Nuclear Damage”, (2020/2) <<https://www.iaea.org/sites/default/files/20/09/legal-framework-on-civil-liability-for-nuclear-damage.pdf>> l.a.d. 15.03.2023.

⁴³ **Bellamy Jonathan**, p. 108.

⁴⁴ **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (1998) Nuclear Energy Agency, Nuclear Law Bulletin N: 61, p. 53.

accounting for more than 10% of all electricity produced and more than a quarter of all low-carbon electricity. There are currently more than 50 reactors being built, nine of which are in nations building their first nuclear power plant.⁴⁵ The foundation for international nuclear law has arisen in response to the global spread of nuclear energy. It has been continuously enhanced, fostering the safe, secure, and long-term expansion of nuclear energy's peaceful applications, as the social, economic, scientific, and technological difficulties associated to its development are addressed.

An international nuclear law framework is therefore necessary for us in order to benefit from the advantages of the safe, secure, and peaceful use of nuclear technology and its uses in our daily lives. As IAEA puts it, international nuclear law arises on the four critical pillars: nuclear safety, nuclear security, nuclear safeguards and civil liability for nuclear damage. All of these pillars are closely interconnected with each other not only in terms of the actors in charge of law-making and implementing but also the challenges that they have faced. Thus, understanding the development of these four pillars an historical perspective is essential in order to assess the challenges they faced and analyze their respective replies to these challenges.

Chernobyl nuclear accident in 1986 sounded the alarm for the safety of nuclear energy worldwide. The Fukushima Daiichi nuclear disaster in 2011 refocused international attention on nuclear safety concerns while also providing an opportunity for the international community to re-examine the international nuclear legal framework. Further concerns about global nuclear liability have been expressed in the wake of the Fukushima Daiichi tragedy. However, unlike the Chernobyl event, which led to a number of adjustments to the global nuclear liability scheme, the Fukushima incident has not yet resulted in any reforms.⁴⁶

⁴⁵ **International Atomic Energy Agency (IAEA)**, The Power Reactor Information System (PRIS), "The Database on Nuclear Power Reactors", <<https://pris.iaea.org/pris/>> l.a.d. 09.07.2023.

⁴⁶ **Abraham, Mohit** (2014) p.13.

The 11 September 2001 attacks raised considerable worries about nuclear terrorism and nuclear security. The clandestine nuclear operations of some NPT parties were exposed in the early 1990s, compelling the international community to create comprehensive safeguards and export control measures. Especially, the clandestine Iraqi programme underlined the weaknesses in the IAEA nuclear safeguards system. As a direct result of Iraqi experience, the Agency and the international community have taken initiative immediately and further strengthen international legal framework on nuclear safeguards. In this regard, the acceptance of the 1997 Model Additional Protocol is critical for the Agency to acquire a fuller picture of States with CSAs' present and proposed nuclear programs, nuclear fuel cycle related activities, and nuclear material holdings. As the production of nuclear energy for peaceful reasons evolved in the 1950s, risks associated with peaceful applications of nuclear energy rose. As a result, establishment process of a special legal framework regarding civil liability for nuclear damage became a necessity in order to assure equitable compensation for loss to people and property caused by a nuclear catastrophe. As it is emphasized in the study, all four pillars of international nuclear law have been expanded and improved due to the need in process and the particular challenges it faced.

BIBLIOGRAPHY

- Abraham, Mohit** (2014) *Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, Cambridge, American Academy of Arts and Sciences, <<https://www.amacad.org/sites/default/files/publication/downloads/nuclearLiability.pdf>> l.a.d. 24.07.2023.
- Bellamy Jonathan** (2019) “Civil Liability for Nuclear Damage in Countries Developing Nuclear New Build Programmes”, *Journal of World Energy Law and Business*, I: 12, p. 108-120.
- Cameron, Gavin** (2016) “Formal and Informal Mechanisms for Countering Nuclear Terrorism: The ICSANT and the GICNT”: Jeffrey, Knopf W. (Editors), *International Cooperation on WMD Nonproliferation*, Georgia: University of Georgia Press.
- Caruso, Gustavo** (2018) “IAEA’s Nuclear Safety and Nuclear Security Worldwide”: Maiani, Luciano et al. (Editors), *International Cooperation for Enhancing Nuclear Safety, Security, Safeguards and Non-proliferation-60 Years of IAEA and EURATOM*, Heidelberg: Springer.
- Fischer, David** (1997) “Safeguards: Past, Present, and Future.” *IAEA Bulletin*, V: 39, N: 4.
- Grossi, Rafael Mariano** (2022) “Nuclear Law: The Global Debate”: International Atomic Energy Agency (Editor), *Nuclear Law*. T.M.C. Asser Press, p. 1-27.
- Handrlica, Jakub / Novotná, Marianna** (2018) “The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage: Past, Evolution and Perspectives”, *Juridical Tribune*, V: 8, Special Issue October, p. 48-63.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986) *Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency* <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-assistance-case-nuclear-accident-or-radiological-emergency>> l.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986a) *Convention on Early Notification of a Nuclear Accident* <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-conventions/convention-early-notification-nuclear-accident>> l.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986b) INFCIRC/335, 18 November 1986, <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc335.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1986c) INFCIRC/336, 18 November 1986, <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc336.pdf>> l.a.d. 02.02.2023.

- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1989) Statute, Vienna
<<https://www.iaea.org/sites/default/files/statute.pdf>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1994) Convention on Nuclear Safety
<<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc449.pdf>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1996) Defence in depth in nuclear safety: INSAG-10. Report by the International Nuclear Safety Advisory Group.
<https://www.pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1013e_web.pdf> I.a.d. 07.07.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1997) Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management
<<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc546.pdf>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (1997a) Model Protocol Additional to the Agreement(s) between State(s) and the International Atomic Energy Agency for the Application of Safeguards, INFCIRC/540 (Corrected)
<<https://www.iaea.org/topics/additional-protocol>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2005) Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (CPPNM) <<https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc274r1.pdf>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2011) Draft IAEA Action Plan on Nuclear Safety, GOV/2011/59-GC (55)/14, <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-safety-action-plan>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)** (2020) “Legal Framework on Civil Liability for Nuclear Damage”, <<https://www.iaea.org/sites/default/files/20/09/legal-framework-on-civil-liability-for-nuclear-damage.pdf>> I.a.d. 15.03.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)**, Fact Sheet on DPRK Nuclear Safeguards, <<https://www.iaea.org/newscenter/focus/dprk/fact-sheet-on-dprk-nuclear-safeguards>> I.a.d. 12.03.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)**, Nuclear liability conventions, <<https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions>> I.a.d. 02.02.2023.
- International Atomic Energy Agency (IAEA)**, The Power Reactor Information System (PRIS), “The Database on Nuclear Power Reactors”, <<https://pris.iaea.org/pris/>> I.a.d. 09.07.2023.

- Keeley, James F.** (1993) The IAEA and the Iraqi Challenge: Roots and Responses, *International Journal*, Winter, 1993/1994, Vol. 49, No. 1, p. 126-155.
- Kim, Duyeon / Kang, Jungmin** (2012), “Where Nuclear Safety and Security Meet”, *Bulletin of the Atomic Scientists V: 68, I:1*, p. 86-93.
- Müller, Harald et. al.** (Editor) (1994) *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Oxford University Press.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (1998) *Nuclear Energy Agency, Nuclear Law Bulletin N: 61*, p.39-53.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)** (2021) *Nuclear Energy Agency, NEA PRESS RELEASE: New Treaties to Strengthen Rights of People Affected by Nuclear Accidents, NEA/COM (2021)1*, 17 December 2021, <[https://one.oecd.org/document/NEA/COM\(2021\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/NEA/COM(2021)1/en/pdf)> l.a.d. 02.02.2023.
- Pilat, Joseph F.** (2007) (Editor), *Atoms for Peace: A Future after Fifty Years?* Baltimore, Johns Hopkins University Press/Woodrow Wilson Center Press.
- Rockwood, Laura** (2015) “The IAEA and International Safeguards” in Pilat, Joseph / Busch, Nathan E. (Editors), *Nuclear Proliferation and Policy*, Abingdon, Routledge, p.142-157.
- Scheinman, Lawrence** (1993) “Lessons from Post-War Iraq for the International Full-Scope Safeguards Regime”, *Arms Control Today*, V: 23, I: 3, p. 3-6.
- Schlosser, Eric** (2013) *Command and Control: Nuclear Weapons, the Damascus Accident, and the Illusion of Safety*, Penguin Press, 2013.
- Sloss, David** (1995) “It’s Not Broken So Don’t Fix It: The International Atomic Energy Agency Safeguards System and the Nuclear Nonproliferation Treaty”, *Virginia Journal of International Law*, I: 35, p. 841-893.
- United Nations (UN)** (2001) Security Council Resolution 1373, S/RES/1373.
- United Nations (UN)** (1968) *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)* <<https://www.un.org/en/conf/npt/2005/npttreaty.html>> l.a.d. 11.03.2023.
- United Nations (UN)** (2004) Security Council Resolution 1540, S/RES/1540. <<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/328/43/PDF/N0432843.pdf?OpenElement>> l.a.d. 11.03.2023.
- United Nations (UN)** (2005) Office for Disarmament Affairs, *International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism (ICSANT)* <<https://treaties.unoda.org/t/icsant>> l.a.d. 14.03.2023.

ELEŞTİREL İRK KURAMI VE İRKİN HUKUK TARAFINDAN BELİRLENMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER^(**)

ÖZET

Amerikan toplumunun ve hukuk sisteminin kendine özgü tarihsel koşulları altında ortaya çıkan Eleştirel İrk Kuramı ırkın hukuk tarafından da inşa edilip şekillendirildiği ve Amerikan toplumunda ve ilk bakışta tarafsız görünen yargı da dahil olmak üzere Amerikan kurumlarında ırkçılığın bir istisna değil aksine toplumun normal olduğu tezlerinden hareketle ırk ve ırkçılık sorunlarının çözümlerinin gerçekte hiç de kolay olmadığını gözler önüne sermektedir. Hareketin tespitine göre Amerika Birleşik Devletleri'nde eşitlik yolundaki tüm önemli atılımlar ancak beyaz elitlerin çıkarları için de uygun oldukları zaman hayata geçirilebilmiştir. Eleştirel İrk Kuramı, mevcut hukuk sistemini ve yargı kararlarını hukukun tarafsız olmadığı tespitinden hareketle eleştirir ve hukukta ırkın oynadığı role dikkat çekmeyi amaçlar. Bu çalışmada Kıta Avrupası hukuk düşüncesinde etkileri ancak dolaylı şekilde görülen Eleştirel İrk Kuramı'nın ortaya çıkışı, temel özellikleri, karşıt öykü anlatıcılığıyla getirdiği metodolojik yenilikler ve başka eleştirel yaklaşımlarla ilişkileri genel hatlarıyla tasvir edilecek, Kuramın teorik ve ampirik çalışmalara etki edebilecek yönlerine dikkat çekilmeye çalışılacak ve nihayet Amerika Birleşik Devletleri dışında da sosyo-hukuki çalışmalara anlamlı bir katkısının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

İrk Ayrımı, Çıkarların Ortaklaşması, Kesişimsellik, Karşıt Öykü Anlatıcılığı, Renk Körü Anayasacılık, İç Sömürgecilik.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1274595 - **Geliş Tarihi:** 31.03.2023 - **Kabul Tarihi:** 25.06.2023.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye,
E-posta: fatmasuzgunsahin@gmail.com; Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-0028-2661.

CRITICAL RACE THEORY AND THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE

ABSTRACT

The Critical Race Theory, which emerged under the specific historical conditions of the American society and the American legal system, is based on the theses that race is constructed and shaped by the law and that racism is not the exception but the norm in American society and American institutions, including the seemingly neutral judiciary, demonstrating that solutions to the problems of race and racism are in fact not simple. The movement demonstrates that all major breakthroughs towards equality in the United States could only be realized when they were also suitable for the interests of the white elites. The Critical Race Theory criticizes the existing legal system and precedents on the basis that the law is not impartial and aims to draw attention to the role of race in law. In this study, the emergence of Critical Race Theory, the effects of which can only be seen indirectly on Continental European legal thought, its main tenets, the methodological innovations it brings with its counter-storytelling and its relations with other critical approaches will be outlined in general terms, the aspects of the Theory that can influence theoretical and empirical studies will be pointed out, and finally, it will be evaluated whether it is possible to make a meaningful contribution to socio-legal studies outside the United States.

Keywords

Racial Segregation, Interest Convergence, Intersectionality, Counter-Storytelling, Color-Blind Constitutionalism, Internal Colonialism.

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri’nde sosyo-hukuki çalışmalar açısından oldukça önemli bir konum kazanan ve başta hukuk fakülteleri olmak üzere sosyal bilim-ler eğitiminde önemli etkisi olan Eleştirel Irk Kuramı, Amerika Birleşik Devlet-leri eski başkanı Donald Trump’ın söz konusu kurama açıkça retorik bir savaş ilan etmesiyle birlikte akademik tartışma alanının sınırlarını aşarak gündelik siyasi tartışma alanının da gündeminde yer almaya başladı. 22 Eylül 2020’de yayımlanan 13950 sayılı başkanlık kararnamesinde hükümet kurumlarına “bula-şan” bir “habis ideoloji”nin mevcudiyetini ileri sürülmekteydi.¹ Kararnamede açıkça ismi zikredilmemekteyse de dönemin başkanının “habis ideoloji” ifadesi-nin Eleştirel Irk Kuramına bir gönderme olduğu bilinmektedir. Kararnamenin amacı saldırgan ve Amerikan karşıtı ırk ve cinsiyet kalıpları ve haksız suçlama-larla mücadele olarak açıklanmaktadır. Gettysburg Muharebesi, Montgomery otobüs boykotu, Selma-Montgomery yürüyüşleri gibi Amerikan tarihinde sivil haklar mücadelesinin önemli dönüm noktalarına², Amerikan Bağımsızlık Bil-dirgesinde yer alan tüm insanların eşit yaratıldığı inancına, Amerikan İç Sava-

¹ **Executive Office of the President**, “Combating Race and Sex Stereotyping” <<https://www.federalregister.gov/documents/2020/09/28/2020-21534/combating-race-and-sex-stereotyping>> s.e.t. 10.02.2023.

² 1-3 Temmuz 1863 tarihlerinde gerçekleşen Gettysburg Muharebesi, savaşın başlangıç safha-sında Konfederasyon Ordusu tarafından esir alınan yaklaşık bin özgür siyahın köleleştirilmesi ve Abraham Lincoln’ın savaşma amacını sadece Birlik’in muhafazasından öteye siyahların da özgürleşmesine, kendi ifadesiyle “yeni bir özgürlük doğumuna” yönelttiği Gettysburg Nutku nedeniyle Amerikan ırk mücadelelerinin önemli dönüm noktalarından biri olarak kabul edil-mektedir. Yerel NAACP (Renkli İnsanların Gelişimi Ulusal Birliği) yöneticisi Rosa Parks’ın otobüste bir beyaza yer vermeyi reddetmesi ve bunun üzerine gözaltına alınmasıyla başlayan Montgomery otobüs boykotu on üç ay sürmüştü ve Orta Alabama Bölgesi Bölge Mahkemesinin otobüslerde ırka dayalı yer ayrımının anayasaya uygun olmadığına dair kararının Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanması ve uygulanması ile sona ermiştir.(**Gayle v. Browder**, Supreme Court of the United States, No. 352 U.S. 903 (1956), K.T. 13 Kasım 1956.) Boykotu düzenleyen MIA’in (Montgomery Geliştirme Derneği) başkanı Martin Luther King, Jr. olayın uluslararası ilgi görmesinin de etkisiyle sivil haklar mücadelesinin önderi olmuştur. Seçme hakkının fiilen kullanılabilmesinin önündeki engellerin kaldırılması için Martin Luther King, Jr. öncülüğünde çok geniş katılımı gerçekleşen Selma-Montgomery yürüyüşleri, oy kullanma hakkının önündeki ırk ayrımcılığı esaslı engelleri kaldıran 1965 Seçme Hakkı Yasa-sının kabulünü sağlamıştır.

şı'nda yer alan siyah askerlere ve hatta Dr. Martin Luther King Jr.'a atıfla ırk ayrımı gözetilmemesinin Amerika Birleşik Devletleri için tarihsel önemine vurgu yapılan metinde Martin Luther King'in meşhur "bir hayalim var" konuşmasının üzerinden geçen elli yedi yıl içerisinde bu yolda büyük bir ilerleme kaydedildiği savunulmaktadır. Buna karşılık başkanlık kararnamesinde, günümüzde her bireyin eşit onuru üzerinden değil kolektif toplumsal ve siyasal kimliklere dayanan hiyerarşiler üzerinden farklı bir Amerika anlayışı ortaya koymaya çalışanlar olduğu ileri sürülmekte ve bu ideolojinin kaynağında da Amerika'nın geri dönülemez bir biçimde ırkçı ve cinsiyetçi bir ülke olduğu, bazı kişilerin salt ırk yahut cinsiyetlerinden dolayı baskıcı olduğu ve ırk kimliklerinin ve cinsel kimliklerin Amerikalı yahut insan olma statüsünden daha önemli olduğu yolundaki kötücül ve hatalı inancın olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü üzere başkanlık kararnamesinin teorik temelleri insan onuru ve eşit yurttaşlık kavramları üzerinde şekillendirilmeye çalışılmıştır. Başkanlık kararnamesinde Eleştirel Irk Kuramıyla bağlantılı faaliyetlere örnekler verilerek bu tip ırk stereotiplerine mükelleflerin ödediği vergilerle destek verilemeyeceği, üstelik araştırmaların suçlama odaklı çoğulculuk eğitimlerinin önyargıları kuvvetlendirdiğine ve azınlıkların olanaklarını azalttığına dikkat çekilmiştir.³ Böylelikle Eleştirel Irk Kuramına dayanan bilginin kamusal alanda federal kurumların dahil olduğu çalışmalar aracılığıyla yayılması yahut desteklenmesi insan onuru ve eşitlik gerekçesiyle fiilen yasaklanmıştır.

Eleştirel Irk Kuramını federal kurumların dışında tutmayı amaçlayan 22 Eylül 2020 tarihli Başkanlık Kararnamesi, 20 Ocak 2021 tarihinde göreve gelen, kırk altıncı Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Joe Biden'ın aynı gün yürürlüğe koyduğu Irk Eşitliğinin Güçlendirilmesi ve Yetersiz Hizmet Alan Toplulukların Federal Hükümet Aracılığıyla Desteklenmesine Dair Başkanlık Kararnamesi ile ilga edilmiştir. Bu defa başkanlık kararnamesiyle fırsat eşitliğinin Amerikan demokrasisinin temeli olduğu ve farklılıkların Amerika Birleşik Devletleri'nin en önemli kuvvetli yönlerinden bir olduğu ancak birçok kişinin "Amerikan Rüyasına" erişme olanağının olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu kararla; ya-

³ Executive Office of the President, "Combating Race and Sex Stereotyping".

salarda, kamu siyasalarında, kamu kurumlarında ve özel kurumlarda yerleşik eşitsizliklerin olduğu kabul edilmiş ve “yetersiz hizmet alan” topluluklar şeklinde adlandırılan ve ekonomik, sosyal ve medeni yaşama katılımında tam fırsat eşitliğinden sistematik olarak yararlanmaktan mahrum bırakılan, ortak nitelikler taşıyan insan toplulukları ve coğrafi topluluklar olarak tanımlanan gruplar üzerinden ve bunların katılımıyla herkesin adil, hakkaniyetli ve eşit muamele görmesini sağlayacak siyasaların oluşturulması bir hedef olarak gösterilmiştir. Kararnamede sınırlayıcı olmaksızın örnek kabilinden sayılan yetersiz hizmet alan topluluklar şunlardır: siyahlar, Latinler, yerli ve yerel halkların mensupları, Asyalı Amerikalılar ve Pasifik Adaları kökenliler ve diğer renkli ırkların mensupları; dini azınlık mensupları, LGBTQ+ bireyler; engelliler, kırsal alanlarda yaşayanlar ve başka biçimlerde kalıcı yoksulluk ve eşitsizlik mağduru olan kişiler.⁴ Görüleceği üzere Başkanlık Kararnamesinde sayılan yetersiz hizmet alan topluluklar eleştirel ırk kuramının konusu olan gruplarla büyük ölçüde kesişmekle birlikte doğrudan aynı değildir ancak 2021 tarihli Başkanlık Kararnamesiyle birlikte, Eleştirel Irk Kuramı ismi yine açıkça zikredilmese de Eleştirel Irk Kuramının birikimlerinin federal kurumlar bağlamında kamusal alandan dışlanmasından vazgeçildiğini tespit etmek olanaklıdır.

Ortaya çıktığı yıllarda Eleştirel Hukuk Çalışmalarının bir yan dalı olarak algılanmasına karşın son dönemde hem akademik hem de siyasal alanda önemini artıran Eleştirel Irk Çalışmaları ilk bakışta Amerika Birleşik Devletleri'nin ve Amerikan toplumunun kendine özgü gelişim koşullarının bir ürünü ve bunlara karşı bir tepki olsa da⁵ bu kuram dahilindeki çalışma ve tespitlerin, başka felsefi

⁴ **Executive Office of the President**, “Executive Order on Advancing Racial Equity and Support for Underserved Communities Through the Federal Government”, 20 Ocak 2021, <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/20/executive-order-advancing-racial-equity-and-support-for-underserved-communities-through-the-federal-government/>> s.e.t. 10.03.2023.

⁵ Eleştirel Irk Kuramının alanını her halükârda modern toplum ve modern toplumun hukuki ve siyasal yapıları oluştursa da Eleştirel Irk yaklaşımının modernlik öncesine ilişkin çalışmalarda da kullanıldığı örneklere rastlamak mümkündür. Eleştirel Irk yaklaşımının Ortaçağ bağlamında kullanılmasına bir örnek olarak bkz.: Literature Compass, C:16, S:9-10 Special Issue: Critical Race and the Middle Ages, Eylül-Ekim 2019.

ve akademik gelenekler dahilindeki sosyo-hukuki çalışmalar açısından da büyük öneme sahip olduğu açıktır. Bu çalışmada öncelikle ülkemizde akademik olarak henüz çok fazla tartışılmayan ancak farklı toplumların dinamiklerinin en azından bazılarının yorumlanmasında büyük katkısı olabilecek Eleştirel Irk Kuramının nasıl tanımlanabileceği ve ayırt edici özellikleri, gelişim süreci betimlenmekte ve ardından sosyo-hukuki çalışmalar açısından Eleştirel Irk Kuramının güncelliği, farklı felsefi ve akademik çevreler açısından bu kuramın etkileri ve değeri tartışılmaktadır.

I. ELEŞTİREL IRK KURAMI NEDİR?

Eleştirel Irk Kuramının temel kaygısı “karşıt bilginin”⁶ üretilmesi ya da diğer bir ifadeyle hakim ortodoks bakış açısına karşı duran alternatif toplumsal gerçeklik anlayışlarının oluşturulmasıdır.⁷ Bu bakış açısıyla oluşan hukuk teorisi birikiminin doktrinel ya da metodolojik bir birlik içinde olduğunu söylemek güç olsa da özellikle Amerikan toplumunun hiyerarşik yapısının ele alınması, hukuki paradigmaların (örneğin hukukun üstünlüğünün) bu toplumsal yapıda nasıl işlediğinin gösterilmesi açısından kuramın bir bütünlük gösterdiği kabul edilmelidir. Eleştirel Irk Kuramı çerçevesinde ırk ve iktidar ilişkisinin ana akım hukuk öğretisinde nasıl kısır bir çerçevede ele alındığının, ırk iktidarının hukuk ve ideoloji aracılığıyla nasıl uygulandığının ortaya koyulmasıyla sınırlı kalınmamakta bu ilişkilerin dönüşümü için de çaba gösterilmektedir.⁸

Eleştirel Irk Kuramı akımı, ırk, ırkçılık ve iktidar ilişkilerini inceleyen aktivist ve akademisyenlerin çalışmalarından meydana gelmektedir. Eleştirel Irk Kuramı dahi-

⁶ Edward Said’in literatüre kazandırdığı anlamıyla karşıt bilgi (antithetical knowledge), süregelen tahakküme olanak sağlayan akademik ve kültürel mantığın yetkinliğine karşı çıkmak için hakim ortodoks anlayışa karşı yazan kişilerin ürettiği bilgidir. **Said, Edward W.** (1997) *Covering Islam: How the Media and the Experts Determine How We See the Rest of the World*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, s.157.

⁷ **Crenshaw, Kimberle vd.**, (Editörler) (1995) *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New Press, s.xiii.

⁸ **Mirza, Qudsia** (1999) “Patricia Williams: Inflecting Critical Race Theory”, *Feminist Legal Studies* C:7, S:2, s.111.

lindeki çalışmaları sivil haklar yaklaşımından ve mücadelesinden ayıran temel fark Eleştirel Irk Kuramının doğrudan doğruya liberal düzenin kendisini, eşitlik varsayımını ve anayasa hukukunun tarafsız ilkelerini eleştirmesidir.⁹ Günümüzde Eleştirel Irk Kuramı, LatCrit, LGBT, Müslüman ve Arap Eleştirel Irk Çalışmaları gibi grupları bünyesinde bulunduran bir üst bakış açısı olarak kabul edilmektedir. Eleştirel Irk Kuramının, Amerika Birleşik Devletleri dışında da feminist hukukçular için bir anlam taşıyıp taşıyamayacağı önemli bir tartışma konusudur.

A. ELEŞTİREL IRK KURAMININ DÜŞÜNSEL KÖKENLERİ

Amerika Birleşik Devletleri hukuk uygulaması içerisinde gelişen Eleştirel Irk Kuramı kendi tarihsel gelişim sürecinin etkisiyle başka hukuk çevrelerindeki ayrımcılık karşıtı hareketlerden farklı olarak sömürgeciliğin ve emperyalizmin günümüz dünyasının şekillenmesine olan etkilerine doğrudan odaklanmamaktadır. Sömürgecilik bilhassa Amerikan Yerlileri ve Yerli Halklar çalışmaları alanındaki eserlerde konu edilmektedir ancak bu çalışmalarda da ırk ve sistematik ırkçılık konularına mesafeli kalındığı görülmektedir.¹⁰ Irk kavramının kendisine ve onu meşrulaştıran ırk bilimine odaklanan felsefi yaklaşımlardan farklı olarak; Eleştirel Irk Kavramının önceliği yasalara, yargı içtihatlarına odaklanarak bunların ardında yatan tarihsel ırkçılık biçimlerini ortaya koymaktadır.¹¹

Sivil haklar hareketinden etkilenen bazı yazarlar Amerika Birleşik Devletleri'nde ırkçılığın azınlık gruplarının sömürgecilikten kaynaklanan statüleriyle bağlantılı olduğunu savunmuşlardır. İç sömürgecilik olarak adlandırılabilir bu bakış açısına göre ırkçılık, beyaz çoğunluğun kendi toplumsal konumunu ırksal ya da etnik nitelendirmelerle belirlenmiş diğer grupları sömürerek, kontrol altına

⁹ **Delgado, Richard /Stefancic, Jean** (2017) *Critical Race Theory, USA*, New York University Press, s.4.

¹⁰ **Fenelon, James V.** (2016) "Critique of Glenn on Settler Colonialism and Bonilla-Silva on Critical Race Analysis From Indigenous Perspectives", *Sociology of Race and Ethnicity*, C:2, S:2, s.237.

¹¹ **Bernasconi, Robert** (2017) "Critical Philosophy of Race and Philosophical Historiography": Taylor, Paul C./ Alcoff, Linda Martin/ Luvel, Anderson (editörler), *The Routledge Companion to Philosophy of Race*, New York, Routledge, s.7.

olarak ve baskı altında tutarak güçlendirdiği bir sistem sayesinde kurumlaşmaktadır. Beyaz etnik gruplara mensup olanlar ile ırksal azınlıkların deneyimleri arasındaki farklara dayanan iç sömürgecilik tezi tarihsel koşullarla da uyumludur. Bu bakış açısı ırkçılığın yalnızca bireylerin önyarguları üzerinden tanımlanmaması nedeniyle salt psikolojik bakış açılarından üstün görülmektedir. İç sömürgecilik tezine göre ırkçı-sömürgeci tahakküm, sistematik, kapsayıcı ve beyazların çıkarlarının gözetilmesi anlamında akılcıdır.¹² Yukarıda da ifade edildiği üzere ırksal azınlıkların, ırk gruplarının ve ırk kaynaklı tahakkümün, temel dinamiklerden birini oluşturduğu Amerikan toplumunda kapitalizmin iç sömürgecilerini oluşturduğu fikri yeni değildir, ancak bu fikrin sosyolojik bakış açısıyla sistemleşmesi 1960'lardan itibaren gerçekleşmiştir. Robert L. Allen'ın Kapitalist Amerika'da Siyah Uyanış: Analitik Tarih; Robert Blauner'in Amerika'da Irksal Baskı ve Mario Barrera'nın Güneybatı'da Irk ve Sınıf adlı eserleri İç Sömürge Kuramının temel eserleri olarak kabul edilebilir.¹³ İç Sömürge Kuramının gelişimi, büyük ölçüde siyasal gelişmelerin bir ürünüydü, zira sivil haklar hareketinin daha radikal boyutlar kazanmasıyla, Üçüncü Dünya'nın ulusal kurtuluş hareketlerine olan ilgi de artmış ve Amerika Birleşik Devletlerindeki ırksal azınlıkların da benzer bir sömürgecilikle karşı karşıya olduğu düşüncesi güç kazanmıştı. Kavramın sistematik olarak sosyal bilimler alanında kullanılması ise Allen ve Blauner'in çalışmalarıyla mümkün olmuştu. Blauner'in yazıları Amerikan ırksal azınlıklarının Avrupa kökenli göçmenlerle aynı çerçevede değerlendirildiği ve son göçmen dalgası olan bu grupların da Beyazlarca oluşturulan dikey hareketlilik ve asimilasyon örüntüsüne dahil olacağını varsayan akademik çalışmalara yönelik bir eleştiri niteliği de taşımaktaydı.¹⁴ Blauner, klasik sömürgecilik ile Amerikan ırkçılığının aynı tarihsel bağlamda geliştiğini ve ortak bir tabakalaşmayı yansıttığını savunmaktaydı. Kölecilik, direnişi zayıflatarak sömürgeci fetihlerin gerçekleşmesine olanak sağlamanın

¹² **Bonilla-Silva, Eduardo** (2001) *White Supremacy and Racism in the Post-Civil Rights Era*, Londra, Lynne Rienner Publishers, s.28,29.

¹³ **Pinderhughes, Charles** (2010) "How Black Awakening in Capitalist America Laid the Foundation for a New Internal Colonialism Theory", *The Black Scholar*, C:40, S:2, s.72.

¹⁴ **Barrera, Mario** (1979) *Race and Class in the Southwest: A Theory of Racial Inequality*, Indiana, University of Notre Dame Press, s.188,189.

yanında tekstil endüstrisine hammadde sağlamak suretiyle Batı'da sermayeyi güçlendirerek endüstriyel gelişmeyi ve ekonomik yayılmacılığı desteklemişti. Hem Amerikan köleciliği hem de Avrupa sömürgeciliği Batı'nın Batılı yahut beyaz olmayanlarla ilişkilerinde siyasal tahakkümüne ve teknolojik üstünlüğüne dayanmaktaydı. Bu üstünlük ise kültürel üstünlük anlayışına neden olarak beyaz olmayanların sömürülmesini olağan ve meşru gören ırkçı ideolojilerin temellerini oluşturmuştu. İç Sömürge Kuramına göre klasik sömürgecilik ile Amerikan iç sömürgeciliğinin benzer maddi ve kültürel ilişkilerden kaynaklanması, ortaya çıkan ırk ilişkilerinde de ortak bir toplumsal tahakküm biçimine neden olmaktadır.¹⁵ Eleştirel Irk Kuramında da izlerini gördüğümüz şekliyle iç sömürgeciliği klasik sömürgecilikten ayıran nokta hâkim olan grupla hakimiyet altında bulunanların coğrafi olarak ayrı olmamaları, tahakküm ve sömürünün kültürel olarak heterojen gruplar arasında ortaya çıkmasıdır. Bunun dışında korunan çıkarlar açısından Avrupa sömürgeciliğiyle aralarında bir fark bulunmamaktadır.¹⁶ Eleştirel Irk Kuramı mensupları, çevreye yönelik tehdit oluşturabilecek faaliyetlerin coğrafi dağılımına dair tercihleri günümüzde iç sömürgeciliğin dikkat çekici bir biçimi olarak görmektedir, zira zehirli yahut radyoaktif atık alanları, atık su tesisleri orantısız bir şekilde azınlık topluluklarının yaşadığı yerlerin yakınında yahut Yerli rezervasyonlarında bulunmakta; bu bölgelerin halkları başta temiz suya erişim olmak üzere çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır.¹⁷ Öte yandan ırkçılık ile sömürgecilik arasında kurulan bu bağlantı üzerinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Örneğin ırkçılığın doğrudan kölelik, sömürgecilik ve soykırım gibi geçmiş günahlara bağlanmasına karşı çıkan Bonilla-Silva, ırkçılığın temellerinin günümüzde olduğunu ve ırkçılığın geçmişin bir mirası olduğunu savunmanın, onun çağdaş maddi temellerinin ve yapısının göz ardı edilmesine neden olacağını ileri sürmektedir.¹⁸

¹⁵ **Blauner, Robert** (1972) *Racial Oppression in America*, New York, HarperCollins College Division, s.83,84.

¹⁶ **Barrera**, s.194,196.

¹⁷ **Delgado/Stefancic**, s.116.

¹⁸ **Bonilla-Silva, Eduardo** (2015) "More Than Prejudice: Restatement, Reflections, and New Directions in Critical Race Theory", *Sociology of Race and Ethnicity*, C:1, S:1, s.74; Bonilla-Silva (2001) s.36.

Eleştirel Irk Kuramının kökleri bir yandan eleştirel hukuk çalışmalarına, diğer yandan ise radikal feminizme dayanmaktadır.¹⁹ Eleştirel Irk Kuramına dahil olan aktivist ve araştırmacılar eleştirel hukuk çalışmalarından hukuki belirsizlik fikrini yani kabaca, her davanın tek bir doğru sonucu olmadığı anlayışını almaktadır.²⁰ Belirsizlik tezi, hukukun tamamen öngörülemezliği iddiasına değil, yargı kararlarının mevcut hukuk ilkelerinin kaçınılmaz sonucu olmadıkları, bilakis hukuku uygulayanların uzlaşma ve uzlaşa ile oluşan dengeyi koruma eğilimlerinin bir neticesi olduğu savına dayanmaktadır. Bu bakış açısıyla, hukukun mevcut uygulamadan farklı olarak takip edebileceği alternatif yollar mevcuttur. Planlı bir aktivizm, tıpkı Amerikan Yüksek Mahkemesinin ırk ayrımını, eşitliği gözetmek şartıyla kabul ettiği Plessy v. Fergusson doktrininden Anayasa'ya aykırı gördüğü Brown v. Board of Education kararına ulaşmasında olduğu gibi önemli hukuki kazanımları sağlayabilecektir.²¹ Öte yandan Eleştirel Irk Kuramına göre Brown v. Board of Education gibi olumlu içtihatlar da zaman içerisinde alt derece mahkemelerinin dar yorumları ve idarenin uygulamalarıyla aşınabilmektedir.²²

Eleştirel Irk Kuramı, feminizmden de toplumsal rollerin inşası ile iktidar ilişkisi, patriarkayı ve diğer tahakküm biçimlerini oluşturan örüntüler gibi konularda doğrudan etkilenmiştir. Bunların yanında geleneksel sivil haklar mücadelesinden de hukuk ve topluma ilişkin kuramsal çabanın uygulamada da sonuçlar doğuracağı fikrini devralmıştır.²³

Eleştirel Irk Kuramcıları, akademik faaliyet kadar tavrın eyleme dökülmesine de önem vermektedir zira işin siyasal mücadelesine katılmaksızın hürriyeti kazanmanın öğretilmesi olanaklı değildir.²⁴ Bu bağlamda eleştirel pedagojinin kuru-

¹⁹ Delgado/Stefancic, s.5.

²⁰ Delgado/Stefancic, s.5.

²¹ Gordon, Robert W., (2006) "Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi", (Çeviren: Gölbaşı, Serkan) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:64, S:2 s.404,405.

²² Delgado/Stefancic, s.5.

²³ Delgado/Stefancic, s.6.

²⁴ Lawrence III, Charles R. (2002) "Foreword: Who are We? And Why are We Here? Doing Critical Race Theory in Hard Times": Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory, Philadelphia, Temple University Press, s.xviii.

cusu Paulo Freire'in bakış açısını paylaşırlar: "Aynı zamanda praksis olmayan hiçbir söz yoktur. Bu nedenle doğru söz söylemek Dünyayı değiştirmektir."²⁵

Öncüsü olan Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi Eleştirel Irk Kuramı da hukuki liberalizmin temel savlarını reddetmektedir. Bu anlayışta tarafsız usul kurallarına ve biçimsel eşitlik öğretilerine karşı derin bir güvensizlik mevcuttur hatta bunların aslında beyaz ayrıcalığına hizmet ettiği yani tarafsızlık ve nesnellik iddiasının ulaşılmaz idealler olmakla kalmadığı aksine Amerikan hukukunda ve toplumunda beyazlığın normatif hakimiyetine yaradığı iddia edilmektedir. Eleştirel Irk Kuramcılarının amacı bu toplumsal ve hukuki statükoyu ırk kavramını dikkate alarak eleştirel bir perspektiften ortaya koymaktır.²⁶

Eleştirel Irk Kuramı ırk temelli eşitsizlikle; cinsiyetçilik, homofobi, ekonomik sömürü ve diğer tahakküm yahut eşitsizlik biçimleri görmezden gelinerek mücadele etmenin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Eleştirel Irk Kuramı, ilk çalışmalardan itibaren ırkçılık karşıtı toplumsal dönüşümü çok boyutlu ve kesişimsel bir analizle²⁷ desteklemeyi amaçlamaktadır. Kuramın gelişmesiyle birlikte "ırk" kavramının kendisi de diğer toplumsal etmenlerin bir neticesi olarak kavranmaya başlanmıştır.²⁸

²⁵ **Freire, Paulo** (2000) *Pedagogy of the Oppressed*, 30th Anniversary Edition, New York, Continuum, (Çeviren: Ramos, Myra Bergman), s.87.

²⁶ **Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/ Harris, Angela P.**, (2002) "Battles Waged, Won, and Lost: Critical Race Theory at the Turn of the Millennium", Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press, s.1.

²⁷ Kesişimsellik kavramı ilk defa Kimberle Crenshaw tarafından *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics* başlıklı makalesinde kullanılmıştır. Crenshaw'ın amacı o dönemde ayrımcılığa karşı yasalarda, feminist kuramda ve ayrımcılık karşıtı siyasette hakim olan tek boyutlu bakışı eleştirmektir. Siyahi kadınları başlangıç noktası olarak alan Crenshaw hâkim ayrımcılık anlayışlarının feminist kuramda ve ayrımcılığa karşı mücadelede siyahi kadınları marjinalleştirdiğini ve hatta ırk ve cinsiyet etkileşimine yer vermeyerek onları kuramın ve mücadelenin dışında bıraktığını ileri sürmektedir. Yazara göre kesişimsel deneyim ırkçılık ve cinsiyetçiliğin toplamından daha büyüktür ve bu nedenle siyahi kadınların ikincilleştirilmesine dair çalışmalarda kesişimselliğin dikkate alınması gerekmektedir. **Crenshaw, Kimberle** (1989) "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, S:1, s.139-141,166,167.

²⁸ **Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/ Harris, Angela P.**, s.2.

Hareketin öncüsü olarak genellikle Derrick Bell kabul edilmektedir. Bell'in hareketin başlangıcı sayılmasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Bell'in 1981 yılında Harvard Hukuk Fakültesinden ayrılmasının ilk defa öğrencilerin dekanlıkla ırk hukuk eğitimi içeriğinden dışlanmasına karşı mücadeleye girmesine neden olmasıdır. Öğrencilerin mücadelesi, ırksal ve toplumsal iktidara karşı eleştirel bir söylemin geliştirilmesi için de uygun bir ortam hazırlamıştır. Bell, aynı zamanda ırk anayasa kuramının marjinal bir tartışma alanı olmaktan çıkarıp düşünsel gündemin merkezine yerleşirmesi nedeniyle de hareketin ortaya çıkışında büyük bir etkiye sahip olmuştur. Bell'in hukuk eğitimine hâkim gelenekleri terk etmesi ile birlikte, hukuk ve gündelik yaşamdaki ırk kaynaklı deneyimler arasındaki karmaşık ilişkilerin analizi hukuk çalışmalarına dahil olmuştur. Bell'in yaklaşımı, o dönemde mevcut olan benzer hukuk çalışmalarından temel sorununun, halihazırda mevcut, bağımsız çıkarılara karşı ırk eşitliğine dayanan çıkarlar lehine yargısal müdahaleleri gerekçelendirmek olmamasıyla ayrılmaktadır. Bell'in çalışmalarındaki temel sorun yasaların Afrikalı-Amerikalıların sistematik olarak güçsüz kılınmasındaki rolünün tespit edilmesidir. Bu bağlamda Bell'in hukuk kurallarının ırksal etkilerine odaklanan bir realist olduğunu ve o dönemde henüz Eleştirel Irk Kuramı terimi henüz olmasa da erken dönem bir eleştirel ırk kuramcısı olduğunu söylemek mümkündür.²⁹ Akımın diğer kurucu isimleri arasında Marie Matsuda, Kimberle Crenshaw ve Richard Delgado öne çıkmaktadır. Hareketi şekillendirenler, çoğunlukla Afrikalı-Amerikalı, Asyalı-Amerikalı ve Latin kökenli, dönemin ırksal karşı tepki siyasetine karşı ilerici siyasi tutumu benimsemiş öğretim üeleriydi.³⁰ Eleştirel Irk Kuramının ortaya çıkışını sağlayan temel unsurlar arasında, başta siyah akademisyenler olmak üzere birçok hukukçu akademisyenin artık reformcu etkisini yitirmiş olan sivil haklar söylemini yetersiz bulmaya başlamaları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının doğrudan doğruya hukuk ideolojisine yönelik eleştirileri bulunmaktadır. Eleştirel Irk Kuramına mensup görülen yazarların bakış açısından sivil haklar söyleminin harekete geçirdiği liberal

²⁹ **Crenshaw, Kimberle Williams**, (2002) "The First Decade: Critical Reflections, or 'A Foot in the Closing Door'", Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press, s.10-12.

³⁰ **Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/ Harris, Angela P.**, s.4.

reformlar önemli hukuki kazanımlar sağlamış olsalar da entegrasyon ve “renk körlüğü” esasına dayandıklarından en nihayetinde siyahlar açısından olumsuzdurlar zira Amerikan meritokrasisi mitinin meşruluğuna hizmet etmektedirler. Eleştirel Irk Kuramı, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını ırkın egemen iktidarın uygulanmasındaki önemini yeterince dikkate almamakla eleştirse de en azından oluşma aşamasında Eleştirel Hukuk Çalışmalarının birikimine dayanmaktadır. Bu birikimden hareketle liberalizmin hukuk ve siyaset alanlarının ayrılığı iddialarına şiddetle karşı çıkılarak; siyaset alanının, hukukun kullandığı doktrinel kategoriler üzerine bina edildiğini savunulmaktadır. Bilindik ırk çalışmaları yöntemlerinin sınırlılığına dikkat çeken Eleştirel Irk Kuramı, Amerikan hukukunu “ırk prizmasından” bakarak ele alma iddiasındadır.³¹ Eleştirel Irk Kuramı içinde kabul edilen kuramcıların Eleştirel Hukuk Çalışmalarına özellikle haklar anlayışı bağlamında yönelttikleri eleştiriler, yani bir bakıma eleştirinin eleştirisi; genel olarak eleştireller arasında hakların gerçekten de var olduğu ve varlıklarının da gerekliliği düşüncesinin yaygınlaşmasına neden olan ve hareketin mevcut toplumsal yapıya ırkçılığın yarattığı adaletsizlikler üzerinden yönelttiği eleştirileri tahkim eden faktörler arasındadır.³²

B. ELEŞTİREL IRK KURAMININ TEMEL KABULLERİ

Biyolojik sınıflandırmaya dayalı bir olgu olarak ırk kavramı günümüz akademisinde kabul görmese de Eleştirel Irk Kuramı çalışmaları ırkın özellikle Amerikan toplumunun temel örgütlenme ilkelerinden biri olduğunu tespit etmektedir.³³ Irk esasına dayanan toplumsal düzende beyazlık norm iken beyaz olmayanlar ötekileştirilmekte ve böylelikle beyazların ayrıcalığı korunmaktadır.³⁴ Fanon’un ifade ettiği üzere siyahların siyah olması yetmemektedir siyahla-

³¹ **Mirza**, s.111.

³² **Delgado, Richard** (1987) “The ethereal scholar: Does critical legal studies have what minorities want”, Harv. CR-CLL Rev. C:22, s.301; **Ünver, Serdar** (2022) Negatif Din Özgürlüğü, Ankara: Astana Yayınları, s.119.

³³ **Omi, Michael/Winant, Howard** (1993) “On the Theoretical Status of the Concept of Race”: McCarthy, Cameron/Crichlow, Warren/Dimitriadis, Greg/Dolby, Nadine (Editörler), Race, Identity and Representation in Education, New York, Routledge, s.5.

³⁴ **Long, Lisa J.** (2018), Perpetual Suspects: A Critical Race Theory of Black and Mixed-Race Experiences of Policing, Cham, Palgrave Macmillan, s.5.

rın beyaz adamla ilişkilerinde de siyah kalmaları gerekmektedir.³⁵ Beyaz iktidarının sürdürülebilmesi için de, siyahların beyaz kurumlarla ilişkilerinde de siyah kalmaları zorunludur.³⁶

Hareketin temel kabulleri arasında ırkçılığın Amerikan toplumunda sıra dışı değil “normal” olduğu ve bu nedenle de ırkçılık sorununun çözümü için de kolay olmadığı bulunmaktadır. Hukukta görülen “renk körü”³⁷ yahut “şekli” eşitlik anlayışı ancak çok bariz ayrımcılık biçimlerine karşı işe yaramaktadır.³⁸ Hareketin, “çıkarların ortaklaşması” olarak adlandırabileceğimiz ikinci kabulü, ırkçılığın hem beyaz elitlerin hem de işçi sınıfından beyazların çıkarlarıyla uyumlu olması nedeniyle geniş toplum kesimlerinin ırkçılıkla mücadelede en azından gönülsüz olduğudur. Siyahların çıkarlarına da uygun şekilde ırk eşitliği kazanımları ancak beyazların çıkarlarıyla ortaklaşabildiğinde, yani ırk ay-

³⁵ **Fanon, Frantz** (2007), *Black Skin, White Masks*. New York, Grove Press (Çeviren: Philcox, Ricgard), s.90.

³⁶ **Long**, s.6.

³⁷ Ayrı Vagon Yasası'nın [Separate Car Act] anayasallık denetimine tâbi tutulmasını amaçlayan önceden tasarlanmış bir stratejik dava sürecinin görünen yüzü olan Homer Adolph Plessy, dış görünüş itibarıyla beyaz fakat hukuken siyah olan bir Kreoldü. Kendisini hem siyah hem de beyaz olarak kabul eden Plessy bu dava sürecinde beyaz olarak sayılmayı değil Amerikan hukuk sisteminin dayandığı beyazlar ve beyaz olmayanlar ikiliğinin anayasallığını yargı önüne taşımayı amaçlıyordu. Plessy'nin Yüksek Mahkeme'ye sunulan savunmasında ırkın hukuken tespiti ve kamu makamların kişileri herhangi bir ırka mensup olarak sınıflandırabilme yetkisine karşı çıkılmaktaydı. (**Davis, Thomas J.** (2021) “İrk, Kimlik, Ulus: Plessy v. Ferguson”, Gordon-Reed, Annette (Editör).

İrki Mahkemeye Çıkarmak: Amerika Tarihinde Hukuk ve Adalet, (Çeviren: Ertuğrul Uzun), İstanbul, Zoe Kitap, s.86-88,101.) Plessy v. Ferguson, “Renk körlüğü” anlayışının açıkça kullanıldığı ilk Yüksek Mahkeme kararı olmuştur. (Bkz.: **Plessy v. Ferguson**, Supreme Court of the United States, 163 U.S. (1896) 537, K.T. 18.05.1896) Kararda Amerikan Anayasasının “renk körü” olduğu ve yurttaşlar arasında sınıf farklılıkları tanımadığı ve buna müsamaha göstermediği ifade edilmektedir. Bu karar çerçevesinde renk körlüğü anlayışı ayrı ama eşit doktrininin gerekçelendirilmesine yaramış ve İç Savaş sonrası yeniden yapılanma dönemi anayasa değişikliklerinin (Amerika Birleşik Devletleri genelinde köleliği kaldıran 13., eşit yurttaşlık haklarını güvence altına alan 14. ve beyaz olmayan erkeklerin de seçme hakkını güvence altına alan 15. Değişiklik kazanımlarına büyük zarar vermiştir.

³⁸ **Delgado/ Stefancic**, s.8; **Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/ Harris, Angela P.**, s.1,2.

rımcılığına karşı çıkmak beyaz üst sınıfların da çıkarlarına uygun olduğunda gerçekleştirebilmektedir.³⁹ Bu bağlamda, Derrick Bell'e göre sivil haklar mücadelesinin önemli zaferlerinden kabul edilen Brown v. Board of Education kararının temelinde siyahların haklarından ziyade beyaz elitlerin kendi çıkarları bulunmaktadır.⁴⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin "ayrı ama eşit" kuralını geçersiz kılması eyaletlerin kendi yetki alanları içerisindeki kişileri ırk temelinde sınıflandırmasının önüne geçmiş, böylelikle kişileri ırklarına göre tasnif edemeyen federe devletlerin kendilerinden belirli hizmetleri talep edenlere ayrımcılık yapamayacağı ya herkesin hizmetinde olacağı yahut kimseye hizmet sunmayacağı düşünülmüştür. Yüksek Mahkeme ayrı ama eşit kuralını ortadan kaldırırken eyaletlere ve kamu adına hareket edenlere "renk körü" olma yükümlülüğü getirmiştir.⁴¹ Bu bağlamda renk körlüğü, belirli ayrımcı uygulamaların mağdurlarına sağlanabilecek yasal kolaylıklar haricinde ırkı dikkate alan düzenlemelerin yasaklanması anlamına gelmektedir. Renk körlüğü ilkesinin temelinde, amacı ne olursa olsun ırkı dikkate alan uygulamaların adaletsiz olduğu düşüncesi yatmaktadır. Irkı dikkate alan uygulamalar nihai amaçları olumlu olsa dahi ırklar arasındaki farklılıkları pekiştirecek ve gerilimi artıracaktır. Bu bakış açısının getirdiği "tarafsızlık" bugüne ve geleceğe ilişkindir, dolayısıyla eşitsizliğin geçmişteki sebeplerini göz önüne almamaktadır.⁴²

Eleştirel Irk Teorisi renk körü anayasacılığın ırk temelli tahakkümle mücadelede yetersiz kaldığını savunmaktadır. Renk körü anayasacılık anlayışında

³⁹ **Bell Jr, Derrick A.** (1980) "Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma", Harvard Law Review, C:93, S:3, s.523.

⁴⁰ **Bell Jr** (1980) s.518,525; **Donnor, Jamel K.** (2016) "Derrick Bell, Brown, and the Continuing Significance of the Interest-Convergence Principle": Ladson-Billings/Gloria, Tate/William F. (editörler), Covenant Keeper: Derrick Bell's Enduring Education Legacy, New York, Peter Lang, s.84.

⁴¹ **Miller, Loren** (1966) The Petitioners: The Story of the Supreme Court of the United States and the Negro, New York, Pantheon Books, s.427,428.

⁴² **Edley, Christopher F. Jr.** (1996) Not All Black and White: Affirmative Action, Race, And American Values, New York, Hill and Wang, s.86.

devletin ırk unsurunu dikkate almamasının ırkı dikkate alan tüm uygulamalardan üstün tutulması gerektiği kabul görmektedir. Irk unsurunun dikkate alınmaması üç unsuru içermektedir; öncelikle ırksal nitelik ve sınıflandırmaya esas olabilecek tanınabilecek bir nitelik mevcut olmalıdır, ikinci olarak bu nitelik tespit edilmeli ve nihayet karar alırken dikkate alınmamalıdır. Gotanda'nın da ifade ettiği üzere dikkate almama bir anayasal yorum ilkesi değil bir tekniktir; karar alma sürecinde ırkın dikkate alınmaması nedeniyle tarafsız ve nesnel görünen söz konusu teknik tamamen usule ilişkin olduğu için kararın normatif ve esasa ilişkin etkileri aslında göz ardı edilmektedir.⁴³

Amerikan toplumu açısından renk körlüğü kendi içinde çelişen bir kavramdır zira gerçek anlamda renk körlüğü esasında dikkate almamanın mümkün olması için öncelikle algılamamanın da olanaklı olması gereklidir. Irk açısından renk körlüğü zaten algılanmış olanın dikkate alınmaması anlamına gelmektedir oysa Amerikan toplumu için ırk hukuki ilişkilere de yansıyan kapsamlı bir toplumsal anlam da içermektedir. Çalışmalar, özel hukuk ilişkilerinde dahi kadınların ve siyahların fiilen dezavantajlı olduğunu göstermektedir. Hukuki ilişkilerde ırkın dikkate alınmadığını ileri sürmek aslında ırk temelli sosyal çatışmaların inkârı anlamına gelmektedir.⁴⁴ Derrick Bell ve Alan Freeman'ın çalışmalarıyla ırkçılığın Amerikan toplumunda sıradışı değil normal olduğu ve zamanla bu toplumun mensupları tarafından doğal görülmeye başlandığı fikri akademik çevrelerde kabul görmeye başladı. Irkçılığın doğallaşmasıyla birlikte şekli eşitlik ve hukuk kurallarının siyahlar ve beyazlara eşit uygulanmasının sadece en bariz adaletsizliklere karşı etkili olduğu gündelik hayattaki sıradan ayrımcılıkları önlemediği görülmüştür.⁴⁵

⁴³ **Gotanda, Neil** (2013) "A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind'": Stefancic, Jean/Delgado, Richard (Editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, s.35.

⁴⁴ **Gotanda**, s.36,37.

⁴⁵ **Delgado, Richard** (2013) "Liberal McCarthyism and the Origins of Critical Race Theory": Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, s.40.

Eleştirel İrk Kuramının bir diğer kabulü, toplumsal inşa tezi olarak adlandırabileceğimiz ırkın toplumsal düşünce ve ilişkilerin bir ürünü olduğu savıdır. İrk, genetik ya da biyolojik bir olguya değil toplumun icat ettiği ve sürdürdüğü kategorilere dayanmaktadır.⁴⁶ Burada önemli olan “ırkın” kendisinden ziyade ırka gösterilen tepki yahut belirli ırklara mensup kişilerin gördüğü muamele ve ırkın kişileri nasıl sınırladığıdır; böylelikle ırk bir toplumsal olguya dönüşmektedir.⁴⁷ Beyaz üstünlüğünü meşrulaştıran bilimsel ırkçılık yani fiziksel görünüm dışında zeka ve ahlak kapasitesinin de ırkla ilintili olduğu görüşü⁴⁸ kategorik olarak savunulması imkansız hale geldiğinde dahi belirli ırk gruplarına belirli özellikler atfeden ve ırk temelli farklılıkları meritokrasinin ve serbest piyasanın doğal bir sonucu olarak gören toplumsal yahut kültürel ırkçılık varlığını sürdürebilmekteydi. Bu yaklaşım iktisadi ve sosyal koşullardaki devasa farklılığa karşın yaşamda ırkın çok da etkisi olmadığını varsaymakta ve yaşadıkları güçlüklerden dolayı siyahileri suçlamaktaydı. Bu yeni ırkçılık biçimi, savları bakımından bilimsel ırkçılıktan farklı olsa da her iki ırkçılık biçimi de toplumdaki farklılıkların maddi nedenlerini gizlemek açısından aynı işlevi görmektedir.⁴⁹

Bu noktada eleştirel ırk kuramcıları arasında hâkim olan iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İdealistler olarak nitelendirebileceğimiz grup, ırk ve ırk ayrımcılığının tamamıyla düşünce, zihinsel sınıflandırma, tavır ve söylemle ilişkili oldu-

⁴⁶ **Chang, Robert S.** (2002) “Critiquing ‘Race’ and Its Uses: Critical Race Theory’s Uncompleted Argument”: Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press, s.87; **Delgado/Stefancic**, s.9; **Hayman, Robert L./Levit, Nancy** (2002) “Un-Natural Things: Constructions of Race, Gender, and Disability”: Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press, s.159,160.

⁴⁷ **Hayman/Levit**, s.160.

⁴⁸ “İrk bilimi”, on sekizinci yüzyılın sonu ile on dokuzuncu yüzyılın ortaları arasında Batı Avrupa’da gelişmiştir. Fizik antropoloji çalışmalarına dayanılarak farklı insan sınıfları tespit edilmiş, bunların biyolojik kökenleri ve uyumlulukları tartışma konusu yapılmış ve farklı medeniyetlerle bağları kurulmuştur. Böylelikle sadece ırklar arasındaki farklılıkların tespitiyle sınırlı kalmamış aynı zamanda “üstün” yahut “aşağı” gibi adlandırmalarla bir ırklar hiyerarşisi ortaya çıkarılmıştır. **Hayman/Levit**, s.162.

⁴⁹ **Chang**, s.88.

ğunu ve imgeler, sözcükler, tavırlar, bilinçdışı hisler, ifadeler ve metinler sistemini değiştirerek bu toplumsal oluşumu zayıflatabileceğimizi hatta ortadan kaldırabileceğimizi savunmaktadır. Buna karşılık, realist ya da materyalist olarak nitelendirilebilecek olan karşıt grup, tavır, söylem ve sözcüklerin önemini yadsımamakla birlikte ırkçılığın sadece bir grubun bir başkasına karşı olumsuz ka-
naatleriyle sınırlı olmadığını, toplumun ayrıcalık ve statü bahşetme aracı olduğunu savunmaktadır; ırk statüsü kimlerin daha iyi okullarda okuyacağını, en mutena semtlerde oturacağını ve en iyi işlere kabul edileceğini belirlemektedir. Bu görüşün mensuplarına göre, daha önceki dönemlerde eğitilmiş Avrupalıların Afrika kültürüne bakış açıları genellikle olumluyken, Afrikalılara karşı ırkçı önyargılar kölelik ve kapitalistlerin işgücü gereksinimi ile birlikte olarak artmıştır. Materyalistlere göre fatih uluslar, kendi mensuplarının sömürüden suçluluk duymamaları için genellikle kendilerine tâbi kıldıkları halkları şeytanlaştırmaktadır. Örneğin beyazların, Meksikalıların topraklarını elde etme arzuları ile Meksikalıların daha aşağı bir halk olduğu fikrinin yaygınlaştırılması eş zamanlıdır. Materyalist bakış açısına göre ırk ilişkileri ile dönemin iktisadi ilişkileri ve sömürünün doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Bu durumda temel haklar konusundaki gelişmeler de aslında beyazların özgeciliğinden değil büyük ölçüde çıkarlarının bu yönde olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁰

İrkin toplumsal düşünce ve ilişkilerin bir ürünü olduğu ve dolayısıyla kavramın şekillenmesinde hukukun ve kamu gücünün kullanımının da büyük etkisi olduğunun oldukça net örneklerinden biri olarak Menezes vakasını gösterebiliriz. 2005 yılında Güney Londra'da bir metro istasyonunda Jean Charles de Menezes'in hayatını kaybetmesiyle neticelenen olayda, Londra'da yaşayan yirmi yedi yaşındaki Brezilyalı Menezes, kendisiyle ilgisi olmayan Etiyopya kökenli bir şüpheliyi izleyen kolluk kuvvetlerinin, "Moğol göz tipi" olması nedeniyle onu takibe alması akabinde hiçbir şüpheli hareketi olmamasına karşın Londra polisi tarafından öldürülmüştür. Genellikle ırkın sabit bir kavram olduğu düşünülür ana Menezes vakası bu düşüncesinin yanlışlığının ve bu tür belirlemelerin iktidarla olan bağlantısının dikkat çekici bir örneğidir. Menezes kendi yetiştiği top-

⁵⁰ Delgado/Stefancic, s.21,22.

lumun mensuplarına göre “beyaz”dır ancak İngiliz “beyaz” polis memurlarının bakış açısıyla “Moğol göz tipi” olan bir kişidir. Olayın dikkat çekici yanlarından biri hükümet, emniyet teşkilatı ve medyanın beyaz memurları sorumluluktan kurtarmak için seferber olmalarıdır. Burada medyanın başvurduğu kalıp yargılardan biri beyaz olmayan herkesin birbirine benzediğidir; gazeteler polisin aslında peşinde olduğu terör zanlısı ile kurban Menezes’in fotoğraflarını yan yana birinci sayfaya taşıyarak örtük olarak da olsa “beyaz” ırkçı kalıp yargıyı beslemişlerdir. Menezes vakasından sonra yürütülen soruşturmalar neticesinde hiç kimse hakkında kovuşturma başlatılmamış hatta disiplin incelemesi dahi yapılmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu vakada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yaşam hakkına dair ikinci maddesinin usuli yönüne ilişkin herhangi bir ihlal olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.⁵¹ Görüldüğü üzere içinde yaşadığımız dönemde dahi ırk sürekli olarak yeniden yaratılmakta ve şekillendirilmektedir. Eleştirel Irk Kuramı dahilinde, ırkın toplumsal olarak inşa edildiği, ırka dayalı tasniflerin tarihsel şartların ve siyasal ilişkilerin ürünü olduğu ve netice olarak ırkın sabit değil aksine dinamik bir kavram olduğu tartışmasız kabul gören bir tespit halini almıştır.⁵²

Başta Derrick Bell olmak üzere Eleştirel Irk Kuramcıları, yapılan fedakarlıkları, mücadele içindeki kahramanlıkları kabul etmekle birlikte, Amerikan sivil haklar kazanımlarının dolambaçsız bir savaşımın değil, farklı çıkarları da içeren karmaşık bir sürecin neticesi olduğunu savunmaktadır.⁵³ Bu savın doğruluğunu en net şekilde Brown kararı üzerinden tespit etmek olanaklı görünmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere 1954 tarihli Brown v. Board of Education kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi, devlet tarafından kamu okullarında ırk ayrımcılığı ya-

⁵¹ **Armani Da Silva - Birleşik Krallık**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No. 5878/08, K.T. 30 Mart 2016.

⁵² **Gómez, Laura E.** (2022) “İki Türün Öyküsü: Hukuk ve Toplum Disiplini ile Eleştirel Irk Teorisi Arasındaki Gerçek ve İdeal Bağlar Üzerine”: Sarat, Austin (editör), Hukuk ve Toplum El Kitabı (Çeviren: Ünver, Serdar), İzmir, Işık Yayınları, s.637.

⁵³ **Bell Jr, Derrick A.** (2004) *Silent Covenants: Brown V. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, United States, Oxford University Press, s.59,60; **Dudziak Mary L.** (2004) “Brown as a Cold War Case”, *The Journal of American History*, C:91, S:1, s.34.

pılmasına son verilmesine karar vermiştir. Karar sivil haklar mücadelesinde önemli bir dönüm noktasıdır ancak Amerikan dış politikasına olan katkıları siyahılara faydasından çok daha fazladır. Alexander Bickel, devletin ırk ayrımını hayata geçiremeyeceği kuralının Amerikan yaşamına olan olumlu etkisini teslim etmekle beraber bu içtihadın kaldırılamayacağı ama başlığındaki eğitim vurgusu da düşünüldüğünde zamanla etkisizleşeceğini öngörmekteydi ve bir dönem sivil haklar savunucuları tarafından şiddetle eleştirilen bu öngörü zaman içinde büyük ölçüde gerçekleşmiştir.⁵⁴ Kısa vadede dahi Brown kararının eğitim alanındaki ayrımcılık üzerindeki etkisi kısıtlı kalmıştır. Bazı bölgelerde okulların kabul edecekleri öğrencileri mahalli olarak belirlemesi yöntemi fiili olarak çok az değişikliğe neden oldu, zira beyazlar ve beyaz olmayanlar zaten genellikle ayrı mahallelerde yaşamaktaydılar. Neticede okullar resmen birleştiğinde de tamamen beyaz ya da tamamen siyah öğrencilerin devam ettiği okullar varlıklarını neredeyse eskisi gibi sürdürdüler. Bazı Güney eyaletlerinde ise birleşmeyi temin etmek üzere öngörülen usullerin karmaşasının da yardımıyla sonuç yine öğrencilerin fiilen ırklara göre farklı okullara yerleştirilmesi olmuştur. Kararın uygulanmasına daha büyük direnç gösterilen bölgelerde ise bazı okulların birleştirilmesi yerine kapatılması ve bu durum karşısında beyazlara hükümet kaynaklarından destek olunarak özel okullar kurulması yoluna gidildi. Birleştirilmiş eğitime geçilebilmesi ancak 1964 Sivil Haklar Yasası'nın ırk ayrımına dayanan okul sistemlerinin federal kaynaklardan desteklenmeyeceğine dair hükmü sayesinde mümkün oldu. Bununla birlikte günümüzde dahi ırksal açıdan karma eğitimin hayata geçirilmesi çabasının tam anlamıyla başarıya ulaşmadığı ve Brown kararının etkisizleştiği görülmektedir.⁵⁵ Brown v. Board of Education'ın etkisizleşmesi hem yargı kararlarında hem de kamusal alanın fiilen yeniden ayrılmasında gözlemlenebilmektedir. Eleştirel Irk Teorisini benimseyen yazarlara göre Amerikan Yüksek Mahkemesi, renkkörlüğü

⁵⁴ **Bickel, Alexander M.** (1978), *The Supreme Court and the Idea of Progress*, USA, Yale University Press, s.151; **Bell Jr, Derrick A.** (2005) "The Unintended Lessons in Brown v. Board of Education", *NYLS Law Review* C:49, S:4, s.1053,1054.

⁵⁵ **Tushnet, Mark** (2021) "Brown v. Eğitim Kurulu Davası", Gordon-Reed, Annette (Editör) *Irki Mahkemeye Çıkarmak: Amerika Tarihinde Hukuk ve Adalet*, (Çeviren: Ertuğrul Uzun), İstanbul, Zoe Kitap, s.229,230.

tutumu neticesinde ırk eşitsizliğini ortadan kaldırmayı amaçlayan girişimler ile ırklar arasında bir hiyerarşiyi amaçlayan düzenlemeler arasında fark gözetmemektedir. Brown kararının üzerinden geçen uzun zamana karşın siyah ve Latin çocuklar hem fiilen ırklara göre ayrılmış hem de eğitim açısından yetersiz okullara gitmek zorunda kalmaktadır.⁵⁶ Gerçekten de Amerika Birleşik Devletleri Sayıştayının (Government Accountability Office) 2022 yılında yayınlanan K-12 Eğitim Raporu'na göre Amerika Birleşik Devletleri'nde üniversite öncesi eğitimde öğrencilerin etnik çeşitliliğinin artmasına karşın okullar ırk, etnisite ve ekonomik durum temeline ayrılmaktadır. Rapora göre 2020 - 2021 öğretim yılında öğrencilerin üçte birinden fazlasına tekabül eden yaklaşık on sekiz buçuk milyon öğrenci büyük ölçüde tek ırk/etnik kökenden öğrenci nüfusuna sahip olan okullara devam etmiştir.⁵⁷ Brown kararının soğuk savaş döneminin ilk yıllarına ve McCarthyçiliğin en kuvvetli olduğu dönemde verilmesi dikkat çekicidir. Brown kararı ilk bakışta 1950'li yılların temel hakları genel olarak sınırlama eğiliminin çok dikkat çekici bir istisnasıdır.⁵⁸ 1950'lerin hukuk anlatısında ulusal güvenlikle bağlantılandırılan komünizm karşıtı davalar ile sivil haklar davaları birbirinden tamamen ayrı olarak ele alınmaktadır ancak Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı'nın Brown dosyasına sunduğu beyanlarda temel savın azınlıklara karşı ayrımcılığın devletin başka ülkelerle ilişkilerine zarar vermesi olduğu da göz önüne alındığında bu ikili ayrımın gerçeği tam yansıtmadığı görülmektedir.⁵⁹ Federal Hükümet açısından Soğuk Savaş koşullarının yarattığı gereklilikler, ayrımcılığın kaldırılması açısından eşitlikten daha öncelikli bir saik oluşturmuştu. Bell'in de ifade ettiği üzere siyahların

⁵⁶ Bell Jr (2005) s.1055.

⁵⁷ U.S. Government Accountability Office (2022)"K-12 Education: Student Population Has Significantly Diversified, but Many Schools Remain Divided Along Racial, Ethnic, and Economic Line", <<https://www.gao.gov/assets/gao-22-104737.pdf>> s.e.t. 10.03.2023.

⁵⁸ Bu eğilim Yüksek Mahkeme kararlarında da gözlemlenebilmektedir. Örneğin Mahkeme Dennis v. United States kararında, Smith Yasasını Anayasaya uygun bulurken, çokluk gerekçesinde "açık ve mevcut tehlike" kriterinden büyük ölçüde ayrılarak ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını "kötülüğün büyüklüğü" kriterine yani her davada tehdidin gerçekleşmesinin muhtemel olmasına bakılmaksızın kötülüğün niteliği gereği ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının meşru olup olmadığının değerlendirilmesi gerekliliğine dayanmıştır. **Dennis v. United States**, Supreme Court of the United States, No. 341 US 494 (1951), K.T. 04.06.1951.

⁵⁹ Dudziak, s.33,34.

hakları ancak siyasal alanda karar verme iktidarına sahip olanların bu hakların güçlendirilmesini kendi öncelikli meseleleri açısından yararlı gördüklerinde tanımakta ve korunmaktadır. Siyahların karşı karşıya kaldığı kölelik, şiddet, ırk ayrımı gibi adaletsiz uygulamalar hiçbir zaman kendi başlarına çözümü gerektiren sorunlar olarak ele alınmamışlardır.⁶⁰ Bell'in çıkarların ortaklaşması tezini ileri sürmesinin ardından Eleştirel Irk Kuramı dahilindeki birçok yazar bu tezi sadece siyahlar için değil başta Latinler de dahil olmak üzere tüm azınlık grupları açısından önem taşıyan hukuki gelişmeleri ve dönüm noktalarını analiz etmek için kullanmışlardır. Bu bakış açısının mevcut uluslararası durumun anlaşılması için de kullanılması mümkündür; örneğin Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin daha katı köktendinci gruplara karşı "ılımlı İslam'ı" desteklemesini bu bağlamda ele almak mümkündür.⁶¹

Eleştirel Irk Kuramının hem idealist hem materyalist kanatlarının dikkat çektiği önemli noktalardan biri yapısal belirlenimdir; buna göre sistem, yapısı ve sözcük dağarcığı nedeniyle belirli hataları gideme kabiliyetinden yoksundur. William Blackstone'un liberal-kapitalist düşünceye uygun olarak oluşturduğu temel çerçeve, Common Law sisteminde kendisini izleyen hukukçular için genel bir şablon oluşturmuştur; hukuk uygulaması büyük ölçüde eski şablonları tekrarlayarak varlığını sürdürmektedir, hukuk alanındaki değişim oldukça yavaştır. Bu durumda hukukun sözcük dağarcığına ve dolayısıyla hukuk düşüncesine eleştirel ırk kuramcılarının vurguladığı çıkarların ortaklaşması, siyah-beyaz ikiliği, dil hakları, hegemonya gibi kavramların dahil olması hiç de kolay olmayacaktır.⁶² Derrick Bell ve Alan Freeman gibi yazarlar temel haklara ilişkin ilerlemelerin sistem tarafından olması istenen hızda gerçekleştirildiğini böylelikle bir yandan azınlıkların sabırsızlanması ve bunun sonucunda oluşabilecek istikrarsızlıklar önlenirken diğer yandan da elit kesimin çıkarlarını tehlikeye düşürecek hızda bir değişimin önünün de alındığını ileri sürmektedir.⁶³

⁶⁰ Bell Jr (2004) s.49.

⁶¹ Delgado/Stefancic, s.24.

⁶² Delgado/Stefancic, s.32,33.

⁶³ Delgado/Stefancic, s.38.

C. KARŞIT ÖYKÜ ANLATICILIĞI

Aşkın değerlerin ve tarafsız kavramların yerini bağlamsal bir hukuk söyleminin alabileceği anlayışı, hukuki bilgiyi mantıklı ve doğrulanabilir önermelerden hareketle ve tümdengelim, kıyas ve emsalleri kullanan özerk bir yöntem oluşturarak sistemleştirmeyi hedefleyen akılcı modern eğilimi, evrensel doğruların olanaklılığını ve bunlara dayanan kuramları reddeden postmodern hukuki bakıştan çok daha eskiye dayanmaktadır. Yorum alanındaki bu dönüşümün başlangıç noktasında genellikle Gadamer hermenötüğünün olduğu kabul edilir. Bu bakış açısıyla akıl, tüm insanlıkta “tek tip” olarak bulunan bir şey değil, daha ziyade yerel uygulamalar ve söylemlerle bağlantılı bir toplumsal inşadır. Eleştirel Irk Kuramı da hukukun incelenmesinde bu yapı sökücü bakış açısını büyük ölçüde paylaşarak bireylerin öykülerine ilgi göstermektedir.⁶⁴

Eleştirel Irk Kuramı stratejilerinin kayda değer bir bölümü ana akım akademik çalışmaların nesnellik, tarafsızlık ve kişisellikten uzak olma iddialarının eleştirisini içermekte ve dolayısıyla yazarların Gramscici anlamda, siyah yahut beyaz olmayan geleneklere ve deneyimlere bağlı organik entelektüeller olarak görülmelelerini içermektedir. Bu bağlamda çalışmaların kendi farklılıkları temelinde anlaşılabilirliği esastır ve bu farklılıkların eklenilebilmesinde, aynı zamanda toplumsal gerçekliğin inşasının da bir aracı olan öykü anlatıcılığı ve karşıt öykü anlatıcılığı önemli bir rol oynamaktadır. Öykü anlatımı bir yandan hâkim irksal hiyerarşilerin anlatılarını ve bu anlatıların ideolojik temellerini gözler önüne sererken bir yandan da bunlar üzerinden olayların ve geçmiş deneyimlerin zaman zaman çoklu ve hatta çelişkili anlamlar üretebildiklerini göstermekte; alternatif ve genellikle de göz ardı edilmiş gerçekliklerin de görülmesine yardımcı olmaktadır.⁶⁵

“Karşıt öykü anlatıcılığı”, Eleştirel Irk Kuramının dikkat çekici yöntemlerinden biridir. Bu yöntem hâkim kültür anlatılarına karşı hâkim topluluğa dahil olmayan grupların öykü ve deneyimlerini aktarmayı ve bu yolla ayrımcılığa dikkat

⁶⁴ **Di Donato, Flora** (2020) *The Analysis of Legal Cases: A Narrative Approach*, Oxon, Routledge, s.38,39,48.

⁶⁵ **Adams, Bella** (2016) “Critical Race Theory”, Sim, Stuart (editör) *The Edinburgh Companion to Critical Theory*, Edinburgh, Edinburgh University Press, s.219,220.

çekmeyi amaçlar. Karşıt öykü anlatıcılığı genellikle siyah toplumun geçmişini aktarsa da zaman zaman gerçek anlamda kurguya da yer verildiği de görülmektedir. Derrick Bell'in "Uzay Tacirlerinin Kroniği" öyküsü bunun başarılı örneklerinden biridir. Öyküde Ronald Reagan sesiyle konuşan, Ku Klux Klan üyeleri gibi giyinmiş ve sadece siyahlar tarafından görülebilen uzaylı tacirler Birleşik Devletleri refaha kavuşturacak bir zenginlik karşısında tek bir şeyi, kayıtlara göre siyah sayılan tüm Afrikalı Amerikalıları yanlarında götürmeyi, istemektedirler. Sivil haklar savunucuları yargıya başvursalar da talepleri siyasi bulunarak kabul edilmez; Anayasaya aykırılık iddialarına karşı da Birleşik Devletler Anayasasında, elbette tüm yurttaşları kapsayacak şekilde, özel hizmet yükümlülüğü getiren bir değişiklik yapılarak önlem alınır. Nihayetinde uzaylıların teklifi kabul edilerek siyahlar atalarının geldiği şekilde zincire vurulmuş bir şekilde Amerika'yı terk ederler.⁶⁶ Bell bu öyküyle sadece ırk ayrımına değil mevcut sistemde sınıfsal farklılıkların üstünü örten "beyazlığa" dikkat çekmektedir. Siyahların haklarının feda edilmesini içeren siyasalar zenginlik ve iktidardan nasibini alamamış beyaz kesimin de ırk üstünlüklerini sürdürmelerini ve bir nevi mülkiyet haklarının güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Siyahların gidişi beyazlığın bahsettiği mülkiyeti de ortadan kaldırdığında zenginlikten payını alamayan beyazların eşitsiz konumlarına tepki göstermemeleri için de bir neden kalmayacaktır.⁶⁷ Karşıt öykücülükte alegorilerin ve kurgunun kullanılması büyük ölçüde Bell'e özgüdür, yazara göre alegoriler yeterince hakiki olan ancak içerdikleri çelişkiler nedeniyle anlaşılması güç olan durumların anlaşılmasını sağlayan, gerçek olmayan öykülerdir ve alegori yoluyla süregelen gerçeklikler ortaya konabilmektedir. Bu yöntemle, renk körü hukuk sistemlerinde ve görünmez biçimde işlemekte olan "ırkçılık" hakikati açık bir şekilde anlatılabilmektedir.⁶⁸ Bell'in istisnai sayılabilecek kurgusal anlatısının yanında Amerikan hukuk sistemine içkin ayrımcılığı göstermek üzere siyah atala-

⁶⁶ **Bell Jr, Derrick A.** (2013) "After We're Gone: Prudent Speculations on America in a Post-racial Epoch", Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, s.10-12.

⁶⁷ **Bell Jr** (2013) s.13.

⁶⁸ **Martinez, Aja Y.** (2022) *Counterstory: The Rhetoric and Writing of Critical Race Theory*, Studies in Writing and Rhetoric, Champaign, Illinois, National Council of Teachers of English [NCTE], s.78,79.

rın kişisel öykülerinin aktarılması Eleştirel Irk Kuramına dahil olan hukukçuların sıklıkla kullandıkları bir yöntemdir. Karşıt öykücülük, azınlık gruplarına dair cehalete ve varsayımlara dayalı ana anlatıya bir müdahale niteliği taşımaktadır. Karşıt öykülerin yahut ırkçılığın veya benzer tahakküm biçimlerinin varlığını tespit eden öykülerin ırkçılıktan zarar görenlerin bakış açısıyla anlatılması azınlıklara mensup araştırmacıların kendi tecrübelerini araştırmada yetkinliklerini sağlayan yöntemlerdir.⁶⁹ Eleştirel Irk Kuramı açısından öyküler, meseller, kronikler ve anlatılar; hukuki ve siyasal söylemin yer aldığı arka plandaki varsayımları, önyargıları ve ortak anlayışları yani zihniyeti yıkmanın etkili bir aracıdır. Bir ideoloji olarak bu zihniyet mevcut toplumsal düzenlemelerin adil ve doğal kabul edilmesine yol açmaktadır. Delgado, iktidara sahip olanların tahakkümünü gizleyen bu sorunun çözümünü karşıt öykücülükte bulmaktadır.⁷⁰

II. ELEŞTİREL IRK KURAMI VE DİĞER ÇAĞDAŞ ELEŞTİREL YAKLAŞIMLAR

A. ELEŞTİREL IRK KURAMI VE ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI

Eleştirel Irk Kuramına taraftar olarak kabul edilen yazarlar kuramın ortaya çıkışında etkisi tartışılmaz olsa da Eleştirel Hukuk Çalışmalarını da oldukça sert bir şekilde eleştirmektedir. Eleştirel Irk Kuramının hukuk fakültelerine yönelik eleştirisinin odağında doğal olarak akademik alandaki gayrimeşru ırk hiyerarşileri bulunmaktadır ancak Eleştirel Hukuk Çalışmaları da “emperyalist” olmakla ve “renkli ırklardan akademisyenleri susturmakla” suçlanmıştır.⁷¹ Eleştirel Hukuk Çalışmalarının “emperyalistliği”, toplumu tümünden değiştirmeyen parçalı reformları reddederken, ırksal azınlıklara ve diğer baskı altındaki gruplara kendilerini doğrudan etkileyen olguları nasıl yorumlamaları gerektiğini öğretmeye kalkışmasından kaynaklanır; oysa örneğin fakir ailelerin ısınma giderlerine ka-

⁶⁹ **Martinez**, s.45,46.

⁷⁰ **Delgado, Richard** (1989) “Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative”, Michigan Law Review C:87, S:8, s.2413, 2414.

⁷¹ **Delgado** (1987) s.307; **Dalton, Harlon L.** (1987) “The Clouded Prism”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, C:22, s.439,440; **Kennedy, Randall L.** (1989) “Racial Critiques of Legal Academia.”, Harvard Law Review C:102, S:8, s.689.

munun katkı sağlamasını hükme bağlayan bir mahkeme kararında, bu ailelerin kışı sıcak geçirmeleri akademisyen hukukçuların ofislerinin rahat ve sıcak ortamında, küçük hukuki kazanımların devrimi ertelleyip ertelediğini değerlendirmelerinden daha önemlidir.⁷² Eleştirel Hukuk Çalışmalarında da ırk, sınıf, etnisite ve cinsiyetler arası hiyerarşinin sıradanlaştırılmasını ve ayrımcılığın hukukun da katkısıyla gündelik yaşama sirayet etmesi eleştirilmektedir⁷³ ve ırk eşitliği her iki hareketin de hedefleri arasındadır, ancak Eleştirel Hukuk Çalışmalarının, bu hedefe hukuk alanında hak talepleriyle ulaşma çabasını küçümseyen yaklaşımı, Eleştirel Irk Kuramı çerçevesinde kabul görmemektedir. Hareketin öncülerinden Crenshaw'a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları dahilindeki eserlerdeki en büyük kusur, ırkçılığın hegemonya ile olan ilişkisinin göz ardı edilmesidir. Eleştirel Irk Kuramı hem beyaz yeni-muhafazakâr paradigmayı hem de eşitsizlik, ayrımcılık ve sosyal adaletsizlik konularında hâkim olan Eleştirel Hukuk Çalışmaları paradigmasını aynı anda reddederek, odağında ırk bilinci olan alternatif bir yaklaşım önermektedir.⁷⁴ Eleştirel Hukuk Çalışmalarının somut bir program oluşturamaması ve haklar söylemini değersiz görmesi, iki akım arasında kuramsal seviyedeki en belirgin farktır. Ancak bu kuramsal ayrılıklar dışında da önemli çatışma noktaları bulunmaktadır. Bu noktalar Eleştirel Irk Kuramına mensup hukukçuların Eleştirel Hukuk Çalışmaları çevresince susturuldukları ve kullanıldıkları yönündeki tespitlerinde yoğunlaşmaktadır.⁷⁵

1980'lerden itibaren ırk ve cinsiyet konuları Eleştirel Hukuk Çalışmalarının en önemli gündem maddesi haline gelmiştir, 1990'lara doğru ise feministler ve Eleştirel Irk kuramcılar Eleştirel Hukuk Çalışmaları içerisinde ayrı gruplar haline almış ve bir anlamda bu yeni açılımla Eleştirel Hukuk Çalışmalarının da varlığını sürdürmesini sağlamışlardır. İlk Eleştirel Irk Kuramı atölyesi 1989 yılında Wis-

⁷² **Delgado** (1987) s.307,308.

⁷³ **Akman, Şefik Taylan** (2012) "Hukuk Politika İlişkisi Bakımından Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:4, s.1285.

⁷⁴ **Cummings, André Douglas Pond** (2013) "A Furious Kinship: Critical Race Theory and the Hip Hop Nation", Stefancic, Jean/Delgado, Richard (Editörler) Critical Race Theory: The Cutting Edge, Philadelphia, Temple University Press, s.116.

⁷⁵ İleri sürülen farklı susturma ve kullanma biçimleri için bkz.: **Dalton** (1987).

consin Üniversitesi'nde gerçekleştirilmiştir.⁷⁶ Eleştirel Irk Kuramı, Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinden filizlenmiş olsa da her iki teori arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları, liberal hukukiliğin bir gereklilik olmadığı, oydaşmaya dayanan alternatif siyasal ve hukuki düzenlemelerin mümkün olduğu varsayımına dayanmaktadır; buna karşılık feministlerle paralel bir şekilde Eleştirel Irk Kuramı taraftarları da oydaşma kavramını sorgulamaktadır. Bu akımlara göre hukuk sistemini oydaşma olasılığı üzerine değil farklılık olgusu üzerine inşa etmek gereklidir. Eleştirel Irk Kuramı taraftarlarına göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları azınlık çıkarlarına önem vermekle birlikte haklar karşısındaki tutumları bu çıkarlarla çelişmektedir.⁷⁷ Eleştirel Irk Kuramı haklara dayanmanın mevcut eşitsizlikleri meşrulaştırdığı görüşüne taraftar değildir. Bu akıma mensup olduğu kabul edilen yazarlara göre hakların dönüştürücü etkisi hala önemini korumaktadır, dahası hakların öneminin kabul edilmesi Eleştirel Irk Kuramının, sivil haklar mücadelesiyle tarihsel bir bağ kurmasını sağlamaktadır. Hak söyleminin işlevlerinden birisi de siyahların öz-kimlik sahibi olmasının yolunu açması olmuştur. Eleştirel Irk Kuramı, liberal sivil haklar reformu ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları arasında bir köprü oluşturma çabası içindedir.⁷⁸

B. ELEŞTİREL IRK KURAMI VE FEMİNİZM

Yukarıda da ifade edildiği üzere Eleştirel Irk Kuramının kökleri arasında radikal feminizm de bulunmaktadır. Hareketin feminizmle olan bağları ve ırkın toplumsal düşünce ve ilişkilerin ürünü olduğu savı birlikte düşünüldüğünde Eleştirel Irk Kuramı bakış açısıyla bir feminist kuram oluşturulması girişimleri de bir bakıma kaçınılmaz olmuştur. Renkli ırklardan kadınlar⁷⁹ Amerikan toplumunun en dezavantajlı grubudur. Bir yandan Amerikan toplumunun emek gücünün dikkate değer

⁷⁶ Delgado (2013) s.40,41.

⁷⁷ Duxbury, Neil (1995) Patterns of American jurisprudence, Oxford: Clarendon Press, s.503,504.

⁷⁸ Mirza, s.113.

⁷⁹ Burada renkli ırklardan kadınlar ifadesini Eleştirel Irk Kuramı dahilindeki çalışmalarla paralel biçimde siyah, Latin, Asyalı ve Amerikan Yerlisi kadınları kapsayacak şekilde kullanmaktayım.

bir kısmını oluşturan bu kadınlar diğer yandan da iktisadi, siyasal, sosyal yaşama ve eğitim sistemine entegre olmakta büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Eleştirel Irk Kuramı'nın temellerini renkli ırklardan kadınların da dahil olduğu feminist örgütlere ve sivil haklar mücadelesine kadar izlemek olanaklıdır. Feminizmden Eleştirel Irk Kuramına aktarılan fikirler arasında Amerika Birleşik Devletleri özelinde ırkçılığın gündelik uygulamaların bir parçası haline gelmesi, beyaz erkek üstünlüğü anlayışının hem kurumlarda hem de toplumun hemen her grubunda renk-körü ırk ayrımıyla iç içe geçmişiği, özcülük karşıtlığı, kişilerin aynı anda birden fazla kimliğe sahip olduğu ve bu kimliklerin kendi içlerinde çatışabileceği ve renkli ırklardan halkların baskıya karşı kendilerine has tutumları olabileceği sayılabilir. Buna paralel olarak Eleştirel Irk Kuramının feminist hukuk yöntemlerini büyük ölçüde benimsediği de görülmektedir.

Olgunun kendisi çok daha eski olsa da Eleştirel Irk Kuramının en temel kavramlarından biri olan “kesişimsellik” ilk defa, ünlü feminist hukukçu akademisyen Kimberlé Crenshaw tarafından 1989 yılında kullanılmış ve Patricia Hill Collins tarafından kuramsallaştırılmıştır. Kuram bu açıdan gündelik yaşamda ırk, sınıf ve cinsiyetin kesişen etkilerini ve renkli ırklardan kadınların taleplerini dile getiren bir sosyal adalet projesidir.

Crenshaw'ın çalışmaları 19. yüzyıla değin uzanan siyah feminist düşünceden beslenmektedir. Henüz 1892'de Anna Julia Cooper yaşadığı dönemin renkli ırklardan kadınlarının Amerika'da benzersiz bir konumda olduklarına, bu kadınların statülerinin bir geçiş ve istikrarsızlık dönemi içerisinde, içinde buldukları medeniyeti oluşturan tüm güçler arasında belirlilikten en uzak olanlardan biri olduğuna dikkat çekmekteydi. Cooper kadınların aynı anda hem kadın sorunuyla hem de ırk sorunuyla karşı karşıya olduklarını, beyaz ırktan kadınların beyaz erkeklerden gördükleri muamele ile siyah kadınların kendi ırklarından olan erkeklerden gördükleri muamelenin dahi aynı olmadığını ve hatta ırk mücadelesinde bile kadınların yalnız kaldıklarını tespit etmekteydi.⁸⁰ Cooper'ın bakış açısı siyah feminist düşünceyle sömürgecilik arasında bağ kurması açısın-

⁸⁰ **Cooper, Anna J.** (1998) *The voice of Anna Julia Cooper: Including a Voice From the South and Other Important Essays, Papers, and Letters*, Lemert, Charles/ Bhan, Esme (Editörler), Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, s.112,113,236.

dan da önemlidir. İç sömürgecilik tezinin gelişiminde Cooper'ın çalışmalarının önemli bir payı bulunmaktadır. Cooper, emperyalizmi sınırlandırılmamış ataerkil iktidarla bağlantılı görmektedir; dolayısıyla emperyalizm ile yerel ırk tahakkümü arasında da bir bağ bulunmaktadır. Bu tespite göre, ırksal ayırım ideolojisini de içeren emperyalizm, ataerkil iktidarın en üst düzeydeki tezahürüdür; bu aleni istismarın kaynakları sorgulanmalı ve bunlara karşı mücadele edilmelidir.⁸¹

Erken dönem feminist literatürün en önemli katkılarından biri ana akım akademik çalışmaların kadın deneyimlerine yer vermeyişinin eleştirilmesi olmuştur. Birçok feminist, erkek merkezli ve erkeklerin hâkim olduğu akademik ana akımı eleştirmek ve baskı gören kadın olmanın neye tekabül ettiğini göstermek için cinsiyet temelli tahakkümü diğer bütün tahakküm biçimlerinden yalıtılmış olarak ele almayı tercih etmiştir. Bunun kaçınılmaz bir sonucu olarak bu yöneme dayanan literatür ya doğrudan beyaz burjuva kadınların deneyimlerine odaklanıyor ya da diğer kadınların deneyimlerine tamamen kayıtsız kalıyordu. Kesişimsellik kavramı, büyük ölçüde söz konusu çalışmaların eleştirisinden doğmuştur; diğer bir ifadeyle, erken dönem feminizmin feminist eleştirisinin bir ürünüdür. Feminist metinler, çeşitli farklılıkların birbirlerinden ayrı ayrı incelenebileceğini ve bir diğerine eklenebileceğini kabul etmekle eleştirilmiştir; çünkü bu durumda, örneğin siyah kadınların cinsiyet temelli baskıyı beyaz kadınlardan farklı bir biçimde ve ırk temelli baskıyı ise siyah erkeklerden farklı şekilde tecrübe ettiği görülemeyecektir.⁸²

Kesişimsellik, feminist teorinin ve Eleştirel Irk Kuramının daha genel anlamdaki akademik faaliyetlere yapmış olduğu en önemli katkılardan biri olarak kabul edilmektedir. Zaman içinde kesişimsellik, mülteci hukukunun da önemli bir kavramı haline gelmiş, BM Mülteciler Yüksek Komiserliğinin 'Yaş, Cinsiyet ve Çeşitlilik Politikası'nda da yer bulmuştur.⁸³

⁸¹ **Carby, Hazel V.** (1985) "On the Threshold of Woman's Era": Lynching, Empire, and Sexuality in Black Feminist Theory", *Critical Inquiry*, C:12, S:1, s.262-277.

⁸² **Sigle-Rushton, Wendy** (2014) "Essentially quantified? Towards a More Feminist Modeling Strategy", *Evans, Mary/ Hemmings, Clare/ Henry, Marsha/ Johnstone, Hazel/ Madhok, Sumi/ Plomien, Ania/ Wearing, Sadie* (Editörler), *The Sage Handbook of Feminist Theory*, Londra, Sage Publications, s.432,433.

⁸³ Bkz. **BMMYK** (2018) "UNHCR Policy on Age Gender and Diversity", s.5,19, <<https://www.unhcr.org/media/policy-age-gender-and-diversity-accountability-2018>> s.e.t. 1.05.2023.

C. ELEŞTİREL IRK KURAMINA YÖNELTİLEN BAŞLICA ELEŞTİRİLER

Eleştirel Irk Kuramını ilk eleştiren isimler arasında yer alan siyah hukuk profesörü Randall Kennedy, en şiddetli örneğini Richard Delgado'nun "Imperial Scholar" makalesinde gördüğümüz⁸⁴ Eleştirel Irk Kuramının, hukuk literatürünün ana akımı oluşturan yazarlara yönelttiği azınlık mensubu yazarların katkılarını göz ardı etme eleştirisini değerlendirirken hukuk literatürünün bir pazaryeri gibi olduğunu, bazı kitaplar ilgi çekerken bazılarının alıcı bulmadığını ve sırf bu nedenle bazı eserlerin öne çıkmasının ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁸⁵

Eleştirel Irk Kuramının, biraz da köklerinde yer alan Eleştirel Hukuk Çalışmaları nedeniyle çeşitli konularda paralellik taşıdığı Marksist kuramla olan ilişkisi de çeşitli çatışmaları içermektedir. Eleştirel Irk Kuramı ile Marksist kuramcılar arasındaki en önemli ihtilaf noktalarından biri Eleştirel Irk Kuramının

⁸⁴ Delgado, dostlarının öğütlerini tutarak güvenceli kadrosunu elde edene kadar suya sabuna dokunmayan, tehlikesiz akademik faaliyetlerle uğraştıktan sonra sivil haklar konusunda çalışmaya başladığını ifade ettiği çalışmasında, bu konu üzerinde çalışmaya başladığı dönemde de Amerikan üniversitelerinde yaklaşık yüz siyah, yirmi beş Hispanik on Amerikan yerlisi hukuk profesörü olmasına karşın bu alanda kabul gören tüm yazarların beyaz ve erkek olduğunu, beyaz erkekler dışındaki yazarların göz ardı edildiğini, bunlara atıf yapılmadığını savunmaktadır. **Delgado, Richard** (1984) "Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature", *University of Pennsylvania Law Review* C:132, S:3, s.561-578.

Delgado'nun kendisini aynı kampta gördüğü ve Eleştirel Irk Kuramının önde gelen isimleri olan yazarlar arasından da makaleyi olumsuz yönde eleştirenler olmuştur; bu eleştiriler arasında belki de en çarpıcı olanı kendisi de daha önce Bakke, *Minority Admissions, and the Usual Price of Racial Remedies* adlı makalesinde azınlıklara kendilerini ilgilendiren yargılama faaliyetinde ve bununla bağlı akademik tartışmalarda kulak verilmediğini savunan Derrick Bell'in (Bkz.: **Bell Jr, Derrick A.** (1979) "Bakke, *Minority Admissions, and the Usual Price of Racial Remedies*", *California Law Review* C:67, S:1, s.4.) "akademik protesto şeklinde kurumun duvarı üzerinden atılmış entelektüel bir el bombası" şeklindeki tasviridir. **Wiener, John** (1991) *Professors, Politics and Pop*, Londra, Verso Books, s.129. Delgado, ilk makaleden on yıl sonra yazdığı *Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing, Ten Years Later* başlıklı makalesinde aradan geçen sürede radikal feminist ve azınlık mensubu hukukçu akademisyen yazarların sayısının artmasına karşın daha önce tasvir ettiği durumda gerçek bir değişim olmadığını ve beyaz erkek akademisinin bu yazarları görmezden gelmeye devam ettiğini savunmaktadır. **Delgado, Richard** (1992) "Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing, Ten Years Later", *University of Pennsylvania Law Review* C:140, S:4, s.1349-72.

⁸⁵ **Kennedy**, s.1774-1776.

kullandığı “Beyaz Üstünlüğü” kavramıdır. Burada Eleştirel Irk Çalışmalarına yöneltilebilecek en önemli eleştirilerden biri beyaz üstünlüğü kavramının Batılı kapitalist ülkelerdeki ırkçılığı açıklamadaki işlevsizliğidir. Bazı işçilerin sırf beyaz oldukları için beyaz üstünlüğünün avantajlı tarafında yer aldıkları iddiası işçi sınıfının birbirine ırk temelinde yabancılaşmasına neden olabilecektir. Eleştirel Irk Kuramcılarını açısından beyaz üstünlüğü kavramını sadece beyazların üstünlüğünü savunan ırkçı grupların bilinçli ırkçılığına değil beyazların çok çeşitli toplumsal ve kurumsal ilişkiler içindeki hakimiyetlerine de işaret etmektedir⁸⁶

Eleştirel Irk Kuramı, Marksizm de dahil olmak üzere sol düşünceden etkilenmiş olsa da odak noktasında sınıfın değil ırkın bulunması nedeniyle Marksist kuramla çatışması kaçınılmazdır. Bununla birlikte her iki kuramın bağdaşabileceğini savunan görüşler de mevcuttur; örneğin Mills Eleştirel Irk Kuramının modern dünyanın şekillenmesinde ırkın önemini kabul etme noktasında birleşen çok farklı yaklaşımları içeren geniş bir hareket olduğuna işaret eder ve Eleştirel Irk Kuramı ile feminizm arasında bir benzetme yaparak tıpkı cinsiyet temelli tahakkümü esas alan feminizmin Marksist ve sosyalist feministleri de kapsayabildiği gibi⁸⁷ Eleştirel Irk Kuramına dahil olup siyah radikal gelenekle Marksist bakış açısını aynı anda sahiplenen ve kendisini Marksist olarak nitelendiren kişilerinde var olduğunu savunur. Yazara göre söz konusu yaklaşımı benimseyenler sayesinde beyaz üstünlüğünün tarihsel materyalist bir açıdan açıklanması da olanaklı olacaktır. Avrupa emperyalizminin ortaya çıkışını ve burjuva sınıfının çıkarlarını ırkı ve beyaz üstünlüğünü temel alarak açıklayan Marksist bir Eleştirel Irk Kuramı'nın mümkün olduğunu savunan Cole, yaratılan ırk kavramının otonomi kazanmasıyla birlikte beyaz Ortodoks Marksizm'in de sorgulanmasını gerektireceğini ileri sürmektedir.⁸⁸

⁸⁶ **Cole, Mike** (2020) “A Marxist Critique of Sean Walton’s Defence of the Critical Race Theory Concept of ‘White Supremacy’ as Explaining All Forms of Racism, and Some Comments on Critical Race Theory, Black Radical and Socialist Futures”, *Power and Education*, C:12, S:1, s.97.

⁸⁷ Yazara göre Marksizm günümüzde genel olarak “ölü” kabul edildiği için söz konusu feminist gruplar ana akım feminizmin yanında marjinal kalmaktadır.

⁸⁸ **Mills, Charles W.** (2009) “Critical Race Theory, A reply to Mike Cole”, *Ethnicities*, C:9, S:2, s.271,272.

Harekete yöneltilen eleştirilerden biri Eleştirel Irk Kuramının tespitlerinin Amerika ile sınırlı kalmasıdır, oysa ırk temelli hukuki sorunlar Amerika Birleşik Devletleri'ne özgü değildir. Örneğin İngiltere ve Galler'de de siyahların ve diğer azınlık etnik gruplarına mensup kişilerin kolluk kuvvetlerince durdurularak aranması olasılığı beyaz etnik gruba mensup kişilere nazaran 4.3 kat fazladır; benzer şekilde siyah kişilerin kolluk tarafından yakalanma oranı da beyaz etnik kökenlilere göre üç kat fazladır.⁸⁹ Birleşik Krallık'ta nüfusun yaklaşık %2.7'sini oluşturan siyah nüfus cezaevindeki nüfusunun %13,1'ini oluşturmaktadır. Kolluğun orantısız güç kullandığı vakaların ve özellikle gözaltında ölüm vakalarının büyük çoğunluğunda polis gözetimindeki kişilerin azınlık etnik gruplarına mensup olduğu bilinmektedir. Avrupa Birliği üyesi birçok ülkede etnik aidiyet, din veya ırk gibi faktörlerin kolluk faaliyetleri sırasında kolluğun kararlarını etkilediği görülmektedir. Uygulamada, en ufak kabahatlerde dahi kolluk kuvvetlerinin beyaz ırktan olmayan kişilere karşı müdahalede bulunmasının özellikle siyah toplulukları fiilen cezalandırma işlevi gösterdiği ve bu toplulukların mensuplarının yurttan çeteciye dönüşmesine neden olduğu söylenmektedir.⁹⁰ Amerika Birleşik Devletlerinde filizlenen Eleştirel Irk Kuramı ile İngiltere'deki Eleştirel Irk Kuramı bakış açısı arasındaki en önemli fark Kuzey Amerika'da siyahların kamusal alana katılmalarının ancak çok uzun süren mücadelelerin neticesi olmasına karşın İngiltere tarih anlatımında marjinalleştirilmiş olmakla birlikte siyah düşünsel üretiminin⁹¹ İngiliz kültürel yaşamında hemen her zaman bir etkisinin olmasıdır.

⁸⁹ **Home Office** (2020) Police Powers and Procedures, England and Wales, year ending 31 Mart 2020 - Second Edition, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935355/police-powers-procedures-mar20-hosb3120.pdf> s.e.t.26.03.2023.

⁹⁰ **Long**, s.3.

⁹¹ Bu bakımdan önde gelen isimler arasında ilk baskısı 1789'da yayımlanan the Interesting Narrative of the Life of Olaudah Equiano, Or Gustavus Vassa, The African adlı otobiyografik kitabın yazarı ve köleliğin kaldırılması mücadelesinin önemli isimlerinden olan Olaudah Equiano, Marksist tarihçi ve Cyril Lionel Robert James, gazeteci ve feminist aktivist Claudia Jones, romancı ve aynı zamanda Irk ve Sınıf dergisinin editörü Ambalavaner Sivanandan, Marksist sosyolog ve kültür kuramcısı Stuart Hall ve sosyolog Paul Gilroy sayılabilir.

SONUÇ YERİNE

Eleştirel hukuk kuramı, sınıflar, ırklar, etnik gruplar, cinsiyetler arasında ve hatta her birinin kendi içindeki meşru olmayan hiyerarşilerin eleştirisi etrafında şekillenmiştir.⁹² Eleştirel kuramın her gün genişleyen kimlik temelli hareketlerle ilişkisi sonucunda ortaya çıkan Eleştirel Engellilik Kuramı, Eleştirel Queer Kuram, Eleştirel Feminist Kuram, Eleştirel Irk Feminizmi, Eleştirel Kesişimsellik gibi çok sayıda kuramsal yaklaşım içerisinde belki de en etkili olanı ve özellikle hukuk ve eğitim alanlarında en çok dikkat çekeni Eleştirel Irk Kuramı olmuştur. Zaman içinde Eleştirel Irk Kuramının kendi içinde dahi farklı kimliklere odaklanan örneğin Latin-Eleştirel hareketi, Eleştirel Irk Feminizmi yahut Müslümanların karşılaştıkları ayrımcılıklara odaklanan eleştirel çalışmalar gibi alt çalışma dalları ortaya çıkmıştır. Amerika Birleşik Devletleri özelinde önde gelen çoğu hukuk fakültesinin müfredatında şu veya bu ölçüde Eleştirel Irk Kuramına yer verdikleri görülmektedir. Amerikan yargı uygulamasında da Kuramın önemli etkilerinin olduğunu, avukatların sisteme içkin ayrımcılığı ortaya koymak ve bu ayrımcılıkla mücadele etmek için Eleştirel Irk Kuramının kuramsal altyapısını kullandıklarını da gözlemek mümkündür. Özellikle yoksulluk, gelir adaletsizliği, suçluluk ve göç gibi alanlarda ayrımcılıkla mücadelede Eleştirel Irk Kuramcılarının önemli bir rol üstlendiği söylenebilir.

Eleştirel Irk Kuramı çağdaş “Batılı” kapitalist toplumların rolüne dair görece yeni ve etkili bir bakış açısıdır. Bu kuramın, örneğin Marksizm gibi toplumun her alanına şamil bir ana kuram olmadığı ve genel bir gelecek tasavvuru olmadığı açıktır. Bununla birlikte Kuramın toplumsal tarihle ilgili saptamaları ve gerekli önlemlerin alınmaması halinde gelecekte yaşanabilecek olumsuzluklara dair öngörülerini bulunmaktadır.⁹³

Hukuk alanında ortaya çıkan Eleştirel Irk Kuramı zaman içerisinde sosyoloji, tarih, kadın çalışmaları ve özellikle de eğitim bilimleri alanında taraftar bulmuş, doksanlı yılların sonundan itibaren de Amerika Birleşik Devletleri'nin

⁹² **Gordon**, s.404.

⁹³ **Gillborn, David** (2008) *Racism and Education: Coincidence or Conspiracy?*, Abingdon, Routledge, s.22.

yanı sıra İngiltere’de de etkili olmaya başlamıştır. Eleştirel Irk Kuramının sosyo hukuki çalışmalar açısından sağladığı en önemli kazanım ırkın kendisinin biyolojik bir olgu olmaktan ziyade hukuki/toplumsal bir inşa olduğunu ortaya koymasıdır.⁹⁴ Eleştirel Irk Kuramının bilhassa ırk ayrımının hukukun oluşmasında doğrudan etkili olduğu ve renk körlüğü biçiminde örtük de olsa yargı kararlarında da varlığını hissettirdiği hukuk sistemleri açısından çok daha anlamlı olduğu, tarihsel olarak sivil haklar mücadelesinin yaşanmadığı bir toplumda şekillenen Türk hukuk sisteminin değerlendirilmesinde doğrudan esas alınmasının yarar sağlamaktan ziyade yanlış tespitlere yol açabileceği açıktır ancak Kuram dahilindeki tespitlerin ülkemizdeki hukuk sosyolojisi çalışmalarında ayrımcılığın daha iyi kavranabilmesi açısından kullanışlı hareket noktaları sağlayabileceği değerlendirilmektedir.

⁹⁴ France Winddance Twine’in, siyah çocuk annesi beyaz kadınlarla yapmış olduğu çalışmalara dayanan *Transgressive Women and Transracial Mothers: White Women and Critical Race Theory* adlı makalesi Eleştirel Irk Kuramı ve Feminizm perspektifinden kesişimsellik ve ırkın bir toplumsal inşa olduğunu somut vakalar üzerinden oldukça net bir şekilde ortaya koymaktadır. Makalede beyaz kadınların siyah erkeklerle olan ilişkileri ve bilhassa beyaz olmayan çocukların annesi olmaları neticesinde “beyazlıklarını” yitirerek toplumun gözünde “fahri siyah” olmaları göz önüne serilmektedir. (Bkz.: **Winddance Twine, France** (2001) “Transgressive Women and Transracial Mothers: White Women and Critical Race Theory”, *Meridians: Feminism, Race, Transnationalism*, C:1, S:2, s.130-153).

KAYNAKÇA

- Adams, Bella** (2016) “Critical Race Theory”, Sim, Stuart (editör) *The Edinburgh Companion to Critical Theory*, Edinburgh, Edinburgh University Press, s.213-229.
- Akman, Şefik Taylan** (2012) “Hukuk Politika İlişkisi Bakımından Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:61, S:4, s.1271-1306.
- Armani Da Silva - Birleşik Krallık**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No. 5878/08, K.T. 30.03.2016.
- Barrera, Mario** (1979) *Race and Class in the Southwest: A Theory of Racial Inequality*, Indiana, University of Notre Dame Press.
- Bell Jr, Derrick A.** (1979) “Bakke, Minority Admissions, and the Usual Price of Racial Remedies”, *California Law Review* C:67, S:1, s.3-19.
- Bell Jr, Derrick A.** (1980) “Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma”, *Harvard Law Review*, C:93, S:3, s.518-533.
- Bell Jr, Derrick A.** (2004) *Silent Covenants: Brown V. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, United States, Oxford University Press.
- Bell Jr, Derrick A.** (2005) “The Unintended Lessons in Brown v. Board of Education”, *NYLS Law Review* C:49, S:4, s.1053-1067.
- Bell Jr, Derrick A.** (2013) “After We’re Gone: Prudent Speculations on America in a Postracial Epoch”: Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press.
- Bernasconi, Robert** (2017) “Critical Philosophy of Race and Philosophical Historiography”: Taylor, Paul C./ Alcott, Linda Martin/ Luvell, Anderson (editörler), *The Routledge Companion to Philosophy of Race*, New York, Routledge, s.3-13.
- Bickel, Alexander M.** (1978), *The Supreme Court and the Idea of Progress*, USA, Yale University Press.
- Blauner, Robert** (1972) *Racial Oppression in America*, New York, HarperCollins College Division.
- BMMYK** (2018) “UNHCR Policy on Age Gender and Diversity”, s.5,19, <<https://www.unhcr.org/media/policy-age-gender-and-diversity-accountability-2018>> s.e.t. 1.05.2023.
- Bonilla-Silva, Eduardo** (2001) *White Supremacy and Racism in the Post-Civil Rights Era*, Londra, Lynne Rienner Publishers.

- Bonilla-Silva, Eduardo** (2015) “More Than Prejudice: Restatement, Reflections, and New Directions in Critical Race Theory”, *Sociology of Race and Ethnicity*, C:1, S:1, s.74; Bonilla-Silva (2001) s.73-87.
- Carby, Hazel V.** (1985) ““On the Threshold of Woman’s Era”: Lynching, Empire, and Sexuality in Black Feminist Theory”, *Critical Inquiry*, C:12, S:1, s.262-277.
- Chang, Robert S.** (2002) “Critiquing ‘Race’ and Its Uses: Critical Race Theory’s Uncompleted Argument”: Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press.
- Cole, Mike** (2020) “A Marxist Critique of Sean Walton’s Defence of the Critical Race Theory Concept of ‘White Supremacy’ as Explaining All Forms of Racism, and Some Comments on Critical Race Theory, Black Radical and Socialist Futures”, *Power and Education*, C:12, S:1, s.95-109.
- Cooper, Anna J.** (1998) *The voice of Anna Julia Cooper: Including a Voice From the South and Other Important Essays, Papers, and Letters*, Lemert, Charles/ Bhan, Esme (Editörler), Maryland, Rowman & Littlefield Publishers.
- Crenshaw, Kimberle** (1989) “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, S:1, s.139-167.
- Crenshaw, Kimberle Williams,** (2002) “The First Decade: Critical Reflections, or ‘A Foot in the Closing Door’”, Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press.
- Crenshaw, Kimberle/Gotanda, Neil/Peller, Gary/Kendall, Thomas** (Editörler) (1995) *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New Press.
- Cummings, André Douglas Pond** (2013) “A Furious Kinship: Critical Race Theory and the Hip Hop Nation “, Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press, s.107-119.
- Dalton, Harlon L.** (1987) “The Clouded Prism”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, C:22, s.435,447.
- Davis, Thomas J.** (2021) “İrk, Kimlik, Ulus: Plessy v. Ferguson”, Gordon-Reed, Annette (Editör) *İrki Mahkemeye Çıkarmak: Amerika Tarihinde Hukuk ve Adalet*, (Çeviren: Ertuğrul Uzun), İstanbul, Zoe Kitap, s.86-107.

- Delgado, Richard** (1992) “Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing, Ten Years Later”, *University of Pennsylvania Law Review* C:140, S:4, s.1349-72.
- Delgado, Richard** (1984) “Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature “, *University of Pennsylvania Law Review* C:132, S:3, s.561-578.
- Delgado, Richard** (1987) “The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want”, *Harv. CR-CLL Rev.* C:22, s.301-322.
- Delgado, Richard** (1989) “Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative”, *Michigan Law Review* C:87, S:8, s.2411-2441.
- Delgado, Richard** (2013) “Liberal McCarthyism and the Origins of Critical Race Theory”: Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press.
- Delgado, Richard /Stefancic, Jean** (2017) *Critical Race Theory*, USA, New York University Press.
- Dennis v. United States**, Supreme Court of the United States, No. 341 US 494 (1951), K.T. 04.06.1951.
- Di Donato, Flora** (2020) *The Analysis of Legal Cases: A Narrative Approach*, Oxon, Routledge.
- Donnor, Jamel K.** (2016) “Derrick Bell, Brown, and the Continuing Significance of the Interest-Convergence Principle”: Ladson-Billings/Gloria, Tate/William F. (editörler), *Covenant Keeper: Derrick Bell’s Enduring Education Legacy*, New York, Peter Lang.
- Dudziak Mary L.** (2004) “Brown as a Cold War case”, *The Journal of American History*, C:91, S:1, s.32-42.
- Duxbury, Neil** (1995) *Patterns of American jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- Edley, Christopher F. Jr.** (1996) *Not All Black and White: Affirmative Action, Race, And American Values*, New York, Hill and Wang.
- Executive Office of the President**, “Combating Race and Sex Stereotyping” <<https://www.federalregister.gov/documents/2020/09/28/2020-21534/combating-race-and-sex-stereotyping>> s.e.t. 10.02.2023.
- Executive Office of the President**, “Executive Order on Advancing Racial Equity and Support for Underserved Communities Through the Federal Government”, 20 Ocak 2021, <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/20/executive-order-advancing-racial-equity-and-support-for-underserved-communities-through-the-federal-government/>> s.e.t. 10.03.2023.

- Fanon, Frantz** (2007) *Black Skin, White Masks*. New York, Grove Press (Çeviren: Philcox, Ricgard).
- Fenelon, James V.** (2016) “Critique of Glenn on Settler Colonialism and Bonilla-Silva on Critical Race Analysis From Indigenous Perspectives”, *Sociology of Race and Ethnicity*, C:2, S:2, s.237-242.
- Freire, Paulo** (2000) *Pedagogy of the Oppressed*, 30th Anniversary Edition, New York, Continuum, (Çeviren: Ramos, Myra Bergman).
- Gayle v. Browder**, Supreme Court of the United States, No. 352 U.S. 903 (1956), K.T. 13 Kasım 1956.
- Gillborn, David** (2008) *Racism and Education: Coincidence or Conspiracy?*, Abingdon, Routledge.
- Gómez, Laura E.** (2022) “İki Türün Öyküsü: Hukuk ve Toplum Disiplini ile Eleştirel Irk Teorisi Arasındaki Gerçek ve İdeal Bağlar Üzerine”: Sarat, Austin (editör), *Hukuk ve Toplum El Kitabı* (çeviren: Ünver, Serdar), İzmir, Işık Yayınları.
- Gordon, Robert W.**, (2006) “Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi”, (çev. Gölbaşı, Serkan) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:64, S:2, s.387-409.
- Gotanda, Neil** (2013) “A Critique of ‘Our Constitution is Color-Blind’”: Stefancic, Jean/Delgado, Richard (editörler) *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Philadelphia, Temple University Press.
- Hayman, Robert L./Levit, Nancy** (2002) “Un-Natural Things: Constructions of Race, Gender, and Disability”: Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press.
- Home Office** (2020) *Police Powers and Procedures*, England and Wales, year ending 31 Mart 2020 - Second Edition, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935355/police-powers-procedures-mar20-hosb3120.pdf> s.e.t.26.03.2023.
- Kennedy, Randall L.** (1989) “Racial Critiques of Legal Academia.”, *Harvard Law Review* C:102, S:8, s.1745-1819.
- Lawrence III, Charles R.** (2002) “Foreword: Who are We? And Why are We Here? Doing Critical Race Theory in Hard Times”: Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory*, Philadelphia, Temple University Press.

- Long, Lisa J.** (2018), *Perpetual Suspects: A Critical Race Theory of Black and Mixed-Race Experiences of Policing*, Cham, Palgrave Macmillan.
- Martinez, Aja Y.** (2022) *Counterstory: The Rhetoric and Writing of Critical Race Theory*, Studies in Writing and Rhetoric, Champaign, Illinois, National Council of Teachers of English [NCTE].
- Miller, Loren** (1966) *The Petitioners: The Story of the Supreme Court of the United States and the Negro*, New York, Pantheon Books.
- Mills, Charles W.** (2009) "Critical Race Theory, A reply to Mike Cole", *Ethnicities*, C:9, S:2, s.270-281.
- Mirza, Qudsia**, (1999) "Patricia Williams: Inflecting Critical Race Theory", *Feminist Legal Studies* C:7, S:2, s.111-132.
- Omi, Michael/Winant, Howard** (1993) "On the Theoretical Status of the Concept of Race": McCarthy, Cameron/Crichlow, Warren/Dimitriadis, Greg/Dolby, Nadine (Editörler), *Race, Identity and Representation in Education*, New York, Routledge.
- Pinderhughes, Charles** (2010) "How Black Awakening in Capitalist America Laid the Foundation for a New Internal Colonialism Theory", *The Black Scholar*, C:40, S:2, s.71-78.
- Plessy v. Ferguson**, Supreme Court of the United States, 163 U.S. (1896) 537, K.T. 18.05.1896.
- Said, Edward W.**, (1997) *Covering Islam: How the Media and the Experts Determine How We See the Rest of the World*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group.
- Sigle-Rushton, Wendy** (2014) "Essentially quantified? Towards a More Feminist Modeling Strategy", Evans, Mary/ Hemmings, Clare/ Henry, Marsha/ Johnstone, Hazel/ Madhok, Sumi/ Plomien, Ania/ Wearing, Sadie (Editörler), *The Sage Handbook of Feminist Theory*, Londra, Sage Publications, s.431-445.
- Tushnet, Mark** (2021) "Brown v. Eğitim Kurulu Davası", Gordon-Reed, Annette (Editör) *Irkı Mahkemeye Çıkarmak: Amerika Tarihinde Hukuk ve Adalet*, (Çeviren: Ertuğrul Uzun), İstanbul, Zoe Kitap, s.209-231.
- U.S. Government Accountability Office** (2022) "K-12 Education: Student Population Has Significantly Diversified, but Many Schools Remain Divided Along Racial, Ethnic, and Economic Line", <<https://www.gao.gov/assets/gao-22-104737.pdf>> s.e.t. 10.03.2023.
- Ünver, Serdar** (2022) *Negatif Din Özgürlüğü*, Ankara: Astana Yayınları.

Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/ Harris, Angela P. (2002) “Battles Waged, Won, and Lost: Critical Race Theory at the Turn of the Millennium”, Valdes, Francisco/ McCristal Culp, Jerome/Harris, Angela P. (editörler), Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory, Philadelphia, Temple University Press.

Winddance Twine, France (2001) “Transgressive Women and Transracial Mothers: White Women and Critical Race Theory”, Meridians: Feminism, Race, Transnationalism, C:1, S:2, s.130-153.

Wiener, John (1991) Professors, Politics and Pop, Londra, Verso Books.

KANUNİ İDARE İLKESİ KAPSAMINDA KKTC'DE İDARENİN OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDAKİ YETKİLERİ: AİHS İLKELERİ İŞİĞİNDA BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Prof. Dr. Hasan TUNÇ^()**

Murat OSMA^(*)**

ÖZET

İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin her koşulda yasaya dayanması ve hukuka uygun davranmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum olağanüstü hallerde idarenin yetkilerinin belirlenmesinde de geçerli bir koşuldur. Kamu gücünü elinde bulunduran idarenin yetkilerinin sınırlanmaması halinde aşırı takdir yetkisi ve keyfi yönetim durumları ortaya çıkabilmekte ve temel hak ve özgürlükler orantısız şekilde sınırlanabilmektedir. Ancak, insan haklarının korunmasının yalnız bireyin devlet karşısında korunmasıyla mümkün olmadığı, korumanın gerçekleşebilmesi için devletin bekasının da gerekli olduğu herkesçe kabul edilen bir gerçektir. Bu yaklaşımdan hareketle, insan hakları üzerine oluşturulan belge ve anlaşmalarda, her ne kadar bireyin temel hak ve özgürlüklerinin mutlaklığı üzerine duruluyor olsa da bunun yanına ulusal güvenlik ve kamu menfaatinin korunması maksadıyla, bahse konu hak ve özgürlüklerin idarece sınırlanabileceği de yer almaktadır. Bu noktada, KKTC Hukukunda idarenin olağanüstü hallerde sahip olduğu yetkiler de kanuni idare ilkesine uygun olarak Anayasa ve kanunlar ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda, çalışmada, AİHS ilkeleri ışığında KKTC Hukukunda idareye tanınan yetkilerin anayasal ve yasal boyutları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

KKTC Hukukunda İdarenin Yetkileri, Olağanüstü Hallerde İdarenin Yetkileri, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, OHAL Rejimleri, İdarenin Yetkilerinde Kanunilik.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1291152 - **Geliş Tarihi:** 02.05.2023 - **Kabul Tarihi:** 21.06.2023.

^(**) Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Lefkoşa-KKTC,
E-posta: 7andhukukmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-2992-6793>.

^(***) Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Doktora Programı Öğrencisi, Lefkoşa-KKTC,
E-posta: muradali1986@hotmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-5338-244X>.

UNDER THE PRINCIPLE OF LEGAL ADMINISTRATION, THE AUTHORITIES OF THE ADMINISTRATION IN EXTRAORDINARY SITUATIONS IN THE TRNC: AN EVALUATION IN THE LIGHT OF THE ECHR PRINCIPLES

ABSTRACT

The principle of legal administration requires the administration which rely on the law and act in accordance with the law in all circumstances. This situation is also a valid while determining the powers of the administration in cases of emergency. If the authorities of the administration holding the public power are not limited, excessive discretion and arbitrary administration situations may arise, and fundamental rights and freedoms may be restricted disproportionately. However, it is a reality accepted by everyone that the protection of human rights is not only possible while protecting the individual against the state, and that the state's survival is also necessary for the protection to be realized. In view of this approach, although the absoluteness of the fundamental rights and freedoms of the individual is emphasized in the documents and agreements on human rights, it is also stated that the said rights and freedoms may be limited by the administration in order to protect national security and public interest. At this point, the powers of the administration in cases of emergency in TRNC law are regulated by the Constitution and laws in accordance with the principle of legal administration. In this context, this study, the constitutional and legal dimensions of the powers granted to the administration in the TRNC law were examined in the light of the principles of the ECHR.

Keywords

Administrative Powers in TRNC Law, Powers of the Administration in State of Emergency, Limitations of Fundamental Rights and Freedoms, State of Emergency Regimes, Legality in the Powers of the Administration.

GİRİŞ

Kanuni idare ilkesinin bir gereği olarak, kuruluşu ve teşkilatlanması kanuna dayanan idarenin, işlem ve eylemlerinin kapsam ve sınırları da hukuk normları ile çizilmeli, kamu düzenini korumak ve sağlamak maksadıyla kullanılan kamu gücü yetkisi kanunla sınırlandırılmalıdır. Aksi halde idare, elinde bulundurduğu kamu gücünü insanlığın dününü, bu gününü ve geleceğini korumak maksadıyla oluşturulan temel hak ve özgürlükleri keyfi olarak sınırlandırılmak için kullanabilir. Bu nedenle, idarenin her yönüyle kanuni idare ilkesine uygun olması sağlanmalıdır.

Bu bağlamda, öncelikle yetkinin hangi organ veya makam tarafından ne zaman ve hangi şartlarda kullanılacağı ile sahip olunan yetkinin sınırları açıkça mevzuatla düzenlenmelidir.¹ Bu noktada, belirlilik ilkesinin sağlanabilmesi açısından düzenlemede açıklık önemlidir. Zira, idare hukukunda hâkim olan “yetkinin istisnailiği” ilkesi gereği yapılan hukuki düzenlemede yetkinin açıkça verilmeyeceği durumlarda yetkisizlik kuralı geçerli olur. Yönetmeliklerin kıyas veya yorum yöntemiyle yetkilerini genişletmeleri veya olmayan bir yetkiyi varmış gibi kullanmaları kanuni idare ilkesinin şartlarından olan hukuka dayanma prensibine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, en kısa tabirle yetkinin kanuna dayanmasında belirlilik ve kesinlik esastır.

Kanaatimizce, bu sınırlılık ve kesinlik yaklaşımının temelinde, temel hak ve özgürlüklerin korunması prensibi ön planda tutulmaktadır. Yönetim erkini ve dolayısıyla kamu gücünü elinde bulunduran idarenin gücü sınırlanmak suretiyle, zayıf konumdaki bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin keyfi sınırlanmasının önüne geçilmektedir.

İnsanlık tarihinde sürekli bir gelişim içerisinde bulunan insan hakları konsepti, 1215 Magna Carta “Libertatum” ile boyut atlamış olsa da, 1789 Fransız Devrimi öncesi belirli elit grupların elinde toplanmış bir güç iken, Fransız devrimi ile birlikte, “herkesi” devlet önünde eşit kılan ve koruyan bir boyuta ulaş-

¹ **Pekmez, T. Kelep** (2015) Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.76.

miş ve bu yönde Anayasal güvenceler geliştirilmiştir.² Bireyin devlet karşısında korunmasının sadece iç hukukla sağlanamayacağı gerçeği ve bu bağlamda uluslar üstü bir mekanizmanın varlığına duyulan gereksinim, çeşitli uluslararası belgelerin hazırlanmasına zemin oluşturmuş ve uluslararası düzeyde kurulan organlar vasıtasıyla koruma mekanizmaları geliştirilmiştir.³ Bu koruma mekanizmalarından birisi de AİHS'tir. AİHS "Yüksek Sözleşmecisi" olarak kabul edilen taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirmektedir. Söz konusu yükümlülüklere uymayan devletler ise, AİHS madde 19 kapsamında kurulan AİHM önünde yargılanma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu bağlamda AİHS, taraf devletleri hukukun süjesi haline getiren bir uluslararası belgedir.

Her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin korunması öncelikli olsa da hem uluslararası hukukta hem de iç hukukta kamu düzeni ve devletin bekasının korunması gerektiği durumlarda temel hak ve özgürlüklerin de geçici olarak sınırlandırılabilirliği öngörülmektedir. Bu bağlamda, olağanüstü durumlar egemen devletin kamu düzeninin sağlanmasına yönelik en sert tedbirleri uyguladığı dönemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Olağan zamanlarda idareye tanınan yetkilerin, olağanüstü zamanlarda kamu düzeninin korunması açısından yeterli olamaması nedeniyle idareye daha geniş yetkiler tanınması gerekmektedir. Ancak bu yetkiler sınırsız değildir. Kanuni idare ilkesinin bir gereği olarak, olağanüstü yönetimlerde de idarenin yetkileri kanunla sınırlanmaktadır.

Bu esasa bağlı olarak KKTC Hukukunda "olağanüstü durumların"⁴ kapsamı ve söz konusu durumlarda idareye tanınan yetkiler Anayasa ve kanunlar ile çizilmiştir. Buna göre, 1985 Anayasasında olağanüstü durumlar; "*Tabii Afet ve Ağır Ekonomik Bunalım*", "*Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması*" ve son olarak "*Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Hali*" olmak

² **Doğan, İlyas** (2016) Devletler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s.267-268.

³ **Yokuş, Sevtap** (1996) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, İstanbul, Beta, s.2.

⁴ 1985 Anayasasında beklenmeyen durumlar "Olağanüstü Durumlar" kavramıyla tanımlanmıştır.

üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Anaysa koyucu olağanüstü durumları düzenlerken genel çerçevesini çizmekle yetinmiş, ayrıntıları ise 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası ve 17/1980 Sayılı Seferberlik Yasası ile düzenlenmiştir. Yasa koyucunun, söz konusu yasalarda idarenin yetkilerini açık ve ayrıntılı olarak belirlemesi nedeniyle, olağanüstü durumların idarenin yetkilerine yansımaları incelerken bahse konu yasaların da detaylı ele alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan, KKTC Mahkeme Kararlarında olağanüstü durumlara ilişkin sadece bir adet karar olması konunun Yüksek Mahkeme Kararları açısından incelenmesi bakımından sınırlılık yaratmaktadır. Bu nedenle Toplumcu Demokrasi Partisince Anayasa Mahkemesine açılan 21/85 sayılı 1987 tarihli davaya ilişkin karar, KKTC Hukukunda olağanüstü durumların yüksek yargıdaki yeri açısından oldukça önemlidir.

I. KAVRAMSAL TANIMLAMA

A. İDARE KAVRAMI

Etimolojik olarak idare Arapça kökenli⁵ bir sözcük olup, “yönetme ve yönetim” manasında kullanılmaktadır. İdare kavramının, Türkçede tam olarak bir karşılığı olmamakla birlikte literatürde “yönetim” terimi ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.⁶ Ancak, yönetim kavramı ile idare kavramları özde yakın olsa da uygulamada farklı manalar taşımaktadır. Latince kökenli “*mano*” teriminden türeyen yönetim kavramı “*manager*” kelimesi ile benzer anlamdadır.⁷ “*Etkili-etkin bir sevk ve idare*” anlamında kullanılan yönetim terimi ise, idare terimini de kapsamına alan geniş bir kavram niteliğindedir.⁸ İdare terimi ise, Latince

⁵ Çolak, Çağrı (2021) “Türkçe Kamu Yönetimi Terminolojisinde Kronik Bir Sorun: İdare/Yönetim Ayrımının Eksikliği”, *Avrasya Terim Dergisi*, C:9, S:2, s.28.

⁶ Çolak, s.28.

⁷ Meccek, Mehmet/Kocakula, Ö. Yıldırım (2020) “Yönetim-İdare Kavramlarının Yapısal-İşlevsel Analizi ve Kavramsal Açından Tanımlanması”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, C:7, S:54, s.1411-1412.

⁸ Ömürgönülşen, Uğur (2013) “İdare Terimi Niçin Korunmalı ve Yaşatılmalıdır”, *İdarecinin Sesi Dergisi*, C:15, S:96, s.54.

kökenli “*ministro*” kökünden türeyen ve ilgilenmek ve hizmet etmek anlamında kullanılan “*administration*” terimi yerine kullanılmıştır. Bahse konu terim zamanla hükmetmek anlamını da kazanarak “*işlerin üstesinden gelme veya icrayı yönetme*” şeklinde kullanılmaya başlanmıştır.⁹

Literatürde kullanılan anlamı açısından incelediğimizde idare, en yaygın tabiriyle özel maksatlarla veya bir amacın gerçekleştirilmesi maksadıyla oluşturulan mal veya insan toplulukları ve onların örgütlü faaliyetleridir.¹⁰ Bu tanımlamadan yola çıkarak idarenin; insan, maksat ve örgütlü faaliyetler olmak üzere üç unsuru içerdiğini söyleyebiliriz. Öte yandan, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya’ya göre idare, kamusal alanda “*yürütülen bir faaliyeti*” ifade etmektedir.¹¹ Gözübüyük’e göre ise, idare kavramı, örgütlenmenin yanı sıra yürütülen faaliyetlerin her aşamasını içeren daha geniş kapsamlı bir kavramdır.¹²

İdare hukuku literatüründe kamu idaresi kavramının, iki farklı anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Söz konusu kavram devletin; kanunlarca kurulan organlarını ve kuruluşlarını tabir etmek için kullanıldığında *organik* ya da *yapısal* anlamda, kanunlarca öngörülen faaliyetlerini ifade edilmesinde kullanıldığında ise *fonksiyonel* ya da *işlevsel* anlamda idare kast edilmektedir.¹³

Organik anlamda idare ile devletin organları olan yasama, yürütme ve yargı organı dışında kalan ve kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlayan idari kuruluş-

⁹ Çolak, s.29.

¹⁰ Gözübüyük, A. Şeref (1999) Yönetim Hukuku. 13. Baskı, Ankara, Turan Kitabevi. s.1.

¹¹ Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil (2021) Türk İdare Hukuku. 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayın Evi. s.8.

¹² Gözübüyük’e göre idare kavramı; yönetsel etkinlikler, kaynak yönetimi, koordinasyonunun sağlanması ve izlenecek yöntemler ile organizasyonun iç ve dış denetimini kapsayan bir terimdir. Gözübüyük, A. Şeref (2016) Yönetim Hukuku, 34. Baskı, Ankara, Turhan Kitap Evi. s.5.

¹³ Günday, Metin (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayın Evi. s.3., Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut (2011) İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.17., Tandoğan N. Özbaykal (2020) “Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:1, s.470.

lar anlatılmaktadır.¹⁴ Fonksiyonel anlamda idare¹⁵, idarenin faaliyetleri, yani idarenin işlem ve eylemleri ile ilgilidir. Bu bağlamda Gözübüyük ve Tan'a göre; fonksiyonel anlamda idare, hukuka uygun olarak yürütülen kamusal hizmetlerin tümüdür.¹⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'ya göre ise; fonksiyonel idare, yasama yürütme ve yargı fonksiyonu dışında kalan kamusal faaliyet ve hizmetlerdir.¹⁷

B. KANUNİ İDARE İLKESİ

Kanuni idare ilkesi, Fransız devrimi ile gelişen güçlü kanun anlayışının idare hukukundaki görünüş biçimidir.¹⁸ *Kanunun egemenliği* olarak da isimlendirilen kanuni idare ilkesinde temel prensip, devletin organlarının kurulması ve teşkilatlanması ile görev ve yetkilerinin belirlenmesinde kanunun esas alınmasıdır. Bu sayede kamu gücünü elinde bulunduran idare, yasama organının ve dolayısıyla toplumun genel idaresinin hizmetkârı haline gelmektedir.¹⁹ Temel hak ve özgürlüklerin korunması, idarenin keyfilığının önlenmesi ve hukuk devleti ile hukuki güvenilirlik ilkelerinin sağlanmasını esas alan kanuni idare ilkesi hem idare hem de anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir.

Kanuni idare ilkesinin tanımına ilişkin olarak literatürde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Gözübüyük ve Tan'a göre kanuni idare ilkesi; idarenin tüm faaliyetlerini kanuna dayandırmasıdır.²⁰ Bu yaklaşımda, idare ve kanun arasında

¹⁴ **Günday**, s.4.

¹⁵ Literatürde işlevsel anlamda idare terimi de sıkça kullanılmakla birlikte çalışmanın bu bölümünde fonksiyonel idare terimi kullanılacaktır.

¹⁶ **Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2006) *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi. s.21.

¹⁷ Maddi kriter- şekli kriter ayrımı, devletin hukuki fonksiyonlarının tespitinde kullanılan bir ayrım olması bakımından yürütme fonksiyonunun niteliğini de belirleyici bir işleve sahiptir. **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2009) *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, s.92.

¹⁸ **Altındağ, Halil** (2016) *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.26-27. **Köküsarı, İsmail** (2015) *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s.31.

¹⁹ **Altındağ**, s.32.

²⁰ **Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2003) *İdare Hukuku*, Ankara, Turan Kitabevi. s.3.

sıkı sıkıya bir ilişki kurulmakta ve kanun, idareye sınırlarını gösteren yegâne unsur olarak ön plana çıkarılmaktadır. Ayrıca, söz konusu tanımlamayı idarenin işlemleri arasında herhangi bir ayrıma gidilmemesini, idarenin keyfi takdir yetki alanı olamayacağı şeklinde de yorumlayabiliriz.

Eisenmann kanuni idare ilkesini, idarenin “*kanunlara aykırı olmaması ve kanuna dayanması*”²¹ olarak tanımlamıştır. Bahse konu tanımlamada, söz konusu ilkenin kanun ile idare arasındaki ilişki ve bunun yarattığı iki alt görünüm üzerinden tanımlandığını görmekteyiz. Ayrıca, Einsman’a göre bu ilke, yalnız kamu tüzel kişilerinin kuruluş, işlem ve eylemlerinde değil, aynı zamanda özel hukuk tüzel kişiler içinde aynı koşulları gerekli kılmaktadır.²²

Diğer taraftan, kanuni idare ilkesinin “*idarenin her türlü görünümüyle yasalara dayanması*” olduğu görüşü de savunulmaktadır.²³ Bu yaklaşıma göre, idarenin kanuniliği ilkesinin koşulu, idarenin kuruluş, görev ve yetkilerinin belirlenmesinde kanunun esas alınmasıdır. Anılan tanımlamada da kanuni idare ilkesinin iki alt ilke üzerinden anlatıldığını görmekteyiz. Bunlar, “*idarenin eylem ve işlemlerini kanuna dayandırması*” (*Secundum Legem*) diğeri ise “*işlem ve eylemlerin kanuna aykırı olmaması*” (*İntra Legem*)dir.²⁴

Kanuna dayanma ilkesi²⁵, *şekli anlamda kanun anlayışına*²⁶ dayanmaktadır. Buna göre idare, fonksiyonları gereği sahip olduğu görev ve yetkisini Anayasa ve

²¹ Altındağ, 32-33.

²² Altındağ, s.33.

²³ Göckün, Muhammed (2017) İdari İşlemin Konu Unsuru, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları. s.102; Gözler, Kemal (2003) İdare Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi. s.110; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.116; Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, H. Eyyüp/Üstün, F. Gül/Tekinsoy, O. Tekinsoy (2011) İdare Hukuku. 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, ss. 4-5 ve Karahanoğulları, Onur (2018) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.55.

²⁴ Gözler (2003) s.110.

²⁵ Bazı kaynaklarda kanuna dayanma yerine kanuni yetki ilkesi kullanılmaktadır. Balta, B. Tahsin (1968-1972) İdare Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası. s.79.

²⁶ Sever, Çiğdem (2021) Anayasa Mahkemesi İşliğinde İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan kitap Evi, s.4.

kanunlardan almaktadır. Yani, idarenin görevlerinin belirlenmesi ve yetkilendirilmesinde yasama organının münhasır yetkisi bulunmaktadır. Kanaatimizce, kanuna dayanmanın şekli anlamda kanun yanında maddi anlamda kanun ile de gerçekleşebilecek olması nedeniyle, kanuna dayanma koşulunu yalnız şekli kanun ile sınırlandırmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Öte yandan, kanuna dayanma ilkesi iki koşulu gerekli kılmaktadır. İlk olarak, idarenin kuruluşunun kanuna dayanması, yani idarenin doğrudan bir kanunla kurulması veya Anayasa veya kanunda açıkça tanınan bir yetkiye dayanarak idari işlemle kurulmuş ve teşkilatlanmış olmasıdır. Kanuna dayanma ilkesinin ikinci koşulu ise, kanuna uygun olarak kurulmuş olan bir idarenin görev yetkilerinin de kanunla belirlenmesidir. İdarenin, kanuna dayanma ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkilendirilmesi sınırlandırma anlayışının bir sonucu olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamda, idarenin yasa ile sınırlandırılmasına ilişkin KKTC Anayasası'nda yer alan en önemli hususlardan birisi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal güvencedir. KKTC Anayasası'nın 11'inci maddesi kapsamında, temel hak ve özgürlüklerin sadece meşru nedenlerle ve yasalar ile sınırlandırılabilmesi esastır. Burada idarenin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapacağı işlemlerde yasal dayanak olmadan kısıtlayıcı tedbir alamaması, keyfi idarenin önlenmesi çabasının bir tezahürüdür.

Diğer taraftan, idarenin sınırlılığı yalnız yasama organının hukuki işlemleri ile değil, idarenin düzenleyici işlemleri ile de ilgilidir. Buna göre idare, kanunların yanında Anayasa ve yasaların kendisine tanıdığı yetki çerçevesinde yaptığı ve maddi anlamda kanun anlayışında hazırlanan düzenleyici işlemlere de uygun hareket etmek zorundadır. Aksi halde, idarenin yapmış olduğu işlem veya eylemler hukuka uygun olmadığı gerekçesi ile yoklukla malul olur. Konuya ilişkin olarak KKTC Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında bu hususta şöyle demektedir:

“İdare hukuku ilkelerine göre, idare, yetkilerini bir makam veya organ vasıtasıyla kullanmaktadır. Böyle bir makam veya organ ise yetkilerini yasa, tüzük veya yönetmeliklerden almaktadır. Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen yetki dışında yapılan tüm işlemler hukuka aykırı olması sebebiyle yoklukla maluldür. Eğer bir makam veya organ açıktan açığa yetkisi olmadan herhangi bir karar alır veya işlem yaparsa, bu gibi kararın veya işlemin esaslı

bir şekilde sakat olmasından dolayı doğmamış addolunması ve yok sayılması gerekir. Açıktan açığa yasaya aykırı veya tamamıyla görev ve yetki dışı tasarruflar hükümsüzlükle malul olduklarından bunlar hiçbir zaman sıhhat iktisap edemeyeceklerinden her zaman ortadan kaldırılabilir.”²⁷

Kanuni idare ilkesi kapsamında idarenin sahip olması gereken bir diğer özellik ise idarenin *hukuka bağlı davranma* yükümlülüğüdür. Balta'ya göre idarenin temel görevi hukuk düzenini korumak değil, bağlı bulunduğu hukuk düzenine uygun olarak kamu hizmeti sunmaktır.²⁸ Buna göre, idare kendisine tevdi edilen görevleri yerine getirirken hukuki normlara uygun hareket etmek durumundadır. İdare hukuku, tedvin bir hukuk disiplini olmaması nedeniyle, idarenin uymakla yükümlü olduğu hukuki normlar çeşitli seviyelerde varlık gösterebilmektedir. İdare, şekli ve maddi anlamda kanun formlarının yanında, yetkisi dahilinde kendi düzenlediği düzenleyici işlemlere ve hukukun genel ilkelerine de saygı göstermek zorundadır.

II. OLAĞANÜSTÜ HAL (DURUM) VE TEMEL PRENSİPLERİ

Olağanüstü hâl; normalin dışında ekstra tedbirler alınmasını zorunlu kılan durumları açıklamak üzere kullanılan bir kavramdır. Literatürde olağanüstü hâl kavramı üzerine tanımsal yeknesaklık bulunmasa da,²⁹ kavram, genel olarak, devletin güvenliğine ve kamu düzenine zarar veren bir takım durumların meydana gelmesi sebebiyle *yürütme organı tarafından ilan edilen bir yönetim usulü* olarak kabul edilmektedir.³⁰ Bahse konu durumda temel hak ve özgürlükler geçici olarak kısıtlanmakta veya tamamen durdurulabilmektedir.³¹ Söz konusu

²⁷ KKTC YİM, 201/80 D.30/80. <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

²⁸ İdarenin esas amacı hukuk düzenini korumaktan ibaret değildir. Gerçi bu hususta idareye düşen ödevler vardır. Bunlar: Asayiş koruma, kişi ve mal güvenliğini zedeleyici davranışları önleme gibi. **Balta**, s.77.

²⁹ **Esen, Selin** (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.8.

³⁰ **Özbudun, Ergün** (2010) Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları. s.363.

³¹ **Günday**, s.317.

yönetim usulünün, demokratik hukuk sisteminin bir parçası olmakla birlikte, sadece olağanüstü tehdit veya tehlikenin varlığı halinde kamu düzeni ve bekasını sağlamak amacıyla başvurulmuş zorunlu bir yönetim usulü olması hasebiyle *istisnai bir hal*³² olduğunu söyleyebiliriz.³³ Kanaatimizce, olağanüstü yönetim usullerinin istisnai uygulamalar olarak nitelenmesinin temel sebebi, geçici nitelikli olmaları ve yalnızca yasada öngörülen sınırlı durumlarda başvurulmuş bir tedbir olmalarıdır.

A. OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNE TEORİK YAKLAŞIM

Platon ve Sokrates ile başlayan, “*iktidarın kuvvetini sınırlama*” düşüncesinde hukuk çok önemli bir yer tutmaktadır. İktidarın, halkı yönetmek için kullandığı hukuk kuralları aynı zamanda, onun gücünün sınırlarını da belirlemekte ve bir diğer deyişle “*iktidarı ehlileştirmektedir*”.³⁴ Buradaki temel amacın iktidarın gücünü sınırlayarak halkın hak ve hürriyetlerini korumak olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu durum olağan dönemler için geçerlidir. Olağanüstü hâl rejimleri, olağan dönemde karşılaşılmaması beklenmeyen birtakım durumların meydana gelmesi üzerine başvurulmuş bir yönetim olması hasebiyle, idarenin yetkilerinin genişlemesini gerekli kılmaktadır. Söz konusu yönetim şekli doktrinde, genel olarak zorunluluk ya da diğer bir adıyla “*Zaruret hali*” teorisiyle ilişkilendirilmektedir.³⁵ Zaruret hali teorisine göre; kriz döneminde Anayasanın öngördüğü normal tedbirler, ulusal güvenlik ve kamu düzeninin tesisi açısından yetersiz kalıyorsa, Anayasa’da öngörülmemiş dahi olsa idare, bahse konu olağanüstü hal ile baş edebilmek adına bir takım aykırı tedbirler almak durumundadır.³⁶ Zaruret hali kabul edilen savaş, ayaklanmalar, felaketler ve doğal afetler gibi durumlarda, yetkili idari makamlar görevlerini yapamaz hale gelir ve kamu hizmetleri yürütülemez. Söz konusu dönemlerde kamu düzeninin yeniden tesisi açısından

³² Özbudun, s.363.

³³ Özbudun, s.363.

³⁴ Akılhoğlu, Tekin (2017) “Temel Hakların Durdurulması”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Yargısı, C:33, S:1, s.63.

³⁵ Ulu, Güher (2012) İdari İşlemin Yetki Unsuru, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.222.

³⁶ Gözler (2003) s.380.

olağanüstü rejimlere geçilir ve idarenin yetkileri artırılarak olağan dönem uygulamaları bir bakıma askıya alınır. Bu bağlamda Zaruret hali teorisi, ilk dönemlerde idarenin hukuka uygun davranmasının istisnası şeklinde gelişmiş ve mevcut Anayasa'ya aykırı tedbirler olarak söz konusu krizin aşılması üzerine kurulmuş bir yönetim anlayışıdır.³⁷

İlk OHAL teorisini olarak kabul edilen Carl Schmitt, hukukun her şeyin belirleyicisi olmadığını savunmaktadır. Schmitt'e göre, olacak olan her şeyi hukukla tanımlamak mümkün değildir. Olağanüstü durumların yapısı gereği öngörülebilir olmaması sebebiyle, her duruma karşı alınabilecek tedbirlerin olağan dönem hukuk mevzuatında düzenlenmesini beklemek gerçekle bağdaşmaz.³⁸ Bu bağlamda, Schmitt'e göre önemli olan, olağanüstü durumlarda, hangi olaya göre hangi adımların atılacağı değil, devleti yönetecek olan "egemenin" kim olduğu ve nasıl karar vereceğidir. Schmitt'in yaklaşımının temelinde, yönetimde bulunan "egemen" kişinin asker, başkan, başbakan veya diktatör olması, yasal düzenin korunması adına son derece önemlidir.³⁹

Orta çağ düşünürlerinden Gratianus ise; 12'nci yüzyılda yazdığı *Decretum* adlı eserinde, OHAL kavramını zaruret haline dayandırmış ve "zaruretin yasası olmaz" anlayışını esas almıştır.⁴⁰ Bu yaklaşıma göre zaruret halinin mevcudiyeti, olağan yasalara aykırı olarak yapılan her işlemi yasal hale getirmektedir.

Diğer taraftan Jean Jacques Rousseau; toplumun refahı, huzuru ve güvenliği tehlikeye düştüğünde yönetim çabalayarak bu tehlikeyi atlatamıyorsa, yasama ve yönetim erki bir ya da birkaç kişiye bırakılarak kamu düzeninin yeniden sağlanabileceğini belirtmekte ve izlenen bu yöntemle "yasanın gücünün değil sadece uygulama yolunun" değişeceğini savunmaktadır.⁴¹

³⁷ Ulu, s.221.

³⁸ Schmitt, Carl (2010) *Siyasi İlahiyat* Ankara, Dost Yayınları, s.15-19.

³⁹ Schmitt, s.18-19.

⁴⁰ Muhammed, Behçet (2014) "Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri", (Yüksek Lisans), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.28.

⁴¹ Muhammet, s.7.

Roma Cumhuriyeti üzerine ideal devleti tanımlama gayesinde olan Machiavelli de OHAL kavramına güvenlik temelinde yaklaşmıştır. Machiavelliye göre; toplumun güvenliği ve bekasının korunması maksadıyla yönetim erki tek bir şahsa verilebilir. Ancak, burada önemli olan söz konusu şahsın bu gücü toplum menfaatine kullanmasıdır.⁴² Bu noktada Rousseau ile benzer bir yaklaşıma sahip olan Machiavelli de insan haklarının toplum yararına kısıtlanabileceği görüşünü savunmaktadır. Kanaatimizce ünlü düşünürlerin, toplumun varlığı ve bekası üzerine yürüttükleri tartışmalarda, her ne kadar bireysel özgürlüklerin korunması gerektiği üzerinde durulsa da devlet iradesinin toplum için vazgeçilmez olduğu hususunda görüş birliğinde olduklarını da söyleyebiliriz.

Tarihsel süreçte, OHAL rejiminin özellikle savaş hali gibi devletin bekasına karşı büyük tehlike oluşturan durumlarda uygulandığını görmekteyiz. Ancak, günümüzde, büyük savaşların sayısının azalması, artan terör olayları, ekonomik krizler ve nüfus artışına bağlı olarak doğal afetle mücadele gereksiniminin artmasıyla birlikte, OHAL Rejimine olan yaklaşım da değişmiştir. Bu değişim ışığında, Muhammed'e göre modern çağda OHAL uygulamalarının modellenmesinde kullanılan yöntemler, üç başlık altında toplanabilmektedir.⁴³ 1'inci model Anayasal diktatörlük olarak da bilinen "*Anayasal Modeldir*". Bahse konu modelde, Anayasa'da öngörülen ve devletin bekasına tehdit oluşturan durumların ortaya çıkması halinde, Anayasa'yla önceden belirlenen katı bir yönetim anlayışı kurulmakta ve tehlikenin bertaraf edilmesiyle birlikte kurulan yönetim kendi kendini sonlandırmaktadır. Bu noktada KKTC Anayasası, Alman Anayasası ve 1958 Fransız Anayasası bu yaklaşımla hazırlanmışlardır. "*Yasama Modelinde*" ise, yasama organı tarafından yürütme organına istisnai haklar verilerek yetki alanı genişletilmektedir. Bu süreçte yürütme organı mevcut tehlike sonlandırılana kadar bu olağanüstü yetkileri kullanma gücüne sahiptir. Ancak, Anayasal modelde olduğu gibi tehlikenin sonlandırılmasıyla birlikte verilen olağanüstü yetkiler yasama organınca geri alınır. Son model ise, "*Hukuk Dışı Önlemler Modeli*"dir. Bu modele göre, zaruret halinde yürütme organının yetkilerinin sınır-

⁴² **Muhammet**, s.26.

⁴³ **Muhammet**, s.35.

lanması söz konusu değildir ve gerek olması durumunda idare Anayasa ve yasalara aykırı kararlar alabilmektedir.⁴⁴

B. OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ

Olağanüstü yönetim usulleri, mevcut duruma bağlı olarak 3 farklı formasyonda uygulanmaktadır. Bu usuller; “savaş hali”, “sıkıyönetim” ve olağanüstü hal durumlarıdır.⁴⁵

Anılan durumların kısaca tanımlanması gerekirse, savaş hali; egemen devletin, bir veya birden fazla devletle, askeri güç kullanımına dayalı bir mücadele içerisine girdiği hal olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶ Olağanüstü yönetim usulleri içerisindeki en şiddetli ve en tehlikeli durum olarak kabul edilen savaş hali rejimi, alınan tedbirler açısından, diğer rejimler arasında da en ağır olanıdır. Uluslararası hukuk kurallarınca da garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerin en çok kısıtlandığı yönetim şekli savaş halidir.⁴⁷

Sıkıyönetim hali; her ne kadar savaş haline benzer yönleri bulunsa da bazı farklılıklar içermektedir. Sıkıyönetim hali, egemen devletin, kendi sınırları içerisinde meydana gelen terör olayları, iç karışıklıklar ve yaygın şiddet olaylarının varlığı halinde başvuru bir durumdur. Bahse konu hallerde idare, Anayasa-

⁴⁴ **Muhammet**, s.35.

⁴⁵ Literatürde Olağanüstü yönetim usulleri kavramından ziyade “*rejimleri*” kullanılmasıdır. Buradaki rejimler kavramı, bahse konu üç yönetim usulünü de içerisinde barındıran bir üst çatı niteliğindedir. **Gözler, Kemal** (2016) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 9. Baskı, Bursa, Ekin Yayın Evi, s.378.

⁴⁶ **Gözler** (2016) s.381.

⁴⁷ Savaş halinin günümüzde, daha istisnai bir durum olduğunu ve genel olarak ilan edilen olağanüstü rejimlerin ulusal güvenliğe karşı tehlike şartına dayandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Savaş halini, egemen devletin bir veya birden fazla devlet ile karşılıklı olarak askeri ve türevi güç kullanımına dayalı bir mücadele içerisine girmesi olarak tanımlamak mümkündür. Günümüzde, savaş halini, yalnız askeri bir harekâtla sınırlamak mümkün değildir. Artık, teknolojik gelişmelere bağlı olarak, siber savaşların ve ekonomik savaşların da en az askeri harekâtlar kadar yıkıcı ve tehlikeli olduğunu söylemek mümkündür. **Konuk, Mithat** (2016) “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnemelerin Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, s.2190.

dan doğan yetkilerini kullanarak temel hak ve özgürlükleri kısmen ya da tamamen askıya alabilmektedir. Ayrıca söz konusu durumda, kolluk görevleri askeri makamlara geçmektedir.⁴⁸

Olağanüstü rejimlerden sonuncusu olan olağanüstü hal ise; sıkıyönetim tedbirleri gerektirmeyen nispeten daha küçük çaptaki iç karışıklıklar, doğal afetler ve ağır ekonomik krizler sonucu devletin başvurduğu bir yönetim şeklidir.⁴⁹ Bu yönetim şeklinde, idare tarafından diğerlerine nispeten daha hafif tedbirler alınmasına rağmen yine de olağan dönemdeki hukuk kurallarının dışına çıkılmaktadır.

1. Olağanüstü Yönetimlerin Genel Özellikleri

Olağanüstü yönetimler her ne kadar otoriter bir yönetim şekli gibi görünse de bozulan veya ağır tehlike altına giren kamu düzeninin yeniden sağlanması için son derece gerekli bir yönetim usulüdür. Demokratik ülkelerde, olağanüstü yönetim rejimleri, kanunilik ilkesi prensiplerine uygun olarak anayasa ve yasal mevzuat ile düzenlenmekte ve idarenin sınırlı yetkili olması prensibinin genişlemesi ile gerçekleşmektedir. Ancak buradaki geniş takdir yetkisi, ister Anayasa isterse de yasama organı tarafından verilsin, olağanüstü durumlarda idarenin yetkileri denetimden bağışık tutulmamıştır. Yani, idare geniş bir yetki ve kontrol alanı ile donatılsa da söz konusu serbestinin sınırı bulunmaktadır.⁵⁰ Fakat bu durum, sadece demokratik ve hukuk devleti ilkesine saygılı yönetimlerde geçerlidir. Zira demokrasi ile yönetilmeyen ülkelerde hukukun üstünlüğünün olmamasından dolayı iktidarın gücünün sınırlanması söz konusu olamamaktadır.

Diğer taraftan, demokratik ülkeler açısından, olağanüstü hâl rejiminin ilanı ve iktidara olağanüstü yetkilerin verilmesi, anayasa'nın yapısına göre de değişiklik göstermektedir. Eğer egemen ülkenin anayasası bahse konu rejime dair düzenleme içeriyor ve hangi hal ve şartlarda hangi yetkilerin idareye verileceği öngörülüyorsa, bu anayasanın yumuşak yapıda olduğu kabul edilmektedir. Bu

⁴⁸ Özbudun, s.366; Günday, s.322; Gözler (2016) s.381; Pekmez, s.79.

⁴⁹ Gözler (2016) s.381.

⁵⁰ Kapani, Münci (2013) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.240.

tarz yönetimlerde, genel olarak, zorunluluk halinin sonlanması üzerine bahse konu rejimler kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu noktada KKTC Anayasası'nın bu kategoride değerlendirilmesi mümkündür. Öte yandan, katı anayasal sistemlerde, değişen durumlara karşı esneklik son derece kısıtlı olması sebebiyle, bu anayasal sistemlerde olağanüstü hâl rejimlerine geçiş yumuşak anayasalara göre daha sıkıntılı olmaktadır.⁵¹

Olağanüstü yönetimlerinin demokratik toplumlar açısından, bir takım temel prensipleri bulunmaktadır. Ancak bu prensiplerin geçerliliği ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir. Kanaatimizce, genel kabul görmüş prensiplerin belirlenmesinde AİHS ve Avrupa Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesini esas almamız yerinde olacaktır. Bu kapsamda, genel olarak olağanüstü dönem prensipleri; geçicilik, istisnai tehdit ilkesi; resmi ilan ilkesi, belirli hakların ihlal edilemezliği ilkesi, katı gereklilik ilkesi, diğer uluslararası yasal yükümlülüklerle uyum ilkesi, ayrımcılık yapmama ilkesi ve uluslararası bildirim ilkesidir.⁵²

Olağanüstü hâl ilanı durumlarında bahse konu ilkelerin varlığı öncelikli olarak aranmakta ve sorgulanmaktadır. Ancak, egemen devlet ilkesi gereği, her ülkenin olağanüstü hâl rejimine dair kendi yaklaşımı olduğu da kabul edilmekte ve buna saygı gösterilmektedir. Buradaki temel unsur, devletin hangi hal ve şartları olağanüstü hâl ilanı için sebep olarak kabul ettiğinden ziyade, ilan olunan rejimin nasıl yönetildiğidir. Bu çalışmanın konusunu da oluşturan AİHS'in 15'nci maddesinde, devletlerin olağanüstü hâl uygulamalarında uymaları gereken temel şartlara yer verilmiştir.

2. AİHS (Madde 15) Kapsamında Olağanüstü Hal Kavramı

Olağanüstü hâl kavramı AİHS'in 15'nci maddesinde “*olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma*” başlığı altında ele alınmıştır. Söz konusu maddenin

⁵¹ Kapani, s.241.

⁵² The Administration of Justice During the State of Emergency. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyer, s.819. <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>> s.e.t. 10.02.2023.

ilk fıkrasında, taraf devletlerin hangi hallerde sözleşmeye dair yükümlülüklerini askıya alabilecekleri tanımlanmıştır. Buna göre; ülke içerisinde savaş hali ve ulusun varlığını tehdit eden büyük tehlike hallerinde taraf devletlerin bu maddeye başvurma hakkı vardır. Ancak, fıkranın devamında, devletlerin bu maddeye binaen alacağı tedbirlerde “ölçülülük ilkesine” ve “uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler” uyması zorunlu kılınmıştır.

Savaş halinin olağanüstü hâl ilanı gerektiren en vahim durum olduğu kabul edilmekle birlikte, bu durumda devletin almış olduğu tedbirlerin diğerlerine nazaran daha ağır olduğu da kaçınılmaz bir gerçektir. Savaş hali içerisinde olan devletlerde genel olarak, AİHS’in dokunulmaz haklarından olan “Yaşam Hakkının” dahi göz ardı edilmesi, uygulanan ağır tedbirlerin açık göstergesi niteliğindedir.

Diğer taraftan, ulusal güvenliğe dair tehlike ise, daha geniş kapsamlı bir yelpazede karşımıza çıkmaktadır. Bu şartın geçerli olabilmesi için, devletin varlığını ve ulusun genelini ilgilendiren bir tehlikenin varlığı aranmaktadır. Terör veya iç savaş olayları bu duruma örnek oluşturmakla birlikte, söz konusu tehlike için yalnız insan ve güç odaklı bir durum da aranmamaktadır. Bunların yanında, ekonomik kriz, sel ve deprem gibi doğal afetler ve salgın hastalıkların da vahim derecede ülkeye zarar vermesi halinde, olağanüstü hâl ilanı gerektirebilir. Buna ek olarak, bahsi geçen tehlikenin maddi varlığının olması da mecbur değildir. Ülkenin bekasına ve ulusal güvenliğe tehdit oluşturabilecek bir etkiye sahip yakın tehlike içeren durum ve unsurlarda bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Ekonomik buhran, siyasal düzensizlik ve sosyal olayların artış göstermesi yakın tehlike örneklerindedir.⁵³

AİHM, olağanüstü hâl ilanına dair yaptığı incelemelerde dört koşulun varlığını aramaktadır. Bu şartlar; yukarıda da bahsedildiği üzere mevcut bir tehlike, söz konusu tehlikenin ülkenin bütününe etkilemesi, tehlikenin toplum düzenine ve varlığına tehdit oluşturması ve son olarak da kamu düzeninin sağlanma-

⁵³ **Önok, Murat** (2016) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları, KHK’ler Türkiye’inde Savunma Hakkı Paneli”, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen Matbaa, s.115.

sında olağan zamanda alınmış veya alınabilecek tedbirlerin bahse konu tehlikeyi bertaraf etme konusunda yetersiz kalacağının açıkça görülüyor olmasıdır.⁵⁴

AİHM, yapılan başvurularda yukarıda anlatılan hususların yanı sıra, söz konusu uygulamanın meşru olup olmadığını, ölçülülük ilkesine uygunluğunu ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler uylma durumlarını da somut olaylar üzerinden değerlendirmektedir. AİHS 15(1) maddesindeki “*durumun gerektirdiği ölçüde*” ibaresi; olağanüstü hal rejimlerinde devletin alacağı tedbirlerin, tehlike olarak kabul edilen durumun boyutlarıyla orantılı olması gerektiğine işaret etmektedir.⁵⁵ Yani, uygulanan tedbirlerin güdülen amacın başarılması noktasında elverişli olması ve orantılılık ilkesinin aşılması gereklidir.⁵⁶ Elverişlilik koşulu ise, alınan tedbirin istenen meşru amaca uygun olması olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷ Diğer taraftan gereklilik ölçütünde ise; olağan dönemde alınan tedbirlerin meşru amacın gerçekleştirilmesinde yetersiz kalması ulusal güvenliğin korunması için “*hukuk dışı*” tedbir alınmasının kaçınılmaz olması ve alınan tedbirlerin bahse konu tehdidi bertaraf etmek için alınması gereken en “yumuşak” tedbirler olması aranmaktadır.⁵⁸

Bu noktada, Mahkeme, K. Lawless/İrlanda davası kararında, tehlikeye karşı alınan tedbirlerin mevcut ihtiyaçla orantısının tespitinde, egemen devletin iyi niyet ilkesine riayetinin yeterli olmadığını ve her somut olayın kendi içerisinde barındırdığı somut koşul ve gerçeklerin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yine aynı ölçüte ilişkin olarak komisyon, R. Brannigan

⁵⁴ **Önok**, s.116-117.

⁵⁵ **Metin, Yüksel** (2017) “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s.26.

⁵⁶ Lawless/İrlanda, 332/57, 01/07/1961, 28; R. Brannigan ve Mc BRide/İngiltere, 14553/89(+1), 03.11.1991, 56. <<https://insanhaklari.gen.tr/KararGoster.aspx?sr=3&nx=0#>> s.e.t. 14.06.2023.; **Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz** (2016) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitap Evi, s.428.

⁵⁷ **Metin**, s.7.

⁵⁸ **Metin**, s.11.

et Mc BRide/İngiltere davasında; tehlikenin boyutlarına uygun olarak alınan tedbirlerin yumuşatılmasının zorunlu bir süreç olduğu da belirtilmiştir.⁵⁹

III. KKTC HUKUKUNDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR VE İDARENİN YETKİLERİ

Yetki kavramı, sözlük anlamı olarak; “*bir işi yapmada yeterli olma durumu ve bir görevi, bir işi yasaların verdiği olanaklara göre, belli koşullarla yürütmeyi sağlayan hak*”⁶⁰ olarak tanımlanmaktadır. Hukuk sözlüğüne göre ise yetki, en kısa tabirle “*bir işi veya görevi yapabilme hakkı*”dır.⁶¹ Her iki tanımlamada da yetki kavramının yapılan iş veya görev ile sıkı sıkıya ilişkili bir durum olduğunu görmekteyiz. Ancak, görev ile yetki kavramları birbirinden ayırmakta ve yasal düzenlemelerde ayrı başlıklarda konu edilmektedir.

Hukuk literatüründe ise yetkinin, kullanıldığı hukuk disiplinine ve alana göre farklı anlamlara karşılık geldiğini görmekteyiz. Yetki kavramı yalnızca idare hukuku disiplininde değil, diğer hukuk disiplinlerinde de kullanılan bir kavramdır. Kullanıldığı alana göre farklı anlamlar yüklenen yetki; yargılama usullerinde Mahkemelerin davalar üzerinde sınırlarını coğrafi alan bakımından belirirken, özel hukukta, fiili ehliyete sahip bir şahsın sahip olduğu haklar üzerinde tasarrufta bulunma imkânını tanımlamaktadır. Kamu hukuku alanında ise yetki, en genel anlamıyla egemenlik anlayışının bir yansımasıdır. Yani yetki, kanuni idarelerin sahip olduğu kamu gücünü hukuka uygun olarak kullanmasıdır.⁶²

Diğer bir görüşe göre ise yetki, kısaca yasalarca bahşedilmiş karar alma gücünü ifade etmektedir.⁶³ Kanaatimizce yetkinin yalnızca yasa ile ilişkilendirilmesi idare hukuku açısından dar bir yorumdur. Zira idarenin yetkilendirilmesinde

⁵⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.428.

⁶⁰ TDK Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 04.01.2023.

⁶¹ Ceylan, Mahmut (2021) İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.123-124.

⁶² Ülker, Gözde (2022) İdari İşlemin Yetki Unsur, 1. Basım, Ankara, Adalet Kitapevi, s.32-33.

⁶³ Çekiç, M. İsmail (2019) İdare Hukuku Açısından Ruhsat, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.17.

kanunilik; anayasa, yasa ve idarenin düzenleyici işlemleri ile de⁶⁴ sağlanabilmektedir. Bir başka yoruma göre ise yetki, ilgili mevzuat uyarınca kamu gücünü hangi makam, organ, kişi ya da kişiler tarafından kullanılabileceğini gösteren bir unsurdur.⁶⁵ Bu yaklaşıma göre yetki, mevzuat ile açıkça verilmesi gereken bir yetenektir. Zira *yetkinin istisna yetkisizliğin ise esas* olması nedeniyle⁶⁶ idarenin mevzuat ile açıkça belirtilmeyen bir konuda yetki kullanması işlemin unsurları açısından sakatlık oluşturacaktır.

Yetki ile ilgili tanımlamalarda kaşımıza çıkan en belirgin esas kanuna dayanma prensibidir. Yetkinin mutlak surette mevzuata dayanması koşulu, kanuni idare ilkesi ile arasında doğrudan bir ilişki kurmaktadır. Bu bağlamda öncelikle idarenin yetkili olabilmesi için kanuni bir idare olması gerekmektedir. Zira kuruluşu ve teşkilatlanması kanuna dayanmayan bir idarenin yetkili olması da düşünülemez. İkinci olarak ise, kanuna dayanılarak kurulan idarenin, konu, yer ve kişi kapsamında kanunda açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bu da idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna dayanması koşulunun doğal bir sonucudur. Meşhur deyimi ile bu ilişki şöyle ifade edilmiştir. “Kanunun olmadığı yerde idarede yoktur”.

İdarenin konu bakımından yetkili olması hem Anayasa hem de idare hukukuyla ilgili bir husustur. Konu bakımından yetki en basit yaklaşımla, işlem ve eylemlerin fonksiyon alanı içerisinde olmasını ve idari makamlar arasında ilgili yasa ve mevzuat kapsamında yetkili olan idari birimce yapılmasını ifade etmektedir.⁶⁷ İdarenin hangi konularda yetkili olduğunun çerçevesi ise Anayasa ve kanunlarla çizilmektedir. Bu kapsamda, KKTC Hukukunda idarenin yetkileri öncelikle 1985 Anayasası hükümleri ve buna uygun olarak hazırlanan mevzuat ile belirlenmektedir.

⁶⁴ İdare, Türk Hukukunda yetkilendirme CBK ile olabildiği gibi KKTC Hukukunda Tüzük ve Yönetmeliklerle de yetkilendirilebilmektedir.

⁶⁵ **Göckün**, s.14.

⁶⁶ **Çekiç**, s.16.

⁶⁷ **Gözde**, s.20.

İdarenin yetkilerinde karşımıza çıkan bir diğer husus ise, yer ve zaman bakımından yetkidir. Yer bakımından yetki, idarenin yetkisinin coğrafi sınırlarını anlatmaktadır.⁶⁸ Bu bakımdan KKTC idari yapısında idare; merkezi idare ve yer ve hizmet yönünden idare olmak üzere iki farklı yapıda teşkil olunmuştur. Bu kapsamda, merkezi idare kapsamındaki bakanlıklar ve onlara bağlı merkez teşkilatlar tüm ülke sınırları dahilinde yetkili iken, yer yönünden idari teşkilatlar kapsamındaki belediyeler yalnızca belirlenen sınırlar dahilinde yetkilidir. Zaman bakımından yetki ise, idarenin, sahip olduğu yetkileri kullanabileceği zaman dilimi ile ilgilidir.⁶⁹ İdarenin görev ve yetkileri belirli bir zamanla sınırlanmış olabileceği gibi ayrıca idareyi temsil eden yetkili kişinin görev süresi ile de sınırlı olabilir. Bu bağlamda, yetkinin vekâleten belirli süreliğine verilmesi halinde, vekâlet süresi tamamlanan yetkilinin bu süre sonunda yaptıkları işlemler sakat işlem olacaktır. Yine olağanüstü hallerde tanınan yetkiler de diğer unsurların yanında zaman bakımından yetki kapsamına örnek teşkil etmektedir. Olağanüstü hallerin geçicilik prensibine dayanması, belirli sürelerle sınırlanmasını gerekli kılmakta ve bu da idareye, anayasa ve ilgili mevzuat ile tanınan geniş yetkilerin belirli sürelerle sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer taraftan idare hukukunda zaman bakımından yetkide öne çıkan bir diğer husus, idari işlemlerin süre sınırlarıdır. Örnek olarak, idari yaptırımlar süre sınırına tabi işlemlerdir ve bu süreler hak düşürücü nitelikte olması hasebiyle sürenin aşılması işlemin hukuki durumuna doğrudan etki etmektedir. İşlenen kabahatlere karşı idarenin zaman aşımına uymadan işlem yapması ise hukuka aykırılık yaratacağı gerekçesiyle iptale konu olacaktır.

Kişi bakımından yetki; idari işlemin hangi makam veya kişi tarafından yapılabileceğini anlatan bir unsurdur.⁷⁰ Kişi bakımından yetki, irade açıklaması yapacak olan kişi veya makamın kanunla yetkili kılınmış olması gereğinin yanın-

⁶⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.411; **Hasoğlu, Aynur** (2018) “Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, S:33, s.127.

⁶⁹ **Hasoğlu**, s.128.

⁷⁰ **Öztaş, Esma** (2019) Türk Vergi Hukuku'nda Özel Usulsüzlük Cezaları ve Yargı Yolu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.125.

da, işlem veya eylemin yapıldığı zamanda yetkisinin devam etmesini de gerektirmektedir. Anayasa veya kanunla verilen karar alma ve işlem yetkisinin süresinin bitmesi veya devredilmiş olması halinde, işlemin geçerliliğinde son yetkinin hangi makamda veya kimde olduğu önem kazanmaktadır.⁷¹ Yetkinin devri halinde ise, devreden makam devrettiği yetkileri kullanamaz ve işlem sakat olur.

KKTC Hukukunda, yetkinin kanuna dayanması hususunda katı bir yaklaşım olduğunu görmekteyiz. KKTC Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre "Hiçbir organ, makam veya merci, kaynağını bu Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamaz." Anayasa koyucu, devletin organlarının yetkilerini doğrudan Anayasa ve dolayısıyla da yasama organından aldığına işaret etmektedir. Konuya ilişkin olarak Yüksek İdare Mahkemesi Necatigil'e atıfta bulunarak, "Hukuk devletinde herhangi bir yönetsel organ Anayasa veya yasadan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaz. Bu konu aynı zamanda demokratik düzenin bir gereğidir. Böyle bir düzende yasama yetkisi halkın egemenliğini temsil eden yasama meclisi tarafından kullanılır. Bu yetkiyi de meclis yasa yapma fonksiyonu çerçevesinde kullanır. Yönetmeliklerin kullanabileceği yetkiler yasalar ile belirlenmeli, yönetmeliklerin bu yasalar çerçevesinde aktivitelerini yürütmesi ve gerekli işlemleri yapıp kararları alması gerekir. Yasaya dayanmayan yetkiler keyfi biçimde kullanıma açık olduğundan demokratik rejimlerde yönetimin yasadan kaynaklanmayan bir yetkiyi üstlenmesi doğru..."⁷² olmadığı belirtilmiştir. Mahkemenin yorumundan, yönetmeliklerin yetkilendirilmesinin anayasanın yanında, sadece yasama organınca belirlenmesi gerektiği sonucuna varılabilecektir. Ancak, idarenin yetkilendirilmesi yalnız yasama organınca çıkarılan kanunlarla sınırlı değildir. YİM idari işlemlerin hukuka uygunluğuna ilişkin bir yorumunda; "İdare Hukuku ilkelerine göre, idare, yetkilerini bir makam veya organ vasıtasıyla kullanmaktadır. Böyle bir makam veya organ ise yetkilerini yasa, tüzük veya yönetmeliklerden almaktadır. Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen yetki dışında yapılan tüm işlemler, hukuka aykırı olması sebebiyle yoklukla ma-

⁷¹ Hasoğlu, s.129.

⁷² KKTC YİM: 232/2014, D.33/2014 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 15.03.2023; **Erhürman Tufan** (2012) İdari Yargılama Hukuku; Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Baskı, Lefkoşa, Işık Kitabevi. s.421.

lul...”⁷³ olacağını belirterek, yasal düzenlemelerin yanında idari işlem niteliğindeki düzenleyici işlemler ile de idarenin yetkilendirilebileceğine işaret etmiştir. Çünkü ikincil idari mevzuat da zaten yasalara uygun olmak zorundadır. Yine, YİM başka bir kararında, idarenin yetkilendirmesinde esasın “*mevzuat ile belirlenme*” olduğunu belirtmiş ve yönetsel organların *yasalar ve ilgili mevzuat ile yetkilendirilebileceğini* belirtmiştir.⁷⁴ Her iki kararda da Mahkeme, idarenin işlem ve eylemlerinde yetki unsurunu incelerken, yasal mevzuatın yanında ilgili mevzuatın da dikkate alınacağını açıkça belirtmiştir.

İdarenin yetkilerinin kanunla sınırlanması yaklaşımı olağanüstü hallerde de geçerli bir anlayıştır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, söz konusu hallerde kamu düzeninin bozulması nedeniyle idarenin yetkileri genişlemekte ve kişiler belirli hak ve özgürlüklerden mahrum kalabilmektedir. Ancak, buradaki yetki genişlemesi idareye keyfi bir işlem yapması için değil, bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için verilmektedir. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar idarenin yetkileri genişlese ve kimi hak ve özgürlükler sınırlansa da olağanüstü hal yönetimleri, keyfilik ve denetimsizlik rejimi değil, esasları anayasa ile belirlenmiş hukuki bir yönetim şeklidir.⁷⁵ Konuya ilişkin olarak KKTC Anayasa Mahkemesi bir kararında Sıddık Sami Onar’a atıfla aşağıdaki ifadeye yer vermiştir.

*“Bütün bu hallerde görülüyor ki fevkalâde hallerin ve buhranlı zamanların rejimi hukuk dışı veya hukuk üstü bir rejim değildir. Hükûmete tanınan bu salâhiyetler onu hukuk kaidelerinin dışına veya üstüne çıkararak bir diktatör durumuna koymaz. Bu zamanlarda idare daha geniş bir salâhiyete mâlik olmak ve daha disiplinli bir rejim tatbik etmekle beraber bu rejim gene bir hukuk ve kanun rejimidir.”*⁷⁶

⁷³ KKTC YİM: 108/2005 D.1/2009. <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 11.03.2023.

⁷⁴ KKTC YİM: 170/2014 D.9/2017 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

⁷⁵ **Kaya, Cemil** (2021) İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.74.

⁷⁶ KKTC AYM 21/85 D.9/87 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

Mahkemenin yorumundan, olağanüstü yönetim usullerinde idarenin daha katı tedbirler alabilecek şekilde yetkilendirilmiş olmasının, onu hukuk dışı bir rejime dönüştüremeyeceğini ve söz konusu yönetim usulünün çerçevesinin anayasa ve yasalarla sınırlanması gerektiğini anlamaktayız. Daha açık bir ifadeyle, olağanüstü haller sınırlılık prensibine dayalı bir hukuksal rejimdir. Bu nedenle de olağanüstü hallerde idareye tanınan geniş yetkiler, demokratik devlet ve hukuk devleti ilke ve yaklaşımının bir parçasıdır.

Olağanüstü hallerin idarenin yetkilerine yansımada öne çıkan en önemli unsur idarenin takdir yetkisinin artmasıdır. Bu artış, idarenin yetki alanının genişlemesi ile ortaya çıkmakla birlikte, genel anlamda iki şekilde kendini göstermektedir: Söz konusu yetki genişlemesi, ya normal zamanda ilgili mevzuat ile idareye tanınan bir bağlı yetkinin takdir yetkisine dönüşmesinde ya da sınırlı takdir yetkisi olan bir alanda takdir yetkisi bulunmayan unsurların da takdiri duruma gelmesiyle ortaya çıkmaktadır.⁷⁷

KKTC Hukukunda da söz konusu sınırlılık prensibi hakimdir. KKTC Hukukunda olağanüstü haller ve söz konusu dönemlerde idareye tanınan yetkiler yasallık ilkesine uygun Anayasa ve 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası ile düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Anayasa koyucu idareyi, olağanüstü durumun ortaya çıkmasına neden olan haller devam ettiği süreyle sınırlı olmakla birlikte sadece anayasada sayılan bazı temel hak ve özgürlükleri kısmen veya tamamen durdurulabilme yetkisi ile donatmıştır.⁷⁸ Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının temel şartı olan yasallık ilkesi olağanüstü yönetimlerinde de bağlayıcı unsur olmaya devam etmektedir.

A. KKTC ANAYASASI'NIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARINA YAKLAŞIMI

1985 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler Anayasa'nın ikinci kısmında yer almakla birlikte, KKTC Hukukuna klasik insan hakları anlayışının hâkim olduğunu söyleyebiliriz. KKTC Anayasası'nda temel hakların niteliği, “Herkes,

⁷⁷ Kaya, s.75.

⁷⁸ KKTC Anayasası 126'ncı madde.

kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve özgürlüklere sahiptir” şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, KKTC Anayasası’nda temel haklar, KKTC sınırları içerisinde yaşayan her bireye özgü haklar olarak tanımlanmış ve herhangi bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Diğer taraftan, insan haklarının klasik kişilik hakları olarak kabul edilmesi, söz konusu hakların bireyin kendi varlığı ile özdeşleşmiş haklar olduğu ve kendi isteğiyle dahi feragat edilemeyeceği sonucunu da doğurmaktadır. Bu noktada, bahse konu yaklaşımın, AİHS ile uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.

KKTC Anayasa’nın 10(2) maddesinde yer alan “*Devlet, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, kişi huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırmaya- cak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal bütün engelleri kaldırır, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlar*” hükmüyle KKTC Anayasası temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda, devlete pozitif ve negatif yükümlülükler getirmiştir. Bu madde uyarınca Anayasa koyucu idareye iki görev vermiştir. Birinci görev, temel hak ve özgürlüklere karşı sınırlayıcı ve ihlal edici engel oluşturan tüm engellerin kaldırılması, ikinci görev ise, bahse konu hakların devamlı olarak geliştirilmesi maksadıyla gerekli sosyal ve hukuksal düzenlemelerin yapılmasıdır. Bu kapsamda, devletin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak etken bir rolü söz konusudur. Ayrıca, söz konusu maddenin 3’üncü fıkrasında yer alan “*yasama, yürütme ve yargı organlarının kendi sınırları içerisinde bu kısım kuralların uygulanmasını sağlama yükümlülüğü...*” hükmü gereği, söz konusu haklar idareye karşı bireyi korumakta iken, devletin organlarına anılan haklara karşı oluşan tehditleri bertaraf etmek yükümlüğü verilmiştir.

KKTC Hukukunda temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması hususunda, Anayasanın 11’nci maddesinde, AİHS paralelinde düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre insan haklarının sınırlandırılmasında 3 ölçüt temel alınmaktadır. Bu 3 ölçüte göre; sınırlama kanunla yapılmalı, meşru bir amaç için yapılmalı ve yapılan sınırlamalarda orantılılık esası korunmalıdır.⁷⁹ KKTC Anayasasının 11’inci maddesine göre de “*Temel hak ve özgür-*

⁷⁹ **Kaboğlu, İbrahim** (1999) *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, AFA Yayınları, s.64-66.

lükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir.” Bu bağlamda, KKTC Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, AİHS ile aynı ölçütlerin esas alındığını ve KKTC iç hukukunda insan haklarının kısıtlanmasında yasallık ölçütünün hâkim olduğunu söyleyebiliriz.

AİHM “yasallık” ölçütünü objektiflik ilkesinden hareketle açıklık, ulaşılabilirlik, aşırı takdir yetkisinden uzak ve herkes için geçerli kurallar olarak tanımlamıştır.⁸⁰ Devletin, bahse konu sınırlamayı yasal dayanağı olan ve kabul edilebilir nedenlerle yapması gerekmektedir. Ancak söz konusu nedenlerin neler olduğu açıkça listelenmek yerine genel ifadelerle tanımlanmıştır. Bunun temel nedeni ise hukuktaki öngörülebilirlik ilkesidir. Ulusal güvenliğe ve kamu düzenine karşı oluşan tehditler zaman ve duruma göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle, bahse konu hususların belirlenmesinde idarenin takdir yetkisi söz konusudur. Ancak idare bu takdir yetkisini kötüye kullanmamalıdır. Bu nedenle, ulusal güvenlik dahi söz konusu olduğunda devlet, hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, aldığı kararlarında yasallık, temel insan hakları perspektifi ve AİHS 15’inci maddesinin sağladığı güvencelere bağlı kalmalıdır.⁸¹

Temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında temel alınan diğer bir kriter ise “meşru amaç” ögesidir. AİHM’e yapılan başvurularda taraf devletlerin, hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sürecinde izledikleri hukuksal yolun denetlenmesinde Mahkeme, “Meşru Amaç” ölçütünü belirleyici kriter olarak değerlendirmektedir.⁸² Bu bağlamda, KKTC Hukukunda hangi hallerin temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında meşru amaç ölçütüne uyacağı ayrıntılı olarak listelenmiştir. Buna göre; kamu düzeni, suçların önlenmesi, milli güvenlik, genel ahlakın korunması, kamu sağlığı gibi amaçlarla idare temel hakları kısıtlama yetkisine sahiptir.

⁸⁰ **Ergül, Ergin** (2015) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci Maddesi Açısından Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi, *Danıştay dergisi*, 138, s.16.

⁸¹ **Ergül**, s.16-17.

⁸² **Kaboğlu**, s.67.

B. KKTC ANAYASASINDA OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR

KKTC Anayasasında olağanüstü durumlar üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar; 124'üncü madde de sayılan Tabii Afet ve Ağır Ekonomik Bunalım, 125'inci maddede düzenlenen Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması ve 127'nci maddede düzenlenmiş olan Sıkı Yönetim, Seferberlik ve Savaş Halidir.

1. Doğal Afet ve Ağır Ekonomik Nedenler

Olağanüstü durum ilanı gerektiren haller arasında kabul edilen doğal afet ve ekonomik nedenler, KKTC mevzuatında tek başlık altında ele alınmıştır. Anayasanın 124'üncü maddesine göre toplumun geneline karşı tehdit oluşturan “*Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde*”, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, KKTC genelinde veya sadece belirli bölgeleri kapsayacak şekilde, üç ayı geçmemek koşuluyla olağanüstü durum ilan etme hak ve yetkisi tanınmıştır.⁸³

Görüldüğü üzere anayasa koyucu üç durumun varlığı halinde idareye olağanüstü durum ilan etme yetkisi vermektedir. Bunlar; tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar ve ağır ekonomik bunalımlardır. “Afet” kelime anlamı olarak, çeşitli doğa olaylarının neden olduğu beklenmeyen yıkım ve zararlardır. “tabii afet” ise; “*insan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri*” olarak tanımlanmaktadır.⁸⁴ 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasanın tefsir kısmında doğal afetler; “*yangın, deprem, su baskını ve benzeri haller*” olarak tasvir edilmiştir. Kavramsal tanımlamalardan hareketle tabii afetleri, öngörülemeyen ve birçok insanın mal ve canını kaybettiği ve hayatın doğal akışı ile kamu düzeninin bozulduğu durumlar olarak ifade edebiliriz.

Tehlikeli salgın hastalıklar ise, toplumsal sağlıkla ilgilidir. Konuya ilişkin olarak 56/1983 sayılı Yasa'da doğrudan bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak, KKTC Hukukunda tehlikeli salgın hastalık yerine “Tehlikeli ve Bulaşıcı Hasta-

⁸³ **Necatigil M. Zaim** (2015) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları. 1. Baskı, Lefkoşa, Işık Kitap Evi. s.425.

⁸⁴ TDK sözlük anlamı, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 13. 03. 2023.

lıklar” tanımlaması yapılmıştır. Bu kapsamda, 45/2018 sayılı bulaşıcı Hastalıklar Yasasının tefsir kısmında “Bulaşıcı Hastalık”; “*bulaşıcı olan ve kökeni veya kaynağı ne olursa olsun, insanlarda dikkate değer ölçüde zarara yol açan veya açabilecek bir rahatsızlık veya tıbbi bir durum.*” olarak tanımlanmıştır. Yine aynı kısımda “Tehlikeli Bulaşıcı Hastalık” ise; “*ciddi kamu sağlığı etkilerine sebep olduğunu ve uluslararası olarak hızlı biçimde yayıldığını göstermiş bulaşıcı hastalıklar*” olarak anlatılmıştır. Karantinaya ilişkin düzenlemelerin yapıldığı Fasıl 260’ın 2’nci maddesinde ise; “*Tehlikeli enfeksiyöz hastalık*”, *kolera, veba, çiçek, tifüs ve sarı hummayı anlatır ve Bakanlar Kurulunun bu Yasa uyarınca çıkaracağı bir bildiriyle bu Yasanın öngördüğü anlamda tehlikeli enfeksiyöz hastalık olduğu ilân edilen enfeksiyöz veya bulaşıcı nitelikte herhangi bir hastalığı da kapsar*”⁸⁵ şeklinde yorumlanmıştır.

Ağır ekonomik nedenler ise, diğer iki duruma göre daha soyut bir yaklaşımdır. Tabi afet ve tehlikeli salgın hastalık durumlarında hangi koşulların varlığı halinde olağanüstü durum şartının oluşacağı belliyken, ekonomik nedenlerde bu durum daha muğlaktır. Ancak, diğer olağanüstü durumu gerektiren hallerde olduğu gibi, ağır ekonomik nedenler de doğrudan kamu düzeni yani toplumun geneli ile ilgili bir sorundur. Literatürde ağır ekonomik nedenler ülkenin; üretim, tüketim, sağlık, eğitim ve ülke savunması gibi birçok alanını etkileyen, sosyal ve siyasal hayatı çökme noktasına getirebilen ve salt toplumsal dayanışma ile başa çıkılması güç olan ekonomik krizler olarak anlatılmaktadır.⁸⁶ Söz konusu bunalım dönemlerinde farklı nedenlerden kaynaklı olarak kamu düzeninin bozulması söz konusu olabilir. Bu nedenle Bakanlar Kurulunun, hangi hallerin ağır ekonomik bunalım olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.⁸⁷

⁸⁵ **Ekinci, B. Eylem** (2020) “1985 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası’na Göre Olağanüstü Durumların Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:69, S:3, s.1332.

⁸⁶ **Köse, Üzeyir** (2021) “Olağanüstü Hal İlanını Gerektiren Durumların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, UMDE Dini Tetkikler Dergisi-UMDE Journal of Religious Inquires, C:4, S:1, s.152.

⁸⁷ **Ekinci**, s.1333.

2. Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Bozulması

KKTC Anayasasının 125'inci maddesinde, “*özgür demokratik düzeni veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde...*” olağanüstü hâl ilan edilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce, KKTC Hukukunda “Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması” nedeniyle olağanüstü durum ilan edilmesi tehlike ve yakın tehlike unsurlarının varlığıyla ilişkilendirilmiştir. Zira anayasa koyucu, söz konusu hallerde idarenin yetkili olabilmesini iki duruma bağlamıştır. İlk olarak, idare, kamu düzenini bozan yaygın şiddet olaylarının baş göstereceğine ilişkin ciddi belirtilerin ortaya çıkması halinde, olağanüstü durum ilan edebilecektir. Yani, bahse konu tehlike maddi boyutta ortaya çıkmasa dahi idare genel bir tehlikenin ciddi belirtileri var ise olağanüstü hâl ilan edebilecektir. Başka bir ifadeyle, idare olağanüstü durum ilan etmek için, olayların başlamasına gerek olmadan, ciddi belirtilen olması halinde de bir nevi önleyici tedbir olarak da olağanüstü hâl ilan edilebilir. İkinci durum ise genel tehlikenin vücut bulmuş hali yani; ülke içerisinde Anayasa ve yasalarca kurulmuş olan demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik ülke genelinde artan şiddet olaylarının baş göstermesi ve kamu düzeninin vahim bir şekilde bozulması halidir. Bu durumun oluşması halinde de idare, durumun gerektirdiği ölçüde ve geçici olarak Anayasa ve yasanın öngördüğü tedbirleri almaya yetkilidir.

AİHM şiddet olayları ve ülkenin kamu düzeninin bozulmasını “genel tehlike” prensibine göre değerlendirmektedir. Genel tehlike ayaklanma, ihtilal veya devleti yıkmaya yönelik bir eylem olabileceği gibi terör eylemi de olabilmektedir. Genel tehlikenin varlığı halinde devlet tehlikeyi ortadan kaldırmak için gereken tedbirleri takdir ve tayin yetkisine sahiptir.⁸⁸ Kanaatimizce, Mahkemenin genel tehlike yaklaşımı sıkıyönetim ve şiddet olaylarını birlikte barındıran kapsayıcı bir yapıdadır. Mahkeme, tehlikenin ulusun tümüne karşı olmasını öngörürken, olağanüstü durumun tüm ülke yanında kısmi olarak ilan edilebileceğini de belirtmektedir.⁸⁹

⁸⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s.426.

⁸⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.427.

KKTC Hukukunda yaygın şiddet olayları oluşması halinde mevzuat, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, Cumhuriyet Güvenlik Kurulunun onayını almayı müteakip, toplumun bekasını korumak ve kamu düzenini sağlamak maksadıyla KKTC genelinde veya sınırlı bir bölgede üç ayı geçmemek koşuluyla olağanüstü durum ilan etme yetkisi vermiştir.⁹⁰

3. Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Hali

Savaş hali ve sıkıyönetim durumları olağanüstü hâl rejimleri arasında en ağırlıdır. KKTC Hukukunda ayrıntılı olarak düzenlenen bahse konu durumların hangi hallerde ilan edilebileceği Anayasa'nın 127'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*olağanüstü durum ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya yurda veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve halkın bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması...*” hallerinde sıkıyönetim veya savaş hali ilan edilebilecektir.

Sıkıyönetim “... esas itibariyle ile normal hukukun askıya alınması ve memleketin veya bazı kısımlarının askeri yönetim tarafından idare edilmesi demektir.”⁹¹ Anayasa Mahkemesi bu yorumunda sıkıyönetimi hukuk düzeninin askıya alındığı bir durum olarak tanımlamaktadır. Kanaatimizce sıkıyönetim, olağanüstü rejimler arasında en ağırlılarından olmakla birlikte, KKTC Hukukunda sıkıyönetim durumlarında idarenin yetkileri ve alınabilecek tedbirler yasal mevzuat ile düzenlenmiş olması nedeniyle hukukun tamamen askıya alındığı bir yönetim değildir.

Seferberlik hali ise, savaş hali öncesinde hazırlıkların yapıldığı bir süreci anlatmaktadır. KKTC Hukukunda seferberlik 17/1980 Sayılı Seferberlik Yasası ile düzenlenmiş, ancak yasada seferberliğin tanımı yapılmamıştır. Literatürde ise seferberlik, “*Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere,*

⁹⁰ Necatigil, s.426.

⁹¹ KKTC AYM 16/82D.1/83 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir.”⁹² 17/1980 Sayılı Seferberlik Yasası'nın tefsir kısmında ise “Genel Seferberlik”; “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin egemenliğinde olan toprakların bütünü üzerindeki seferberlik uygulaması” olarak tanımlanmıştır.

Savaş hali ise, devletin bekasını temin etmek, millî menfaatleri sağlamak ve millî hedefleri elde etmek amacıyla, yürütülen savaşın ilanından kaldırıldığı ana kadar geçen süreçte hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı durumdur.⁹³

C. KKTC'DE OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA İDAREYE TANINAN YETKİLER

1. İlan ve Kaldırma Yetkisi

KKTC Hukukunda olağanüstü durumlarda ilan yetkisi durumun nevine göre değişkenlik göstermektedir. Olağanüstü Durum Yasasının 3'üncü maddesi uyarınca, doğal afet, salgın hastalıklar ve ağır ekonomik kriz durumları ortaya çıkması halinde olağanüstü durum ilanı kararı doğrudan doğruya Bakanlar Kurulunun yetkisindedir. Alınan karar Cumhuriyet Meclisinin onayına müteakip Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmektedir.

Ancak, kamu düzenine, ulusal güvenliğe ve demokratik sisteme yönelik vahim tehlike belirtilerinin olması veya icra edilmesi halinde, karar için Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı'nın önerisinin alınması koşulu aranmaktadır. Bu karar da derhal KKTC Meclisinin onayına sunulmak zorundadır. Yasa koyucu, durumun gerekliliğine uygun olarak Meclis tatilde ise derhal acil toplantıya çağırılmasını ve onay için üye tam sayısının salt çoğunluğunu koşul olarak belirlemiştir. Onaylanan karar ise hem Resmî Gazetede yayınlanmakta ve hem de basın yayın organları vasıtasıyla kamuoyuna duyurulmaktadır. Yapılan kamuoyu

⁹² T.C.'nin 2941 Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 3'üncü maddesi.

⁹³ T.C.'nin 2941 Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 3'üncü maddesi.

bildirgesi, mutlak surette, olağanüstü durumun hangi tarihler arasında ve ülkenin hangi bölgelerinde geçerli olacağını açıkça ihtiva etmek zorundadır. Bu bakımdan, KKTC Hukukunda olağanüstü durum ilanı usulünde AİHS'nin tam bildirim prensibine uyulduğunu söyleyebiliriz.⁹⁴

Olağanüstü durumlarda süre sınırı üç ay olarak belirlenmiştir. Ancak ilk oylama sırasında Cumhuriyet Meclisi Olağanüstü durum kararını veya süresini değiştirme veya doğrudan kaldırma yetkisine sahiptir. Ayrıca, yetkili idari makamın talebi üzerine Bakanlar Kurulunun uzatma kararı alması halinde karar tekrar Cumhuriyet Meclisinin onayına sunulmaktadır. Olağanüstü durum kararı her seferinde iki ayı geçmemek üzere uzatabilir.

Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ilanına ilişkin usul ve yöntemler diğer iki olağanüstü duruma göre bazı farklılıklar içermektedir. Sıkıyönetim veya savaş hali durumlarının ilanında, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Cumhuriyet Güvenlik Kurulunun onayını almayı müteakip, alınan kararı derhal Cumhuriyet Meclisinin onayına sumak zorundadır. Kanaatimizce, savaş hali ve sıkıyönetim durumlarında olağanüstü hâl ilanı kararının diğer iki durumdan farklı olarak Cumhuriyet Meclisinin onayına sunulması, idarenin alacağı ağır tedbirlerin meşruiyetinin sağlanmasına ilişkin ihtiyacın doğal gerekliliğidir. Sıkıyönetim seferberlik veya savaş ilanı oylamasında Cumhuriyet Meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğu oranı aranmaktadır.

Bahse konu durum hasıl olduğunda süresi üç ayı geçmemek üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilân edebilir.

⁹⁴ Taraf devletler, 15'nci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca, olağanüstü hâl ilanına dair, nedenler, alınan tedbirler, ilanın sonlanması halinde yürürlükten kaldırıldığı tarih hakkında ayrıntılı bir bildirim Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine vermekle yükümlüdür. “*Tam Bildirim*” olarak da adlandırılan bu bildirim uyarınca taraf devlet, olağanüstü hâl ilanına ilişkin olarak, yer zaman, kapsam, nedenler ve alınan tedbirlerin gerekçelerine dair ayrıntılı rapor niteliğinde bir bilgilendirme yapmak zorundadır. Aksi takdirde, alınan karar ve tedbirlerin madde 15 kapsamında değerlendirilemeyeceği öngörülmektedir. **Dost, Süleyman** (2017) Olağanüstü Hallerde İnsan Hakları ile İlgili Yükümlülüklerin Askıya Alınması ve Türkiye, İstanbul, Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, ss. 267-269. Edited by Hakan Kâhya, IBAD Preceeding içinde (s. 261-272).

Cumhuriyet Meclisi Sıkıyönetim kararını her seferinde iki ayı geçmemek koşuluyla uzatabilir veya kaldırabilir. Ancak savaş halinde diğer durumlardan farklı olarak uzatılmada süre koşulu aranmamaktadır.

Ayrıca, KKTC Anayasası'nın 91'inci maddesinde de "Savaş Hali İlanı ve Silahlı Kuvvetlerin Kullanılmasına İzin Verme" yetkisinin öncelikle Cumhuriyet Meclisine verildiğini görmekteyiz. Ancak maddenin ikinci fıkrasında anayasa koyucu, "*Ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve Cumhuriyet Meclisinin toplanamaması nedeniyle, silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde, saldırının yapıldığı anda, silahlı kuvvet kullanılmasına karar vermeye Cumhurbaşkanı da yetkilidir*" demek suretiyle bu yetkiyi sınırlı hallerde de olsa Cumhurbaşkanı'na da vermiştir. Fakat alınan kararın en kısa sürede Cumhuriyet Meclisince yapılacak toplantıda karara bağlanması şartı bulunmaktadır.

Cumhuriyet Meclisi söz konusu kararı oylarken onaylamanın yanı sıra gerekli görülmesi halinde sıkıyönetim kararını değiştirme, süresini uzatma, kısaltma veya doğrudan kaldırma yetkisine de sahiptir.

Seferberlik halinde ise, 17/1980 Sayılı Seferberlik Yasası'nın 4(1, 2, 3, 4)'üncü maddesi uyarınca ilan yetkisi; Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığının teklifi ile veya görüşü alınmak kaydıyla Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Buna göre Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti egemenliği üzerindeki topraklar üzerinde savaş hali veya savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi halinde idare, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisinin onayı ile seferberlik ilan edebilir. Seferberlik Cumhuriyet Meclisince onaylandığı gün yürürlüğe girer ve Resmî Gazetede yayınlanır. Eğer meclis onay vermez ise aynı gün yürürlükten kalkar. İlan edilen seferberlik, "*... ilanını gerektiren hal ve şartlara göre ve Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığının değerlendirmesine bağlı olarak...*" genel seferberlik veya kısmi seferberlik şeklinde uygulanabilir. Seferberlik ilanının kaldırılması yetkisi ise, yine yetkide paralellik ilkesi gereği Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığının teklifi ile veya görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kuruluna aittir. Kaldırılma kararı Resmî Gazetede yayınlanmayı müteakip yürürlüğe girer.

2. Yasa Gücünde Kararname Çıkarma Yetkisi

KKTC Anayasası'nın 128'inci maddesi uyarınca, olağanüstü dönem yasa gücünde kararname (YGK) çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulundadır. Olağanüstü durum YGK'larında temel esas yetkinin kapsamının *durumun gereklilikleri* ile sınırlandırılmış olmasıdır. Yani Bakanlar Kurulu, çıkaracağı YGK'larda orantılılık ve gereklilik ilkelerine uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bahse konu kararnameler, Cumhuriyet Meclisinin onayına tabi olmakla birlikte, söz konusu kararnamelerin geçerlilik süresi ile ilgili olarak 128'inci maddede iki husus öngörülmüştür. İlk olarak, bahse konu kararnamelerin yürürlük süresi, olağanüstü durumun süresiyle sınırlandırılmıştır. Yani, eğer olağanüstü durum 3 ay için çıkarılmış ve hakkında uzatılma kararı alınmamış ise çıkarılan yasa gücünde kararnamede bu süre sonunda kendiliğinden hükmünü yitirmektedir. Bunun yanında ikinci sınırlama ise meclis onay sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Meclis çıkarılan YGK'nın süresini uzatma ve kısaltma yetkisi olduğu gibi, onaylamayarak doğrudan kaldırma yetkisi de bulunmaktadır.⁹⁵

Diğer taraftan, olağanüstü dönem YGK yetkisi, Anayasa'nın 112'nci maddesi uyarınca düzenlenen Olağan dönem YGK'larından daha geniş bir yetkidir. Olağan dönem YGK'ları yalnız ivedilik arz eden ekonomik konularda çıkarılabilmekte ve herhangi bir şekilde hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirilememekte iken, olağanüstü dönem YGK'ları "*olağanüstü durumun veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda*" çıkarılabilmekte ve gereklilik ilkesine uygun olarak kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlamaya yönelik tedbirler ihtiva edebilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında "yasallık ilkesi" arandığına değinmiştik. Bu bağlamda, YGK ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ilk nazarda yasallık ilkesine aykırı bir durum yarattığı izlenimi vermektedir. Ancak, idarenin olağanüstü hallerde sahip olduğu YGK yetkisinin çerçevesi yine Anayasa ile çizilmiş bir bağlı yetki niteliğindedir. Her ne kadar takdir yetkisi genişlemiş olsa da Anayasanın 128(1)'inci maddesi gereği, idare söz konusu yetkiyi

⁹⁵ Necatigil, s.426-427.

olağanüstü durum ve sıkıyönetimin gerektirdiği ölçüde kullanabilmektedir. Anayasa'nın 127 (3)'üncü maddesinde idarenin yalnız "sıkıyönetimi gerektiren nedenlerin giderilmesi ile sınırlı olmak koşuluyla, sıkıyönetim süresince yürürlüğü kısmen veya tamamen durdurulan Anayasa maddeleri açıkça gösterilir ve böyle bir sıkıyönetim ilanında, sadece Anayasanın 126. maddesinin (2) fıkrasında belirtilen maddelerin yürürlüğünü..." durdurulabileceğini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda, idarenin YGK ile hangi hak ve özgürlükleri sınırlayabileceği anayasa da listeleme usulü ile sayılmıştır. Bu bakımdan Anayasa koyucunun idareye keyfi bir düzenleme yetkisi vermediğini söyleyebiliriz. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi bir kararında, "Yasa yapma Cumhuriyet Meclisinin yetkisi dahilindedir ve herhangi bir yasanın Anayasaya aykırı olabilmesi için belli bir madde veya kuruluşa ters düşmesi gerekir. Anayasanın 128. maddesi altında Olağanüstü Durum süresince Bakanlar Kurulunun, Resmî Gazetede yayınlanması ve derhal Meclisin onayına sunulması koşulu ile, yasa gücünde kararname çıkarma yetkisinin mevcut olduğu bir gerçektir. Bakanlar Kurulunun böyle bir yetkiye sahip bulunması yasayı geçersiz kılmaz."⁹⁶ yorumunda bulunmuştur. Mahkemenin yorumundan, YGK ile yapılan düzenlemenin Meclis onayına sunulması nedeniyle, yasallık ölçütünün gerçekleştiğini anlamaktayız.

3. Bazı Hal ve Şartlar Meydana Geldiğinde Kuvvet İsteme Yetkisi

KKTC Anayasası, gereklilik koşuluna uygun olarak, anılan olağanüstü durumların bertaraf edilmesi maksadıyla idareye geniş yetkiler vermektedir. Bu kapsamda, kuvvet isteme yetkisi, KKTC Bakanlar Kurulunun olağanüstü durum yönetimi sürecinde aldığı tedbirlerin uygulanmasına yönelik aldığı ek bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır.

56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası'nın 16 ve 17'nci maddeleri uyarınca, "Olağanüstü Durum ilânını gerektiren nedenlerin ortadan kaldırılması amacıyla alınan önlemleri uygulama amacıyla öncelikle Emniyet Örgütünden, bunun yeterli görülmemesi halinde de Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığından yardım isteyebilir."

⁹⁶ KKTC AYM 21/85 D.9/87 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.asp>> s.e.t. 10.03.2023.

Bakanlar Kurulunun kuvvet isteme yetkisini kullanması için gereklilik koşulu aranmaktadır. Buna göre Bakanlar Kurulunun bu kararı alabilmesi için, ilan olunan olağanüstü durum kararına binaen uygulamaya konulacak olan tedbirlerin kuvvet kullanımını zorunlu kılması gerekmektedir. Bu noktada, sıkıyönetim ve artan şiddet olaylarının bastırılmasına dair alınan tedbirlerin bu kategoride olduğu açıktır. Ancak, kanaatimizce ekonomik buhran dönemlerinde alınan katı ekonomik tedbirlerin kuvvet kullanımına ihtiyaç duyması daha az öngörülen bir durumdur.

4. Kamu Hak ve Özgürlüklerini Sınırlama Yetkisi

İdarenin temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisinin hangi hallerde kullanılabileceği hem uluslararası hukukta hem de devletlerin iç hukukunda ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu noktada, temel yaklaşım sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olarak yasalarla yapılmasıdır. Kanuni idare ilkesinin de bir gereği olarak hiçbir organ, Anayasa ve yasaların açıkça vermediği bir yetkiyi kullanmaz.⁹⁷ Her ne kadar, olağanüstü hâl rejimleri bu noktada istisnailek oluşturmakta olsa da bu durum olağanüstü yönetim rejimlerinde de geçerlidir.

KKTC Hukukunda, olağanüstü durumlarda kamu hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması, bazı yönleriyle AİHS prensiplerine göre farklılık göstermektedir. AİHS 15(2)'de dokunulmaz hak ve özgürlükler belirlenmiş ve bunların hiçbir durum altında kısıtlanamayacağı belirtilmiştir. Kısıtlanabileceği öngörülen diğer haklar için ise uluslararası hukuk kurallarına aykırı olmama, ölçülülük ilkesine bağlı kalınmak kaydıyla sınırlama şartları getirilmiştir.

KKTC Hukukunda ise Anayasa koyucu, olağanüstü durumlarda idarenin yetkileri belirlenirken AİHS'in yaklaşımından farklı olarak, Anayasanın 126(2)'nci ve 127 (3)'üncü maddelerinde hangi hak ve özgürlüklerin askıya alınabileceğini listelemek suretiyle belirlemiştir. Yani idare bu konuda bağlı yetkili kılınmıştır. Bu kapsamda Anayasanın 126(2)'nci maddesine göre; Olağanüstü durum ilanı halinde Anayasanın, *Madde 16: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, *Madde 20: Konut Dokunulmazlığı*, *Madde 21: Haberleşme Özgürlüğü*, *Madde 22: Gezi ve Yerleşme Özgürlüğü*, *Madde 24: Düşünce, Söz ve Anlatım Özgürlüğü*, *Madde*

⁹⁷ Ekinci, s.737.

32: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, Madde 33: Dernek Kurma Hakkı, Madde 41: Kamulaştırma ve El Koyma (5) (ç) Anlaşmazlık çıktığı takdirde bir hukuk Mahkemesince saptanacak tam ve hakkaniyete uygun bir tazminatın hemen veya yasanın belirleyeceği beş yılı aşmayan taksitlerle ödenmesi koşuluyla, Madde 42: Vakıf Mallarla İlgili Kamulaştırma, El Koyma ve Sınırlandırma, Madde 48: Çalışma Özgürlüğü, Madde 49: Çalışma Hakkı ve Ödevi: (3) Kimse zorla çalıştıramaz. Angarya yasaktır. Ancak, hükümlülerin, hükümlülükleri süresince rehabilitasyon amacıyla çalıştırılmaları zorla çalışma sayılmaz, Madde 53: Sendika Kurma Hakkı, Madde 54: Toplu Sözleşme ve Grev Hakkı maddelerinin yürürlüğü durdurulabilecektir.⁹⁸ Anayasa Mahkemesine göre, anayasa koyucunun olağanüstü durumlarda idarenin hangi maddeleri askıya alabileceği ve durdurabileceğini açıkça belirtmiş olması nedeniyle, idare açısından bir sınırlılık hali oluşturulmuştur. Bahse konu hüküm gereği, olağanüstü durumlarda başka maddelerin yürürlüğünün durdurulması mümkün değildir.⁹⁹

Olağanüstü durumlara temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer konu ise yetkinin hangi makamda olduğudur. KKTC Hukukunda kamu hak ve özgürlüklerin olağanüstü durumlarda kısıtlanmasında yetkili makam, ilan olunan duruma göre değişiklik göstermektedir. Eğer 124'üncü madde kapsamında olağanüstü durum ilan edilmiş ise yetkili makam Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruludur. Bahse konu durumlarda Bakanlar Kurulunun yetkileri, yasada öngörülen tedbirleri almak suretiyle olağanüstü durum nedenlerinin ortadan kalkması için gerekli önlemleri almaktır.¹⁰⁰ Bu bağlamda, 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası'nın 4(1)'inci maddesine göre Bakanlar Kurulu;

⁹⁸ Necatigil, s.427.

⁹⁹ "1985 Anayasasının 126(2) maddesinde Olağanüstü Durum ilânında hangi Anayasa maddelerinin yürürlüğünün durdurulacağı açıkça belirlenmiş olduğuna göre bunlar dışında sair Anayasa maddelerinin yürürlüğünün de yasa ile durdurulması söz konusu olamaz." KKTC AYM 21/85 D.9/87 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 20.02.2023.

¹⁰⁰ KKTC AYM 21/85 D.9/87 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

“Olağanüstü Durum ilân edilen bölge veya bölgelerde ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacı ile mal, sermaye ve hizmet piyasalarının yönlendirilmesi, vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarının belirlenmesi, çalışma yasasına ilişkin her türlü önlem ve yükümlülüklerin saptanması, düzenlenmesi ve izlenmesi, ilgili bölge veya bölgelere yeterli araç ve gereçle güvenlik kuvveti gönderilmesi için gerekli gördüğü önlemlerin alınmasına ve bunların uygulanmasına ilişkin belirlemeleri yapmaya yetkilidir.”

Diğer taraftan, 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası'nın 3(1)(b) maddesinde yer alan “... özgür demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halinde...” ise olağanüstü durum ilanı ve yetkileri Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı ile Bakanlar Kuruluna verilmiştir.¹⁰¹ Bu bağlamda 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası 5(1)'nci maddesinde yer alan görev ve yetkiler kısmında, artan şiddet olayları hallerinde; ülke içerisinde yaşayan herkesin seyahat özgürlüğünün kısıtlanabileceği, eğitime ara verilebileceği, gerekli görülen bina ve benzeri yapıların olağanüstü durum süresince yönetim tarafından kullanılabilmesi, devlet dairesinde çalışan personel ve hizmet araçlarından yararlanılabileceği, haberleşme özgürlüğünün kısıtlanabileceği, grev, toplantı, gösteri ve benzeri faaliyetlerin kaldırılabilmesi, ekonominin kontrolü maksatlı ticaret üzerine düzenlemelerin yapılabileceği, ihtiyaç duyulan ürünlerin üretim ve dağıtımının yönetim tarafından kontrol altına alınabileceği ve ülkeye giriş çıkışların kısıtlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, söz konusu Yasanın 5 (2) maddesi uyarınca, Yasanın 3(b)(1) maddesinde belirtilen durumların meydana gelmesi halinde ise “*Güvenlik Kuvvetleri Komutanı, (1). fıkrada belirtilenlere ek olarak yasada açıkça belirtilen önlemleri almaya da yetkili kılınmıştır.*”¹⁰² Kanaatimizce yasa koyucu, temel hak ve özgür-

¹⁰¹ KKTC AYM 21/85 D.9/87, <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> s.e.t. 10.03.2023.

¹⁰² Buna göre 3(1) maddesinde belirtilen koşulların oluşması halinde Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı, “*Sokağa çıkma yasağı veya buna ilişkin sınırlama koymak; Kişilerin veya araçların belli yerlerde veya belli saatlerde dolaşmalarını, hareket etmelerini veya toplanmalarını yasaklamak; Kişilerin üstünü, araçlarını, eşya ve özel kağıtlarını aramak, suç aracı veya delil niteliğinde*

lüklerin sınırlanmasına ilişkin yetkileri, durumun vahametine bağlı olarak farklı makamlara vermiştir. Ülkede meydana gelebilecek olan yangın, sel, deprem, sağın hastalık ve ekonomik krizlerde olağanüstü durum ilanı ve buna ilişkin yetkiler Bakanlar Kurulundayken, anayasal düzene karşı oluşabilecek yaygın şiddet olaylarında her iki makama, sıkıyönetim seferberlik ve savaş hallerinde ise doğrudan Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nde açılan bir davada, 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası'nın 4'üncü maddesinin Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına Anayasada verilmeyen yetkileri verdiği ve bu nedenle Anayasanın 3'üncü maddesinde

olanlarına el koymak; Hangi amaçla kullandığına bakılmaksızın gerçek veya tüzel kişilerin kullandığı bütün yapı ve eklentilerinde gece veya gündüz arama yapmak, suç aracı veya suç delili niteliğinde olan eşyaya el koymak; Olağanüstü durum ilân edilen bölge sakinleriyle bu bölgeye dıştan girecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma zorunluluğu koymak; Dernek, vakıf, sendika ve meslek kuruluşlarının çalışmalarını izne bağlamak, durdurmak veya yasaklamak; Gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilânı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayınlanmasını ve dağıtılmasını yasaklamak, bunlardan Olağanüstü Durum bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması veya dağıtılması yasaklayan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri yayımları toplatmak; Resmî ve yarı resmî kurum ve kuruluşlarla bunlara bağlı birimlerde çalışan personelden Olağanüstü Durum ilânını gerektiren nedenlerin ortadan kaldırılması veya alınacak önlemlerin uygulanması bakımından görev başında kalmaları sakıncalı görünenlerin görev yerlerini değiştirmek veya görevden geçici olarak uzaklaştırmak; Söz, yazı, resim, film, plâk, ses ve görüntü bantları ve sesle yapılan her türlü yayımı denetlemek, gerektiğinde sınırlamak veya yasaklamak; Resmî ve yarı resmî kurum ve kuruluşlarla gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu telsiz, telefon ve diğer haberleşme sistemlerini denetlemek, hizmet için bunlardan öncelikle yararlanmak, gerektiğinde faaliyetlerini durdurmak veya el koymak; Resmî ve yarı resmî Devlet kurum ve kuruluşları ile özel kişilere ait kuruluşlara ve bankalara kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma önlemleri aldırma veya önlemlerin artırılmasını sağlamak; Tiyatro, piyes gibi temsili oyunları ve sinemalarda halka gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak; İzinli de olsa her türlü silâh veya mermi bulundurulmasını, taşınmasını izne bağlamak veya yasaklamak; Her türlü cephane, bomba, tahrip maddesi, patlayıcı madde, radyoaktif madde, gaz veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapılmasını veya taşınmasını yasaklamak, bunları veya bunların hazırlanmasına veya yapılmasına yarayan eşya, alet veya araçların teslimini istemek veya toplatmak; Kamu düzeni veya kamu güvenliğini bozabileceği kanısını uyandıran kişi veya toplulukların bölgeye girişini yasaklamak; Kamu düzeni veya kamu güvenliğini bozabileceği kanısını uyandıran kişilerin bölge içinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak; Bölge içinde güvenliklerinin sağlanması gerekli görülen tesis veya örgütlerin bulunduğu alanlara giriş-çıkışı veya buralara yerleşmeyi düzenlemek, sınırlamak veya yasaklamak” yetkilerine sahiptir.

belirtilen egemenliğin kayıtsız şartsız halka ait olduğu ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bahse konu davada Mahkeme;

“Yasanın 4. maddesinin (2). fıkrasının Güvenlik Kuvvetlerine Anayasanın öngörmediği yetkiler verdiği cihetle Anayasanın Başlangıç Kısmı ile 3. maddesine de aykırı düştüğü iddia edilmiştir. İlgili fıkra Olağanüstü Durumun özgür demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları nedeni ile kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halinde Bakanlar Kurulu tarafından Yasanın (1). fıkrası kapsamında alınan kararların uygulanmasına ilişkin sorumluluğunun Güvenlik Kuvvetleri Komutanına ait olmasını öngörmektedir. Diğer bir deyimle bu kararları uygulama sorumluluğu Güvenlik Kuvvetleri Komutanına verilmektedir. Böyle bir sorumluluğun güvenlikten sorumlu bir komutana verilmesi ise doğaldır ve bunun Anayasanın ne Başlangıç Kısmına ne de egemenlikle ilgili 3. maddesine ters düşen bir yanı vardır”¹⁰³ yorumunda bulunarak, artan şiddet olayları ve anayasal düzene karşı oluşan tehditlerde ülkenin silahlı kuvvetlerine geniş yetkiler verilmesini Anayasal çerçevede hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.

SONUÇ

Her ne kadar, insan haklarının korunması amacıyla hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta idarenin yetkilerinin sınırlı olması ve kanuna dayanması hususunda birçok düzenleme yapılmış olsa da olağanüstü durumlarda idarenin yetkilerinin genişlemesi kaçınılmaz bir gerekliliktir. İlk bakışta, idarenin yetkilerinin genişlemesi ve buna bağlı olarak temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirlere başvurulmasının demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı izlenimi oluşsa da olağanüstü hâl (durum) ilanlarının demokratik sistemin devamı için gerekli bir yöntem olduğu anlayışı öne çıkmakta ve alınan kısıtlayıcı tedbirler zaruret hali prensibiyle meşrulaştırılmaktadır. Teorisyenlerin üzerinde durduğu zaruret hali yaklaşımının, devletin olmadığı yerde bireysel haklardan söz edilemeyeceğinden dolayı son derece önemli olduğu açıktır. Ancak, her ne şart altında olursa olsun, idarenin “kanuni idare” ilkelerine uygun hareket etmesi ve

¹⁰³ KKTC AYM 21/85, D.9/87, <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.asp>> s.e.t. 10.03.2023.

işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluk, meşru amaç ve ölçülülük prensiplerine uygun davranması gerekmektedir. İdarenin söz konusu yetkilere aykırı hareket etmesi halinde ise, alınan tedbirler keyfi takdir yetkisi kullanımına varan sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, olağanüstü hâl rejimlerinde dahi idarenin, temel hukuk prensiplerine bağlı kalması gerekmektedir.

KKTC Hukukunda, idarenin olağanüstü durumlardaki yetkileri, kanuni idare ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenmiştir. Bu bağlamda, KKTC Anayasasında, olağanüstü hâl uygulamaları açısından, izlenecek usul ve yöntemler ile idareye tanın yetkilerin Anayasa'nın 124, 125, 126, 127 ve 128'inci maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması hasebiyle, KKTC Hukukunda "Anayasal model" teorisinin hâkim olduğunu söyleyebiliriz.

KKTC Anayasasında, AİHS'in 15'inci maddesi ile uyumlu olarak, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüş ve bu koşul olağanüstü durumlarda idarenin bu yöndeki yetkilerinin sınırlarının belirlenmesinde de geçerli kılınmıştır. Ayrıca, anayasa koyucunun söz konusu hallerde idarenin yetkilerini ve alınacak tedbirleri, mevcut durumun gerekleriyle orantılı olarak artırdığını da görmekteyiz. Bu bakımdan, KKTC Anayasasında öngörülen olağanüstü durum rejiminin uluslararası hukukunda gereği olan yasallık, orantılılık ve ölçülülük ilkelerini karşıladığını değerlendirmekteyiz. Ayrıca, KKTC yasalarında, olağanüstü durum ilanı sonrası idarenin yetkilerinin süre yönünden sınırlanmış olması ve meclis onayı koşulunun aranması yine meşruiyet ve geçicilik ilkelerine uygun bir yaklaşımdır.

İdarenin yetkilerinin sınırlı olması yaklaşımının bir gereği olarak, anayasa ve kanunlarca idareye tanınacak yetkilere belirlilik ve öngörülebilirlik prensipleri aranmaktadır. Bu bakımdan incelediğimizde, KKTC Anayasası ve 56/1983 sayılı Olağanüstü Durum Yasası'nın kapsamlı düzenlemeler ihtiva ettiği olduğu görüşündeyiz. Söz konusu mevzuatta, yetkinin sınırları katı olarak çizilmiş ve hangi hallerde idarenin hangi yetkilere haiz olacağı açıkça belirtilmiştir. Yine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında ise, AİHS'in yaklaşımından farklı olarak anayasa koyucu dokunulmaz hakları belirtmek yerine doğrudan hangi hakların kısıtlanabileceğini listeleme usulü ile saymıştır. Bu bakımdan, KKTC Hukukunda idareye olağanüstü durumlarda dahi aşırı takdir yetkisi tanınmadığını ve sınırların kesin çizgilerle belirlendiğini ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin** (2017) “Temel Hakların Durdurulması”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Yargısı, C:33, S:1, s.61-82.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2009) Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2021) Türk İdare Hukuku. 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları.
- Altındağ, Halil** (2016) İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Balta, B. Tahsin** (1968-1972) İdare Hukukuna Giriş, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Ceylan, Mahmut** (2021) İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çekiç, M. İsmail** (2019) İdare Hukuku Açısından Ruhsat, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Çolak, Çağrı** (2021) “Türkçe Kamu Yönetimi Terminolojisinde Kronik Bir Sorun: İdare/Yönetim Ayrımının Eksikliği”, Avrasya Terim Dergisi, C:9, S:2, s.27-37.
- Doğan, İlyas** (2016) Devletler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Astana Yayınları.
- Dost, Süleyman** (2017) Olağanüstü Hallerde İnsan Hakları ile İlgili Yükümlülüklerin Askıya Alınması ve Türkiye, İstanbul, Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, ss.267-269. Edited by Hakan Kâhya, IBAD Preceeding.
- Ekinci, B. Eylem** (2020) “1985 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası’na Göre Olağanüstü Durumların Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:69, S:3, s.1327-1352.
- Ergül, Ergin** (2015) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci Maddesi Açısından Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi”, Danıştay dergisi, 138, s.9-31.
- Erhürman Tufan** (2012) İdari Yargılama Hukuku; Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Baskı, Lefkoşa, Işık Kitabevi.
- Esen, Selin** (2008) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Göckün, Muhammed** (2017) İdari İşlemin Konu Unsuru, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Gözler, Kemal** (2003) İdare Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.

- Gözler, Kemal** (2016) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 9. Baskı, Bursa, Ekin Yayın Evi.
- Gözübüyük, A. Şeref** (1999) Yönetim Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Turan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref** (2016) Yönetim Hukuku, 34. Baskı, Ankara, Turhan Kitap Evi.
- Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz** (2016) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitap Evi.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2003) İdare Hukuku, Ankara, Turan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2006) İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut** (2011) İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Günday, Metin** (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayın Evi.
- Hasoğlu, Aynur** (2018) “Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, S:33, s.123-142.
- Kaboğlu, İbrahim** (1999) Özgürlükler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, AFA Yayınları.
- Kapani, Münci** (2013) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karahanogulları, Onur** (2018) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kaya, Cemil** (2021) İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Konuk, Mithat** (2016) “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, s.2177-2194.
- Köküsarı, İsmail** (2015) Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.
- Köse, Üzeyir** (2021) “Olağanüstü Hal İlanını Gerektiren Durumların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, UMDE Dini Tetkikler Dergisi-UMDE Journal of Religious Inquires, C:4, S:1, s.129-162.
- Mecek, Mehmet/Kocakula, Ö. Yıldırım** (2020) “Yönetim-İdare Kavramlarının Yapısal-İşlevsel Analizi ve Kavramsal Açından Tanımlanması”, Journal of Social and Humanities Sciences Research, C:7, S:54, s.1411-1425.
- Metin, Yüksel** (2017) “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s.1-74.

- Muhammed, Behçet** (2014) “Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri”, Mater Tezi (Yüksek Lisans), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Necatigil M. Zaim** (2015) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları. 1. Baskı, Lefkoşa, Işık Kitap Evi.
- Ömürgönülşen, Uğur** (2013) “İdare Terimi Niçin Korunmalı ve Yaşatılmalıdır”, İdarecinin Sesi Dergisi, C:15, S:96, s.54-56.
- Önok, Murat** (2016) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları, KHK’ler Türkiye’inde Savunma Hakkı Paneli”, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen Matbaa.
- Özbudun, Ergün** (2010) Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Öztaş, Esmâ** (2019) Türk Vergi Hukuku’nda Özel Usulsüzlük Cezaları ve Yargı Yolu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Pekmez, T. Kelep** (2015) Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Schmitt, Carl** (2010) Siyasi İlahiyat. Ankara, Dost Yayınları.
- Sever, Çiğdem** (2021) Anayasa Mahkemesi Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan kitap Evi.
- Tandoğan N. Özbaykal** (2020) “Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:1, s.467-486.
- The Administration of Justice During the State of Emergency. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyer, s.819. <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>> s.e.t. 10.02.2023.
- Ulu, Güher** (2012) İdari İşlemin Yetki Unsuru, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ülker, Gözde** (2022) İdari İşlemin Yetki Unsur, 1. Basım, Ankara, Adalet Kitapevi.
- Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, H. Eyyüp./Üstün, F. Gül/Tekinsoy, O. Tekinsoy** (2011) İdare Hukuku. 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Yokuş, Sevtap** (1996) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, İstanbul, Beta.

TÜRK HUKUKUNDA EVLAT EDİNME MÜESSESESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK^()**

ÖZET

Nesebi belli olsun olmasın başkasına ait bir çocuğu kendi çocuğu olarak kabul etme anlamındaki evlat edinme geçmişte ve günümüzde rastlanan sosyal ve hukuki bir olgudur. Ailey-le çocuk arasında evlat edinme ilişkisinin kurulması, toplumlarda ortaya çıkan hukuk düzeninin yarattığı yapay bir soy bağı kurma yoludur.

İnsanların varoluşlarından beri ihtiyaç duydukları evlat edinme kurumunun kökeni, kendi hukuk tarihimiz açısından, İslamiyet öncesi Türk hukukunda bulunmaktadır. Uygur belgelerinden edinilen bilgilere göre, Eski Türklerdeki evlat edinme kuralları birçok yönden günümüzdeki kanun hükümleriyle benzerlik göstermektedir.

İslamiyet'in kabul edilmesiyle birlikte, İslam hukukunun onay vermediği evlat edinme kurumu, hukukumuzdan uzunca bir süreliğine çıkmıştır. Evlat edinme kurumu, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte ilk kez resmi olarak 1926 yılında hukukumuzda düzenlenmiştir. Kanunda evlat edinme, Uygur belgelerindeki gibi, sözleşme temeline dayandırılmıştır. Medeni Kanundaki evlat edinme ile ilgili hükümler 2001 tarihli ve 4721 Sayılı Kanunla gerek esasa ilişkin şartlarda gerek şekle ilişkin şartlarda oldukça geniş ve köklü değişiklikler yaparak yeniden düzenlenmiştir. İslamiyet öncesi Türklerde var olan evlat edinme kurumunun yüzyıllar sonra modern haliyle Cumhuriyet dönemi medeni kanunlarımızda yerini almış olması bir çeşit öze dönüş olarak nitelendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Evlat Edinme, Evlatlık, Uygurlar, Türk Medeni Kanunu, Tebenni, Neseb, Sözleşme.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1278493 - **Geliş Tarihi:** 06.04.2023 - **Kabul Tarihi:** 13.06.2023.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İzmir-Türkiye, **E-posta:** mugevatansever@gmail.com; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0002-9414-0164>.

HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE OF ADOPTION IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Adoption, in the sense of accepting a child belonging to someone else as one's own child, regardless of lineage, is a social and legal phenomenon encountered in the past and present. Establishing an adoption relationship between the family and the child is a way of establishing an artificial lineage created by the legal order emerging in societies.

The origin of the institution of adoption, which people have needed since their existence, can be found in pre-Islamic Turkish law in terms of our own legal history. According to the information obtained from the Uyghur documents, the adoption rules in the Old Turks are similar to the provisions of today's law in many ways.

With the acceptance of Islam, the institution of adoption, which is not approved by Islamic law, has been removed from our law for a long time. The institution of adoption was formally regulated in our law for the first time in 1926 with the Turkish Civil Code No. 743. In this Code, adoption is based on contract, as in Uyghur documents. Provisions regarding adoption in the Civil Code were rearranged by Law No. 4721 of 2001 by making extensive and fundamental changes in both the substantive terms and the formal conditions. The fact that the institution of adoption, which existed in the pre-Islamic Turks, took its place in our civil laws of the Republic period in its modern form centuries later, should be considered as a kind of return to the roots.

Keywords

Adoption, Adopted Child, the Uyghurs, Turkish Civil Code, Tebenni, Lineage, Contract.

GİRİŞ

6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen Kahramanmaraş merkezli deprem sonucunda maalesef birçok çocuk sahihsiz ve kimsesiz kalmıştır. Olayın elem verici etkisiyle birlikte çoğu aile, bu durumda olan çocukları evlat edinmek isteyince evlat edinme konusu gündeme gelmiş ve hukuki boyutu önem kazanmıştır. Gündemde yer alan bu evlat edinme kurumunun hem hukuk tarihimizdeki kaynakları, var olma süreci, kuralları ve İslam hukukundaki işlenişi, hem günümüz boyutuyla hukuki kapsamının araştırılması, konu hakkında bilgi sahibi olunması açısından gerekli görülmüştür. Bu çalışmanın yapılmasının amacı, Türk hukuk tarihinde evlat edinme müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi vermek ve günümüz Türk Medeni Kanunu'nda yer alan bu kurumun tarihi kökenleriyle bağlantı kurmaktır.

Nesebi belli olsun olmasın başkasına ait bir çocuğu kendi çocuğu olarak kabul etme anlamındaki evlat edinme geçmişte ve günümüzde rastlanan sosyal ve hukuki bir olgudur. Günümüzde evlat edinme, çocukları olmayan veya arzula-dığı sayıda çocuk sahibi olamamış kimselerin bu gereksinimlerini karşılamak, onlara şefkat duygularını tatmin edecek bir konu bulmak ve aile şefkatinden yoksun, korunmaya muhtaç çocuklara da üstün yararları gözetilerek bir yuva içinde aileyle büyüme mutluluğu vermek, onları topluma yararlı hale getirmek için kabul edilmiş bir hukuk kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Evlatlık ilişkisi, genel olarak, evlat edinen ile evlatlık arasında mahkeme kararı ile kurulan yapay soy bağıny ifade etmek için kullanılan hukuki bir terimdir². Aileyle çocuk arasında böyle bir ilişkinin kurulması (evlat edinme), kan esasına dayanmayan ve hukuk düzeninin yarattığı bir soy bağı kurma yoludur.

İlk çağlarda evlat edinmeler, kabilenin büyümesi, güçlenmesi amacıyla yapılmıştır. Eski toplumlarda zamanla neslin devamını sağlama, ocağını söndür-

¹ **Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal** (2017) Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.126.

² **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.307; **Aydoğdu, Murat** (2010) Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.4.

meme gibi sebepler de evlat edinme yoluna gitmek için en önemli etkenler haline gelmiştir. Evlat edinme usul ve gelenekleri, eski Türk kavimleri tarafından da ilk çağlardan beri uygulanmış ve Türk kavimlerinin boylarına göre çeşitli örf adetler ile geliştirilmiş en sonunda da hukuki çerçevesi belirlenen bir müessesese haline getirilmiştir. Eski Türk Devletleri, evlat edinme müessesesi için örf ve kanunla belirli hukuki kurallar ve usuller düzenlemişlerdir.

Evlat edinme kurumu, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte ilk kez resmi olarak 1926 yılında hukukumuzda düzenlenmiştir. Bu yüzden kanunda yer alan evlat edinmeye dair hükümlerin devrimci karakterde olduğu söylenmelidir.

Çalışmada öncelikle İslamiyet öncesi Türk hukukunda evlat edinme müessesesiyle ilgili bilgiler verilecek, sonrasında Osmanlı hukukunda evlat edinme uygulamasına benzer uygulamalardan bahsedilecek ve son olarak Cumhuriyet döneminde kabul edilen Türk Medeni Kanunlarındaki evlat edinme ile ilgili düzenlemeler incelenecektir.

I. İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKUNDA EVLAT EDİNME

Ruhların insanların ölümünden sonra da yaşamaya devam ettiğine, onların da canlılar gibi yiyecek ve içecek maddelere ihtiyaçları olduğuna, özellikle dini bazı dua ve ayinleri yönetecek kimselere muhtaç bulunduğu inanan devirlerde, bu görevleri yerine getirecek bir çocuk bırakmadan ölümü bekleyenler büyük bir korkuya kapılırlardı. Bu yüzden, bu gibi kimseler öldükten sonra kendilerine yiyecek ve içecek getirecek, dualar edecek, ayinler yaptıracak bir çocuğa evlat edinme yoluyla sahip olmak isterlerdi³. Eski toplumlarda evlat edinmenin bir amacı da kabilenin büyümesi, güçlenmesi olmuştur. Bu sebeplerle, Eski Türkler de dahil olmak üzere, ilk çağlarda yaşamış topluluklarda evlat edinme müessesesi büyük bir önem arz etmektedir.

İslamiyet öncesi Türk hukuku ile ilgili bilgi veren hukuki belgelerden edinilen bilgiler, Eski Türklerde evlat edinme müessesesinin yaygın olarak kullanıldı-

³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.126.

ğını göstermektedir. Evlat edinilen oğlana Eski Türkler, “tutuncu” oğul demişlerdir⁴. Çocuğu olmayan aileler (neslin devamını sağlama, ocağını söndürmeme gibi amaçlarla) evlat edinebildiği gibi; fakirlik sebebiyle çocuğun başka aileye evlatlık verildiği de olmaktadır. Kendi doğurdukları çocukları hep ölmüş olan bazı aileler, çocukları yaşamadığı için, yeni doğan çocuklarını, kötü ruhların zararından korumak amacıyla başka bir aileye evlatlık olarak verirlerdi. Bu şekilde kötü ruhlar yanıltılmış olurdu⁵. Mesela Yakutlarda⁶, çocuk ölümlerine çare olarak evlatlık verme uygulamaları görülmektedir. Kötü ruhların yanıltılması için bazen de çocuklar doğar doğmaz akraba veya tanıdıklar tarafından kaçırıl-

⁴ **Kaşgarlı, Mahmut** (1986) *Divanü Lügat-il Türk Tercümesi*, C:III, Çev. Besim Atalay, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, s.375; **Arsal, Sadri Maksudi** (1947) *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.344.

⁵ Yakın zamana kadar Anadolu’da, çocuğu yaşamayan aileler, çocuğa zarar veren ve *alkarısı* diye bilinen kötü cinlerin zararından korumak, onları aldatmak amacıyla yeni doğan çocuğunu bir süre başka bir ailede büyütür veya türbeye adak yaparak bir evliyanın manevi himayesine verirdi. Böylece alkarısı, o çocuğu verilen diğer evin çocuğu zannetmekte ve ona zarar vermemektedir [**Ekinci, Ekrem Buğra** (2015) *Hukukun Serüveni*, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s.100; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2008) *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, İstanbul, Arı Yayınları, s.70]. Bu durum, eski Türk geleneklerinden bazılarının İslamiyet’ten sonraki Türklerde de sürdürüldüğüne bir örnektir.

⁶ **Caferoğlu**, evlatlık müessesesinin en orijinal halinin bütün ayrıntı ve şekilleriyle Yakutlarda bulunduğunu düşünmektedir. (Aksi görüş için bkz. **İnan, Abdülkadir** (1948) “Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C:VI, S:3, Mayıs-Haziran, s.129). Yakutlar için evlenmek, her şeyden evvel nesli yaşatmak demektir. Onun için Yakutların örf-adet hukuku, evlat edinme müessesesine çok geniş bir yetki ve hukuki hak vermiştir. Çocuğu olmayan herhangi bir Yakut ailesi, evlat sahibi olmak için evlat edinme yoluna başvururdu. Yakutlarda evlat edinme, maddi bir çıkara dayanmaz ve karşılıksız olarak yapılırdı. Evlat edinilen çocuk, öz evladın sahip olduğu bütün hakları elde ederdi, baba ölünce evlat edinilen direk kan bağı olan çocuk gibi varis olurdu. Bu haklar, evlat edinen sonra da kendi öz çocuğu olsa bile, asla kaybedilmez; hatta, bu durumda evlatlığa kendini öz evlat gibi hissetmesi için daha fazla gayret edilmekteydi. Genellikle on yaşına varmayan çocuklar evlat edinilirdi. Evlat edinme hakkı kocaya aitti; kocası hayatta olan kadın asla evlat edinemedi. Kocası ölen kadınlar, hiçbir kimseden izin almadan istediği gibi evlatlık edinebilirdi. Yakutlar, erkek evlatlığı kız evlatlıkla evlendirmezlerdi (**Caferoğlu, Ahmet** (1939) “Türk Taamül Hukukunda Evlatlık Müessesesi”, *Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası*, C:II, S:1, s.100-106). **Arsal** ise, Yakutlarda evlat edinme için rıza gösteren anne ve babanın bunun için bir miktar mal aldığını belirtmiştir. Evlat edinme için mutlaka anne babanın rızası aranırdı (**Arsal**, s.145).

maktadır. Aileler, çocuklarının ölmesi yerine bu şekilde başka aileler tarafından evlatlık olarak büyütülmesine razı olmaktadır⁷. Bazı eski Türk kavimlerinde (örneğin Altaylarda), çocuğu ergenlik çağına gelmeden ölenlerin, çocuk kaçırmaması bile meşru sayılmıştır. Bir süre sonra çocuğun ailesine bu durum haber verilmekte ve onların belli bir bedel karşılığı çocuklarını geri almalarına imkân tanınmaktadır⁸.

Özellikle Uygur dönemine ait belgeler evlat edinme müessesesinin varlığıyla ilgili aydınlatıcı niteliktedir. Belgelerden anlaşıldığı üzere, evlatlık ilişkisi evlat edinenle çocuğunu evlatlık olarak veren baba arasında yapılan bir sözleşmeyle kurulmaktadır⁹. Bu sözleşmede, evlat edinilen kişinin evlat edinenin evindeki durumu, hak ve görevleri ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir¹⁰. Çocuk, bazen para veya mal karşılığı, bazen de parasız olarak evlat edinilmektedir¹¹. Mal karşılığı evlatlık vermede diğer kardeşlerin rızası aranmaktadır¹². Belgelerdeki bilgilere göre, evlat edinilen çocuk, sahîh nesepli çocuklarla benzer haklara sahiptir; ailenin diğer çocuklarıyla aynı statüdedir¹³. Evlatlık, evlat edinenin evinde yaşar, nafakası kendisini evlat edinen kişi tarafından karşılanır¹⁴. Evlatlık, baba-

⁷ Yakutlar da bir başka evlat edinme şekli de birkaç kız evladı olup erkek evlada sahip olamayan ailelerde rastlanmaktadır. Yakutlar özellikle büyük kızına mahsus olmak üzere damadını evlatlık olarak evine alır, bunun karşılığında evlatlık olan damat kayınpederin bütün emirlerini yerine getirirdi. Kayınpeder, yaşlanınca ona bakar, öldükten sonra da geriye kalan evlatlarını yetiştirirdi. Bu şekilde evlatlık edinilen damatların mirastaki hisseleri oldukça büyüktür; kayınpederin ölümü üzerine asıl miras damadın olurdu (**Caferoğlu**, s.107).

⁸ **Caferoğlu**, s.101, 102; **Aydın, Mehmet Akif** (2022) *Türk Hukuk Tarihi*, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.19, 20; **Ekinci**, s.99, 100; **Ekinci** (2008), s.72; **Avcı, Mustafa** (2018) *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Bası, Konya, Atlas Akademi Yayınları, s.27.

⁹ **Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül** (2017) *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.47; **Aydın**, s.19.

¹⁰ **Cin/Akyılmaz**, s.47; **Arsal**, s.344.

¹¹ **Aydın**, s.19; **Avcı**, s.27; **Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed** (1995) *Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku*, Cilt: 1, 3. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s.81.

¹² **İzgi, Özkan** (1987) *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, s.93.

¹³ **Aydın**, s.19; **Cin/Akyılmaz**, s.47.

¹⁴ **Cin/Akyılmaz**, s.47; **Aydın**, s.19.

nın gösterdiği işleri yapmak ve ölünceye kadar ona sadakat göstermek, iyi davranmakla mükelleftir¹⁵. Evlat edinebilmek için evli olma şartı yoktur¹⁶. Evlatlık, evlat edinenin öz çocuğu gibidir¹⁷. Evlatlık, evlat edinen kişi öldüğünde kanuni mirasçısı olur ve evlat edinenin daha sonra çocukları olsa bile hukuki statüsünde bir değişiklik olmaz; evlat edinen evlatlığını öz çocuklarından ayırmaz¹⁸.

İslamiyet öncesi Türk hukukunda evlat edinme kurumunun yaygın olarak bulunduğunu gösteren Uygur dönemi ait belgelerden biri şu şekildedir:

“... onun oğulsuz, torunsuz kaldığını düşünerek, ben iki oğlumdan Turmuş adlısını halk arasında yürürlükte olan kural ve göreneğe göre Sutpak’a evlatlık olarak verdim. Bundan sonra oğlum artık Sutpak’ın evinde kalacağından bu Sutpak oğlu (babası evinde) yemek yemeli, gösterilen işleri yapmalı ve oğulluk vazifelerine ilişkin kurallara uygun bir biçimde ölünceye kadar Sutpak’a sadakatle hizmet etmelidir. Ben Sutpak’a gelince, ben de bu Turmuş adlı oğlanı benim kanımdan gelen oğlum gibi sayacağım. Eğer ben (ileride) evlenip de oğul ve kızlarım dünyaya gelirse dahi bunu (Turmuş’u) (diğer) oğullarıma eşit tutacağım. Ev hayatında ne varsa hepsinden, oğullarım ne kadar çok olursa olsun, bu oğlana (Turmuş’a) da mirastan hisse bırakacağım. Fakat oğlan büyüdükten sonra, onun çalışma gücünden yararlandığım halde ona oturacak yeri ve yiyecek şeyleri sağlamazsam, ona karşı fena muamele edersem, o kendi dilek ve istemiyle benden ayrılıp istediği yere gidebilecektir. (Bundan ötürü) ben Sutpak’ın itirazı geçerli olmayacaktır. Bugün Sutpak diyor: Ben ona (Turmuş) kendi oğlum gibi muamele edeceğim, onu evlendireceğim, onun durumuyla ilgileneceğim. Fakat onu eğitirken gerekirse sertçe de muamele edebileceğim. Fakat ona karşı tarafımdan yapılan kanun, örf ve adetler ve nizama aykırı herhangi bir cebir ve zulüm niteliğindeki ha-

¹⁵ Cin/Akyılmaz, s.47, 48.

¹⁶ Kurtoğlu, Yasemin (2019) Eski Orta Asya Türk Devletleri’nde Aile, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.33; Avcı, s.28.

¹⁷ Avcı, s.28.

¹⁸ Arsal, s.344; İzgi, s.92; Caferoğlu, s.111; Ekinci, s.100; Avcı, s.27, 28; Demir, Abdullah (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Yitik Hazine Yayınları, s.27, 28; Kurtoğlu, s.33, 34.

reketlerim suç sayılacaktır. Tanık Si... Temür; tanık Aruk'tur. Bu tamga ben Turçun'indir. Ben İşkara, Turçi Baksi'nin imlası altında yazdım."¹⁹

Bu belge, Uygur belgelerinin düzenlenmiş olduğu X-XIV. yüzyıllar arasında Türklerin evlat edindiklerini açıkça göstermektedir. Evlatlıkla evlat edinmenin hukuki ilişkisi bugünkü anlayışa benzemektedir. Bu ve benzeri bazı belgelerde "kanun" kelimesinin açıkça geçmesi, Uygurların çocuk edinimi, çocuğun ve onu alan kişinin sözleşme sonrası zorunlulukları gibi konuları kanunlarla düzenlemiş oldukları sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu belgeleri hazırlamak dışında, Uygurların evlat edinmek için eski geleneklere dayalı bir merasim yapıp yapmadıkları bilinmemektedir.

"Oğulluk bir" adı verilen evlat edinme sözleşmesinde genellikle çocuğunu evlatlık olarak veren kişiye "süt sevinci" adı altında bir ödeme yapılmıştır. Süt sevinci, çocuğa doğumundan evlatlık verildiği çağa kadar yapılan masrafların karşılığıdır²⁰. Özellikle para veya mal karşılığı yapılan evlat edinme sözleşmelerini içeren belgelerde "süt sevinci" kavramına sıklıkla rastlanmaktadır: "*Ben Titso, ağabeyim Ançuk'un evinde yemek yapmak güçleştiğinden, kendisiyle konuşup, küçük kardeşimiz Antso'yu süt sevinci karşılığı, yirmi sitr gümüşe, akrabamız olan Toynak Şilavanti'ye verdik. Ben Toyna Şilavanti, oğlum Sambodu ile aynı haklara sahip olarak oğulluk (olarak) aldım*"²¹. Bu belgenin dikkat çekici bir yanı da çocuğu evlatlık veren kişinin büyük kardeşi olmasıdır. Muhtemelen bu ailede baba ölmüş ve kardeşler ailenin ortak sorumluluğunu yüklenmişler; bu sebeple, aralarında anlaşarak, ihtiyaç içinde olan kardeşlerinin geçim sıkıntısını çözmek adına küçük kardeşlerini (rızasını da alarak) evlatlık vermişler²².

Evlatlık sözleşmesi yapıldığı andan itibaren evlat edinilen çocuğun asıl ailesiyle ilişkisi kesilmektedir; ailesi daha sonra çocuğunu geri almak isterse o güne

¹⁹ **Vilhelm Radloff**, *Altuigurische Sprachproben aus Turfan*, belge No: 98, s.55 vd. (Akt. **Arsal**, s.86); **İzgi**, s.90; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s.42.

²⁰ **Cin/Akyılmaz**, s.48; **Cin/Akgündüz** (1995), s.81; **Aydın**, s.19; **Demir**, s.27, 28; **Kurtoğlu**, s.34, 35.

²¹ **İzgi**, s.144.

²² **İzgi**, s.90; **Kurtoğlu**, s.36.

kadar yapılan bütün masrafları ödemek zorundadır. Buna karşılık evlat edinen evlatlığına kötü davranır, yiyecek ve içeceğini temin etmezse evlatlık evi terk ederek istediği yere gitme hakkına sahip olur²³. Ancak evlat edinenin evlatlık çocuğu terbiye ederken gerçek babası gibi bazen sertçe davranma hakkı bulunmaktadır²⁴. Şüphesiz bu hak, disipline etme sınırları içinde, ölçülü olmalı ve kötü muamele kapsamına girmemelidir. Eğer çocuğa akrabalar tarafından kötü davranılırsa, bu akrabaların sözleri geçerli sayılmaz ve cezalandırılmaları gerekir²⁵. Bir Uygur belgesinde, evlatlığından başka kendisinin bir de öz oğlu olduğu anlaşılan kişi, koydurduğu kayıtle, akrabalarının hatta öz oğlunun bile, evlat edindiği çocuğunu incitmemelerini ve ona kötü davranmalarını söylemektedir²⁶.

Çocuğun para veya mal karşılığı evlat edinildiği durumlar, bazı Uygur belgelerinde oğul satışı olarak nitelendirilmiştir. Belgelere oğul satışları, bir tarih ile başlamış ve sonra kimin hangi ihtiyaçtan dolayı, kime oğlunu sattığını gösterir bir cümle ile devam etmiştir²⁷. Oğul satışları, pamuklu bez, gümüş para, neslin devamı, eşya ihtiyacının karşılanması ve geçim sıkıntısının giderilmesi gibi ihtiyaçlardan dolayı yapılmıştır. Örnek belgelerden bazıları şu şekildedir:

*“Bana Kuktamuni Tamuni’ya kullanmak için pamuklu kumaş lazım olduğundan, Alpış’tan elli ince pamuklu kumaş alarak, on üç yandaki oğlum Yungçi’yi sattım”*²⁸. *“Kutluk Temür, Er Togmiş ve Tokdamış, (bize) kullan-*

²³ **Arsal**, s.345; **Cin/Akyılmaz**, s.48; **Ekinci**, s.100; **Avcı**, s.27, 28; **Kurtoğlu**, s.35.

²⁴ **Arsal**, s.344.

²⁵ *“... her kim olursa olsun bir güçlük çıkartacak olursa, büyük orduya ak yastuk, beglere binek atı versinler ve sözleri geçersiz olsun”* (**İzgi**, s.92).

²⁶ **İzgi**, s.92.

²⁷ Tarla satışıyla ilgili belgelerde görülen tarlanın “bin yıl on bin gün” yeni sahibinin mülkiyetinde kalmasını gösteren terim, oğul satışıyla ilgili bazı belgelerde de görülmektedir. Böylece satılan oğullar veya kardeşler, hayatları boyunca evlat edinenler tarafından mülkiyetleri kendi üzerinde kalmak şartıyla bir başkasına devredilebilmektedirler. Eğer evlat sahibi tarafından beğenilmezse, tekrar ücret karşılığı başka birine satılabilmektedir. Genellikle bu tür evlatlıklar, ziraat işinde çalıştırılmaktadır (**İzgi**, s.91; **Caferoğlu**, s.109).

²⁸ **İzgi**, s.136.

*mak için gümüş yarmak (para, sikke) lazım olduğundan, Sengekdez Aka'dan almış altın alarak, babası (ben) Kutluk Temür, ağabeyi Er Togmuş ve ağabeyi Toktomuş, üçümüz oğlum Mubarek'i sattım*²⁹.

Evlat edinilmenin karşılıklı olup olmaması açısından burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Uygurlardaki parasız, karşılıksız yapılan evlat edinmeler daha çok neslin devamı için ya da zor durumda olan bir çocuğu koruyup kollamak gibi sebeplerle yapılır ve günümüzdeki evlat edinme müessesesine daha çok benzeyen, ona kaynak olabilecek niteliktedir. Ancak oğul satışı olarak da adlandırılan maddi bir menfaat karşılığında yapılan evlat edinmelerin, evlat edinen kişinin evinde ya da dışarıda çalıştırılarak (bir besleme gibi) yardımcı ya da işçi ihtiyacını karşılamaya yönelik olduğunu düşünmekteyiz. Belirtmek gerekir ki, buradaki durum bir çeşit “kölelik” değildir; Eski Türklerdeki çocuk edinme kurumunun farklı bir uygulanış şeklidir ve maddi menfaat karşılığında alınan evlatlığın da aileden biri olarak kabul edildiği belgelerden anlaşılmaktadır. Çocuk, öncelikli görev olarak, verildiği kişinin hizmetini karşılarken, alan kişi de çocuğun ihtiyaçlarını yerine getirerek ona adil bir hayat sunmaktadır. Tüm bu sorumlulukların yerine getirilmediği durumlarda yapılacak yaptırım ve verilecek cezalar sözleşmelerde belirtilmiştir³⁰.

Uygurlardaki bu tür maddi menfaat karşılığında yapılan evlat edinme sözleşmeleri, İslam hukukunda ve Osmanlı mahkeme kayıtlarında yer alan “ıcar-ı sağır³¹” sözleşmelerine bazı yönlerden benzemektedir.

²⁹ **İzgi**, s.140.

³⁰ **Gül, Bülent** (2021) “Uygurlarda ve Moğollarda Evlatlık Uygulamaları”, Journal of Turkish Studies, Özel Sayı 1, s.134.

³¹ İslam hukukunda iş sözleşmeleri, çocuklar için de yapılmaktaydı. Varlıklı aileler, maddi durumu zayıf olan ailelerin çocuklarını kendilerine hizmet etmeleri amacıyla muayyen bir ücret karşılığında icareye almışlardır. Bu sözleşme, velilerle anlaşarak gerçekleştirilmekte ve kadiya tescil ettirilmiştir. Bu durumdaki kız çocukları için “besleme”, “ahretlik”, “manevi evlat” ifadeleri kullanılmıştır (**Turan, Ali** (2016) “1815 Numaralı Trabzon Şer’iye Sicilindeki Üç Kayıt Işığında Osmanlı Hukukunda Evlatlık ve Koruyucu Ailelik Üzerine Bir İnceleme”: Gedikli, Fethi (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:1, 13-14 Mayıs 2016, İstanbul, XII Levha Yayınları, s.109).

Özellikle Uygurlarda, borcunu ödeyemeyen kişinin çocuğunun bir teminat olarak, evlatlık alındığı görülmektedir. Ödünç alınan eşya veya para karşılığında borçlunun çocuğu alacaklıya teminat ve yardımcı olarak verilmekte; aslında bu durum evlatlıktan çok borca karşılık alınan bir insan rehni olmaktadır. Uygurlar, bu anlamdaki rehne *tutuglug* adını vermişlerdir. Bir çeşit rehin olan bu çocuk, alan ailenin diğer çocuklarından daha aşağı statüde bulunmakta ve bir çeşit hizmetkar kabul edilmektedir. Bu tür evlatlığı alan kimse ister bu çocuğu kendi işlerinde isterse başkası yanında çalıştırmaktadır. Borç ödeninceye kadar çocuk alacaklıya hizmet etmekte, alacaklı da çocuğun bütün masraflarını karşılamaktadır³².

İslamiyet öncesi Türklerde yaygın olarak erkek çocuklar evlat edinilmektedir; kız çocukların evlat edinildiği örnekler son derece azdır. Kız çocuklarının evlat edinildiğine dair örnekler özellikle Kırgızlarda görülmektedir³³. Kırgızlardaki evlat edinme müessesesi Uygurlardaki evlat edinme müessesesine göre daha evlatlığın yararına önem veren bir görünümde olup şahsi ve maddi menfaatlardan uzak kalmıştır. Uygurlarda para veya mal karşılığı da evlat edinme mümkündü; ancak Kırgızlarda, evlatsızlık bir çeşit aile felaketi kabul edildiği ve neslin devamına önem verildiği için maddi menfaatten çok insani duyguların hâkim olduğu bir evlat edinme sistemi mevcuttu. Evlatlığa, Kırgız dilinde “mülkte hissesi olan çocuk” (ençiles bala) denilmektedir. Evlat edinme işlemine ilişkin çeşitli gelenek ve merasimler bulunmaktaydı. Kırgızlarda evlatlık merasimi şahitler huzurunda gerçekleşir ve bu merasim sırasında kurbanlar kesilirdi³⁴. Evlat edinilen kişi, hiçbir şekilde yeni katıldığı ailenin üyeleriyle ve yakın akrabalarından biriyle evlendirilmezdi³⁵.

³² **Arsal**, s.331-333; **İzgi**, s.95, 96; **Cin/Akgündüz** (1995), s.85; **Aydın**, s.20; **Caferoğlu**, s.109; **Ekinci** (2008), s.71; **Kurtoğlu**, s.38.

³³ **Caferoğlu**, s.115; **Aydın**, s.20; **İzgi**, s.92; **Cin/Akyılmaz**, s.48; **Ekinci**, s.100; **Demir**, s.28.

³⁴ Kırgızlarda evlat edinilme merasiminde evlatlık, yeni annesinin göğsüne dokunmak zorundadır; çünkü, evlatlığın yeni annenin göğsüne dokunmasındaki esas amaç evlatlığa, hakiki öz evlatların sahip olduğu hak ve hukuku bahşetmek ve öz evlat gibi kabul edildiğini göstermektir (**Caferoğlu**, s.114; **İnan**, s.130).

³⁵ **Caferoğlu**, s.115; **İnan**, s.130.

Moğollarda da evlat edinme kurumuna sıkça rastlanmaktadır. Genellikle evlat sahibi olmak isteyen yaşlı erkekler bu yola başvururdu. Ayrıca babasının terekesinden hissesi olmayıp sadece kılıcını, okunu ve atını alıp yurdundan uzaklaşmak isteyen bir aile evladı da bu yola başvururdu. Nerede baba ve anne olabilecek birilerini bulursa onlara “bana bir isim veriniz” diye talepte bulunurdu³⁶. Bu durum sıklıkla görülürdü; çünkü baba oğullarından yalnız birini kendisine varis seçip diğerlerini mahrum bırakma veya her birinin hissesini dilediği gibi belirleme yetkisine sahipti³⁷. Evlat edinen kişinin daha sonra bir oğlu olursa veya evlatlık, yeni ailesinin güvenini kazanamazsa, evlat edinen kişi evlatlığını kovabilirdi. Evlatlık olarak giden oğul da istediği zaman evlat edineni terk edip, kendi öz babasının yanına dönebilir; böylece evlatlık ilişkisini sonlandırabilirdi. Ancak evlatlık, evlat edinenin yanındayken evlenmişse, sebepsiz şekilde evlatlık ilişkisini bitiremezdi³⁸.

Görüldüğü gibi farklı İslamiyet öncesi Türk toplumlarında evlat edinme müessesesinin kuralları birbirine tam olarak benzemese de hepsinde evlat edinme uygulaması bulunmaktadır. Genel olarak İslamiyet öncesi Türklerde evlat edinmenin, sözleşme esasına dayanan, karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan ve evlatlığın öz çocuklarla aynı haklara sahip bulunduğu, kanuni mirasçılık gibi önemli hukuki sonuçlar doğuran bir kurum olduğu anlaşılmaktadır.

II. İSLAMİYET’İN KABULÜNDEN SONRA TÜRKLERDE EVLAT EDİNME (TEBENNİ)

İslam dininde kimsesiz çocukların bakılıp büyütülmesi dini-ahlaki bir görev olarak önemli bir yer tutmuştur. Ancak İslam hukukunda çocuğu bakıp büyütenle çocuk arasında, günümüz hukukunda olan ilişki gibi tek veya çift taraflı mirasçılık alakası kurarak ve evlenme yasağı oluşacak şekilde bir evlatlık ilişkisi kabul edilmemiştir. Evlatlık kurumu, İslam hukukunda nesep bağıını kuran bir

³⁶ **Mahmud Esad Efendi** (2012) Tarih-i İlm-i Hukuk, (Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Âdem Yörük), Ankara, Yetkin Yayınları, s.121.

³⁷ **Mahmud Esad Efendi**, s.121.

³⁸ **İzgi**, s.95.

kaynak olarak görülmemiştir; dolayısıyla evlat edinen ile evlatlık arasında hiçbir nesep bağı mevcut olmaz³⁹.

İslamiyet'ten önce Araplar arasında evlat edinmenin çok yaygın olduğu; hatta Hz. Muhammed'in bile bir evlatlığının bulunduğu bilinmektedir⁴⁰. İslam'ın ilk yıllarında eski geleneğin devamı olarak bir süre korunan evlatlık kurumu Medine döneminde inen, “*Allah evlatlıklarınızı öz oğullarınız olarak tanımadı*” (el-Ahzâb 33/4) meâlindeki âyetle kaldırılmış, ardından gelen âyette de evlatlıkların evlat edinenlere değil; asıl babalarına nisbet edilmesi emredilmiştir⁴¹. Bazı hukukçular tarafından bu kurumun İslam hukukunca benimsenmemesi, böyle bir uygulamaya yönelten dini telakkilerin bâtil inançlardan kaynaklandığının ortaya konması, ayrıca karşıladığı bazı psikolojik ve sosyal ihtiyaçların İslam'da farklı kurumlarla karşılanması ve esas olarak evlatlık uygulamasının yapay oluşuyla açıklanmaktadır⁴².

Evlat edinme kurumunun İslam hukukunda kabul edilmemesinin diğer sebepleri şu şekildedir⁴³: İslam dininde atalar kültürüne özel bir önem verilmediğinden çocuğu bulunmayan ailelerin mutlaka bir evlatlık edinerek ailelerini ve atalar kültürünü devam ettirmelerine gerek görülmemiştir. Aileleri evlatlık uygulamasına yönelten sebeplerin başında çocuklarının olmayışı gelir. Çocuksuz ailelerin bu ihtiyaçları, boşanmaya imkân tanınıp yeniden evlenmenin sağlanmasıyla, ayrıca birden fazla evliliğe izin verilmekle giderilmeye çalışılmıştır. Çok

³⁹ **Aydın**, s.298; **Cin/Akyılmaz**, s.380; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s.126.

⁴⁰ Hz. Peygamber, peygamberlik ona nail olmadan önce eşi Hatice'nin kendisine hediye ettiği Zeyd b. Hârîse adlı köleyi ailesinin satın almak istemesi üzerine âzat etmiş, fakat Zeyd Resûl-i Ekrem'in yanında kalmayı tercih etmiş, bunun üzerine Resûlullah onu evlât edinmiştir (**Aydın**, **Mehmet Akif** (1995) “Tebenni”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C:11, s.527).

⁴¹ Hz. Peygamber eski evlatlığı Zeyd b. Hârîse'nin boşadığı eşi Zeyneb'le evlenmiş ve böylece evlatlık kurumunun bütün sonuçlarıyla geçerliliğini yitirdiğini göstermiştir. Bu tür bir uygulamanın Câhiliye alışkanlığının etkisiyle yadırganabileceği veya istismar edilebileceği ihtimali karşısında, “Muhammed sizin erkeklerinizden -Zeyd b. Hârîse dahil- herhangi birinin babası değildir” (el-Ahzâb 33/40) meâlindeki âyet indirilmiştir (**Aydın** (1995), s.528).

⁴² **Aydın** (1995), s.528; **Mahmud Esad Efendi**, s.240.

⁴³ **Aydın** (1995), s.528.

evliliğe izin veren diğer hukuk sistemlerinde de evlat edinme kurumuna genelde rastlanmamaktadır. Müslümanlığın evlenmeyi kolaylaştırıp özendirmesi, boşanmaya izin vermesi, gayrimeşru birleşmelere ağır cezalar öngörmesi İslam toplumunda evlilik dışı çocukların sayısını çok azaltmıştır. Ayrıca çocukların bakımı İslamiyet'in özen gösterdiği konuların başında gelir⁴⁴. İslam hukukçuları tarafından terk edilmiş çocuklarla ilgili olarak getirilen esaslar veya çocukların bakımı ve gözetimi konusunda akrabaya, belirli kurum ve kuruluşlara yüklenilen ödevler (*hidane*⁴⁵), evlat edinme kurumunun karşılamış olduğu ihtiyaçlara cevap verecek bir nitelikte görülmüştür⁴⁶.

Toplumda belli bir fonksiyonu yerine getirmekle birlikte evlat edinme uygulamasının yapay⁴⁷ bir özellik taşıması, nesep karışıklığına yol açması ve kötüye kullanılmaya müsait bulunuşu da İslam hukukunun bu kuruma iyi gözle bakmamasında rol oynamıştır. Ayrıca bu kurumun zaman zaman kötüye kullanıl-

⁴⁴ Kur'an-ı Kerim'in çeşitli âyetleri (el-Bakara 2/220; en-Nisâ 4/8-10; ed-Duhâ 93/9) kimsesizleri koruyup gözetme ve onlara iyi davranma mecburiyetini getirirken savaş ganimetlerinin paylaşımını konu alan âyetler de (el-Enfâl 8/41; el-Haşr 59/8) bu mallardan yetimlere pay ayırarak devleti kimsesizlere sahip çıkma hususunda sorumlu tutmuştur (Bkz. **Yazır, Elmalılı Hamdi** (1993) Kur'an-ı Kerim ve İzahlı Meâli, (Haz. Düccane Cündioğlu), İstanbul, İslamoğlu Yayıncılık).

⁴⁵ Hidane, çocuğun bedenlen ve ruhen sağlıklı büyümesi ve yetişmesini sağlama gayesine hizmet eden velayettir. Fıkıhta terim anlamı, bebek ve küçük çocukları sürekli olarak yanında bulundurma, besleme, bakma, koruma, gözetme ve terbiye etme hak ve görevidir. Genellikle boşanma sonrası gündeme gelen bir durumdur ve boşanma sonrası çocukların bakım ve gözetiminde ilk sıra anneye aittir (**Karakoç, İrem** (2015) "Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:3, Temmuz, s.155).

⁴⁶ **Aydın** (1995), s.528.

⁴⁷ Kan bağından kaynaklanan tabii soy bağından farklı olarak, evlat edinmeye dayanan ve sözleşme veya mahkeme kararı ile kurulan soybağı "yapay soybağı" olarak adlandırılmaktadır (**Kaya, Cengiz** (2009) Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul, Beta Basım Yayın, s.3; **Aydoğdu**, s.9). Küçükken evlatlık alınıp büyütülen kimselerle evlatlık edinenler arasında genelde bir sevgi ve saygı bağı oluşmaktaysa da bu durum evlatlık kurumunun yapaylığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu müesseseyi benimseyen hukuk sistemleri de bu yapaylığı zımnen itiraf etmektedir; bunun sonucu olarak tarafların anlaşmaları halinde, bazı durumlarda ise bir tarafın isteği üzerine evlatlık ilişkisinin sona ermesini kabul etmektedir (**Aydın** (1995), s.528).

diği, evlatlıkların ucuz iş gücü ihtiyacını giderme amacına yönelik olarak istihdam edildiği de görülmüştür⁴⁸.

Ancak Osmanlı Devleti'nde, muhtemelen İslamiyet öncesi dönemin de etkisiyle, günümüzdeki evlatlık kurumundan farklı da olsa kendine özgü bir evlatlık kurumu var olmuştur. Şeriyye sicillerinde oldukça sık tebenni⁴⁹ (evlatlık) kayıtlarına rastlanmaktadır. Osmanlı hukukunda tebenni uygulaması evlat edinme değil; daha çok bakıma muhtaç kimsesiz çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi sayılır. Tebenni müessesesi, öz aile bakımına sahip olamayan çocukların bakımı, korunması ve sağlıklı birer birey olarak yetiştirilmelerine hizmet etmektedir. Örneğin Saliha adlı kimsesiz çocuk, Emine adında bir kadına teslim edilmiş, küçüğün zorunlu ihtiyaçları için günlük dört akçe takdir edilerek geri alma hakkı olan biri ortaya çıkarsa ondan alınmak üzere sicile kaydedilmiştir⁵⁰. Sicil kayıtlarında da görüldüğü gibi bir başkasının çocuğunu yanına alıp büyütme isteyen kimseler çocuk için günlük nafaka takdir ettirmektedirler. Bu şekilde nafaka takdir ettirilmeden yapılan harcamalar bağış kabul edilmekte, sonradan tahsili mümkün olmamaktadır. Oysaki bu şekilde nafaka takdiriyle yapılan harcamaların sonradan tahsili mümkündür. Kimsesiz çocukları evlat edinen aileler, bu yolla nafaka takdir ettirerek sonradan evlatlarının ellerinden alınmasını böylece engellemek istemişlerdir. Eğer çocuğun gerçek ailesi çıkar ve onu geri isterse birikmiş nafaka borçlarını ödemek zorunda kalmaktadır. Ancak bu tür bir evlatlık ilişkisinde İslam hukuku gereği tek veya çift taraflı

⁴⁸ **Akıntürk, Turgut** (2006) Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt, 10. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, s.370; **Aydın** (1995), s.529.

⁴⁹ Arapça'da evlat edinme karşılığında kullanılan **tebenni**, “oğul” anlamındaki ibn kelimesinden türemiş olup “oğul edinme” demektir. Evlat edinme kurumunun var olduğu çoğu toplumda görüldüğü gibi eski Arap toplumunda da sadece erkek çocuklar evlat edinildiğinden bu olgu tebenni kelimesiyle ifade edilmiştir (**Aydın** (1995), s.527).

⁵⁰ **İstanbul Kadı Sicilleri - İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073 - 1074/ M. 1663-1664)** (2010) (Haz. Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahraman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadısicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023, C. 16, No: 96, s.159. Aynı mahkemenin kayıtlarında, “*Hüseyin b. Ali'nin evlat edindiği Râbia için günlük dört akçe nafaka takdir olunduğu*”, (No: 432, s.375) ve “*Mehmed b. Abdullah'ın Mustafa b. Abdülkadir adlı küçüğü evlat edindiği*” (No: 953, s.710) hakkında benzer içerikte örnekler bulunmaktadır (<<http://www.kadısicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023).

mirasçılık yani kanuni mirasçılık söz konusu olmaz. Bu kimselere vasiyet yoluyla miras bırakma imkânı ise her zaman vardır. Evlat edinen kişi başka mirasçısı yoksa mallarının tamamını, varsa en fazla üçte birini evlatlığına vasiyet edebilir. Üçte biri aşan kısım için mirasçılarının rızası şarttır. Bu ilişkide evlatlıkla evlat edinen arasında evlenme engeli de bulunmamaktadır⁵¹.

İslam hukukunda bir de evlat edinmeyi andıran ve “akd-i muvalât” (mevlâlık akdi) denilen bir sözleşme vardır. Nesebi belli olmayan bir kişi diğer bir kişiye: “Sen benim mevlâm ol, ölünce malıma varis ol, diyete bağlı bir suç işlersem âkilem olup diyetimi öde” der ve diğeri de bunu kabul ederse, yapılan sözleşmeye akd-i muvalât denir. Bu akit nesebi belli olmayan kişinin söylediği hukuki sonuçları doğurur. Burada, baba ile oğul arasında değil, efendi ile azat etmiş olduğu köle arasındaki duruma benzerlik söz konusudur. Baba oğlunun diyetini ödemediği halde, efendi azat etmiş olduğu kulunun diyetini ödemeye mecburdur. Bu akitle, efendi durumuna giren kişiye “mev ül-muvalât” denilmektedir⁵². Bu kişilerin her ikisinin de nesebi belli değilse ve karşılıklı olarak aynı icap ve kabullerde bulunurlarsa, ikisi de birbirinin varisi olur ve birbirinin diyetini öderler⁵³.

Osmanlı şerhiye sicillerinde sıkça yer alan tebenni kayıtları⁵⁴, Osmanlı Devleti’nde hukuki sonuçlarından mahrum fiili bir evlatlık ilişkisinin varlığını ortaya

⁵¹ Aydın, s.298; Aydın (1995), s.529; Turan, s.102-107.

⁵² Mahmud Esad Efendi, s.240; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.126.

⁵³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.126, 127.

⁵⁴ İstanbul Bab Mahkemesi sicillerinde yer alan, “*Mehmed Beşe b. Ali ve hanımı Ayşe bt. Mehmed’in evlâtlık verdikleri çocuklarını geri alması*” başlıklı dava, tebenni için verilen çocuğun geri alınmasına ilişkindir. Bu kayıta Mehmed ve Ayşe adlı karı koca, kendilerinden olduğunu iddia ettikleri ve tebenni için Havva adlı kadına verdikleri oğullarını geri istemiş; ancak adı geçen Havva, çocuğun kendisinden ve boşandığı eşinden olduğunu ileri sürerek çocuğu geri vermek istememiştir. Davacılar iki erkek ve üç kadın şahit getirerek iddialarını ispatlamış ve mahkeme çocuğun kendilerine verilmesine karar vermiştir (**İstanbul Kadı Sicilleri- Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (H. 1102 / M. 1691)** (2011) (Haz. Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahriman, Fuat Recep, Sabri Atay), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadisicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023, C. 20, No: 287, s.252).

1815 Numaralı Trabzon Şer’iye Sicili’nde bulunan lakit (terk edilmiş veya kaybolmuş olarak bulunup anne ve babası bilinmeyen çocuk) bir çocukla ilgili olan kayıt (V. 24b-2) şu şekildedir: “*Ali b. Kara Sinan adlı kişi, terbiyesinde olan tahminen dört yaşındaki lakit çocuğu mahkemeye getirmiş ve*

çıkarmaktadır. Genellikle anne babası hayatta olmayan, kimsesiz veya ana babası hayatta olmakla birlikte fakirlikten dolayı aile bakımından mahrum kalan çocukların bakımı, terbiyesi ve himayesi için bu yola başvurulmuştur. İstanbul şerhiyye sicilleri incelendiğinde Osmanlı Devleti'nde, Arap toplumundan farklı olarak, erkek çocuklarından ziyade kız çocuklarının tebenni alındığı görülmektedir⁵⁵.

Osmanlı Devleti'nde evlatlıklar hiçbir şekilde öz babalarının isimlerini terk etmemiş ve yeni aile reislerinin adıyla anılarak çağrılmamışlardır. Ayrıca Osmanlı mahkemeleri, bu sistemi, çocuğun buluş çağıyla sınırlamıştır⁵⁶. Çocuğun biyolojik ve psikolojik gelişimine en uygun çevre aile çevresi olduğu için, herhangi bir sebeple kendi ailesinden ayrılmış olan çocuğa yeni bir aile ortamı hazırlamak, Os-

nafaka takdir edilmesini talep etmiştir. Mahkeme de günü bir buçuk akça olmak üzere nafaka takdir etmiştir. Bu nafakayı adı geçen Ali kendi malından harcayacak, çocuğun sahibi ortaya çıktığında da yaptığı masrafları ondan talep edecektir. Mültakitin, yaptığı masrafları ilerde ortaya çıkacak çocuğun babasından alabilmesi, bu yöndeki hâkim kararıyla mümkündür. Ancak bunun için çocuğun kaybolmasında babanın bir kusurunun olması aranmaktadır. Bu durumda çocuğun babası ortaya çıkmazsa, yapılan masraflar bağış kabul edilecektir” (Turan, s.110, 111).

Cami avlusunda bulunan bir çocuğun evlat edinilmesi hakkında bir kayıt: “Büyük Bursa şehrinin Yiğit Cedit mahallesinde oturan, Mehmet kızı Fatma ismiyle meşhur olan ve bu vesikayı gönderen hanımefendi, yüce mahkemenin huzurunda ifadesini yazdırıp küçük bir çocuğu evlat edinmek için şunları söyledi: “Himayem ve terbiyem altında bulunan, şu mecliste bulunanların da tahmin ettiği üzere iki yaşında bulunan Havva isimli küçük kızı vesikayı göndermeden on gün önce, adı geçen büyük şehirde Veled-i Nağlibend Mahallesi Camii şerif-i avlusunda, kimsesiz olduğu halde bulup aldım. Şu an meşru geçimini, nafakasını sağlayan ve bakımını üstlenen kimse çıkmaması üzerine, adı geçen küçük kıza harcayacağım nafaka, giyim ve diğer bakım masraflarının, eğer ileride çocuğu benden geri alma hakkı olabilecek yakınları ortaya çıkarsa, yazının yazıldığı tarihten itibaren, bilinen miktar olan aylık 15 kuruş takdir edip, adı geçen tahmini meblağ, zikredilen küçük kıza harcanan nafaka, bakım ve diğer masrafların geri bana ödenmesi talebidir.” Mahkemeye başvuran adı geçen Fatma Hanım'ın bu talebi üzerine evlat edinmesine karar verildi. Tarih: 1261/1841 yılı Mübarek Zilhicce ayının perşembe günü” (Kurt, Abdurrahman (1992) “Tanzimat Döneminde Koruyucu Aile Müesseseleri”: Erverdi, Ezel/Yıldız, Hakkı Dursun (Editörler), Sosyo Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Ankara, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, s.560).

⁵⁵ Turan, Üsküdar ve Eyüp mahkemelerine ilişkin incelemiş olduğu 25 kayıttan 16'sının kız çocuklarının tebbenisine ait olduğunu ifade etmektedir (Turan, s.107).

⁵⁶ Kurt, Abdurrahman (1994) “İslam'ın Koruyucu Aileye Bakışı”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.181; Sağlam, Osman (2006) “İslam Hukuku Açısından Evlat Edinme”, (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.20.

manlı kadısının temel görevlerinden biriydi. Kadı bu görevini, buluş çağına kadar çocuğun evlat edinilmesini sağlamakla veya icar-ı sagır yoluyla onu bir koruyucu ailenin yanına yerleştirmekle yerine getiriyordu. Mahkemenin haberi olmadan bir şahsın herhangi bir kimseyi evine alması mümkün değildi; tebenni için hâkim izni gerekmektedir. Tebenninin hukuki bir sonucu olmadığından evlatlık verenler, istedikleri zaman çocuklarını geri alabilirlerdi; ancak mahkemece evlatlık alan günlük nafaka takdir ettirmişse gerçek ailenin bunu ödemesi gerekirdi⁵⁷.

Burada “icar-ı sagır” uygulamasından da bahsetmekte fayda vardır. İslam hukukunda iş sözleşmeleri, çocuklar için de yapılmaktaydı. İcar-ı sagır; refah seviyesi yüksek olan ailelerin, fakir aile çocuklarını, kendilerine hizmet etmek üzere velileri ile anlaşarak, belli bir ücret karşılığında kiralamaları olayıdır⁵⁸. Bu, mahkemenin onayı ile gerçekleşen bir tür iş akdidir⁵⁹. Bu sözleşme, velilerle anlaşarak gerçekleştirilmekte ve kadıya tescil ettirilmektedir. Burada çalıştırılmak üzere eve alınan çocuklar, bugün dahi “besleme⁶⁰” diye tabir ettiğimiz konumdaki çocuklardır. İcar-ı sagır yoluyla özellikle kız çocuklarının kiralandıkları görülmektedir⁶¹. Bu durumdaki kız çocukları için “besleme”, “ahretlik”, “manevi evlat” ifadeleri kullanılmıştır. Besleme ile yanında barındığı aile arasında soybağı kurulmadığı gibi, beslemenin evlatlığın sahip olduğu haklardan, örneğin miras hakkından yararlanması söz konusu olmaz. Beslemelik ilişkisi, ahlaki borç olarak kabul edilen bakım borcuna karşılık beslemeye de işgörme borcu yükleyen bir fiili borç ilişkisidir⁶².

⁵⁷ Kurt (1992), s.553; Sağlam, s.20.

⁵⁸ Kurt, Abdurrahman (2013) Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876) Sosyo-Ekonomik Yapı, Gelenek ve Görenekler, Bursa, Sentez Yayıncılık, s.80.

⁵⁹ Kurt (2013), s.80; Sağlam, s.20.

⁶⁰ Ekonomik gücü bulunmayan ailelerin çocuklarının ya da ana babası bulunmayan çocukların başka ailelerin yanında barınması, bunun karşılığında ailenin çocuktan ev işlerinde yararlanması şeklinde ortaya çıkan ilişkide, bu çocuklara “besleme” denilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s.308).

⁶¹ Örnek bir kayıt için bakınız; “Cafer Subaşı mahallesinden Hadice bt. Ali'nin Atiyetullah Hanım'ın yanında çalışması” (İstanbul Kadı Sicilleri- Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1196-1197 / M. 1782-1783) (2019) (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadisicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023, C:79, No: 497, s.445).

⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s.308; Aydoğdu, s.12, 13; Turan, s.109.

İcar-ı sagîr sözleşmesinin kesinlikle bir emek sömürüsü olmadığı, ahiret sevabı kazanmak sebebiyle fakir aile çocuklarının ihtiyaçlarını giderme ve onları koruma, himaye etme amaçlarına hizmet ettiği söylenmektedir⁶³. İcar-ı sagîr müessesesinde hizmet süresi rüş çığıyla sınırlandırılmış ve mali yükümlülük tamamen kiralayan kimsede olmuştur. Bu tür kayıtlarda ücret şu şekilde belirlenmiştir: Belli bir ücret çocuğun aylık bakım masrafı olarak belirlenmekte, kalan miktar ise çocuğa rüş çığında verilmek üzere ayrılmaktadır⁶⁴.

Osmanlı mahkeme kayıtlarında yer alan “ıcar-ı sagîr” sözleşmelerinin, Uygurlardaki maddi menfaat karşılığında yapılan evlat edinme sözleşmelerine benzediği görülmektedir. Oğul satışı olarak adlandırılan bu evlat edinmelerde evlatlık, evlat edinen kişinin evinde ya da dışarıda çalıştırılarak yardımcı ya da işçi ihtiyacını gidermekte; buna karşılık evlat edinen kişi çocuğun ihtiyaçlarını karşılayarak ona adil bir hayat sunmaktadır. Eski Türklerdeki çocuk edinme kurumunun farklı bir uygulanış şekli olan maddi menfaat karşılığı evlat edinmelerde, evlatlığın da aileden biri olarak kabul edildiği belgelerden anlaşılmaktadır⁶⁵. Burada evlatlık alınan kişi, yine Osmanlı uygulamasındaki besleme gibi, evlatlığın işlerini görmek için çalışmakta; ancak farklı olarak Uygurlarda (fena muamele söz konusu olmadıkça) evlatlık ömür boyu o ailenin yanında kalmakta ve öz çocuklardan farkı olmayıp mirastan pay almaktadır⁶⁶. Oysa Osmanlı’da besleme, rüş çığına gelince hizmet akdi sona ermekte, aileye mirasçı olamamaktadır⁶⁷. Belgelerden anlaşıldığına göre, Uygurlarda genellikle erkek çocuklar, Osmanlı Devleti’nde ise kız çocuklar bu sözleşmeye konu olmuşlardır⁶⁸.

Son olarak İslam-Osmanlı hukukunda bir tür fiili evlat edinme sayılabilecek lakitlerin evlat edinilmesinden de bahsedilmelidir. İslam hukukunda terkedilmiş

⁶³ Bay, Abdullah (2014) “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukuki Durumları”, Turkish Studies, C:9, S:4, s.157; Turan, s.109.

⁶⁴ Kurt (1994), s.182-184; Turan, s.109.

⁶⁵ İlgili belgeler için bakınız İzgi, s.134-144.

⁶⁶ İzgi, s.144.

⁶⁷ Kurt (1994), s.182-184; Turan, s.109.

⁶⁸ Uygurlarla ilgili evlat edinme belgeleri için bakınız İzgi, s.134-144. Osmanlı dönemi belgeleri için bakınız Turan, s.109 vd.

buluntu çocuklar için “lakit” başlığı altında özel hükümler düzenlenmiştir. Lakit, fıkıhta terkedilmiş veya kaybolmuş olarak bulunup anne ve babası bilinmeyen çocuk anlamına gelmektedir⁶⁹. Bu şekilde bir çocuğu görüp muhafaza etmek Hanefi mezhebine göre, övgüye değer, yapılması üstün ve gerekli olan bir davranıştır. Lakitin gerçek anne babasının bilinmemesinden ötürü nesebi meçhuldür. İşte bu noktada bu kimselerin nesebi konusunda bir kolaylığın sağlandığı görülmektedir. Hanefilere göre, bir kimse böyle bir çocuk için “bu, benim oğlumdur” derse, hukuki ispat yolları işletilmeksizin ve delile gerek olmaksızın tanıma suretiyle nesep iddiası kabul edilmekte, çocuğun nesebi istihsânen o kişiye bağlanmaktadır⁷⁰. Bunun için lakit çocuğun nesebinin meçhul olması yani nesebinin hiç kimseden sabit ve malum olmaması ve nesep iddiasında bulunan kişinin de yaşının ona baba olmasına müsait bulunması gerekmektedir⁷¹. Çocuğun bu nesep iddiasını onaylamasına ihtiyaç yoktur; ancak çocuk mümeyyiz ise bu ikrarı onaylamalıdır⁷². Eğer mümeyyiz çocuk, bu ikrarı onaylamazsa nesebi sabit olmaz⁷³. Ayrıca nesep ikrarında, çocuğun zina mahsulü olduğu söylenmemelidir⁷⁴. Tüm bu bilgiler bizi, lakit çocuğun tanıma yoluyla onu bulan kişiyle

⁶⁹ **Köse, Saffet** (2003) “Lakît”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C:27, s.68. **Mavsili, Abdullah b. Mahmud** (2012) El-İhtiyar Tercümesi, C:2, Çev. Mehmet Keskin, İstanbul, Hikmet Neşriyat, s.359, 360; **İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. El Hafid el Kurtubi** (1992) Bidâyet'ül-Müçtehid, C:2, İstanbul, Ensar Neşriyat, s.255, 256. Böyle bir durum, genel olarak çocuğun bakımının sağlanamayacağı endişesinden ve zina töhmetinden kaçmak amacıyla gerçekleştirilmektedir (**Turan**, s.97).

⁷⁰ Bir kimse bu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ederse, delilsiz kabul edilmekte ve çocuğun nesebi istihsânen ona bağlanmaktadır. Halbuki İslam hukukunda, iddia edenden iddiasını ispat etmesini istemek bir kuraldır. Lakit çocuk konusunda bu kuralın işletilmemesindeki amaç, çocuğun nesebe kavuşması, çeşitli zararlardan korunması, terbiye edilmesine yardımcı olunması, aile ortamında yetişmesi gibi maslahatlardır. Bunda çocuğu bulan için de bir zarar yoktur; çünkü, böylece kişi evlat sahibi olacak ve bu evlat sebebiyle dini ve dünyevi bir takım faydalı işlere yardımcı bulunacaktır (**Bilmen, Ömer Nasuhi** (1967) Hukuk-ı İslamiyye ve İslahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C:7, İstanbul, Bilmen Yayınevi, s.237).

⁷¹ **Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed** (1996) Türk Hukuk Tarihi Özel Hukuk, Cilt: 2, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s.126, 127.

⁷² **Ekinci** (2008), s.452; **Köse**, s.69.

⁷³ **Cin/Akgündüz** (1996), s.127.

⁷⁴ **Köse**, s.69; **İbn Rüşd**, s.256-259; **Mavsili**, s.262-264; **Turan**, s.99.

nesep bağı kuracağı ve tıpkı öz çocuğu gibi hukuki haklara sahip olacağı sonucuna ulaştırmaktadır.

Lakit çocuklarla ilgili olarak getirilen bu esasların, evlat edinme kurumunun karşıladığı ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte olduğu söylenebilir. Ancak burada İslamiyet öncesi Türk hukukundaki veya günümüzdeki hukuki anlamıyla bir evlat edinme durumu söz konusu değil, nesebi belli olmayan bir çocuğu tanıma yoluyla onunla nesep bağı kurulması hali söz konusu olmaktadır.

19'uncu yüzyıla gelinceye kadar, Osmanlı Devleti'nde, korunmaya muhtaç çocuklara yönelik çocuk bakımevi, yetiştirme yurdu türünden herhangi bir kurum bulunmuyordu. 1860 yılında yetim çocuklarla ilgili "ıslahhane" kurulmuş; bunu "Daru'ş-şafaka", "Daru'l-aceze" ve son yıllarda "Kızılay" izlemiştir. Bu kurumların geç ortaya çıkmasının nedeni, İslam-Osmanlı hukukunun, yukarıda belirtilen kimsesiz çocukların korunmasına yönelik teşvik ettiği çeşitli uygulamaların var olmasıdır. Kimsesiz çocukların kurum yerine bir koruyucu, sıcak bir aile ortamında yetiştirilmesi için vakıflar, öksüz ve yetimleri kendi hanelerinde bakan ailelere yüzyıllar boyunca mali destek sağlamışlardır⁷⁵. Kimsesiz çocukların ailelerce korunup gözetilmesi sayesinde bakımevi gibi kurumlara ihtiyaç duyulmamış; bu tür kurumlar devletin son dönemlerinde ortaya çıkmaya başlamıştır.

Görüldüğü gibi İslam-Osmanlı hukukunda evlat edinenle evlatlık arasındaki günümüz hukukunda olan ilişki gibi tek veya çift taraflı mirasçılık alakası kurarak ve evlenme yasağı oluşacak şekilde bir evlatlık ilişkisi kabul edilmemiştir. Osmanlı hukukundaki evlat edinme benzeri uygulamalar, İslamiyet öncesi Türk hukukundaki evlat edinme kurumundan farklıdır. Eski Türklerdeki evlatlık ilişkisinde de günümüze benzer şekilde evlatlık, evlat edinenin öz çocuklarıyla hukuki açıdan aynı statüde kabul edilmiş ve mirasçılık hakkı kazanmıştır. Osmanlı uygulamasında evlat edinmeye benzeyen uygulamalar bulunsa da bunlar daha çok "koruyucu ailelik" niteliğindedir ve çocuğun öz ailesi onu geri alma hakkına her zaman sahiptir.

⁷⁵ Kurt (1992), s.557.

III. CUMHURİYET DÖNEMİ KANUNLARINDA EVLAT EDİNME MÜESSESESİ

A. GENEL OLARAK

Evlatlık kurumunu yaşatan etkenlerden biri şüphesiz kimsesiz çocukların bakım ve gözetim ihtiyacıdır. I ve II. Dünya Savaşları'nın doğurduğu sosyal problemler çerçevesinde Batı'da nesebi belli olmayan veya kimsesiz kalan çocukların sayısında büyük bir artış meydana gelmiş ve bu durum evlat edinme kurumunun tekrar hukuk sistemlerinin gündemine girmesinin en önemli faktörünü oluşturmuştur⁷⁶.

Evlat edinme kurumunun çocuklara aile yuvasının sıcaklığını verme, çocuğu olmayan kişilere evlat sevgisi kazandırma, kimsesiz çocukları koruyup kollama ve topluma yararlı insanlar olarak yetiştirme gibi birçok faydası bulunmaktadır. Bunlara karşın, evlat edinme kurumunun sakıncalı yanları da vardır. Evlat edinme kurumu, birtakım yasa dışı menfaatlerin elde edilmesinde bir araç olarak kullanılabilir. Örneğin, evlat edinmede gizli olarak kanuni mirasçıların saklı paylarını azaltmak veya ortadan kaldırmak, kanuni mirasçılardan miras kaçırmak, evlatlığı adeta ucuz bir hizmetçi veya uşak olarak kullanmak gibi amaçlar söz konusu olabilir. Tüm bu sakıncaları gidermek için evlat edinme kurumu pek çok devletin medeni kanunlarında ayrıntılı olarak ve çocuğun yüksek yararını esas alarak düzenlenmeye başlamıştır⁷⁷.

Çok eskiden beri çeşitli hukuk sistemlerinin kabul ettiği evlat edinme müessesesi, çeşitli sebeplerle çağdaş medeni kanunlara da girmiş ve 1926 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınan 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nde⁷⁸ de yerini almıştır. Türk Kanunu Medenisi'ndeki evlat edinme ile ilgili hükümler 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Medeni Kanun'la⁷⁹ değiştirilmiştir.

⁷⁶ Aydın (1995), s.529.

⁷⁷ Serozan, Rona (2000) Çocuk Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, s.143; Akıntürk, s.369, 370; Tekinay, Selahattin Sulhi (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.445; Velidedeoğlu Hıfzı Veldet (1965) Türk Medeni Hukuku C:2 Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Nurgök Matbaası, s.345.

⁷⁸ 743 Sayılı "Türk Kanunu Medenisi", 4.4.1926 tarihli, 339 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁹ 4721 Sayılı "Türk Medeni Kanunu", 8.12.2001 tarihli, 24607 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

4721 sayılı Medeni Kanun evlat edinme kurumunu düzenlerken eski kanundaki düzenlemeden epeyce ayrılarak gerek esasa ilişkin şartlarda gerek şekle ilişkin şartlarda oldukça geniş ve köklü değişiklikler yapmıştır.

B. 743 SAYILI TÜRK KANUNU MEDENİSİ'NE GÖRE EVLAT EDİNME

Cumhuriyetin ilk yıllarında yürürlüğe giren, İsviçre Medeni Kanunu esas alınarak hazırlanan 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, evlat edinmeyi sözleşme temeline dayandırmıştır⁸⁰. Evlat edinme, evlat edinenle evlat edinilen arasındaki bir sözleşmedir. Ancak bu sözleşmenin yapılabilmesi için hâkim tarafından verilecek bir “ön izin” gerekmektedir⁸¹. Bu nedenle Cumhuriyet’in ilk medeni kanununda düzenlenen evlat edinmeyi, kamu makamlarının ön iznine dayalı olarak gerçekleştirilen bir sözleşmeden doğan hukuksal bir ilişki olarak nitelendirmek mümkündür.

Kanun, evlat edinmeyi 253-258’inci maddeleri arasında düzenlemiştir⁸². Kanuna göre; evlat edinme, evlat edinen ile evlatlık ve onun furûu (altsoyu) arasında kural olarak sahih nesep hükümleri doğuran, hâkimin izni üzerine yapılabilen şekle bağlı bir “aile hukuku sözleşmesi”dir. Evlat edinme sonucunda evlat edinenle evlatlık arasında meydana gelen nesep, doğumla meydana gelen nesep gibi “kan bağına” değil; taraflar arasında akdedilen “evlatlık sözleşmesine” dayanmaktadır. Bu yüzden, evlat edinmeden doğan nesebe “akdî nesep” denilmektedir⁸³.

Kanun, ilk düzenlendiği halinde, 253’üncü maddesiyle, evlat edinme hakkından yararlanabilmek için, evlat edinmek isteyen kimsenin belirli bir olgunluk yaşına ulaşmış olmasını aramıştı. Buna göre, Kanun ilk düzenlendiği halinde

⁸⁰ Akıntürk, s.370; Aydoğdu, s.3.

⁸¹ Serozan (2000), s.149.

⁸² İlgili maddeler için bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.743.pdf>> s.e.t. 21.03.2023.

⁸³ Ataay, M. AYTEKİN (1957) Medeni Hukukta Evlat Edinme, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.245; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin (1986) Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.462.

evlat edinebilmek için 40 yaşında olmayı şart koşmaktaydı; daha sonra 16.06.1983 tarih ve 2846 sayılı Kanun ile bu yaş şartı 35'e indirildi. Medeni Kanun, evlatlık alınacak kişi için herhangi bir yaş şartı getirmemiştir; yeni doğmuş bir çocuk da yaşlı bir insan da evlat edinilebilir⁸⁴.

743 sayılı Kanun, evlat edinme müessesesini daha çok çocuk sahibi olamayan kişilerin çocuk hasretini gidermek, çocuk sahibi yapmak amacına yönelik gördüğü için kendi öz çocukları olanların, yani altsoyu bulunanların evlat edinmelerine izin vermemiştir. 253'üncü maddeye göre, evlat edinme hakkı en az 35 yaşında olup da nesebi sahîh fûruu bulunmayanlara aittir. Evlat edinen kimsenin evlatlıktan en az 18 yaş büyük olması şarttır. Mümeyyiz olan kimse, rızası olmadıkça, evlatlığa alınamaz (m. 254). Ana babanın veya hâkimin izni alınmadıkça mahcur ile küçük, mümeyyiz bile olsalar, evlatlığa alınamazlar (m. 254). Veliler verdikleri izni koşula bağlayamazlar ve geri alamazlar⁸⁵. Eşlerden birinin evlat edinmesi veya evlatlık olması diğêrinin rızasına bağlıdır (m. 255)⁸⁶. Bu hükümler emredici olup, sözleşmeyle ortadan kaldırılamazlar⁸⁷.

Evlat edinme, evlat edinenin oturduğu yer sulh hakiminin izni üzerine yapılacak resmi bir senetle olur ve evlat edinme doğum kütüğüne yazılır. Evlat edinme işlemi, hâkim izni ve resmi senet düzenlenmesi ile kurulur; nüfusa tescil kurucu değil, tamamlayıcı unsurdur. Hâkim evlat edinmeye izin vermeden önce, duruma göre gerekli görebileceği her türlü soruşturmayı kendiliğinden yapar. Hâkim, tarafların belirttikleri sebebi haklı bulmadıkça evlat edinmeye izin vermez. Kanun'un 256'ncı maddesinde düzenlenen bu hüküm, evlat edinmenin resmi senetle yapılan bir sözleşme niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.

⁸⁴ **Ataay**, s.44; **Oğuzoğlu, Cahit** (1958) Medeni Hukuk II Aile Hukuku, 4. Basım, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, s.232.

⁸⁵ **Feyzioğlu**, s.367; **Serozan** (2000), s.146-148.

⁸⁶ Bir kimsenin eşinin evlat edinmesine onay vermiş olması, kendisinin de o çocuğu evlat edinmesi anlamına gelmeyip, karı kocanın aynı çocuğu evlat edinmek istemeleri halinde, her ikisi için de hâkimin izninin alınmış olması aranır. İki kişinin ortaklaşa evlat edinmesi imkânı sadece evli çiftlere tanınmıştır (**Feyzioğlu**, s.367).

⁸⁷ **Ataay**, s.75, 76; **Saymen, Ferit Hakkı/ Elbir, Halit Kemal** (1960) Türk Medeni Hukuku Cilt 3: Aile Hukuku, İstanbul, Hak Kitabevi, s.341.

Resmi senet, ancak hâkimden alınan izin üzerine düzenlenir; senedi düzenleyecek olan makam da noterdir. Burada evlatlığa alınacak çocuğun yararı da gözletilmiştir; hâkim, gerekli tüm şartlar tamam olsa bile eğer evlat edinme işlemi çocuğun yararına değilse istenilen izni vermeyecektir⁸⁸.

Kanun'un 257'nci maddesine göre; evlatlık, evlat edinenin soyadını taşıy ve onun mirasçısı olur. Bu durum asıl ailesindeki mirasçılığa da engel değildir. Evlatlık hem evlat edinenden hem de gerçek anne babasından miras hakkına sahiptir. Ana babaya ait hak ve vazifeler, evlat edinen kimseye geçer. Karı koca tarafından birlikte evlat edinilen ve mümeyyiz olmayan küçüklerin nüfus kaydında ana baba adı olarak, evlat edinen karı kocanın adları yazılır. Evlatlığın, miras ve başka haklarının zarara uğramaması, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Evlatlığın, reşit olduktan sonra asıl ana babasının soyadını kullanma hakkı saklıdır. Bu maddeden anlaşılıyor ki, evlat edinenin soyadını taşıma yükümlülüğü reşit olmayan evlatlık için söz konusudur. Evlatlık, sadece evlat edinenin sahih nesepli fûruu gibi mirasçı olur. Evlat edinenin mirasından, yalnızca evlatlık ile onun altsoyları yararlanabilir (m. 447/1). Başka bir deyişle, evlat edinmeden doğan kanuni mirasçılıkta halefiyet kuralı, ancak evlatlık ile altsoyu arasında meydana gelir; evlatlığın diğer kanuni mirasçıları, halefiyet kuralından yararlanarak evlat edinenden miras alamazlar. Ancak 257'nci maddede düzenlemeye göre, evlatlığın hiç miras alamayacağı veya mahfuz hissesi bulunamayacağı ya da evlatlığın fûruunun miras hakkının olamayacağı gibi hususlar evlat edinme sözleşmesinden önce yapılan bir resmi senetle kararlaştırılabilir⁸⁹.

Evlat edinme sonucunda, evlat edinilen ile evlatlık arasında sahih nesep benzeri bir bağ meydana gelse de bu bağ, kan bağına dayanmadığı için, hısımlık sadece evlat edinilenle evlatlık arasında doğar. Evlat edinenin daha sonra kendi öz çocukları olursa, evlatlık onlarla kardeş sayılmaz. Evlatlık sadece evlat edinenin mirasçısı olur; evlat edinenin diğer hısımlarına mesela annesine, babasına, kar-

⁸⁸ **Ataay**, s.65, 66, 92; **Saymen/Elbir**, s.347, 348; **Oğuzoğlu**, s.233; **Akıntürk**, s.382; **Kaya**, s.57.

⁸⁹ **Feyzioğlu**, s.389, 488-490; **Oğuzoğlu**, s.234.

deşlerine ve diğer çocuklarına mirasçı olamaz. Evlat edinen ise evlatlığın mirasçısı olamaz⁹⁰.

Kanun'un 258'inci maddesine göre, evlatlık ilişkisi, evlatlık sözleşmesinin yapılmasına ilişkin bulunan kurallara uyulmak şartıyla, iki tarafın rızasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Anlaşmayla evlatlık ilişkisine son verebilmek için hâkimin iznini almak ve resmi senet düzenlemek gerekir. Evlatlık, hâkime başvuru olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde, evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Evlat edinen de mirastan mahrum bırakma sebeplerinin varlığı halinde, evlatlık bağının kaldırılmasını hâkimden isteme hakkına sahiptir. Evlatlık sözleşmesinin sona ermesine yönelik hâkim kararından sonra, evlatlık ilişkisiyle ilgili bütün hükümler ortadan kalkmaktadır. Evlat edinme sözleşmesinin kaldırılması, evlat edinme bağının geleceğe ilişkin bütün sonuçlarını ortadan kaldırır; kaldırma kesindir, bundan vazgeçilemez ve değiştirilemez. Sona erme kesin olup, sonradan yeni bir sözleşme ile evlat edinen eski evlatlığını evlat edinemez⁹¹.

Kanun'a göre, evlat edinme sonucunda meydana gelen evlenme engeli kesin bir engel değildir. Evlat edinme bağı, sınırlı bir evlenme yasağı meydana getirmektedir. Çünkü bu yasağa rağmen evlilik yapılmışsa bu evlilik geçerli olur ve iptal edilemez; ancak evlatlık ilişkisi kanun gereği kendiliğinden sona erer (m. 121). Burada evlatlık ilişkisinin sonlanması için ayrıca bir karara gerek yoktur. Kanun'un 92'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre çizilmiş olan evlenme yasağı sadece evlatlık ile evlat edinen ve bunlardan biri ile diğerinin karı ve koca arasında geçerlidir. Bunların dışında kalanlar evlenebilirler. Evlat edinilenin altsoyu ile evlat edinen arasında böyle bir yasak yoktur⁹².

⁹⁰ Saymen/Elbir, s.348; Akıntürk, s.384; Fezyioğlu, s.490.

⁹¹ Saymen/Elbir, s.355, 358; Akıntürk, s.288-290; Oğuzoğlu, s.234, 235; Arık, K. Fikret (1949) "Türk Hukukunda Evlat Edinme", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, s.208-211; Serozan (2000), s.155.

⁹² Zevkililer, Aydın (1995) Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, s.893; Arsebük, Esat (1940) Medeni Hukuk C:II Aile Hukuku, Ankara, Recep Ulusoğlu Yayınevi, s.497; Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa (1994) Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.245; Velidedeoğlu, s.346; Saymen/Elbir, s.336; Fezyioğlu, s.487; Serozan (2000), s.152.

Eski Medeni Kanun'daki düzenlemelere göre evlat edinme, bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁹³. Çünkü, evlat edinenle evlatlık, evlat edinmeden meydana gelecek olan statüyü, sınırlı alanlarda bile olsa değiştirebilirler veya karşılıklı anlaşmayla ortadan kaldıracaklardı⁹⁴. Evlat edinmenin bir sözleşmeye dayanması, Uygurlardaki belgelerde tarafların rızalarına dayanan evlat edinme uygulamalarına benzerlik göstermektedir. Eski Medeni Kanun'a göre de ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun rıza göstermemesi halinde evlat edinmeye karar verilememektedir (m. 254). Tek fark burada sözleşmenin geçerli olması için hâkimden izin alınmasının gerekmesidir. Uygurlarda evlatlığın evlat edinenin ailesinden sayılması, kanuni mirasçısı olması, evlat edinenin onu öz çocuğu olarak görmesi, asıl aileye ait olan hak ve sorumlulukların evlat edinene geçmesi, haklı bir sebep olunca evlatlık ilişkisine son verilebilmesi gibi kurallar 743 sayılı Medeni Kanun'dakilerle neredeyse aynıdır. İslamiyet öncesi Türk hukukunda bulunan evlat edinme uygulamasının ve kurallarının 1926 tarihli Kanun ile Türk hukukuna geri geldiğini söyleyebiliriz. Yaşanılan dönemin farklılıklarını hariç tutarsak, iki hukuk sisteminde de benzer anlayışla evlat edinme müessesesine yer verildiğini görebiliriz.

C. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE EVLAT EDİNME

4721 sayılı Kanun, eskisindeki evlat edinmeyi sözleşme temeline dayandıran anlayışı değiştirmiştir. Evlat edinmeye dayanan soybağı, doğrudan doğruya evlat edinme ilişkisini kuran mahkeme kararıyla meydana gelir⁹⁵. Evlat edinme müessesesi, Medeni Kanun'un 305-320'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir⁹⁶. Kanun'a göre, evlat edinmede kural küçüklerin evlat edinilmesidir; ergin ve

⁹³ Aynı görüşler için bakınız. **Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim** (1986) Aile Hukuku, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası, s.228; **Akıntürk**, s.280; **Feyzioğlu**, s.360; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 308; **Aydoğdu**, s.6 vd.

⁹⁴ Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 258'inci maddesi için bakınız. <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.743.pdf>> s.e.t. 06.06.2023.

⁹⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.308.

⁹⁶ İlgili maddeler için bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>> s.e.t. 21.03.2023.

kısıtlıların evlat edinilmesi istisnai niteliktedir. Yeni Kanun, eskisinden farklı olarak, bir küçüğün evlat edinilmesi için evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartını genel koşul olarak aramaktadır (m. 305). Deneme süresi olarak nitelendirilebilecek olan ve süreklilik arz etmesi gereken bir yıllık süre, evlatlık ile evlat edinen arasında, aralarında biyolojik bağ olan anne, baba ve çocuk ilişkisindeki gibi karşılıklı güven ile anlayışa dayanan sağlam bir ilişki kurulabilmesi içindir⁹⁷. Burada amaç, evlat edinme kurumunun öncelikle çocuğun yararı ve güvenliğine hizmet etmesidir. Evlat edinmenin amacı, çocuğun yüksek yararının sağlanması olmalıdır⁹⁸. Bakım ve gözetim koşulu, “koruyucu aile sisteminin” evlat edinmeye yönelmiş bir şeklidir⁹⁹. Geçerli bir evlatlık ilişkisinin doğmuş sayılması, ayrıca şu şartların da gerçekleşmesine bağlıdır:

Evlat edinen açısından asli şartlar şu şekildedir: Evlat edinmek isteyen eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir (m. 306). Bu hükümlerle kanun, eski kanundaki otuz beş yaşında olma şartını kaldırmış, beş yıldan beri evli olan çiftlere yaş sınırına bakılmaksızın evlat edinme imkânı tanımıştır. Ayrıca evlat edinecek kişilerin mutlaka ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir¹⁰⁰.

⁹⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.309, 310; **Aydoğdu**, s.169-180; **Kaya**, s.21, 22.

⁹⁸ Çocuk haklarıyla ilgili ülkemizdeki en önemli gelişme, 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1994'te TBMM'ce onaylanıp benimsenmesi olmuştur. Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çocuğun üstün yararına ilişkindir. Buna göre, çocuğun üstün yararı her işte ve işlemde, her kararda ve yargıda belirleyici olmalıdır (**Serozan** (2000), s.19, 39; **Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal** (2018) Çocuk Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.14-17). Ayrıca bakınız. **Akyüz, Emine** (2021) Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 8. Baskı, Ankara, Pegem Akademi, s.165; **Gençcan, Ömer Uğur** (2021) Çocuk Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s.177.

⁹⁹ **Şıpka, Şükran** (1999) “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ‘Evlat Edinme’ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:57, S:1-2, s.307.

¹⁰⁰ **Aydoğdu**, s.113; **Gürkan, Ülker** (1974) Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, s.182; **Öztan, Bilge** (2002) Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.448.

Kanun'un 308'inci maddesine göre, evlat edinen ile evlatlık arasında en az 18 yaş fark bulunmalıdır. Buradaki amaç, anne-baba ile çocuk arasında bulunması normal olan yaş farkının evlat edinmede de aranmasıdır¹⁰¹. Çünkü, evlat edinen kişiler evlatlığın ailesi olabilecek yaşlarda değilse sağlıklı bir aile ortamı kurmak mümkün olamaz. Bu hüküm, emredici niteliktedir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebilir. 308'inci maddedeki düzenleme, önceki kanunla benzer olmuştur. Bu durumda da ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızası gerekir¹⁰².

Evlat edinenin diğer çocuklarının yararları hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemelidir (m. 305/2). Kanunkoyucu yararların doğal olarak zedeleneyeceği (örneğin, miras payının bölünmesi gibi) varsayımından hareketle, zedelenmenin niteliğini de belirtmek zorunda kalmıştır. Zedelenme hakkaniyete aykırı biçimde olmayacaktır. Yeni Türk Medeni Kanunu küçüklerin evlat edinilmesi bakımından alt soyun bulunmaması koşulunu kaldırmış, evlat edinmenin, evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi ilkesini getirmiştir¹⁰³. Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 253'üncü maddesinde evlat edinebilmek için kişinin altsoyunun bulunmaması şartını aramasının temelinde, evlat edinmenin sahih nesepli öz çocuklarının mirasçılığını devre dışı bırakma amacına alet edilmesini önleme düşüncesi yatmaktaydı¹⁰⁴.

Eski kanundaki eşlerden birinin evlat edinmesi diğerinin rızasına bağlıdır hükmü, 4721 sayılı Kanun'un 306'ncı maddesindeki "eşler, ancak birlikte evlat

¹⁰¹ Feyzioglu, s.468; Öztan, s.449; Akyüz (2021), s.170.

¹⁰² Serozan (2000), s.146, 147; Dural/Öğüz/Gümüş, s.316; Akıntürk, s.376; Kaya, s.27.

¹⁰³ Akıntürk, s.372; Aydoğdu, s.343-346; Arat, Tuğrul (1977) "Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal-İşlevsel Açından Bakış": Fişek, Hicri/ Göger, Erdoğan (Editörler), Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.148; Belen, Herdem (2005) Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle, İstanbul, Beta Basım Yayın, s.56; Kaya, s.25.

¹⁰⁴ Serozan (2000), s.144; Özdemir/Ruhi, s.353.

edinebilirler” ifadesiyle ortadan kalkmıştır. Yeni Kanun, izin verilmiş olsa dahi eşlerden birinin tek başına evlat edinmesine olanak tanımamaktadır; kişi ancak evli değilse tek başına evlat edinebilir. Kanun’da “çocuksuzluk” ön koşulu kalkınca buna bağlı olarak eşlerin birlikte evlat edinmesi zorunluluğu getirilmiştir. Tek istisna 307’nci maddede düzenlenmiştir; buna göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlat edinebilir¹⁰⁵.

Evlatlık açısından asli şartlar ise şu şekildedir: Yeni Medeni Kanun da eskisi gibi, evlatlık alınacak kişi için herhangi bir yaş şartı getirmemiştir. Kanun’un 308’inci maddesi gereğince ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebilir. Ayrıca evlat edinme, küçüğün, varsa ve kim olduğu biliniyorsa, ana ve babasının rızasını da gerektirir (m. 309). Burada evlatlık olarak verilecek çocuğun hem annesinin hem babasının rızası aranmaktadır; sadece birinin rızasının bulunması evlat edinme ilişkisinin kurulması için yeterli değildir. Anne ya da baba velayet hakkına sahip olmasalar dahi, küçüğün evlat edinilmesi için rızaları aranır¹⁰⁶. Şüphesiz bu durum, çocukla soybağı kurulmuş olan anne ve baba için söz konusudur. Örneğin, baba ile soybağı kurulmamışsa bu halde onun rızası gerekmeyecektir. Soybağının evlat edinme işleminden sonra gerçekleşmesi halinde de bu rıza aranmaz¹⁰⁷.

Kanun’un 313’üncü maddesinde erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, evlat edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı ancak şu üç halde evlat edinilebilir: 1. Bedensel veya zihinsel engeli sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlat edinen tarafından en az

¹⁰⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.312-314; Akıntürk, s.373.

¹⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.316; Akıntürk, s.376; Kaya, s.27, 28, 37; Öztan, s.449.

¹⁰⁷ Serozan (2000), s.147, 148; Akıntürk, s.376, 377; Akyüz (2021), s.176.

beş yıldan beri bakılıp gözetilmekteyse; 2. Evlat edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmişse; 3. Diğer haklı sebepler mevcut ve evlat edinilen, en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta ise evlat edinilebilir. Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir. Bunlar dışında küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Hükme göre, eğer ergin veya kısıtlı birini evlat edinmek isteyenin altsoyu varsa, bu kişilerin açıkça bu ilişkiye onay vermesi gerekmektedir. Küçüklerin evlat edinilmesinde böyle bir koşul aranmazken, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde aranmaktadır. Bu koşul, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun ilk halinde ergin ve kısıtlıyı evlat edinecek kişilerin altsoyunun bulunmaması şeklindeydi. 2005 yılında Kanun'da yapılan bir değişiklikle altsoyun bulunmaması koşulu değiştirilip, altsoyun açık onayının alınması halinde dönüşmüştür. Eski Medeni Kanun'da ise altsoyu bulunan kişi hiçbir şekilde evlat edinemezdi¹⁰⁸. Son değişiklikle birlikte Türk hukukunda altsoyu olanların evlat edinme imkanları genişletilmiştir.

Evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması gerekmektedir (m. 305). Bu şart, evlat edinme kurumunun temel amacını oluşturmaktadır. Küçüklerin evlat edinilmesinde aranılacak en önemli koşuldur. Hâkim, her şart tamam olsa dahi eğer evlat edinme işlemi çocuğun yararına değilse istenilen kararı veremeyebilir. Bu yararın varlığı, 316'ncı maddede düzenlenen araştırma sonucunda anlaşılacaktır. Hükme göre, evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Özellikle evlat edinmek isteyen kişilerin çocuğun güvenliği için gerekli koşullara yeterli biçimde sahip olmaları, ona uygun

¹⁰⁸ **Aydoğdu**, s.363-365; **Öztan**, s.448, 449; **Akyüz** (2021), s.179; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2014) Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.110, 111.

bir eğitim vermeye elverişli olmaları, çocuğun bedensel güvenliğini sağlayabilecek olmaları (örneğin beslenme, temiz ve sağlığa uygun giyindirme, kendine ait bir oda veya yatağa sahip olma, sağlığına özen gösterme gibi) aranacaktır¹⁰⁹. Evlat edinmenin altsoyu varsa, onların evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir. Evlat edinmenin amacı, çocuğun yüksek yararının sağlanması olmalıdır. Çocuk yararı kavramıyla çocuğun kısa vadeli, dar çıkarı değil; uzun vadeli, geniş kapsamlı gelecekteki ve toplumsal çevredeki yararı kastedilmiştir. Çocuk yararı kavramı, çocuk haklarını bireysel çocuğun ve somut ilişkinin özelliklerine uyarlamaya yarar. Çocuk yararı, çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde bir rehber niteliğindedir¹¹⁰. Çocuk hukuku alanında yapılan çalışmalar sonucunda uluslararası sözleşmelerde artık evlat edinme koşulları ve sonuçlarının yalnızca çocuğun yüksek yararı ve güvenliğini sağlayacak şekilde olması esas kabul edilmektedir¹¹¹. Bu sözleşmelerden en önemlisi 1994 yılında Türkiye'nin imzalamış olduğu 1989 tarihli B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çocuğun üstün yararına ilişkindir¹¹². Bu maddeye göre, çocuğun üstün yararı her işte ve işlemde, her kararda ve yargıda belirleyici olmalıdır. Ayrıca çocukla ilgili karşılaşılan tüm sorunlarda her zaman çocuğun yararının üstün tutulması bir Anayasal emirdir. Anayasanın 41'inci maddesinde güçsüz çocuktan yana, onun çıkarına koruyucu tavır alma zorunluluğu öngörülmüştür¹¹³. Modern hukuk sistemlerinde amaçlanan çocuğun sağlıklı bir ortamda fiziksel, zihinsel, psikolojik gelişiminin, yani yüksek yararının sağlanmasıdır. Evlat edinmede çocuğun yararı ve güvenliği ilkesi, modern hukuklarda (örneğin

¹⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüç, s.310, 311, 329; Şıpka, s.308; Akıntürk, s.380, 381; Kaya, s.54-56; Aydoğdu, s.136-148; Arat, s.147; Özdemir/Ruhi, s.352.

¹¹⁰ Serozan (2000), s.48; Özdemir/Ruhi, s.23; Akyüz (2021), s.53-55.

¹¹¹ Akyüz, Emine (2000) Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, s.3 vd.; İnan, Ali Naim (1968) Çocuk Hukuku, İstanbul, İstanbul Cezaevi Matbaası, s.3-9; Gençcan, s.180.

¹¹² Gençcan, s.177, 180. Ayrıca aynı sözleşmenin 21'inci maddesi de özet olarak "...evlat edinmenin tanındığı ülkelerde, bu uygulamanın yalnızca çocuğun yüksek yararına olacak şekilde, konunun uzmanı yetkililerin izniyle ve çocuk için gerekli güvenceler sağlandıktan sonra..." gerçekleştirilebileceğinden bahsetmektedir (Şıpka, s.303).

¹¹³ Serozan (2000), s.48; Özdemir/Ruhi, s.7, 23; Akyüz (2021), s.7, 414.

kaynak İsviçre hukukunda da) evlat edinme koşullarının bu yönde değiştirilmesine neden olmuştur¹¹⁴.

Evlat edinme işleminin şekil şartları, hâkimin kararı ve nüfus kütüğüne tes-cilden ibarettir. Yeni Medeni Kanun ile evlat edinme ilişkisi, kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi üzerine, evlat edinenin başvurusu sonucu verilen mahkeme kararının kurduğu bir hukuki ilişkidir. Mahkeme kararı, kurucu nite-lik taşır¹¹⁵. Evlat edinmenin nüfus kütüğüne kaydı ise açıklayıcı nitelikte idari bir işlemdir. 315'inci maddeye göre evlat edinme kararı, evlat edinenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlatlık ilişkisi kurulmuş olur. Görüldüğü üzere, yürürlükteki kanun noterde düzenlenen resmi senetle yapılan evlat edinme şek-lini değiştirmiş ve sadece mahkeme kararıyla yapılmasına imkân tanımıştır. Kanunla artık evlat edinme işlemi, bir sözleşme olmaktan çıkmış, mahkeme kararı niteliği kazanmıştır.

Evlat edinmenin hüküm ve sonuçları şu şekildedir: Evlat edinme ilişkisi, ev-lat edinen ile evlatlık arasında soy bağının kurulmasını sağlamaktadır¹¹⁶. Bu ilişki kural olarak çözülmez¹¹⁷. 314'üncü maddeye göre evlatlık, küçük ise evlat edine-nin soyadını taşır. Evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Evlat edine-nin soyadını taşıma yükümlülüğü reşit olmayan evlatlık için söz konusudur. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soyadını alabi-lir. Anne ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir; evlat edinme sonucunda, henüz reşit olmayan evlatlık, evlat edinenin velayeti altına girmekte ve artık gerçek ailesinin velayet hakkı sona ermektedir.

Evlat edinme sonucunda evlat edinenle evlatlık arasında kendiliğinden bir soybağı ilişkisi meydana gelir; ancak bu ilişki kan bağına dayanmadığı, suni

¹¹⁴ Şıpkı, s.303, 308.

¹¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.326; Akıntürk, s.382; Aydoğdu, s.391, 392; Kaya, s.57.

¹¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.330; Akıntürk, s.384; Aydoğdu, s.509; Belen, s.81.

¹¹⁷ Çözülmez olma, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda örtülü olarak kabul edilmiş olup, gerçek anne babayla çocuğu arasındaki soy bağında olduğu gibi soy bağının ortadan kaldırılmamasını; do-ğan nesep bağında olduğu gibi kesin ve nihai olmayı ifade etmektedir (Aydoğdu, s.510).

olduğu için hısımlık, sadece evlat edinen ve evlatlık arasında doğar. Bu yüzden evlatlık, evlat edinenin kan ve kayın hısımlarıyla hısımlık olamaz. Evlat edinenle evlatlığın hısımları arasında da herhangi bir hısımlık ilişkisi doğmaz. Evlat edinen eşlerin evlat edindikten sonra doğan çocuklarıyla evlatlık arasında kardeşlik bağı kurulmuş olmaz¹¹⁸.

Evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olur. Madde 314 ile 500'e göre, evlatlık ve altsoyu, evlat edinenin kan hısımları gibi mirasçı olurlar. Ancak 1926 tarihli önceki kanunun 257'nci maddesine göre, evlatlığın hiç miras alamayacağı, saklı payının bulunamayacağı veya evlatlığın altsoyunun miras hakkının olamayacağı kararlaştırılabilmektedir. Yeni kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir; bu durum muhtemelen evlatlık ilişkisinin sözleşme şeklinde kurulmamasından kaynaklanmaktadır. Evlatlık ve altsoyu sadece evlat edinenin mirasçısı olur; evlat edinenin diğer hısımlarına mesela annesine, babasına, kardeşlerine ve diğer çocuklarına mirasçı olamazlar¹¹⁹. Evlat edinen ise evlatlığın mirasçısı olamaz. Yine 314'üncü maddedeki hükme göre, evlatlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca evlatlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir. Eski kanundaki düzenlemeye paralel olarak yine evlat edinilen kişi, asıl ailesinden de miras alabilmektedir.

Türk medeni hukukundaki evlat edinme sisteminde çocuk, gerçek ailesinden tamamen kopmamakta, sadece velayet hakkı evlat edinene geçmektedir. Yine eski düzenlemede olduğu gibi evlatlığın evlat edinenin mirasçısı olmasının yanında, kendi ailesindeki mirasçılık hakkı ile birlikte evlatlık ile evlat edinen arasındaki “tek yönlü” mirasçılık da korunmuştur¹²⁰.

¹¹⁸ Akıntürk, s.384; Aydoğdu, s.512; Aydos, Oğuz Sadık (2003) “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1-2, s.135; Berki, Şakir (1962) Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.103; Kaya, s.62.

¹¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.332, 333; Akıntürk, s.386; Aydoğdu, s.508, 590; Kılıçoğlu, s.50, 51; Kaya, s.71, 73; Belen, s.86, 87.

¹²⁰ Şıpka, s.315; Akıntürk, s.386; Serozan, Rona (2015) Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.488.

Medeni Kanun, evlatlık bağıını evlenme engelleri arasında saymıştır. Medeni Kanun'un 129'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme engeli bulunur. Yeni kanunda kapsam genişlemiş, daha önce evlenme yasağına tabi olmayan altsoy da eklenmiştir. Eski kanuna göre, evlat edinme sonucunda meydana gelen evlenme engeli kesin bir engel değildi. Çünkü bu yasağına rağmen evlilik yapılmışsa bu evlilik geçerliydi, iptal edilemezdi; ancak evlatlık ilişkisi kanun gereği kendiliğinden sona ererdi. Yürürlükteki Medeni Kanun bu anlayışı değiştirmiş ve evlat edinme durumunu kesin evlenme engeli saymıştır. Her nasılsa taraflar evlenmişlerse, evlenme mutlak butlan ile geçersiz sayılacaktır¹²¹. Ancak bu durumda evlatlık ilişkisi, Yeni Medeni Kanun'da açıkça bir düzenleme bulunmadığı için, önceki kanundaki gibi kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır; bu ise sakıncalı bir durumdur. Böyle bir durumda evlatlık ilişkisini devam ettirmek ahlaka ve evlat edinme kurumunun amacına aykırı görülmeli ve evlatlık ilişkisi de eskisi gibi ortadan kalkmalıdır¹²².

Yeni kanunla birlikte artık evlatlık ilişkisi bir sözleşme olmaktan çıktığı için iki tarafın rızasıyla sona erdirilemeyecek, sadece belli sebeplerin varlığı halinde mahkeme kararıyla ortadan kaldırılabilecektir. Bu sebepler, 317'nci maddede rızanın bulunmaması ve 318'inci maddede diğer noksanlıklar başlıkları altında düzenlemiştir. Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler (m. 317). Evlat edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle (örneğin, evlat edinme için gereken asgari yaş şartının gerçekleşmemiş olması veya evlat edinenle evlatlık arasında asgari yaş farkının bulunmaması gibi) sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkinin kaldırılması evlatlığın

¹²¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.332; Akıntürk, s.387; Aydoğdu, s.553, 559; Berki, s.104; Kaya, s.68, 69; Öztan, s.450; Akyüz (2021), s.195.

¹²² Güven, Kudret (2006) "Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yargıtay Dergisi, C:32, S:4, s.542, 543; Aydoğdu, s.561.

menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, bu yola gidilemez (m. 318). Yeni Kanun, geçerli olarak kurulmuş evlat edinme ilişkisinin sona erdirilmesi olanağını tanımamıştır¹²³.

Önceki Medeni Kanun'da, evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması kesindi ve bundan vazgeçilemezdi; ilişki ortadan kalktığında, aynı kişiler tekrar aralarında evlatlık ilişkisi kuramazdı. Yeni Kanun'da buna engel bir düzenleme bulunmadığından, evlat edinme için gereken şartlar sağlandığında, taraflar arasında yeniden evlatlık ilişkisi kurulabilmelidir¹²⁴.

Görüldüğü gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, evlat edinme konusunda çocuğun yararı öncelik taşımaktadır. Kanun'da, yeni düzenlemelerle, evlat edinmede söz konusu olan yapay soybağı, kan bağına dayanan gerçek soy bağına benzetilmeye çalışılmıştır. Yeni Kanun, eski düzenlemeden tamamen farklı olarak, mahkeme kararı ile evlatlık ilişkisinin kurulacağını belirtmiş; noterde yapılacak resmi sözleşmeyi ortadan kaldırmıştır. Artık evlat edinme işlemi, bir yargılama (çekişmesiz yargılama) şeklinde yapılacaktır. Bundan böyle evlat edinme, taraflar arasında yapılan bir aile hukuku sözleşmesi olmaktan çıkmakta, yargı kararına dönüşmektedir. Bunun, evlat edinmenin amacına uygun olumlu bir düzenleme olduğu düşünülmektedir.

Evlat edinmeyle ilgili hem mülga Türk Kanunu Medenisi hem de Türk Medeni Kanunu'ndaki hükümler eşitlikçi niteliktedir; ırk, din, dil, vatandaşlık, cinsiyet gibi bir ayırım yapılmamaktadır.

SONUÇ

Evlat edinme kurumunun kökeni, kendi hukuk tarihimiz açısından, İslamiyet öncesi Türk hukukunda bulunmaktadır. Eski Türklerde karşılıklı irade be-

¹²³ **Aydoğdu**, s.662-682; Tartışmalı olmakla birlikte, iptal kararı, evlat edinme ilişkisini, geçmişe etkili olarak, kurulduğu andan itibaren geçersiz hale getirmektedir (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s.336-338). Aksi görüş için bkz. **Akıntürk**, s.389.

¹²⁴ **Kaya**, s.89; **Aydoğdu**, s.735; **Ruhi, Ahmet Cemal** (2013) Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.71.

yanlarıyla kurulan bir sözleşmeyle evlatlık ilişkisi kurulmaktaydı. Eski Uygur belgelerinden evlatlığın, öz çocuklarla aynı haklara sahip bulunduğu, bakım masraflarını evlat edinenin karşıladığı, evlat edinenin kanuni mirasçısı konumunda olduğu anlaşılmaktadır. Eski Türklerdeki evlat edinme kuralları birçok yönden günümüzdeki kanun hükümleriyle benzerlik göstermektedir. Evlatlık müessesesinin çok eski hukuk sistemlerinde bile yer alması bu kuruma insanların varoluşlarından beri ihtiyaç duyduklarını göstermektedir. Evlat edinme arzusu genellikle dini, hissi, sosyal ve iktisadi gibi çeşitli sebeplerden kaynaklanmaktadır.

İslamiyet'in kabul edilmesiyle birlikte, İslam hukukunda yer almayan evlat edinme kurumu hukukumuzdan çıkmıştır. Osmanlı hukukunda uygulanan tebenni, günümüzde kabul edilen ve kanunlarla düzenlenen koruyucu aile hizmetlerine benzemektedir. Tebenni uygulaması, evlat edinme kurumundan oldukça farklıdır. Tebenni uygulamasıyla Eski Türklerdeki evlat edinme arasındaki benzerlik, evlatlığın asıl ailesinin daha sonra çocuğunu geri almak istediğinde o güne kadar yapılan bütün masrafları ödemek zorunda olması noktasındadır. Ayrıca yine Osmanlı Devleti'ndeki evlat edinme kapsamında sayılmayan bir tür besleme sözleşmesi niteliğinde olan icar-ı sagır uygulaması da bazı yönlerden Uygurlardaki para veya mal karşılığında yapılan oğul satışı sözleşmelerine benzemektedir.

İslamiyet öncesi Türklerde var olan evlat edinme kurumu yüzyıllar sonra modern haliyle Cumhuriyet dönemi medeni kanunlarımızda yerini almıştır. Bu durumu bir çeşit öze dönüş olarak nitelendirmek mümkündür.

1926 tarihli 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nde evlat edinmenin bir sözleşmeye dayanması, Uygurlardaki belgelerde tarafların rızalarına dayanan evlat edinme uygulamalarına benzerlik göstermektedir. Tek fark burada sözleşmenin geçerli olması için hâkimden izin alınmasının gerekmesidir. Uygurlarda evlatlığın evlat edinenin ailesinden sayılması, kanuni mirasçısı olması, evlat edinenin onu öz çocuğu olarak görmesi, asıl aileye ait olan hak ve sorumlulukların evlat edinene geçmesi, haklı bir sebep olunca evlatlık ilişkisine son verilebilmesi gibi kurallar 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'yle neredeyse aynıdır. İsla-

miyet öncesi Türk hukukunda bulunan evlat edinme uygulamasının ve kurallarının İslamiyet'in kabulünden sonra Türk hukukunda kalktığını ve 1926 tarihli Kanun ile Türk hukukuna geri geldiğini söyleyebiliriz. Yaşanılan dönemin farklılıklarını hariç tutarsak, iki hukuk sisteminde de benzer anlayışla evlat edinme müessesesine yer verildiğini görebiliriz.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ndeki evlat edinme ile ilgili hükümler, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla değiştirilmiş; yeni Kanun gerek esasa ilişkin şartlarda gerek şekle ilişkin şartlarda oldukça geniş ve köklü değişiklikler yapmıştır. Bu kanunla evlat edinme konusunda çocuğun yararı öncelik taşır hale gelmiştir. 4721 sayılı Kanun, İslamiyet öncesi Türk hukukundaki ve eski kanundaki evlat edinmeyi sözleşme temeline dayandıran anlayışı değiştirmiştir. Yeni Kanun, evlat edinme şeklini değiştirmiş ve sadece mahkeme kararıyla yapılmasına imkân tanımıştır. 4721 sayılı Kanun'la artık evlat edinme işlemi mahkeme kararı niteliği kazanmıştır. Yürürlükteki Kanun'la birlikte artık evlatlık ilişkisi bir sözleşme olmaktan çıktığı için eskiden olduğu gibi kolaylıkla sona erdirilemeyecek, sadece belli sebeplerin varlığı halinde mahkeme kararıyla ortadan kaldırılabilir. 4721 sayılı Kanun'daki esaslı değişikliklerle birlikte Türk hukukunda, evlat edinmede söz konusu olan yapay soybağ, kan bağına dayanan gerçek soy bağına benzetilmeye çalışılmıştır.

743 sayılı Kanun, altsoyu bulunanların evlat edinmesini kabul etmezken 2001 tarihli yeni Medeni Kanun, eski Türk hukukundaki gibi altsoyu olan kişilerin de evlat edinebileceğini düzenlemiştir. İslamiyet öncesi Türk hukukunun izleri her iki kanuna da yansımıştır.

Evlat edinme, bakımsız ve terk edilmiş çocukların korunmasını sağlamakta, sahipsiz çocukların aile sevgisiyle büyümesine yardım etmekte; aynı zamanda çocuğu olmayan aileleri evlat sahibi yapmak gibi yararları bulunmaktadır. Bunlara karşın, evlat edinme kurumunun sakıncalı yanları da vardır. Evlat edinme kurumu, birtakım yasa dışı menfaatlerin elde edilmesinde bir araç olarak kullanılabilir. Örneğin, evlat edinmede gizli olarak kanuni mirasçılarının saklı paylarını azaltmak veya ortadan kaldırmak, kanuni mirasçılardan miras kaçırmak, evlatlığı adeta ucuz bir hizmetçi veya uşak olarak kullanmak gibi amaçlar söz konusu

olabilir. Toplumsal açıdan son derece önemli bir işleve sahip olan bu kurumun, tüm sakıncalarına rağmen reddedilmeyip kontrol altına alınması gerekmektedir. Bunu sağlamak amacıyla, yeni Kanun'la getirilen bir küçüğün evlat edinilmesi için evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartındaki deneme süresi arttırılabilir ve bu süre içinde evlat edinecek kişinin evlatlığa olan davranışları daha sıkı denetlenebilir. Ayrıca evlat edinmede küçüğün yararının bulunması şartının sağlanması için gereken araştırma titizlikle ve oldukça kapsamlı bir şekilde, uzman destekleriyle birlikte yapılmalıdır. Bu araştırma yapılırken hiçbir ihmale taviz verilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut** (2006) Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt, 10. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Akyüz, Emine** (2021) Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 8. Baskı, Ankara, Pegem Akademi.
- Akyüz, Emine** (2000) Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları.
- Arat, Tuğrul** (1977) “Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal-İşlevsel Açısından Bakış”: Fişek, Hicri/ Göğer, Erdoğan (Editörler), Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arık, K. Fikret** (1949) “Türk Hukukunda Evlat Edinme”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, s.184-211.
- Arsal, Sadri Maksudi** (1947) Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Arsebük, Esat** (1940) Medeni Hukuk C:II Aile Hukuku, Ankara, Recep Ulusoglu Yayınevi.
- Ataay, M. Aytekin** (1957) Medeni Hukukta Evlat Edinme, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Avcı, Mustafa** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 7. Bası, Konya, Atlas Akademi Yayınları.
- Aydın, Mehmet Akif** (1995) “Tebenni”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:11, s.527-529.
- Aydın, Mehmet Akif** (2022) Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Aydoğdu, Murat** (2010) Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aydos, Oğuz Sadık** (2003) “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1-2, s.117-140.
- Bay, Abdullah** (2014) “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukuki Durumları”, Turkish Studies, C:9, S:4, s.149-163.
- Belen, Herdem** (2005) Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Berki, Şakir** (1962) Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (1967) Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C:7, İstanbul, Bilmen Yayınevi.
- Caferoğlu, Ahmet** (1939) “Türk Taamül Hukukunda Evlatlık Müessesesi”, Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası, C:II, S:1, s.97-118.

- Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed** (1995) Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, C:1, 3. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed** (1996) Türk Hukuk Tarihi Özel Hukuk, C:2, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül** (2017) Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Demir, Abdullah** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Yitik Hazine Yayınları.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2015) Hukukun Serüveni, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2008) Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, Arı Yayınları.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1986) Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Gençcan, Ömer Uğur** (2021) Çocuk Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gül, Bülent** (2021) “Uygurlarda ve Moğollarda Evlatlık Uygulamaları”, Journal of Turkish Studies, Özel Sayı 1, s.129-140.
- Gürkan, Ülker** (1974) Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları.
- Güven, Kudret** (2006) “Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, C:32, S:4, s.529-551.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. El Hafid el Kurtubi** (1992) Bidâyet'ül-Müçtehid, C:2 İstanbul, Ensar Neşriyat.
- İnan, Abdülkadir** (1948) “Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C:VI, S:3, Mayıs-Haziran, s.127-137.
- İnan, Ali Naim** (1968) Çocuk Hukuku, İstanbul, İstanbul Cezaevi Matbaası.
- İstanbul Kadı Sicilleri- Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (H. 1102 / M. 1691)** (2011) (Haz. Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadısicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023.
- İstanbul Kadı Sicilleri- Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1196-1197 / M. 1782-1783)** (2019) (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadısicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023.

İstanbul Kadı Sicilleri- İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073- 1074/ M. 1663-1664) (2010) (Haz. Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahraman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç), İstanbul, İsam Yayınları, <<http://www.kadısicilleri.org/yayin.php>> s.e.t. 31.03.2023.

İzgi, Özkan (1987) *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Karakoç, İrem (2015) “Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku’nda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:3, Temmuz, s.151-206.

Kaşgarlı, Mahmut (1986) *Divanü Lügat-il Türk Tercümesi*, C:III, Çev. Besim Atalay, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları.

Kaya, Cengiz (2009) *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, İstanbul, Beta Basım Yayın.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2014) *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim (1986) *Aile Hukuku*, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası.

Köse, Saffet (2003) “Lakıt”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:27, s.68-69.

Kurt, Abdurrahman (2013) *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876) Sosyo-Ekonomik Yapı, Gelenek ve Görenekler*, Bursa, Sentez Yayıncılık.

Kurt, Abdurrahman (1994) “İslam’ın Koruyucu Aileye Bakışı”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.177-186.

Kurt, Abdurrahman (1992) “Tanzimat Döneminde Koruyucu Aile Müesseseleri”: Erverdi, Ezel/ Yıldız, Hakkı Dursun (Editörler), *Sosyo Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Ankara, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu.

Kurtoğlu, Yasemin (2019) *Eski Orta Asya Türk Devletleri’nde Aile*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Mahmud Esad Efendi (2012) *Tarih-i İlm-i Hukuk*, (Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Âdem Yörük), Ankara, Yetkin Yayınları.

Mavsili, Abdullah b. Mahmud (2012) *El-İhtiyar Tercümesi*, C:2, Çev. Mehmet Keskin, İstanbul, Hikmet Neşriyat.

Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa (1994) *Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi.

- Oğuzoğlu, Cahit** (1958) Medeni Hukuk II Aile Hukuku, 4. Basım, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal** (2018) Çocuk Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Öztan, Bilge** (2002) Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Ruhi, Ahmet Cemal** (2013) Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Sağlam, Osman** (2006) "İslam Hukuku Açısından Evlat Edinme", (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Saymen, Ferit Hakkı/ Elbir, Halit Kemal** (1960) Türk Medeni Hukuku Cilt 3: Aile Hukuku, İstanbul, Hak Kitabevi.
- Serozan, Rona** (2000) Çocuk Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları.
- Serozan, Rona** (2015) Medeni Hukuk- Genel Bölüm- Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şıpka, Şükran** (1999) "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 'Evlat Edinme'ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:57, S:1-2, s.301-322.
- Tekinay, Selahattin Sulhi** (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Turan, Ali** (2016) "1815 Numaralı Trabzon Şer'iyeye Sicilindeki Üç Kayıt Işığında Osmanlı Hukukunda Evlatlık ve Koruyucu Ailelik Üzerine Bir İnceleme": Gedikli, Fethi (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:1, 13-14 Mayıs 2016, İstanbul, XII Levha Yayınları.
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal** (2017) Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet** (1965) Türk Medeni Hukuku C:2 Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Nurgök Matbaası.
- Yazır, Elmalılı Hamdi** (1993) Kur'an-ı Kerim ve İzahlı Meâli, (Haz. Düccane Cündioğlu), İstanbul, İslamoğlu Yayıncılık.
- Zevkliler, Aydın** (1995) Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları.

ÖZEL HUKUKU

PRIVATE LAW

BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE ALICIYI KORUYAN GERİ ALMA HAKKI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN^(**)

ÖZET

Gelişen ve büyüyen bir ekonomik düzende alıcının satıcı karşısında menfaatinin korunması amacıyla yönelik düzenlemelerden biri Türk Borçlar Kanunu'nun 253 ile 263. maddeleri arasında yer alan taksitle satış sözleşmelerine ilişkin hükümlerdir. Taksitle satış sözleşmeleri yazılı geçerlik şekline tabi tutulmakta, taraflardan birinin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise en geç sözleşmenin kurulması anında yasal temsilcisinin yazılı rızasının bulunması şartı aranmaktadır. Taraflar arasında kurulan bir sözleşmenin taksitle satış olarak nitelendirilebilmesi için konusunun taşınır eşya olması, malın satış bedelinin ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmesi ve satış bedelinin de kısım kısım ödenmesi gerekmektedir.

Taksitle satış sözleşmelerinde sözleşmenin kurulması alıcı ve satıcı yönünden imzaların atılmasıyla gerçekleşmekte ancak sözleşme hüküm ve sonuçlarını alıcı bakımından hemen doğurmamaktadır. Bu hususta karşımıza alıcıya tanınan iradesini geri alma hakkı çıkmaktadır. Bu, alıcıya tek taraflı olarak tanınan, herhangi bir sebep sunmasına gerek olmayan ve sözleşmenin imzalı bir nüshasının alıcıya tesliminden itibaren yedi gün içinde kullanılabilen bir haktır. Alıcı bu hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırebilmektedir. Geri alma hakkını kullanan alıcının cayma parası ödemesi emredici bir hükümlerle yasaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Taksitle Satış Sözleşmesi, Yazılı Şekil, Geri Alma Hakkı, Cayma Parası, Emredici Hüküm.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1271466- Geliş Tarihi: 27.03.2022 - Kabul Tarihi: 01.06.2023.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir-Türkiye, E-posta: gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5099-0178>.

BUYER'S RIGHT OF REVOCATION OF WILL IN INSTALLMENT SALE CONTRACTS UNDER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

One of the regulations aimed at protecting the interests of the buyer against the seller in a developing and growing economic order is the provisions on installment sales contracts between Articles 253 and 263 of the Turkish Code of Obligations. Installment sale contracts are subject to the written form of validity, and if one of the parties is incapacitated, the written consent of the legal representative is required at the latest at the time of the conclusion of the contract. For a contract to be concluded between the parties to be qualified as a sale in installments, the subject of the contract must be movable property, the goods must be delivered to the buyer before the sale price is paid, and the sale price must be paid in parts.

In installment sales contracts, the establishment of the contract takes place with the signature of the buyer and seller, however, the terms and consequences of the contract do not immediately bear legal consequences for the buyer. In this regard, the buyer has the right to revoke his/her will. This is a right that is granted unilaterally to the buyer, who does not need to provide any reason, and can be exercised within seven days from the delivery of a signed copy of the contract to the buyer. By exercising this right, the buyer can terminate the contract retroactively. A mandatory provision prohibits the buyer who exercises the right of revocation from paying a breakup fee.

Keywords

Installment Sales Contract, Written Form, Right to Revoke, Breakup Fee, Mandatory Provision.

GİRİŞ

Taksitle satış sözleşmesi, kısmi ödemeli satış sözleşmeleri arasında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 253. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Buna göre taksitle satış sözleşmesi taşınır mallar ve haklar için söz konusu olabilen ve satış bedelinin ödenmesinden önce malın tesliminin gerçekleştiği bir sözleşme olarak hüküm altına alınmaktadır.¹

Taksitle satış sözleşmesi gerek konusunun sınırlı olması gerekse hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an bakımından alıcı ve satıcı için farklı düzenleme getirmesi yönünden önem taşımaktadır. Sözleşmelerin geçerli olarak kurulmasıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını da doğurmaya başladığı kabul edilmektedir. Oysa TBK, taksitle satış sözleşmesinde ayrı bir durum yaratarak, alıcı bakımından ona iradesini geri alma hakkı tanımaktadır. Buna göre alıcı, sözleşmenin taraf-larca imzalanmış bir nüshasının kendi eline geçmesinden itibaren yedi gün içinde iradesini geri alma hakkına sahiptir. Dolayısıyla sözleşme alıcı bakımından ancak bu yedi günün sonunda hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Satıcı bakımından ise sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hüküm ve sonuçlar da ortaya çıkmaktadır. Alıcıya tanınan bu geri alma hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu hakkın kullanılmasının bazı şartları bulunmaktadır. Kullanıldıktan sonra ise sözleşmenin satıcı açısından nasıl sonuçlar doğuracağı da önemli bir husus olarak ortaya çıkmaktadır.

Taksitle satış sözleşmeleri 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da (TKHK) da düzenlenmekle birlikte bu Kanun'da hüküm olmayan hâl hâllerde TBK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Çalışmamızda her ne kadar genel kanun niteliğinde olsa da taksitle satış sözleşmesine

¹ **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.242; **Gümüş, Alper** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.134 vd.; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.219; **Yavuz, Cevdet** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.161; **Zevkililer, Aydın/Gökyayla, Emre** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.85; **Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan** (2019) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.295.

ilişkin içerdiği hükümlerin sadece taşınır mallar ve haklar ile sınırlı olması dolayısıyla TKHK karşısında özel hüküm niteliğinde olan TBK hükümleri kapsamında bir inceleme yapılacaktır. Dolayısıyla TBK bakımından alıcıya getirilen geri alma hakkı geniş bir şekilde ele alınacaktır.

I. GERİ ALMA HAKKININ KULLANILMASININ ÖN ŞARTI OLARAK TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI

A. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Taksitle satış sözleşmesi, TBK m. 253/I'de satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısmı kısmı ödemeyi üstlendiği satış olarak tanımlanmaktadır.² Bu tanımdan anlaşılacağı üzere peşin satışlardaki satılan malın teslimi ile satış bedelinin ödenmesinin aynı anda gerçekleşmesi kuralından uzaklaşmaktadır.

TBK m. 84'te düzenlenen alacaklının kısmen ifayı reddetme hakkı taksitle satış sözleşmesi bakımından söz konusu olmamaktadır. Çünkü taksitle satış sözleşmesinde zaten satış bedelinin kısmı kısmı ödenmesi Kanun tarafından getirilen bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.³

Taksitle satış sözleşmesi, satıcının tüm satış bedelinin ödenmesinde önce malı alıcıya teslim ettiği, alıcının satış bedelini birden fazla taksit hâlinde ve belirli dönemlerde ödediği bir sözleşme olarak ifade edilmektedir.⁴

² **Erzurumluoğlu, Erzan** (2018) *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.50; **Ünlütepe, Mustafa** (2011) *Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.6; **Demir, Remzi** (2013) *Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, s.3; **Demir, Remzi** (2016) "Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmelerinde Tek Taraflı Bağlamazlık", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:2, s.114; **Eren** (2019), s.242; **Zevkililer/Gökyayla**, s.85; **Gümüş**, s.134-135; **Aral/Ayrancı**, s.219; **Yavuz**, s.160; **Aydoğdu/Kahveci**, s.291.

³ **Demir** (2016), s.114.

⁴ **Akipek Öcal, Şebnem/Kara, İlhan** (2021) *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.97; **Aslanova, Kemale** (2012) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmelerine Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikleri", *Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi/Journal of Social Sciences*, C:5, S:2, s.91.

Kanunda kısmi ödemeli satışlar başlığı altında düzenlenen taksitle satış sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri⁵ uyarınca taksitle satış sözleşmesi, ödünç ve satış sözleşmesinin bir araya gelmesiyle oluşan bir karma sözleşmedir. Diğer bir görüşe göre⁶ taksitle satış sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme olup hem mülkiyeti devir borcu içermekte hem de mal kredisi sağlamayı amaçlamaktadır. Hâkim görüş uyarınca ise bu sözleşme kısmi ödemeli bir satışın, yani veresiye satışın bir türü olarak kabul edilmektedir.⁷ Kanaatimizce de alıcı satış bedelini henüz ödemediği için bu satış bir kredili satış türü olarak kabul edilmektedir.⁸

B. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN AYIRT EDİCİ ÖZELLİĞİ

Kanunda taksitle satış sözleşmesinin hem tanımı yapılmış hem de sözleşmede yer alması gereken unsurlar ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır.⁹ Taksitle satış

⁵ **Ozanoğlu, Hasan Seçkin** (1999) Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s.69-70; **Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir** (1999) Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.38.

⁶ **Deniz Dinar, Bahar** (2019) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taksitle Satış Sözleşmesi”, (Yüksek Lisans), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.17. Detaylı açıklamalar için bkz. **Ozanoğlu**, s.74 ve s.84.

⁷ **Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak** (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.272; **Öksüz, Ayşegül** (2016) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.23-24; **Özdemir, Hayrunnisa/ Korkmaz, Yakup** (2016) Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, s.390; **Aydın Kiremitçi, Dilan** (2022) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı”, (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.7; **Aydoğdu/Kahveci**, s.291; **Gümüüş**, s.135; **Eren** (2019), s.242; **Deniz Dinar**, s.17.

⁸ **Makaracı Başak, Aslı/Öktem Çevik, Seda** (2019) “Kısmi Ödemeli Satışlar”, Öz, Turgut/ Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editörler), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C:4,5 (Madde 207-392), İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.2667; **Yılmaz, Canan** (2012) “6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253-262)”, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi, s.450; **Ozanoğlu**, s.80 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, s.291; **Eren** (2019), s.242; **Zevkliler/Gökyayla**, s.85; **Yavuz**, s.161; **Demir** (2016), s.115.

⁹ **Güngör, Hayriye Gonca** (2016) “Borçlar Kanunu- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısındaki Taksitli Satışlarla İlgili Düzenlemeler Arasındaki Farklılıklar”, Legal Hukuk Dergisi, C:4, S:39, s.374; **Demir** (2016), s.116.

sözleşmesi alıcının asli ediminin belirli aralıklarla gerçekleşmesi ve sadece taşınır malları konu edinmesi bakımından satış sözleşmesinden ayrılmaktadır.

Taksitle satış sözleşmesinde, sözleşme konusunu taşınırın oluşturması, satış bedelinin kısım kısım ödenmesi ve satılan şeyin alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim edilmesi bu sözleşmenin unsurlarını oluşturmaktadır.¹⁰

1. Satış Konusunun Taşınır Mal Olması

Bu sözleşmenin konusunu, hükümden de anlaşılacağı üzere taşınır mallar ve haklar oluşturmaktadır. Dolayısıyla taşınmaz mallar taksitle satış sözleşmesine konu olamamaktadır. Sözleşmenin tarafları her ne kadar arsa ve kat satışlarında satış bedelinin belirli aralıklarla kısım kısım ödenmesini kararlaştırmış olsalar bile TBK m. 253 hükmü uygulanmayacaktır.¹¹

Sözleşmenin konusunun tespitinde kanımızca TBK'nın taşınır satışını düzenleyen 209. maddesinin ve TMK'nın 762. maddesinin birlikte ele alınarak bir değerlendirmeye varılması daha doğru olacaktır. TBK m. 209 uyarınca, taşınır satışı, TMK uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışidir. Keza TMK m. 762'ye göre, taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir. Burada asıl sorun teşkil eden tapusuz taşınmazların durumudur. Doktrindeki pek çok yazar¹² ve Yargıtay¹³ tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından, bunların da taşınır

¹⁰ Yılmaz, s.444; Demir (2013), s.13; Demir (2016), s.116; Eren (2019), s.242; Aydoğdu/Kahveci, s.294 vd.

¹¹ Eren (2019), s.242; Aydoğdu/Kahveci, s.295; Demir (2016), s.117; Yavuz, s.161.

¹² Karahasan, Mustafa Reşit (2002) Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 1. Cilt, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.426; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin (1980) Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.150; Tandoğan, Haluk (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:1/1, 6. Bası, İstanbul, s.304, dn.9; Yavuz, s.162; Yavuz/Acar/Özen, s.139.

¹³ Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışının, taşınır hükümlerine tabi olduğunu kabul etmektedir. Bunun için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2016/17068, K: 2019/7198, T: 13.06.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 23.03.2023; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2015/42573, K: 2018/4233, T: 05.04.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 23.03.2023.

mallar gibi kabul edilerek taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Ancak doktrinde bu tutum bazı yazarlarca eleştirilmekte ve TBK bakımından böyle bir sonucun kabul edilmesinin taksitle satış sözleşmesinin niteliğine aykırı düştüğü ileri sürülmektedir.¹⁴ Kanaatimizce tapusuz taşınmazlar bakımından, bunların üzerinde kurulan bir mülkiyetin bulunup bulunmaması yönünden bir ayrıma gidilerek bir sonuca varılması daha isabetli olacaktır. Tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın üzerinde eğer mülkiyet tesis edilmişse, hem TBK m. 209 hem de TMK m. 762 birlikte değerlendirildiğinde, tapusuz taşınmazların taşınır olarak değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekir. Böylelikle taksitle satış sözleşmesinin uygulama alanı amacına uygun şekilde genişletilmiş olacaktır. Ancak üzerinde mülkiyet kurulmamış olan bir tapusuz taşınmaz ise taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturamayacaktır; zira taksitle satış sözleşmesi de mülkiyetin devrini amaçlayan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Satılan Malın Alıcıya Satış Bedelinin Ödenmesinden Önce Teslim Edilmesi

Taksitle satış sözleşmesinde satılan mal alıcı henüz satış bedelini ödemedenden önce alıcıya teslim edilmektedir.¹⁵ Bu durum taksitle satış sözleşmesinin kredili bir satış türü olmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Unsur olarak aranan satış bedelinin ödenmesinden önce malın teslim edilmesidir, yoksa malın mülkiyetinin devredilmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁶ *Gümüş*, tarafların akdettikleri sözleşmede satılan şeyin zilyetliğinin teslim olmaksızın devrini kararlaştırmış olmalarını Kanun'da geçen "tesliminden" ifadesine aykırılık teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedir.¹⁷

Taraflar tüm satış bedelinin taksitler hâlinde ödenmesinden sonra satılan taşınırın teslimini kararlaştırmışlarsa artık taksitle satış sözleşmesi değil, başka

¹⁴ *Gümüş*, s.135; *Zevkliler/Gökyayla*, s.85-86.

¹⁵ *Gümüş*, s.135; *Eren* (2019), s.243; *Zevkliler/Gökyayla*, s.86; *Aydoğdu/Kahveci*, s.295.

¹⁶ *Aydoğdu/Kahveci*, s.295; *Gümüş*, s.135.

¹⁷ Yazar, satılan taşınır malın hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi gibi yollarla devri hâlinde sözleşmenin hukuki niteliğinin değişmeyeceğini, yine taksitle satış sözleşmesi olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Gümüş*, s.135.

bir kısmı ödemeli satış türü olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.¹⁸

3. Satış Bedelinin Kısım Kısım Ödenmesi

Taksitle satıştan söz edebilmek için en az iki taksit ödemesinin taraflarca kararlaştırılması Kanun tarafından zorunlu tutulmakta; taksit sayısının en fazla ne kadar olabileceği hususunda ise bir sınırlama bulunmamaktadır.¹⁹ Ayrıca hem taksit tutarları hem de taksitler arasındaki sürenin birbirine eşit olması zorunluluğundan söz edilmemektedir.²⁰

TBK m. 256/I uyarınca “Alıcı peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür”. Bu hükümlerle taksitle satış sözleşmesinin en fazla üç yıl için kurulabileceği kabul edilmektedir.²¹

4. Sözleşmenin Şekli ve Ehliyet

Taksitle satış sözleşmesinin geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.²² Yazılı şekilde yapılmayan taksitle satış sözleşmesi geçersiz olacaktır. Ancak bazı yazarlar burada sadece alıcıya geçersizliği ileri sürme hakkı verilmesi, bunun bir sonucu olarak da tek taraflı hükümsüzlüğün söz konusu olması gerektiğini ileri sürmektedir.²³ Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise

¹⁸ Zevkliler/Gökyayla, s.86; Aydoğdu/Kahveci, s.296; Eren (2019), s.243-244.

¹⁹ Ansay, Tuğrul (1994) Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar, Ankara, s.20-21; Ozanoğlu, s.220 vd.; Gümüş, s.136; Aydoğdu/Kahveci, s.294; Tandoğan, s.302; Zevkliler/Gökyayla, s.86.

²⁰ Ansay, s.20-21; Eren (2019), s.242; Tandoğan, s.301; Gümüş, s.136; Ozanoğlu, s.220 vd.

²¹ Gümüş, s.136; Aydoğdu/Kahveci, s.296; Yavuz, s.164; Eren (2019), s.248; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2684; Ozanoğlu, s.220 vd.

²² Hacibekioğlu, Ekin (2013) “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, s.79; Akdi, Murat (2017) “Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı”, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.15; Gümüş, s.139; Aral/Ayrancı, s.220; Yavuz, s.164; Eren (2019), s.246; Zevkliler/Gökyayla, s.88; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2668; Erzurumluoğlu, s.50; Özdemir/ Korkmaz, Yakup, s.425.

²³ Bu görüşteki yazarlar hükmün koruma amacından hareket etmekte ve esnek hükümsüzlüğü benimsemektedir. Bkz. Eren, Fikret (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, An-

alıcının malı teslim alarak taksitleri ödemeye başlaması durumunda, taraflarca sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğuna ilişkindir.²⁴ Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarda, şekle aykırı olarak kurulan bir sözleşmeye ilişkin tarafların edimlerini yerine getirmesine rağmen sonradan şekle aykırılığı ileri sürmelerinin hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiğini kabul etmektedir.²⁵

Akdedilecek olan taksitle satış sözleşmesi, satıcının ticari faaliyeti kapsamında ise TBK m. 253/III'le nitelikli yazılı şekil şartına tabi olacaktır.²⁶ Bu unsurlardan birinin eksik olması hâlinde yapılan sözleşme kesin olarak hüküm-

kara, Yetkin Yayınları, s.330; **Antalya, Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:V/1,1 Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.200; **Aydoğdu/Kahveci**, s.298. *Gümüş* ise geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağının kabulü için “taksitlerin çok büyük kısmının alıcı tarafından ödenmiş olması” kistasını getirmektedir. Bkz. **Gümüş**, s.140.

²⁴ Bu görüş için bkz. **Develioğlu, Hüseyin Murat** (2011) “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler”, Legal Hukuk Dergisi, C:9, S:98, s.532.

²⁵ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2021/122, K: 2021/4895, T: 09.06.2021, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 23.03.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E:2011/3020, K: 2011/3784, T: 28.06.2011, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 23.03.2023.

²⁶ TBK m. 253/III hükmü şu şekildedir: “*Mahn satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması hâlinde, sözleşmede aşağıdaki hususlar belirtilir.*

1. *Tarafların adı ve yerleşim yeri*

2. *Satışın konusu*

3. *Satılanın peşin satış bedeli*

4. *Taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel*

5. *Toplam satış bedeli*

6. *Alıcının nakden veya aynen üstlendiği diğer bütün edimler*

7. *Peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit S.sı*

8. *Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı*

9. *Öngörülmişse, mülkiyetin saklı tutulmasına veya satış bedeli alacağının devrine ilişkin anlaşma kayıtları*

10. *Temerrüt veya vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere ödenecek faiz*

11. *Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih”.*

süzdür. Ancak doktrindeki bazı yazarlar bentler hâlinde sayılan bu unsurların hepsinin sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmadığı gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımını eleştirmektedir.²⁷

Taksitle satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için sözleşmenin her iki tarafının da tam ehliyetli olması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası ile kendilerini borç altına sokabilecek sözleşmelere taraf olmaları mümkündür. Yasal temsilci tarafından verilecek rıza herhangi bir şekilde bağlı olmadığı gibi sözleşmenin kurulmasından önce de sonra da verilebilmektedir.²⁸ Taksitle satış sözleşmesinde TBK m. 254 ile sınırlı ehliyetsizler bakımından özel bir hüküm getirilerek onların bu sözleşmeyi akdedebilmeleri için yasal temsilcilerinin rızası aranmaktadır. Rızanın aranacağı an, genel hükümlerden farklı olarak, en geç sözleşmenin kurulduğu andır.²⁹ Dolayısıyla icazet şeklinde verilecek rıza yapılan taksitle satış sözleşmesini geçerli hâle getirmemektedir.³⁰ Yasal temsilci tarafından verilecek rızanın geçerli olması için adi yazılı şekilde verilmesi gerekmektedir. Yasal temsilcinin rızasının aranmasına ilişkin düzenleme, eski Kanun'da ve TKHK'da yer almamaktadır.³¹

II. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE ALICIYI KORUYAN GERİ ALMA HAKKI

A. GERİ ALMA HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Alıcıya TBK m. 255 uyarınca tanınan geri alma hakkı, ona sözleşmenin kurulması aşamasında korunarak, yeterince düşünmesi için fırsat sunan ve söz-

²⁷ Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2670; Zevkliler/Gökyayla, s.88; Gümüş, s.140.

²⁸ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2022) Türk Özel Hukuku C:II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.85; Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.251; Kayıhan, Şaban (2022) Kişiler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.46.

²⁹ Gümüş, s.138; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2674; Aral/Ayrancı, s.221; Aydoğdu/Kahveci, s.298; Yavuz, s.164; Eren (2019), s.246.

³⁰ Eren (2019), s.246; Gümüş, s.138; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2674; Aydoğdu/Kahveci, s.298; Zevkliler/Gökyayla, s.89.

³¹ Yavuz, Nihat (2011) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler-Özel Hükümler, Ankara, s.368; Akdi, s.37.

leşmesel ilişkiyi koparmayı mümkün kılan bir olanaktır.³² Ancak doktrinde alıcıya tanınan bu hakkın “ahde vefa ilkesini” sınırlandırdığı ve alıcının sorumsuzca davranmasına yol açtığı hususlarına ilişkin eleştiriler getirilmiştir.³³

Geri alma hakkı, irade beyanlarının doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından öngörölmüş olan yenilik doğuran bir haktır.³⁴ Böylelikle alıcı sözleşme kurmaya yönelik irade beyanını, kendisine tanınan belirli bir süre içinde geri alarak aslında sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini satıcıya ifade edebilmektedir. Geri alma hakkı, taksitle satış sözleşmelerinde alıcının uzun süreli ödeme yükümü altına girdiği düşünüldüğünde, girdiği işlemin kendi ekonomik durumu üzerindeki finansal etkilerini detaylı olarak irdeleyip düşünme ve ortaya ağır sonuçlar çıkacaksa bunu ortadan kaldırabilme olanağı sunmaktadır.³⁵

Geri alma hakkının kullanılması yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olduğundan ortaya çıkan sonuç, özel nitelikteki bir borç ilişkisinin sona ermesi veya bir hukuki işlemin tamamlanamaması şeklindedir.³⁶

Taksitle satış sözleşmesinde alıcıya tanınan geri alma hakkı, alıcı tarafından serbestçe kullanılabilen, herhangi bir sebep ileriye sürmeksizin aradaki hukuki ilişkiyi geçmişe etkili olarak sonlandırabilme özelliği olan yenilik doğurucu bir haktır.³⁷ Buna bağlı olarak alıcının geri alma hakkını kullanmasıyla, satıcının herhangi bir beyanda bulunmasına ve işlem yapmasına gerek olmaksızın, bu hak sonuçlarını doğurmaktadır.

Taksitle satış sözleşmesinde alıcıya tanınan geri alma hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürölmektedir. Bazı yazarlara göre

³² **Develioğlu**, s.536; **Demir** (2016), s.120; **Gümüş**, s.150; **Yılmaz**, s.452; **Ünlütepe**, s.139.

³³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Akünel, Teoman** (1972) “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:6, S:9, s.96; **Ozanoğlu**, s.216, dn. 95.

³⁴ **Ünlütepe**, s.145; **Demir** (2016), s.120; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s.2678; **Ozanoğlu**, s.177; **Deniz Dinar**, s.101; **Sağlam**, s.68; **Özel**, s.171-172.

³⁵ **Yılmaz**, s.443; **Demir** (2016), s.121; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s.2679.

³⁶ **Demir** (2016), s.121.

³⁷ **Ozanoğlu**, s.177; **Demir** (2016), s.123.

geri alma hakkı, aslında sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için bağlanan olumsuz, geciktirici bir şart niteliğindedir.³⁸ Geri alma hakkının aslında kendine özgü yapısı olan ve geçmişe etkili sonuç doğuran tüketici hukuku temelli bir sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.³⁹ *İnceoğlu*, bu hakkın bir cayma hakkı olduğunu ve cayma hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin geriye etkili şekilde çözümlenerek bir tasfiye ilişkisinin ortaya çıktığını ileri sürmektedir.⁴⁰ Bizim de katıldığımız görüş⁴¹ uyarınca taksitle satış sözleşmesinde alıcının geri alma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olup alıcı tarafından kendisine tanınan yedi günlük sürede kullanılmak suretiyle aradaki hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır.

Alıcının, geri alma beyanını yedi günlük süre içinde kullanması hâlinde sadece satıcı bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olan taksitle satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Bu hakkın kullanılmaması durumunda ise alıcının geri alma hakkı düşeceği için alıcı için taksitle satış sözleşmesinin askıda geçerlilik hâli son bulacaktır.⁴²

B. GERİ ALMA HAKKININ BENZER KURUMLARDAN FARKININ ORTAYA KONULMASI

1. Geri Alma Hakkının Dönme Hakkı ile Karşılaştırılması

Sözleşmeden dönme, ani edimli ve karşılıklı olan bir sözleşme ilişkisinin taraflardan birinin tek taraflı beyanı ile geçmişe etkili olarak⁴³ sona erdirilmesini

³⁸ *Yılmaz*, s.457; *Demir* (2013), s.84; *Develioğlu*, s.536; *Gümüş*, s.150, dn. 599'da yer alan yazarlar.

³⁹ *Gümüş*, s.150, dn. 600'de yer alan eserler; *Demir* (2013), s.84; *Demir* (2016), s.124; *Ünlütepe*, s.145.

⁴⁰ *İnceoğlu, Murat* (1998) Taksitlerle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, s.26-27.

⁴¹ *Ünlütepe*, s.146; *Serozan*, s.125; *Özel*, s.74; *Buz*, s.89-90; *Ozanoğlu*, s.177; *Deniz Dinar*, s.102.

⁴² *Demir* (2016), s.124; *Demir* (2013), s.84; *Gümüş*, s.151.

⁴³ Klasik dönme görüşünde olan yazarlar bu sonucu savunurken, "yeni dönme görüşü"nü savunan yazarlara göre sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili bir sonucu bulunmamakta, aksine taraflar arasındaki ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bu hususta bkz. *Serozan, Rona* (2007) Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.73 vd. ile 130 vd.; *Eren* (2020), s.1397-1398.

ifade etmektedir.⁴⁴ Dönme hakkının kullanılabilmesi için ihbar, ihtar veya fesih süresi gibi bazı ön şartların varlığı aranabilmekte iken geri alma hakkının kullanımını bakımından alıcı herhangi bir kayıt ve koşula bağlı tutulmamaktadır.⁴⁵

Geri alma hakkı sözleşmenin taraflarından sadece alıcı lehine tanınmışken sözleşmeden dönmeye sözleşmenin her iki tarafı da başvurabilmektedir.⁴⁶

Sözleşmeden dönme hakkı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın menfaatlerini dengeleme ve aralarındaki sözleşmesel bağı muhafaza ederek tarafları beklenmedik şekilde ortaya çıkan ifa engellerinden koruma işlevine sahiptir.⁴⁷ Oysa geri alma hakkı, *Serozan*'ın da belirttiği üzere, sözleşmenin özel olarak korunan tarafına Kanun uyarınca sunulan bir "ilişkiyi koparma ayrıcalığı"dır.⁴⁸

Dönme hakkı, ilke olarak ancak belirli ifa engellerinin ortaya çıkması hâlinde kullanılabilen bir haktır.⁴⁹ Hatta taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı için satıcının bu hakkını sözleşmede açıkça saklı tutmuş ve alıcıya bu hakkı kullanmadan önce on beş günlük süre vermiş olması aranmaktadır.⁵⁰

2. Geri Alma Hakkının Fesih Hakkı ile Karşılaştırılması

Fesih ise sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır.⁵¹ Fesih hakkı yenilik doğuran bir haktır; geri alma hakkı ise bu iki yenilik doğuran hakkı tamamlar nitelikte olan bir yenilik doğurucu hak olarak

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s.452; Eren (2020), s.1396; Sağlam, s.70; Deniz Dinar, s.106; Demir (2016), s.121; Serozan, s.117-118; Ünlütepe, s.145.

⁴⁵ Demir (2016), s.121; Ünlütepe, s.145; Serozan, s.125; Özel, s.110; Deniz Dinar, s.106.

⁴⁶ Serozan, s.125; Özel, s.110; Ünlütepe, s.145; Demir (2016), s.121; Deniz Dinar, s.107; Sağlam, s.70.

⁴⁷ Serozan, s.125, 599; Deniz Dinar, s.107; Demir (2016), s.122.

⁴⁸ Serozan, s.123.

⁴⁹ Buz, Vedat (1998) Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, s.91; Serozan, s.123; Demir (2016), s.122.

⁵⁰ Yılmaz, s.464; Demir (2016), s.123; Demir (2013), s.115.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s.452; Eren (2020), s.1396; Tandoğan, s.1158; Demir (2016), s.122; Deniz Dinar, s.106; Serozan, s.125; Özel, s.111.

vücut bulmaktadır.⁵² Bu hakkın niteliği de bozucu niteliktedir.⁵³ Geri alma hakkı fesih hakkından farklı olarak, geçmişe etkili olarak sonuç doğurur.

Geri alma hakkı ile fesih hakkı arasında tarafların iade yükümlülükleri bakımından da fark bulunmaktadır. Geri alma hakkının kullanılmasının sonucunda edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanırken; fesih hakkının kullanılması ise sözleşmesel iade borcunu ortaya çıkarmaktadır.⁵⁴

3. Geri Alma Hakkının Cayma Hakkı ile Karşılaştırılması

Geri alma hakkı ile cayma hakkının da karşılaştırılması önem taşımaktadır. TBK Tasarısı'nın ilk hâlinde geri alma hakkı yerine "cayma hakkı" ifadesi kullanılmış iken bu ifade sonrasında değiştirilerek mevcut hâlini almıştır.⁵⁵ *Serozan*, cayma hakkını "borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türü" olarak tanımlamaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır.⁵⁷ Bu tasarruf etkisi nedeniyle de geri alma hakkından ayrıldığı kabul edilmektedir.⁵⁸

4. Geri Alma Hakkı ile İptal Hakkının Karşılaştırılması

Geri alma hakkının iptal hakkı ile de farkları bulunmaktadır. İptal, tek taraflı varması gerekli irade beyanıyla kullanılan ve kanun hükümlerinden kaynaklanan bir yenilik doğuran haktır.⁵⁹ İptal hem sözleşmeler hem de hukuki

⁵² *Serozan*, s.123; *Demir* (2016), s.122; *Deniz Dinar*, s.106; *Ozanoğlu*, s.177; *Ünlütepe*, s.146.

⁵³ *Serozan*, s.131; *Özel*, s.111.

⁵⁴ *Özel*, s.113; *Serozan*, s.125; *Ünlütepe*, s.145.

⁵⁵ *Ozanoğlu*, s.217; *Ünlütepe*, s.144; *Demir* (2016), s.121.

⁵⁶ *Serozan*, s.137.

⁵⁷ *İmadoğlu Aksu, Banu* (2019) "Tüketici Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmeleri", (Yüksek Lisans), Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.26; *Kibar, Ahmet Fevzi* (2018) "Cayma Hakkının Hukuki Niteliği ve Sözleşme Türlerine Göre Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, C:16, S:16, s.2832; *Demir* (2016), s.121; *Ünlütepe*, s.144; *Akipek Öcal/Kara*, s.104.

⁵⁸ *Demir* (2016), s.121.

⁵⁹ *Özel*, s.113.

işlemlerde karşımıza çıkmaktadır, bu bakımdan uygulama alanı geniştir.⁶⁰ İptal hakkının kullanılmasının sonucunda ya baştan itibaren geçersiz olan hukuki bir işlemin bu geçersizliği kesinleştirilir yahut baştan geçerli olan bir işlem sonradan geçmişe etkili olarak geçersizleştirilir.⁶¹ İptal hakkının kullanılmasını gerektiren irade bozuklukları ve aşırı yararlanma hallerinin gerçekleşmesi durumunda, işlemin iptal edilene kadarki sürede akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.⁶²

Geri alma ve iptal hakkının her ikisi de sözleşmenin kuruluş aşamasıyla ilgili olsa da, geri alma hakkının söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin kuruluş aşamasında herhangi bir aksaklık bulunmamakta; oysa iptal hakkına konu olan hukuki işlemin daha başlangıç aşamasında bir aksaklığından söz edilmektedir.⁶³ İptal hakkı ve geri alma hakkının kullanılması hak düşürücü süreye tabidir, ki bu durum yenilik doğuran hak olmalarından kaynaklanmaktadır. Ayrıca her iki hakkın kullanılması için karşı tarafa bu konuda ihtar veya ihbar edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁴

C. GERİ ALMA HAKKININ KULLANILMASI, ŞEKLİ VE SÜRESİ

1. Genel Olarak

Sözleşme TBK m. 1 uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an, sözleşmenin hazırlar arasında yapılıp yapılmamasına göre farklılık taşımaktadır. Hazırlar arasında gerçekleştirilen bir sözleşme varsa hüküm ve sonuçlar kabul iradesinin açıklanmasıyla doğmakta, yani sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması aynı anda meydana

⁶⁰ Akdi, s.52; Özel, s.113.

⁶¹ Özel, s.113; Serozan, s.151.

⁶² Bu yönde üç farklı görüş bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Küçükaydın, Emine Aslı (2018) Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, s.48 vd.; Özel, s.113.

⁶³ Özel, s.115; Küçükaydın, s.50; Serozan, s.146.

⁶⁴ Özel, s.115.

gelmektedir.⁶⁵ Hazır olmayanlar arasında sözleşme kabul beyanının öneri sahibine ulaşması ile kurulmakta ancak hüküm ve sonuçlarını kabul beyanının karşı tarafa gönderildiği anda geçmişe etkili olarak doğurmaktadır.⁶⁶

Taksitle satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları TBK m. 255'te düzenlenmektedir.⁶⁷

“Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin süresinin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir.

Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuç doğurmuş olur.

Alıcının geri alma hakkını kullanması halinde, kendisinden cayma parası beklenemez.”

Taksitle satış sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yazılı şekle uygun olarak imzalamalarıyla kurulmaktadır. TBK m. 255/I uyarınca sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an, alıcı ve satıcı yönünden farklı şekilde düzenlenmektedir. Alıcı yönünden taksitle satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an, sözleşmenin imzalı bir nüshasının kendisine verilmesinden⁶⁸ yedi gün sonrası olarak belirlenmiştir.⁶⁹ Satıcı bakımından ise

⁶⁵ Eren (2020), s.297.

⁶⁶ Eren (2020), s.297; Sağlam, s.67.

⁶⁷ Bu hüküm, eski Kanun'da karşılığı olmayan bir düzenlemedir. Detaylı bilgi için bkz. Demir (2013), s.18; Güngör, s.737; Demir (2016), s.119.

⁶⁸ Alıcıya verilecek sözleşme nüshasının ıslak imzalı belge olması gerekmektedir. Bu belgenin alıcıya verildiğini ispat edecek olan taraf, satıcıdır. Detaylı bilgi için bkz. Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat (2004) Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.177; Demir (2016), s.120.

sözleşmenin kurulmasıyla, diğer bir ifadeyle sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla birlikte taksitle satış sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.⁷⁰

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından değinilmesi gereken bir husus da hasar ve yararın geçişidir. Taksitle satış sözleşmesinde hasar ve yararın geçişinde TBK m. 208 hükmü uygulanmaktadır. TBK m. 208/I uyarınca “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*”. Taksitle satış sözleşmesinde, bu hüküm gereğince, satış konusu mal geri alma süresi bitmeden önce satıcı tarafından alıcıya teslim edilmemişse geri alma süresi içinde meydana gelen hasar ve yarar satıcının üzerinde olacaktır.⁷¹ Belirtmek gerekir ki satıcının geri alma süresi dolmadan satıcının alıcıya malı teslim etmesi yükümlülüğü bulunmadığından, geri alma süresi içinde mal alıcıya teslim edilmiş olsa dahi hasar ve yarar yine satıcıya ait olmalıdır.⁷²

2. Geri Alma Hakkının Kullanılabileceği Süre

TBK m. 255/I uyarınca satıcı tarafından alıcıya imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının verilmesi gerekmektedir. Alıcı açısından sözleşme hüküm ve sonuçlarını, sözleşme nüshasının kendi eline geçmesinin üzerinden yedi gün geçtikten sonra doğurmaya başlayacaktır.⁷³ Alıcı kendisine tanınan bu geri alma süresi içinde sözleşmenin kendi için avantaj ve dezavantajlarını gözden geçirerek değerlendirme fırsatına sahip olmaktadır. Alıcı herhangi bir sebep sunmaksızın satıcıya sözleşme kurmaya yönelik iradesini geri aldığı bildirme hakkına sahiptir.⁷⁴

⁶⁹ Sağlam, s.67; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2678; Gümü, s.150; Demir (2016), s.119; Deniz Dinar, s.101; Ünlütepe, s.143.

⁷⁰ Deniz Dinar, s.101; Sağlam, s.67; Demir (2016), s.119.

⁷¹ Ünlütepe, s.143; Sağlam, s.68.

⁷² Aynı doğrultuda bkz. Özel, Çağlar (1998) Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.171-172; Sağlam, s.68.

⁷³ Ünlütepe, s.147; Demir (2016), s.125; Deniz Dinar, s.102; Sağlam, s.71.

⁷⁴ Uygur, Turgut (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.1574; Demir (2016), s.125; Ünlütepe (TBK) s.139 ve 149; Demir (2013), s.84.

Alıcıya TBK tarafından tanınan bu geri alma hakkı için öngörülen yedi günlük süre, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının alıcının eline geçmesiyle başlamaktadır.⁷⁵ Fotokopi ıslak imzaları içermediği için nüsha sayılamayacağından, sözleşmenin fotokopisinin alıcıya verilmiş olması hâlinde yedi günlük süre başlamayacaktır.⁷⁶ Kanun'un 255. maddesi uyarınca geri alma bildirimini yedi günlük sürenin sonunda postaya verilmiş olsa da geçerli kabul edilmektedir, dolayısıyla bildirim satıcıya ulaşmış olması gerekli değildir. Böylelikle alıcının bildirimini satıcıya geç ulaşması riski satıcıya yüklenmektedir.⁷⁷ Alıcıya tanınan yedi günlük süre tarafların anlaşmasıyla kısıtlanmasa da uzatılması bakımından bir engel bulunmamaktadır.⁷⁸ TBK m. 255 hükmüyle getirilen bu yedi günlük süre, hak düşürücüdür.⁷⁹

3. Geri Alma Hakkından Önceden Feragat Edilememesi

Geri alma hakkından alıcının önceden feragat edemeyeceği hüküm altına alınmış; bu husus madde gerekçesinde⁸⁰ de açıkça belirtilerek, önceden feragat söz konusu olduğundan, bunun kesin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden hareketle geri alma hakkından feragatin hiçbir şekilde mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Peki alıcı hiçbir şekilde bu hakkını kullanmaktan feragat edemeyecek midir? İlgili hükümde bu soruya açıklık getirilmemiştir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca alıcının geri alma süresi içinde de bu hak-

⁷⁵ Dolayısıyla sadece tek tarafın imzaladığı bir nüshanın verilmiş olması yeterli olmamaktadır. Bkz. **Sağlam**, s.71; **Demir** (2016), s.125.

⁷⁶ **Ünlütepe**, s.142; **Sağlam**, s.71.

⁷⁷ **Zevkliler/Gökyayla**, s.94; **Deniz Dinar**, s.103; **Demir** (2016), s.125; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s.2680; **Gümüş**, s.151; **Yılmaz**, s.460; **Ünlütepe**, s.148.

⁷⁸ **Gümüş**, s.152; **Demir** (2016), s.125; **Sağlam**, s.71.

⁷⁹ **Ünlütepe**, s.148; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s.2680.

⁸⁰ İlgili bölüm şu şekildedir: “Alıcının korunması amacıyla, onun geri alma hakkından önceden feragat edemeyeceği kabul edilmiştir. Böyle bir feragat, Tasarımın 27 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacaktır. Yine aynı fıkra uyarınca, Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilir. Bu haktan önceden feragat edilemez”. Gerekçe için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>> s.e.t. 23.03.2023.

kından feragat edebilmesi mümkündür.⁸¹ Bu görüşün ileri sürülmesinde esas olan nokta, TBK m. 255 ile alıcıya, satıcının etkisinde kalmaksızın özgür ve sağlıklı bir şekilde sözleşmeyi değerlendirebilme süresinin tanınmış olmasıdır. Dolayısıyla alıcı bu düşünme süresi içinde ekonomik koşullarını da değerlendirerek bir mali yük altına girip girmemeye karar vermektedir. Dolayısıyla geri alma hakkına sahip olan alıcı aslında bu düşünme süresi içinde sözleşmenin getireceği yükten kurtulma fırsatını da elde etmektedir. Bazı yazarlara göre ancak sözleşme kurulduktan sonra alıcının geri alma hakkından feragat edebilmesi söz konusu olabilecektir.⁸² Kanımızca bu görüş kanunun getirdiği amaç ile çok bağdaşır nitelikte değildir.

4. Geri Alma Bildiriminin Şekli

Alıcıya tanınan geri alma hakkının kullanılması bakımından TBK m. 255 yazılı şekil şartı getirmektedir. Yazılı şekil şartı bir geçerlik şartıdır.⁸³ Alıcı tarafından süresi içinde kullanılmayan veya yazılı şekle uyulmadan yapılan geri alma bildirimini, geri alma hakkını artık ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucunda taksitle satış sözleşmesi alıcı bakımından da hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Ancak belirtmek gerekir ki geri alma süresi içinde alıcı geri alma beyanını yazılı olarak kullanırsa elbette sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır.⁸⁴ Eğer satıcı şekle uyulmadan yapılan geri alma bildirimine itiraz etmeden kabul etmiş ve sonrasında bu beyanın şekle aykırı olduğunu ileri sürmüşse bu durum, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmeli ve alıcının menfaati korunmalıdır.⁸⁵

Geri alma hakkının kullanılıp kullanılmadığının ispatı alıcı üzerindedir. Alıcı geri alma hakkını, Kanun'daki yazılı olarak yapılma gerekliliğinden yola

⁸¹ **Yılmaz**, s.455; **Develioğlu**, s.536.

⁸² **Ünlütepe, Mustafa** (2014) "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, S:2, s.349 (Tüketici); **Demir** (2016), s.126; **Deniz Dinar**, s.103.

⁸³ **Demir** (2016), s.126; **Demir** (2013), s.85; **Ünlütepe**, s.147; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s.2680; **Gümüş**, s.152; **Yılmaz**, s.458; **Sağlam**, s.72; **Deniz Dinar**, s.103; **Uygur**, s.1574.

⁸⁴ **Güngör**, s.737; **Demir** (2016), s.127.

⁸⁵ **Demir** (2016), s.127; **Demir** (2013), s.116.

çıkarak, noter aracılığıyla ya da iadeli taahhütlü mektupla kullanması hâlinde ispat bakımından sorun yaşanmayacaktır.⁸⁶

5. Alıcının Geri Alma Hakkını Kullanacağı Süre İçinde Malı Olağan Gözden Geçirme Ölçüsünde Kullanabilme Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 255. maddenin ikinci fıkrasında satıcının malı alıcıya geri alma süresi içinde devretmesi hâline ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre alıcı geri alma süresi içinde kendisine devredilen sözleşme konusu malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilmektedir. Bu ölçüyü aşan bir kullanım olduğunda ise, her ne kadar geri alma süresi içinde de olsa, sözleşmenin alıcı bakımından da hüküm ve sonuçlarını doğurması söz konusu olmaktadır.⁸⁷ Alıcının malı olağan ölçüyü aşan bir şekilde kullandığını ise satıcı ispat etmek zorundadır.⁸⁸

Buradaki olağan gözden geçirme ölçüsü, taşınır satışını düzenleyen TBK m. 223 hükmü esas alınarak tespit edilmektedir. Buna göre olağan gözden geçirme ölçüsü, sözleşme konusu malın, satış sözleşmelerinde malda ortaya çıkabilecek açık ayıplar bakımından alıcıya getirilen muayene külfeti için aranan ölçüdür.⁸⁹ Dolayısıyla TBK m. 223'te vurgulanan “işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz” kriteri uygulanmaktadır.

III. GERİ ALMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

Alıcı tarafından geri alma hakkının kullanılmasına kadar taksitle satış sözleşmesi askıdadır.⁹⁰ Alıcının kendisine tanınan yedi günlük sürede geri alma hakkını kullanmasının ilk hukuki sonucu aslında sözleşmeden dönme hakkının

⁸⁶ Ünlütepe, s.147; Sağlam, s.72.

⁸⁷ Gümüş, s.151; Demir (2016), s.129; Sağlam, s.72; Ünlütepe, s.149; Deniz Dinar, s.104; Uygur, s.1574.

⁸⁸ Demir (2016), s.129; Deniz Dinar, s.104. Yılmaz'a göre satıcı alıcıya olağan kullanımın ötesinde bir kullanıma izin vermişse, satıcının bu yöndeki rızasının varlığı dolayısıyla, alıcının geri alma hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bkz. Yılmaz, s.460.

⁸⁹ Serozan, s.202; Aslanova, s.93; Demir (2013), s.85.

⁹⁰ İnceoğlu, s.26-27; Sağlam, s.73; Ünlütepe, s.149.

kullanılmasının sonucuyla benzer nitelik taşır ve ifa edilmemiş edimler sona erer, ifa edilmiş edimlerin ise iadesi borcu doğar. Bu bakımdan geri alma hakkı gerek alıcı gerekse satıcı bakımından bozucu yenilik doğurucu bir sonuç ortaya çıkarır.⁹¹ Alıcı bakımından söz konusu olan askı halinin devam ettiği durumlarda sözleşme kesin hüküm doğurmadığı için bu aşamada herhangi bir talep hakkından bahsedilemeyecektir. Doğal olarak ifa etmemeden kaynaklanan bir zararın giderilmesi hususu da gündeme gelmeyecektir.

Taksitle satış sözleşmesinde alıcının geri alma beyanında bulunmasının sonuçları ana hatlarıyla sadece TBK m. 255/III'te düzenlenmiş; ancak aradaki tasfiye ilişkisinin ne şekilde gerçekleşeceği hüküm altına alınmamıştır. Tarafların tasfiyeden doğan yükümlülüklerinin karşılıklı olarak gerçekleştirileceğini genel hükümler çerçevesinde söylemek mümkündür.⁹² Alıcının geri alma hakkını kullanmasıyla askıda olan sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve satıcı da sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur.⁹³ Geri alma hakkının geriye etkili olması dolayısıyla tarafların sözleşme öncesindeki mevcut durumlarının yeniden tesisi, başka bir ifadeyle ifa edilmiş olan edimlerin de karşılıklı olarak iadesi gerekir. Geri alma hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkan iade yükümlülüğü sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleşmektedir.⁹⁴ Tarafların edimlerinin para olarak belirlendiği hallerde takas hükümlerinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁹⁵

TBK m. 255/III ile alıcının geri alma hakkını kullanması hâlinde kendisinden cayma parası istenemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda alıcıdan geri alma hakkını kullandığı için cezai şart ödemesi beklenebilir; hatta sözleşmeye alıcıya ekonomik açıdan yük getirecek hükümler koyulması da yasaktır.⁹⁶ Madde gerekçesinde sözleşmenin kurulmasına yönelik irade

⁹¹ **Ayan, Serkan** (2021) “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Keyfi Dönme Hakkı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:2, s.478.

⁹² **Özel**, s.104.

⁹³ **Demir** (2016), s.131; **Sağlam**, s.74; **Yılmaz**, s.458; **Demir** (2013), s.86.

⁹⁴ **Serozan**, s.125; **Özel**, s.11; **Ünlütepe**, s.150; **Sağlam**, s.74.

⁹⁵ **Özel**, s.104; **Sağlam**, s.74.

⁹⁶ **Yılmaz**, s.455; **Demir** (2013), s.86; **Demir** (2016), s.131.

açıklamasının herhangi bir tazminat yükümlülüğüne yol açmaksızın alıcı tarafından geri alınabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca satış konusu malın olağan gözden geçirilmesinin gerektirdiği yararlanma dolayısıyla alıcıdan giderim bedeli talep edilmesinin de kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷ O hâlde alıcıya tanınan geri alma hakkının kullanımını alıcı aleyhine mali yüklerle sınırlandıran taksitle satış sözleşme hükümleri kesin hükümsüzdür.⁹⁸

SONUÇ

Taksitle satış sözleşmeleri, gelişen ve rekabetin giderek arttığı piyasa düzeyinde alıcı ve satıcı arasındaki menfaat dengesinin sağlıklı kurulması bakımından önem taşımaktadır. Alıcı daha sözleşmenin kurulması aşamasında kendisinden daha güçlü durumda olan satıcıya karşı korunmakta, bu doğrultuda alıcıya pek çok olanak sunulmaktadır. Bu olanaklardan biri de alıcının sözleşme kurulmasına yönelik irade beyanını geri alma hakkıdır. Bu hak koşulsuz ve herhangi bir sebep göstermeye gerek olmaksızın alıcı tarafından kullanılabilen yenilik doğuran bir haktır.

Taksitle satış sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 253 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Bu sözleşme, her ne kadar taraflarca imzalanmasıyla kurulmuş olsa da, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından özel bir düzenleme mevcuttur. Satıcı için sözleşme kurulduğu anda hüküm ve sonuçlarını doğurmakta iken alıcıya kendisine verilen yasal süre içinde iradesini geri alma hakkı tanınarak sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması alıcı açısından ertelenmektedir. Alıcının geri alma hakkı, sözleşmenin bir nüshasının kendine verilmesinden itibaren başlamaktadır. Satıcı ise bu süreçte tek taraflı olarak sözleşmeyle bağlıdır. Geri alma süresi içinde satıcı, zorunlu olmamakla birlikte, malı alıcıya devretmişse alıcı malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir. Olağan ölçüyü aşan bir kullanım gerçekleşmişse, her ne kadar geri alma süresi içinde olsa da alıcı yönünden de artık sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olur.

⁹⁷ Gümüş, s.151.

⁹⁸ Demir (2016), s.131; Ünlütepe, s.150; Makaracı Başak/Öktem Çevik, s.2680.

Taksitle satış sözleşmesinde alıcıya tanınan geri alma hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dolayısıyla da alıcının bu hakkı kullanmasıyla onun sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanının hukuki sonuç doğurmasının önüne geçmektedir.

Alıcı geri alma hakkını sözleşmenin imzalı bir nüshasının eline geçmesinden itibaren yedi gün içinde kullanır. Kendisine tanınan geri alma hakkını bu süreye uyarak herhangi bir sebep göstermeksizin serbestçe satıcıya karşı ileri sürebilmektedir. Geri almaya ilişkin bildirim yazılı olarak yapılması gerekir; bu bir geçerlilik şartıdır. Geri alma hakkının yazılı olarak kullanılmasına ilişkin hüküm emredici niteliktedir, bu sebeple tarafların aksini kararlaştırmaları hâlinde geri almaya ilişkin alıcı tarafından yapılan işlem kesin hükümsüz olur.

Alıcı hem süresi içinde hem de yazılı olarak geri alma iradesini ortaya koymalıdır; aksi hâlde geri alma hakkı sona erecektir. Ancak alıcı yedi günlük süre içinde geçerli şekilde uyarak geri alma hakkını kullanırsa taksitle satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erer. Ayrıca Kanun tarafından alıcıya tanınan yedi günlük geri alma süresinin tarafların iradeleriyle kısaltılamayacağı kabul edilmektedir. Öyle ki TBK m. 255 uyarınca, alıcı geri alma bildirimini sürenin son günü postaya vermiş olsa bile, satıcıya geç ulaşım ulaşmadığı dikkate alınmaksızın, sonuç doğuracağı hüküm altına alınmıştır.

Alıcının geri alma hakkından önceden feragat edemeyeceği, aksi hâlde yapılan feragatin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmektedir. Ancak kanaatimizce sözleşme kurulduktan sonra alıcının bu haktan feragat etmesi mümkündür.

Alıcı geri alma hakkını kullanması dolayısıyla satıcıya cayma parası ödemecektir. Bu emredici bir düzenlemedir. Her ne kadar Kanun ilgili hükümde sadece cayma parasından söz etmiş olsa da alıcıyı bu hakkı kullanması dolayısıyla mali anlamda bir yük altına sokacak sözleşme hükümlerinin de batıl olacağını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akdi, Murat** (2017) “Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı”, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Akipek Öcal, Şebnem/Kara, İlhan** (2021) Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akünel, Teoman** (1972) “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:6, S:9, s.69-106.
- Ansay, Tuğrul** (1994) Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar, Ankara.
- Antalya, Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:V/1,1 Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aslanova, Kemale** (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Taksitle Satım Sözleşmelerine Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikleri”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:5, S:2, s.88-102.
- Ayan, Serkan** (2021) “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Keyfi Dönme Hakkı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:2, s.467-498.
- Aydın Kiremitçi, Dilan** (2022) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı”, (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan** (2019) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Buz, Vedat** (1998) Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Demir, Remzi** (2013) Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Demir, Remzi** (2016) “Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmelerinde Tek Taraflı Bağlamazlık”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.111-139.
- Deniz Dinar, Bahar** (2019) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taksitle Satış Sözleşmesi”, (Yüksek Lisans), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Develioğlu, Hüseyin Murat** (2011) “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Taksitle Satım Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler”, *Legal Hukuk Dergisi*, C:9, S:98, s.525-552.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2022) *Türk Özel Hukuku C:II Kişiler Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad** (2019) *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Eren, Fikret** (2019) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Eren, Fikret** (2020) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ergüne, Serkan** (2013) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Yayınevi, s.515-539.
- Erzurumluoğlu, Erzan** (2018) *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1980) *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri*, C. 1, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Gümüş, Alper** (2019) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Güngör, Hayriye Gonca** (2016) “Borçlar Kanunu- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısındaki Taksitli Satışlarla İlgili Düzenlemeler Arasındaki Farklılıklar”, *Legal Hukuk Dergisi*, C:4, S:39, s.2465-2473.
- Hacıbekioğlu, Ekin** (2013) “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:1, s.73-115.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir** (1999) *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- İmadoğlu Aksu, Banu** (2019) “Tüketici Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmeleri”, (Yüksek Lisans), Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İnceoğlu, Murat** (1998) *Taksitlerle Satımlarda Tüketicinin Korunması*, İstanbul.
- Karahasan, Mustafa Reşit** (2002) *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 1. Cilt, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Kayıhan, Şaban** (2022) *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kibar, Ahmet Fevzi** (2018) “Cayma Hakkının Hukuki Niteliği ve Sözleşme Türlerine Göre Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C:16, S:16, s.2815-2846.

- Küçükaydın, Emine Aslı** (2018) Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, Ankara, On İki Levha Yayıncılık.
- Makaracı Başak, Aslı/Öktem Çevik, Seda** (2019) “Kısmi Ödemeli Satışlar”, Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editörler), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C:4,5 (Madde 207-392), İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut** (2022) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- 1, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin** (1999) Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Öksüz, Ayşegül** (2016) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Korkmaz, Yakup** (2016) Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul.
- Özel, Çağlar** (1998) Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Sağlam, İlyas** (2018) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi”, (Yüksek Lisans), Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Serdar, İlknur** (2012) “Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi.
- Serozan, Rona** (2007) Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tandoğan, Haluk** (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:I/1, 6. Bası, İstanbul, Evrim Yayınevi.
- Uygur, Turgut** (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ünlütepe, Mustafa** (2011) Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Yavuz, Cevdet** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak** (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık.

- Yavuz, Nihat** (2011) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler-Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, Canan** (2012) "6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253-262)", Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat** (2004) Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Basım, Ankara, Seçkin.

AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL HİZMETLER YASASI'NIN DEĞERLENDİRMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi İpek ÇEVİK^(**)

ÖZET

Dijital ekonominin giderek büyümesi ve dijital hizmet sağlayıcılarının sayısının artması ile birlikte bilgi toplumu önemli bir kavram haline gelmiştir. Bu değişen yapı nedeniyle Avrupa Birliği'nde temel hakların ve kişilik haklarının korunması yanında, tüketicinin korunması gibi hususlar açısından güvenli bir online mecra için belirli yükümlülüklerin netleştirilmesi gerekmektedir. Dijital Hizmetler Yasası (DSA) ile farklı hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarının kapsamı ve yükümlülükleri belirlenirken, ortak pazarın da üye ülkeler açısından uyumlu hale getirilmesi hedeflenmiştir. Bu yenilikçi dijital pazarlar bakımından bir yandan fikir hürriyeti, medya çeşitliliği ve yeni girişimciler açısından özgürlükçü yapının korunması gerekirken; diğer yandan ise hukuka aykırı içerik kavramı kapsamında dezenformasyon, mobbing ve tüketici ya da kullanıcıların aldatılması gibi hususlar karşısında da belirli sorumluluk esaslarının daha net bir şekilde belirlenmesi gerekliliği, bu tüzüğün yürürlüğe girmesine etki etmiştir. İşbu makale, DSA uyarınca getirilen düzenlemelerin sistematikini ortaya koymayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Hizmetler Yasası, DSA, Hukuka Aykırı İçerik, Online Platform, Aracı Hizmet Sağlayıcılar, Ürün Sorumluluğu, Mesafeli Sözleşmelere Aracılık Eden Platformlar.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1273986- Geliş Tarihi: 30.03.2023 - Kabul Tarihi: 29.05.2023.

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, E-posta: ipek.cevik@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2186-8581>.

ANALYSIS OF DIGITAL SERVICES ACT OF THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT

The enlargement of the digital economy in the common market and the rising number of intermediary services on the digital arena, signify the importance of the term information society. As a result of the enhancing digital economy, there is also the need to create a safe digital environment in order to guarantee protection of human rights and consumer rights. In light of these aspects, the European Union puts into effect the Digital Services Act (DSA). The DSA determines the obligations of the intermediary services on the digital medium and aims to harmonize the law of digital platforms within the common market. When doing this, the law has to ensure the freedom of speech, diversity of media and freedom of digital entrepreneurship on one hand; and on the other, it has to specify the legal boundaries of digital platforms in order to deal with the risks of disinformation, mobbing and actions aiming to deceive consumers or users. This article will try to summarize and convey the systematical formation of the Digital Services Act.

Keywords

Digital Services Act, DSA, Illegal Content, Online Platforms, Intermediary Service, Product Liability, Dark Pattern, Online Platforms Allowing Consumers to Conclude Distant Contracts with Traders.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ve teknolojik araçlara ulaşımın daha kolay hale gelmesiyle birlikte, dijital hizmet sunan aracı hizmet sağlayıcıların günlük hayatımızın artık vazgeçilmez bir parçası haline geldiği bir dönemden geçmekteyiz. Pandemi nedeniyle normal alışveriş davranışlarımızın değişmesi ve sosyallik anlayışımızın farklılaşması sebebiyle, her zamankinden daha fazla online platformları kullanmakta, bu platformlar üzerinden alışverişimizi yapmakta, çeşitli bilgiler edinmekte ve yakınlarımızla sosyalleşmekteyiz. Bir örümcek ağı misali hayatımızın her alanına girebilme kabiliyetine sahip şekilde yayılan çevrimiçi platformların her ne kadar teknolojik gelişimler sonucu hayatımızı kolaylaştırdıkları aşikâr da olsa; bunun yanında temelde yatan bazı hukuksal sorunların yeniden düşünülüp, dijital hukuki altyapının düzenlenmesi gerekliliği de ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede kişilerin temel haklarının korunmasından başlayıp, sosyal yaşam düzeni içerisinde değişen davranış biçimleri açısından bu aracı hizmet sağlayıcı platformların etkisinin ne olduğu ya da örneğin tüketicilerin korunmasının nasıl sağlanacağı veya yine bu kapsamda son hedef olarak tüketici ile küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması adına rekabet ortamının nasıl korunacağına dair konular, yeni 'dijital ekonominin' ya da 'platform ekonomisinin' unsurlarının dikkate alınarak, yürürlükte olan hukuki düzenlemeleri uyumlu hale getirmeyi gerektirmektedir.

Giderek güçlenen, hatta bazı ülkelerin ekonomisinden daha büyük ekonomik güce sahip platformların sorumluluklarının kapsamının net bir şekilde ortaya konması ihtiyacı karşısında, Avrupa Birliği (AB) çeşitli tüzükler yürürlüğe sokmaya başlamaktadır. Avrupa Birliği'nde bu kapsamda bir yandan yenilikçi bir pazarın devamı sağlanmak istenirken, diğer yandan ise temel hak ve özgürlüklerin korunması yanında, ayrıca tüketicilerin ve rekabet ortamı içinde etkilenen diğer teşebbüslerin de bu dijital güçler karşısında daha avantajlı bir konuma getirilebilmeleri bakımından belirli kıstaslar ortaya serilmektedir.

Bu kapsamda öncelikle AB Hukuku uyarınca aşama aşama yürürlüğe sokulması planlanan Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act-DSA)¹ ve Dijital

¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, L 277, 27 October 2022, (DSA).

tal Pazarlar Yasası (Digital Markets Act-DMA)² gibi düzenlemeler dijital ekonominin gelişimi açısından önem arz etmektedir. Bu çalışmada özellikle Dijital Hizmetler Yasası'nın içeriği incelenecek olup, Avrupa Birliği'nin bu tüzük ile birlikte hem temel hakların hem de tüketicinin korunmasına dair nasıl bir dijital ortam sağlamaya çalıştığı dikkate alınacaktır.

Hayatımızın birçok alanına nüfus etmiş olan dijital ekonomi ve onun ürünlerini anlayabilmek ve düzenleyebilmek elbette tek bir yasa ya da tüzükle mümkün değildir. Bu nedenle farklı alanlarda farklı yasal düzenlemeler ile dijital ekonominin etki alanına dahil olan rekabet hukuku, tüketici hukuku, kişilik hakları gibi konuların birlikte değerlendirilip, platform ekonomisi kapsamında, birbirini tamamlayan paralel düzenlemeler şeklinde yürürlüğe sokulması gerekmektedir. Bu yeni düzenlemelerin hepsi kendi içinde ayrı bir araştırma konusu olmaya elverişli olduğu için bu çalışmada temel olarak, yeni yürürlüğe girmekte olan Dijital Hizmetler Yasası'nın sistematigi, kavramsal temelleri ve öngördüğü sorumluluklara değinilecek olup, kişilerin temel hakları, tüketicinin korunması gibi hukuki korunmaya değer menfaatler karşısında, yenilikçi bir ekonominin devamı için kurulmaya çalışılan dengenin hukuki altyapısı aktarılmaya çalışılacaktır.

I. DİJİTAL HİZMETLER YASASI DÜZENLEMESİ

Dijital devrime uyum sağlamak amacıyla Avrupa Birliği'nde yürürlüğe sokulmuş çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Özellikle günümüzdeki yasal düzenlemelerden önce yürürlüğe girmiş olan E-ticaret direktifi (E-commerce)³, iç pazarda bilgi toplumu hizmetlerini düzenlemeyi hedeflemiş olup, elektronik sözleşmeler ve hizmet sağlayıcılar bakımından temel sorumluluk sınırlarını ortaya koymaya çalışmıştır. Bunun yanında bilgi toplumu hizmetlerine uygulanacak

² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 OJ L 265, 12.10.2022. (**Digital Markets Act-DMA**).

³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), OJ L 178/1. (**E-Ticaret Direktifi**).

teknik düzenleme ve kurallara ilişkin direktif⁴ ile de iç pazarda bilgi topluluğu kapsamında, aracı hizmet sağlayıcılar ile ilgili temel kuralların ortaya konması hedeflenmiştir. Bu çerçevede Dijital Hizmetler Yasası'nın öncü yasal düzenlemeleri olarak yukarıda bahsi geçen iki direktif karşımıza çıkmaktadır.

Bu iki direktif temel olarak bilgi toplumu hizmetleri tanımını netleştirmektedir. Bu bakımdan bilgi toplumu hizmeti; *ücret karşılığı, elektronik yollarla mesafeli olarak hizmet alıcısının talebi üzerine sunulan hizmetleri* kapsamına almaktadır⁵. Online platformların farklı çalışma esaslarını dikkate alan uygulama neticesinde, sadece bedel karşılığı sunulan hizmetleri değil, ayrıca reklam verme tarzındaki ekonomik faaliyetler karşılığı elde edilen gelirler de yine karşılık bedel kapsamında deđerlendirilmektedir⁶. Bu tanım kapsamında kabul edilen elektronik sözleşmeler açısından, E-Ticaret direktifinin 12 ve 15. maddeleri arasında aracı hizmet sağlayıcıların sorumlulukları düzenlenmiştir.

Ancak bu düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihte var olan dijital ekonominin büyüklüğu ile günümüzdeki dijital ekonominin büyüklüğu arasında oldukça büyük ve önemli bir farklılık mevcuttur. O dönemde Google gibi teşebbüslerin dahi şu anki büyüklüğünde olmaması ve bugün ise pek çok bağımsız ülkeden büyük ekonomik güce sahip olmaları, özellikle aracı hizmet sağlayıcılar ile ilgili düzenlemelerin, dijital pazarın dinamiklerine uygun şekilde değiştirilmesi gerekliliği konusuna ışık tutmaktadır. Bu nedenle E-Ticaret Direktifi'nin 12 ve 15. maddeleri kapsamında düzenlenen aracı hizmet sağlayıcı sorumluluğu esasları, Dijital Hizmetler Yasası kapsamına alınmış ve genişletilmesi hedeflenmiştir⁷. Ayrıca üye ülkelerin değişik hukuki düzenlemelerinin farklılarının ya-

⁴ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification), OJ L 241.

⁵ E-Ticaret direktifi m.1: 'Service' means any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

⁶ *Sotiris Papasavvas v O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd.*, ABAD, C291/13, ECLI:EU:C:2014:2209.

⁷ DSA m. 89, E-ticaret Direktifi'nin 12-15 arası maddeleri bu tüzükle mülga edilmiştir. Ancak diğer maddeler yürürlüktedir.

rattığı problemlerin önüne geçilmesi, dijital ortak pazarda uyum sağlanması ve hukuki belirliliğin tesis edilmesi adına, AB kanun koyucusu Dijital Hizmetler Yasası'nın yürürlüğünün gerekliliğini vurgulamıştır⁸.

A. HUKUKA AYKIRI İÇERİK KAVRAMI

Dijital Hizmetler Yasası konu bakımından hukuka aykırı içerikler kapsamını geniş bir şekilde dikkate almaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği Hukuku ya da bir üye ülke hukuku ile bağdaşmayan bütün bilgi toplulukları kapsama dahil edilmektedir (DSA m. 3(h)). Hukuka aykırı içerikler bakımından konunun genişliği sadece hukuka aykırı içerikleri değil, bunun yanında hukuka aykırı etkinlikleri de kapsamaktadır.

İlgili Tüzüğün beyanlar kısmınının 12. paragrafında da hukuka aykırı içerik kavramının, offline çerçevede var olan normlar bütününe geniş bir şekilde yansıtması amaçlandığı belirtilmiştir. Hukuka aykırılık, içerik, ürün, hizmet ve aktivite olgularının tümü ile birlikte dikkate alınması gereken bir kavram olarak vurgulanmıştır. Bu anlamda nefret söylemi, terör içerikleri, hukuka aykırı ayrımcı içerikler, rıza dışı özel resimlerin paylaşılması, ısrarlı online takip gibi kişilik hakkı kapsamında dikkate alınabilecek olguların yanında; uygunsuz ve sahte ürünlerin satışları, fikri mülkiyet ihlalleri, yasa dışı konaklama servis teklifleri ve canlı hayvan satışları örnek olarak belirtilmektedir. Bu geniş yorum çerçevesinde 'hukuka aykırı içerik' kavramının, temel kişilik haklarından başlayıp, tüketici hukukuna aykırı olarak sunulan hizmetler de dahil olmak üzere, online mecrada farklı hukuki alanlara tekabül eden karşılıkları kapsamına aldığı görülebilmektedir⁹.

Dijital Hizmetler Yasası'nın online alanda geniş bir kapsam yaratmasının sonucu olarak, ilgili tüzüğün tüketici hukuku ve ürün sorumluluğu bakımından etkili olabilecek hükümlerinin dikkate alınıp tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcıların bu alandaki sorumlulukları aşağıda daha detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

⁸ DSA, Beyanlar, p. 4.

⁹ **Gerdermann, Simon/ Spindler, Gerald** (2023a) "Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1)", GRUR 1-2, s.3-11, 4.

B. ARACI HİZMET SAĞLAYICI ÇEŞİTLERİ VE GENEL MUAFİYET ESASI

Ekonomik açıdan farklı güçlere sahip platformların durumları da dikkate alınarak, farklı büyüklükteki aracı hizmet sağlayıcıları için çeşitli yükümlülükler dikkate alınmıştır. Bu kapsamda DSA uyarınca aracı hizmet sağlayıcıları arasında çeşitli ayrımlara gidilmektedir: İnternet servis sağlayıcıları (İSS), Önbellek hizmeti sağlayıcıları (Caching), Depolama Hizmetleri (Hosting) şeklinde farklı kategoriler belirtilmiştir¹⁰. Hosting hizmetleri kategorisi bünyesinde ise online platformların ve 'çok büyük online platformların' yükümlülükleri ayrı ele alınmaktadır. Ayrıca arama motorları bakımından da belirli düzenlemeler getirilmiştir.

DSA genel kural olarak 8. maddede getirdiği düzenlemede, aracı hizmet sağlayıcıların online etkileşimler bakımından genel bir gözetim yükümlülüğünün olmadığını beyan etmektedir. Bu genel kural uyarınca, aracı hizmet sağlayıcıların aktif olarak hukuka aykırı eylemleri araştırma yükümlülükleri söz konusu değildir. Böyle genel bir hukuka aykırı içerik gözetimi yükümlülüğünün olmamasının kriterleri bakımından, aracı hizmet sağlayıcısının türüne göre hangi hukuka aykırı içerikler nedeniyle sorumluluktan muaf tutulacağının esasları DSA'nın 4-6. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, genel olarak gözetim yükümlülüğü olmadığı halde, aracı hizmet sağlayıcılarının kendi inisiyatiflerini alarak, gönüllü ve iyi niyete dayalı bir şekilde hukuka aykırı içerikleri bulmaya çaba gösterip inceliyor olmaları durumunda, yine muafiyet kapsamı dışında kalmaları söz konusu değildir (DSA m. 7).

İnternet servis sağlayıcıları (İSS)¹¹ ve önbellek (caching)¹² hizmetleri bakımından E-Ticaret direktifi uyarınca yaratılan muafiyet aynı şekilde sürdürül-

¹⁰ Karş. DSA m. 2(f) uyarınca:

İnternet servis sağlayıcısı (İSS): Hizmet alıcısı tarafından sağlanan iletişim bilgi ağı kapsamında iletimden oluşan hizmet, ya da iletişim ağına erişim sağlanması.

Caching hizmeti: Hizmet alıcısı tarafından sağlanan iletişim bilgi ağı kapsamında iletimden oluşan, otomatik, geçici ve kalıcı bilgi saklamayı, alıcının talebi üzerine, sadece alıcıya bilgi iletimini daha verimli hale getirmekten oluşan hizmet.

Hosting hizmeti: Hizmet alıcısı tarafından verilen ve talebi üzerine depolanan bilgidен oluşan hizmet.

¹¹ İnternete erişim hizmet sağlayıcıları, VPN ve DNS servisleri gibi, DSA, Beyanlar, s. 29.

¹² Proxy hizmetleri gibi, DSA, Beyanlar, p. 29.

mekte, özellikle bilgiyi, alıcıyı seçmeyen, bilgi paylaşımını başlatmayan ve içeriklere müdahale edemeyen aracı hizmet sağlayıcıları bakımından sorumluluktan muafiyet tartışmasız kabul edilmektedir¹³ (DSA m. 4 ve 5). Önbellek (caching) hizmeti sağlayıcılarının ise saklanan hukuka aykırı içerikler hakkında bilgi sahibi olduğu an ivedilikle harekete geçmesi ve ilgili bilgiyi engellemesi ya da kaldırılması öngörülmektedir (DSA m 5(e)).

Hosting hizmetleri¹⁴ bakımından ise DSA'nın 6. maddesi uyarınca aynı muafiyet geçerli olmaktadır; ancak bu kavramın içine ayrıca online platformların da dahil edilmesi, muafiyet bakımından bir takım farklı hukuki sonuçları beraberinde getirmektedir. DSA bakımından online platformlar, alıcının talebi üzerine bilginin saklanması ve aleni paylaşılması ile satıcı ve alıcıyı bir araya getiren platformlar olarak değerlendirilmektedir¹⁵. Bu alana, dijital pazaryerleri, uygulama satan mağazalar ve sosyal medya platformları dahil olmaktadır.

Özellikle sorumluluktan muaf tutulmanın temelinde aracı hizmet sağlayıcılarının rollerinin nötr bir düzeyde olması gerekliliği, eski E-Ticaret Direktifi uygulamasında bulunan aktif ve pasif davranış ayrımı bu tüzükte tekrar vurgulanmaktadır; dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) uygulaması bakımından belirlenen sorumluluk esaslarının devam etmesi söz konusu olacaktır¹⁶. Bu anlamda hukuka aykırı içerikler bakımından aracı hizmet sağlayıcısının pasif yerine aktif rolde olması muafiyetten yararlanmasını engelleyen bir durum olarak belirtilmektedir¹⁷. Bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının içerik hakkında bilgisinin ve de kontrolünün söz konusu olmadığı durumlarda ise pasif rolde olduğu kabulü gerekmektedir¹⁸. Buna karşın ABAD, aracı hizmet sağlayıcısının,

¹³ **Raue, Benjamin/ Heesen, Hendrik** (2022) "Der Digital Services Act", NJW 49, s.3537-3543, 3539.

¹⁴ DSA, Beyanlar, s. 29, Bulut servisleri, içerik ve bilgi paylaşımı sağlayan siteler vb.

¹⁵ DSA m.3(i).

¹⁶ **Raue/ Heesen**, s.3539.

¹⁷ DSA, Beyanlar, p. 18 vd.

¹⁸ **Youtube and Cyando**, ABAD, ECLI:EU:C:2021:503, p. 28, "The appeal court found that YouTube was not liable for those infringements as the perpetrator or as a participant, since it did not play any active role in the creation or posting of the content at issue on the platform

satıcı ve alıcı arasında nötr bir rolden çıkıp, satışı destekleyici şekilde ürünlerin reklamına ve promosyonuna destek olmasını aktif bir rol olarak yorumlamaktadır¹⁹. Bu kapsamda E-Ticaret Direktifi uyarınca ortaya çıkan sistemsel yapının ve ABAD uygulamasının, DSA uyarınca devam ettirilmesi öngörülmüştür.

Yukarıda sayılan ayrımlar bakımından, DSA bütün aracı hizmet sağlayıcılarını kapsayan temel bazı yükümlülükler ortaya koyarken, diğer bazı yükümlülükler ise sadece hosting hizmeti sağlayıcıları ve bu türe dahil kabul edilen online platformlar ya da çok büyük online platformlar dikkate alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla aracı hizmet sağlayıcının türüne göre aşamalı şekilde yükümlülükler öngören bir yasal sistematik söz konusudur.

Özellikle uygulama bakımından online platformlar ve online pazaryerleri gibi hosting hizmetleri büyük önem taşıdığından dolayı, genel yükümlülükler ve hosting hizmetleri için düzenlenen özel yükümlülükler dikkate alınarak, Dijital Hizmetler Yasası'nın incelenmesine aşağıda devam edilecektir. Bu çerçevede dikkate alınan sorumluluk esasları, özellikle online pazaryeri gibi hosting hizmetlerinin tüketici hukuku ve ürün sorumluluğu bakımından tartışmaya konu olan noktaları ayrıca değerlendirilecektir.

1. Genel Yükümlülükler

Bütün aracı hizmet sağlayıcılar için öngörülen yükümlülükler, Dijital Hizmetler Yasası'nın 2. bölümünün 3. kısmında 11-15 arası maddelerinde düzenlenmiştir. Bu anlamda ilgili tüzük, şeffaf ve güvenli bir çevrimiçi ortamın oluşmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle belirli bir iletişim merkezinin gösterilmesi, kullanıcılar bakımından AB içinde yasal temsilcilerin atanması ve içerikler ile ilgili aracı hizmet sağlayıcısının kısıtlama şartlarının genel işlem koşullarında açık bir şekilde belirtilmesi, içerik kontrolleri ve temel haklar ile ilgili bilgi verilmesi, aracı hizmet sağlayıcılarının şeffaflık kapsamında, silinen ya da engellenen içerikler ile ilgili rapor yayınlama zorunluluğu düzenlenmektedir

and, moreover, did not adopt that third-party content as its own." Youtube içerik sağlayıcı olarak yüklenen videolar bakımından aktif role sahip olmadığı hakkında karar.

¹⁹ L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, ABAD, ECLI:EU:C:2011:474, p. 113.

(DSA m.14). Engellenen ya da silinecek içeriklerin kontrolleri kapsamında, teşebbüslerin objektif ve orantılı olmaları gerektiği, uygulanacak kısıtlamaların fikir özgürlüğü, medya bağımsızlığı ve çeşitliliği gibi temel hakları zedelememesi gerektiği belirtilmektedir (DSA m. 14/4).

Bahsi geçen bu genel yükümlülükler, türlerine bakılmaksızın bütün aracı hizmet sağlayıcılar için geçerlidir ve tüzük çerçevesinde, aracı hizmet sağlayıcılarının özen yükümlülüğü bağlamında dikkate alınmaktadır. Bu özen yükümlülüklerinin çoğunluğu, kullanıcılar ile aracı hizmet sağlayıcılar arası yapılan sözleşmeler kapsamında dikkate alındığından sözleşmesel yükümlülükler olarak değerlendirilmektedir²⁰. Kullanıcıların ücret ödemedi, kişisel verilerini paylaşması karşılığında sunulan hizmetten yararlanması Dijital İçerik Direktifi²¹ bakımından da kullanıcıların karşı edimi olarak kabul edilmektedir²². Bu tür sözleşmeler açısından özellikle, kullanıcılar ile sözleşmeler yaparak belirli bilgileri saklamaları ve üçüncü kişiler ile paylaşmaları nedeniyle hosting hizmetleri ön plana çıkmaktadır ve dolayısıyla da bu tür hizmetler için öngörülen özen yükümlülükleri, hizmetlerin önemi dolayısıyla farklılık arz etmektedir²³. Sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık hallerinde ise, kullanıcıların zararlarını tazmin talep hakları DSA'nın 54. maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

2. Hosting Hizmetleri Bakımından Yükümlülükler

Hosting hizmetleri, genel olarak kullanıcılar tarafından sağlanan bilgilerin yine onların talepleri üzerine saklanmasını sağlayan hizmetleri ortaya koymaktadır²⁴. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu tür hizmetler özellikle tüketicilerin ya

²⁰ **Raue/ Heesen**, s.3539.

²¹ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, *OJ L 136*, 22.5.2019.

²² **Metzger, Axel**, (2022) "Verträge über digitale Produkte", in: *MüKoBGB*, 9 Aufl., § 327, Rn. 17; **Faust, Florian** (2016) "Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?", *NJW-Beil 2*, s.29-32, 30.

²³ DSA, Beyanlar, p. 50.

²⁴ DSA m. 3(g)/(iii).

da kullanıcıların gündelik yaşamlarında sıkça kullandıkları sosyal medya platformları niteliğinde online platformlar, online pazaryerleri ve arama motorları olarak farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu tür hizmetler için yine DSA m.6 genel olarak bir muafiyet hükmü öngörmüştür.

İlgili muafiyet hükmüne göre bu tür aracı hizmet sağlayıcılarının hukuka aykırı içerik konusunda sorumlu olabilecekleri durumlar belirtilmiştir. Bu kapsamda aracı hizmet sağlayıcısı, bir hukuka aykırı içerik hakkında gerçekten bilgi sahibi olduğu durumlarda, ivedilikle ilgili içeriği engellemek veya kaldırmak durumundadır; ancak bunun uygulanabilmesi için, ilgili hukuka aykırı içerik hakkında detaylı bir hukuki incelemeye gerek duyulmaksızın hukuka aykırılığının açık olması gerekmektedir²⁵ (DSA m.16/3).

Bu muafiyetin sınırları kapsamında, özellikle bu tür hosting hizmetlerinin önemi nedeniyle, ek yükümlülüklerin düzenlenmesi uygun görülmüştür. Bu amaçla bu tür hizmetler için özel olarak 'bildirim ve eylem' prosedürü devreye sokulmaktadır. Bu prosedür uyarınca, hosting hizmeti türünde aracı hizmet sağlayıcılarının hukuka aykırı içerikler hakkında spesifik olarak bilgi sahibi olabilmeleri adına, kullanıcıların kolay bir şekilde ilgili hukuka aykırı içerikler hakkında bildirim sağlayabilecekleri prosedürün oluşturulması²⁶ ve bu bildirimde hukuka aykırılığın nedenlerinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenlerin belirtilmesinin istenmesinin temel amacı, özellikle bir yanda fikir özgürlüğü diğer yanda ise kişilik hakları çatışması bakımından, aracı hizmet sağlayıcıların içeriği engelleme ya da kaldırma uyarınca verecekleri karmaşık karar karşısında daha dengeli bir değerlendirme yapmasını sağlayabilmektir²⁷. Bu prosedür çerçevesinde, hosting hizmeti sunan aracı hizmet sağlayıcıların hukuka aykırı içerikler hakkında spesifik olarak bilgi edinmelerinin yolu açılmakta ve dolayısıyla genel muafiyetin istinası olarak gerekeni yapmadıkları takdirde sorumlu tutula-

²⁵ **Youtube and Cyando**, ABAD, ECLI:EU:C:2021:503, p. 116.

²⁶ DSA m. 16 uyarınca bildirimde hukuka aykırı içeriğin nedenleri, içeriğin bulunduğu elektronik adresi, bildirim yapan kişinin adı ve e-mail adresi ve bilgilerin doğru ve tamam olduğuna dair beyanı gerekmektedir.

²⁷ **Raue/ Heesen**, s.3540.

bilmeleri söz konusu olabilmektedir. Buna bağlı olarak aracı hizmet sağlayıcılarının, kullanıcıların hesaplarını kapamak ya da kısıtlamak gibi durumlarda fiili ve hukuki gerekçelerini açıklama yükümlülükleri söz konusudur (DSA m. 17).

3. Online Platformlar Bakımından Yükümlülükler

Online platformların önemi bakımından DSA belirli özelliklere vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede sosyal platformlar ile mesafeli sözleşmeler üzerinden tüketiciler ile satıcıları buluşturan platformların (online pazaryerleri), kullanıcılarının bilgilerini saklamaları ve onları üçüncü kişiler ile paylaşmaları ya da kamuya açık hale getirmeleri durumunda ek bazı yükümlülükler söz konusudur. Bu ek yükümlülüklerin varlığı için temel olarak verilen hizmetlerin kullanıcı bilgilerini saklamak ve paylaşmak olması esas unsurdur; bu tür hizmetleri yan işlev olarak ortaya koyan platformlar bakımından ise aynı yükümlülükler söz konusu olmaktadır²⁸. Örnek olarak asıl işlevi haber yayınlamak olan bir online gazetenin, yan işlevlerinden biri haber başlıklarının altına aldığı okuyucu yorumları olabilirken; bir sosyal medya üzerinden paylaşılan içerikler hakkında yapılan eleştiri ve yorumlar bu niteliği taşımamaktadır²⁹. Sonuç olarak, sosyal medya platformlarında üçüncü kişilerin bilgilerinin paylaşılması temel işlev olduğundan, bu tür platformların bir takım ek yükümlülükleri de dikkate alınmaları gerekmektedir.

Bu platformların önem ve büyüklükleri de göz önüne alınarak, dahili bir şikayet mekanizması oluşturulması ve bu mekanizmanın nasıl yürütülmesi gerektiğine dair düzenlemeler getirilmiştir (DSA m. 20). Bu düzenleme uyarınca kullanıcıların, hesaplarının ya da içerik girişlerinin yasaklanması veya kısıtlanması söz konusu olduğunda, platformlar dahilinde bedel ödemediği elektronik olarak şikâyette bulunabileceği bir mekanizmanın altyapısının kolay yürütülebilir şekilde oluşturulması öngörülmüştür. Şikâyet sistemi kapsamına, mahkeme dışı anlaşmazlık çözüm yollarına başvuru imkanlarının oluşturulması ve hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmadığı sürece, masrafların online platformlar tarafından karşılanmasına dair yükümlülükler girmektedir.

²⁸ Dregelies, Max (2022) "Digital Services Act", MMR 12, s.1033-1038, 1037.

²⁹ DSA, Beyanlar, p. 13 vd.

Bunun yanında, DSA sertifikalı olarak hukuka aykırı içerikler konusunda bildirimde bulunabilecek kuruluşların (*Trusted Flaggers*)³⁰ gönderdikleri bildirimler açısından, online platformların öncelikli olarak eyleme geçmeleri gerektiğini vurgulanmıştır. Bu şekilde, hukuka aykırı içeriklerin uzman kişiler tarafından tespit edilmesi ve hızlı bir şekilde engellenerek güvenli bir online mecranın yaratılmasının sağlanması hedeflenmektedir.

a. Dark Pattern Yasağı

Online platformların yükümlülükleri kapsamına yeni eklenen bir unsur *'Dark Pattern'* kavramıdır. Dijital dilde *'karanlık desenler'* olarak vurgulanan bu tür durumlara karşı, online platformların dijital arayüzlerini kullanıcıların hizmetine sunarken, kullanıcıların iradesini manipüle etmeden, onların özgür iradi kararlarına etki etmeyecek şekilde oluşturmaları gerekmektedir³¹. Dark pattern kavramı, kullanıcıların menfaatlerine aykırı düşecek şekilde, onları belirli bir yönde karar vermeye iten yöntemler olarak ele alınmaktadır³²; sorunlu olarak değerlendirilen bu yöntemin amacı, kullanıcıların normal koşullarda yapmak istemedikleri şeyleri yapmalarını sağlamaktır³³.

Dark pattern tarzı davranışlara örnekler farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır: Online platformun onay almak istediği bir konunun sürekli olarak kullanıcıdan talep edilmesi; sosyal ispat olarak diğer kullanıcıların da bir ürünü satın

³⁰ DSA, Beyanlar p. 61 ve m. 22, hukuka aykırı içerikleri belirlemek ve bildirmek konusunda tecrübeye sahip, online platform işletenlerden bağımsız ve hukuka aykırılık bildirimlerini objektif, doğru şekilde yerine getirebilecek kurumlar.

³¹ DSA m. 25.

³² Dark Pattern örneği olarak, **Perkins v. LinkedIn**, 53 F. Supp. 3d 1222 (N.D. Cal. 2014), LinkedIn'e üye olan kullanıcıların, e-posta ve parola bilgilerinin kimseyle paylaşılmayacağı bilgisi kapsamında, kişilerin e-posta listesinde yer alan diğer kişilere bağlantı linki gönderen bir e-posta gönderilmesine verilen onayın, LinkedIn tarafından birden fazla şekilde e-posta gönderilerek kullanılması ve alıcılara da bu e-posta bildirimini almayı sonlandıracak seçenek sunulmaması neticesinde, LinkedIn'in toplu açılan davada 13 milyon dolar ödemesi gerekmiştir.

³³ **Weinzerl, Quirin** (2020) "Dark patterns als Herausforderung für das Recht", NVwZ-Extra 15, s.1-11, 1 vd.; **Hung, Alison** (2021) "Keeping Consumers in the Dark: Addressing "Nagging" Concerns and Injury", Columbia Law Review 121/8, s.2483- 2520, 2485, "doing things they don't really want to do".

aldığı şekilde yanıltıcı bilgilerin verilmesi; tüketicilerin satın alımlarının iptalini zorlaştırmak ya da diğer ürünlerle karşılaştırma yapmalarını engellemek; kullanıcının tercihine bağlı olması gereken form seçeneklerinin önceden işaretli şekilde sunulması; gizli reklamlarla önemli bilgilerin belirtilmemesi; tüketicilerin kandırılarak kişisel verilerini paylaşmaya yönlendirilmesi; tüketicilerin satın almak istedikleri ürünün stok sayısının tükenmek üzere olduğuna dair yanlış bilgilendirme ya da ürün fiyatının belirli ve kısa bir zaman için geçerli olacağı konusunda yerleştirilen uyarılar örnek gösterilmektedir³⁴. Online platformlar üzerinden bu tür uygulamaların tüketici/ kullanıcıların iradi seçimlerini manipüle etmek amaçlı yapılması ve bu uygulamaların ilgili platformlar tarafından kasıtlı bir şekilde dijital arayüzler üzerinden düzenleniyor olması neticesinde, kullanıcıların özgür iradesini etkileyecek mekanizmalara karşı hukuki önlemlerin alınması gerekli hale gelmiştir.

DSA, dark pattern ile ilgili olarak 25. maddesinde özellikle belirli tarz uygulamalara dikkat çekmektedir: Kullanıcılara sunulan seçenekler arasında belirli tercihlere önem vererek ön plana çıkarma (DSA m. 25/3(a)); kullanıcının tercihini belirli yönde kullanmış olmasına rağmen, tekrarlanan 'pop-up' vasıtasıyla, kullanıcıya aynı sorunun sürekli şekilde sorulması (DSA m. 25/3(b)); belirli bir hizmeti iptal etmenin, ona kayıt olmaya oranla daha zor hale getirilmesi (DSA m. 25/3(c)) şeklinde örnekler verilmiştir. Bu çerçevede özellikle mesafeli sözleşmeler kapsamında, sözleşme yapmaktan vazgeçmeyi ya da belirli tercihlerin değiştirilmesini zorlaştıracak şekilde kullanıcı/tüketicilerin özgür şekilde karar vermesini engelleyecek arayüz uygulamalarının yasaklanması söz konusudur³⁵.

Bu yasak uyarınca dikkate alınması gereken mevzuat kapsamında Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)³⁶ ve Haksız Ticari uygulamalar Direktifi

³⁴ Hung, s.2488.

³⁵ DSA, Beyanlar, p. 67.

³⁶ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (**General Data Protection Regulation- GDPR**), *OJ L 119*, 4.5.2016.

(UCPD)³⁷ yer almaktadır. Yürürlükte bulunan ilgili mevzuatlar uyarınca, belirli manipüle edici ya da karmaşıklık yaratan uygulamalar yasak hale getirilmiştir³⁸; bu nedenle yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerde yer almayan uygulamalar için DSA'nın uygulama alanı bulması söz konusudur. Bu anlamda ilgili yasal düzenlemeler arasında özel-genel kanun ilişkisi benzeri bir uygulama söz konusudur³⁹.

b. Online Platform Reklamları

Online platformlar için düzenlenen diğer bir yükümlülük ise reklamlar üzerinedir. Özellikle reklamlar aracılığı ile şebeke etkisi üzerinden kazanç sağlayan platformlar bakımından, tüketici/kullanıcıların manipülasyona açık hale getirilmesini engellemek için belirli kriterler öngörölmüştür. DSA m. 26 uyarınca şeffaflık yükümlülüklerini yerine getirmesi gereken platformların, reklam olarak sunulan içerikler hakkında açıkça bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca reklamın kim tarafından verildiği, reklam ücretini farklı bir kişinin ödemesi durumunda bunun bilgisi, reklamın hangi parametreler uyarınca kullanıcının karşısına çıktığına dair bilgilendirmenin yapılması gibi unsurlar dikkate alınmıştır.

Hedef reklam içerikleri üzerinden kazanç sağlayan online platformların, özellikle reklamlar aracılığı ile sunduğu öneri sistemi kapsamında, genel işlem şartlarında nasıl parametrelerin takip edilip uygulandığı açık şekilde belirtilmelidir (DSA m. 27). Bu tarz reklamlar yayınlanırken, GDPR m. 4(4) uyarınca 'profil çıkarma'⁴⁰ uygulamasından kaçınılmalıdır. Özel kategorilerdeki kişisel

³⁷ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('**Unfair Commercial Practices Directive**'), *OJ L 149*, 11.6.2005.

³⁸ Dark pattern uygulamalarına örnek olarak, GDPR m. 4 (11) ve m. 7 (4) uyarınca özgür şekilde verilmemiş rızalar ya da UCPD m. 5-8 uyarınca tüketicilerin karar verme özgürlüğünü kısıtlayan uygulamalar verilebilir.

³⁹ **Dregelies**, s.1037 vd.

⁴⁰ GDPR m. 4/4: 'profil çıkarma' bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını ihtiva eden her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimidir.

verilerin işlenmesinin⁴¹ ilgili düzenlemeler çerçevesinde sınırlanması ile, belirli politik hedef reklam tercihlerinin uygulanmasının, dezenformasyon kampanyalarının düzenlenmesinin ya da belirli bir gruba yönelik ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁴².

4. Çok Büyük Online Platformların⁴³ Yükümlülükleri

Avrupa Birliği içinde aylık aktif kullanıcı sayısı 45 milyon ve üzeri olan online platformlar için ağırlaştırıcı birtakım yükümlülükler öngörülmüştür (DSA m. 33/1). Avrupa Birliği vatandaşlarının yüzde onuna denk gelen bu kullanıcı sayısının büyüklüğü nedeniyle, AB Komisyonu birtakım risklerin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda demokratik anlamda fikirlerin oluşması bakımından, fikir ve bilgi hürriyetinin ve diğer temel hakların korunması anlamında, bu tür ‘çok büyük online platformların’ etki edici rolü vurgulanmaktadır⁴⁴.

Fikir oluşumunda ve bilgi kaynağı olarak büyük role sahip olan bu online platformlara ya da arama motorlarına, özellikle internetin güvenliği bakımından belirli hukuka aykırı içerikler açısından risk analizleri yapmaları, senelik olarak risk değerlendirmelerinde bulunmaları gibi yükümlülükler getirilmektedir. Bu risk değerlendirmeleri genel olarak, hukuka aykırı içeriklerin yayılması, temel hak ihlalleri, kamu güvenliği, kamu sağlığı, küçüklerin korunması, cinsiyete dayalı şiddet etkilerinin değerlendirilmesi gibi unsurları dikkate almaktadır (DSA m. 34/1). Bu tür davranışların somutlaştırılmış hali olarak, mobbing, nefret-suçu söylemleri, yalan haber ve internet-trolleri aracılığı ile seçimlere etki edilmesi verilebilir⁴⁵. Bu tür çok büyük online platformların risk analizi yapar-

⁴¹ GDPR m. 9/1: Irk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır.

⁴² DSA, Beyanlar, p. 69.

⁴³ Very Large Online Platforms - VLOP.

⁴⁴ DSA, Beyanlar, p.47.

⁴⁵ Raue/ Heesen, s.3542.

ken algoritmik sistemlerini ve kullanım koşullarını, hukuka aykırı içerikleri minimize edecek şekilde gözden geçirmeleri gerektiği de düzenlenmektedir (DSA m. 35).

Bu temel risk analizlerinin yanında, ayrıca arama motorları ve otomatik içerik sıralaması yapan platformların, hangi parametrelere dayanarak bu belirli sıralamaları yaptığına dair bilgileri kullanıcılara göstermesi beklenmektedir; bu durum ise rekabet unsuru içeren sıralarını rakiplerden saklama menfaati olan platformların, bu bilgileri kullanıcılara açık hale getirmesi çelişkisini içinde barındırmaktadır⁴⁶. Bu çelişkiyle ilgili olarak, Komisyon tarafından online aracı hizmet sağlayıcılarının adil ve şeffaf bir hizmet sunabilmeleri için gereken nitelikleri, bu konuya dair yayınlanmış tüzükte açıklığa kavuşturmuş olduğunu vurgulamak gerekir⁴⁷. Yayınlanan reklamlar ile ilgili bilgileri vermek, hangi kullanıcıya ne tür kriterler üzerinden reklamların ulaştığına dair bilgilerin saklanması gibi yükümlölükler, büyüklüğu nedeniyle bu online platformlar için özel olarak düzenlenmiştir (DSA m. 39).

Yukarıda bahsi geçen çok büyük online platformların ağırlaştırılmış yükümlölüklerinin öneminin yanında, ayrıca bu tür platformların bağımsız denetiminin de DSA uyarınca düzenlenmiş olduğu görölmektedir. Bu kapsamda, bu tür çok büyük online platformlar ya da çok büyük arama motorlarının, masrafları kendilerine ait olmak üzere bağımsız denetleme mekanizmalarını da oluşturması gerektiği düzenlenmiştir (DSA m. 37); ayrıca üye ölkelerin dijital hizmetler koordinatörleri ve Komisyon tarafından belirli denetimlerin sağlanabilmesi için bu platformlar tarafından gerekli bilgilerin sağlanmasına dair yükümlölükleri de söz konusudur (DSA m. 40). Bu denetleme sisteminin verimli şekilde oluşturulması adına, bu tür online platformların ilgili tüzükteki yükümlölükleri uyarınca yapılması gereken risk analizleri ve bağımsız denetimlerin takibini

⁴⁶ **Berberich, Matthias/ Seip, Fabian/ Mueller, Hengeler** (2021) "Der Entwurf des Digital Services Act", GRUR-Prax 1, s.4-7, 5 vd.

⁴⁷ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, *OJ L 186, 11.7.2019*.

sağlayacak birimlerinin, operasyonel birimlerden ayrı ve bağımsız olarak oluşturulması gerektiği öngörülmektedir (DSA m. 41).

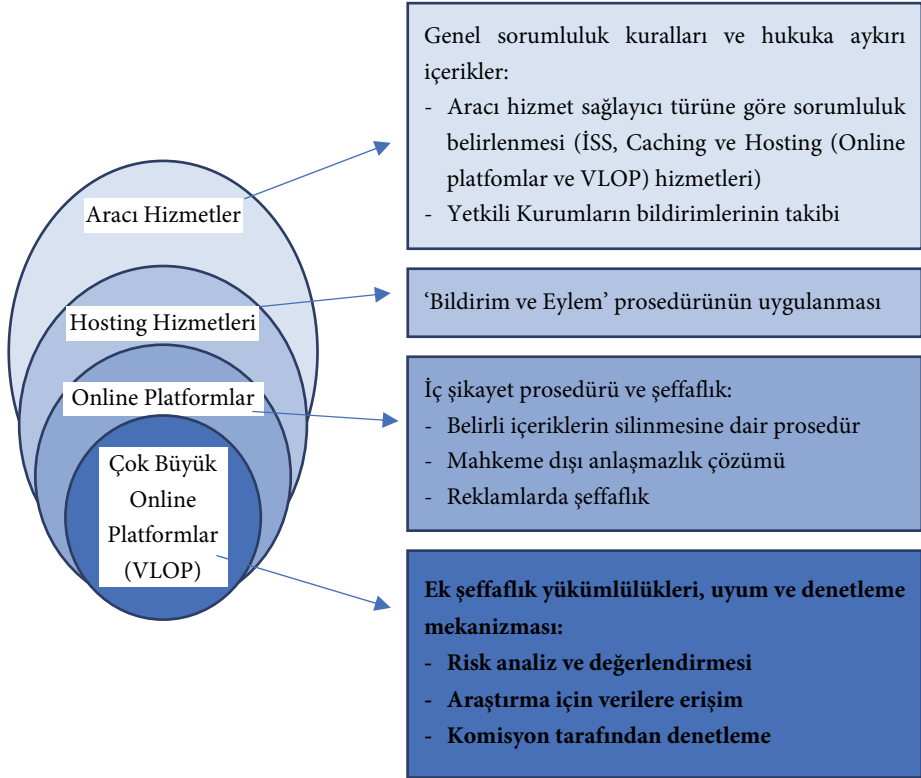
Çok büyük online platformların büyüklüğü neticesinde kitleleri etkileyebilme gücü dikkate alınarak, özellikle hukuka aykırı içerikler hakkında belirli yükümlülükler getirilmesi, ayrıca bu platformların ekonomik büyüklük bakımından belirli denetimleri yapabilme güçlerine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Tüzük uyarınca hem iç denetim hem de dış denetim mekanizmaları yaratılarak, hukuka aykırı içeriklerin ortaya çıkarılıp, internet ortamının daha güvenli hale getirilmesi hedeflenmektedir. Ancak hukuka aykırı içerik kavramı bu anlamda dar yorumlanmamaktadır; sadece fikir özgürlüğü ya da kişisel hakların ihlali olarak değil, ayrıca hukuka aykırı olarak belirli ürün⁴⁸ ve hizmetlerin sunumu ya da bilgilerin platformlardan kaldırılması aynı şekilde yükümlülük olarak ortaya çıkabilir nitelik taşıyabilmektedir⁴⁹.

Aşağıda yer alan şema uyarınca, DSA'nın kategorize ettiği farklı aracı hizmet sağlayıcı türlerine göre düzenlenen yükümlülük kapsamlarının genel özeti sunulmaya çalışılmıştır. Bu şemada DSA'nın sistematik yapısı ve bu yapı çerçevesinde tüzüğün önem ve büyüklüğüne göre dikkate aldığı aracı hizmet sağlayıcılarından beklenen temel yükümlülüklerin başlıkları sergilenmektedir:

⁴⁸ Casusluk için kullanıldığı iddiası ile oyuncak bebeğin satışının yasaklanması gibi, **Euronews**, <<https://tr.euronews.com/2017/02/17/cocugunuzda-bu-oyuncak-varsa-imha-edin>> s.e.t. 01.02.2023.

⁴⁹ **Müller, Klaus** (2022) “Künftige Plattformregulierung und effektive Durchsetzung in Deutschland”, MMR- Beilage, s.1007-1011, 1009 vd., örnek olarak, sahte ilaç satışı, yasaklı tehlikeli hayvanların ya da bitki koruma ürünlerinin tedavülü gibi.

DSA Yükümlülükler Şeması⁵⁰



C. ONLINE PLATFORMLAR VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

DSA'nın yürürlüğe sokulmasındaki amaçları kapsamında, yüksek düzeyde tüketicinin korunmasının yer aldığı da belirtilmiş ve tüzüğün uygulanmasının tüketici hukuku hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı vurgulanmıştır⁵¹. Bu nedenle hukuka aykırı içerik tanımının kapsamı geniş tutulmuş ve yukarıda belirtildiği üzere sahte ve uygunsuz ürünlerin satışının hukuka aykırı içerik oluşturabileceği ifade edilmiştir⁵².

⁵⁰ Karş. Schmid, Gregor/ Grewe, Max (2021) "Digital Services Act: Neues "Grundgesetz für Onlinedienste"?", MMR 4, s.279-282, 279.

⁵¹ DSA, Beyanlar, pp. 3, 10, 81, m.1/1.

⁵² DSA, Beyanlar, p. 12.

Bu amaçlar doğrultusunda DSA kapsamında yeni getirilen bir düzenleme ise online-platformların, tüketicilerin korunması anlamında belirli durumlarda muafiyetten yararlanmalarını kısıtlayan hükümdür. Bu çerçevede hosting hizmet sağlayıcısı olarak nitelenen online platformların, genel olarak sorumluluktan muaf olduklarından yukarıda söz edilmişti; ancak DSA m. 6/3 bu muafiyeti belirli koşullar altında sınırlamaya tabi tutmuştur⁵³. Özellikle tüketiciler ile mesafeli sözleşmeler yaparak hizmet sunan online platformlar tarafından sunulan bilgi, ürün ya da hizmetin, ortalama bir tüketicide online platformun kendisi ya da onun kontrolündeki bir sağlayıcı/satıcı tarafından sunulduğu inancı oluşmaktaysa, bu durumda bu platformların tüketicinin korunması anlamında sorumlulukları gündeme gelebilecektir⁵⁴. Örneğin, mesafeli sözleşme sonuçlandıktan sonra satıcının bilgilerinin tüketiciye verilmesi ya da online platformun ürün veya hizmeti satıcı ismi yerine kendi adına pazarlaması gibi durumlar için sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁵.

Bu tür online platformlar arasına, özellikle uygulama (Aplikasyon) satan platformlar ve online pazaryerleri dahil edilmektedir. Bu sorumluluktan muaf tutulabilmek için ilgili online platformların, açık bir şekilde kendilerinin, üçüncü taraf olan satıcı/sağlayıcılardan ayrık oldukları bilgisini tüketiciye ulaştırmaları şarttır; satıcı/sağlayıcının kimliğinin gizlenmesi bu kapsamda sorumluluğun unsuru olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁶. Bu düzenleme, Avrupa Birliği Tüketici Hukuku kapsamında satıcı kavramının uygulanması bakımından, ABAD kararları ile uyum sağlayan bir hüküm olarak dikkat çekmektedir. Zira Wathelet kararı⁵⁷

⁵³ Bkz. Bölüm B/2.

⁵⁴ DSA m. 6/3: Paragraph 1 shall not apply with respect to the liability under consumer protection law of online platforms that allow consumers to conclude distance contracts with traders, where such an online platform presents the specific item of information or otherwise enables the specific transaction at issue in a way that would lead an average consumer to believe that the information, or the product or service that is the object of the transaction, is provided either by the online platform itself or by a recipient of the service who is acting under its authority or control.

⁵⁵ DSA, Beyanlar, p.23 vd.

⁵⁶ Bkz. **Spindler, Gerald** (2023) “Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider - der Digital Services Act”, MMR 1, s.73-78, 76 vd.

⁵⁷ **Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL**, ABAD, C-149/15, EU:C:2016:840.

uyarınca da, aracının ürünlerin sahibi olduğuna yönelik tüketicinin gözünde bir karmaşıklığa yol açması durumunda, satıcının sorumluluğunun aracı için de geçerli olması gerekliliğinden bahsedilmektedir⁵⁸. İşbu ABAD uygulamasının DSA düzenlemesinde açık bir şekilde hüküm haline getirildiği görölmektedir. Aracı kişilerin satıcı kavramına sorumluluk açısından dahil edilmesi, ayrıca AB Komisyonunun Dijital İçerik ve Dijital Hizmetler Direktifine de paralel olarak düzenlenmiştir⁵⁹.

1. Mesafeli Sözleşmelere Aracılık Eden Online Platformlar Açısından Düzenlemeler

Tüketicinin korunması adına DSA m. 6/3 uyarınca getirilen sorumluluk yanında, mesafeli sözleşmelere aracılık eden online platformlar için özel bazı düzenlemeler belirlenmiştir. DSA 30-32 maddeleri arasında yer alan hükümlerin amacı, tüketicilerin yürürlükte olan tüketici hukuku kapsamında haklarını kolaylıkla kullanabilmesini olanaklı kılmaktır⁶⁰.

Bu çerçevede satıcılar ile tüketiciler arasında mesafeli sözleşmelerin gerçekleştirilmesini sağlayan aracı online platformların, özellikle satıcı/sağlayıcılar hakkında belirli bilgileri edinmeleri yükümlölük olarak düzenlenmektedir (DSA m. 30). Satıcının ulaşılr ve güvenilir olması açısından, ad, adres, telefon, e-posta adresi, hesap bilgisi, varsa ticari sicil bilgisi gibi verilerin bu online pazaryerleri tarafından edinilmesi yükümlölüğü getirilmektedir⁶¹. Ayrıca bu bilgilere tüketicinin kolay erişiminin sağlanarak, bilgilerin açık hale getirilmesinin gerekliliği önemli bir yükümlölük olarak oluşturulmuştur (DSA m. 30/7).

⁵⁸ a.e. p.41: “by addressing the consumer, creates a likelihood of confusion in the mind of the latter, leading him to believe in its capacity as owner of the goods sold”

⁵⁹ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, *OJ L 136, 22.5.2019, p. 18*.

⁶⁰ **Gerdermann, Simon/ Spindler, Gerald** (2023b) “Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2)”, GRUR 3, s.115-125, 120.

⁶¹ DSA, Beyanlar, p.73, bedelsiz şekilde ulaşılabilen veri bankalarından yararlanabilecekleri, ekstra masraflı bir araştırma beklenmeyip, en iyi şekilde çabalayarak gerekli bilgileri edinmeleri belirtilmektedir.

DSA'nın 31. maddesi ise, online pazaryerlerinin arayüzlerini, yine tüketicilerin gerekli bilgilere erişim sağlamasını kolaylaştıracak şekilde oluşturulması gerektiğine dair yükümlülükleri düzenlemektedir. Bu amaçla, satıcıların/sağlayıcıların iletişim bilgilerini yayınlanması ve ürün güvenliği ile ilgili AB içinde gerekli görülen bilgiler ile tüketicilerin ürün sorumluluğu düzenlemelerinden doğan haklarına başvurabilmeleri açısından, ürünlerin üreticisi, ithalatçısı ve satıcısına ait bilgilerin de açık hale getirilmesinin sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında, tüketici haklarına dair bilgilerin tüketiciye sunulmasına olanak tanıyacak şekilde online pazaryerlerinin yapılandırılması öngörülmektedir⁶².

Arayüzlerin gerekli bilgileri tüketiciye ulaştırılacak şekilde düzenlenmesinin yanında, aracı online platformların ayrıca satıcıların sunduğu ürün ya da hizmetlerin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yükümlülükleri söz konusudur (DSA m. 31/3). Bu hüküm uyarınca, online platformlar ellerinden gelen en iyi çabayı göstererek, satıcı tarafından sunulan ürün ya da hizmetin hukuka uygunluğunun kontrolünü yapmak durumundadırlar. Böyle bir hukuka aykırılık bilgisine ulaşan platformların ise, son altı ay içinde bu ürün ya da hizmeti edinmiş tüketicilere konu hakkında bilgi verme yükümlülüğü düzenlemiştir (DSA m.32). Tüketici/kullanıcıların bilgilerinin olmaması durumunda, gerekli bilgilendirmenin online olarak açıklanmasını sağlama yükümlülükleri söz konusudur. Bu anlamda en iyi çabayı göstermek ya da makul derecede gereken çabayı⁶³ göstermek gibi kavramların somut olaya göre değerlendirilip yorumlanması gerektiği aşıkardır; bu nedenle bu gibi yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine dair kanaatin, uygulamada yine ABAD kararları çerçevesinde şekilleneceği görülmektedir.

Bu kapsamda verilen bilgiler sayesinde, tüketicilerin haklarını bilmeleri ve kullanmaları açısından gereken bilgilere kolaylıkla erişmelerine olanak sağlanmaktadır. Ancak getirilen yükümlülükler bakımından, mesafeli sözleşmelere aracılık eden online platformların belirli bir büyüklükte olması aranmaktadır. Küçük ve orta ölçekli online platformların ekonomik büyüklükleri ve üzerlerine yüklenecek maliyet dikkate alınarak, bu tür bir yükümlülük getirilmesi uygun görülmemiştir (DSA m. 29).

⁶² Gerdermann/Spindler, (2023b), s.120.

⁶³ DSA m. 31/3: 'best efforts', 'reasonable efforts'.

2. Mesafeli Sözleşmelere Aracılık Eden Online Platformlar ve Ürün Sorumluluğu Açısından Değerlendirme

Yukarıda da belirtildiği gibi, tüketicinin korunması açısından mesafeli sözleşmeler ile tüketicilere belirli ürünleri satan aracı online platformların sorumluluktan muafiyet sınırları ayrı bir şekilde dikkate alınmaktadır.

Her ne kadar getirilen kurallar ile hosting hizmetleri kapsamına dahil olan online platformlar açısından, DSA m. 6 uyarınca belirli koşulların varlığı halinde genel bir muafiyet esası belirlenmiş olsa da, özellikle tüketicinin korunması ve tüzük uyarınca tüketici hukuku hükümlerinin paralel olarak uygulanmaya devam edilmesi gereği kapsamında, online platformların belirli sorumluluktan muafiyetlerinin sınırlarının daraltıldığı görülmektedir.

Tüketicinin korunması adına önlemler almak anlamında, DSA'nın 6 maddesinin 3. fıkrası online platformların sorumluluklarına getirilen genel muafiyetin belirli durumlarda geçerli olmayacağını belirlemektedir. Bu madde kapsamında ortalama bir tüketici, online platformda sunulan bilgi, ürün ve hizmetlerin, online platform ya da onun kontrolünde başka bir sağlayıcı tarafından sunulduğunu düşünmesini haklı kılan bir durum söz konusu olduğunda, mesafeli sözleşmelere aracılık eden online platformun da tüketici hukuku kapsamında sorumluluğunun söz konusu olması mümkün hale gelmektedir.

Bu sorumluluğun daraltılması bakımından tüketicinin korunmasına dair kuralların geçerli olacağı vurgusu yapılmakla birlikte, tartışılan diğer nokta ise ürün sorumluluğuna dair kuralların bu kapsamda uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu konu bakımından, DSA'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte belirli düzenlemeleri yapabilme fırsatı mevcut iken, özellikle ürün sorumluluğu açısından bir netlik sağlanmamış olması eleştirilmektedir⁶⁴.

Bir kusursuz sorumluluk hali olarak, istisnai düzenleme niteliği taşıyan ürün sorumluluğu hükümleri kapsamında, online platformların ikincil sorumluluğunun söz konusu olabilmesinin DSA uyarınca açık olmaması nedeniyle, bu

⁶⁴ **Busch, Christoph/ Mak, Vanessa** (2021) "Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation", EuCML 3, s.109-115, 111.

alandaki çalışmaların AB Hukuku uyarınca yapılması gerekliliği de vurgulanmıştır⁶⁵. Bu çerçevede ürün sorumluluğu direktifi uyarınca, üretici ve ithalatçının birincil ve müteselsil sorumluluğu söz konusu iken, satıcı/sağlayıcı ve dağıtıcıların ise ikincil sorumluluğu düzenlenmektedir⁶⁶. Online platformların sorumluluğunun “sağlayıcı” olmaları kapsamında ikincil olarak dikkate alınıp alınmayacağı tartışması Amerikan Hukukunun etkileriyle de gündeme gelmektedir⁶⁷. Amerikan Hukuku uygulamasında bazı mahkemelerin verdiği kararlar⁶⁸ uyarınca, Amazon’un bir online platform olarak belirli koşullar altında satıcı olarak sorumlu tutulabileceği ve ürün sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Aynı durumun ve uygulamanın AB Hukuku için de devreye girmesi gerekliliği doktrinde vurgulanmaktadır; bu çerçevede ELI Model Kuralları uyarınca da üretici/ithalatçı kavramının genişletilmesi ve asıl üreticilere AB içinde ulaşılabilmesi durumunda, ürün dağıtımında aktif rol oynayan online platformların sorumluluğunun doğması önerilmektedir⁶⁹.

⁶⁵ AB Komisyon, “*Adapting liability rules to the digital age and circular economy*”, Ref.Ares(2021)4266516 - 30/06/2021, s.4, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains_en> s.e.t. 15.03.2023.

⁶⁶ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products- *OJ L 210*, 7.8.1985.

⁶⁷ **Busch, Christoph** (2019) “When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon”, *EuCML* 5, s.173-174, 174; European Parliamentary Research Service, “Liability of Online Platforms”, PE 656.318- February 2021, s.62, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf)> s.e.t. 13.03.2023.

⁶⁸ **Bolger v. Amazon.com, LLC** - 53 Cal. App. 5th 431, 267 Cal. Rptr. 3d 601 (2020); **Oberdorf v. Amazon. Com Inc.** (3rd Cir 2019); **Loomis v Amazon.Com LLC**, 2021 WL 1608878 (Cal App. April 26, 2021), Tüketicinin online platforma erişebilir olması, dağıtımda ve kargolamada aktif rol oynama, üçüncü taraf satıcılar üzerinde güvenli ürün için baskı kurabilme gücü olması, hatalı ürün ihbar/bilgisine online platformları daha kolay erişebilmesi gibi nedenlerle Amazon’un sorumlu tutulabileceği konusunda kararlar söz konusudur.

⁶⁹ **European Law Institute (ELI)**, Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age, 21.01.2021 <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_A

DSA'nın bu kapsamda net bir düzenleme yapmamasının nedeninin, aslında dijital çağa ayak uydurması gereken yeni ürün sorumluluğu direktifine ihtiyaç olduğunun ortaya çıkmış olmasıdır⁷⁰. Bu ihtiyacı takiben ürün sorumluluğu direktifinin yenilenmesine dair tasarı oluşturulmuřtur⁷¹.

Bu yeni ürün sorumluluğu direktifi tasarısı yürürlüğe girmeden önce, DSA kapsamında mesafeli sözleşmelere aracı olan online platformlar için sorumluluğu doğabileceği hususu da ileri sürülmektedir. Bu çerçevede DSA'da yer alan genel muafiyet kuralının sadece online bilgilerin saklanması hakkında geçeli olduğu, hatalı/uygunsuz ürün şeklindeki ürün dağıtımının ise online değil offline, yani çevrimdışı şekilde fiziki olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle genel muafiyet kuralına tabi olmayacağından söz edilmektedir⁷². Bu daraltıcı şekilde yorum faaliyeti sonucunda, ürün sorumluluğu kurallarının online platformlar açısından, bu platformların 'dağıtıcı' olması niteliği esas alınarak uygulanabilir olacağı düşünceyi ortaya koyulmaktadır.

Ancak DSA, özellikle bu ürün sorumluluğu hususu bakımından, madde 6 fıkraya 3'ün uygulanması konusunda bir netlik oluşturmamış; bunun yerine, tüketicinin korunması amacı ile ilgili yürürlüğe giren yasal düzenlemelerin, DSA ile paralel olarak uygulanmaya devam etmesinin tüzüğün amaçları arasında dikkate almıştır. Bu nedenle ürün sorumluluğu açısından online platformların sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışması, yeni ürün sorumluluğu tasarısı üzerinden devam etmektedir.

ge.pdf> s.e.t.13.03.2023; Model Rules on Online Platforms, Report of the European Law Institute, m. 8 ve 9, <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf> s.e.t. 23.03.2023.

⁷⁰ **Busch**, s.174.

⁷¹ AB Komisyon, Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on liability for defective products, COM/2022/495 final, 28.9.2022. (**AB ürün sorumluluğu direktif tasarısı**).

⁷² **Busch/Mak**, s.109, 111 vd. "However, with regard to Article 5 DSA, one could argue that the 'hosting exemption' shields online intermediaries only from liability related to information stored *online*, but not from liability related to their involvement in the physical distribution of dangerous products that takes place *offline*. This interpretation finds support in the wording of Article 5 DSA which stipulates that hosting providers shall be exempted from liability 'for the information stored' at the request of platform users."

Bu tasarının 7. maddesinin 6. paragrafı⁷³ kapsamında özel olarak online platformların da sorumlulukları dikkate alınmaktadır. Ancak genel olarak öngörülen sorumluluk hali, sınırlı şekilde düzenlenmiş ikincil bir sorumluluk türü olup, aynı zamanda DSA'ya atıf yapmaktadır⁷⁴. Bu tasarı uyarınca üretici, ithalatçı ya da dağıtıcı olmayıp, tüketici ile mesafeli sözleşmelere aracılık eden online platformların sorumlulukları ancak, ürünün AB içinde 'ekonomik operatörünün'⁷⁵ belirlenemediği

⁷³ **Article 7- Economic operators liable for defective products**

1. Member States shall ensure that the manufacturer of a defective product can be held liable for damage caused by that product. Member States shall ensure that, where a defective component has caused the product to be defective, the manufacturer of a defective component can also be held liable for the same damage.

2. Member States shall ensure that, where the manufacturer of the defective product is established outside the Union, the importer of the defective product and the authorised representative of the manufacturer can be held liable for damage caused by that product.

3. Member States shall ensure that, where the manufacturer of the defective product is established outside the Union and neither of the economic operators referred to in paragraph 2 is established in the Union, the fulfilment service provider can be held liable for damage caused by the defective product.

4. Any natural or legal person that modifies a product that has already been placed on the market or put into service shall be considered a manufacturer of the product for the purposes of paragraph 1, where the modification is considered substantial under relevant Union or national rules on product safety and is undertaken outside the original manufacturer's control.

5. Member States shall ensure that where a manufacturer under paragraph 1 cannot be identified or, where the manufacturer is established outside the Union, an economic operator under paragraph 2 or 3 cannot be identified, each distributor of the product can be held liable where: (a) the claimant requests that distributor to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product; and (b) the distributor fails to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product within 1 month of receiving the request.

6. Paragraph 5 shall also apply to any provider of an online platform that allows consumers to conclude distance contracts with traders and that is not a manufacturer, importer or distributor, provided that the conditions of Article 6(3) set out in EN 28 EN Regulation (EU).../... of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)+ are fulfilled.

⁷⁴ **Veldt, Gitta** (2023) "The New Product Liability Proposal - Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up?", EuCML 1, s.24-31, 25.

⁷⁵ AB ürün sorumluluğu direktif tasarısı, COM/2022/495 final, 28.9.2022, m. 4 (16): 'economic operator' means the manufacturer of a product or component, the provider of a related service, the authorised representative, the importer, the fulfilment service provider or the distribu-

ve DSA m. 6/3 uyarınca da online platformun ortalama bir tüketicide satıcı algısı uyandırmış olması ile doğmaktadır. Buna göre, eğer online platformlar tüketiciye satıcı ile ilgili net bilgiler verir ve pasif bir rolde sadece satışa aracı olduklarını ortaya koyarlarsa, ürün sorumluluğu direktifi tasarısının DSA'nın 6. maddesinin 3. fıkrasına yapmış olduğu atıf uyarınca, bir sorumlulukları söz konusu olmayacaktır.

Diğer yandan, hukuka aykırı içerikler bakımından sağlanan muafiyet kapsamında yukarıda da belirtildiği üzere, online platformun hukuka aykırı içeriği öğrenmesi ile ivedilikle önlem alması durumunda herhangi bir sorumluluğunun söz konusu olmayacağı ve hukuka aykırı içerik kavramına hatalı/ uygunsuz ürünlerin satışının da girdiği belirtilmiştir. Buradaki sorumluluk açısından ise AB ürün sorumluluğu direktif tasarısı herhangi bir sorumluluktan söz etmemiştir. Bu çerçevede üye ülke devletlerin ulusal hukuku kapsamında online platformların hukuka aykırı içerikler hakkında bilgi sahibi olup, ivedilikle gerekenleri yapmaması nedeniyle ancak kusura dayalı sorumluluklarından bahsedilebilecektir⁷⁶.

Online platformların günlük hayatımızda önemli bir yer edinmesi ve tüketici aktiviteleri bakımından da önemli bir role sahip olmaları nedeniyle, ağırlıklı olarak asıl beklenen sorumluluk türünün kusursuz sorumluluk şeklinde olması ve online platformların da dağıtıcı/sağlayıcılar gibi sorumlu olması aslen tercih edilen düzenlemedir⁷⁷. Bu şekildeki düzenleme ile, belirleyici etkiye sahip olan online platformların pazardaki ürün tehlikeleri bakımından önleyici etkiye sahip olacağı ve hatalı ürünler nedeniyle zarar gören tüketicilerin daha kolay şekilde zararlarının tazmin edilebileceği belirtilmektedir⁷⁸. Buna karşın, ikincil derecede

tor; 'Ekonomik operatör' tanımlama olarak ürünün ya da parçasının üreticisi, ilgili bir hizmetin sağlayıcısı, yetkili temsilci, ithalatçı, edim fiillerini gerçekleştiren hizmet sağlayıcılar (depolama, paketleme, postalama vb. m. 4/14) demektir.

⁷⁶ Veldt, s.25.

⁷⁷ BEUC, The European Consumer Organization, 17.06.2022, 3 online platformların dağıtıcı/sağlayıcı olarak ikincil sorumluluğunun olması gerekliliği önerilmektedir, <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2022-067_online_marketplaces_must_be_included_in_the_pld_letter_to_commissionaire_breton.pdf> s.e.t. 23.03.2023.

⁷⁸ Veldt, s.28.

kusursuz sorumlu olarak online platformların belirlenmesi durumunda ise, online platformlar açısından hizmet ve ürün ile sigorta maliyetlerinin artması ve inovasyon açısından olumsuz etkilerin doğması gibi sonuçlar tartışılmaktadır⁷⁹.

Sonuç olarak ürün sorumluluğu direktifi tasarısı DSA'nın yarattığı sorumluluk kapsamından hareket etmekte ve iki düzenlemenin de birbirine uyumlu şekilde paralel olarak yürürlüğe girmesi hedeflenmektedir. Bu şekilde online platformun üretici, ithalatçı, dağıtıcı ya da edim fiili hizmetlerinin sağlayıcısı (fulfillment service provider) olarak, ekonomik operatör niteliğine haiz olması durumunda, tasarı uyarınca dereceli olarak kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilirken; sadece aracı hizmet sağlayıcı online platform olarak sorumluluğunun doğması için DSA'nın çizdiği muafiyet ve sorumluluk esaslarının dikkate alınması gerekecektir⁸⁰.

Bu anlamda, online platformların sorumluluğu açısından DSA 30 ve 32. maddeler arasındaki düzenlemeler, online platform kullanıcıları açısından sözleşmesel yan edim yükümlülükleri olarak değerlendirilebilecek iken; üçüncü kişilere karşı ise hukuka aykırılık ve kusur kavramları ile birlikte haksız fiil hükümlerinin uygulanarak, medeni hukuk kapsamında online platformlar açısından belirli hukuki sonuçların doğması söz konusu olacaktır⁸¹.

D. YÜRÜRLÜK VE YAPTIRIMLAR

E-ticaret direktifi hükümlerini tüzük çerçevesinde yeniden düzenleyen DSA, dijital hizmetler kapsamında AB ortak pazarını daha öngörülebilir, güvenli bir online alana çevirerek, bir yanda yeniliklerin desteklenmesini, diğer yanda ise temel hakların tüzük düzeyinde korunmasını hedeflemektedir (DSA m. 1/1). DSA ile AB ortak pazarı açısından da harmonizasyonun sağlanması amaçlanmaktadır⁸².

⁷⁹ **Büyüksağış, Erdem** (2022) "Extension of Strict Liability to E-Retailers", *Journal of European Tort Law* 13(1), s.64-86, 75; **Veldt**, s.28.

⁸⁰ AB ürün sorumluluğu direktif tasarısı, s.3, 12.

⁸¹ **Gerdermann /Spindler**, (2023b), s.121.

⁸² **Kuhlmann, Simone** (2023) "Der Digital Services Act und Seine Folgen für das nationale Medienrecht", *ZUM* 3, s.170-177, 171.

AB içinde merkezi ya da şubesi bulunan aracı hizmet sağlayıcıları uygulaması gereken yükümlülükler de tüzükte düzenlenmektedir. Aracı hizmet sağlayıcıların hizmetlerini AB içinde hizmete sunması yeterlidir. Belirli yükümlülüklerin ilk aşama olarak 17 Şubat 2023 tarihi itibarıyla yerine getirilmesi gerekliliği belirtilmiştir (DSA m. 24/2). Tüzükte belirtilen bütün yükümlülüklerin uygulanması bakımından ise temel yürürlük tarihi 17 Şubat 2024 olarak düzenlenmiştir (DSA m. 93).

Yaptırımların uygulanması uyarınca, temel olarak yine üye ülkelerin yetkileri söz konusudur. Dijital hizmet hangi üye ülkede merkezi olarak hizmete sunulmaktaysa, ilgili tüzük hükümlerine uygunluğu denetleme açısından o üye ülkenin ilgili kurumları yetkili olacaktır; ancak çok büyük online platformlar (VLOP) açısından bu platformların büyüklüğu, önemi ve dolayısıyla etki alanının geniş olması nedeniyle, yaptırım uygulama ve denetleme yetkisini Komisyon elinde tutmaktadır⁸³.

DSA kapsamında ayrıca özel hukuk yaptırımları da yer almaktadır. Tüzüğün 54. maddesi tazminat hükmünü düzenlemektedir. Ancak tüzüğün genel olarak uygulaması üye ülkelerin yetkisine bırakıldığı için, bu hükmün de uygulanması yine üye ülkenin iç hukuku esasları kapsamında mümkün olabilmektedir. Bu anlamda kusur, ispat gibi hususlar iç hukuka göre belirlenecek olup, üye ülkelerin sözleşmesel ve haksız fiil tazminat hükümleri uyarınca kullanıcıların tazminat talep edebilmeleri söz konusu olacaktır⁸⁴.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İletişim çağında olmamız neticesinde, sosyalleşme kavramının ve geleneksek pazaryerlerinin uğradığı değişim, dinamik bir piyasanın mevcut olduğu gerçeğine işaret etmektedir. Bu nedenle ortak pazarı devam ettirme hedefinde olan Avrupa Birliği'nin, dijitalleşen dünyada, dijitalleşen ekonomiyi de göz ardı etmesi söz konusu değildir. DSA, çok hızlı ve öngörülemez şekilde güçlenmekte olan karmaşık online dünyaya bir düzen getirmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu

⁸³ Berberich/Seip/Mueller, s.6.

⁸⁴ Raue/ Heesen, s.3542.

düzenin getirdiği sorumlulukların kapsamı belirlenirken, bu online mecranın ekonomik potansiyeli ve yenilikçi karakterinin önemi göz ardı edilemeyecek kadar büyüktür.

AB tarafından bu koşullar dikkate alınarak hazırlanmış bir tüzük söz konusudur. DSA yükümlülükleri uyarınca, bir yandan temel hakların ve kişilik haklarının korumasının gerektiği amaç olarak belirtilmekte; diğer yandan ise, online alanda hizmet veren aracı hizmet sağlayıcılara sadece hızla büyüyerek güçlenen ekonomik aktörler olarak bakılmamakta, aksine medyanın çeşitliliği, fikir hürriyeti ve teknolojik gelişim gibi konular bakımından ne kadar önemli oldukları vurgulanmaktadır. Bu nedenle online mecra da somut olaylar açısından doğrudan bir sorumluluk esası öngörmek yerine, genel bir muafiyet esasının öngörülmesi ve sorumluluğun ise istisnai olarak düzenlenmiş olması, dijitalleşmenin önünde engel oluşturmamak amacıyla öngörülmüştür.

Dolayısıyla önemli olan özgürlüklerin uygulanabilir olmasının sağlanması iken, belirli güce sahip online platformların bu güçlerinin farkında olup, sorumluluk sahibi şekilde özenli davranmaları beklenmektedir. Özellikle, büyüklük arttıkça daha sıkı kontrol ve denetim mekanizmasının yürürlüğe sokulmasına dair getirilen yükümlülükler, dijital ekonominin olumsuz yönlerini olumlu yönlerine zarar vermeden en aza indirme çabasıdır. Bu alanda ekonomik güce sahip online aracı hizmet sağlayıcıların üzerlerine maliyeti yükleyerek hem dijitalleşme hızına darbe vurmamak hem de hukuka aykırı içeriklerin yaygın şekilde ilerlemesine sebep olabilecek platformların sorumluluk almalarının sağlamasıyla, dijital dünyanın güveni ve istikrarı açısından uzlaşmayı sağlayacak bir düzenlemenin yürürlüğe sokulduğu görülmektedir.

DSA'nın direktif yerine tüzük olarak yürürlüğe sokulması ortak pazarda harmonizasyonun gerekliliğini ortaya koymakta, ancak üye devletlere düşen sorumluluklar ayrıca belirtilmektedir. Eski E-ticaret direktifi hükümlerinin daha açık hale getirilmemesi ya da online platformların sorumluluklarına yol açan aktif ya da pasif davranış gibi kavramların detaylı şekilde düzenlenerek ortaya konmaması ya da makul süre içinde belirli platformların hukuka aykırı içerikler ile ilgili harekete geçme yükümlülükleri gibi genel bir sorumluluk yapısının çizilmesi, bu tüzük ile getirilen kuralların somutlaştırılmasını bir nevi Avrupa

Birliği Adalet Divanı'nın uygulamasına bırakmaktadır. Bu nedenle DSA düzenlemesi, yeni yürürlüğe girmesine rağmen, birçok konuda yeterince açık ve net bir düzenleme yapmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Bu durum aslında dinamik ve sürekli gelişmekte olan bir pazar için sabit hukuki bir altyapısal düzenleme oluşturmanın zorluğundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, somut olay adaleti bakımından ABAD'ın uygulamaları önemini sürdürecektir.

DSA kapsamında online aracı hizmet sağlayıcılarının, hukuka aykırı içerikler açısından belirli risk analiz ve denetim yükümlülüklerinin olması ve yaptırımlara tabi tutulacak olmaları, online güvenlik bakımından hem kişilik haklarının hem de tüketici haklarının korunması anlamında fayda sağlayacaktır. Bunun sonucu olarak, büyük gelirler elde eden teşebbüslerin/online platformların, sadece gelir odaklı düşünerek davranmaları değil, aynı zamanda özgürlüklerin ve hakların korunmasını sağlayacak şekilde davranmalarının teşvik edilebilmesi söz konusu olabilecektir. Netice itibariyle yürürlüğe giren tüzük hem özgürlükçü hem de menfaatler dengesini koruyan bir düzenleme olarak değerlendirilebilir nitelik taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- AB Komisyon**, “Adapting liability rules to the digital age and circular economy”, Ref.Ares(2021)4266516 - 30/06/2021, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains_en> s.e.t. 15.03.2023.
- Berberich, Matthias/ Seip, Fabian/ Mueller Hengeler** (2021) “Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 1, s.4-7.
- BEUC, The European Consumer Organization**, 17.06.2022, <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2022-067_online_marketplaces_must_be_included_in_the_pld_letter_to_commissionaire_breton.pdf> s.e.t. 23.03.2023.
- Bolger v. Amazon.com, LLC** - 53 Cal. App. 5th 431, 267 Cal. Rptr. 3d 601 (2020).
- Busch, Christoph** (2019) “When Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on Oberdorf v. Amazon”, EuCML 5, s.173-174.
- Busch, Christoph/ Mak, Vanessa** (2021) “Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation”, EuCML 3, s.109-115.
- Büyüksağış, Erdem** (2022) “Extension of Strict Liability to E-Retailers”, Journal of European Tort Law 13(1), s.64-86.
- Dregelies, Max** (2022) “Digital Services Act”, MMR 12, s.1033-1038.
- Euronews**, <<https://tr.euronews.com/2017/02/17/cocugunuzda-bu-oyuncak-varsa-imhadedin>> s.e.t. 01.02.2023.
- European Law Institute (ELI)**, “Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age”, 21.01.2021 <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf> s.e.t. 13.03.2023.
- European Law Institute (ELI)**, “Model Rules on Online Platforms”, Report of the European Law Institute, <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf> s.e.t. 23.03.2023.
- European Parliamentary Research Service**, “Liability of Online Platforms”, PE 656.318- February 2021, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf)> s.e.t. 13.03.2023.
- Faust, Florian** (2016) “Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?”, NJW-Beil 2, s.29-32.

- Gerdermann, Simon/ Spindler, Gerald** (2023a) “Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1)”, GRUR (1-2), s.3-11.
- Gerdermann, Simon/ Spindler, Gerald** (2023b) “Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2)”, GRUR 3, s.115-125.
- Hung, Alison** (2021) “Keeping Consumers in the Dark: Addressing “Nagging” Concerns and Injury”, *Columbia Law Review* 121/8, s.2483- 2520.
- Kuhlmann, Simone** (2023) “Der Digital Services Act und Seine Folgen für das nationale Medienrecht”, *ZUM* 3, s.170-177.
- L’Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others**, ABAD, ECLI:EU:C:2011:474.
- Loomis v Amazon.Com LLC**, 2021 WL 1608878 (Cal App. April 26, 2021).
- Metzger, Axel** (2022) *Titel 2a. Verträge über digitale Produkte*, MüKoBGB, 9 Aufl. C.H. BECK, München.
- Müller, Klaus** (2022) “Künftige Plattformregulierung und effektive Durchsetzung in Deutschland”, *MMR- Beilage*, s.1007-1011.
- Oberdorf v. Amazon. Com Inc.** (3rd Cir 2019).
- Perkins v. LinkedIn**, 53 F. Supp. 3d 1222 (N.D. Cal. 2014).
- Rae, Benjamin/ Heesen, Hendrik** (2022) “Der Digital Services Act”, *NJW* 49, s.3537-3543.
- Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL**, ABAD, C-149/15, EU:C:2016:840.
- Schmid, Gregor/ GREWE, Max** (2021) “Digital Services Act: Neues “Grundgesetz für Onlinedienste”?”, *MMR* 4, s.279-282.
- Sotiris Pappasavvas v O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd.**, ABAD, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209.
- Spindler, Gerald** (2023) “Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider - der Digital Services Act”, *MMR* 1, s.73-78.
- Veldt, Gitta** (2023) “The New Product Liability Proposal - Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up?”, *EuCML* 1, s.24-31.
- Weinzerl, Quirin** (2020) “Dark patterns als Herausforderung für das Recht”, *NVwZ-Extra* 15, s.1-11.
- Youtube and Cyando**, ABAD, ECLI:EU:C:2021:503.

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN YORUMU MESELESİ VE “MAKUL BEKLENTİLER DOKTRİNİ”^(*)

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN^(**)

Arş. Gör. Ahmet SELÇUK^(***)

ÖZET

Sigorta sözleşmelerinin yorumu meselesi pozitif düzenlemelerde yer almayan ve doktrin- de de üzerinde durulmamış bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Sigorta sözleşmeleri, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerden olması sebebiyle bu sözleşmelerin açık ve anlaşılır olmaması (muğlaklık) durumunda sözleşmeyi hazırlayan aleyhine yorumlanmalıdır. Yabancı hukukta yer alan *contra proferentem* ilkesi de bu doğrultuda bir ilkedir. Ancak bu ilkenin uygulanmasında sigorta sözleşmesinin tek hazırlayıcısının sigortacı olup olmadığı da önem arz etmektedir. Sigorta sözleşmesinin sigortacının yanı sıra sigortalının katılımıyla hazırlandığı durumlarda bir muğlaklık ortaya çıkmışsa bu durumda *contra proferentem* ilkesi uygulanmamalıdır. Öte yandan bu ilkelerin uygulanmadığı durumlarda mahkemeler adil bir sonuca ulaşmak amacıyla muğlaklığın olmadığı yerlerde bile muğlaklık yaratmaya çalışmıştır. Bu zorlama me- todü aşmak için hukukçu Robert Keeton tarafından Makul Beklentiler Doktrini ortaya atılmıştır. Doktrine göre, sigortalının sigorta sözleşmelerinin koşullarına ilişkin objektif olarak makul beklentileri yerine getirilecektir. Bu çalışma kapsamında öncelikle sigorta sözleşmelerinin yorumuna ilişkin temel ilkeler incelenmiş ve daha sonra Makul Beklentiler Doktrininin uygulama alanı ile doktrine yönelik eleştiriler ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Sözleşmelerinin Yorumu, Sigortalı Lehine Yorum İlkesi, Muğlaklık, Contra Profe- rentem, Makul Beklentiler Doktrini.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1303129- Geliş Tarihi: 26.05.2023- Kabul Tarihi: 13.07.2023.

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, E-posta: bfdogan@hacettepe.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3683-7171>.

^(***) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, E-posta: ahmet.selcuk@hacettepe.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5920-5209>.

THE ISSUE OF INTERPRETATION OF INSURANCE CONTRACTS AND THE “REASONABLE EXPECTATIONS DOCTRINE”

ABSTRACT

The issue of interpretation of insurance contracts is an issue that is not included in *lege lata* and has not been addressed in the doctrine. Insurance contracts should be interpreted against the drafter in case these contracts are not clear and understandable since they are among the contracts with standardized terms. The principle of *contra proferentem* in foreign law is also a principle in the same manner. However, in the implementation of this principle, it is also important whether the sole drafter of the insurance contract is the insurer. In cases where the insurance contract is prepared with the participation of the insured as well as the insurer, if an ambiguity has arisen, then the *contra proferentem* principle should not be applied. On the other hand, in cases where these principles could not be applied, the courts tried to create ambiguity even where there was no ambiguity in order to reach a fair result. To circumvent this strained method of interpretation, the Doctrine of Reasonable Expectations was introduced by the lawyer Robert Keeton. According to the doctrine, objectively reasonable expectations of the insured regarding the terms of insurance contracts will be fulfilled. Within the scope of this study, firstly, the basic principles of the interpretation of insurance contracts are examined and then the application area of the Doctrine of Reasonable Expectations and the criticisms of the doctrine is discussed.

Keywords

Interpretation of Insurance Contracts, Principle of Interpretation in Favor of the Insured, Ambiguity, Contra Proferentem, Doctrine of Reasonable Expectations.

GİRİŞ

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (TBK m.1). Tarafların hür ve serbest iradeleri ile kurdukları sözleşmelerin uygulanması aşamasında ortaya çıkan anlamsal boşlukların doldurulmasında, yani sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK m. 19). Tarafların karşılıklı anlaşarak meydana getirdiği ve taraflarca hazırlanan sözleşme metinlerinde hal böyle iken, sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmenin bir tarafınca hazırlanan ve genel işlem koşulları içeren metinlerde aynı irade serbestisinden söz etmek mümkün değildir.¹

Bir sigorta sözleşmesi her zaman genel işlem koşulu içeren bir metin üzerinden yapılmayabilir. Ancak sigorta sözleşmelerinin içeriğini düzenleyen ‘genel şartlar’ da (bkz. Sigortacılık Kanunu m. 11) taraf iradelerini kısıtlayan bir diğer faktördür. Sigorta sözleşmeleri, işlemin zayıf tarafı olan sigorta ettirenin gerçek anlamda müzakere etme kabiliyetinin olmadığı ve sigortacı tarafından dikte edilen şartlara tabi olduğu katılma sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir. Sigorta poliçesi içerdiği uzmanlık gerektiren “özel ve gizli” ifadeler nedeniyle meslekten olmayan biri (*layperson*) tarafından okunduğunda tam olarak anlaşılabilir değildir.²

Diğer taraftan sayılan tüm bu olgular nedeniyle, sözleşmenin bir tarafının (sigortacının) güçlü durumda olduğu da göz önüne alınarak, sigorta sözleşmelerinin yorumlanmasında özel yorum metotları ortaya çıkmıştır. Bu metotlardan bir tanesi “makul beklentiler doktrini”dir.

I. SİGORTALI LEHİNE YORUM İLKESİ

Makul beklentiler doktrinini incelemeye geçmeden önce sigorta sözleşmelerinin yorumundaki temel ilkeyi tespit etmek gerekir. Pozitif düzenlemelere ba-

¹ Aynı yönde **Kubilay, Huriye** (1999) Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, s.30.

² **Schwartz, Dudi** (2008) “Interpretation and Disclosure in Insurance Contracts”, *Loyola Consumer Law Review*, C:21, S:2, s.107-108.

kıldığında, sigorta sözleşmelerinin yorumuna ilişkin herhangi bir hüküm ilgili mevzuatta yer almamaktadır. Bununla birlikte, yoruma mahal bırakmamak amacıyla, önlem niteliğinde bir hüküm getirilmiştir. “İçerik” başlıklı TTK 1425/1’e göre *poliçe; tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir*. Peki ya kanun koyucunun bu arzusu hilafına poliçede yer alan düzenlemelerin açık ve anlaşılır olmaması durumunda ne yapılacaktır? Kanun bu konuda suskundur.

Genel bir ilke olarak sigorta sözleşmelerinin, sigortalı lehine yorumun esas olduğu sözleşme türlerinden olduğu belirtilmiştir.³ Kanımızca bunu, sigorta sözleşmelerinin çoğunlukla genel işlem koşulları içeren iltihaki (katılmalı) sözleşmeler⁴ olmasıyla açıklamak mümkündür. Bilindiği üzere genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20). Gerçekten de sigorta sözleşmelerinde sigortacı, önceden sözleşmeyi hazırlayıp matbu metinler halinde sigorta ettirene sunmaktadır.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yorumundaki temel kural ise; TBK m. 23’te belirtildiği üzere, söz konusu hükümler açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanmasıdır. Bu temel kuralın dayanağı ise sözleşmelerin yorumlanmasında kullanılan “*beyanı kaleme alan aleyhine yorumlama*” ilkesidir. Bu ilkeye göre,

³ **Bozkurt, Tamer** (2018) Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.71. Ayrıca sigortalı lehine yorum ilkesi TTK 1413, 1425, 1452 madde gerekçelerinde de yer almakta ancak neden böyle olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

⁴ Belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları iltihaki sözleşmeleri kapsamakta ise de aralarında bir ayırım yapılabilir. Buna göre, sadece sözleşmenin tüm hükümlerinin önceden bir tarafça düzenlendiği hallerde iltihaki sözleşmeden bahsedilebilirken, sözleşmenin bazı hükümleri taraflarca özel olarak düzenlenmiş, diğer bazı hükümlerinde genel işlem koşullarına yollama yapılmışsa artık “iltihaki sözleşme” deyiimi kullanılmamalıdır (**Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.28, N. 90). Türk öğretisinde de sigorta sözleşmesinin katılmalı (iltihaki) sözleşmelerden olduğu kabul edilmiştir (**Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, N. 1470, s.532). İngiliz hukukunda da sigorta sözleşmelerinin katılmalı sözleşme olduğu yönünde bkz. **Hodgin, Ray** (2002) Insurance Law Text and Materials, Second Edition, Portland, Cavendish Publishing, s.560.

metnin tamamı veya bir kısmı muğlaksa ve birden fazla anlama gelmekte ya da hiçbir anlam taşımamakta ise şüphe halinde bu durum onu kaleme alan taraf aleyhine yorumlanmalıdır.⁵ Dikkat çekilmesi gereken nokta, kuralın uygulanabilmesi için söz konusu sözleşme hükmünün muğlak olması durumudur.

Sigorta sözleşmelerinin yorumuna ilişkin yabancı hukukta yer alan ilkelere bakıldığında ise karşımıza benzer bir kurum olarak *contra proferentem* ilkesi çıkmaktadır. Sigorta hukuku özelinde *contra proferentem*⁶, bir sigorta sözleşmesinde yer alan “belirsiz” (muğlak) ifadelerin, hemen hemen her zaman sigorta sözleşmesinin hazırlayıcısı (düzenleyicisi) konumunda olan *sigortacı* aleyhine yorumlanacağını öngören bir ilkedir.⁷ Bu ilkenin uygulanması açısından ABD’de mahkemelerin tipik olarak sunduğu gerekçe, muğlak bir poliçe hükmünü hazırlayanın, poliçede kullanılan dil üzerinde denetimi olduğu için, belirsizliğin sorumluluğunu da üstlenmesi gerektiğidir.⁸ Bunlara ek olarak doktrinde iki gerekçe daha öne sürülmüştür⁹. Bu gerekçelerden ilki, sigortanın, riziko gerçek-

⁵ Eren, N. 1470, s.532.

⁶ İngilizcesi “*against the offeror*” (bkz. Garner, Bryan A. (2009) Black’s Law Dictionary, Ninth Edition, Thomson Reuters, s.377) olan bu terim, kanımızca “teklifi sunan (icapçı) aleyhine” şeklinde birebir tercüme edilebilirse de *contra proferentem*’in genel anlayışı “tasarıyı (sözleşme metnini) hazırlayan aleyhine” şeklindedir. Öte yandan pratikte çoğunlukla sözleşmeyi hazırlayan ve sunan taraf aynı taraftır, bu nedenle harfi harfine çeviri ile aralarındaki fark önemsizdir. Bir diğer ihtimalde, yine poliçeyi hazırlayan neredeyse her zaman sigortacıdır ve fakat teklif veren teknik olarak sigortalı (adayı)dır. Sigortalı adaylarının doldurduğu başvurular, sigortacı tarafından kendileri için teklif değil, bir teklifte bulunma daveti (icaba davet) olarak kabul edilir (Liggett, Bradley D. (2008) “Contra Applicantem or Contra Proferentem Applicatio: The Need for Clarification of the Doctrine of Contra Proferentem in the Context of Insured-Created Ambiguities in Insurance Applications”, BYU Law Review, C:2008, S:1, s.216). Dolayısıyla her iki tercüme de uygundur. Ancak aşağıda görüleceği üzere, adil bir çözüme ulaşmak amacıyla somut olay bağlamında farklı anlamları kullanılabilir.

⁷ Abraham, Kenneth S. (1996) “A Theory of Insurance Policy Interpretation”, Michigan Law Review, C:95, S:3, s.531.

⁸ Abraham (1996), s.533; Cody, Scott (2009) “Contracts: An Ambiguous Standard for Resolving Ambiguity in Insurance Contracts: The Continuing Uncertainty of Policy Interpretation in Minnesota- Carlson v. Allstate Insurance Co”, William Mitchell Law Review, C:36, S:1, s.269.

⁹ Schwartz, s.116-117.

leştğinde meydana gelen zararın maliyetini dağıtma yolunda bir araç olma işlevine dayanmaktadır. Aslında, sigortanın tüm amacı, riski daha geniş bir sigortalı grubuna (sigorta havuzu) kaydırarak maliyetleri dağıtmaktır. Sigortalıyı kayıran ve sigortacıya “zengin” muamelesi yapan yorumlayıcı bir kural bu nedenle haklıdır; sorumluluğu sigortacılara kaydırır ve böylece sigortanın *maliyeti dağıtma* amacına ulaşılır. İkinci gerekçe ise sigortaya tüketici bakışıyla yaklaşmaktır. Buna göre sigorta bir piyasa malı olmayıp, sigorta sözleşmesinde yer alan soyut bir üründür. Bu nedenle, muğlak bir dilin (tıpkı diğer üreticilerin kendi ürünlerinden sorumlu tutulması gibi) sigortacının sorumlu tutulması gereken bir ürün kusuru olarak algılanması muhtemeldir.

Contra proferentem doktrini, sözleşmelerdeki belirsizliklerin sözleşmeyi düzenleyen taraf aleyhine yorumlanması gerektiği anlamına gelmekle birlikte, son zamanlarda sigorta ettirenin katılımıyla (çoğunlukla internet üzerinden form doldurmak suretiyle) yapılan sigorta sözleşmelerinde kimin “düzenleyen” olduğu noktasında yeniden değerlendirme yapma ihtiyacı doğmuştur. Gerçekten de çevrimiçi veya basılı formları doldurarak sigorta sözleşmelerinin şartlarını ve kapsamını şekillendiren tüketiciler, hangi tarafın gerçekten sigorta sözleşmesinin “tasarlayıcısı” olduğu sorusunu gündeme getirmektedir.¹⁰ Ek olarak, sigorta tüketicilerinin bir sigorta şirketi kadar tecrübeli olmadığı göz önüne alındığında, sigorta başvurusuna ilişkin bilgileri doldururken hata yapma olasılığı daha da yüksek olacaktır. Örneğin bir sigortalı (başvuran) belirli bilgileri yazması istendiğinde muğlaklık yaratabilecektir. Burada sorulması gereken soru, yine de mahkemeler muğlaklıkları yorumlamak için, sigorta şirketi için *contra proferentem*'e başvurmalı mıdır? Bir başka ifadeyle, sigorta başvurusunu doldururken bir tüketicinin yarattığı muğlaklığın yükünü hangi taraf üstlenmelidir?

Öğretide, bu tür belirsizlikleri adil bir şekilde çözmek için kullanabilecek “contra proferentem” kuralına ilişkin iki incelikli yorum önerilmiştir: “sözleşmeyi hazırlayana karşı” (*against the drafter*) ve “sözleşme yapmayı teklif edene karşı” (*against the offeror*) yorumlama. *Contra proferentem*'in bu tanımları uy-

¹⁰ Liggett, s.212.

gulanırsa, bir mahkemenin kimin gerçek taslak hazırlayan veya gerçek öneren olduğuna ilişkin yorumuna bağlı olarak, belirsizliklerin her iki şekilde de yorumlanabileceği görülmektedir. Bir mahkeme, *contra proferentem*’in “sözleşmeyi hazırlayan” tanımını incelerken, muğlak ifadeler barındıran sigorta sözleşmesinin *tek hazırlayan*’ının sigortalı olup olmadığını dikkate almalıdır.¹¹ Pensilvanya Yüksek Mahkemesinin *Bubis v. Prudential Property Cas. Ins. Co.* davasında sigortalılar bir sigorta başvurusu doldurmuş ve bir teminat sorusuna hem “evet” hem de “hayır” kutularını işaretlemişlerdir. Mahkeme, sözleşmeyi yorumlarken, “sigorta sözleşmesindeki bir belirsizliğin sigortalı lehine okunması gerektiği” genel kuralını kabul etmekle birlikte “bu belirsizliğin sigortalı tarafından yaratıldığı” durumlarda kuralı uygulamayı reddetmiştir.¹²

Klasik ilkeye dönecek olursak, ABD’de mahkemeler *contra proferentem*’i uzun müddet benimsemiş ve uygulamıştır. Bununla birlikte Prof. Dr. Robert E. KEETON, 1970’te yayımlanan bir makalesinde şöyle bir tespitte bulunmuştur: *Contra proferentem* ilkesi, sigortalıları korumaya çalışan mahkemeler için yeterli gelmemektedir. Mahkemeler sadece belirsizlikleri yorumlamanın ötesine geçmiş ve ortada herhangi bir belirsizlik yokken belirsizlikler yaratmaya başlamışlardır.¹³ Örneğin *Price v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.* davasında¹⁴ bir hayat sigortası poliçesi yaptırılmakta olup, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü kapsamında doldurulan ankette, romatizma gibi belirli hastalıklara sahip olup ol-

¹¹ **Liggett**, s.217.

¹² **Liggett**, s.218.

¹³ **Cody**, s.267; **Keeton, Robert** (1970) “Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions”, *Harvard Law Review*, C:83, S:5, s.970-972. Belirsizliğin olmadığı durumlarda neden bir belirsizlik yaratıldığı ise şu şekilde açıklanmıştır: Diğer geleneksel sözleşme yorumlama kuralının geçerli olmadığı bir durum ortaya çıktığında, mahkemeler genellikle *adil bir sonuca ulaşmak için* hiçbir belirsizliğin olmadığı yerde bir belirsizlik bulmaya çalışır. Ancak, “uygun” bir sonuca varmak için muğlaklıklar yaratmak, öngörülemezlik yaratarak ve sigortalı lehine bir önyargı izlenimi vererek yargıya olan güveni zedeler. Makul beklentiler doktrini, belirsizlik doktrinini uygulamak için belirsizlikler üretmekten kaçınmanın bir yoludur (**Fett, Laurie Kindel** (1992) “The Reasonable Expectations Doctrine: An Alternative to Bending and Stretching Traditional Tools of Contract Interpretation”, *William Mitchell Law Review*, C:18, S:4, s.1118).

¹⁴ Kararı aktaran **Cody**, s.269.

madıklarını açıklamaları istenmiştir. Bir sigortalı hafif romatizma hastası olmasına rağmen soruyu olumsuz yanıtlamış ve rahatsızlığı keşfedildiğinde, sigortacı tazminatı reddetmiştir. Yüksek mahkeme, romatizma hastalığının spesifik olarak subakut romatizmayı kapsayıp kapsamadığına dair anketin belirsiz (muğlak) olduğu gerekçesiyle sigortalının poliçe kapsamında olması gerektiğine; belirsizliğin sigortacı aleyhine yorumlanması gerektiğine ve tazminatın ödenmesine karar vermiştir.

Keeton makalesinde mahkemelerin, bu tür gereksiz manevralara lüzum bırakmayacak yeni bir poliçe yorumu yaklaşımı benimsemelerini önermiştir: Belirsiz olmayan poliçe dili karşısında bile sigortalının makul beklentilerini karşılayan *makul beklentiler doktrini*.¹⁵

II. GENEL OLARAK MAKUL BEKLENTİLER DOKTRİNİ

Makul beklentiler (*reasonable expectations*)¹⁶ doktrini, sigorta sözleşmesinin yorumlanmasında rehber olarak sigortalının makul beklentilerine dayanan bir ilkedir. Bu doktrin altında, mahkemeler, poliçenin açık dili teminat sağlamasa bile, sigortalıya genellikle teminat vermektedir.¹⁷ Doktrin, Keeton tarafından şu şekilde formüle edilmiştir: “*Başvuru sahiplerinin ve atanmış lehtarların sigorta sözleşmelerinin koşullarına ilişkin objektif olarak makul beklentileri* -poliçe hükümlerinin özenli bir şekilde incelenmesi bu beklentileri boşa çıkarmış olsa bile- *yerine getirilecektir.*”¹⁸ Dolayısıyla burada belirtmek gerekir ki, bir yorum meto-

¹⁵ **Cody**, s.267.

¹⁶ Burada kullanılan “beklentiler (*expectations*)”, bir poliçe sahibinin, tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada sigortacıya karşı sahip olduğuna inandığı hakları ifade eder (**Abraham, Kenneth S.** (1981) “Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring the Reasonable Expectations of the Insured”, *Virginia Law Review*, C:67, S:6, s.1169, dn. 73). Makul beklentileri dik-kate alınacak olan kişinin *sıradan bir kişi olan* sigortalı olduğuna işaret etmek için bu doktrine, “*doctrine of the layman’s reasonable expectations*” adı verildiği de görülmektedir (**Ingram, John Dwight** (1997) “The Insured’s Expectations Should be Honored Only if They are Reasonable”, *William Mitchell Law Review*, C:23, S:4, s.818-819).

¹⁷ **Seno, David J.** (2002) “The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, C:85, S:3, s.859.

¹⁸ **Keeton**, s.967.

du olan makul beklentiler doktrini, yine bir önceki başlıkta incelenmiş klasik bir yorum metodu olan *contra proferentem*'in de ötesine geçmektedir. Zira makul beklentiler doktrini, sigorta poliçesi açık (anlaşılır) olduğunda bile sigortalının objektif olarak makul bir teminat beklentisine sahip olması durumunda teminat sağlamaktadır.¹⁹

Öğretide Keeton, makul beklentiler doktrininde hangi beklentilerin "makul" kabul edilebileceğine ilişkin kriterler ortaya koymamıştır. Bununla birlikte ABD'nin Arizona Eyaleti Yüksek Mahkemesi, makul beklentiler doktrininin şu dört durumda *sarih (açık)* bir poliçe diline de uygulanabileceğini belirtmiştir²⁰:

1. Sözleşme hükümleri, mahkeme için muğlak olmasa da makul derecede zeki bir tüketici (*reasonably intelligent consumer*) tarafından anlaşılmadığında,
2. Sigortalının söz konusu hükümle ilgili tam ve yeterli olarak bilgilendirilmediği ve hükmün olağan dışı veya beklenmedik olduğu ya da teminatın görünürdeki kapsamının dil bakımından fakirleştirildiği durumlarda,
3. Makul bir şekilde sigortacıya atfedilebilecek bazı faaliyetlerin, makul bir sigortalının zihninde objektif bir teminat kapsamı izlenimi yaratacağı durumlarda,
4. Sigortacıya makul bir şekilde atfedilebilen bazı faaliyetlerin sigortalıyı, bu tür bir teminatın poliçe tarafından açıkça reddedilmesine rağmen, sigorta kapsamında olduğuna inandırdığı durumlarda.

Arthur Corbin isimli hukukçuyla özdeşleşen hukuk okulu, sigorta sözleşmesini çevreleyen dış koşullar tarafından aydınlatılan yorum metodunun kullanılmasını önermektedir. Sigortalının makul beklentileri, bu dış koşulların bir parçası olarak algılandığından, sözleşmenin açık metnine üstün gelme kudretine sahiptir.²¹ Makul beklentiler doktrini bu şekilde temellendirilmiştir.

¹⁹ Seno, s.859.

²⁰ Seno, s.863.

²¹ Schwartz, s.112-113.

Doktrinin uygulandığı durumlar aşağıda incelenecektir. Ancak öncelikle doktrinin ne zaman ve nasıl uygulanacağını genel olarak ifade etmek gerekir. Makul beklentiler doktrini, yalnızca belirsizlik doktrini²² gibi diğer yorumlayıcı ve yapıcı doktrinler kullanılmadığında ve hâlin gereği tüketicinin (sigortalının) korunmasına ihtiyaç duyulduğunda uygulanmalıdır. Örneğin, poliçe yorumunun bir hükmün veya kelimenin iki farklı yorumu etrafında dönmediği, bunun yerine poliçenin pazarlanma şekline odaklandığı bir durum ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda mahkeme, muğlaklık doktrinini veya başka bir geleneksel yolu kullanamıyorsa, poliçe sahibinin makul beklentilerine bakmalıdır.²³ Bir başka ifadeyle, makul beklentiler doktrinine son çare olarak başvurulmalıdır.

Doktrinin nasıl uygulanacağına gelince; sigorta alıcıları “tam teminat”, “tüm riskleri içeren bir poliçe” veya “kapsamlı, geniş biçimli bir poliçe” adı altında pazarlanan sigortaları satın aldıklarında çok geniş bir koruma beklentisine girdiklerine şüphe yoktur. Bu beklentiler makul beklentiler doktrini tarafından geniş biçimde desteklense de bu beklentilerin yalnızca gerçekten makul olmaları durumunda karşılanması gerektiğinin kabul edilmesiyle yumuşatılmalıdır. Doktrin, sigortalının açıkça mantıksız olan beklentilerini içerecek şekilde çarpıtılmamalıdır.²⁴ Bu itibarla makul beklentiler doktrini, önemli ancak sınırlı bir araç olmalıdır. Sigorta sözleşmelerindeki pazarlık gücü eşitsizliğini dengelemek ve poliçelerdeki anlaşılması zor dili anlayamayan tüketicileri korumak için kullanılmalıdır.

III. DOKTRİNİN UYGULANDIĞI BAŞLICA DURUMLAR

A. POLİÇE DİLİNİN MUĞLAKLIĞI (BELİRSİZLİK, *AMBIGUITY*) YAKLAŞIMI

Bu yaklaşıma göre bazı mahkemeler yalnızca poliçe dili muğlak olduğu durumlarda makul beklenti doktrinini uygular. Poliçedeki ifadelerin muğlak olma-

²² Belirsizlik (muğlaklık) durumunda uygulanması gereken metodun belirsizlik doktrini (*doctrine of ambiguity*) olduğu yönünde bkz. **Fett**, s.1117 vd. Bu doktrini *contra preferentem* ilkesinin başka bir ifade tarzı şeklinde anlamakta kanımızca bir sakınca yoktur.

²³ **Fett**, s.1134.

²⁴ **Ingram**, s.819.

sı ise şöyle tanımlanmıştır²⁵: Poliçe dili, birden fazla anlama gelmeye müsait ise ve bu farklı anlamların teminat üzerinde zıt etkileri varsa muğlaktır. Bu yaklaşım, bir poliçenin muğlak ifadelerle sahip olması durumunda hâkimin, poliçedeki dili (ifadeleri) sigortacının aleyhine ve sigortalının lehine yorumlayacağını kabul etmektedir. Bu yaklaşım, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme taslağını hazırlayan aleyhine çözümlenme yapan ve geleneksel bir sözleşme yorumlama kuralı olan *contra proferentem* ile paralellik göstermektedir.

ABD’nin Nevada Eyaleti Yüksek Mahkemesi’nin *National Union Fire Insurance Co. v. Reno’s Executive Air Inc.* davasındaki kararı, makul beklentiler doktrininin muğlaklık yaklaşımına örnek verilebilir. Yargıya taşınan olayda sigortalı helikopter sahibi, maddi hasar sorumluluğunu kapsayan bir havacılık poliçesi yaptırmıştır. Poliçe, Sivil Havacılık Kurulu düzenlemelerine uygun olması amacıyla; “sigortalının bakımı, gözetimi veya kontrolü altındaki veya uçakta ya da kabinde taşınan”²⁶ eşyalar bakımından bir istisna içermektedir. Sigortalının helikopterin elektrik tellerine takılıp düşmesi sonucu bir yolcunun kamera ekipmanını hasar görmüştür. Ekipman, gerçekten de poliçedeki istisna tutulan hükümde yazdığı gibi sigortalı “hava taşıtında (bagajında) veya kabinde” taşınmış ve bu nedenle kamera ekipmanına gelen hasar, poliçe tarafından açık bir şekilde teminat kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak mahkeme, “hava taşıtında (bagajında) veya kabinde taşınan” eşyanın kimin mülkiyetindeki eşya olması gerektiğini belirtmediği için istisna hükmünün belirsizlik içerdiğine kanaat getirmiştir.²⁷ Dolayısıyla mahkemenin mantığına göre, bir havacılık mali mesuliyet sigortası yaptıran kişi, poliçenin, *hasar görme olasılığı en yüksek olan ve kendisine karşı taleplere konu olabilecek eşyayı kapsamamasını makul bir şekilde beklemektedir.*²⁸

Muğlaklık yaklaşımının amaç unsuru bir kenara bırakılırsa, bu yaklaşımın esasen sigortalı lehine yorum ile *contra proferentem* ilkelerinden bir farkı bu-

²⁵ Seno, s.865.

²⁶ Property carried *in or on* the aircraft.

²⁷ Kararı aktaran: **Ware, Stephen J.** (1989) “A Critique of the Reasonable Expectations Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, C:56, S:4, s.1468-1469.

²⁸ <<https://cite.case.law/nev/100/360>> s.e.t. 22.02.2023.

lanmamaktadır ve bu nedenle eleştirilmektedir. Gerçekten de sigortalının makul beklentilerini karşılamayı amaçlaması dışında uygulama bakımından bu ilkelerle aynıdır. Bu nedenle bazı yazarlara göre muğlaklık yaklaşımını tanımlamak için “makul beklentiler doktrini” terimi kullanılmamalıdır.²⁹ Bazı yazarlara göre de belirsizlik (muğlaklık) doktrini ayrı bir doktrindir. İlk başvurulacak bir araç olarak muğlaklık doktrini, makul beklentiler doktrini dikkate alınmadan önce uygulanmalıdır. Makul beklentiler doktrini, sigorta sözleşmelerini yorumlamak için son başvurulacak araçtır; poliçe sahibinin (makul) beklentileri yalnızca hiçbir belirsizlik olmadığında dikkate alınmalıdır.³⁰

B. ADİL OLMAYAN SONUÇLARDAN KAÇINMA (ADİLLİK) YAKLAŞIMI

Bazı mahkemeler, adil olmayan veya mantıksız bir sonuçtan kaçınmak için makul beklentiler doktrini kullanmaktadır. Tutum olarak bu mahkemeler, poliçe şartlarında eşitliği sağlamak adına poliçenin açık lafzını görmezden gelmeye meyillidir.³¹ Zira bu yaklaşımın savunucuları, sigorta poliçelerinin iltihaki sözleşmelerin örneklerinden olduğunu savunmaktadırlar.³²

Makul beklentiler doktrininin savunucuları, tipik bir sigorta sözleşmesinin oluşumunda üç ayırt edici faktörden bahsetmektedir. Bu üç faktör, yargıçları ve akademisyenleri, sigorta poliçesini “iltihaki” sözleşme olarak görmeye sevk etmiştir³³: Birincisi, sigorta ettirenin, ilk primi ödeyene kadar sigorta poliçesini alamama olasılığıdır.³⁴ İkincisi, “büyük, güçlü ve uzman sigortacılar ile nispeten bilgisiz ve bağımlı tüketiciler” arasındaki “pazarlık gücü eşitsizliği”dir. Üçüncüsü, teknik dil ve ayrıntılı bilgilerle dolu standart tip poliçelerin yaygınlığıdır.

²⁹ **Ware**, s.1469. Muğlaklık yaklaşımı veya muğlaklık doktrininin esasen *contra proferentem* ilkesinin başka bir adı olduğu yönünde bkz. **Fett**, s.1117, dn. 24.

³⁰ **Fett**, s.1118.

³¹ **Seno**, s.867.

³² **Seno**, s.867.

³³ **Ware**, s.1463-1464.

³⁴ Karş. Tam tersi Türk hukukunda ise prim, poliçenin teslimi karşılığında ödenmektedir (TTK 1431/1).

Makul beklentiler doktrinine “adillik” yaklaşımı, şu üç adaletsiz duruma karşı koruma sağlar³⁵:

1. Poliçe açıkça kapsam dışı bıraksa da sigorta pazarlamasının, sigortalının teminat kapsamına gireceği beklentisi içine girmesine neden olduğu “usul adaletsizliği” (*procedural unfairness*).

Bir başka ifadeyle, bu durumda ilgili husus açıkça poliçede kapsam dışı bırakılmış olsa bile sigorta pazarlaması tekniği o hususta da koruma sağlanacağı noktasında sigortalıda bir intiba oluşmasına neden olmaktadır. Türk hukuku açısından bakıldığında usul adaletsizliği özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 32. madde kapsamında da engellenmeye çalışılan bir durumdur. Zira anılan hükme göre “*Sigorta şirketleri ve aracılar, her çeşit broşür, izahname ve diğer belgeler ile ilan ve reklamlarını, taahhütleriyle sigortalıya sağlayacakları hak ve menfaatlerin sınır ve kapsamı dışında bir anlayışa neden olacak şekilde düzenleyemez ve kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamaz.*” Bu kurala aykırılığın yaptırımını ise düzenlenmemiştir. Ancak kanımızca makul beklentiler doktrini gereğince sigortacı teminatı, sigortalı nezdinde oluşturduğu intiba uyarınca genişletmek zorundadır.

2. Sigorta poliçesinin düzen ve tertibinin sigortalının kafa karışıklığı yaşamasına neden olduğu “yapısal adaletsizlik” (*structural unfairness*).

Wisconsin Yüksek Mahkemesi tarafından görülen *Gross v. Lloyds of London Insurance Co.* davasında bir sigortalı hava aracı sorumluluk sigortası için yenileme başvurusu yapmıştır. Bu yenileme başvurusu şarta bağlı geçici poliçe (*binder*) şeklindedir.³⁶ Sigortacı henüz asıl poliçeyi düzenlemeden önce, sigortalının boş olan uçağı kontrolden çıkmış ve bir seyircinin ağır bedensel yaralanmasına neden olmuştur. Mağdur taraf uzlaşmayı reddederek sigortalı ve sigortacı aleyhine dava açmıştır. Sigortacı, poliçede yer alan “uzlaşmaya açık” (*tendered*

³⁵ Seno, s.867.

³⁶ Geçici sigorta için bkz. Şenocak, Kemal (2003) “Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence)”, BATİDER, C:XXII, S:1, s.51-76.

for settlements) hükmü gereğince poliçe limitini ödemek ve sigortalıyı savunma yükümlülüğünden³⁷ kurtulmak istemiştir.

Bu arada, sigortalıya poliçede yer alan “uzlaşmaya açık” hükmü olup olmadığına ilişkin herhangi bir bildirim yapılmamıştır. Esas poliçede uzlaşmaya açık hükmü bulunmasına rağmen, sigortacı poliçeyi kazadan dört gün sonra düzenlemiştir. Ayrıca, geçici poliçede “uzlaşmaya açık” hükmü de yer almamaktadır. Dolayısıyla mahkeme, “uzlaşmaya açık” hükmünün uygulanabilir olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır.

Mahkeme ilk olarak, sigortacının sigortalıyı savunma yükümlülüğü gibi bir yükümlülüğü kapsayan bir dilin yorumu yapılırken, mahkemelerin sigortalının makul beklentilerine bakması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, sigortacının esas poliçede yeni “uzlaşmaya açık” ifadesini vurgulamadığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre sigortalıların makul beklentisi, sigorta sektörünün 1966’dan beri kullandığı poliçe dilinin, özellikle kendilerine bir değişiklik bildirilmedikçe yeni poliçelerde de yer alması yönündedir. Ayrıca mahkeme, “geçici poliçe, sigortacının savunma yükümlülüğü konusunda sessiz kaldığı için, bir sigortalının makul beklentisinin, standart sigorta endüstrisi uygulamasının uygulanacağı yönünde olacağını” kaydetmiştir. Sonuç olarak mahkeme, sigortacının poliçe limitlerine eşit bir uzlaşma teklif etmesine rağmen sigortalıyı savunmakla yükümlü olduğuna karar vermiştir.³⁸ Bu davada görülen durum, makul beklentiler doktrininin yapısal adaletsizliği önleme işlevine yöneliktir.

3. Standart biçimdeki sigorta poliçelerinin özgün bir poliçe sahibine uygulandığında haksız teminat kısıtlamalarına neden olduğu “durumsal adaletsizlik” (*situational unfairness*).

ABD’nin New Hampshire Eyaleti Yüksek Mahkemesi’nin *Atwood v. Hartford Accident Indemnity Co.* davasındaki kararı, makul beklentiler doktrininin

³⁷ Bu hususun Türk hukukundaki karşılığı TTK 1476’da düzenlenen “sigortacının yardımları”dır.

³⁸ Kararı aktaran **Seno**, s.874-876.

"adillik" yaklaşımına örnek olarak gösterilebilir³⁹: Atwood davasında serbest meslek sahibi bir elektrikçi, bir apartmandaki termostatı tamir etmiştir. Elektrikçinin tamirinden sonra, bir çocuk ısıya bağlı komplikasyonlardan dolayı vefat etmiştir. Elektrikçinin sigortacısı, elektrikçiyi savunmayı reddetmiş ve kendisine karşı öne sürülen hiçbir zararı tazmin etmemiştir. Sigortacı, "tamamlanmış" işlemlerin teminat kapsamı dışında tutulacağı kuralının işletildiğini ve elektrikçinin sigorta korumasının kapsamını geçersiz kıldığını iddia etmiştir.

İlk derece mahkemesi, elektrikçi pozisyonundaki makul bir kişinin, elektrikçi olarak yaptığı işlerde ihmali nedeniyle kendisine yöneltilen herhangi bir tazminat isteminin poliçe kapsamında olduğuna inanacağını kaydetmiştir. Ayrıca mahkeme, poliçenin dilini ve yapısını incelemiş ve bu poliçenin dilinde ve düzenlemesinde, sıradan bir kişinin, iş tamamlandıktan sonra meydana gelen yaralanma veya mal hasarlarının teminat kapsamında olmadığına inanmasına neden olacak herhangi bir şey bulunmadığına kanaat getirmiştir.

New Hampshire Eyaleti Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bu analizine katılmıştır. Ayrıca mahkeme, sigorta acentesinin inançlarına da itimat etmiştir. Mahkeme, yirmi yıllık deneyime sahip bir sigorta acentesinin bile, elektrikçinin tamamlanan işlemler bakımından sigorta kapsamında olduğunu düşünüyorsa, sigorta poliçelerini okuma deneyimi olmayan elektrikçinin sigorta kapsamına girmediğini bilmesini beklemenin makul olmadığı görüşündedir. Kanımızca bu olay, makul beklentiler doktrinine adillik yaklaşımının önlemeye çalıştığı durumsal adaletsizlik durumuna bir örnektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki makul beklentiler doktrininin adillik yaklaşımı da eleştirilmiştir. Bu yaklaşıma yönelik başlıca eleştiriler, poliçe dilinin yargı eliyle tahrifi, sigorta sözleşmesi dilinin dikkate alınmaması sonucunu doğurması ve artan prim maliyetleridir.⁴⁰

³⁹ Kararı aktaran **Seno**, s.867-869.

⁴⁰ **Seno**, s.869.

C. SİGORTANIN AMACINI GERÇEKLEŞTİRME YAKLAŞIMI (PROMOTING THE PURPOSE OF INSURANCE) VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MENFAATLERİNİN KORUNMASI YAKLAŞIMI (PROTECTION OF THIRD-PARTY INTERESTS)

Nadir de olsa, mahkemeler sigortanın amacını gerçekleştirebilmek için makul beklentiler doktrinini uygular. Bazı durumlarda mahkemeler, yazılı poliçe dilinin katı bir şekilde uygulanmasının sigorta işleminin altında yatan amacın içini boşaltacağına farkındadır.⁴¹ Bu nedenle makul beklentiler doktrinine başvurumaktadırlar.

Yine son derece nadir durumlarda, mahkemeler üçüncü kişilerin çıkarlarını korumak için makul beklentiler doktrinini uygular. Sigorta teminatının kapsamı; aile üyeleri, çalışanlar ve sigortalının mağdur ettiği kimseler gibi üçüncü kişileri etkilediğinden, üçüncü kişilerin sigorta poliçelerinin nasıl yorumlandığı ve çözümlendiği konusunda bir çıkarı vardır.⁴² Bu doğrultuda mahkemeler, makul beklentiler doktrinine başvurarak bu menfaati korurlar.

IV. DOKTRİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Doktrinin kökeni olan ABD’de birçok yargı mercii bu ilkeyi benimsemiş ve ilkenin sınırlarını çizerek uygulamasını bir doktrin haline getirme sürecini başlatmıştır. Bununla birlikte, ABD’de birçok mahkeme doktrini hâlâ açık poliçe dilinin yeniden yazılması için bir araç olarak görmekte ve bu nedenle doktrini uygulamayı reddetmektedir.⁴³

Doktrine yönelik bir diğer eleştiri de yargıya yardımcı olmak için gerekli olan yönergelerin bulunmamasıdır. Doktrinin kurucusu Keeton, “*başvuru sahiplerinin ve atanmış lehtarların sigorta sözleşmelerinin koşullarına ilişkin objektif olarak makul beklentileri -poliçe hükümlerinin özenli bir şekilde incelenmesi bu beklentileri boşa çıkarmış olsa bile- yerine getirilecektir.*” şeklinde formüle

⁴¹ Seno, s.869.

⁴² Seno, s.871.

⁴³ Seno, s.864.

etmiş olsa da doktrinin uygulanması için gereken kriterleri belirtmemiştir. Gerçekten de Keeton objektif bir standart formüle ettiğini iddia etmiş olsa bile, sigortalının “nesnel olarak makul beklentilerini” belirlemek için sunduğu tek faktör, poliçenin ortalama bir sigortalı tarafından incelenmesidir.⁴⁴ Bu halde ise poliçenin yorumu bireysel olarak belirleneceğinden, bir sigorta şirketinin risklerini bilmesi veya sınırlandırması artık mümkün olmayacaktır.⁴⁵ Bu sebeple “makul beklentilerin” tanımlanmasına yardımcı olabilmek adına diğer birkaç faktör ifade edilmiştir⁴⁶: (1) Sigortacının sözleşmede bir belirsizliği daha açık bir dil kullanarak önleyip önleyemeyeceği, (2) söz konusu terimin poliçede tanımlanıp tanımlanmadığı, (3) bir bütün olarak poliçenin anlamı, (4) acentenin sigortalıya yaptığı beyanlar, (5) sigortalının poliçe kapsamına ilişkin bilgisi ve anlayışı.

Doktrin bazı yargı çevrelerinde yaygınlaşmasına rağmen, doktrini çevreleyen tartışmalar diğer yargı çevrelerinin onu kabul etmesini engellemiştir. Örneğin, Florida Yüksek Mahkemesi, *Deni Associates of Florida, Inc., v. State Farm Fire & Casualty Insurance Co.* davasında şu gerekçeyle doktrini uygulamayı reddetmiştir: Poliçe hükümleri belirsiz ise doktrini uygulamaya gerek yoktur, çünkü Florida’da belirsizlikler sigortacı aleyhine yorumlanmaktadır.⁴⁷ Diğer yandan onlara göre doktrini açık bir hükme uygulamak ise sözleşmeyi ve primlerin tahakkuk esasını yeniden yazmak olacaktır.⁴⁸

⁴⁴ **Shinevar, Karen K.** (1980) “A Reasonable Approach to the Doctrine of Reasonable Expectations as Applied to Insurance Contracts”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, C:13, s.617-618. Yine de Keeton’ın, makul beklentileri belirlemek için herhangi bir kılavuz sunmayarak mahkemelere, sigortalının beklentilerini makul gördükleri sürece, sigortacıya karşı iradesini kullanmak için daha büyük bir fırsat sağladığı da söylenmektedir (**Shinevar**, s.618).

⁴⁵ **Fett**, s.1136-1137.

⁴⁶ **Shinevar**, s.621.

⁴⁷ Bu çıkarım, belirsizlik (muğlaklık) yaklaşımının makul beklentiler doktrini kapsamında olmadığını, onun içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesini doğrulamaktadır. Bu konudaki tutarlı eleştiriler için yukarıda bkz. “Poliçe Dilinin Muğlaklığı (Belirsizlik, *Ambiguity*) Yaklaşımı” başlığı.

⁴⁸ **Seno**, s.863.

Konu ile ilgili pozitif düzenleme bulunmayan Türk hukuku bakımından ise, doktrine yöneltilebilecek eleştiri şu ekseninde olabilir: İltihaki sözleşmelerde, sözleşme dili açık olsa bile yorum yapılır mı? *Gerek İsviçre gerek Türk uygulamasında zaman zaman rastlanan bir düşünceye göre “açık” bir sözleşme hükmünün yorumlanmasına yer yoktur (in claris non fit interpretatio). Fakat bu düşünce İsviçre öğretisi tarafından yerinde olarak reddedilmektedir. Bir hüküm ilk bakışta ne kadar açık görülürse görülsün yorum metotları uygulandığı vakit onun sanıldığı kadar “açık” olmadığı ve başka türlü anlaşılmaya elverişli olduğu ortaya çıkabilir. ... Nihayet, açık bir beyana rağmen, bunun başka bir anlama gelebileceği bizzat BK 18/I (şimdiki TBK m. 19) tarafından kabul edildiğine göre, “açık hüküm yorumlanmaz” ilkesi, BK m. 18/I (şimdiki TBK m. 19) hükmü ile de bağdaşmamaktadır.*⁴⁹ Sonuç itibarıyla Türk hukukunda da açık bir poliçe hükmü için makul beklentiler doktrini uygulanabilir.

Öte yandan daha az muğlak bir şekilde ifade edilmesi imkânsız olan hükümleri kaleme alırken gerekli özeni gösteren bir sigortacının, kanımızca sigortacı aleyhine yorum kuralına tabi olmaması gerekir. Aksi halde, sigortacı aleyhine yorum kuralı, kusursuz sorumluluk türü olarak ortaya çıkmış olacaktır. Bu noktada ise önerimiz, mahkemelerin sözleşmeyi hazırlayan sigortacının özen düzeyini göz önüne almasıdır. Basiretli tacir sıfatını haiz sigorta şirketleri kendisinden beklenen özeni göstererek kuralın uygulanmasından kurtulabilmelidir.

SONUÇ

Doktrinde ve TTK'nin madde gerekçelerinde sigorta sözleşmelerinde sigortalı lehine yorumun esas olduğu ifade edilmiş ancak gerekçesine değinilmemiştir. Kanımızca bunun tek açıklaması, bu sözleşmelerin genel işlem koşulu içeren katılmalı (iltihaki) sözleşmelerden olmasıdır. Gerçekten de sigorta sözleşmelerinde sigortacı önceden sözleşmeyi hazırlayıp matbu metinler halinde sigorta ettirene kabul et ya da reddet (*take it or leave it*) şeklinde sunmaktadır. Bu tür

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4'üncü Bası'dan 7'nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.335-336.

sözleşmelerin muğlak olmaları durumunda uygulanacak yorum kuralı ise düzenleyen (sigortacı) aleyhine yorumlanmalıdır.

Yabancı hukuka bakıldığında belirsiz (muğlak) ifadelerin, hemen hemen her zaman sigorta sözleşmesinin düzenleyicisi konumunda olan sigortacı aleyhine yorumlanacağını öngören “*contra proferentem*” ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke sözleşmeyi kaleme alan aleyhine yorum metodu üzerine kurulmuş olup sigortacının poliçede kullanılan dil üzerinde denetimi olduğu için, belirsizliğin sorumluluğunu da üstlenmesi gerektiği esası benimsenmiştir. Kural böyle olmakla birlikte sigorta sözleşmelerinin sigorta ettirenin katılımıyla hazırlandığı/şekillendirildiği durumlarda bir muğlaklık ortaya çıkması halinde ise sigorta sözleşmesinin tek hazırlayanının sigortalı olup olmadığı dikkate alınmalı ve buna göre *contra proferentem* ilkesi işletilmemelidir. İlkenin işletilmemesi gereken bir diğer hal de kanımızca, daha az muğlak bir şekilde ifade edilmesi imkânsız olan hükümleri kaleme alırken gerekli özenin sigortacı tarafından gösterilmiş olması durumudur. Aksi halde, sigortacı aleyhine yorum kuralı, kusursuz sorumluluk türü olarak ortaya çıkmış olacaktır.

Sigorta sözleşmelerinin *sui generis* özelliği nedeniyle yukarıda anılan sözleşme yorumlama kurallarının geçerli olmadığı bir durum ortaya çıktığında, mahkemeler sigortalı bakımından adil bir sonuca ulaşmak adına genellikle hiçbir belirsizliğin olmadığı hallerde dahi bir belirsizlik bulmaya çalışmıştır. Bu noktada, muğlaklık doktrinini uygulamak için belirsizlikler üretmekten kaçınmanın bir yolu olarak makul beklentiler doktrini ortaya çıkmıştır. Bu doktrine göre, sigortalının sigorta sözleşmelerinin koşullarına ilişkin objektif olarak makul beklentileri -poliçe hükümlerinin özenli bir şekilde incelenmesi bu beklentileri boşa çıkarmış olsa bile- yerine getirilecektir.

Doktrinin uygulandığı haller öğretilerde üç başlık halinde sınıflandırılmıştır. Bunlardan ilki muğlaklık yaklaşımıdır. Bu yaklaşım sigortalı lehine yorum ilkesi ve *contra proferentem* ilkesi ile aralarında bir fark bulunmadığı gerekçesiyle isabetli olarak eleştirilmektedir. Hatta kanımızca bu yaklaşım makul beklentiler doktrininin bir uygulama alanı olarak kabul edilemez. Zira makul beklentiler doktrini belirsizlik yaklaşımı gibi diğer yorumlayıcı ve yapıcı doktrinler geçerli olmadığında ve hâlin gereği sigortalının korunmasına ihtiyaç duyulduğunda uygulanmalıdır.

Doktrinin asıl uygulama alanı bulduğu başlık ise “adil olmayan sonuçlardan kaçınma (adillik)” yaklaşımıdır. Bu yaklaşım; usul adaletsizliğinin, yapısal adaletsizliğin ve durumsal adaletsizliğin ortaya çıktığı durumlarda koruma sağlar. Yaklaşımın temel hedefi: poliçe açıkça kapsam dışı bıraksa da sigorta pazarlamasının, sigortalıda teminat kapsamına girdiği beklentisi oluşturduğu durumlarda sigortalıyı korumak, sigorta poliçesinin düzen ve tertibinin sigortalının kafa karışıklığı yaşamasına neden olduğu durumlarda ise bu durumun yarattığı adaletsizliği bertaraf etmek ve sigorta poliçelerinin özgün bir poliçe sahibine uygulandığında haksız teminat kısıtlamaları getirmesine engel olmaktır.

Doktrinin Türk hukuku bakımından uygulanması için ise kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Nitekim açık hüküm yorumlanamaz ilkesi hukukumuzda kabul edilmemiş ve bir sözleşme dilinin açık olduğu durumlarda da yorumlanabileceği kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Abraham, Kenneth S.** (1996) "A Theory of Insurance Policy Interpretation", Michigan Law Review, C:95, S:3, s.531-569.
- Abraham, Kenneth S.** (1981) "Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring the Reasonable Expectations of the Insured", Virginia Law Review, C:67, S:6, s.1151-1199.
- Bozkurt, Tamer** (2018) Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Cody, Scott** (2009) "Contracts: An Ambiguous Standard for Resolving Ambiguity in Insurance Contracts: The Continuing Uncertainty of Policy Interpretation in Minnesota- Carlson v. Allstate Insurance Co", William Mitchell Law Review, C:36, S:1, s.267-296.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Fett, Laurie Kindel** (1992) "The Reasonable Expectations Doctrine: An Alternative to Bending and Stretching Traditional Tools of Contract Interpretation", William Mitchell Law Review, C:18, S:4, s.1113-1139.
- Garner, Bryan A.** (2009) Black's Law Dictionary, Ninth Edition, Thomson Reuters.
- Hodgin, Ray** (2002) Insurance Law Text and Materials, Second Edition, Portland: Cavendish Publishing.
- Ingram, John Dwight** (1997) "The Insured's Expectations Should be Honored Only if They are Reasonable", William Mitchell Law Review, C:23, S:4, s.814-841.
- Keeton, Robert** (1970) "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions", Harvard Law Review, C:83, S:5, s.961-985.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir** (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4'üncü Bası'dan 7'nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kubilay, Huriye** (1999) Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.
- Liggett, Bradley D.** (2008) "Contra Applicantem or Contra Proferentem Applicatio: The Need for Clarification of the Doctrine of Contra Proferentem in the Context of Insured-Created Ambiguities in Insurance Applications", BYU Law Review, C:2008, S:1, s.211-225.

- Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Schwartz, Dudi** (2008) “Interpretation and Disclosure in Insurance Contracts”, *Loyola Consumer Law Review*, C:21, S:2, s.105-154.
- Seno, David J.** (2002) “The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, C:85, S:3, s.859-886.
- Shinevar, Karen K.** (1980) “A Reasonable Approach to the Doctrine of Reasonable Expectations as Applied to Insurance Contracts”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, C:13, s.603-621.
- Şenocak, Kemal** (2003) “Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence)”, *BATİDER*, C:XXII, S:1, s.51-76.
- Ware, Stephen J.** (1989) “A Critique of the Reasonable Expectations Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, C:56, S:4, s.1461-1493.

İNTERNET HABER SİTELERİNİN BASIN KANUNU VE BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINA EKLENMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI^(*)

Arş. Gör. Dr. Burcu EZER^(**)

ÖZET

Kitle iletişim araçlarında ortaya çıkan teknolojik gelişmeler, gazetecilik ve medya alanında köklü değişikliklere neden olmuştur. İnternet teknolojisiyle birlikte, geleneksel medya ve gazetecilik anlayışı biçim değiştirmiştir. Haberlere ulaşmak yönünden geleneksel gazeteciliğin yerini dijital uygulamalar almaya başlamıştır. Gazetecilik faaliyetleri başta olmak üzere çeşitli amaçlara hizmet eden çok sayıda dijital yayın platformu ortaya çıkmıştır. Medya ve gazetecilik alanında yaşanan bu gelişmeler, Türk basın mevzuatında bir süre kendine karşılık bulamamıştır. Dijital gazetecilik faaliyetleri, özellikle yükümlülük ve sorumluluğa ilişkin kanuni düzenlemelerin kapsamına girmeden; dijital yayın organları kapsamında çalışanlar ise yasal bir koruma altına alınmadan çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Nihayet 18.10.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 7418 sayılı Kanunla, 5187 sayılı Basın Kanununa ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna (Basın İş Kanununa) internet haber sitelerine ilişkin çeşitli hükümler eklenmiştir. Böylelikle öngörülen koşulları yerine getiren internet haber siteleri Basın Kanunu kapsamına; internet haber sitelerinde fikir ve sanat işlerinde çalışan kimseler ise Basın İş Kanununun kapsamına alınmıştır. Bu çalışmada, Basın Kanununa eklenen internet haber sitelerine ilişkin düzenlemeleri incelemek, Basın İş Kanununa eklenen “internet haber siteleri” ibaresinin kapsamına aldığı işyerleri ve gazetecilerin kimler olduğunu tespit etmek; devamlı, ilgili değişikliklerin güncel gelişmeler ışığında ihtiyaçları karşılamakta yeterli olup olmadığı hususunu incelemek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Basın Kanunu, Basın İş Kanunu, İnternet Haber Siteleri, İnternet Gazeteciliği, Dijital Medya.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1270300 - Geliş Tarihi: 24.03.2023 - Kabul Tarihi: 21.06.2023.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir-Türkiye,

E-posta: burcuez@anadolu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4376-656X>.

TERMS AND CONSEQUENCES OF INTERNET NEWS SITES INCLUSION IN THE SCOPE OF THE PRESS ACT AND PRESS LABOUR ACT

ABSTRACT

Technological developments in the mass media have caused radical changes in journalism and media. With internet technology, the understanding of conventional media and journalism has changed. In terms of reaching the news, digital applications have replaced conventional journalism. Many digital broadcasting platforms have emerged that serve various purposes, especially journalism operations. These developments in media and journalism did not find a response in the Turkish press legislation for a while. Digital journalism activities were not within the scope of legal regulations, especially regarding liability and responsibility. Digital journal workers were working without legal protection. Finally, with Act No. 7418 published in the Official Gazette dated 10/18/2022, various provisions regarding internet news sites were added to the Press Act No. 5187 and the Press Labour Act No. 5953. Thus, internet news sites that fulfil the stipulated conditions are included within the scope of the Press Act, and those who work in intellectual and artistic works on internet news sites are also included in the scope of the Press Labour Act. This study aims to examine the regulations regarding internet news sites added to the Press Law, to determine which workplaces and journalists are included in the scope of the phrase "internet news sites" added to the Press Labour Act, and to examine whether this change in Press Labour Act is sufficient to meet the needs in light of current developments.

Keywords

Press Act, Press Labour Act, Internet News Sites, Internet Journalism, Digital Media.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yenilikler birçok alanda etkisini göstermiştir. Gerek kişilerarası iletişimin gerekse kitle iletişiminin bir türü olan internet, insanlar arasındaki iletişimi ve etkileşimi farklı bir boyuta taşımıştır.¹ İnternet teknolojisi, geleneksel gazetecilik anlayışının ve gazetecilik pratiklerinin dönüşmesini ve gazeteci tanımının değişmesini sağlamıştır.² İnternet yoluyla, sosyal medya ya da dijital platformlar aracılığıyla gerçekleştirilen gazetecilik faaliyetleri (alternatif gazetecilik pratikleri) yaygınlaşmış; bir medya kuruluşuna, ajansa veya gazeteye bağlı olmadan (*freelance*) gazetecilik yapanların (serbest gazetecilerin) sayısında artış yaşanmıştır.

En genel ifadeyle “*gazeteciliğim haber toplama tekniklerinin kullanılması yoluyla haber ve bilginin (enformasyonun) yazılı, görsel ve işitsel şekilde internet aracılığıyla erişilebilir kılınması ve topluma ulaştırılması*” şeklinde tanımlanabilen³ internet gazeteciliği (internet haberciliği/çevrimiçi gazetecilik/yeni medya gazeteciliği/dijital gazetecilik), günümüzde yeni bir gazetecilik türü olarak kabul edilmektedir. Yazılı basına göre daha az maliyetli ve kitlelere ulaşımı daha kolay olan internet gazeteciliği, Türkiye’de 1990’lı yılların ortalarında, süreli yayınların içeriklerini ve arşivlerini internete taşımaya başlamaları ile ortaya çıkmıştır.⁴ 2000’li yıllarda yaşanan ekonomik krizle birlikte çoğu süreli yayının kapanması sonrasında ise işsiz kalan gazetecilerin internet mecrasına yönelmesi, yalnızca

¹ **İnce, Mustafa** (2018) Haber Edinme Aracı Olarak İnternet ve İnternet Haberciliği, Konya, Eğitim Yayınevi, s.9.

² **Özkan Kutlu, Tezcan** (2018) Yeni İletişim Teknolojileri Bağlamında Yeni Gazeteci Kimliği, Ankara, Gece Akademi, s.135 vd.; **Koçer, Serdar** (2019) “Gazetecilik Pratikleri ve Basın İş Hukuku” (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.2, 25.

³ **Kılıç, Seyfi** (2019) İnternetin Ekonomi Politikası ve Türkiye’de İnternet Gazeteciliği, Ankara, Nobel Yayıncılık, s.159; **Koçer, s.28; Çetinkaya, Aysel** (2018) İçerik Üretiminden Reklama Çevrimiçi Gazetecilik, Ankara, Nobel Yayıncılık, s.106.

⁴ **Kalsın, Berrin** (2016) “Geçmişten Geleceğe İnternet Gazeteciliği: Türkiye Örneği”, International Journal of Social Science, S:42, s.77-78; **İnce, s.33-34; Dolgunyürek, Döndü Özlem** (2018) “Gazeteciliğin Yeni Boyutu: İnternet Gazeteciliği” (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.142.

internet üzerinden yayın yapan gazetelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.⁵ Buna göre Türkiye'deki internet gazeteciliğinin iki koldan gelişme gösterdiğinden söz etmek mümkündür: Yazılı basında faaliyet gösteren gazetelerin internette de yayınlanmaya başlaması ve doğrudan internette faaliyet gösteren gazetelerin (internet haber sitelerinin) ortaya çıkması.⁶

İnternet haberciliğinde tüm bu gelişmeler yaşanırken, mevzuat yönünden gerekli değişiklikler aynı hızda gerçekleşmemiştir. Gazetecilik ve habercilik faaliyetlerinin dijitalleşmeyle birlikte boyut değiştirmesine rağmen, Basın Kanunları yeni nesil gazetecilik uygulamalarını kapsamak konusunda yetersiz kalmıştır.⁷ Yürürlükteki temel metinler olan 5187 sayılı Basın Kanunu⁸ 2004 tarihli, 5953 sayılı Basın İş Kanunu⁹ ise 1952 tarihli metinlerdir. Her ne kadar günümüze değin Basın Kanunu ve Basın İş Kanunu başta olmak üzere konuya ilişkin mevzuat metinlerinde çeşitli değişikliklere gidilse de bu konuda önemli bir başarı yakalanamamıştır. Özellikle internet siteleri yönünden cezai sorumluluk ağırlıklı olmak üzere bazı yasal gelişmeler yaşansa da internet haber sitelerinin doğrudan mevzuat metnine eklenmesi mümkün olamamıştır.

Bu nedenle 2010'lu yıllarda sayıları hızla artan internet haber siteleri yönünden yasal boşluklar ortaya çıkmış; denetimin olmamasının yarattığı güçlüklerle beraber basılı süreli yayınlar ile internette yayın yapan süreli yayınlar arasında eşitsiz uygulamalar baş göstermiştir. Tüm bu gelişmeler, internet haber siteleri yönünden hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Mevzuatın bu yöndeki eksikliklerini gidermek ve mevzuatta gerekli değişiklikleri yapmak adına düzenlenen "Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" taslağı, 12.03.2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet

⁵ **İnce**, s.35; **Kalsın**, s.78; **Çakır**, **Hamza** (2007) "Geleneksel Gazetecilik Karşısında İnternet Gazeteciliği", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:22, s.126.

⁶ **Kalsın**, s.77; **Kılıç**, s.167; **Çetinkaya**, s.106-107; **Çakır**, s.138-139.

⁷ Konuya ilişkin bkz. **Şahin**, **Muzaffer/Avşar**, **Zakir** (2016) "Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları", Sosyal Güvenlik Dergisi, C:6, S:2, s.121 vd.

⁸ R.G. T. 26.6.2004, S. 25504.

⁹ R.G. T. 20.6.1952, S. 8140.

Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu Başkanlığına sunulmuştur. On altı maddeden oluşan bu kanun tasarısında; 5187 sayılı Basın Kanununun kapsamına internet haber sitelerinin eklenmesi, internet haber sitelerinin süreli yayın olarak kabul edilmesi, internet haber sitelerinde bulunması gereken zorunlu bilgilerin tespiti ve internet haber sitelerine ilişkin diğer hususların eklenmesi; Basın İş Kanununa ise internet haber siteleri ibaresinin eklenmesi amaçlanmıştır.¹⁰ Ancak söz konusu yasa tasarısı kanunlaşmamıştır.

26.05.2022 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığına sunulan ve basın mevzuatına ilişkin çeşitli konularda düzenlemeler içeren “Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” ise Resmî Gazete’de yayımlanarak yasalaşmıştır.¹¹ Böylelikle 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı bu Kanunla, internet haber siteleri de ilgili kanun metinlerine eklenmiş; internet haber siteleri için internet sitelerinden ayrı bir hukuki rejim yaratılmıştır. Önceki tasarıyla kıyasla daha uzun olan ve kırk maddeden oluşan bu Kanunda, internet haber sitelerine ilişkin düzenlemelerin yanı sıra çok sayıda farklı hususa yer verilmiştir. Kanunun düzenlediği hususlar arasında 5187 sayılı Basın Kanununa ve diğer ilgili mevzuat metinlerine internet haber sitelerine ilişkin çeşitli düzenlemelerin eklenmesi, basın kartına ilişkin yeni düzenlemelerin kabul edilmesi, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun ceza kanunlarına eklenmesi, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda ve diğer ilgili mevzuat metinlerinde sosyal ağ sağlayıcılarının sorumluluklarının düzenlenmesi vb. gibi konuları saymak mümkündür.

Bu çalışma esas itibariyle iki temel bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk kısmında internet haber siteleri, Basın Kanununa ve diğer ilgili mevzuata eklenen düzenlemeler doğrultusunda ele alınmış; internet haber siteleri için oluşturulan hukuki rejimin detayları konu edinilmiştir. Çalışmanın ikinci kısmında ise

¹⁰ Kanun tasarısı taslağı için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0893.pdf>> s.e.t. 22.12.2022. Taslağın değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Taneri, Esin/Turan, Yağmur** (2015) “Specific Regulations on the News Websites and Legal Issues Thereof”, GSI Articleletter, Part 12, s.159-176. <https://www.goksusafisik.av.tr/Articleletter/2015_Summer/GSI_Articleletter_2015_Summer_Article12.pdf> s.e.t. 22.12.2022.

¹¹ R.G.T. 18.10.2022, S. 31987.

internet haber siteleri Basın İş Kanununun kapsamı yönünden değerlendirilmiş ve internet haber sitelerinde çalışanların Basın İş Kanununa tabi olma koşulları inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda ayrıca, internet haber siteleri hakkında getirilen düzenlemelerin, güncel gelişmeler ışığında ihtiyaçları karşılamak konusunda yeterli olup olmadığı hususu incelenmiştir.

I. BASIN KANUNUNA EKLENEN İNTERNET HABER SİTELERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ESASLARI

7418 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Basın Kanununun basılmış eserlerin basımı ve yayımı dışında, internet haber sitelerini de kapsayacağı düzenlenmiştir (BK m.1/1). Basın Kanununa internet haber siteleri ile ilgili eklenen düzenlemelerin esaslarına aşağıda yer verilmiştir.

A. SÜRELİ YAYIN TÜRÜ OLARAK İNTERNET HABER SİTESİNİN TANIMI VE KAPSAMI

5187 sayılı Basın Kanununda internet haber sitesi “*internet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayın*” şeklinde tanımlanmıştır. (BK m.2/1-m). Bu düzenlemeyle birlikte internet haber sitesi kavramı ve tanımı, ilk defa bir mevzuat metnine girmiştir. Resmî İlan ve Reklam Yönetmeliğinin 4/1-1 maddesinde de internet haber sitesi tanımlanmıştır. Buna göre, “*Yönetim yeri Türkiye sınırları içerisinde bulunan, internet ortamında haber ve yorum niteliğinde içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan, içeriğini muhtelif çoklu medya kullanarak yayımlayan, vasıf ve ödevleri Genel Kurulca belirlenen, resmî ilan ve reklam yayımıyla alakalı internet haber sitelerini*” ifade eder.

İnternet haber sitesi ayrıca, süreli yayın tanımına eklenen ibare doğrultusunda, süreli yayın (belirli aralıklarla yayımlanan yayın) türü olarak kabul edilmiştir (BK m.2/-c).¹² Böylelikle gerek Basın Kanununda gerekse ilgili diğer mevzuat metinlerinde doğrudan internet haber sitesine atıfta bulunulmayan ancak

¹² Bu düzenlemeyle birlikte internet haber sitelerinin de süreli yayınların kapsamına alındığı yönünde **Özkepir, Ramazan/Kocaman, Salih Zeki/Kart, Erkal Hilmi** (2022) Sosyal Medya ve Basın Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.113, 181.

sürelî yayınlara ilişkin hususlar içeren düzenlemeler de niteliği uygun düştüğü ölçüde internet haber siteleri yönünden uygulanabilir hale gelmiştir.

Kanunda yer alan internet haber siteleri tanımı incelendiği zaman, internet haber sitesinin unsurlarını;

- İnternet ortamında yayın yapma,
- Belirli aralıklarla yayınlanma (sürelî yayın niteliği taşıma),
- Haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel ya da işitsel içerik sunumu yapma,
- Haber veya yorum niteliğinde içerik sunumu yapmak üzere işletiliyor olma şeklinde sıralamak mümkündür.

İnternet haber sitesinin *ilk unsuru*, internet ortamında yayın yapmaktır. Yayın faaliyeti Basın Kanununda “*basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*” şeklinde tanımlanmıştır (BK m.2/1-b). İnternet haber siteleri yönünden ise kamuya sunulma faaliyetinin “internet ortamı yoluyla” gerçekleşmesi kabul edilmiştir. 7418 sayılı Kanunun diğer hükümlerinde veya Basın Kanununda ise internet ortamı ile ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2014 tarihli kadük yasa tasarısında yer alan internet haber sitesi tanımında¹³, “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda tanımlanan internet ortamında yayın yapma” gibi bir ifade kullanılsa da yasalaşan metinde 5651 sayılı Kanunda yer alan internet ortamı tanımına atıf yapılmamış ve yalnızca “internet ortamında yayın yapma” ifadesine yer verilmiştir.

Her ne kadar tanımda açıkça atıf yapılmasa da internet ortamı ile kastedilene ne olduğunun tespitinde 5651 sayılı Kanunda yer alan tanımdan yararlan-

¹³ İlgili tasarıda yer alan tanımın tam hali şöyledir: “İnternet haber sitesi: 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde tanımlanan internet ortamında, haber ya da yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapan sürelî yayını,”.

mak mümkündür. İlgili düzenlemede internet ortamı “haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam” şeklinde tanımlanmıştır (5651 s. K. m.2/1-g).¹⁴ İnternet ortamında yapılan yayınlar ise “internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler” şeklinde ifade edilmiştir (5651 s. K. m.2/1-ğ).

İnternet ortamında yayın yapan haber sitelerine Türkiye’den çok sayıda örnek vermek mümkündür. Örneğin; *Bianet* (1997), *Ensonhaber* (2006), *T24* (2009), *Haber7*, *Diken* (2014), *Gazete Duvar* (2016), *Sputnik Türkiye* (2014), *ODA TV* ve *İnternet Haber* yalnızca internet ortamında yayın yapan internet haber sitelerine örnek gösterilebilir. Bunun dışında, geçmişte basılı olarak yayımlanan bazı süreli yayınlar da günümüzde faaliyetlerini yalnızca internet yoluyla sürdürmektedirler. Bu internet haber sitelerine *Sol Haber* (2014 itibariyle), *Habertürk* (2018 itibariyle), *Vatan* (2018 itibariyle), *Star* (2019 itibariyle), *Güneş* (2019 itibariyle), *Ortadoğu* (2020 itibariyle), *Şok* (2022 itibariyle), *Yeniçağ* (2022 itibariyle), *Dünya* (2022 itibariyle) örneklerini vermek mümkündür.

Öte yandan internet ortamında yayın yapma koşulu, münhasıran internet ortamında yayın yapmak şeklinde anlaşılmaz. Nitekim günümüzde basılı olarak yayımlanan süreli yayınların hemen hemen büyük bir kısmı, internet ortamında da ayrıca yayın yapmaktadır. Üstelik gün içerisindeki gelişmeleri daha yakından takip edebilmek ve haber sitesini güncel tutmak için, birçok gazetenin basılı versiyonundan ayrı olarak internet sitesi için de bir editöryal kadrosu bulunmaktadır.¹⁵ Bu yayın organlarının internet ortamındaki faaliyetlerini de internet haber sitesi kapsamında saymak mümkündür. Günümüzde *Hürriyet*, *Milliyet*, *Cumhuriyet*, *Sabah*, *Sözcü*, *Posta*, *Akşam*, *Türkiye*, *Yeni Şafak*, *Yeni Akit*, *Fanatik*, *Fotomaç* gibi gazetelerin hemen hepsi, aynı isimlerle internet sitelerine sahiptir. Benzer şekilde, *Altyazı*, *Milliyet Sanat*, *Socrates*, *Poplar Science Türkiye*,

¹⁴ Aynı yönde tanımlara İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte (m.3/1-I) ve Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelikte (m.4/1-h) de yer verilmiştir.

¹⁵ **Özkan Kutlu**, s.123.

Herkese Bilim Teknoloji, Vogue Türkiye, Alem, Elele gibi süreli yayınlar da yine aynı isimlerle internet sitelerine sahiptir.

Televizyon haber kanalları yönünden de aynı uygulamadan söz etmek mümkündür. *A Haber, Haber Global, Haber7, Haber Türk, Halk TV, Tele1, Ulusal Kanal, CNN Türk, BBC Türkçe, NTV* gibi TV haber kanalları, haber faaliyetlerini aynı zamanda internet siteleri aracılığıyla da yerine getirmektedirler. Buna göre ilgili örneklerde yer alan basılı süreli yayınların ve TV haber kanallarının internet sitelerini, basılı yayınlardan/TV haber kanalından ayrı birer süreli yayın kabul etmek ve bunları internet haber sitesi rejimine tabi tutmak mümkündür.

Görüldüğü üzere internet ortamında yayın yapma faaliyeti, farklı aktörlerce yerine getirilmektedir. Buna göre basılı gazetelerin ve dergilerin internet sitelerini, yalnızca internet ortamında yayın yapan haber sitelerini, TV haber kanallarının internet sitelerini, internet ortamında yayın yapan radyo yayınlarını, internet ortamında isteğe bağlı haber yayını yapan internet sitelerini, internet haber ajanslarını “internet ortamında yayın yapma” ölçütü uyarınca bu kapsamda saymak mümkündür.¹⁶

İnternet haber sitesinin *ikinci unsuru*, belirli aralıklarla yayın yapma, diğer bir anlatımla süreklilik niteliği taşımadır. Süreklilik ile kast edilen, mutlak bir devamlılık olmayıp yayının dönemseliği, periyodik olmasıdır. Buna göre uzun olsa da belirli zaman aralıkları (günlük, haftalık, aylık vb.) ile tekrarlanarak çıkarılan yayınlar süreklilik niteliğini taşır.¹⁷ Ancak arızı nitelik taşıyan, süreklilik arz

¹⁶ *Dolgunyürek* ise, günümüzde internet gazeteciliğinin “ülkedeki mevcut yaygın, bölgesel ve yerel gazetelerin basılı formunun internet ortamına uyarlanması ile yapılan internet gazeteciliği”, “sosyal medya ağları üzerinden yapılan internet gazeteciliği”, “kendi içeriklerini kendilerine özgü bir şekilde üreten amatör veya profesyonel kişilerin bloglar vasıtasıyla yaptıkları internet gazeteciliği” ve “üretilen haber içeriklerinin sadece internet üzerinden yayınlanması ile yapılan internet gazeteciliği” olmak üzere dört şekilde yapılmakta olduğunu belirtmiştir. *Dolgunyürek*, s.144.

¹⁷ **İçel, Kayıhan** (2021) *Kitle İletişim Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.180; **Sarmışık, Jale** (2022) *Kitle İletişim Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.71; **Yıldız, Sevil** (2021) *Medya ve Hukuk*, 5. Baskı, Ankara, Nobel Yayınevi, s.71.

etmeyen yayınlar bu kapsamda değerlendirilmez. Türk hukukunda belirli aralıklarla yapılan ve süreklilik niteliğini taşıyan yayınlar, değinildiği üzere “sürelî yayın” olarak kategorize edilmektedir (BK m. 2/1-c). Buna göre kanunkoyucu, internet haber sitesinin de sürelî yayın niteliğine sahip olmasını aramıştır.

İnternet haber sitesinin *üçüncü unsuru*, haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel ya da işitsel içerik sunumu yapmaktır. İnternet haber siteleri genellikle anlaşmalı oldukları haber ajanslarından veya diğer medya kuruluşlarından derledikleri haberleri sitelerinde yer vererek veya kendi yaptıkları haberleri yayınlama şeklinde faaliyetlerini sürdürmektedir. Kimi haber siteleri genel okuyucuya hitap ederken kimi haber siteleri ise belirli bir grup odaklı (kadınlar, engelliler, devlet memurları, mühendisler vb.), tema odaklı (ekonomi, iş dünyası, sektör, politika, spor, edebiyat, TV programları, teknoloji vb.) ya da bölgesel veya şehir odaklı yerel habercilik faaliyeti yapmaktadır.

Öte yandan haber sunumu ile kast edilen faaliyetleri yalnızca gündem veya politika haberciliği ile sınırlı bir biçimde yorumlamamak gerekir. İnternet ortamında belirli aralıklarla yapılan magazin haberciliği (örneğin, *Televizyon Gazetesi*, *Uçan Kuş*, *Gece*), kültür ve sanat haberciliği (örneğin *Edebiyat Haber*, *Kayıp Rıhtım*, *Bant Mag*), ekonomi haberciliği (örneğin, *Dünya*, *Bloomberg*), spor haberciliği (örneğin, *Sporx*, *Ajansspor*, *Fotospor*), bilim ve teknoloji haberciliği (örneğin, *Gerçek Bilim*, *Bilim ve Gelecek*), sağlık haberciliği, hukuk, hava durumu, eğitim, çevre, iklim değişikliği ve yol haberciliği gibi tematik habercilik faaliyetleri de bu kapsamdadır.¹⁸

Üçüncü unsur kapsamında kanunkoyucu, yorum niteliğinde içerik sunan bir internet sitesinin de belirli aralıklarla yayın yapmak koşuluyla internet haber sitesi olarak kabul edileceğini düzenlemiştir. Nitekim teknolojik gelişmelerle birlikte haber ile yorum arasındaki sınırlar oldukça belirsizleşmiş ve yorum haberin olmazsa olmaz bileşenlerinden biri haline gelmiştir.¹⁹ Ancak “yorum niteliğinde içerik” ile kast edilenin ne olduğu konusunda bir düzenlemeye kanununun

¹⁸ Dolgunyürek, s.108 vd.

¹⁹ Dolgunyürek, s.195.

diğer hükümlerinde yer verilmemiştir. Kanımızca yorum niteliğinde içerik kavramını, habercilik faaliyeti kapsamında ele almak ve yorum içerikleri ile amaçlananın kitle iletişim organı ile bilgi vermek olup olmadığı ayrımını yapmak gerekir. Nitekim internet haber sitesinin diğer internet sitelerinden farkı, içeriğin oluşturulmasında habercilik yöntemlerinin kullanılmasıdır.²⁰ Aksi takdirde internet haber sitesi kavramının kapsamı, amaçlananın ötesinde genişletilmiş olur. Örneğin *Onedio.com*, *WebTekno* gibi internet sitelerinde²¹, haber içerikleri ile yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu bir arada görmek mümkündür. Mizansen ve ironik haberlerin yer aldığı *Zaytung* internet sitesinde de gündeme ilişkin gerçek haberlerin yorum niteliğinde içerik sunumu yoluyla ele alındığından söz etmek mümkündür. Kültür ve sanat alanında faaliyet gösteren; yeni çıkan görsel, işitsel veya yazılı sanat eserlerine (albüm, şarkı, kitap, film vb.) ilişkin yorum nitelikli içeriklerinin yer aldığı internet sitelerini de yorum niteliğinde içerik sunumu yapan internet haber siteleri kapsamında ele almak mümkündür. *Sinefil*, *Ranini.tv*, *Bant Mag* ve *Kayıp Rıhtım* ağırlıklı olarak yorum niteliğinde içerik sunumu yapan internet haber sitelerine örnek verilebilir.

Üçüncü unsur kapsamında değinilecek bir diğer husus, habercilik ve yorum faaliyetlerinin yazılı olarak yapılmasının şart olmadığına ilişkindir. Nitekim internet medyası yalnızca internet gazeteciliğinden ibaret olmayıp internet televizyonculuğu, internet radyoculuğu ve sosyal medya da bu kapsamda değerlendirilmektedir.²² Buna göre yazılı faaliyetlerin yanı sıra görsel ve/veya işitsel içerik sunumunun ya da birden fazla yönetime dayanan içerik sunumunun varlığında da diğer koşulların varlığı halinde internet haber sitesinden söz edilebilecektir. Örneğin video haberciliği veya audio formatlı habercilikte durum böyledir. Bunun yanı sıra, diğer koşulların varlığı halinde radyo haberciliği ve internet televizyonu haberciliğinden de söz edilebilecektir.

²⁰ Sarmaşık, s.212.

²¹ Bu tür farklı içeriklerden oluşan internet sitelerine Türkiye dışından örnekler için bkz. *Buzz-Feed* ve *Vox*.

²² İnce, s.35.

Bu noktada, sosyal medya aracılığıyla gerçekleştirilen habercilik faaliyetlerinin Basın Kanununda yer alan internet haber sitesi kapsamındaki habercilik faaliyetlerinden olup olmadığı hususuna da değinmek gerekir. Nitekim günümüzde sosyal medya ve sosyal paylaşım siteleri, medya kurumlarının yalnızca içeriklerini daha fazla kişiye ulaştırmak adına paylaşım yaptıkları bir mecra olmaktan çıkmış; doğrudan içerik üretilen bir yer haline almıştır. *Youtube, twitter, periscope, medyascope, facebook, tiktok, instagram, linkedln* gibi sosyal paylaşım sitelerinde yapılan habercilik faaliyetlerini buna örnek göstermek mümkündür. Öte yandan her ne kadar sosyal medya haberciliği günümüzde yaygın bir uygulama haline almış olsa da bu tür habercilik faaliyetlerini internet haber sitelerinde yapılan habercilikten ayırmak gerekir. Nitekim burada habercilik faaliyetini yapan kişi veya kurumlar, ilgili sosyal paylaşım sitesinde bir tür profil vasıtasıyla içerik üretmekte ve habercilik yapmaktadırlar. İlgili sosyal paylaşım sitesinin haber niteliğinde içerik sunumu yapmak üzere işletiliyor olma gibi bir vasfı bulunmamaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.5 uyarınca bu tür bir sosyal paylaşım sitesini *yer sağlayıcı* olarak kabul etmek gerekir. Buna göre sosyal paylaşım siteleri, kitle iletişim araçlarından olsalar da internet haber sitesi niteliği taşımazlar. Bu sebeple bu tür mecralarda yapılan habercilik faaliyetleri de *Basın Kanunu kapsamında* internet haberciliği niteliği taşımaz. Ancak yapılacak bir kanun değişikliği ile bu tür sosyal paylaşım platformlarındaki habercilik faaliyetlerini de 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m.23 kapsamına almak mümkün olabilir.²³

İnternet haber sitesinin *dördüncü unsurunda* internet haber sitesinin haber içeriği sunumu yapmak üzere işletilmesinden söz edilmiştir. Diğer bir anlatımla,

²³ “Günümüzde kendi youtube kanalında tek başına gazetecilik faaliyetini yürüten gazetecilerin yanı sıra, yayın içeriklerini hazırlamak için yanında muhabir, kameraman çalıştıran youtuber gazeteciler(in) de bulun(duğu); (...) youtube gibi video paylaşım platformlarında bir haber kanalına bağlı olarak çalışan gazetecilerin Basın İş Kanunu kapsamına alınmasının faydalı olacağı” yönünde bkz. **Kurtişoğlu Yücel, Ezel** (2022) Basın İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.54.

internet sitesinin kurulma ve işletilme amacının doğrudan haber veya yorum niteliğinde içerik sunumu yapmak olması gerekir. Buna göre haber veya yorum niteliğinde içerik sunumu yapmak üzere işletilmeyen, öte yandan akışında sürekli taşımayacak şekilde haber içeriklerine de yer verilen bir internet sitesi, Basın Kanununun internet haber sitesi için aradığı koşulları tam olarak karşılamaz.

Basın Kanununun internet haber sitesi için aradığı unsurlar uyarınca, Türkiye üzerinden bazı internet sitesi örnekleriyle konuyu açıklamak faydalı olacaktır. Örneğin gündeme veya hayata ilişkin her tür yorum faaliyetlerinin yer aldığı *Ekşi Sözlük*, *Uludağ Sözlük*, *İnci Sözlük* gibi interaktif/katılımcı sözlükleri ya da *KızlarSoruyor* gibi soru-cevap sitelerini²⁴, Basın Kanununun tanımını uyarınca yorum niteliğinde yazılı, görsel ya da işitsel içerik sunumu yapan internet haber sitesi olarak kabul etmek kanımızca mümkün olmaz. Nitekim ilgili internet sitelerinin birincil amacı habercilik faaliyeti kapsamında yorum niteliğinde içerik sunumu yapmaktan ziyade, kullanıcıların gündeme dair yorumlarını paylaşabilmeleri için uygun bir ortam yaratmaktır. İlgili örneklerde internet sitesinin (erişim sağlayıcının) misyonu, kullanıcılara internet ortamında bilgi paylaşımı için erişim olanağı sağlamakla sınırlıdır. Üstelik internet sitesinin, kullanıcıların (içerik sağlayıcıların) yapmış olduğu yorumların gerçekliği ya da nesnelliğini kontrol gibi bir görevi ya da vasfı da bulunmamaktadır. Bireylerin kimi zaman haber almak için bu tür siteleri kullanması yahut bu tür siteler yoluyla bazı gelişmelerden haberdar olması, ilgili yayın organlarını internet haber sitesi kabul etmek için yeterli olmaz.

Öte yandan *Donanimhaber*, *ShiftDelete.net*, *Memurlar.net* gibi forum siteleri²⁵ yönünden bu denli keskin bir ayırım yapmak kanımızca her zaman mümkün değildir. Nitekim gündeme veya sitenin tematiğine uygun her tür yorum faaliyetlerinin yer aldığı forum sitelerinin birçoğu, aynı zamanda habercilik faaliyeti kapsamında da içerik sunumu yapmaktadır. Örneğin bu tür sitelerde haber veya yorum niteliğindeki içerikler aracılığıyla gündeme veya internet sitesinin faali-

²⁴ Bu tür soru-cevap sitelerine Türkiye dışından örnekler için bkz. *Quora* ve *GirlsAskGuys*.

²⁵ Bu tür forum sitelerine Türkiye dışından örnekler için bkz. *Reddit* ve *Slashdot*.

yette bulunduğu alan veya konulara yönelik bilgilendirme amaçlı içerikler de bulunmakta; bunun yanı sıra, kayıtlı veya kayıtlı olmayan kullanıcılara ilgili gündem hakkında yorum yapma veya gündem yaratma ortamı da sunulmaktadır. Bu nedenle forum sitelerinin niteliğinin belirlenmesinde, sitenin faaliyetinin salt kullanıcılara gündeme dair yorumlarını paylaşabilmeleri için uygun bir ortam yaratmakla sınırlı olup olmadığı tespit edilmeli; haber veya yorum yoluyla doğrudan içerik sunumu yapan forum sitesi, bu faaliyetleri doğrultusunda internet haber sitesi kabul edilmelidir.

B. BASIN KANUNU KAPSAMINA GİRMENİN ÖNKOŞULU: BEYANNAME VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türk hukukunda süreli yayın faaliyetleri yönünden süreli yayın serbestliği/beyan sistemi benimsenmiştir.²⁶ Bu sistemde beyanname aracılığıyla süreli yayınların idarece bilinmesi ve böylelikle ilgili yayınların izlenebilmeleri amaçlanmaktadır.²⁷ Basın Kanununda da bu doğrultuda süreli yayın çıkarmak yönünden beyanname verme yükümlülüğü kabul edilmiştir.

7418 sayılı Kanun değişikliği öncesinde basılı olarak kamuya sunulan süreli yayınlar için beyanname vermiş olmak, süreli yayın çıkarabilmenin bir tür *kurucu unsuru* olarak kabul edilmişti. Ancak içeriğini kamuya sunma faaliyetini internet ortamında gerçekleştiren internet haber siteleri için böyle bir düzenleme yer almıyordu. İnternet haber siteleri basın mevzuatında açıkça yer olmadığı için, Basın Kanununda yazılı süreli yayınlar için öngörülen yükümlülükler internet haber sitelerini kapsamıyordu. Bu sebeple yazılı bir süreli yayın ile faaliyet göstermek ile internet ortamında süreli yayın yapmak bünyesinde bazı eşitsizlikler barındırıyordu. Bu eşitsizliklerin en aşikâr olanı, internet haber sitelerinin herhangi bir beyanname vermeksizin, yalnızca internet sitesi oluşturarak yayın hayatına başlayabilmesiydi.

7418 sayılı Kanun değişikliği ile süreli yayınların beyanname yükümlülüğüne ilişkin bu farklı uygulamalara son verilmiş ve internet haber siteleri de basılı

²⁶ Sarmaşık, s.73.

²⁷ Yıldız, s.77.

sürelî yayınlar ile benzer bir rejime tabî tutulmuştur. İlgili düzenlemeye göre internet haber sitesinin yayın sahibinin veya temsilcisinin, yönetim yerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bir beyanname vermesi gerekmektedir (BK m.7/1). Beyanname verme yükümlülüğü, internet haber sitelerine ilişkin kanun değişikliğinden önce faaliyet gösteren internet haber siteleri için de getirilmiştir (BK Geç. m.4). Halihazırda faaliyet yürütmekte olan internet haber siteleri, 7418 sayılı Kanunun Resmî Gazetede yayımlandığı tarih itibarıyla (18.10.2022) üç ay içinde, Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır (7418 s. K. m.39/1-b).

Söz konusu beyannameye yayının adı ve mahiyeti, hangi aralıklarla yayımlanacağı, yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün ad ve adresleri ile yayının türü ve elektronik tebligat adresi gösterilir; beyannameye ayrıca sürelî yayın sahibi ve sorumlu müdür için aranan koşulların varlığını gösterir belgeler ile sürelî yayın sahibi tüzel kişi ise buna ilişkin belgeler eklenir (BK m.7/2, m.7/3).

Beyanname veren ve incelenme uyarınca usulüne uygun beyanname verdiği tespit edilen internet haber sitesinin, *Basın Kanunu yönünden internet haber sitesi vasfı taşıyacağına* hükmedilmiştir. Buna göre başvurusu uygun bulunan internet haber sitesi, beyanname verdiği tarih itibarıyla Basın Kanununun sürelî yayınlara tanıdığı haklardan basılı yayınlar gibi yararlanabilir hale gelir. Ancak beyanname verme tarihi itibarıyla bir yıl içinde yayım yapmayan veya yayım yaptıktan sonra faaliyetlerine üç yıl ve üzeri süreyle ara veren internet haber sitesinin beyanname hükümsüz hale gelir ve internet haber sitesinin Basın Kanunu uyarınca sağladığı haklar ortadan kalkar (BK m.9/1).

İnternet haber sitesinin sorumlu müdürü, beyanname içeriğinde meydana gelen her içeriği, değişiklikten itibaren iki hafta içinde yeni bir beyanname ile birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdür (BK m.8/2).

Beyannamenin incelenmesi uyarınca internet haber sitesinin beyanname-sinde gerekli veya gerçek bilgilerin bulunmaması ya da yayın sahibinin veya sorumlu müdürün gerekli koşulları taşımadığının saptanması hâlinde, Cumhuriyet Başsavcılığı iki hafta içinde eksikliğin giderilmesini veya gerçeğe aykırı bilgi-

lerin düzeltilmesini internet haber sitesinden ister (BK m.8/5). Bu eksikliklerin iki hafta içinde yerine getirilmemesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı *internet haber sitesi vasfının kazanılmadığının tespiti* amacıyla asliye ceza mahkemesine başvurur. Buna göre beyanname verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen basılı yayınlar yönünden kabul edilen yayımın durdurulması yaptırımının internet haber siteleri için kabul edilmeyeceği (BK m.8/5), bu durumda yalnızca ilgili sitenin internet haber sitesi vasfını kazanmadığına hükmedileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere internet haber sitesinin yayın yapabilmek için vermesi gereken beyannamedeki gerçeğe aykırılıklar ya da eksiklikler yahut beyanname verilmemesi halleri, Basın Kanununa göre internet haber sitesi olarak kabul edilmenin *kurucu unsuru* sayılmıştır. Diğer bir anlatımla, internet haber sitelerinin Basın Kanununa tabi olup olmadığının tespitinde bakılması gereken ilk ölçüt, ilgili internet haber sitesinin beyanname verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediğine yöneliktir. Bir internet haber sitesinin *Basın Kanunu kapsamında* sayılabilmesi için adına Cumhuriyet Başsavcılığına bir beyanname verilmiş olması ve bu beyannamenin herhangi bir gerçeğe aykırılık veya eksiklik taşıyor olması gerekir.

Getirilen düzenlemelerin yorumundan varılacak sonuç, yayın organını internet haber sitesi olarak tanımlayan yayın sahiplerinin, beyanname vermelerine ilişkin bir zorunluluk bulunmadığına ilişkindir. Bir diğer söyleyişle, bu yayın organlarının beyanname vermeksizin yayın hayatlarına devam etmeleri kendi inisiyatiflerine bırakılmıştır. Her ne kadar Basın Kanununa eklenen geçici 4. madde ile, halihazırda faaliyet gösteren internet haber sitelerine, 18.10.2022 tarihi itibarıyla üç aylık süre içinde (18.01.2023'e kadar) Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu yüklenirse de bu zorunluluğa uymama hali bir yaptırıma²⁸ bağlanmamıştır.²⁹

²⁸ Basılı yayınlar yönünden beyanname verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak *yayımın durdurulması* düzenlenmiştir (BK m. 8/1). Mahkeme kararıyla durdurulan yayına, usulüne uygun beyanname vermeden veya değişiklikleri bildirmeden devam edilmesi ise ağır para cezası yaptırımına bağlanmıştır (BK m.16). Kanunun açık hükmü gereği ya-

Böyle bir durumda, süresi içinde beyanname vermeyen yayın organları, Basın Kanununun internet haber sitelerine sağladığı imkanlardan yararlanamayacak; ancak beyanname verilmemesi kendilerini cezai sorumluluktan da kurtarmayacaktır. Nitekim Basın Kanununun 11/5. maddesinde, cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin Basın Kanununda aranan şartlara uymaksızın (örneğin beyanname vermeksizin) yapılan yayınlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda kendilerine uygulanacak mevzuat, hukuki ve cezai sorumluluklarının kanuni dayanağı, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve diğer ilgili mevzuat olacaktır.³⁰

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus, beyanname verme yükümlülüğünün internet haber sitesi faaliyete girdikten belli bir süre sonra yerine getirilip getirilmeyeceğine ilişkindir. Basın Kanunu Geç. m. 4'te halihazırda faaliyet yürütmekte olan internet haber sitelerinin 18.01.2023 tarihine kadar Kanunda öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda oldukları düzenlenmiş olsa da ilgili yayın organının bu tarihten sonra beyanname vermesinde bir engel olmadığını belirtmek gerekir. Böyle bir durumda usulüne uygun bir beyanname veren internet haber sitesi, beyannamenin incelenip uygun bulunduğu tarih itibarıyla Basın Kanununa tabi olur ve kanunun sağladığı haklardan yararlanabilir hale gelir.

Sonuç itibarıyla beyanname verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin *Basın Kanunu bakımından internet haber sitesi sayılmama* şeklinde bir sonuç doğurduğu söylenebilir. Pratikte internet sitesinde haber içerikleri paylaşan

yın durdurma yaptırımını internet haber sitelerine uygulanamayacağından (BK m.8/5), internet haber sitesinin beyanname vermeden yayın hayatına devam etmesi halinde herhangi bir ağır para cezasından söz edilemez.

²⁹ Aynı yönde bkz. **Öztekin, Alp** (2022) “İnternet Haberciliğinde Neler Değişiyor? (Basın Kanunu Değişiklik Teklifi Değerlendirmesi 5)”, Hukuki Haber, 21.07.2022, <<https://www.hukukihaber.net/internet-haberciliginde-neler-degisiyor-basin-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirme-si-5-makale,10106.html>> s.e.t. 24.12.2022. Ayrıca bkz. **Özkepir/Kocaman/Kart**, s.140-141.

³⁰ Aynı yönde bkz. **Öztekin**, <<https://www.hukukihaber.net/internet-haberciliginde-neler-degisiyor-basin-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-5-makale,10106.html>> s.e.t. 24.12.2022. Belirtelim ki internet haber sitesi için beyanname verilsin ya da verilmesin, 5651 sayılı Kanundan doğan sorumluluk ve yükümlülükler “internet sitesi” olmaları sebebiyle devam edecektir.

ve kendini bir haber sitesi olarak kabul eden ve hatta kamuoyunda haber sitesi olarak nam yapmış bir yayın organı, Basın Kanununa göre beyanname verme yükümlülüğünü yerine getirmediği müddetçe, basın mevzuatı yönünden internet haber sitesi değil “internet sitesi” rejimine (5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuata) tabi olacaktır. Böylelikle Basın Kanununun veya diğer mevzuat hükümlerinin internet haber siteleri için getirdiği haklardan yararlanamayacaktır.

C. İNTERNET HABER SİTELERİ YÖNÜNDEN KABUL EDİLEN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER

Yukarıda internet haber sitelerinin süreli yayın tanımına eklenen ibare doğrultusunda aynı zamanda süreli yayın olarak kabul edildiğinden söz etmiştik. Buna göre süreli yayınlar yönünden kabul edilen yükümlülükler, niteliği uygun düşükçe ve aksi kararlaştırılmadıkça internet haber siteleri yönünden de geçerli olacaktır. Örneğin zorunlu bilgileri gösterme (BK m.4), sorumlu müdüre sahip olma (BK m.5), süreli yayın sahibi olabilmek için gerekli koşulları taşıma (BK m.6) ve süreli yayın çıkarmak için beyanname verme (BK m.7) gibi hususlar internet haber siteleri için de geçerlidir.

Süreli yayınlar yönünden kabul edilen *zorunlu bilgileri gösterme yükümlülüğünün* kapsamı internet haber siteleri yönünden genişletilmiştir. Her süreli yayında yayının yönetim yeri, sahibinin ve varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün adları ve yayının türü gösterilir (BK m.4/2). İnternet haber siteleri, zorunlu bilgilere ilişkin bu genel yükümlülüğe ek olarak, haber sitelerine faaliyet gösterdiği işyeri adresini, ticari unvanını, elektronik posta adresini, iletişim telefonunu, elektronik tebligat adresini ve yer sağlayıcısının adını ve adresini eklemekle yükümlüdür (BK m.4/3). Bu bilgilerin internet ortamında kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve internet haber sitesinin iletişim başlığı altında bulundurulması gereklidir. İnternet haber sitelerine getirilen bir diğer zorunlu bilgi yükümlülüğü bir içeriğin ilk kez sunulmaya başlandığı tarih ile sonraki güncelleme tarihlerinin, her erişildiğinde değişmeyecek şekilde içeriğin üzerinde belirtilmesine ilişkindir (BK m.4/4).

İnternet haber sitelerinde gösterilmesi öngörülen hususların gösterilmemesi veya gerçeğe aykırı olarak gösterilmesi halinde, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin ağır para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir (BK m.15). İnternet haber sitelerinde bulunması gereken zorunlu bilgilerin eksikliği, beyanname verme yükümlüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinin aksine, süreli yayının internet haber sitesi olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez. Diğer bir anlatımla, zorunlu bilgileri eksik olan bir internet haber sitesi, Basın Kanununa tabi bir internet haber sitesi olma vasfını korur. Ancak ilgili para cezasını ödemekle yükümlü olur.

Basılı süreli yayınlar yönünden kabul edilen bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayının yapıldığı gün, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etme yükümlülüğü, internet haber siteleri yönünden *muhafaza yükümlülüğü* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre internet haber siteleri, yayınladığı içerikleri gerektiğinde talep eden Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmek üzere doğruluğu ve bütünlüğü sağlanmış şekilde iki yıl süre ile muhafaza etmekle yükümlüdürler (BK m.10/4). Yargı mercileri tarafından yayının soruşturma ve kovuşturma konusu olduğunun internet haber sitesine yazılı olarak bildirilmesi hâlinde ise, bu işlemlerin sonuçlandırılmasının bildirilmesine kadar soruşturma ve kovuşturma konusu yayın kaydının saklanması zorunludur (BK m.10/5). Buna göre yayın içeriğinin soruşturma veya kovuşturma konusu olması halinde, muhafaza etme yükümlülüğü iki yıl değil soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçlandığı tarihe kadardır. Muhafaza yükümlülüğünü yerine getirmeyen internet haber sitesi sorumlu müdürünün ise ağır para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir (BK m.17).

Kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayının yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin *düzeltilme ve cevap yazısını yayınlama yükümlülüğü* de internet haber siteleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre internet haber sitesi sorumlu müdürü, zarar gören kişinin düzeltilme ve cevap yazısını hiçbir düzeltilme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç bir gün içinde, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, URL bağlantısı sağlanmak suretiyle, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır (BK m.14/1). Yayın hakkında verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının uygulanması ya da

internet haber sitesi tarafından içeriğin kendiliğinden çıkarılması durumunda, düzeltme ve cevap metni ilgili yayının yapıldığı internet haber sitesinde ilk yirmi dört saati ana sayfada olmak üzere bir hafta süreyle yayımlanır (BK m.14/1). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar, yaptırımlar ve diğer hususlar ise, diğer süreli yayınlar ile aynı hukuki rejime tabidir. Düzeltme ve cevabın yayınlanmaması veya koşullara uygun bir biçimde yayınlanmaması halinde, internet haber sitesi yönünden ağır para cezası yaptırımını uygulanır ve mahkemece ayrıca masrafları yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, ilgili yazının iki internet haber sitesi ile tirajı yüz binin üzerinde olan iki gazete-de ilân şeklinde yayımlanmasına da karar verilir (BK m.18).

Belirtelim ki, sözü edilen yükümlülükler aykırılık halinde, internet haber sitesinin beyanname yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinden bağımsız olarak, internet haber sitesi hakkında ilgili yaptırımlar uygulanır. İnternet haber sitesi için Cumhuriyet başsavcılığına beyanname verilmemiş olması, ilgili düzenlemelere aykırılık nedeniyle internet haber sitesi aleyhine hükmedilecek yaptırımları etkilemez.

Tüm bu hususların dışında, ceza davalarında sorumluluğa ilişkin hükümler (BK m.11), maddi ve manevi tazminattan sorumluluk (BK m.13) ve basılmış eserler ve internet haber siteleri yoluyla işlenen suçlar (BK m.20, 21, 24) internet haber siteleri yönünden de geçerli olacaktır.

D. BASIN KANUNU KAPSAMINA GİREN İNTERNET HABER SİTELERİNE SAĞLANAN HAKLAR

Basın Kanununa göre internet haber sitesi sayılabilmek için kanun koyucunun aradığı koşul, usulüne uygun olarak beyanname verilmiş olmasıdır. Bu koşulu yerine getiren (ilgili makama beyanname veren) internet haber sitelerine yönelik iki önemli yeni hak sağlanmıştır. Bunlar “*internet haber sitesinde çalışanların basın kartı alabilmeleri*” ve “*internet haber sitesinin resmi ilan yayınlatabilmesi*” şeklinde olup bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

İnternet haber sitelerine sağlanan bu imkanlar, yukarıda değinildiği üzere usulüne uygun olarak verilen beyannamenin varlığına bağlıdır. Buna göre ilgili beyannamede Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından saptanan eksikliklerin veya

gerçeğe aykırılıkların süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda, mahkemece site hakkında internet haber sitesi vasfı kazanılmadığına hükmedilebilecektir. Bu kararlar birlikte ilgili internet haber sitesi için sağlanan resmî ilan ve reklamlar ile çalışanlarının basın kartına ilişkin hakları ortadan kalkar (BK m.8/6). Belirtelim ki bu haklardan yeniden yararlanmak isteyen internet haber sitesinin, beyanname vermeye ilişkin prosedürü yeni baştan yerine getirmesi gerekir.

İnternet haber sitelerine sağlanan “çalışanların basın kartı alabilmeleri” ve “internet haber sitesinin resmi ilan yayınlatabilmesi” hususları aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

1. İnternet Haber Sitesi Çalışanlarının Basın Kartı Alabilmeleri

Türk basın hukukunda basın kartı³¹ hususu, en hararetli tartışmaların yapıldığı konuların başında gelmektedir. Nitekim basın kartına ilişkin 1942 tarihli ilk düzenlemeden (Basın Kartı Nizamnamesi)³² bugüne değin basın kartlarına ilişkin çok sayıda (14) yönetmelik veya talimatname yürürlüğe girmiş; yürürlükteki metinler ise sayısız defa değişikliğe uğramıştır.³³ Gazeteciler arasında basın kartına sahip olup olmama yönünden yapılan ayrımcı ve katı düzenlemeler, doktrinde ve uygulamada sıklıkla eleştirilen hususlardan biri olmuştur. Nitekim 14.12.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Basın Kartı Yönetmeliği, çok sayıda gazetecinin basın kartı almasına engel teşkil eden hükümleri ve bu düzenlemelerin kanun yerine yönetmelikle düzenlenmesi nedeniyle yine eleştirilerin odak noktası olmuş; yönetmeliğin kimi hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir.³⁴

³¹ Basın kartı uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Avşar, Zakir/Şahin, Muzaffer** (2022) “Türkiye’de ve Dünyada Basın Kartı Uygulamalarının Tarihsel ve Hukuki Çerçeve İncelemesi”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, C:10, S:2, s.1208 vd.

³² RG. T. 18.03.1942, S. 5060.

³³ Mülga düzenlemeler şöyledir: 1947, 1951 1962, 1964, 1973, 1980, 1986 ve 1998 tarihlerinde “Basın Kartları Yönetmeliği” adıyla; 1953, 1957 ve 1959 tarihlerinde “Basın Kartları Talimatnamesi” adıyla; 2001, 2015 ve 2018 tarihlerinde “Basın Kartı Yönetmeliği” adıyla, <<https://www.resmigazete.gov.tr/>> arama motorundan yararlanılmıştır. s.e.t. 03.02.2023.

³⁴ Yönetmeliğin yargı önüne taşınması üzerine 2021 yılında Danıştay 10. Dairesi, yönetmeliğin bazı hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiş; ancak yürütmeyi durdurma

İnternet gazeteciliğinin özellikle 2000’li yıllardan itibaren yaygınlaşmasıyla birlikte, basın kartı uygulamasına getirilen eleştirilere bir yenisi daha eklenmiş; internet haber sitelerinde çalışanların da basın kartına sahip olmaları gerektiği isabetle dile getirilmiştir. Nihayet 7418 sayılı Kanunla, bu eleştirilere bir yanıt olacak şekilde basın kartına hak kazanma koşullarında önemli değişikliklere gidilmiştir.

7418 sayılı Kanunla yapılan mevzuat değişikliği ile birlikte basın kartına sahip olmanın koşulları, önceki düzenlemelere kıyasla nispeten daha homojen bir şekilde düzenlenmiştir. Basın kartı Basın Kanununda “*Kanunda belirtilen kişilere İletişim Başkanlığınca verilen resmi nitelikte kimlik kartı*” (BK m. 2/1-n; Ek m. 1/2) şeklinde tanımlanmış ve basın kartına ilişkin başvuru şartları ve basın kartı türleri ayrıca düzenlenmiştir.

Basın kartına ilişkin önceki düzenlemelerden farklı olarak, basın kartı alabilecekler daha esnek bir yaklaşımla belirlenmiştir (BK Ek m. 2). Örneğin BK Ek m. 2/1-a bendinde “*Türkiye’de faaliyet gösteren medya kuruluşlarının Türk vatandaşları medya mensuplarına*” basın kartı verilebileceği belirtilerek geniş bir basın çalışanı grubu kapsama alınmıştır.³⁵ Medya mensubu ile kast edilen “*rad-*

kararı 2022 yılında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca kaldırılmıştır. Aynı yılın sonunda Danıştay 10. Dairesi, ilgili yönetmeliğin bazı hükümleri yönünden bir kez daha yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. İlgili yargı kararına karararama.danistay.gov.tr, Lexpera ve Legalbank veritabanlarından ulaşılammıştır. Konuya ilişkin haberler için bkz. <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/255000-basin-karti-mucadelesini-gazeteciler-kazandi>>; <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/262092-basin-karti-yonetmeliginde-yurutmenin-durdurulmasi-karari-kalkti>>; <<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/danistay-basin-karti-yonetmeligine-iliskin-yurutmenin-durdurulmasi-kararini-kaldirdi>>; <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/270035-danistay-basin-karti-yonetmeligi-nde-7-maddenin-yurutmesini-durdurdu>> s.e.t. 03.02.2023. Belirtelim ki 7418 sayılı Kanunla Basın Kanununa basın kartlarına ilişkin yeni düzenlemeler eklenmesine ve sair mevzuatta “Basın Kartı Yönetmeliğine” ibaresinin “Basın Kanununa” şeklinde değiştirilmesine rağmen, ilgili yönetmelik halen yürürlükten kaldırılmamıştır. Basın Kanununa eklenen Ek m. 8 uyarınca, yeni bir yönetmelik ile basın kartına ilişkin diğer esasların ilerleyen süreçte düzenleneceği söylenebilir.

³⁵ Basın kartı alabilecek diğer kişiler şöyledir: Süreli yayınların sahipleri veya tüzel kişi temsilcileri ile radyo ve televizyonların yönetim kurulu başkanları; medya kuruluşları adına hareket eden ve görev alanı Türkiye’yi kapsayan yabancı medya mensupları ile görev alanı Türkiye’yi kapsamamakla beraber geçici bir süreyle Türkiye’ye haber amaçlı gelen yabancı medya men-

yo, televizyon ve süreli yayınların basın-yayın faaliyeti yürüten çalışanları”dır (BK m. 2/1-r). Buna göre süreli yayınların bir türü olan internet haber sitelerinde çalışanlar da talepte bulunmaları ve BK Ek m. 3’te belirtilen (çalışan yabancı uyruklu ise, ayrıca BK Ek m. 4’te yer alan) şartları taşımaları halinde, durumlarına uygun basın kartını³⁶ almaya hak kazanabileceklerdir.

BK Ek m.3’e göre internet haber sitesinde çalışan bir kimsenin basın kartına hak kazanabilmesi için aranan koşullar;

- 18 yaşını doldurmuş olmak,
- En az lise veya dengi bir eğitim kurumundan mezun olmak,
- Kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak,
- Kanunda sayılan suçlardan (BK Ek m. 3/1-ç, d, e) hüküm giymemiş olmak,
- Basın İş Kanununa uygun bir sözleşmenin tarafı olmak ve mücbir sebepler dışında işten ayrıldığı tarihten itibaren bir aydan fazla olmamak üzere ara vermeden çalışmak,
- Medya faaliyeti dışında ticari faaliyette bulunmamaktır.

Yabancı uyruklu çalışanların bu şartlara ek olarak, BK Ek m. 4’te yer alan koşulları da taşımaları gerekir. Buna göre sözü edilen koşulları taşıyan internet

supları; yurt dışında yayın yapan medya kuruluşlarının Türk vatandaşı sahipleri ve çalışanları; yurt dışında serbest gazetecilik yapan Türk vatandaşı medya mensupları; medya alanında hizmet veren kamu kurum ve kuruluşlarında ve kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri enformasyon hizmetlerinde çalışan kamu personeli; medya alanında faaliyet göstermeleri şartıyla, sendikalar ile kamu yararına faaliyette bulunduğu tespit edilen dernek ve vakıfların yöneticileri (BK Ek m. 2).

³⁶ Kanunkoyucu beş tür basın kartı kabul etmiştir. Bunlar; bir medya kuruluşuna bağlı olarak çalışan Türk vatandaşı medya mensuplarına ve enformasyon görevlilerine verilen *göreve bağlı basın kartı*; görev alanı Türkiye’yi kapsayan yabancı medya mensuplarına verilen *süreli basın kartı*; görev alanı Türkiye’yi kapsamamakla beraber geçici bir süreyle Türkiye’ye haber amaçlı gelen yabancı medya mensuplarına verilen *geçici basın kartı*; geçici bir süreyle çalışmayan veya yurt dışında serbest gazetecilik yapan Türk vatandaşı medya mensuplarına verilen *serbest basın kartı*; en az on sekiz yıl mesleki hizmeti bulunan medya mensupları ve enformasyon görevlilerine ömür boyu verilen *sürekli basın kartı* şeklindedir (BK Ek m. 1/3).

haber sitesi çalışanları, İletişim Başkanlığına başvuruda bulunmaları ve başvurularının uygun bulunması halinde basın kartı alabilecektir.

Basın kartı başvurularını değerlendirmekle yetkili makam Basın Kartı Komisyonudur (BK Ek m.5). Belirtelim ki 7418 sayılı Kanun değişikliği öncesinde usulüne uygun olarak verilmiş ve BK Ek m. 3'teki şartları taşıyan kartlar da geçerliliğini korumaya devam edecektir (BK Geç m.4/2). Kanunda ayrıca basın kartının iptal edilebileceği haller (BK Ek m.6) ile bunun hüküm ve sonuçları (BK Ek m.7) da düzenlenmiştir.

2. İnternet Haber Sitesinin Resmi İlan ve Reklam Alabilmesi

İlan gelirlerinden yararlanmak, süreli yayınların tipik özelliklerinden biri olup gerek ilanlar gerekse reklamlar süreli yayınların en önemli gelir kaynakları arasında yer alır.³⁷ Resmi ilan ile kast edilenin ne olduğu hususu, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanununun 29. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre reklam mahiyetini taşımayan ilanlar, resmi ilan sayılırlar. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin yayınlanması zorunlu olan ilanları resmi ilan olarak kabul edilmezler.³⁸

7418 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin bir diğer kısmı resmi ilanlara ilişkin olup 195 sayılı Basın-İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun (BİKTK) ve ilgili mevzuat metinlerinde yapılmıştır.³⁹ İlgili değişikliklerle birlikte, koşulları sağlayan internet haber sitelerinin de resmi ilan alabilmesi ve bu doğrultuda

³⁷ İçel, s.258.

³⁸ İçel, s.259.

³⁹ Kanunun genel gerekçesinde bu değişikliğin amacı, "(...) 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanunda, internet haber sitelerini de kapsayacak şekilde değişiklik yapılarak, resmi ilan ve reklamların bu mecralarda belirli kurallar çerçevesinde yayınlanmasının sağlanması suretiyle halihazırda yazılı medya işletmelerine verilen resmi ilan ve reklamların, internet haber sitelerine de verilmesi öngörülmektedir. Bu kapsamda, özel kanunlardaki hükümler uyarınca gazetelerde yayımlanması zorunlu olan resmi ilanların, etkin ve verimli şekilde daha fazla muhabata ulaştırılması, şeffaflık ve rekabet ortamının sağlanması amacıyla internet haber sitelerinde de yayınlanmasına imkân verilmekte, böylece bu siteler de resmi ilanların yayın mecrası olarak belirlenmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4471.pdf>> s.e.t. 20.03.2023.

diğer süreli yayınlar gibi gelir elde edebilmelerinin yolu açılmıştır.⁴⁰ Ancak 195 sayılı Kanunda internet haber siteleri yönünden değişikliğe giden bu hükümlerinin yürürlük tarihi 01.04.2023 olarak belirlenmiştir (7418 s. K. m.39/1-a).⁴¹

7418 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca Basın İlan Kurumu Genel Müdürlüğü, her ayın sonunda resmî ilan ve reklam verilebilecek olan mevku-ter ile internet haber sitelerinin isimlerini ve vasıflarını ihtiva eden birer listeyi, Kurumun internet siteleri üzerinden duyurmakla yükümlü kılınmıştır (BİKTK m.37/1). İnternet haber sitelerinde yayınlanacak ilan ve reklamlardan hangilerinin ancak Basın İlan Kurumu aracılığıyla yayınlanacağı ve Kurum aracılığıyla internet haber sitelerinde yayınlanan ilan ve reklamlara ilişkin usul ve esaslar ayrıca düzenlenmiştir (BİKTK m.45A).

İnternet haber sitelerinde resmî ilan ve reklam yayınlayacakların taşıması gereken vasıflar ve yerine getirmesi gereken sorumluluklar ile yayına ilişkin usul ve esasların ise, Basın İlan Kurumu Genel Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğine hükmedilmiştir (7418 s. K. m.23; BİKTK Geç. m.9). Yönetmeliğe ilişkin çalışmalar halen yürütülmekte olup ilgili yönetmelik henüz Resmî Gazete’de yayınlanmamıştır.

⁴⁰ İnternet haber sitelerine ayrıca, Basın İlan Kurumu Genel Kurulunda kendilerini temsil etme imkânı getirilmiştir. İlgili düzenlemeye göre 42 temsilciden oluşan Genel Kurulda, resmî ilan yayınlayan internet haber sitesi sahiplerine kendi aralarından seçecekleri 2 temsilci ile temsil edilme olanağı getirilmiştir (BİKTK m. 5/1-a). 11.12.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğe göre internet haber sitesi sahipleri temsilcisi seçilebilmek için; internet haber sitesinin yönetim yerinin Türkiye’de bulunması, internet haber sitesinin resmî ilan yayımlama hakkını haiz olması, internet haber sitesi sahibinin 5187 sayılı Kanun hükümlerine göre internet haber sitesinde açıklanmış olması, seçime katılacak kişiye Basın İlan Kurumu Yönetim Kurulu tarafından internet haber sitesi adına düzenlenmiş seçime katılma belgesinin verilmesi gerekmektedir (m. 4/A).

⁴¹ Ayrıca 01.02.2023 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle, 01.04.2023 tarihi itibarıyla 1997 tarihli Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinin “Süreli Yayınların Denetlenmesi ve İlanların Dağıtımı” başlıklı ikinci bölümünün ve süreli yayınlara verilecek ilan ve reklamlardan alınacak komisyon oranını düzenleyen 113. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı düzenlenmiştir.

II. BASIN İŞ KANUNUNA İNTERNET HABER SİTELERİ İBARESİNİN EKLENMESİ

7418 sayılı Kanunun internet haber siteleri yönünden getirdiği temel düzenlemelerin büyük bir çoğunluğu 5187 sayılı Basın Kanununa eklenmiştir. Ancak 7418 sayılı Kanunun 28. maddesiyle, Basın İş Kanununun kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddesine “internet haber siteleri” ibaresi de eklenmiştir. Bu değişiklik sonrasında diğer süreli yayınlarda çalışan gazeteciler gibi, internet haber sitesinde çalışanlar da diğer koşulların varlığı halinde Basın İş Kanununa tabi gazeteci olarak kabul edileceklerdir.

Esasında bu yasa değişikliği öncesinde de internet haber sitelerinde çalışan gazetecilerin durumu doktrinde tartışılmış, Yargıtay da farklı tarihlerde konuya ilişkin çeşitli kararlar vermiştir. Basın İş Kanununda yer alan gazeteci tanımının yetersiz olduğu ve bu tanımın yasal bir değişiklik ile güncellenmesi gerektiği⁴²; devamlı, internet haber sitelerinde çalışan gazetecilerin de Basın İş Kanunu kapsamına alınması gerektiği⁴³ doktrinde isabetle ifade edilmiştir. Yargıtay da konuya ilişkin ilk kararını 2007 yılında vermiş ve aşağıda yer alan önemli saptamalarda bulunmuştur:

⁴² Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Şuğle, Mehmet Ali** (2001) İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara, ÇGD Yayınları, s.40 vd. Ayrıca bkz. **Gökçe, Sibel** (2010) Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecilerin Hakları ve Mesleki Sorunları, Ankara, Adalet Yayınevi, s.16 vd.; **Sümer, Haluk Hadi** (2007) “Basın İş Kanunu Elektronik Ortamda Gazetecilik Yapan Kişiler Hakkında Uygulanabilir Mi?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C:2, S:6, s.397-399; **Şahin/Avşar**, s.120, 134; **Şuğle, Mehmet Ali** (2006) “Basın İş Kanununun Kişi Bakımından Kapsamı, Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.20, 26.

⁴³ **Başterzi, Süleyman** (2011) “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Ankara, Kamu-İş Yayınları, s.28 vd.; **Sümer, Haluk Hadi** (2020) Bireysel Basın İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.34; **Dolgunyürek**, s.229-230; **Köme Akpulat, Ayşe** (2019) “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, s.227; **Şahin/Avşar**, s.134; **Güngör Dindar, Dilge** (2022) “Gazetecinin İş Sözleşmesi ve Sözleşmenin Sona Ermesi” (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.4; **Kurtişoğlu Yücel**, s.38, 51-53.

“(…) Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Somut olayda davalı işveren internet ortamında gazetecilik faaliyetlerini yürütmüş ve davacı da iki gazetenin koordinatörlüğünü yapmıştır. Bu itibarla davacının çalıştığı işyeri, 5953 sayılı yasanın 1. maddesinde sözü edilen “gazete” kavramı kapsamında değerlendirilmelidir.”⁴⁴

Nitekim yüksek mahkeme, bu karardan itibaren internet haber sitelerinde çalışan gazetecilerin Basın İş Kanunu kapsamında olduklarına ilişkin yerleşik bir içtihat geliştirmiştir.⁴⁵

⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2006/33909, K: 2007/11104, T: 17.04.2007 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 16.01.2023). Kararı değerlendiren *Sümer*, elektronik ortamda yayın yapan bir siteyi gazete işletmesi olarak kabul etmenin mümkün olmadığını; bu tür bir ortamda haber editörlüğü yapan kişi hakkında -kanun değişikliği olmadığı müddetçe- Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir. *Sümer* (2007), s.398. Basın İş Kanununda belirtilen gazete kavramını dar yorumlayarak internet haber sitelerini kanun kapsamı dışına atmanın kanunun amaç ve ruhuna aykırı olacağı; Yargıtay’ın kararının isabetli olduğu yönünde bkz. *Kırış, Ferhat Tuna* (2016) “Basın İş Hukuku Bakımından İnternet Gazeteciliği”, İstanbul Barosu Dergisi, C:90, S:5, s.158. Kararın isabetli olduğu yönünde ayrıca bkz. *Soyer, Polat* (2016) “Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:13, S:50, s.613-614; *Başterzi*, s.28-29.

⁴⁵ “Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması(nın) da mümkün olduğu” yönünde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/30660, K: 2009/8953, T: 31.03.2009. Uyuşmazlığa konu internet sitesinin faaliyetlerinin internet gazeteciliği kapsamında olduğu ve ilgili haber sitesinde haber editörü, gazeteci ve spiker olarak çalışan davacı işçinin çalışmasının Basın İş Kanunu kapsamında olduğu yönünde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/43471, K: 2017/28825, T: 18.12.2017. “Somut uyuşmazlıkta davacının davalıya ait www.sansürsüzhaber.com adlı internet sitesinde haber video editörü olarak çalıştığı ve mevcut delillere göre davacının 5953 sayılı Yasa anlamında basın işçisi olduğu” yönünde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/36605, K: 2019/6799, T: 26.03.2019. İnternet haber sitesinde çalışan gazetecilerin Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirildiği çeşitli kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/29884, K: 2013/6346, T: 21.02.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/2373, K: 2019/6101, T: 19.03.2019; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/7643, K: 2021/5737, T: 08.03.2021; Yargıtay

Görüldüğü üzere ilgili yasa değişikliği öncesinde de internet haber sitelerinde çalışanlar yargı kararlarında Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu nedenle söz konusu değişikliği, bu içtihadın yasa metni haline getirilmiş hali şeklinde yorumlamak mümkündür. Aşağıda internet haber sitelerinde çalışanların Basın İş Kanununa tabi olmaları için aranan koşullar ve bu çalışanlar için aranması mümkün olmayan diğer hususlar incelenecektir.

A. İNTERNET HABER SİTESİNDE ÇALIŞANLARIN BASIN İŞ KANUNUNA TABİ GAZETECİ OLARAK KABUL EDİLMESİNİN KOŞULLARI

1. Genel Olarak

7418 sayılı Kanun uyarınca, internet haber sitelerine ilişkin düzenlemeler 5187 sayılı Basın Kanununa eklenmiştir. 5953 sayılı Basın İş Kanununun ise yalnızca kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddesine “internet haber siteleri” ibaresi eklenmiştir.⁴⁶ Böylelikle internet haber sitelerinde her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki işçi tanımı dışında kalan bu kişiler “gazeteci” olarak tanımlanmış ve iş ilişkilerinden doğan uyumsuzluklar yönünden Basın İş Kanununa tabi oldukları kabul edilmiştir.

İnternet haber siteleri ile anlaşılması gereken yayın organının ne olduğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye veya yollama hükme Basın İş Kanununda yer verilmemiştir. İnternet haber sitesi, değinildiği üzere, 5187 sayılı Basın Kanununda “*internet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayın*” olarak tanımlanmıştır (BK m.2/1-m). Bu doğrultuda internet ortamında bu kapsamda süreli yayın yapan internet haber sitelerinde çalışan gazeteciler, Basın İş Kanununun kişi bakımından kapsamı yönünden öngördüğü diğer şart-

Hukuk Genel Kurulu, E: 2015/9-2310, K: 2017/1086, T: 07.06.2017 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 16.01.2023).

⁴⁶ Basın İş Kanununun 1. maddesi değişiklik sonrası şöyledir: “*Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayımlanan gazete, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tanımı dışında kalan kişilerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.*”.

ları sağlamaları kaydıyla, işverenleriyle olan iş ilişkileri yönünden genel iş hukuku mevzuatı (4857 sayılı İş Kanunu) yerine Basın İş Kanununa tabi olacaklardır.

Bir kimsenin Basın İş Kanununa tabi olabilmesi için aranan şartları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:⁴⁷

- Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde çalışıyor olma: İnternet haber sitesinde çalışıyor olma,
- Her türlü fikir veya sanat işlerinde çalışıyor olma,
- İş sözleşmesiyle çalışıyor olma,
- BİK kapsamı dışına çıkarılan kişilerden olmama.

Buna göre bir kimsenin BİK kapsamında gazeteci kabul edilebilmesi için, söz konusu koşulların tamamının aynı anda sağlanması gerekir. BİK m.1'de geçen "Türkiye'de yayınlanan" koşulunu ise internet haber siteleri yönünden aramamak gerekir. Basın İş Kanununa tabi olabilmek için aranan şartlara ve internet haber siteleri yönünden aranması mümkün olmayan koşullara aşağıda değinilecektir.

2. İnternet Haber Sitesinde Çalışıyor Olma

Basın İş Kanununun kişi yönünden kapsamı, esasında kanunun kapsamına giren işyerleri esasına göre sınırlandırılmıştır. Buna göre bir gazetecinin Basın İş Kanununa tabi olabilmesi için, öncelikle kanun kapsamına giren bir işyerinde çalışıyor olması gerekir. Çünkü Basın İş Kanununun kişi bakımından kapsamı, kural olarak süreli yayınlarda (gazete, dergi ve haber ajanslarında) çalışanlarla sınırlı olup süresiz yayınlarda çalışanlar kanunun kapsamı dışındadır.⁴⁸ BİK m.2

⁴⁷ Basın İş Kanununun kişi bakımından kapsamı için ayrıca bkz. **Sümer** (2020), s.25 vd.; **Gökçek Karaca, Nuray** (2020) Basın İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.86 vd.; **Kurtişoğlu Yücel**, s.31 vd.; **Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.101-103; **Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.101-104; **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, s.313-316; **Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.220-221.

⁴⁸ **Sarmaşık**, s.91. "Gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerektiği" yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2015/9-2310, K: 2017/1086, T: 07.06.2017 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 16.01.2023).

hükmü gereği devlet, il ve belediyeler, iktisadi devlet teşekkülleri ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen kişiler Basın İş Kanunu kapsamı dışında kabul edilirler.⁴⁹

Belirtelim ki bu genel kurala zaman içerisinde bazı istisnalar getirilerek Basın İş Kanununun kapsamı genişletilmiştir. 1994 yılında (mülga) 3984 Kanunda yapılan değişiklikle özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar BİK kapsamına alınmış; ardından, 3984 Kanunu ilga eden 6112 sayılı Kanunda ilgili istisnanın kapsamı “*medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın karthı personel*” şeklinde güncellenmiştir (6112 s. K. m.23).⁵⁰ Kanunun m.3/1-1 bendinde yer alan “medya hizmet sağlayıcı” tanımında ise radyo ve televizyon kuruluşlarının yanı sıra isteğe bağlı yayın hizmeti yapan kuruluşlar da medya hizmet sağlayıcı olarak sayılmıştır. Buna göre özel radyo ve televizyonların ve isteğe bağlı yayın hizmeti yapan kuruluşların haber biriminde çalışan basın karthı personeller BİK kapsamında gazeteci kabul edilirler.⁵¹

7418 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, Basın İş Kanunu kapsamına giren işyerlerine bir yenisi eklenmiştir. Yapılan yasa değişikliği ile internet haber siteleri süreli yayın türü olarak kabul edilmiş ve böylelikle internet haber sitelerinde çalışan gazetecilerin de diğer koşulların varlığı halinde Basın İş Kanununa tabi olmalarının önündeki yasal engeller ortadan kaldırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, internet haber sitelerine ilişkin değişikliklerin büyük bir bölümü Basın Kanununa eklenmiş; Basın İş Kanununda ise gazeteci tanımına eklenen “internet haber siteleri” ibaresi dışında herhangi bir değişiklik yapılmamış-

⁴⁹ BİK m.2’de belirtilen kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşlarda çalışanların pek çoğunun devlet memuru statüsünde olduğu ve tabi oldukları mevzuat gereğince hukuki koruma altında oldukları yönünde bkz. **Arslan Ertürk, Arzu** (2019) “Türk İş Hukukunda Gazeteci”: Kahraman, Nazan/Yılmaz, Timur (Editörler), V. Uluslararası Kültür Sempozyumları: Uluslararası Türk Dünyası Basın Sempozyumu-Sempozyum Bildirileri Tam Metin Kitabı, Ankara, KIBATEK Yayınları, s.5. Ayrıca bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.315-316; **Narmanlıoğlu**, s.92.

⁵⁰ Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Gökçek Karaca**, s.76-79; **Soyer**, s.614-616; **Şakar, Müjdat** (2022) İş Hukuku Uygulaması, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.276-277; **Kurtişoğlu Yücel**, s.32-35.

⁵¹ **Akyığıt**, s.102; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.314.

tır. Üstelik internet haber siteleri yönünden Basın Kanununa da atıfta bulunulmamıştır. Tüm bu eksiklikler, Basın İş Kanunu uyarınca internet haber sitesi ile anlaşılması gerekenin ne olduğu yönünden bazı sıkıntılar barındırmaktadır.

Değindiği üzere Basın Kanununda internet haber siteleri tanımlanmış ancak bir internet haber sitesinin Basın Kanunu kapsamında internet haber sitesi rejimine tabi tutulabilmesi için “beyanname vermiş olması” şartı aranmıştır. Buna göre usulüne uygun bir biçimde beyanname vermeyen bir internet haber sitesi, Basın Kanunu yönünden *alelade bir internet sitesi gibi* muamele görecektir.

Bu kapsamda yanıtlanması gereken ilk soru, Basın İş Kanunu bakımından esas alınacak internet haber sitesi, Basın Kanununda tanımlandığı şekliyle “*internet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayın*” mı yoksa bu tanımdaki koşulları karşılayıp aynı zamanda Basın Kanununa göre beyanname veren ve bunun sonucunda internet haber sitesi vasfı taşıdığına hükmedilen internet haber sitesi midir? Diğer bir ifadeyle, Basın Kanunu hükümlerine göre beyanname vermeyen ancak buna rağmen internet ortamında belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumu yapan bir internet haber sitesi de Basın İş Kanununa göre internet haber sitesi sayılacak mıdır?

Kanımızca Basın İş Kanununda internet haber sitesi ile ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmemiş olması isabetsiz olmuştur. Ancak Kanuna eklenen ibarede “Basın Kanunu kapsamında internet haber sitesi”, “Basın Kanunundaki şartları haiz internet haber sitesi” veya “Basın Kanunu’na göre beyanname vermiş internet haber sitesi” yerine yalnızca “internet haber sitesi” denmesini geniş anlamda yorumlamak gerekir. Diğer bir anlatımla, Basın Kanunda yer alan internet haber sitesi tanımındaki koşulları taşıyan bir internet sitesini, Basın İş Kanunu uygulamasında internet haber sitesi kabul etmek gerekir.

Aksi takdirde beyanname verip vermeme hususu yayın sahibinin (işverenin) tercihinin bırakıldığından, bu durumda Basın İş Kanunu kapsamına girip girmemek de yayın sahibinin tercihinin bırakılmış olacak ve işi aleyhine bir durum oluşmasına zemin hazırlanacaktır. Şüphesiz bunun kabulü mümkün değildir.

Benzer eleştiriler 2014 tarihli yasa tasarısı gündemde iken Türkiye Gazeteciler Cemiyeti Yönetim Kurulu tarafından da dile getirilmiş; yalnızca beyanname veren internet haber sitelerinde çalışan gazetecilerin Basın İş Kanunu kapsamına alınmasının eşitsizliklere neden olacağı; “gazetecilik mesleğinin yapılan mecraya göre değil, mesleğin ifa ediliş biçimine göre belirlenmesi gerektiği” hususu isabetle belirtilmiştir.⁵² Nitekim Yargıtay da söz konusu yasa değişikliği öncesi vermiş olduğu kararlarında, internet haber sitesinde çalışmakta olan bir kimse- nin Basın İş Kanunu kapsamında olup olmadığını tespit ederken işin yapıldığı mecrayı değil, gazeteci ile işveren arasındaki iş ilişkisini esas alarak hükme varmıştır.

Açıklanan sebeplerle beyanname vermemiş bir internet haber sitesinde çalışan kişiler de internet haber sitesinin *Basın Kanununda yer alan tanımdaki* koşulları sağlaması; çalışanın ise Basın İş Kanunundaki diğer koşulları taşıması kaydıyla, *Basın İş Kanununa tabi gazeteci* kabul edilmelidir.

Benzer çıkarımları Basın Kanununda internet haber sitelerine getirilen diğer yükümlülükler için de yapmak mümkündür. Örneğin Basın Kanununun internet haber siteleri yönünden öngördüğü zorunlu bilgilerin haber sitesinde bulunmaması yahut internet haber sitesinin gerçeğe aykırı bilgi belge ya da eksiklik içeren beyanname vermesinin bu yayın organlarında çalışan kişilerin hukuki statüsüne bir etkisi olmayacaktır.

Esas itibarıyla sözü edilen yükümlülükler internet haber sitesi sahibi gerçek ya da tüzel kişiyi ilgilendiren hususlardır. Diğer bir anlatımla, internet haber sitesi tanımındaki (BK m.2/1-m) nitelikleri karşılayan bir yayın organının, Basın Kanununda kendisi için öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemesi, istihdam ettiği kişilerle olan ilişkisini etkilemez. Nitekim internet haber sitelerinin beyanname düzenlemeleri hususu, Basın Kanununda bir “yükümlülük” şeklinde kaleme alınmış olsa da bu yükümlülüğe yerine getirip getirmeme konusundaki takdir hakkı en nihayetinde internet haber sitesi sahibine bırakılmıştır. Çünkü

⁵² Ayrıca bkz. **Türkiye Gazeteciler Cemiyeti**, “Temmuz 2014 Raporu”, <<https://www.tgc.org.tr/raporlar/basin-raporlari/160-temmuz-2014-raporu.html>> s.e.t. 30.01.2023.

usulüne uygun bir beyanname verilmiş olması, internet haber sitesinin Basın Kanununda düzenlenen haklardan (çalışanlarının basın kartı alabilmesi ve resmi ilan imkânı) yararlanmasını sağlayacaktır. Aksinin kabulü, yayın sahiplerine, çalışanlarını Basın İş Kanunu kapsamına çıkarmak için kanun yollarını dolanmanın fırsatını vermek anlamına gelebilecektir.

3. Türkiye’de Yayınlanma Koşulunun İnternet Haber Siteleri Yönünden Aranmasının İmkansızlığı

Basın İş Kanununun 1. maddesinde yer alan ifade, değinildiği üzere “*Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında çalışan*” şeklindedir. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik içtihadında⁵³ da sıklıkla “*gazete ve dönemsel yayının Türkiye’de yayınlanması bir başka zorunluluktur*” ibaresine yer verilerek Basın İş Kanunu bakımından Türkiye’de yayınlanma koşulu kabul edilmiştir.⁵⁴

Bu aşamada değerlendirilmesi gereken husus, Türkiye’de yayınlanma koşulu ile anlaşılması gerekenin ne olduğuna ilişkindir. Nitekim Kanunda Türkiye’de yayınlanma koşulu ile neyin amaçlandığına yer verilmemiştir. Doktrinde bir görüş, Türkiye’de yayınlanma ifadesi ile “Türkiye’de basılma ve ortaya çıkma” hususunun kast edildiğini belirtmiştir.⁵⁵ Basın İş Kanununun oldukça eski tarihli (1952) bir metin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, *Soyer*’in de ifade ettiği üzere, kanunkoyucunun geleneksel anlamda basılı yayın ölçütünden hareket ederek Türkiye’de yayınlanma gibi bir kıstası aradığı söylenebilir.⁵⁶

⁵³ Örneğin bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/30660, K: 2009/8953, T: 31.03.2009; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2010/42505, K: 2013/8051, T: 07.03.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/29884, K: 2013/6346, T: 21.02.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/3011, K: 2018/13953, T: 26.06.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/1924, K: 2021/3388, T: 03.02.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2015/9-2310, K: 2017/1086, T: 07.06.2017 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 18.01.2023).

⁵⁴ Türkiye’de yayınlanmayan gazetelerin Basın İş Kanunu Kapsamında olmadıkları yönünde bkz. **Süzek**, s.220; **Narmanlıoğlu**, s.91.

⁵⁵ **Şuğle** (2001), s.42-43; **Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin** (2003) Açıklamalı İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara, Turhan Kitabevi, s.4; **Sümer** (2007), s.389.

⁵⁶ **Soyer**, s.613.

Öte yandan “Türkiye’de yayınlanma” koşulu, zaman içerisinde yaşanan teknolojik gelişmelerle ve Basın İş Kanununun bu gelişmeler karşısında yetersiz hale gelmesiyle birlikte sıklıkla eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin doktrinde Basın İş Kanunu bakımından önemli olan hususun süreli yayının Türkiye’de yayınlanıyor olması değil “gazetecinin Türkiye’de çalışıyor olması” olduğu yönünde görüşler belirtilmiş; Basın İş Kanunu kapsamına girmek açısından Türkiye’de yayınlanma koşulunun süreli yayınlar yönünden aranmaması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁷

Yukarıda değindiğimiz 2007 tarihli Yargıtay kararında⁵⁸ da “Türkiye’de yayınlanma” kistasına değinilmiş; teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla gazetenin nesne olarak basımının ve dağıtımının bir zorunluluk olmadığı vurgusu yapılarak “elektronik ortamda kamuya açılmış olma” BİK’e göre yayınlanma kapsamında yeterli kabul etmiştir.

Öğretide *Gökçek Karaca* da “Türkiye’de yayınlanma” kistasını eleştirmiş; matbaa düzeninde geleneksel basın yayın faaliyetlerine devam eden işletmeler yönünden Türkiye’de yayınlanma koşulunun bir problem teşkil etmediğinden; ancak özellikle internet ve uydu yayıncılığında “Türkiye’de yayınlanma” koşulunun uygulamada karmaşa yaratabileceğinden söz etmiştir.⁵⁹ Benzer şekilde *Fırat ve Koçer* de, internet ve uydu yayıncılığının sağladığı yer ve mekân sınırlaması olmaksızın yayın yapma kolaylığı sayesinde, Türkiye de yayınlanma koşulunun radyo ve televizyon yayıncılığında karmaşaya sebep olduğunu belirtmiştir.⁶⁰

Sözü edilen eleştirilere katılmamak kanımızca da mümkün değildir. İnternet yayınlarının kendine özgü niteliği göz önünde bulundurulduğunda, Basın İş Kanununun kapsamına girme yönünden aranan Türkiye’de yayınlanma koşulu, internet haber siteleri yönünden sıkıntılar barındırmaktadır. Türkiye’de yayınlanma gibi bir

⁵⁷ Şuğle (2001), s.42-43; Şuğle (2006), s.26-27; Baştırzi, s.28; Gökçek Karaca, s.69; Şahin/Avşar, s.122; Arslan Ertürk, s.4.

⁵⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2006/33909, K: 2007/11104, T: 17.04.2007 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 19.01.2023).

⁵⁹ Gökçek Karaca, s.78.

⁶⁰ Fırat, Ceren (2022) “Basın İş Hukukunda Uzaktan Çalışma ve Dijitalleşme” (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.63; Koçer, s.17.

koşul, internet haberciliğinin tipik özelliklerinden biri olan *coğrafi sınırsızlık*⁶¹ ile bağdaşmaz. Nitekim internet gazeteciliği ile birlikte geleneksel gazetecilikte mevcut olan coğrafi sınırlama ortadan kalkmıştır. Bulunduğu mekândan bağımsız olarak herkes aynı içeriğe aynı anda ulaşma imkanına kavuşmuştur.

Üstelik günümüzde internet sitelerinin yer sağlayıcıları (*service provider*), erişim sağlayıcıları (*access provider*) ve sunucuları (*server*) farklı ülkelerden olabilmektedir. Özellikle yoğun ziyaretçi alan internet siteleri, alt yapılarını daha güçlü kılmak adına farklı ülkelerde faaliyet gösteren sunucuları (hosting firmalarını) tercih etmektedir. Örneğin Türk okuyuculara hitap eden ve site bilgilerinde adresi Türkiye olan *T24, Cumhuriyet, Bianet, Diken, HaberVakti, Sendika.org, Gazete Duvar, Sputnik Türkiye, Medyascope, TimeTurk, Diyanet Haber, Haber Vitrini, Sol Haber, Ensonhaber, OdaTV, Aykırı, Vaziyet, Ajansspor, Sporx* gibi internet haber sitelerinin sunucularının Türkiye dışında ülkeler olduğu tarafımızca saptanmıştır.⁶² Diğer bir ifadeyle belirtilen haber siteleri, yayınlarını Türkiye dışında bir ülkeden yapmaktadırlar. Örnekleri çoğaltmak şüphesiz mümkündür. Diğer taraftan, bir internet sitesinin yer sağlayıcıları ve sunucuları Türkiye’de olsa dahi, IP yönlendirme teknikleri nedeniyle internet sitesinin gerçek yayın yerini tespiti tespit etmek her zaman mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle ve internet üzerinden yapılan yayınların menşei konusunda keskin sınırlar çizmenin güçlüğü karşısında, Türkiye’de yayın yapma koşulunu internet haber siteleri yönünden aramak kanımızca mümkün değildir. Bu nedenle Basın İş Kanununda değişiklik yapılarak ilgili ibarenin kaldırılması yerinde bir hamle olacaktır.⁶³

Kanımızca internet haber siteleri yönünden 6112 sayılı Kanunda medya hizmet sağlayıcıları yönünden getirilen düzenlemelere benzer bir yaklaşımın

⁶¹ **Özkan Kutlu**, s.130.

⁶² Site bilgilerinin sorgulamasında Cumhurbaşkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun sorgu sayfası kullanılmıştır; <<https://internet2.btk.gov.tr/sitesorgu/>> s.e.t. 28.12.2022.

⁶³ Bir basın işletmesinin Basın İş Kanunu kapsamına girip girmediklerinin tespitinde başvuru “Türkiye’de yayınlanma” koşulunun yürürlükten kaldırılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Gökçek Karaca**, s.79.

benimsenmesi yerinde olacaktır. Nitekim 6112 sayılı Kanunda kanunun yer bakımından kapsamı “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yargı yetkisi altında yapılan (...) yayın hizmetleri*” şeklinde belirtilmiş (m.2/1); “*şirket merkezinin Türkiye’de bulunması ve yayın hizmetlerine ilişkin editöryal kararların Türkiye sınırları içinde alınıyor olması durumunda*” medya hizmet sağlayıcılarının Türkiye’de yerleşik olduğu kabul edilmiştir (m.2/2-a). Böylelikle ilgili koşulları sağlayan özel radyo ve televizyon ile isteğe bağlı yayın hizmeti yapan kuruluşların haber birimlerinde çalışanlar, “Türkiye’de yayınlanma” koşulu aranmaksızın Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci kabul edilmişlerdir.⁶⁴ İnternet haber sitelerinin yayın koşullarının medya hizmet sağlayıcıları ile benzerliği karşısında, kanımızca 6112 sayılı Kanundaki düzenlemelere benzer bir uygulamanın internet haber siteleri yönünden de getirilmesinden söz etmek mümkündür.

Böylelikle “gazetenin Türkiye’de yayınlanma” koşulu aranmaksızın veya doktrinde sıklıkla ifade edildiği üzere, “gazetecinin Türkiye’de çalışıyor olması” aranmaksızın, Türk hukukuna tabi bir internet haber sitesinde iş sözleşmesiyle çalışan gazeteciler, Basın İş Kanunu kapsamında yer alabilecektir. Nitekim internet gazeteciliğinde zaman sınırı ve erişim sınırı gibi *mekân sınırı* da ortadan kalkmış; uzaktan çalışma yöntemleriyle bütün herkesin aynı ofiste çalışmasına gerek kalmamıştır. Gelişen teknoloji sayesinde internet aracılığıyla işyerine hiç uğramadan (tele çalışma yöntemiyle) gazetecilik yapanların sayısında büyük bir artış olduğundan söz etmek mümkündür.⁶⁵ Belirtelim ki, Türkiye dışından tele çalışma yöntemiyle gazetecilik yapan bir kimsenin işvereni ile arasındaki iş ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, genel hükümlere göre (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.24⁶⁶ ve 27⁶⁷) belirlenecektir.⁶⁸

⁶⁴ Kurtişoğlu Yücel, s.37.

⁶⁵ Tele çalışmanın basın sektöründe yaygın olduğu yönünde bkz. Şakar, s.285. Gazetecilerin gazetecilik yapma pratiklerinin ve gazetecilik tanımının bu gelişmelerle birlikte büyük ölçüde genişlediği; internet haber siteleri ve internet gazeteciliğinin bu dönüşümün en önemli ürünlerinden bir tanesi olduğu yönünde detaylı bilgi için bkz. Fırat, s.53 vd.

⁶⁶ 5718 sayılı Kanunun sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin 24. maddesi şöyledir: “(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk se-

Açıklanan nedenlerle, kanımızca Basın İş Kanununda gerekli değişikliklerin ivedilikle yapılması ve bu değişiklik yapılanaya kadar 6112 sayılı Kanunun yer bakımından kapsama ilişkin ilgili hükümlerinin internet haber siteleri için de *kıyasen* uygulanması yerinde olacaktır.

4. Her Türü Fikir ve Sanat İşlerinde Çalışıyor Olma

İnternet haber sitesinde çalışan bir kimsenin Basın İş Kanununa tabi olabilmesi için aranan diğer bir koşul, kanun kapsamına giren bir işyerinde fikir ve sanat işlerinde çalışıyor olmasıdır. Fikir ve sanat işinde çalışma kriteri, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesi kapsamında, doğrudan gazetecilikle ilgili alanlarda çalışmayı; gazetecilik mesleğini icra etmeyi ifade eder.⁶⁹ Buna göre bir gazetenin yazımına/oluşturulmasına “doğrudan” ve “sürekli” bir şekilde düşünsel ve sanatsal katkı sunan bir kimse, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak kabul edilir.⁷⁰

Doktrinde isabetle ifade edildiği üzere, yapılan işin Basın İş Kanunu kapsamına girip girmediği tespit edilirken fikir ve sanat işleri bir bütün olarak ele alınır ve yapılan işin hem fikir işi hem de sanat işi olması aranmaz.⁷¹ Buna göre

çimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.”

⁶⁷ 5718 sayılı Kanununun iş sözleşmelerine ilişkin 27. maddesi şöyledir: “(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Kurtişoğlu Yücel**, s.37.

⁶⁹ **İçel**, s.247; **Sarmaşık**, s.91; **Şakar**, s.300; **Göktaş/Çil**, s.6.

⁷⁰ **Süzek**, s.220.

⁷¹ **Şuğle** (2001), s.65-66; **Şuğle** (2006), s.29; **Başterzi**, s.30; **Soyer**, s.619; **Sümer** (2020), s.39. Basın İş Kanununun bütün fikir işçilerini değil, “fikir ve sanat işinde” çalışanları kapsamına aldığı yönünde bkz. **Narmanlıoğlu**, s.101-103.

yapılan işin fikir işi ya da sanat işi olması gerekli ve yeterlidir. Örneğin doktrin-
de, Fransız Hukukuna paralel şekilde, kişinin faaliyetinin az ya da çok *enformasyon*
(haber veya bilgi alma/verme) ve *aktüalite* (güncellik) unsurlarını bir arada
taşıması halinde yapılan faaliyetin gazetecilik olduğu belirtilmektedir.⁷²

Yargıtay'ın yerleşik içtihadında sıklıkla yer verildiği üzere; yazar, köşe yazarı,
muhabir, haber müdürü, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman,
ressam, karikatürist gibi doğrudan gazetecilik mesleğine mensup (fikir ya da sanat
işini yapan) kimseler gazeteci olarak değerlendirilirler. Öte yandan Basın İş Kanunu
kapsamına giren bir işyerinde teknik sorumlu, şoför, güvenlik görevlisi, sekreter,
muhasabe elemanı, basımevi çalışanı, dağıtım sorumlusu, satış ve pazarlama gibi
fikir veya sanat işi olmayan işlerde çalışan mali, teknik veya idari personel gazeteci
olarak değerlendirilmezler.⁷³ Bu kimselerin iş sözleşmesi ile istihdam edilmeleri
halinde, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışına çıkarılmadıkları için, kendileri-
ne 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.⁷⁴

Buna göre internet haber sitelerinde çalışan genel yayın yönetmeni, haber
müdürü, haber yönetmeni, yazı işleri müdürü, haber koordinatörü, editör, içe-
rik editörü, teknik editör, grafik editörü, editör yardımcısı, ses yönetmeni, mu-
habir, kameraman, kurgu personeli, spiker, sunucu, redaktör, çevirmen, çizer,
karikatürist, video içerik sorumlusu, (iş sözleşmesiyle çalışıyor ise) köşe yazarı
gibi çalışanlar Basın İş Kanununa tabi gazeteci kabul edilirler.

Yukarıda değindiğimiz üzere, internet sitesinin habercilik faaliyetleri dışın-
da başka tür faaliyetlerinin aynı sitede bir arada bulunması da mümkündür.
İlgili internet sitesinin bu faaliyetleri uyarınca internet haber sitesi olarak kabul

⁷² Şuğle (2001), s.76; Şuğle (2006), s.29-30; Sümer (2020), s.38-39; Sümer (2007), s.389; Şakar,
s.301; Gökçek Karaca, s.84; Göktaş/Çil, s.7; Koçer, s.21-22; Kurtişoğlu Yücel, s.45-46.

⁷³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/30660, K: 2009/8953, T: 31.03.2009; Yargıtay 9. Hukuk
Dairesi, E: 2011/29884, K: 2013/6346, T: 21.02.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:
2010/42505, K: 2013/8051, T: 07.03.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/3011, K:
2018/13953, T: 26.06.2018; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2015/9-2310, K: 2017/1086, T:
07.06.2017 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 16.01.2023). Ayrıca bkz. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.313.

⁷⁴ **Akyiğit**, s.103; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.313-314; **Süzek**, s.221.

edilmesi halinde, sitenin haberle ilgili birimlerinde çalışanların ve haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlayan kişilerin de Basın İş Kanunu kapsamında fikir ve sanat işi yapma koşulunu sağladığı kabul edilmelidir. Bu tür bir yorum, Yargıtay'ın özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden vermiş olduğu kararlarla⁷⁵ da uyumlu olacaktır.

5. İş Sözleşmesiyle Çalışıyor Olma

Türk hukukunda gazetecilik mesleğinin ifa edilebilmesi yönünden serbesti sistemi kabul edilmiştir. Buna göre gazeteci olarak çalışacak bir kimsenin sicile kaydolması yahut herhangi bir özel koşulu yerine getirmesi söz konusu değildir.⁷⁶ Gazeteci ile işveren arasında tarafların serbest iradesiyle yapılmış bir sözleşmenin (iş sözleşmesinin) varlığı gerekli ve yeterlidir.

Açıklanan nedenle, internet haber sitesinde çalışan bir kimsenin Basın İş Kanununa göre gazeteci kabul edilebilmesinin diğer bir koşulu, kendisi ile işvereni arasındaki ilişkinin *iş sözleşmesine* dayanmasıdır.⁷⁷ Diğer bir anlatımla, internet haber sitesinde çalışan kişinin fikir veya sanat işinde çalışmasının yanı sıra, ücret karşılığında, işverene bağımlı olarak ve devamlı bir şekilde iş görüyor olması; tarafların iş ilişkisinde iş sözleşmesinin unsurlarının (ücret, iş görme ve bağımlılık) bulunması gerekir. Ancak gazeteci ile işvereni arasındaki bağımlılık ilişkisinin ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinin (doktrindeki yaygın kullanımla basın iş sözleşmesinin) kendine özgü bir niteliği olduğunu; gazetecinin işverene olan bağımlılığının gazetecilik mesleğinin yapısı gereği daha zayıf görünümde olduğunu vurgulamak gerekir.⁷⁸

⁷⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/696, K: 2022/2700, T: 01.03.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.02.2009, E: 2007/34332, K: 2009/2754; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/10771, K: 2013/15257, T: 21.05.2013; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/7380, K: 2014/6499, T: 18.03.2014 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 01.02.2023).

⁷⁶ **Sümer** (2020), s.28; **Güngör Dindar**, s.2; **Kurtişoğlu Yücel**, s.31.

⁷⁷ **Akyiğit**, s.103; **Şakar**, s.279; **Görmüş, Ayhan** (2008) “Basın İş Sözleşmesi”. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:21, S:5-6, s.61; **Güngör Dindar**, s.17; **Kurtişoğlu Yücel**, s.57.

⁷⁸ **Şakar**, s.279-280, 282; **Görmüş**, s.61; **Gökçe**, s.25; **Güngör Dindar**, s.24-25; **Kurtişoğlu Yücel**, s.65-66.

Ayrıca bu ilişkinin tam zamanlı olması da zorunlu değildir. Gazeteci ilgili işyerinde tam zamanlı çalışabileceği gibi kısmi süreli de çalışabilecektir. Gazetecinin aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, aynı zamanda gazetecilik dışında başka bir işte veya gazetecilik alanında başka bir işveren için çalışabilmesi ve gelir elde etmesi de mümkündür (BİK m.13/1).⁷⁹ Yine gazetecinin iş sözleşmesi belirli süreli olabileceği gibi herhangi bir süre sınırı bulunmaksızın (belirsiz süreli) de olabilecektir.⁸⁰

Basın İş Kanununda gazeteci ile yapılacak iş sözleşmesi tanımlanmamış ve bu sözleşmeye ilişkin doğrudan bilgilere yer verilmemiştir. Ancak Kanunun 4. maddesinde “gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması(nın) mecburi (olduğu)” hususuna ve iş sözleşmesinde bulunması zorunlu olan unsurlara (işin türü, ücret miktarı ve gazetecinin kıdemi) yer verilmiştir. Böylelikle gazetecinin iş sözleşmesi dolaylı olarak tanımlanmış ve Basın İş Kanununa tabi gazetecinin iş sözleşmesi ile çalışan gazeteci olduğu düzenlenmiştir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, gazeteci ile işvereni arasında yapılan iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması veya yazılı şekilde yapılmasına karşın zorunlu unsurları içermemesi halidir. Nitekim kanun metninde yer alan yazılılık şartının geçerlilik şartı mı ispat şartı mı olduğu hususu uzun yıllar doktrinde tartışılmış ve konuya ilişkin farklı görüşler ortaya konulmuştur. Kanımızca gazetecinin iş sözleşmesi bakımından yazılılık koşulunu ispat şartı olarak değerlendirmek ve salt yazılı yapılmadığı için geçersiz kabul etmek gere-

⁷⁹ “Mahkemece, davacının başka işyerlerinde çalışmasının bulunması, davalı ile aralarında iş sözleşmesi bulunmadığının işareti olarak değerlendirilmiş ise de; mevzuatımızda, davacının aynı anda birden fazla işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmasını yasaklayan bir düzenleme(nin) bulunma(dığı)” yönünde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/11734, K: 2018/7875, T: 27.03.2018; “Davacının başka bir işyerinde çalıştığına dair sigortalı kaydının kayden görünmesi(nin) sonuca etkili (olmadığı); zaten davacı(nın) kısmi çalışma yapmakta (olduğu) ve kaydın bu kısmi çalışma(ya) engel (olmadığı)” yönünde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/30228, K: 2015/29979, T: 26.10.2015 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 01.02.2023). Ayrıca bkz. **Narmanlıoğlu**, s.91-92.

⁸⁰ **Sümer** (2020), s.44; **Şakar**, s.286; **Güngör Dindar**, s.32; **Kurtişoğlu Yücel**, s.96-97.

kir. Nitekim doktrindeki çoğunluk görüşü⁸¹ ve Yargıtay'ın ilgili kararları⁸² da bu yödedir. İş sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurların bulunmaması halinde de benzer bir durumdan söz etmek mümkündür. Buna göre iş sözleşmesinin BİK m.4'te belirtilen koşullara uygun olarak yapılmamış olması halinde gazetecinin iş sözleşmesi geçerli kabul edilerek hüküm ve sonuçlarını doğuracak; işveren hakkında ise bu hükme aykırı davranması nedeniyle idari para cezası yaptırımını uygulanacaktır (BİK m.26/1-a).

Buna göre “serbest gazeteci” olarak adlandırılan ve belirli bir işverene (basın kuruluşuna) bağlı olmadan kendi hesabına çalışan ve yapmış olduğu haberleri satarak (parça başına ücret usulüyle) geçimini sağlayan kimseler, bu tür bir bağımlılık ilişkisinin bulunmaması nedeniyle Basın İş Kanununa göre gazeteci olarak kabul edilmezler ve kendilerine Basın İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Telif ücreti karşılığında çalışan bu kimseler, somut olaya göre yayın, eser veya vekalet sözleşmesi ile çalışmaktadırlar.⁸³ Bu nedenle kendilerine, tarafı oldukları sözleşme türü uyarınca, Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Örneğin iş sözleşmesine tabi olmaksızın bir gazeteye günlük ya da haftalık köşe yazıları yazan bir kimse, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak kabul edilmez.⁸⁴

Açıklanan sebeplerle internet haber sitesinde çalışan bir kimsenin basın iş sözleşmesiyle çalışıp çalışmadığının tespiti yukarıda değinilen esaslara göre yapılır. Ancak bu belirlemede tarafların kendi aralarında yapmış oldukları hukuki niteleme dikkate alınmaz⁸⁵; gazetenin fiilen yaptığı işin niteliği belirleyici olur.

⁸¹ Örneğin bkz. **Göktaş/Çil**, s.27; **Şakar**, s.288; **Gökçe**, s.24; **Uçum, Mehmet/Karataş, Hüseyin** (2007) “Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:4, S:14, s.581; **Şahin/Avşar**, s.123. Yazılılık koşulunun geçerlilik şartı olmadığı, gazetecinin haklarının açığa kavuşturulması açısından önlem niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Şuğle** (2006), s.32. Benzer yönde bkz. **Kurtişoğlu Yücel**, s.61.

⁸² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1999/13238, K: 1999/15919, T: 18.10.1999 (**Göktaş/Çil**, s.17); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1964/562, K: 1964/761, T: 13.02.1964 (**Göktaş/Çil**, s.32).

⁸³ **Görmüş**, s.62.

⁸⁴ **Sümer** (2020), s.45; **Soyer**, s.626; **Şakar**, s.283.

⁸⁵ “Her ne kadar davalı taraf, muavin kayıtlarını sunarak bu ödemelerin telif ödemesi olduğunu ileri sürmüş ise de, hakim(in) tarafların nitelemesi ile bağlı (olmadığı)” yönünde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/11734, K: 2018/7875, T: 27.03.2018 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 01.02.2023).

Diğer bir anlatımla, bağımlı bir iş ilişkisinin varlığı halinde, taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi olmasa yahut yapılan sözleşme taraflarca (iş sözleşmesi dışında) farklı şekilde isimlendirilmiş olsa dahi, yargı önüne taşınan bir uyuşmazlıkta internet haber sitesinde çalışan bir kimsenin Basın İş Kanununa tabi olduğuna hükmedilebilecektir.⁸⁶ Böylelikle gazeteci, bu Kanundan doğmuş veya doğacak haklarını zamanaşımı süreleri içinde talep edebilecektir. Nitekim uygulamada (basın) iş sözleşmesi imzalamadan çalıştırılan gazeteci sayısının, basın iş sözleşmesi tarafı olan gazetecilerin yaklaşık beş katı olduğuna ilişkin veriler⁸⁷ göz önünde bulundurulduğunda, bu hususun önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Örneğin Yargıtay 31.05.2010 tarihli kararında, taraflar arasında imzalanan telif sözleşmesi ile davacının Basın İş Kanununa tabi bir işyerinde grafiker tasarımcı olarak çalıştırıldığı ileri sürülse de, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi uyarınca çalışma ilişkisinin telif sözleşmesine değil iş sözleşmesine tabi olduğuna hükmetmiştir.⁸⁸ 26.10.2015 tarihli bir diğer kararında Yargıtay, taraflar arasında yazılı bir sözleşme yapılmaksızın ulusal bir gazeteye evden çalışmak suretiyle düzenli olarak karikatür çizen davacının çalışmasının, davalının iddia ettiği

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Şakar, s.265.

⁸⁷ Şahin/Avşar, s.126.

⁸⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/21771, K: 2010/15108, T: 31.05.2010 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 17.01.2023). “Dosya kapsamına göre, davacının davalı adına maç takibi ve bu maçlara ilişkin olarak muhabirlik hizmeti ile ilgili olarak yetkilendirildiği ve davacının tarihi ve yeri önceden belli olan bu maçları düzenli şekilde takip ederek, kendisine verilen işi yerine getirdiği, belli bir zaman dilimi içinde bu işin sonucunu davalı şirkete ulaştırdığı, şirketçe davacının sunduğu hizmet doğrultusunda yayın işleminin gerçekleştirildiği sabittir. Davalı tarafça, işin ifasında kullanılan malzemelerin davacıya ait olduğu iddia edilmediği gibi, davacının işin ifası yönünden, iş seçimi veya maç seçimi yapmak gibi sınırsız bireysel karar verme özgürlüğüne sahip olduğu da söylenemez. Dosya içinde bulunan 2009 yılı sonrasına ait banka kayıtları incelendiğinde, davacıya 2009-2010-2011-2012 yıllarında neredeyse her ay düzenli olarak ödeme yapıldığı tespit edilmektedir. (...). Bu bakımdan somut olay yönünden gerek bağımlılık unsurunun gerekse ücret unsurunun gerçekleştiği görülmekte olup, davacının iş sözleşmesi ile çalıştığı kabulü gerekirken, davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.” şeklinde aynı yönde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/11734, K: 2018/7875, T: 27.03.2018 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 01.02.2023).

gibi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığına hükmetmiştir.⁸⁹

SONUÇ

Medya ve gazetecilik alanında yaşanan teknolojik gelişmeler ve internet haber sitelerinin haberlere erişim bakımından basılı süreli yayınlar karşısındaki üstünlüğü, Türk basın mevzuatında uzun bir süre kendine karşılık bulamasa da 18.10.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 7418 sayılı Kanunla konuya ilişkin önemli düzenlemelere gidilmiştir. Bu çalışmada 7418 sayılı Kanunla internet haber sitelerine ilişkin getirilen düzenlemelerin hüküm ve sonuçlarını ele almak amaçlanmıştır.

7418 sayılı Kanun, özellikle internet haber siteleri yönünden ortaya çıkan yasal boşlukları doldurmak ve basılı süreli yayınlar ile internette yayın yapan süreli yayınlar arasındaki eşitsiz uygulamaları gidermek adına 5187 sayılı Basın Kanununa çeşitli hükümler eklemiştir. Böylelikle internet haber siteleri için internet sitelerinden ayrı bir hukuki rejim yaratılmıştır.

Bu değişiklikler uyarınca bir internet haber sitesinin Basın Kanunu kapsamında değerlendirilebilmesi ve kanunun düzenlediği hak ve yükümlülükler kapsamına girebilmesi için, beyanname verme yükümlülüğü getirilmiş; ancak beyanname vermemek bir yaptırıma bağlanmamıştır. Böylelikle internet haber siteleri arasında “beyanname veren ve Basın Kanununa tabi olan” - “beyanname vermeyen ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna (genel hükümlere) tabi olan” şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Ancak bu ikili ayırımın internet haber sitelerine ilişkin hükümlere yer verilen diğer kanun metinlerine etkisi ayrıca düzenlenmemiş ve bu konuda bir belirsizliğin ortaya çıkmasına neden olunmuştur.

Yapılan değişikliklerle birlikte internet haber sitelerinin hukuki bir rejime kavuşmasını özü itibarıyla oldukça yerinde bir düzenleme olarak belirtmek gerekir.

⁸⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/30228, K: 2015/29979, T: 26.10.2015 (<<https://legalbank.net/>> s.e.t. 17.01.2023).

Nitekim internet haber sitelerinin Basın Kanunu kapsamına alınmalarının en önemli iki sonucu, bu yerlerde çalışmakta olan gazetecilerin, diğer koşulları da sağlamaları halinde artık basın kartı alabilecek olmaları ve internet haber sitelerinin diğer süreli yayınlar gibi resmi ilan ve reklam alabilecek olmalarıdır. Öte yandan, internet haber siteleri yönünden ikili bir rejim yaratılmasının uygulamadaki dezavantajlarının zaman içerisinde ortaya çıkacağını belirtmek gerekir.

7418 sayılı Kanun, 5187 sayılı Basın Kanunu dışında 5953 sayılı Basın İş Kanununda da internet haber siteleri yönünden değişikliğe gitmiştir. İlgili değişiklikle birlikte internet haber sitelerinde çalışan kimseler de kanundaki diğer koşulları sağlamaları kaydıyla Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci kabul edilmişlerdir. Ancak bu değişiklik, Basın Kanunundaki detaylı hükümlerin aksine, Basın İş Kanunundaki ilgili maddeye “internet haber siteleri” ibaresinin eklenmesi yoluyla yapılmıştır. Kanunkoyucunun bu tercihi, kanımızca beraberinde çeşitli sorunları da barındırmaktadır.

Bilindiği üzere Basın İş Kanununun gazetecilik ilişkilerinde bir süredir uygulama kabiliyetinin olmadığı, doktrinde de sıklıkla dile getirilen hususların başında gelmektedir.⁹⁰ Nitekim 1952 yılında kabul edilen bu Kanun, uzun bir süredir günceli yakalamaktan uzak kalmıştır. Her ne kadar 2014 yılındaki yasa-ma faaliyetleri sırasında basın sektöründeki aktörlerin de katılımıyla internet haber sitelerinde çalışanların Basın İş Kanununa eklenmesine ilişkin çalıştaylar gerçekleştirilmiş ve uygulayıcılardan ve öğretiden görüş alışverişinde bulunmuş olsa da 7418 sayılı Kanunun kabul sürecinde bu tür çalıştaylar yapılmamıştır.⁹¹ Böylelikle 5953 sayılı Kanunda, uygulamadaki problemleri çözmek konusunda bazı sıkıntılar barındıran bir değişikliğe gidilmiştir.

⁹⁰ Gazetecilik ilişkilerinde Basın İş Kanununun yaygın olmadığı; günümüz gazeteciliğinin kanunun uygulamasından dışlanmış olduğu yönünde bkz. **Şahin/Avşar**, s.114-115, 127; Basın İş Kanununun Türk medyasında büyük ölçüde fiilen uygulanmadığı yönünde bkz. **Şakar**, s.265; “*Basın İş Kanunu’nun eski tarihli bir kanun olması sebebiyle günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğu (...) son dönemde basın iş hukukunun Yargıtay kararları ile şekillendiği (...)*” yönünde ayrıca bkz. **Kurtişoğlu Yücel**, s.38.

⁹¹ **Türkiye Gazeteciler Cemiyeti**, “Eylül 2014 Raporu”, <<https://www.tgc.org.tr/raporlar/basin-raporlari/158-eylul-2014-raporu.html>> s.e.t. 25.01.2023. Ayrıca bkz. **Şahin/Avşar**, s.133-134; **Dolgunyürek**, s.231.

Amacı itibariyle 7418 sayılı Kanunun Basın İş Kanununda yaptığı değişiklikleri isabetli bulmak gerekir. Ancak bu değişikliğin daha açık ve tereddüte yer vermeyecek bir şekilde düzenlenmesi; Basın İş Kanunu yönünden internet haber sitesinin ne anlama geldiğinin hüküm ve sonuçlarıyla belirtilmesi gerekirdi. Nitekim getirilen bu değişiklik, 2014 yılında yasallaşmayan ilgili kanun tasarısındaki metnin, gecikmeli olarak ve aynen kanunlaşmasından ibarettir. 2014 tarihli kadük tasarı ile 2022 tarihli yasalanan tasarı metinleri kıyaslandığı zaman, internet haber sitelerine ilişkin hususların her iki metinde oldukça benzer oldukları görülmektedir. Tabiri caizse internet haber sitelerine ilişkin düzenlemeler, sekiz yıllık bir gecikmeyle kanunlaşmıştır. Bu değişikliğin günümüz ihtiyaçlarını karşılamak konusunda yerinde olup olmadığı ise tartışmalıdır. Teknoloji alanındaki hızlı değişim göz önünde bulundurulduğu zaman, dijital medya ve gazetecilikte sekiz yıl uzun bir süredir. Diğer bir ifadeyle, sekiz yıl öncesi için tatmin edici olarak nitelenebilecek bu düzenlemelerin, günümüz için de aynı düzeyde bir beklentiyi karşıladığını söylemek güçtür.

Basın İş Kanununa eklenen internet haber sitesi ibaresinin, Basın Kanunu hükümlerine göre beyanname vermeyen internet haber sitelerini kapsayıp kapsamadığı hususu ilgili değişiklikle birlikte aydınlatılmamıştır. Kanımızca Basın İş Kanununa, bu kanunun uygulanması bakımından internet haber sitesi ile ifade edilenin ne olduğuna ilişkin bir tanımın eklenmesi gerekirdi. Bunun dışında, internet haber siteleri ibaresi kanun metninde mevcut bir cümlenin orta yerine eklenerek, bu cümlenin başında yer alan “Türkiye’de yayınlanan” şeklindeki nitelermelerin internet haber sitesi için de aranması gerektiği şeklinde bir duruma yol açılmıştır. Ancak yukarıda detaylarıyla yer verildiği üzere, internet yayıncılığı özü itibariyle coğrafi sınırsızlık prensibine dayanır; üstelik bir internet sitesinin yayın faaliyetlerinin tam olarak hangi ülke üzerinden yapılmakta olduğunun tespiti de çoğu zaman mümkün değildir. Bu sebeple “Türkiye’de yayınlanma” gibi bir koşulun, Basın İş Kanunu kapsamına girmek için internet haber siteleri yönünden aranmaması gerekir. Kanımızca 6112 sayılı Kanunda yer alan ve kanunun yer bakımından kapsamını ifade eden “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yargı yetkisi altında yapılan (...) yayın hizmetleri*” şeklindeki ibarenin, Basın İş Kanununa tabi internet haber siteleri yönünden de kıyasen aranması yerinde bir uygulama olabilecektir.

Son olarak, Basın İş Kanununa eklenen internet haber sitesi ibaresinin, yeni nesil dijital gazetecilik pratiklerinin tamamını kapsamaktan uzak olduğunu da belirtmek gerekir. Günümüzde dijital gazetecilik, sosyal medya gazeteciliği, alternatif gazetecilik, youtube gazeteciliği, serbest gazetecilik gibi farklı şekillerde ve mecralarda yerine getirilmektedir. Açıklanan sebeplerle Basın İş Kanununun kapsamına internet haber sitelerinde çalışmakta olan gazetecilerin yanı sıra youtube gibi video paylaşım sitelerinde bağımlı gazetecilik faaliyeti yürütmekte olan kimselerin de alınması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2019) “Türk İş Hukukunda Gazeteci”: Kahraman, Nazan/Yılmaz, Timur (Editörler), V. Uluslararası Kültür Sempozyumları: Uluslararası Türk Dünyası Basın Sempozyumu-Sempozyum Bildirileri Tam Metin Kitabı, Ankara, KIBATEK Yayınları, s.1-24.
- Avşar, Zakir/Şahin, Muzaffer** (2022) “Türkiye’de ve Dünyada Basın Kartı Uygulamalarının Tarihsel ve Hukuki Çerçeve İncelenmesi”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, C:10, S:2, s.1206-1223.
- Başterzi, Süleyman** (2011) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Ankara, Kamu-İş Yayınları, s.1-131.
- Çakır, Hamza** (2007) “Geleneksel Gazetecilik Karşısında İnternet Gazeteciliği”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:22, s.123-149.
- Çetinkaya, Aysel** (2018) İçerik Üretiminden Reklama Çevrimiçi Gazetecilik, Ankara, Nobel Yayıncılık.
- Dolgunyürek, Döndü Özlem** (2018) “Gazeteciliğin Yeni Boyutu: İnternet Gazeteciliği” (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fırat, Ceren** (2022) “Basın İş Hukukunda Uzaktan Çalışma ve Dijitalleşme” (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gökçe, Sibel** (2010) Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecilerin Hakları ve Mesleki Sorunları, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Gökçek Karaca, Nuray** (2020) Basın İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin** (2003) Açıklamalı İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Görmüş, Ayhan** (2008) “Basın İş Sözleşmesi”. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:21, S:5-6, s.60-69.
- Güngör Dindar, Dilge** (2022) “Gazetecinin İş Sözleşmesi ve Sözleşmenin Sona Ermesi” (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İçel, Kayıhan** (2021) Kitle İletişim Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- İnce, Mustafa** (2018) Haber Edinme Aracı Olarak İnternet ve İnternet Haberciliği, Konya, Eğitim Yayınevi.

- Kalsın, Berrin** (2016) “Geçmişten Geleceğe İnternet Gazeteciliği: Türkiye Örneği”, *International Journal of Social Science*, S:42, s.75-94.
- Kılıç, Seyfi** (2019) *İnternetin Ekonomi Politikası ve Türkiye’de İnternet Gazeteciliği*, Ankara, Nobel Yayıncılık.
- Kırış, Ferhat Tuna** (2016) “Basın İş Hukuku Bakımından İnternet Gazeteciliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:90, S:5, s.155-159.
- Koçer, Serdar** (2019) “Gazetecilik Pratikleri ve Basın İş Hukuku” (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Köme Akpulat, Ayşe** (2019) “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:1, s.224-236.
- Kurtişoğlu Yücel, Ezel** (2022) *Basın İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) *İş Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Özkan Kutlu, Tezcan** (2018) *Yeni İletişim Teknolojileri Bağlamında Yeni Gazeteci Kimliği*, Ankara, Gece Akademi.
- Özkepir, Ramazan/Kocaman, Salih Zeki/Kart, Erkal Hilmi** (2022) *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Öztekin, Alp** (2022) “İnternet Haberciliğinde Neler Değişiyor? (Basın Kanunu Değişiklik Teklifi Değerlendirmesi 5)”, *Hukuki Haber*, 21.07.2022, <<https://www.hukukihaber.net/internet-haberciliginde-neler-degisiyor-basin-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-5-makale,10106.html>> s.e.t. 24.12.2022.
- Sarmaşık, Jale** (2022) *Kitle İletişim Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Soyer, Polat** (2016) “Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C:13, S:50, s.609-629.
- Sümer, Haluk Hadi** (2007) “Basın İş Kanunu Elektronik Ortamda Gazetecilik Yapan Kişiler Hakkında Uygulanabilir Mi?”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku-na İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, C:2, S:6, s.385-399.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) *Bireysel Basın İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Süzek, Sarper** (2021) *İş Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

- Şahin, Muzaffer/Avşar, Zakir** (2016) “Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C:6, S:2, s.113-138.
- Şakar, Müjdat** (2022) İş Hukuku Uygulaması, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şuğle, Mehmet Ali** (2001) İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara, ÇGD Yayınları.
- Şuğle, Mehmet Ali** (2006) “Basın İş Kanununun Kişi Bakımından Kapsamı, Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.20-37.
- Taneri, Esin/Turan, Yağmur** (2015) “Specific Regulations on the News Websites and Legal Issues Thereof”, GSI Articleletter, Part 12, s.159-176. <https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2015_Summer/GSI_Articleletter_2015_Summer_Article12.pdf> s.e.t. 22.12.2022.
- Türkiye Gazeteciler Cemiyeti**, “Eylül 2014 Raporu”, <<https://www.tgc.org.tr/raporlar/basin-raporlari/158-eylul-2014-raporu.html>> s.e.t. 25.01.2023.
- Türkiye Gazeteciler Cemiyeti**, “Temmuz 2014 Raporu”, <<https://www.tgc.org.tr/raporlar/basin-raporlari/160-temmuz-2014-raporu.html>> s.e.t. 30.01.2023.
- Uçum, Mehmet/Karataş, Hüseyin** (2007) “Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:4, S:14, s.576-604.
- Yıldız, Sevil** (2021) Medya ve Hukuk, 5. Baskı, Ankara, Nobel Yayınevi.

İnternet Kaynakları

- <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/255000-basin-karti-mucadelesini-gazeteciler-kazandi>> s.e.t. 03.02.2022.
- <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/262092-basin-karti-yonetmeliginde-yurutmenin-durdurulmasi-karari-kalkti>> s.e.t. 03.02.2022.
- <<https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/270035-danistay-basin-karti-yonetmeliginde-7-maddenin-yurutmesini-durdurdu>> s.e.t. 03.02.2022.
- <<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/danistay-basin-karti-yonetmeligine-iliskin-yurutmenin-durdurulmasi-kararini-kaldirdi>> s.e.t. 03.02.2022.
- <<https://internet2.btk.gov.tr/sitesorgu/>> s.e.t. 28.12.2022.
- <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.02.2022.
- <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0893.pdf>> s.e.t. 22.12.2022.
- <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4471.pdf>> s.e.t. 20.03.2023.

A COMPARATIVE LEGAL, ECONOMIC AND STRUCTURAL ANALYSIS OF CHALLENGING SHAREHOLDERS' RESOLUTIONS UNDER TURKISH AND ENGLISH LEGAL SYSTEMS^(*)

Yavuz Selim GÜNAY^(**)

ABSTRACT

English law system and Turkish law systems have different approaches to protection of shareholders and challenging shareholder resolutions. These differences have important historical, economic background reasons and also economic and legal outcomes. In order to understand reasons for these differences an economic as well as a legal and cultural analysis should be conducted. Difference in the corporate ownership structures of these legal systems is the primary underlying reason; effective ex ante contractual minority protection mechanisms under English legal system is the second reason, and finally differences in legal nature of shareholder rights under these law systems is the third reason for the different approaches of these legal systems towards challenging shareholder resolutions. It is also important to analyze the legal and economic efficiency of the two legal systems in terms of challenging shareholders resolutions. Considering applicable legal institutions regarding challenging shareholders resolutions, it is possible to say that the English legal system is economically more efficient however due to the uncertainties and complexities involved, the English legal system can be characterized as legally less efficient.

Keywords

Shareholder's Resolutions, Minority Protection, Agency Conflict, Corporate Ownership Structure, Shareholder Litigation, Economic Analysis of Law, Shareholder Rights.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1267056 - **Geliş Tarihi:** 17.03.2023 - **Kabul Tarihi:** 27.05.2023.

^(**) Avukat; Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Ankara-Türkiye,

E-posta: yselimgunay@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0000-2960-2134>.

TÜRK VE İNGİLİZ HUKUK SİSTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ DAVASININ HUKUKİ, EKONOMİK VE YAPISAL ÖZELLİKLERİNİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

ÖZET

Anonim şirketlerde azlık pay sahiplerinin korunması ve genel kurul kararlarının iptali bakımından İngiliz ve Türk hukuk sistemleri farklı yaklaşımlara sahiptir. Bu farklılıkların tarih, ekonomi gibi önemli yapısal sebepleri olmakla birlikte hem şirketler hem de hukuk sistemleri bakımından önemli ekonomik ve hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Türk ve İngiliz hukuk sistemleri arasındaki bu farklılıkların anlaşılabilmesi için bu kurumlara ilişkin hukuki analizin yanı sıra ekonomik ve kültürel analizin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Genel kurul kararlarının iptali bakımından Türk hukuku ile İngiliz hukuku arasındaki farklılıkların temel sebebi olarak bu ülkelerde kurulmuş olan şirketlerin pay sahipliği yapısı ön plana çıkmaktadır. İngiliz hukukunda tarihsel olarak yer alan azlığın sözleşmesel yöntemlerle korunması ile ilgili hukuki kurumlar ve pay sahipliğinin hukuki niteliğine ilişkin olarak her iki hukuk sistemi arasındaki yaklaşım farkı ise ön plana çıkan diğer bir sebeptir. Genel kurul kararlarının iptali davaları bakımından her iki hukuk sistemi arasındaki farkların hukuki ve ekonomik etkinlik analizlerinin gerçekleştirilmesi de önem arz etmektedir. İngiliz hukuk sisteminin genel kurul iptali davalarının neticeleri bakımından ekonomik olarak daha etkin olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, içerdği belirsizlikler ve karmaşıklıklar dolayısıyla İngiliz hukuk sistemi genel kurul kararlarının iptali davalarının hukuki etkinliği bakımından daha az etkin olarak nitelendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler

Genel Kurul Kararı, Azlığın Korunması, Menfaat Çatışması, Pay Sahipliği Yapısı, Hissedarlık Davaları, Pay Sahipliği Hakları, Hukukun Ekonomik Analizi.

INTRODUCTION

The basic division of power within a company is that the management power is vested in the board of directors while shareholders keep very limited powers¹. However, powers/decisions of shareholders have a vital function for the management of the company.² These powers include but are not limited to the right to alter the articles of association, increase or reduce the share capital, appoint directors or approve certain transactions³.

In terms of the democracy of corporate capitalism, majority shareholders have a legitimate right to exercise management power over the company⁴. However, domination or more provocatively '*tyranny of the majority*'⁵ is a source of concern for the minority shareholders⁶. There are many ways⁷ for the majority to exploit/oppress the minority⁸.

Accordingly, all these possibilities show that there is an agency conflict between the minority and the controlling shareholders⁹ and addressing this

¹ **Hannigan, Brenda** (2016) *Company Law*, Oxford University Press, USA, p. 418.

² **Davies, Paul. L./Worthington, Sarah/Micheler, Eva** (2012) *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (Vol. 20088), London, Sweet & Maxwell, p. 435.

³ **Hannigan** (2016), p. 418.

⁴ **Barker, Roger/Chiu, Iris H-Y.** (2015) "Protecting Minority Shareholders in Blockholder-Controlled Companies: Evaluating the UK's Enhanced Listing Regime in Comparison with Investor Protection Regimes in New York and Hong Kong", *Capital Markets Law Journal*, Vol: 10, No: 1, p. 101.

⁵ **Barker/Chiu**, p. 101.

⁶ **Kaya, Mustafa İsmail** (2014) "Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, V: 30, N: 4, p. 47.

⁷ Amending the articles of association of the company, changing the expectations of the minority about their position in the management of the company, providing excessive financial benefits to directors, related party transactions, compulsory transfer of the minority shareholder' shares, merger and acquisition transactions with unfair conditions to the detriment of the minority can be listed as examples of abuse of the majority.

⁸ **Kershaw, David** (2012) *Company Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, p. 583-585; **O'Neal, F. Hodge** (1987) "Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights", *Clev. St. L. Rev.*, Vol: 35, p. 121.

⁹ **Kraakman, Reinier/Armour, John/Davies, Paul/Enriques, Luca/Hansmann, Henry/Hertig, Gerard/Hopt, Klaus/Kanda, Hideki/Rock, Edward** (2017) *The Anatomy of Corporate Law*:

conflict (protection of the minority) has key importance in terms of long-term existence and development of a company¹⁰. A law system that provides inadequate protection for minority shareholders cannot create an attractive investment environment because inadequate protection will directly damage enthusiasm of investors to invest¹¹. Except for investors and creditors, well-functioning companies are important for employees, governments, and societies. There are various legal and economic tools for protection of minority shareholders in each jurisdiction. The right to convene shareholder's meeting, to propose or amend the agenda of the meeting, the right to information, the right to appoint special auditor/supervisor, the right to request dissolution of the company could be listed as examples of minority protection tools which are deemed as necessary for modern companies' law.

In addition to foregoing, challenging shareholders' resolutions is another important minority protection mechanism. Also challenging shareholders' resolution is an important 'shareholder right' which allows shareholders to enforce their rights before courts. It constitutes the judicial enforcement scheme of minority/shareholder right with other intra-corporate lawsuits such as derivative claims, winding up of the company etc.

In this article, I will examine English and Turkish legal systems regarding shareholder's remedies especially with regard to challenging shareholders' resolutions. In the first part of this article, I will provide brief descriptions of the foregoing legal systems and highlight differences and similarities between these systems. In the second part, legal, historical, and economic reasons behind similarities and differences between these jurisdictions will be analyzed. In the last part, a legal and economic efficiency analysis of these legal systems will be made.

A Comparative and Functional Approach, 3. edn, Oxford University Press, pp. 79-102; **Göktürk, Kürşat** (2017) "Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 8, N: 2, p. 55.

¹⁰ **Yong, Cheng** (2012) "On Protection of Rights and Interests of Minority Shareholders in Listed Company", International Journal of Business Administration, Vol: 3, I: 2, p. 54.

¹¹ **Yong**, pp. 54-55.

I. COMPARATIVE DESCRIPTION OF SHAREHOLDER REMEDIES UNDER ENGLISH AND TURKISH LAW SYSTEMS

A. ENGLISH LEGAL SYSTEM

Shareholder remedies and protection of the minority shareholders are among the most controversial issues under English company law. Unsurprisingly English law system has a different legal and practical character from legal systems in Continental Europe. As a starting point it could be said that judicial control of voting rights is quite rare and limited under English law because voting rights are seen as property rights¹². Gower & Davies spelt out the proprietary nature of voting rights as '*the holder may exercise in his or her own selfish interest even if these are opposed to those of the company*'¹³. This nature of the voting rights is well presented in the case law, most remarkably in Northern Countries Securities Ltd v Jackson & Steeple Ltd¹⁴.

Under English law system directors' powers have fiduciary character, and directors have to exercise their powers in accordance with the interest of the company and other stakeholders (other shareholders, creditors etc.). However, shareholders of a company do not have that kind of fiduciary obligation¹⁵.

For a systematic analysis of shareholder remedies, both common law and statutory law should be reviewed under the English legal system¹⁶.

1. Common Law Regulation

Under common law, the only two grounds for limiting power of shareholders to adopt resolutions are as follows; (i) shareholders' decisions

¹² **Grundmann, Stefan** (2011) European Company Law, Organization, Finance and Capital Markets, 2. edn, Intersentia Press, p. 259.

¹³ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 691.

¹⁴ [1974] 1 WLR 1133 (Chancery Division). Also in Halton International Inc. (Holdings) Sarl v Guernroy Ltd [2005] EWHC 1968 (Ch).

¹⁵ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 692.

¹⁶ **Austin, Robert P./Ramsay, Ian M./Ford, Harold Arthur John** (2013) Ford's Principles of Corporations Law, 15. edn, LexisNexis, p. 636.

approving breaches of duty of directors, and (ii) amendments to articles of association of the company especially amendments regarding the compulsory transfer (expropriation) of shares¹⁷. Although, theoretically these are the limits on general meeting resolutions at common law system, it is quite rare for courts to intervene in the internal affairs of a company and invalidate and annul these resolutions¹⁸.

a. Ratification of Breaches of Duties of Directors

At common law, there are limits imposed by courts on the conflicted majority to ratify breaches of duties of directors in general assembly meetings. The leading case regarding this issue is *North West Transportation Company Limited v Beatty of Privy Council*¹⁹. This judgment clearly states that:

‘A director of a company is precluded from dealing, on behalf of the company, with himself, and from entering into engagements in which he has a personal interest conflicting, or which possibly may conflict, with the interest of those whom he is bounded by fiduciary duty to protect... Any such dealing or engagement may, however, be affirmed or adopted by the company, provided such affirmation or adoption is not brought about by unfair or improper means, and is not illegal or fraudulent or oppressive those shareholders who oppose it...’

Therefore, with regard to the ratification of breaches of duties of directors, the limit on general meeting is that the ratification cannot be illegal or fraudulent or oppressive towards the minority²⁰. An illegal or oppressive resolution in this regard would be invalidated by the court.

¹⁷ Kershaw, pp. 587-603; Davies/Worthington/Micheler, pp. 691-700.

¹⁸ Kershaw, p. 587; Rajak, Harry (1972) “The Oppression of Minority Shareholders”, *The Modern Law Review*, Vol: 35, No: 2, p.156.

¹⁹ (1987) 12 App Cas 589.

²⁰ Kershaw, p. 589.

b. Amending the Articles of Association

According to the Section 21-22 of CA 2006, articles of association of a company can be altered by a 'special quorum' provided that a higher threshold does not exist in the constitution²¹. However, the threshold is not the only legal constraint on shareholders' power to amend the articles of association. Pursuant to *Allen v Gold Reefs of West Africa* case²², power of amending the articles of association must be exercised '*bona fide for the benefit of the company as a whole*', otherwise the minority shareholder who objected to amendment can initiate a lawsuit to invalidate the resolution²³. Although there is no consensus on the meaning of '*bona fide for the benefit of the company as a whole*', it explicitly constitutes a restriction on the decision-making power of the shareholders²⁴. In this context, the '*bona fide*' standard states that the amendment to the articles of association is made for the benefit of the company and not against or for the benefit of one or some of the shareholders.

It should also be noted that the court would apply a low threshold for its review of amendments in line with the '*bona fide*' standard²⁵. As Kershaw notes, '*in most instances a good reason explaining a general meeting decision will be available to comply with the standard*'²⁶. Therefore, the complaining shareholder is under a heavy burden to prove that the shareholders' power to amend articles of association has not been exercised in good faith²⁷. Furthermore, the notable *Shuttleworth v Cox Bros Ltd*²⁸ case established an objective standard for the '*benefit of the company*' by considering it from the '*reasonable men*' point of

²¹ Kershaw, p. 590.

²² [1900] 1 Ch.656, CA.

²³ Joffe, Victor/ Drake, David/ Richardson, Giles/ Lightman, Daniel/ Collingwood, Timothy (2015) *Minority Shareholders: Law, Practice and Procedure*, 4. edn, Oxford University Press, p. 101.

²⁴ Kershaw, p. 593.

²⁵ Kershaw, p. 601.

²⁶ Kershaw, p. 601.

²⁷ Joffe / Drake / Richardson / Lightman / Collingwood, p. 104.

²⁸ [1926] All ER Rep 498.

view. However, in the case that the amendments create explicit, direct discrimination between the majority and minority shareholders, it is highly likely that it will be annulled²⁹.

Especially, amendments introducing compulsory transfer of shareholders' shares are quite controversial. At common law it is clear that compulsory transfer clauses introduced into the articles of association are valid and enforceable³⁰. However, the case law suggests that compulsory transfer clauses could only be valid if they are adopted *bona fide* in the interest of the company not only majority shareholders³¹. *Brown v British Abrasive Wheel Co*,³² *Allen v Gold Reefs, Sidebottom v Kershaw, Leese & Co Ltd*³³, and *Dafen Tinplate Co Ltd v Llanelly Steel Co Ltd*³⁴ are the most notable cases in this matter. All of these cases suggest that amendment of articles of association which make shares of the minority subject to compulsory transfer will only be valid if the resolution is in the interest of the company³⁵. Moreover, comparing to the other amendments, these amendments would be subject to more intense and detailed scrutiny by the courts. As an additional requirement, amendments providing compulsory transfer will be valid only if shareholder(s) in question adversely affects the company³⁶.

²⁹ *Greenhalgh v Arderne Cinemas* [1951] Ch 286; **Kershaw**, p. 602.

³⁰ **Mukwiri, Jonathan** (2013) "Takeovers and Incidental Protection of Shareholders", *European Company & Financial Law Review*, Vol: 10, No: 3, p. 432; **Davies/Worthington/Micheler**, p. 693; *Phillips v Manufacturers' Securities Ltd* (1917) 86 LJ Ch 305, 116 LT 290.

³¹ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 693.

³² [1919] 1 Ch. 290.

³³ [1920] 1 Ch. 154, CA.

³⁴ [1920] 2 Ch. 124.

³⁵ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 693.

³⁶ **Hannigan, Brenda** (2007) "Altering the Articles to Allow for Compulsory Transfer - Dragging Minority Shareholders to a Reluctant Exit", *Journal of Business Law*, p. 471.

2. Statutory Regulation

Save for the amendment of articles of association, 'patchy'³⁷ common law does not provide an effective protection to the minority against oppression of the majority. In order to soften this attitude of common law and strengthen the minority protection regime, some statutory mechanisms are introduced to English Law.

The most important statutory mechanism in this regard is 'unfair prejudice remedy' which is introduced by Companies Act 1980 and repeated in the Companies Act 2006³⁸. Section 994 of CA 2006 provides that:

"A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground-

(a) that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or

(b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial."

Conduct of company' affairs, unfair prejudice and members' interests are the three most important elements of the UPR and all of these three elements are inter-related and connected to each other. In order to resort to this remedy, all of these elements must be satisfied³⁹. Before analyzing these elements, it should first be clarified that the UPR is not a tool for courts to 'review corporate actions according to judiciary's view of what is fair to company's shareholders'⁴⁰.

³⁷ Davies/Worthington/Micheler, p. 719.

³⁸ Kershaw, p. 608.

³⁹ Hollington, Robin (2013) Hollington on Shareholders' Rights, 7. edn, Sweet & Maxwell, p. 225.

⁴⁰ Kershaw, p. 617.

a. Element 1: Conduct of the Company's Affairs

Conduct of the company's affairs can be any corporate action taken by or on behalf of the company including but not limited to amendment of articles of association, appointment or removal of directors, agreements concluded by the company⁴¹. Therefore, for any action to fall into this category, it should be taken by shareholder, board of directors, or any person on behalf of the company with delegated power⁴². The UPR may address voting powers of shareholders and management powers of directors and delegated persons⁴³. However, corporate conduct requirement is a critical issue and applied strictly in many cases⁴⁴. For example, a member's private dealing with his share is not a corporate conduct⁴⁵.

b. Element 2: Interest as a Member

For resorting to the UPR, a petitioner has to demonstrate his interest as member. However, Interest as a member is a wider concept than the statutory or contractual rights of the members⁴⁶. In order to have interest as a member, capacity as a shareholder is not necessary, an interest that is sufficiently connected with the shareholding will be enough for resorting to the UPR⁴⁷. Members' interest covers interests of the beneficial owner of the shares, even though they do not have capacity as a member⁴⁸. In case law, members' interest is given a wide interpretation by the courts and it could be said that it is quite uncommon for a petition to be rejected on this ground⁴⁹.

⁴¹ **Kershaw**, p. 616.

⁴² **Kershaw**, p. 616.

⁴³ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 720.

⁴⁴ **Astec (BSR) Plc, Re [1998] 2 B.C.L.C. 556; Hollington**, pp. 228-231.

⁴⁵ **Hollington**, p. 232.

⁴⁶ **Re a Company [1986] BCLC 376**.

⁴⁷ **French, Derek/ Mayson, Stephen/ Ryan, Christopher** (1973) *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 29. edn, Oxford University Press, pp. 578-579; **Westbourne Galleries Ltd, Re [1973] A.C. 360**.

⁴⁸ **French/Mayson /Ryan**, p. 578.

⁴⁹ **Hollington**, p. 237.

c. Element 3: Unfair Prejudice

Unfair prejudice is the central and contentious element of the UPR. *Re Saul Harrison and Sons Plc*⁵⁰ is one of the most notable cases for the development and formulation of unfair prejudice concept as an element of the UPR. In this case, Neill LJ stated that *'the conduct (being complained of) must be both prejudicial (in the sense of causing prejudice or harm to the relevant interest) and also unfairly...'* Also in the same case, Hoffman LJ noted that *'fairness is being used in the context of commercial relationship'* and *'trivial or technical infringements of the articles were not intended to give rise to petitions'*. Accordingly, for resorting to the remedy, the conduct must be unfair, prejudicial, significant and must be engaged in a commercial sense⁵¹. Also, in *O'Neill v Phillips*⁵², Lord Hoffman underlined that *'the concept of fairness must be applied judicially and the content which is given by the courts must be based upon rational principles.'*

Legitimate expectation is also a significant concept for the UPR. Under certain circumstances it is recognized by the courts that a member has a *'fundamental understanding (legitimate expectation)*⁵³ which is not regulated in articles of association or any other document of the company. Failure to run the company in line with the legitimate expectations of the member would constitute an unfair prejudice. In line with the foregoing, we can say that Section 994 of CA 2006 protects 'legitimate' expectations of the members in addition to their rights⁵⁴. J Parker explained legitimate expectation as *'a personal relationship or personal dealings of some kind between the party seeking to exercise the legal right and the party seeking to restrain such exercise, such as will affect the conscience of the former'*⁵⁵. Also, Lord Hoffman in *O'Neill v Phillips*

⁵⁰ [1995] 1 BCLC 14.

⁵¹ **Kershaw**, 619; **French/Mayson /Ryan**, p. 579; *Re Unisoft Group Ltd* [1994] 1 BCLC 609.

⁵² [1999] 1 WLR 1092.

⁵³ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 725.

⁵⁴ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 725.

⁵⁵ *Astec (BSR) Plc, Re* [1998] 2 B.C.L.C. 556.

approved the above-mentioned statement and emphasized that personal hopes or beliefs of members are not within the scope of legitimate expectation⁵⁶.

d. Examples of Unfair Prejudicial Conduct⁵⁷

Examples of unfair prejudicial conduct can be listed as follows; majority shareholders' taking financial benefits from minority⁵⁸, bad management by the company's managing director and principal shareholder (managing director used financial assets of the company for himself and for his family)⁵⁹, conducting company's affairs in breach of criminal law⁶⁰, unfair prejudicial conduct of affairs of one of the companies within a group⁶¹, improper removal of auditor from office⁶².

e. Available Remedies

Section 996 of the CA 2006 sets out available remedies with regard to the UPR, however this list is not exhaustive and courts can grant any other remedy they seem appropriate⁶³. Under Section 996 the court can;

- (a) *'regulate the conduct of the company's affairs in the future;*
- (b) *require the company to refrain from doing or continuing an act complained of, or to do an act that the petitioner has complained it has omitted to do;*
- (c) *authorise civil proceedings to be brought in the name and on behalf of the company by such person or persons and on such terms as the court may direct;*
- (d) *require the company not to make any, or any specified, alterations in its articles without the leave of the court;*

⁵⁶ French/Mayson /Ryan, p. 581.

⁵⁷ French/Mayson /Ryan, pp. 582-587.

⁵⁸ Re London School of Electronics Ltd [1986] Ch 211.

⁵⁹ Re Elgindata Ltd [1991] BCLC 959.

⁶⁰ Bermuda Cablevision Ltd v Colica Trust Co Ltd [1998] AC 198.

⁶¹ Re Grandactual Ltd [2005] EWHC 1415 (Ch).

⁶² French/Mayson /Ryan, p. 586.

⁶³ Kershaw, p. 631.

(e) provide for the purchase of the shares of any members of the company by other members or by the company itself.'

In addition to the above-mentioned remedies, the court can resort to any other remedy that it deems appropriate such as ordering payment of compensation to the petitioner⁶⁴. Share purchase orders are the most common orders issued by courts under S 994⁶⁵. In this case, the company, majority shareholders or any shareholder would be ordered to buy shares of the petitioner. In exceptional cases, the court may order the majority to sell its shares to the petitioner⁶⁶.

f. Procedural Issues

The UPR is a general and expansive remedy for all shareholders. Any shareholder can apply to the court on the grounds of unfair prejudice⁶⁷. However, considering the power that majority possesses over the management of the company, it would be almost impossible for majority to be subject to unfair prejudice⁶⁸. Therefore, by the virtue of S 994 (1) and (2) any shareholder including a person to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law although he is not a member of the company can be a petitioner under S 994. Also, there is no time limitation for petitioning under S 994⁶⁹, however the court has discretion to reject petition in the case that the event transpired a long time ago⁷⁰.

Moreover, although arbitrability of unfair prejudice remedy is quite controversial⁷¹, the latest case law⁷² demonstrated English Courts' willingness to

⁶⁴ **Kershaw**, p. 632.

⁶⁵ **Kershaw**, p. 632; **French/Mayson /Ryan**, p. 590; **Hollington**, p. 331.

⁶⁶ *Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd* [1996] 2 BCLC 184.

⁶⁷ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 720; **Kershaw**, pp. 615-616.

⁶⁸ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 720; **Kershaw**, p. 615.

⁶⁹ **French/Mayson /Ryan**, p. 576.

⁷⁰ *Re Grandactual Ltd* [2005] EWHC 1415 (Ch).

⁷¹ **Griffin, Stephen** (2011) "Case Comment: The Primacy Afforded to an Arbitration Agreement in the Context of a Petition Against Unfairly Prejudicial Conduct", *Sweet and Maxwell's Company Law Newsletter*, No: 305, pp. 1-4.

⁷² *Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards* [2011] EWCA Civ 855.

accept arbitration clauses' effectiveness within the context of shareholder disputes including the UPR⁷³.

B. TURKISH LAW SYSTEMS

Unlike English law system, with regard to controlling voting rights of shareholders, and invalidating shareholder resolutions Turkish Law system is much more straightforward. Turkish Commercial Code (TCC) contain specific and different provisions for nullity and annullability of resolutions⁷⁴. For nullity or annulment of resolutions, in most cases a difference between private and public companies does not exist⁷⁵.

1. Nullity of Resolutions

In line with the Article 447 of Turkish Commercial Code numbered 6102 ("TCC"), resolutions violating or limiting or abolishing inalienable rights of shareholders such as voting right in the general meeting or the right to information, and resolutions inconsistent with basic principles of company law including capital maintenance principle and protection of creditors are accepted as *ipso iure* null and void under Turkish legal systems⁷⁶. It should also be noted that the issues listed here are not exhaustive, Article 477 of TCC lists some elements by way of illustration, and these examples can be expanded. The court would declare the resolution as null

⁷³ **Wendy, Kennet** (2013) "Arbitration of Intra-Corporate Disputes", International Journal of Law and Management, Vol: 55, No: 5, p. 333.

⁷⁴ Article 445 of TCC regulates grounds for annulment lawsuits; Article 446 of TCC regulates persons who can file annulment lawsuits; Article 447 of TCC regulates nullity of shareholders resolutions, Article 448 regulates some special procedures for announcement and collateral; Article 449 regulates stay of execution of annulment decisions; Article 450 of TCC regulates effects of annulment decisions; Article 451 of TCC regulates liability arising from predatory lawsuits.

⁷⁵ For detailed information: **Manavgat, Çağlar** (2016) Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

⁷⁶ **Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin** (2014) Ortaklıklar Hukuku I: Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, pp. 527-528. **Ergün, Mevci** (2021) Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, p. 602 vd.

and void upon initiation of a declaratory lawsuit⁷⁷. This lawsuit can be initiated by anyone who shows interest against the company, and it must be taken into consideration by the court ex officio since it is related to public order⁷⁸.

2. Annulment Lawsuits

Historically, legally⁷⁹ and practically annulment lawsuits have a more substantial place in Turkish legal system⁸⁰ and they are more widespread. Violations of law, and articles of association of the company are the two grounds for challenging a resolution under Turkish law systems⁸¹. A shareholder's exercise of his voting rights in line with his or any other person's individual benefits at the expense of the company or other shareholders; and violation of right to information provided that the information is essential for the exercise of voting rights, violation of the 'good faith principle' is also another additional ground for challenging the resolutions under the Article 445 of TCC.

As a last note, for the irregularities in the announcement/organization of the general assembly meetings, Turkish law recognizes a limited application of the test of relevance⁸². For example, an irregularity in the invitation to the general assembly meeting is not in itself a ground for annulment; if the shareholder attends the general assembly meeting and does not object, the irregularity is deemed to have disappeared⁸³.

⁷⁷ **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, p. 543; **Moroğlu, Erdoğan** (2017) *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, p. 185.

⁷⁸ **Pulaşlı, H.** (2022) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 357.

⁷⁹ In terms of the security of legal transactions, it is accepted that the nullity should be limited and the general assembly resolution should be cancelled in cases of doubt.

⁸⁰ **Ayhan, R., Çağlar, H., Özdamar, M.** (2023) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, p. 268; **Pulaşlı, H.** (2022) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 1034; **Grundmann, p.** 258; **Kersting, Christian** (2015) "The Role of Shareholders in Public Companies in Germany" in Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen, Wolf -Geroger Ringe (eds) *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, Mohr Siebeck.

⁸¹ Article 445 of TCC.

⁸² A resolution will be annulled in case the violation has an influence on the result of the voting.

⁸³ **Pulaşlı, H.** (2022), p. 364.

3. Procedural Issues

Under Turkish law, annulment lawsuits must be initiated within three months following the adoption of the resolution.

Under Turkish legal system, (i) each shareholder⁸⁴ who is present at the shareholders' meeting and lodges his dissents in the minutes⁸⁵; (ii) each shareholder whether or not they were present at the meeting or not, whether or not they voted negatively or not, claiming that the invitation was not duly made, the agenda was not properly announced, persons or their representatives who are not authorized to attend the general assembly meeting attended and voted at the meeting⁸⁶; (iii) board of directors, and (iv) each member of the board of directors if by executing the resolution would be liable for damages can initiate the annulment lawsuit⁸⁷.

Also, due to its public nature, under Turkish legal system intra-corporate disputes are not arbitrable and the lawsuit must be filed to the court of the region where the company has its registered office⁸⁸.

The lawsuit must be initiated against the company not against the shareholders⁸⁹, and the company is represented by board of directors. Also, in line with the Article 448/(1) of the TCC, the board of directors has to announce the initiation of the lawsuit and developments regarding the lawsuit in company's website, and in the public disclosure platform if it is a listed

⁸⁴ The claimant has to carry shareholders status during the lawsuit. Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2019/5331, K: 2020/3709, T: 30.09.2020; Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2015/8587, K: 2016/3001, T: 22.06.2015.

⁸⁵ Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2014/9351, K:2014/18769, T: 02.12.2014; Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2020/537, K: 2020/5167, T: 18.11.2020.

⁸⁶ There is no such a condition in Article 245 of the GSCA.

⁸⁷ **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, p. 539. Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2014/9351, K: 2014/18769, T: 02.12.2014; Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2013/13768, K: 2014/15745, T: 16.10.2014.

⁸⁸ **Wirth, Gerhard/Arnold, Michael/Morshauer, Ralf** (2010) *Corporate Law in Germany*, Verlag C. H. Beck, München, p. 160.

⁸⁹ Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2015/8514, K: 2016/5320, T: 11.05.2016.

company. Under Turkish law, the initiation of the lawsuit does not stop implementation of the resolution unless the court grants a provisional injunction regarding it.

II. ANALYZING LEGAL DIFFERENCES AND SIMILARITIES BETWEEN JURISDICTIONS

As described in the first part, there are profound differences between English and Turkish legal systems. Understanding reasons for these similarities and differences are important for an economic, cultural and legal efficiency analysis.

In this study, three hypotheses set out as the reasons for differences and similarities. As put forward in the literature the first hypothesis is that differences between corporate ownership structures of these countries is the primary underlying reason for the differences, secondly unlike Turkish law system, *ex ante* contractual minority protection mechanisms are legally and historically more effective under English legal system, and finally legal nature of shareholder rights are different under these law systems.

A. DIFFERENCES IN CORPORATE OWNERSHIP STRUCTURES AND FOCUS OF THE LEGAL SYSTEM

Corporate law and corporate governance in particular aim to control and minimize 'conflict of interest' between corporate actors⁹⁰ which is conceptualized as 'agency problem' or 'principal-agent problem' by economy scholars⁹¹. There are three forms of agency problems in joint stock companies⁹². The first form is the conflict between shareholders (as principals) and managers (as agents), the second one is between controlling shareholders (as principals) and minority shareholders (as agents), finally the third one is between the company (including shareholders and managers) and other parties such as creditors, employees etc.

⁹⁰ Kraakman and Others, p. 29.

⁹¹ Kraakman and Others, pp. 29-30.

⁹² Kraakman and Others, pp. 29-30.

The third form of agency problem, the agency conflict between the company and third parties, is likely to arise in all jurisdictions regardless of its legal, economic, and social structure. However, the first and second form of agency problems are more of a consequence of the legal, economic and social structure in the jurisdiction.

Ownership structure of companies is an important indicator of the most common agency problem in a jurisdiction. While dispersed ownership structure leads to first form of agency problems, concentrated ownership structure leads to second form of agency problems⁹³. In companies with dispersed ownership structure, shareholders do not have effective mechanisms to control managers and the company accordingly, this prompts managers to exploit their powers and as a result, conflict of interest between shareholders and managers arises⁹⁴. However, in companies with concentrated ownership structure, minority shareholders (generally) do not have enough power to affect controlling shareholders and management of the company, and this enables and motivates the majority to oppress the minority.

In consideration of the foregoing, company law/corporate governance system of a jurisdiction could be described as a response to the most common agency problems in the jurisdiction. Some scholars⁹⁵ claim that dispersed ownership structure is a result of developed minority protection regime, and if there is a strong minority protection regime, widely held companies will become more widespread. However, I believe that legal system is a response produced by economic and social infrastructure of the country. In other words, *'the choice of some corporate rules depends on the existing pattern of ownership'*⁹⁶ There is no

⁹³ **Vetoruzzo, Marco/Conac, Pierre-Henri/Goto, Gen/ Mock, Sebastian/Notari, Mario/Reisberg, Arad.** (2015) *Comparative Corporate Law*, West Academic, p. 32; **Berle, Adolf A./ C. Means, Gardiner** (1933) *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan Co. New York; **Kraakman and Others**, p. 29.

⁹⁴ **Kraakman and Others**, p. 29-30.

⁹⁵ **Porta, Rafael La/Lopez-De-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei** (1999) "Corporate Ownership Around the World", *LIV the Journal of Finance*, p. 471.

⁹⁶ **Bebchuk, Lucian Arye/ Roe, Mark J.** (1999) "A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance", *Stanford Law Review*, Vol: 52, p. 166.

doubt that, ownership structure is not the only determinant of the legal system⁹⁷, political, historical, social reasons are also important⁹⁸.

In jurisdictions where companies have dispersed ownership structure, company law aims to mitigate agency problems between managers and shareholders and addresses these issues more dominantly, whereas if the concentrated ownership is prevalent, the legal system is more likely to address agency problems between the majority and the minority preponderantly. Therefore, company law system of a country could be described as legal strategy responsive to economic, social structure of a country and problems associated with this structure. In this manner, company law has a '*legitimizing and perpetuating function of the ownership system*'⁹⁹.

At this point, I must state that this study does not analyze differences between minority protection regimes of the above-mentioned jurisdictions. The main focus of this study is lawsuits against shareholder resolutions. Although some scholars state that English legal system provides a better minority protection regime than continental European jurisdictions¹⁰⁰, Turkish law provides a more rigid and precise legal mechanism against shareholders' resolutions. Under English law system, there is no statutory mechanism for challenging a resolution. The UPR is a statutory mechanism protecting the minority against all kinds of abuse of the majority, the board and any other organ/person. The UPR is not necessarily a mechanism for challenging shareholders' resolution, although annulment of a resolution is among available

⁹⁷ **Vetoruzzo, Marco/Conac, Pierre-Henri/Goto, Gen/ Mock, Sebastian/Notari, Mario/Reisberg, Arad**, p. 32. **Roe, Mark J.** (2004) "Modern Politics and Ownership Separation", Gordon, Jeffrey N/Roe, Mark J. (eds.), *Convergence and Persistence in Corporate Governance*, Cambridge University Press, pp. 269-270.

⁹⁸ **Roe, Mark J.** (2003) *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, Oxford University Press, on Demand. pp. 2-15.

⁹⁹ **Sáez, María Isabel/ Riaño, Damaso** (2013) "Corporate Governance and the Shareholders' Meeting: Voting and Litigation", *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol: 14 No: 3. p. 352.

¹⁰⁰ **Sáez/Riaño**, p. 362.

remedies. At common law it is almost impossible to invalidate/annul a resolution through a lawsuit, and invalidation of a resolution is an exceptional remedy for English courts. However, in Türkiye, lawsuits against shareholders' resolutions are fairly common, and invalidating the resolution is the only available remedy for the courts if the conditions have been met. In this regard, without making an effectiveness analysis, Turkish law could be described as more detailed and stronger with regard to challenging shareholders' resolutions.

In the UK, vast majority of companies have dispersed ownership structure and it is quite rare for investors to hold large equities¹⁰¹. Moreover, since the 1960s institutional ownership has become more widespread in the UK¹⁰² which is an important reason for dispersed ownership structure because institutional investors generally hold small equity stakes and do not exercise management rights actively¹⁰³. Therefore, due to its high level of dispersed corporate ownership structure, most of the English companies do not have a controlling shareholder.

By contrast, in Continental European countries including Germany, concentrated ownership is the common form of corporate ownership¹⁰⁴. Like other Continental European countries, both in closed and listed companies, ownership is substantially concentrated in Germany¹⁰⁵. As an empirical study, database prepared by La Porta et al.¹⁰⁶ is quite helpful for a comparative

¹⁰¹ **Khan, Tehmina** (2006) "Company Dividends and Ownership Structure: Evidence from UK Panel Data", *The Economic Journal*, Vol: 116, No: 510, p. C172.

¹⁰² **Gedajlovic, Eric R./Shapiro, Daniel M.** (1998) "Management and Ownership Effects: Evidence from Five Countries", *Strategic Management Journal*, Vol: 19, No: 6, p. 549; **Davies/Worthington/ Micheler**, p. 448.

¹⁰³ **Khan**, p. C172; **Davies/Worthington/ Micheler**, p. 448.

¹⁰⁴ **Kirchmaier, Thomas/Grant, Jeremy** (2005) "Corporate Ownership Structure and Performance in Europe" *European Management Review*, Vol: 2, No: 3, p. 232.

¹⁰⁵ **Wymeersch, Eddy/Baums, Theodor** (1969) *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and The United States*, Kluwer Law.

¹⁰⁶ **La Porta, Rafael/Lopez-De-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei** (1999) "Corporate Ownership Around the World", *LIV the Journal of Finance*, Vol: 54, No: 2, pp. 492-496.

comparison of ownership structures. The database is prepared relying on voting rights rather than cash flows. Although there are six forms of ownership according to ultimate ownership in the database, for the purpose of this study, I divided companies into two groups as widely held companies and controlled companies. In the following table, if a shareholder holds at least 20 percent of shares of the company, the company is recognized as controlled company.

Country	Widely Held	Controlled
Table A. Control of Large Publicly Traded Companies in the UK and Germany		
UK	100%	0%
Germany	50%	50%
Table B. Control of Medium Sized Publicly Traded Companies in the UK and Germany		
UK	60%	40%
Germany	10%	90%

Turkish companies are also highly concentrated¹⁰⁷. Families are in the center of corporate life and they directly or indirectly, own 80 percent of the shares of the listed companies¹⁰⁸. In his paper analyzing 257 Turkish listed companies Yurtoğlu states that *‘the majority of these firms are ultimately owned and controlled by families who organize a large number of companies under a pyramidal ownership structure¹⁰⁹.’* Accordingly, ownership concentration in Turkish companies is even higher than German companies.

Additionally, while considering agency problems, private benefits of the control should also be taken into consideration. Gilson and Schwartz define private benefit as *‘a pecuniary or nonpecuniary gain that the controlling shareholder acquires by virtue of its position, and does not share with minority*

¹⁰⁷ **Gürsoy, Güner/Aydoğan, Kürşat** (2002) “Equity Ownership Structure, Risk-Taking and Performance: An Empirical Investigation in Turkish Companies”, *Emerging Markets, Finance & Trade*, Vol: 38, p. 4.

¹⁰⁸ **Yurtoğlu, B. Burçin** (2003) “Corporate Governance and Implications for Minority Shareholders in Turkey”, *Turkish Economic Association Discussion Paper 2003/7*, p. 1.

¹⁰⁹ **Yurtoğlu, B. Burçin** (2000) “Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms”, *Emprica* No: 27, p. 216.

*shareholders*¹¹⁰. Influence over management of the company, ‘*use of a company’s money to pay for perquisites*¹¹¹’ can be shown as examples of private benefits. There are substantial differences between private benefits of control in our three sample jurisdictions. According to Dyck and Zingales, value of private benefits constitutes 2% (negligible) of the value of the company in the UK, 10% (average) in Germany and 30% (high) in Türkiye¹¹². In addition to other variables such as accounting standards, tax compliance, competition, etc., it is clear that ownership structure is an important determinant of private benefits of control, and concentrated ownership structure provides important private benefits¹¹³. Therefore, company law system can also be defined as a balancing mechanism within the context of its responsive nature.

B. CONTRACTUAL PROTECTION OF THE MINORITY (SELF-HELP)

Another important reason behind the differences between English and Turkish systems is the traditionally different approaches of these systems to contractual protection of minority rights. Shareholders’ Agreements (SHA) are among the most widespread type of these agreements. It must be noted that SHAs are not appropriate for listed companies, and practically it is generally executed in closely held companies¹¹⁴.

In the simplest term, SHAs are ‘*contracts among some (or sometimes all) shareholders regulating their relationship or the exercise of their rights*¹¹⁵’. In addition

¹¹⁰ **Gilson, Ronald J/Schwartz, Alan** (2012) “Contracting About Private Benefits of Control”, Columbia University Center for Law & Economics Studies Law & Economics Research Paper No: 436, p. 3.

¹¹¹ **Dyck, Alexander/ Zingales, Luigi** (2002) “Private Benefits of Control: An International Comparison”, NBRA Working Paper Series, Working Paper 8711, p. 7.

¹¹² **Dyck/ Zingales**, p. 45.

¹¹³ **Nenova, Tatiana** (2003) “The Value of Corporate Voting Rights and Control: A Cross-Country Analysis”, *Journal of Financial Economics*, Vol: 68, No: 3, pp. 327-329.

¹¹⁴ **Dowson, Ian J./Stephenson, IS** (1993) *The Protection of Minority Shareholders*, Tolley Publishing, pp. 1-2.

¹¹⁵ **Vetoruzzo/Conac /Got /Mock /Notari /Reisberg**, p. 425.

to its other functions, SHAs have a vital function for protection of the minority¹¹⁶. This function of the SHA is explained as '*some well-drawn stockholders` agreement entered into contemporaneously with the formation of a corporation is the most effective means of protecting the minority shareholder`* in *Blount v Taft*¹¹⁷. It is widely accepted that minority shareholders have a bargaining power over contractual mechanisms thanks to their investment into the company¹¹⁸.

It should be noted that SHAs and articles of association of company are different. While SHAs are governed by contract law and are enforceable according to contractual principles¹¹⁹, articles of association are subject of company law and regulated by statutes¹²⁰.

Historically, English legal system is quite lenient with SHAs, and its use is '*a standard practice`* for close companies¹²¹. Like any other contract, a SHA may be enforced by injunction¹²². In *British Murac Sndicate Ltd v Alperton Rubber Co Ltd*¹²³, the court granted an injunction to restrain amendment of the articles of association which would violate contractual rights of the parties. Although, binding effect of a SHA on company is controversial¹²⁴, it could be claimed that SHAs have a historical function for protection of minority in English Law.

¹¹⁶ **Okutan-Nilsson, Gül** (2003) *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfi Yayınları*, p. 77.

¹¹⁷ *Blount v Taft* 246 S.E.2d 763 at 769 (1978) (Supreme Court of North Carolina).

¹¹⁸ **Davies/Worthington/ Micheler**, p. 711.

¹¹⁹ **Okutan-Nilsson**, p. 79. **Esin, İsmail G.** (2020) *Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, p. 286-292; **Kerem, Bilge** (2017) *Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, p. 3-4; **Demirkol, Berk** (2012) *Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, V: IX, N: 2, p. 851-883.

¹²⁰ **FitzGerald, Sean/Muth, Graham** (2012) *Shareholders' Agreements*, Sweet & Maxwell, p. 3.

¹²¹ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 244-245.

¹²² **Mantysaari, Petri** (2005) *Comparative Corporate Governance: Shareholders as Rule Maker*, Springer Science & Business Media, p. 146.

¹²³ [1915] 2 Ch. 186.

¹²⁴ *Welton v Saffery* [1897] AC 229; *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] AC 70.

Unlike English law system, Turkish law system could be described as more resistant or ‘not-familiar’ to protection of minority shareholders by SHAs until the middle of 20th century¹²⁵. Under current legal system as a basic agreement, theoretically, it is binding and valid among shareholders. However, it does not have an effect on the company, and its enforcement by an injunction is quite difficult¹²⁶. In practice, a petitioner cannot request specific performance of a SHA, but he can only request his damages due to the breach of SHA. It could be said that under both English and Turkish law systems, shareholder’s freedom of contract in terms of SHA and enforceability of SHAs are not legally crystal clear¹²⁷.

In line with the foregoing, I believe that different historical and legal approaches of those systems to contractual mechanisms between shareholders are both a result of and reason for differences between judicial review of shareholders’ resolutions. Since English law historically allows operation of contractual protection mechanisms, it has produced a more non-interventionist approach towards shareholders’ resolutions.

C. LEGAL CHARACTER OF SHAREHOLDER RIGHTS/POWERS

Legal characterization of shareholder rights by the legal systems can be mentioned as another reason for the difference between English and Turkish law systems regarding the challenging shareholder resolutions. As explained in the first part, under English law voting rights are property rights and powers of shareholder do not have fiduciary character¹²⁸, therefore, ownership in a company has more of an investment (contractual) nature than public

¹²⁵ **Kulms, Rainer** (2001) “A Shareholder’s Freedom of Contract in Close Corporations - Shareholder Agreements in the USA and Germany”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol: 2, No: 3-4, p. 685.

¹²⁶ **Mantysaari, Petri**, p. 306; **Okutan-Nilsson**, p. 277.

¹²⁷ **Kulms, Rainer**, pp. 685-686; **Erdoğan, Ersin** (2017) “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Vol: 75, No: 2, pp. 145-175, Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2019/4971, K: 2020/2971, T: 17.06.2020.

¹²⁸ **Davies/Worthington/Micheler**, p. 691-692.

nature. However, under Turkish law systems shareholders are not mere investors¹²⁹, and challenging shareholders' resolution has a special function for protecting public interest and securing justice in addition to protection of the minority¹³⁰.

Moreover, company itself has a different legal nature under English and Turkish law systems. Under English law system, the company could be described as '*the nexus of contractual relationships between shareholders and between the shareholders and the company*'¹³¹. Although mandatory provisions of the CA 2006 have a regulatory nature¹³², overall English corporate law system has more of a contractarian nature than regulatory comparing to Turkish system. Because of mandatory structure of Turkish company law system¹³³, it could be described as regulatory rather than contractual.

Apart from challenging shareholders' resolution, another repercussion of the differences between contractarian/regulatory nature of these systems can be seen in their approach to arbitrability of intra-corporate disputes. English law system recognizes arbitrability of intra-corporate disputes¹³⁴ as a result of their contractual nature. But Turkish law system is more conventional and does not accept submission of corporative disputes to arbitration due to its public consequences, and gives exclusive jurisdiction to a court for settlement of the

¹²⁹ **Kersting**, p. 120.

¹³⁰ **Tekinalp, Ünal** (2013) "Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, N: 2013/2, p. 13-18.

¹³¹ **Lee, Joseph** (2015) "Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol: 83, No: 1, p. 2.

¹³² **Moore, Marc T.** (2014) "Private Ordering and Public Policy: The Paradoxical Foundations of Corporate 'Contractarianism'", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol: 34, No: 4, p. 725-726.

¹³³ Article 23/5 of GSCA, and Article 340 of TCC; **Karasu, Rauf** (2014) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol: 18, No: 2, p. 311-332.

¹³⁴ **Fulham Football Club** (n 80); **Wendy Kennet** (n 77); **Blackaby, Nigel/Partasides, Constantine/ Redfern, Alan/ Hunter, Martin** (2015) *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. edn, Oxford University Press, p. 123.

corporative disputes¹³⁵. Therefore, different legal characterization of intra-corporate disputes by these legal systems has a significant effect on their structure of challenging shareholders' resolutions.

D. EFFICIENCY ANALYSIS FROM A LEGAL AND ECONOMIC PERSPECTIVE

General meetings, shareholders' resolution and challenging these resolutions could be described as 'regulatory' areas of company law both under English and Turkish legal systems¹³⁶. The law needs to intervene in the market and functioning of the company generally in favor of minority shareholders.

For an economic and legal efficiency analysis of this intervention two questions should be answered as to whether the intervention is unavoidable, and whether the instruments used are appropriate, effective and proportional¹³⁷. A detailed indispensability analysis of challenging shareholder resolution is not subject of this paper but in this part, an efficiency analysis from a legal and economic point of view is tried to be made. It could be claimed that while there are some common legal and economic drawbacks of both English and Turkish law systems, Turkish law system is economically less efficient and creates an opportunity for the minority to exploit the company via these lawsuits.

1. Common Problem of English and Turkish Law Systems: Legal Ambiguity and Complexity

Challenging shareholders' resolution or substitute remedies are complex, ambiguous, and create an economically and legally burdensome process in both

¹³⁵ Article 246/3 of GSCA, and Article 445 of TCC. For detail: **Ayoğlu, Tolga** (2018) "Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim", İstanbul, On İki Levha Yayıncılık; **Yüksel, Sinan. H.** (2018) "Pay Sahipleri Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim", Akıncı, Z./ Yasan Tepetaş (Editörler), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, p. 141-168.

¹³⁶ **Sáez / Riaño**, p. 348.

¹³⁷ **Spindler, Gerald/Jaenig, Ronny** (2010) "Informing Shareholders and Investors: A Behavioral and Economics Approach from a German Company Law Perspective", The Journal of Interdisciplinary Economics, Vol: 22, No:1-2, p. 89.

English and Turkish law systems. However, English legal system is much more complex and onerous comparing to Turkish legal system.

Setting common law regulation aside due to its limited and well-established application, S 994 of CA 2006 confers '*extensive discretion*¹³⁸' to the courts and its '*general wording*¹³⁹' creates legal ambiguity for the courts, the company and shareholders. The court exercises a wide discretion over both the relief to be granted and the scope of the UPR. As Lord Hoffman stated in *O'Neill v Phillips*, fairness as a criterion is deliberately chosen to '*free the court from technical considerations of legal right and confer a wide power to do whatever the individual judge happens to think fair*¹⁴⁰'.

Although share purchase orders are the most common remedy granted by the courts, the courts remain entirely free to grant any other remedy they deem appropriate. The width of application of the UPR, and the complete discretion that the court uses creates adverse effects on the company, and shareholders. As noted in the Consultation Paper¹⁴¹, the sweeping wording of the UPR makes it impossible to predict which facts and incidents would constitute unfair prejudice. That leads claimants to bring all kinds of facts before the court which are unnecessary and do not have connection with the main claim. As a result, a '*complex, often historical, factual investigations and costly, cumbersome*¹⁴²' and '*destructive*¹⁴³' litigation arises from '*notoriously burdensome nature*¹⁴⁴' of the UPR. *Re Macro (Ipswich) Ltd*¹⁴⁵ is a representative example of this situation in

¹³⁸ **Roberts, Pauline/Poole, Jill** (1999) "Shareholder Remedies-Efficient Litigation and Unfair Prejudice Remedy", *Journal of Business Law*, Vol: Jan, p. 38.

¹³⁹ **The Great Britain Law Commission** (1996) *Shareholder Remedies: A Consultation Paper* (Law Com No 142), para 18.2.

¹⁴⁰ [1999] 1 WLR 1092.

¹⁴¹ **The Great Britain Law Commission**, para 20.5.

¹⁴² **The Great Britain Law Commission**, para 14.5.

¹⁴³ **Lowry, John** (2003) "Mapping the Boundaries of Unfair Prejudice", *The Reform of United Kingdom Company Law*. Ed. Lacy, John de, Cavendish Publishing.

¹⁴⁴ *Re Saul D Harrison & Sons plc*.

¹⁴⁵ [1994] 2 B.C.L.C. 354.

which the court examined management of the company for a 40-year process¹⁴⁶. Litigation cost of the UPR has a particular importance because it often exceeds the value of disputed shareholding¹⁴⁷. As the Commission¹⁴⁸ cites in *Re Elgindata Ltd*¹⁴⁹ total cost of litigation was £320.000 although the value of shareholding was £24,600¹⁵⁰.

Findings of the Report of the Law Commission¹⁵¹ demonstrates that generally shareholders in small and close companies resort to the UPR. Apart from adverse effects of costly, long, unpredicted litigation, these small companies are also financially affected due to management and time loss¹⁵². Considering the owner-manager structure of these companies, loss of managerial distraction, time and confidence between shareholders will financially deteriorate the company. Moreover, from a behavioral perspective, this exhaustive process will damage the relationship between shareholders and make maintenance of the relationship psychologically impossible. The Report asserts that the most common reason for resorting to the UPR is a shareholder's exclusion from management where he has such an expectation¹⁵³. Accordingly, it could be claimed that uncertainty and complexity of the Section 994 creates an inclination for shareholders to provoke disputes among themselves.

Although it is not as apparent as it is in English law system, Turkish law system also harbors a considerable legal uncertainty and complexity. Violation of good faith principle constitutes an important block of legal grounds for challenging a shareholder resolution in addition to breach of law and the articles of association. These grounds for invalidity are result of fiduciary character of

¹⁴⁶ **Roberts /Poole**, p. 38.

¹⁴⁷ **Talbot, Lorraine** (2008) *Critical Company Law*, Routledge Cavendish, p. 209.

¹⁴⁸ **The Great Britain Law Commission**, para 3.

¹⁴⁹ [1991] BCLC 959.

¹⁵⁰ **Talbot, Lorraine**, p. 209.

¹⁵¹ **The Great Britain Law Commission**, para 1.5.

¹⁵² **Roberts /Poole**, p. 38.

¹⁵³ **Roberts /Poole**, p. 38.

voting rights in these law systems. Good faith principle is the most important building block of these law systems, and the private law system of these countries '*might be taken as a mere embodiment of the principle*¹⁵⁴.' Therefore, this uncertainty arising from the good faith principle is actually the core character of the law system. Additionally, unlike English courts, courts in Türkiye have a limited discretion over evaluation of the facts and no discretion over the remedy at all. The only available remedy is invalidation of the resolution if all substantial and procedural requirements are met. As the court decides on a case-by-case basis, its interpretation of good faith has an outstanding importance. In Türkiye, we can say that courts try to limit the scope of good faith by application of '*objective good faith*¹⁵⁵'.

Eventually, although it provides flexibility for a case-by-case basis application of related rules¹⁵⁶, legal uncertainty and complexity of the mechanisms against shareholders' resolutions damage the company, the shareholders and economy. It also creates an incentive for members to initiate litigation and reduce the willingness to obey the rules¹⁵⁷.

2. Abuse of Right to Challenge Shareholders' Resolutions: Professional/Predatory Shareholders

As described in the first part, each and every shareholder, even with one share, retains a right to challenge shareholders' resolutions and this lawsuit has a potential to block operation of the resolution. It should be noted that in line

¹⁵⁴ **Slechtriem, Peter** (1997) "Good Faith in German Law and in International Uniform Laws", En Saggi, Conferenze e Seminari, Vol: 24, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

¹⁵⁵ Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 1995/8154, K: 1995/9165, T: 11.12.1995; Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2003/13751, K: 2004/10029, T: 19.10.2004.

¹⁵⁶ O'Neill v Phillips. For a more general view on advantages of legal uncertainty see **Feldman, Yuval/Lifshitz, Shahar** (2011) "Behind the Veil of Legal Uncertainty", Law and Contemporary Problems, 74, p. 133.

¹⁵⁷ **Feldman, Yuval/Harel, Alon** (2008) "Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma", Review of Law and Economics, Vol: 4, No: 1, pp. 81-126.

with Article 449 of the TCC, the initiation of a lawsuit does not automatically suspend the execution of the general assembly resolution; the court must also issue an injunction to suspend the execution of the resolution. However, under German legal system, initiation of the lawsuit automatically suspends the execution of the resolution, and accordingly may endanger important company transactions¹⁵⁸.

Considering all, we can claim that all shareholders' having a right to challenge shareholders' resolution unlocked potential of abuse in Turkish legal system and created a new shareholder type which could be defined as predatory¹⁵⁹ or professional¹⁶⁰ shareholders. Predatory shareholders attend general meetings, and deliberately object to decisions and try to find out or create procedural or substantial mistakes in order to create reasons for challenging the resolution¹⁶¹.

Under Continental European legal system including Germany, some people acquire shares (mostly only one share) in listed companies in order to gain economic leverage by exploiting their shareholder rights. The basic mechanism for this exploitation is deliberately sabotaging general meetings and challenging the resolutions before the courts. Additionally, sometimes minority shareholders challenge resolutions to achieve their nonmonetary aims in the company or to force majority to act according to their will. According to some studies, an estimated 72 per cent of lawsuits against shareholders' resolutions are initiated by professional shareholders in Germany¹⁶². Although there is no empirical study in Türkiye regarding the professional shareholders, their existence and activities come to be known in the practice.

¹⁵⁸ **Günther, Konstantin/Roth, Barbara** (2005) "Why Germany Needs Shareholders Reform", *International Financial Law Review*, Vol: 24, p. 17.

¹⁵⁹ **Kersting**, pp. 121-122.

¹⁶⁰ **Günther/Roth**, p. 17.

¹⁶¹ **Kersting**, p. 121.

¹⁶² **Cahn, Andreas/Donald David C.** (2010) *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, p. 606.

In order to tackle this problem, some statutory measures such as imposing penalty on professional shareholders¹⁶³ or not suspending implementation of the resolutions without an injunction or giving exclusive jurisdiction to Higher Regional Court¹⁶⁴ have been introduced. However, the nature of the legal system which allows each and every shareholder to challenge resolutions creates incentive for professional shareholders to abuse these rights.

3. An Economic and Behavioral Appraisal of Challenging Shareholders' Resolution

A general economic analysis of these lawsuits posits that the shareholder will initiate a lawsuit only if the cost of the lawsuit is less than the expected benefits¹⁶⁵. Both cost and benefits of the lawsuits have private and social constituents.

Theoretically, the only private benefit of the lawsuits is protection of the minority against the abuse of the majority. These lawsuits do not aim to compensate damages of shareholders arising from acts/actions/decisions of the majority. On the other hand, protection of the investors and creating an effective and strong investment atmosphere are the social benefits of the lawsuits as a part of overall shareholder protection scheme.

Under Turkish legal systems, the plaintiff aims to invalidate the resolution since it's the only available remedy, and it does not have a direct correlation with protection of the shareholder. Without using shareholders' resolutions, the controlling shareholders still have the power to abuse the minority through acts of other organs/persons. Accordingly, invalidating shareholders' resolutions is not a sufficient mechanism to protect minority shareholders by itself, and private and social benefits of the lawsuits under Turkish legal systems are remarkably limited.

¹⁶³ Article 451 of the TCC.

¹⁶⁴ Article 246a the GSCA.

¹⁶⁵ **Kaplow, Louis/Shavell, Steven** (2002) "Economic Analysis of Law" in Auerbach, Alan J./Feldstein, and Martin (eds) Handbook of Public Economics, Vol: 3, Elsevier. p. 1722.

Under English law system, invalidation of resolutions is not a popular remedy, there is a very limited ‘invalidation’ practice at common law. Regarding the UPR, courts may grant any remedy they deem appropriate, but the most frequent remedy is share purchase orders. Besides, grounds for the UPR do not have to be related to shareholders’ resolutions. Any kind of oppression on the shareholders may constitute a valid ground for resorting to the remedy. While flexibility and uncertainty of the UPR are severely disadvantageous from a legal perspective, they are obviously advantageous from an economic perspective. The UPR functions as a true shareholder protection mechanism and provides remarkable private and social benefits.

Private cost of the lawsuits consists of litigation costs of the plaintiff which is fairly easy to calculate. However, social cost has a more complex nature. It includes litigation cost of the defendant (the company), burden of the litigation on judicial system, damages caused to reputation of companies¹⁶⁶ and decrease in stock price and market value of the company accordingly (especially in listed companies) as well as financial and managerial distress (especially in close companies).

Moreover, these lawsuits destroy confidence/trust among shareholders and the company¹⁶⁷. Considering un-institutionalized and family based/concentrated structure of companies in Türkiye, also partly in the UK, these lawsuits exacerbate disputes among shareholders, trigger an era of shareholder disputes and provoke/accelerate collapse of companies in the end. Akkök Holding¹⁶⁸, Uzel Makina¹⁶⁹, Dörtel Tekstil¹⁷⁰, KarstadtQuelle¹⁷¹ either collapsed or financially

¹⁶⁶ Roberts /Poole, p. 38.

¹⁶⁷ Davies/Worthington/Micheler, p. 740.

¹⁶⁸ ‘Dev Şirkette Kardeş Kavgası Büyüyor’ (*Milliyet*, 2 May 2016) <<http://www.milliyet.com.tr/dev-sirkette-kardes-kavgasi-buyuyor/ekonomi/detay/2238056/default.htm>> I.a.d. 13 March 2023.

¹⁶⁹ ‘Aile Kavgası Uzel’i Bitirdi’ (*Sabah*, 13 July 2012) <<http://www.sabah.com.tr/ekonomi/2012/07/13/aile-kavgasi-uzeli-bitirdi>> I.a.d. 10 March 2023.

¹⁷⁰ Nurettin Kurt, ‘Paylaşım Kavgası Bir Şirketi Böyle Bitirdi’ (*Hürriyet*, 21 September 2006) <<http://www.hurriyet.com.tr/paylasim-kavgasi-bir-sirketi-boyle-bitirdi-5122356>> I.a.d. 13 March 2023.

deteriorated because of the 'war' between shareholders. These lawsuits create fragile companies and a flagging economy, deteriorate investment atmosphere in the country. All in all, when social-private cost and benefits of these lawsuits are considered separately, an overall assessment demonstrates that there is a divergence between sum of cost and benefits. The cost-benefit balance in Turkish legal system is completely distorted to the detriment of benefits. On the other hand, English legal system provides a comprehensive investor protection regime notwithstanding the enormous cost it creates.

CONCLUSION

Shareholders' meetings have crucial function for the company as it is the main decision-making body of shareholders¹⁷². Just as resolutions passed in general meetings are substantially important, challenging these resolutions is also dramatically important for governance of the company and protection of minority/shareholders.

As analyzed in the first part, with regard to challenging shareholders' resolution a radical difference exists between English and Turkish legal systems. It is a major shareholder right and judicial minority protection tool under Turkish legal systems. In addition to its theoretical importance, it is one of the most common intra-corporate lawsuits in practice. However, under English legal system invalidating/annulling shareholders' resolution is not a frequent remedy. Although, there is a very limited practice of these lawsuits at common law, a direct statutory mechanism for challenging shareholders' resolutions does not exist. Theoretically, courts can annul a resolution within the context of a UPR case, however in practice it is quite uncommon.

Pursuant to the foregoing, two important questions, which form the core of this study, need to be addressed. What are the reasons for the radically different approaches of these legal systems, and which legal system is more efficient from a legal and economic perspective?

¹⁷¹ Günther/Roth, p. 17.

¹⁷² Cahn/Donald, p. 546.

For the first question, my assertion is that different ownership structures of companies in these jurisdictions have affected company law in general and approaches of these legal systems towards challenging shareholders' resolutions in particular. Additionally, characterization of shareholder rights/powers, and different approaches towards contractual shareholder protection mechanisms have an important effect on structuring of these legal rules.

With regard to the second question, English legal system, especially the UPR¹⁷³, is legally ineffective because of its harboring considerable complexity and uncertainty. Despite several reform attempts¹⁷⁴, it remained 'burdensome' in nature throughout its introduction. However, it provides a comprehensive protection to the minority against abuse of the majority or any other power in the company. Although Turkish legal system could be described as less complex and uncertain comparing to English law, it is economically less efficient. Although it has a nature to create financial, managerial reputational distress over the company, it does not provide an effective protection in return.

As a last note, both legal systems need a detailed reform regarding the minority protection mechanisms and challenging shareholder resolutions. Traditionally and structurally, it is impossible to abolish challenging shareholders' resolution mechanism in Türkiye, however introduction of a '*reformed*' unfair prejudice remedy would provide a better protection for shareholders and dramatically lessen the burden of companies by easing their management.

¹⁷³ Due to its very limited application I did not make an analysis for the common law.

¹⁷⁴ **The Great Britain Law Commission**, para 14.1-16.51.

BIBLIOGRAPHY

- Austin, Robert P./Ramsay, Ian M./Ford, Harold Arthur John** (2013) *Ford's Principles of Corporations Law*, 15. edn, LexisNexis.
- Ayhan, R., Çağlar, H., Özdamar, M.** (2023) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Ayoğlu, Tolga** (2018) *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Barker, Roger/Chiu, Iris H-Y.** (2015) "Protecting Minority Shareholders in Blockholder-Controlled Companies: Evaluating the UK's Enhanced Listing Regime in Comparison with Investor Protection Regimes in New York and Hong Kong", *Capital Markets Law Journal*, Vol: 10, No: 1, pp. 98-132.
- Bebchuk, Lucian Arye/ Roe, Mark J.** (1999) "A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance", *Stanford Law Review*, Vol: 52, pp. 127-170.
- Berle, Adolf A./ C. Means, Gardiner** (1933) *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan Co. New York.
- Blackaby, Nigel/ Partasides, Constantine/ Redfern, Alan/ Hunter, Martin** (2015) *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. edn, Oxford University Press.
- Cahn, Andreas/ Donald/ David C.** (2010) *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press.
- Davies, Paul. L./Worthington, Sarah/ Micheler, Eva** (2012) *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Vol: 20088, Sweet & Maxwell, London.
- Demirkol, Berk** (2012) "Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, İstanbul, V: IX, N: 2, p. 851-883.
- Dowson, Ian J./Stephenson, IS** (1993) *The Protection of Minority Shareholders*, Tolley Publishing.
- Dyck, Alexander/ Zingales, Luigi** (2002) "Private Benefits of Control: An International Comparison", *NBRA Working Paper Series*, Working Paper 8711.
- Esin, İsmail G.** (2020) *Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan, Ersin** (2017) "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Vol: 77, No: 52, pp. 145-175.
- Ergün, Mevci** (2021) *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları.

- Feldman, Yuval/ Harel, Alon** (2008) “Social Norms, Self-Interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma”, *Review of Law and Economics*, Vol: 4, No: 1, pp. 81-126.
- Feldman, Yuval/ Lifshitz, Shahar** (2011) “Behind the Veil of Legal Uncertainty”, *Law and Contemporary Problems*, 74.
- French, Derek/ Mayson, Stephen/ Ryan, Christopher** (1973) *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 29. edn, Oxford University Press.
- FitzGerald, Sean/ Muth, Graham** (2012) *Shareholders’ Agreements*, Sweet & Maxwell.
- Gedajlovic, Eric R./Shapiro, Daniel M.** (1998) “Management and Ownership Effects: Evidence from Five Countries”, *Strategic Management Journal*, Vol: 19, No: 6, pp. 533-553.
- Gilson, Ronald J/Schwartz, Alan** (2012) “Contracting About Private Benefits of Control”, *Columbia University Center for Law & Economics Studies Law & Economics Research Paper No: 436*.
- Göktürk, Kürşat** (2017) “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 8 N: 2, p. 53-78.
- Griffin, Stephen** (2011) “Case Comment: The Primacy Afforded to an Arbitration Agreement in the Context of a Petition Against Unfairly Prejudicial Conduct”, *Sweet and Maxwell’s Company Law Newsletter*, No: 305, pp. 1-4.
- Grundmann, Stefan** (2011) *European Company Law, Organization, Finance and Capital Markets*, 2. edn, Intersentia Press.
- Günther, Konstantin/Roth, Barbara** (2005) “Why Germany Needs Shareholders Reform”, *International Financial Law Review*, Vol: 24, pp. 17.
- Gürsoy, Güner/Aydoğan, Kürşat** (2002) “Equity Ownership Structure, Risk-Taking and Performance: An Empirical Investigation in Turkish Companies”, *Emerging Markets, Finance & Trade*, Vol: 38, No: 6, p. 6-6.
- Hannigan, Brenda** (2007) “Altering the Articles to Allow for Compulsory Transfer - Dragging Minority Shareholders to a Reluctant Exit”, *Journal of Business Law*, pp. 471-501.
- Hannigan, Brenda** (2016) *Company Law*, Oxford University Press, USA.
- Hollington, Robin** (2013) *Hollington on Shareholders’ Rights*, 7. edn, Sweet & Maxwell.
- Joffe, Victor/ Drake, David/ Richardson, Giles/ Lightman, Daniel/ Collingwood, Timothy** (2015) *Minority Shareholders: Law, Practice and Procedure*, 4. edn, Oxford University Press.

- Karasu, Rauf** (2014) "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Vol: 18, No: 2, pp. 311-332.
- Kaya, Mustafa İsmail** (2014) "Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, V: 30, N: 4, p. 45-95.
- Kerem, Bilge** (2017) Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kershaw, David** (2012) *Company Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press.
- Kersting, Christian** (2015) "The Role of Shareholders in Public Companies in Germany" in Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen, Wolf -Geroger Ringe (eds) *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, Mohr Siebeck.
- Khan, Tehmina** (2006) "Company Dividends and Ownership Structure: Evidence from UK Panel Data", *The Economic Journal*, Vol: 116, No: 510, pp. C172-C189.
- Kirchmaier, Thomas/Grant, Jeremy** (2005) "Corporate Ownership Structure and Performance in Europe", *European Management Review*, Vol: 2, No: 3, pp. 231-245.
- Kraakman, Reinier/Armour, John/Davies, Paul/Enriques, Luca/Hansmann, Henry/Hertig, Gerard/Hopt, Klaus/Kanda, Hideki/Rock, Edward** (2017) *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3. edn, Oxford University Press.
- Kulms, Rainer** (2001) "A Shareholder's Freedom of Contract in Close Corporations - Shareholder Agreements in the USA and Germany", *European Business Organization Law Review*, (EBOR), Vol: 2, No: 3-4, p. 685.
- La Porta, Rafael/Lopez-De-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei.** (1999) "Corporate Ownership Around the World", *LIV the Journal of Finance*, Vol: 54, No: 2, pp. 471-517.
- Lee, Joseph** (2015) "Intra-corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol: 83, No: 1.
- Lowry, John** (2003) "Mapping the Boundaries of Unfair Prejudice", *The Reform of United Kingdom Company Law*. Ed. Lacy, John de, Cavendish Publishing.
- Manavgat, Çağlar** (2016) *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

- Mantysaari, Petri** (2005) *Comparative Corporate Governance: Shareholders as Rule Maker*, Springer Science & Business Media.
- Moore, Marc T.** (2014) “Private Ordering and Public Policy: The Paradoxical Foundations of Corporate ‘Contractarianism’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol: 34, No: 4, pp. 693-728.
- Moroğlu, Erdoğan** (2017) *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Mukwiri, Jonathan** (2013) “Takeovers and Incidental Protection of Shareholders”, *European Company & Financial Law Review*, Vol: 10, No: 3, pp. 432-460.
- Nenova, Tatiana** (2003) “The Value of Corporate Voting Rights and Control: A Cross-Country Analysis”, *Journal of Financial Economics*, Vol: 68, No: 3, pp. 325-351.
- Okutan-Nilsson, Gül** (2003) *Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları*.
- O’Neal, F. Hodge** (1987) “Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights.”, *Clev. St. L. Rev*, Vol: 35, pp. 121.
- Porta, Rafael La/ Lopez-De-Silanes, Florencio/ Shleifer, Andrei** (1999) “Corporate Ownership Around the World”, *LIV the Journal of Finance*, pp. 471-517.
- Pulaşlı, Hasan** (2022) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Pulaşlı, Hasan** (2022) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*. Ankara, Adalet Yayınevi.
- Rajak, Harry** (1972) “The Oppression of Minority Shareholders”, *The Modern Law Review*, Vol: 35, No: 2, pp. 156.
- Roberts, Pauline/Poole, Jill** (1999) “Shareholder Remedies-Efficient Litigation and Unfair Prejudice Remedy”, *Journal of Business Law*, Vol: Jan, pp. 38.
- Roe, Mark J.** (2003) *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, Oxford University Press.
- Roe, Mark J.** (2004) “Modern Politics and Ownership Separation”: Gordon, Jeffrey N/Roe, Mark J. (eds.) *Convergence and Persistence in Corporate Governance*, Cambridge University Press.
- Sáez, Maria Isabel/ Riaño, Damaso** (2013) *Corporate Governance and the Shareholders’ Meeting: Voting and Litigation*, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol: 14, No: 3, pp. 343-399.
- Schlechtriem, Peter** (1997) “Good Faith in German Law and in International Uniform Laws”, *En Saggi, Conferenze e Seminari*, Vol: 24, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

- Spindler, Gerald/Jaenig, Ronny** (2010) "Informing Shareholders and Investors: A Behavioral and Economics Approach from a German Company Law Perspective", *The Journal of Interdisciplinary Economics*, Vol: 22, No: 1-2, pp. 89.
- Talbot, Lorraine** (2008) *Critical Company Law*, Routledge Cavendish.
- Tekinalp, Ünal** (2013) "Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, N: 2013/2, s.13-18.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/ /Çamoğlu, Ersin** (2014) *Ortaklıklar Hukuku I: Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- The Great Britain Law Commission** (1996) *Shareholder Remedies: A Consultation Paper* (Law Com No 142).
- Vetoruzzo, Marco/Conac, Pierre-Henri/Goto, Gen/ Mock, Sebastian/Notari, Mario/Reisberg, Arad** (2015) *Comparative Corporate Law*, West Academic.
- Yong, Cheng** (2012) "On Protection of Rights and Interests of Minority Shareholders in Listed Company", *International Journal of Business Administration*, Vol: 3, I: 2, pp. 54-58.
- Yurtoğlu, B. Burçin** (2000) "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", *Emprica* 27, pp. 193-222.
- Yurtoğlu, B. Burçin** (2003) "Corporate Governance and Implications for Minority Shareholders in Turkey", *Turkish Economic Association Discussion Paper 2003/7*.
- Yüksel, Sinan H.** (2018) "Pay Sahipleri Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim", Akıncı, Z./ Yasan Tepetaş, C. (Editörler), *Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, pp. 141-168.
- Wendy, Kennet** (2013) "Arbitration of Intra-Corporate Disputes", *International Journal of Law and Management*, Vol: 55, No: 5, pp. 333-360.
- Wirth, Gerhard/ Arnold, Michael/ Morshauser, Ralf** (2010) *Corporate Law in Germany*, Verlag C. H. Beck, München.
- Wymeersch, Eddy/Baums, Theodor** (1969) *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and The United States*, Kluwer Law.

Court Decisions

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 1995/8154, K: 1995/9165, T: 11.12.1995.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2003/13751, K: 2004/10029, T: 19.10.2004.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2013/13768, K: 2014/15745, T: 16.10.2014.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2013/7332, K: 2014/14131, T: 16.04.2013.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2014/12658, K: 2014/19476, T: 11.12.2014.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2014/9351, K: 2014/18769, T: 02.12.2014.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2015/8514, K: 2016/5320, T: 11.05.2016.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2015/14626, K: 2016/6507, T: 13.06.2016.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2015/8587, K: 2016/3001, T: 22.06.2015.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2019/5331, K: 2020/3709, T: 30.09.2020.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2019/4971, K: 2020/2971, T: 17.06.2020.

Turkish Court of Cassation 11th Law Chamber, E: 2020/537, K: 2020/5167, T: 18.11.2020.

[1897] *Welton v Saffery* AC 229.

[1900] 1 Ch.656, CA.

[1915] 2 Ch. 186.

[1917] *Phillips v Manufacturers' Securities Ltd* 86 LJ Ch 305, 116 LT 290.

[1919] 1 Ch. 290.

[1920] 1 Ch. 154, CA.

[1920] 2 Ch. 124.

[1926] All ER Rep 498.

- [1926] Southern Foundries Ltd v Shirlaw [1940] AC 70.
- [1951] Greenhalgh v Arderne Cinemas Ch 286.
- [1973] Westbourne Galleries Ltd, Re A.C.360.
- [1974] 1 WLR 1133 (Chancery Division).
- [1978] Blount v Taft 246 S.E.2d 763 at 769 (Supreme Court of North Carolina).
- [1986] Re a Company BCLC 376.
- [1986] Re London School of Electronics Ltd Ch 211.
- [1987] 12 App Cas 589.
- [1991] Re Elgindata Ltd BCLC 959.
- [1991] BCLC 959.
- [1994] Re Unisoft Group Ltd 1 BCLC 609.
- [1994] Re Saul D Harrison & Sons plc [1995] 1 BCLC 14, BCC 475.
- [1994] 2 B.C.L.C. 354.
- [1995] 1 BCLC 14.
- [1996] Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd 2 BCLC 184.
- [1998] Astec (BSR) Plc, Re 2 B.C.L.C. 556.
- [1998] Bermuda Cablevision Ltd v Colica Trust Co Ltd AC 198.
- [2005] Re Grandactual Ltd EWHC 1415 (Ch).
- [2005] Re Grandactual Ltd EWHC 1415 (Ch).
- [2005] Halton International Inc. (Holdings) Sarl v Guernroy Ltd.
- [2011] Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards EWCA Civ 855.

Internet Resources

- ‘Aile Kavgası Uzel’i Bitirdi’ (*Sabah*, 13 July 2012) <<http://www.sabah.com.tr/ekonomi/2012/07/13/aile-kavgasi-uzeli-bitirdi>> l.a.d. 10 March 2023.
- ‘Dev Şirkette Kardeş Kavgası Büyüyor’ (*Milliyet*, 2 May 2016) <<http://www.milliyet.com.tr/dev-sirkette-kardes-kavgasi-buyuyor/ekonomi/detay/2238056/default.htm>> l.a.d. 13 March 2023.
- Nurettin Kurt, ‘Paylaşım Kavgası Bir Şirketi Böyle Bitirdi’ (*Hürriyet*, 21 September 2006) <<http://www.hurriyet.com.tr/paylasim-kavgasi-bir-sirketi-boyle-bitirdi-5122356>> l.a.d. 13 March 2023.

MEVCUT DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE ZORUNLU ARABULUCULUKTA YETKİ^(*)

Doç. Dr. Ayşe KILINÇ^(**)

ÖZET

Hukukumuzda arabuluculuğa ilişkin ilk defa 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile düzenleme yapılmıştır. Buna göre, arabuluculuk ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak hukukumuzda girmiştir. Ancak önce iş uyuşmazlıkları bakımından, sonra ise ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Yine son düzenlemelerle, kira uyuşmazlıkları ve diğer bazı uyuşmazlıklar da zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Dolayısıyla, hukukumuzda arabuluculuk hem ihtiyari hem de birtakım uyuşmazlıklar bakımından zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yöntemine dönüşmüştür. HUAK m. 18/A hükmü ile dava şartı arabuluculuk bakımından uygulanacak genel bir düzenleme yapılmıştır. Belirtilen maddede, arabuluculuğun zorunlu olduğu uyuşmazlıklarda yetkiye ilişkin hükümler de yer almaktadır. Buna göre, zorunlu arabuluculukta yetkiye ilişkin düzenlemelerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan mahkemenin yetkisine ilişkin düzenlemelere paralel olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada ise mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak, zorunlu arabuluculukta yetki konusu ele alınacaktır. Bu bağlamda, yetkili arabuluculuk bürosu, arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz, itirazın incelenmesi, itiraz hakkında karar ve kararın sonuçları konuları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Yetki, Yetkili Mahkeme, Yetkili Arabuluculuk Bürosu.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1287502 - **Geliş Tarihi:** 25.04.2023 - **Kabul Tarihi:** 23.05.2023.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Afyon-Türkiye,

E-posta: kilincayse1983@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4420-0082>.

VENUE IN MANDATORY MEDIATION IN THE CONTEXT OF CURRENT REGULATIONS

ABSTRACT

For the first time in Turkish law, mediation was regulated by the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes. Accordingly, mediation has entered our law as an optional dispute resolution procedure. However, initially for labor disputes, and then for commercial and consumer disputes, the application to mediation was accepted as a condition for litigation. Again, with the latest regulations, lease disputes and some other disputes have also been included within the scope of mandatory mediation. Therefore, in Turkish law, mediation has turned into both a voluntary and a mandatory dispute resolution method for certain disputes. Article 18/A of the Law on Mediation in Civil Disputes established a general regulation to be applied in terms of mediation as a condition for litigation. The mentioned article also includes rules on venue in disputes where mediation is mandatory. Accordingly, it is concluded that the regulations on venue in mandatory mediation are parallel to the regulations on the venue of the court in the Code of Civil Procedure. In this study, based on the current regulations, the issue of venue in mandatory mediation will be discussed. In this context, the geographically competent mediation office, objection to the venue of the mediation office, examination of the objection, verdict on the objection and the consequences of the verdict will be evaluated.

Keywords

Mediation, Mandatory Mediation, Venue, Geographically Competent Court, Geographically Competent Mediation Office.

GİRİŞ

Medenî yargı veya -bir hukuk alanını ifade etmek bakımından- yaygın kullanımıyla medenî usûl hukuku, özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ilke ve kuralların düzenlediği yargılama hukukunun bir alt türüdür. Diğer bir ifadeyle, medenî usûl hukukunun çözümünü düzenlediği uyuşmazlıkların temelinde taraf iradesinin egemen olduğu özel hukuk ilişkileri yer aldığından, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme yargılaması -dava dışında birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da bulunmaktadır¹. Her ne kadar dava, temel ve geleneksel bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıksa da uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü bakımından en son başvurulması gereken bir uyuşmazlık çözüm yolu olması gerekir². Nitekim, davaya alternatif olarak geliştirilen³ birçok uyuşmazlık çözüm yolu ortaya çıkmıştır⁴. Bun-

-
- ¹ **Azıklı Arslan, Betül** (2018) Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, s.23; **Pekcanitez, Hakan** (2017) “Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”: Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.1-75, s.10.
- ² **Özekes, Muhammet** (2017) “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.2801- 2846, s.2806; **Pekcanitez**, s.9-10; Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, dava yolu yerine başvurulacak yöntemler oluşturduğu hakkında bkz. **Özbek, Mustafa Serdar** (2013) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s.132.
- ³ Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşamadıklarında dava yoluna başvurabileceklerinden, arabuluculuğun yargılamaya değil, davaya alternatif bir yol olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Azıklı Arslan**, s.28.
- ⁴ Davaya alternatif olarak çıkan uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak; müzakere, tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma, vakıaların tespiti, kısa jüri yargılaması, hakim kiralama, uzlaştırma ve arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim olarak belirtilebilir. Bu konuda bkz. **Azıklı Arslan**, s.26; **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.9-16; **Kısmet Kekeç, Elif** (2014) Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.18-22; **Özekes, Pekcanitez Usûl** (2017), s.2809-2812; **Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Yetkin, s.35; Müzakere, arabuluculuk ve dava yolu şeklinde özetlenen üç asli ve öncelikli uyuşmazlık çözüm usûlü yanında, bu usûllerin ortak özellikleri ile geliştirilen karma uyuşmazlık çözüm usûlleri bulunduğu hakkında bkz. **Özbek**, s.122, ayrıca bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Özbek**, s.116-124.

lardan biri de arabuluculuk çözüm yoludur⁵. Arabuluculuk, en genel ifadesiyle, uyuşmazlığın, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla, çeşitli müzakere yöntemleri kullanılarak tarafların kendi belirledikleri usûl⁶ ve çözümlere göre çözüldüğü bir yoldur⁷. Nitekim, hukukumuzda arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme niteliğinde olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 2/b’de arabuluculuk; “*Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere, arabuluculuk gönüllülük esasına dayanan ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁸. 6325 sayılı HUAK ile başlangıçta yalnızca ihtiyari olarak kabul edilen arabuluculuk, zaman içerisinde yürürlüğe giren düzenlemeler ile ihtiyari olmasının yanı sıra zorunlu⁹ olarak da uygulanmaya başlanmıştır¹⁰.

⁵ Arabuluculuk yolunun, üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en sık başvurulan yol olduğu hakkında bkz. **Azaklı Arslan**, s.26; **Özbek**, s.555; **Taşpolat Tuğsavul, Melis** (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, Yetkin, s.21.

⁶ Arabuluculuğun mahiyeti itibarıyla anlaşmaya dayalı bir usûl olduğu ve temel ilkelerin daima aynı olmakla birlikte, arabuluculuğun tek tip bir usûl olmadığına ilişkin olarak bkz. **Özbek**, s.557.

⁷ Arabuluculukla ilgili öğretide yapılan tanımlar için bkz. **Azaklı Arslan**, s.27; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s.17-18; **Kısmet Kekeç**, s.23-26; **Özbek**, s.555-556; **Özekes, Pekcanitez Usûl** (2017), s.2813; **Tanrıver** (2022), s.43; **Taşpolat Tuğsavul**, s.26-27.

⁸ **Azaklı Arslan**, s. 50; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s.28; **Kısmet Kekeç**, s.23, s.70; **Özbek**, s.556, s.1019; **Özekes, Pekcanitez Usûl** (2017), s.2818; **Tanrıver** (2022), s.65; **Taşpolat Tuğsavul**, s.126; **Yazıcı, Çiğdem** (2020) “Türkiye’de Arabuluculuğun Gelişimi”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C:9, S:2, s.313-352, s.324-325.

⁹ Zorunlu arabuluculuk modellerinin esas olarak üç kategoriye ayrıldığı; ilk olarak yasal düzenlemelerle dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurmasını ön şart olarak kabul eden sistem, ikinci olarak mahkeme tarafından sevk edilen arabuluculuk olan isteğe bağlı, ihtiyari olarak tanımlanan zorunlu arabuluculuk modeli, üçüncü olarak ise yargılama masraflarının olumsuz etkisi sebebiyle kabul edilen yarı mecburi zorunlu arabuluculuk modeli olduğu ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Öznumcu, Seda** (2016) “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısın-

Hatta zorunlu arabuluculuğa ilişkin kabul edilen son düzenlemelerle, hukukumuz bakımından zorunlu arabuluculuğun neredeyse kural haline gelebileceği yönünde bir eleştiriyi ifade etmek de yanlış olmaz¹¹. Dolayısıyla, HUAK'ın “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” başlıklı beşinci bölümünün, “*Dava şartı olarak arabuluculuk*” kenar başlıklı m. 18/A'da arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği hallere ilişkin genel bir hüküm kabul edilmiştir¹². Buna göre, özel

dan Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C:74, S:2, s.807- 842, s.808-809; Ülkemizde kabul edilen zorunlu arabuluculuk yöntemi, dava şartı arabuluculuktur. **Azıklı Arslan**, s.32; *Özkes*'e göre, yapılan düzenlemelerde zorunlu arabuluculuk kavramı kullanılmamakta, önce arabulucuya başvuru zorunluluğu dava şartı şeklinde ifade edilmektedir. Ancak uyumsuzluğun taraflarının dava açmak istemeleri halinde, bu yönde iradeleri olmasa bile, mecburen arabulucuya başvurmaları gerekmektedir. **Özkes, Muhammet** “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”: Erdoğan, Ersin (Editör), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, s.116; *Atalı*'ya göre de zorunlu arabuluculuk modelinin adının dava şartı arabuluculuk şeklinde ifade edilmesi, onun mahiyetini değiştirmemekte ve getirilen sistemde arabulucuya başvurunun zorunlu kılınması, onu asla teknik ve teorik anlamda bir dava şartı yapmamakta; olsa olsa dava engeli mahiyeti taşımaktadır. **Atalı, Murat** “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”: Erdoğan, Ersin (Editör), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, s.138 dn. 3; *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven* ise arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun gerçek ve teknik anlamda bir dava şartı olmadığını, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun dava şartından daha çok sınırlı bir düzenlemeye sahip olan ilk itirazlara daha çok benzediğini; ancak mevcut düzenleme karşısında, kanunda belirtilen uyumsuzluklarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabulü ve ona göre uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s.153-154.

¹⁰ Arabuluculuğa başvurunun arabuluculuğa elverişli tüm uyumsuzluklar için ihtiyari olmasının kanunun yürürlüğe girdiği 22 Haziran 2013 tarihinden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2018 tarihine kadar devam ettiğine ilişkin olarak bkz. **Yazıcı**, s.325.

¹¹ *Tanrıver*, dava şartı arabuluculuğun, uygulama alanının genişletilmesinin ve genel bir dava şartı haline getirilmesine çalışılmasının sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmayıp, özel bir dava şartı olan arabuluculuğun genel bir dava şartı haline getirilmesinin HMK'daki genel dava şartları arasına yeni bir dava şartının eklenmesi sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. Bkz. **Tanrıver** (2022), s.145.

¹² Ancak hukukumuzdaki zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin, yalnızca arabuluculuk sürecinin başlatılması bakımından kabul edildiğini; dolayısıyla, sürecin devamında ve sona ermesinde geçerli olmadığını altını çizmek gerekir. Bu konuda bkz. **Azıklı Arslan**, s.139; **Tanrıver** (2022), s.144.

kanunlarda¹³ arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmişse, arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği belirtilen hükümde düzenlenmiştir. İşte belirtilen hükmün sekizinci fıkrasında, arabuluculuk sürecinde yetkiye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu bağlamda, arabulucu görevlendirmesini yapan arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı hususunun arabulucu tarafından kendiliğinden dikkate alınıp alınmayacağı, yetkiye yapılan itirazın usûlü, itirazın incelenmesi, karara bağlanması ve sonuçları ilgili hükümde belirtilmiştir.

Ayrıca hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin her türlü arabuluculuk faaliyeti ile arabuluculuğa ilişkin usûl ve esasları düzenlemek amacıyla kabul edilen HUAK Yönetmeliği¹⁴'nin ikinci kısımda “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” başlıklı ikinci bölümünün “*Dava şartı olarak arabuluculukta arabuluculuk faaliyeti*” kenar başlıklı m. 25/4'te de arabuluculukta yetkiye ilişkin HUAK'ta yer alan hükme paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Öncelikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Yönetmelik'te hem ihtiyari hem de zorunlu ya da kanunî ifadesiyle dava şartı arabuluculuğa¹⁵ ilişkin düzenlemelerin yer aldığını ifade etmek gerekir. Ancak yu-

¹³ Dava şartı arabuluculuğa ilişkin ilk özel düzenleme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 ile kabul edilmiştir. Sonrasında ise sırasıyla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükümleri ile çeşitli uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir. Son olarak 5.4.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7445 sayılı Kanun'un m. 37 ile 6325 sayılı HUAK'a m. 18/B eklenerek; kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir.

¹⁴ Resmî Gazete: 2.6.2018 tarih ve 30439 sayı.

¹⁵ Kanunda ve Yönetmelikte “*dava şartı olarak arabuluculuk ifadesine*” yer verilmiş olsa da, biz çalışmamızda hem yukarıda dn. 9'da belirttiği gibi, ülkemizde kabul edilen zorunlu arabuluculuk yönteminin dava şartı arabuluculuk olması hem de kavramın dava şartı arabuluculuk olarak ifade edilmesinin, zorunlu arabuluculuk niteliğini değiştirmemesi sebebiyle, çalışmanın başlığında da yer aldığı üzere, “*zorunlu arabuluculuk*” kavramını kullanmayı uygun bulmaktayız.

karıda belirttiğimiz yetkiye ilişkin düzenleme, yalnızca dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, ihtiyari arabuluculukta belirtilen hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Dolayısıyla, bu çalışmada (dava şartı olarak kabul edilen) zorunlu arabuluculukta yetki konusu ele alınacaktır. Bu bağlamda, Kanun'da ve Yönetmelik'te yer alan düzenlemelerden yola çıkılarak yetkinin nasıl belirleneceği, yetkisizlik iddiası ve incelenmesi ile sonuçları, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

I. YETKİLİ ARABULUCULUK BÜROSU

Arabuluculuk süreci de tıpkı dava ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarında olduğu gibi bir başvuru üzerine başlayacaktır. Davada, maddî hukuktan doğan bir hakkı ihlal edilen veya ihlal tehdidi altında olan kimse, hukukî korunma talebi ile devletin yetkili makamları olan mahkemelere başvurarak bu süreci başlatır¹⁶. Mahkemeden hukukî korunma talep ederek, dava sürecini başlatan bu kimse ise “davacı” olarak karşımıza çıkar¹⁷. HUAK m. 18/A'da arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği durumlara ilişkin arabuluculuk süreci ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Belirtilen düzenlemeden yola çıkarak, arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği zorunlu arabuluculuk hallerinde de bu sürecin davacı tarafından başlatılması gerekecektir. Nitekim, HUAK'ta davacının arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu belirtilmiştir (HUAK m. 18/A, 2).

Zorunlu arabuluculuğun kabul edildiği hallerde, davacının mevcut uyuşmazlıkla ilgili dava açabilmesi için arabuluculuk faaliyetine başvurmuş ve bu başvuru sonunda anlaşmaya varılamamış olması gerekir. Zorunlu arabuluculuk sürecinde başvuru ise uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacaktır (HUAK m. 18/A, 4). Belir-

¹⁶ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel (2022) Medenî Usûl Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin, s.287.

¹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.287.

tilen düzenlemeden, arabuluculuk başvurusunun arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise büronun görevini yapmakla görevlendirilen mahkeme yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre, zorunlu arabuluculuk başvurusu için belirlenen yetki kuralının, uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemenin belirlenmesi için kabul edilen yetki kuralı ile paralel olduğunu söylemek gerekir¹⁸.

Mevcut düzenlemeye göre, yetkili arabuluculuk bürosu için yetkili mahkemenin tayini gerekeceğinden, öncelikle mahkemelerin yetkisine ilişkin kurallara bakmak gerekir. Buna göre, mahkemenin yetkisine ilişkin düzenlemeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 5 ile 19 arasında kabul edilmiş ve mahkemenin yetkisine ilişkin diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümlerin saklı olduğu da belirtilmiştir (HMK m. 5). Mahkemelerin yetkisine ilişkin genel kural niteliğindeki olan HMK m. 6'ya göre, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. O halde, genel yetkili mahkeme, davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yerine göre belirlenecektir. Buna göre, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde başvuru sahibinin (ileride açılacak davada davacı), genel yetki kuralı gereğince, karşı tarafın (ileride açılacak davada davalı) başvurunun yapıldığı sırada (ileride açılacak davada dava açıldığı tarihte) yerleşim yerinde bulunan arabuluculuk bürosuna veya büro yoksa görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvurması gerekir. Karşı tarafta birden fazla kimse varsa (kanunda davanın sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkili bir mahkeme belirtilmedikçe), bunlardan birinin yerleşim yerindeki mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvuru yapılabilir (HMK m. 7/1).

HMK'da genel yetki kuralının yanı sıra birçok özel yetki kuralı da kabul edilmiştir¹⁹. Hatta bu özel yetki kurallarının bir kısmı da kesin yetki kuralıdır.

¹⁸ **Budak, Ali Cem** (2019) "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C:15, S:42, s.25-40, s.28; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s.161.

¹⁹ HMK m. 10'da sözleşmeden doğan davalarda yetki, HMK m. 11'de mirastan doğan davalarda yetki, HMK m. 12'de taşınmazın aynından doğan davalarda yetki, HMK m. 15'te sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki, HMK m. 16'da haksız fiilden doğan davalarda yetki örnek gösterilebilir.

Buna göre, yetkinin kesin olmadığı hallerde, davacı genel veya özel yetkili mahkemelerde dava açmak bakımından serbesttir²⁰. Bununla birlikte, bir uyuşmazlık bakımından kesin yetkili bir mahkeme belirlendiyse, kesin yetkinin dava şartı olması sebebiyle, davanın kesin yetkili olarak kabul edilen mahkemede açılması gerekir²¹. Aksi halde mahkeme yetkili olup olmadığı kendiliğinden dikkate alınarak, yetkisizlik kararı verecektir²². Ancak zorunlu arabuluculuk başvurusu bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, aşağıdaki²³ bölümde ele alacağımız üzere, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı hususu arabulucu tarafından kendiliğinden dikkate alınmayıp, karşı tarafın itirazı ile ileri sürülebilir. Dolayısıyla, zorunlu arabuluculuk başvurusu bakımından yetkinin kesin olarak belirlendiği bir uyuşmazlıkta, esas olarak başvuru sahibinin kesin yetki kuralına göre belirlenen mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurması gerekli ise de, başvuru sahibinin HMK'ya göre kabul edilen kesin yetkili mahkemenin yanı sıra genel veya özel yetkili mahkemelerin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürolarına

²⁰ **Akkan, Mine** (2017) "Mahkemeler", Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.109-337, s.279; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, s.231; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara, Yetkin, s.180; **Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) Medenî Usûl Hukuku, Tamamen Değiştirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin, s.114; **Karademir Aydemir, Dilek** (2019) Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.97-98; **Kuru, Baki/Aydın Burak** (2022) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s.63; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2022) Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.75.

²¹ **Akkan, Pekcanitez Usûl**, s.293; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, s.244; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.195; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.119-120; **Karademir Aydemir**, s.97-98; **Kuru/Aydın**, s.63; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.77; **Tanrıver, Süha** (2021) Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Yetkin, s.261.

²² **Akkan, Pekcanitez Usûl**, s.320; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, s.255; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.196; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.125; **Karademir Aydemir**, s.109; **Kuru/Aydın**, s.75; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.83; **Tanrıver** (2021), s.274-275.

²³ Bkz. aşağıda II başlıklı bölüm.

başvurması da mümkündür²⁴. Ancak bu durumda, karşı tarafın kesin yetki kuralına göre belirlenen arabuluculuk bürosuna başvurulmadığı için yetki itirazında bulunabileceğini unutmamak gerekir. Örneğin; can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili olarak kabul edilmiştir (HMK m. 15/2). Bu bağlamda, can sigortası ile ilgili bir zorunlu arabuluculuk başvurusunun da sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın yerleşim yeri mahkemesinin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılması gerekir. Ancak başvuru sahibi, kesin yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurmayıp, genel yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurduğu takdirde, karşı taraf arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etmediği sürece, arabuluculuk bürosu yetkili olarak kabul edilecektir.

Zorunlu arabuluculukta yetkili büronun belirlenmesi bakımından aynı durum, uyuşmazlık için kesin yetkili bir mahkemenin kabul edilmediği durumlarda da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, başvuru sahibi, böyle bir uyuşmazlıkta, genel veya özel yetkili mahkemelerin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürolarından birine başvurmak bakımından serbesttir. Örneğin; kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık bakımından davacı, HMK m. 6'ya göre, genel yetkili mahkemede dava açabileceği gibi, HMK m. 10'da düzenlenen özel yetki kuralı gereği, sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa edileceği yerdeki mahkemede de dava açabilir. Bu bağlamda, bu tür bir uyuşmazlık için zorunlu arabuluculuk başvurusu bakımından da aynı esas kabul edilecek; başvuru sahibi ya karşı tarafın yerleşim yerindeki ya da sözleşmenin ifa edileceği yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurabilecektir.

Yine başvuru sahibinin, yetkili mahkemenin taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesi ile belirlendiği durumlarda da, yetki sözleşmesine göre yetkili olduğu kabul edilen mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurur-

²⁴ Kesin yetki kuralının mevcut olması durumunda, yalnızca kanunda düzenlenen yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosunun yetkili kabul edileceğine ilişkin olarak bkz. **Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper** (2019) Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, 1. Baskı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s.50; **Doğar, Mehmet** (2020) "Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Süreci": Adıgüzel, Selminaz (Editör), İstanbul, Legal, s.169-202, s.181.

bileceğini belirtmek gerekir²⁵. Bu durum özellikle Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 5/A uyarınca kabul edilen ticari uyuşmazlıklarda karşımıza çıkabilir. Zira, kanun koyucu yetki sözleşmesinin yalnızca tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceğine kabul etmiştir (HMK m. 17)²⁶.

Zorunlu arabuluculuğun kabul edildiği uyuşmazlıklar bakımından özel kanunlarda arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin düzenlemeler yapılmışsa, öncelikle bu özel düzenlemelere göre yetkili büronun belirlenmesi gerekir²⁷. Bu duruma örnek, İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 3'teki düzenlemedir. Belirtilen hükme göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (İMK m. 3/1). Aynı maddenin beşinci fıkrasında ise yetkiye ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İMK m. 3/5). Belirtilen düzenlemeden, iş uyuşmazlıklarındaki zorunlu

²⁵ Bu durumda taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, başvurunun yalnızca sözleşme ile belirlenen mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılacağı hakkında bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s.50; **Doğar**, s.181; Kanımızca; tarafların yaptıkları yetki sözleşmesinin münhasır olduğu; diğer bir ifadeyle, HMK m. 17 uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadığı için yalnızca yetkili kıldıkları mahkemede davanın açılması gerekeceği bir yetki sözleşmesi durumunda da, başvuran tarafın sözleşmede belirlenen mahkeme dışında diğer özel ve genel yetki kurallarına göre belirlenen mahkemelerin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürolarına başvurması mümkündür. Zira, arabuluculuk bürosunun yetkisizliği yalnızca karşı tarafça ileri sürülebilen bir itirazdır. Dolayısıyla, karşı taraf yetki sözleşmesi ile kesin olarak yetkili kılınan mahkemenin bulunduğu yer dışındaki arabuluculuk bürosuna yapılan bir başvuruya karşı yetki itirazında bulunmayabilir.

²⁶ **Akkan, Pekcanitez Usûl**, s.305-306; **Arsılan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.247; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.192; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2022) *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, Filiz, s.61-62; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.129; **Kuru/Aydın**, s.72; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.80; **Tanrıver** (2021), s.266.

²⁷ Zorunlu arabuluculukta; önceliğin varsa o konudaki özel hükümlerin, sonra HUAK'taki zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin ve zorunlu arabuluculukta özel veya genel hüküm yoksa da arabuluculuğa ilişkin temel hükümlerle genel-ihiyari arabuluculuğa ilişkin hükümlerin dikkate alınacağı ve aynı kuralın iş uyuşmazlıklarında da geçerli olduğuna ilişkin olarak bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s.171-172.

arabuluculuk başvurusu bakımında belirlenen yetki kuralının, iş uyuşmazlıklarındaki yetkili mahkemeyi²⁸ belirleyen kuralla paralellik gösterdiği sonucu ortaya çıkmaktadır²⁹.

HMK m. 5'te, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlık için özel kanunî düzenlemelerle yetki kuralı kabul edilmiş olabilir. Bu özel düzenlemelerden biri olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/5'te yer alan yetki kuralına göre, tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir. Buna göre, zorunlu arabuluculuk kapsamında olan bir tüketici uyuşmazlığında başvuru sahibi, HMK'da düzenlenen genel ve özel yetki kurallarına göre belirlenen arabuluculuk bürolarının yanı sıra TKHK m. 73/5 uyarınca, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna da başvuru yapabilir.

II. ARABULUCULUK BÜROSUNUN YETKİSİNE İTİRAZ

Arabulucuyu görevlendirecek olan arabuluculuk bürosunun yetkisinin mahkemelerin yetkisine ilişkin kurallara göre belirlendiğinden bahsettik (HUAK m. m. 18/A, 4). Ancak arabulucu kanunda kabul edilen yetki kurallarına göre belirlenen arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmezse, arabuluculuk bürosunun yetkisizliği gündeme gelecektir³⁰. Arabuluculuk bürosunun yetkisizliği iddiasının nasıl ileri sürüleceği ve inceleneceğine ilişkin düzenleme HUAK m. 18/A, 8'de yer almak-

²⁸ İMK'nın "yetki" kenar başlıklı m. 6/1 ve 2'deki yetki kuralına göre, iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

²⁹ **Azaklı Arslan**, s.151; **Korkmaz, Ezgi** (2020) "İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C:16, S:47, s.861-928, s.883; Ancak belirtilen düzenlemenin adeta mahkemelerin yetkisinde olduğu gibi, büroların yetkisini de sınırladığı hakkında bkz. **Erdogan, Ersin** (2017) "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C:14, S:55, s.1211-1242, s.1218.

³⁰ **Azaklı Arslan**, s.152.

tadır³¹. Buna göre, arabulucunun görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamayacağı; karşı tarafın en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Zira, uyuşmazlık bakımından yetkili büro arabuluculuğa başvuran tarafın yazılı beyanına göre belirleneceğinden, arabuluculuk bürosunun da yetki konusunu kendiliğinden dikkate alması mümkün olmayacaktır³². Bu durumda, zorunlu arabuluculuk faaliyetinde de yetkisizlik iddiasının, yetkinin kesin olmadığı davalarda olduğu gibi karşı tarafça ileri sürülebilir bir itiraz olarak kabul edildiğini ifade etmek gerekir³³. Nitekim, HMK m. 19/2 uyarınca, yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Belirtilen düzenlemeye göre, davalı tarafından ileri sürülebilir yetki itirazı, yetkinin kesin olmadığı davalara ilişkindir³⁴. Zira, yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorunda olduğundan (HMK m. 19/1), bu tür davalarda yetki bir dava şartıdır (HMK m. 114/1, ç). O halde kanun koyucu davada, kesin yetki ve kesin olmayan yetki kurallarına göre bir ayrım yapmış; yetkinin kesin olmadığı hallerde yetkisizliği davalı tarafça ileri sürülebilir bir itiraz olarak kabul etmesine rağmen, yetkinin kesin olduğu hallerde ise yetkisizliği bir dava şartı olarak düzenlemiştir. HUAK m. 18/A, 8'deki düzenlemeye baktığımızda, aynı sonucun zorunlu arabuluculuk bakımından kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Zira, zorunlu arabuluculukta yetkisizlik, hem yetkinin kesin olduğu uyuşmazlıklarda hem de yetkinin kesin olmadığı uyuşmazlıklarda yalnızca karşı tarafça ileri sürülebilir bir itirazdır³⁵.

³¹ HUAK m. 18/A, 8'de düzenlenen yetkiye ilişkin hüküm, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu düzenleyen İMK m. 3/9'da da kabul edilmiştir. Her iki hükmün içeriği de aynı olduğundan, iş uyuşmazlıklarındaki zorunlu arabuluculukta yetki itirazı bakımından aynı esaslar geçerli olacaktır.

³² Doğan, s.181; Koçyiğit/Bulur, s.50.

³³ Öğretide *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*'e göre, belirlenen yetkinin mutlak emredici (kamu düzenine ilişkin) bir yetki olmadığı ifade edilebilir. Bkz. *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*, s.161.

³⁴ Akkan, Pekcanitez Usûl, s.320; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.251; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.195; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.124; Karademir Aydemir, s.109; Kuru/Aydın, s.75; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.83; Tanrıver (2021), s.262-263.

³⁵ Koçyiğit/Bulur, s.54.

Uygulamada, arabulucunun, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmamasını kendiliğinden dikkate alamamasının ve büronun yetkisizliğinin ancak karşı tarafça ileri sürülebilecek olmasının zorunlu arabuluculuk sürecini uzatabilmesi mümkündür. Ancak yine de kanımızca; mevcut düzenleme isabetli gözükmemektedir. Zira, arabuluculuk bürosu yetki kurallarına göre yetkisiz olsa da, karşı tarafın bunu önemsemeyerek, sürecin bir an önce sonuçlanmasını istemekte menfaati bulunmaktadır. Şöyle ki; arabulucunun kendiliğinden arabuluculuk bürosunun yetkisiz olduğunu dikkate alabildiğini varsaydığımızda, arabulucunun kendisinin yetkisizlik kararı vermesi söz konusu olacak (veya yetkisizlik iddiasını incelemesi için dosyayı mahkemeye gönderecek) ve arabuluculuk süreci yetkili olarak belirlenen arabuluculuk bürosunun görevlendireceği arabulucu ile tekrar başlayacaktır. Oysa zaten bu tür uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava açılmadan önce zorunlu olarak başvurulmuş bir yol olması ve tarafların anlaşamaması durumunda davanın açılacağı düşünüldüğünde, süreç bir hayli uzamaktadır. Ayrıca arabuluculuk, bir yargılama faaliyeti değildir; yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Buna göre, arabuluculuk faaliyetinde, davada olduğu gibi, mahkemenin yetkisinin taraflar bakımından önemli olduğu keşif gibi tahkikat işlemlerinin yapılması söz konusu olmaz³⁶. Dolayısıyla, arabuluculuk bürosunun yetkisizliği, taraflar bakımından mahkemenin yetkisizliği kadar önemli olmayabilir. Zira, büro yetkisiz de olsa karşı taraf buna itiraz etmediğinde arabulucunun görevine devam etmesi, sürecin uzamaması ve bir an önce sonuçlanması bakımından daha önemlidir. Kaldı ki, davada bile yetkinin kesin olmadığı hallerde, yetki itirazının davalı tarafından ileri sürülmesi gerekirken, zorunlu arabuluculuk bakımından yetkisizliğin arabulucu tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husus olarak düzenlenmemiş olması yerinde olmuştur.

III. YETKİ İTİRAZINDA USÛL

HUAK m. 18/A, 8'de, karşı tarafın en geç ilk toplantıda yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebileceği

³⁶ Arabuluculuk sürecinin işleyişinde hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirilmesinin daha geri planda olduğu hakkında bkz. **Tanrıver** (2022), s.47.

düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etmek isteyen karşı tarafın bu itirazını yapabileceği süre sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, kanundaki “*en geç ilk toplantıda*” ifadesinden, yetki itirazının ilk toplantı gününde de ileri sürebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak ilk toplantı başladıktan sonraki toplantılarda artık yetki itirazının yapılabilmesi mümkün değildir. Yetki itirazının en geç ilk toplantıda ileri sürülebileceği düzenlendiğinden, yetki itirazına ilişkin bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, ilk toplantıdan sonra yapılan yetki itirazı dikkate alınmayacak ve arabulucuyu görevlendiren büro yetkisiz olsa bile arabuluculuk faaliyeti devam edecektir³⁷. Ayrıca yetkinin kesin olmadığı davalarda da ileri sürülen yetki itirazı bir ilk itiraz olarak düzenlenmiş olup (HMK m. 116/1, a), yetki itirazına ilişkin süre hak düşürücü bir süredir³⁸. Buna göre, davalının yetki itirazını cevap dilekçesinde ileri sürmesi gerekir (HMK m. 19/2).

Kanun koyucunun yetki itirazının ileri sürülebilmesi bakımından azami bir süre öngörmesi kanımızca yerinde olmuştur. Böylece, arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca, zorunlu arabuluculukta kabul edilen yetki itirazına ilişkin hak düşürücü sürenin, yetkinin kesin olmadığı davalarda ileri sürülebilen yetki ilk itirazına ilişkin kabul edilen hak düşürücü süreye ilişkin düzenleme ile uyumlu olduğunu da belirtmek gerekir.

HUAK m. 18/A, 8’de, yetki itirazı yapılırken yetkiye ilişkin belgelerin sunulması yetkiye itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Belirtilen hükümden, yetki itirazında bulunan karşı tarafın, yetkisine itiraz ettiği büronun yetkisiz olduğunu ve kendince yetkili olduğunu iddia ettiği büronun yetkili olduğuna ilişkin belgeleri sunması gerektiğini anlamak gerekir³⁹. HUAK Yönetmeliği m. 25/4’te ise yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgenin sunulmasından bahsedilmiştir. Ancak belirtilen hükmün, yalnızca iş uyuşmazlıklarındaki yetkili arabuluculuk bürosunun belirlenmesine ilişkin yetki kuralı ile ilgili olduğunu ifade edebi-

³⁷ Bulur/Koçyiğit, s.55.

³⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.251-252; Kuru/Aydın, s.75; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.263.

³⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.161-162.

lizir. Zira, hukukumuzda zorunlu arabuluculuğa ilişkin ilk düzenleme İMK’da iş uyuşmazlıkları bakımından yapıldığından, (HUAK m. 18/A, 8’den önce kabul edilen⁴⁰) yönetmelikteki hükmün iş uyuşmazlıkları ile ilgili olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, HUAK m. 18/A, 8’de “*yetkiye ilişkin belgeleri*” ifadesi ile yönetmelikteki sınırlı düzenleme genişletilmiştir.

Kanımızca; HUAK m. 18/A, 8’de yer alan “*yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir*” hükmü, yetki itirazında bulunan tarafın yetkiye itiraz ederken yetkili gördüğü büroyu belirtmesi ve buna ilişkin belgeleri sunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, yetkiye ilişkin sunulacak belgeler, yetkili büroyu belirleyen belgeler olacağından, yetkiye itiraz edilirken yetkili olduğu iddia edilen büronun belirtilmesi uygun olacaktır. Ayrıca HUAK m. 18/A, 4 uyarınca, arabuluculuk bürosunun yetkisinin belirlenmesine ilişkin kuralın, davada yetkili mahkemenin belirlenmesi ilişkin kurullarla aynı esası kabul ettiği dikkate alındığında da bu sonuca ulaşmak mümkündür⁴¹. Nitekim, HMK m. 19/2’de yetki itirazında bulunurken, yetkili mahkemenin veya birden fazla yetkili mahkeme varsa, seçilen mahkemenin bildirilmesi; aksi takdirde yetki itirazının dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir⁴².

HUAK m. 18/A, 8 uyarınca, usûlüne uygun yapılan bir yetki itirazı varsa; diğer bir ifadeyle, karşı tarafça süresi içerisinde -en geç ilk toplantıda- ve yetkili arabuluculuk bürosunun belirtildiği ve buna ilişkin belgelerin sunulduğu bir itiraz yapılmışsa, bu durumda arabulucu, derhal dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecektir. Belirtilen hükümden, usûlüne uygun bir yetki itirazı yapılmışsa, bu itiraz üzerine karar verme yetkisi-

⁴⁰ HUAK m. 18/A hükmü, 6/12/2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle eklenmiştir. Yönetmelik ise 2.6.2018 tarih ve 30439 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴¹ Bkz. yukarıda I başlıklı bölüm; Nitekim, Öğretide *Budak* da HUAK m. 18/A, 8 düzenlemesinin HMK m. 19 ve m. 20 ile benzerlik arz eden düzenlemeler olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Budak*, s.28.

⁴² *Akkan, Pekcanitez Usûl*, s.323; *Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası*, s.252; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s.195; *Budak/Karaaslan*, s.69; *Görgün/Börü/Kodakoglu*, s.124; *Kuru/Aydın*, s.76; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s.84; *Tanrıver* (2021), s.263.

nin arabulucuda olmadığı; aksine itiraz hakkında sulh hukuk mahkemesinin karar vereceği anlaşılmaktadır. Ancak yetki itirazı süresinde ve usûlüne uygun olarak yapılmamışsa, arabulucunun bu itirazı dikkate almayarak, görevine devam edeceğini söylemek mümkündür. Nitekim arabulucunun yetki itirazı hakkında bir karar verme yetkisi yoktur.

HUAK m. 18/A, 8 hükmüne göre, yetki itirazı hakkında karar verecek olan sulh hukuk mahkemesidir. Ancak belirtilen düzenlemede “*ilgili sulh hukuk mahkemesi*”nden bahsedildiğinden, öğretide⁴³ ilgili sulh hukuk mahkemesinin, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi olduğu ileri sürülmektedir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi ise -arabuluculuk bürosunun yetkisine itirazı incelemekle yetkili sulh hukuk mahkemesini tespit ettiği- yargı yeri belirlenmesine ilişkin verdiği yakın tarihli bir kararında; HUAK Yönetmeliği m. 25/4’te görevlendirmeyi yapan büronun yetkisinin tayininde dikkate alınması gerekli kriterlerin belirlendiğini, bu yetki itirazını inceleyecek mahkemenin hangi mahkeme olduğunun açıkça belirtilmediğini ifade ederek, yetkili sulh hukuk mahkemesinin arabulucunun bağlı olduğu komisyonun bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi olduğuna karar vermiştir⁴⁴.

⁴³ **Azıklı Arslan**, s.152 dn. 477; **Erdoğan**, s.1219.

⁴⁴ “... Dava, arabuluculukta yetki itirazına ilişkindir. Rize 1. Sulh Hukuk Mahkemesince, yetki itirazını sunan ... sicil numaralı Arabulucu ...’in İstanbul Arabuluculuk Bürosuna kayıtlı olduğu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği 25. maddesine göre dava şartı olarak arabuluculukta, arabuluculuk faaliyetinde yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken mahkemece atamayı yapan büro değil görevlendirilen arabulucunun listesine kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır hükmü uyarınca Arabulucu ...’in bulunduğu komisyonun İstanbul olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. İstanbul Anadolu 2. Sulh Hukuk Mahkemesince ise, somut olayda Rize Komisyonundan arabulucu görevlendirildiği, görevlendirmenin Rize Arabuluculuk Bürosu tarafından yapılması sebebiyle, yetki itirazı hakkında karar verilmesi görev ve yetkisinin Rize Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. 02/06/2018 tarihinde yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 25/4. maddesinde; “Arabulucu, görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden ivedilikle yapacağı inceleme sonunda yetkili adliye

Kanımızca; HUAK m. 28/3, son cümlede yer alan “Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir.” hükmü uyarınca, ilgili sulh hukuk mahkemesinin arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk mahkemesi olması gerekir. Ancak hangi arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin yetkili olacağı sorusunun cevabı ise, arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir. Zira, HUAK m. 18/A, 5’te, arabulucunun, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirleneceği; ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucunun görevlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk bürosu kendi yargı çevresindeki komisyonun listesinden bir arabulucu görevlendirecektir (HUAK m. 18/A, 3). Dolayısıyla, arabulucunun atamasını yapan büro ile listesinde kayıtlı olduğu komisyonun bulunduğu büronun aynı büro olması gerekir.

Yine arabuluculuk bürosu kurulmayan yerde büronun görevi adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından yerine getirilecek (HUAK m. 28/3) ve arabuluculuk başvurusu, büronun kurulmadığı yerlerde görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacaktır (HUAK m. 18/A, 4). Böylece, başvurunun yazı işleri müdürlüğüne yapıldığı durumlarda, yetki itirazı ileri sürüldüğü takdirde, yetki itiraz hak-

arabuluculuk bürosunu belirleyip kesin olarak karara bağlar ve dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade eder. Yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken mahkemece atamayı yapan büro değil görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır.” hükmünü içermektedir. Söz konusu düzenleme dikkatle bakıldığında görevlendirmeyi yapan büronun yetkisinin tayininde dikkate alınması gerekli kriterlerin belirlendiği, bu yetki itirazını inceleyecek mahkemenin hangi mahkeme olduğunun açıkça belirtilmediği ancak dosyanın derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edileceğinden bahsedildiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamından, arabulucu olarak atanan ...’in bağlı bulunduğu komisyonun İstanbul Arabuluculuk Bürosu olduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın İstanbul Anadolu 2. Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir...” Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E: 2021/461, K: 2021/4337, T: 29.03.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

kında karar verecek olan sulh hukuk mahkemesi zaten arabulucuyu görevlendiren yazı işleri müdürlüğünün bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

Kanımızca; her ne kadar arabulucu, arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamayacak olsa da yetki itirazı üzerine dosyayı derhal kararı verecek olan sulh hukuk mahkemesine kendisi gönderebilmelidir. Zira, dosyayı sulh hukuk mahkemesine göndermek üzere büroya teslim etmesi, arabuluculuk bürosunun iş yükü de dikkate alındığında, arabuluculuk sürecinin uzamasına sebebiyet verebilecektir.

IV. YETKİ İTİRAZI HAKKINDA KARAR VE SONUÇLARI

Arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edildiği takdirde, arabuluculuk bürosu tarafından dosya kendisine gönderilen sulh hukuk mahkemesinin, dosya üzerinden yapacağı inceleme ile en geç bir hafta içerisinde yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacağı kabul edilmiştir (HUAK m. 18/A, 8). Aynı hükümde mahkemenin yapacağı incelemede harç alınmayacağı da düzenlenmiştir. Öncelikle, mahkemenin yetki itirazı hakkında yapacağı incelemenin dosya üzerinden yapılmasının isabetli olmadığını ifade etmek gerekir. Zira, mahkemenin yetki itirazı hakkında vereceği kararın kesin olduğu hususu da dikkate alındığında, en azından mahkemenin tarafları çağırıp duruşmada dinledikten sonra; taraflar gelmediği takdirde ise dosya üzerinden karar verebilmesi daha yerinde olurdu. Zira, bu haliyle arabuluculuk başvurusunda bulunan tarafın yetki itirazına karşı cevap verme imkanı bulunmadığından, hukukî dinlenilme hakkına aykırılık da gündeme gelebilecektir⁴⁵. Mahkemenin yetki itirazı hakkında vereceği kararın kesin olması, dava açılmadan önce başvuru zorunlu bir süreç olarak arabuluculuk faaliyetinin uzamasına engel olması bakımından önemlidir. Ancak belirttiğimiz gibi, mahkemenin kesin olarak vereceği bir kararda tarafları dinlemesi ve özellikle de arabuluculuk başvurusu yapan tarafın yetki itirazına hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak cevap vermesi son derece önemlidir. Ayrıca belirtilen maddede, yetki itirazının yapılmasıyla birlikte, arabulucunun dosyayı

⁴⁵ *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven* de arabulucuya başvuran tarafın hiç görüşü alınmadan dosyanın doğrudan önce arabuluculuk bürosuna oradan da sulh hukuk mahkemesine gönderilmesinin sorunlu olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*, s.162.

derhal sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edeceği düzenlendiğinden, dosyanın henüz kararı verecek olan sulh hukuk mahkemesine gelmeden önceki aşamada da başvuran tarafın yetki itirazına karşı cevap verme imkanının olmadığını söylemek mümkündür.

Kanımızca; yukarıdaki açıklamalarımızda yer verdiğimiz gibi, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin kurallar uyuşmazlıktaki yetkili mahkemeye ilişkin kuralları esas aldığından⁴⁶, yetki itirazının mahkemece incelenip karara bağlanması isabetlidir. Ancak mahkemenin yetki itirazı hakkında vereceği kararın kesin olması dikkate alındığında, incelemenin dosya üzerinden değil, tarafların duruşmaya davet edilip dinlendikten sonra verilmesi yerinde olacaktır. Zira, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin kurallar mahkemenin yetkisine ilişkin kuralları esas aldığına göre, yetkinin kesin olmadığı hallerde ilk itiraz olarak ileri sürülen yetki itirazı ön sorunlar gibi incelenip karara bağlanacağından (HMK m. 117/3)⁴⁷ ve mahkemenin gerektiğinde tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verebilmesi mümkün (HMK m. 164/2) olduğundan, arabuluculuk itirazının incelenmesinde de aynı esasın kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

HUAK m. 18A/8 uyarınca, mahkemenin yetki itirazını en geç bir hafta içerisinde kesin olarak karara bağlayacağı belirtilmiştir. Belirtilen hükümdeki bir haftalık sürenin, mahkemeye ilişkin bir süre olması sebebiyle, düzenleyici nitelikte olduğunu ve bir haftadan sonra verilen kararın da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir⁴⁸. Ancak en geç bir hafta olarak belirlenen sürenin ihmal veya kasten uzaması sonucu HMK m. 46/1, e uyarınca, hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması sebebiyle, hakim sorumluluğu sebebiyle devlete karşı tazminat davası açılması da gündeme gelebilir⁴⁹.

⁴⁶ Bkz yukarıda I başlıklı bölüm dn. 18 ve III başlıklı bölüm dn. 41.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.252; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.195; Kuru/Aydın, s.76.

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.184; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.284; Görğün/Börü/Kodakoğlu, s.148; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.131.

⁴⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.184; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.284; Görğün/Börü/Kodakoğlu, s.148; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.103, s.131.

HUAK Yönetmeliği m. 25/4'te, mahkemenin yetki itirazına ilişkin inceleme yaparken, atamayı yapan büronun değil; görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyonun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ancak yönetmelikteki belirtilen düzenleme, yetki itirazına ilişkin HUAK m. 18/A, 8'de yer almamaktadır. Kanımızca; belirtilen hükmün, yetkili arabuluculuk bürosunun belirlenmesine ilişkin kuralı düzenleyen HUAK m. 18/A, 4 karşısında uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Nitekim, HUAK m. 18/A, 4'te açıkça, yetkili arabuluculuk bürosu, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu olarak kabul edilmiştir. Buna göre, mahkeme, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin itirazı incelerken, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili olan mahkemeyi belirleyen kurallara bakacaktır. Ayrıca, arabulucunun görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamayacağı ve karşı tarafın arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebileceği ilişkin HUAK m. 18/A, 8 hükmüne göre, yetki itirazının konusunu arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı oluşturacaktır⁵⁰.

Sulh hukuk mahkemesinin yetki itirazını kesin olarak karara bağladıktan sonra dosyayı büroya iade edeceği ve mahkeme kararının büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Kanımızca; yukarıda⁵¹ arabuluculuk bürosunca yetki itirazı üzerine dosyanın mahkemeye gönderilmesine gerek olmadan, doğrudan arabulucunun dosyayı

⁵⁰ Yine HUAK m. 18/A, 5'te düzenlenen; "Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir." ile HUAK m. 18/A, 3'te düzenlenen; "Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir." hükümleri uyarınca, arabulucunun, zaten listesinde kayıtlı olduğu komisyonun yargı çevresindeki arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirileceğinden, yetki itirazının konusunu arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun yetkisi olacaktır.

⁵¹ Bkz. yukarıda III başlıklı bölüm.

mahkemeye gönderebilmesi gerektiğini belirttiğimiz gibi, mahkemenin de yetki itirazına ilişkin kararını taraflara kendiliğinden tebliğ etmesi yerinde olur.

Mahkemenin yetki itirazının reddine veya kabulüne ilişkin verdiği kararın sonuçları da HUAK 18/A, 8'de belirtilmiştir. Buna göre, yetki itirazının reddi durumunda büronun aynı arabulucuyu tekrar görevlendireceği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme arabulucuyu görevlendiren büronun yetkili olduğuna kanaat getirmesi durumunda, yetki itirazını reddedeceğinden, aynı büro ve aynı arabulucunun görevine devam etmesi gerekir. Ancak kanun koyucu bu durumda, büronun aynı arabulucuyu tekrar görevlendireceğini dikkate alarak, arabulucunun görev süresini düzenleyen 18/A, 9'daki üç haftalık sürenin, yeni görevlendirme tarihinden başlayacağını belirtmiştir. Kanımızca; aynı arabulucunun görevlendirilmesi, yetki itirazından önce başlanmış olan arabuluculuk faaliyetine kaldığı yerden devam edilmesi bakımından önemlidir⁵². Aksi halde, yeni bir arabulucu görevlendirildiğinde, ilk arabulucu tarafından yetki itirazının yapıldığı zamana kadar yapılan iş ve işlemlerin yeniden yapılacağı dikkate alındığında, zaten yetki itirazı sebebiyle uzayan arabuluculuk sürecinin daha da uzaması söz konusu olabilecektir.

Mahkemenin yetki itirazını kabul etmesi durumunda ise arabuluculuk bürosunun mahkemenin kararını taraflara tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde yetkili büroya başvurulduğu takdirde, yetkisiz büroya başvuru tarihinin yetkili büroya başvuru tarihi kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre, yetkisizlik kararı kendisine tebliğ edilen taraf, bu kararın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde mahkemenin kararında yetkili olduğunu belirttiği büroya başvurursa, arabuluculuk başvuru tarihi olarak yetkisiz büroya yapılan başvuru tarihi esas alınacaktır. Böylece, yetkisiz arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı duracak ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir (HUAK m. 18/A, 15). Yetkili olduğuna mah-

⁵² HUAK m. 18/A, 8 ile aynı düzenlemenin yer aldığı İMK m. 3/9'un gerekçesinde; arabulucu tarafından tarafların iletişim bilgilerine ulaşıldığı, tarafların davet edildiği ve ilk toplantının yapıldığı varsayılarak bu aşamaları gerçekleştiren arabulucunun görevine devam etmesinde fayda görüleceği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. İMK m.3'ün gerekçesi.

keme kararı ile kesin olarak karar verilen büroya başvurulması ile yetkili büro, kendi yargı çevresindeki komisyon başkanlıklarından gönderilen listeden (HUAK 18/A, 3) arabulucuyu belirleyerek görevlendirecektir (HUAK 18/A, 5).

Ayrıca HUAK Yönetmelik m. 25/4'te yetkisiz arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucuya da kararın bildirileceği ve arabulucunun sistem üzerinden görevini sonlandıracağı ve arabulucunun bundan önceki hizmetleri sebebiyle, (HUAK Yönetmelik m. 26/2 hükmü uyarınca) ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.

V. YETKİYE İLİŞKİN DÜZENLEMELERE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Öncelikle, yetkiye ilişkin düzenlemelere karşı yapılan eleştirilerin, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu düzenleyen hükümlere yönelik olduğunu söylememiz gerekir. Nitekim, HUAK m. 18/A, 8 düzenlemesi ile paralel bir düzenleme olan⁵³ iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculukta yetki itirazı ile ilgili İMK m. 3/9 hükmü, öğretide çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Bir görüşe göre⁵⁴, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin hükümlerin, arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı ve uyuşmazlıkların sürüncemede kalmasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu; zira, arabuluculuk bürosunun yetki sorununu çözmek için tekrar mahkemeye başvurulmasının öngörülmesinin süreci uzattığı ileri sürülmektedir. Bu görüşü ileri süren *Erdoğan*'a göre, olması gereken ya denetim ihtiyacının karşılanması açısından arabuluculuk bürosuna başvurunun aranması; ancak Türkiye'deki herhangi bir büroya başvurunun yeterli kabul

⁵³ 7155 sayılı Kanun'la, HUAK'a eklenen m. 18/A düzenlemesi ile dava şartı arabuluculuk usulünün İMK'ya paralel bir düzenleme olduğu ve HUAK m. 18/A, 1 hükmü ile İMK m. 3 düzenlemesi yürürlükten kalkmadığından, m. 18/A'nın genel bir usul olarak birlikte yürürlüğe girdiği hakkında bkz. *Yazıcı*, s.343; Ayrıca m. 23 ile kabul edilen HUAK m. 18/A hükmünün, yaklaşık bir yıldır başarılı bir şekilde uygulanan 7036 sayılı İMK'nın m. 3 düzenlemesini esas aldığına ilişkin olarak bkz. 7155 sayılı Kanun m. 23'ün gerekçesi; Ancak öğretide *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*, İMK'da yer alan zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin kaldırılarak karışıklığa son verilmesi, HUAK'ın genel düzenleme olarak tüm zorunlu arabuluculuk alanlarında uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. *Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven*, s.127.

⁵⁴ *Erdoğan*, s.1219; Aynı yönde bkz. *Azaklı Arslan*, s.153.

edilmesi ya da tarafların doğrudan arabulucuya başvurabilmelerine olanak sağlanmasıdır⁵⁵.

Öğretide bir başka görüş⁵⁶ ise, zorunlu arabuluculuktaki yetkiye ilişkin düzenlemeleri, özellikle belirtilen hükümlerin sürelerle ilişkin belirsizlikleri içermesi sebebiyle eleştirmektedir. Buna göre, yetki itirazı üzerine arabulucunun dosyayı derhal teslim etmesi gereken durumundaki derhal ifadesinin açıklık taşımadığı, yine büronun dosyayı sulh hukuk mahkemesine göndereceği süre ve yetki itirazının reddi durumunda önceki arabulucunun görevlendirileceği sürenin belirli olmaması, ayrıca yetki itirazının kabulünde ise sürenin yeniden başlamasının, bireyin mahkemeye başvurma hakkından mahrum kalacağı sürenin uzamasına neden olacağı ifade edilmektedir⁵⁷. Bu görüşü göre *Namlı*⁵⁸, yetki itirazının doğrudan sulh hukuk mahkemesine yapılmasının ve mahkemenin dosyayı doğrudan yetkili arabuluculuk bürosuna göndermesine ilişkin düzenleme yapılmasının süreci kısaltacağı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinin önleneyeceğini ileri sürmektedir. *Korkmaz*⁵⁹ da yetki itirazının ileri sürülmesi ve incelenmesindeki sürelerin belirsizliği ile ilgili eleştirilere dikkat çekerek, arabulucuya başvuru tarihinin hak düşürücü süreler ve zamanaşımı bakımından önemli olması sebebiyle, uyuşmazlığın çözümünün sürüncemede bırakılmaması için süreler ve kötü niyetle yapılan yetki itirazlarına ilişkin kanunda gerekli düzenlemelerin yapılmasının yerinde olacağını ileri sürmektedir.

⁵⁵ *Erdoğan*, s.1220.

⁵⁶ Bu konuda bkz. *Namlı, Mert* (2018) “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenli Hukuku Dergisi*, C:15, S:60, s.1295- 1328, s.1317; Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. *Korkmaz*, s.884.

⁵⁷ *Namlı*, s.1317; Belirtilen görüş, İMK m. 3 hükmünü dikkate alarak mahkemenin karar vereceği sürenin de belirsiz olmasını eleştirmektedir. Ancak, HUAK m 18/A, 8 hükmü, dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel usulü düzenlediğinden ve mevcut hükümde mahkemenin yetki itirazını en geç bir hafta içerisinde karara bağlayacağı yer aldığından, bu eleştirinin konusuz kaldığını söylemek mümkündür.

⁵⁸ *Namlı*, s.1317.

⁵⁹ *Korkmaz*, s.884.

Zorunlu arabuluculukta yetkiye ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak öğretide ileri sürülen görüşlere karşı yukarıdaki bölümlerde yer yer açıklamalarda bulunmakla birlikte, bu kısımda birkaç hususun üzerinde durmak gerektiği kanısındayız. Şöyle ki; öncelikle zorunlu arabuluculuk bakımından kabul edilen yetkiye ilişkin düzenlemelerdeki sürelerin belirli olması, tarafların mahkemeden elde etmek isteyecekleri hukukî korumanın gecikmemesi için önemlidir. Ancak zaten mevcut düzenlemede yer alan arabuluculuk bürosunun yetkisine itirazın en geç ilk toplantıda ileri sürülebileceğine, arabulucunun derhal dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edeceğine ve yetki itirazını inceleyecek mahkemenin en geç bir hafta içinde karar vermesi gerektiğine ve bu kararın kesin olmasına ilişkin hükümlerden, kanun koyucunun, yetki itirazının sürüncemede kalmayacak şekilde mümkün olduğunca makul bir sürede incelenip karara bağlanmasını kabul ettiğini söylemek mümkündür. Bunun dışında, yetki itirazının ileri sürülmesi ve incelenmesi sırasında her aşamanın net ve kesin bir şekilde süreye bağlanması, mahkemelerin ve arabuluculuk bürolarının iş yükü düşünüldüğünde, uygulama kabiliyeti zor görünmektedir. Ayrıca mahkemelere ilişkin kabul edilen sürelerin düzenleyici olduğu hususu da dikkate alındığında⁶⁰, mahkeme için kabul edilen süreden sonra yapılan işlem geçerli olacağından, kanunda belirlenen süre pratikte sonuç doğurmayacaktır.

Öğretideki eleştirileri dikkate alarak üzerinde durmak istediğimiz diğer bir husus da, yukarıda⁶¹ belirttiğimiz gibi, zorunlu arabuluculuk için kabul edilen yetki (ve yetki itirazı) ile ilgili düzenlemelerin, mahkemelerin yetkisine ilişkin yapılan düzenlemelerle paralel olmasıdır. Ancak zorunlu arabuluculuk bakımından kabul edilen düzenlemelerin, arabuluculuğun doğasına da uygun olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mahkeme yargısı için kabul edilen tüm kuralların, arabuluculuk için de geçerli olabileceğini söylemek mümkün değildir. Nihayetinde her iki yöntem de farklı usûl ve kurallara tabidir. Bu bağlamda, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin itirazın doğrudan mahkemeye yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye gerek olmadığını ifade edebiliriz. Zira, arabuluculuk başvurusunun arabuluculuk bürosuna yapılacağı (HUAK m. 18/A, 4) ve arabuluculuk

⁶⁰ Bkz. yukarıda IV başlıklı bölüm dn. 48.

⁶¹ Bkz. yukarıda I ve III başlıklı bölümler.

faaliyetinin görevlendirilen arabulucu ile başlayacağı (HUAK m. 18/A, 5) dikkate alındığında, arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin itirazın da bu süreçte görevlendirilen arabulucuya yapılması yerindedir. Kaldı ki, zaten arabulucu yetki itirazı hakkında karar veremeyeceğinden, dosyayı derhal büroya teslim edecektir. Ancak burada yukarıda⁶² belirttiğimiz gibi, arabulucunun dosyayı kendisinin sulh hukuk mahkemesine gönderebilmesi yerinde olacaktır.

Yine kanımızca da isabetli olarak, arabuluculuk başvurusunun yapılacağı büronun yetkisi, mahkemenin yetkisine göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla, arabuluculuk başvurusunun başvuran tarafının isteğine göre, herhangi bir arabuluculuk bürosuna yapılabilmesini kabul etmek, arabuluculuk faaliyetinde taraflar arasındaki usûli eşitliği bozabilecektir. Zira, özellikle iş uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları gibi zayıf tarafın korunmasının önemli olduğu uyuşmazlıklarda, bu duruma daha çok dikkat etmek gerekecektir⁶³. Ayrıca yalnızca bu tür uyuşmazlıklarda değil, zorunlu arabuluculuk kapsamına giren bütün uyuşmazlıklar bakımından, karşı tarafının da arabuluculuk faaliyetinde görevli olacak büronun yetkisi konusunda söz hakkına sahip olması gerekir. Nitekim uyuşmazlığın konusu veya tarafları ile ilgisi olmayan bir yerdeki arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması ihtimalinde, karşı tarafa yetkiye itiraz etme hakkı tanınmaması durumunda, uyuşmazlığın tarafları eşit imkanlara sahip olamayacak ve bu durum da HUAK m. 3/2'de kabul edilen arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

SONUÇ

Zorunlu arabuluculukta yetki ile ilgili düzenlemeler, HUAK m. 18/A'da yer almaktadır. Buna göre, HUAK m. 18/A, 4'te başvurunun uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacağı

⁶² Bkz. yukarıda III başlıklı bölüm.

⁶³ Nitekim iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk bakımından yetki düzenlemesi yapılırken, yetkili arabuluculuk bürosu HUAK m. 18/A, 4'ten farklı olarak İMK m. 3/5'te, başvurunun karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacağı şeklinde düzenlenmiştir.

düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre, başvuru sahibinin başvuruyu yapacağı yetkili büro, asıl uyuşmazlık bakımından yetkili olan mahkemeye göre belirlenecektir. Dolayısıyla, zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından başvurunun yapılacağı arabuluculuk bürosu için HMK’da yer alan yetki ile ilgili hükümlere göre önce yetkili mahkeme belirlenecek; sonra ise yetkili olduğu kabul edilen mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvuru yapılabilecektir. Bu bakımından, yetkili arabuluculuk bürosunun belirlenmesinde, HMK’da yer alan genel ve özel yetkiye ilişkin hükümlerin uygulanacağını söylemek gerekir.

Zorunlu arabuluculuğa ilişkin olarak kabul edilen diğer önemli bir düzenleme ise başvurunun yapıldığı arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraza ilişkindir. HUAK m. 18/A, 8’de yetki itirazın usûlü ve yetki itirazı hakkında verilecek kararlar ilgili olarak ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, arabuluculuk bürosu ve arabulucu, büronun yetkisini kendiliğinden dikkate alamayacak; yetki itirazı yalnızca karşı tarafça en geç ilk toplantıda yapılabilecektir. Mevcut düzenlemeye göre, yetkinin kesin olmadığı davalarda yetki itirazının ilk itiraz olarak davalı tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin HMK m. 19/2 hükmü ile paralel bir düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla, arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz eden tarafın da tıpkı mahkemenin yetkisine itiraz eden davalı gibi, itirazında yetkili gördüğü büroyu belirtmesi gerekecektir.

Arabuluculuk bürosunun yetkisine usulüne uygun olarak yapılan bir itiraz üzerine, arabulucu derhal dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecektir. Buna göre, yetki itirazı hakkında karar verecek olan merci, sulh hukuk mahkemesidir. Kanımızca; HUAK m. 28/3 hükmü uyarınca, yetki itirazı hakkında karar verecek olan sulh hukuk mahkemesi, arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk mahkemesidir.

Arabuluculuk bürosu tarafından dosya kendisine gönderilen sulh hukuk mahkemesinin, dosya üzerinden yapacağı inceleme ile en geç bir hafta içerisinde yetkili büro hakkında kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir. Kanımızca; mahkemenin yetki itirazı hakkında vereceği karar kesin olduğundan, mahkemenin tarafları davet edip duruşmada dinledikten sonra, tarafların gelmemesi durumunda ancak dosya üzerinden karar verebilmesi yerinde olurdu.

HUAK m. 18A/8'de mahkemenin yetki itirazını en geç bir hafta içerisinde kesin olarak karara bağlayacağı belirtildiğinden, bir haftalık sürenin, mahkemeye ilişkin bir süre olması sebebiyle, düzenleyici olduğunu ve bir haftadan sonra verilen kararın da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Yine belirtilen düzenlemeye göre, sulh hukuk mahkemesi, yetki itirazını kesin olarak karara bağladık-tan sonra dosyayı büroya iade edecek ve mahkeme kararı büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilecektir. Kanımızca; mahkemenin yetki itirazına ilişkin kararı, yetkisiz büroya göndermek yerine, taraflara kendiliğinden tebliğ etmesinin kabul edilmesi yerinde olur.

Mahkeme tarafından yetki itirazının reddi durumunda, büro tarafından aynı arabulucu tekrar görevlendirileceğinden, arabulucunun HUAK m. 18/A, 9'daki üç haftalık görev süresi de yeni görevlendirme tarihinden başlayacaktır. Bu bakımdan, arabuluculuk faaliyetin yetki itirazı yapılmadan önce başlayan aynı arabulucu ile devam etmesi önemlidir. Mahkeme, yetki itirazını kabul ettiği takdirde, taraflar, arabuluculuk bürosunca mahkeme kararının kendilerine tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde yetkili arabuluculuk bürosuna başvurursa, arabuluculuk başvuru tarihi olarak yetkisiz büroya yapılan başvuru tarihi kabul edilecektir. Dolayısıyla, yetkisiz arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımının ve hak düşürücü sürelerin işleminin önüne geçilmiş olacaktır.

Zorunlu arabuluculukta yetki ile ilgili kabul edilen düzenlemeler, öğretilerde çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Buna göre, belirtilen hükümlerin arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı, uyuşmazlıkları sürüncemede bıraktığı, mevcut düzenlemelerdeki sürelerin belirsiz oluşu eleştirilerin konusu oluşturmakta ve bununla ilgili çözüm önerileri sunulmaktadır. Kanımızca; mevcut düzenlemele-re göre, yetki itirazının incelenmesi bakımından birçok aşamaya ilişkin süreler belirli olup, sürece ilişkin açık hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca, arabuluculuk başvurusunun herhangi bir arabuluculuk bürosuna yapılabilmesini kabul etmek ve karşı tarafa yetkiye itiraz etme hakkının tanınmaması HUAK m. 3/2'de kabul edilen arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılık ola-cağından, zorunlu arabuluculukta yetkiye ilişkin hükümlerin mahkemenin yet-kisine ilişkin düzenlemelere göre yapılması da isabetli olmuştur.

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine** (2017) “Mahkemeler”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.109-337.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2022) Medenî Usûl Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara, Yetkin.
- Atalı, Murat** “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar”: Erdoğan, Ersin (Editör), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara.
- Azıklı Arslan, Betül** (2018) Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin.
- Budak, Ali Cem** (2019) “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C:15, S:42, s.25-40.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2022) Medenî Usûl Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Filiz.
- Doğar, Mehmet** (2020) “Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Süreci”: Adıgüzel, Selminaz (Editör), İstanbul, Legal, s.169-202.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha.
- Erdoğan, Ersin** (2017) “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:14, S:55, s.1211-1242.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) Medenî Usûl Hukuku, Tamamen Değiştirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karademir Aydemir, Dilek** (2019) Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Kısmet Kekeç, Elif** (2014) Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper** (2019) Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Birinci Baskı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını.
- Korkmaz, Ezgi** (2020) “İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C:16, S:47, s.861-928.

- Kuru, Baki/Aydın Burak** (2022) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Namlı, Mert** (2018) “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenli Hukuku Dergisi, C:15, S:60, s.1295-1328.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2013) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Özekes, Muhammet** “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”: Erdoğan, Ersin (Editör), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara.
- Özekes, Muhammet** (2017) “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.2801-2846.
- Özmumcu, Seda** (2016) “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C:74, S:2, s.807-842.
- Pekcanitez, Hakan** (2017) “Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”: Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Editörler), Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.1-75.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2022) Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Yetkin.
- Tanrıver, Süha** (2021) Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis** (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, Yetkin.
- Yazıcı, Çiğdem** (2020) “Türkiye’de Arabuluculuğun Gelişimi”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C:9, S:2, s.313-352.
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

TÜRK MAHKEMELERİNDE CISG'NİN UYGULANMA(MA)SI: MADDE 2(e) BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra KIRAZ^(**)

ÖZET

Uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte, ortaya çıkan uyumsuzluklara milli hukukların birbirinden farklı kurallar getirmesi ve bu milli hukuklara tabi olmayan taraflar için belirsizlikler doğması sebebiyle, yeknesak olarak uygulanan, hiçbir milli hukuk sistemini temel almayan 'nötr' kurallar bütünü'nün yaratılması arayışına girilmiştir. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 1980 yılında Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kabul edilmiştir.

Türkiye'nin 2010 yılından beri taraf olduğu bu sözleşme, ticari hayatta sıkça tercih edilmektedir. Türk hukuku açısından ise sözleşmenin ticari satımlarda kullanılması dolayısıyla ticari bir uyumsuzluk olarak ele alınmasını gündeme getirecektir. Ticari uyumsuzluklara bakmakla görevli olan asliye ticaret mahkemeleri, hem Anayasa madde 90(5); hem de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 1(2) uyarınca uluslararası sözleşmeleri uyumsuzluklara uygulamak ile karşı karşıya kalmaktadır. Bunun örnekleri de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2019/765 K. ve akabinde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2021/2836 K. sayılı araç satımına ilişkin olarak verilen kararlarında görülmektedir.

Türk mahkemelerince CISG ile ilgili verilmiş az sayıda karar olmakla beraber, bahsi geçen kararların CISG'nin Türk yargısında uygulanması bağlamında ayrıca değerlendirmesi gerekir. Verilen kararlarda CISG madde 2(e)'nin yanlış çevirisi nedeniyle CISG uyumsuzluğa uygulanmamış, dolayısıyla CISG'nin yeknesak uygulanma amacı ile ters düşülmüştür. Bu çalışma kapsamında bahsi geçen mahkeme kararları ışığında madde 2(e) 'nin gerçek anlamı ortaya konacaktır. Ayrıca, Türk mahkemelerinden sağlıklı kararlar çıkacağına dair inancın güçlendirilmesi; sözleşmeye taraf bir ülke olarak sözleşmenin yeknesak uygulanmasına dair amacının gerçek-

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1196932 - Geliş Tarihi: 31.10.2022 - Kabul Tarihi: 26.01.2023.

Bu makale, 7 Ekim 2022 tarihinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenmiş olan Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Yargı Kararları Sempozyumu'nda "Türk Ticaret Mahkemelerinde Uluslararası Ticari Sözleşmeler: CISG Örneği" başlığı ile sunulmuş tebliğin genişletilmiş halidir.

^(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı-Türkiye,

E-posta: serifeesrakiraz@karatekin.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3163-8640>.

leştirilmesine hizmet edilmesi düşüncesinden hareketle CISG'nin Türk yargısında farkındalığını arttırmaya yönelik çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ticari Sözleşme, CISG, Uygulama Alanı, Yeknesaklık, Hovercraft.

(IN)APPLICABILITY OF THE CISG UNDER TURKISH COURTS: A REVIEW IN THE LIGHT OF ARTICLE 2(e)

ABSTRACT

With the development of international trade, considering that domestic laws bring different rules to the disputes, and this causes uncertainty for the parties not related to these, has been searched for neutral rules that do not base upon any domestic law. Thus, UNCITRAL accepted United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods in 1980.

The CISG, that Türkiye has been a contracting state since 2010, has been widely preferred in commerce. Considering that CISG generally applies to commercial sales, Turkish law approaches the disputes arising from it as to the commercial disputes. Due to the rules in the Article 90(5) of the Turkish Constitution; and Law on Private International Law and Procedural Law (MÖHUK) article 1(2) commercial courts of first instance, which are responsible for dealing with such a dispute, are faced with applying international agreements to the disputes. One of the examples of this is the decisions of Istanbul Regional Court of Justice numbered 2019/765 K. and, subsequently the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation numbered 2021/2836 K. Among the few decisions given by Turkish courts regarding CISG, these aforementioned decisions require special attention regarding the application of the CISG in the Turkish courts. The court did not apply the CISG to the dispute because of the wrong translation of article 2(e), thereof these decisions contradicted the CISG's aim of uniform application. This research aims to reveal the actual meaning of Article 2(e) in the light of these cases. With the belief that the reliance on Turkish courts' capability to make sound judgements should increase and, as a signatory country, Türkiye should serve to fulfil the CISG's purpose of the uniform application, this study offers solutions in order to enable the awareness of the CISG under Turkish courts.

Keywords

International Commercial Contracts, CISG, Sphere of Application, Uniformity, Hovercraft.

GİRİŞ

Ticaretin kendine has birtakım özellikler taşıması nedeniyle, ticari hayata uygulanacak özel kurallar gerektirmekte ve ticari uyuşmazlıkların yine uzman kişiler ve özel usullerle çözülmesi icap etmektedir.¹ Bu nedenle ticari uyuşmazlıklar ayrı bir dava türü olarak ele alınarak, bunların çözümü bu konuda uzman mahkemelere bırakılmıştır.² Bir davanın ticari dava olup olmaması, bahsettiğimiz üzere söz konusu uyuşmazlığın hangi mahkemede görüleceği ve hangi yargılama usulüne göre çözüleceği ile ilgilidir. TTK madde 5(1): '[a]ksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir' demek suretiyle; TTK madde 4'te sayılan türden uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemelerinde çözüleceğini hükme bağlamaktadır.

Günümüzde küreselleşmenin de etkisiyle birlikte, ticaret sadece milli sınırlar içerisinde kalmamakta, uluslararası ticaret de hızla gelişmektedir. Bu kapsamda mallar bir ülkeden diğerine geçmekte; dolayısıyla milletlerarası mal satımına ilişkin uyuşmazlıklar meydana gelmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan bu uyuşmazlıklar, TTK madde 4(1)'in ilk cümlesinde '(h)er iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları' şeklinde ifade edilen nispi ticari dava şartını taşıdıkları ölçüde, ticari dava sayılarak; asliye ticaret mahkemelerinin önüne gelmektedir.

Yabancılık unsuru taşıyan bu ticari uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağını tespiti, en az uyuşmazlık türü ve yargılama usulünün belirlenmesi kadar önemlidir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara hangi ülkenin hukukunun uygulanacağını tespiti kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Bir devlet mahkemesinin uluslararası yetkisine dair kurallar, esasında söz konusu yetki kuralının uygulandığı devlet mahkemesinin önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıkta yetkili olup olmadığının tayinine ilişkindir.³

¹ Arkan, Sabih (2020) Ticarî İşletme Hukuku, 26. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları, s.105.

² Börü, Levent ve Koçyiğit, İlker (2013) Ticari Dava, Ankara, Turhan Kitabevi, s.1.

³ Şanlı, Cemal (2016) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul, Beta, ss. 133-134.

Uluslararası ticarete, milli hukuk sistemlerinin aynı olaya ilişkin farklı kurallar belirlemesi, davanın açıldığı ülkeye ve bu ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları gereğince de sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kurallarının değişmesinin doğurduğu sorunları gidermek maksadıyla uluslararası kuruluşlarca hazırlanan ve milli hukuklardan bağımsız kurallar meydana getirilmiştir.⁴ Türkiye de uluslararası ticarete kullanılmakta olan ve milli hukuklardan bağımsız düzenlemeler içeren uluslararası anlaşmaların tarafıdır.

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa bakmakla görevli olan asliye ticaret mahkemeleri, hem Anayasa madde 90(5) 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' kuralı hem de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 1(2) 'Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır' hükmü ışığında uluslararası sözleşmeleri uyuşmazlıklara uygulamak ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu iki madde uyarınca hakimler, önlerindeki uyuşmazlığa uygulanacak uluslararası bir antlaşma olup olmadığını tespitini yapmalıdır.⁵

Uluslararası ticari sözleşmeler denildiğinde ise; bugün 95 üye ülke tarafından onaylanmış ve sıklıkla tercih edilen bir antlaşma haline gelen, 1980 tarihinde kabul edilen ve uluslararası mal satımındaki kuralların yeknesaklaştırılması amacı taşıyan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) aklı gelmektedir.

Türkiye 2010 yılında söz konusu antlaşmaya taraf olmuş ve 1 Ağustos 2011 yılından itibaren de antlaşmayı uygulamaya başlamıştır.⁶ Söz konusu tarihten itibaren Türk mahkemelerinde CISG ile ilgili olarak çok sayıda karar çıkmamıştır. Fakat; araç satımına ilişkin olan bir uyuşmazlığa dair İstanbul Bölge Adliye

⁴ **Ekşi, Nuray** (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s.2.

⁵ **Çalışkan, Yusuf** (2018) 'Milletlerarası Özel Hukukta Uluslararası Anlaşmaların Uygulanması: Tercüme ve Yorum Problemleri' Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler, 18-20 Nisan 2018, Antalya, <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/388>> s.e.t. 21.10.2022; **Kocasakal, Hatice Özdemir** (2013) 'Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı', GÜHFD, C:12 S:1, s.19-52, 21-22.

⁶ RG. 14.04.2009, S. 27200 5870 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile sözleşmeye taraf olundu. Bakanlar Kurulu katılma belgesi için bkz. RG. 07.04.2010, S. 27545.

Mahkemesi 2019/765 K. ve akabinde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2021/2836 K. kararlarının bilhassa değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zira, söz konusu mahkeme kararları, aşağıda detayları ile inceleneceği üzere, hangi tür sözleşmelerin CISG kapsamı dışında tutulduğunu belirten madde 2'ye gönderme yaparak; 'araç satımına' ilişkin olan uyumsuzluğa CISG'yi uygulamamışlardır. CISG'nin Türkçe metninde madde 2(e)'nin hatalı çevirisi nedeniyle ortaya çıkan bu durum, CISG'ın yeknesak uygulanması amacına ters düşmektedir.

Uluslararası ticaretin giderek arttığı ve bunun sonucunda yabancı unsurlu uyumsuzlukların Türk yargısının önüne daha sık ulaştığı bir dönemde CISG gibi sıkça tercih edilen uluslararası bir sözleşmenin doğru ele alınıp uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla asliye ticaret mahkemelerinin dikkati, önlerine gelen uyumsuzluğa uygulaması muhtemelen olan CISG'ye çekilmelidir. Bu doğrultuda çalışmamızda CISG'ye ilişkin genel bilgiler verildikten sonra bahsi geçen mahkeme kararlarının analizi yapılacak ve ardından madde 2(e)'de yer alan çeviri hatası açıklanacaktır. Ayrıca, CISG'ye ilişkin olarak farklı ülke mahkemelerince verilen 'araba satımına' ilişkin kararların da değerlendirilmesi ile, CISG Türkçe çevrisindeki hata bir kez daha vurgulanacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)

A. GENEL OLARAK

Uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte hiçbir milli hukuk sistemini temel almayan 'nötr' kurallar bütününün yaratılması arayışına girilmiştir.⁷ Bu çabalardan biri de Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından ortaya konulmuş ve 1980 yılında CISG kabul edilmiştir ve 1 Ocak

⁷ **Ayoğlu, Tolga** (2011) Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul, Vedat Kitapçılık; **Aygül, Musa** (2014) 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:3-4, s.45-85.

1988 tarihi itibarıyla de yürürlüğe girmiştir.⁸ CISG'ye taraf olan 95 ülkenin farklı kıtalardan, farklı hukuki ve ekonomik sistemlerden olması ve bunların arasında Amerika Birleşik Devletleri ve Çin gibi uluslararası ticaretin önemli aktörlerinin yer alması sebebiyle, CISG'nin uygulamadaki önemini bir kez daha vurgulamak gerekmektedir.

Hachem, Türkiye'nin ana ticaret partneri olan sekiz komşusundan altısının (şu an İran hariç olmak üzere yedi komşu ülke CISG'ye taraftır) ve bunun yanında Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü'nün on iki üye devletinden on tane-sinin (günümüzde on iki devletin tamamı CISG'ye taraf haline gelmiştir) CISG'ye taraf olduğunu belirterek; CISG'nin Türkiye açısından önemini vurgulamıştır.⁹ Tüm bu nedenlerle CISG yalnızca uluslararası ticarete çok fazla ülke tarafından tanınması sebebiyle değil; Türkiye'nin komşuları ile ticaretinde de uygulanabilirliği nedeniyle de dikkate alınması gereken bir sözleşmedir.

B. CISG'NİN UYGULAMA ALANI

CISG dört bölüme ayrılmış olup, Bölüm I Antlaşmanın uygulama alanına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu bölümde yer alan madde 1-6 değerlendirilirken, Bölüm IV'te yer alan devletlerin çekincelerine ilişkin hükümler ile madde 1'de bahsi geçen iş yeri kavramını açıklayan madde 10 göz önüne alınmalıdır.¹⁰ Çalışmamız bağlamında sözleşmenin yer bakımından uygulanmasına ilişkin düzenlemeyi içeren madde 1 ve sözleşmenin konu itibarıyla uygulanma-

⁸ Sözleşmenin tarihçesine ilişkin olarak bakınız: **Erdem, Ercüment** (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, (2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 155-159; **Erdem, Ercüment** (1992) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Mal Satım Sözleşmesi)' *BATİDER*, C:16, S:3, s.35-105; **Zwart, Sara G.** (1998) 'The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles' *NCJ Int'l L. & Com. Reg.*, C:13, s.109-128.

⁹ Bknz. <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status> s.e.t. 15.09. 2022. **Hachem, Pascal** (2014) 'Applicability of the CISG-Articles 1 and 6': Schwenzer, Ingeborg/Atamer, Yeşim/ Butler, Petra (Editörler), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Volume 15, Hague, Eleven Publishing, s.32.

¹⁰ **Zeytin, Zafer** (2016) 'CISG'in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı': Okur, Sinan (Editör), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, s.33-34.

sındaki istisnaları düzenleyen madde 2 aşağıda incelenecektir. Ancak, incelememiz CISG'nin uygulanmasına ilişkin olarak okuyucuya genel kuralları hatırlatmak niteliğinde olup derinlemesine bir tartışma içermeyecektir.

1. Yer Bakımından Uygulama Alanı

CISG Madde (1)

'(1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine,

(a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya

(b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması

halinde uygulanır.'

şeklinde düzenlenmesi ile CISG'nin uygulanabilmesi açısından iki yol getirmiştir.

Madde 1(1)(a)'ya göre; bir sözleşmenin tarafları CISG üyesi olan farklı devletlerden ise, bu taraflar arasındaki mal satım sözleşmesine CISG uygulanacaktır.¹¹ Bu durumda örneğin mal satım sözleşmesinin taraflarından birinin işyeri Türkiye'de ve diğer tarafın işyeri Almanya'da ise, söz konusu ülkelerin CISG üye devletlerinden olması nedeniyle taraflar arasında bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa CISG uygulanacaktır.

Madde 1(1)(a) kapsamında tarafların işyerlerinin CISG'ye taraf devlet olup olmadığı tespit edilirken, söz konusu taraf devletlerce CISG 92-96 maddeler arasında yer alan ve sözleşmenin uygulanmasına engel teşkil edecek bir çekince konulmadığı da araştırılmalıdır. CISG 92-96 maddelerde belirtilen çekinceleri imzalayan taraf devletlerde CISG'nin uygulanması sınırlı şekilde meydana gelebilir.¹² Örneğin; madde 93 gereğince, 'kendi anayasası uyarınca değişik hukuk sistemlerinin uygu-

¹¹ Bknz. **Çalışkan, Yusuf** (2014) Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Beta, s.136-141.

¹² **Zeytin** (2016), s.36-39.

landığı iki veya daha fazla ülkesel birimi' olan devletler bakımından CISG'nin ülkenin tüm bölgelerinde aynı şekilde uygulanması söz konusu olmayabilir.¹³

Uyuşmazlığın taraflarından birisinin iş yeri CISG'ye üye devletlerden birinde değilse, madde 1(1)(a) uygulama alanı bulamayacak, bu durumda CISG'nin uygulanabilirliği madde 1(1)(b)'deki kural uyarınca test edilecektir. Bu hâlde ise, uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme, milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde uygulanacak hukuku belirleyecek ve eğer CISG'ye taraf bir ülkenin hukukunun uyuşmazlığa uygulanması gerektiğini tespit ederse, CISG o uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacaktır.¹⁴

Sözleşmenin yer bakımından uygulanabilirliğini tartışırken CISG madde 6'yı da vurgulamak gerekir. Bu madde ile taraflara, aralarındaki sözleşmeye CISG'nin tamamen veya kısmen uygulanmayacağını seçme imkânı tanınmıştır.¹⁵ Dolayısıyla, CISG'nin tarafların arasındaki sözleşmeye uygulanabilirliği incelenirken, tarafların CISG'nin uygulanmamasına yönelik iradelerinin bulunup bulunmadığı da tespit edilmelidir.

2. Konu Bakımından Uygulama Alanı

CISG'nin yer bakımından uygulanmasının yanında konu bakımından da uygulanmasına bakılması gerekmektedir. CISG bazı sözleşme konularını kapsamı dışında tutmaktadır. Bu nedenle, CISG'nin bir satım sözleşmesine uygulanabilirliğinin tespitinde yalnızca madde 1'e bakmak yeterli olmayacak, ayrıca söz konusu uyuşmazlıktaki sözleşmenin konusunun da CISG'nin kapsamında olduğunun tespiti de gerekecektir.

¹³ **Schwenzer, Ingeborg/ Hachem, Pascal** (2015) 'Bölüm I. Uygulama Alanı': Schwenzer, Ingeborg/Çağlayan Aksoy, Pınar (Editörler), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.163; **Mistelis, Loukas** (2008) '2. CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından': Atamer, Yeşim (Editör), Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.14-16.

¹⁴ Detaylı açıklama ve örnek durumlar için bakınız **Tarman, Zeynep Derya** (2015) Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı), İstanbul, Beta, s.27-34.

¹⁵ **Çalışkan** (2014), s.149-153.

CISG madde 1(1) atfı ile, CISG ‘mal satımı sözleşmelerini’ kapsamaktadır. CISG metni içerisinde ‘mal’ yahut ‘mal satımı’ kavramları açıklanmamıştır. Madde 3(1) ‘İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun’ diyerek; CISG kapsamında satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gereken sözleşmeleri ifade etmiştir. Bunun yanında CISG madde 2 ile CISG kapsamı dışında tutulacak malları sayma yoluna gitmiştir.

CISG Madde 2:

‘Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

(a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin;

(b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar;

(c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar;

(d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para;

(e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı;

(f) Elektrik satımı’

Madde 1(3) ‘Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı ne tacir olup olmadıkları ne de sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır’ diyerek, ülke mevzuatlarında yapılan adi iş ve ticari iş gibi sınıflandırmalar ile CISG uygulanabilirliğini sınırlandırmamaktadır.¹⁶ Ancak, CISG madde 2(a) uyarınca kişisel ihtiyaçlar CISG’ın kapsamı dışında tutularak; Antlaşmanın büyük oranda ticari mal satımına uygulanmasının yolu açılmıştır.¹⁷

¹⁶ Schwenger, Ingeborg/ Hachem Pascal, s.167-168.

¹⁷ Ibid. s.184, 186, 187.

II. TÜRK TİCARET MAHKEMELERİNDE CISG

A. İSTANBUL BAM 2019/765 K. VE YARGITAY 11. HD 2021/2836 K. SAYILI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye'nin 10 seneden fazladır CISG'ye taraf bir ülke olmasına karşın, CISG'ye ilişkin sınırlı sayıda mahkeme kararı ortaya çıkmıştır. Bu çalışma kapsamında ise araç satımına ilişkin bir uyuşmazlık hakkında istinaf ve ardından temyiz incelemesi sonucunda verilen kararlar incelenecektir.

İncelememize konu uyuşmazlık, Belçika'da kayıtlı araç satımı alanında faaliyet gösteren şirket olan alıcı ile Türkiye'de kayıtlı araç tedarik şirketi arasında doğmuştur. Söz konusu uyuşmazlıkta taraflar, 179 adet Avrupa Garantili 'X' marka araç satımı konusunda anlaşmış, sözleşme kapsamında 130 aracın devir ve teslimi gerçekleşmiş, ancak; bu araçların garantisiz olarak teslim edildiği ortaya çıkmıştır. Öte yandan, geriye kalan 49 araç bakımından ise sözleşme ifa edilmemiştir. Bunun üzerine, Belçikalı alıcı, araçların garanti yükümlülüğüne aykırı olarak teslim edilmesi sebebiyle araç başına 900 € olmak üzere 117.000 € ve temerrüt faizini, kâr kaybı ve faizini ve teslim edilmeyen 49 araç bakımından ise rayiç bedele ilişkin zarar olarak 10.000 €'yu ve faizini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi, 130 araç için istenen toplamda 117.000 €'nun faiziyle davalıdan tahsiline, kâr kaybı talebinin Borçlar Kanunu (BK) madde 125 uyarınca reddine karar vermiş; bunun yanı sıra CISG 76 gereğince talep edilen rayiç bedel ile sözleşme değeri arasındaki farkın 'ispat edilemediği' gerekçesi ile reddine hükmetmiştir.

İstinafa taşınan uyuşmazlık İstanbul BAM 14 HD tarafından değerlendirilmiştir. Burada da yine yerel mahkeme kararında olduğu gibi garanti yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle istenilen talepler kabul edilmiştir. Yerel mahkemenin kararının aksine kâr kaybı talebi, sözleşmenin feshedildiğine yönelik bir belge olmadığından kabul görmüştür. İstanbul BAM, CISG altındaki talepleri ise;

'Davacının dayanak yaptığı CISG (Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) antlaşmasının uygulama alanı başlıklı bölümü 2. maddesinde "Bu antlaşma aşağıdaki satımlara uy-

gulanmaz” şeklinde düzenleme içerip (e) bendinde “Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı”nda bu antlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Satıma ve ihtilafa konu 2015 model Kia marka araçların dava dosyasında sunulu proforma faturalarından da anlaşıldığı üzere hava yastıklı araçlar oldukları dikkate alındığında, somut olayda sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ve buna göre davada talep edilen kâr kaybı ve emsal rayiç bedel tazminatı taleplerinin antlaşma hükümleri uyarınca kabulü gerektiği yönündeki davacı istinafi yerinde değildir.’¹⁸

diyerek reddetmiştir.

Söz konusu uyuşmazlık her iki tarafça temyiz edilmiştir. Yargıtay 11. HD 2021/2836 sayılı kararı ile sözleşmenin alıcı tarafı olan davacının temyiz taleplerini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir:

*‘1-İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK’nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda **Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK’nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına ve özellikle davalının teslim etmeyi taahhüt ettiği bakiye 49 araçla ilgili daha önceden teslim edilen araçların garanti belgesinin bulunmamasına rağmen davacının teslimde ısrar etmesi ve ifanın yerine getirilmemesinin aleyhine sonuç doğurmayacağı gözetilmeden yine bu araçlarla ilgili kar kaybı talebinin olmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.’¹⁹***

Her iki mahkeme, CISG madde 1’de işaret edildiği üzere sözleşme taraflarının iş yerlerinin CISG’ye taraf ülkelerden olması nedeniyle uyuşmazlıkta CISG’nin uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir. Ancak; hangi tür sözleşmelerin CISG kapsamı dışında tutulduğunu belirten madde 2’ye gönderme yaparak

¹⁸ İstanbul BAM 14. HD, E: 2018/1106, K: 2019/765, T: 24.05.2019.

¹⁹ Yargıtay 11. HD, E: 2020/4982, K: 2021/ 2836, T: 24.03.2021.

araç satımının CISG kapsamında olmadığına hükmederek davacının, CISG madde 74, 75 ve 76 hükümleri uyarınca rayiç bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkın ödenmesi talebini reddetmişlerdir.

Ancak, hem aşağıda inceleyeceğimiz madde 2(e) lafzının İngilizce ile Türkçe metinleri arasındaki çevirinin farklı olması; hem de uyumsuzluk konusu mal olan 'araç' satımının CISG'nin uygulandığı başka davalarda CISG kapsamında değerlendirilmesi, Türk mahkemeleri tarafından CISG'nin yanlış olarak uygulandığını göstermektedir.

B. CISG MADDE 2(e): 'HOVERCRAFT' VE TÜRKÇE ÇEVİRİSİ SORUNU

CISG'in Türkçe çevrisinde madde 2(e) 'Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı' şeklinde çevrilmiştir. CISG İngilizce metninde madde 2(e): '*of ships, vessels, hovercraft or aircraft*' olarak geçmektedir. Peki, 'hava yastıklı taşıt' olarak Türkçeye çevrilen hovercraft nedir?

İngilizce sözlük karşılığı 'a vehicle that travels just above the surface of land or water, travelling on a strong current of air that the engines produce beneath it',²⁰ yani; 'kara veya su yüzeyinin hemen üzerinde hareket eden, altında motorların ürettiği güçlü bir hava akımı üzerinde hareket eden bir araç' olan 'hovercraft' sözcüğü, CISG metninin Türkçe versiyonunda 'hava yastıklı taşıt' olarak çevrilmiştir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere 'hava'yı hareket etmek için kullanan, karada ve suda hareket eden bir araçtan bahsedilmektedir. Hovercraft'ın internet taramaları ile ulaşılan görsellerinde, söz konusu taşıtın altının sanki şişme bir bot gibi olduğu görülmekte; hava ile dolan bu bot kısmı nedeniyle, madde çevrisinden 'hava yastığı' gibi bir bağlam çıkarıldığı anlaşılabilir. ²¹ Bu taşıta ilişkin bir haber makalesinde ise taşıtın şu şekilde tarifi yapılmıştır: '(h)ava min-

²⁰ Longman Sözlük, <<https://www.ldoceonline.com/dictionary/hovercraft>> s.e.t. 20.09.2022.

²¹ Bknz. <<https://britishhovercraft.com/>> s.e.t. 28.10.2022; <<https://www.hovercraft-museum.org/history/>> s.e.t. 28.10.2022; <<https://edition.cnn.com/travel/article/uk-last-hovercraft-cmd/index.html>> s.e.t. 28.10.2022.

deri ve bir pervaneyle çalışan, hem suda hem de karada gidebilen bu araç, otomobil ve teknelerin giremediği birçok yere kolaylıkla gidebiliyor.²²

Görüldüğü gibi; CISG'nin Türkçe metninde, hovercraft kelimesinin hava yastıklı taşıt şeklindeki çevrilmesi motorlu araçlardaki 'hava yastığını' akla getirmiş; incelenen kararlarda da motorlu taşıt/otomobil satımları, 2(e) kapsamında değerlendirilerek CISG'nin uygulama alanı dışında tutulmuştur.

CISG'nin yapımı aşamasındaki belgeler incelendiğinde yine hovercraft kelimesinin Türk yargısı tarafından anlaşıldığı şekliyle 'hava yastıklı taşıt' olmadığı görülmektedir. CISG metni meydana getirilirken, bazı hukuk sistemlerinde madde 2(e)'de yer alan gemi, tekne ve hava taşıtı gibi varlıkların mal olup olmadığına ilişkin soruların doğma ihtimali, bunlara ilişkin satım sözleşmelerinin Antlaşma kapsamı dışında tutulmasına sebep olarak gösterilmiştir.²³ Buna ek olarak, çoğu hukuk sisteminde bu varlıkların özel tescil edilme zorunluluklarının bulunması ve hangilerinin nasıl tescil edileceğine dair farklı farklı kuralların bulunuşu CISG kapsamında yeknesaklığı sağlayabilmek amacıyla kapsam dışına alınmıştır.²⁴

Madde 2'nin görüşülmesi esnasında Hindistan delegesi, Hindistan mevzuatında hovercraft satımına ilişkin özel düzenlemeler bulunması nedeniyle 'hovercraft'ın da gemi ve tekne gibi kapsam dışında bırakılmasını teklif etmiş, Almanya delegesi de 'hovercraft'ın bir gemi mi yoksa bir hava taşıtı mı olduğunun belirsiz olduğuna değinerek söz konusu teklifi desteklemiştir.²⁵

Konuya ilişkin değerlendirme yapan yazarlardan birisi olan Khoo, madde 2(e)'nin gemi, tekne ve hava taşıtını kapsam dışında tutmasının, bazı ülkelerin

²² Congar, Kerem, 'Hem karada hem de denizde gidebilen çok yönlü araç: Hovercraft', Euronews, (2.11.2015) <<https://tr.euronews.com/next/2015/11/02/hem-karada-hem-de-denizde-gidebilen-cok-yonlu-arac-hovercraft>> s.e.t. 27.10.2022.

²³ UNCITRAL Yearbook VII: 1976 (A/CN.9/116, annex II) s.98, No:9.

²⁴ (A/CN.9/116, annex II) s.98, No:9.

²⁵ 1980 Vienna Diplomatic Conference Summary Records of Meetings of the First Committee Second Meeting, No: 19-24, <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/second-meeting>> s.e.t. 22.10.2022.

satım hukukuna göre bu varlıkların 'mal' tanımı içinde yer almamasından kaynaklanan problemleri çözeceğini belirtmiş ve 'hovercraft' kelimesinin metne eklenmesinin bir hovercraftın gemi, tekne ya da hava taşıtı olup olmadığına karar vermeyi gereksiz hale getirdiğini ifade etmiştir.²⁶

CISG'nin konu bakımından uygulanmasına dair Türkiye'deki literatüre baktığımızda ise, madde 2(e) tartışılırken hava yastıklı taşıt özel olarak ayrıca tartışılmamış olsa bile, madde her zaman yukarıda belirttiğimiz gemi, uçak gibi taşıtlara ilişkin soru ve sorunlarla birlikte ele alınmıştır.²⁷ Bu tartışmalardan yola çıktığımızda hovercraft'ın gemi, tekne ve hava taşıtı ile ilişkili olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca aşağıda inceleneceği üzere; 'araba/otomobil' satımları farklı ülke mahkemelerince verilen kararlar ışığında CISG kapsamında değerlendirilmiş, buna göre de hüküm tesis edilmiştir.

Tüm bunların ışığında İstanbul BAM 14. HD ve Yargıtay 11. HD önünde görülen uyuşmazlıkta, araç satımına CISG madde 2(e) gerekçe gösterilerek CISG hükümlerinin uygulanmaması yanlış bir değerlendirme olmuştur.

III. ARAÇ SATIMINA İLİŞKİN OLARAK CISG'NİN UYGULAMA ALANI BULDUĞU DAVALAR

CISG'nin uygulama alanı bulunduğu dava örnekleri incelendiğinde, araç satımına ilişkin sözleşmelere CISG'nin uygulandığı pek çok dava bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında, bunlar arasından güncel olan kararlara kısaca değinilecektir. Böylece, madde 2(e)'nin Türkçe çevirisindeki hatayı bir kez daha vurgulamış olacağız.

²⁶ **Khoo, Warren** (1987) 'Comments on Article 2': Bianca-Bonnell Commentary on the International Sales Law, Milan Giuffrè, para 2.6., <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/comments-article-2-bianca-bonell-commentary>> s.e.t. 22.10.2022.

²⁷ **Schwenzer/Hachem**, s.195-196; **Tarman**, s.40-42; **Rençber, Erenalp** (2014) 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın İkinci Madde Hükümünün İncelenmesi': Öztekin Gelgel, Günseli/Giray, Faruk Kerem (Editörler), Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler), İstanbul, Beta 2014, s.29, 40-41.

2017'de Amerika'da görülen davada uyuşmazlık bir araç satımından kaynaklanmıştır.²⁸ Amerikalı alıcı, Kanadalı bir satıcıdan nostaljik bir araba satın almış ve aracın bedelini ödemesine rağmen satıcı aracı teslim etmemiştir. Davacı, sözleşmenin aynen ifasını talep etmiştir. Mahkeme söz konusu uyuşmazlığa CISG'nin uygulanacağına hükmederken; bir yandan da aynen ifa talebinin uyuşmazlığa uygun olup olmadığının tespitini yapabilmek amacıyla Florida yasalarının da dikkate alınacağına karar vermiştir.

2016'da yine Amerika'da görülen başka bir uyuşmazlıkta, alıcı Çin şirketi ile satıcı olan Amerika Teksas'taki şirket arasında araç satımına ilişkin bir satım sözleşmesi akdedilmiştir.²⁹ Alıcının araçların bedelini ödemesine rağmen aracın teslimi yapılmamıştır. Mahkeme, ilk önce CISG'nin madde 1 kapsamında uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağını tartışmış; CISG'nin uygulanacağına hükmettikten sonra da değerlendirmesini buna göre yapmıştır. Ancak karar metni incelediğinde, mahkemenin madde 2(e) bağlamında herhangi bir değerlendirmede bulunmadığı görülmektedir.

Kore'de Bölge Mahkemesinde görülen 2014 tarihli başka bir uyuşmazlıkta, satıcı araba ihracatı yapan bir Kore şirketi, alıcı ise bir Rus şirkettir. Taraflar aralarında 19 adet model A ve 9 adet model B aracın satışı hususunda anlaşmış; model A araçların teslimi yapılmasına rağmen model B araçlar alıcıya teslim edilmemiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirme ile uyuşmazlığı CISG kapsamında çözmüştür.³⁰

Hollanda'da 2017 yılında görülen uyuşmazlığa dair mahkeme kararı özeti- nin İngilizce çevrisinde, üç adet aracın satımına ilişkin çıkan uyuşmazlıkta mahkemenin değerlendirmesini CISG madde 2(a) üzerinden yaptığı görülmektedir.

²⁸ United States January 18, 2017 Circuit Court (Styles v. Movie Star Muscle Cars) <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-january-18-2017-circuit-court-styles-v-movie-star-muscle-cars>> s.e.t. 25.10.2022.

²⁹ United States August 23, 2016 District Court (Yosemite Auto (Shanghai) Co. Ltd. v. JRS Metals Inc., et al.) <https://scholar.google.com/scholar_case?case=4827405810715008673&q=yosemite%20v%20JRS&hl=en&as_sdt=6%2C33>s.e.t. 25.10.2022.

³⁰ Republic of Korea November 7, 2014 District Court <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/repub-lic-korea-november-7-2014-district-court>> s.e.t. 25.10.2022.

Özete göre mahkeme söz konusu araç satımını 'kişisel kullanım' olarak değerlendirmiş ve CISG'yi uygulamamıştır.³¹ Bu karar; CISG madde 2'ye değinmesi ancak; olaydaki araç satımını madde 2(e) 'hovercraft' üzerinden değil; madde 2(a) bağlamında reddetmesi ile çalışmamızda vurguladığımız yanlış çeviri hususunu destekler niteliktedir.

2006 yılında Almanya Federal Yargıtay (*Bundesgerichtshof*) mahkemesi incelenen uyuşmazlık Hollanda'da araba satıcısı olan alıcının, Alman araba satıcısından aldığı ikinci el arabaya, satıştan 4 ay sonra, aracın çalıntı olduğu gerekçesi ile polis tarafından el konulmasından doğmuştur.³² Mahkeme, kararında CISG kapsamında satıcının madde 41 gereği mal üzerinde üçüncü kişilere ait hak ve talep olmadan teslim yükümlülüğü kapsamında değerlendirme yapmış ve olayda alıcının 'makul süre' içinde durumu satıcıya ihbar etmemesi nedeniyle taleplerini reddetmiştir. Bu karar, hem CISG'nin araç satımını kapsadığını göstermesi; hem de satım konusu araçların üzerindeki üçüncü kişi hak ve taleplerine dahi CISG ışığında çözüm aranabileceğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

SONUÇ

Türk mahkemeleri tarafından CISG madde 2(e)'ye ilişkin yapılan değerlendirme, yeknesaklığı hedefleyen ve uluslararası ticarete pek çok ülke tarafından kabul görüp uygulanan bir sözleşmenin amacının önünde engel oluşturmaktadır. Sözleşmeye taraf bir ülke olarak sözleşmenin uluslararası arenada yeknesak uygulanmasına ve yargı/karar birliğine dair amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, CISG'nin hatalı olarak uyuşmazlığa uygulanmaması; CISG'nin uygulama alanı bulacağı ticari sözleşmelerde Türk mahkemelerinin yetkili mahkeme olarak seçilmemesine neden olabilir. Uluslararası ticarete aktif rol alan Türk tarafların ve Türkiye ile mal satım söz-

³¹ Netherlands August 29, 2017 *Gerechtshof* [Appellate Court] <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/netherlands-august-29-2017-gerechtshof-appellate-court>> s.e.t. 25.10.2022.

³² Germany January 11, 2006 *Bundesgerichtshof* [Federal Supreme Court] <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-bger-bundesgerichtshof-federal-supreme-court-german-case-citations-do-not-ident-17>> s.e.t. 25.10.2022.

leşmesi imzalayan yabancı tarafların, Türk mahkemelerinden sağlıklı kararlar çıkacağına dair inancının güçlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu noktada, CISG'nin Türkçe metninin, yetkin bir heyet tarafından yeniden gözden geçirilip Türk yargısına sunulması gerekmektedir. Bunu yaparken de sözleşmenin İngilizce orijinali ve sözleşmeye ilişkin şerhler taranmalı, böylelikle uygulama ile lafzî bağlam arasında köprü kurulmalıdır. CISG'nin Türkçe metnindeki çeviri hatası sadece madde 2(e) ile sınırlı değildir. Örneğin CISG madde 42(2)(b)'de de benzer sorunları tespit etmiş idik.³³ CISG metninin çeviri problemlerinin giderilmesinin yanı sıra; Türk mahkemelerinin, özellikle de CISG ile daha çok karşılaşan asliye ticaret mahkemelerinin heyetlerinin sözleşmenin kapsamı ve dünyadaki uygulama örneklerine yönelik çeşitli çalıştaylar ile bilgilendirmesi ile sözleşmenin yanlış değerlendirilmesinin önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

³³ Bknz. **Kiraz, Ş. Esra** (2019) 'Uluslararası Ticari Faaliyetler Dolayısıyla Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali: Viyana Mal Satım Sözleşmesi (CISG)', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:2, s.675- 715.

KAYNAKÇA

1980 Vienna Diplomatic Conference Summary Records of Meetings of the First Committee Second Meeting, No: 19-24, <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/second-meeting>> s.e.t. 22.10.2022.

Arkan, Sabih (2020) Ticarî İşletme Hukuku, 26. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları.

Aygül, Musa (2014) 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:3-4, s.45-85.

Ayoğlu, Tolga (2011) Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Börü, Levent ve Koçyiğit, İlker (2013) Ticari Dava, Ankara, Turhan Kitabevi.

Congar, Kerem, 'Hem karada hem de denizde gidebilen çok yönlü araç: Hovercraft', Euronews, (2.11.2015) <<https://tr.euronews.com/next/2015/11/02/hem-karada-hemde-denizde-gidebilen-cok-yonlu-arac-hovercraft>> s.e.t. 27.10.2022.

Çalışkan, Yusuf (2014) Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri İstanbul, Beta.

Çalışkan, Yusuf (2018) 'Milletlerarası Özel Hukukta Uluslararası Anlaşmaların Uygulanması: Tercüme ve Yorum Problemleri' Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler, 18-20 Nisan 2018, Antalya, <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/388>> s.e.t. 21.10. 2022.

Ekşi, Nuray (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s.2.

Erdem,ERCÜMENT (1992) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Mal Satım Sözleşmesi)' BATİDER, C:16, S:3, s.35-105.

Erdem,ERCÜMENT (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, (2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 155-159.

Hachem, Pascal (2014) 'Applicability of the CISG-Articles 1 and 6': Schwenger, Ingeborg/Atamer, Yeşim/ Butler, Petra (Editörler), Current Issues in the CISG and Arbitration, Volume 15, Hague, Eleven Publishing.

Khoo, Warren (1987) 'Comments on Article 2': Bianca-Bonnell Commentary on the International Sales Law, Milan Giuffrè, para 2.6.. <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/comments-article-2-bianca-bonell-commentary>> s.e.t. 22.10.2022.

Kiraz, Ş. Esra (2019) 'Uluslararası Ticari Faaliyetler Dolayısıyla Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali: Viyana Mal Satım Sözleşmesi (CISG)', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:18, S:2, s.675-715.

Kocasakal, Hatice Özdemir (2013) ‘Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı’, GÜHFD, C:12 S:1, s.19-52, 21-22.

Mistelis, Loukas (2008) ‘2. CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından’: Atamer, Yeşim (Editör), Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Rençber, Erenalp (2014) ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın İkinci Madde Hükmünün İncelenmesi’: Öztekin Gelgel, Günseli/Giray, Faruk Kerem (Editörler), Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. Maddeler), İstanbul, Beta 2014.

Schwenzer, Ingeborg/ Hachem, Pascal (2015) ‘Bölüm I. Uygulama Alanı’: Schwenzer, Ingeborg/Çağlayan Aksoy, Pınar (Editörler), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Şanlı, Cemal (2016) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul, Beta.

Tarman, Zeynep Derya (2015) Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG’in Uygulama Alanı), İstanbul, Beta.

UNCITRAL Yearbook VII: 1976 (A/CN.9/116, annex II).

Zeytin, Zafer (2016) ‘CISG’in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı’: Okur, Sinan (Editör), Milletlerarası Mal Satım Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.

Zwart, Sara G. (1998) ‘The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles’ NCJ Int’l L. & Com. Reg., C:13, s.109-128.

Mahkeme Kararları

Germany January 11, 2006 Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court] <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-bger-bundesgerichtshof-federal-supreme-court-german-case-citations-do-not-ident-17>> s.e.t. 25.10.2022.

İstanbul BAM 14. HD, E: 2018/1106, K: 2019/765, T: 24.05.2019.

Netherlands August 29, 2017 Gerechtshof [Appellate Court] <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/netherlands-august-29-2017-gerechtshof-appellate-court>> s.e.t. 25.10.2022.

Republic of Korea November 7, 2014 District Court <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/republic-korea-november-7-2014-district-court>> s.e.t. 25.10.2022.

United States August 23, 2016 District Court (Yosemite Auto (Shanghai) Co. Ltd. v. JRS Metals Inc., et al.) <https://scholar.google.com/scholar_case?case=4827405810715008673&q=yosemite%20v%20JRS&hl=en&as_sdt=6%2C33>s.e.t. 25.10.2022.

United States January 18, 2017 Circuit Court (Styles v. Movie Star Muscle Cars) <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-january-18-2017-circuit-court-styles-v-movie-star-muscle-cars>> s.e.t. 25.10.2022.

Yargıtay 11. HD, E: 2020/4982, K: 2021/ 2836, T: 24.03.2021.

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 111/a MADDESİNE GÖRE MAHCUZUN SATILMASI KONUSUNDA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM^(**)

ÖZET

Borçluya satış yetkisi verilmesiyle mahcuz malın daha az masrafla, kısa sürede yüksek bir bedelle satılmasının sağlanması ve bu satış sonunda ihalenin feshi gibi bir süreç nedeniyle gecikmenin önlenmesi amaçlanmıştır. Borçlu açısından, hacizli malın satış yetkisinin tanınması ile malının kısa bir sürede satılmasını sağlayarak borcunu daha az faiz ödeyerek sonlandırabilmesi imkanı da olacaktır. Bununla birlikte, mahcuz malın uzun süre satışının gerçekleştirilememesi malın kıymetinin düşmesine, yediemin ücretinin artmasına ve böylece alacaklı ve borçlunun zarara uğramasına neden olmaktadır. Öte yandan hacizli malın uzun süre atıl bir vaziyette kalması, malın yıpranmasına ve ülke ekonomisinin zarar görmesine de sebebiyet vermektedir. 7343 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde İİK'nun 111'inci maddesinden sonra gelmek üzere, "Borçluya satış yetkisi verilmesi" başlıklı 111/a maddesi eklenmiştir. İİK'nda 111/a maddesinde yapılan bu düzenlemeden sonra, 28.05.2022 tarihli ve 31849 sayılı Resmî Gazete'de "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Yönetmelik, İİK'nun 111/a maddesinde düzenlenmiş olan, haczedilen malın borçlu tarafından rızaen satışına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir.

Anahtar Kelimeler

Borçlu, Satış, Alacaklı, İcra Takibi, İlamsız İcra.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1191078 - Geliş Tarihi: 18.10.2022 - Kabul Tarihi: 30.05.2023.

(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara-Türkiye,
E-posta: ismetmazlum@cankaya.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3243-356X>.

ACCORDING TO ARTICLE 111/a OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY CODE, GRANTING THE DEBTOR THE AUTHORITY TO SELL THE SEIZED GOODS

ABSTRACT

It is aimed to ensure that the seized goods are sold at a high price in a short time with less expense by giving the borrower the authority to sell, and to prevent delays due to a process such as the termination of the tender at the end of this sale. In terms of the debtor, it will also be possible to end the consumption by paying less interest, by using the sale authority of the seized goods, by ensuring that the goods are sold in a short time. However, the inability to sell the seized goods for a long time leads to a decrease in the value of the goods, an increase in the trustee's fee, and thus the creditor and debtor suffer losses. On the other hand, not using the seized goods for a long time causes the goods to wear out and damage the country's economy. In Article 12 of the Law No. 7343, Article 111/a entitled "Granting the authority to sell to the debtor" is regulated to follow Article 111 of the Enforcement and Bankruptcy Code. After this regulation made in Article 111/a of the Enforcement and Bankruptcy Law, the "Regulation on Granting Sales Authorization to the Debtor in accordance with the Enforcement and Bankruptcy Law" was published in the Official Gazette dated 28/05/2022 and numbered 31849 and entered into force. The relevant regulation has determined the procedures and principles regarding the consensual sale of the seized property by the debtor, which is regulated in Article 111/a.

Keywords

Debtor, Sale, Claimant, Enforcement Proceeding, Enforcement Proceedings without Judgement.

GİRİŞ

Paraya çevirme (satış), takipte, alacaklının alacağını para ile ödenmesi için yapılır. Alacaklının alacağı, borçlunun haczedilen mallarının aynen alacaklıya verilmesi suretiyle ödenemez; hacizli mallar satılır ve bedeli ile alacaklının alacağı ödenir. Borçlunun haczedilen malı para ise bu durumda paraya çevirmeye (satışa) gerek yoktur, doğrudan paraların ödenmesi ile takip sona erdirilebilir. Ancak, borçlunun haczedilen malı paradan başka bir şey ise, bunun paraya çevrilmesi gerekir. Hacizli mallar, kural olarak talep üzerine satılır. Haczedilen malların satışı, alacaklı tarafından istenebileceği gibi, borçlunun da haczedilen malların satışını isteyebilmesi mümkündür (İİK m. 106; 113). Kural olarak icra dairesinin kendiliğinden satış yapması mümkün değildir. Ancak, haczedilen malların¹ kıymeti hızlı bir şekilde düşmekte veya korunması oldukça güç ise icra müdürünün talep olmadan da her zaman bu malların satılmasına karar vermesi mümkündür (İİK m. 113/II). Bu durumda icra müdürünün görevi, satışa karar vermektir; satışın yapılması için tarafların bu konudaki giderleri yatırması gerekir.

7343 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde İİK'nun 111'inci maddesinden sonra gelmek üzere, "Borçluya satış yetkisi verilmesi" başlıklı 111/a maddesi düzenlenmiştir. Anılan düzenleme, "*Borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilir. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Borçluya verilen sürenin başlangıcından üçüncü fıkra uyarınca verilen icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemez. Rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacaklıya rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara*

¹ 7343 sayılı Kanun'la kabul edilen borçluya satış isteme yetkisi veren İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesi borçlunun hacizli taşınmazların satışı için de uygulanma alanı bulmaktadır. Taşınmazların rızaen satışının koşulları, taşınırın rızaen satışının koşulları ile aynıdır.

ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz. Borçluyula anlaşan alıcının belirlenen bedeli birinci fıkra uyarınca borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Ret kararı verilmesi hâlinde yatırıldığı bedel alıcıya iade edilir. Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.” şeklinde ihdas edilmiştir².

² İlgili düzenlemenin gerekçesi, “2004 sayılı Kanuna 111/a maddesi eklenmektedir. 111/a maddesiyle, talebi halinde borçluya, haczedilen malın rızaen satışı amacıyla yetki verilmektedir. Maddede satış yetkisinin kapsamı, süresi ve usulü düzenlenmektedir. Birinci fıkrada borçlunun, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebileceği hükme bağlanmaktadır. Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde borçlunun da kıymet takdiri yaptırabilmesi söz konusu olacaktır. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya onbeş günlük bir süre verecektir. Borçluya verilen sürenin başlangıcından icra mahkemesinin bu madde uyarınca yapılan satışa ilişkin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemeyecektir. İkinci fıkraya göre, rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde sekisini ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamayacaktır. Üçüncü fıkrada, borçluyula anlaşan alıcının belirlenen bedeli, birinci fıkra uyarınca borçluya verilen onbeş günlük süre içinde dosyaya ödemesi halinde icra müdürünün, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra maddede belirtilen şartların gerçekleştiğini tespit etmesi halinde satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhal icra mahkemesine göndereceği hüküm altına alınmaktadır. Bu kapsamda, mahkeme, en geç on gün içinde dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verecektir. Mahkemenin kabul kararıyla birlikte malın mülkiyeti alıcıya geçecek ve mal üzerindeki tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilecektir. Ret kararı verilmesi halinde ise yatırılan bedel alıcıya iade edilecektir. Dördüncü fıkrayla, bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düşüğü ölçüde 2004 sayılı Kanunun diğer hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir.”

İİK'nda 111/a maddesinde yapılan bu düzenlemeden sonra, 28/05/2022 tarihli ve 31849 sayılı Resmî Gazete'de “İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Yönetmelik, İİK'nun 111/a maddesinde düzenlenmiş olan, haczedilen malın borçlu tarafından rızaen satışına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir³.

I. TERMİNOLOJİ SORUNU

İİK'nun 111/a maddesinde yapılan düzenlemede, borçluya satış yetkisinin verilmesini ifade etmek amacıyla farklı kavramlar kullanılmıştır. Öncelikle, anılan kanuni düzenlemenin başlığı, “*borçluya satış yetkisi verilmesi*” dir. Ancak, madde içerisinde, borçlunun haczedilen malının “*rızaen satışı için kendisine yetki verilmesi*” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte, “İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik”te yer alan madde başlıklarında ve içerisinde “*rızaen satış*”, “*rızai satış*” ifadeleri kullanılmıştır (örn. bkz. Yön. m. 4; 5). Türk Dil Kurumu'na göre rıza, “*razı olma, isteme, istek*” anlamlarına gelmektedir. Bununla birlikte, rızaen, kelime anlamı olarak, “*rızai olarak; rızaya bağlı olarak; isteğe bağlı olarak*” anlamlarını taşımaktadır⁴.

Kanaatimizce hem Kanun'da hem Yönetmelik'te yeknesak bir ifadenin kullanılması amacıyla, İİK'nun 111/a maddesinin de başlığı olan, “*borçluya satış yetkisinin verilmesi*” ifadesi daha doğru olurdu. Çünkü rızaen satış, borçlar hukukuna ilişkin olarak satış sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklarken kullanılan hususlar arasındadır. Yani, satış sözleşmesinin bir özelliği olarak “*rızai olma*” gösterilmektedir⁵. Borçluya satış yetkisi verilmesi ise, borçlunun icra dairesinden

³ 30.11.2021 tarihli ve 31675 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan 7343 Sayılı Kanun ile 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi” başlıklı 111/a maddesi eklenmiştir.

⁴ **Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Sözlüğü, Ankara, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, s.578.

⁵ **Tandoğan, Haluk** (1985) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.78; **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.29; **Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre** (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.33; **Yavuz, Cevdet** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.26; **Gümüş,**

aldığı bir satış yetkisi ile mahcuz mala bir alıcı bulması ve İİK'nun 111/a maddesinde aranan şartların yerine getirilmesi durumunda, icra mahkemesinin onayı ile malın devir ve tesliminin gerçekleşmesi nedeniyle, borçlar hukukundaki satış sözleşmesinden (TBK m. 207 vd.) farklıdır⁶. Her ne kadar, borçlunun talebiyle kendisine satış yetkisi veriliyor olsa da borçlunun burada mahcuz malını satması, aslında, icra takibinin paraya çevirme (satış) aşamasını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, borçlu, kendisine karşı başlatılmış olan icra takibi nedeniyle haczedilen malını satmaktadır. Bu sebeple, burada, borçlar hukuku anlamında, gerçek bir rızai olma durumundan her zaman bahsedilmesi zordur⁷.

II. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNİN UYGULANMA ALANI

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin 111/a hükmü, ilamsız icra takiplerinde uygulanma alanı bulur. Genel haciz yoluyla takip ya da kambiyo senetlerine özgü takiplerde, borçlu kıymet takdiri üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini talep edebilecektir⁸.

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin olarak, İİK'nun 111/a maddesinde, sadece “*borçlunun haczedilen malının*” rızaen satışının yapılacağı ifade edilmiş, söz konusu malın taşınır veya taşınmaz olup olmamasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır⁹. Bununla birlikte, borçluya satış yetkisini düzenleyen İİK 111/a

Mustafa Alper (2014) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.21; **Ruhi, Ahmet Cemal** (2011) Sözleşmeler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.16.

⁶ **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s.286; **Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s.271; **Yazıcı, Burçin** (2022) “İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:2, s.1119-1147.

⁷ **Pekcanitez, Hakan** (2022b) “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.819-849, s.824.

⁸ **Pekcanitez** (2022b), s.826.

⁹ Korkmaz'a göre, “İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesinde “mal” kavramına yer verilmesi, 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen değişikliklerde genel olarak “mal” kavramının kullanılması ve ayırım yapılmaması dikkate alındığında, taşınır ve taşınmaz malların yanında gayri maddî malların da bu hüküm kapsamına dâhil olduğu sonucuna varılmalı-

maddesi, taşınır ve taşınmazların satışını düzenleyen hükümlerden önce, satış aşamasına ilişkin genel hükümler arasında yer almaktadır. Bu nedenle de taşınır ve taşınmaz satışları için, borçluya satış yetkisinin verilmesi mümkün olabilecektir.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, borçluya satış yetkisi verilip verilemeyeceğine ilişkin durum öğretilmelidir. Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre, İİK'nun rehinde paraya çevirme usulünü düzenleyen 150/g maddesinde, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin 111/a maddesine atıf yapılmamıştır. Ancak, taşınmazlarda kıymet takdirini düzenleyen İİK'nun 128'inci maddesine atıf vardır. Bu nedenle en azından, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde de borçlu kendisine satış yetkisi verilmesini talep edebilecektir.

Görgün/Börü/Kodakoğlu ise rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde paraya çevirme usulü başlıklı İİK'nun 150/g maddesinin borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin İİK'nun 111/a maddesine atıf yapmasa da İİK'nun 111/a maddesinin dördüncü fıkrasında "Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düşüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır." hükmü bulunduğunu ifade etmiş, gerek İİK'nun 111/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki hüküm dikkate alındığında gerek bu yetkinin icra hukukunda daha geniş alanlarda kullanılabilmesinin ve taraf menfaatinin sağlanması amacıyla rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de rehin borçlusuna bu yetkinin verilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. Yazarlar, burada kasıtlı susma mı yoksa boşluk mu olduğuna ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmede,

dır. Nitekim Kanun'un 106'ncı maddesinde paraya çevirme talebinde bulunma süresi bakımından taşınır ve taşınmaz mal ayrımını kaldıran ve sadece "mal" kavramına yer veren değişikliğe dair gerekçede, haczedilen hakların da anılan düzenlemeye dâhil olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, borçluya satış yetkisi tanıyan hükme, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz malların açık artırma yoluyla paraya çevrilmesine dair hükümlerinden önce yer verilmiştir. Anılan düzenlemenin sistematik yeri itibarıyla paraya çevirme işlemi bakımından genel hüküm olması da sınaî mülkiyet haklarının paraya çevrilmesi yönünden borçluya satış yetkisi verilebileceği sonucunu desteklemektedir. Bu bağlamda, sınaî mülkiyet haklarının paraya çevrilmesi bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 121'inci maddesinin yanında Kanun'un 111/a maddesinin de uygulanması mümkündür." (Korkmaz, Cansu (2023) Sınaî Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.220).

İİK'nun 150/g maddesine atıf yapılmamasının kasıtlı bir susma hali olmadığını belirtmişlerdir¹⁰.

Kale, bu düzenlemenin, sadece hacizli malların satışı söz konusu olduğunda uygulanabileceğinin açıkça belirtilmiş olduğu ifade edilerek, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak olan takiplerde takip borçlusuna, satış yetkisi verilmediğini belirtmiştir¹¹.

Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, 7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde satış usulünü düzenleyen 150/g maddesinde bir değişiklik yapılmadığını kıyasen uygulanacak maddeler arasına 111/a maddesinin eklenmediğini ifade etmiştir. Bu çerçevede Yazarlara göre, mevcut hükümler dikkate alındığında rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de borçluya satış yetkisi verilmesi mümkün olmayacaktır¹².

Uygulamada da, borçluya satış yetkisinin verilmesinin rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde uygulanmayıp, sadece haciz yoluyla takiplerde uygulanabileceğine ilişkin kararlara rastlanmaktadır¹³.

¹⁰ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.272.

¹¹ Kale, Serdar, İcra ve İflâs Hukuku'nda Online Satış, <<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>> s.e.t. 28.07.2022.

¹² Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Sungurtekin Özkan, Meral (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Bası, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, s.233.

¹³ İpotekli taşınmazın rızaen satışı için yetki verilmesi talebiyle İcra Müdürlüğü'ne yapılan başvuru sonucunda, İcra Müdürlüğü'nün 09.12.2021 tarihli kararıyla dosyanın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip olduğu yasal düzenlemenin ise yalnızca hacizli malları kapsadığı gerekçesiyle 'talebin reddine' karar verilmiştir. Anılan maddede, uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu kanunun diğer hükümleri uygulanır; düzenlemesi yer aldığı gibi, anılan maddenin ipotekli taşınmaz satışlarında uygulanamayacağını dair herhangi bir hükme de yer verilmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, anılan maddenin uygulanmasına ilişkin Yönetmelik henüz yayınlanmamış olup, Yönetmelikle birlikte anılan maddenin uygulanma alanının açıklığa kavuşturulması ihtimali de bulunmaktadır. 7343 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 12; "2004 sayılı Kanuna 111/a' maddesinde açıkça belirtildiği üzere, "hacizli malın satışı için rızaen yetki verilmesinin talep edilebileceği, takibin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip olduğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde haciz aşamasının bulunmadığı ve hacizli malın olmadığı, bu haliyle müdürlük tarafından yapılan işlemin usul ve yasaya uygun olduğu anla-

Öğretide iflâs tasfiyesi bakımından, borçluya satış yetkisinin verilmesi bakımından da farklı görüşler bulunmaktadır. Görgün/Börü/Kodakoğlu, borçluya satış yetkisi verilmesinin, iflâs tasfiyesinde de uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁴. Atalı/Ermenek/Erdoğan, İİK'nun iflâsta artırmayı düzenleyen 242 ilâ 245'nci maddelerinde 111/a hükmüne atıf yapılmadığını belirterek, bu nedenle iflâs tasfiyesi sırasında borçlunun 111/a hükümlerinden hareketle kendisine satış yetkisi verilmesini isteyemeyeceğini belirtmişlerdir. Ancak, iflâsta paraya çevrilme usulünü belirleme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısına ait olduğundan, borçlunun da kabul etmesi halinde, kendisine 111/a hükümleri ile bağlı olmaksızın paraya çevirme yetkisi verilebilecektir¹⁵.

Pekcanitez ise, iflâs kararıyla birlikte müflis sıfatını alan borçlunun, tasfiye aşamasında kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesinin mümkün olmadığını belirtmiş ve bu bağlamda, iflâs kararı ile birlikte müflis sıfatını alan borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin sona erdiğini ifade etmiştir. Ancak, iflâs tasfiyesinde İİK'na göre pazarlık suretiyle satış mümkündür¹⁶. Hem taşınır hem de

şılmakla şikâyetin reddine karar verilmiştir.” (www. e-uyar.com). **Uyar, Talih** (2022) “Kesinleşen Bir İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Takip Borçlusu, İİK m.111/A Uyarınca İcra Dairesinden Kendisine Satış Yetkisi Verilmesini Talep Edebilir Mi?”, İstanbul Barosu Dergisi, C:96, S:2, s.18-19. (İstanbul Anadolu 17. İcra Hukuk Mahkemesi, E: 2021/758, K: 2021/795, T: 21.12.2021). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23.HD, İİK'nun 111/a maddesi uyarınca taşınmazın satışı için taraflarına yetki verilmesi talebi yönünden; maddede düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesi imkanının haciz yolu ile satışına karar verilen taşınmazlar için mümkün olduğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerde, ipotekli taşınmazlar için bu madde gereğince talep de bulunulmasının mümkün olmadığına karar vermiştir (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 23. HD, E: 2022/1672, K: 2022/1486, <https://www-lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/ictihat/Arama> s.e.t. 07.04.2023).

¹⁴ **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.272.

¹⁵ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.287.

¹⁶ Pazarlık suretiyle satış, icra ve iflâs hukukunda paraya çevirmede kullanılan asıl satış türü değildir. İcra hukukunda kural olarak Kanun'da sayılan hallerde, taşınır pazarlık suretiyle satılabilir (İİK m. 119). İflâsta ise hem taşınmazlar hem de taşınır alacaklıların kararı ile pazarlık suretiyle satılabilir (İİK m. 241). İcra hukukunda pazarlık suretiyle satışa karar vermek icra memurunun takdirindedir. İcra memurunun, taşınırın pazarlık suretiyle satışını gerçekleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada, icra müdürü takdir hakkını kullanarak pazarlık suretiyle satış yapabileceği gibi, açık artırma suretiyle satış da yapabilir. Ancak icra memurunun bu takdir hakkını kullanması, ancak, İİK'nun 119'uncu maddesinde sayılan

taşınmazlar pazarlık suretiyle satılabilecektir. İİK'nun 241'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, masaya ait mallar iflâs idaresi marifetiyle açık artırma yahut alacaklılar karar verirse, pazarlık suretiyle satılabilir. Bu durumda adi tasfiye usulünde pazarlık suretiyle satışın yerine getirilmesinde iflâs idaresi yetkilidir¹⁷.

III. BORÇLUNUN SATIŞ YETKİSİ TALEBİ ve SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

İİK'nun 111/a maddesinin birinci fıkrasına göre, borçlu, haczedilen malın rızaen satışı için kendisine yetki verilmesi talebinde bulunabilir. Alacaklı, borçluya satış yetkisi verilmesini talep edemeyeceği gibi icra dairesi de kendiliğinden borçluya satış yetkisi veremez¹⁸. Bir başka ifadeyle, İİK'nun 111/a maddesi haczedilen malın satış yetkisini kullanmayı sadece borçluya vermiştir. Borçlu kendisine satış yetkisi verilmesi talebini takibin yapıldığı yer icra dairesine yöneltmelidir. Bu bağlamda borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine müracaat ederek malın satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir¹⁹. Rızaen satış talebinde bulunan borçlu, tebligata elverişli adresini ve iletişime yarar bilgilerini satış talebiyle birlikte icra dairesine bildirir. Sicile ka-

haller ile sınırlı olarak işlerlik kazanabilir. Pazarlık suretiyle satışın hangi usulde yapılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan açık artırma suretiyle satma ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak, her iki satış türü satışın yapıma şekli açısından birbirinden ayrılır. Arttırma suretiyle satış için birbirini takip eden peyler bulunmalı ve Kanun'daki şartlara uygun en yüksek teklifi verene satış yapılmalıdır. Pazarlık suretiyle satışta ise birbirini takip eden ve devamlı artan bir fiyat teklifi verilmesine ve satışın, bu peyler belli bir miktara ulaşırsa üç defa bağrıldıktan sonra uygun fiyatı teklif edene yapılmasına gerek yoktur. Pazarlık suretiyle satış en uygun fiyatı bulmak amacıyla yapılmaktadır. Pazarlık suretiyle satış, icra memuru tarafından yapılmaktadır. Ancak, icra memuru yardımcısı ya da bu kimselerin bulunmaması durumunda da icra mahkemesince görevlendirilecek kâtip de pazarlık suretiyle satış yapabilir. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.403; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.294; Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s.229; Özmumcu, Seda (2005) Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.22-27).

¹⁷ Pekcanitez (2022b), s.828.

¹⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.287.

¹⁹ Borçlu haczedilen malının rızaen satışı için talebi, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan kıymet takdirini tebliğe yetkili esas sayılı icra dosyasının kayıtlı bulunduğu icra dairesinden yapılacaktır (Yön. m. 3).

yıtlı bir mal ile ilgili borçlunun rızaen satış talebinde bulunması üzerine icra müdürü, rızai satış talebinin ilgili sicile işlenmesine yönelik gerekli işlemleri yapar (Yön.m. 7).

Borçlunun, satış yetkisini kullanabilmesi alacaklının herhangi bir onayına bağlı değildir. Kale'ye göre, takip alacaklısının onayı olmadan, borçluya satış yetkisinin verilmesi nedeniyle takip alacaklısının zarara uğraması mümkündür. Bu durumda, özellikle, muhammen bedelin yükseğine satılabilecek olan haczedilen malların, sadece muhammen bedelinin yüzde doksanı ile satışına onay verilmesi, alacağı, haczedilen malın muhammen bedelinden çok daha yüksek alacaklıların zararına olacaktır. Bu nedenle, borçluya, İİK'nun 111/a maddesi gereğince satış yetkisinin verilebilmesi için takip alacaklısının da onayı gerekli bir koşul olarak getirilmesi yerinde olurdu²⁰.

Borçluya satış yetkisinin verilebilmesi için, hacizli malların kıymet takdirinin kendisine tebliğ edilmesi gerekir. Haczedilen malın kıymet takdirine ilişkin bilirkişi tarafından düzenlenen raporun icra dairesi tarafından borçluya tebliğ edilmesi gerekir (Yön. m. 6/I). Bununla birlikte, borçlunun veya borçlu namına tebligatı tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesi gerekmez. Borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise, kıymet takdirini içeren haciz tutanağı borçluya tebliğ edilir (Yön. m. 6/II). Borçlu bu talebini, kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde talep etmelidir.

IV. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İİK'nun 111/a maddesinde, “satış” teriminin kullanılmış olması, borçlu ile alıcı arasında bir satım sözleşmesi olduğunu göstermez. Borçlunun, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenlemeden yararlanabilmesi için salt kendi iradesinin bu yönde olması yeterli değildir. Burada, borçlu, öncelikle icra dairesine başvurarak, malın satışı için kendisine yetki verilmesini talep edecektir. Yani, borçlunun malın

²⁰ **Kale**, İcra ve İflâs Hukuku'nda Online Satış, <<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>> s.e.t. 28.07.2022.

satışını, ancak icra dairesinin bu konuda vereceği yetki sonucunda kullanabilmesi mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme tiplerini düzenleyen hükümlerine hâkim olan temel ilkelerden biri, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilkeye göre, tarafların, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, şekil serbestisi, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğü, sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme serbestisi gibi hakları bulunmaktadır²¹. Ancak, borçluya satış yetkisi verilmesi durumunda, borçlu ile alıcı sözleşmenin içeriğini İİK'nun 111/a maddesindeki sınırlar çerçevesinde düzenleyebilirler²². Bu nedenle, İİK'nun 111/a maddesinde yer alan, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenlemelerin aksine hareket edilemez, bu hükümler emredici niteliktedir ve taraflar bu hükümlerin aksini kararlaştıramazlar. Yine, İİK'nun 111/a maddesinde, malın mülkiyetinin, mahkemenin kabul kararıyla geçeceği düzenlenmiş ve icra dairesince malın devir ve teslim işlemlerinin yapılacağı ifade edilmiştir (İİK m. 111/a, III). Ancak, taşınır mülkiyetinin naklini düzenleyen TMK'nun 763'üncü maddesine göre, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekirken; taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının kural olarak, tescil ile olacağı, TMK'nun 705'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, borçluya satış yetkisi verilmesi halinde yapılacak olan satışın, adi satımdan farklı olduğunu gösterir.

İİK'nda borçlunun satış işlemini gerçekleştirmesi ve hukuki sonuç yaratılması, Kanun'da öngörülen şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Kanun'dan kaynaklı şartların yerine getirilmesi zorunluluğu bulunduğu için, burada sayılan şartların birer hukuki şart olarak ifade edilmesi mümkündür²³.

²¹ Tandoğan, s.9-12; Eren, s.18-20; Zevkililer/Gökyayla, s.7-10; Yavuz, s.6-9; Gümüş, s.27; Ruhi, s.16.

²² İİK'nun 111/a maddesinde borçluya satış yetkisi verilmesi durumunda, satışın gerçekleştirilmesi için aranan şartlar gösterilmiştir. Kanunda sayılan bu şartların varlığı halinde, borçlu alıcıya malı satmış olarak kabul edilecektir. Buna göre, rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alıcının alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz.

²³ Hukuki şart, doğrudan doğruya kanunun bir hükmünden doğar ve ona dayanır. Buna karşın gerçek şarta bağlı işlemdeki şart olay, sadece kişi iradesine dayanmakta, bir başka ifadeyle, gerçek şartın

Borçlunun, satışı daha önce de ifade ettiğimiz gibi, icra dairesinden alacağı yetki sayesinde gerçekleştirmesi mümkündür. Yine, her ne kadar Kanun'da rızai satış terimi kullanılıyor olsa da burada borçlunun gerçek bir rızasının varlığından söz etmek zordur. Çünkü, bir takip içerisinde paraya çevirme aşamasında, borçlunun hacedilen mallarının paraya çevrilmesi için yapılan bir satış vardır. Bu nedenle, borçluya satış yetkisi verilmesinin bir takip hukuku tasarrufu olarak, cebri icra satışı şeklinde nitelendirilmesi mümkündür²⁴. Katıldığımız görüşe göre, borçluya satış yetkisi verilmesinin hukukî niteliği cebri icra satışı olarak kabul edilmiş ve bu bağlamda çeşitli kriterlerden yararlanılmıştır. Borçluya satış yetkisi verilmesi, başlamış bir icra takibinin varlığı, borçlunun kendisine kıymet takdirinin tebliği üzerine Kanun'da öngörülen yedi günlük sürede borçlunun talepte bulunması, yine Kanun'da öngörülen koşullarda ve sürede alıcı bulması ve icra memurunun satış talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri temin etmesi ve satış için gereken şartların bulunduğunu tespit ederse, icra mahkemesine bunları göndererek mahkemenin yapacağı inceleme sonunda talebin kabulüne karar vermesi üzerine gerçekleşeceği için, bu satışın cebri icra satışı olduğunun söylenmesi mümkündür²⁵.

birinci unsurunu kişi iradesi ve bunun sonucu bir hukukî işlem oluşturmaktadır. (**Eren, Fikret** (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, s.1117; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2018) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.506; **Nomer, Haluk** (2020) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 17. Bası, Beta Yayınevi, s.492; **Kılıçoğlu, Ahmet** (2016) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Yayınevi, s.774-775; **Sirmen, Lale** (1992) *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.84 vd; **Pulaşlı, Hasan** (1989) *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, s.83 vd.) Hukukî şart, işlemin kanuni geçerlilik şartlarıdır. Kanun koyucu, bu unsurları taraf iradesine terk etmemiş aksine bizzat düzenlemiştir. Hukukî şarttan, kanun tarafından konulmuş her türlü şart değil, aksine hukukî işlemin hükmünü askı durumuna getiren ve bu nedenle en azından, bazı hususlarda gerçek şarttaki duruma benzer hukukî hükmü gerekli kılan şartlar anlaşılmalıdır. Bu bakımından, hukukî şart denince kanunun kendisine hakların doğumu, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi hükmünü bağladığı her türlü şart değil, ancak bunlardan sadece hukukî sonucun doğmasını askıya bağlayanları anlamak gerekir. (**Eren**, s.1118; **Oğuzman /Öz**, s.506; **Sirmen**, s.84 vd; **Pulaşlı**, s.83 vd.).

²⁴ **Pekcanitez** (2022b), s.840; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.286.

²⁵ **Pekcanitez, Hakan** (2022a) "Rızai Satış Konusundaki Yeni Hükmün Değerlendirilmesi", 7343 Sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozy-

V. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNİN TAKİP İŞLEMLERİ ARASINDAKİ YERİ

İcra takibinin başlangıcından sonuna kadar, alacaklı, borçlu, üçüncü kişiler ve icra organlarınca birçok takip işlemi yapılır. İşte, icra takipleri sırasında, icra takiplerine yön ve şekil veren işlemlere takip işlemleri denir. İcra takibi sırasında yapılan takip işlemleri, kendi içinde taraf takip işlemleri ve icra takip işlemleri olmak üzere ikiye ayrılır²⁶.

İcra takip işlemleri, öğretide unsurlarından yararlanılarak açıklanmaya çalışılmıştır. *Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan*'a göre, bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için üç unsurun bulunması gerekir. İlk olarak, takip işleminin icra organları tarafından yapılması gerekir²⁷. İkinci olarak, icra takip işlemi borçluya

yumu, 13 Mayıs 2022, “Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin olarak yapılan satışın, cebri satış olarak nitelendirilmesi nedeniyle, TMK’nun 733’üncü maddesi gereğince, ön alım hakkının kullanılmayacağı söylenebilir.” Yargıtay 6. HD, 31.01.2012 tarihli kararında, ön alım hakkının cebri satışlarda uygulanamayacağını belirten kararında, “*Önalım davasından kısa bir süre sonra ve üstelik açılan dava tapuya şerh edilmiş iken dahili davalının açılan davadan haberdar olduğunu beyan ederek ve tüm hukuki vecibelerini üstlenerek payı yüksek bedelle satın almasında iyi niyetli olduğundan söz edilemez. İkinci satışta dahili davalının önalım davası sonucu elinden çıkacak bir payı bile bile satın alması hayatın olağan akışına uygun değildir. Payın ikinci kez kötü niyetle el değiştirmesi karşısında mahkemece davacıya ilk satışta tapuda gösterilen satış bedeli üzerinden önalım bedelini depo etmesi için uygun süre ve olanak tanınarak oluşan duruma göre bir karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.*” (Yargıtay 6. HD, E: 2011/13747, K: 2012/1071, T: 31.01.2012, <<https://www.lexpera-com-tr.eu1.proxy.openat hens.net/ictihat/Arama>> s.e.t. 07.04.2023).

²⁶ **Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer** (2010) *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, s.31; **Kuru, Baki** (2013) *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Ankara, 2. Baskı, Adalet Yayınları, s.60 vd.; **Muşul, Timuçin** (2013) *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I*, Ankara, 6. Baskı, Adalet Yayınları, s.813-817; **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s.5; **Boran Güneysu, Nilüfer** (2012) “İcra Takip İşlemleri”, *TBB Dergisi*, S:2012/101, s.33 vd., **Tok, Ozan** (2021) “İcra İşleminin Yapısı ve Hukukî Rejimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:9, s.59.

²⁷ İcra organları sadece icra işleri için kurulmuş olan asıl icra organları ve asıl görevinden başka icra işlerine de bakan yardımcı icra organları olarak ikiye ayrılır. Asıl icra organları, icra dairesi, icra mahkemesi ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’ın icra ve iflâs işleri ile görevli dairesidir. Yardımcı icra organları ise, varlık veya kuruluş nedeni, başlı başına icra işleriyle sınırlı olmayan icra organlarıdır. Bir başka ifadeyle, asıl görevlerinin yanında, icra işlerine de bakmaktadırlar. İcra mahkemeleri dışında kalan diğer genel veya özel mahkemeler ile savcılar ve adalet müfettişleri, yardımcı organlar arasında gösterilir.

karşı ve onun hukukî durumunu etkileyecek nitelikte olmalıdır. Son olarak, cebri icranın ilerlemesini sağlayacak nitelikte olmalıdır²⁸. *Umar*'a göre, icra takip işlemlerinin birinci unsuru, işlemin icra organlarınca yapılmış olmasıdır. İkinci unsur, işlemin takip borçlusuna karşı yapılmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle, işlemin borçlunun malvarlığına yönelmiş olması ve borçlunun takip içindeki hukukî durumunu etkilemesidir. Son unsuru ise, işlemin takibin amaca yaklaşmasına hizmet eden bir işlem niteliğine sahip olmasıdır²⁹. Takip prosedürü içinde taraflarca yapılan, takibe yön ve şekil veren işlemler, taraf takip işlemidir³⁰. Takip, haciz talebi ve satış talebi gibi işlemler, taraf takip işlemine örnek gösterilebilir. Bu işlemler genellikle icra takip işlemlerinin yapılmasına yönelik işlemlerdir. Taraf takip işlemi, takip prosedürü içerisinde, tarafların yaptıkları, takibe yön ve şekil veren, çoğunlukla da icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelik işlemlerdir³¹.

Borçluya satış yetkisi verilmesini düzenleyen İİK'nun 111/a maddesine göre, borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Borçluya verilen satış yetkisi sonucunda, borçlunun mahcuz mallarının satışı, borçlu tarafından gerçekleştirilecektir. Söz konusu satış işlemlerinin borçlu tarafından gerçekleştirilecek olması, icra takip işlemlerinin öğreti tarafından kabul edilen ilk unsurunun, yani işlemin icra organlarınca yapılmasına ilişkin şartın gerçekleşmediğini göstermektedir. Bununla birlikte, borçluya satış yetkisinin verilmesi ile, takip prosedürü içinde, takibin borçlusu tarafından yapılan ve icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlayan bir işlem olması, borçluya satış yetkisi verilmesini, bir taraf takip işlemi yapar.

²⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s.5-6; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.50-51; **Arslan, Ramazan** (1984) *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.28.

²⁹ **Umar, Bilge** (1973) *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi, s.190; **Boran Güneysu**, s.35; **Arslan**, s.65 vd.

³⁰ Umar, taraf takip işlemlerini çeşitli alt başlıklara ayırarak incelemektedir. Taraf takip işlemleri öncelikle, işlemin sonucuna göre bir ayrıma tabi tutulur. İkinci ayırım ise, taraf takip işlemlerinin yapan tarafın kim olduğuna göre belirlenir (**Umar**, s.171-175).

³¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s.5.

VI. TAKİBİN HANGİ AŞAMASINDA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİNİN VERİLECEĞİ

İİK'nun 111/a maddesi 7343 sayılı Kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulamaya geçecektir³². Bu bağlamda, 30.11.2021 tarihinden

³² 30/11/2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7343 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesi ile İİK'na geçici 18'inci madde eklenmiştir. İlgili düzenleme, İİK'nda, 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin yürürlüğe giriş tarihler düzenlenmiştir. "Geçici Madde 18 - 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile 106'ncı madde uyarınca çıkarılması gereken tarife, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılır. 87, 88, 106, 110, 111/b, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129, 130, 133, 242 ve 244'üncü maddeler ile 134'üncü maddenin dokuz ve onuncu fıkralarında bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişikliklerin uygulanmasına Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde, 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlanır ve bu değişiklikler en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanır. Değişikliklerin hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağı Adalet Bakanlığının resmi internet sitesinde duyurulur. Bu değişikliklerin uygulanmasında aşağıdaki esaslar dikkate alınır: 1. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra haczedilen mallar hakkında, bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen 87, 106 ve 110'uncu madde hükümleri uygulanır. Geçiş tarihinden önce haczedilen mallar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur. 2. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında, bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen 88, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129 ve 130'uncu maddeler, 134'üncü maddenin dokuz ve onuncu fıkraları ile ihdas edilen 111/b maddesi uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur. 3. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, taşınır rehninin veya ipotegin paraya çevrilmesi, iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar bakımından, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur. 4. Geçiş tarihinden önce yapılan ilan üzerine ihalesi gerçekleştirilemeyen ve yeniden satış talep edilen açık artırmalar hakkında da bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanır. 106'ncı madde uyarınca çıkarılacak tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten önce satış talep edilmiş olmasına rağmen kıymet takdiri ile muhafaza ve satış giderlerinin tamamının yatırılmadığı hâllerde bu tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tarifede belirlenen giderlerin yatırılması zorunludur. Bu süre içinde giderler peşin olarak yatırılmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır. 134'üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir."

sonra ilgili düzenleme yürürlüğe girmiştir. Yine, “İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Daire Yönetmelik” 28.05.2022 ve 31849 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³³. İlgili düzenlemeler, borçluya satış yetkisi verilmesinin uygulanmasına ilişkin yürürlük tarihlerinin tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, borçluya satış yetkisi verilmesinin, icra takibinin hangi aşamasında yapılacağına belirlenmesi gerekir. Borçluya satış yetkisi verilmesini düzenleyen İİK’nun 111/a maddesi, İİK’nun “Paraya Çevirme” kısmının 106 ve devamında yer alan maddeleri arasında bulunur. Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenlemenin İİK içerisindeki yeri ve mahiyeti dikkate alındığında, icra takibinin satış aşamasında, bu yetkinin borçluya verilebileceğini söylemek mümkün olur.

İcra takibinde satış aşamasına haciz aşamasının tamamlanmasından sonra geçilir³⁴. Hacizli malların paraya çevrilebilmesi için satışın alacaklı veya borçlu tarafından istenmiş olması gerekir. İİK’nun 113’üncü maddenin ikinci fıkrası ve 139’uncu maddelerinde düzenlenen istisnai durumlar dışında, icra dairesi talep olmadan hacizli malların satışına başlayamaz. Alacaklının, satış talebinde bulunabilmesi için, kesin haciz sahibi olması gerekir (İİK m. 107)³⁵. Geçici haciz sahibi alacaklı ise satış isteyemez (İİK m. 108). Yine ihtiyati haciz sahibi alacaklı da ihtiyati haciz, kesin hacze dönüşmedikçe satış isteyemez. Ancak, gerek geçici olarak, gerek ihtiyaten haczedilmiş olan malların kıymeti süratle düşmekte veya muhafazası masraflı ise, icra dairesi bu malların satılmasına talep olmadan her zaman karar verebilir (İİK m. 108/II; 113/II). Bunların yanı sıra, alacaklı satış talep etmeden, borçlu da hacizli malların satılmasını isteyebilir (İİK m. 106; 113/I).

³³ İlgili Yönetmeliğin yürürlük hükmünü düzenleyen, 17’nci maddesine göre, “Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”

³⁴ **Üstündağ, Saim** (1995) *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.287; **Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer**, s.527; **Kuru**, s.602; **Muşul**, s.757; **Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis** (2015) *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.206 vd.

³⁵ Kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması kesin haciz olarak tanımlanır.

Sonuç olarak, borçluya satış yetkisi verilmesi, haciz aşamasının tamamlanmasından sonra takibin bir sonraki aşaması olan paraya çevirme aşamasında gerçekleştirilecektir. İİK'nun 111/a maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, “*borçlunun haczedilen malının*” satış yetkisinin borçluya verilmesi, takibin haciz aşamasından sonra gelen, paraya çevirme aşamasında olur. Bununla birlikte, borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesi talebi ile bu yetkiyi kullanması belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir (İİK m. 111/a, I).

VII. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNİN ŞARTLARI

İİK'nun 111/a maddesine göre, “*Borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilir. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. malın muhammen kıymetinin yüzde doksana karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır³⁶. Kanun koyucu burada, borçluya satış yetkisinin verilmesinden sonra, haczedilen malın, borçlu tarafından satılabilmesi için asgari satış miktar ve değerini tespit etmiştir. Anılan düzenlemede, kanun koyucu, geçerli bir satış için belirlemiş olduğu bu asgari miktarda taşınır-taşınmaz ayrımı yapmadan, borçlunun haczedilen mallarına ilişkin genel bir düzenleme yapmıştır³⁷. Genel olarak bu şartlar, malın kıymet takdirinin yapılmış olması, satış miktarının, haczedilen malın tahmini bedelinin en az yüzde doksanı tutarını karşılması ve son olarak satış bedelinin ödenmesi şeklinde gösterilmesi mümkün-

³⁶ Satışın yapılabilmesi, Kanun'da belirtilen miktara ulaşılmasına bağlıdır. Satışın yapılabilmesi için ileri sürülmesi gereken asgari tutarın elde edilmesine “karşılama prensibi” denir. Bu asgari tutara ulaşılmadığı takdirde, satışın gerçekleşmesi mümkün değildir. Karşılama prensibi gereği, tespit edilen değerde veya daha fazla değerde satış gerçekleştirilebilir.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s.231.

dür. Borçlunun mahcuz malının satışının geçerliliği sayılan bu şartların yerine getirilmesine bağlanmıştır. Bu nedenle anılan şartların incelenmesi gerekir.

A. SATIŞ YETKİSİ VERİLEN MALIN KIYMET TAKDİRİNİN YAPILMIŞ OLMASI

Borçlunun rızaen satış yetkisi verilmesi talebi, kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde yapabilmesi şartına bağlanmıştır (İİK m. 111/a, I). Kıymet takdirine konu mal açısından, taşınır mal ve taşınmaz mal ayrımı yapılmamış, sadece, haczedilen malın kıymet takdirinin borçluya tebliğinden bahsedilmiştir³⁸. Bu nedenle, icra hukuku bakımından kıymet takdirinin taşınırlar ve taşınmazlar açısından ayrı ayrı incelemesinde yarar vardır³⁹.

Taşınırlarda kıymet takdiri haciz aşamasında, taşınmazlarda kıymet takdiri ise, haciz ve satış aşamalarında olmak üzere kural olarak iki defa yapılmaktadır. Hacizde kıymet takdiri İİK'nun 87'nci maddesinde, "*haczi yapan memur, sicile kayıtlı mallar⁴⁰ hariç olmak üzere haczettiği malın kıymetini takdir eder ve gerekirse bilirkişiye müracaat edebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Haciz aşamasında kıymet takdiri bakımından taşınır ve taşınmaz mal ayrımı bulunmamaktadır⁴¹. Satış aşamasında

³⁸ Sınai mülkiyet haklarına ilişkin kıymet takdiri bakımından, borçlu kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde, takibin yapıldığı yer icra dairesinden, haczedilen sınai mülkiyet hakkının satışı amacıyla kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Sınai mülkiyet hakkına ilişkin kıymet takdiri yapılmadığı takdirde ise borçlu kıymet takdiri yapılmasını icra dairesinden isteyebilir. Borçlunun sicile kayıtlı olan bir malının satışı için kendisine yetki verilmesini talep etmesi durumunda, icra müdürü ilgili Yönetmelik'in 7'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince bu talebin sicile işlenmesi için gerekli işlemleri yapar. Buna göre tescilli gayri maddi mallara dair borçlunun satış yetkisi verilmesini talep etmesi hâlinde, icra müdürünün söz konusu talebin sicile kaydedilmesi amacıyla Türkpatent'e yazı göndermesi gerekir. Borçlunun talebi üzerine, kıymet takdirinin kesinleşmesinin ardından cebri icra işlemleri durdurulur ve borçluya satış işlemi için on beş günlük süre verilir. (Korkmaz, s.224).

³⁹ Üstündağ, s.301; Postacıoğlu/Altay, s.561; Kuru, s.659; Muşul, s.813-817; Yıldırım/Deren Yıldırım, s.206 vd., Yılmaz, Ejder (2016) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.684.

⁴⁰ İcra ve İflâs Kanunu'nun 87'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Sicile kayıtlı malın kıymet takdirinin bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunludur."

⁴¹ Boran Güneysu, Nilüfer (2020) İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.52; Erturgut, Mine (2000) İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin

taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir (İİK m. 128, II). Bu bağlamda, taşınmazlar bakımından kural olarak, haciz ve satış aşamasında olmak üzere iki defa kıymet takdiri yapılmaktadır⁴².

Kıymet takdiri, cebri icra organı tarafından yapılan ve kamusal gücün kullanıldığı bir icra takip işlemidir⁴³. Bir para alacağının elde edilmesi gereken takiplerde, önce paraya çevirme için el konulacak malvarlığının bulunması için haciz, sonra da bu malvarlığının paraya çevrilmesi aşamaları söz konusu olacaktır. Hukukumuzda, alacaklının borçlunun malından aynen tatmini kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle, taşınmazın kıymet takdiri de para alacağının elde edilmesi için yapılması gereken haciz ve paraya çevirme aşamasında ortaya çıkacaktır. Haciz aşaması, takibin kesinleşmesinden sonra ve haciz talebi üzerine ortaya çıkan bir süreçtir. Kıymet takdiri için, takibin başlaması da yeterli değildir. Kıymet takdirinin söz konusu olabilmesi için, takibin kesinleşerek haciz aşamasına gelmiş olması gerekir⁴⁴.

Haciz aşamasında yapılan kıymet takdiri, taşınırlar bakımından açık artırma yolu ile yapılacak satışta esas alınacak muhammen bedelin tespiti amacıyla da yapılır. Haciz sırasında kıymet takdiri yapılmamışsa, borçlu önce kıymet takdiri yapılmasını isteyerek arkasından kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir. Taşınır malların haczi aşamasındaki kıymet takdirinde, haciz tunanağında İİK'nun 102'nci maddesine göre, hacedilen mallar ve takdir edilen kıymetlerinin de yazılacağı belirlenmiştir. İİK'nun. 103'üncü maddesine göre, tutanak⁴⁵ tutulurken alacaklı, borçlu veya namlarına Tebligat Kanunu hükümlerine

Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.82; **Arslandoğan, Birce** (2021) "İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi", MÜHFD-HAD, C:27, S:2, s.1452.

⁴² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.340; **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.221-222.

⁴³ **Boran Güneysu**, s.135; **Namlı, Mert** (2019) İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.465.

⁴⁴ **Boran Güneysu**, s.136.

⁴⁵ Hacedilen malın kıymetinin takdirine ilişkin bilirkişi tarafından tanzim edilen rapor icra dairesince borçluya tebliğ edilir. Borçlunun veya borçlu namına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine

göre tebellüğe yetkili kimse bulunmazsa, bulunmayan alacaklı veya borçlu üç gün içinde tutanağı tetkik ve diyeceği varsa söylemesi için icra dairesine davet olunacağı düzenlenmiştir. Davetiyede borçlunun haciz tutanağını incelemesi için üç günlük süre verildiğinden, satış yetkisi verilmesinin talep süresi üç günlük süre içinde tutanağın incelendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık borçluya 103 davetiyesi ile birlikte haciz tutanağı da gönderilmişse, yedi günlük süre bu tebligattan itibaren işleyecektir⁴⁶. Haciz sırasında borçlu veya alacaklı adına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse bulunduğu takdirde haciz tutanağının bir örneği bulunan şahsa verilir (İİK m. 103). Burada kıymet takdiri kendisine bu şekilde elden verilen borçlu, bu tarihten itibaren yedi gün içinde kendisine satış yetkisi verilmesini istemelidir.

Satış aşamasında, taşınmazlar kural olarak, yeniden değerlendirilerek kıymet takdiri yapılmaktadır⁴⁷. Satış aşamasında kıymet takdiri, satış talebinden sonra yapılan satışa hazırlık işlemi niteliğindedir. Bu bağlamda, kıymet takdirinin yapılabilmesi için mükellefiyetler listesinin hazırlanması ve kesinleşmesi gerekir. Satış aşamasında kıymet takdiri, satış talebi ve mükellefiyetler listesinin kesinleşmesinden sonra, ancak satıştan önce yapılan bir işlemdir. İİK'nun 128'inci maddesine göre, icra dairesi taşınmazın kıymetini takdir ettirir. Taşınmazın kıymetinin takdirinde, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisi de nazara alınır. Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir. Kıymet takdirine ilişkin rapor borçluya, haciz koydurmuş alacaklılara ve diğer ipotekli alacaklılara tebligatın yapıldığı icra dosyasındaki, tapudaki adresleri esas alınmak sureti ile tebliğ edilir.

lerine göre tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesi gerekmez. Borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağı borçluya tebliğ edilir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.393).

⁴⁶ Pekcantez (2022b), s.830.

⁴⁷ Taşınırlarda kıymet takdiri, kural olarak yalnızca malın haczedilmesi sırasında yapılır. Arttırma aşamasında tekrar kıymet takdiri yapılmaz. Ancak haciz aşamasındaki kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.300).

Borçlunun, haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talebi üzerine, icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Bu süre, yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlar. (Yön. m.9/II). Bu on beş günlük hak düşürücü süre içinde borçlu mahcuz mala hem bir alıcı bulacak hem de alıcı yine bu süre içinde malın bedelini icra dairesine ödeyecektir. Uygulamada, on beş günlük süre içerisinde bu işlemlerin yapılıp tamamlanabilmesi daha uzun zaman alabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle, Kanun'da gösterilen bu sürenin, takibin alacaklısının menfaatlerini de gözetererek, sürenin, bu işlemlerin tamamlanabilmesini sağlayacak şekilde makul bir süreye uzatılmasında yarar vardır⁴⁸.

Anılan düzenlemenin uygulanması açısından, kıymet takdirinin ne zaman kesinleşeceğinin de tespit edilmesi önemlidir.

Kıymet takdirine karşı ilgililerin şikâyet yoluna başvurabilmesi mümkündür⁴⁹. Haciz aşamasında kıymet takdiri nedeniyle şikâyet söz konusu olduğunda, icra mahkemesinin vereceği karara ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, genel anlamda şikâyet üzerine verilen kararlar, haciz aşamasındaki kıymet takdirinde de geçerlidir. Satış aşamasında kıymet takdiri nedeniyle verilecek kararlar bakımından özel hükümler bulunmaktadır. İİK'nun 128/a maddesinde, kıymet takdirine ilişkin şikâyet düzenlenmiştir.

Kıymet takdirinde yetkili icra dairesinin de belirlenmesi gerekir. Hacizde kıymet takdiri, haczi yapan memur tarafından yapılmaktadır (İİK m. 87). Bu

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s.231.

⁴⁹ Kıymet takdirinde, hangi şikâyet sebebine dayalı olarak başvuru yapılabileceğine ilişkin olarak öğretilde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Akil, kanun koyucu, kıymet takdirinde, icra dairesine taşınmazın kıymetini belirleme ve bilirkişiye başvurup başvurmama konusunda takdir hakkı tanıdığını ve bu nedenle kıymet takdirine ilişkin şikâyetlerin, işlemin hadiseye uygun olmama sebebine dayanacağını belirtmektedir. (Akil, Cenk (2015) İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C:I, Ankara, s.149). Boran Güneysu, ise, kıymet takdiri bakımından şikâyet sebebinin sadece işlemin hadiseye uygun olmaması ile sınırlı olmadığını ifade etmiştir. Yazar'a göre, kıymet takdirinde işlemin kanuna aykırı olması, işlemin hadiseye uygun olmaması, hakkın yerine getirilmemesi ve hakkın sebepsiz yere sürünce mede bırakılması sebeplerine dayanarak da şikâyet yoluna gidilebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir (Boran Güneysu, s.236-237).

nedenle, hacizde yetkili icra dairesi, kıymet takdirinde de yetkili icra dairesidir. Bu icra dairesi ise icra takibinin yapıldığı yer icra dairesidir; ancak icra dairesinin bu yetkisi, kendi yetki bölgesi içindeki mallar için geçerlidir. Haczedilecek malların icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinin yetki bölgesi dışında olması halinde haciz, malların bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılmaktadır. Bunun için takibin yapıldığı yer icra dairesi, haczedilecek malın bulunduğu yer icra dairesine istinabe etmektedir. İstinabe olunan icra dairesinin görevi, bölgesi içindeki malları haczetmek, muhafaza tedbirleri almak ve haciz tutanağı düzenleyip istinabe eden icra dairesine göndermekle sona ermektedir. Bu hacizle ilgili şikâyetler, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesince çözülmektedir (İİK m. 79/II). Haciz aşamasındaki kıymet takdirinde yetkili icra dairesi, haciz işlemi için yetkili olan icra dairesidir. Resmi sicile kayıtlı malların haczi ise icra dairesinin yetki çevresi içinde ya da dışında olsun resmî sicile kayıtlı malların haczi, tapu sicil müdürlüğüne haciz yazısı gönderilmesi üzerine kaydına işletilmek suretiyle doğrudan yapılabilmektedir (İİK m. 79/II). Ancak bu taşınmazların kıymet takdiri nasıl yapılacaktır? Tapu kaydına işletilmek suretiyle yapılan hacizlerde icra dairesinin taşınmazı bizzat görerek inceleyip değerlendirmesi ve kıymet takdiri yapabilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda ise, uygulamada da görüldüğü üzere, icra dairesi kıymet takdirini bilirkişi aracılığıyla yapmakta ve taşınmazın kıymetini belirlemek için bilirkişi görevlendirmektedir.

Satış aşamasında kıymet takdirinde yetkili icra dairesi, satışta yetkili icra dairesidir. Satış aşamasında kıymet takdiri, satışı yapan icra dairesi tarafından ve hacizli taşınmazların satışı ise, malın bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılmaktadır. Hacizli taşınmazın icra takibini yapan icra dairesinin yetki çevresi dışında olması halinde (İİK m. 79/II) satış, taşınmazın bulunduğu yer icra dairesince istinabe suretiyle yapılacaktır (İİK m. 360). Bu artırma ve uyuşmazlıklar, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesi tarafından değerlendirilmektedir (İİK m. 360). Kıymet takdiri, istinabe olunan icra dairesi tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle kıymet takdiri (İİK m. 128a) veya ihalenin feshine (İİK m. 134) ilişkin şikâyet talepleri, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesi tarafından çözülecektir. İstinabe yoluyla haczedilen

malın kıymet takdiri işlemi, istinabe olunan icra dairesi tarafından yapılması gerekir. Yetkisiz icra müdürlüğünce yapılan kıymet takdiri işlemi yok hükmünde sayılacağından hukukî sonuç doğurmaz. İcra dairesinin yetki çevresi dışında ve resmî sicile kayıtlı malların haczi, tapu sicil müdürlüğüne haciz yazısı gönderilmesi üzerine kaydına işletilmek suretiyle doğrudan yapılabilir (İİK m. 79/II). Ancak bu malların satışı, malın bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılacaktır. Bu nedenle, icra dairesini yetki çevresi dışında ve resmî sicile kayıtlı malların satış aşamasındaki kıymet takdirinde taşınmazın bulunduğu yer icra dairesi yetkilidir. Sicile kayıtlı malın kıymet takdirinin bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunludur (İİK m. 87/II).

Yine, ilgili düzenlemenin kanunlaşması sırasında, teklifin maddeleri üzerine yapılan değerlendirmeler sırasında farklı icra dairelerinden kıymet takdiri yapılması halinde, bu kıymet takdirlerinin sicile kayıtlı birimlere bildirilmesi ve birimler tarafından bunun satışı yapılacak taşınır veya taşınmazın siciline şerh verilmesi sağlanarak, en yüksek bedel üzerinden satış yetkisi verilmesi daha uygun olacaktır. İcra dairesince kıymet takdiri yapılması halinde, kıymet takdir tutanağının bir suretinin haciz, rehin, ipotek koyan icra dosyasına bildirimini sağlanarak, geçerli ve kesinleşen kıymet takdirlerinden en yüksek bedel üzerinden satış yetkisi verilmesi şeklinde bir düzenleme daha uygun ve hakkaniyetli olacaktır. İcra mahkemesince birden fazla kıymet takdirinden hangisi üzerinden satış yetkisi verileceğine yönelik karar vermesine yönelik bir düzenleme yapılabilecektir⁵⁰.

B. SATIŞ TUTARININ HACZEDİLEN MALIN TAHMİNİ BEDELİNİN EN AZ YÜZDE DOKSANINI KARŞILAMASI

İİK 111/a ikinci fıkrası uyarınca, borçlunun haczedilen malı satması için gerekli olan muhammen bedelinin yüzde doksanını karşılaması şartlardan birisi-

⁵⁰ İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3911) ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi 2021, s.61.

dir⁵¹. Muhammen bedel, malın takdir edilen bedelidir. Malın tahmin edilen değerinin yüzde doksanına karşılık gelen tutar, bir karşılama prensibi unsurudur⁵².

Borçlu, verilen satış yetkisine dayanarak taşınır yahut taşınmaz malın tahmin edilen değerinin yüzde doksan tutarı ile o mal ile temin edilmiş rüçhanlı alacak varsa bunlardan hangisi daha fazla ise o tutardan ve ayrıca satış talebinde bulunduğu aşamaya kadar yapılan takip masrafları toplamından daha aşağı fiyatta malı satamayacaktır. Bu kural bir karşılama prensibidir. *Meriç'e* göre, İİK'nun 111/a maddesinde karşılama prensibi, İİK m. 115 ve 129'da düzenlenen farklıdır. İİK'nun 115 ve 129'uncu maddelerinde, karşılama prensibine dahil olan unsurlar toplandıktan sonra, bu toplamın üstünde verilecek teklifle paraya çevirme işlemi yapılacaktır. Bu tutar da asgari artırma tutarı olarak ifade edilecektir. İİK'nun 111/a maddesinde ise, karşılama prensibini karşılayan fiyat verilmesi yeterli olacaktır. Ayrıca belirlenen tutarın üstünde teklif verilmesi aranmamaktadır. Bu nedenle, İİK'nun 111/a maddesi bakımından karşılama prensibi aynı zamanda mala verilecek asgari satış tutarını da ifade etmektedir. Bununla birlikte, borçluya satış yetkisi verilmesinde, satışın gerçekleşebilmesi için ileri sürülen en yüksek teklifi, borçlunun haczedilen malının muhammen bedelinin yüzde doksanını karşılamasının yeterli olmayacağı, aynı zamanda mahcuz için yapılan takip masraflarını da karşılaması gereklidir⁵³.

İİK'nun 111/a maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve*

⁵¹ Bu unsur teklif edilen maddede yüzde seksen oranındaydı. Maddede belirtilen %80 oranı, ilgili kanun maddesinin kabul edildiği 18.11.2021 tarihli oturumda verilen önerge ile %90 oranına yükseltilmiştir. Önerinin gerekçesi; "Önergeyle, rıza satışta asgari satış bedeline ilişkin esas alınacak oran, mahcuz malın muhammen kıymetinin yüzde doksanı olarak düzenlenmekte ve böylece alacaklı ve borçlu menfaatinin en üst seviyeden telifi amaçlanmaktadır." şeklindedir (<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=23646> s.e.t. 10.04.2023).

⁵² **Meriç, Nedim** (2022) İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.128.

⁵³ Takip masrafları olarak, tebligat giderleri, haciz, haczedilen şeyin muhafazası veya işletilmesi için gerekli masraflar, bilirkişi ve yol giderlerinin bu kapsamda sayılabilmesi mümkündür. **Meriç**, s.136.

satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarın” esas alınacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, borçlunun haczedilen malının satılabileceği asgarî bedel belirlenirken, malın tahmini değerinin yüzde doksanı ile rüçhanlı alacakların toplamının karşılaştırılması gereklidir. Bunlardan hangisi daha yüksek ise o tutar esas alınacak, buna mahcuz için yapılan takip masrafları da eklenecektir. Satış isteyen rüçhanı olan alacaklar, İİK'nun 111/a maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen satış istenen dosya alacağına rüçhanı bulunan rehinli alacaklar ve malın aynından doğan kamu alacakları kastedilmektedir⁵⁴.

C. SATIŞ BEDELİNİN ÖDENMESİ

İcra müdürü, satış yetkisi verilmesini isteyen borçluya, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak haczedilen malın rızaen satışı için bir yetki belgesi düzenleyerek tebliğ eder. Satış için düzenlenen yetki belgesiyle borçluya on beş günlük süre verilir⁵⁵. Bu süre, yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlar (Yön. m. 9/II). Borçlu, haczedilen malının satılması için anlaştığı alıcının adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, MERSİS numarasını, anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerekir (Yön. m. 10). Alıcının, belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak şartıyla, borçluyla anlaştıkları bedeli, borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi zorunludur (Yön. m. 11). Alıcının, bedeli, on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra rızai satışın şartlarının sağlandığını tespit ederse, satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl mahkemeye gönderir (Yön. m. 12). Satışın süresinde gerçekleş-

⁵⁴ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.272-273.

⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özkes/Sungurtekin Özkan, on beş günlük sürenin yeterli bir süre olmadığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, serbest piyasada satışa çıkarılan malın on beş günlük süre içinde alıcı bulması ve bedelin yine bu sürede ödenmesi çok istisnai bir durumdur. (Pekcanitez/Atalay/Özkes/Sungurtekin Özkan, s.232).

miş sayılması için, satım bedelinin alıcı tarafından on beş günlük süre içerisinde icra dosyasına ödenmesi yeterli olup, ayrıca satım sözleşmesine ilişkin belge ve bilgilerin de bu süre içerisinde teslimi zorunlu değildir. Anılan belgeler, on beş günlük süre bittikten sonra ancak satış hakkında nihai kararın verilmesi amacıyla dosyanın icra müdürü tarafından icra mahkemesine gönderilmesinden önce de verilebilir⁵⁶.

VIII. DOSYANIN İCRA MAHKEMESİ TARAFINDAN İNCELENMESİ

Alicının, borçluyla anlaştıkları bedeli, borçluya verilen onbeş günlük süre içerisinde dosyaya ödemesi durumunda icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra, borçlunun, satış şartlarını sağlaması halinde, dosyayı icra mahkemesine gönderir. Bir başka ifadeyle, icra müdürünün, satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi amacıyla, dosyayı icra mahkemesine gönderebilmesi için, öncesinde satış şartlarının sağlanıp sağlanmadığının kontrol edilmesi gerekir. İcra müdürünün, yapacağı inceleme sonunda, rızaen satışın şartlarının yerine getirilmediğini tespit etmesi halinde dosyayı icra mahkemesine göndermez. Bununla birlikte, icra müdürü, şartların yerine getirilmesine rağmen icra mahkemesine dosyayı göndermeyebilir. Bu hallerde, icra müdürünün işlemine karşı şikâyet yoluna gidilebilir⁵⁷. *Görgün/Börü/Kodakoğlu*, bu durumda süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğini ifade etmiştir⁵⁸. Şikâyet yoluna sadece icra takibinin tarafları değil; icra memurunun yapılan bir işlemde olumsuz etkilendiğini bildiren her kişi ilgili olarak başvurabilir. Bu nedenle, takibin taraflarının şikâyet yoluna başvurması mümkün olduğu gibi, borçlunun malını satmış olduğu alıcının da, icra müdürünün bu kararına karşı şikâyet yoluna başvurması mümkündür. Çünkü, alıcının, icra

⁵⁶ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.289.

⁵⁷ **Pekantez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s.232. Şikâyet, taraflarına veya hukukî yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflâs dairelerinin (veya diğer icra organlarının) kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerinin yapılmasını sağlayan hukukî çaredir. (**Pekantez, Hakan/Simil, Cemil** (2017) *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.49).

⁵⁸ **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.273.

müdürünün şartların gerçekleşmediği yönünde vermiş olduğu redde yönelik karar, doğrudan alıcının hukukî durumuna yönelik ve hukuki durumunu etkileyecek bir karardır. Şikâyetin yetkili icra mahkemesine yapılması gerekir. Yetkili icra mahkemesi, şikâyet konusu işlemi yapan icra müdürünün bağlı bulunduğu mahkemedir.

İİK'nun 111/a maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçluyla anlaşılan alıcının belirlenen bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi halinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin Kanun'da aranan şartların bulunduğunu tespit ederse, satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhal icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir.

İcra mahkemesinin, bu yönde yapacağı inceleme ve vereceği kararın niteliğinin tespit edilmesinde yarar vardır. İcra mahkemesi, icra müdürünün gerekli bilgi ve belgeleri temin etmesinden sonra, borçluya satış için belirtilen şartların bulunduğunu tespit ettikten sonra, icra mahkemesine, satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı icra mahkemesine göndermektedir. İcra mahkemesinin dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda satışın onayı ile malın devir ve teslimine ilişkin işlemlere ilişkin bir karar verecektir.

IX. MAHKEMENİN KARARI İLE MALIN DEVİR VE TESLİMİ

Mahkeme, en geç on gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Mahkemenin kabul kararı ile malın mülkiyeti alıcıya geçer. İcra dairesince malın devir ve teslim işlemleri yapılır. Mahkemece rızaen satış talebinin reddine karar verilmesi durumunda, bu kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde satış bedeli alıcının bildirdiği banka hesabına iade edilir. Ayrıca icra müdürü, işlenen şerhin terkinin için gerekli işlemleri yapar. Devir ve teslim işlemleri, mal üzerindeki tüm hacizlerin kaldırılması suretiyle gerçekleştirilir. Rızaen satışa konu malın sicile kayıtlı olması hâlinde icra müdürü, tescil işleminin yapıl-

ması amacıyla tescil belgesini ilgili kurum veya kuruluşa mahkeme kararını ekleyerek gönderir. Devir ve teslim masrafları alıcıya aittir. Rızaen satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazırlanmış hâle getirilmedikçe alıcının dosyaya yatırmış olduğu bedel alacaklılara ödenmez (Yön. m. 14).

Borçluya anlaşılan alıcının belirlenen bedeli, borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra İİK'nun 111/a maddesinde gösterilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Ret kararı verilmesi hâlinde yatırdığı bedel alıcıya iade edilir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi durumunda, alıcıya satılmış olan malın mülkiyetinin geçişi ve buna bağlı olarak malın devir ve teslimi, icra mahkemesi tarafından verilecek kabul kararından sonra gerçekleşecektir. Devir ve teslim işlemleri, mal üzerindeki tüm hacizlerin kaldırılması suretiyle gerçekleştirilir. Rızaen satışa konu malın sicile kayıtlı olması hâlinde icra müdürü, tescil işleminin yapılması amacıyla tescil belgesini ilgili kurum veya kuruluşa mahkeme kararını ekleyerek gönderir. Yani, alıcı, mahkemenin kabul kararıyla birlikte, malın mülkiyetini tescilden önce kazanır (TMK m. 705). Malın, devir ve teslim masrafları alıcıya aittir. Rızaen satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazırlanmış hâle getirilmedikçe alıcının dosyaya yatırmış olduğu bedel alacaklılara ödenmez (Yön m. 14).

SONUÇ

7343 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 111'inci maddesinden sonra gelmek üzere, "Borçluya satış yetkisi verilmesi" başlıklı 111/a maddesi düzenlenmiştir. İİK'nda 111/a maddesinde yapılan bu düzenlemeden sonra, 28.05.2022 tarihli ve 31849 sayılı Resmî Gazete'de "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili yönetmelik, İİK'nun 111/a maddesinde düzen-

lenmiş olan, haczedilen malın borçlu tarafından rızaen satışına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir.

Öncelikle, terminolojik olarak hem Kanun'da hem Yönetmelikte yeknesak bir ifadenin kullanılması amacıyla, İİK'nun 111/a maddesinin de başlığı olan, "*borçluya satış yetkisinin verilmesi*" ifadesinin kullanılması daha doğru olabilir. Çünkü, rızaen satış, borçlar hukukuna ilişkin olarak satış sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklarken kullanılan hususlar arasındadır.

İİK'nun 111/a maddesinin birinci fıkrasına göre, borçlu, haczedilen malın rızaen satışı için kendisine yetki verilmesi talebinde bulunabilir. Alacaklı, borçluya satış yetkisi verilmesini talep edemeyeceği gibi icra dairesi de kendiliğinden borçluya satış yetkisi veremez. Bir başka ifadeyle, İİK'nun 111/a maddesi haczedilen malın satış yetkisini kullanmayı sadece borçluya vermiştir. Ancak bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin söylenmesi mümkündür. Çünkü, paraya çevirme aşamasında, haczedilen malların satışının talep hakkı, hem alacaklı (İİK m. 107) hem de borçluya (İİK m. 113) tanınmışken, borçluya satış yetkisi verilmesi durumunda, bu yetkinin sadece borçlu tarafından kullanılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi, başlamış bir icra takibinin varlığı, borçlunun kendisine kıymet takdirinin tebliği üzerine Kanun'da öngörülen yedi günlük sürede borçlunun talepte bulunması, yine Kanun'da öngörülen koşullarda ve sürede alıcı bulması ve icra memurunun satış talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri temin etmesi ve satış için gereken şartların bulunduğunu tespit ederse, icra mahkemesine bunları göndererek mahkemenin yapacağı inceleme sonunda talebin kabulüne karar vermesi üzerine gerçekleşeceği için, bu satışın cebri icra satışı olduğunun söylenmesi mümkün olduğunu ifade edilmesi mümkündür.

Kanun'da gösterilen şartlara uygun bir şekilde satışın yapılması sonucunda İİK'nun 111/a maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçluyla anlaşılan alıcının belirlenen bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi halinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin Kanun'da aranan şartların bulunduğunu tespit ederse, satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar

verilmesi için dosyayı derhal icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir.

İcra mahkemesi, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verecektir. Bu bağlamda, mahkemenin, yapacağı inceleme sonucunda vereceği kabul kararıyla birlikte, mülkiyet alıcıya geçer ve mal üzerindeki tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir.

Sonuç olarak, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin prosedürün aşamalarını şu şekilde sıralamamız mümkündür. Borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Borçluya satış yetkisinin verilmesinde bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz. Borçluyla anlaşan alıcının belirlenen bedeli borçluya verilen bu on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. İcra mahkemesi, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk** (2015) İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C:I, Ankara.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Arslan, Ramazan** (1984) İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arslandoğan, Birce** (2021) "İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi" MÜHFD-HAD, C:27, S:2, s.1447-1461.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Boran Güneysu, Nilüfer** (2020) İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Boran Güneysu Nilüfer** (2012) "İcra Takip İşlemleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:2012/101, s.31-60.
- Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Erturgut, Mine** (2000) İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2014) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Kale, Serdar**, İcra ve İflâs Hukuku'nda Online Satış, <<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>> s.e.t. 28.07.2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Korkmaz, Cansu** (2023) Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Meriç, Nedim** (2022) İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Muşul, Timuçin** (2013) İcra ve İflâs Hukuku Cilt I, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Namlı, Mert** (2019) İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Nomer, Haluk** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Özmunçu, Seda** (2005) Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pekcanitez, Hakan** (2022a) “Rızai Satış Konusundaki Yeni Hükmün Değerlendirilmesi”, 7343 Sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 13 Mayıs 2022.
- Pekcanitez, Hakan/Akkan, Mine** (2022) “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:160, s.259-297.
- Pekcanitez, Hakan** (2022b) “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.819-848.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Sungurtekin Özkan, Meral** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil** (2017) İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer** (2010) İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pulaşlı, Hasan** (1989) Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Ruhi, Ahmet Cemal** (2011) Sözleşmeler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Sirmen, Lale** (1992) Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Tandoğan, Haluk** (1985) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

- Taşpınar Ayvaz, Sema** (2014) “Mahkeme Kararıyla, Düzeltilmiş Nüfus Kayıtları Hakkında Tekrar Mahkemeye Bşvurulabilir Mi?”, Prof. Dr. Ejder YILMAZ Armağan, Ankara, C:II, s.1851-1879.
- Tok, Ozan** (2021) “İcra İşleminin Yapısı ve Hukukî Rejimi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, s.57-85.
- Umar, Bilge** (1973) İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi Yayınları.
- Uyar, Talih** (2022) “Kesinleşen Bir İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Takip Borçlusu, İİK m.111/A Uyarınca İcra Dairesinden Kendisine Satış Yetkisi Verilmesini Talep Edebilir Mi?”, İstanbul Barosu Dergisi, C:96, S:2, s.15-21.
- Uyar, Talih** (1982) İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, Manisa, Şafak Yayınevi.
- Üstündağ, Saim** (1995) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Yavuz, Cevdet** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Yazıcı, Burçin** (2022) “İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:2, s.1119-1147.
- Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Sözlüğü, Ankara, 8. Baskı, Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, Ejder** (2016) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Zevkliler, Aydın/Gökayla, Emre** (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi.

ÇEVİRİ

TRANSLATION

LİBYA'DAKİ DURUM

İDDİA MAKAMI vs. SEYFÜLİSLAM KADDAFİ DAVASI^(*)

Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN^(**)

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Numara. ICC-01/11-01/11

Tarih: 9 Mart 2020

TEMYİZ DAİRESİ

Yargıç Chile Eboe-Osuji, Başkanlığında

Yargıç Howard Morrison

Yargıç Piotr Hofmański

Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza

Judge Solomy Balungi Bossa

Sayın Seyfülislam Kaddafi'nin 1. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen 5 Nisan 2019 tarihli "Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddeleri uyarınca Kabul Edilebilirlik Konusuna Dair Karara" karşı itiraz yönünde yapmış olduğu başvuruya dair hüküm.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1289857 - Geliş Tarihi: 29.04.2023 - Kabul Tarihi: 14.07.2023.

Bu çalışma TÜBİTAK 2214-A Yurtdışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında desteklenmiştir. Çalışma Misafir Araştırmacı Olduğum Maastricht Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bulunduğum süre içinde tamamlanmıştır. Çeviri, Mahkemenin resmi internet sitesinde yayımlanan kararın orijinal İngilizce metni üzerinden yapılmıştır. Kararın orijinal metnine erişim için bkz. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00904.PDF.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye, E-posta: omervonen@outlook.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2845-6037>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi,

Sayın Seyfülislam Kaddafi'nin 1. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen "Roma Statüsü'nün 17 (1-c), 19 ve 20(3) maddeleri uyarınca Kabul Edilebilirlik Konusundaki Karara" karşı itiraz yönünde yapmış olduğu başvuruya dair yaptığı temyiz incelemesinde (ICC-01/11-01/11-662),

Gerçekleştirilen müzakere çerçevesinde,

Oybirliğiyle,

Aşağıdaki hükme varmıştır.

HÜKÜM

1. Savcının 6 Aralık 2019 tarihli (ICC- 01/11-01/11-688-Conf) 'Libya Şehirleri ve Kabileleri Yüksek Konseyi' tarafından iletilen belgelerin İptal Edilmesi Önergesi' kısmen kabul edildi. ICC-01/11- 01/11-685 EK III ve VI kabul edilirken, gizli EK I ve II reddedildi.
2. 5 Nisan 2019 tarihli "Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Tüzüğü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddeleri uyarınca Kabul Edilebilirlik İtirazına İlişkin Karar" (ICC-01) /11-01/11-662), onaylandı.
3. İlgili taraf veya katılımcı, aşağıda bilgileri yer alan belgelerin kamuya açık olarak yeniden sınıflandırılmasını veya alternatif olarak bu belgelerin neden gizli statüde muhafaza edilmesi gerektiğine dair sebepleri 30 Mart 2020 tarihine kadar belirtecektir:
 - a. ICC-01/11-01/11-676-Conf;
 - b. ICC-01/11-01/11-680-Conf;
 - c. ICC-01/11-01/11-683-Conf and annexes I to XIII;
 - d. ICC-01/11-01/11-685-Conf-AnxI and ICC-01/11-01/11-685-ConfAnxII;
 - e. ICC-01/11-01/11-688-Conf; and
 - f. ICC-01/11-01/11-690-Conf.

SEBEPLER

I. TEMEL BULGULAR

1. Temyiz Dairesi, Statü'nün 17(1)(c) maddesinin, Statü'nün 20(3) maddesi ile okunduğunda bir davanın kabul edilemez olarak ilan edilebilmesi için ulusal yargı makamlarınca kesin karara varılmış olması gerektiği kanaatindedir.

II. GİRİŞ

2. Seyfülislam Kaddafi'nin avukatı Uluslararası Ceza Mahkemesi 1. Ön Yargılama Dairesi tarafından 5 Nisan 2019'da alınan Kabul Edilebilirliğe İtiraz Hakkında Yaptıkları başvuruya ilişkin karara temyiz talebinde bulunmuştur.
3. Bay Kaddafi'nin itirazı ve temyiz başvurusu şu hususlara dayanmaktadır: a) Libya'da yargılanmasının ardından mahkûmiyetiyle sonuçlanan cezai kovuşturmanın Trablus Mahkemesi tarafından devam ettirilmesi ve Şubat 2011 tarihinde Libya'da yaşanan olaylar nedeniyle 28 Temmuz 2015 tarihinde kendisi hakkında ölüm cezası kararı verilmesi; b) kendisi aynı suçlar bakımından af çıkarıldığını iddia etmektedir. Bay Kaddafi'nin avukatları bu 2 olay bakımından mahkemenin Bay Kaddafi tarafından yapılan itirazları reddederek Statü'nün 17(1)(c) ve 20 (3) hükümlerinin yorumu konusunda bir yanılığa düşerek kabul edilebilirlik yönünde karar aldığını iddia etmektedir.
4. Statü'nün 17(1)(c) maddesi gereğince mahkeme tarafından kabul edilemezlik yönünde karar verilirken 'ilgili şahsın şikâyet konusu olaydan dolayı daha önceden yargılanmış ve mahkeme tarafından 20. maddenin 3. paragrafı uyarınca şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması gerektiği' hususu dikkate alınır. Statü'de madde 20 (3)'de (bu hüküm bir bütün olarak '*ne bis in idem*' ilkesi hakkındadır) '6, 7 ve 8. maddelerde yasaklanan fillerden dolayı farklı bir mahkemede yargılanmış bir kimsenin aynı suçtan dolayı mahkeme tarafından yargılanamayacağı söylenmekte ve ancak önceki mahkemede yapılan yargılamanın Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapılmış ise' veya 'önceki yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış ve ilgili

şahsı yargı önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması' durumlarında yargılamanın mümkün olabileceği söylenmektedir.

5. Bay Kaddafi'nin avukatları temyiz başvurularında 2 temele dayanmaktadır: Argüman 1: 17(1)(c) ve 20 (3) maddeleri ancak bir davanın *res judicata* etkisi kazandığı takdirde uygulanabilir, dolayısı ile ön yargılama dairesi burada bir yanılığa düşmüştür; ve
Argüman 2: Ön Yargılama Dairesi, hukuka ve gerçeğe ulaşma usulünde yanılmak suretiyle 2015 tarihli 6 sayılı Kanunun ('6 numaralı Kanun') Bay Kaddafi'ye uygulandığının belirlenememesi nedeniyle bu tür bir uygulamanın mahkûmiyetini kesinleştirdiğini söyledi.¹
6. Bay Kaddafi'nin avukatı da ikinci gerekçeyle ilgili olarak, Trablus'ta yer alan Libya Nüfus İdaresi tarafından Şubat 2019 tarihli dört ek belgenin içeriğinin temyiz dairesince kayıt altına alınması ve esasının incelenmesi yönünde talepte bulunmuştur.²
7. Bay Kaddafi'ye dayandırılan hatalar 'bağımsızlık ve kümülatif olma anlamında' Temyiz Edilen Kararı şekli anlamda etkileyebilir. Fakat bu hatalar Ön Yargılama Dairesinde "ne bis in idem" ilkesi değerlendirilirken 4 aşamalı kabul edilebilirlik incelemesinde dikkate alınır.³ Bay Kaddafi'nin avukatı Temyiz Dairesi'nden aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:
 - (i) Ters yönde, ilgili kısımda, temyiz edilen karar; (ii) ne bis in idem değerlendirmesinin 4 elementinin belirlenmesi [...]; ve (iii) Bay Kaddafi'nin dosyasının Uluslararası Ceza Mahkemesi öncesinde kabul edilemez konumda olması. Alternatif olarak eğer temyiz dairesi ne bis in idem ile alakalı 4 aşamalı inceleme yapmayı reddederse Bay Kaddafi tarafından temyiz edilen kararın tersi yönünde bir karar alınmasını talep etmesi ve

¹ Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin 1. Ön Yargılama Dairesi tarafından verilen 5 Nisan 2019 tarihli "Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddeleri uyarınca Kabul Edilebilirlik Konusuna Dair Karara" karşı itiraz yönünde yapmış olduğu Temyiz Başvurusu Savunma Özeti, 20 Mayıs 2019, ICC-01/11-01/11-669 (OA8) ('Appeal Brief'), para. 7.

² Temyiz Özeti, para. 10.

³ Temyiz Özeti, para. 8.

Ön Yargılama Dairesinin Kabul Edilebilirlik İtirazını elindeki bulgular ve temyize ilişkin yönergeler çerçevesinde yeniden değerlendirmesi.⁴

8. Temyiz dairesi sırasıyla Bay Kaddafi'nin temyiz gerekçelerini ele alacaktır.

III. USULE DAİR TARİHİ SÜRECİ

A. ÖN YARGILAMA DAİRESİ ÖNCESİ YARGILAMALAR VE ARKA PLAN

9. Mahkeme savcısı tarafından 15 Şubat 2011 tarihinden itibaren Libya'da yaşanan durumun Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne havale edilmesinin ardından⁵ Ön Yargılama Dairesi tarafından Bay Kaddafi hakkında cinayet, sivillere yönelik zulüm ve Statü'nün madde 7(1)(a) ve (h) bentleri kapsamında insanlığa karşı suçları da kapsayan bir tutuklama emri çıkartıldı.⁶ İddialar temel olarak 15 Şubat 2011 ile 28 Şubat 2011 tarihleri arasında Muammer Kaddafi rejimine karşı gösterilere katılan sivil halka veya muhalif olarak görülen kişilere karşı Libya Güvenlik Kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen saldırılara dayandırılmaktadır. Bay Kaddafi devlet aygıtı ve onun iç yapısında önemli bir halka olması ve üst düzey bir lider olarak yer alması nedeniyle işlenen suçlardan dolayı olarak cezai anlamda sorumlu tutulmuştur.⁷
10. 4 Temmuz 2011 günü mahkeme kalemi tarafından Libya Devleti'ne Bay Kaddafi'nin tutuklanması ve mahkemeye teslim edilmesi çağrısı yapılmıştır.⁸ 23 Kasım 2011 tarihli bir resmi mektupla, Libya Ulusal Geçiş Konseyi, Bay Kaddafi'nin 19 Kasım 2011 tarihinde tutuklandığını mahkemeye bildirmiştir.⁹

⁴ Temyiz Özeti, para. 11 (dipnotlar dahil edilmemiştir).

⁵ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1970 sayılı karar, 26 Şubat 2011, S/RES/1970 (2011).

⁶ Seyfülislam Kaddafi hakkında Tutuklama Emri, 27 Haziran 2011, ICC-01/11-01/11-3 ('Tutuklama Emri').

⁷ Tutuklama Emri, ss. 4-6.

⁸ Muammer Muhammed Ebu Minyar KADDAFİ, Seyfülislam KADDAFİ ve Abdullah EL-SENUSSİ hakkında Libya Arap Cemahiriyesi'ne yapılan tutuklama ve teslim etme talebi, ICC-01/11-01/11-5.

⁹ EK 'Dava kayıtlarına belge eklenmesi kararı' Uygulanması (ICC-01/11-01/11-29- Conf-Exp), ICC-01/11-01/11-34-Anx.

11. Ön Yargılama Dairesi 31 Mayıs 2013 tarihinde Libya'nın davanın kabul edilebilirlik yönündeki itirazını reddetmiştir.¹⁰ Bu karar daha sonra 21 Mayıs 2014 tarihinde temyiz dairesi tarafından onaylanmıştır.¹¹
12. 6 Haziran 2018'de Bay Kaddafi'nin avukatı dosyanın kabul edilebilirliği konusunda bir itirazda bulunmuştur.¹² Kendisinin daha önce aynı suçtan dolayı Libya mahkemeleri tarafından yargılanmış, hüküm giymiş ve cezalandırılmış olduğu gerekçesiyle kabul edilebilirlik konusuna itiraz etmiştir.¹³ Aynı zamanda Bay Kaddafi'nin Libya otoritelerince 6 numaralı yasa uyarınca aftan faydalandırıldığını ve kendisinin 12 Nisan 2016 tarihinde cezaevinden tahliye edildiğini iddia etmiştir.¹⁴ Ön Yargılama Dairesi ise bu itirazı 5 Nisan 2019 tarihinde reddetmiştir.¹⁵

B. TEMYİZ DAİRESİ ÖNCESİNDEKİ SÜREÇ

13. 10 Nisan 2019'da Bay Kaddafi'nin avukatı temyiz başvurusunda bulunmuştur.¹⁶ 20 Mayıs 2019 tarihinde temyiz dairesinin kendileri tarafından yapılan

¹⁰ 1. Ön Yargılama Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi ve Abdullah El-Senussi*, Seyfülislam Kaddafi aleyhindeki davanın kabul edilebilirliğine ilişkin Karar, ICC-01/11-01/11-344-Red (the 'Admissibility Decision of 31 May 2013').

¹¹ Temyiz Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi ve Abdullah El-Senussi*, ICC-01/11-01/11-547-Red.

¹² 1. Ön Yargılama Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi*, 5 Haziran 2018 (6 Haziran 2018 tarihinde bildirim yapılmış ve 8 Haziran 2018'de yeniden sınıflandırılarak kamuoyuna açıklanmıştır), ICC-01/11-01/11-640 ('Kabul Edilebilirlik İtirazı').

¹³ Kabul Edilebilirlik İtirazı, para. 1-2.

¹⁴ Kabul Edilebilirlik İtirazı, para. 26.

¹⁵ 1. Ön Yargılama Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi*, Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddelerine dair yaptığı Kabul Edilebilirlik İtirazı Hakkında Karar, ICC-01/11-01/11-662.

¹⁶ Savunma Makamı tarafından '1. Ön Yargılama Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi*, Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddelerine dair yaptığı Kabul Edilebilirlik İtirazı Hakkında Karar'ına Karşı Yapılan Başvuru ve Temyiz Özetinin dosyalanması bakımından süre uzatımı istenmesi, ICC-01/11-01/11-663, (OA8) (11 Nisan 2019 tarihinde bildirilmiştir).

süre uzatımı talebini kabul etmesinin¹⁷ ardından Bay Kaddafi'nin avukatı temyiz dilekçelerini sunmuştur.¹⁸

14. 11 Haziran 2019 tarihinde mahkeme savcısı¹⁹ ve Mağdurlar için Kamusal Hukuk Müşavirliği (MİKHM)²⁰ tarafından temyiz özetine dair bazı hususlara cevap verilmiştir.

¹⁷ Sayın Seyfülislam Kaddafi'nin 'Temyiz Dosyasını Sunmak için Yaptığı Süre Uzatımı'na' ilişkin Karar, 18 Nisan 2019, ICC-01/11-01/11-668 (OA8). Düzeltilmiş bir sürümü 23 Nisan 2019'da dosyalanmıştır. Temyiz Dairesi, Temyiz Özeti'nin 9 Mayıs 2019 16:00'a kadar sunulmasına karar verdi. Azınlık görüşü olması halinde (daha sonra bu hususa değinildiği üzere) 30 Nisan 2019 saat 16:00'a kadar ve 30 Nisan 2019 tarihinden sonra bildirimde bulunulması halinde azınlık görüşünün bildirimini izleyen onuncu güne kadar bildirimde bulunulmasına karar verilmiştir.

¹⁸ Savunma Makamı tarafından '1. Ön Yargılama Dairesi, İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi, Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddelerine dair yaptığı Kabul Edilebilirlik İtirazı Hakkında Karar'ına Karşı Yapılan Başvuru, ICC-01/11-01/11-669 (OA8).

¹⁹ Savcılık Ofisinin Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddelerine dair yaptığı Kabul Edilebilirlik İtirazı Hakkında Karar'ına Karşı Yaptığı Temyiz Başvurusu Konusundaki Cevabı (ICC-01/11-01/11-669), ICC-01/11-01/11-671 (OA8) ('Savcılık Ofisi Cevabı').

²⁰ Davanın Kabul Edilebilirliğine ilişkin Karar Hakkında Savunma Tarafından Hazırlanan Temyiz Dilekçesi'ne Mağdurlar Tarafından Verilen Cevap, ICC-01/11-01/11-670 (OA8) ('MİKHM'nin Cevabı'). Bay Kaddafi'nin Statü'nün 82(1)(a) maddesi uyarınca kabul edilebilirlik kararına karşı bir temyiz başvurusu olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm kapsamında yapılan daha önceki itirazlarda, Temyiz Dairesi Statü'nün 19(3) maddesi ve Usul ve Delil Kuralları 59. Kuralı gereğince mahkeme ile dava bakımından zaten iletişimde olan mağdurların katılımına dair düzenlemeler yapmıştır (Bkz., örneğin, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi ve Abdullah El-Senussi*, Usul ve Delil Kuralları 103. Kural uyarınca talepte bulunulması ve mağdurların görüşlerinin bildirilmesi, 16 Temmuz 2013, ICC-01/11-01/11-383 (OA4); *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Roma Statüsü'nün 19 (3) maddesi ve Usul ve Delil Kuralları'nın 59 (3) kuralı uyarınca görüşlerin sunulmasına ilişkin Yönergeler, 13 Haziran 2011, ICC-01/09-02/11-116 (OA). Ancak mevcut temyiz başvurusunda MİKHM tarafından Temyiz Dairesi tarafından talep edilmeksizin cevap verilmiştir. Temyiz Dairesi MİKHM'nin Ön Yargılama Dairesi tarafından atandığını ve mahkeme ile iletişim halinde olan mağdurları temsil etmek ve kabul edilebilirlik itirazına dair yargılamadaki amaçların gerçekleşmesi adına bu yola başvurulduğu ifade edilmiştir. (Bkz. "Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) Maddeleri uyarınca Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Kabul Edilebilirlik İtirazı'nın Ardından Yargılamanın Yürütülmesine İlişkin Karar, 14 Haziran 2018, ICC-01/11-01/11-641, para. 10). Temyiz Dairesi'nin mahkemeden mağdurların gözlemlerini talep edeceği dikkate alındığında MİKHM'nin de temyiz duruşmalarına davet edildiği ve katıldığı görülmüştür.

15. 24 Eylül 2019 tarihinde Temyiz Dairesi, tarafları ve katılanları duruşmanın 11-12 Kasım 2019 tarihinde duruşmanın gerçekleşeceği konusunda bilgilendirmiş; ayrıca Güvenlik Konseyi ve Libya'yı Mahkeme Usul ve Delil Kurallarının 103. kuralı çerçevesinde herhangi bir hususta gözlemlerini sunmaya davet etmiştir. Libya temsilcilerinin Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin varlığına karşı itirazları olmasına rağmen temyiz dairesi Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin dinleyici olarak duruşmada yer almasını sağlamıştır.²¹
16. 15 Ekim 2019 tarihinde, Temyiz Dairesi Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi ve Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçular kural 103 gereğince görüşlerini sunmak üzere duruşmalara katılmıştır.²² Libyalı temsilciler tarafından Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin katılımına dair itirazlar dile getirilmiştir.²³
17. 28 Ekim 2019 tarihinde *amici curiae* dava ile ilgili gözlemlerini sunmuştur.²⁴ Libya tarafından istenen zaman uzatımı yerine getirilmiş²⁵ ve 7 Kasım 2019'da

²¹ Bkz. Temyiz Dairesi önünde bir duruşmanın planlanması ve adli işlemlere katılmaya davet etme emri, ICC-01/11-01/11-672 (OA8).

²² Usul ve Delil Kurallarının 103. kuralı uyarınca Mütalaa İzni Taleplerine ilişkin Karar, ICC-01/11-01/11-675 (OA8).

²³ Libyalı temsilciler Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi kendileri açısından belirsiz bir durumda olduğunu ifade etmiştir. Bu konseyin devlet kurumlarının bir parçası mı yoksa yalnızca bir Sivil Toplum Kuruluşu mu olduğu konusunda emin olmadıklarını söylemiştir. Transkript, 12 Kasım 2019, s.90 20. Paragraf, s.91 1. Paragraf.

²⁴ Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçular Usul ve Delil Kuralları 103. Kuralı uyarınca *amici curiae* gözlemleri, ICC-01/11-01/11-678 (OA8) (29 Ekim 2019'da bildirilmiştir) ('Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçuların Gözlemleri'); Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin 103. Kuralı uyarınca Yazılı Görüşlerinin Dosyaya Eklenmesi Talebine ilişkin Karar, ICC-01/11-01/11-679 (OA8) (31 Ekim 2019'da bildirilmiştir), ('Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri').

²⁵ Güvenlik Konseyi ve Libya tarafından gözlemlerin sunulması için esas son tarih 24 Ekim 2019'dur. Daha sonra Libya'ya 7 Kasım 2019'a kadar bir süre uzatımı verilmiştir. Bkz. Temyiz Dairesi'nin ICC-01/11-01/11-672 Kararı ile ilgili olarak Libya Devleti'nden görüşlerin sunulması için süre uzatımı talebi'ne ilişkin karar, 23 Ekim 2019, ICC 01/11-01/11- 677 (OA8); Ayrıca Bkz., Libya Devleti'nin temyiz dairesi'nin kararı ile ilgili gözlemlerin sunulması için süre uzatma talebi ICC-01/11-01/11-672, 23 Ekim 2019, ICC-01/11-01/11-676-Conf (OA8).

kendi gözlemleri mahkeme yazı işleri birimine sunulmuştur.²⁶ Yazı İşleri Birimi tarafından bu hususlar 8 Kasım 2019 tarihinde kayda geçirilmiştir.²⁷

18. 1 Kasım 2019 tarihinde temyiz dairesi duruşma esnasında uyulacak kurallara dair -taraf ve katılanlarca sorulacak sorular da dahil olmak üzere- bir karar yayımlamıştır.²⁸ Savcının talebi üzerine²⁹ 6 Kasım 2019 tarihinde temyiz dairesi bazı gizli dokümanları Libya'ya iletmesi konusunda Yazı İşleri birimine bir talimat vermiştir.³⁰
19. 11 ve 12 Kasım 2019 tarihlerinde Temyiz Dairesi Savcı, Bay Kaddafi'nin avukatı, Mağdurlar için Hukuk Müşavirliği ve *amici curiae* katılımı ile duruşma yapılmıştır.³¹
20. 26 Kasım 2019 temyiz dairesine duruşmadan 1 gün önce Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından sunulan 6 adet belge sözlü savunma sonrası yazı işleri birimi tarafından kayda geçirilmiştir.³²
21. 6 Aralık 2019 tarihinde mahkeme savcısı tarafından mahkemeye sunulan bazı belgelerin iptali için dilekçe verilmiştir. 13 Aralık 2019 tarihinde Libya

²⁶ Libya Devleti tarafından sunulan yazılı gözlemlerin iletilmesi, 8 Kasım 2019, ICC-01/11-01/11-683-Conf (OA8), para. 3, Mahkeme kalem 7 Kasım'da Libya'dan 13 adet belge alındığını tescil etmiştir.

²⁷ Libya Devleti tarafından sunulan yazılı gözlemlerin iletilmesi, 8 Kasım 2019, ICC- 01/11-01/11-683-Conf (OA8).

²⁸ Temyiz Dairesi önündeki Duruşmanın Yürütülmesine ilişkin Karar, ICC-01/11-01/11-681 (OA8) ('1 Kasım 2019 tarihli Duruşmanın Yürütülmesine ilişkin Karar').

²⁹ Mahkeme kalemine yapılan belli gizli belgeleri Libya Devleti'ne ulaştırma talimatını içeren acil talep, ICC01/11-01/11-682 (OA8).

³⁰ Mahkeme kalemine yapılan belli gizli belgeleri Libya Devleti'ne ulaştırma talimatını içeren acil talep hakkındaki karar, ICC-01/11-01/11-682 (OA8).

³¹ Duruşma Transkripti, 11 Kasım 2019, ICC-01/11-01/11-T-007-ENG (OA8) ('Transkript, 11 Kasım 2019'); Duruşma Transkripti, 12 Kasım 2019, ICC-01/11-01/11-T-008-ENG (OA8) ('Transkript, 12 Kasım 2019').

³² Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyinden alınan belgelerin iletilmesi, 25 Kasım 2019 tarih ve kayıtlı, ICC-01/11-01/11-685 (OA8), gizli ek I ve II ve kamuya açık ekler III ve VI. Ayrıca Bkz. Transkript, 12 Kasım 2019, s.36, 10-14. Paragraflar.

Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin verdiği yanıt dilekçesinde³³ ise savcının talebinin reddi yönünde bir istekte bulunulmuştur.³⁴

IV. DAVANIN ESASI

A. ÖN SORUNLAR

1. Savcının Belgelerin İptali Hakkındaki Önergesi

22. 11 ve 12 Kasım 2019 tarihlerindeki duruşmalarda Mahkeme Başkanı Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'ne Libya Temyiz Mahkemesi'nin hükmünün (1518/53 sayılı) bir kopyasının sağlanması ve Libya yasalarına göre sanığın huzurda olduğu veya gıyabında yapılan yargılamanın Libya hukukuna göre değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin temsilcisi de duruşma esnasında bu hususa dikkat çekmiştir.³⁵
23. 26 Kasım 2019 tarihinde Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından sunulan 6 adet belge yazı işleri tarafından iletilmiştir.³⁶ Bu belgeler duruşma esnasında değerlendirilen belgelere ek olarak Libya Temyiz Mahkemesi tarafından verilen 3 farklı hükmü kapsamaktadır.³⁷ Bay Kaddafi'nin kendisi³⁸ ve Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından mahkemeye ek beyanlarda da bulunulmuştur.³⁹

³³ Libya Şehirleri ve Aşiretleri Üst Konseyi tarafından iletilen belgelerin dikkate alınmaması önerisi, ICC- 01/11-01/11-688-Conf (OA8) (Savcının Belgelerin Dikkate Alınmamasına yönelik önerisi').

³⁴ 6 Aralık 2019 tarihli OTP itirazına verilen yanıtlar, ICC-01/11-01/11-690-Conf (OA8) (Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin Cevabı').

³⁵ Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.36, 10-14 paragraflar.

³⁶ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nden alınan belgelerin iletilmesi, ICC-01/11-01/11-685 (OA8), gizli ekler I ve II ve Kamuya açık ekler III ve VI.

³⁷ ICC-01/11-01/11-685-AnxIII; ICC-01/11-01/11-685-AnxIV; ICC-01/11-01/11-685-AnxV; ICC-01/11-01/11-685-AnxVI.

³⁸ ICC-01/11-01/11-685-Conf-AnxI.

³⁹ ICC-01/11-01/11-685-Conf-AnxII.

24. Savcı tarafından belgelerin iptali yönünde verilen öneride 25 Kasım 2019 tarihinde Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından sunulan beyanların Temyiz Dairesi'nin talebinin kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Savcı sağlanan 4 adet mahkeme hükmünden yalnızca 1 tanesinin (1518/53 sayılı karar) talep edildiğini belirtmiştir. Savcı diğer 3 ek hükmün sözel yönden kapsam dışı olduğunu ve ilgisi bulursa dahi kayıtlarda kaldığını söylemiştir.⁴¹ Savcı ayrıca mahkemenin tüm nihai kararlarının Arapça olarak da sunulduğunu ve mahkeme yönetmeliğinin 39(1) maddesi çerçevesinde talep edilmesi halinde mahkeme kayıtlarının İngilizce ve Fransızca olarak da sunulabileceğini belirtmiştir.⁴²
25. Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi bu hususa dair yanıtında Bay Kaddafi'nin cümlelerinin (aynı zamanda 'birkaç sene önce farklı internet sitelerinde de yer aldığı'⁴³) kamuoyuna açıklandığı ve savcının talebinin Temyiz Dairesi tarafından reddedilmesi gerektiği talebinde bulunmuştur. Ayrıca Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'ne göre, Temyiz Dairesi'nin ek hükümleri sanığın varlığında veya gıyabında verilen hükümler arasındaki ayrımlar nedeniyle farklılık göstermektedir.⁴⁴ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi ayrıca bu karar kayıtlarının bir tercümesinin de arşive konulmasını talep etmektedir.⁴⁵
26. Temyiz Dairesi, Yazı İşleri Birimi tarafından gelen durumu daha da somutlaştırma talebine istinaden 14 Kasım 2019 tarihinde (Yazı İşleri Birimi Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından sunulan bazı belgeleri almış-

⁴⁰ Savcının Belgelerin Dikkate Alınmamasına yönelik önerisi, ICC-01/11-01/11-688-Conf (OA8), para. 7-10 ve 13.

⁴¹ Savcının Belgelerin Dikkate Alınmamasına yönelik önerisi, ICC-01/11-01/11-688-Conf (OA8), para. 7-11 ve 13.

⁴² Savcının Belgelerin Dikkate Alınmamasına yönelik önerisi, ICC-01/11-01/11-688-Conf (OA8), para. 12 ve 13.

⁴³ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Cevabı, ICC-01/11-01/11-690-Conf (OA8), para. 6.

⁴⁴ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Cevabı, ICC-01/11-01/11-690-Conf (OA8), para. 1-11.

⁴⁵ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Cevabı, ICC-01/11-01/11-690-Conf (OA8), para. 14.

tır) Temyiz Dairesi personeli de bu hususu doğrulamıştır. Mahkeme başkanı tarafından Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından değinilen ilgili materyallerin (özellikle Temyiz Mahkemesi 1518/53 sayılı kararı, ayrıca duruşma esnasında faydalı olabileceği düşünülen her bir materyal, örneğin 717/52 sayılı karar gibi) mahkemeye sunulması sağlanacaktır.⁴⁶

27. Temyiz Dairesi, Ek III ila VI duruşma esnasında Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından atıfta bulunulan sanığın huzurunda veya gıyabında verilen kararlar arasındaki farklılık olduğuna dair iddialarını dayandırdıkları mahkeme kayıtlarını içermektedir. Dolayısıyla bu kararlar kabul edilmiştir. Ancak Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından sağlanan diğer belgeler (EK I ve II) temyiz dairesinin yönetmeliği dışında kalmakta ve bu nedenle mevcut temyiz incelemesi kapsamında göz önünde bulundurulmamıştır.
28. Temyiz Dairesi Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'ne sağlanan nihai karar metinlerinin yalnızca Arapça dilinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme yönetmeliğinin 39(1) maddesi gereğince Yazı İşleri Birimi tarafından hazırlanan tüm evrakların aksi kararlaştırılmadıkça İngilizce ve Fransızca hazırlanması gerekmektedir. Eğer orijinal belge veya materyal İngilizce ya da Fransızca değilse çeviri metni eklemek katılanların sorumluluğundadır. Bu durum çerçevesinde Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından mahkemeye hızlı bir şekilde sunulan (EK III ve VI) istisnai bir şekilde temyiz dairesinin talimatı doğrultusunda dosyalar arasına eklenmiştir. Ayrıca bu dosyaların İngilizce'ye çevrilerek Yazı İşleri tarafından 23 Ocak 2020'de kayıt altına girmesi sağlanmıştır.⁴⁷

⁴⁶ Temyiz Dairesi hukuk personeli tarafından Mahkeme Kalemine gönderilen E-posta, 14 Kasım 2019, saat17:01.

⁴⁷ ICC-01/11-01/11-685-AnxIII-tENG; ICC-01/11-01/11-685-AnxIV-tENG; ICC-01/11-01/11-685-AnxV-tENG; ICC-01/11-01/11-685-AnxVI-tENG.

2. Bazı Belgelerin Sınıflandırılması

29. Temyiz dairesi bazı belgelerin gizli statüde olduğunu saptamıştır. Bu nedenle bu yargılama bakımından ilgili taraflar ve katılanlardan ilgili belgelerin kamuya açık versiyonlarını sınıflandırmaları istenmiştir. Temyiz dairesi aynı zamanda bu belgelerdeki bilgilerin neden hale kamuya açık olmadığı konusunda açıklayıcı bir sebep görememiştir.

B. İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE

30. Statü'nün 17. maddesi kapsamında kabul edilemez bulunabilecek davalar şu şekildedir:
1. Giriş bölümünün 10. paragrafı ile 1. maddeye istinaden Mahkeme, aşağıdaki davaları kabul edilemez bulur:
 - (a) Soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı haller dışında, yargı yetkisi bulunan devlet tarafından, dava konusu olayın soruşturulması veya yargılanması halinde;
 - (b) Yargılama konusunda isteksiz veya yargulamaya gerçekten imkânı bulunmadığı haller dışında, yargı yetkisine sahip devletin, olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargulamaya gerek olmadığına karar vermesi halinde,
 - (c) İlgili şahsın, şikâyet konusu olaydan dolayı, daha önceden yargılanmış ve Mahkeme tarafından 20. maddenin 3. paragrafı uyarınca, şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması halinde;
 - (d) Dava konusunun, Mahkeme tarafından başkaca işlem gerektirecek derecede vahim bulunmaması halinde;
 2. Belli bir davada, yargılama konusundaki isteksizlik durumunu tespit etmek amacıyla Mahkeme, uluslararası hukuk tarafından tanınmış ilkelere dayanarak aşağıdaki hususların bir veya birkaçının olayda mevcut olup olmadığını dikkate alır:

- (a) 5. maddede düzenlenen mahkemenin yargı yetkisi içinde bulunan suçlar bakımından ilgili şahsın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmak maksadıyla kovuşturma yürütülmüş olması yahut şu anda yürütülüyor olması veya kişi hakkında ulusal yargı kararı verilmiş olması;
 - (b) İlgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde, yasal işlemlerde makul olmayan gecikme olması;
 - (c) Yasal işlemlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirilmemiş veya getirilmemekte olması ve bu işlemlerin ilgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yürütülmesi.
3. Belli bir davada, yetersizliğin tespiti amacıyla Mahkeme, ulusal yargı sisteminin bir kısmının veya tamamının çökmesi veya işlemez halde olmasına bağlı olarak Devletin sanığı veya gerekli kanıt ve ifadeleri elde etmesinin veya başka bir şekilde yasal işlemleri yürütmesinin mümkün olup olmadığını inceler.

31. Statü'nün 20. maddesi *ne bis in idem* ilkesini inceler ve devamında:

[...]

3. 6, 7 ve 8. maddelerde yasaklanan eylemlerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmış bir kişi, aynı eylemden dolayı Mahkeme tarafından yeniden yargılanamaz. Ancak diğer mahkemedeki takibatlar:

- (a) Önceki yargılamanın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapılmış olması halinde; veya
- (b) Önceki yargılamanın, Uluslararası hukuk tarafından tanınan usul normlarına göre bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması halinde.

C. TEMYİZ KONUSUNDAKİ İLK GEREKÇE

32. İlk temyiz gerekçesinde Bay Kaddafi tarafından Ön Yargılama Dairesi'nin madde 17(1)(c) ve 20(3) maddelerine göre karara varmak suretiyle hukuka aykırı davrandığı belirtilerek, ancak davanın esasına ilişkin *res judicata* etki oluştuğunda bu maddelerin uygulanabileceği savunmasında bulunmuştur.⁴⁸ Temyiz dairesi önündeki soru ön yargılamada söz konusu hükümlerin yalnızca bir davanın esasına ilişkin bir kararda mı *res judicata* etkisi kazanacağı⁴⁹ veya Bay Kaddafi'nin avukatının iddia ettiği gibi yerel mahkeme tarafından verilmiş esasa ilişkin ilk derece kararı ile kesin hüküm etkisi kazanacağı hususudur.⁵⁰

1. İtiraz Edilen Kararın İlgili Kısmı

33. Ön Yargılama Dairesi 17(1-c) ve 20(3) maddelerinin birlikte okunması gerektiğinin açık olduğu kanaatine varmış ve bunun alt yargılama faaliyetindeki kabul edilebilirlik itirazı bakımından temel hükümler olduğunu ifade etmiştir. Sonraki tartışma ise temelde Bay Kaddafi'nin daha önce Libya Ulusal Mahkemelerince tutuklama emrinde belirtilen aynı suç kapsamında yargılanıp yargılanmadığı hususu etrafında dönmektedir.⁵¹
34. Bu bağlamda Ön Yargılama Dairesi Bay Kaddafi'nin iddialarının aşağıda belirtilen 4 hususu karşılaması halinde Statü'nün 17(1)(c) ve 20(3) maddeleri kapsamında kabul edilemez bulunabileceğini belirtmiştir: (i) kendisinin halihazırda Libya ulusal mahkemelerinde yargılanmış olması; (ii) ulusal yargılamanın dosyada yer verilen suçlamalar ile aynı kapsamda olması; (iii) 20(3)(a) maddesi bağlamında ulusal yargılamanın cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacı taşıyamaması; (iv) Statü'nün 20(3)(b) maddesi kapsamında ulusal yargılamanın bağımsız ve tarafsız yargılama ilkeleri bakımından eksiklik barındırmaması ve gerçek adalete ulaşma bakımından va-

⁴⁸ Temyiz Özeti, s.8 ve para. 18-35.

⁴⁹ Temyiz Edilen Karar, para. 36, 48. Bkz. ayrıca para. 79.

⁵⁰ Temyiz Özeti, para. 18-35.

⁵¹ Temyiz Edilen Karar, para. 30.

him hukuk ihlalleri içermemesi gerekmektedir.⁵² Ön yargılama dairesi yukarıda sayılan hususlardan herhangi birinin gerçekleşmesinin kabul edilebilirlik itirazının reddedilmesi için yeterli olacağını eklemiştir.⁵³

35. Ön Yargılama Dairesi ilk hususa dair Bay Kaddafi'nin avukatının da dikkat çektiği üzere 20(3) maddesine atıf yaparak kişi hakkında davanın esasına ilişkin olarak verilen kesin mahkûmiyet veya beraat kararı almasının önemli olduğu ve duruşma esnasında verilen ve kesin nitelikte olmayan bir mahkûmiyet veya beraat kararının bu kapsamda sayılmayacağını belirtmiştir.⁵⁴ Ön yargılama dairesi bir diğer deyişle burada gerekli olan şeyin *res judicata etkisi* kazanma olduğunu belirtmiştir.⁵⁵ Ön Yargılama Dairesine göre bu sonuca önceki yargılamanın bulguları ışığında ve ad hoc mahkemeler ve diğer insan hakları kurumları tarafından verilen kararlar çerçevesinde ulaşılmıştır.⁵⁶ Ön Yargılama Dairesi daha önce incelenen materyallere göre Bay Kaddafi'nin Trablus mahkemelerinde yargılanmış ve mahkûm edilmiş olmasına karşın Trablus mahkemeleri tarafından verilen hükmün⁵⁷ nihai bir mahkûmiyet kararı olmadığı kanaatine varmıştır.⁵⁸ Burada ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir karar söz konusudur ve prensip olarak halen üst derece mahkemesine temyiz başvurusunda bulunulabilir. Ayrıca kararın *in absentia* olarak verilmesinden bu yana Libya yasaları gereğince kendisinin yeniden yargılanma hakkı da söz konusudur.⁵⁹

⁵² Temyiz Edilen Karar, para. 26 ve 31, Kabul Edilebilirlik İtirazına atfen, para. 34.

⁵³ Temyiz Edilen Karar, para. 31.

⁵⁴ Temyiz Edilen Karar, para. 36.

⁵⁵ Temyiz Edilen Karar, para. 36.

⁵⁶ Temyiz Edilen Karar, para. 37; ayrıca Bkz. para. 36-47 bunu desteklemek için.

⁵⁷ Trablus Mahkemesi Hükmü, case 630/2012 AD of 28 Temmuz 2015, Kabul Edilebilirlik İtirazı Hakkında EK B İngilizce olarak verilmiştir, ICC-01/11-01/11-640-AnxB.

⁵⁸ Temyiz Edilen Karar, para. 48.

⁵⁹ Temyiz Edilen Karar, para. 48. Ayrıca Bkz. Temyiz Edilen Karar, para. 79: [...] Trablus mahkemesinin 28 Temmuz 2015 tarihinde *in absentia* olarak toplandığı dikkate alındığında, adli işlemlerin yeniden başlatılması verilen cezanın niteliği nedeniyle (idam cezası), ve esasa ilişkin nihai karar verilmemişse, Daire yargılamanın Statü'nün 17(1)(c) ve 20(3) maddeleri açısından yeterli olmadığı görüşündedir (dipnotlar dahil edilmemiştir).

2. Temyiz Dairesi Öncesindeki Beyanlar

a. Bay Kaddafi Adına Sunulan Beyanlar

36. Bay Kaddafi'nin avukatı Statü'nün tamamlayıcılığı çerçevesinde esasa ilişkin bir yargılama; gerek mahkûmiyet gerek beraatle sonuçlansa da 17(1)(c) ve 20(3) maddeleri gereğince ne bis in idem ilkesi uygulanır ve yerel mahkeme kararı henüz sonuçlanmasa (ya da tam sonuçlanmasa) da *res judicata* etkisi oluşur.⁶⁰ Ön yargılama dairesi tarafından Statü'nün 21(3) maddesinin Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ni geçersiz kılacak yahut etkisini azaltacak biçimde yorumlanarak 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin yorumunda yanılığa düşüldüğü iddia edilmiştir.⁶¹ Kendisi sıradan anlam, sistematik yorum ve ilgili ifadeye dair tarihsel çerçeveye atf yapmış ve esasa ilişkin yargılamanın sonuçlandırılması açısından bunların hepsinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.⁶² Bay Kaddafi'nin avukatı ayrıca Ön Yargılama Dairesi'nin Statü'nün 20(3) maddenin yorumlanması konusunda mahkeme içtihatlarına güvenme ve diğer mahkemelerin destekleyici yorumlarından faydalanılmasına karşı çıkmaktadır.⁶³
37. Duruşma esnasında Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından Mahkeme'nin körü körüne ve incelenmesinin dahi gereksiz bulunması şeklinde bir anlayışla⁶⁴ Libya Hükümeti'nin beyanlarını kabul etmediği ifade edilerek bu doğrultuda Bay Kaddafi'nin *in absentia* olarak yargılanmasından ziyade huzurda yargılanmış sayılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁵

⁶⁰ Temyiz Özeti, para. 34. Ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.12 8. Paragraftan s.13 16. Paragrafa kadar; s.21 7-20 arası paragraflar; s.23 9-22 arası paragraflar; s.28 22. Paragraftan s.29 23. Paragrafa kadar olan kısım.

⁶¹ Temyiz Özeti, para. 20.

⁶² Temyiz Özeti, para. 21-31. Ayrıca Bkz. Transkript, 11 Kasım 2019, s.19, 23. Paragraftan s.23 6. Paragrafa kadar; s.43 23. Paragraftan s.46 14. Paragrafa kadar.

⁶³ Temyiz Özeti, para. 31-34. Ayrıca Bkz. Transkript, 11 Kasım 2019, s.30, 2. Paragraftan s.33 19. Paragrafa kadar.

⁶⁴ Transkript 11 Kasım 2019, s.17 18. paragraftan s.18 11. paragrafa kadar.

⁶⁵ Transkript 11 Kasım 2019, s.15 2-14 arası paragraflar; s.33, 25. paragraftan s.46 14. paragrafa kadar. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.66, 9. Paragraftan s.68, 2. Paragrafa kadar; s.71 4-24 arası paragraflar.

38. Bay Kaddafi'nin avukatı Temyiz Dairesi'ne şu taleplerde bulunmuştur: (i) ön yargılama dairesi tarafından yapılan mahkemenin tamamlayıcılık yetkisi bağlamında ve 'Statü'nün 20(3) maddesindeki "başka bir mahkeme tarafından yargılanma" hususunda kullanılan dil uyarınca ancak yerel mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargısal süreçte esas hakkında bir hüküm verilerek sonuçlanırsa söz konusu olabileceği yönünde yapılan yanlış yorumlamanın tersine çevrilmesi';⁶⁶ ve (ii) temyiz başvurusundaki ikinci dayanak ise Bay Kaddafi tarafından Libya Mahkemesi'nin son yargılamasında 6 numaralı yasanın uygulanmasının kendisinin mahkumiyeti hakkındaki her türlü şüpheyi ortadan kaldırmasıdır, dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesi değerlendirilmesi için gerekli 4 aşamalı testin ilk aşaması yerine getirilmiştir.⁶⁷

b. Savcının Beyanları

39. Savcı tarafından Bay Kaddafi'nin temyiz başvurusunun ilk dayanağını oluşturan ve mahkeme tarafından reddedilen Statü'nün 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin doğru şekilde yorumlandığı iddia edilmiştir. Bay Kaddafi tarafından ön yargılama dairesinin yorumundaki itiraz edilen hususlar '(i) 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin yorumu esnasında buradaki bağlamın ve amaçlarının göz ardı edilmesi maddelerin yorumunu olması gerekenden fazla bir şekilde basitleştirir, (ii) ön yargılama dairesinin yorumunu destekleyen mahkeme içtihatları, taslak çalışmaları ve mevcut yorumlar yeterince dikkate alınmamıştır, ve (iii) mahkemenin *sui generis* nitelikteki tamamlayıcılık rejiminin abartılması *ne bis in idem* ilkesinin diğer uluslararası hukukla ilgili hususlarda ayırt edici bir şekilde uygulanması yerine tamamlayıcılık rejimine odaklanılmasına yol açar'.⁶⁸

40. Özellikle savcı 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin doğru bir şekilde yorumlandığını ifade eder ve kesin hükmün oluştuğu kanısındadır.⁶⁹ Savcı bu tür bir

⁶⁶ Temyiz Özeti, para. 18.

⁶⁷ Temyiz Özeti, para. 19-35.

⁶⁸ Savcılığın Cevabı, para. 5.

⁶⁹ Savcılığın Cevabı, para. 6-10.

yorumu varmada⁷⁰ mahkemenin bu doğrultudaki önceki kararları⁷¹, bunu destekleyen tarihsel çerçeve⁷², *ad hoc* mahkemeler tarafından *ne bis in idem* ilkesinin nasıl yorumlandığı⁷³ ve uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde⁷⁴ bu hükümler açısından gerekli şartların olağan yorumunun etkili olduğu görüşündedir.

41. Duruşma esnasında savcı Statü'nün 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin daha detaylı bir şekilde yorumlanması ve dava ile ilgili olgular ışığında Bay Kaddafi'nin *in absentia* şekilde yargılandığı kanaatine varmıştır.⁷⁵

c. MİKHM'nin Beyanları

42. MİKHM Bay Kaddafi'nin avukatının ön yargılama dairesinin ilgili hükümleri yorumlamada ve özellikle statü 20 (3) maddesindeki 'yargılanmıştır' ifadesini yorumlama hususunu göstermede başarısız olduğunu iddia etmiştir.⁷⁶ Bay Kaddafi'nin avukatı Statü'nün 21(1) maddesinin önemini küçümseyerek gerekçelendirip söz konusu terimin savunulması zor bir yorumunu sunmuştur.⁷⁷ MİKHM Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesinin hukuken yanıldığını gösterememiştir. Bu nedenle *de novo* bir belirleme garantisi edilmemektedir.⁷⁸

⁷⁰ Savcılığın Cevabı, para. 6-10. Ayrıca Bkz. Transkript, 11 Kasım 2019, s.66 24. Paragraftan s.72 1. paragrafa kadar.

⁷¹ Savcılığın Cevabı, para. 14-15. Ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.80 11-15 arası paragraflar.

⁷² Savcılığın Cevabı, para. 11-13.

⁷³ Savcılığın Cevabı, para. 16-21.

⁷⁴ Savcılığın Cevabı, para. 22-25. Ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.72, 2. Paragraftan s.75 21. paragrafa kadar.

⁷⁵ Transkript 11 Kasım 2019, s.75, 22. paragraftan s.82 1. Paragrafa kadar; Transkript 12 Kasım 2019, s.42 15. Paragraftan s.43 15. Paragrafa kadar.

⁷⁶ MİKHM'nin Cevabı, para. 15. Ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.104 20. Paragraftan s.106 6. Paragrafa kadar.

⁷⁷ MİKHM'nin Cevabı, para. 15.

⁷⁸ MİKHM'nin Cevabı, para. 21.

43. Duruşma sırasında MİKHM Bay Kaddafi'nin *in absentia* yargılandığı yönünde bir sunum yapmıştır.⁷⁹ MİKHM 'Libya yargılamaları sırasında adil yargılanma haklarının göz ardı edildiği' ve Statü'nün 17. maddesi kapsamındaki gerekliliklerin sağlanmadığını ifade etmiştir.⁸⁰

d. Libya'nın Beyanları

44. Libya Hükümeti'nin temsilcileri temyiz Edilen Kararın doğru olduğunu ve davanın mahkeme önünde kabul edilebilir olduğu görüşündedir.⁸¹ Onlara göre duruşma hem Bay Kaddafi'nin katılmak istememesi nedeniyle *in absentia* olarak görüldü hem de gözaltı tesisleri ilgili Libya otoritelerinin kontrolü dışındaydı.⁸² Onlar ölüm cezasının yalnızca temyiz mahkemesi hakimlerince doğrulandıktan ve gözden geçirildikten sonra verilebileceği kanaatinde-dir.⁸³

e. *Amici Curiae*'nin Beyanları

45. Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçular Platformu Bay Kaddafi *in absentia* yargılandığı için hükmün kesin nitelikte olmadığını ve huzurda yargılansa dahi kesin hüküm niteliğine kavuşamayacağını belirtmiştir. Libya yasalarına göre ölüm cezalarının temyiz mahkemelerince zorunlu incelemeden geçirilmesi gerekmektedir.⁸⁴

46. Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi, Trablus mahkemesi kararının kesinlik taşımadığını düşünmektedir. *El-Senussi* davasında UCM tarafından kabul

⁷⁹ Transkript 11 Kasım 201, s.106 7. Paragraftan s.108 13. Paragrafa kadar.

⁸⁰ Transkript 11 Kasım 2019, s.103 12. Paragraftan s.104 16. Paragrafa kadar.

⁸¹ Transkript 12 Kasım 2019, s.92 4. Paragraftan 12. Paragrafa kadar; s.99 5. Paragraftan s.100 4. Paragrafa kadar.

⁸² EK XIII Libya Devleti Tarafından Sunulan Yazılı Gözlemlerin İletilmesi, 8 Kasım 2019, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8) ('Libya'nın Beyanları'), para. 7-9; Transkript 12 Kasım 2019, s.12, 3-22. Paragraflar; s.88 22. Paragraftan s.89 16. Paragrafa kadar; s.91 17. Paragraftan s.92 2. Paragrafa kadar.

⁸³ Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 24-27.

⁸⁴ Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçu Gözlemleri, para. 8-12. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.13, 19. Paragraftan s.14 7. Paragrafa kadar.

edilemezlik kararı alınmış ve Libya yargı makamlarının davayı kovuşturmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir.⁸⁵ Ayrıca ön yargılama dairesi Statü'nün 20. maddesi hakkında geniş bir yorum yapma yoluna giderek Bay Kaddafi'nin Trablus mahkemesinde yapılan yargılamasının 'maddede öngörülen koşulları karşıladığını' belirtmiştir.⁸⁶ Yargılama esnasında Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Trablus Mahkemesinde Bay Kaddafi'nin *in absentia* yargılandığı gibi bir düşüncenin yanlış olduğunu ve Bay Kaddafi'nin duruşmalara video bağlantısıyla katıldığı ve yine kendisiyle beraber yargılanan diğer sanıkların da cezaları *in absentia* değil kendi huzurlarında verilmiştir.⁸⁷ Aynı zamanda Bay Kaddafi dosyasında Libya'daki adli makamların Roma Statüsü 17. maddesinde yer alan tamamlayıcılık ilkesinden kaynaklanan kovuşturma görevlerini eksiksiz bir şekilde yerine getirdikleri ifade edilmiştir.⁸⁸

3. Temyiz Dairesinin Tespitleri

47. İlk temyiz gerekçesinde Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesinin Statü'nün 21(3) maddesini (bu hükümdeki hukuk uygulama ve yorumlarının uluslararası kabul görmüş insan hakları ile uyumlu olması gerekir) yorumlama konusuna gereğinden fazla ağırlık verdiği görüşündedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ilkelerinin yorumlanmasının maliyeti ve Ön yargılama dairesinin de burada dayanılan içtihadı yanlış yorumlaması söz konusu olmuştur.
48. Yukarıda Ön Yargılama Dairesi tarafından 17(1)(c) ve 20(3) maddeleri doğrultusunda hatırlatıldığı üzere; mahkeme tarafından kabul edilemezlik kararı için kişi hakkında tamamlanmış bir yargı süreci ve mahkûmiyet ya da beraat ile sonuçlanma gerekir ki ancak bu şekilde *res judicata* etkisi kazanılmış olur.⁸⁹ Ön Yargılama Dairesi bu sonuca yapmış olduğu temel ana-

⁸⁵ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 34.

⁸⁶ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 34.

⁸⁷ Transkript 12 Kasım 2019, s.35 4. Paragraftan s.36 23. Paragrafa kadar.

⁸⁸ Transkript 12 Kasım 2019, s.36 24. Paragraftan s.37 1. Paragrafa kadar.

⁸⁹ Temyiz Edilen Karar, Özellikle Bkz., para. 36 ve 79.

lizler sonrasında ulaşmıştır. Özellikle 3. Dava Dairesi'nin *Bemba* dosyası, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *ne bis in idem* ilkesine ilişkin içtihatları ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 14(7) maddesi ve diğer insan hakları enstrümanları hükümlerinden faydalanılmıştır. Ayrıca Ön Yargılama Dairesi'ne göre *ne bis in idem* ilkesi hakkındaki sorunlarda özellikle sözleşmenin 20(3) maddesinin madde 21(3) dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir.⁹⁰

a. 28 Temmuz 2015 Tarihli Trablus Mahkemesi Kararı

49. Sözleşmenin 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin yorumlanması ile ilgili tartışmalara geçmeden önce Bay Kaddafi'nin Trablus Mahkemesinin 28 Temmuz 2015 tarihli hükmü ile yargılandığı, mahkûm edildiği ve ölüm cezasına çarptırıldığı konusunda bir şüphe olmadığını belirtmeliyiz.⁹¹ Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesi öncesinde Trablus Mahkemesinin bulgular ışığında ve kendisinin *in absentia* şeklinde sonuca vardığını belirtmesine karşın Ön Yargılama Dairesi yargılamanın kendisi huzurunda yürütüldüğü görüşündedir.⁹² Yukarıda not edildiği gibi temyiz Edilen Kararda Ön Yargılama Dairesi hükmü *in absentia* olarak vermiştir.⁹³ Devletlerin ulusal

⁹⁰ Temyiz Edilen Karar, para. 37-47. Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14(7) maddesine göre: 'Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz'.

⁹¹ Bkz. örneğin, Kabul Edilebilirlik İtirazı, para. 17-24; 'Dr. Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddelerine dair yaptığı Kabul Edilebilirlik İtirazı' konusunda savcılık makamı cevabı'. 28 Eylül 2018, ICC-01/11-01/11-653-Conf, para. 32-50, (kamuya açık versiyonu 11 Ekim 2018'de dosyaya eklenmiştir, ICC-01/11-01/11-653-Red); Savcılık makamı cevabı, para. 26; Transkript 11 Kasım 2019, s.14 5. Paragraftan s.15 4. Paragrafa kadar.

⁹² Bkz. örneğin, Kabul Edilebilirlik İtirazı, para. 47 ve Kovuşturmaya Yanıt Niteliğinde Konsolide Savunma Düzeltmesi "Seyfülislam Kaddafi'nin Roma Statüsü madde 17(1)(c), 19 ve 20(3) maddeleri çerçevesindeki Kabul Edilebilirlik İtirazına Yanıt" ve "Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçular tarafından dayanılan Usul ve Delil Kurallarından 103. Kural kapsamındaki iddialara Yanıt", 9 Kasım 2018, ICC-01/11-01/11-660-Conf-Corr ("Konsolide Cevap ve Reaksiyon"), para. 20 et seq; ikinci bir düzeltilmiş sürüm 20 Kasım 2018'de dosyalandı (ICC-01/11-01/11-660-Corr-Red2).

⁹³ Temyiz Edilen Karar, para. 48.

mahkemelerinde verilen hükümlerde doğruluk, doğallık ve niteliksel olarak bir sıkıntı olmadıkça⁹⁴ bunlara itiraz etmenin mümkün olmadığı ve bu dava bakımından da bu hususlarda geçerli bir sebep görülmediği belirtilmiştir.

50. Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından kendi temyiz özetinde temyiz ile alakalı herhangi bir bulguya itiraz edilmediği belirtilmesine karşın⁹⁵; temyiz duruşması esnasında Temyiz Dairesi tarafından Bay Kaddafi'ye in absentia⁹⁶ yöneltilen bir soruyu takiben Bay Kaddafi'nin huzurda yargılanmış kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁹⁷ Duruşma esnasında Libya hukuku hakkındaki sorular konusunda taraflar ve katılımcılar tarafından kapsamlı beyanlarda bulunulmuştur. Yukarıda görüldüğü üzere Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi tarafından da duruşma sonrasında konuyla bağlantılı 4 adet hüküm mahkeme bilgisine sunulmuştur. Bu nedenle bu mesele eğer temyizde ortaya çıkmışsa Temyiz Dairesi bunu en baştan itibaren ele alacaktır.
51. Temyiz Dairesi Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından kendisinin yargılamalarda hazır bulunduğu iddiasına dikkat çekmektedir. Kendisinin video bağlantı yoluyla katıldığı duruşmalar ve avukatının hazır bulunduğu bazı duruşmalar olmuştur. Katılmadığı durumlar bakımından ise duruşmalardan kaçma yönünde bir kasıt bulunmamaktadır.⁹⁸ Kendisi tarafından belirtilen gerçeklere dayanan ve Libya Ceza Kanunu'nda yer alan ilgili hükümlerin doğru bir şekilde yorumlanması gerektiği iddiasıyla Trablus mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşıma da itiraz edilmektedir.
52. Bay Kaddafi'nin avukatı Libya hukukunun dosyadaki gerçekler bağlamında uygulanışı konusuna itiraz etmektedir. Ön yargılama dairesi tarafından ifade edildiği üzere; dairenin görevi milli mahkemelerin kararları esnasında milli hu-

⁹⁴ Temyiz Edilen Karar, para. 51.

⁹⁵ Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesi'nin Trablus Mahkemesi'nin yargılamasındaki verilen kararın in absentia nitelikte kabul edilebileceği şeklindeki değerlendirmesine katılmadığını belirtmiş ve temyizde bu hususa itiraz etmiştir. Bkz. Temyiz Özeti dipnot 32.

⁹⁶ Temyiz Dairesi Önündeki Duruşmanın Yürütülmesine İlişkin Karar, s.4, soru (d).

⁹⁷ Transkript 11 Kasım 2019, s.33, 15. Paragraftan s.36 19. Paragrafa kadar.

⁹⁸ Bkz. örneğin Transkript, 11 Kasım 2019, s.34, 2-3. Paragraflar; Bkz. daha fazlası için, s.33, 25. Paragraftan s.42 19. Paragrafa kadar.

kuklarını doğru şekilde uygulayıp uygulamadıklarını değerlendirmek değildir. Daire ‘aksini gösteren bulgular olmadıkça yerel mahkeme kararlarını *prima facie* şekilde geçerli ve etkin olarak görmektedir.’⁹⁹ Bu bakımdan Ön Yargılama Dairesi tarafından da işaret edildiği üzere Libya Mahkemeleri hükümlerin *in absentia* oluştuğunu belirtmiştir ve davanın ön yargılama dairesine gelmesi öncesi Libya Hükümeti tarafından da *in absentia* yargılama yapıldığına ilişkin bilgi verilmiştir.¹⁰⁰ Oysa bu konuya dair kayıtlarda çelişkili beyanlar bulunmaktadır. Örneğin mevcut durumda Temyiz Dairesi Bay Kaddafi’nin avukatının Trablus mahkemesi kararının *in absentia* alındığını gösteren ön yargılama dairesinin yanıldığını gösteren herhangi bir sebep gösteremediğini belirtmiştir.

53. Temyiz Dairesi Bay Kaddafi’nin yargılanmasının *in absentia* nitelikte olduğuna dikkat çekerek 28 Temmuz 2015 tarihli hükmün nihai karar olarak düşünülmemeyeceğini belirtmiştir.¹⁰¹ Libya Ceza Usul Kanunu 358. maddesi uyarınca yeniden yargılama bir kişinin *in absentia* yapılan bir duruşmanın ardından ortaya çıkması veya tutuklanması halinde gerçekleşir. Bu husus taraflarca tartışılmamıştır,¹⁰² ve Libya Hükümeti tarafından da doğrulanmıştır.¹⁰³ Bu nedenle, Bay Kaddafi’nin yargılanmasının *in absentia* nitelikte

⁹⁹ Temyiz Edilen Karar, para. 52, Bay Jean-Pierre Bemba Gombo’nun temyizine ilişkin Kararın Düzeltmesine atfen, 3. Yargılama Dairesi’nin 24 Haziran 2010’daki kararına karşı “Kabul Edilebilirlik ve Süreç Zorluklarının Kötüye Kullanımı Hakkında Karar”, 19 Ekim 2010, ICC-01/05-01/08-962-Corr, para. 66.

¹⁰⁰ Temyiz Edilen Karar, para. 49-53, inter alia’ya atıf yaparak, EK 8 28 Eylül 2018 Savcılık Makamı Cevabı, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8 (‘Annex 8 to the Prosecutor’s PTC Response’), ss. 14-15, (kamuya açık versiyon 11 Ekim 2018’de dosyalandırılmıştır, ICC-01/11-01/11-653- Anx8-Red).

¹⁰¹ Libya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 358. maddesi’ne göre ‘Eğer bir kişi *in absentia* şekilde hüküm giymişse veya zamanaşımına göre ceza süresi dolmadan tutuklanmışsa, daha önce verilen hükmün gerek cezai yönden gerekse zarar yönünden mutlaka bozulması gerekir ve mahkeme huzurunda yeniden yargılama yapılması gerekir’. Bkz. Savcılık makamı cevabı, dipnot 68.

¹⁰² Bkz. örneğin Transkript 11 Kasım 2019, s.40 6-13. Paragraflar; s.80 16. Paragraftan s.81 12. Paragrafa kadar.

¹⁰³ Bkz. örneğin, Libya Hükümeti, Savcılığın “Libya’dan Seyfülislam Kaddafi’yi İnfaz Etmemeye, Derhal Mahkemeye Teslim Etmeye ve İdam Cezasını Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne Bildirmeye Karar Verilmesi Talebine Yanıt”, 20 Ağustos 2015, ICC-01/11-01/11-612 para. 2 ve 8; Libya’nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 19-27; Transkript 12 Kasım 2019, s.3 23. Paragraftan s.4 6. paragrafa kadar.

olması nedeniyle (ve 6 numaralı yasanın muhtemel etkisi bir kenara bırakılırsa) ancak Bay Kaddafi ortaya çıkarsa veya tutuklanırsa Trablus mahkemesi hükmü geçersiz olur ve Bay Kaddafi yeniden yargılanır.

54. Ancak, Temyiz Dairesi Bay Kaddafi yargılamasında *in absentia* karar alınmasına karşın Libya hukukundaki diğer usule ilişkin işlemler tamamlanmadığı için;¹⁰⁴ Temyiz mahkemesi tarafından da işaret edildiği üzere ölüm cezasına çarptırılma durumu söz konusu olduğu için burada bitmiş bir yargısal süreç olduğu söylenemez.¹⁰⁵

b. Sözleşmenin 17(1)(c) ve 20 (3) Maddeleri Uyarınca Kabul Edilemezlik İçin Hükmün Kesin Olup Olmaması Hakkında

55. Temyiz Dairesi şu anda Bay Kaddafi'nin temyiz gerekçelerinden hükmün kesin olması üzerinde durmaktadır. Milli hukuk sistemlerinde *res judicata* etkisi doğduğu takdirde dosya UCM tarafından Statü'nün 17(1)(c) ve 20 (3) maddeleri uyarınca kabul edilemez nitelikte bulunmaktadır.

56. Her ne kadar Bay Kaddafi'nin avukatı bu temyiz gerekçesinde ilk derece mahkemesinin kararının *res judicata* nitelikte olması gerektiğine dayanmasına karşın -ön yargılama dairesi tarafından temyiz Edilen Kararda da bu kavram kullanılmıştır¹⁰⁶ -temyiz başvurusunun amaçları bakımından Temyiz Dairesi statüde 17(1)(c) ve 20 (3) maddelerindeki 'daha önceden yargılanmış' ve 'yargılanmış' ifadeleri kapsamında kendisini anlama odaklanmakla sınırlayacaktır. Dolayısıyla buradaki terimler kapsamında kastedilen şey yalnızca 'yargılanmış' olan bir kişi bakımından bu hükümlerdeki terimler çerçevesinde yapılan yargılama sonucu ortaya çıkan kararın artık temyize tabi olmaması ve nihai karar haline gelmesidir. Aşağıdaki nedenlerle Temyiz Dairesi Bay Kaddafi'nin avukatının ön yargılama dairesinin yanlışlığına dair iddialarının ikna edici nitelikte olmadığını düşünmektedir.

¹⁰⁴ Temyiz Edilen Karar, para. 48, 53.

¹⁰⁵ Bkz. örneğin Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 24; Transkript 11 Kasım 2019, s.43 4-10. Paragraflar.

¹⁰⁶ Temyiz Edilen Karar, para. 36,38,53.

57. Madde 17(1)(c) gereğince ilgili şahsın şikâyet konusu olaydan dolayı ‘daha önceden yargılanmış [...], ve mahkeme tarafından Statü’nün 20. maddesinin 3. paragrafı’ uyarınca, şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması halinde mahkeme davayı kabul edilemez bulacaktır. Statü’nün madde 20(3) maddesinde ise başka bir mahkeme tarafından yargılanmış hiç kimse aynı eylemden dolayı mahkeme tarafından yargılanamaz denmekte ancak madde 20(3)(a) ve (b) bentlerindeki durumlarda yargılamanın mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁷
58. Temyiz Dairesi Statü’nün madde 17(1)(a) ve (c) bentlerinde yer verilen durumlarda dava üzerinde yargı yetkisine sahip devletlerin eylemleri nedeniyle mahkeme tarafından kabul edilemezlik kararı verilebileceğini belirtmiştir. Böyle bir karar alınması durumunda mahkemenin ‘ulusal ceza yargılarını tamamlayıcı yetkiye sahip olduğu’ gerçeği hatırlanmalıdır.¹⁰⁸ Tamamlayıcılık prensibinin tüm fonksiyonları çerçevesinde ve takip eden sebepler kapsamında Temyiz Dairesi madde 17(1)(c) nin sonuca ulaşmak için mutlaka okunması gerektiği kanaatindedir. Temyiz Dairesi, Roma Statüsü’nün “uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması”¹⁰⁹ amacına hizmet ettiğini ifade etmiştir. Tamam-

¹⁰⁷ Statü’nün 20. maddesine göre, ilgili kısım şu şekilde devam eder: “[...] 6, 7 ve 8. maddelerde yasaklanan eylemlerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmış hiç kimse, aynı eylemden dolayı Mahkeme tarafından yargılanamaz. Ancak diğer mahkemedeki takibatlar: (a) Önceki yargılamanın, Mahkeme’nin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapılmış olması halinde; veya (b) Önceki yargılamanın, Uluslararası hukuk tarafından tanınan usul normlarına göre bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması halinde’.

¹⁰⁸ Temyiz Dairesi, *İddia Makamı vs. Seyfülislam Kaddafi ve Abdullah El-Senussi*, Bay Abdullah El-Senussi’nin Ön Yargılama Dairesi P’in 11 Ekim 2013 tarihli kararına karşı yaptığı Temyiz Başvurusuna İlişkin Karar “Abdullah El-Senussi aleyhindeki davanın kabul edilebilirliğine ilişkin karar”, 24 Temmuz 2014, ICC- 01/11-01/11-565 (OA6) (‘El Senussi Kabul Edilebilirlik Kararı’), para. 215, Statünün önsözünün 10. paragrafı ve 1. maddeleriyle statünün 17. maddesine atıf yapılmıştır.

¹⁰⁹ Temyiz Dairesi, *İddia Makamı vs. Germain Katanga ve Mathieu Ngudjolo Chui*, Davanın Kabul Edilebilirliğine İlişkin 12 Haziran 2009 Tarihli II. Yargı Dairesinin Sözlü Kararına Bay Germain Katanga’nın Temyiz Başvurusu Hakkında Karar, 25 Eylül 2009, ICC-01/04-01/07-1497 (OA8), para. 79 (dipnotlar dahil edilmemiştir).

layıcılık prensibi doğrultusunda Devletler mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar bakımından öncelikli olarak soruşturma ve kovuşturma sorumluluğu altındadır. Mahkeme ise ancak ulusal yargının soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı hallerde bu yetkisini kullanır. Statü'nün 17(1)(c) ve 20 (3) maddelerinde mahkemenin şu hususları değerlendirmesi gerekmektedir: (i) ilgili şahsın, şikâyet konusu olaydan dolayı daha önceden yargılanmış ve mahkeme tarafından 20. maddenin 3. paragrafı uyarınca, şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması halinde veya (ii) yerel yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış olması halinde (sözleşmenin 20(3)(b) maddesi).

59. Gerek önceki yargılamada şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması gerekse yargısal süreçlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde gerçekleştirilmesi hallerinde yalnızca ilk derece yargılaması dikkate alınması ve muhtemel temyiz sürecinin dikkate alınmaması anlamlı bir yaklaşım değildir. Bunun nedeni ise yerel yargılamaların ilk derece düzeyinde yürütülmesinin makul olması ancak temyiz aşamasında kişilerin cezai sorumluluktan kurtulması için kalkan olarak kullanılmasıdır. Böyle bir senaryoda Mahkeme sonraki aşamada kabul edilebilirliğin reddedilme durumunu önceden göreyerek davayı kabul edilemez bulabilir. Bunun aksine yerel ilk derece mahkemesinin kararının da temyiz aşamasında düzeltilmesi mümkündür. Temyiz Dairesi bir kişinin yargılanmış olmasına dayanılarak kabul edilebilirlik konusunun belirlenmesinde bu tür araçların mevcut olması ve yargılama açısından mümkün olduğu sürece ilgili devletin yargısal sistemine eksiklikleri giderme fırsatı verilmelidir.¹¹⁰ Bu bağlamda Statü'nün 17(1)(c) ve 20 (3) maddelerinin yorumlanması için yerel yargılama sürecinin sona ermesi gereklidir.
60. Bay Kaddafi'nin avukatının temyiz kararının Statü'nün 19(10) maddesinin amaçları bakımından 'yeni bir olgu' oluşturacağı ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin hükmünün 17(1)(c) ve 20 (3) maddelerinin amaçları bakı-

¹¹⁰ Bkz. Jann K. Kleffner, Roma Statüsü ve Ulusal Ceza Yargısı Sistemlerinde Tamamlayıcılık, ss. 124-125; ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.69 16. Paragraftan s.70 paragraf 21'e kadar.

mından yeterli olduğu ifade edilmektedir. Statü'nün 19(10) maddesi savcıya davayı kabul edilemez bulan önceki nedenleri geçersiz hale getiren yeni gerçeklerin ortaya çıktığına kanaat getirmesi halinde kararın yeniden gözden geçirilmesi konusunda bir talepte bulunma şansı verir. Fakat Statü'nün 19(10) maddesinin varlığı -bu kural usuli niteliktedir- Statü'nün 17(1)(c) maddesinin yorumlanması hakkında bilgi vermemektedir. Aksine bu hüküm kendi bağlamı içinde -ve özellikle hükmün alt başlıklarıyla beraber-Roma Statüsünün amaçları doğrultusunda yorumlanmalıdır.

61. Özetle 17(1)(c) maddesi uyarınca yerel yargılamanın kesinleşmesinin gerekli kılınması Roma Statüsünde düzenlenen tamamlayıcılık ilkesi ile uyumludur. Devletlerin soruşturma ve kovuşturmalarda öncelikli rolü tanınmak suretiyle onların etkili bir şekilde yargısal süreçleri yürütmeleri sağlanmaktadır. Mahkeme yargılama yetkisini yalnızca yerel mahkemelerin soruşturma ve kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı hallerde kullanacaktır.
62. Yukarıda belirtildiği üzere, Ön Yargılama Dairesi Statü'nün 17(1)(c) ve 20(3) maddelerinin amaçları bakımından kesinliğe ihtiyaç olduğu kanaatine varmıştır. Özellikle mahkeme içtihatları, *ad hoc* mahkemeler ve farklı insan hakları kurumları bakımından verilen kararlar açısından bu düşünceye varılmıştır. Yukarıdaki bulgular ışığında Temyiz Dairesi Ön Yargılama Dairesi'nin ulaştığı sonuç bakımından bir hata söz konusu olmadığı ve özellikle ilgili hükmün yorumlanmasında içtihatlar esas alındığından, diğer mahkemeler de dahil olmak üzere, *ne bis in idem* ilkesine göre ve Statü'nün 21(3) maddesi uyarınca hareket edildiği görülmüştür.¹¹¹ Temyiz Dairesi Bay Kadafi'nin avukatının *ne bis in idem* ilkesinin aynı yetki alanı içinde geçerli olduğu şeklinde ve farklı yetki alanlarında uygulanamayacağı yönündeki beyanlarına dair mahkemenin tamamlayıcılık prensibi çerçevesinde ulusal mahkemeler üzerinde öncelikli bir yetkisi olduğu¹¹² ve mahkeme içtihatları-

¹¹¹ Temyiz Edilen Karar, para. 31,45.

¹¹² Bkz., örneğin, ICTY, Statü'nün 9(2) maddesi'ne göre: 'Uluslararası mahkeme uluslararası mahkeme üzerinde öncelikle sahip olacaktır'. Bkz. örneğin, ICTR Statüsü madde 8(2).

nın ulusal ve uluslararası yargı alanlarında geçerli olduğu durumlarda örneğin *ad hoc* mahkemeler için de uygulanabileceğini belirtmiştir. Mahkemenin işleyişinde tamamlayıcılık rejiminin kendine özgü yapısına dikkat çekilerek Ön Yargılama Dairesi'nin *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarını öğretici bulmasında herhangi bir yanılma durumu söz konusu değildir. Bu içtihatlar uluslararası insan hakları hukukunda yer alan *ne bis in idem* ilkesinin yorumu ile desteklenmektedir.

63. Yukarıda yer alan bilgiler ışığında Temyiz Dairesi statü 17(1)(c) maddesi ile 20(3) maddeleri beraber okunduğunda bu hükümler çerçevesinde bir dava hakkında kabul edilemezlik kararı alınması için ulusal yargı tarafından alınan nihai bir karar olması gerekmektedir. Temyiz Dairesi, bu nedenle, temyiz Edilen Kararı teyit eder ve Ön Yargılama Dairesinin statü 17(1)(c) maddesi ile 20(3) maddeleri bir davayı kabul edilemez bulmak için gerekli olan nihai bir karara sahip olma gerekliliğini haklı bulmaktadır. Bu çerçevede Temyiz Dairesi Bay Kaddafi'nin ilk temyiz gerekçesini reddetmiştir.

D. İKİNCİ TEMYİZ GEREKÇESİ

64. Bay Kaddafi'nin avukatı 2. Temyiz gerekçesinde Bay Kaddafi'ye 6 numaralı yasanın uygulandığını ve bu yargılama sonucunda kendisi hakkında kesin bir mahkûmiyet kararı alındığını söyleyerek Ön Yargılama Dairesi'nin davaya ilişkin yasal, olgusal ve usule ilişkin hususlarda yanlıya düştüğünü iddia etmiştir.¹¹³

1. İtiraz Edilen Karardaki İlgili Kısım

65. Ön yargılama dairesi 6 numaralı yasanın 2 sebeple Bay Kaddafi'ye uygulanamayacağı görüşündedir. İlk olarak kendisine isnat edilen suçlar kanunun kapsamı dışında kalmaktadır ve ikinci olarak ilgili yasa uluslararası hukukla bağdaşmamaktadır.¹¹⁴

¹¹³ Temyiz Özeti, para. 36-109.

¹¹⁴ Temyiz Edilen Karar, para. 56-78.

66. 6 numaralı yasanın ülke içinde işlenen suçlara uygulanmasında Ön Yargılama Dairesi Libya Hükümeti 2015 tarihli 6 numaralı yasanın 3. maddesinin af konusunu düzenlediğini ve sanık Seyfülislam Kaddafi'ye atfedilen cinayet ve yolsuzluk gibi suçların madde kapsamı dışında tutulduğu görülmüştür.¹¹⁵ Ayrıca 6 numaralı yasanın 6. maddesine göre yetkili yargı mercii tarafından verilen gerekçeli karar ceza davasının kapatılması için bir ön koşul olarak düzenlenmiştir.¹¹⁶ Ön yargılama dairesi 2015 tarihli 6 numaralı yasanın uygulanması ve etkinliği konularından bağımsız olarak ve yasanın uygulanıp uygulanmadığı konusunda farklı beyanlar olduğunu da not ederek şu andaki kabul edilebilirlik itirazı hakkında hüküm vermenin zorluğu nedeniyle bu hususu dikkate almamaktadır.¹¹⁷ 6 numaralı yasanın etkinliği tartışmasında yargı sürecini sonlandırırsa dahi kendisine atfedilen ülke sınırlarında işlediği suçlar bakımından ve bu yasanın temel işlevi açısından Bay Kaddafi'ye uygulanması otomatikman mümkün değildir.¹¹⁸ Özellikle, Ön Yargılama Dairesi kişilerin kimlikleri dolayısıyla katledilmesi, insan kaçırma, zorla kaybedilme ve işkence gibi eylemler yasa tarafından genel ve özel af kapsamı dışında tutulmuştur.¹¹⁹
67. İkinci sebep ise ön yargılama dairesi tarafından 'ciddi ve sistematik insan hakları ihlallerine karşı güçlü ve büyüyen bir evrensel farkındalığın söz konusu olması -burada doğası gereği insanlığa karşı suç oluşturan eylemler mevcuttur- ve bu suçların uluslararası hukuk bakımından genel veya özel affa konu olmayacağına inanılmaktadır.¹²⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları

¹¹⁵ Temyiz Edilen Karar, para. 57.

¹¹⁶ Temyiz Edilen Karar, para. 57.

¹¹⁷ Temyiz Edilen Karar, para. 57.

¹¹⁸ Temyiz Edilen Karar, para. 58.

¹¹⁹ Temyiz Edilen Karar, para. 59, 28 Eylül 2018 tarihli Savcılık Cevabındaki EK 8.3'e atıf yapar, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8.3, s.3; İngilizce tercüme için Bkz. Savunma Tarafından Sunulan Belgeler EK 3-i) Dr. Seyfülislam'ın Roma Statüsü'nün 17(1)(c), 19 ve 20(3) Maddeleri uyarınca yaptığı "Kabul Edilebilirlik İtirazı" Eklerinin çevirileri ve ii) belgelerin daha iyi versiyonları, 13 Eylül 2018, ICC-01/11-01/11-650-AnxIII-tENG ('Law No. 6'), s.3.

¹²⁰ Temyiz Edilen Karar, para. 61.

Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve diğer *ad hoc* mahkemeler ile uluslararası mahkeme içtihatları incelendikten sonra¹²¹ Ön Yargılama Dairesi tarafından insanlığa karşı suç oluşturan örneğin öldürme gibi ciddi suçlar açısından genel veya özel af çıkarılması insan hakları ile bağdaşmamaktadır.¹²²

2. Temyiz Dairesi Önündeki Beyanlar

a. Bay Kaddafi adına Sunulan Beyanlar

68. Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesi'nin gerekçeli bir karar veremeyerek esas ve usul açısından hata yaptığını ilk iddia olarak dile getirmiştir.¹²³ Ön yargılama dairesinin kendileri tarafından sunulan beyanları ve delilleri dikkate alma konusunda başarısız bir portre sergilediği ve onların neden reddedildiğini açıklayan gerekçeli bir karar vermesi gerekirdi.¹²⁴
69. İkinci olarak Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesinin El-Bayda geçiş hükümetince *de facto* olarak uygulanan 6 numaralı yasayı dikkate almayarak hukuki bir yanılğı içine düşmüştür.¹²⁵ 6 numaralı yasanın zaten kendisine uygulandığını desteklemek için Bay Kaddafi'nin avukatı kendisinin gözaltı sürecinde salıverilmesi, Libya'da dava açma ehliyeti olması ve kendisine Libya makamları tarafından ülke kimlik belgeleri verilmesi konularını örnek göstermiştir. Bu sebepler kapsamında kendileri tarafından *in absentia* bir yargılama süreci söz konusu olsa idi bu tip durumların gerçekleşemeyeceğini savunmaktadır.¹²⁶ Bu meyanda Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından kayıtlara geçmesi ve esasa ilişkin değerlendirmeler için Şubat 2019 tarihinde- Trablus'ta yer alan Libya Sivil Nüfus İdaresi tarafından Bay Kad-

¹²¹ Temyiz Edilen Karar, para. 62-76.

¹²² Temyiz Edilen Karar, para. 77.

¹²³ Temyiz Özeti para. 36(i), 37-42.

¹²⁴ Temyiz Özeti para. 37.

¹²⁵ Temyiz Özeti para. 36(ii), 43-64. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.68, 18. Paragraftan s.71 3. Paragrafa kadar; s.77 14. Paragraftan s.78 16. Paragrafa kadar.

¹²⁶ Temyiz Özeti para. 44-46. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.68 18. Paragraftan s.71 3. Paragrafa kadar.

dafi'nin nüfus kayıtları ile alakalı olan (Belgelerin Kabulü Talebiyle) 4 adet ek belge mahkemeye sunulmuştur.¹²⁷ Bay Kaddafi'nin avukatı belgelerin sınırlı bir kapsamda olduğunu (farklı bir konuyu ele aldığını) iddia ederek onların büyük oranda ikinci temyiz gerekçesi ile ilgili olduğu ve Ön yargılama dairesince göz ardı edilen veya önemsenmeyen esasa ilişkin kabul ve değerlendirmeler kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹²⁸ Bay Kaddafi adına bu belgelerin 9 Kasım 2018 tarihli birleştirilmiş cevaplarından 3 ay sonra ve temyiz Edilen Karardan önce sunulduğu iddia edilmiştir.¹²⁹

70. Üçüncü olarak Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesi'nin 6 numaralı yasanın kendisine atfedilen suçlamalar konusunun tespiti ve bunların Bay Kaddafi'ye uygulanamayacağı konusunda hukuken hatalı bir değerlendirme yapmaktadır.¹³⁰ Ön Yargılama Dairesi yanlış bir şekilde kendisinin mahkûm edildiği suçlara odaklanmak yerine kendisine atfedilen suçlamalara odaklanmaktadır.¹³¹ Bay Kaddafi mahkûm edildikten sonra 6 numaralı yasa kendisi hakkında uygulanırsa idi bu nedenle Bay Kaddafi kendisinin işlediği suçlardan ziyade kendisine atfedilen suçlara ilgili yasanın uygulandığını savunmaktadır.¹³² Bu nedenle Temyiz Dairesi'nin Bay Kaddafi tarafından işlenen suçlara uygulanma konusunda istisnalar getiren 6 numaralı yasanın 3. maddesinin uygulanması gerekir.¹³³
71. Dördüncü olarak Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesi'nin uluslararası hukuk bakımından 6 numaralı yasanın geçerliliği dikkate alındığında Libya hukuku gereğince mahkumiyetinin nihai karar olduğu düşünülünce hatalı bir karar aldığını iddia etmektedir.¹³⁴ Burada Bay Kaddafi'nin avukatı

¹²⁷ Temyiz Özeti para. 47-48. Ayrıca Bkz. Gizli EK 1.

¹²⁸ Temyiz Özeti para. 48.

¹²⁹ Temyiz Özeti para. 47, ayrıca El-Senussi Kabul Edilebilirlik Davasına atfen, para. 58-59 kabul edilebilirlikle ilgili temyiz başvurularında ek delillerin kabul edilebilirliği.

¹³⁰ Temyiz Özeti para. 36 (iii), 65-74.

¹³¹ Temyiz Özeti para. 65.

¹³² Temyiz Özeti para. 66.

¹³³ Temyiz Özeti para. 73.

¹³⁴ Temyiz Özeti para. 36 (iv), 75-86.

tarafından 'ulusal hukuktaki bir ilkenin etkili bir şekilde ortadan kaldırılarak Ön Yargılama Dairesi tarafından bir yetki aşımı gerçekleştirildiği' iddia edilmektedir.¹³⁵ Bay Kaddafi'nin avukatı 'burada ulusal hukuk kapsamında bir mesele olduğu' ve Ön Yargılama Dairesinin 'uluslararası hukuktaki genel af düzenlemesiyle bağlantı kurarak' hukuken yanıldığını savunmaktadır.¹³⁶ Kendisi ayrıca Statü'nün 21(3) maddesinin 'ulusal hukukun uluslararası kabul görmüş insan hakları ile uyumlu olması gerektiğini düzenlediğini söylemiştir'.¹³⁷

72. Bay Kaddafi'nin avukatı son olarak beşinci argümanında Ön Yargılama Dairesi'nin 6 numaralı yasanın uluslararası hukukla bağdaşmadığını söyleyerek hukuken yanıldığını savunmuştur.¹³⁸ Temyiz Dairesi'nin 6 numaralı yasanın uluslararası hukuk bakımından geçerliliği konusunda yanılmasa dahi genel ve özel af çıkarmanın öldürme gibi insanlığa karşı suç oluşturan uluslararası kabul görmüş insan hakları ile bağdaşmayacağı değerlendirmesinde yanlış bir değerlendirme yaptığı görüşündedir.¹³⁹ Temyiz Dairesi Bay Kaddafi'nin serbest bırakıldığı dönemde insanlığa karşı suçlar konusunda genel ve özel af çıkarılamayacağı gibi bir uluslararası hukuk kuralı olmadığını iddia etmiştir. Kendisi Temyiz Dairesi'nin Bay Kaddafi'nin serbest bırakıldığı Nisan 2016 tarihinde insan hakları hukuku ile alakalı, en azından insanlığa karşı suçlar bakımından tüm şartlı genel ve özel aflar, böyle bir somut yasaklama durumu olmadığını savunmaktadır.¹⁴⁰ Kendisi 'buradaki doğru pozisyonun ilgili otoritelerin basitçe üstünü örtme veya şartsız genel aflar çıkarma yönünde bir trend olduğu -fakat nitelikli genel aflar veya mahkûmiyet sonrası cümle değişiklikleri olmadığı- uluslararası insan hakları hukuku ile bağdaşmayan belirli suçlar için söz konusu olduğu' yönünde

¹³⁵ Temyiz Özeti para. 76.

¹³⁶ Temyiz Özeti para. 76; ayrıca Bkz. para. 77-86.

¹³⁷ Temyiz Özeti para. 76.

¹³⁸ Temyiz Özeti para. 36 (v), 87-109.

¹³⁹ Temyiz Özeti para. 87.

¹⁴⁰ Temyiz Özeti para. 87 (orijinali vurgulanmıştır), Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.73, 16. paragraftan s.74 23. Paragrafa kadar.

bir sunum yapmıştır.¹⁴¹ Kendisi buradaki uyuşmazlığa dair uluslararası hukuku değerlendirmiş¹⁴² ve Ön Yargılama Dairesi'nin kuraldaki [...] nüansları [hukuk sistemi içindeki] hesaba katmadığı ve bu nedenle uluslararası tanınmış insan hakları ile uyumlu olmadığı kanaatine varmıştır.¹⁴³ Bay Kaddafi'nin avukatı 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi için uygulanmış genel nitelikte bir af olmadığını iddia etmiştir. Af ulusal uzlaşma sürecinin bir parçası olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁴ Geçerli olduğunda mağdurların tazminat haklarını açıkça korur. O ayrıca Libya'da Bay Kaddafi'nin kendisine yöneltilen suçlamalar kapsamında kovuşturma ve soruşturma süreçlerinin eksiksiz bir şekilde yürütüldüğü ve kendisi hakkında hüküm verilerek cezalandırıldığını belirtmiştir.¹⁴⁵ Bay Kaddafi'nin avukatı bu nedenle Temyiz Dairesi'nin 6 numaralı yasanın kendisine uygulanması konusunda 'uluslararası anlamda tanınmış insan haklarına aykırı olmadığı' yönünde bir karar alması gerektiği kanaatindedir.¹⁴⁶

73. 6 numaralı yasanın geçerliliği konusunda Bay Kaddafi adına duruşma esnasında yapılan savunmada Libya ulusal mahkemelerinin bu yasaı uyguladığını, Libya Başsavcılık makamının bu başvuruyu kabul ettiğini ve bu dairenin de yasanın geçerliliğini araştırırken disiplin önlemlerini benimsemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁴⁷ Mahkemenin yerel yargılama tarafından belirlenen cezaların orantılı olup olmadığı konusunda duruşma esnasında da yükselen sorular karşısında Bay Kaddafi'nin avukatı mahkemelerin farklı ulusal ve uluslararası cezalandırma pratiklerini göz önüne alarak tamamlayıcılık prensibi çerçevesinde çalışması gerektiğini söylemiştir.¹⁴⁸

¹⁴¹ Temyiz Özeti para. 89. Ayrıca Bkz. para. 104-105.

¹⁴² Temyiz Özeti, para. 91-104.

¹⁴³ Temyiz Özeti, para. 101.

¹⁴⁴ Temyiz Özeti, para. 106.

¹⁴⁵ Temyiz Özeti, para. 107.

¹⁴⁶ Temyiz Özeti, para. 109.

¹⁴⁷ Transkript 11 Kasım 2019, s.52 25. Paragraftan s.55 9. Paragrafa kadar. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019 s.68 18. Paragraftan s.71 3. Paragrafa kadar.

¹⁴⁸ Transkript 12 Kasım 2019, s.78 19. Paragraftan s.82 4. Paragrafa kadar, Bkz. özellikle, s.79 20-24 arası paragraflar.

b. Savcının Beyanları

74. Savcı şu iddialarda bulunmuştur: (i) temyiz Edilen Kararın gerekçeli olduğu;¹⁴⁹ (ii) Ön Yargılama Dairesi'nin 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'nin işlenmiş olduğu suçlara uygulanmamasının doğru olduğu;¹⁵⁰ (iii) Bay Kaddafi'nin dosyasında El-Bayda geçiş dönemi hükümetinin 6 numaralı yasayı uygulamasının isabetli olduğu ve özellikle Ön Yargılama Dairesi'nin El-Bayda geçiş dönemi hükümetinin bazı üyelerinin davranışlarına güvenmediği¹⁵¹, Bay Kaddafi'nin sözde serbest bırakılmasının 6 numaralı yasanın kendisine geçerli bir şekilde uygulandığı anlamına gelmediği¹⁵² ve de buradaki belgelerin 6 numaralı yasanın kendisine uygulanmasını sağlamadığı;¹⁵³ (iv) 6 numaralı yasanın Trablus Mahkemesi'nin nihai hükmünü düzenlemediği ve bu nedenle Ön yargılama dairesinin 6 numaralı yasayı uygulamasının uluslararası hukukla bağdaşmadığı¹⁵⁴ ve ön yargılama dairesi Statü'nün 21. maddesini sağduyulu bir şekilde uygulamak suretiyle görevini yerine getirmiştir.¹⁵⁵
75. Savcı belgelerin kabul edilmesi talebinin reddedilebileceğini iddia etmiştir. Savcı temel olarak bu talebin mahkeme 62(1)(b) regülasyonu ile uyumlu olmadığı (Temyiz Dairesi öncesi sunulan ek deliller ile ilgilidir) görüşündedir.¹⁵⁶ Bu belgeler temyiz Edilen Karardan yaklaşık 5 hafta önce verilmiştir.¹⁵⁷ Bay Kaddafi'nin avukatı neden ön yargılama öncesinde kabul edilme-

¹⁴⁹ Savcılığın Cevabı, para. 28-32.

¹⁵⁰ Savcılığın Cevabı, para. 33-44. Ayrıca Bkz. Transkript, 11 Kasım 2019, s.91 21-25. Paragraflar; s.92 14-18. Paragraflar; s.94 11-20. Paragraflar.

¹⁵¹ Savcılığın Cevabı, para. 45-55.

¹⁵² Savcılığın Cevabı, para. 45, 56-61.

¹⁵³ Savcılığın Cevabı, para. 45, 62-71.

¹⁵⁴ Savcılığın Cevabı, para. 72-107. Ayrıca Bkz. Transkript, 11 Kasım 2019, s.89 20. Paragraftan s.91 20. Paragrafa kadar; s.100, 1-9 arası paragraflar.

¹⁵⁵ Savcılığın Cevabı, para. 72, 108-115.

¹⁵⁶ Savcılığın Cevabı, para. 64.

¹⁵⁷ Savcılığın Cevabı, para. 64, 24 Şubat 2019 tarihli 1A, 1C VE 1D başlıklı EKLER'in not edildiği yerde konumlanmış; EK 1B 27 Şubat 2019 tarihlidir.

diklerini açıklayamamıştır. Özellikle onun kendi Libyalı avukatı bu belgeleri elde etmek için sürece dahil olduğunda¹⁵⁸ ve Temyiz Dairesi, Ön Yargılama Dairesi'nin bunu neden yapmadığı konusuna eğilmemiştir.¹⁵⁹ Savcı Bay Kaddafi'nin avukatının bu belgelerin Temyiz Dairesi tarafından kabul edilmesinin adalete nasıl bir yararı olacağı konusunu inandırıcı bulmamıştır.¹⁶⁰

76. Son olarak Savcı, Ön Yargılama Dairesi'nin 6 numaralı yasa hakkındaki bulgularının doğru olmasına rağmen, *obiter dicta* olarak, eğer Temyiz Dairesi Ön Yargılama Dairesinin Trablus Mahkemesi'nin yargılama sonu-çlanmamış ve 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye uygulanamaması bulguları çerçevesinde, Temyiz Dairesinin Bay Kaddafi'nin uluslararası hukuka uyum doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği yönündeki argümanını değerlendirmesine gerek kalmamıştır.¹⁶¹
77. Duruşma esnasında savcı Bay Kaddafi'nin 4,5 yıllık hapiste kalma süresinin koruma amaçlı soruşturma yapıldığı gerekçesine dayansa dahi açıkça oran-tısız olduğu kanaatinde-dir.¹⁶² Savcı ayrıca 6 numaralı yasanın Libya iç hu-kuku bakımından geçerli olmadığını¹⁶³ ve olsa dahi Bay Kaddafi'ye esas ve usul açısından uygulanamayacağını belirtmiştir.¹⁶⁴

c. MİKHM'nin Beyanları

78. MİKHM Bay Kaddafi'nin avukatının bu temyiz gerekçesine karşı çıkmak-tadır: (i) esasa dair bir hata gösterilememektedir, (ii) farklı bir şey öne sürü-lemez ancak Daire ile olgusal bulgular konusunda genel bir anlaşmazlık söz

¹⁵⁸ Savcılığın Cevabı, para. 64, Temyiz Özeti'ne atfen, para. 45.

¹⁵⁹ Savcılığın Cevabı, para. 64, El-Senussi Kabul Edilebilirlik Kararı'na atfen, para. 58-59.

¹⁶⁰ Savcılığın Cevabı, para. 64.

¹⁶¹ Savcılığın Cevabı, para. 73, 116-119.

¹⁶² Transkript 11 Kasım 2019, s.95 8. Paragraftan s.99 24. Paragrafa kadar; Transkript 12 Kasım 2019, s.61 15. Paragraftan s.64 23. Paragrafa kadar.

¹⁶³ Transkript 12 Kasım 2019, s.50 19. Paragraftan s.52 3. Paragrafa kadar.

¹⁶⁴ Transkript 12 Kasım 2019, s.52 4-12. Paragraflar; s.53 20. Paragraftan s.57 3. Paragrafa kadar; s.59 5. Paragraftan s.60 1. Paragrafa kadar.

konusudur, (iii) izinsiz bir şekilde önceki argümanlar yenilenmiştir [...]; ve (iv) temyiz Edilen Karar hakkında yanlış beyanda bulunulmuştur.¹⁶⁵

79. Belgelerin kabulü talebi hakkında ise MİKHM Temyiz Dairesinin Ruto dosyasına atıf yapmıştır: Devlet tarafından önceden yapılan bazı itirazlarla alakalı kabul edilebilirlik itirazını değiştirmek için davayı destekleyici ek deliller sunulması beklenemez.¹⁶⁶ Bay Kaddafi hakkında da *mutatis mutandis* olarak aynı şeyin uygulanması gerekir.¹⁶⁷ MİKHM'ye göre Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesine kabul edilebilirlik yönündeki itirazını yaptığı zaman belgeleri neden daha önce sunulmadığına dair herhangi bir argüman ileri sürmemiştir.¹⁶⁸ Bunun yerine Ön Yargılama Dairesi'ne birleştirilmiş cevap verilmesinden 3 ay sonra basit bazı belgeler sunulmuştur.¹⁶⁹ Ayrıca, Bay Kaddafi'nin avukatı bu dönemde ilgili belgelerin herhangi bir şekilde mevcut olduğunu veya durumun tespit edilmesi gibi yollarla ulaşılabileceğini göstermemiştir.¹⁷⁰
80. Duruşma esnasında MİKHM Ön Yargılama Dairesinin en ciddi suçlar bakımından genel af çıkarılmasının uluslararası hukukla bağdaşmadığı yönündeki kararının doğru olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁷¹
81. Bay Kaddafi'nin avukatı Ön Yargılama Dairesinin hukuken yanıldığını gösterememesi halinde yaptıkları temyiz başvurusunun Temyiz Dairesince tamamen reddedileceğini ifade etmiştir.¹⁷²

¹⁶⁵ MİKHM'nin Cevabı, para. 23; Ayrıca Bkz. para. 23-71.

¹⁶⁶ MİKHM'nin Cevabı, para. 38, 2. 'Ön Yargılama Dairesi'nin 30 Mayıs 2011 tarihli Kenya Cumhuriyeti tarafından yapılan Temyiz Başvurusuna ilişkin Kararı "Kenya Hükümeti'nin Sözleşme'nin 19(2)(b) Maddesi uyarınca Davanın Kabul Edilebilirliğine İtiraz Etmesi hakkındaki Karar", No. ICC-01/09-01/11-307 OA, 30 Ağustos 2011, para. 100.

¹⁶⁷ MİKHM'nin Cevabı, para. 38.

¹⁶⁸ MİKHM'nin Cevabı, para. 38.

¹⁶⁹ MİKHM'nin Cevabı, para. 38.

¹⁷⁰ MİKHM'nin Cevabı, para. 38, Temyiz Başvurularındaki ek delil talepleri hakkındaki ad hoc mahkemelerin içtihatlarına atıfta bulunarak.

¹⁷¹ MİKHM'nin Cevabı, para. 62, Ayrıca Bkz. Transkript 11 Kasım 2019, s.112, 14. Paragraftan s.113 20. Paragrafa kadar.

d. Libya'nın Beyanları

82. Libya esas itibariyle 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye uygulanmadığını ve bu nedenle kendisinin herhangi bir fayda sağlamadığı görüşündedir.¹⁷³ Duruşmalar esnasında Libya'nın temsilcisi temyiz Edilen Kararın doğru olduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁴ 6 numaralı yasanın varlığı inkâr edilmezken¹⁷⁵ cezasızlığın sağlanması için yanlış yorumlandığını ifade etmişlerdir.¹⁷⁶ Libya hem esas hem de usul açısından Bay Kaddafi'ye atfedilen suçların yasa kapsamında olmadığını iddia etmiştir.¹⁷⁷ Libya ayrıca bu yasa kapsamında bulunsaydı dahi Bay Kaddafi'nin herhangi bir pişmanlık belirtmemesi ve Libya yargı organlarının Bay Kaddafi hakkında herhangi bir genel af kararı vermemesi nedeniyle 6 numaralı yasa için gerekli ön koşullar sağlanmamıştır.¹⁷⁸

e. *Amici curiae*'nin Beyanları

83. Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçular Platformu ki onlar ortak bir beyanda bulunmuştur, 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye hukuka uygun bir şekilde uygulanmadığını ve Trablus Mahkemesi kararının kesin hüküm niteliğinde olmadığını belirtmiştir.¹⁷⁹ Onlar ayrıca Bay Kaddafi tarafından bu yasa kapsamında yapılacak herhangi bir başvurunun uluslararası hukuka uygun olmadığı için mahkeme tarafından tanınmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁰ Duruşma sırasında Bay Kaddafi tarafınca madde 20(3) çerçevesinde mahkeme dışında gerçekleşen gelişmeler, örneğin yasama ve yü-

¹⁷² MİKHM'nin Cevabı, para. 72.

¹⁷³ Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 29-30.

¹⁷⁴ Transkript 12 Kasım 2019, s.92 4-12. Paragraflar; s.99 5. Paragraftan s.100 4. Paragrafa kadar.

¹⁷⁵ Transkript 12 Kasım 2019, s.90 8-19. Paragraflar.

¹⁷⁶ Transkript 12 Kasım 2019, s.6 14-20. Paragraflar.

¹⁷⁷ Bkz. özellikle, Libya'nın Beyanları, para. 29, ve Transkript 12 Kasım 2019, s.6 15-19. Paragraflar.

¹⁷⁸ Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 29-30, 33; Transkript 12 Kasım 2019, s.6 14. Paragraftan s.10 14. Paragrafa kadar.

¹⁷⁹ Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçu Gözlemleri para. 13-14. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.14 8. Paragraftan s.15 22. Paragrafa kadar.

¹⁸⁰ Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçu Gözlemleri para. 15-25. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.18 2. Paragraftan s.23 1. Paragrafa kadar.

rütme organları tarafından uygulanan genel afların¹⁸¹ mahkeme tarafından da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸² Cezaların etkinliği ve özellikle Bay Kaddafi ile ilgili olarak bu dosyadaki olguların insanlığa karşı suçlara etkili ceza verilmesi amacına yaklaşmadığı ve bunun aksi olması halinde statü ile gerçekleştirilmek istenen hedefleri baltaladığı söylenmiştir.¹⁸³

84. Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi 6 numaralı yasanın Libya'da sosyal uzlaşma için çıkarıldığı ve uluslararası hukukla uyumlu olduğu oranda geçerli olduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁴ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi özellikle Libya Parlamentosunun 6 numaralı yasayı çıkarmasının başlıca nedenlerinden birisinin, Bay Kaddafi'ye yöneltilen suçlamalar karşısında orantısız bir şekilde hükümler verilmesi olduğu yönünde beyanda bulunmuştur.¹⁸⁵ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Libya yargısının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda tam bir güven olmasına ve Bay Kaddafi yargılaması açısından bir şüphe olmamasına rağmen yine de Trablus'ta misilleme ve intikam alma uygulamaları gerçekleştiren milislerin istilası altında duruşmaların görüldüğünü ifade etmiştir.¹⁸⁶ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi ayrıca 630/2012 sayılı dosyada Bay Kaddafi ile yargılanan veya idam cezası alan bazı sanıkların genel aftan faydalandığını ve Bay Kaddafi'ye itham edilen suçlardan dolayı affedildikleri ve bu mağdurların haklarının genel aftan etkilenmediğini belirtmiştir.¹⁸⁷ Sunulan beyanlarda Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi uzlaşma için bir kapı açmak üzere getirilen genel af düzenlemesinin Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi'nin bütün çabalarına rağmen taraflarca reddedildiği¹⁸⁸ ve kanunun uygulanma-

¹⁸¹ Transkript 12 Kasım 2019, s.23 10-11. Paragraflar.

¹⁸² Transkript 12 Kasım 2019, s.23 2. Paragraftan s.29 8. Paragrafa kadar.

¹⁸³ Transkript 12 Kasım 2019, s.31 1-5. Paragraflar.

¹⁸⁴ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 9-17. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.37 9. Paragraftan s.40 10. Paragrafa kadar.

¹⁸⁵ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 15.

¹⁸⁶ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 15.

¹⁸⁷ Libya Şehirleri ve Kabileleri Üst Konseyi Gözlemleri, para. 28.

¹⁸⁸ Transkript 12 Kasım 2019, s.38 7-8. Paragraflar.

sına ilişkin olarak (6. maddenin 2. fıkrasında yer alan) mevcut dava bakımından gerekli pişmanlık ifadesinin de oluşmadığı açıklanmıştır.¹⁸⁹

3. Temyiz Dairesinin Tespitleri

85. Ön yargılama dairesi önünde Bay Kaddafi'nin avukatı yerel yargılamada kesin hüküm alınıp madde 17(1)(c) ve 20(3) gereğince kabul edilemezlik kararı alınsa dahi 6 numaralı yasa gereğince kendisinin genel aften faydalanacağını ve böylece pratik anlamda Libya'da kendisine karşı yürütülen yargılamanın nihai hale geldiğini iddia etmiştir. Ön yargılama dairesi Bay Kaddafi'nin iddiasını reddetmiştir. Temyiz aşamasında Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesinin bulgularına dair bazı iddialarda bulunmuştur.

a. 6 Numaralı Yasanın Etkisi

86. Bay Kaddafi'nin avukatı ilk iddia olarak ön yargılama dairesinin gerekçeli bir görüş sağlamadığını iddia etmiştir.¹⁹⁰ Esas itibarıyla ön yargılama dairesinin şimdi tekrarlanan ve daha önce de kendisi tarafından öne sürülen iddiaların büyük kısmına değinmediğini ifade etmiştir.

87. Temyiz Dairesi Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından gerekçeli bir karar sunulmadığı şeklindeki iddia konusunda ikna olmamıştır. İtiraz edilen kararda ön yargılama dairesi 6 numaralı yasanın neden uygulanamayacağını açıklamış ve 6 numaralı yasanın geçerliliği ve uygulamasından bağımsız olarak madde 3(4) gereğince Bay Kaddafi'nin işlemiş olduğu suçların yasanın kapsamı dışında olduğunu ifade etmiştir.¹⁹¹ Ön yargılama dairesi, Bay Kaddafi dosyasındaki 6 numaralı yasanın uygulanmasına dair, Libya Hükümetinin konumunu da dikkate alarak bir değerlendirme yapmıştır.¹⁹² Özellikle ön yargılama dairesi özellikle Başsavcılık tarafından yapılan be-

¹⁸⁹ Transkript 12 Kasım 2019, s.38 11-15. Paragraflar.

¹⁹⁰ Temyiz Özeti, para. 37-42.

¹⁹¹ Temyiz Edilen Karar, para. 59. Ayrıca Bkz. 6 numaralı yasa madde 3(4).

¹⁹² Temyiz Edilen Karar, para. 59.

yanları kabul etmiştir. Bu başvurularda 2015 tarihli 6 numaralı yasanın 3. maddesi hükmü kapsamında Bay Kaddafi'ye de isnat edilen öldürme gibi suçların yasanın uygulama kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir.¹⁹³ Temyiz Dairesi bu nedenle ön yargılama dairesinin yaklaşımının oldukça net ve gerekçeli bir karar verilmediği iddiasını da reddeder nitelikte olduğunu belirtmiştir. Burada belirlenmesi gereken temel mesele ise ön yargılama dairesinin kararının doğru olup olmadığı hususudur.

88. Statü'nün 17(1)(c) maddesi bakımından kabul edilebilirlik konusunda genel affin uygulanıp uygulanmayacağı hususu ön yargısız bir şekilde değerlendirildiğinde -özellikle kişinin Statü'nün madde 17(1)(c) amaçları doğrultusunda yargılanıp yargılanmadığı- ve Temyiz Dairesi tarafından takip eden sebeplerle Ön Yargılama Dairesi'nin 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi aleyhindeki dosya bakımından düzenleyici bir hüküm bulundurmadığı ve dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermesinin hukuken yanlış olmadığına karar verilmiştir.
89. Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesinin 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye yöneltilen hangi suçlara uygulanmayacağına dair iddialarda bulunmuştur. Özellikle ön yargılama dairesinin (i) kendisinin mahkûm edildiği suçlardan ziyade kendisine itham edilen ülke içinde gerçekleşen suçlara odaklandığı¹⁹⁴ ve (ii) anılan yasanın madde 3(4) hükmü kimliğe dayalı öldürme suçlarını kapsam dışı bıraktığından, insan kaçırma, zorla kaybetme ve işkence gibi suçlar bakımından genel veya özel af uygulanamayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁵ Bu konuda Bay Kaddafi'nin avukatı 'kimlik bazlı öldürme' konusunda bir ek unsur olarak mağdurların özellikle etnik, dini ya da diğer gruplara (bazı yargı sistemlerinde nefret suçu olarak geçen)¹⁹⁶ mensubiyeti nedeniyle kişilerin hedef haline geldiğini belirtmiştir. Her ne kadar Bay Kaddafi'nin mahkumiyeti "öldürme" veya "keyfi öldürme" suçları ile bağ-

¹⁹³ Temyiz Edilen Karar, para. 57, *inter alia*'ya atfen, Annex 8 Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8.

¹⁹⁴ Temyiz Özeti para. 65-66.

¹⁹⁵ Temyiz Özeti para. 65-67.

¹⁹⁶ Temyiz Özeti para. 68.

lantılı ise de Libya'daki yargılamalarda bu ek unsurun gerekli olduğunu gösteren hiçbir şey iddia edilmemiş, yargılanmamış veya kurulmamıştır.¹⁹⁷

90. Bay Kaddafi'nin ilk iddiasına gelinirse -Ön Yargılama Dairesi doğru olmayan bir şekilde kendisinin mahkûm olduğu suçlardan ziyade ülke yargılamasında kendisine isnat edilen suçlara odaklanmıştır- Temyiz Dairesi tarafından temyiz Edilen Kararda gerçekten Bay Kaddafi'ye ülke içinde işlediği isnat edilen suçlara atıfta bulunulmuştur.¹⁹⁸ Ancak 6 numaralı yasanın etkisi değerlendirilirken ön yargılama dairesi özellikle Bay Kaddafi'nin hüküm giydiği suçların aksine kendisine isnat edilen suçlara değinmiştir. Temyiz dairesi ayrıca Bay Kaddafi'nin avukatının iç hukukta mahkûm olunan suçlamalar ile isnat edilen suçlar arasındaki farka dair ve bunun davanın kabul edilebilirliği ile alakalı nasıl bir fark yaratacağına dair bir açıklama yapmadığını iddia etmiştir. Bu nedenle Temyiz Dairesi, Bay Kaddafi'nin avukatının iddiasını reddetmiştir.
91. Ön yargılama dairesinin Bay Kaddafi'nin 'kimlik bazlı öldürme' eylemlerinin genel af dışında olduğuna dair konudaki hukuki yanılışına dair Bay Kaddafi'nin iddiası konusunda ise Temyiz Dairesi ön yargılama dairesinin buradaki suçların 'kimlik bazlı öldürme' olduğuna dair herhangi bir yoruma ulaşamadığını belirtmiştir. Bay Kaddafi'nin avukatı kurbanların belirli bir etnik, dini veya diğer gruplara (bazı yargı sistemlerinde bunlar nefret suçu olarak nitelendirilmektedir)¹⁹⁹ mensubiyeti nedeniyle seçilmesi durumunda bunun kimlik bazlı öldürme olduğu şeklinde bir yorum yapmıştır. Bay Kaddafi'nin avukatı Libya hukukunda ve yargı organları arasında kendi yorumunu destekleyici herhangi bir dayanak bulamadığı için ön yargılama dairesinin söz konusu suça ilişkin kendi anlayışıyla çelişecek olan bir durum söz konusu olmamıştır. Temyiz Dairesi ayrıca ön yargılama dairesinin bulgularının Libya hükümetinin 2015 tarihli 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'nin davasına uygulanmasına ilişkin tutumuyla uyumlu olduğunu belirtmiştir.²⁰⁰

¹⁹⁷ Temyiz Özeti para. 69.

¹⁹⁸ Temyiz Edilen Karar, para. 58.

¹⁹⁹ Temyiz Özeti, para. 68.

²⁰⁰ Temyiz Edilen Karar, para. 59. Ayrıca Bkz. Annex 8 Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8, s.20.

92. Bay Kaddafi'nin avukatı ön yargılama dairesinin kanunun kendisine de facto olarak uygulanmasından rahatsız olduğunu belirtmiştir. Kendisinin cezaevinden çıkması da dahil olmak üzere ve tahliyesi sonrasında Libya Başsavcılığı'na yalan beyanda bulunduğu suçlaması getirilmiştir. Esasen kendisinin ceza dosyası ile aynı savcı ilgilenmiştir ve 6 numaralı yasa herhangi bir anlaşmazlığın çözümü için belirli bir yerel mekanizma sağlamaktadır. Kanunun kendisine uygulanması konusuna itiraz etmek için ulusal bir uyuşmazlık hususu olduğu öne sürülmüş fakat bu konuda herhangi bir delil bulunmamıştır.²⁰¹ Ayrıca Trablus'taki Libya Nüfus Dairesi²⁰² tarafından Bay Kaddafi'nin kimlik kayıtları ile alakalı ve 6 numaralı yasanın Libya makamları tarafından kabul edildiğini gösteren 4 adet belge sunulmuştur.
93. Temyiz dairesi ön yargılama dairesinin Libya hükümetinin 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye uygulanmayacağına dair anlayışını benimseyerek bir yanılığa düşmediği kanaatindedir. Bu bağlamda Temyiz Dairesi madde 2 kapsamında Bay Kaddafi'nin mağdurlarla uzlaşmak için gerekli görülen "pişman olunduğuna dair beyan" ve "yeniden suç işlememe konusunda taahhüt" gibi şartları sağlanmadığını ifade etmiştir. Aynı zamanda yasanın da belirli biçimsel gerekliliklere sahip olup olmadığı konusunda da net bir bilgi olmadığı ifade edilmiştir. Temyiz Dairesi öncesindeki bilgiler ve mahkemeye sunulan beyanlar konusunda net bir bilgi yoktur. Bay Kaddafi'nin haptiden çıkması konusunda, özellikle 6 numaralı yasanın 6. maddesi kapsamında 'yetkili yargı mercii' hususunda gerekçeli bir karar için elde delil yoktur.²⁰³ Esasen bu şart ilgili kanun hükmüne göre gerekli olan bir husustur. Libya'nın her zaman zor dönemlerden geçen bir ülke olduğu ve geçiş döneminde farklı silahlı grupların ülkenin farklı bölgelerini kontrol ettiği söylenebilir. Bu anlamda bazı karışıklıkların olacağı varsayılmalıdır.

²⁰¹ Temyiz Özeti, para. 43-44.

²⁰² Temyiz Özeti EK 1.

²⁰³ Temyiz Özeti, para. 44; Kabul Edilebilirlik İtirazı, para. 25-26, ve EK C. Savcılık Cevabı, para. 46-55. Ayrıca Bkz. Savcılık Sözlü Beyanları, Transkript, 11 Kasım 2019, s.93 12. Paragraftan s.94 20. Paragrafa kadar; Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 17, 30, ss. 5, 12-14; Libya'da Adaletin Yeniden Tesisi için Hukukçu Gözlemleri, para. 13-14.

94. Buna karşın Libya makamları 6 numaralı yasanın Bay Kaddafi'ye uygulanamayacağını -Temyiz Dairesine gelmeden çok kısa bir zaman önce de dahil- farklı zamanlarda dile getirmiştir. Ön yargılama dairesi öncesinde hem yazılı hem de sözlü beyanlarında Libya'nın pozisyonu şu şekildedir (i) bu yasa Bay Kaddafi'ye uygulanamaz 'bu kanun hükümlerini uygulama yetkisi davayı incelemekle yasal olarak yetkilendirilmiş adli makama aittir' fakat Bay Kaddafi ile alakalı herhangi bir karar bulunmamaktadır;²⁰⁴ (ii) bu nedenle bu yasanın Bay Kaddafi aleyhine verilen karar üzerinde hiçbir etkisi yoktur;²⁰⁵ (iii) 2015 tarihli 6 numaralı yasanın 3. maddesine göre Bay Kaddafi'ye isnat edilen öldürme [...] fiilleri yasanın uygulama kapsamı dışındadır²⁰⁶; ve (iv) anılan yasanın 2. maddesi uyarınca²⁰⁷ Bay Kaddafi'ye isnat edilen suçlar bakımından ve kendi özelinde bu yasayı uygulamak için gerekli ön şartlar gerçekleşmemiştir. Bay Kaddafi'nin serbest bırakılmasıyla ilgili olarak, Libya'da diğer hususlarla birlikte Bay Kaddafi'nin salıverilmesine ilişkin bir adli işlem veya bu durumu gerektirecek bir hukuki durum görülmediği belirtilmiştir.²⁰⁸ Özetle, 6 numaralı yasa hakkında Libya tarafından yasanın temel amacı olan cezasızlığını önlenmesi konusunda yanlış bir yoruma gidilmiştir.²⁰⁹ Temyiz Dairesi Ön Yargılama Dairesi'nin Libya Hükümeti tarafından önceden verilen açık ifadeleri dikkate almasının hatalı bir uygulama olmadığını düşünmektedir. Temyiz aşamasında da bu tür açıklamalar yapıldığı ve temyiz aşamasında bunların kabul edilerek daha güçlü bir şekilde yer bulduğu ifade edilmiştir.

²⁰⁴ Annex 8 to the Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8, ss. 18-20.

²⁰⁵ Annex 8 to the Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8, s.20; Ayrıca Bkz. Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 30, ss. 12-14.

²⁰⁶ Annex 8 to the Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8, s.20. Ayrıca Bkz. Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 29, ss. 10-12; Transkript 12 Kasım 2019, s.6 15-19. Paragraflar ve s.7, 2-7. Paragraflar.

²⁰⁷ Transkript 12 Kasım 2019, s.9, 6-14. Paragraflar.

²⁰⁸ Annex 8 to the Prosecutor's PTC Response, ICC-01/11-01/11-653-Conf-Anx8, s.21. Ayrıca Bkz. Transkript 12 Kasım 2019, s.915. paragraftan s.10 14. paragrafa kadar; Ayrıca Bkz. Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 30, ss. 12-14.

²⁰⁹ Transkript, 12 Kasım 2019, s.6, 14-15 ve 25. Paragraflardan s.6 2. Paragraf.

95. Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından talep edilen ek belgelerin kabulü konusunda Temyiz Dairesi öncelikle bu belgelerin Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından temyiz Edilen Karardan daha önceki bir tarihe ait olduğunu belirtmiştir. Kendilerinin birleştirilmiş cevaplarını sunmalarından 3 ay sonra yayımlanmış ve belgelerin Ön yargılama dairesi öncesinde neden sunulmadığı konusunu açıklayacak herhangi bir argüman ileri sürülmemiştir. Ayrıca her halükârda, ek belgeler delil olarak kabul edilse dahi, temyiz Edilen Kararda olgular hakkında varılan sonuç üzerinde bir etki doğurmamaktadır. Libya makamlarının Temyiz Dairesi önünde yaptığı yazılı ve sözlü beyanlar göz önünde bulundurulduğunda Bay Kaddafi'nin avukatı tarafından ileri sürülen iddialar ve muhtemel yeni belgelerin Libya Hükümetinin pozisyonuna karşı koymak açısından yeterli olmadığı dile getirilmiştir.²¹⁰
96. Son olarak, Temyiz Dairesi Ön Yargılama Dairesi'nin dayandığı 6 numaralı yasanın uluslararası hukuk açısından *obiter dicta* olduğu kanaatindedir.²¹¹ Ön Yargılama Dairesi, Temyiz Dairesi'nin yukarıda vardığı sonuçlar ışığında, Trablus Mahkemesi kararının kesinleşmediği hususunu doğru tespit etmiş ve Bay Kaddafi'ye itham edilen suçlar bakımından 6 numaralı yasanın uygulanamayacağını belirtmiştir. Temyiz Dairesi temyiz başvurusunda danyılan 2. gerekçeyi değerlendirmeyi gereksiz bulmuştur. Mevcut amaçlar bakımından genel afların kabul edilebilirliğine ilişkin sorgulamalar bakımından uluslararası hukukun halen gelime aşamasında olduğu söylenebilir. Görünüşe göre Ön Yargılama Dairesi'nin buradaki soruları çözüme kavuşturmak yerine insan haklarının ciddi ihlalleri bakımından -ki onlar doğası gereği insanlığa karşı suç oluşturmaktadır- uluslararası hukuk bakımından genel veya özel affın söz konusu olamayacağına dair güçlü, büyüyen, evrensel bir eğilim görülmektedir.²¹² Bu sebeplerle Temyiz Dairesi daha fazla bu konu üzerinde durmamıştır.

²¹⁰ Bkz. örneğin, Libya'nın Beyanları, ICC-01/11-01/11-683-Conf-AnxXIII (OA8), para. 28-33; Transkript, 12 Kasım 2019, s.6, 14. Paragraftan s.10 14. Paragrafa kadar.

²¹¹ Bkz. Temyiz Edilen Karar, para. 61-78.

²¹² Temyiz Edilen Karar, para. 61.

97. Bu nedenlerle Ön Yargılama Dairesi'nin Bay Kaddafi'nin mahkeme önünde Statü'nün 17(1)(c) maddesi kapsamında ve 6 numaralı yasa bağlamında dosyasının kabul edilemez bulunması konusunda bir yanılı durumu söz konusu değildir.

V. UYGUN TEDBİRLER

98. Statü'nün 82(1)(a) maddesi uyarınca yapılan bir temyiz başvurusunu değerlendiren Temyiz Dairesi temyiz edilen kararı onayabilir, bozabilir ya da değiştirebilir (mahkeme usul ve delil kuralları 158(1). Mevcut dava bakımından temyize konu edilen kararın onaylanması uygun görülmüştür.

99. Yargıç Eboe-Osuji ve Yargıç Bossa farklı gerekçelere sahip olmakla birlikte hüküm konusunda mutabık kalmışlardır. Yargıç Ibáñez Carranza da paragraf 96 ve üstündeki satırlara atıf yaparak genel af ve özel hukuk konularına dair farklı gerekçelerini paylaşacaktır.

100. Hem İngilizce hem de Fransızca dillerinde yayımlanan bu kararın İngilizce versiyonu esastır.

Yargıç Chile Eboe-Osuji Başkanlığında

9 Mart 2020

Lahey, Hollanda

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlatabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir. Ayrıca yazarın aynı sayıda birden fazla çalışması yayınlanamaz. Birden fazla çalışma gönderilmesi halinde bu çalışmalar tarih sırasına göre sonraki sayılar için değerlendirilir. Bu kural çok yazarlı çalışmalarda da geçerlidir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişkin değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa**) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa**) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa**).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır. "Ibid" kullanımı kabul edilmeyecektir.
7. "^^" işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C:(^Cilt), S:(^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercii, ^Başvuru no, ^E, K, T, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

RESMİ GAZETE

Gazete Adı, S: Sayı, T: Tarih.

Örnek:

T.C. Resmi Gazete, S: 31640, T: 26.10.2021.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No., <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue'.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by 'Dergipark'. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees' reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author. Furthermore, one author cannot have multiple works published in the same issue. In case multiple submissions are received, these works will be evaluated for subsequent issues based on their chronological order. This rule also applies to multi-authored works.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board's approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes. The use of "Ibid" is not accepted.
7. If there is information on the issue of resource type, "^" sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The "l.a.d." expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, Ilker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> I.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> I.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> I.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article’s Name”, Journal’s Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları” Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article’s Name”, Journal’s Name <Internet address> I.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author’s Surname, Name (^Year) “Title of the Annunciation”, Editor’s Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author’s Surname, Name (Year) “Thesis Head” (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of the Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

OFFICIAL GAZETTE

Gazette Name, N: Number, D: Date.

Example:

Official Gazette of the Republic of Türkiye, N: 31640, D: 26.10.2021.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No:, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atfı yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,

- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelerle ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,

- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.