

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

DUYURU

Dergimiz 2026/1 sayısı itibariyle İngilizce genişletilmiş özetle yayımlanacaktır.

1 Temmuz 2025 tarihinden itibaren gönderilen tüm makalelerde İngilizce genişletilmiş özet bulunması zorunludur.

Genişletilmiş özet yazım kurallarına aybu.edu.tr/ybhd ve dergipark.org.tr/ybuhukuk sayfasından ulaşabilirsiniz.

FOR THE ISSUE OF
2026/1
SAYISI İÇİN

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

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

İletişim / Contact: ybhukukdergisi@aybu.edu.tr



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2025/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBLR)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor

Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editörler

Doç. Dr. 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. Dr. Emre İkbâl AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hatice AKTÜRK

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

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

Arş. Gör. Miray ÖZHAN - Arş. Gör. Betül ARGUNHAN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGISİ (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-Ocak 2025

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.aybu.edu.tr/ybhd/

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

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul -Türkiye)</i>
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>

DANIŞMANLAR KURULU

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

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 19. sayısını (2025/1) sizlerle paylaşmanın heyecanını ve gururunu yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, HeinOnline ve Asos gibi saygın indekslerde yer alarak akademik dünyada kendine sağlam bir yer edinmiş olan dergimiz, siz değerli okuyucularımızın desteğiyle, 2016 yılında yayımlanan ilk sayısından bu yana istikrarlı bir şekilde yoluna devam etmektedir.

Her sayımızda, hukukun farklı disiplinlerine dair nitelikli ve özgün çalışmalarla daha geniş bir kitleye ulaşmayı amaçlıyor, bu doğrultuda uluslararası akademik standartları yakından takip ederek yenilikçi adımlar atmaya gayret ediyoruz. Bu kapsamda, 2026/1 sayımızdan itibaren, makalelerimizi genişletilmiş İngilizce özetlerle birlikte sunacağımızı memnuniyetle duyurmak isteriz. Bu adımın, dergimizin uluslararası görünürlüğünü ve erişilebilirliğini artıracığına, böylece yazarlarımızın çalışmalarının daha geniş bir akademik topluluk tarafından değerlendirileceğine inanıyoruz. Bu önemli değişikliğe ilişkin ayrıntılı bilgilere bu sayımızda yayımlanan duyuru vasıtasıyla ulaşabilirsiniz.

Dergimizin bu sayısında, hukukun teorik ve uygulamalı yönlerini ele alan birbirinden kıymetli dokuz makale yer almaktadır. Bunlardan dört tanesi kamu hukukuna, beş tanesi ise özel hukuka ilişkindir. Her biri, alanında derinlikli ve değerli katkılar sunmaktadır.

Bu süreçte bizlere çalışmalarını gönderen saygıdeğer yazarlarımıza ve makaleleri büyük bir özveriyle değerlendiren, görüş ve önerileriyle dergimize katkıda bulunan kıymetli hakemlerimize içtenlikle teşekkür ediyoruz. Aynı şekilde, derginin hazırlanmasında emeği geçen Yayın Kurulu üyelerimize ve süreçte desteklerini esirgemeyen tüm çalışma arkadaşlarımıza şükranlarımızı sunarız.

Bir sonraki sayıda buluşmak dileğiyle, tüm okuyucularımıza saygılarımızı ve en iyi dileklerimizizi iletiyoruz.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS^(*)

Editörler Kurulundan	vi
İçindekiler	vii

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

ULUSLARARASI DENİZ GÜVENLİĞİ HUKUKU BAĞLAMINDA İNSANSIZ DENİZ ARAÇLARI ARACILIĞIYLA İŞLENEN SUÇLAR

CRIMES COMMITTED THROUGH UNMANNED MARITIME VEHICLES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL MARITIME SECURITY LAW

Hamza ÇORUM 3

İSTEĞE BAĞLI TAM TEVKİFATIN KANUNİ DAYANAĞI

THE LEGAL BASIS OF OPTIONAL FULL WITHHOLDING

Arş. Gör. Şeyma SARICALAR..... 47

HUKUK UYGARLAŞTIRICI OLABİLİR Mİ? BENTHAM'IN ULUSLARARASI HUKUKA DAİR DÜŞÜNCELERİ ÜZERINE BİR ANALİZ

CAN LAW BE CIVILIZING? AN ANALYSIS OF BENTHAM'S THOUGHTS ON INTERNATIONAL LAW

Dr. Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ..... 83

BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ ARASINDAKİ KARAR AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARINA YÖNELİK BİR İNCELEME

AN EXAMINATION OF THE JUDGMENTS OF THE COUNCIL OF STATE TAX CASE CHAMBERS REGARDING THE REJECTION OF THE REQUEST TO RESOLVE THE CONFLICT OF JUDGMENTS BETWEEN THE REGIONAL ADMINISTRATIVE COURTS

Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU 117

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

7251 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLERDEN SONRA İLK DERECE HUKUK MAHKEMELERİNDE TANIK LİSTESİNİN SUNULMA ZAMANINA İLİŞKİN UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE APPLICATION AND EVALUATION OF THE SUBMISSION TIME OF WITNESS LISTS IN FIRST INSTANCE COURTS AFTER THE AMENDMENTS MADE BY LAW NO. 7251

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ece ACAR 167

(*) Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

'BU İÇERİĞE BULUNDUĞUNUZ KONUMDA ERİŞİLEMİYOR': İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN COĞRAFI ENGELLEMELERİN AB HUKUKUNDA YANSIMALARI

'THIS CONTENT IS NOT AVAILABLE IN YOUR LOCATION': GEO-BLOCKING IN THE EU LAW CONTEXT

Dr. Fatmanur CEBECİ ÇORUM 189

ACQUISITIVE PRESCRIPTION/ADVERSE POSSESSION: TURKISH AND CHINESE LEGAL SYSTEMS

KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI: TÜRK VE ÇİN HUKUK SİSTEMLERİ

Asst. Prof. Dr. Dilara Buket DİDİN - Yongxin LUO 227

YÖNETİM DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİ

MANAGEMENT CONSULTING AGREEMENTS

Dr. Onur Musab KARAKAŞ 267

DİJİTAL VARLIKLARIN "KONTROL"Ü KAVRAMININ MÜLKİYET VE ZİLYETLİK KAVRAMLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF THE CONCEPT OF "CONTROL" OF DIGITAL ASSETS WITH PROPERTY AND POSSESSION

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN 287

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

ULUSLARARASI DENİZ GÜVENLİĞİ HUKUKU BAĞLAMINDA İNSANSIZ DENİZ ARAÇLARI ARACILIĞIYLA İŞLENEN SUÇLAR (*)

Hamza ÇORUM (**)

ÖZET

Otonom ve uzaktan kumanda edilerek seyredilebilen insansız deniz araçları denizlerde pek çok alanda kullanılmaya başlamaktadır. Bu araçların denizlerde suç işlemek amacıyla kullanılması bu alanlardan biridir ve sundukları kabiliyetler bu araçların bu alanda kullanımının gelecekte artmasına sebep olabileceğine işaret etmektedir. Deniz haydutluğu, şiddet, göçmen ve yasaklı mal trafiği gibi pek çok suç fiilinin bu araçlar aracılığıyla işlenebilecek olması, deniz güvenliği hukukunun bu suçların önlenmesi bakımından önceliğinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Nitekim denizlerde suçların geleneksel gemiler ve üzerlerindeki mürettebat ile işleneceği varsayımıyla hazırlanan mevcut deniz güvenlik hukuku kaynaklarının bu suçların bir insansız deniz aracı aracılığıyla işlenmesi durumunda ne ölçüde uygulanabilir olduğu hukuki analize ihtiyaç duyar. En başta bu insansız araçların "gemi" olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı hususu dahi hukuki bir değerlendirme gerektirir. Üstelik gemi statüsüne sahip olmak, örneğin deniz taşımacılığında kullanılacak bir insansız deniz aracı için pek çok sorunu çözerken, failerin bir başka devletin ülkesinde bulunduğu durumlarda deniz güvenliği hukuku bakımından emsalsiz yeni sorunlar doğurmaktadır. Bu sorunlardan en önemlisi deniz hukukunun suçların önlenmesinde devletlere denizlere tanıdığı yargı yetkisinin insansız deniz araçlarının başka devletlerin kara parçasında bulunan operatörlerine ulaşmak için işlevsiz kalmasıdır. Bu nedenle deniz güvenliğinin sağlanması için artık denizlerde olduğu kadar karada da devletlerin kolluk vazifelerinde bulunması gerekebilir. Bu gerekliliğin sonucu olarak, çalışmanın sonunda öngörüldüğü üzere, deniz güvenliğini sağlamak için devletlerin denizlerdeki benzer şekilde deniz güvenliğini tehdit eden kara unsurlarına karşı uluslararası iş birliği içerisinde olması faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler

İnsansız Gemiler, İnsansız Deniz Araçları, Deniz Güvenlik Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku, Denizde İşlenen Suçlar, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1570414 - Geliş Tarihi: 19.10.2024 - Kabul Tarihi: 30.12.2024.

Araştırmacı, bu çalışmadaki maddi ve manevi destekleri için Milli Eğitim Bakanlığına teşekkür eder.

(**) Swansea Üniversitesi, Doktora Araştırmacısı, Swansea - Birleşik Krallık,
E-posta: hmzcr@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0862-2245>.

CRIMES COMMITTED THROUGH UNMANNED MARITIME VEHICLES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL MARITIME SECURITY LAW

ABSTRACT

Autonomous and remotely operated unmanned maritime vehicles are increasingly being used in various areas at sea. There have also been instances where these vehicles have been used with the intent to commit crimes, and the capabilities they offer could lead to an increase in such use in the future. The fact that crimes such as piracy, violence, trafficking of migrants and prohibited goods, and many other illegal acts can potentially be committed using these vehicles raises the question of whether maritime security law is sufficiently updated to prevent such crimes. Indeed, the current maritime security law, which assumes that crimes will be committed by conventional ships with crew members on board, requires legal analysis to determine to what extent it can be applied in the case of crimes committed by unmanned maritime vehicles. First and foremost, even the issue of whether these unmanned maritime vehicles can be classified as “ships” requires legal evaluation. Moreover, while having the status of a ship may resolve many issues for unmanned maritime vehicles used in maritime transportation, it also presents unique challenges for maritime security law when the perpetrators are in another country. The most significant issue arising from this is that the jurisdiction granted to states by the law of the sea for preventing crimes at sea becomes ineffective in reaching the operators of unmanned maritime vehicles located on the territory of another state. Therefore, ensuring maritime security may now require states to carry out law enforcement duties not only at sea but also on land. As a result of this necessity, as predicted at the end of this study, it will be helpful for states to engage in international cooperation against land-based elements that threaten maritime security, as they do at sea.

Keywords

Unmanned Ships, Maritime Security Law, International Law of the Sea, Maritime Crimes, United Nations Convention on the Law of the Sea.

GİRİŞ

Otonom ve uzaktan kumanda edilen insansız (mürettebatsız) deniz araçlarının kullanımı tüm ulaşım yöntemlerinde yaygınlaşırken deniz ulaşımı bir istisna olmamıştır. Özellikle deniz taşımacılığında ve gemi inşasında faaliyet gösteren dev şirketler bu alanda önemli projelere imza atmaktadır. Bu projelerden en bilineni Yara ve Kongsberg tarafından üretilen tamamen otonom ve elektrikle çalışabilen, sıfır salınımlı kargo gemisi Yara Birkeland'dır¹. Rolls Royce tarafından üretilen ve Finferries tarafından işletilen Falco feribotu yine ilk otonom gemi modellerindendir². İlk olarak Kuzey Avrupa'da başlayan insansız gemi yatırımları kısa sürede Amerika ve Kore ile Çin başta olmak üzere Doğu Asya ülkelerinde de ivme kazanmıştır³. Ticari kullanımlarının yanı sıra, insansız deniz araçları, devletlerin silahlı güçleri ve kolluk güçleri tarafından da kullanılmaya başlanmaktadır⁴. Son olarak, bu çalışmanın konusunu oluşturan insansız deniz aracı teknolojisinin kötü amaçlı kullanımı da yaygınlaşan bir diğer kullanım alanıdır.

-
- ¹ “Yara Birkeland, two years on” (2024) <https://www.yara.com/knowledge-grows/yara-birkeland-two-years-on/?_gl=1*1p00bhx*_up*MQ..&gclid=Cj0KCQjw5ea1BhC6ARIsAEOG5pzm_UEEQN5mlzBOYjPXmw0UREHdk1qN6_bm3-LXCbXPYidZ3HNXxjcaAle2EALw_wcB&gbraid=0AAAAABSf3PMYp1eQ69v3af9e11nou6D9> s.e.t. 13 Ağustos 2024.
- ² “Rolls-Royce and Finferries demonstrate world’s first Fully Autonomous Ferry” (2018) <<https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/03-12-2018-rr-and-finferries-demonstrate-worlds-first-fully-autonomous-ferry.aspx>> s.e.t. 12 Eylül 2021.
- ³ “Mayflower Autonomous Ship 2022 Transatlantic Crossing Attempt Now Underway”, 29.04.2022 <<https://newsroom.ibm.com/Mayflower-Autonomous-Ship-2022-Transatlantic-Crossing-Attempt-Now-Underway>> s.e.t. 27 Eylül 2023; **Wingrove, Martyn**, “Samsung tests autonomous ship technology on tug”, 22.10.2020 <<https://www.rivieramm.com/news-content-hub/news-content-hub/samsung-tests-autonomous-ship-technology-on-tug-61383>> s.e.t. 13 Ağustos 2024; **Chen, Qiong/Lau, Yui-yip/Zhang, Pengfei/Dulebenets, Maxim A./Wang, Ning/Wang, Tian-ni** (2023) “From concept to practicality: Unmanned vessel research in China”, Heliyon, C. 9, S. 4, s. 8.
- ⁴ **Shelbourne, Mallory**, “Navy to Use Sea Hunter in Fleet Exercises as Unmanned Systems Experimentation Continues”, 30.09.2020 <<https://news.usni.org/2020/09/30/navy-to-use-sea-hunter-in-fleet-exercises-as-unmanned-systems-experimentation-continues>> s.e.t. 08 Mayıs 2024.

İnsansız gemi projelerindeki artışın doğal bir sonucu olarak uzun zamandır geleneksel (mürettebatlı) gemiler göz önünde bulundurularak kaleme alınan deniz hukukunun yeni geliştirilen bu operasyon yöntemlerine uygulanabilirliği sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorun Uluslararası Denizcilik Örgütü (UDÖ) bünyesinde özellikle deniz taşımacılığı bağlamında, öğretide ise deniz taşımacılığına ek olarak sorumluluk hukuku ve silahlı çatışmalar hukuku bağlamında sıklıkla ele alınmıştır⁵. Deniz araçlarının uzaktan kumandalı ve otonom işletiminin tesir edeceği önemli alanlardan biri de deniz güvenlik hukuku alanıdır.

İnsansız deniz araçlarının kötü amaçlı kullanımı son birkaç yılda görülen ve her geçen gün büyüyen bir tehdittir. Uyuşturucu kaçakçılığında terör eylemlerine geleneksel gemilerle işlenebilen hemen her suç için elverişli olan bu araçların kötü amaçlı kullanımını önlemek adına uygulanabilir hukukun güncelliğini ve yeterliliğini ivedilikle sağlamak elzemdir. Zira devletlerin hukuki ya da uygulamaya yönelik tedbirleri geciktirmeleri insansız deniz araçları aracılığıyla denizlerde işlenen suçlarda bir artışa yol açabilir.

Deniz güvenliği bağlamında insansız deniz araçlarının kullanımı üç ayrı senaryoda değerlendirilebilir. Bu senaryolar insansız deniz araçlarının denizlerde suç işlenmesinde kullanımları, bir suçun mağduru olmaları ve kolluk faaliyetlerini yerine getirmek için kullanımları şeklinde sıralanabilir. Bu üç ihtimalden her biri kendine özgü hukuki sorunlara yol açmakta ve mevcut deniz güvenlik hukuku kurallarının yeterliliğini sınamaktadır. Ancak her ihtimalde insansız deniz araçlarının uluslararası hukuk bağlamında “gemi” olarak veya kolluk faaliyetlerinde kullanılacaklarsa “savaş gemisi” ya da “devlet gemisi” olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem arz etmektedir.

⁵ UDÖ (2023) “Development of a Goal-Based Instrument for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), Report of the Intersessional MASS Working Group” (MSC 108/4/1); **Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra** (2023) “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 2. ss. 429-460; **Schmitt, Michael N./Goddard, David S.** (2016) “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems” International Review of the Red Cross, C. 98, S. 2, ss. 567-592; **Yılmaz, Mustafa** (2021) Deniz Ticareti Hukukunda Otonom Gemiler (Yüksek Lisans Tezi), TC Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bu çalışmada bu senaryolardan yalnızca ilki, yani insansız deniz araçlarının denizlerde kötü amaçlı kullanımı, ele alınacaktır. Bu hususta, uygulanabilir hukukun tespiti bakımından önem arz eden insansız deniz araçlarının statüsü, bir ön sorun olarak irdelenecektir. Akabinde insansız deniz araçlarının işleyebileceği suçlar ve mevcut uluslararası deniz güvenlik hukukunun bu suçlara uygulanabilirliği ve yeterliliği değerlendirilecektir. Çalışmanın sonunda, mevcut deniz güvenliği hukuku alanında, insansız deniz araçları tarafından işlenebilecek suçlarla etkin mücadeleye yönelik yapılabilecek olası değişiklik ve güncellemeler değerlendirilecektir.

I. İNSANSIZ DENİZ ARAÇLARININ STATÜSÜ

A. TERMİNOLOJİ

Uluslararası deniz hukuku altında tabi oldukları kuralların tespit edilebilmesi için insansız deniz araçlarının sınıflandırılması gerekmektedir. Bu sınıflandırma için öncelikle ele alınan araçlar bakımından bir terminoloji ortaya koymak faydalı olacaktır. İnsansız deniz araçlarının hukuki tasnifine ilişkin çalışmalarda terminolojik bir çeşitlilik de söz konusudur. Literatürde insansız/mürettebatsız deniz aracı (unmanned/uncrewed maritime vehicle/craft), insansız gemi (unmanned ship/vessel) ya da otonom gemi terimleri sıklıkla kullanılırken, UDÖ'nün yayın ve raporlarında “deniz otonom yüzey gemileri” (maritime autonomous surface ships, MASS) ifadesini kullanmasının ardından otonom gemi terimi ağırlıklı kullanılmaya başlanmıştır⁶.

Statüsü üzerine ihtilaf bulunan ve henüz tartışılıp bir netice ortaya konulmadan ele alınan bu deniz araçlarını ifade etmek için “gemi” teriminin kullanılıyor olması esasında bir mantık hatasıdır. Ancak UDÖ'nün çalışmalarının doğrultusuna bakılacak olursa nihayetinde bu araçların uluslararası deniz hukuku anlamında gemi olarak kabul göreceği iddia edilebileceğinden, bu ifadenin kullanımı artık bir tezathığa yol açmamaktadır. Aksine, otonom gemi ifadesi ile artık insansız işletim kabiliyeti hariç olmak üzere, gemi olma vasfına sahip deniz araçlarının kastedildi-

⁶ UDÖ, “IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships”, (2018) <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>> s.e.t. 12.09.2021.

ği anlaşılmakta ve bir kapsam belirlenmektedir. Zira insansız deniz araçları ile gemi kavramı arasında kapsam bakımından doğal olarak birtakım farklar bulunduğu belirtmek yanlış olmaz. İnsansız deniz araçlarının görece daha küçük ve bağımsız bir yapıya sahip olan otonom ya da uzaktan kumandalı silah, cihaz ve teçhizatları da kapsadığı kabul edilebilir. Bu çalışma bu geniş kapsam dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Ancak “gemi” statüsüne sahip olup olamayacağı tartışılan insansız deniz araçlarının, boyut ve işlevi başta olmak üzere sınıflandırmada esas alınabilecek kriterler bakımından gemi olmaya elverişli araçlar olduğu düşünülebilir. Bu doğrultuda, geleneksel bir gemiden tek farklarının insansız bir gemide mürettebat bulunmaması olduğu varsayılabilir.

UDÖ'nün kullandığı terminolojiye ilişkin diğer bir sorunlu ifade “otonom” kelimesidir. Zira, her ne kadar UDÖ çalışmalarında aksi yönde bir izlenim uyandırsa da otonom kelimesinin olağan anlamının uzaktan kumandalı gemileri kapsamamasıdır⁷. Bu nedenle, uzaktan kumanda edilen deniz araçlarını da kapsayan bu çalışmada “otonom” yerine “insansız/mürettebatsız” ifadelerinin kullanımını uygun görülmüştür.

İnsansız deniz araçlarının, “gemi” olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelemek adına öncelikle bu kavramların anlamları aydınlatılmalıdır. Bir insansız deniz aracı, “belirli bir derecede insan etkileşiminden bağımsız olarak ya da uzaktan insan etkileşimiyle çalışabilen bir deniz aracı” olarak tanımlanabilir. Bu tanımda, “uzaktan insan etkileşimiyle” kısmı hariç, UDÖ'nün insansız gemilere ilişkin hazırladığı ilk çalışmalardan olan “MASS'ın Kullanımına Yönelik Mevzuatın Kapsamını Belirleme Çalışması” içerisinde yer alan deniz otonom yüzey gemileri tanımından esinlenilmiştir⁸. Örgüt, sonraki çalışmalarında insansız gemiler için hazırlamakta olduğu MASS Kodu'nun taslağında eski tanımın uzaktan kumandalı gemileri kapsam dışında bırakmaması adına gerekli değişik-

⁷ Ringbom, Henrik/Collin, Felix (2021) “Terminology and Concepts”: Ringbom, Henrik/Røsæg, Erik/Solvang, Trond (editörler), *Autonomous Ships and the Law*, 1. Baskı, Routledge, ss. 7-20, s. 8.

⁸ UDÖ (2018) “Outcome of the Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)” (MSC.1/Circ.1638).

liği yapmış ve bu gemilerin uzaktan insan etkileşimi ile de çalışabileceğini yeni tanımda ifade etmiştir⁹. İnsansız deniz araçlarını gündemine daha ilk kez aldığı zamanda kullandığı terminoloji de göstermektedir ki UDÖ, bu araçları uluslararası deniz hukuku anlamında “gemi” olarak tanımaktadır ve düzenleme yetkisi bulunan uluslararası enstrümanları bu araçların uluslararası sularda kullanımı için uyumlaştırmanın yollarını aramaktadır. İnsansız deniz araçlarının gemi olarak sınıflandırılması ise öncelikle uluslararası deniz hukukunda kabul görmüş bir “gemi” tanımının var olup olmadığına; eğer varsa, insansız deniz araçlarının bu tanımın kapsamına girip girmediğine bağlıdır. Bu incelemede esas olan kaptan, zabıtlar ve mürettebatın fiziksel varlığının gemiyi oluşturan zorunlu unsurlardan biri olup olmadığıdır.

B. ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA “GEMİ” TANIMI

Uluslararası hukukta genel kabul gören bir gemi tanımı bu hukuk disiplininin kaynaklarından teamül hukuku ve uluslararası antlaşmalar altında aranabilir. Ancak ne devletler tarafından teamül olarak benimsendiği kabul edilebilecek bir tekdüze bir gemi tanımı mevcuttur ne de öğretilerde teamül hukukunun kaleme alınmış nüshası olarak kabul edilen ve bu yüzden taraf olmayan ülkeleri dahi bağladığı kabul edilen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nde¹⁰ (BMDHS) “gemi” kavramı tanımlanmıştır¹¹. Öte yandan, bir tanımına yer vermemesine rağmen BMDHS gemilere yönelik devletlere pek çok hak ve sorumluluk atfetmiştir. Buradan hareketle BMDHS anlamında “gemi” kavramının ne anlama geldiğinin antlaşmaların yorumlanması yoluyla açığa kavuşturulabileceği iddia edilebilir. Literatürde uluslararası hukukta genel kabul gören bir gemi tanımının var olup olmadığı ya da doğrudan insansız deniz araçlarının gemi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususlarında çeşitli yorum yöntemlerine başvurulmuştur.

⁹ UDÖ, (MSC 108/4/1), Annex, s. 8.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (10.12.1982, Y.G: 16.11.1994) Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 1833, s. 397.

¹¹ **Churchill, Robin** (2015) “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (editörler), The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 24-46, s. 35.

Antlaşmaların yorumlanması ilkeleri Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi)¹² 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca “bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bağlamı içinde, konu ve amacının ışığında verilecek olağan manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanmalıdır”. Bu hükümden yola çıkarak antlaşmaların yorumlanmasında öncelikle kavramların olağan anlamının tespit edilmesi gerektiği belirtilebilir¹³. BMDHS'de Türkçeye gemi olarak çevrilen kısımlar sözleşmenin orijinal İngilizce metninde “ship” ya da “vessel” kelimelerine tekabül etmektedir. Öğretide “vessel” kelimesinin daha geniş anlamda kullanıldığına dair görüşler yer alsa da ağırlıklı görüş bu iki kelimenin eş anlamlı olduğu ve birbiri yerine kullanılabilirdiği yönündedir¹⁴. Bu görüşü destekler nitelikteki orijinal Fransızca metinde her iki kelime yerine de Türkçeye yine gemi olarak çevrilebilecek “des navires” ifadesi kullanılmaktadır. Gemi kavramı ve tam karşılığı olarak kabul edilen “ship” ve “vessel” kelimeleri “yük veya insan taşıyan büyük tekne” olarak tanımlanabilir¹⁵. Devletlerin gemi siciline kaydetmek için genel olarak gemilerde aradığı özelliklerde de benzerlik olduğu iddia edilebilir. Bu alanda bir çalışma göstermektedir sicile kaydolmuş gemilerin sahip oldukları işlevler, insan yapımı olmayı, yüzebilme yeteneğini, kontrol edilebilir hareketi, yük veya insan taşıma kapasitesini ve denizlerde bağımsız olarak seyredebilme yeteneğini içermektedir¹⁶. Kaptan, zabıtlar ve mürettebata içerisinde yer vermeyen bu tanım ve işlevlerin insansız

¹² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23.05.1969, Y.G. 27.01.1980) Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 1155 s. 331.

¹³ **Fitzmaurice, Gerald** (1951) “Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points” British Year Book of International Law, C. 28, S. 1, s. 9.

¹⁴ **Nordquist, Myron H./Grandy, Neal R./Nandan, Satya N./Rosenne, Shabtai** (1993) United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume II, Martinus Nijhoff, s. 45.

¹⁵ “Gemi” <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 15.10.2024; “Ship Definition and Meaning Collins English Dictionary” <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/ship>> s.e.t. 15.10.2022.

¹⁶ **Gahlen, Sarah Fiona** (2014) “Ships Revisited: A Comparative Study”, Journal of International Maritime Law, C. 20, S. 4, ss. 252-269, s. 255; **Daum, Oliver** (2018) “The Implications of International Law on Unmanned Naval Vehicles” Journal of Maritime Law and Commerce, S. 49, C. 1, ss. 71-104, s. 76.

deniz araçlarını kapsadığı iddia edilebilir. Buna karşılık, bugüne kadar üzerinde mürettebata ihtiyaç duymayan gemilerin sicile kaydı olağan bir uygulama olmadığından tanım ve çalışmalarda bu özelliğin göz ardı edildiği, bahse dahi konu olmasına gerek duyulmadığı ileri sürülebilir.

Bazı yazarlar, insansız deniz araçlarının statüsünü BMDHS kapsamında incelerken, sözleşmede gemi tanımına yer verilmemesi nedeniyle, sözleşmenin amacı göz önünde bulundurularak (teleolojik bir yaklaşımla) yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan Kraska, deniz hukukunda egemen olan “seyrüsefer özgürlüğü” ilkesinin sözleşmenin yorumlanmasında esas alınması gerektiğini ve bu özgürlüğün insansız deniz araçlarını da kapsamaması gerektiğini ileri sürer¹⁷. Teleolojik yorum yönteminin bir alt dalını oluşturan evrimsel yaklaşıma dayanan bazı yazarlar da benzer şekilde günümüzde gemi kavramının insansız deniz araçlarını da kapsayacak şekilde genişlediği savını ileri sürer¹⁸. Bu görüşlerin ortak noktası, BMDHS’de yer alan personel donanımına ilişkin kuralların “işlevsel” (fonksiyonel) olarak yerine getirilebileceğidir¹⁹. Bu görüşe göre gemilerin mürettebat yeterliliği niteliksel olarak aranmalıdır çünkü BMDHS m. 94(3) gemilerin uyması gereken standartların “denizde güvenliği sağlamak amacıyla” yerine getirilmesini öngörür. Şayet bir geminin mürettebatsız olduğu halde güvenilirliğinden emin olunursa, personel donanımına ilişkin aranan eşik değer işlevsel olarak yakalanmış olacaktır.

¹⁷ **Kraska, James** (2010), “The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace”, *Journal of Ocean Technology*, C. 5, S. 3, ss. 43-68, 50; **McKenzie, Simon** (2020) “When is a Ship a Ship? Use by State Armed Forces of Uncrewed Maritime Vehicles And the United Nations Convention On The Law of the Sea”, *Melbourne Journal of International Law*, C. 21, S. 2, ss. 373-402, s. 375.

¹⁸ **Daum, Oliver/Stellpflug, Timo** (2018), “The Implications of International Law on Unmanned Merchant Vessels”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, C. 49, S. 5, ss. 363-374, 368; **Veal, Robert/Tsimplis, Michael** (2017), “The Integration of Unmanned Ships into The Lex Maritima”, *Lloyd’s Maritime And Commercial Law Quarterly*, ss. 303-335, s. 313.

¹⁹ **Ntovas, Alexandros XM** (2022), “Functionalism and Maritime Autonomous Surface Ships”: Kraska, James/Park, Young-Kil (editörler), *Emerging Technology and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 1. Baskı, ss. 214-242, s. 227.

Literatürde ayrıca BMDHS’de bir gemi tanımına yer verilmemesini UDÖ’ye bu alanda tanınan yetki olarak kabul eden yazarlar da mevcuttur²⁰. Bu görüşe göre UDÖ’nün denizcilik standartlarını belirlemeye ehil kuruluş olarak, kendi önderliğinde imzalanan uluslararası sözleşmeler aracılığıyla ve bu sözleşmelerin amaçları doğrultusunda belirlediği gemi tanımları, uluslararası hukukta geçerli bir gemi tanımı olarak kullanılabilir. BMDHS 94(5) hükmünün bu görüşü desteklediği ileri sürülmektedir²¹. Nitekim, bu hüküm uyarınca devletlerden, sicillerine kayıtlı gemilerinin güvenliğini sağlamak amacıyla, bu gemilerin genel kabul görmüş uluslararası kurallara, standartlara ve düzenlemelere uygun olmasını sağlamaları beklenmektedir.

UDÖ sözleşmelerinden filtrelenerek elde edilecek genel kabul gören bir gemi tanımının insansız deniz araçlarını sınıflandırmada kullanılabilirliği ise iki husus bakımından eleştirilebilir. Öncelikle bu sözleşmelerde kabul edilen gemi tanımları sözleşmelerin kapsamını belirlemek adına oldukça geniş tutulmuştur. Örnek vermek gerekirse, Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü Sözleşmesi (COLREGs) gemi kavramını “su üzerinde seyreden, deniz uçakları da dahil olmak üzere, su üzerinde taşıma aracı olarak kullanılan veya kullanılmaya elverişli olan her türlü deniz aracı” şeklinde tanımlamaktadır²². Oysa BMDHS deniz uçaklarını gemilerden ayıran bir dil kullanmaktadır (bkz. m. 19[1][e]). Diğer bir örnek Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme’de (MARPOL) yer alan gemi tanımıdır. Sabit platformların BMDHS kapsamında gemi olmadıkları açıkken (bkz. BMDHS m. 60), MARPOL bunları gemi olarak kabul etmektedir²³. Bu örnekler göstermektedir ki bu sözleşmelerde benimsenen tanımlar BMDHS ile çelişebilir.

²⁰ **Allen, Craig H.** (2018), “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs Functionalism” *Journal of Maritime Law and Commerce*, C. 49, S. 4, ss. 477-514, s. 500; **O’Connell, Daniel Patrick/Shearer, Ivan Anthony** (editör) (1984), “The International Law of the Sea Volume II.”, Clarendon Press, s. 750.

²¹ **O’Connell**, s. 500.

²² Denizde Çatışmayı Önleme Tüzüğü Sözleşmesi (20.09.1972, Y.G: 15.07.1977), Londra, Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 1050, s. 16, (16273 sayılı ve 29/04/1978 tarihli Resmî Gazete), Kural 3(a).

²³ Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (02.11.1973, Y.G. 02.10.1983), Londra, Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 1340, s. 62 (20558 sayılı ve 24 Haziran 1990 Resmî Gazete).

BMDHS’de gemi tanımına yer verilmemesine ilişkin sıklıkla ileri sürülen diğer bir görüş sözleşmenin bu yetkiyi ulusal hukuklara tanıdığı yönündedir²⁴. Bu görüşü savunan yazarlar BMDHS m. 91 uyarınca devletlerin gemileri sicile tescil etmek için gerekli şartları kendilerinin belirleyebileceğinden yola çıkarak deniz araçlarına gemi statüsü verme yetkisine de sahip olduklarını iddia etmektedir. Fakat bu görüş devletlerin herhangi bir araca gemi statüsü kazandırabilecek bir takdir yetkisine sahip olduğu anlamına geleceği için eleştiri de toplamaktadır²⁵. BMDHS 94. maddenin bayrak devletleri için gemilerde aranması gereken birtakım standartlar öngördüğü düşünülürse, bayrak devletlerinin uluslararası standartlardan bağımsız biçimde bir araca gemi statüsü kazandırması sözleşmenin amacına aykırı olacaktır. Böyle bir deneme gerçekleşse dahi diğer devletlerin bu şekilde bir tanımlamaya saygı göstermek gibi bir zorunluluğu olduğunu iddia etmek güçtür. BMDHS’nin gemileri geçiş rejimlerinden faydalanmaları için uluslararası kural ve standartlara tabi kılması da bu görüşü destekler niteliktedir²⁶.

Buraya kadar sayılan görüşler teleolojik yorum yöntemini benimsemekte ve insansız deniz araçlarını “gemi” olarak kabul etmektedir. Buna karşılık antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin Viyana Sözleşmesi m. 31’de belirlenen genel kuralın belirlediği silsile dikkate alındığında antlaşmaların yorumlanmasında lafzi yorumun öncelendiğini hatırlatmakta fayda vardır. Teleolojik ya da evrimsel yorum yöntemlerine ancak antlaşmanın metni muğlak, anlaşılmaz ya da makul olmayan bir sonuca yol açıyorsa başvurulabilir²⁷. Ayrıca, BMDHS yalnızca seyrüsefer özgürlüğü ilkesini benimseyen ya da bu ilkeye benimsediği diğer

²⁴ **Veal/Tsimplis/Serdy**, s. 26; Ringbom, **Henrik/Veal, Robert** (2017) “Unmanned ships and the international regulatory framework”, *Journal of International Maritime Law*, C. 23, S. 2, ss. 100-118, s. 102; Chang, Yen Chiang/Zhang, Chao/Wang, Nannan (2020), “The international legal status of the unmanned maritime vehicles”, *Marine Policy*, C. 113, s. 2; **Hooydonk, Eric van** (2014), “The Law of Unmanned Merchant Shipping - an Exploration”, *The Journal of International Maritime Law*, C. 20, ss. 403-423, s. 406; **McKenzie**, s. 374.

²⁵ **van Logchem**, s. 37.

²⁶ Bkz: BMDHS m. 21(2) ve 39(2).

²⁷ Bkz: Viyana Sözleşmesi m. 31.

ilkelerden daha fazla önem atfeden bir sözleşme değildir. Sözleşme, kıyı devletlerinin çıkarlarını ve deniz çevresini korumayı da ilke olarak benimsemiş ve çakışan çıkarlar söz konusu olduğunda hakkaniyetli bir çözüm arayışında olmuştur²⁸. 94. maddede belirtilen gemilerin uyması gerekli standartlar belirlenirken de bu ilkelerin hayata geçirilmeye çalışıldığı ileri sürülebilir.

Lafzi yorum olarak adlandırılan ve Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde somutlaştırılan yorum ilkeleri kapsamında öncelikle BMDHS hükümlerinin metni ve bağlamı dikkatle incelenmelidir. Bağlamı göz önüne alındığında, özellikle 94. maddesinin 4(b) bendi uyarınca, BMDHS anlamında bir geminin, nitelikli bir kaptan ve zabitelerin sorumluluğu altında bulunan ve uygun nitelik ve sayıda mürettebat bulunduran bir deniz aracı olduğu iddia edilebilir²⁹. Bu hükümden yola çıkarak insansız bir geminin güvenliğini sağlamak için gerekli mürettebat sayısı sıfır olarak kabul edilebilir çünkü ilgili maddede belirli sayıda bir mürettebattan bahsedilmemiş, niceliksel bir vurgu yapılmamıştır³⁰. Ancak gemiden sorumlu bir kaptan ve zabitelerin varlığına ilişkin hüküm, gerekli kaptan ve zabitelerinin sayısının sıfıra indirilmesini engeller niteliktedir. Zabitlerin işlevlerinin algoritmalar, sensörler ve yapay zeka tarafından yerine getirildiği kabul edilse dahi sözleşmede öngörülen sorumluluğun bir “insan” tarafından devralınması gerektiği açıktır. Buna karşılık, bu kimsenin gemi üzerinde bulunması şart koşulmadığı için, gemiyi uzaktan komuta eden bir kimsenin “kaptan” sıfatıyla bu sorumluluğu devralabileceği ileri sürülebilir³¹. Benzer şekilde bu sorumluluğu bir yapay zekanın ya da onun programcısının devralabileceği de iddia

²⁸ Bkz: BMDHS m. 59, 192, 283.

²⁹ **van Logchem, Youri** (2021) “International Law of the Sea and Autonomous Cargo ‘Vessels’”: Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (editörler), *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping*, 1. Baskı, Hart Publishing, ss. 25-62, s. 36.

³⁰ **Baughen, Simon/Tettenborn, Andrew** (2021) “International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels”: Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (editörler), *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, 1. baskı, Hart Publishing, ss. 7-24 s. 14.

³¹ **Veal, Robert/Tsimplis, Michael/Serdy, Andrew** (2019) “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *Ocean Development and International Law*, C. 50, S. 1, ss. 23-48, s. 36.

edilebilir. Ancak bugünün şartlarında böyle bir iddianın 94. madde ile bağdaşması mümkün görünmemektedir. Zira mevcut halde uluslararası hukuk ve ulusal hukuklar altında yapay zekaya kişilik vermek ve sorumluluk atfetmek mümkün değildir. Yapay zekanın kişiliğine ilişkin çalışmalar mevcut olsa da henüz bu konuda somut bir adım atılmış değildir³².

Bu değerlendirmelerin ışığında, teleolojik, evrimsel ya da fonksiyonel yaklaşımların ancak BMDHS'nin bağlamının izin verdiği ölçüde uygulanabilir olduğu sonucuna varılmaktadır. Buna göre, her ne kadar mürettebat sayısı bakımından 94. maddede bir esneklik sunulsa da gemiden sorumlu bir kaptan ve zabıtların varlığı hususunda katı bir dil kullanılmaktadır. Fonksiyonel bir yaklaşım ile bu sorumluluğun en azından bir kişiye, kaptana, indirgenebileceği ve geminin bu sorumluluk altında karadan kontrol edilebileceği (ya da denetlenebileceği) varsayılabilir. Ancak tamamen otonom bir seyrüseferin ilgili maddenin lafzına ve maddede belirtilen sorumluluk rejimine uygun düşmeyeceği ileri sürülebilir. Dolayısıyla insansız deniz araçlarının “gemi” statüsüne sahip olmak için BMDHS’de öngörülen personel donanımına ilişkin bu eşiği, yani gemiden sorumlu bir kaptanın varlığını, sağlaması zaruri görünmektedir. UDÖ’nün hazırlık aşamasında olduğu MASS Kodu’nun taslağına bakıldığında da bu yaklaşımı benimsemiş olduğu görülmektedir. Bu yaklaşıma göre, en azından insansız gemilerin ilk örneklerinde, geminin sahip olduğu otonomiye bakılmaksızın gemiden sorumlu bir kaptanın varlığı aranacaktır³³.

Diğer taraftan burada ortaya konulan çıkarımlar, ticaret gemileri için geçerlidir. Deniz güvenlik hukuku bakımından “gemi” tanımı farklı kapsamlara sahip olabilir. Somutlaştırmak adına, kolluk yetkilerini kullanmak için en azından özel olarak kamu hizmetlerine tahsis edilmiş bir devlet gemisi olmak gerekirken mağdur bir gemi olmak için aranan eşik daha düşüktür³⁴.

³² **Yılmaz**, s. 160.

³³ UDÖ, (MSC 108/4/1), Annex, s. 8.

³⁴ **Petrig, Anna** (2021), “Autonomous Offender Ships and International Maritime Security Law”: Ringbom, Henrik/Røsæg, Erik/Solvang, Trond (editörler), *Autonomous Ships and the Law*, 1. Baskı, Routledge, ss. 23-55, s. 24.

II. İNSANSIZ DENİZ ARAÇLARININ DENİZLERDE SUÇ İŞLEMELERİ İÇİN KULLANILMASI

A. GENEL BAKIŞ

İnsansız deniz araçlarının, kötü amaçlı kullanımı halihazırda belirli bölgelerde görülmektedir. Patlayıcı yüklü uzaktan kumandalı botlar ile Kızıldeniz’de ticaret gemilerine saldıran Yemen merkezli gruplar (Husiler) ve uluslararası uyuşturucu taşıyan düşük profil uzaktan kumandalı deniz araçları buna örnek gösterilebilir³⁵.

İnsansız deniz araçlarının suç faaliyetlerinde son yıllarda artan kullanımının en temel iki sebebi bu araçların suçlulara tanıdığı kolaylık ve gizliliğidir³⁶. Burada kastedilen kolaylığın bir sebebi insansız aracın teknik kapasitesi arttıkça onu konuşlandıran kişinin ihtiyaç duyacağı uzmanlığın azalmasıdır³⁷. Örneğin, hayatında eline hiç silah almayan bir kimse uzaktan kumanda ettiği bir botun üzerinde yer alan ve otomatik hedeflenebilen bir tüfek ile uzaktaki bir hedefi imha edebilir. Kabiliyetleri giderek artan mürettebatsız deniz araçlarına ulaşım ise her geçen gün kolaylaşmaktadır. Özellikle üç boyutlu yazıcılar aracılığıyla kısıtlı bir bütçe ile herhangi bir insan az bir çaba ile çok tehlikeli bir deniz aracı tasarlayabilir³⁸.

³⁵ **Krame, Ghaleb/Vivoda, Vlado/Davies, Amanda** (2023), “Narco drones: tracing the evolution of cartel aerial tactics in Mexico’s low-intensity conflicts”, *Small Wars and Insurgencies*, C. 34, S. 6, ss. 1095-1129, s. 1098; **Stewart, Phil**, “Houthi Drone Boat Detonates in Red Sea a Day After US Warning”, 04.01.2024 <<https://www.reuters.com/world/middle-east/houthi-drone-boat-detonates-red-sea-day-after-us-warning-2024-01-04/>> s.e.t. 21 Ocak 2024.

³⁶ **Petrig** (2021), s. 27.

³⁷ **Brundage, Miles/Avin, Shahar/Clark, Jack/Toner, Helen/Eckersley, Peter/Garfinkel, Ben/Dafoe, Allan/Scharre, Paul/Zeitoff, Thomas/Filar, Bobby/Anderson, Hyrum/Roff, Heather/Allen, Gregory C/Steinhardt, Jacob/Flynn, Carrick/hEigeartaigh, Seán Ó/Beard, Simon/Belfield, Haydn/Farquhar, Sebastian/Lyle, Clare/Crootof, Rebecca/Evans, Owain/Page, Michael/Bryson, Joanna/Yampolskiy, Roman/Amodei, Dario** (2018), “The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation Authors are listed in order of contribution Design Direction”, *Apollo - University of Cambridge Repository*, s. 27.

³⁸ **Petrig, Anna** (2020) “The Commission of Maritime Crimes with Unmanned Systems: an Interpretive Challenge for the United Nations Convention on the Law of the Sea”: *Evans, Malcolm D./Galani, Sofia* (editörler), *Maritime Security and the Law of the Sea: Help or Hindrance?the Law of the Sea*, ss. 104-131, s. 110.

İnsansız deniz araçlarını suçlular için cazip kılan diğer bir avantaj suçun tamamlandığı yer ile failin arasına uzaklık girmesidir. Bu sayede fail kendisini tehlikeye atmadan büyük zararlar oluşturabilir. Ayrıca kullandığı araç kolluk güçleri tarafından yakalansa dahi büyük olasılıkla operatör kimliğini saklı tutmayı başarabilir. Kimliğinin tespiti mümkün olsa dahi suçun tamamlandığı yerden uzakta bulunan bu kişilere ulaşmak oldukça güç olacaktır. Nitekim büyük olasılıkla insansız deniz aracı ile bağlantı halinde bulunan operatörler de aracın yakalanmasının ardından kimliklerinin açığa çıkması şüphesi karşısında kolluk güçlerinden kaçmak adına zaman bulacak ve çaba gösterecektir.

Otonom araçlarda fiziksel mesafeye ek olarak aracı önceden programlayan fail ile suç fiilinin arasına bir de zaman farkı girmektedir. Otonom bir deniz aracının suç işlerken yakalansa dahi kolluk güçlerine failerin kimliğini aydınlatacak deliller taşıması olası değildir. Son olarak, henüz bu denli kabiliyetli bir deniz aracına rastlanılmasa da ileride failer ile suç oluşturan fiili tamamlayan deniz araçlarının arasına suçu oluşturan fiilin zamanını, konusunu, yerini ve yöntemini belirleyebilecek kararlar alabilen yapay zeka girebilir³⁹. Böyle bir durumda otonom deniz aracını konuşlandıran bir kimsenin suçun faili sayılıp sayılmayacağı dahi netliğini kaybedebilir. Somutlaştırmak adına verilebilecek bir örnek otonom bir balıkçı teknisinin avlanmanın yasak olduğu bir bölgede avlanması ya da avlanması yasak bir türü avlamasıdır.

Fiziksel olarak müdahale ve kontrolün tekrar kazanımı gibi bir imkan bulunmaması sebebiyle insansız deniz araçlarının geleneksel gemilere kıyasla siber saldırılara karşı daha savunmasız olduğunu iddia etmek mümkündür⁴⁰. Esasında bu durumda bir insansız deniz aracının bir suçun mağduru olması gündeme gelmektedir ve suç işlemekte kullanılan insansız deniz araçlarının ele alındığı bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir. Fakat aracın kontrolünü ele geçiren kimseler bu aracı kötü amaçlı kullandıklarında yine insansız deniz araçları ile

³⁹ **Norris, Andrew** (2013) “Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems Monograph”, s. 75.

⁴⁰ **Klein, Natalie/Guilfoyle, Douglas/Karim, Md Saiful/Mclaughlin, Rob** (2020) “Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 69, ss. 719-734, s. 733.

suç işlenmiş olacaktır. Böyle bir durumda uygulanabilir uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin ve devletlerin uygulamada alabileceği önlemlerin ne derecede yeterli olduğu sorgulanabilir.

İnsansız deniz araçlarının burada sayılanlarla sınırlı olmayan suç potansiyeli mevcut deniz güvenlik hukuku kurallarının güncelliğinin ve yeterliliğinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu kuşkunun sebebi denizde işlenen suçları önlemeye ilişkin hukuk kaynaklarının bu suçların denizdeki insanlar tarafından işleneceği öngörüsü ile tasarlanmış olmasıdır. Bu kaynakların başında gelen BMDHS, Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme⁴¹ (SUA) ve bu sözleşmeye ait 2005 Protokolü'nün mürettebatsız deniz araçlarının sebep olabileceği güvenlik tehditlerine ne ölçüde karşılık verebileceği incelenmelidir.

B. BMDHS BAĞLAMINDA DENİZDE SUÇUN ÖNLENMESİ

BMDHS deniz yetki alanlarını kıyı devletlerine yakınlıklarına göre sınıflandırır ve devletlere kıyıda uzaklaştıkça azalan egemenlik yetkileri tanıır. Bu nedenle denizde işlenen bir suçun hangi kurallara tabi olacağı, devletlerin bu suçta ve suçlulara karşı hangi önlemleri alabileceği suçun işlendiği deniz yetki alanı göz önünde bulundurularak incelenmelidir.

İçsular, karasuları ve takımda suları kıyı devletlerinin egemenliğine tabidir⁴². Esas hatlarla çevrili olan ve limanlar, körfezler, haliçler ile benzeri kıyı unsurlarını içeren içsular, kıyı devletinin tam egemenlik yetkisine sahip olduğu bir yetki bölgesi olarak kabul edilmektedir (BMDHS m. 1 ve 2)⁴³. Genel kabul gören görüşe göre prensip olarak yabancı gemilerin içsularda seyrüsefer hakkı, limanlara giriş hakkı da dahil olmak üzere, mevcut değildir ve kıyı devletinin bu husustaki takdir yetkisine bağlıdır⁴⁴.

⁴¹ Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (10.03.1988, Y.G: 01.03.1992) Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 1678, S. 221.

⁴² BMDHS m. 2.

⁴³ **Churchill, Robin R/Lowe, Vaughan/Sander, Amy** (2022) *The law of the sea*, 4. Baskı, Manchester University Press 111.

⁴⁴ **Lowe, Vaughan** (1977) "The Right of Entry into Maritime Ports in International Law", *San Diego Law Review*, S. 14, ss. 597-622, s. 605.

Karasuları ve takımda suları da kıyı devletlerinin egemenliğine tabi olmakla birlikte, bu yetki alanlarında yabancı gemilere belirli seyrüsefer özgürlükleri tanınmıştır. Yabancı gemiler takımda sularında takımadalar arasından geçiş hakkı ve zararsız geçiş hakkına sahip olabilir (BMDHS m. 52 ve 53). Zararsız geçiş hakkı yabancı gemiler tarafından karasularında da kullanılabilir ve yabancı gemiler adına kıyı devletinin karasularındaki egemenliğinin en önemli istisnasını oluşturur⁴⁵. BMDHS madde 17 uyarınca yabancı bir devletin zararsız geçiş hakkını ancak “gemileri” aracılığıyla kullanabileceği çoğunlukla kabul edilmektedir⁴⁶. Bu nedenle insansız deniz araçları gemi olarak kabul edilmezlerse zararsız geçiş hakkından faydalanamayacak ve kıyı devletlerinin egemenlik yetkilerine tabi olacaklardır.

Kıyı devletleri, karasularında suç işleyen mürettebatsız deniz araçlarına karşı kolluk yetkilerini gemi statüsünü haiz olsalar dahi kullanabilir. Nitekim bu araçlar bir suçta karıştıklarında, büyük olasılıkla BMHDS 19. maddede belirtilen katalog fiillerden birini gerçekleştirmiş olacaklardır ve zararsız geçiş rejiminden faydalanma olanaklarını yitireceklerdir. Böyle bir durumda kıyı devletleri “zararsız olmayan her türü geçişi engellemek için gerekli tedbirleri alma” yetkisine sahiptir⁴⁷. Bu yetki karasuları ile sınırlı olmayıp bitişik bölgeyi de kapsar⁴⁸.

Bu hususta tartışılacak bir mesele, zararsız geçiş rejimine aykırılık oluşturan fiillerin 19. maddenin 2. bendinde sayılan fiillerle sınırlı olup olmadığıdır. Bir görüşe göre madenin 1. bendi uyarınca 2. bentte sayılmayan ve sahildevletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar veren herhangi bir fiil ya da durum, yabancı geminin geçişinin zararsız niteliğini ortadan kaldırabilir. Bu görüş altında hükmün kapsamı, 2. bentte olduğu gibi yalnızca fiillerle değil, yabancı geminin yapı ve donanım özellikleri de dahil olmak üzere geminin durumunu

⁴⁵ BMDHS m. 17.

⁴⁶ Aksi görüşe göre BMDHS m. 17’de kastedilen “gemi” kavramı herhangi bir deniz aracını ifade eder. 20. madde uyarınca denizaltı ve diğer sualtı araçlarının da zararsız geçiş hakkına sahip olması bunun göstergesidir. Ayrıntılı bilgi için; **Norris**, s. 34.

⁴⁷ BMDHS m. 25 ve 27.

⁴⁸ BMDHS m. 33.

da içerecek şekilde genişleyecektir⁴⁹. Bu çıkarım insansız deniz araçları açısından mühim bir netice doğurur. Bu yönde bir yorum ile suç eylemine karışmadığı ya da kıyı devleti tarafında bu yönde yeterli kanaat oluşmadığı durumda dahi bir insansız deniz aracı yalnızca 19. maddenin ilk bendinde belirtildiği üzere insansız seyrüseferin deniz güvenliğini tehdit ettiği gerekçesi ile yabancı insansız deniz aracının geçişine 25. madde uyarınca müdahale edebilir⁵⁰. Fakat devlet uygulamaları mercak altına alındığında, 19. maddenin kapsamının 2. bentte sayılan fiillerle sınırlı kabul edildiği bir anlayışın var olduğu, kıyı devletlerinin burada sayılmayan bir sebepten ötürü gemilerin zararsız geçiş hakkını tanımayı reddetmediği gözlemlenmektedir⁵¹.

BMDHS sözleşmenin 21. maddesi uyarınca zararsız geçiş hakkını kullanmak isteyen yabancı gemiler ayrıca kıyı devletinin zararsız geçişe ilişkin koyduğu kurallara uymakla mükelleftir. Bu noktada, bu kuralların ihlali yabancı bir geminin geçişini zararsız olmayan geçiş addeder mi sorusu akla gelmektedir. Yabancı geminin kıyı devletinin kurallarına riayetsizliğinin geçişin zararsız niteliğini kaldırıp kaldırmayacağı hususu Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi⁵² müzakereleri sırasında tartışılmıştır. Bu hususta kaleme alınan sözleşmenin 14. maddesi, kıyı devletinin menfaatlerine zarar vermedikçe yalnızca bu kurallara aykırılığın geçişi zararsız olmayan geçiş haline getirmeyeceğini öngörür⁵³. Bunun tek istisnası 5. bentte açıkça belirtilen yasadışı balıkçılığın zararsız geçiş ile bağdaşmayacağı ilkesidir. Aynı yaklaşımın BMDHS için de uygulanabilir olduğu düşünülmektedir⁵⁴.

⁴⁹ **Tanaka, Yoshifumi**, (2019) *The International Law of the Sea*, 3. Baskı, Cambridge University Press, s. 107.

⁵⁰ **van Logchem, Youri**, "MASS and the 1982 Law of the Sea Convention - A Paradigm Shift or Old Wine in New Wineskins?", IMO Seminar on Development of a Regulatory Framework for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), 6 Eylül 2022, Çevrimiçi Konferans, <<https://www.youtube.com/watch?v=M3SCua66Hco&t=4260s>> s.e.t. 22 Ekim 2024.

⁵¹ **Churchill, Robin R/Lowe, Vaughan/Sander, Amy**, s. 146.

⁵² Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi (29.04.1058, Y.G: 10.09.1964) Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, C. 516, s. 205.

⁵³ **Tanaka, Yoshifumi** (2015) "Navigational Rights and Freedoms": Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (editörler), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 536-558, s. 543.

⁵⁴ **Tanaka** (2015), s. 543.

Gemi olarak kabul edilse dahi, bir suçta karışan bir insansız deniz aracı bakımından hem m. 19 kapsamında zararsız geçiş rejiminin ihlali, hem de devletin menfaatine de zarar verdiği gerekçesi ile m. 21 kapsamında kıyı devletinin müdahalesi söz konusu olabilir. Fakat yine kıyı devletinin bu anlamda yetkilerinin, bu deniz araçlarının gemi sayılmaması varsayımına kıyasla önemli ölçüde kısıtlandığı kabul edilmelidir. Zira gemi sayıldığı durumda kıyı devletinin ilgili araç üzerindeki kolluk yetkileri, gemi sayılmadıkları varsayımındaki gibi kıyı devletinin iç hukukuna değil, BMDHS 19, 21, 25, 27 ve 28. maddeleri çevresinde şekillenen uluslararası hukukta zararsız geçiş rejimine ve bu rejimin ihlali durumunda kullanılacak yetkilere tabi olacaktır.

Gemi olarak kabul edilen ve zararsız geçiş hakkını kullandığı varsayılan bir insansız deniz aracı, bir devletin karasularında suç işlediğinde, kıyı devletinin cezai yargı yetkisi geleneksel gemilerde olduğu gibi BMDHS m. 27 ve 28 kapsamında incelenebilir. Kıyı devletleri, genellikle zararsız geçiş halinde olan yabancı gemiler üzerinde ceza yargı yetkisini kullanmazlar; ancak belirli durumlar bunun istisnasını oluşturur⁵⁵. Suçun sonuçları kıyı devletine uzanıyorsa, suç kıyı devletinin barış ve güvenliğini bozuyorsa, gemi kaptanı veya bir diplomatik temsilcinin yerel otoriteden yardım talep etmişse ya da uyuşturucu trafiğini önlemek için gerekli ise kıyı devletleri cezai yargı yetkisini kullanabilir⁵⁶. Bu durumlarda kıyı devleti, bayrak devletinin diplomatik temsilcisini bilgilendirmek zorundadır⁵⁷.

Kıyı devletlerinin karasularında insansız deniz araçları aracılığıyla işlenen bir suçta ilişkin suçlular üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesi süreci bir takım uygulama sorunları doğurabilir. Normalde kıyı devletinin karasularında yabancı bir geminin işlediği suçta ilişkin yargı yetkisini karasularında bulunan geminin üzerinde bulunan bir kimseye karşı kullanabilmektedir. Bir insansız deniz aracı söz konusu olduğunda ise suç fiilini işleyen kişinin yabancı bir devletin yargı bölgesinde bulunması olasıdır. BMDHS 27. madde bu kimsenin gemi üzerinde ya da suçun sonuçlarının meydana geldiği karasularında bulunmasını zorunlu

⁵⁵ **Tanaka** (2015), s. 545.

⁵⁶ BMDHS m. 27(1).

⁵⁷ BMDHS m. 27(3).

kılmadığından ve uluslararası ceza hukukunda kabul edildiği üzere suçun sonuçlarının meydana geldiği yer mahkemelerinin cezai yetkisi tanındığından, kıyı devletinin cezai yargı yetkisi hala mevcuttur⁵⁸. Fakat insansız deniz aracını komuta eden ya da konuşlandıran kimsenin bir başka devletin ülkesinde bulunması durumunda, suç kıyı devletinin karasularında sonuç doğurmasına rağmen kıyı devleti suçlular üzerinde kolluk yetkisini kullanamayacaktır. Kıyı devletinin cezai yargı yetkisini kullanabilmesi failin yargı bölgesinde bulunduğu devlet ile aralarındaki iş birliği ve anlaşmalara bağlı olacaktır⁵⁹.

Diğer taraftan bir deniz aracında insan bulunmaması bu araçlara uygulanabilecek güvenlik önlemlerinin şiddetinin artmasına neden olabilir. Kıyı devletlerinin karasularında egemenlik haklarından doğan yetkisi, eğer burada bir suç işlediğine dair yeterli delil varsa, insansız deniz aracının yok edilmesi de dahil olmak üzere geniş bir haklar yelpazesi sağlayabilir⁶⁰. Kuvvet kullanımının sınırlarının ele alındığı “I’m Alone” ve “Saiga” davalarında belirtildiği gibi, devletler, yalnızca son çare olarak ve gerekli, orantılı ve makul olduğunda güç kullanmakla yükümlüdür⁶¹. İnsansız deniz araçlarına karşı güç kullanımının, bu kriterler ile belirlenen sınırları aşması ise uzak bir ihtimaldir çünkü bu kriterler insansız bir araca uygulanan kuvveti doğal olarak kapsamayan insancıl hukuka ve insan haklarına dayanmaktadır. İnsansız deniz araçlarına yıkıcı bir kuvvet uygulanmasına örnek olarak Sri Lanka Donanması tarafından, Sri Lanka güçlerine saldırı yapmakla suçlanan Tamil İlam Kurtuluş Kaplanları’na (LTTE) ait teknelerin yok edilmesi gösterilebilir⁶². Buna karşılık, bu tür bir kuvvet kullanımı yakın gelecek-

⁵⁸ **Guilfoyle, Douglas** (2016), *International Criminal Law*, 1. Baskı, Oxford University Press, s. 32.

⁵⁹ **Mclaughlin, Rob/Klein, Natalie** (2021) “Maritime Autonomous Vehicles and Drug Trafficking by Sea : Some Legal Issues”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, C. 36, S. 3, ss. 389-418, s. 407.

⁶⁰ **Mclaughlin, Rob/Klein, Natalie**, s. 408.

⁶¹ The M/V Saiga (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea), 1 Temmuz 1999 tarihli karar,

ITLOS Reports, s. 48, § 106; “I’m Alone” (1935), Reports of International Arbitral Awards S. III, s. 1615.

⁶² “Sri Lanka navy destroys Tiger boats | News | Al Jazeera”, 20.06.2007, <<https://www.aljazeera.com/news/2007/6/20/sri-lanka-navy-destroys-tiger-boats>> s.e.t. 20 Haziran 2024.

te uygulamada ender rastlanabilir. Zira bir deniz aracının karasularında bir suç işlediğine dair bir delil elde edilse dahi bu araçta insan hayatına yönelik bir risk bulunmadığına emin olmak zor olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki insancıl hukuktan doğan mürettebatsız deniz aracına yönelik kuvvet uygulanmasına yönelik olası kısıtlamalar, araçta göçmen taşındığına yönelik bir şüphe bulunması durumunda ya da kuvvet kullanımı halinde birine zarar verme ihtimali olduğunda yine gündeme gelecektir⁶³. Bu nedenle, insansız deniz araçlarına karşı alınacak önlemler, ancak bu araçların insansız yapısının anlaşılabilirliği ve bu nedenle insan haklarıyla ilgili kaygıların olmadığı bir durumda, geleneksel gemilere kıyasla çok daha sert olabilir. Son olarak, önemle vurgulamak gerekir ki kuvvet kullanımı yalnızca karasularında değil açık denizlerde uygulanan kolluk tedbirlerine de eşlik edebilen bir uygulamadır ve burada yapılan yorumların açık denizler rejimi için de kıyasen geçerli olduğu düşünülebilir.

Suç işleyen bir insansız deniz aracına karşı devletlerin sahip olduğu kolluk yetkileri egemenliklerinin sona erdiği karasularının ötesinde daha sınırlıdır. Bu alanlardan münhasır ekonomik bölgede (MEB) devletler yalnızca birtakım egemenlik haklarına sahipken, açık denizlerde hiçbir devletin egemenlik ya da egemenlik hakları söz konusu değildir. Bu alanlarda devletler yalnızca uluslararası hukukun kendilerine tanıdığı seyrüsefer hakkı, denizaltı kablo ve boruları döşeme hakkı gibi belli başlı haklar kullanabilirler⁶⁴. Bu haklar arasında seyrüsefer hakkı, insansız deniz araçları ve onlara uygulanabilecek kolluk faaliyetleri açısından mühimdir. BMDHS uyarınca açık denizlerde seyrüsefer özgürlüğünün, tartışmalı olmakla birlikte ve bir ana gemiye bağlı bulunan ekipman ve teçhizatlar hariç tutularak, yalnızca gemilere tanındığı varsayılabilir⁶⁵.

Bazı yazarlar ise açık denizlerde seyrüsefer özgürlüğünün genel bir hak olduğu ve yalnızca gemilere değil tüm deniz araçlarına tahsis edildiği düşüncesindedir⁶⁶. Bu görüşe göre açık denizlerin özgürlüğü kural, sınırlanması istisnadır

⁶³ **Mclaughlin/Klein**, s. 408.

⁶⁴ BMDHS m. 87.

⁶⁵ BMDHS m. 90.

⁶⁶ **Veal/Tsimplis/Serdy**, s. 34.

ve insansız deniz araçlarının seyrüsefer özgürlüğü açıkça sınırlandırılmadığından bu araçlar da bu haktan faylanabilirler. Bu görüşün bir yansıması olarak, bir bayrak devletinin, dilediği aracı dilediği şekilde sınıflandırıp ona açık denizlerdeki seyrüsefer özgürlüğünden yararlanma hakkı tanıyabildiği ve diğer devletlerin bu tanımlamaya saygı duymak zorunda olduğu iddia edilmektedir⁶⁷. Ayrıca, her ne kadar BMDHS lafzi olarak yorumlandığında sözleşmenin bu hakkı yalnızca gemilere tanıdığı düşünülse de açık denizlerin özgürlüğü ilkesi yalnızca BMDHS ile değil teamül hukuku ile de güvence altına alınmış bir özgürlüktür. Bu doğrultuda, diğer devletlerin menfaatlerine karşı olmayan ve denizlerin barışçıl kullanımına dahil edilebilecek şekilde seyreden bir insansız deniz aracına bayrak devletinden başka bir devletin müdahalede bulunması teamül hukuku bağlamındaki seyrüsefer özgürlüğüne aykırı görülebilir.

Ancak bu yaklaşım üç noktada BMDHS ile belirlenen hukuk rejimi ile bağdaşmaz. Öncelikle, gemilerin uymakla mükellef oldukları birtakım kural ve standartlar belirleyerek en başta BMDHS bayrak devletlerinin dilediği araca gemi statüsü veremeyeceğini ortaya koymaktadır⁶⁸. Ayrıca devletlerin, özellikle menfaatleri bayrak devleti ile çatışabilecek olan kıyı devletlerinin, bayrak devletinin gemi tanımlamasına saygı göstermek gibi bir zorunluluğu olduğunu iddia etmek güçtür⁶⁹. Bu argümana delil olabilecek bir olay, 2016 senesinde Çin'in seyrüsefer özgürlüğü olmadan askeri istihbarat topladığı iddiasına dayanarak bir Amerikan denizaltı planörünü yakalamasıdır⁷⁰. Son olarak, devletlerin ziyaret ve kesintisiz takip gibi hakları yabancı bir geminin üzerinde kullanmasının önündeki engel bu gemilerin yalnızca bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi altında bulunmasıdır. Bu durumda, açık denizlerde kolluk yetkisini kullanmak isteyen bir devletin neden kendi yasalarına göre gemi sayılmayan bir aracı gemi olarak kabul ederek onu bir bayrak devletinin yargı yetkisi altında kabul etmesi gerektiği izaha muhtaç kalacaktır. Gemi statüsü olmayan bir aracın, bayrak dev-

⁶⁷ Veal/Tsimplis/Serdy, s. 34.

⁶⁸ van Logchem, s. 38.

⁶⁹ van Logchem, s. 38.

⁷⁰ van Logchem, s. 38.

letin korunması altında olmadığı ve bu nedenle diğer devletlerin uluslararası hukuktan doğan kolluk tedbirlerine konu olabileceği iddia edilebilir. Bu nedenle her iki taraftan yalnızca birinin iddiasını meşru kabul etmek için geçerli bir sebep görünmemektedir.

Öte yandan, devletlerin ‘gemi’ olarak kabul etmediği bir araca karşı açık denizlerde kolluk tedbirlerine pratikte daha kolay başvurabileceği öngörülebilir. Nitekim, böyle bir araç, deniz haydudu bir gemiye benzer şekilde, bir bayrak devletinin korunması altında kabul edilmeyebilir. Örneğin, açık denizlerde hukuka aykırı balıkçılık yapmak, uluslararası hukuk çerçevesinde yabancı bir devlete bu gemi üzerinde kolluk yetkisi tanımamaktadır. Ancak bu eylemin, yabancı bir devlet tarafından gemi kabul edilmeyen ve bayrağını taşıdığı devlet tarafından gemi olarak kaydedilmiş insansız bir deniz aracı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, yabancı devlet, söz konusu aracın gemi niteliğine sahip olmadığı ve dolayısıyla bayrak devletinin korunması altında bulunmadığını ileri sürerek, Çin ve Amerika örneğinde olduğu gibi müdahalede bulunabilir.

İnsansız deniz araçlarının gemi statüsüne ve dolayısıyla seyrüsefer özgürlüğüne sahip oldukları varsayılırsa açık denizlerde bu araçlar ancak kendi bayrak devletleri tarafından ya da uluslararası hukukun öngördüğü belirli koşullarda yabancı devletler tarafından müdahaleye maruz kalabilirler. Yabancı devletler tarafından icra edilebilecek müdahaleler ziyaret hakkı⁷¹, kesintisiz takip⁷², deniz haydudu gemilerin yakalanması⁷³, uyuşturucu madde kaçakçılığı yapan gemilerin denetimi⁷⁴ ve izinsiz yayın yapan gemilerin yakalanması⁷⁵ şeklinde özetlenebilir. Bu faaliyetler ancak üzerine tedbir uygulanacak geminin uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunması ya da bu yönde bir şüphe taşıması durumunda meşru kabul edilmektedir. Açık denizlerde seyrüsefer özgürlüğünün istisnalarını oluşturan bu kolluk faaliyetlerinin gemi olarak kabul edilen insansız

⁷¹ BMDHS m. 110.

⁷² BMDHS m. 111.

⁷³ BMDHS m. 105.

⁷⁴ BMDHS m. 108.

⁷⁵ BMDHS m. 109.

deniz araçlarına uygulanması için de geleneksel gemilerde aranan şartlar aynı şekilde aranmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse bir insansız deniz aracının ziyaret edilebilmesi için ziyaret hakkını doğuran suç şüphelerinden biri, örneğin söz konusu geminin köle ticaretine karıştığı yönünde makul bir şüphe bulunması, var olmalıdır. Köle ve uyuşturucu ticareti ya da izinsiz yayın gibi yabancı devletlere müdahale yetkisi tanıyabilecek faaliyetlerin insansız deniz araçları tarafından işlenişi çoğunlukla geleneksel gemilere benzer şekilde olacaktır. Ancak deniz haydutluğu suçunun insansız bir deniz aracı tarafından nasıl işlenebileceği soru işaretlerine yol açabilir.

BMDHS 101. madde a bendi uyarınca deniz haydutluğu suçu bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından işlenen şiddet, alıkoyma veya yağma fiilidir. Günümüz teknolojisi düşünüldüğünde, şiddet, alıkoyma ve yağma fiillerinin taşıdıkları drone ve silahlar aracılığıyla insansız deniz araçları tarafından gerçekleştirilebileceği açıktır⁷⁶. İnsansız deniz araçlarının deniz haydutluğu suçunu işleyip işleyemeyeceğine dair sorun ise bu fiilin bir özel geminin mürettebatı veya yolcuları tarafından işlenmesi gerektiğinden ortaya çıkmaktadır. Bu gereklilikten ötürü deniz haydutluğu suçunun oluşması bakımından yalnızca insansız deniz aracının gemi statüsüne sahip olması yeterli değildir. Ayrıca haydutluğu oluşturan fiillerin onu kontrol eden ya da konuşturandan bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi ve bu kimsenin mürettebat olarak tanınması gereklidir. Bunun ötesinde, 101. madde uyarınca bu fiilin açık denizlerde işlenmesi gerekmektedir. Oysa insansız deniz araçları ile suç fiilini gerçekleştiren fail bir devletin ülkesinde bulunabilir.

Faillerin bir devletin içsuları, karasuları ya da takımada sularında bulunması durumunda deniz haydutluğu değil ancak “silahlı soygun” kavramından bahsedilebilir⁷⁷. Bu kavram, 21. yüzyılın başlarında başlayan ve 2011 senesine kadar artış gösteren Somali kıyılarındaki silahlı soygun vakaları üzerine UDÖ'nün

⁷⁶ Petrig (2021), s. 25.

⁷⁷ Petrig, Anna (2015) “Piracy”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (editörler), The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 843-865, s. 850.

aldığı birtakım kararlar ile önem kazanmıştır. 2008 senesinde alınan 1816 sayılı karar ve onu izleyen bir dizi benzer kararlar ile UDÖ, Somali geçici hükümetinin de rızası üzerine, yabancı devletlere Somali karasularında gemileri alkoyan silahlı unsurlara karşı önlem almak için yetki vermiştir⁷⁸. Belirtilen deniz yetki alanlarında gerçekleştirilen silahlı soygunlara ilişkin bölgesel anlaşmalarda da bu kavram kendine yer bulmuştur⁷⁹. Ancak ne silahlı soygun kavramının tanımı ne de silahlı soygun vakaları karşısında devletlerin yabancı bir devletin deniz yetki alanları içerisinde hangi hak ve yetkilere sahip olacağı bakımından yeknesak bir anlayış uluslararası hukuk altında henüz belirlenmiş değildir⁸⁰. Bu nedenle bir insansız deniz aracı bir devletin içsularında, karasularında ya da takımadada sularında silahlı bir soygun eylemi gerçekleştirirse yabancı bir devletin bu suça müdahalesi ancak kıyı devleti ile aralarındaki bölgesel ya da ikili antlaşmalara bağlı olarak hukuka uygun olabilir.

Sayılan sebeplerle, 101. maddenin lafzi yorumunun insansız deniz araçlarının deniz haydutluğu suçunu işlemeye elverişli olmadığı yönünde bir neticeye yol açtığı kabul edilebilir. Böyle bir durumda insansız deniz araçları aracılığıyla açık denizlerde şiddet, alıkoyma veya yağma fiillerinden birini işlemiş dahi olsa bir kimsenin 101. maddenin a bendindeki tanımdan yola çıkarak deniz haydutluğu suçunu işlediğini öngörmesi mümkün olmayabilir. Bu kimseye bu suçu isnat etmek, uluslararası ceza hukukunun genel prensiplerinden olan kanunilik prensibine aykırı görülebilir⁸¹.

Diğer taraftan, deniz haydutluğunun BMDHS'den bağımsız biçimde bir teatmül hukuku kuralı olarak yasaklı bir eylem olduğunu unutmamak gerekir⁸². Ayrı-

⁷⁸ **Kraska, James/Pedrozo, Raul** (2013) *International Maritime Security Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, s. 701.

⁷⁹ Bkz: Asya'da Deniz Haydutluğu ve Gemileri Hedef Alan Silahlı Soygun ile Mücadele Hakkında Bölgesel İşbirliği Anlaşması (Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships in Asia - ReCAAP, 11.10.2004); Cibuti Kodu (The Djibouti Code of Conduct - DcoC, 29.01.2009).

⁸⁰ **Petrig** (2015), s. 851.

⁸¹ **Petrig** (2020), s. 130.

⁸² **Petrig** (2015) s. 860.

ca kanunilik ilkesinin suça teşvik edici ve uluslararası hukukta boşluklara yol açacak biçimde yorumlanması da uluslararası hukukun amacı ile örtüşmemektedir⁸³. Bu nedenle 101. maddenin a bendinin lafzi yorumu BMDHS'nin amacı doğrultusunda absürt bir sonuca yol açmaktadır. Deniz haydutluğuna ilişkin hukuk bakımından hem teamül hukukunda hem de sözleşmenin amacı doğrultusunda açıkça bir gemiyi şiddete, alikoymaya veya yağmaya maruz bırakan unsurlar karşısında mağdur geminin bayrak devletinin koruması altına alınması istenmektedir. Bu nedenle 101. maddede atfedilen haydut gemi ve onun mürettebatı geniş bir yorum tabii tutulmalıdır. Bu yorum, açık denizde bir geminin seyrüsefer özgürlüğünü kısıtlayabilecek herhangi bir deniz aracını haydut gemi, o aracı kontrolü altında bulduran ya da konuşlandıran bir kimseyi de onun mürettebatı olarak sınıflandırmayı gerektirir⁸⁴. Böylece mağdur geminin bayrak devleti, ilgili gemi ve operatörüne karşı deniz haydutluğu suçu bakımından kolluk ve yargı yetkilerine başvurabilecektir. Ancak burada tekrar not düşmek gerekir ki operatörün başka bir devletin yargı yetkisi altında bulunması o suçlunun cezai kovuşturması için yine devletlerarası bir anlaşma ya da iş birliği gerektirecektir.

Operatörlerin mürettebat statüsü tanınmasa dahi, insansız deniz aracının gemi statüsü tanındığı sürece, BMDHS 101. madde b ve c bentleri uyarınca ilgili operatörler deniz haydutluğunu oluşturan fiiline katılan ya da bu fiilleri kolaylaştıran kimse sıfatıyla deniz haydutluğu suçunu işlemiş kabul edilebilecektir⁸⁵. Bu çıkarım özellikle deniz haydutluğu suçunun birden fazla ve aralarında en az bir insansız deniz aracının bulunduğu bir filo tarafından işlendiği durumlar için önemlidir. Böyle bir durumda deniz haydutluğu suçuna karışan her bir insansız deniz aracının ve varsa operatörün, örneğin yalnızca mal taşımakta kullanılmış olsa dahi, bu suçtan sorumlu tutulması mümkündür.

⁸³ **van Sliedregt, Elies** (2014) "International Criminal Law": Dubber, Markus D/Hörnle, Tatjana (editörler), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 1. Baskı, ss. 1139-1164, s. 1149.

⁸⁴ **Petrig, Anna/Geiß, Robin** (2011), *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford University Press, 1. Baskı, s. 63.

⁸⁵ **Petrig** (2021), s. 36.

Siber müdahale neticesinde işletimi ele geçirilen bir insansız deniz aracının sonrasında suç işlemekte kullanımı da bu noktada incelenebilir. Bir insansız deniz aracının bir siber müdahale ile operasyonunun devralınması alıkonulmasının bir biçimi olarak değerlendirilebilir. Alıkoyma eylemi, ilk bakışta BMDHS kapsamındaki deniz haydutluğu hükümleriyle bağlantılı görünmektedir; ancak bu hükümlerin bu senaryoda uygulanması olası görünmemektedir. Bunun nedeni, 101. maddede yer alan ve alıkoyma eyleminin “özel bir gemi veya uçağın mürettebatı ya da yolcuları tarafından” gerçekleştirilmesi gerektiğini belirten hükmün altında yatmaktadır. Bu hükmün lafzi yorumu, bir gemiye karadan yöneltilen bir siber müdahalenin deniz haydutluğu olarak sınıflandırılmasını engeller. Failler, mağdur deniz aracı dışında denizde bulunan bir gemiden bu siber müdahalede bulunuyorsa bu durum deniz haydutluğu olarak değerlendirilebilir. Zira bu durumda alıkoyma eylemi bir başka geminin mürettebatı ya da yolcuları tarafından gerçekleşmiş olacaktır, ancak böyle bir suçun gerçekleşme olasılığı oldukça düşük görünmektedir. Buraya kadar ele alınan senaryoda bu çalışmanın konusunu oluşturan suç işlemekte kullanılan insansız deniz araçları değil, ancak mağdur sıfatında bir insansız deniz aracından bahsedilmektedir. Siber bir müdahale sonucu alıkonulan bir insansız deniz aracı sonrasında bir suç işlemek için kullanıldığında ise bu çalışmanın kapsamına dahil olabilecek yeni hukuki sorunlar doğar.

Siber müdahale neticesinde alıkonulan bir deniz aracı sonradan işlenen herhangi bir suç, bu deniz aracı ve kontrolü devralan kimseler bakımından aynı hukuki, cezai ve kolluk önlemlerine konu olacaktır. Örneğin alıkonulan bir insansız deniz aracı daha sonra bir başka gemiye şiddet uygulamak amacıyla kullanılırsa bu durumda deniz haydutluğu hükümlerine başvurulabilir. Bunun nedeni bu hükümlerde aranan iki gemi şartının artık ele geçirilen deniz aracının varlığı ile sağlanıyor olmasıdır. Deniz aracının kontrolünü elinde bulunduran bu kimselerin de artık mürettebat olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmaz. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere deniz haydudu geminin ve onun mürettebatının geniş bir yoruma tabi olması deniz hukukunun amacıyla örtüşen bir yaklaşım olacaktır⁸⁶.

⁸⁶ **Petrig, Anna/Geiß, Robin** (2011), *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford University Press, 1. Baskı, s. 63.

Bu noktada bahsedilmesi gereken bir husus, kontrolü alıkonulan bir deniz aracına deniz haydutluğu hükümlerinin uygulanamaz olmasından dolayı bu aracın BMDHS m. 105 uyarınca deniz haydudu geminin yakalanması hükmüne konu olması da söz konusu olmayacaktır. Ancak bu hüküm, ilgili aracın sonradan diğer bir gemiye karşı deniz haydutluğu suçunu oluşturan faaliyetlerde kullanılması durumunda uygulanabilir olacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar siber müdahaleler BMDHS'de doğrudan düzenlenen bir suçun kapsamına girerse de sözleşmede düzenlenen ziyaret hakkının kapsamına girebilir. Tekrar vurgulamak gerekir ki siber yollarla alıkonulan bir geminin deniz haydudu bir gemi olarak ziyaret hakkını düzenleyen 110. maddenin a bendi uyarınca ziyareti lafzi yorum altında mümkün görünmemektedir. Aynı maddenin d bendi uyarınca tabiiyetsiz bir geminin ziyaret edilmesi mümkündür ve insansız deniz araçlarının da bu bent uyarınca ziyareti yabancı devletler tarafından gerçekleştirilebilir. Bunun sebebi, alıkonulan bir insansız deniz aracının artık taşıdığı bayrak devletinin tabiiyetinde olmayacağı varsayımıdır. Zira gemiler BMDHS uyarınca ancak bayrağını çekme iznine sahip oldukları devletlerin tabiiyetinde bulunabilirler, ancak bayrak devletinin kontrolü devralınan bu araç için böyle bir izni olduğunu iddia etmek sözleşmenin amacı ile bağdaşmaz. Yabancı devletlerin deniz haydudu geminin yakalanması (m. 105) ve ziyareti (m. 110) tedbirlerine bayrak devletinin onayı olmaksızın başvurabilmesi, BMDHS'nin alıkonulan gemilerin bayrak devletinin tabiiyetinde kabul edilmemesi gerektiği yönündeki iradesini ortaya koymaktadır.

Aralarında insansız deniz aracının da bulunduğu birden çok deniz aracının bir suça karışması ayrıca kesintisiz takip açısından önem arz eder. Zira bir kıyı devletine kesintisiz takip hakkı tanıyan ve birden çok vasıtanın kullanıldığı eylemler bakımından bu devletin karasularında bulunan ve gemi statüsüne sahip olmayan deniz araçları, BMDHS m. 111(4) uyarınca ana gemiye bağlı bir araç olarak kabul edilerek takibe konu olabilir.

İnsansız deniz araçlarının denizde suç işlemek için kullanılmasının yol açabileceği diğer bir sorun, bu araçlara karşı uygulanacak bazı kolluk faaliyetlerinde yaşanabilecek zorluklardır. Örneğin bir insansız deniz aracının kesintisiz takibi geleneksel bir gemi ile benzer şekilde gerçekleştirilebilir; ancak bunu ziyaret hakkı

için söylemek pek çok sebepten ötürü zordur. Öncelikle insansız deniz araçlarının üzerine çıkmak fiziksel açıdan zor olabilir ya da mümkün olmayabilir. Bu araçlara binmek mümkün olsa dahi kendisi araçtan uzakta bulunan ve bu nedenle kendisine zor kullanma imkanının bulunmadığı bir kimsenin kontrolünde bulunan bu araca binmek, kolluk güçleri için hem anlamsız hem de riskli olacaktır⁸⁷.

Gelişen teknolojinin ziyaret hakkının kullanılmasında yalnızca zorluklar değil aynı zamanda kolaylıklar da sunabileceği bir gerçektir. Bu kolaylıklardan biri, ziyaret hakkının, fiziksel olarak görevli memurların şüpheli gemiye çıkmasına gerek duyulmaksızın, bazı araçlar (drone vb.) aracılığıyla ya da sanal olarak gerçekleştirilmesi imkanı olabilir⁸⁸. Fakat böyle bir uygulamanın ziyaret hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Sanal bir ziyaretin fiziksel bir ziyarete kıyasla daha fazla ve ihtiyaç duyulmayan bilgiler elde edilmesine imkan tanıyabileceği endişesi, böyle bir uygulamanın BMDHS 110. maddesinde tanınan ziyaret hakkının tanıdığı yetkileri aşacağı fikrini doğurmaktadır⁸⁹. Fakat hakim görüş, sanal bir ziyaretin, yani şüpheli geminin uyrğunun ve evraklarının sanal bir ağ bağlantısı aracılığıyla elde edilmesinin, fiziksel bir ziyaretten daha düşük seviyede bir müdahale içerdiği ve bu nedenle ziyaret hakkı kapsamında olduğu yönündedir⁹⁰. Özellikle şüpheli geminin insansız işletiliyor olmasının ziyaret hakkını kullanacak kolluk memurlarının maruz kaldığı tehditleri artırdığı düşünülürse, bu gemilerin sanal ziyaretin yol açabileceği risklere göz yummasını beklemek hakkaniyetli bir yaklaşım olacaktır.

Denizlerde işlenen bazı suçlara BMDHS’de değinilmemiş ya da yalnızca bir çerçeve sunacak kadar değinilmiştir. Diğer bazı uluslararası sözleşmelerde daha

⁸⁷ **Petrig, Anna** (2023), “Maritime Security in the Age of Autonomous Ships”: Johansson, Tafsir Matin/Fernández, Jonatan Echebarria/Dalaklis, Dimitrios/Pastra, Aspasia/Skinner, Jon A., *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications*, Springer, 1. Baskı, ss. 81-98, s. 88.

⁸⁸ **Petrig**, s. 88.

⁸⁹ **Schmitt, Michael N.** (editör) (2017), “Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations”, Cambridge University Press, s. 238.

⁹⁰ **Schmitt** (2017), s. 238.

detaylı biçimde ele alınan bu suçlardan başlıcaları insan, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı ile terör eylemleridir. İnansız deniz araçlarının işlediği suçlar bakımından uygulanabilir hukuk incelenirken bu suçları konu alan başlıca antlaşmalar da göz önünde bulundurulmalıdır.

C. SUA SÖZLEŞMELERİ BAĞLAMINDA DENİZLERDE SUÇUN ÖNLENMESİ

Achille Lauro olayı, BMDHS'nin denizde insan hayatını ve seyir güvenliğini tehdit eden unsurları ne ölçüde kapsadığı ve denizde işlenen suçlara karşı yeterli yargı yetkisi sağlayıp sağlamadığı noktasında tartışmalara yol açmıştır⁹¹. Bu olayda, İtalya bayrağı taşıyan Achille Lauro adlı yolcu gemisi Mısır kıyılarına 30 deniz mili mesafedeyken, Filistin Kurtuluş Cephesi üyeleri gemiyi ele geçirmiş, İsrail'in Filistinli rehinelere serbest bırakmasını talep etmiş ve karşılanmayan bu taleplerinin üzerine bir Amerikan vatandaşı öldürmüştür. Bu olay neticesinde BMDHS kapsamındaki deniz haydutluğu hükümlerinin karasularında gerçekleşen, geminin kendi mürettebatı tarafından gerçekleştirilen ve siyasi amaçlarla işlenen alıkoyma vakalarına uygulanamıyor olması eleştiri toplamıştır⁹². Ayrıca birden çok devletin yargı yetkisi söz konusu olduğunda önceliğin hangi devlete ait olduğu sorusu da gündeme gelmiştir⁹³. Sonuç olarak, bu alandaki hukuki boşlukları doldurmak amacıyla 1998 SUA Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu sözleşme kapsamında devletlere daha geniş bir yargı yetkisi tanınmıştır çünkü suçluların bir devletin karasularında olmalarına rağmen diğer devletler tarafından üzerlerinde yargı yetkisi kurulabilmektedir (SUA 1998 Madde 4). Daha sonra, SUA 1998'in getirdiği hukuki çerçeveye yeni suçlar eklemek amacıyla 2005 SUA Protokolleri hazırlanmıştır. Böylece BMDHS'de belirlenen hukuki çerçeve hem kapsanan suçlar hem de yargı yetkisi tanınan bölgeler bakımından genişlemiştir.

⁹¹ **Klein, Natalie** (2019), "Maritime Security": Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (editörler), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 582-603, s. 595; **Tanaka** (2019), s. 461.

⁹² **Petrig** (2015), s. 848.

⁹³ **Klein** (2019) *Maritime Security*, 595.

SUA sözleşmeleri kapsamında yer alan suçlar çeşitli kategorilere ayrılabilir⁹⁴. İlk kategori, gemilere, yüklerine veya gemide bulunan insanlara yönelik suçları kapsar. Genel anlamda, bir gemiyi ele geçirmek, kontrol altına almak veya gemideki insanları tehdit etmek, gemide bulunan bir kişiye karşı şiddet uygulamak, gemiye veya yüküne zarar vermek, geminin seyir güvenliğini olumsuz şekilde etkilemek, geminin seyri ile ilgili yanıltıcı bilgi vermek, bu tür eylemleri denemek, azmettirmek ya da bu eylemleri gerçekleştirmekle tehdit etmek (SUA 2005 m. 4 ve SUA 1988 m. 3) bu kategori altında sayılabilecek suçlardır. BMDHS’de düzenlenen deniz haydutluğundan farklı olarak, SUA kapsamındaki suçların geminin mürettebatı ya da yolcuları tarafından işlenmesi gerekmez. Yine bu suçların BMDHS’de deniz haydutluğu suçunda arandığı gibi özel çıkarlar amacıyla işlenmesi zaruri değildir. Suçların tanımlandığı hükümlerin kapsamı, suçun işlenme araçları açısından da oldukça geniştir çünkü bu konuda herhangi bir kısıtlama yoktur. Bu görüşü destekler nitelikteki SUA Sözleşmesinin 3(1)(d) alt bendi, herhangi bir cihaz ya da maddenin gemiye zarar vermek için kullanılabilmesini belirtmektedir. Dolayısıyla, SUA kapsamında BMDHS’de arandığı gibi biri mağdur biri haydut olmak üzere iki geminin bulunması gerekliliği yoktur. Burada belirtmek gerekir ki SUA’da benimsenen bu geniş kapsam, siber yollarla bir insansız deniz aracının alıkonulması durumunu da kapsar.

Bu sözleşmelerin coğrafi kapsamı da BMDHS ile kıyasla daha geniştir. SUA 1988 Sözleşmesi’nin coğrafi kapsamını belirten 4. maddesi, sözleşmenin “bir geminin tek bir devletin karasularının dış sınırının veya bitişik devletlerle yan sınırının ötesinde seyretmesi veya programına göre bu sulara, bu sulardan geçerek veya bu sulardan seyretmesinin planlanması halinde” uygulanacağını belirtir. Maddenin ikinci bendi, suçlunun veya şüphelinin, 1. bentte belirtilen devletten farklı bir taraf devletin ülkesinde bulunması durumunda sözleşmenin yine uygulanacağını belirterek kapsamı genişletir. Ayrıca bu hükümlerde, faillerin veya suç işlemekte kullanılan gemilerin konumu da belirtilmemiştir; bu nedenle coğrafi sınırlamalar sadece mağdur gemilerle ilgilidir.

⁹⁴ Petrig (2021), s. 40.

Ayrıca, sözleşme karasularının ötesinde seyretmesi planlanan gemilere uygulanacağı için, bir devletin topraklarında işlenen suçlar da sözleşme kapsamına girebilir. SUA 2005, sözleşmelerin kapsamını tüzel kişileri de içerecek şekilde genişleterek faillerin şirket yapısının arkasına saklanmasını önlemeyi hedeflemiştir (Madde 5bis). SUA 2005 m. 3'te tanımlanan suçlar bakımından bu suçlara teşebbüs de sözleşmenin kapsamındadır. Bununla beraber faillerin konumuna ilişkin açık bir kısıtlama da olmadığı göz önüne alındığında, SUA sözleşmelerinin yalnızca uzaktan kumandalı deniz araçlarına değil, aynı zamanda otonom deniz araçlarına ve bu araçları yönetenlere de uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir⁹⁵.

İkinci suç kategorisi, terör suçlarını kapsar. Genel olarak bu suçlar, bir silah ya da tehlikeli maddeler kullanılarak ya da tahliye ederek ölüm, yaralanma veya hasara yol açmayı; bu tür eylemleri gerçekleştirme tehdidinde bulunma veya teşebbüsünde bulunmayı; ya da bu tür eylemlerin işlenmesini kolaylaştırmayı içerir (Madde 3bis, Madde 3ter, ve Madde 3quater). İlk kategoriyle biraz benzerlik gösterse de ikinci kategorinin düzenlendiği 2005 protokolü ile sözleşmeye ilave edilen madde 3bis ile 1988 tarihli sözleşmede düzenlenen 3. maddenin arasındaki temel farklar, madde 3bis altında tanımlanan suçların bir “toplumu yıldırma” ya da “bir hükümet veya uluslararası örgütü bir fiili yapmaya veya yapmaktan imtina etmeye zorlamayı” amaçlaması ve mağdur geminin seyri ile ilgili olmamasıdır.

İki kategori arasında insansız deniz araçları bağlamında önemli olabilecek bir fark, madde 3bis'in, ölüm, yaralanma veya hasar vermek ya da bu amaca ulaşmak için maddeler boşaltmak üzere kullanılan bir “suçlu gemi”ye atıfta bulunmasıdır; oysa SUA 1988'in 3. maddesi yalnızca mağdur gemiye atıfta bulunur ve suçlu gemiden bahsetmez. Suçlu gemiye yapılan bu atıf, yasaklı fiillerin işlenmesinde kullanılan insansız deniz araçlarının madde kapsamına girip girmeyeceği sorusunu gündeme getirmekte ve insansız deniz araçlarının statüsü sorununun bu kez SUA sözleşmeleri bağlamına taşımaktadır. Sözleşme, madde 1 uyarınca gemi terimini “dinamik takviyeli tekneler, su altına dalabilir gemiler ve

⁹⁵ Petrig (2021), s. 41.

diğer yüzen tekneler dahil, devamlı olarak deniz tabanına bağlı olmayan her türlü gemi” olarak tanımlanır. Lafzi bir yorumla bu tanımın insansız deniz araçlarını suçlu gemi olarak kapsayacak kadar geniş olduğu ileri sürülebilir. Ayrıca, sözleşmenin amacının suçları önlemek ve özellikle BMDHS kapsamındaki deniz suçlarına uygulanacak hukukun alanını genişletmek olduğu düşünüldüğünde, bu tür bir yorum sözleşmenin amacına da uygun olacaktır⁹⁶. Bu çıkarımı destekler nitelikte bir yorum madde 3bis’in aksine madde 3’te suçlu gemiye değinilmemesine dayanır. Zira suçlu geminin varlığına değinilmeyen 3. madde, insansız deniz araçları SUA sözleşmeleri bağlamında gemi olarak kabul edilmese dahi, insansız deniz araçlarının kullanıldığı ilk kategoriye dahil edilebilecek suçların işlenmesi durumunda uygulanabilir. Bir suçun işlenmesinde insansız deniz araçlarının kullanımının, suç kategorisine bağlı olarak bazı hükümlerin kapsamına girip diğerlerine girmemesi makul bir çıkarım olmayacaktır⁹⁷. Bu nedenle SUA sözleşmesinde yer alan 2. kategoriye dahil suçların da insansız deniz araçlarına uygulanabileceği ileri sürülebilir.

Son kategori olan taşıma suçları, Madde 3bis (b) altında tanımlanmıştır. Buna göre, terör amaçlı ölüm, yaralanma veya hasara yol açacağı bilindiği halde patlayıcı veya radyoaktif maddelerin ve biyolojik silahların ve bu tür maddelerin yapılmasında kaynak olarak kullanılacak maddelerin, kullanım amacı ne olursa olsun, taşınması yasaktır. Madde 3bis (b)’de açıkça belirtildiği üzere hüküm yalnızca bir gemi üzerinde yapılan taşımacılığa uygulanır. İkinci kategoriye giren suçlarda olduğu gibi sözleşmede yer alan geminin geniş tanımı göz önüne alındığında, insansız deniz araçlarının bu madde kapsamına da girdiği söylenebilir⁹⁸.

SUA Sözleşmelerinin geniş çerçevesi insansız deniz araçlarına uygulanabilecek hukuk açısından BMDHS’ye kıyasla daha umut verici bir kapsam sunmaktadır. Ancak, bu sözleşmelerin insansız deniz araçların işleyeceği suçların ön-

⁹⁶ **Petrig** (2021), s. 39.

⁹⁷ **Petrig** (2021), s. 39.

⁹⁸ **Klein, Natalie** (2019), “Maritime Autonomous Ships within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, *International Law Studies*, C. 95, ss. 244-271, s. 262.

lenmesinde etkin ve yaygın olarak kullanılmasının önünde bazı engeller bulunabilir. İlk olarak, SUA 1988'in onaylanma oranı oldukça yüksek olmasına rağmen (dünya genelindeki toplam gemi tonajının %94,74'ünü barındıran 166 üye), sözleşmenin kapsamını genişleten SUA 2005'in onaylanma oranı çok daha düşüktür (dünya genelindeki toplam gemi tonajının %39,33'ünü barındıran 53 üye)⁹⁹. Bu oran gösteriyor ki üç suç kategorisinden ikisini oluşturan ve terör ve taşıma suçlarına yönelik düzenlemeleri içeren 2005 protokolü devletler tarafından genel kabul görmemektedir.

Daha da önemlisi, SUA sözleşmelerinde yer alan hükümler BMDHS'nin deniz haydutluğuna ilişkin hükümlerinde olduğu gibi evrensel geçerliliği olan suç tanımları ve yargı yetkisi öngörmez. SUA sözleşmeleri yalnızca devletlere bu suçları tanıma ve kendi iç hukuklarında cezalar öngörme yükümlülüğü getirirler¹⁰⁰. Bu nedenle, devletler, SUA Sözleşmelerinin kapsamındaki suçlar için, uluslararası hukukta dayandırdıkları başka bir temel olmadıkça, kendi iç hukuklarına başvurmak zorundadırlar (SUA 2005 m. 5)¹⁰¹. Bu durum, farklı yargı yetkileri arasında suçların uygulanmasında farklılıklara yol açabilir ve bu farklılıklar, suçların insansız deniz araçlarına uygulanabilirliği ile ilgili olabilir. Örneğin, iç hukuklarında farklı gemi tanımları belirleyen ve SUA sözleşmesinde düzenlenen suçları iç hukukunda tanıyan iki devletten biri bu suç fiillerinin insansız deniz araçları tarafından gemi tanımı altında işlenebileceğine karar verirken diğeri bu araçları bu kapsama dahil etmediğinden aynı suçların oluşmayacağı iddiasında olabilir¹⁰².

Netice itibari ile SUA sözleşmeleri geniş kapsamaları nedeniyle insansız deniz araçlarına uygulanabilir görünmektedir ve bu durum sözleşmelerin suçlarla mücadele amacına da uyum sağlamaktadır. Bu nedenle, SUA sözleşmeleri mev-

⁹⁹ UDÖ, "GISIS - Status of Treaties" <<https://gisis.imo.org/Public/ST/Treaties.aspx>> s.e.t. 25.09.2024.

¹⁰⁰ Klein, Natalie (2019), Maritime Autonomous Ships within the International Law Framework to Enhance Maritime Security, s. 263.

¹⁰¹ Petrig (2021), s. 42.

¹⁰² Petrig (2021), s. 43.

cut halleriyle bile üye devletler için önemli bir uluslararası araç olarak kabul edilmelidir. Ayrıca geniş bir kapsam sunan SUA sözleşmeleri, insansız deniz araçlarını içeren suçların düzenlenmesi açısından gelecekteki olası düzenlemelere ışık tutabilecek bir anlayış sunmaktadır.

D. DENİZ GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN DİĞER SÖZLEŞMELER

Deniz güvenliğiyle ilgili uluslararası sözleşmeler çeşitlilik göstermekte olup, bu sözleşmelerin insansız deniz araçlarına uygulanıp uygulanamayacakları tartışmalıdır. Bu sözleşmelerin konusunu oluşturan suçlardan biri uyuşturucu trafiğidir ve bu alan insansız deniz araçları için önemlidir çünkü bu araçlar uyuşturucu taşımakta birçok avantaj sunmaktadır. Bunun nedeni deniz haydutluğu ya da silah veya göçmen kaçakçılığına kıyasla uyuşturucu kaçakçılığı için çok daha basit ve düşük profilli deniz araçlarının kullanılabilmesi olmasıdır.

BMDHS'nin uyuşturucu kaçakçılığına ilişkin düzenlemeleri detaydan yoksundur. Sözleşme, sadece devletlerin açık denizlerde gemiler tarafından yapılan yasa dışı uyuşturucu trafiğini önlemesi için iş birliği yapmalarını öngörmektedir (m. 108). Hatta BMDHS'de tanınan ziyaret hakkı bile uyuşturucu kaçakçılığı suçunu içermemektedir ve bu yönde bir şüphe barındıran gemiler üzerinde gerçekleştirilemez. Öte yandan, BMDHS'de öngörülen iş birliği yükümlülüğünün, uyuşturucu kaçakçılığını ayrıntılı olarak ele alan diğer uluslararası sözleşmeler aracılığıyla geniş bir etki alanına sahip olduğu savunulabilir¹⁰³. Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Uyuşturucu Sözleşmesi)¹⁰⁴ ve Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (UNTOC)¹⁰⁵ bu sözleşmelerden en çok öne çıkan ikisidir. Bu sözleşmeler, BMDHS m. 108'de ana hatları belirlenen uyuşturucu trafiğin bastırılması yükümlülüğü çerçevesinde etkili iş birliğinin nasıl yapılabileceğine dair bir rehber olarak kabul edilebilir. Kısaca, her iki sözleşme de bazı durumlarda

¹⁰³ **Mclaughlin, Rob/Klein, Natalie**, s. 395.

¹⁰⁴ Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (20.12.1988, Y.G. 11.11.1990), Viyana, Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi, C. 1582, s. 192.

¹⁰⁵ Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (15.11.2000, Y.G. 29.09.2003) New York, Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi, C. 2225, s. 209.

açık denizlerde yasa dışı madde ticareti yapan yabancı gemilere karşı devletlere yargı yetkisi sağlar (UNTOC m. 15[2][c] ve Uyuşturucu Sözleşmesi m. 4). Uyuşturucu Sözleşmesi'nde yasa dışı madde ticaretine karşı yargı yetkisi tanınması, suçun bir gemi üzerinde işlenmesini gerektirir (Madde 4[1(b)(2)]). Ancak, UNTOC, suçların bir gemi üzerinde işlenmesini şart koşmadan, sözleşme kapsamında ağır bir suç olarak kabul edilen tüm suçları kapsar (Madde 5[1][a], alt bent i).

Uyuşturucu Sözleşmesi'nde gemilere atıfta bulunulmasına rağmen gemi terimi tanımlanmamıştır ancak sözleşmenin bağlamı bu terimin geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini ima eder. Bu argüman, Madde 18 (2)(a) ile desteklenmektedir; burada gezinti ve balıkçı tekneleri de dahil olmak üzere tüm gemilerin serbest ticaret bölgeleri ve limanlarda aranabileceği belirtilmektedir¹⁰⁶. Bu hükümden çıkarılabilecek bir sonuç, “gemi” teriminin yasa dışı kargo taşımak için kullanılan insansız araçları da kapsayacağıdır çünkü hükmün amacının herhangi bir deniz aracını kapsam dışında bırakmamak olduğu savunulabilir.

Uyuşturucu Sözleşmesi ile UNTOC arasındaki bir diğer fark, UNTOC'dan farklı olarak, Uyuşturucu Sözleşmesi'nin 4(1[b][2]) maddesi altında verilen yargı yetkisinin özellikle uyuşturucu kaçakçılığına yönelik olmasıdır. Bu hükme göre kolluk gemileri ziyaret hakkına sahiptir ve bu hak, sözleşmenin 17. maddesi 4. bendi uyarınca öncelikle bayrak devletinden izin talep etmeyi öngören ayrıntılı bir prosedüre tabidir. Makul bir gerekçeyle bir geminin aranması ve el konulması talebini geçerli bir neden olmaksızın reddetmek ya da engellemek, hem Uyuşturucu Sözleşmesi'nin 17(7) maddesinin hem de BMDHS'nin 108. maddesinin ihlali anlamına gelir. Ayrıca uyuşturucu madde trafiğinin önlenmesinde bu iki çok taraflı sözleşme dışında bölgesel ve ikili anlaşmalar da rol oynayabilir ve bu anlaşmalar da bu hususta ayrıca değerlendirilmelidir¹⁰⁷.

Mürettebatsız deniz araçlarının kullanılabilmesi bir diğer alan, göçmen kaçakçılığıdır ve bu alan, UNTOC'a ek olarak benimsenen Kara, Deniz ve Hava

¹⁰⁶ Mclaughlin, Rob/Klein, Natalie, s. 406.

¹⁰⁷ Mclaughlin/Klein, s. 397.

Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (Göçmen Kaçakçılığı Protokolü) altında özel olarak düzenlenmiştir¹⁰⁸. Protokol, bir devletin, bir geminin denizde göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenilmesi durumunda, geminin uyuğunun bilindiği durumlarda bayrak devletinden ziyaret için izin talep edilmesine, geminin uyuksuz olduğu ya da uyuksuz bir gemi olarak kabul edilebileceği durumlarda doğrudan geminin ziyaret edilmesine olanak tanır (Madde 8[2,7]). Protokolde gemi terimi “yer değiştirmeyen araçlar ve deniz uçakları dahil olmak üzere su üzeri taşımacılıkta kullanılan veya kullanılmaya müsait her çeşit su ulaşım aracı” şeklinde insansız deniz araçlarını da kapsayıcı biçimde geniş tanımlanmıştır.

Göçmen Kaçakçılığı Protokolü 151 devlet tarafından, UNTOC ve Uyuşturucu Sözleşmesi ise 192 devlet tarafından onaylanmıştır¹⁰⁹. İnsansız deniz araçlarını da içerisine alan geniş kapsamaları ve devletlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmeleri sebebiyle bu uluslararası kaynaklar, insansız deniz araçları tarafından işlenen bazı suçlara karşı önlem alınması için gerekli hukuki zemini belirli bir ölçüde sunmaktadır.

SONUÇ

Bugün için belli başlı projelerle sınırlı olan insansız deniz araçlarının sayısının denizlerde giderek artacağı öngörülebilir. Bu araçların yalnızca kamu yararına değil kötü amaçlı kullanımının da yaygınlaşması olasıdır. Deniz güvenlik hukukunun bu suçlar ve suçlularla etkin biçimde mücadele için güncelliği ve yeterliliği sağlanmalıdır. Geleneksel olarak denizde işlenen deniz haydutluğu gibi pek çok suç artık insansız deniz araçları aracılığıyla uzaktan (karadan) ko-

¹⁰⁸ Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü (15 Kasım 2000), Londra, Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi, C. 2241, s. 507.

¹⁰⁹ “The Protocol for Migrant Smuggling” <<https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/migrant-smuggling/protocol.html>> s.e.t. 11.09.2024; “Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime” <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&clang=_en> s.e.t. 24.03.2024.

muta edilerek işlenebilecektir. Bu noktada uygulanabilir hukukun tespiti bakımından insansız deniz araçlarının “gemi” olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmada, denizde suç işlemek için kullanılan insansız deniz araçlarının “gemi” olarak kabul edilebileceği pek çok bakımdan açıklanmıştır. Böylece BMDHS’de düzenlenen deniz haydutluğu suçu başta olmak üzere insansız deniz araçları mevcut deniz güvenliği hukukunun ilgili hükümlerinin kapsamına girebilecektir. Bununla birlikte, bu statüyü haiz olmasalar dahi bu araçların pek çok suç fiili bakımından devletlerin alabileceği kolluk önlemlerinin kapsamına girebileceği sonucuna varılmıştır. Bu iddianın altında yatan sebep gemi statüsüne sahip olmayan bir aracın açık denizlerde bayrak devletinin koruması altında sayılmayacağıdır ki bu durum diğer devletlerin uluslararası hukuktan doğan kolluk yetkilerini kullanmakta çekince görmemesine yol açabilir.

Deniz güvenliği bakımından insansız deniz araçlarının kullanımının belki de en önemli yansıması, denizde güvenliğin artık yalnızca denizlerde değil karada da sağlanması gerektiğidir. Geleneksel deniz haydutluğunda, Somali örneğinde olduğu gibi, deniz yetki alanında gerekli güvenlik önlemlerini sağlayamayan bir devletin uluslararası iş birliği çağrısı ile uluslararası toplumun ve yabancı devletlerin yardımını talep etmesi tecrübe edilmiş bir çaredir¹¹⁰. Geçmişte Somali’de ya da Aden Körfezinde yaşanan deniz haydutluğu vakalarına benzer şekilde deniz güvenliğini tehdit eden unsurların artık etkili kolluk önlemleri alınmayan ülkelerde kara bağlantılı olarak etkinliklerini sürdürmeleri mümkündür. Elbette deniz güvenliğini tehdit eden bu unsurların eyleme geçebilmesi için insansız deniz araçları aracılığıyla denizle bağlantıları devam edecek ve bu araçlara karşı denizlerde gerekli önlemler geçmiştekine benzer şekilde alınabilecektir. Ancak bu araçlar, geleneksel deniz haydutluğunda kullanılan teknelere nazaran daha hızlı, daha gizli ve daha kalabalık gruplar halinde saldırılar düzenleyebileceği için zarar potansiyelleri çok daha fazladır. Ayrıca failer artık ilgili devletin kara-

¹¹⁰ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, “Resolution 1816 of the United Nations Security Council”, (RES/1816), 2008.

sularında değil doğrudan kara parçası üzerinde bulunduğu için denizden müdahale olanağı kısıtlanacaktır.

Siber tehditlerin önlenmesi için de uygulama ve hukuki rejim bakımından çok daha detaylı ve etkili önlemlere ihtiyaç duyulduğu söylenebilir¹¹¹. Bu önlemler çoğunlukla insansız deniz araçların siber saldırıya karşı güvenliğini sağlamak için alınacak olsa da bu adım ile dolaylı olarak siber yollarla alıkonan araçlar vasıtasıyla suç işlenmesinin de önüne geçilmiş olacaktır. UDÖ bünyesinde yürütülen çalışmalarda da insansız deniz araçlarının siber müdahalelere karşı savunmasız yapısı ve bu konuda hukuki bir rejime duyulan ihtiyaç gündeme gelmekte ancak henüz mesele deniz güvenlik hukuku ekseninde ele alınmamaktadır¹¹². İleride, özellikle siber müdahaleler söz konusu olduğunda hangi adımlar atılarak ivedilikle insansız deniz araçlarının güvenliğinin yeniden tesis edilebileceği irdelenebilir.

Yemen’de görüldüğü üzere birtakım örgütler şimdiden insansız deniz araçlarını deniz güvenliğine zarar verecek şekilde kullanmaya başlamıştır. Bayrak devletlerinin (açık) denizlerle kısıtlı yargı yetkileri altında, başka ülkelerde konuşularak denizlerde zarara yol açan kimseler ile mücadele etme olanağı kısıtlıdır ve bunun için bu ülkelerde devletlerin suçla etkin mücadele çabalarına ihtiyaç duyacağı öngörülebilir. Bu çıkarımların sonucunda da denizde işlenen suçlara ilişkin uluslararası iş birliğinin gelecekte öneminin daha da artacağı vurgulanabilir. Bu nedenle UDÖ başta olmak üzere uluslararası deniz hukuku aktörlerinin dikkatini insansız deniz araçlarının deniz taşımacılığına etkilerine verdiği kadar deniz güvenliğine etkilerine de vermesi ve bu alanda devletlerarası iş birliğini artırmaya yönelik altyapı oluşturması yararlı olacaktır.

¹¹¹ Klein, Natalie/Guilfoyle, Douglas/Karim, Md Saiful/Mclaughlin, Rob, s. 733.

¹¹² UDÖ, (MSC 108/4/1), Annex, s. 6.

KAYNAKÇA

- Allen, Craig H** (2018), “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs Functionalism” *Journal of Maritime Law and Commerce*, C. 49, S. 4, ss. 477-514.
- Baughen, Simon/Tettenborn, Andrew** (2021) “International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels”: Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (Editörler), *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, 1. baskı, Hart Publishing, ss. 7-24.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi**, “Resolution 1816 of the United Nations Security Council”, (RES/1816), 2008.
- Brundage, Miles/Avin, Shahar/Clark, Jack/Toner, Helen/Eckersley, Peter/Garfinkel, Ben/Dafoe, Allan/Scharre, Paul/Zeitsoff, Thomas/Filar, Bobby/Anderson, Hyrum/Roff, Heather/Allen, Gregory C/Steinhardt, Jacob/Flynn, Carrick/hÉigeartaigh, Seán Ó/Beard, Simon/Belfield, Haydn/Farquhar, Sebastian/Lyle, Clare/Crootof, Rebecca/Evans, Owain/Page, Michael/Bryson, Joanna/Yampolskiy, Roman/Amodei, Dario** (2018), “The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation Authors are listed in order of contribution Design Direction”, Apollo - University of Cambridge Repository, s. 27.
- Chang, Yen Chiang/Zhang, Chao/Wang, Nannan** (2020), “The international legal status of the unmanned maritime vehicles”, *Marine Policy*, C. 113.
- Chen, Qiong/Lau, Yui-yip/Zhang, Pengfei/Dulebenets, Maxim A./Wang, Ning/Wang, Tian-ni** (2023) “From concept to practicality: Unmanned vessel research in China”, *Heliyon*, C. 9, S. 4.
- Churchill, Robin** (2015) “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (Editörler), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 24-46.
- Churchill, Robin R/Lowe, Vaughan/Sander, Amy** (2022) *The law of the sea*, 4. Baskı, Manchester University Press.
- Daum, Oliver** (2018) “The Implications of International Law on Unmanned Naval Vehicles” *Journal of Maritime Law and Commerce*, S. 49, C. 1, ss. 71-104.
- Daum, Oliver/Stellpflug, Timo** (2018), “The Implications of International Law on Unmanned Merchant Vessels”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, C. 49, S. 5, ss. 363-374.

- Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra** (2023) “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 2. ss. 429-460.
- Fitzmaurice, Gerald** (1951) “Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points” British Year Book of International Law, C. 28, S. 1.
- Gahlen, Sarah Fiona** (2014) “Ships Revisited: A Comparative Study”, Journal of International Maritime Law, C. 20, S. 4, ss. 252-269.
- Guilfoyle, Douglas** (2016), International Criminal Law, 1. Baskı, Oxford University Press, s. 32.
- Hooydonk, Eric van** (2014), “The Law of Unmanned Merchant Shipping - an Exploration”, The Journal of International Maritime Law, C. 20, ss. 403-423.
- Klein, Natalie/Guilfoyle, Douglas/Karim, Md Saiful/Mclaughlin, Rob** (2020) “Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea”, International and Comparative Law Quarterly, C. 69, ss. 719-734.
- Klein, Natalie** (2019), “Maritime Security”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (Editörler), The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 582-603.
- Klein, Natalie** (2019), “Maritime Autonomous Ships within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, International Law Studies, C. 95, ss. 244-271.
- Krame, Ghaleb/Vivoda, Vlado/Davies, Amanda** (2023), “Narco Drones: Tracing The Evolution of Cartel Aerial Tactics in Mexico’s Low-Intensity Conflicts”, Small Wars and Insurgencies, C. 34, S. 6, ss. 1095-1129.
- Kraska, James** (2010), “The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace”, Journal of Ocean Technology, C. 5, S. 3, ss. 43-68.
- Kraska, James/Pedrozo, Raul** (2013) International Maritime Security Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- Lowe, Vaughan** (1977) “The Right of Entry into Maritime Ports in International Law”, San Diego Law Review, S. 14, ss. 597-622.
- van Logchem, Youri** (2021) “International Law of the Sea and Autonomous Cargo ‘Vessels’”: Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (Editörler), Artificial Intelligence and Autonomous Shipping, 1. Baskı, Hart Publishing, ss. 25-62.

- van Logchem, Youri**, "MASS and the 1982 Law of the Sea Convention - A Paradigm Shift or Old Wine in New Wineskins?", IMO Seminar on Development of a Regulatory Framework for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), 6 Eylül 2022, Çevrimiçi Konferans, <<https://www.youtube.com/watch?v=M3SCua66Hco&t=4260s>> s.e.t. 22 Ekim 2024.
- van Sliedregt, Elies** (2014) "International Criminal Law": Dubber, Markus D/Hörnle, Tatjana (editörler), The Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford University Press, 1. Baskı, ss. 1139-1164.
- McKenzie, Simon** (2020) "When is a Ship a Ship? Use by State Armed Forces of Uncrewed Maritime Vehicles And the United Nations Convention On The Law of the Sea", Melbourne Journal of International Law, C. 21, S. 2, ss. 373-402.
- Mclaughlin, Rob/Klein, Natalie** (2021) "Maritime Autonomous Vehicles and Drug Trafficking by Sea: Some Legal Issues", The International Journal of Marine and Coastal Law, C. 36, S. 3, ss. 389-418.
- Nordquist, Myron H./Grandy, Neal R./Nandan, Satya N./Rosenne, Shabtai** (1993) United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume II, Martinus Nijhoff.
- Norris, Andrew** (2013) "Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems Monograph".
- Ntovas, Alexandros XM** (2022), "Functionalism and Maritime Autonomous Surface Ships": Kraska, James/Park, Young-Kil (Editörler), Emerging Technology and the Law of the Sea, Cambridge University Press, 1. Baskı, ss. 214-242.
- "Mayflower Autonomous Ship 2022 Transatlantic Crossing Attempt Now Underway", 29.04.2022 <<https://newsroom.ibm.com/Mayflower-Autonomous-Ship-2022-Transatlantic-Crossing-Attempt-Now-Underway>> s.e.t. 27 Eylül 2023
- O'Connell, Daniel Patrick/Shearer, Ivan Anthony (Editör)** (1984), "The International Law of the Sea Volume II.", Clarendon Press.
- Petrig, Anna** (2021), "Autonomous Offender Ships and International Maritime Security Law": Ringbom, Henrik/Røsæg, Erik/Solvang, Trond (editörler), Autonomous Ships and the Law, 1. Baskı, Routledge, ss. 23-55.
- Petrig, Anna** (2020) "The Commission of Maritime Crimes with Unmanned Systems: an Interpretive Challenge for the United Nations Convention on the Law of the Sea": Evans, Malcolm D./Galani, Sofia (editörler), Maritime Security and the Law of the Sea: Help or Hindrance?the Law of the Sea, ss. 104-131, s. 110.

- Petrig, Anna** (2015) “Piracy”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (editörler), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 843-865.
- Petrig, Anna/Geiß, Robin** (2011), *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford University Press, 1. Baskı.
- Petrig, Anna** (2023), “Maritime Security in the Age of Autonomous Ships”: Johansson, Tafsir Matin/Fernández, Jonatan Echebarria/Dalaklis, Dimitrios/Pastra, Aspasia/Skinner, Jon A., *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications*, Springer, 1. Baskı, ss. 81-98.
- Ringbom, Henrik/Collin, Felix** (2021) “Terminology and Concepts”: Ringbom, Henrik/Røsæg, Erik/Solvang, Trond (Editörler), *Autonomous Ships and the Law*, 1. Baskı, Routledge, ss. 7-20, s. 8.
- Ringbom, Henrik/Veal, Robert** (2017) “Unmanned ships and the international regulatory framework”, *Journal of International Maritime Law*, C. 23, S. 2, ss. 100-118.
- Schmitt, Michael N./Goddard, David S.** (2016) “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems” *International Review of the Red Cross*, C. 98, S. 2, ss. 567-592.
- Schmitt, Michael N.** (Editör) (2017), “Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations”, Cambridge University Press.
- Stewart, Phil, “Houthi Drone Boat Detonates in Red Sea a Day After US Warning”, 04.01.2024 <<https://www.reuters.com/world/middle-east/houthi-drone-boat-detonates-red-sea-day-after-us-warning-2024-01-04/>> s.e.t. 21 Ocak 2024.
- Shelbourne, Mallory, “Navy to Use Sea Hunter in Fleet Exercises as Unmanned Systems Experimentation Continues”, 30.09.2020 <<https://news.usni.org/2020/09/30/navy-to-use-sea-hunter-in-fleet-exercises-as-unmanned-systems-experimentation-continues>> s.e.t. 08 Mayıs 2024.
- “Ship Definition and Meaning Collins English Dictionary” <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/ship>> s.e.t. 15.10.2022.
- “Sri Lanka navy destroys Tiger boats | News | Al Jazeera”, 20.06.2007, <<https://www.aljazeera.com/news/2007/6/20/sri-lanka-navy-destroys-tiger-boats>> s.e.t. 20 Haziran 2024.

- Tanaka, Yoshifumi** (2015) “Navigational Rights and Freedoms”: Rothwell, Donald/Elferink, Alex Oude/Scott, Karen/Stephens, Tim (Editörler), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 1. Baskı, Oxford University Press, ss. 536-558.
- Tanaka, Yoshifumi** (2019), “The International Law of the Sea”, Cambridge University Press, 3. Baskı.
- TDK**, “Gemi” <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 15.10.2024.
- UDÖ** (2023) “Development of a Goal-Based Instrument for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), Report of the Intersessional MASS Working Group” (MSC 108/4/1)
- UDÖ** (2018) “Outcome of the Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)” (MSC.1/Circ.1638).
- UDÖ** (2018) “IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships”, <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>> s.e.t. 12.09.2021.
- UDÖ**, “GISIS - Status of Treaties” <<https://gis.imo.org/Public/ST/Treaties.aspx>> s.e.t. 25.09.2024.
- Veal, Robert/Tsimplis, Michael/Serdy, Andrew** (2019) “The legal status and operation of unmanned maritime vehicles”, *Ocean Development and International Law*, C. 50, S. 1, ss. 23-48.
- Veal, Robert/Tsimplis, Michael** (2017), “The Integration of Unmanned Ships into The Lex Maritima”, *Lloyd’s Maritime And Commercial Law Quarterly*, ss. 303-335.
- Wingrove, Martyn**, “Samsung tests autonomous ship technology on tug”, 22.10.2020 <<https://www.rivieramm.com/news-content-hub/news-content-hub/samsung-tests-autonomous-ship-technology-on-tug-61383>> s.e.t. 13 Ağustos 2024.
- Yılmaz, Mustafa** (2021) *Deniz Ticareti Hukukunda Otonom Gemiler (Yüksek Lisans Tezi)*, TC Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

İSTEĞE BAĞLI TAM TEVKİFATIN KANUNİ DAYANAĞI^(*)

Arş. Gör. Şeyma SARICALAR^(**)

ÖZET

Çalışmamızda Türkiye’de katma değer vergisi tahsilatını güvence altına almak amacıyla getirilen ve 2022 yılında yürürlüğe giren “isteğe bağlı tam tevkifat” uygulaması ele alınmaktadır. Katma değer vergisinde vergi sorumlusu esas olarak Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede belirli sorumluluk halleri düzenlenmiş olup verginin güvence altına alınması amacıyla gerekli görülen hallerde Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yetki verilmiştir. Bakanlık ise bu yetkisini genel tebliğler aracılığıyla kullanmaktadır. Genel tebliğler ile getirilen isteğe bağlı tam tevkifat, kısmi tevkifata tabi işlemlerde alıcı ve satıcı tarafların anlaşması durumunda tüm vergi sorumluluğunun tek bir tarafa devredilmesine olanak tanır. Bu uygulama, verginin daha güvenli ve hızlı bir şekilde hazineye aktarılmasını sağlarken, mükelleflerin geçmiş işlemlerden doğan yükümlülükleri nedeniyle ortaya çıkan müteselsil sorumluluğunu da sınırlamaktadır.

Makale, öncelikle tevkifat uygulamasının yasal dayanaklarını, Anayasanın verginin kanuniliği ilkesiyle olan ilişkisini ve Vergi Usul Kanunu’nun ilgili maddeleri çerçevesinde bu düzenlemenin hukuki boyutunu incelemektedir. Ayrıca, isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının avantajları ele alınırken, uygulamanın getirdiği idari ve hukuki tartışmalar da değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının, vergi güvenliği sağlamada önemli bir rol oynadığı belirtilmiş, uygulamanın etkinliğinin artırılması ve vergiye uyum süreçlerinin kolaylaştırılması için öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İsteğe Bağlı Tam Tevkifat, Tam Tevkifat, Kısmi Tevkifat, Verginin Kanuniliği İlkesi, Vergi Hukukunda Özel Sözleşmeler, Katma Değer Vergisi.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1575559 - **Geliş Tarihi:** 05.08.2024 - **Kabul Tarihi:** 10.09.2024.

Bu makale, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde hazırlanmakta olan doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,

E-posta: seymasaricalar@aybu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0462-6815>.

THE LEGAL BASIS OF OPTIONAL FULL WITHHOLDING

ABSTRACT

In our study, the 'optional full withholding' practice, introduced in Turkey in 2022 to ensure the collection of value-added tax, is discussed. The tax liability in VAT is primarily regulated in Article 9 of the Value Added Tax Law. The relevant article stipulates certain liability cases, and in situations deemed necessary to secure the tax, authority is granted to the Ministry of Treasury and Finance. The Ministry exercises this authority through general communiqués. The optional full withholding introduced by these communiqués allows, in transactions subject to partial withholding, for all tax liability to be transferred to a single party if the buyer and seller agree. This practice not only ensures a safer and faster transfer of tax revenue to the treasury but also limits the joint liability arising from past transactions for taxpayers.

The article first examines the legal basis of the withholding practice, its relationship with the principle of legality of taxation in the Constitution, and the legal aspect of this regulation within the framework of the relevant articles of the Tax Procedure Law. Additionally, while discussing the advantages of the optional full withholding practice, the administrative and legal debates it brings are also evaluated.

In conclusion, it is stated that the optional full withholding practice plays an important role in ensuring tax security, and suggestions are offered to enhance the effectiveness of the practice and facilitate tax compliance processes.

Keywords

Optional Full Withholding, Full Withholding, Partial Withholding, Principle of Legality of Taxation, Special Contracts in Tax Law, Value Added Tax.

GİRİŞ

Vergi sistemlerinde adil, hızlı ve güvenli bir vergi tahsilatı sağlamak amacıyla çeşitli mekanizmalar geliştirilmiştir. Türk vergi sisteminde, özellikle Katma Değer Vergisi (KDV) uygulamalarında, verginin ödenmesinden sorumlu olan tarafın belirlenme süreci önemli bir yer tutmaktadır. KDV’de vergi sorumluluğuna ilişkin düzenleme 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun (KDVK) 9. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede, vergi sorumluluğuna ilişkin belirli haller düzenlenmiş ve gerekli görülen diğer hallerde vergi sorumlusunun belirlenmesi konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yetki verilmiştir. Bakanlık ise kendisine verilen bu yetkiye dayanarak çıkarmış olduğu genel tebliğler ile KDV’de sorumluluğu, verginin kaynakta kesilmesi anlamına gelen “tevkifat” yöntemiyle düzenlenmiştir. Kısmi ve tam tevkifat olarak ikiye ayrılan bu yöntem, özellikle verginin güvenli bir şekilde tahsil edilmesini ve hazineye aktarılmasını amaçlamaktadır.

Hazine ve Maliye Bakanlığı, kanunun kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak çıkardığı genel tebliğler ile vergi alacağının güvence altına alınması amacıyla isteğe bağlı tam tevkifat adı verilen yeni bir uygulama getirilmiştir. 2022 yılında yayımlanan genel tebliğ ile yürürlüğe giren bu uygulama, KDV’de kısmi tevkifat uygulanan mal ve hizmetlerin, tarafların anlaşması üzerine tam tevkifat olarak beyan edilmesine olanak tanımaktadır. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması, alıcı ve satıcı taraflar arasında yapılan sözleşmelerle vergi sorumlusunun belirlenmesini sağlamaktadır.

İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması, mükelleflerin alt firmalardan kaynaklanan KDV risklerini minimize etmeyi hedeflemektedir. Ancak, bu uygulamanın, satıcıların çoğunlukla kabul etmeyeceği bir yükümlülük getirmesi nedeniyle uygulama alanının kısıtlı kalacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca, bu sistemin getirdiği avantajlar ve zorluklar, mükelleflerin vergi uyumu ve maliyet yönetimi açısından da önemli etkilere sahiptir.

KDV’de tevkifat uygulaması, verginin kanuniliği ilkesi bakımından doktrinde ele alınmaktadır. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması da yine Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan düzenleyici işlem niteliğini haiz genel tebliğler

aracılığıyla getirilmiştir. Bu nedenle verginin kanuniliği ilkesi bakımından konunun ele alınması gerekliliği doğmuştur. Bunun yanı sıra 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 8. maddesinin 3. fıkrasında vergi kanunlarıyla kabul edilen haller hariç özel sözleşmeler ile mükellefiyet veya sorumluluğa ilişkin yapılan sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağına dair hüküm bulunmaktadır. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması da tarafların kendi aralarında yapmış olduğu özel sözleşme ile vergi sorumluluğunu belirlemeye yöneliktir. Bu nedenle söz konusu uygulamanın bu madde bağlamında da incelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda, isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının hukuki çerçevesi, kapsamı ve uygulamadaki yansımaları incelenecektir. Ayrıca Anayasa'nın 73. maddesinde güvence altına alınan verginin kanuniliği ilkesi ile ilişkisi ve isteğe bağlı tam tevkifatın VUK 8/3. maddesi çerçevesinde değerlendirmesi yapılacaktır.

I. KATMA DEĞER VERGİSİNDE TEVKİFAT UYGULAMASI

Tevkifat, para konusunda kesintiler anlamına gelen Arapça kökenli bir kelimedir¹. Verginin kaynakta kesilmesi anlamına da gelen tevkifat, verginin sonradan mahsup edilmek üzere ödemenin yapıldığı anda kesilmesi olarak tanımlanmaktadır². Diğer bir tanıma göre ise KDV tevkifatı/stopajı, vergi sorumlularının normal şartlarda kanuni mükellefe ödemesi gereken verginin bir kısmını ya da tamamını ona ödemeyerek vergi dairesine yatırmaları şeklinde gerçekleşen uygulamadır³. Bir başka tanıma göre tevkifat, verginin kaynakta kesilme usulü, verginin sonradan mahsup edilmek üzere ödemenin yapıldığı anda kesilmesidir⁴. Tevkifat; stopaj, kesinti, kaynakta kesinti terimleriyle de karşılanmakta olup genel anlamıyla parasal kesintiyi ifade etmektedir⁵.

¹ <www.sozluk.gov.tr> s.e.t 25.09.2024.

² **İnaltong, Ceyhan** (2013) Katma Değer Vergisi'nde Tevkifatın Nedenleri, Gelişimi ve Uygulama Esasları, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, s. 66.

³ **Taşkan, Yusuf Ziya** (2024) Vergi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 489.

⁴ **Aliefendioğlu, Yılmaz** (1974) Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj), Ankara, Doğuş Matbaası, s. 2.

⁵ **Taşkın, Yasemin** (2017) Vergi Hukukunda Tevkifattan Doğan Sorumluluk, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s. 3.

A. GENEL OLARAK

KDV’de kural olarak beyan esaslı geçerli olmakla birlikte bazı hallerde malın alıcısı veya hizmetten yararlananlar, sorumlu sıfatıyla vergiyi kaynağında keserek vergi dairesine beyan ederler. “Katma değer vergisinde sorumluluk” adını taşıyan bu durumda vergiye tabi işlemlere ait KDV’yi mükellef değil, işlemin diğer tarafı vergi dairesine ödemek durumundadır. KDV mükellefi olmayanlar mükellef adına vergiyi öder ve vergi dairesine karşı muhatap olurlar. Tevkifat uygulamasının temel mantığı, vergiye tabi işlemler için hesaplanan verginin bir kısmının malı satın alan veya hizmet yaptıran tarafından doğrudan kendisinin vergi dairesine ödemesidir. Böylece hesaplanan verginin bir kısmı satıcının veya hizmeti yapanın inisiyatifi dışında doğrudan vergi dairesine ödenmektedir⁶. Verginin mükellefi satıcı olmasına karşılık Hazineye intikal etmemiş KDV’den alıcı sorumlu tutulmaktadır. Ancak satıcı ve alıcı arasındaki bir menfaat bağının varlığını ispat yükümlülüğü idareye düşmektedir⁷.

KDV’de vergi sorumluluğu, uygulama kolaylığı sağlamak için getirilmiştir. Özellikle KDV’ye tabi işlemleri olan ve bu işlemleri sık sık yapmak zorunda kalmayan mükelleflerin KDV’den doğan görevlerini azaltması bakımından vergi sorumluluğu ayrıca önem taşımaktadır⁸. Verginin kolay ve güvenli bir şekilde toplanmasını sağlayan tevkifat yöntemiyle vergi sisteminin temel uygulamasından uzaklaşılsa da tahsilatı kolaylaştırdığı için uygulanmaya devam edilmektedir⁹.

KDVK 9. maddesinde 3 fıkra halinde vergi sorumluluğu halleri düzenlenmiştir:

⁶ **Oktar, Kemal** (2020) KDV İstisnalar ve İadeler, Ankara, Gözlem Yayıncılık, s. 633-634.

⁷ **Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım, s. 99.

⁸ **Akdoğan, Abdurrahman** (2023) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 16. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 559.

⁹ **İnaltonç, s. 66-67; Öner, Erdoğan** (2023) Türk Vergi Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 174.

“1. Mükellefin Türkiye içinde ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Hazine ve Maliye Bakanlığı vergi alacağını güvence altına almak amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir. Şu kadar ki Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmayanlar tarafından katma değer vergisi mükellefi olmayan gerçek kişilere elektronik ortamda sunulan hizmetlere ilişkin katma değer vergisi, bu hizmeti sunanlar tarafından beyan edilip ödenir. Maliye Bakanlığı elektronik ortamda sunulan hizmetlerin kapsamı ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

2. Fiili ya da kaydi envanter sırasında belgesiz mal bulundurulduğu veya belgesiz hizmet satın alındığının tespiti halinde, bu alışlar nedeniyle ziyaa uğratılan katma değer vergisi, belgesiz mal bulunduran veya hizmet satın alan mükelleften aranır. Belgesiz mal bulundukları veya hizmet satın aldıkları tespit edilen mükelleflere, bu mal ve hizmetlere ait alış belgelerinin ibrazı için tespit tarihinden itibaren 10 günlük bir süre verilir. Bu süre içinde alış belgelerinin ibraz edilememesi halinde, belgesi ibraz edilemeyen mal ve hizmetlerin tespit tarihindeki emsal bedeli üzerinden hesaplanan katma değer vergisi, alışlarını belgeleyemeyen mükellef adına re’sen tarhedilir. Bu tarhiyata vergi ziyai cezası uygulanır. Ancak belgesiz alınan mal ve hizmetleri satanlara, bu satışlarla ilgili olarak, vergi inceleme raporuna dayanılarak katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı takdirde, ziyaa uğratılan vergi ve buna ilişkin ceza ayrıca alıcılardan aranmaz.

3. 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimine ait katma değer vergisinin ödenmesinden lisanslı depo işletmecileri sorumludur.”

Kanun gerekçesinde maddede belirtilen hallerin, mükelleflerin idare tarafından takibinin zor olduğu, bu nedenle vergi tarh, tahakkuk ve tahsilatında kaybın mümkün olduğu belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca burada sayılan hallerle

sınırlı olmayıp vergi alacağının güvence altına alınması amacıyla gerekli gördüğü hallerde Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın mükellef dışında başka bir şahsı verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği de ifade edilmiştir. Bu kapsamda maddede belirtilen “işleme taraf olanlar” ifadesinin mükellefin temsilcisi, vekili, mükellef adına hareket etmeye yetkili herhangi bir kişi veya kendisine mal teslim edilen veya hizmet ifa edilen kişi olabileceği düzenlenmiştir¹⁰.

KDVK 9. maddesinin 1. fıkrasında, mükelleflerin Türkiye’de ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Hazine ve Maliye Bakanlığı’na vergi alacağını emniyet altına almak amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutma yetkisi tanınmıştır.

Hazine ve Maliye Bakanlığı, kanun tarafından kendisine verilmiş olan bu yetkiyi ise genel tebliğler aracılığıyla kullanmaktadır. Bu yetki kapsamında vergi güvenliğini sağlamak amacıyla tam tevkifat ve kısmi tevkifat olmak üzere iki çeşit tevkifat uygulaması genel tebliğler ile getirilmiştir.

KDV’de sorumluluğa ve tevkifata ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından farklı tarihlerde yayımlanan genel tebliğler ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda belirli mal ve hizmet alımlarında, mal veya hizmeti satın alan tarafa KDV’nin bir kısmını satıcıya ödemedi doğrudan vergi dairesine sorumlu sıfatıyla ödeme zorunluluğu getirilmiştir. Verginin daha güvenli ve hızlı bir şekilde hazineye aktarılması amaçlanmıştır¹¹. Özellikle yüksek tutarda vergi ödenmesi gereken sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerin ödenecek vergiyi hileli bir şekilde azaltmak suretiyle vergi kayıp kaçığına neden olarak hazineyi zarara uğrattığı görülmüş ve bunu üzerine vergi alacağının korunması amacıyla

¹⁰ Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Gereğesi, Kanun Tasarısı ve Komisyon Raporları, <https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekciler/KDV/cilt_2_3065_sayili_kanun.pdf> s.e.t. 27.09.2024.

¹¹ Doktrindeki bir görüşe göre KDV’de tevkifat tamamen vergi güvenliğine ilişkindir. Verginin ödeyicisi tarafından kesilerek vergi dairesine yatırılması ve bunların ayrıca iade konusu yapılması tevkifatın erken tahsilatını değil verginin güvenliğini sağlamak amacıyla yapıldığını göstermektedir. Bkz: **Sırça, Bilal** (2023) “Kısmi Tevkifatlı İşlemlerde KDV İadesi”, E-Yaklaşım, S. 370, <www.yaklasim.com> s.e.t. 05.10.2024.

tevkifat uygulaması zamanla genişlemiştir¹². Bu değişiklikler neticesinde de her ne kadar tevkifatın olumlu yönleri olsa da mükelleflerin uygulamayı takip etmesi ve vergiye uyumu zorlaşmıştır¹³.

KDVK 9. maddesi ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetki, 21.07.1985 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olan mülga 15 seri nolu KDV Genel Tebliği¹⁴ ile kullanılmış ve tam tevkifat uygulaması yürürlüğe girmiştir. KDV'de kısmi tevkifat uygulaması ise 10.01.1996 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren mülga 51 seri nolu KDV Genel Tebliği¹⁵ ile yapılan düzenlemeyle uygulanmaya başlanmıştır. Ancak Bakanlık tarafından çıkarılan genel tebliğler ile kısmen tevkifata tabi işlemlerin sayısı zamanla artmış, tevkifat yapacak kişiler ve kurumlar, tevkifat oranları gibi birçok usul ve esaslarda değişiklikler yapılmıştır¹⁶. Zamanla çeşitli mal ve hizmetler yayımlanan genel tebliğler ile tevkifat uygulamasına dahil edilmiş ve uygulamanın kapsamı genişlemiştir. İlk başta istisnai olarak getirilen bir uygulama olmakla birlikte yaygın bir vergi güvenlik yöntemi olarak kullanılmaya başlanmıştır¹⁷. 14.04.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 117 Seri Nolu KDV Genel Tebliği¹⁸ ile usul ve esaslar bir tebliğde toplanmıştır. Ayrıca söz konusu tebliğ ile tevkifat kapsamında yeni işlemler dahil edilmiştir. Uygulamadaki sorunların çözülmesi amacıyla 21.06.2012 yılında Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 63 nolu Sirküler yayımlanmıştır.

Son olarak çeşitli tarihlerde çeşitli sayılarda yayımlanan KDV genel tebliğleri yürürlükten kaldırılarak KDV Genel Uygulama Tebliği'nde (KDVGUT)¹⁹

¹² **Arslan, Erdoğan** (2008) "KDV'de Sorumluluk ve Tevkifat", Vergi Dünyası Dergisi, S. 321, <www.vergidunyasi.com.tr> s.e.t. 30.09.2024.

¹³ **Yücel, Mehmet** (2015) "Katma Değer Vergisinde Tevkifat (Vergi Sorumluluğu) ve Tam Tevkifat Uygulaması", Mali Hukuk Dergisi, C. 11, S. 122, s. 26.

¹⁴ Resmi Gazete Sayısı: 18818, Resmi Gazete Tarihi: 21.07.1985.

¹⁵ Resmi Gazete Sayısı: 22519, Resmi Gazete Tarihi: 10.01.1996.

¹⁶ **Yücel**, s. 26.

¹⁷ **Oktar**, (2020) s. 634.

¹⁸ Resmi Gazete Sayısı: 28264, Resmi Gazete Tarihi: 14.04.2012.

¹⁹ Resmi Gazete Sayısı: 28983, Resmi Gazete Tarihi: 26.04.2014.

tevkifat uygulamasına ilişkin usul ve esaslar tek bir tebliğde toplanmıştır. Daha önce yayımlanmış olan Sirküler ve Özelgelerin KDVGUT'ne aykırı olmayan hükümleri hala yürürlüktedir.

KDV'de tevkifat uygulaması ihtiyari bir uygulama değildir. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından tevkifat kapsamına alınan işlemlerde tevkifat yapılması zorunludur. Aynı şekilde, tevkifat kapsamında olmayan işlemler hakkında da tevkifat yapılması mümkün değildir. Kayıt dışılığın ve sahte belge kullanımının yaygın olduğu sektörlerde tevkifat uygulaması ile bir nevi tersten vergileme uygulandığı doktrinde ifade edilmektedir²⁰.

KDV bakımından tam tevkifat ve kısmi tevkifat olmak üzere iki uygulama bulunmaktadır. Tam tevkifat, işlem bedeli üzerinden hesaplanan verginin tamamının işleme muhatap alıcılar tarafından beyan edilerek ödenmesidir. Kısmi tevkifat ise, hesaplanan verginin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen kısmının, işleme muhatap alıcı tarafından, kalan kısmının ise işlemi yapan tarafından beyan edilerek ödenmesidir²¹.

B. TAM TEVKİFAT UYGULAMASI

Tam tevkifat uygulamasına tabi işlemler KDVGUT'de belirtilmiştir. Bu kapsamda KDVK 9/1. maddesinde belirtilen ikametgahı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayanların Türkiye'de yapmış olduğu hizmetler ile bunların yurt dışında yaptığı ancak Türkiye'de faydalanılan hizmetler tam tevkifat kapsamındadır. Bu hizmetlerde mükellef hizmeti ifa edendir. Ancak kendisinin Türkiye'de ikametgahı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmadığı için KDV'nin tamamı hizmetten faydalanan yurt içindeki muhatap tarafından sorumlu olarak beyan edilerek ödenir.

Tam tevkifata tabi bir diğer işlem, serbest meslek faaliyet çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlere ilişkindir. Söz konusu faaliyetleri mutad ve sürekli olarak yapanlar KDV mükellefi olmakla beraber arızî olarak yapanların KDV mü-

²⁰ Öner, s. 241.

²¹ Taşkan, s. 489.

kellefiyeti bulunmamaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 18. maddesinde düzenlenen telif kazançları istisnası kapsamına giren teslim ve hizmetleri, münhasıran GVK 94. maddesinde belirtilen kişi, kurum ve kuruluşlara yapanların hesaplayacağı KDV'nin belirtilen kişi veya kuruluşlar tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilmesi gerekmektedir.

GVK 70. maddesinde düzenlenen mal ve hakların kiralanması da KDV'nin konusuna girmektedir. Bu kiralama işlemlerine ilişkin KDV kiraya verenin başka faaliyeti sebebiyle KDV mükellefiyetinin bulunmaması ve kiracının KDV mükellefi olması şartlarının bulunması halinde kiracı tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilmektedir.

Son olarak reklam verme hizmetleri de tam tevkifat kapsamına giren işlemlerden biridir. Bu kapsamda KDV mükellefi olan gerçek veya tüzel kişiler KDV mükellefiyeti olmayan amatör spor kulüplerine, oyuncularının formalarında gösterilmek, bina, arsa, arazi gibi yerlerde duvarlara yazılmak, pano olarak yerleştirilmek, gerçek veya tüzel kişiler tarafından yayımlanan dergi, kitap gibi yazılı eserlerde yayınlanmak suretiyle ve benzer şekillerde reklam verebilirler. Belirtilen şekilde reklam verme işlemlerinde, bu işleme ilişkin KDV, reklam hizmeti verenlerin KDV mükellefi olmaması durumunda reklam hizmeti alanlar tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilir.

C. KISMİ TEVKİFAT UYGULAMASI

Kısmi tevkifat uygulamasında KDV mükellefi ve belirlenmiş alıcılar sorumlu olarak kabul edilmiştir. Kısmi tevkifat kapsamındaki işlemlerde işlem bedeli üzerinden hesaplanan KDV'nin, bu işlemler için belirtilen orandaki kısmı alıcılar tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilerek ödenir. Kısmi tevkifat uygulanan işlemler her bir mal teslimi ve hizmet ifası bakımından hem içeriği hem de oranı ayrı ayrı belirtmek suretiyle KDVGUT'de düzenlenmiştir. Tebliğde yer alan mal teslimleri ve hizmet ifaları kapsamında tevkifat yapmakla sorumlu olanlar her bir işlem bakımından ayrıca belirtilmiştir.

Kısmi tevkifat kapsamındaki hizmetler; işgücü temini, makine teçhizat bakım ve onarımı, servis taşımacılığı, yapı denetimi, mühendislik-mimarlık ve etüt proje, spor kulübü yayın ve isim hakkı işlemleri, ticari reklam, çevre temizlik ve

bahçe bakımı, ekspertiz- danışmanlık ve denetim, baskı hizmetler, fason tekstil işleri, yemek servis ve organizasyon, turistik mağazalara müşteri temini, taşımacılık hizmetleri ve demir-çelik teslimleridir.

Kısmi tevkifat kapsamındaki teslimler ise; orman ve ağaç ürünleri, atıklardan elde edilen hammadde, atık ve hurda, pamuk ve deri teslimleri ile külçe metal, bakır, çinko ve alüminyum teslimleridir.

II. İSTEĞE BAĞLI TAM TEVKİFAT UYGULAMASI

21.04.2022 tarih ve 31816 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 41 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması 01.05.2022 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Tebliğe göre, isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması ile mükellefler arasında yapılacak olan bir yıllık sözleşmeyle anlaşmış oldukları satıcı mükelleflerden, kısmi tevkifat uygulanacak hizmetler ve teslimlere dair, diğer hizmetler ve diğer teslimler hariç²² olmak üzere, alımlarında tevkifat sorumluluklarının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın hesaplanan KDV’nin tamamını sorumlu sıfatıyla beyan ederek ödeyebilmektedir. Bir yıllık sözleşmenin bitmesi durumunda, isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasına devam etmek isteyen mükellefler sözleşmeyi aynı süreyle yenilemelidir. Bir yıllık süre dolmadan isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasından vazgeçilmesi mümkün değildir²³.

²² Tebliğde diğer hizmetler ve diğer teslimler şu şekilde düzenlenmiştir: “2.1.3.2.13. Diğer Hizmetler; KDV mükellefleri tarafından, 5018 sayılı Kanuna ekli cetveller kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlar, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulan kamu kurum ve kuruluşları, döner sermayeli kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, kanunla kurulan veya tüzel kişiliği haiz emekli ve yardım sandıkları ile kalkınma ajanslarına ifa edilen ve Tebliğde özel olarak belirlenmeyen diğer bütün hizmet ifalarında (sağlık hizmet sunucuları tarafından verilen ve faturası Sosyal Güvenlik Kurumuna düzenlenen sağlık hizmetleri hariç) söz konusu alıcılar tarafından (5/10) oranında KDV tevkifatı uygulanır.

2.1.3.3.7. Diğer Teslimler; KDV mükellefleri tarafından Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan ve Tebliğde özel olarak belirlenmeyen diğer bütün teslimlerde (su, elektrik, gaz, ısıtma, soğutma ve benzeri enerji kullanımları hariç), söz konusu kurum tarafından (2/10) oranında KDV tevkifatı uygulanır.”

²³ Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, 2.1.2.5. bölümü.

Alıcı mükelleflerin sözleşmenin bir örneğini ve satıcı mükelleflerin adı soyadı, unvanı, vergi dairesi, vergi kimlik numarası ve sözleşme uygulama dönemine dair bilgileri işleme ait beyannamenin verilmesinden önce liste olarak bağlı buldukları vergi dairesine verirler. Sözleşmenin feshi, tadili gibi durumlarda işleme dair KDV beyannamesinin verilmesinden önce bağlı oldukları vergi dairesine bildirilmesi gerekmektedir²⁴.

KDVGUT'e göre, isteğe bağlı tam tevkifata tabi KDV ile sınırlı olmak şartıyla satıcıya KDV iadesi yapılabilir. Bu doğrultuda yapılan iade talepleri, her işlem için tevkifata tabi işlemler hakkında uygulanan KDV iadesine ilişkin usul ve esaslara göre yapılır. İade taleplerinin yerine getirilmesinde alıcı tarafından 2 nolu KDV beyannamesi ile beyan edilen ve tahakkuk ettirilen KDV'nin ödeme şartı bulunmaktadır. İsteğe bağlı tam tevkifat bakımından düzeltme işlemleri, tevkifata tabi tutulan verginin iadesi, bildirim ve müteselsil sorumluluk bakımından tebliğde düzenlenen genel usul ve esas kuralları uygulanmaktadır.

KDV mükellefleri tarafından yapılan mal ve hizmet alımlarına dair KDV indirimleri bakımından uygulamada bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Alt firmanın KDV'yi hazineye intikal ettirmemesi halinde KDV mükellefleri sorumlu tutularak indirimleri ve KDV iade talepleri reddedilmektedir. İsteğe bağlı tam tevkifat, alt firma olumsuzluklarından korunmak amacıyla alıcı lehine getirilmiş bir uygulamadır. İsteğe bağlı tam tevkifat halinde, mal ve hizmet satışında KDV'nin tamamını tahsil edemeyen satıcının devrolan KDV'sinin bulunması durumunda alıcıdan alamadığı bu KDV'yi vergi dairesinden alma hakkına sahip olmakla beraber ciddi bir külfet ve maliyede katlanmak durumundadır. İsteğe bağlı tam tevkifat her ne kadar alıcı lehine getirilmiş olsa da satıcıların çoğunlukla kabul etmeyeceği bir uygulama olduğu, bu nedenle uygulama alanının da kısıtlı olacağı değerlendirilmektedir²⁵. Bu kapsamda doktrinde alıcılar için yapılması gerekenin, alıcıların kusursuz olduğu durumlarda alt firma olumsuzlukları nedeniyle sorumlu tutulmamasını sağlayacak yasal düzenleme yapılması olduğu da ifade edilmektedir²⁶.

²⁴ Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, 2.1.2.5. bölümü.

²⁵ **Maç, Mehmet** (2022) "İsteğe Bağlı Tam (%100 Oranlı) KDV Tevkifatı Yürürlüğe Girmiştir" Lebib Yalkın Dergisi, S. 222, <www.denet.com.tr> s.e.t. 25.09.2024.

²⁶ **Maç**, dn. 19.

İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması ile vergi gelirlerinin hızlı ve güvenli bir şekilde tahsilatı için bir çözüm yolu öngörülerek iade işlemlerinde oluşan karışıklığın giderilmesi hedeflenmiştir. KDV tevkifatı uygulayan alıcılar, satıcının yerine getirmediği yükümlülüklerden dolayı ilgili KDV tutarı kadar hazineye karşı müteselsil sorumlu tutulmaktaydı. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması ile tevkifata tabi alımları sebebiyle KDV tevkifatı uygulayanlar tevkif edilen vergiyle sınırlı olarak bu işlemlerle ilgili önceki aşamalarda ortaya çıkan verginin hazineye intikal etmemiş olması nedeniyle müteselsil sorumluluk uygulamasına tabi tutulmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, isteğe bağlı tam tevkifat ile müteselsil sorumluluğun ortadan kaldırılarak iade işlemlerindeki aksamalardan kaçınılması için tam tevkifat uygulaması da tercih edilebilecektir. Böylelikle alımlarında isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması kapsamında hesaplanan KDV'nin tamamını sorumlu sıfatıyla beyan ederek ödeyen mükellefler, mal ve hizmet satın almış oldukları mükelleflerin kanuna aykırı davranışlarında da sorumlu tutulmayacaktır. Ayrıca kısmi tevkifat uygulamalarının ek maliyetler ve işgücü kayıplarına da yol açtığı uygulamada belirtilmektedir²⁷. Bu düzenlemeyle birlikte mükelleflere isteğe bağlı olarak kısmi tevkifat işlemlerinden ayrılarak tam tevkifat uygulamasına geçme hakkı tanınmış olmaktadır. Uygulamanın alıcılar tarafından en önemli avantajı ise alt firmalardan kaynaklanan KDV riskini ortadan kaldırmasıdır²⁸. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının karşılıklı anlaşarak yapılacağı açık olmakla birlikte uygulamada alıcının güçlü olduğu hallerde uygulanabileceği getirilen eleştiriler arasındadır²⁹.

İsteğe bağlı tam tevkifatın getirilmesinin bir diğer sebebinin ise özel esaslar listesine dahil olan mükellefler olduğu da uygulamada değerlendirilmektedir. Mükellefler, mal veya hizmet satın aldıkları mükelleflerin sahte veya muhteviyyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiillerini işlemeleri nedeniyle

²⁷ **Yurttaş, Hüseyin Kaan** (2022) "KDV Tevkifatı ve İsteğe Bağlı Tam Tevkifat Düzenlemesi", *Lebib Yalkın Dergisi*, S. 222, <www.verginet.net> s.e.t. 25.09.2024.

²⁸ **Demir, Ömer** (2022) "5 Soruda İsteğe Bağlı Tam Tevkifat Uygulaması", <www.verginet.net> s.e.t. 27.09.2024.

²⁹ **Sağlam, Erdoğan** (2022) "KDV tebliğ taslağında hangi önemli düzenlemeler var, uygulama nasıl olacak, artılar ve eksiler neler?", <www.t24.com.tr> s.e.t. 27.09.2024.

le bir veya birkaç yıl sonra müteselsil sorumluluk kapsamında özel esaslar listesine dahil edilmeye başlanmıştır. Özel esaslar listesinde yer alan mükelleflerin ticari itibarları olumsuz etkilenmekte ve bu kişilerden alışveriş yapanlar da listeye dahil edilecekleri endişesiyle buradan alışveriş yapmayı bırakma yoluna başvurmaktadır. Bunun yanı sıra bu mükellefler gerçekte mal veya hizmet satın alsalar bile listeye dahil oldukları için vergi dairesindeki işlemlerinde ve KDV iadelerinde sorun yaşamaktadırlar. Aynı sorun bu mükelleflerden mal ve hizmet alan mükellefin de başına gelmektedir. İsteğe bağlı tam tevkifat ile bu durumun önüne geçilmesinin hedeflendiği uygulamada belirtilmektedir³⁰.

İsteğe bağlı tam tevkifatın kapsamı oldukça geniş tutulmakla beraber tebliğdeki tüm mal ve hizmetler kapsama alınmamıştır. Tebliğde düzenlenen “Diğer Hizmetler” ve “Diğer Teslimler” olarak belirtilen işlemlerde isteğe bağlı tam tevkifat uygulanmamaktadır. “Diğer Hizmetler” tebliğde şu şekilde belirtilmiştir:

“KDV mükellefleri tarafından, 5018 sayılı Kanuna ekli cetveller kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlar, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulan kamu kurum ve kuruluşları, döner sermayeli kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, kanunla kurulan veya tüzel kişiliği haiz emekli ve yardım sandıkları ile kalkınma ajanslarına ifa edilen ve Tebliğde özel olarak belirlenmeyen diğer bütün hizmet ifalarında (sağlık hizmet sunucuları tarafından verilen ve faturası Sosyal Güvenlik Kurumuna düzenlenen sağlık hizmetleri hariç) söz konusu alıcılar tarafından (5/10) oranında KDV tevkifatı uygulanır.”

Tebliğde “Diğer Teslimler” ise “KDV mükellefleri tarafından Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan ve Tebliğde özel olarak belirlenmeyen diğer bütün teslimlerde (su, elektrik, gaz, ısıtma, soğutma ve benzeri enerji kullanımları hariç), söz konusu kurum tarafından (2/10) oranında KDV tevkifatı uygulanır.” şeklinde belirtilmiştir.

³⁰ Tolu, Abdullah (2022) “İsteğe Bağlı KDV Tevkifatı Olumlu, Ancak...”, 13.04.2022, <www.lebibyalkin.com.tr> s.e.t. 07.10.2024.

Bu kapsamda isteğe bağlı tam tevkifat bakımından önemli olan işlemin kısmi tevkifat kapsamına giren işlemlerden olmasıdır. Alıcının tevkifat sorumluluğunun bulunmasının bir önemi bulunmamaktadır. Alıcı, tevkifat sorumlusu olmasa dahi bu işlemlerde satıcıyla anlaşarak isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasına dahil olabilecektir. Kısmi tevkifat uygulanan işlemlerde de taraflar anlaşarak tam tevkifatı tercih edebilirler³¹. Uygulamada isteğe bağlı tam tevkifatın uygulanabileceği işlemler sınırlandırıldığı için düzenlemenin etkin olarak kullanılmasını olumsuz olarak etkileyeceği değerlendirilmektedir³².

Bunun yanı sıra isteğe bağlı tam tevkifatın alıcılar açısından olumlu yönleri de bulunmaktadır. İsteğe bağlı tam tevkifatı uygulayanlar, önceki aşamalarda ortaya çıkan verginin Hazineye intikal etmemiş olması nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulamazlar. Ayrıca özel esaslara alınamayacağı için dava açmak zorunda kalmazlar. Düzeltme beyannamesi vermeye zorlanamayacağı gibi incelemeye de sevk edilemezler. Bu uygulamayla beraber, mükelleflerin bazı alımlarının sahte olduğu iddiası büyük oranda izale edilecek, vergi ziyanına sebebiyet vermediği için de müteselsil sorumluluk uygulanmayacaktır³³.

III. İSTEĞE BAĞLI TAM TEVKİFAT UYGULAMASININ KANUNİ DAYANAĞI

KDVK'nın "Vergi Sorumlusu" başlığını taşıyan 9. maddesinin 1. fıkrasında, *"... gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir."* hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na gerekli gördüğü hallerde işleme taraf olanları vergi sorumlusu olarak belirleme yetkisi verilmiştir. Bakanlık da Kanun tarafından kendisine verilmiş olan yetkiyi genel tebliğler aracılığıyla kullanarak KDV'de sorumluluğun tevkifat yöntemiyle uygulanmasını öngörmüştür. Bu kapsamda tam tevkifat ve kısmi tevkifat olmak üzere iki tür tevkifat yöntemi belirlemiştir. KDVGUT ile tam tevkifata ve

³¹ Sağlam, dn. 23.

³² Tolu, dn. 24.

³³ Dakın, Mustafa (2022) "Sahte Faturaya Önlem "İsteğe Bağlı Tam Tevkifat", DKN Vergi Denetim Danışmanlık, 30.04.2022 <www.dkn.com.tr> s.e.t. 27.09.2024.

kısmi tevkifata tabi işlemleri, tevkifata tabi olanları ve sorumluluğun kimin tarafından yerine getirileceğini her bir teslim ve hizmet bazında ayrıca düzenlemiştir.

Çeşitli sebeplerle ve amaçlarla, Hazine ve Maliye Bakanlığı KDVGUT’de yaptığı değişiklik ile 2022 yılında isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasını getirmiştir. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulamasıyla KDVGUT’de düzenlemiş olduğu kısmi tevkifata tabi işlemler bakımından taraflara bir yetki tanınmıştır. Bu doğrultuda taraflar sözleşme düzenleyerek sorumluluğun tarafını değiştirebileceklerdir. Diğer bir ifadeyle, isteğe bağlı olarak, kişilere tevkifat uygulayacak tarafın değiştirilmesi yetkisi tanınmaktadır. Bu yetki ile tarafların arasında yapılacak olan özel sözleşme ile tevkifat uygulayacak kişiler değiştirilebilmektedir. Bu doğrultuda kısmi tevkifata tabi olan mal ve hizmetler bakımından verginin bir kısmını alıcı, bir kısmını ise satıcı tevkifat yöntemiyle vergi dairesine ödemek durumundayken taraflar yaptıkları özel sözleşme ile tevkifatın tamamının bir tarafa devredilmesine kararlaştırabilirler. Böylelikle kısmi tevkifata tabi mal ve hizmetler isteğe bağlı olarak tam tevkifat şeklinde vergi dairesine ödenmektedir.

Bu doğrultuda Anayasa hükümleri ve ilgili Kanun hükümleri dikkate alındığında hem kanunilik ilkesi hem de özel sözleşmeler ile sorumluluğun devri bakımından isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının incelenmesi gerekliliği doğmuştur.

A. KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İsteğe bağlı tam tevkifat uygulamasıyla ilgili tartışılması gereken hususlardan biri öncelikle verginin kanuniliği ilkesi ile olan ilişkisidir.

Anayasa’nın “Vergi Ödevi” başlığını taşıyan 73. maddesine göre,

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleri ile oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.”

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağına ilişkin hüküm verginin kanuniliği ilkesi olarak belirtilmektedir. Verginin kanuniliği ilkesi, keyfi ve takdirli uygulamaların önlenmesine yönelik ilkelerin kanunda yer alması amacını güderek bireyin özgürlüklerini devlete karşı koruyan sınırların çizilmesini ifade etmektedir³⁴.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, idarenin vergilendirme işlemlerinin yasaya uygunluğunun yanı sıra yürütme organına yetki devrinin anayasal koşulları gerçekleşmişse normlar hiyerarşisine uygun davranmasını da içermektedir³⁵.

Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında verginin kanuniliği ilkesine göre verginin kanunla konulacağı belirtilmekle beraber, bu ilkenin kapsamı tam olarak belirlenmemiştir. Söz konusu kavram iki şekilde yorumlanmaktadır. Geniş kapsamlı yoruma göre, verginin konusu, oranı, alınma biçimi vergilendirmeye ilişkin temel esaslardandır. Verginin yalnızca konusunun kanunla belirlenmesi ve diğer kısımların yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Bu görüşe göre tüm önemli öğeler kanunla düzenlenmelidir. Dar kapsamlı yoruma göre ise, verginin konusunun kanunla belirlenmesi ilkenin uygulanması için yeterlidir. Bu nedenle yürütme organına yetki verilmesi de Anayasa'ya uygundur. Geniş yorum, vergilendirmede keyfiliğin engellenmesi ve yükümlüye kanuni güvence sağlanması; dar yorum ise değişen ekonomik durumlar karşısında yürütmenin hızlı karar alması amacına yöneliktir³⁶.

³⁴ **Güneş, Gülsen** (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 14.

³⁵ **Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku. 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 46.

³⁶ **Aliefendioğlu, Yılmaz** (1981) “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları”, Danıştay Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, s. 83-84; **Tekbaş, Abdullah** (2010) “Vergi Kanunlarının Tabi olduğu Anayasal İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, s. 177.

Verginin kanuniliği ilkesi içinde birtakım alt ilkeleri de barındırmaktadır. Bu kapsamda, verginin kanuniliği ilkesi için öncelikle bir vergi kanunu gerekmektedir. Bu kanunun parlamento ürünü olması gerektiğini ifade eden “temsil-siz vergi olmaz” alt ilkesi ile yalnızca kanunun vergiyi düzenlemesi olarak belirtilen “yasadışı vergi olmaz” alt ilkesini de içermesi gerekmektedir. Yasadışı vergi olmaz ilkesi kapsamında öncelikle verginin şekli ve maddi anlamda yalnızca kanun ile öngörülmesi gerekmektedir. Vergi normunun kanun niteliğini haiz olması verginin kanuniliği ilkesinin biçimsel yönünü oluşturmaktadır³⁷. Bunun yanı sıra, bu kanun, verginin belirgin olması alt ilkesi kapsamında vergiye ilişkin ana öğelerini ihtiva eden bir vergi kanunu olmalıdır. Verginin belirgin olması ilkesine göre, vergi kanunları vergiye ilişkin temel öğeleri içermelidir³⁸.

Verginin kanuniliği ilkesine göre, bir verginin yükümlüsünün veya sorumlusunun kim olduğu kanunda açık bir şekilde gösterilmelidir. Vergi sorumluluğu oluşturulurken de bireysel özgürlüklerin göz önüne alınması gerekmektedir. Devletin alacağı kolay bir şekilde tahsil etmek amacıyla kimden alabilirse ondan tahsil etmesi ve birinin borcunu bir başkasına yüklemesi hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır³⁹.

Kanunilik ilkesi aynı zamanda vergileme alanında yürütme ve yargı organlarına da yetki verilemeyeceğini de ifade etmektedir. Ayrıca yasama organı dışındakilerin vergi yükü veya vergi yüküne eş değerdeki düzenlemelerin yapılmaması anlamına da gelmektedir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, ilke öyle katı yorumlanmalı ki vergilemeye dair yasama organına verilen yetki, kanunla dahi bir başka organa devredilmemelidir. Bu nedenle kanunla yapılabilecek düzenlemelerin, düzenleyici idari işlemlerle yapılması mümkün değildir. Örneğin vergi tevkifatı yapılmasının kanunla belirlenebileceği, idare tarafından düzenleyici işlemlerle yapılmaya çalışılması verginin kanuniliği ilkesine de aykırılık

³⁷ Güneş (2014) s. 16.

³⁸ Güneş (2014) s. 14.

³⁹ Güneş (2014) s. 140; Anayasa Mahkemesi, E. 1986/5, K. 1987/7, T. 19.03.1987 (Mehmet Çınarlı-Karşı oy yazısı), <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

teşkil etmektedir⁴⁰. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise, verginin kanuniliği ilkesinin yalnızca vergi için kanun çıkarmak şeklinde dar olarak anlaşılması gerektiği, verginin kanunla konulmasını ve vergiye vücut veren temel unsurlarının da kanunda yer alması gerektiği şeklinde anlayıp uygulanmalıdır⁴¹.

Vergiye ilişkin düzenlemeler hem maddi hem de şekli anlamda kanun ile yapılmalıdır. Şekli anlamda kanun, Anayasada belirtilen usullere uygun olarak yasama organınca kabul edilerek yayımlanan hukuki düzenlemedir. Maddi anlamda kanun ise, genel, soyut ve kişisel olmayan hukuk kurallarını içeren düzenleyici işlemlerdir. Vergilerin kanuniliği ilkesi gereği devlet vergilendirme yetkisini hem şekli hem de maddi anlamda kanun ile kullanmalıdır⁴².

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda mali yükümün matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil usulleri gibi çeşitli yönleri bulunduğunu, bu yönlerin kanunla yeterince çerçevelenmediği sürece keyfi uygulamalara yol açacağını belirtmiştir. Bu nedenle mali yükümlerin temel öğelerinin açıklanarak ve çerçeveleri kesin olarak belirlenerek mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴³. Bu yapılmaz ise mali yükümün kanunla konulmuş sayılmayacağını da değerlendirmektedir⁴⁴. Bir başka kararında ise, “... Vergi hukukunda asıl olan yasallık ilkesidir. Yasa kurallarının açık, net, belirli ve öngörülebilir olması asıldır. Genel tebliğ veya sirküler, yasa kurallarının uygulama şekline ışık tutar, yasanın yerine geçerek yükümlünün lehine ya da aleyhine yük değişimi yapmaz”

⁴⁰ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 30-31; Avcı, Orçun (2020) “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 42, s. 74.

⁴¹ Akdoğan, Abdurrahman (2007) Kamu Maliyesi, 12. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 201.

⁴² Doğrusöz, A. Bumin (2000) “Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi”, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Anayasal Mali Düzen, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 12, İstanbul, s. 137.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E. 1977/109, K. 1977/131, T. 29.11.1977 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/95, K. 2014/176, T. 13.11.2014 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1965/45, K. 1966/16, T. 29.03.1966 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

şeklinde konuyu değerlendirmiştir⁴⁵. Bir başka kararında ise vergiye ilişkin düzenlemelerin hem şekli hem maddi anlamda kanun ile yapılması gerektiğini, verginin kanuniliği ilkesinin devletin vergilendirme yetkisinin genel, soyut, objektif, vergiye dair esaslı unsurlara yer veren ve yasama organı tarafından anayasal usullere uygun olarak çıkarılan kanunlarla uygulanması anlamına geldiğini belirtmektedir⁴⁶. Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer kararında ise ilk önce Mahkeme, kanunla düzenlenmesi gerekmeyen konular hakkında Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını belirtmiş, ardından aynı kararda vergisel önlem olan verginin mükellefin temel hak ve özgürlüklerinden birine müdahale anlamına geliyor ve sınırlandırma teşkil ediyorsa bu sınırlamanın yalnızca kanunla yapabileceğini ifade etmiştir⁴⁷.

Kanun tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı'na tanınan yetki ise takdir yetkisine ilişkin olup bu yetkiler koşullu ve sınırlıdır⁴⁸. Ancak bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin aksi yönde bir kararı bulunmaktadır. İlgili karar GVK 94. maddesine ilişkin olup kararda Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen vergi sorumlusu belirleme yetkisi kanunilik ilkesi bakımından değerlendirilmiştir. Mahkeme, ilgili madde kapsamında verilen yetkinin vergi sorumlusuna ilişkin belirsizliklerin giderilmesine yönelik olduğunu, ek olarak yeni vergi sorumlularının belirlenmesinin amaçlandığını ifade etmiştir. Verilen bu yetkinin sınırlı ve istisnai bir nitelikte olduğu ve verginin kanuniliği ilkesine de aykırılık oluşturmadığı belirtilmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın verilen yetkiyi düzenleyici işlemlerle kullanabileceğini, bunların Resmi Gazete'de yayımlanması nedeniyle ilgililerin haberdar olacağını ve belirsizlik veya öngörülemezlik durumundan da bahsedilemeyeceğini değerlendirmektedir⁴⁹.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2010/93, K. 2012/20, T. 09.02.2012 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2020/11, K. 2023/98, T. 18.05.2023 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 08.12.2015 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

⁴⁸ **Avcı**, s. 80.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/183, K. 2015/122, T. 30.12.2015 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> s.e.t. 10.10.2024.

Doktrinde vergi sorumluluğunun kamu hukuku ilişkisinden doğduğu, bu nedenle buna ilişkin kuralların kanun ile belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁰. Söz konusu karar, vergi kesme ve ödeme mecburiyetinin kanunla konulmasının esas olması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıca yeni vergi sorumlusu belirleme yetkisinin teknik bir konu olmadığı, kanunilik ilkesi kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yeni vergi sorumlusu belirleme yetkisinin ilkeye aykırılık oluşturacağı, Resmi Gazete'de yayımlanmasının ise anayasaya aykırılığı kaldıramayacağı değerlendirilmektedir⁵¹.

KDVK 9. maddesinin ilk fıkrasında gerekli görülen hallerde Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği düzenlenmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı ise bu madde ile kendisine verilen yetkiyi kullanarak genel tebliğler yayımlamaktadır. Bu doğrultuda KDV'de sorumluluğun tevkifat uygulaması aracılığıyla yapılması öngörülmüştür. KDV'de tevkifat ise tam tevkifat ve kısmi tevkifat olmak üzere iki tür tevkifat şeklinde uygulanmaktadır.

KDV'de genel uygulama mükellefin vergisini beyan edip ödemesine dayanmaktadır. Ancak vergi güvenliğini emniyet altına almak amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından istisnai olarak bazı hallerde vergi sorumlusuna verginin beyan edilerek ödenmesi yükümlülüğü yüklenmiştir. Daha açık bir ifadeyle, KDV'de sorumluluğun uygulanmasını sağlayan tevkifat, istisnai bir uygulamadır.

İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması da yine Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan genel tebliğler ile getirilmiştir. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulamasında ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın istisnai bir uygulama olarak getirdiği ve sadece belirli hallerde uygulanacak olan kısmi tevkifatın yine tebliğde sınırlı olarak belirtilen tam tevkifata dönüştürülmesi söz konusudur. Mükellefler istedikleri takdirde yazılı bir sözleşme ile sorumlu tarafı değiştirebilmektedir.

⁵⁰ **Kumrulu, Ahmet** (1988) "Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 1, S. 3, s. 425-426.

⁵¹ **Yaltı, Billur** (2017) "Vergisel Alanda Kanun Kavramının Yorumu: Anayasa Mahkemesinin Yakın Tarihli Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", Vergi Sorunları Dergisi, S. 341, s. 21.

KDV’de tevkifat uygulamasının idarenin düzenleyici işlemi olan genel tebliğler aracılığıyla düzenlenmesi verginin kanuniliği ilkesi kapsamında eleştirilmektedir. Bu durum tartışma konusu iken isteğe bağlı tam tevkifat ile tarafların aralarında yapacakları özel sözleşme ile vergi sorumlusunu değiştirmesi tartışmaya açık bir husustur. Verginin kanuniliği ilkesine göre verginin temel öğelerinden olan yükümlü veya sorumlu ilgili kanunda yasama organı tarafından belirlenmelidir. Nitekim KDVK 9. maddesinde belirlenmiş olmasına karşılık KDVK 9. maddesi ile ayrıca idareye tanınan yetki kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı genel tebliğler aracılığıyla her bir işlem için vergi sorumlusunu ayrıca belirlemiştir. İdare tarafından verginin temel ögesi olan vergi sorumlusunun belirlenmesinin verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği doktrinde ağırlıklı olarak ifade edilirken idare tarafından vergi sorumlusunu belirleme yetkisinin tarafların iradesine bırakılmasının evle-yiyetle verginin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturabileceği de değerlendirilmelidir.

Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın vergilendirmenin temel esaslarından biri hakkında düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı, sorumluluğun da bu temel esaslarından olduğu, bu yetkinin açıkça verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir⁵².

Bu noktada isteğe bağlı tam tevkifat öncelikle verginin kanuniliği ilkesi bakımından incelenmelidir. Ancak bunun yanı sıra, VUK 8/3. maddesinde düzenlenen özel sözleşmelerin vergi mükellefi/vergi sorumlusuna etkisi de göz önüne alınmalıdır.

B. VERGİ USUL KANUNUNUN 8/3. MADDESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergi hukukunda irade hürriyetine ve sözleşmeye yer verilmemesi vergilerin kanuniliği ilkesinin bir diğer yönünü oluşturmaktadır. Vergi yükümlülüklerinin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması sözleşme yapılamaz. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda sözleşme yapılmasına izin verilmektedir⁵³.

⁵² **Tosuner, Mehmet/İnneci, Ahmet** (2018) “Kanunilik İlkesi Bağlamında Maliye Bakanlığı’nın Usul ve Esasları Belirleme Yetkisi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 1, s. 10.

⁵³ **Güner, Nurgül** (2011) “Verginin Kanuniliği İlkesinin Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Vergi Raporu Dergisi, S. 140, s. 98.

VUK'da "Mükellef ve vergi sorumlusu" başlığını taşıyan 8. maddesinde mükellef ve vergi sorumlusu tanımlanmıştır. İlgili maddenin 3. fıkrasında ise vergi kanunlarıyla kabul edilen haller hariç olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin vergi dairelerini bağlamayacağı düzenlenmiştir. VUK 8/3. maddesinde düzenlenen hüküm kapsamında kanunda belirtilen haller hariç olmak üzere, özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı açık olmakla birlikte iç ilişkide sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, yapılacak olan özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamamasına karşılık iç ilişkide geçerliliğini korumaktadır. Bu görüşü savunan Şenyüz'e göre, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yapılacak sözleşme ile taraflar arasındaki iç ilişkide sorumluluğun kanunda belirtilen sorumludan başka birisinin üstlenmesine yönelik sözleşmeler yapılabilir. Bu şekilde yapılan sözleşmeler özel hukuk açısından tamamen geçerlidir. VUK 8/3. maddesinde düzenlenen hüküm ise bu sözleşmelerin kendi geçerliliğine değil, vergi idaresi bakımından doğurduğu sonuçlara yöneliktir. Bu nedenle özel hukuk alanında mükellefiyeti/sorumluluğu değiştiren sözleşmeler yapılabilir ancak bu sözleşmeler vergi idaresini bağlamaz şeklinde maddeyi yorumlamak gerektiğini ifade etmektedir. Şenyüz ayrıca VUK 8/3'teki düzenlemenin belirli konularda yapılan sözleşmelerin muhatapları bakımından açık bir sınır olduğunu belirtmektedir. Nitekim ilgili maddeye göre, sözleşme çerçevesinde, yükümlü veya sorumlunun yükümlülüğü veya sorumluluğu üstelenen kişiye karşı rücu edebileceğini de kabul etmek gerekmektedir⁵⁴.

Aynı görüşü paylaşanlar ise doktrinde çeşitli gerekçelerle durumu değerlendirmişlerdir. Güneş'e göre, kamu düzenini bozmayan ve verginin konulmasındaki amaca aykırı olmayan yükümlülük, sorumluluk ve vergi doğuran olaya ilişkin düzenleme yapan özel hukuk sözleşmeleri, taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olmaktadır. Sözleşmenin vergiyi doğuran olayı yönlendirmeden sadece yükümlüyü veya sorumluyu değiştiriyorsa VUK 8/3. maddesi gereği bu sözleş-

⁵⁴ Şenyüz, Doğan (2002) Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s. 32-34.

menin vergi idaresi karşısında geçersiz sayılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda buradaki kıtas, sözleşmenin vergiyi doğuran olaya etkisi olarak değerlendirilmektedir⁵⁵.

Nadaroğlu ise, taraflar arasındaki iç ilişkide sözleşmenin geçerli olacağını, bu sözleşmeye dayanarak hukuk mahkemelerinde dava açılabileceğini belirtmektedir. Nitekim KDV'nin kanuni mükellefleri tarafından nihai tüketicilere yansıtılabilmesi de bu görüşü desteklemektedir⁵⁶.

Taşkan'a göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi gereği, kişiler sözleşme yapmakta özgürdür. Bu genel çerçevede kapsamında kişiler vergi mükellefiyetine ilişkin bazı konularda sözleşme yapabilirler. VUK 8/3. maddesine göre, vergi kanunlarıyla kabul edilen haller dışında mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna dair yapılan özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz⁵⁷.

Kaneti de benzer şekilde, kamu düzenine ve verginin getirilmesindeki amaca uygun olmak şartıyla kişiler arasındaki iç ilişkide vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin geçerli olacağını, kanundaki özel haller dışında vergi daireleri açısından hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir⁵⁸.

Akkaya, sözleşmelerin sadece taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olduğunu, vergilendirme sürecinde vergi idaresi bakımından bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir. Nitekim GVK 96. maddesi incelendiğinde de hükümde vergi sorumluluğunun üstlenilmesinden bahsedildiği ve bu üstlenmeye hukuki sonuçlar bağlayarak zımnen sorumluluğun devrinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵⁹. Akkaya ayrıca, vergi idaresine karşı hüküm ifade etmeyen sorumluluğun

⁵⁵ **Güneş, Gülsen** (1993) "Vergi Yükümlülüğüne ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Sözleşmelerin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı" İstanbul Barosu Dergisi, C. 68, S. 7-8-9, s. 595-603; **Güneş** (2014) s. 167.

⁵⁶ **Nadaroğlu, Halil** (1985) Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul, Beta Yayınları, s. 315.

⁵⁷ **Taşkan**, s. 70.

⁵⁸ **Kaneti, Selim** (1989) Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 97.

⁵⁹ **Akkaya, Mustafa** (2000) "Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu", Yaklaşım Dergisi, S. 11, <www.yaklasim.com> s.e.t. 10.10.2024.

devri sözleşmesinin de taraflar arasındaki iç ilişkide hüküm ifade edeceğini ve kanuna aykırılık sebebiyle batıl sayılmayacağını da ifade etmektedir⁶⁰.

Karakoç da benzer şekilde, sorumluluğun devrine yönelik sözleşmelerin vergi idaresini bağlamayacağını, ancak sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar arasındaki iç ilişkide sözleşmenin geçerli olduğunu ve tarafların birbirine rücu edebileceğini ifade etmektedir⁶¹.

Oktar'a göre, tarafların arasında yapacağı sözleşme ile sorumluluğun devredilmesi durumunda vergi idaresi tarafından bu sözleşme dikkate alınmaz. Ancak taraflar arasındaki iç ilişkide sözleşme geçerliliğini korumaktadır⁶².

Saban'a göre, VUK 8/3. maddesi, sözleşme ile sorumluluğun oluşturulamayacağını veya sözleşme ile sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığını yasal düzene bağlamıştır. Sorumlulukla ilgili sözleşmelerin geçersiz sayılması kamu alacağını güvence altına almak amacıyla getirilmiştir. Böylelikle vergi borcunun ödeme gücü olmayanlara devrinin engellenmesi hedeflenmektedir. Bu noktada kamu düzenine ve verginin konulmasındaki amaca uygun olmak şartıyla vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin iç ilişkide belirleyici olacağı ve dolayısıyla belirtilen sözleşmelerin geçerli olacağı ifade edilmektedir. Vergi dairesi bakımından ise bu sözleşmeler kanundaki özel haller dışında hüküm ifade etmemektedir⁶³. Diğer bir anlatımla, vergiyi doğuran olayla gerçekleşen yükümlülük veya sorumluluğun başkası tarafından üstlenilmesi vergi dairesine karşı etkisiz olmaktadır. Böyle bir durumda vergi idaresi vergi kanunları ile yükümlü veya sorumlu tutulan kişiye başvurmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ **Akkaya, Mustafa** (1997) "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, s. 186. Benzer yönde görüşler için; **Doğrusöz, A. Bumin** (1992) Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme "Stopaj", İstanbul, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, Yayın No: 3, s. 27-30); **Aliefendioğlu** (1974), s. 3.

⁶¹ **Karakoç, Yusuf** (2019) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 193.

⁶² **Oktar, S. Ateş** (2022) Vergi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s. 97.

⁶³ **Saban, Nihal** (1991) Vergi Hukukunda Sorumluluk (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 36-37.

⁶⁴ **Saban, Nihal** (2020) Vergi Hukuku, Tıpkı 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 116.

Sarılı'ya göre, vergi sorumluluğu halleri kanunda belirtilmiştir. Özel sözleşme ile mükellefiyet veya sorumluluğun ihdas edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu durum da verginin kanuniliği ilkesinin bir gereğidir. Bu görüşe göre, sorumluluğun devrine ilişkin özel sözleşmeler vergilendirme bakımından kesin hüküm ifade etmemesine karşılık, bu sözleşmeler kural olarak taraflar arasındaki iç ilişkide geçerlidir. Sarılı ayrıca, kanun koyucunun iradesi olmadıkça sorumluluğun yaratılamayacağını ve bu durumun Anayasanın 73. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturduğunu ifade etmektedir⁶⁵.

Tunç'a göre, vergi sorumlusu kanunda tanımlanan ve kamu hukuku ilişkisinden doğmaktadır. Bu nedenle kanundan doğan bir ilişkide özel sözleşmeye dayanarak iradi olarak tarafların değişmesi vergi kanunları tarafından kural olarak kabul edilmemektedir. Bu şekilde yapılan sözleşmeler, iç ilişki ve dış ilişkide farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu kapsamda yapılan bir sözleşme, sözleşme serbestisi kapsamında iç ilişkide geçerli olmaktadır. Dış ilişki olarak adlandırılan vergi dairesi tarafından değerlendirildiğinde ise, vergi dairesini bağlamayacağı, sorumluların kendi iradeleri ile yaptıkları bu sözleşmeyi öne sürerek sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir⁶⁶. Tunç'a göre, mükellef ve vergi sorumlusunun yer değiştirmesine yönelik bu yasak, mükellefin ödevini yapmasına engel olacak hallerde dahi geçerliliğini korumaktadır. Şöyle ki, mükellefin ağır hastalık halinde dahi, başkası ile yer değiştirmesinin mümkün olmadığı, diğer bir anlatımla özel sözleşmeler ile bu sorumluluğun iradi olarak başkasına devredilemeyeceği öngörülmektedir⁶⁷.

Danıştay ve Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği görülmektedir. Danıştay ise vermiş olduğu kararlarda "*vergi yükümlüleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmelerin vergi yükümlüsünün vergi kanunları karşısındaki durumu yö-*

⁶⁵ **Sarılı, Mustafa Ali** (2004) Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, s. 33-58.

⁶⁶ **Tunç, Zinnur** (2021) Vergi Hukukunda Temsil ve Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 165-166; Danıştay 4. Dairesi, E. 2016/10624, K. 2020/4199, T. 03.11.2020 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 17.10.2024.

⁶⁷ **Tunç**, s. 170-171.

nünden bir değişiklik meydana getirmesi mümkün değildir.” şeklinde görüşünü belirtmiştir⁶⁸. Bir kararında ise, mükelleflerin kendi iradeleriyle yapmış olduğu işlemler nedeniyle vergi dairesi karşısında sorumluluktan kurtulmalarının önünün kapatıldığı belirtilmiştir⁶⁹. Nitekim bir diğer kararında ise, KDV mükellefi olan alıcı ile yapılan sözleşmenin vergi dairesini bağlamayacağı, bu nedenle KDV’yi alıcının ödemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁰. Danıştay’ın kararları incelendiğinde kabul edilen görüşün, vergi dairesini bağlamayacağına yönelik olduğu, iç ilişki hakkında bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir.

Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda farklı tutumlar belirlemiştir. Vermiş olduğu kararların bazılarında özel sözleşme hükümlerinin taraflar arasındaki iç ilişkiye dayanan talepler bakımından geçerli kabul edildiği ve hükme esas alındığı⁷¹, bazı kararlarında ise yapılan sözleşmelerin dikkate alınmadığı görülmektedir⁷².

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise bu sözleşmelerin hukuka aykırı olduğunu, iç ilişkide de geçerli olmadığı değerlendirilmektedir. Bu görüşü savunan Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker’e göre, yükümlülük/sorumluluk kanundan doğmaktadır. Bu nedenle sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Nitekim VUK 8/3. maddesine göre, kanunda öngörülen istisnalar dışında yükümlülüğe ilişkin özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz. Türk Borçlar Kanunu, kanuna aykırı sözleşme düzenlenmesine izin vermediği için vergi dairesini bağlamayan bu sözleşmeleri adliye mahkemeleri de hükümsüz sayabilir⁷³.

Öncel bir başka çalışmasında da benzer şekilde görüşünü belirtmiştir. Buna göre, vergi sorumluluğu, vergi yükümlülüğü gibi kamu hukuki ilişkisinden

⁶⁸ Danıştay, 3. Dairesi, E. 1986/1175, K. 1987/106, T. 14.01.1987, Danıştay Dergisi, S. 68-69, s. 277-279; Danıştay 4. Daire, E. 1953/126, T. 22.11.1976, Danıştay Dergisi, S. 24-25, s. 208.

⁶⁹ Danıştay 4. Daire, E. 2016/10624, K. 2020/4199, T. 03.11.2020, <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 10.10.2024.

⁷⁰ Danıştay, 7. Daire, E. 1990/401, K. 1990/981, T. 13.04.1990, <lexpera.com.tr> s.e.t. 10.10.2024.

⁷¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1990/707, K. 1990/3804, T. 04.10.1990 (Taşkan, s. 70).

⁷² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 1989/7062, K. 1989/8746, T. 21.11.1989 (Taşkan, s. 70).

⁷³ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 81.

doğmaktadır. Bu nedenle VUK 8/3. maddesinde düzenlendiği üzere vergi kanunlarıyla kabul edilen durumlar müstesna olmak kaydıyla yükümlülüğe ve sorumluluğa ilişkin özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz. Sözleşme ile sorumluluk oluşturulamaz veya bir kimse sözleşme ile sorumluluktan kurtulmaz⁷⁴.

Uluatam/Methibay ise, mükellefiyetin kanundan doğduğunu ve sözleşmeler ile kanuna aykırı bir şekilde değiştirilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca VUK 8. maddeye göre bu tür sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz ve Borçlar Kanunu da kanuna aykırı sözleşmelerin düzenlenmesine izin vermediği için bu tür sözleşmelerin mahkemeleri de bağlamayacağını ifade etmektedir⁷⁵.

Pehlivan'a göre, vergi sorumluluğu kanundan doğar ve başkasına devredilemez. Dolayısıyla bu şekilde yapılan sözleşmeler de geçersiz olarak kabul edilmektedir⁷⁶.

VUK 8/3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da maddede düzenlenen istisnaya ilişkindir. İlgili maddede, vergi kanunlarıyla kabul edilen haller hariç olmak üzere özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı belirtilmiştir. Madde incelendiğinde genel kural, özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlamamasıdır. İstisnası ise vergi kanunlarıyla kabul edilen hallerdir. Diğer bir anlatımla, kural olarak özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz iken, istisnai olarak vergi kanunlarında düzenlenen hallerde özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaktadır.

İstisnai hüküm olan vergi kanunlarıyla kabul edilen hallerin neler olduğuna ilişkin doktrinde çeşitli örnekler verilmektedir. Gerçek'e göre, vergi sorumluluğu kural olarak kanundan doğmaktadır. Bu nedenle VUK 8/3 hükmü uyarınca, kanunda öngörülen haller dışında vergi hukukunda özel sözleşmelerle sorumlu-

⁷⁴ **Öncel, Mualla** (1983) "Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk", Prof. Dr. Fadil H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, A.Ü. SBF Yayını No: 522, s. 49-50.

⁷⁵ **Uluatam, Özhan/Methibay, Yaşar** (1999) Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, s. 88.

⁷⁶ **Pehlivan, Osman** (2017) Vergi Hukuku, Trabzon, Celepler Matbaacılık, s. 57.

luk ilişkisi kurulsa dahi bunlar vergi idaresi bakımından hükümsüzdür. Gerçek ayrıca vergi kanunlarıyla kabul edilen sözleşmeden doğan vergi sorumluluğu hallerinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 11. maddesi ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanun'unun (KVK) 36-39. maddeleri olduğunu belirtmiştir⁷⁷. AATUHK 11. maddesine göre, AATUHK 10. maddesine göre teminat sağlayamayanlar muteber bir şahsı müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu olarak gösterebilir. Bu nedenle böyle bir durumda kefil olmayı kabul eden kişi mükellefle yaptığı kefalet sözleşmesine dayanarak vergi sorumlusu olmaktadır. KVK 36-39. maddelerine göre, birleşme, devir, şekil değiştirme ve bölünme işlemleri kurumlar arasında yapılan bir sözleşme ile meydana gelmektedir. Bu durumda işi devralan kurum sözleşmeye bağlı olarak vergi sorumluluğunu üstlenmiş olmaktadır. Vergi kanunlarının özel sözleşmeyle sorumluluğun devrine izin verdiği durumlar için Gerçek, kanunda açık bir şekilde sözleşme düzenlenmesine izin verilen halleri örnek göstermiştir.

Özel sözleşmelerin kanunda belirtilen hallerde vergi dairesini bağlayacağı da yine VUK 8/3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu istisna hükmünde belirtilen kanunun izin verdiği hallerin neler olduğunun ayırt edilmesi ayrıca önem taşımaktadır. Tunç'a göre, bu istisnalar VUK mükerrer 275 maddesi, AATUHK 11. maddesi ile KVK 19 ve 20. maddeleridir⁷⁸. Söz konusu maddeler incelendiğinde ise, belirtilen kanun hükümlerinde açık bir şekilde sözleşmenin belirtildiği görülmektedir.

Bu noktada Kanunda Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yetki verilen, bu yetkiye dayanarak Bakanlık tarafından çıkarılan genel tebliğler ile sorumluluğun devrinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Daha açık bir anlatımla, vergi kanunlarının izin verdiği halleri vergi kanunu hükmünde açık ve net bir şekilde izin verilen haller mi yoksa dolaylı da olsa kanuna dayanarak düzenlenen düzenleyici işlemler aracılığıyla izin verilen haller olarak mı değerlendirileceği tartışmaya açık bir konudur.

⁷⁷ **Gerçek, Adnan** (2005) "Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 183.

⁷⁸ **Tunç**, s. 169-170.

Kanaatimizce; vergi kanunlarıyla kabul edilen haller sınırlı bir şekilde belirtilmemiştir. Bu kapsamda her ne kadar örnek olarak AATUHK 11. ve KVK 36-39. maddeleri verilse de bunlar tahdidi olarak belirtilmemiştir. Vergi kanunlarıyla kabul edilen halleri, yalnızca iki duruma özgülemek daraltıcı bir yorum olacaktır. VUK 8/3. maddesinde de açık bir şekilde belirtildiği üzere, vergi kanunlarıyla izin verilen diğer hallerde de özel sözleşmelerin düzenlenebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Yalnızca vergi kanunları kapsamının içeriğinin netleştirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, vergi kanunları ifadesinden yalnızca vergi kanunlarının açık bir şekilde izin verdiği haller mi anlaşılmalıdır yoksa vergi kanunları tarafından dolaylı olarak izin verilen haller de bu kapsamda değerlendirilebilir mi sorusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Vergi kanunlarıyla izin verilen haller ifadesinin yorum şekline göre bu sorunun cevabı değişecektir. Vergi kanunları ifadesi dar yorumlandığı takdirde, yalnızca vergi kanunlarında açık bir şekilde belirtilen haller anlaşılmaktadır. Vergi kanunları geniş yorumlandığı takdirde ise, vergi kanunlarıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yetki verilen haller ve bu kapsamda Bakanlık tarafından çıkarılan genel tebliğler de anlaşılmaktadır.

Belirli bir konudaki hukuk kurallarını genel kural ve genel kural dışındakiler şeklinde ayırmak mümkündür. Genel kural, önermenin ilişkin olduğu şeyin bütün parçalarına ve türlerine uygulanabilmektedir. Genel kural dışında kalan ve istisna niteliğini taşıyan kural ise genel kuralın dışında kalan durumu ifade etmektedir. Genel kural ve ayrı kuralın yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken husus genel kuralın geniş, ayrı kuralın ise dar yorumlanmasıdır⁷⁹. Bunun yanı sıra ayrı kural, ancak genel kuralı koyan makam tarafından konulabilir, genişletilebilir veya daraltılabilir⁸⁰.

Tebliğ hükmüyle getirilen bir uygulama olsa dahi, isteğe bağlı tam tevkifat bir sözleşme ile yapılmaktadır. Bu sözleşme ile kanunun Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yetki vererek düzenlediği tebliğ hükmünde belirtilen sorumluluğun

⁷⁹ Gözler, Kemal (2015) Hukuka Giriş, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım, s. 249-255.

⁸⁰ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 62.

değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı göz önüne alınmalıdır. Nitekim VUK 8/3. maddesinde düzenlenen hüküm genel hüküm niteliğini taşımaktadır. VUK 8/3. maddesinde ayrıca kuralın istisnası olarak vergi kanunlarıyla kabul edilen hallerde sözleşmeyle mükellef veya sorumlunun değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Buradaki kanun lafzından ne anlaşılması gerektiği de tartışmaya açık bir konudur. Kanun lafzından yalnızca kanunda düzenlenen hallerin mi anlaşılacağı yoksa kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan Tebliğ hükümlerinin de kanun lafzına dahil olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

VUK 8/3. maddesinde özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı kural olarak belirtilirken aynı maddede bu kuralın istisnasının vergi kanunlarıyla kabul edilen haller olduğu düzenlenmiştir. KDVK 9. maddesinde ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir. Bakanlık ise bu yetkisini genel tebliğler aracılığıyla kullanmaktadır. VUK 8/3. maddede belirtilen Kanunla kabul edilen hallerin dar veya geniş yorumlanmasına göre isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının da yorumu değişmektedir. Buna göre VUK 8/3. maddesindeki "kanun" ifadesi dar anlamıyla kanun olarak yorumlandığı takdirde tebliğle getirilen isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasıyla sorumlu tarafın değişmesinin söz konusu olduğu ve bu durumun da açık bir şekilde VUK 8/3. maddesine aykırılık taşıdığı değerlendirilebilir. Ancak diğer taraftan 8/3. maddesinde belirtilen kanun ifadesi, kanunlarla bakanlığa yetki verilen haller olarak geniş yorumlandığı takdirde de isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının kanuna uygun olduğu ifade edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki VUK 8/3. maddesindeki kanun ifadesinin geniş yorumlanması halinde de verginin kanuniliği ilkesinin geniş yorumlanması gerekliliği sonucu doğmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kanun ifadesi geniş anlamıyla kanunun bakanlığa yetki verdiği ve bu yetkinin kullanılmasının da VUK 8/3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi şeklinde bir yoruma ulaşılabilir. Bu şekilde geniş yorum yapılması da verginin kanuniliği ilkesini geniş yorumlama gerekliliği doğurmaktadır. Verginin kanuniliği ilkesinin geniş yorumlanması da birtakım sonuçlara sebep olmaktadır. Şöyle ki, verginin kanuniliği ilkesinin bireysel ve devletsel yönleri bulunmaktadır. Vergi yükümlüsü veya sorumlusu ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmeyle sorumluluğun devrinin vergi dairesini bağlamaması ilkesi

verginin kanuniliği ilkesinin devletsel yönü ile yani bu ilkenin verginin alınması zorunluluğuyla ilgilidir. Verginin kanuniliği ilkesinin bireysel yönüne bakıldığında da bu ilke uyarınca vergi ödevini haiz olanların belirli olması gerekmektedir⁸¹.

Hem verginin kanuniliği ilkesi hem de VUK 8/3. maddesinde düzenlenen hükümler göz önüne alındığında yapılan düzenlemelerin kanun temelinde yapılması halinde tüm tartışmalar sonlanabileceği değerlendirilmektedir. Verginin kanuniliği ilkesi gereği vergilendirmeye ilişkin temel öğelerin kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Vergi sorumlusu da verginin temel öğelerinden birini oluşturmaktadır. Vergi sorumluluğuna ilişkin esas düzenlemelerin kanunda yapılması durumunda hem kanunilik ilkesi bakımından aykırılığın ortadan kalkacağı hem de VUK 8/3. maddesinde yer alan “vergi kanunlarında düzenlenen haller hariç” ifadesinden anlaşılan istisna kapsamında isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının net bir şekilde değerlendirilebileceği açıktır.

SONUÇ

İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması, Türkiye’de KDV tahsilatını güvence altına alarak vergi kayıplarını önlemeyi ve hazineye aktarımı hızlandırmayı amaçlayan önemli bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. KDV Genel Uygulama Tebliği’nde yapılan değişiklik ile getirilen isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasıyla, kısmi tevkifat uygulanan mal ve hizmetlerde, tarafların anlaşması durumunda tam tevkifat uygulanabilmesi sağlanmıştır. Bu düzenleme, özellikle vergi tahsilinde yaşanan aksaklıkları ve sorumluların belirlenmesinde yaşanan karmaşayı azaltma potansiyeline sahiptir.

Ancak uygulamanın başarıya ulaşması, yalnızca yasal düzenlemelerle sınırlı kalmayıp uygulamadaki etkinliği de kapsmalıdır. Özellikle VUK 8/3. maddesi gereği, özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlayıcı olmaması ilkesi, taraflar arasında yapılan sözleşmelerin yalnızca iç ilişkide geçerliliğini sağlamaktadır. Bu çerçevede, isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması, verginin kanuniliği ilkesi bakımından farklı yorumlara yol açmakta ve tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

⁸¹ Güneş (2014) s. 168.

Çalışmamızda incelenen tüm yasal dayanaklar ve doktrinel tartışmalar göz önüne alındığında, isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasının, vergi tahsilatında etkinliği artırırken aynı zamanda vergi sorumluluğunda açıklık sağlaması da hedeflenmiştir. Ancak bu düzenlemenin etkili olabilmesi için, uygulamada karşılaşılan zorlukların dikkate alınarak düzenleyici işlemlerin gözden geçirilmesi ve tarafların hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Özellikle vergilendirmenin temel öğelerinden olan vergi sorumlusu gibi hususların verginin kanuniliği ilkesi gereği kanunlarda düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

İsteğe bağlı tam tevkifatın da kanunlarda düzenlenmesi, VUK 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan vergi kanunlarında düzenlenen haller hariç olmak üzere mükellefiyet veya sorumluluğa ilişkin yapılan özel sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağına ilişkin hüküm kapsamında da açıklığa kavuşturulması anlamına gelmektedir.

Bu kapsamda isteğe bağlı tam tevkifat uygulamasına ilişkin temel hususların da öncelikle vergi kanunlarında düzenlenmesi gerekmektedir. İsteğe bağlı tam tevkifat uygulaması kanunda düzenlendiği takdirde, VUK 8/3. maddesinde belirtilen kuralın istisnası kapsamında, vergi kanunlarının izin verdiği haller olarak değerlendirilebilecek ve VUK 8/3. maddesi bakımından tartışma da sonuçlanmış olacaktır. Bu doğrultuda, VUK 8/3. maddesindeki vergi kanunlarının izin verdiği haller şeklinde belirtilen istisna kapsamında isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması da dahil olacak ve yapılan sözleşme de vergi dairesini bağlayacaktır.

Sonuç olarak, isteğe bağlı tam tevkifat uygulaması, vergi sisteminde hem idari hem de hukuki yönden dikkatli bir denge kurulmasını gerektiren, yenilikçi ancak tartışmalı bir adım olarak değerlendirilmektedir. Vergi sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin açık, net ve öngörülebilir olması, taraflar arasındaki sözleşme serbestisini ve hukuki güvenliği artıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman** (2023) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 16. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akdoğan, Abdurrahman** (2007) Kamu Maliyesi, 12. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akkaya, Mustafa** (2000) “Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu”, Yaklaşım Dergisi, S. 11, <www.yaklasim.com> s.e.t. 10.10.2024.
- Akkaya, Mustafa** (1997) “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, ss. 185-208.
- Aliefendioğlu, Yılmaz** (1981) “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları”, Danıştay Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, ss. 221-244.
- Aliefendioğlu, Yılmaz** (1974) Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj) Ankara, Doğu Matbaası.
- Arslan, Erdoğan** (2008) “KDV’de Sorumluluk ve Tevkifat”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 321, <www.vergidunyasi.com.tr> s.e.t. 30.09.2024.
- Avcı, Orçun** (2020) “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 42, ss. 67-93.
- Dakın, Mustafa** (2022) “Sahte Faturaya Önlem “İsteğe Bağlı Tam Tevkifat”, DKN Vergi Denetim Danışmanlık, 30.04.2022 <www.dkn.com.tr> s.e.t. 27.09.2024.
- Demir, Ömer** (2022) “5 Soruda İsteğe Bağlı Tam Tevkifat Uygulaması”, <www.verginet.net> s.e.t. 27.09.2024.
- Doğrusöz, A. Bumin** (2000) “Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi”, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Anayasal Mali Düzen, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 12, İstanbul, ss. 135-160.
- Doğrusöz, A. Bumin** (1992) Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme “Stopaj”, İstanbul, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, Yayın No: 3.
- Gerçek, Adnan** (2005) “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, ss. 157-193.
- Gözler, Kemal** (2015) Hukuka Giriş, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım.
- Güner, Nurgül** (2011) “Verginin Kanuniliği İlkesinin Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Vergi Raporu Dergisi, S. 140, ss. 96-101.

- Güneş, Gülsen** (1993) “Vergi Yükümlülüğüne ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Sözleşmelerin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı” İstanbul Barosu Dergisi, C. 68, S. 7-8-9.
- Güneş, Gülsen** (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- İnaltonç, Ceyhan** (2013) Katma Değer Vergisi’nde Tevkifatın Nedenleri, Gelişimi ve Uygulama Esasları, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını.
- Kaneti, Selim** (1989) Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Karakoç, Yusuf** (2019) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kumrulu, Ahmet** (1988) “Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 1, S. 3, ss. 413-439.
- Maç, Mehmet** (2022) “İsteğe Bağlı Tam (%100 Oranlı) KDV Tevkifatı Yürürlüğe Girmişdir” Lebib Yalkın Dergisi, S. 222, <www.denet.com.tr> s.e.t. 25.09.2024.
- Nadaroğlu, Halil** (1985) Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul, Beta Yayınları.
- Oktar, Kemal** (2020) KDV İstisnalar ve İadeler, Ankara, Gözlem Yayıncılık.
- Oktar, S. Ateş** (2022) Vergi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Öncel, Mualla** (1983) “Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk”, Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan, Ankara, A.Ü. SBF Yayını No: 522, ss. 39-55.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku. 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öner, Erdoğan** (2023) Türk Vergi Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Pehlivan, Osman** (2017) Vergi Hukuku, Trabzon, Celepler Matbaacılık.
- Saban, Nihal** (2020) Vergi Hukuku, Tıpkı 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Saban, Nihal** (1991) Vergi Hukukunda Sorumluluk (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sağlam, Erdoğan** (2022) “KDV tebliğ taslağında hangi önemli düzenlemeler var, uygulama nasıl olacak, artılar ve eksiler neler?”, <www.t24.com.tr> s.e.t. 27.09.2024.
- Sarılı, Mustafa Ali** (2004) Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi.
- Sırça, Bilal** (2023) “Kısmi Tevkifatlı İşlemlerde KDV İadesi”, E-Yaklaşım, S. 370, <www.yaklasim.com> s.e.t. 05.10.2024.

- Şenyüz, Doğan** (2002) Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım.
- Taşkan, Yusuf Ziya** (2024) Vergi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Taşkın, Yasemin** (2017) Vergi Hukukunda Tevkifattan Doğan Sorumluluk, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Tekbaş, Abdullah** (2010) “Vergi Kanunlarının Tabi olduğu Anayasal İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, ss. 123-191.
- Tolu, Abdullah** (2022) “İsteğe Bağlı KDV Tevkifatı Olumlu, Ancak...”, 13.04.2022, <www.lebilyalkin.com.tr> s.e.t. 07.10.2024.
- Tosuner, Mehmet/İnneci, Ahmet** (2018) “Kanunilik İlkesi Bağlamında Maliye Bakanlığı'nın Usul ve Esasları Belirleme Yetkisi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 1, ss. 1-15.
- Tunç, Zinnur** (2021) Vergi Hukukunda Temsil ve Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Uluatam, Özhan/Methibay, Yaşar** (1999) Vergi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık.
- Yaltı, Billur** (2017) “Vergisel Alanda Kanun Kavramının Yorumu: Anayasa Mahkemesinin Yakın Tarihli Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 341, ss. 9-25.
- Yurttaş, Hüseyin Kaan** (2022) “KDV Tevkifatı ve İsteğe Bağlı Tam Tevkifat Düzenlemesi”, Lebib Yalkın Dergisi, S. 222, <www.verginet.net> s.e.t. 25.09.2024.
- Yücel, Mehmet** (2015) “Katma Değer Vergisinde Tevkifat (Vergi Sorumluluğu) ve Tam Tevkifat Uygulaması”, Mali Hukuk Dergisi, C. 11, S. 122, ss. 21-43.

HUKUK UYGARLAŞTIRICI OLABİLİR Mİ? BENTHAM'IN ULUSLARARASI HUKUKA DAİR DÜŞÜNCELERİ ÜZERİNE BİR ANALİZ^(*)

Dr. Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ^()**

*“Hukuk nedir? Hukukun bölümleri nelerdir?
Bu soruların konusu fizikî değil, mantıksal, ideal,
entelektüel bir çabadır. Yasalar hakkında sorulan
sorulara cevap vermek kolaydır ama ilginç değildir.”*

(J.Bentham, 1789, s. 152)

ÖZET

Bu makalede Jeremy Bentham'ın öncelikle genel anlamda hukukla ve sonrasında uluslararası hukukla ilgili düşünceleri analiz edilerek, “hukukun uygarlaştırıcı bir güç” olarak toplumsal sistemler içindeki rolüne dair düşünceleri ele alınmaktadır. Makale, Bentham'ın uluslararası ilişkilerde hukukun rolüne dair utilitarist (faydacı) etik bağlamındaki özgün bakış açısını inceleyerek bu yaklaşımın günümüz uluslararası hukukuyla nasıl ilişkilendirildiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, Bentham'ın önerilerinin uluslararası toplumun hukuki normlarını ve uygulamalarını şekillendirmedeki etkilerini değerlendirmektedir. Böylece, Bentham'ın düşüncelerinin günümüz uluslararası hukuku ve toplumunun anlayışına nasıl bir zemin oluşturduğu konusunda önemli bir perspektif sunmaktadır. Bu amaçla çalışmada ilk olarak Bentham'ın faydacılık felsefesi ve ilkelerini hukuk yapım sürecinde neden önemli bir ilkesel zemin olarak benimsediğine dair görüşlerine yer verilmiştir. Ardından uluslararası hukuka dair düşünceleri, uygarlaşmak ve hukuk arasındaki bağlantıya dair fikirleri incelenmiştir. Son olarak da uluslararası ceza hukukunun felsefi temellerine katkısı ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Bentham, Uluslararası Hukuk, Uluslararası İlişkiler, Uluslararası Ceza Hukuku, Hukuk Felsefesi.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1482102 - Geliş Tarihi: 10.05.2024 - Kabul Tarihi: 31.07.2024.

^(**) E-posta: ayumutlu.ajanda@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9500-5338>.

CAN LAW BE CIVILIZING? AN ANALYSIS OF BENTHAM'S THOUGHTS ON INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

This article analyzes Jeremy Bentham's thinking on law and specifically on international law, considering the role of "law as a civilizing force". The article examines Bentham's unique perspectives on the role of law in international relations and shows how these perspectives relate to contemporary international law. It also assesses the impact of Bentham's proposals on shaping the legal norms and practices of the international community. This analysis provides an important insight into how Bentham's thought underpins the understanding of contemporary international law and society. For this purpose, the study first examines Bentham's philosophy of utilitarianism and his views on why he adopted its principles as an important principle in the law-making process. Then, his thoughts on international law and his ideas on the connection between civilization and law are examined. Finally, his contribution to the philosophical foundations of international criminal law is presented.

Keywords

Bentham, International Law, International Relations, International Criminal Law, Law of Philosophy.

GİRİŞ

Hukukçu ve siyaset biliminde bir reformist olan Jeremy Bentham, modern faydacı geleneğin oluşmasında etkili bir isimdir. Kendisinden önce de faydacı felsefenin temel argümanlarını dile getiren düşünürler olmuştur fakat teoriyi sistematik biçimiyle ortaya koyan Bentham'dır. Üstelik faydacılık felsefesini, hukuk felsefesi ile politik ve sosyal gelişmenin önemli bir aracı haline getirdi¹. 1776'da yazdığı *Hükümet Üzerine Bir Fragman*'da hukukun yol gösterici ilkesi olarak faydacılık fikrinin savunucusu oldu. 1789'da yayınlanan *Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş* adlı eserinde, bir ceza hukuku teorisi geliştirmenin öncü adımı olarak faydacı teorinin temel unsurlarını detaylandırdı. Bu eser, ceza kanunu alanında üretilmiş utilitarist (faydacı) ilkelere dayanan kanunların bütüncül bir kanun kodeksi idi². Bentham'ın yazıları yasama alanına dair yaptığı çalışmaların etik, ontoloji, mantık gibi dallarından politik ekonomi, yargı idaresi, fakirlik yasaları reformu, hapisane reformu, ceza, polislik, eğitim, dini inançlar ve kurumlar, demokratik teori, hükümet ve idare, en nihayetinde ise uluslararası hukuka kadar genişlemişti³.

Bilindiği gibi Bentham'ın fikirlerini geliştirdiği dönem on sekizinci yüzyıl Avrupa aydınlanma sürecidir. Dönemin kabulleri nedeniyle 19. yüzyılda bilimsel içtihatların kapsamı oldukça genişlemişti⁴. Bentham bu bağlamda hukuk sistemine mantık ve ilkeleri çerçevesinden bakmanın değerine inanan bir düşünür olarak hareket etti. Bunun yanında hukuk teorilerinin analizinde ve derecelendirilmesinde (eylemlerin) *sonuçlarının* dikkate alınması gerektiğini düşündü.

¹ **Rosen, Frederick** (2004) "Bentham, Jeremy (1748-1832), Philosopher, Jurist, and Reformer", In Oxford Dictionary of National Biography, Oxford University Press.

² **Schofield, Philip** (2017) "Bentham, Jeremy", In The Wiley Blackwell Encyclopedia of Social Theory, John Wiley & Sons, Ltd., s. 1-3.

³ **Crimmins, James E.** (2023) "Jeremy Bentham", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/bentham/>> s.e.t. 20.1.2024.

⁴ **Heilbron, Johan/Magnusson, Lars/Wittrock, Björn** (1998) The Rise of The Social Sciences And The Formation of Modernity : Conceptual Change In Context, 1750-1850, KluwerAcademic Publishers.

Dolayısıyla hukuku analiz etmek için mantık ve akıl kavramlarını kullanarak hukuk çalışmalarına bilimsel bir bakış açısı getirmeyi amaçladığını ifade edebiliriz. Bu bağlamda bugünkü hukuki pozitivism anlayışının kurucu ismi Jeremy Bentham olarak düşünülmektedir. Böylece Bentham'ın faydacı felsefesi ve yasal reform önerileri İngiliz yasama tarihinde bir dönüm noktası oldu. Daha sonra analitik pozitivism teorisini kendisinden alan ve geliştiren John Austin, Bentham tarafından yetiştirilmiştir⁵.

Aslında Bentham aydınlanma dönemindeki anarşik safsatalara ve devrimlere karşıdır. Hatta İngiliz katı gelenekciliğine ve Avrupadaki otoriterliğe de karşı bir mücadelenin içindedir. Bunlardan uzak bir yaklaşımla faydacılık felsefesini ve bunun temel ilkelerine dayalı bir hukuk mevzuatı ile mevcut politikalarda tedrici reformlara yönelik fikirlerini geliştirir. *Tüm bu reformlar hukukun genel amaçlarıyla birlikte toplumları uygarlaştırıcı bir rolü de sağlamasını içermektedir*⁶. Bütün bu çabasındaki nihai hedefini, hükümetlerin ve yasa koyucuların en fazla sayıda insanın mutluluğunu sağlaması olarak savundu. Düşünceleri İngiliz hukukunun gelişiminde bireysellik anlayışı ve yasal reformlar üzerine oldukça etkili olmuştur⁷. Bu bakımdan da Jeremy Bentham çağdaş analitik hukukun önemli isimlerinden biri olarak kabul edilir. Yazıları, hukuku araştırmak ve kavramak için bir yöntem olarak analitik hukukun büyümesine ilham kaynağı olmuştur.

Bentham hayatı boyunca etrafında, filozoflardan oluşan arkadaşlar ve öğrenciler topladı. En yakın arkadaşlarından biri de kendisi gibi faydacı bir filozof olan John Stuart Mill'in babası James Mill idi. Ölümünden sonra arkadaşları

⁵ **Padovani, Andrea/Stein, Peter G./Lobban, Michael** (2015) "The Age Of Bentham And Austin", In A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Springer Netherlands, s. 411-441. Ayrıca Bkz: **Mill, John S./Bentham, Jeremy/Austin, John** (1962) Utilitarianism, On liberty, Essay on Bentham: Together with selected writings of Jeremy Bentham and John Austin, World Pub. Co.

⁶ **Ayres, Robert U.** (2023) "Bentham and Utilitarianism", In The History and Future of Economics, Springer International Publishing AG, s. 113-126.

⁷ **Cello, Lorenzo** (2021) "Jeremy Bentham's Vision of International Order", Cambridge Review of International Affairs, V. 34, N. 1, s. 46-64.

Bentham'ın düzenli olarak oluşturduğu ham metinleri yeniden ele aldı. Böylece, çalışmalarından *Yargı Kanıtlarının Gerekçeleri*'nin 5 cildi (1827), John Stuart Mill tarafından ve *Safsatalar Kitabı* (1824) Peregrine Bingham tarafından tamamlandı. Her ne kadar Bentham tüm hayatını insan mutluluğunu artırmak amacıyla insanın yaşam standardını ve hukukun üstünlüğünü geliştirmeye adanmış olsa da ironik bir şekilde, hukuk ve mevzuat üzerine çalışmaları, kendisi öldükten çok sonra, yaşamı boyunca olduğundan çok daha fazla övgü ve takdir aldı.

I. HUKUK ANLAYIŞI BAĞLAMINDA FAYDACILIK TEORİSİ

A. GENEL OLARAK

Bentham'ın faydacılık teorisi, eylemleri ve yasaları, en fazla sayıda insan için en büyük mutluluğu teşvik etme amacına göre değerlendiren bir ahlak teorisidir⁸. Faydacılığın temel ilkesi, insan eylemlerinin genel refahı veya mutluluğu en üst düzeye çıkarma hedefine göre değerlendirilmesi gerektiği fikrine dayanır⁹.

Bentham, doğası gereği tüm insan eylemlerinin amacının, hazzı takip etmek ve acıdan kaçınmak olduğunu, bu haz arayışı ve acıdan kaçınmanın tüm ahlaki karar almaların temeli olduğunu iddia etti¹⁰. Belirli bir eylem veya yasanın yarattığı haz veya acının miktarını ölçmeye çalışsan, “hazcılık hesabı (hedonistic calculus)” adı verilen bir ölçüm sistemi geliştirdi¹¹. Bentham'a göre bu hesap, bir eylemin veya yasanın ahlâkî yönünü değerlendirirken yedi faktörü dikkate alır: *yoğunluk, süre, kesinlik, yakınlık veya uzaklık, verimlilik, saflık ve kapsam*. Bu

⁸ **Bentham, Jeremy** (1789) *An Introduction To The Principles Of Morals And Legislation*, Printed in the year 1780, and now first published, By Jeremy Bentham, of Lincoln's Inn, Esquire, printed for T. Payne, and Son, at the Mews Gate, s. 121.

⁹ **Bentham, Jeremy** (1776) *A fragment on government : being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*. E. Wilson, s. 29; **Mill**, 1961.

¹⁰ **Bentham** (1776), s. 12, 27, 55.

¹¹ **Bentham** (1789), s. 22-24.

faktörler, eylemlerin ve yasaların ahlakiliğini değerlendirmenin sistematik ve nesnel bir yolunu sağlamayı amaçlamaktadır¹². Her bir faktöre karşılık şu sorular sorulabilir:

- Yoğunluk --Haz veya acı ne kadar yoğun?
- Süre --Haz veya acı ne kadar sürer?
- Kesinlik -Haz veya acının gerçekleşme olasılığı nedir?
- Yakınlık (veya uzaklık) --Haz veya acı ne kadar uzakta?
- Verimlilik --Hazzın başka hazlara yol açma olasılığı nedir?
- Safılık --Acının başka acılara yol açma olasılığı nedir?
- Kapsam --Hazdan kaç kişi etkilenir?¹³

Dolayısıyla hedonistik hesabın, ahlaki açıdan zor bir durumda nasıl hareket edeceği konusunda bireye bir karar prosedürü sağlaması beklenir. Bir ideal olarak bu yöntem, alternatif eylem yollarını değerlendirmek için hangi eylemin en iyi neticeye sahip olduğunu ve dolayısıyla doğru olduğunu belirleyecektir¹⁴. Bentham bu hesabın ceza hukuku reformu için de kullanılabileceğini savunmuştur. Ona göre belirli türde bir suç söz konusu olduğunda, bunun önlenmesi için gerekli asgari cezanın hesaplanması böylece mümkün olabilecekti.

Bentham'ın teorisi, toplum olarak korunması gereken ortak çıkarlar olmasına rağmen, tüm bireylerin aynı çıkarlara tek tek sahip olmadığını belirtir. Bu

¹² **Strauss, Loe** (2022) "The Hedonistic Calculus and the Problem of Courage" (356c- 359c), In Leo Strauss on Plato's "Protagoras", University of Chicago Press, s. 380-404; **Baujard, Antoinette** (2009) "A Return to Bentham's Felicific Calculus: From Moral Welfarism to Technical Non-Welfarism" The European Journal of the History of Economic Thought, V. 16, N. 3, s. 431-53.

¹³ Ayrıca bkz: **Sundem, Garth** (2009) If It Feels Good, Do It: Jeremy Bentham's Hedonistic Calculus, In The Geeks' Guide to World Domination, Crown/Archetype.

¹⁴ **Archambeault, William G.** (1979) Evaluating The Utility Of The Deterrent Residual In Predicting Deterrent Outcomes In A Self-Report Study: A Comparative Analysis Of The Beccarian And Benthamite Models Of Deterrence Theory, ProQuest Dissertations Publishing.

nedenle Bentham, yasadışı bir eylem için herhangi bir caydırıcılık ölçümünde farklı acı-zevk algılarının hesaba katılması gerektiğini ve caydırıcı bir etkinin mantıksal olarak ancak algılanan cezanın büyüklüğünün, suçla etkileşimden beklenen hazdan daha büyük olması durumunda ortaya çıkmasının beklenebileceğini ileri sürdü¹⁵. Ona göre, suçlularda karar almayı etkileyen birinci faktör amaçlarına ulaşma olasılıkları hakkındaki inançlarıdır. Bu, potansiyel bir suçlunun, başarı olasılığının yüksek olduğuna inandığı küçük bir “ödül” için de hareket edebileceği anlamına gelir. Öte yandan, büyük bir ödül için küçük bir şans da tercih edebilir. Ancak her iki durumda da başarı olasılığı hakkındaki inançları karar verme sürecini şekillendirmektedir¹⁶.

Karar almayı etkileyen bir başka psikolojik faktör, Bentham'ın *yakınlık* dediği, yukarıda bahsettiğimiz hedonistik hesaptaki unsur yani *zamandaki yakınlığı* kastettiği durumdur. Kişinin kararları üzerinde bir zevkin veya acının zamanlamasına ilişkin inançlarının önemli bir etkiye sahip olabileceğini düşünmüştür¹⁷. Potansiyel suçluların karar vermesinde cezada indirim ve başkaca olasılıkların rolü de önemlidir çünkü suç işlemekle elde edeceği ödülleri genellikle suçu gerçekleştirirken elde edilebilecektir ancak cezanın acılarını hesap etmek söz konusu olduğunda, buna düşük bir olasılık olarak bakabilir veya çok daha sonra gelecek yani uzak bir ihtimal olarak varsayabilir. Bentham, potansiyel suçluların bu inanç ve tutumlara sahip olması durumunda, caydırıcılığın oluşması için bir tehdit unsuru olarak cezanın şiddetinin arttırılması gerektiğini savundu¹⁸.

Ahlak felsefesinin, bireyin herhangi bir davranışa karar verme aşamasında seçeneklerini değerlendirmesi ve tercihini belirleyen nedir veya ne olmalıdır? sorgulamasına Bentham, bir kişinin gerçekleştirmesi gereken ahlaki açıdan doğru eylemin, seçenekleri arasında en fazla mutluluğu üreten eylem olması gerektiğini ileri

¹⁵ **Quinn, Michael** (2014) Bentham on Mensuration: Calculation and Moral Reasoning, *Utilitas*, V. 26, N. 1, s. 61-104.

¹⁶ **Bentham** (1789), s. 84.

¹⁷ **Bentham** (1789), s. 32.

¹⁸ **Bentham** (1789), s. 98.

sürdü. Buna göre, yanlış bir eylem, kişinin o anda üretmesi mümkün olan mutluluktan daha azını üreten eylemdir. Bentham'ın doğru eyleme ilişkin felsefi açıklaması, hazcı içsel değer teorisi olarak adlandırılan unsurlara dayanmaktadır¹⁹.

İçsel değerın iki türü vardır: içsel iyilik ve içsel kötülük.

(i) Özünde iyi olan tek şey hazdır;

(ii) Aslında kötü olan tek şey acıdır²⁰.

Bentham, hazzın yanı sıra (zenginlik ve sağlık gibi) pek çok şeyin iyi olduğu kabul edilirken, ancak özünde iyi olmadığını düşünmüştür. Onların iyiliği *araçsaldır*. Bu demek oluyor ki, bu araçsal nitelikte olanlar iyidirler çünkü haz üretmeye eğilimlidirler veya ağrıyı azaltma ya da oluşmasını engelleme eğiliminde oldukları için iyidirler. Acının yanı sıra (yoksulluk ve hastalık gibi) pek çok durumun da kötü olsa da, ancak özünde kötü değildir. Araçsal olarak kötüdürler, çünkü acı üretmeye eğilimlidirler veya hazzı azaltma ya da gerçekleşmesini engelleme eğiliminde oldukları için kötüdürler²¹.

Bentham'ın eylem faydacılığının, bir failin seçeceği doğru eylemin, en fazla mutluluğu üretecek olan eylem olması gerektiğini ileri sürdüğünü söylemiştik. Ancak Bentham'ın içsel değer hakkındaki düşüncesi hakkında biraz daha açıklama gerekebilir. Şöyle ki, haz ona göre aynı zamanda toplumsal bir fayda üretir ve bir eylem ne kadar çok faydaya sebep olursa sonuç da o kadar iyi olur. Bu bağlamda Bentham bir cezanın sebep olacağı acının, önlediği daha büyük ve toplumsal acılardan yeterince ağır bastığı durumlar olabildiği için bu durumlarda cezanın kesinlikle doğru olduğuna inanmıştır²².

¹⁹ **Bentham** (1789), s. 98; ayrıca bkz: **Feldman, Fred** (2004) *Pleasure and the Good Life: Concerning the Nature, Varieties, and Plausibility of Hedonism*, 1st edition, Clarendon Press.

²⁰ **Bentham** (1789), s. 51.

²¹ **Bentham** (1789), s. 25, 31-32, 55, 65; **Marciniak, Angela** (2017) "Prevention of Evil, Production of Good": Jeremy Bentham's Indirect Legislation and Its Contribution to a New Theory of Prevention", *History of European Ideas*, V. 43, N. 1, s. 83-105.

²² **Bentham** (1789), s. 101.

Bu nedenle Bentham, faydacı hesaplamaların hem mağdurların hem de suçluların haz ve acılarını hesaba katabileceğini savundu. Ona göre, suçlunun herhangi bir birey gibi toplumun bir üyesi olduğu da unutulmamalıdır ve başkalarının çıkarları kadar onun da çıkarlarına yönelik düzenlemeler yapılması için pek çok neden vardır. Çünkü onun refahı, görece toplumun refahıdır; toplumun acı çekmesi onun da acısıdır. Bu nedenle de suçlunun çıkarlarının kısmen toplumun geri kalanının çıkarlarına feda edilmesi doğru olabilir ancak tamamen göz ardı edilmesi asla doğru olamaz²³. Bentham, aslında herhangi bir faydacı yasa koyucunun, eylemlerin araçsal değerine ilişkin kesin niteliklerde hesaplamalar yapabileceğini düşünmemektedir. Ancak öldürme veya çalma gibi eylemlerin olumsuz değerinin en azından tahmin edilebilmesi nedeniyle genellikle makul tahminlerin yapılabileceğini savundu²⁴.

Bu nedenle de faydacı bir ceza hukuku sisteminin amacı, Bentham'ın terminolojisine göre yanlış eylemlerin sayısını azaltmak olacaktır. Çünkü eğer bir hukuk sistemi zararlı eylemlerin sayısını azaltırsa, toplumdaki mutluluk miktarının ve dolayısıyla içsel değer miktarının artması muhtemeldir, diyebiliriz. Bu nedenle Bentham *Principles of Morals and Legislation* eserinde, ahlak ilkelerini ve psikolojik teorileri bir araya getirdi ve suçluların ne derece ağır şekilde cezalandırılması gerektiği konusunu bu bağlamda ele aldı. Dolayısıyla Bentham'ın suç azaltma stratejisi, çağdaş hukuktaki *caydırıcılık* dediğimiz niteliğe tekabül etmektedir. Yasa, suçluların cezalandırılacağını duyurur ve böylece potansiyel suçluların karar verme mekanizmalarına etki etme ve hatta değiştirme görevi görür. Cezalar iyi tasarlandığında, potansiyel suçlular bu cezalara maruz kalma riskine girmemeyi seçecek ve ortaya çıkarabilecekleri zarar önlenmiş olacaktır. Bu nedenle caydırıcılık, acı veren veya hazzı azaltan olayların meydana gelmesini önleyecek araçsal bir değere sahiptir²⁵.

Bentham, caydırıcılık için yalnızca cezaların duyurulmasının değil, aynı zamanda bir kişinin yasayı ihlal etmesi durumunda uygulanmasının da elbetteki

²³ **Bentham** (1789), s. 152.

²⁴ **Bentham** (1789), s. 84.

²⁵ **Bentham** (1789), s. 85, 95.

gerekli olduğunu savundu. Caydırıcı cezalar sistemi, potansiyel suçluları, suç işlemleri halinde acı verici sonuçlarla tehdit eder; suç işledikleri tespit edilirse de tehdidini gerçekleştirir. İdeal durumda, tehditler mükemmel bir şekilde tasarlanmış olmalı ve hiç kimse kanunları ihlal etmemelidir²⁶. Bu nedenle faydacı bir ceza hukuku sisteminin amacının, suç miktarını veya kötü niyetli eylemlerin sayısını azaltmak olacağını belirtmiştik. Ancak faydacılık, caydırıcı cezaların ne kadar ağır veya hafif olabileceğine dair kısıtlamalar da öngörür. Yani bir ceza, potansiyel suçluları caydırarak yanlış davranışın miktarını azaltsa bile, iki farklı şekilde yanlış olduğu iddia edilebilir. Örneğin ceza fazla hoşgörülü olabilir: Eğer daha şiddetli olsaydı, daha fazla yanlış yapmayı önleyebilir ve dolayısıyla daha fazla genel mutluluk yaratabilirdi. İkinci ihtimal ise ceza çok ağır olabilir. Eğer daha hoşgörülü olsaydı, daha fazla genel mutluluğa hizmet edebilir. Dolayısıyla Bentham'ın bazı caydırıcı cezaların çok ağır olması halinde bu tür cezaları *faydasız* olarak nitelendirdiğini söyleyebiliriz²⁷. Ona göre, böyle bir cezanın yaratacağı fitne, engellediğinden daha büyük olur. Hüküm giymiş bir suçlunun cezasının uygunluk derecesine karar veren faydacı bir yargıç düşünecek olursak böyle bir yargıcın teorik olarak, toplumdaki herkes (suçlu dahil) için en genel mutluluğu cezalardaki hangi şiddet düzeyinin üreteceğini belirlemeye çalışması gerekmektedir²⁸.

Ayrıca Bentham cezanın iki etkisine odaklanır: cezalandırılan suçlunun yaşadığı acı ve gelecekteki olası suç mağdurlarının acısının önlenmesi. Faydacı bir yargıcın ceza kararları vermesine yardımcı olacak bir dizi kuralı bu amaçla tartıştı. Bu nedenle de daha fazla fitneye sebep olan suçlar, ona göre daha ağır cezalar gerektirir²⁹. Yine bu bakımdan, cinayetin cezası, araba çalmanın cezasından daha ağır olmalıdır. Elbette, bir kişinin hayatını kaybetmesi, toplumdaki mutluluk miktarında, bir bireyin arabasının kaybından daha büyük bir azalmayı tem-

²⁶ **Draper, Anthony J.** (2002) "An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment", *Journal of Bentham Studies*, V. 5, N. 1, s. 1-17.

²⁷ **Bentham** (1789), s. 95.

²⁸ **Ferraro, Francesco** (2013) "Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of Judges", *Utilitas*, V. 25, N. 2, s. 140-60.

²⁹ **Bentham** (1789), s. 147, 153, 156.

sil eder. Fakat faydacı bir yargıcın yalnızca belirli bir suç türünün ne kadar zarara yol açtığını değil, aynı zamanda farklı şiddet seviyelerindeki cezaların kaç suçu önleyeceğini de dikkate alması gerekir³⁰.

Bentham, burada bizden iki cezanın genel olarak toplumdaki mutluluk miktarı (veya içsel değeri) üzerindeki etkilerini karşılaştırmamızı istemektedir. Dolayısıyla, faydacılık bir ideal olarak hafif veya ağır ceza seçeneklerinin ve cezanın kendisinin insanların mutluluğu üzerinde yaratacağı etkilerini bu boyutlarıyla dikkate alınmasını gerektirir: Örneğin, çeşitli yaptırım seçeneklerinin vergi mükelleflerine maliyeti, mağdurların ve suçluların aileleri üzerindeki etkileri³¹. Cezaların sağladığı caydırıcılık miktarları için en azından yaklaşık sayısal değerlere sahip olmaları gerekecektir.

Görüldüğü gibi Bentham dört ana hedefe ulaşarak toplumun mutluluğunu sağlamayı arzulamaktadır. Hukuk mevzuatının amacı ekonomik anlamda refahı, toplumsal kaynaklarda bolluğu sağlamak, eşitliği gözetmek ve güvenliği sağlamak olmalıdır³². Fakat itibarın, zenginliğin ve sosyal statünün korunmasıyla bağlantılı olduğu için yasal kontrolün bu dört hedefi arasında *güvenlik* en önemlisidir³³. Üstelik ona göre hukuki kontrolün temel amacı özgürlük değil, güvenlik ve eşitlik olmalıdır³⁴.

Bentham, tüm yasaların faydacılığın etik ilkelerine göre değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Çünkü faydacılık etiğine göre faydacı olmak, öncelikle bir psikolojik egoist olmak yani temel insan davranışlarına ilişkin belirli bir görüş sahibi olmak, bununla birlikte kamu siyasetinin, bireysel yararın ortak yararlarla uyumluluğunu ve sürekliliğini göz önünde bulundurarak, en yüksek sayıda birey için en fazla faydayı sağlamaya çalışmak ilkesine bağlılık ve bireylerin kendi çıkarlarıyla toplumdaki ortak yararı nasıl özdeşleştirebileceğini açıklayabil-

³⁰ Bentham (1789), s. 81.

³¹ Bentham (1789), s. 87-89, 35.

³² Bentham (1789), s. 139.

³³ Bentham (1789), s. 111.

³⁴ Bentham (1789), s. 13; Burns, James H. (2005) "Happiness and Utility: Jeremy Bentham's Equation", *Utilitas*, V. 17, N. 1, s. 46-61.

mek demektir³⁵. Bentham'a göre, bir yasanın iyi ya da kötü olması, toplumun genel mutluluğunu artırıp artırmadığına bağlı olması gerektiği buraya kadarki kısımda açıklanmış oldu³⁶. Bentham'ın bu kapsamdaki faydacılık prensipleri hukuk biliminde, bugüne kadar içtihat hukuk teorileri ve yasa koyucuların bu teoriler hakkında bilgilendirilmesi kapsamında kalıcı bir etki oluşturmayı başarmış teorik bir temeli oluşturduğunu ifade edebiliriz³⁷.

Hukuk teorilerinin temel ilkeleri kastedildiğinde özellikle de İngiliz hukukunun yeni yasalarını düzenlemek için yargıç uygulamalarını bir hukuk yöntemi olarak benimsediği *Common Law* uygulamaları içtihatlar sistemi olarak adlandırılır³⁸. Dolayısıyla Bentham, içtihatların nasıl uygulanması gerektiğine dair de fikirlerini ortaya koymuştur. İchtihatları *açıklayıcı* ve *normatif* (veya *kural koyucu*, *kısıtlayıcı*) *ıchtihat* olarak ikiye ayırmayı tercih etmiştir³⁹. Açıklayıcı veya analitik içtihat, ahlaki veya ahlak dışı niteliğine bakılmaksızın hukuk yapımıyla ilgilidir. Öte yandan *normatif içtihat*, yasa bilimiyle, yani hukukun ne olması gerektiğiyle ilgilidir. Kısaca *açıklayıcı içtihatın* işlevi hukukun ne olduğunu tespit etmek, *normatif içtihatın* işlevi ise hukukun ne olması gerektiğini tespit etmektir⁴⁰. En nihayetinde Jeremy Bentham bir pozitivist düşünür olarak, hukuku bir devlette hükümdar tarafından tasarlanan veya benimsenen bir iradeyi beyan eden, belirli bir kişi veya kişiler sınıfı tarafından somut bir davada gözlemlenecek davranışa ilişkin işaretler topluluğu olarak açıkladığını görüyoruz⁴¹.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Bentham, faydacılığın temel ilkelerini çok çeşitli sosyal ve politik meselelere uyguladı; hapishane reformu, yasal düzenleme ve

³⁵ Sverdlik, Steven (2023) Bentham's An Introduction to the Principles of Morals and Legislation: A Guide, 1st edition, Oxford University Press.

³⁶ Bentham (1789), s. 61, 63.

³⁷ Bentham (1789), s. 70, 74.

³⁸ Hovell, Devika (2023) "The 'Common Law Method': British Approaches to the Development of International Law", British Yearbook of International Law.

³⁹ Bentham (1789), s. 149.

⁴⁰ Bentham/Everett (editör), (1945), s. 53.

⁴¹ Bentham (1789), s. 152- 155.

ölüm cezasının kaldırılması gibi reformları savundu⁴². İngiltere'de kamu politikası ve yönetim alanları da böylece Bentham'ın fayda temelli felsefesine dahil olmuştur. Topluma mümkün olduğu kadar faydalı olacak kurumların ve yasaların oluşturulması gerektiğini düşündü⁴³. Genel olarak argümanlarının, eşit hakların geliştirilmesini, kaynakların adil bir şekilde dağıtılmasını sağlamayı ve insanların çoğunluğunu mümkün olduğunca mutlu edecek koşulları oluşturmayı içerdiği görülür⁴⁴. Bentham'ın faydacılığının zevk ve acının ölçülmesine ve birleştirilmesine güçlü bir vurgu yaptığını fark etmek önemlidir. Bentham'ın fayda teorisinin mühim bir etkiye sahip olmasına rağmen, daha sonraki filozoflar ve entelektüeller tarafından yapılan eleştiriler ve düzenlemeler faydacı ideolojiyi geliştirmiştir. Böylece Bentham da bireysel ve toplumsal mutluluk arasında çatışmalar olabileceğini kabul etmiştir. Bu eleştiriler, sonraki dönem faydacı filozofların hukuka katkıları niteliğinde ayrı bir yazının konusu olabilir. Ancak Bentham eleştiriler sonrası dönemde, bireylerin, toplumun daha büyük iyiliği için bireysel mutluluklarını feda etmeye istekli olmaları gerektiğini de savunmuştur.

B. FAYDACILIK BAĞLAMINDA ADALET

Bentham'a göre adalet, mümkün olduğu kadar çok bireyin mutluluğunu en üst düzeye çıkarmak için oluşturulmuş bir sosyal yapıdır. Bu nedenle Bentham, eylemlerin mutluluğu artırma ve acıyı azaltma kapasitelerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirten fayda ilkesinin adaletin temeli olması gerektiğini vurguladı. Hukuk sisteminin amacının insanların genel refahını ve mutluluğunu teşvik ederek adil bir toplum yaratmak olduğuna inanmıştır⁴⁵. Hukuk sisteminin, sadece yanlış yapanları cezalandırmak yerine, zararı önleyecek ve olumlu sonuçları teşvik edecek şekilde

⁴² **Bentham** (1789), s. 97; **Yıldız, Elif Çağla** (2016) "Jeremy Bentham'ın İdam Cezasına Yaklaşımı", Hukuk Felsefesi Arkivi, s. 428-431.

⁴³ **Bentham** (1776), s. 12, 69.

⁴⁴ **Hollander, Samuel** (2020) "Bentham, Utilitarian Ethics and Distributive Justice" A History of Utilitarian Ethics, 1st edition, Routledge, s. 215-36.

⁴⁵ **Kelly, Paul. J.** (1989) "Utilitarianism and Distributive Justice: The Civil Law and the Foundations of Bentham's Economic Thought", Utilitas, V. 1, N. 1, s. 62-81.

tasarlanması gerektiğini savundu. Bentham ayrıca adaletin tarafsız ve objektif olması gerektiğini ve hukukun, sosyal statüleri veya konumları ne olursa olsun tüm bireylere eşit şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁶. Yetkililerin keyfi güç kullanmasını eleştirerek, hukuk sisteminin tutarlı bir şekilde uygulanan açık, nesnel kurallara dayanması gerektiğini vurguladı⁴⁷.

Dolayısıyla Bentham adaletin genel refahı teşvik eden ve zararı önleyen objektif ilkelere dayanması ve hukuk sisteminin bu hedeflere tarafsız ve tutarlı bir şekilde ulaşacak şekilde tasarlanması fikrini savunmuştur⁴⁸. Açıkcası onun düşüncesinde faydacılık ilkesi, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi çok sayıda insana dayanılmaz acı ve mutsuzluk veren suçları konu alan uluslararası hukuk dalının da temelini oluşturuyor⁴⁹. Bunlar, doğası gereği insan topluluklarının refahına ve hatta varlığına saldıran suçlardır. Bu suçlar aynı zamanda dünya toplumunun daha fazla acı ve mutsuzluğa yol açmasına, çatışmaların tırmanmasına, daha geniş güvenlik risklerine, insani krize vb. yol açma potansiyeline de sahiptir⁵⁰.

Bu nedenle, faydacı önermelere dayanarak, bu tür soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi suçların sorumluluğunu taşıyan veya işleyenlerin kovuşturulması ve cezalandırılması şeklinde acı çektirmek için geniş bir hukuk alanına ihtiyaç vardır. Temel motivasyon bu tür suçların gelecekte tekrar işlenmesini önlemek olacaktır; nihai amaç ise bu tür suçların tamamen ortadan kaldırılmasıdır⁵¹. Hukukun bu tür suçların önlenmesinde veya ortadan kaldırılma-

⁴⁶ Bentham (1776), s. 38.

⁴⁷ Schofield, Philip/Tasioulas, John/Albrecht, Kristin (n.d.) Bentham, Jeremy: On Justice. In Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy, Springer Netherlands, s. 259-264.

⁴⁸ Bentham (1776), s. 26, 63, 72.

⁴⁹ Schofield, Philip (2013) "The Legal and Political Legacy of Jeremy Bentham", Annual Review of Law and Social Science, V. 9, N. 1, s. 51-70.

⁵⁰ Pitts, Jennifer (2003) "Legislator of the World? A Rereading of Bentham on Colonies", Political Theory, V. 31, N. 2, s. 200-234.

⁵¹ Kaino, Michihiro (2022) "Bentham as a Theorist of the Rule of Law and His Idea of Universal Interest", Ratio Juris, V. 35, N. 1, s. 55-70.

sında etkili olup olmadığını sorgulayan Bentham, geniş bir yelpazede argüman ve bakış açısı sunmaktadır. Ceza hukuku da dahil olmak üzere hukukun uygarlaştırıcı işlevleri hakkında böylece bütüncül hukuk anlayışına dair fikirleri içinde yer vermektedir⁵². Ancak kendisi, yasanın bu tür işlevleri yerine getirebilmesi için karşılaması gereken bir dizi koşulun bulunduğu konusunda da uyarmıştır⁵³. Ona göre, mevzuat, genel mutluluğu en üst düzeye çıkaracak şekilde iyi tasarlanmalı ve sağlam ilkelere dayanmalıdır; kurumlar, yolsuzluk ve diğer olumsuz uygulamalarla mücadele edecek mekanizmaların olması gerektiği dikkate alınarak yeniden tasarlanmalıdır. Gecikmelerin ve yüksek masrafların önlenmesi için araştırma ve yargılamaların etkin bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir⁵⁴.

Buraya kadar Bentham'ın fikirlerinin modern ceza adaleti sistemlerinin gelişimini etkilediği yönlerden öncelikli olarak cezanın amacına yönelik söylemine faydacı etik ve adalet açısından baktık. Anlaşıyor ki, Bentham, cezanın amacının intikam almaktan ziyade suç davranışını caydırmak ve toplumu korumak olması gerektiğine inanmaktaydı. Bu nedenle cezaların işlenen suçun ciddiyeti ile orantılı olması ve tekrar suç işleme olasılığı gibi faktörlerin dikkate alınması gerektiğini savundu⁵⁵. Ayrıca Bentham, rehabilitasyonun ceza adaleti sisteminin önemli bir bileşeni olması gerektiğini de vurgulamaktadır. Dolayısıyla suçlulara, topluma yeniden entegre olmalarına ve gelecekte suç teşkil edecek davranışlarından kaçınmalarına yardımcı olacak eğitim ve öğretim sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu fikirleri, genellikle suçlulara yönelik eğitimsel ve mesleki programları içeren modern ıslah sistemlerinin gelişimini etkilemiştir⁵⁶. Bununla bir-

⁵² **Bentham** (1776), s. 43-54; **Bentham** (1789), s. 153.

⁵³ **De Champs, Emmanuelle** (2011) "Constitution And The Code: Jeremy Bentham On The Limits Of The Constitutional Branch Of Jurisprudence: Jeremy Bentham's Theory Today", *The Tocqueville Review*, V. 32, N. 1, s. 21-42.

⁵⁴ **Bentham** (1776), s. 54-59; ayrıca bkz **Dinwiddy, John R.** (1989) "Bentham on Invention in Legislation", *Enlightenment and Dissent*, N. 8, s. 25.

⁵⁵ **Rossmo, D. Kim/Summers, Lucia** (2021) "Bentham and the Philosophical Nature of Preventive Policing", *International Criminal Justice Review*, V. 31, N. 3, s. 263-265.

⁵⁶ **Bentham** (1789), s. 39-41; **Weinreich, Spencer J.** (2021) "Panopticon, Inc.: Jeremy Bentham, Contract Management, and (Neo) Liberal Penalty", *Punishment & Society*, V. 23, N. 4, s. 497-514.

likte Bentham, önlemenin ceza adaletinin çok önemli bir yönü olduğunu savunmuştur. Suç oranlarını azaltmak için polis varlığının artırılması ve suç önleme programları gibi tedbirlerin gerekli olduğunu vurguladı. Bu fikirleri ile de, modern suç önleme stratejilerinin gelişimine katkıda bulunmuştur⁵⁷.

C. FAYDACILIK EKSENİNDE SUÇ TÜRLERİ, HUKUKİ SÜREÇLER VE HAKSIZ FİİL

1. Suç Türleri

Bentham faydacı önermelere dayanarak suçların ayrıntılı bir sınıflandırmasını sunmaktadır. Amacı suç tanım ve sınıflandırmasını faydacı bir ceza teorisine uygun olarak inşa etmektir. Bentham suç tanımlamalarına ilişkin dört ana kategori oluşturur. Bunlar; (i) özel suçlar; (ii) yarı kamusal suçlar; (iii) kişisel suçlar ve (iv) kamusal suçlar. Kategoriler farklı zarar türlerine ve bunların nasıl ortaya çıktığına karşılık oluşturulmuştur⁵⁸. Özel suçlar, bir kişinin bir veya daha fazla kimliği belirlenebilir kişiye zarar vermesini içerir. Zarar, diğer kişinin vücuduna (fiziksel saldırıda olduğu gibi) veya zihnine (şiddet veya taciz tehdidinde olduğu gibi) karşı yapılabilir. Diğer zarar türleri arasında, bir kişinin malına zarar vermek veya onu çalmak ya da örneğin onun sabıkalı olduğu gibi yalan bir iddia ile itibarına zarar vermek yer alır. Özel suçlar en bilinen suç türlerini içerir: cinayet, tecavüz ve hırsızlık⁵⁹. Yarı kamusal suçlar, sınırlı insan gruplarına zarar verme riski taşır. Bunlar, patlayıcıları güvenli bir şekilde kullanmamak gibi dikkatsiz eylemlerin yanı sıra, örneğin etkisiz ilaçların satılması yoluyla bilerek risk oluşturmayı da içerir⁶⁰. Kişinin kendini ilgilendiren suçlar, kişinin kendine zarar vermesini içerir ve dört kategoriden en ilginç olanıdır. Bentham, o zamanlar İngiltere’de ve başka yerlerde tanınan, kendini ilgilendiren suçların birçoğunun, bunları gerçekleştiren bireylere gerçekten zarar verip vermediği konusunda

⁵⁷ **Bentham** (1789), s. 111-134; **Scott, Jacques** (2021) “The Story of Jeremy Bentham on Police: Bridging the Bentham Project to Criminology”, In *Jeremy Bentham on Police*, UCL Press, s. 3.

⁵⁸ **Bentham** (1789), s. 110.

⁵⁹ **Bentham** (1789), s. 139.

⁶⁰ **Bentham** (1789), s. 141.

büyük şüphelerini dile getirmiştir. şüphecidir çünkü insanların genel olarak onlara neyin zevk verdiğini bildiğine inanmaktaydı. Dolayısıyla, ona göre, yasa koyucular bir eylemi, onu gerçekleştiren kişilere zarar verdiği gerekçesiyle yasaklıyorsa, yasa koyucuların yanılma olasılığı yüksektir ve aslında onlara zarar vermemektedir. Bentham, diğer eylem türlerinin yanı sıra intihar, sarhoşluk ve kumardan, kişinin kendisiyle ilgili olası suçlara örnek olarak bahsetmiştir. Ayrıca kamu suçları, tüm topluma zarar verme riski taşıyan eylemleri içermektedir. Bentham, vergi kaçakçılığı, kamu görevlilerine rüşvet ve vatana ihanet dahil olmak üzere hükümetin operasyonlarını etkileyen eylemlere de yer verdi⁶¹.

Öte yandan Bentham'ın faydacı ceza kanunu projesi, birçok olası suçtan hangerinin fiilen yasal olarak yasaklanması gerektiğinin belirlenmesi, bu suçların kesin hukuki tanımlarının verilmesi ya da bu tür suçları işleyenlere verilecek cezaların belirtilmesi gibi çok önemli bazı hususları düzenlemekte yetersiz kalmıştır.

Sadece yaptığı “Suç Türleri”nde açıklanan bir eylem türünün suç olarak tanımlanıp tanımlanamayacağını belirlemeye yönelik faydacı bir yaklaşımın en az iki adım içermesini önermektedir. İlk olarak, bu tür bir eylemin genel olarak fesda yol açıp açmadığının belirlenmesi gerekir⁶². Bentham, öldürme gibi bir eylem için bunun kolay olacağını düşünür. Ancak vergi kaçakçılığı gibi, fesatlığı incelikli ve bazen de belirsiz olan bir eylem için bu kolay olmayacaktır. İkinci adım, genel olarak zararlı olduğu tespit edilen eylemlerle ilgilidir. Daha sonra bu tür eylemleri cezalandırmanın faydalı olup olmadığını belirlemek gerekir. Ancak bu aynı zamanda bu tür bir eylemin cezalandırılmasının gerekip gerekmediğini belirlemeye de yardımcı olacaktır⁶³. Bir eylem türünün her iki fayda testini de geçtiğini varsayarsak, suçun kesin ve net bir tanımını yapmak gerekli olacaktır. Bunun önemli bir nedeni caydırıcılığın daha iyi sağlanmasıdır. İnsanların yasak olduğunu bildikleri eylemleri yapmaktan kaçınma olasılıkları daha yüksektir. Bir diğer nokta da, bir eylem türü genel olarak zararlı olsa bile, öyle olmayan örneklerin de olabileceğidir. Bentham, “bazı durumlarda bir insanı öldürmenin bile toplumsal olarak

⁶¹ **Bentham** (1789), s. 141- 42.

⁶² **Bentham** (1789), s. 112.

⁶³ **Bentham** (1789), s. 108-119.

yararlı bir eylem olabileceğini” vurguladı⁶⁴. Faydacılık genellikle bu tür durumlarda (örneğin meşru müdafaa durumunda) öldürme yasağına istisna getirilmesinden yanadır ve fakat bunların da açıkça belirtilmesi gerekir.

2. Hukuki Süreçler

Ayrıca Bentham ceza davalarında hukuk sürecinin önemine (toplumsal faydanın davaların mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasında gerçekleşeceği kabulünden hareketle) özellikle vurguda bulunur. Sanık durumundaki bireylerin adil yargılanma hakkına, hukuki temsil hakkına ve tarafsız bir jüri tarafından yargılanma hakkına sahip olması gerektiğini savunur⁶⁵. Bu fikirleriyle de adil yargılanmaların sağlaması için güvenceler sağlayan modern hukuk sistemlerinin gelişimine katkıda bulunmuştur⁶⁶. Mevzuatın ve uygulamanın reformu Benthama göre devam eden bir süreçtir. Reform çabaları çeşitli grupların çıkar temelli direnişine her zaman yol açmaktadır. İngilterede Bentham’ın bu görüşleri de başlangıçta oldukça radikal bulunmuş fakat zamanla etkili olmuştur. Bu nedenle, reformlara ve mevzuatın iyileştirilmesine olanak sağlayan koşulların nasıl oluşturulacağına ilişkin stratejik düşünce üretilebilmesi son derece önemlidir⁶⁷.

3. Haksız Fiil

Bentham’ın anglo sakson hukukun içtihat teorisi bağlamında haksız fiil hukukunda da çeşitli düzenlemeleri olmuştur. Örneğin Bentham, haksız fiil hukukunun amacının, haksız fiil işleyenleri cezalandırmaktan ziyade, başkalarının neden olduğu zararları tazmin etmek olması gerektiğini savunmuştur. Tazminatın tıbbi tedavi maliyeti ve kaybedilen ücretler gibi objektif kriterlere dayanması gerektiğini vurguladı⁶⁸. Bununla birlikte Bentham sorumluluğun kusura dayanması

⁶⁴ **Bentham** (1789), s. 46-64.

⁶⁵ **Bentham** (1789), s. 92-95, 148-149.

⁶⁶ **Polloczek, Dieter Paul** (1999) “Utilitarian Conscience and Legal Fictions in Bentham”, *Angelaki: Journal of Theoretical Humanities*, V. 4, N. 1, s. 81-98.

⁶⁷ **Li, Cheng** (2021) *Projecting Law Reform: Jeremy Bentham’s Networks in Hanoverian Britain, c1790-1830*, ProQuest Dissertations Publishing.

⁶⁸ **Bentham** (1789), s. 52, 93.

gerektiğine, yani bireylerin kendi ihmalleri veya kasıtlı eylemlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulması gerektiğine değindi⁶⁹. Ayrıca tazminatın davacının uğradığı zararla orantılı olması gerektiğini savundu. Bu fikirleri ile modern haksız fiil hukukunda sorumluluk ve zararlara ilişkin tartışmaları şekillendirmeye devam etmektedir. Bunun yanında Bentham zararın önlenmesinin önemini de belirtti. Bireylerin ve kuruluşların başkalarına zarar vermesini önlemek için makul adımlar atması gerektiğini ve bunun yapılmaması durumunda, ortaya çıkan zararlardan sorumlu olunabileceğini savundu⁷⁰. Bu fikir, başkalarına zarar vermemek için önleyici tedbirlerin alınmasının önemini ve bundaki toplumsal faydayı kabul eden modern haksız fiil hukukunun gelişimine katkıda bulunmuştur.

II. ULUSLARARASI HUKUK ANLAYIŞI

Bentham uluslar hukukunu ilk kez *Introduction to the Principles of Morals and Legislation (Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş)* adlı eserinde ele almış ve “Uluslararası” terimini kullanmıştır. Böylece “Uluslararası hukuk” kavramı ilk kez 1780 yılında Jeremy Bentham tarafından bu eserde kullanılmaya başlanılmış oldu ve sonra da İngilizce metinlerde yer aldı⁷¹. Bentham'ın kavramı “uluslararası” terimiyle ifade etmesinin sebebi, egemen devletlerin üstünde değil aralarında uygulanan bir “hukuk dalı” olmasından kaynaklanmaktadır. Daha sonra, konuyla ilgili diğer çalışmalarına kaynaklık eden *Commentaries on the Commentaries* adlı eserinde, geleneksel uluslar hukuku kavramına yönelik eleştirisini geliştirmiştir⁷². 1843'te John Bowring, *Bentham'ın Toplu Eserleri* baskısının ikinci cildinde “Uluslararası Hukukun İlkeleri” başlığı altında dört denemesini düzenleyip yayınlamıştır. Eserde “Eğer bir dünya vatandaşı evrensel bir uluslararası kanun hazırlamak zorunda kalsaydı, kendisine amaç olarak neyi benimserdi?

⁶⁹ Bentham (1789), s. 63.

⁷⁰ Bentham (1789), s. 139-141.

⁷¹ Oppenheim (1905) *International law : a treatise*, Longmans, Green, s. 1.

⁷² Bentham, Jeremy (1928) *A Comment on the Commentaries : a Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Laws of England / by Jeremy Bentham, Now First Printed from the Author's Manuscript, with Introduction and Notes / by Charles Warren Everett*, England: The Clarendon press, s. 36-37.

Bu, tüm ulusların ortak ve eşit yararı olurdu: bu onun (belirleyici) eğilimi ve görevi olurdu”⁷³ sorgulamasını görüyoruz.

Bentham öncelikle, tek bir ulusun vatandaşı olan belirli bir yasa koyucuya aynı zamanda tüm dünya için yasalar geliştirmesi yönünde güvenilirip güvenilemeyeceğini sorguladı. Bu ikilemi, ulusal çıkarlardan vazgeçilmesi gerektiğini savunarak çözmeye çalıştı: “Ama bir devletin hükümdarı, yabancıların menfaati için tebaasının çıkarlarını feda etmeli midir? Neden olmasın?”⁷⁴ demiştir. Üstelik Bentham, savaşı bir ulusun, başkaca bir ulusun zararına kendi haklarını kullanmaya çalıştığı bir tür prosedür olarak görmüştür. Savaşı önlemeye yönelik öneriler yani devlet tarafından oluşturulduğu kabul edilen yazılı olmayan yasaların kanunlaştırılmasına dair öneriler sundu⁷⁵. Bentham’a göre savaşlar, çatışmanın çeşitli nedenlerini daha sistemli bir şekilde ele alarak, bu tür kuralların bulunmadığı yerlerde yeni uluslararası kurallar geliştirerek ve yazılı olmayan gelenekleri açık hale getirerek önlenebilir. Üstelik Bentham, ulusal ve uluslararası hukuku faydacı çizgide reforma tabii tutabilmeyi de mümkün görüyordu⁷⁶.

Bilindiği gibi bir ülkenin iç yasaları, orada yaşayanlar arasında onlarla ilgili herhangi bir anlaşmazlık çıktığında bunları uygulayacak bir üst otoriteye her zaman sahiptir ancak uluslar anlaşmazlığa düştüğünde, onları herhangi bir sabit kurala uymaya zorlayacak böyle bir üst düzey tarafsız otorite yoktur. Uygur uluslar topluluğunun bundan sonra böyle bir mahkeme kurup kuramayacağı ayrı bir sorundur⁷⁷. Dolayısıyla, bir devletin iç hukukunda, ihtilafli davalarda her zaman az çok karar tekdüzeliğe yakın bir yaklaşım olduğu ve kararların gelecekteki eylemler için emsal teşkil edebileceği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, Bentham’a göre, uluslararası hukukun temeli olarak emsallere yapılan atıf yanılıcıdır

⁷³ **Bentham Jeremy/John Bowring** (1843), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh: London: W. Tait; Simpkin, Marshall.

⁷⁴ **Bentham/Bowring** (1843), s. 973.

⁷⁵ **Bentham/Bowring** (1843), s. 277-280.

⁷⁶ **Armitage, David** (2011) “Globalizing Jeremy Bentham”, *History of Political Thought*, V. 32, N. 1, s. 63-82.

⁷⁷ **Bentham** (1789), s. 150, 151.

ve ona dayanan hiçbir ilke adil olamaz. Böyle bakıldığında, hiçbir üst otoritenin olmadığı ve zaten gücü kötüye kullanabilecek olmakla suçlayabildiğimiz devletlerin sahası olarak kabul edildiğinde, “ne yapılması gerektiğini düşünmenin ne anlamı var?” sorusunun doğacağı muhakkaktır. Uluslararası hukukun doğru ilkelerini uygulayabilecek ulusal hukuktaki gibi resmi bir otorite olmasa da tüm bireylerin ve tüm ulusların davranışları üzerinde az ya da çok etkisi olan bir güç vardır, ki bu kamuoyunun gücüdür. Bu gücü doğru bir şekilde yönlendirmek için uluslararası hukukun kurallarının çerçevesi gerekmektedir⁷⁸.

Bentham, ceza hukukunun toplumun genel refahına ve olumlu gelişimine nasıl fayda sağlayabileceğini gösteren argümanlara bu amaçla yer verdi. Ona göre uluslararası ceza hukukunun daha fazla geliştirilebilmesi, daha fazla devlet tarafından tanınması ve bu alanın gelişimine katılması ile mümkündür. Bu nedenle Bentham'ın yasamayı etkileme çabasının bir başka yönü olarak, bir yasa düzenlemesi bir ülkede başarılı olması halinde, o ülkenin diğer devletlerdeki yasama için bir model oluşturabilmesini savundu. Çağdaş uluslararası ceza hukukunun rolüne aktarıldığında, Roma Statüsü'nün tamamlayıcılık ilkesi tam olarak bu işlevi görmektedir⁷⁹. Yerel davaların, uluslararası davalara göre daha faydalı etkileri olduğuna veya mümkün olduğu sürece suçtan etkilenen toplumların, suç mağdurlarının yanında görülen uluslararası davalara olan ihtiyacının önemine bu minvalde işaret etmektedir⁸⁰. Ulusal yargı mercilerinin etkili olmadığı durumlarda, UCM (Uluslararası Ceza Mahkemesi)'nin yargı yetkisini kullanma ihtimali, ulusal hukuk reformuna da yol açabilecektir. Bugün devletler, suçları kendi başlarına kovuşturabilmeyi ve UCM'nin müdahalesinden kaçınmayı tercih etseler de; Roma Tüzüğü ulusal mevzuat için bir model olarak

⁷⁸ **Cutler, Fred.** (1999) “Jeremy Bentham and the Public Opinion Tribunal”, *Public Opinion Quarterly*, V. 63, N. 3, s. 321-346.

⁷⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü ('UCM Statüsü') tamamlayıcılık ilkesini tanımlamaktadır, bu nitelik UCM Statüsü'nün giriş bölümünde belirtilmiştir: Bu statü uyarınca kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal ceza yargılamalarını tamamlayıcı nitelikte olacaktır. Bknz ICC Statüsü, 17 Temmuz 1998, yürürlük tarihi 1 Temmuz 2002, <www.legal-tools.org/doc/7b9af9/>.

⁸⁰ **Cello, Lorenzo** (2021) “Jeremy Bentham’s Vision of International Order”, *Cambridge Review of International Affairs*, V. 34, N. 1, s. 46-64.

hizmet edebilir niteliktedir ve zaman içinde temel uluslararası suçları kovuşturmak için ulusal düzeyde kapasite geliştirebilmektedir⁸¹.

Bentham'ın sonuç odaklı bu yaklaşımın başka yönleri de var. Uluslararası mahkemeler, sivil toplum kuruluşları tarafından sıklıkla yetersiz sosyal yardım yürütmeleri veya etkilenen topluluklarda yerine getiremedikleri beklentiler yaratmaları nedeniyle eleştiriliyor. Adaleti sonuç odaklı terimlerle düşünmek, uluslararası mahkemelerin, adaletin yalnızca yargılamanın taraflarına değil, daha geniş anlamda uluslararası topluma nasıl fayda sağladığını açıklama çabalarını güçlendirir⁸². ICC bu konuda daha önceki uluslararası ceza mahkemelerine göre bir miktar ilerleme kaydedebilmiştir. Ancak daha yapılacak çok şey var. Bentham, kovuşturmaların gelecekteki yararlı sonuçlarının ana varoluş nedenini, benzer suçların caydırılması olarak işaret ederek, temel suçların ortadan kaldırıldığı durumlara yönelik herhangi bir uluslararası yasal müdahalenin parçası olacak, iyi düşünülmüş ve iyi kaynaklara sahip sosyal yardım stratejileri fikriyle de yararı artırmaya odaklanmıştır⁸³.

Bentham'ın cezalandırma gerekçesi, cezanın etkilenen kişiler için acıdan çok yukarıda açıkladığımız nitelikte bir genel anlamda mutluluk üretme eğilimine dayanır. Yalnızca, yasa koyucuların yasama çalışmalarında fayda ilkesini uygulamak üzere halk tarafından seçildiği, rasyonel ve erişilebilir yasalara sahip, iyi organize olmuş bir devlet bunu başarabilirdi. Bu konuda başarılı olan devletlerin diğer devletlere örnek teşkil edebileceğini vurguladı. Bununla birlikte, demokratik ve barışçıl devletlerin bile, çatışmalarla sonuçlanabilecek uzlaşmazlıklara düşebileceklerini ve şiddetli savaşların çıkmasını önlemek için uluslararası müdahaleyi gerektirecek düzenlemelere ihtiyaç duyacaklarını da fark etmişti⁸⁴.

⁸¹ **Bruno, Jonathan. R.** (2017) "Vigilance and Confidence: Jeremy Bentham, Publicity, and the Dialectic of Political Trust and Distrust", *The American Political Science Review*, V. 111, N. 2, s. 295-307.

⁸² **Schofield, Philip** (2014) "The Legal and Political Legacy of Jeremy Bentham", *Annual Review of Law and Social Science*, V. 9, N. 1, s. 51-70.

⁸³ **Ferraro, Francesco** (2013) "Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of Judges", *Utilitas*, V. 25, N. 2, s. 140-160.

⁸⁴ **Bourcier, Benjamin** (2021) "Bentham's International Political Theory: Taking States' Responsibilities Seriously", *Utilitas*, V. 33, N. 3, s. 287-303.

Sonuç olarak, uluslararası hukukun, savaşların önlenmesinde ve devletler arası ilişkilerin iyileştirilmesinde etkili bir araç haline gelebilmesi için reform yapılması gerektiğini savunmuştur. Uluslararası bir düzenleme fikri, aynı zamanda devletler arasındaki anlaşmazlıklara karar verebilecek uluslararası bir mahkemenin kurulması ihtiyacını da görmesine yol açtı⁸⁵. Uluslararası ceza hukukunun temellerini bu şekilde tamamen geliştirmede ancak uluslararası normların devletlerin bürokratik temsilcileri ve hatta devlet başkanları tarafından ihlal edilmesinin cezalandırılması gerekliliğini açıkça ortaya koymuştur⁸⁶. Bu, Bentham'ın devletlerin egemenliğı hakkındaki düşüncesinde bir miktar koşulluluğun içkin olduğı anlamına gelir. Ulusal devletlerin bunu yapamadığı veya yapmak istemediğı durumlarda, en ciddi suçların faydaya dayalı olarak cezalandırılmasını sağlamanın bir yolu niteliğinde uluslararası ceza hukukunu desteklemiştir. Hukukun uyarlaştırıcılığına dair iddialarını bu söylemleri ile pekiştirdiğini görüyoruz.

Üstelik Bentham da evrensel barış teorisyenlerinden biridir. “A Plan For A Universal and Perpetual Peace” (Evrensel ve Sürekli Barış Planı) makalesinin ana teması, dünya barışını sağlamak için ulusların ulusal çıkarlarını feda etmeleri gerektiğidir. Başta İngiltere ve Fransa olmak üzere tüm uluslara, sömürgelerden vazgeçilmesi, serbest ticaretin kurulması, donanmaların korsanlara karşı korunmak için gereken düzeye indirilmesi ve orduların karşılıklı olarak küçültülmesi gibi önerilerde bulunmuştur⁸⁷.

Ancak Bentham'a göre, bu reformlar kabul edilse bile uluslar arasında hâlâ çatışmalar yaşanabilir çünkü iki ulusun müzakerecileri arasında bir fikir ayrılığı, çatışma olursa, bunun sonucu savaş olabilecektir. Bu nedenle, anlaşmazlıkları önlemek için ulusların uluslararası bir tahkim mahkemesi veya kendi ifadesiyle

⁸⁵ **Johnston, Jane** (2018) “Three Phases of Courts' Publicity: Reconfiguring Bentham's Open Justice in the Twenty-First Century”, *International Journal of Law in Context*, V. 14, N. 4, s. 525-38.

⁸⁶ **Bentham** (1789), s. 134.

⁸⁷ **Colombos, C. John** (1927) “Jeremy Bentham's Plan for a Universal and Perpetual Peace” (Book Review), *British Yearbook of International Law*, H. Frowde, V. 8, s. 208.

“ortak bir adli mahkeme” kurma konusunda anlaşmaya varmaları gerektiğini öne sürdü. Bentham bu mahkemeyi her ülkenin temsilcilerinden oluşan bir “Kongre” olarak tasavvur etmiştir⁸⁸. Bentham’ın öngördüğü uluslararası mahkeme, kademe-li işlevlerle çalışacaktı. Mahkemenin ilk işlevi yalnızca görüşünü bildirmesi olacaktır. İkinci işlevi, olumlu bir kamuoyu tepkisini teşvik edecek şekilde mahkemece alınan kararların her ulusta yayılması olacaktır. Üçüncü aşama ise sisteme uymada inatçı devletin Avrupa’nın çeşitli yaptırımlarına maruz bırakılması olacaktır. Ve dördüncüsü, son çare olarak, katılımcı devletler mahkeme kararlarının uygulanması için katkıda bulunacak ve silahlı birlikler konuşlandıracaktı⁸⁹. Bentham, sonraki çalışmalarında da bu fikri takip ederek, “tüm uygar uluslar” arasında, her birinin bir kongrede hem yargı hem de yasama yetkisine sahip bir elçi tarafından temsil edileceği bir yasama ittifakını önerdi⁹⁰. Bununla birlikte, Bentham’ın Uluslararası Hukuk kanunu projesi hiçbir zaman tamamlanmamıştır.

Görüldüğü gibi, uluslararası ceza hukukunda reform yapılması ve daha fazla geliştirilmesi için sistematik bir yaklaşım getirmek istemiştir. Onun yöntemi, en çok sayıda insanın genel mutluluğuna hangi suçların en çok zarar verdiğini sormak olacaktır. Halihazırda var olan suçları yani saldırı, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçlarını hukuk kitabından silmeyecek ancak acı veren diğer ciddi suçların dahil edilip edilmeyeceğini sorgulamıştır. Uluslararası ceza hukuku reformunun merkezinde, belirli toplumlar ve nihayetinde insanlık için en büyük olumsuz sonuçları doğuran en ağır suçların dahil edilmesi ve bunların hukuk uzmanları ve hükümetler tarafından sıradan insanlar tarafından da anlaşılabilir bir dilde ifade edilmesinin sağlanması olacaktır.

Aslında Bentham’ın bakış açısı, mevzuatı geliştiren liberal görüşlere sahip devletlerin ittifak ettikleri bir görüşe dönüşmüştü. Bugün yaşasaydı insan hakları hukuku adında bir uluslararası hukuk dalının varlığını kabul eder miydi?

⁸⁸ Bknz: **Aksu, Eşref** (2008) *Early Notions Of Global Governance : Selected Eighteenth-Century Proposals For ‘Perpetual Peace’ : With Rousseau, Bentham and Kant Unabridged*, University of Wales Press.

⁸⁹ **Johnston** (2018), s. 525-538.

⁹⁰ **Kaino** (2022), s. 55-70.

Bir pozitif hukuk teorisyeni olan Bentham, doğal hukuku benimsemediği için eleştirdiği insan hakları beyannamelerinin artık devletlerin büyük çoğunluğu tarafından korunan bir dizi uluslararası yasal belge olarak yürürlüğe girmesinden büyük ihtimalle rahatsız olacaktı⁹¹. Belki de nihayetinde, insan hakları anlayışının, fayda ilkesinin de daha kapsamlı bir teorisi olduğunu kabul edecekti.

III. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN FELSEFİ TEMELLERİNE KATKISI

Bentham, *milletler hukuku* tabirinin yerini alacak olan uluslararası hukuk teriminin babasıydı. Neden yeni bir kelime icat etmeyi tercih ettiğini açıklamıştır. İçtihatların nasıl sınıflandırılabileceğini tartıştığı eserinde, davranışları kanunun konusu olan kişilerin siyasi nitelikleri açısından değerlendirilebileceğini öne sürdü ve ulusların hukuku deyimini, sözleşmenin aracılığına dayanan bir sözcük olarak kullandı. Öte yandan Bentham, uluslararası geleneğin gelenek ve göreneklerin aracılığına ihtiyaç duymayan bir terim olduğunu savundu⁹².

Bilindiği gibi, uluslararası ceza hukukunun felsefi temelleri, içsel değerleri, normları, kuralları ve kavramları, mevcut dini veya felsefi ilke ve görüşlere referansla desteklenmiştir⁹³. Hem teoride hem de pratikte “ceza adaleti ile insan hakları aktivizmi arasındaki ilişki” olan uluslararası ceza hukuku, temel insani değerlerin korunmasını güçlendirmek isteyen dini veya felsefi okulların taraftarları için bu bakımdan özellikle ilgi çekici olabilir⁹⁴. Dolayısıyla uluslararası insan hakları hareketi için uluslararası ceza hukuku yalnızca suçluların cezalandırılmasını görmek ve bu sayede bazı temel değerlerin onaylanmasını sağlamaktan ibaret değildir. En önemli işlevi, ağır insan hakları ihlallerinin sıklıkla meydana

⁹¹ **Schofield, Philip** (2014) A Defence of Jeremy Bentham's Critique of Natural Rights. Bentham's Theory of Law and Public Opinion, s. 208-230.

⁹² **Janis, M. W.** (1984) Jeremy Bentham and the Fashioning of “International Law” The American Journal of International Law, V. 78, N. 2, s. 405-418.

⁹³ **Moyn, Samuel** (2014) “Judith Shklar on the Philosophy of International Criminal Law”, International Criminal Law Review, V. 14, N. 4-5, s. 717-737.

⁹⁴ **Clarke, Ronald** (2021) “Regulating Crime and the International Crime Drop”, International Criminal Justice Review, V. 31, N. 3, s. 257-259.

geldiği küresel cezasızlık ve hesap verme eksikliği ortamının sona erdirilmesine yardımcı olmaya çalışmaktadır⁹⁵.

Bentham da benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Uluslararası ceza hukukunun en önemli işlevinin, doğal hakların korunmasına, insan onurunun veya herhangi bir apriori en yüksek değerin korunmasına hukuki netice bağlamak olmadığını düşünmüştür. Ona göre, en önemli işlevi insanları eğiterek ve suçları caydırarak en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunu teşvik etmektir. Medeniyetin çöktüğü anlarda bile hukukun insan toplumlarını uygarlaştırabileceğine ve geliştirebileceğine inanır⁹⁶. Bu yaklaşım aynı zamanda uluslararası ceza hukuku yargı mercileri, bu amaçların gerçekleştirilmesine etkili bir şekilde katkıda bulunuyor mu sorgulamasının devam etmesini gerektiriyor. Katkıda bulunmuyorsa bunları iyileştirmek için hangi reformlara ihtiyaç vardır? Bentham gibi reformlarla çözümlü bulmaya devam edebilmek önemlidir.

SONUÇ VE TARTIŞMA

Jeremy Bentham'ın, hukuku “uygarlaştırıcı bir güç” olarak görmesinin temelinde, onun bir bütün olarak hukuk anlayışı ve felsefi yaklaşımı yer aldığı görülmüştür. Bentham, 18. ve 19. yüzyılın önemli hukuk filozoflarından biri ve faydacılık (utilitarianism) felsefesinin kurucusu olarak, bireylerin mutluluğunu ve refahını artırmayı hedefleyen bir sistemin savunusunu ortaya koymuştur. Bentham'ın hukuku neden uygarlaştırıcı bir güç olarak gördüğüne dair bazı önemli noktalar makalede ortaya çıkarılmıştır. Öncelikle Bentham'ın hukuk anlayışının merkezinde fayda prensibi (principle of utility) bulunmaktadır. Bu prensip, bir eylemin veya kuralın ahlaki değerinin, toplumun genel mutluluğuna yaptığı katkıya göre değerlendirileceğini öne sürmektedir. Hukuk, bu bağlamda toplumun genel refahını artırmak için bir araç olarak görülür. Eğer bir yasa, bireylerin mutluluğunu artırıyor ve acılarını azaltıyorsa, o yasa iyidir ve uygardır, anlamına gelmektedir. İkinci olarak Bentham, hukukun toplumsal düzeni sağlamada ve bireylerin refahını korumada kritik bir rol oynadığını

⁹⁵ Bknz: **Orakhelashvili, Alexander** (2011) “The Philosophy of International Criminal Law”, In Research Handbook on the Theory and History of International Law, Edward Elgar Publishing.

⁹⁶ **Bentham** (1789), s. 150, 151.

savunmuştur. Yani hukuk kuralları, insanların birbirlerine zarar vermelerini engellerek toplumsal düzeni sağlar ve bu da genel mutluluğu artırır. Bu görüşüne göre, bu düzen, medeni bir toplumun temelidir ve hukukun düzeni koruyucu ve teşvik edici rolü onu uygarlaştırıcı bir güç yapar. Ayrıca Bentham, hukukun dinamik ve reforme edilebilir bir yapıda olması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim hukukun sürekli olarak toplumun ihtiyaçlarına cevap vermesi ve bireylerin refahını artırması gerektiğini düşündü. Bu reformcu yaklaşım, hukukun toplumu sürekli olarak daha medeni, adil ve refah düzeyi yüksek bir hale getirme potansiyeline işaret eder. Tüm bunların yanında Bentham, hukukun aynı zamanda eğitimsel bir işlevi olduğunu düşündü. Hukuk kuralları, bireylerin doğru ve yanlış hakkında bilgi sahibi olmalarına yardımcı olur ve onların topluma uygun davranışlarda bulunmalarını teşvik etme niteliğini taşımaktadır. Bu eğitimsel rol, toplumun uygarlaşmasını destekler.

Üstelik Bentham, adaletin ve eşitliğin hukukun temel amaçları arasında olması gerektiğini savundu. Ona göre adaletli ve eşitlikçi bir hukuk sistemi, bireylerin haklarını korur ve haksızlıkların önüne geçer. Bu da toplumu daha adil ve medeni bir yapıya kavuşturur. Bentham'ın hukuku uygarlaştırıcı bir güç olarak görmesi, onun hukuku bireylerin ve toplumun refahını artıran, düzeni sağlayan, eğitimsel rol oynayan ve adaleti teşvik eden bir araç olarak değerlendirmesinden kaynaklandığı görülmüştür. Bentham'ın bu görüşleri, modern hukuk sistemlerinin temellerinden birini oluşturmuştur ve hukuk felsefesinin gelişiminde önemli bir yer tutmaktadır.

Fakat etik teoriler ahlaki ikilemlerle başa çıkmak için kullanılan bir tekniktir; bu nedenle hem olumlu hem de olumsuz yönleri tam olarak bilinerek uygulanması gerektiği düşünülebilir. Elbette herkesi memnun edecek kararlar almak neredeyse imkansızdır. Bentham'a göre bunun yerine, daha çok insanın iyiliğinin çıkarları doğrultusunda hareket etmek neticede her bireyin çıkarına olduğu kadar toplumun da çıkarınadır.

Bunun yanında faydacı felsefenin iki temel ilkesi olan mutluluk ve eylemlerde daima sonuç odaklı olabilmek zordur. Öte yandan Bentham'ın kanunların meşru olup olmadıklarını ahlaki veya doğal temellerinden ziyade egemen otorite veya devlet tarafından belirlenmelerine bağlaması hala tartışmalıdır. Çünkü Bentham'ın bu pozitivist hukuk yaklaşımı, gözlemlenebilir hukuki ilkelere ve bunların pratik so-

nuçlarına vurgu yaparak, hukuki analiz ile ahlaki değerlendirmeler arasında ayırım yapmayı savunur. Günümüzde doğal hukuk, insan hakları hukuku nedeniyle pozitif hukukun bu kadar keskin ayrımının imkansız olduğu bir boyuta gelmiştir. Ayrıca hukuk ve içtihatlaraya yönelik faydacı yaklaşımı, onun “en büyük mutluluk ilkesi” fikrine dayanır. En fazla sayıda bireyin acısını en aza indirecek ve genel mutluluğu en üst düzeye çıkaracak kuralların hesaplanarak yapılması gerektiğini savunmuştur. Bu faydacı bakış açısının, İngiltere ve Avrupa ülkelerinde insanların hukuk düşünceleri ve hukuki rejimleri nasıl değerlendireceklerine dair kabulleri üzerinde önemli bir etkisi olmuştur. Kendinden sonraki hukuk teorisyenleri ve filozofların konuyu geliştirmeleri ve ilerletmeleri için bir temel sağlamıştır. Onun teorileri, özellikle faydacı etik, hukuki pozitivizm ve hukuk sistemlerinin mantıksal ve bilimsel analizi alanlarında hukuk ve hukuk teorisi çalışmalarını etkilemeye devam ediyor.

Ancak bu alanda yapılacak bundan sonraki tartışmalarda Jeremy Bentham’ın çağdaşı olan Blackstone gibi düşünürlerin eleştirileri de konu edilebilir. Çünkü Bentham’ın aksine Blackstone, yorumlamanın en adil ve rasyonel yöntemini pozitivist öngörü ve hesap edilebilirlikten ziyade yasa koyucunun iradesini, yasanın yapıldığı andaki niyetini en doğal ve muhtemel işaretlerle araştırmak olarak ortaya koyar. Bu da kelimeler, bağlam, konu, etkiler ve sonuçlar ya da yasanın ruhu ve mantığı ile yapılır. Ona göre genel hukukta bütün durumlar öngörülemez veya öngörülse bile ifade edilemez. Yasa koyucunun kelimelere olmasa da anlamlandırma etkinliğine dair bazı problemler ortaya çıkacaktır ve lafzına girebilecek hususları, açıkça istisna edilmemiş olsa da, onun anlamına aykırı olabilir. Blackstone’un odaklandığı nokta, geleceğe yönelik her şeyi gören bir yasama gözünün yokluğunda, mevzuatı yorumlamak için yargısal takdir yetkisine duyulan pratik ihtiyaçtır⁹⁷. Blackstone’un eleştirilerine makalenin kapsamını aşmamak için sadece değinilmiştir ve ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek niteliktedir.

Üstelik Bentham’ın Uluslararası hukuk ve uluslararası ceza hukuku görüşleri de eleştiriye maruz kalmıştır. Bentham, ceza/emperyal kolonilere ömür boyu

⁹⁷ **Oldham, James** (1991) “From Blackstone to Bentham: Common Law versus Legislation in Eighteenth-Century Britain”, *Michigan Law Review*, V. 89, N. 6, s. 1637-1660; **Himmelfarb, Gertrude** (2020) “Bentham Versus Blackstone”, *Econ Journal Watch*, V. 17, N. 1, s. 256-269.

karşı çıktığını ifade etmişken, yaşamının son yılında (1831) yayınlanan *Kolonizasyon Şirketi Teklifi*'nde Avustralya'da bir yerleşimci kolonisini savunmuştur⁹⁸. Bu nedenle evrenselci ve emperyalist bir yaklaşım sergilediği ve Batı'nın üstünlüğüne dayanan bir evrensel hukuk ve ceza anlayışını savunduğu ve bu yaklaşımının diğer kültürlerle saygısızlık olarak algılanabileceğini öne sürülmüştür.

Bentham'ın utilitarist (faydacı) felsefesi, insan hakları ve adalet gibi temel kavramları dikkate almadığı yönünde daima eleştirilmiştir. Utilitarizmin, bireylerin haklarını ihmal edebileceği ve çoğunluğun çıkarlarını her şeyin üzerinde tutabileceği endişesi vardır. Bu nedenle de Bentham uluslararası ilişkilerde tek taraflı ve Batı merkezli bir yaklaşım sergilediği için eleştirilmiştir. Onun uluslararası hukuku ve ceza hukukunu Batı'nın çıkarları doğrultusunda şekillendirdiği iddia edilmiştir. Tüm bunlara rağmen, İngiliz Ulusal Hukuku, Uluslararası Hukuk ve hatta Uluslararası Hukukun temel ilkelerine etkisi tartışılmazdır.

⁹⁸ **Arneil, Barbara** (2021) "Jeremy Bentham: Pauperism, Colonialism, and Imperialism", *The American Political Science Review*, V. 115, N. 4, s. 1147-1158.

KAYNAKÇA

- Aksu, Eşref** (2008) *Early Notions Of Global Governance: Selected Eighteenth-Century Proposals For ‘Perpetual Peace’ : With Rousseau, Bentham and Kant Unabridged*, University of Wales Press.
- Archambeault, William G.** (1979) *Evaluating The Utility Of The Deterrent Residual In Predicting Deterrent Outcomes In A Self-Report Study: A Comparative Analysis Of The Beccarian And Benthamite Models Of Deterrence Theory*, ProQuest Dissertations Publishing.
- Armitage, David** (2011) “Globalizing Jeremy Bentham”, *History of Political Thought*, V. 32, N. 1, s. 63-82.
- Arneil, Barbara** (2021) “Jeremy Bentham: Pauperism, Colonialism, and Imperialism”, *The American Political Science Review*, V. 115, N. 4, s. 1147-1158.
- Ayres, Robert U.** (2023) “Bentham and Utilitarianism”, In *The History and Future of Economics*, Springer International Publishing AG, s. 113-126.
- Baujard, Antoinette** (2009) “A Return to Bentham’s Felicific Calculus: From Moral Welfarism to Technical Non-Welfarism.” *The European Journal of the History of Economic Thought*, V. 16, N. 3, s. 431-53.
- Bentham, Jeremy** (1776) *A fragment on government : being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone’s Commentaries*. E. Wilson.
- Bentham, Jeremy** (1789) *An Introduction To The Principles Of Morals And Legislation*, Printed in the year 1780, and now first published, By Jeremy Bentham, of Lincoln’s Inn, Esquire, printed for T. Payne, and Son, at the Mews Gate.
- Bentham, Jeremy** (1928) *A Comment on the Commentaries : a Criticism of William Blackstone’s Commentaries on the Laws of England / by Jeremy Bentham, Now First Printed from the Author’s Manuscript, with Introduction and Notes / by Charles Warren Everett*, England: The Clarendon press.
- Bentham, Jeremy/John Bowring** (1843) *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh : London: W. Tait; Simpkin, Marshall.
- Bentham, Jeremy** (1945) *The Limits of Jurisprudence Defined*, Everett, Charles Warren (editor), New York: Columbia University Press, s. xi-353.
- Bourcier, Benjamin** (2021) “Bentham’s International Political Theory: Taking States’ Responsibilities Seriously”, *Utilitas*, V. 33, N. 3, s. 287-303.

- Bruno, Jonathan R.** (2017) "Vigilance and Confidence: Jeremy Bentham, Publicity, and the Dialectic of Political Trust and Distrust", *The American Political Science Review*, V. 111, N. 2, s. 295-307.
- Burns, James H.** (2005) "Happiness and Utility: Jeremy Bentham's Equation", *Utilitas*, V. 17, N. 1, s. 46-61.
- Cello, Lorenzo** (2021) "Jeremy Bentham's Vision of International Order", *Cambridge Review of International Affairs*, V. 34, N. 1, s. 46-64.
- Clarke, Ronald** (2021) "Regulating Crime and the International Crime Drop", *International Criminal Justice Review*, V. 31, N. 3, s. 257-259.
- Colombos, C. John** (1927) "Jeremy Bentham's Plan for a Universal and Perpetual Peace", (Book Review), *British Yearbook of International Law*, H. Frowde, V. 8, s. 208.
- Crimmins, James E.** (2023) "Jeremy Bentham", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/bentham/>> s.e.t. 20.01.2024.
- Cutler, Fred** (1999) "Jeremy Bentham and the Public Opinion Tribunal", *Public Opinion Quarterly*, V. 63, N. 3, s. 321-346.
- De Champs, Emmanuelle** (2011) "Constitution And The Code: Jeremy Bentham On The Limits Of The Constitutional Branch Of Jurisprudence: Jeremy Bentham's Theory Today", *The Tocqueville Review*, V. 32, N. 1, s. 21-42.
- Dinwiddy, John R.** (1989) "Bentham on Invention in Legislation" *Enlightenment and Dissent*, N. 8, s. 25.
- Draper, Anthony J.** (2002) "An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment", *Journal of Bentham Studies*, V. 5, N. 1, s. 1-17.
- Feldman, Fred** (2004) *Pleasure and the Good Life: Concerning the Nature, Varieties, and Plausibility of Hedonism*, 1st edition, Clarendon Press.
- Ferraro, Francesco** (2013) "Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of Judges", *Utilitas*, V. 25, N. 2, s. 140-60.
- Heilbron, Johan/Magnusson, Lars/Wittrock, Björn** (1998) *The Rise of The Social Sciences And The Formation of Modernity : Conceptual Change In Context, 1750-1850*, KluwerAcademic Publishers.
- Himmelfarb, Gertrude** (2020). "Bentham Versus Blackstone", *Econ Journal Watch*, V: 17, N: 1, s. 256-269.

- Hollander, Samuel** (2020) “Bentham, Utilitarian Ethics and Distributive Justice” A History of Utilitarian Ethics, 1st edition, Routledge, s. 215-36.
- Johnston, Jane** (2018) “Three Phases of Courts’ Publicity: Reconfiguring Bentham’s Open Justice in the Twenty-First Century”, *International Journal of Law in Context*, V. 14, N. 4, s. 525-38.
- Kaino, Michihiro** (2022) “Bentham as a Theorist of the Rule of Law and His Idea of Universal Interest”, *Ratio Juris*, V. 35, N. 1, s. 55-70.
- Kelly, Paul. J.** (1989) “Utilitarianism and Distributive Justice: The Civil Law and the Foundations of Bentham’s Economic Thought” *Utilitas*, V. 1, N. 1, s. 62-81.
- Janis, M. W.** (1984) Jeremy Bentham and the Fashioning of “International Law” *The American Journal of International Law*, V. 78, N. 2, s. 405-418.
- Li, Cheng** (2021) *Projecting Law Reform : Jeremy Bentham’s Networks in Hanoverian Britain, c1790-1830*, ProQuest Dissertations Publishing.
- Marciniak, Angela** (2017) “Prevention of Evil, Production of Good’: Jeremy Bentham’s Indirect Legislation and Its Contribution to a New Theory of Prevention” *History of European Ideas*, V. 43, N. 1, s. 83-105.
- Mill, John S./Bentham, Jeremy/Austin, John** (1962) *Utilitarianism, On liberty, Essay on Bentham : Together with selected writings of Jeremy Bentham and John Austin*, World Pub. Co.
- Moyn, Samuel** (2014) “Judith Shklar on the Philosophy of International Criminal Law”, *International Criminal Law Review*, V. 14, N. 4-5, s. 717-737.
- Oldham, James** (1991) “From Blackstone to Bentham: Common Law versus Legislation in Eighteenth-Century Britain”, *Michigan Law Review*, V. 89, N. 6, s. 1637-1660.
- Oppenheim, Lassa** (1906) *International law, a treatise : v. 1: Peace (1905) V: 1*. Longmans, Green, and co.
- Orakhelashvili, Alexander** (2011) “The Philosophy of International Criminal Law”, In *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Edward Elgar Publishing.
- Padovani, Andrea/Stein, Peter G./Lobban, Michael** (2015) “The Age Of Bentham And Austin”, In *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer Netherlands, s. 411-441.
- Pitts, Jennifer** (2003) “Legislator of the World? A Rereading of Bentham on Colonies”, *Political Theory*, V. 31, N. 2, s. 200-234.

- Polloczek, Dieter Paul** (1999) “Utilitarian Conscience and Legal Fictions in Bentham” *Angelaki: Journal of Theoretical Humanities*, V. 4, N. 1, s. 81-98.
- Quinn, Michael** (2014) *Bentham on Mensuration: Calculation and Moral Reasoning*. *Utilitas*, V. 26, N. 1, s. 61-104.
- Rosen, Frederick** (2004) “Bentham, Jeremy (1748-1832), Philosopher, Jurist, and Reformer”, In *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press.
- Rossmo, D. Kim & Summers, Lucia** (2021). *Bentham and the Philosophical Nature of Preventive Policing*. *International Criminal Justice Review*, V. 31, N. 3, s. 263-265.
- Schofield, Philip** (2013) “The Legal and Political Legacy of Jeremy Bentham.” *Annual Review of Law and Social Science*, V. 9, N. 1, s. 51-70.
- Schofield, Philip** (2014) *A Defence of Jeremy Bentham’s Critique of Natural Rights, Bentham’s Theory of Law and Public Opinion*, s. 208-230.
- Schofield, Philip** (2017) “Bentham, Jeremy”, In *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Social Theory*, John Wiley & Sons, Ltd., s. 1-3.
- Schofield, Philip/Tasioulas, John/Albrecht, Kristin** (n.d.). *Bentham, Jeremy: On Justice*. In *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer Netherlands, s. 259-264.
- Scott, Jacques** (2021) “The Story of Jeremy Bentham on Police: Bridging the Bentham Project to Criminology”, In *Jeremy Bentham on Police*, UCL Press, s. 3.
- Strauss, Loe** (2022) “The Hedonistic Calculus and the Problem of Courage” (356c-359c), In *Leo Strauss on Plato’s “Protagoras”*, University of Chicago Press, s. 380-404).
- Sundem, Garth** (2009) *If It Feels Good, Do It: Jeremy Bentham’s Hedonistic Calculus*, In *The Geeks’ Guide to World Domination*, Crown/Archetype.
- Sverdlik, Steven** (2023) *Bentham’s An Introduction to the Principles of Morals and Legislation: A Guide*, 1st edition, Oxford University Press.
- Weinreich, Spencer J.** (2021) “Panopticon, Inc.: Jeremy Bentham, Contract Management, and (Neo) Liberal Penalty”, *Punishment & Society*, V. 23, N. 4, s. 497-514.
- Yıldız, Elif Çağla** (2016) “Jeremy Bentham’ın İdam Cezasına Yaklaşımı”, *Hukuk Felsefi Arkivi*, s. 428-431.

BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ ARASINDAKİ KARAR AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARINA YÖNELİK BİR İNCELEME^(*)

Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU^(**)

ÖZET

İstinaf sisteminde içtihat mercii olması öngörülen Danıştayın iş yükünü azaltabilmek amacıyla temyiz incelemesine tabi olabilecek dosyaların belirlenmesinde öngörülen miktar ve konu sınırlamaları, birçok uyumsuzluğun istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesine neden olmaktadır. Türk idari yargı sisteminde dokuz ayrı bölge idare mahkemesi bulunmaktadır. Haliyle bu durum aynı uyumsuzluğun farklı bölge idare mahkemelerince veya aynı bölge idare mahkemesinin farklı dava dairelerince farklı şekillerde kesin nitelikteki kararlarla sonuçlandırılmasına neden olabilmektedir. Bu dosyalarda temyiz incelemesi mümkün olmadığından Danıştayın da bu uyumsuzluklar hakkında içtihatlarıyla hukuki belirliliği sağlaması mümkün olamamaktadır.

Kanun koyucu bu tür uyumsuzluklarda hukuki belirliliğin sağlanması ve aynı konuda farklı yönde kararlar verilmesini önlemek amacıyla 2576 Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendinde benzer olaylarda bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki aykırılıkların giderilmesine yönelik bir yol ihdas etmiş ve vergi uyumsuzlukları açısından Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunu (VDDK) bu istemleri sonuçlandırmakla görevlendirmiştir.

Kurul aykırılığın giderilmesi istemlerini, öncelikle başvurunun usule ilişkin çeşitli koşulları taşıyıp taşımadığı yönünden incelemektedir. Aykırılık taşıyan kararların bu şartları taşımadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde istem reddedilmektedir.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1517196 - **Geliş Tarihi:** 05.08.2024 - **Kabul Tarihi:** 10.09.2024.

Bu makale, 23/05/2024 tarihinde Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ile Pamukkale Üniversitesi tarafından ortaklaşa düzenlenen "Vergi Yargısında Güncel Gelişmeler Sempozyumu" başlıklı ve "İdari Yargıda Değişim ve Gelişmelere Vergi Yargılaması Özelinde Bakış" temalı sempozyumun ikinci oturumunda aynı başlıkla sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

^(**) Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, Kıdemli Tetkik Hâkimi, Ankara - Türkiye,
E-posta: yemrey82@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4485-7439>.

Bu çalışmada, aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın benzer olaylara uygulanma kabiliyetinin bulunmaması nedeniyle verilen istemin reddi yolundaki kararlara odaklanılacak ve aykırılığın giderilmesi yolunun ihdas edilme amacına uygun olarak işleyebilmesi için neden bu gerekçeye dayanarak aykırılığın giderilmesi istemlerinin reddedilmemesi gerektiği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

İstinaf, İçtihat Mercii, Aykırılığın Giderilmesi, Benzer Olaylarda Uygulanma Koşulu, İstemin Reddi.

AN EXAMINATION OF THE JUDGMENTS OF THE COUNCIL OF STATE TAX CASE CHAMBERS REGARDING THE REJECTION OF THE REQUEST TO RESOLVE THE CONFLICT OF JUDGMENTS BETWEEN THE REGIONAL ADMINISTRATIVE COURTS

ABSTRACT

In order to reduce the workload of the Council of State, which is envisaged to be the case-law authority in the appellate review (appeal on points of fact and law) system, the amount and subject limitations stipulated in determining the files that may be subject to appeal on points of law review result in many disputes to be finalized as a result of appeal on points of fact and law review. There are nine separate regional administrative courts in the Turkish administrative judicial system. Consequently, this situation can lead to the same dispute being resolved in different ways by different regional administrative courts or by different chambers of the same regional administrative court, resulting in varied final decisions. Since an appeal on points of law review is not possible for these cases, it is also not possible for the Council of State to ensure legal certainty about these disputes through its case law.

In order to ensure legal certainty in such disputes and to prevent different divergent judgments on the same subject, the legislator has established a method to eliminate the contradictions between the final judgments of the regional administrative courts in similar cases under Article 3/C (4)(c) of Law No. 2576 and has tasked the Council of State Tax Courts Board to finalize these requests in terms of tax disputes.

The Board first examines requests for the resolution of inconsistency in terms of whether the application meets various procedural conditions. If it is determined that the contradictory judgments do not meet these conditions, the request is rejected.

In this study, the focus will be on decisions rejecting requests for the elimination of contradiction on the grounds that the judgment to be made cannot be applied to similar cases, and it will be evaluated why requests for the elimination of contradiction should not be rejected on this basis, in order for the elimination of the contradiction to work in accordance with the purpose of its establishment.

Keywords

Appellate Review (Appeal on Points of Fact and Law), Case Law Authority, Elimination of Contradiction, Condition of Application in Similar Cases, Rejection of the Request.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir nitelikte (kanunun kalitesi ölçütü) ve şekli anlamda bir kanun hükmüne dayanarak yapılabileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda belirliliğin sadece kanun metni düzeyinde sağlanması yeterli görülmemekte aynı zamanda uygulamanın da “bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde” hukuki belirlilik taşıması gerektiği ifade edilmektedir¹. Belirlilik, istikrarı gerekli kılar. Bu açıdan bakıldığında içtihatların uygulamaya yön verebilecek nitelikte olmasının belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde istikrarlı olmasını gerekli kıldığı anlaşılmaktadır.

İstinaf sisteminde Danıştayın içtihat mercii rolünü ifa etmesi öngörüldüğünden, bu sistemde Danıştay kararlarının uygulamada belirliliği ve öngörülebilirliği sağlama bakımından önem ve değeri artmıştır. Kanun koyucu Danıştayın istinaf sisteminde içtihat mercii rolünü ifade edebilmesi için temyiz, içtihatların birleştirilmesi, kanun yararına temyiz ve karar aykırılığının giderilmesi yöntemlerini öngörmüştür.

6545 sayılı Kanun’la idari yargı sistemi yeniden düzenlenmiş ve istinaf, bu yeni sistemde esas kanun yolu olarak belirlenmiştir. Bu sistemde birçok kararın istinaf incelemesi sonucunda kesinleşeceğinin öngörülmesi ve istinaf incelemesini yapmakla görevlendirilen bölge idare mahkemelerinin sayıca fazlalığı, aynı uyumsuzluğun aynı bölge idare mahkemesinin ya da farklı bölge idare mahkemelerinin farklı dava dairelerince farklı şekillerde sonuçlandırılmasına yol açabilmekte, bu durum o uyumsuzlukla ilgili hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

Yukarıda anılan Danıştayın içtihat üretme yöntemlerinden yollardan sonuncusu, bölge idare mahkemelerinin aynı hukuki uyumsuzluk hakkındaki kesin nitelikteki kararları arasında oluşabilecek ve dolayısıyla o uyumsuzluk hakkında hukuki belirliliği ortadan kaldırabilecek kararları arasındaki aykırılıkları tarafların hukukuna etkili olmamak kaydıyla gidermek amacıyla öngörülmüş yeni bir yoldur. Bu yolun işletilmesi sonucunda hukuki belirliliğin sağlanması kararlar arasındaki aykırılığın hukuki belirliliği sağlayacak şekilde giderilmesine bağlıdır.

¹ AYM, Necmiye Çiftçi ve Diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55.

2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (5) numaralı fıkrasında aykırılığın giderilmesi istemlerini karara bağlama görevi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ile VDDK'ya verilmiştir. Uygulamada anılan kurullar, bölge idare mahkemeleri tarafından kendilerine iletilen aykırılığın giderilmesi istemlerini öncelikle çeşitli usule ilişkin konular bakımından incelemeye tabi tutmakta ve usule ilişkin söz konusu koşulları taşımayan başvuruları reddetmektedir. Bu doğrultuda bir nevi bu yolun işletilmesini engelleyen aykırılığın giderilmesi isteminin reddine ilişkin kararların, Danıştayın içtihat mercii rolüne etkisinin ayrıca değerlendirilmeye değer olduğu düşünülmektedir.

Çalışmada öncelikle Danıştayın içtihat mercii rolünü etkin bir şekilde ifa etmesinin önündeki engeller (I) incelenmeye çalışılmış, bu kapsamda temyiz incelemesinin kapsamının daraltılmasında uygulanan tedbirler, mevcut filtreleme sisteminin etkin olmaması ve içtihat üretmede kanun koyucunun öngördüğü yöntemler başlıkları altında Danıştayın içtihat mercii olma fonksiyonuna teorik bir temel oluşturulmuştur. Ardından bir içtihat üretme yöntemi olarak karar aykırılığının giderilmesi yolu ele alınmış (II), bu yolun ihdas edilme nedeni ve aykırılığın giderilmesi kararının niteliği değerlendirilerek bu kararların hukuki belirliliği sağlamadaki etkisi ortaya konulmuştur. Son olarak incelemenin konusu, VDDK'nın aykırılığın giderilmesi isteminin reddi yolundaki kararları (III) bağlamında daha da özelleştirilmiş, VDDK'nın istemin reddine karar verdiği haller ele alınmıştır. Bu hallerden olan "benzer olaylar"ın bulunmaması ve "aykırılığın somut bir uyuşmazlığa ilişkin olması ve bu halde varılacak sonuçun benzer olaylara uygulanma imkânının bulunmaması" nedenleriyle verilen istemin reddine ilişkin VDDK kararları ayrı ayrı incelenmiş, bu nedenle verilen kararlarda hukuki belirliliği sağlayabilecek nitelikte alternatif bir değerlendirme yöntemi geliştirilip geliştirilemeyeceği sorunu okuyucunun ilgi ve dikkatine sunulmuştur.

Çalışmada, öz olarak, aykırılığın giderilmesi istemine konu olan kararların temellendiği, maddi olaylardan kopmayı gerektiren ve hukuki uyuşmazlığa odaklanıp doğan/doğması muhtemel benzer uyuşmazlıklar bağlamında belirliliği sağlayacak nitelikte içtihat üretimini önceleyen bu alternatif yöntemin anılan yolun ihdas edilme nedenine daha uygun düşeceği değerlendirilmiştir.

I. DANIŞTAYIN İÇTİHAT MERCİİ ROLÜNÜ ETKİN BİR ŞEKİLDE İFA ETMESİNİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

A. TEMYİZ İNCELEMESİNİN KAPSAMININ DARALTILMASINDA UYGULANAN TEDBİRLER

Türk idari yargı teşkilatı 28/06/2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun değişiklikleriyle yeniden şekillendirilmiştir. Anılan Kanun’la idari yargıda istinaf usulünün uygulanmasına yönelik değişiklikler yapılmış ve bölge idare mahkemelerinin itiraz incelemesi yerine istinaf incelemesi yapması benimsenmiştir. Ayrıca kanun koyucu, idari yargıda temyiz mercii olan Danıştayın bu yeni sistemde içtihat mercii rolünü üstlenmesi gerektiğini belirtmiştir. 6545 sayılı Kanun’un gerekçesinde, itiraz usulünde Danıştayın iş yüküne dikkat çekilmiş ve istinaf usulünde uyumsuzlukların büyük bir kısmının bölge idare mahkemesi kararlarıyla kesin olarak sonuçlandırılacağı ifade edilmiştir. Gerekçede “iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştayın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi”nin amaçlandığı belirtilmiştir.

Danıştayın içtihat mercii rolünün güçlendirilmesine yönelik değişiklikler sadece temyiz incelemesine gelebilecek dosya sayısının sınırlanması ile sınırlı kalmamış, diğer yandan temyiz incelemesinin kapsamı da değiştirilmiş ve 6723 sayılı Kanun’la temyiz incelemesinin kapsamının maddi vakıa denetiminden arındırılmasını temin edecek bir değişikliğe gidilmiştir. Bu doğrultuda 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23. maddesinin (a) bendinde Danıştayın temyiz incelemesinin kapsamı, “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla” sınırlanmıştır. Başka bir anlatımla maddi olgu ve olayların denetimi temyiz incelemesinin kapsamı dışına çıkarılarak temyiz incelemesinde bir hukuk kuralının somut olayda uygulanma biçiminin ortaya konulması ve böylece ilgili uyumsuzluk bakımından belirlenecek içtihat kapsamında hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin temin edilmesi amaçlanmıştır. 6723 sayılı Kanun değişikliğine ilişkin gerekçede her dosyanın temyiz mahkemeleri önünde taşınmasının ve temyiz mahkemelerinin maddi vakıa incelemesi yapmalarının meydana getirdiği iş yükü sorununa dikkat çekilmiştir. Ayrıca istinaf sisteminin, davaların daha kısa

zamanda sonuçlandırılması, maddi vakıa denetiminin istinaf mercileri tarafından yapılması, yüksek mahkemelerin ise asli görevini icra ederek “içtihat müessesesi” haline gelmesine imkân sağlanması amacıyla getirildiği vurgulanmıştır.

Temyiz incelemesinin kapsamına ilişkin değişiklikler bir yana bırakıldığında, 6545 sayılı Kanun’un gerekçesi ile 6723 sayılı Kanun’un gerekçesinde iki hususun ön plana çıktığı görülmektedir:

- i. Her dosya için temyize başvurulması önlenerek Danıştayın içtihat mercii sıfatıyla bu görevini ifa edebileceği makul bir iş yüküyle çalışması
- ii. Uyuşmazlıkların Danıştay içtihatları doğrultusunda çözüme kavuşturularak %80’inin istinaf kanun yolunda kesinleşmesi

Kanun gerekçelerinde yer alan bu iki belirleme akla şu soruyu getirmektedir: Uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesinin kesin nitelikteki kararıyla ya da istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesi ve bu nedenle temyiz istemine konu olmaması nedeniyle uyuşmazlıkların büyük çoğunluğuna hâkim olmadığı bir sistemde Danıştay bu rolünü nasıl ifa edecektir?²

² Bu durumun içtihat birliğine olumsuz etkileri hakkında açıklamalar için bkz. **Sancakdar, Oğuz** (2016) “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, ss. 29-113, s. 72; **Akyıldız, Ali** (2015) “İstinafa İlkel Bakmak”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, ss. 11-32, s. 18; **Keskin, Züleyha** (2016) “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, ss. 235-262, s. 259-260; **Yılmaz, Sevda** (2016) “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usûlü Değişiklikleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 126, ss. 415-446, s. 437; **Yılmaz, Serdar** (2023) “İdari Yargıda “Parasal Sınırlar”ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 4, ss. 1905-2006, s. 1915; Ayrıca parasal sınırların 2023 yılı itibarıyla ulaştığı tutarların, anılan tutarları aşmayan davaların önemsiz olarak addedilmesini hukuken tartışılır hale getirdiği ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında (örneğin, AYM, Abdurrahman Şanda, B. No: 2014/3907, 7/12/2016, §§ 31, 33; AYM, E. 2006/65, K. 2009/114, 23/7/2009) kullandığı “adalet duygusunu rencide edecek” ölçüde olmama ölçütünü karşılamada sorun oluşturarak adil yargılanma hakkı yönünden sorgulanır hale geldiği hakkında bkz. **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1917; Parasal sınır uygulamasının bazı yargılama usulü müesseselerinin uygulanmasında farklı bir rejim öngörülmesine neden olduğu ya da kısıtlama oluşturduğu dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkı bağlamında ölçülülük kriterinin karşılanması için “idari yargı denetiminin amacı, işlevi ve özelliği ile idari davaların

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6545 sayılı Kanun'la değişik 45. maddesinin (6) numaralı fıkrasında “bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararlarının kesin olduğu” belirtilmiş, 46. maddede ise temyiz edilebilecek kararlar sayma yoluyla belirtilmiştir. Bu doğrultuda kanun koyucunun istinaf kanun yolunu *esas kanun yolu*, temyiz kanun yolunu ise *şarta bağlı kanun yolu* olarak belirlediği anlaşılmaktadır.

6545 sayılı Kanun ve 6723 sayılı Kanun değişiklikleriyle esas kanun yolu olan istinaf kanun yolunda, bölge idare mahkemelerinin, maddi olgular ile hukuk kurallarının uyumsuzluğa uygulanması hususlarında bir yargısal denetim ifa etmesi; şarta bağlı kanun yolu olan temyizde ise Danıştayın, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde temyiz edilebilecek kararlarda, “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini” gerçekleştirmesi ve bu sistemde Danıştayın esas olarak içtihat mercii sıfatıyla hukuk uygulamasında hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği sağlaması planlanmıştır.

Ancak kanun koyucunun bu planının uygulamada ne kadar sağlıklı bir biçimde işlediği tartışma konusudur. Bu planlama dahilinde kanun koyucu, ilk derece mahkemelerince yürütülen yargısal denetim veya istinaf incelemesinin kapsamı dışında bırakmıştır. Bu suretle kanun koyucu, içtihadın sadece önemli gördüğü konularda ya da dava konusunun önemli bir meblağa tekabül etmesi halinde üretilebileceğini kabul ederek hukuk uygulamasıyla bağdaşmayan bir ayrıştırmaya ve dışlamaya gitmiştir³. Oysa ilk derece mahkemelerinde yürütülen yargılama neticesinde ya da istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesi öngörülen bir hukuki uyumsuzluk da içtihat üretmeye değer bir nitelik taşıyabilir. Ancak bu uyumsuzluklar konu ve miktar sınırlamalarıyla temyiz incelemesinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle anılan sınırlamaların oldukça

mahiyeti ve “parasal sınırlar”ın amacı, işlevi ve hukuki niteliğinin” de göz önünde tutulması gerektiği hakkında bkz. **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1921-1922.

³ “de minimis non curat praetor” ilkesi (hâkimin küçük/önemsiz işlerle uğraşmaması) bağlamında idari davalara ilişkin parasal sınırlara yönelik bir değerlendirme için bkz. **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1916-1917.

yapay, palyatif ve içtihat üretimini sınırlayabilecek nitelikte olduğu değerlendirilebilir⁴. Temyiz edilebilirliğe ilişkin parasal sınırlamaların her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılması ve parasal sınırın belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı belirsiz olması⁵ da sorunun perçinlenmesine ve birçok uyuşmazlığın temyiz denetimi kapsamı dışında bırakılmasına yol açan başka bir nedendir.

⁴ **Yılmazoğlu, Yunus Emre** (2023) “Temyiz İncelemede “İçtihat Eksenli Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri”, *Danıştay Dergisi*, S. 156, ss. 65-135, s. 73.

⁵ “Temyize tabi kararların belirlenmesine ilişkin parasal sınır her yıl güncellendiğinden hangi tarihteki parasal sınıra göre temyiz kanun yoluna başvurulabileceğinin kanunda belirli bir açıklıkta ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmemesi” nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle değiştirilen 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartına aykırı olduğu hakkında bkz. AYM, E. 2023/36, K. 2023/142, 26/07/2023, §§ 15-16; (Kanun yolunun belirlenmesinde “karar tarihinin” esas alınmasının parasal sınırın her yıl güncellenmesi nedeniyle dava tarihindeki kanun yolu ile karar tarihindeki kanun yolu arasında bir farklılığın doğmasına yol açabildiği bu durumun da Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesinin alt unsurları olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık taşıdığı, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararında ölçülülük başlığı altında yapılan değerlendirmenin “bölge idare mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp ilk kez davacılar aleyhine hüküm kurulmasına” münhasır kılınmasının, “anayasa teorisi açısından temel hak ve özgürlüklerin sadece kişiler tarafından ileri sürülebilmesine ve kural olarak kamu gücü kullanan makamların ve bu bağlamda idari yargıda sürekli davalı konumundaki idarenin bir temel hak ve özgürlüğe sahip olmasından söz edilememesine” dayandığı hakkında bkz. **Yılmazoğlu, Yunus Emre** (2023) “2577 Sayılı Kanun’un 46. Maddesinin Birinci Fıkrasının “B” Bendinin İptaline Yönelik Anayasa Mahkemesi Kararı Nedeniyle Oluşan Hukuki Durum ve Kanun Değişikliği Önerileri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 423, ss. 31-46, s. 36; “İstinaf kanun yoluna başvuru açısından hangi tarihteki parasal sınırın esas alınacağı açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi” nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin ve 8/6/2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle değiştirilen ek 1. maddesinin kanunilik şartını taşımadığı hakkında bkz. AYM, E. 2023/81, K. 2023/184, 26/10/2023, §§ 14-17; 2/8/2024 tarihli ve 32620 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7524 sayılı Kanun’la Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararları nedeniyle doğan hukuki boşluğu gidermek amacıyla çeşitli kanun düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda istinaf ve temyiz başvurularına ilişkin parasal sınırlar güncellenerek korunmuş, konusu iki yüz yetmiş bin Türk lirasını aşp dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşmayan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan ve istinaf kanun yolu incelemesinde kaldırma kararı üzerine yeniden verilen kararlara karşı temyiz başvurusunda bulunma imkanı tanınmış, “istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde ise ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınır”ın esas alınacağı belirtilmiştir.

Diğer yandan kanun koyucu, maddi vakıa denetimi ile hukuk kurallarına uygunluk denetimi arasındaki sınırları⁶ açıkça ortaya koymayarak temyiz incelemesinin kapsamını uygulayıcıların yorumuna bırakmıştır ki uygulamada bu ayrımın henüz sağlıklı bir biçimde yapılabildiğini söylemek oldukça güçtür. Maddi vakıa denetimi ile hukuk kurallarına uygunluk denetimi ayrımının yapılmaması⁷, Danıştayı üçüncü aşamada maddi vakıa denetimi yapan bir mahkeme haline getirmekte ve temyiz incelemesi sonucunda, somut olayın özelliklerinin hukuki uyumsuzluğa verdiği niteliği dava konusu olaydan soyutlayarak aynı ya da benzer nitelikteki tüm davalara uygulanabilecek ilkesel sonuçlara ulaşılmasını engellemektedir.

Oysaki kanun koyucunun bu sistemi öngörmesinin amacı, örneğin, disiplin hukukuna ilişkin mevzuat uyarınca kınama cezası tesis edilmesine ilişkin işlemde ya da sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanımında katma değer vergisi indiriminin reddedilmesi nedeniyle yapılan cezalı tarhiyatta, Danıştaya bu işlemlerin tesis edilebileceği yasal koşulları ve bunların dava konusu olaylara nasıl uygulanabileceğini genel-geçer nitelikte ve ilkesel düzeyde belirleme görevi vermektir. Yoksa her olay bağlamında maddi olgu ve olayları esas alarak bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemek değildir. Bu son denetim, maddi vakıa denetimi yapan mahkemelere (ilk derece mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri) düşen bir görevdir. Ancak anılan ayrımın yapılmaması nedeniyle temyiz incelemesinde hala maddi vakıa denetimi yapılabilmektedir.

Temyiz edilebilirlik açısından konu ve miktar sınırlamalarına sahip mevcut sistemde, kanun koyucunun aksi yöndeki iradesine rağmen Danıştayı hala mad-

⁶ İstinaf aşamasında mahkeme kararlarının hukuki ve maddi yönden denetlenebilmesinin istinaf ile temyizi ayıran en önemli unsur olduğu hakkında: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2023) “Vergi Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu Uygulamasında Sorunlar”, Öz, Ersan (Editör), II. Ulusal Vergi Yargısı Paneli Mevzuat ve Uygulamada Vergi Yargılaması, 4/5/2023, İstanbul, Vergi Müfettişleri Derneği Yayını, ss. 35-45, s. 37.

⁷ İstinaf kanun yolunun ilk derece mahkemesi kararındaki maddi hatanın giderilmesi amacıyla getirildiği, sırf hukuk meseleyle uğraşan bir kanun yolunun (temyiz) bunu sağlayamayacağı hakkında bkz. **Semiz, İmran** (2021) Türk Vergi Yargılaması Hukukunda İstinaf, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 85.

di vakıa denetimini sürdürmeye devam etmesi ve aynı uyumsuzluğun hukuki boyutunun da farklı dosyalarda tekraren tartışılması, uygulamada bilinen ancak yazıya dökülmeyen “içtihadın dondurulmaması” ve “içtihatî gelişimin sürdürülmesi” yönündeki bir kabule/düşünceye dayalıdır. Ancak kaygı dolu bu yaklaşım nedeniyle daha önemli bir değer feda edilmektedir. Bu değer, bir içtihat mahkemesinin varlık nedeni olan içtihatların hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde oluşturulmasıdır. Kaldı ki, yukarıda anılan uygulamadaki kabulün aksine, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak nitelikte içtihatların oluşturulması hukuki gelişimin önünde bir engel değildir, sadece istikrarı sağlamaya yönelmektedir. İçtihat mahkemesi, nedenlerini açıklamak ve sık olmamak kaydıyla mevcut içtihadını geliştirme ve değiştirme imkânına her zaman sahiptir.

Buraya kadar olan açıklamalardan temyiz incelemesinin kapsamının daraltılmasına ilişkin yapay ve palyatif nitelikteki konu ve miktar sınırlamaları yanında temyiz incelemesinde maddi vakıa denetiminin dışlanması olgusundaki müphemliğin Danıştayın içtihat mercii fonksiyonunu gereği gibi ifa etmesini engelleyen bir neden oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada konu ve miktar sınırlamalarından müteşekkil mevcut filtreleme sistemi üzerinde biraz daha ayrıntılı durmak sorunun ortaya konulması açısından yardımcı olacaktır.

B. FİLTRELEME SİSTEMİNİN ETKİN OLMAMASI

Temyiz incelemesinin kapsamının çeşitli filtreleme sistemleri uygulanarak daraltılması, bugün birçok ülke tarafından kabul edilen ve yüksek mahkemelerin içtihat mercii rolünün ön plana çıkarılmasını sağlayan bir yöntemdir. Diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde anılan mahkemelerin filtreleme⁸, temyiz izni, liste usulü ile

⁸ Burada filtrelemeyi en geniş anlamıyla kullandım. Filtreleme özünde bir yüksek mahkemede esas incelemesi aşamasına geçebilecek uyumsuzlukların belirlenmesidir. Daire/kurulda çalışan ve belirli kıdeme ulaşmış, içtihatlarla hâkim tetkik hâkimlerinin bir kıdemli yardımcısı altında çalıştığı bir birim kurgulanarak, bu birimin derdest dosyalar ile yeni esas kaydı alan dosyaları içtihatlar doğrultusunda tasnife tabi tutmak yönünde görevlendirilmesine “basit filtreleme”; basit filtrelemeye ek olarak, usul kararlarının tek üye tarafından verilmesi, içtihadın belli olduğu konularda iki ya da üç üye tarafından karar verilmesi, içtihat belirlenmesi gereken konularda üyelerin tamamından oluşan heyetçe dosyaların karara bağlanmasına “gelişmiş filtreleme” denilebilir.

karar verme, pilot dava, yargısal görüş, bazı uyuşmazlıkların daha sınırlı sayıda hâkimle sonuçlandırılması gibi iş yükü altında ezilmeden bu rollerini ifa etmelerini kolaylaştıracak çeşitli araçlarla desteklediği anlaşılmaktadır. Bu konuda medeni ve ticari davalarda kanun yollarının ve prosedürlerinin işleyişi, kanun yollarındaki denetimin kapsamının sınırlanması (maddi vakıa denetiminin yapılmaması, izin sistemi), kanun yolu prosedürlerinin etkinliğini artıran önlemler (tek yargıyla çözülebilecek uyuşmazlıkların belirlenmesi, uzman avukatlık sisteminin kabul edilmesi) ve üçüncü derece mahkemesinin rolü ve işlevi (maddi vakıanın önceki iki aşamada incelendiği gerçeğinin göz önünde bulundurulması, üçüncü aşamanın “hukuku geliştirecek veya kanunun tek tip yorumlanmasına katkıda bulunacak” davalarda kullanılması) açısından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 7/2/1995 tarihli ve 95(5) sayılı Tavsiye Kararı da değinilmesi gereken önemli bir başvuru kaynağıdır⁹.

Filtreleme modelleriyle ilgili Amerika Birleşik Devletleri uygulaması (certiorari) açısından bkz. **Güran, Sait** (1977) Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, ss. 355-357, 395-421; Fransız uygulaması açısından bkz. **Kaplan, Gürsel** (2016) Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 198-221; **Sancakdar, Oğuz** (2013) “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, ss. 2237-2326, s. 2279, 2280; Almanya, Avusturya, Yunanistan, Finlandiya, İsveç uygulamaları açısından bkz. **Yılmazoğlu** (2023) Temyiz İncelemesinde, s. 103-107.

⁹ Anılan Tavsiye Kararını ayrıntısıyla daha önce başka bir çalışmada incelemiş ve büyük bir kısmının çevirisine yer vermiştim. Kanun yollarının ve prosedürlerinin işleyişi açısından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 7/2/1995 tarihli ve 95(5) sayılı Tavsiye Kararı ile ilgili bir değerlendirme için bkz. **Yılmazoğlu** (2023) Temyiz İncelemesinde, s. 107-111. Anılan Tavsiye Kararı'nın “Üst mahkemede yargılamanın kapsamını sınırlayan tedbirler” başlıklı 5. maddesinde ise “başvuruda bulunulan konuların üst mahkeme tarafından incelenmesini sağlamak” için, üye devletlerin şu önlemlerden herhangi birini veya tamamını almayı değerlendirmesi tavsiye edilmiştir: “(a) üst mahkemenin veya tarafların ilk derece mahkemesinin tespit ettiği olgusal bulguların bir kısmını veya tamamını kabul etmesine izin vermek”; “(b) tarafların davanın belirli yönleriyle sınırlı şekilde başvuruda bulunmasına izin vermek”; “(c) kanun yolunun izne tabi kılındığı durumlarda, mahkemenin kanun yolu başvurusunun kapsamını sınırlandırmasına (örneğin, hukuki mesele) izin vermek”; “(d) yeni koşullar ortaya çıkmadıkça veya iç hukuk tarafından öngörülen başka nedenler olmadıkça, üst mahkemede yeni iddiaların, olguların veya delillerin sunulmasına ilişkin kısıtlamalar getirmek”; “(e) mahkemenin resen hareket edebileceği durumlar saklı kalmak kaydıyla, kanun yolundaki duruşmanın kanun yoluna başvuru gerekçeleriyle sınırlandırmak”. Karar'ın “*Kanun yolu sistemlerinin ve prosedürle-*

Avrupa Konseyi üyesi bir devlet olmamıza ve anılan Tavsiye Kararı'nın alınmasından istinaf sisteminin kabul edildiği tarihe kadar yaklaşık yirmi yıllık bir süre geçmiş olmasına rağmen Türkiye'de kanun koyucu, temyiz edilebilirlik açısından sadece konu ve miktar sınırlamalarından müteşekkil bir filtreleme yöntemini benimsemiştir. Temyiz incelemesinin kapsamını da herhangi bir

rinin işleyişini iyileştirmeye yönelik diğer önlemler" başlıklı III. Bölümünde yer alan "*Kanun yolu prosedürlerinin etkinliğini artıran önlemler*" başlıklı 6. maddede "kanun yolu başvurularının hızlı ve verimli bir şekilde incelenmesini sağlamak için, devletlerin şu önlemlerden herhangi birini veya tamamını almayı değerlendirebileceği" ifade edilmiştir: "(a) davalarla ilgilenmek için gereğinden fazla yargıç kullanmamak. Örneğin, aşağıdaki konuların bir kısmında veya tamamında tek bir yargıç kullanılabilir: i. kanun yolu izni başvuruları; ii. yargılama usulüne ilişkin uygulamalar; iii. basit uyuşmazlıklar; iv. tarafların talep etmesi halinde; v. davanın açıkça dayanaktan yoksun olduğu durumlarda; vi. aile uyuşmazlıklarında; vii. acil uyuşmazlıklarda..." "(k) mahkemede taraflar adına hareket etmek için nitelikli avukatların kullanımını teşvik etmek". Tavsiye Kararı'nın "*Üçüncü derece mahkemesinin rolü ve işlevi*" başlıklı IV. Bölümünde yer alan "*Üçüncü bir mahkemeye yapılan kanun yolu başvurusuna ilişkin tedbirler*" başlıklı 7. maddesinde "(a) bu Tavsiye Kararı'nın hükümlerinin, ikinci derece mahkeme üzerinde denetim uygulayan bir mahkeme olan "üçüncü mahkeme" var olduğunda bu mahkeme için de geçerli olması gerektiği" belirtilmiştir. "(b) Devletler, üçüncü mahkemelere ilişkin tedbirleri değerlendirirken, davaların hâlihazırda iki mahkeme tarafından görülmekte olduğunu göz önünde tutmalıdır." "(c) Üçüncü mahkemeye yapılan başvurular, özellikle üçüncü bir yargısal incelemeyi hak eden davalarda, örneğin hukuku geliştirecek veya kanunun tek tip yorumlanmasına katkıda bulunacak davalarda kullanılmalıdır. Ayrıca bu başvuru yolu, davanın kamusal öneme sahip bir hukuki meseleyle ilgili olduğu durumlarda sınırlı kalabilir. Kanun yoluna başvuran ilgiliden, davanın neden bu tür amaçlara katkıda bulunacağına ilişkin gerekçelerini belirtmesi istenmelidir." "(d) Devletler, örneğin bir ön karar için başvuru veya ikinci mahkemeyi atlayan bir usul ("sıçrama" usulü) yoluyla, üçüncü mahkemenin bir davayla doğrudan ilgilenebileceği bir sistem getirmeyi değerlendirebilirler. Bu tür prosedürler, her hâlükârda üçüncü bir mahkemeye temyiz başvurusunun muhtemel olacağı hukuki meseleler için özellikle uygun olabilir." "(e) İkinci veya üçüncü derecedeki mahkeme yürütmeyi durdurma kararı vermedikçe veya temyiz eden yeterli teminat vermedikçe, ikinci mahkeme tarafından verilen kararlar icra edilebilir olmalıdır." "(f) Üçüncü derecedeki mahkemeye temyiz izni sistemini kabul etmeyen veya üçüncü derecedeki mahkemenin temyiz bir kısmını reddetme olasılığını kabul etmemiş olan devletler, üçüncü bir yargısal incelemeyi hak eden davaların sayısını sınırlamayı amaçlayan bu tür sistemleri getirmeyi değerlendirebilirler. Yasa, üçüncü mahkemenin incelemesini davanın yalnızca belirli yönleriyle sınırlandırmasına olanak sağlayacak (örneğin davanın özet bir değerlendirmesinden sonra, temyize izin verirken veya reddederken) özel nedenler tanımlayabilir." "(g) Kural olarak, üçüncü derecedeki mahkemede yeni olgular veya yeni kanıtlar sunulamaz." <[129](https://search.coe.int/cm/#{%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22],%22CoECollection%22:[%22CM_DOC%22,%22CM_SG%22]}> s.e.t. 2/7/2024.</p></div><div data-bbox=)

ayrıntıya değinmeksizin maddi vakıa denetimini dışlayarak daraltmıştır. Kanun koyucunun bu yaklaşımı, diğer ülkelerdeki temyiz mahkemelerinin bu rollerini ifa etmesi için öngörülen filtreleme modelleriyle temyiz incelemesinin kapsamını daraltma anlayışı açısından paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte bu sistem diğer ülke uygulamalarından farklı olarak Danıştayın içtihat belirleme fonksiyonunu pekiştirmeye yarayacak nitelikte bir içeriğe sahip değildir.

Nitekim farklı biçimlerde de olsa birçok ülkede uygulaması kabul edilen, temyiz merciinin içtihat odaklı bir yaklaşımla çalışmasını sağlayan ve temyiz edilebilirliği “ilgili hukuki uyuşmazlık hakkında içtihadın var olmaması” ya da “temyiz incelemesine konu edilmek istenen kararın içtihada aykırı olması” biçimindeki objektif koşullarının gerçekleşmesi halleriyle sınırlayan *temyiz izni* gibi önemli bir filtreleme modeli, kanun koyucu tarafından istinaf sistemine geçilirken kabul edilmemiştir. Böylece Danıştay, içtihat üreteceği dosyayı seçme özgürlüğünden yoksun bırakılmış, konu ve miktar şartları açısından temyiz edilebilme kriterlerini taşıyan her dosyanın Danıştayda esas kaydına işlenebilme imkânına ulaştığı bir sistem öngörülmüştür. Oysa temyiz algısında bir değişimle birlikte içtihat mahkemesinin, her uyuşmazlığın esas kaydı alabildiği bir mahkeme olarak değil, iş yükünü sadece içtihadın üretilmesi gereken dosyaların oluşturduğu bir mahkeme olarak teşkil edilmesi gerekir. Bu husus, ancak, filtreleme sisteminin içtihat odaklı bir yaklaşımla oluşturulması halinde mümkün hale gelir.

Uygulanagelen konu ve miktar sınırlamalarına sahip sistem, ilk derece mahkemesinde kesinleşen ya da istinaf incelemesi sonucunda kesinleşen kararlar haricinde Danıştayın iş yükü sorununa çözüm sunamamıştır. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan adli istatistiklere göre Danıştay önündeki dosya sayıları istinaf sisteminin yürürlüğe girdiği 2016 yılından sonra bir azalış göstermekle birlikte her yıl 100.000 üzerinde bir dosya bir sonraki yıla devredilmektedir¹⁰. Başka bir anlatımla, mevcut filtreleme sistemi

¹⁰ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan verilere göre 2012-2021 yılları arasında ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen uyuşmazlıklar dahil Danıştay daireleri iş durumu aşağıdaki gibidir: 2021 <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf> s. 6, s.e.t. 2/7/2024; 2022 <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2022.pdf> s. 6, s.e.t. 2/7/2024.

istinaf incelemesinde kesinleşen dosya sayılarına rağmen ne Danıştayın iş yükünü içtihat üretme fonksiyonunu gereği gibi ifa edebileceği bir sayıya indirebilmiş ne de Danıştayın içtihat odaklı bir yaklaşımla çalışmasını sağlayabilmiştir.

Danıştayda iş yükünün azalmaması, dosya birikimine, bu birikim ise temyiz incelemesi sürelerinin uzamasına ve aynı konunun, farklı dosyalarda, farklı heyet oluşumları tarafından tekrar tekrar tartışılmasına yol açarak içtihat aykırılıklarının oluşmasına neden olmaktadır. Temyiz inceleme sürelerinin uzaması makul sürede yargılama hakkı, içtihat aykırılıkları ise hukuki belirliliğin sağlanamaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ihlallerine yol açmaktadır. Etkin biçimde niceliği azaltmaya ve niteliği artırmaya yönelik bir yaklaşım benimsenmedikçe bu sarmalın sona erdirilmesi ve Danıştayın içtihat üreterek uygulamada hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlaması mümkün gözükmemektedir.

gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf> s. 50, s.e.t. 2/7/2024; <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1042024101742Adalet%20%C4%B0statistikleri%202023.pdf>>s. 55, s.e.t. 2/7/2024;

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Gelen	347.890	355.531	330.932	375.846	461.536	349.592
Karara bağlanan	138.627	165.501	140.815	182.141	197.382	143.604
Devir	209.263	190.030	190.117	193.705	264.154	205.988

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Gelen	302.376	271.770	211.627	235.563	206.553	232.877
Karara bağlanan	137.430	132.447	77.343	106.602	85.780	99.409
Devir	164.946	139.323	134.284	128.961	120.773	112.825

Danıştay'da bir önceki yıldan devreden ve yıl içinde gelen dosyalardan temyiz incelemesine tabi olan dosya sayısı 2021 yılında 222.514; 2022 yılında 194.006; 2023 yılında 220.969'dur. Bu dosyalardan temyiz incelemesine tabi tutularak karara bağlanan dosya sayısı 2021 yılında 100.394; 2022 yılında 80.635; 2023 yılında 95.169'dur. Temyiz incelemesine tabi tutulmak üzere bir sonraki yıla devredilen dosya sayısı ise 2021 yılında 122.120; 2022 yılında 113.371; 2023 yılında 105.994'tür. 2021 <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf> s. 17, s.e.t. 2/7/2024; 2022 <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf> s. 114, s.e.t. 2/7/2024; 2023 <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1042024101742Adalet%20%C4%B0statistikleri%202023.pdf>> s. 132, s.e.t. 2/7/2024.

İçtihat mercii rolünü üstlenen mahkemenin bu önemli görevini ifa edebilmesi öncelikle iş yükü altında ezilmemesine bağlıdır¹¹. Bu nedenle maddi vakıa denetiminin ilk derece mahkemesi ve istinaf mercii tarafından yapıldığı istinaf sisteminde üçüncü bir maddi vakıa denetimi yapan mahkemeye ihtiyaç olmadığı kadar, içtihat mercii rolünü üstlenen mahkemenin de içtihatlarıyla hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği sağladığı hukuki uyumsuzluklarda aynı konuyu tekrar incelemekten imtina etme ve içtihat üreteceği dosyayı belirleme serbestisine sahip olması gerekir.

İçtihat odaklı bir yaklaşıma özgülenmiş bu filtreleme modeli eksikliği yanında, temyiz incelemesi tabi tutulabilecek dosyaların belirlenmesine özgü mevcut modelde, filtrelemenin sadece konu ve miktar sınırlamaları ile işlemesi başka bir sorun alanıdır. Bu modelde kanun koyucu uyumsuzlukların %80'inin temyiz incelemesine tabi olmadan kesinleşmesini öngörmüştür. Bu durum, salt bölge idare mahkemesinde istinaf incelemesi sonucunda kesinleşen uyumsuzluklar esas alındığında ve mevcut sistemde dokuz ayrı bölge idare mahkemesinin bulunduğu gözetildiğinde¹² aynı ya da benzer uyumsuzlukların farklı bölge idare mahkemeleri tarafından kesin nitelikteki kararlarla farklı şekillerde sonuçlandırılabilmesine neden olmaktadır. Aynı ya da benzer uyumsuzlukların farklı şekilde sonuçlandırılabilmesi de ilgili uyumsuzluk bağlamında hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin ortadan kalkmasına ve yargıya güvenin azalmasına yol açmaktadır.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Papaioannou/Yunanistan* kararında, öncelikle temyiz başvurusunda bulunmak için öngörülen kısıtlamaların adaletin iyi yönetilmesini ve öngörülebilirliği sağlamayı hedeflediği belirtmiştir. AİHM, *Papaioannou/Yunanistan*, B. No: 18880/15, 2/6/2016, § 39. <<https://hudoc.echr.coe.int/>> s.e.t. 2/7/2024. AİHM, Yunanistan'da yürürlüğe konulan ve "temyiz başvurularının, yalnızca bir içtihat bulunmadığında ya da verilen kararlar Danıştay ya da diğer yüksek mahkemelerin içtihatları arasında çelişki bulunduğu kabul edilebilir bulunmasını" öngören (AİHM, *Papaioannou/Yunanistan*, B. No: 18880/15, 2/6/2016, § 16.) 3900/2010 sayılı Kanun'un "Danıştayın işlevlerini etkin bir biçimde ifa etmesini sağlamayı hedeflediğini" ifade etmiştir (AİHM, *Papaioannou/Yunanistan*, B. No: 18880/15, 2/6/2016, § 41). Bu kararın ilgili bölümlerinin çevirisi ve bu karar temelinde temyiz incelemesi açısından benimsenen kabul edilebilirlik kriterlerinin mahkemeye erişim hakkı karşısındaki konumuna yönelik bir değerlendirme için bkz. **Yılmazoğlu** (2023) *Temyiz İncelemesinde*, s. 111-114.

¹² **Karataş Durmuş**, s. 39.

Konu ve miktar sınırlamaları nedeniyle temyiz incelemesine tabi tutulmadan kesinleşen bu uyuşmazlıklar yönünden Danıştayın içtihat üretmesi ve ülke genelinde belirlilik ve öngörülebilirliği sağlaması mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla sistemin bu hali birleştirici bir mekanizmanın varlığını gerekli kılmaktadır. Bu eksikliğin giderilmesinde ideal olan çözüm, birçok ülkede kabul edildiği ve “Amerika’nın tekrar keşfine ihtiyaç olmadığı” üzere temyiz izni sistemine geçilmesi ve her uyuşmazlığın kural olarak temyiz incelemesi şansına sahip olabilmesi ancak temyiz merciinin içtihat üreteceği dosyayı belirlemesidir. Ancak kanun koyucu tercihini henüz bu yönde kullanmamıştır.

Bu noktada idari yargı sisteminde kanun koyucu tarafından belirlenen içtihat üretme mekanizmalarına da kısaca değinmek gerekir.

C. İÇTİHAT ÜRETMEDE KANUN KOYUCUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ YÖNTEMLER

Danıştayın içtihat üretme ve uygulama birliğinin sağlanması yönünden mevcut sistemde kanun koyucunun öngördüğü yöntemlerin, temyiz (2577 sayılı Kanun md. 46), içtihatların birleştirilmesi (2575 sayılı Danıştay Kanunu md. 39, 40), kanun yararına temyiz (2577 sayılı Kanun md. 51) ve bölge idare mahkemeleri arasındaki karar aykırılığının giderilmesi (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun md. 3/C (4) numaralı fıkra/”c” bendi) olmak üzere dört ayrı başlık altında toplanması mümkündür.

Bunlardan 2575 sayılı Kanun’da öngörülen içtihatların birleştirilmesi yolu, “Danıştay dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar” arasındaki aykırılık ya da uyuşmazlıkları gidermeye ve birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesine yöneliktir. Bu konuda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu görevli olup bu Kurulun içtihatların birleştirilmesine ya da değiştirilmesine yönelik kararları Resmî Gazete’de yayımlanır (2575 sayılı Kanun’un 40. maddesinin (3) numaralı fıkrası). Kanun’da bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemelerin ve idarenin uymak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Danıştay içtihatlarının birleştirilmesine/değiştirilmesine ilişkin bu yöntem haricinde kalan, yukarıda anılan diğer yöntemler ise (Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verilen kararlara yöneltilen temyiz istemleri haricinde) Danıştay dışında kalan idari yargı mercilerinin verdiği kararlara konu uyuşmazlıklarla ilgili hukuki belirliliğin sağlanmasına yöneliktir.

Bunlardan ilki temyizdir. Temyiz incelemesinin konusunu bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verdiği kararlar (Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verilen kararlar müstesna) oluşturmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesinde "2576 sayılı Kanun'un, 6545 Kanun'la değişik 3. maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlayacakları tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı" kurala bağlanmıştır. Bu nedenle hâlâ sınırlı sayıda da olsa idare ve vergi mahkemelerince anılan tarihten önce verilen kararlarla ilgili temyiz incelemesinin sürdüğü dosyalar da mevcuttur. Temyiz incelemesi sonucunda verilen kararın tarafların hukukuna etkili olması, bu yöntemi diğer içtihat üretme yöntemlerinden ayrı kılmaktadır. Bu bağlamda temyiz incelemesi sonucunda verilen kararın tarafların hukukunu ilgilendirmesi boyutuyla subjektif etkisinin; içtihat oluşturması boyutuyla da objektif etkisinin bulunduğu söylenebilir. Temyiz kanun yolu, "içtihat oluşturulması sayesinde kuralların yorumlanmasına; farklı mahkemelerin kararlarının denetlenmesi sayesinde içtihat birliğinin sağlanmasına hizmet eder."¹³

¹³ **Açımız, Bige** (2023) İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 19; "... temyiz, üçüncü bir yargılama aşaması olarak değil; ... hukuk düzenini oluşturan kuralların, ülke genelinde, aynı şekilde yorumlanıp, aynı şekilde uygulanarak içtihat birliğinin sağlanması ve böylece, kanun önünde eşitlik tesisinin tesisi amacıyla düşünülmüştür." **Candan, Turgut** (2022) Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1394; Fransız idari yargılama hukukunda temyizcinin derece olarak kabul edilmediği, istinafin varlığı nedeniyle yargılamanın kural olarak iki dereceli olduğunu Bailleul'den nakleden **Açımız**, s. 23 (dn. 39); **Sevinç, Ekin** (2018) Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu (Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9-10.

Kanun yararına temyiz ise “idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar” hakkında uygulanan bir yöntemdir. Kanun yararına temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz. Başka bir anlatımla bozma kararının tarafların hukukuna bir etkisi bulunmayıp sadece objektif etkisi vardır. Kanun uygulanmasını gösterdiği için 2577 sayılı Kanun’un 51. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bu bozma kararının Resmî Gazete’de yayımlanması öngörülmüştür.

İçtihat üretme yöntemlerinin en yenisi ise bölge idare mahkemeleri arasındaki karar aykırılığının giderilmesi yöntemidir. 2576 sayılı Kanun’un 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’la değişik 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca bu yöntem, “bölge idare mahkemesi dairesince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairesince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde” işletilebilir ve bu aykırılıkların giderilmesine yöneliktir. Aynı maddenin 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun’la değişik (5) numaralı fıkrasında bu aykırılıkların kesin olarak giderilmesi görevi konusuna göre İDDK ile VDDK’ya verilmiştir. Bu maddede kanun koyucu bu usulün sadece kesin nitelikteki kararlar hakkında işletilebileceğini öngörmüş, kanun yararına temyizden farklı olarak temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş kararları kapsam dışında bırakmıştır.

Bu son yolun işletilebilmesi Kanun’da bazı usule ilişkin şartların sağlanmasına bağlı kılınmıştır. Danıştay İDDK ile VDDK’nın bölge idare mahkemeleri tarafından yapılan karar aykırılığının giderilmesine yönelik başvurunun 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendinde öngörülen koşulları haiz olup olmadığını denetleme yetkisi bulunmaktadır. Uygulamada anılan kurullar, bu koşulların bulunmadığını belirlemesi halinde aykırılığın giderilmesi istemini reddetmektedirler. Bu noktada koşulların kanun koyucu tarafından yeterince belirlenmemesi, örneğin “benzer olaylar” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin yeterince ortaya konulmaması bu konuda usulün yargısal içtihatlarla belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu belirleme yapılırken

bu yolun ihdas edilme amacını ikinci plana iten şekli yorumların ağırlık kazanması ise aykırılığın giderilmesi isteminin reddedilmesine ve ilgili uyuşmazlık bağlamında hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin temin edilememesine yol açabilmektedir.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun karar aykırılığının giderilmesi isteminin reddine yönelik kararları bağlamında içtihat üretimi sorununun tartışılması planlanmaktadır. Bu bağlamda öncelikle bölge idare mahkemeleri arasındaki karar aykırılıklarının giderilmesi yolu, bu yolun ihdas edilme nedeni ve aykırılığın giderilmesi kararının niteliği üzerinde durularak bu içtihat üretme yöntemine dair genel bir kapsam çizilecektir. Bu ön belirlemenin nedeni aykırılığın giderilmesi yönündeki kararın hukuk sitemindeki içtihadi değerini ortaya koyarak aykırılığın giderilmesi isteminin reddedilmesi halinde hukuki belirliliğin sağlanması adına hangi fırsatların kaçırıldığına işaret etmektir. Ardından inceleme konumuzu oluşturan aykırılığın giderilmesi isteminin reddine ilişkin kararlara geçilecektir.

II. KARAR AYKIRILIKLARININ GİDERİLMESİ BAŞVURU YOLU

Uyuşmazlıkların büyük bir kısmının istinaf aşamasında kesinleşmesi, aynı uyuşmazlığın farklı bölge idare mahkemelerince kesin nitelikte kararlarla farklı şekilde sonuçlandırılmasına yol açabilmektedir. Bu durum ülke genelindeki aynı uyuşmazlık açısından hukuk uygulamasının farklılaşmasına, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin ortadan kalkmasına ve nihayet yargıya güven kaybına neden olabilmektedir.

Bu sıkıntıyı önlemek isteyen kanun koyucu 6545 Kanun'la 2576 sayılı Kanun'a eklediği 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendi ile bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna benzer uyuşmazlıklarda “aynı ya da farklı bölge idare mahkemesi dava dairelerince verilen kararlar” arasındaki aykırılıkların giderilmesi hususunda Danıştaya başvuru imkânı tanımıştır. Böylece kanun koyucu, aynı ya da farklı bölge idare mahkemelerince kesin nitelikteki kararlarla farklı sonuçlara ulaşılan bir uyuşmazlık konusunda hukuki belirliliğin içtihat yoluyla sağlanmasına imkân tanımıştır.

2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendine göre bu başvuru yolu, "benzer olaylarda", "bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde" işletilebilecek niteliktedir¹⁴.

Anılan maddede, aykırılığın giderilmesi isteminde bulunma yetkisi her hâlükârda bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna tanınmıştır. Başkanlar kurulu, resen aykırılığın giderilmesi isteminde bulunabileceği gibi kurulun, "ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine" de Danıştaydan aykırılığın giderilmesini istemesi mümkündür. Ayrıca anılan Kanun'un 3/B maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi uyarınca bölge idare mahkemesi başkanı da "dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurma" yetkisine sahiptir. Başkanlar kurulunun başvuru kararında aykırılığın giderilmesi hususunda kendi görüşünün de bulunması zorunludur.

2576 sayılı Kanun'a eklediği 3/C maddesinin (5) numaralı fıkrasında aykırılığın önce Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından giderilmesi öngörülmüş, akabinde 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'la aykırılığın giderilmesi hususundaki istemlerin, konusuna göre İDDK veya VDDK'ya iletileceği belirtilmiştir. İstem hakkında ilgili dava daireleri kurulunca üç ay içinde karar verilecektir. Bu süre düzenleyici nitelikte olup ilgili dava daireleri kurulunu bir an önce aykırılığı gidermeye yöneltmek amacıyla öngörülmüştür. Aykırılığın bu süre içinde giderilmemesine herhangi bir sonuç bağlanmamıştır.

¹⁴ Kuralda yer alan "benzer olaylar" kavramı ile "aykırılık" ve "uyuşmazlık" kavramlarının birbirinden farkları yeterince belirgin değildir. Benzer olaylar kavramı her başvuru özelinde kurul kararlarıyla netleştirilmeye çalışılmakta, "aykırılık" ve "uyuşmazlık" kavramları arasında belirgin bir farklılık olmadığından uygulamada genelde aykırılık kavramı tercih edilmektedir. "2576 sayılı Kanunla getirilen bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi yolunun, kararın tüm yönleriyle yeni bir incelemeden geçirildiği bir kanun yolu olmadığı" hakkında bkz. **Çökelek, Mehmet** (2024) Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasında Aykırılığın Giderilmesi (Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 182.

A. KARAR AYKIRILIKLARININ GİDERİLMESİ YOLUNUN İHDAS EDİLME NEDENİ

Aykırılığın giderilmesi yoluyla “temyiz incelemesine tabi olmaksızın istinaf merciinin kararıyla kesin olarak yargısal çözüme”¹⁵ kavuşan uyuşmazlıklar açısından hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda 6545 sayılı Kanun gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir:

“... idari yargıda istinaf yolunda, dairelerin benzer konularda birbiriyle çelişen kararlar vermesini önlemek amacıyla...”

Danıştay VDDK farklı tarihlerde verdiği kararlarında, “bazı uyuşmazlıkların temyiz incelemesine tabi olmaksızın istinaf merciinin kararıyla kesin olarak yargısal çözüme kavuşturulması”nın, “bir uyuşmazlığın aynı ya da farklı bölge idare mahkemesi dava dairelerince konuya farklı hukuki yaklaşımlar getirilerek çözümlenebilmesine ve dolayısıyla hukuk uygulamasında belirsizlik ve öngörülemezliğe” neden olabileceğine dikkat çekmiştir¹⁶. Kurul, bu nedenle kanun koyucunun Danıştaya “*uyuşmazlıkları kesin olarak sonuçlandıran kararlarda ortaya çıkabilecek aykırılıkları giderme ve ilgili uyuşmazlıklar yönünden ülke genelinde hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlama*”¹⁷ görevini verdiğini ve bu yolla “*temyizi kabil olmayan kesin kararlara konu olaylarda uygulama*”¹⁸ nin sağlanmasının amaçlandığını belirtmiştir.

Kurul başka bir kararında karar aykırılığının giderilmesi yolunda yaptığı denetim ile temyiz kanun yolunda yaptığı denetimi karşılaştırarak incelemiş; temyiz incelemesinin, “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygu-

¹⁵ VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022. UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

¹⁶ VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2020-12.pdf>> s.e.t. 2/7/2024; VDDK, E. 2020/13, K. 2020/12, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/14, K. 2020/13, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/15, K. 2020/14, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/16, K. 2020/15, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022; VDDK, E. 2023/11, K. 2024/6, T. 26/4/2024; VDDK, E. 2024/1, K. 2024/8, T. 5/6/2024. UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

¹⁷ VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022. UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

¹⁸ VDDK, E. 2021/5, K. 2021/7, T. 03/11/2021. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/aykiriligididerilmesineiliskinkararlar/2021-5.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

lanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkları”n, “teyiz istemine konu kararın taraflarının hukukuna etki edecek şekilde” giderilmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Karar aykırılığının giderilmesine ilişkin yolun ise aykırı kararlar “nedeniyle ortaya çıkan hukuki belirsizliğin, uygulamada hukuki belirliliği sağlayacak şekilde giderilmesine” yönelik olduğunu açıklamıştır¹⁹.

B. AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN KARARIN NİTELİĞİ

Aykırılığın giderilmesine ilişkin kararın hukuki niteliği, kısaca, bağlayıcılık, tarafların hukukuna etkililik, kesinlik ve içtihadi belirlilik sağlayıcılık²⁰ unsurları yönünden değerlendirmeye tabi tutulabilir

Kanun metninde aykırılığın giderilmesi yolunda verilen kararların *bağlayıcılığı* hakkında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce bu başvuru yolunun ihdas edilme amacı gözetildiğinde böyle bir belirleme yapılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ve uygulama birliği amacıyla işletilebilecek bir başvuru yolunda verilen kararın elbette tüm yargı mercilerini bağlayıcı nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla aykırılığın giderilmesine ilişkin kararlarının bağlayıcılığının kanun metninden değil, Danıştayın istinaf sistemindeki içtihat mercii rolü ile bu başvuru yolunun ihdas edilme amacından (hukuki belirliliği sağlama) kaynaklandığı değerlendirilmektedir²¹. Aksine bir anlayış uygulama birliğini sağlamak amacıyla ihdas edilen bir

¹⁹ VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022; VDDK, E. 2022/8, K. 2022/12, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/9, K. 2022/16, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/10, K. 2022/13, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/11, K. 2022/14, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/12, K. 2022/15, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/1/2023; VDDK, E. 2023/5, K. 2023/7, T. 13/12/2023; VDDK, E. 2023/7, K. 2024/2, T. 14/2/2024. UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

²⁰ **Çökelek**, s. 182.

²¹ İçtihat birliğinin sağlanması amacının gerçekleşmesi açısından anılan kararlara bağlayıcılık tanınması gerektiği hakkında bkz. **Çınarlı, Serkan/Azak, Kerim** (2020) “Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi”, Te-kirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, ss. 1-26, s. 24, 25; Bağlayıcılık tanınmamasının isabetsiz olduğu hakkında bkz. **Güzel, Oğuzhan** (2024) Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 160; Bağlayıcılık tanınmamasının bu yolun etkinliğini ve işlevini sınırladığı hakkında bkz. **Yılmazoğlu** (2023) Temyiz İncelemesinde, s. 92-93; Çökelek de aykırılığın giderilmesi kararlarına bağlayıcılık tanın-

yolun bu amaca hizmet etmemesine ve aykırılık nedeniyle oluşan belirsizliğin devam etmesine yol açacaktır.

Aykırılığın giderilmesine yönelik kararlar, *uygulamada belirliliği içtihat yoluyla sağlama* amacına hizmet etmekte olup *kesin* niteliktedir. Başka bir anlamla kurulların bu kararlarına Kanun'da herhangi bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Ayrıca kurulların aykırılığın giderilmesine yönelik kararlarının, kesin hükmün bu etkisini ortadan kaldıracak şekilde *tarafların hukukuna etki etmesi* kanunda öngörülmemiştir²². Dolayısıyla aykırılığın giderilmesine ilişkin kararın içtihadi niteliği/objektif boyutu ön plandadır.

masının, bu yönde bir düzenlemeyi gerekli kıldığını ifade etmekte ayrıca bu şekilde bir değişiklik yapılırsa içtihatları birleştirme kurulu kararları hakkında geçmişte yaşanan tartışmalar da dikkate alınarak kurulların aykırılığın giderilmesi yönündeki kararlarını değiştirebilecekleri kaydına da yasal düzenlemede yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Çökelek**, s. 187-188; Aykırılığın giderilmesi yolundaki kararlara bağlayıcılık tanınmamasının “ciddi bir eksiklik” olduğu, bu durumun sistemin etkinliğini “sorgulanır hale” getireceği ve “müessesenin amacını gerçekleştirememesine” sebep olacağı hakkında bkz. **Uysal, Zeki** (2021) İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 190; Te reddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla bu kararların bağlayıcılığı yönünde bir düzenleme yapılmasında fayda bulunduğu hakkında bkz. **Bilgin, Hüseyin** (2021) “Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, ss. 637-686, s. 681.

²² VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024; İDDK, E. 2023/33, K. 2023/39, T. 12/10/2023. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024; Anayasa Mahkemesi de aykırılığın giderilmesine ilişkin başvuru yolunda kararların tüm yönleriyle yeniden incelenmediğini, aykırılığın giderilmesi kararının da “somut uyuşmazlığa uygulanma kabiliyeti”nden yoksun olduğunu ve sadece içtihadi belirlilik sağlama amacıyla verildiğini ifade etmiştir. AYM, Erkan Tufan, B. No: 2020/33856, 30/3/2023, § 31; Aykırılığın giderilmesi kararının aksi yönde kesinleşmiş kararların verildiği davalar açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Ulusoy, Ali D.** (2022) İdari Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 229; **Bilgin, Hüseyin** (2021) Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 184; Aykırılık lehine giderilen tarafın bu karara dayanarak 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında idareye başvuruda bulunabileceği, başvurunun reddedilmesi halinde hukuk devleti ilkesine uygunluk açısından dava açma süresi ve kesin hüküm konularında davacı aleyhine yorum yapılmaması gerektiği hakkında bkz. **Çınarlı/Azak**, s. 21, 22, 24; Aykırılığın giderilmesi kararının tarafların hukukuna etkili olmaması nedeniyle somut olay adaletini sağlamakta yetersiz kaldığı hakkında bkz. **Güzel**, s. 161; Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kıyas yoluyla genişletilmesine hukuken olanak bulunmamakla birlikte “yargılamanın yeni-

Aykırılığın giderilmesi yoluna ve aykırılığın giderilmesi yönündeki kararın niteliğine ilişkin bu temel değerlendirmelerin ardından VDDK'nın aykırılığın giderilmesi isteminin reddine ilişkin kararlara daha yakından bakabiliriz.

III. VDDK'NIN AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİ İSTEMİNİN REDDİ YOLUNDAKİ KARARLARI

A. İSTEMİN REDDİNE KARAR VERİLEN HALLER

VDDK kararları incelendiğinde Kurulun farklı tarihlerde verdiği kararlarda farklı gerekçelerle aykırılığın giderilmesi istemini reddettiği görülmektedir. Bu durumlardan aykırı kararların “kesin nitelikte” olması ile “benzer olaylar” (olayların benzerliği) şartı kanunda öngörülmüş olup diğerleri VDDK tarafından, kanun koyucunun bu başvuru yolunu ihdas etme amacından esinlenerek yorum yoluyla geliştirilmiştir.

1. Aynı veya Farklı Bölge İdare Mahkemesi Dairelerince Verilen Kararların Kesin Nitelikte Olmaması

Aykırılığın giderilmesi istemini reddine karar verilen hallerden ilki *aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kararların kesin nitelikte olmamasıdır*. VDDK, 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendinde öngörülen bölge idare mahkemesi kararlarının “kesin” nitelikte olması şartının, “istinaf incelemesi sonucunda verilen kararın temyiz incelemesine tabi olmaması”nı ifade ettiğini belirtmiştir²³. Kurula göre kesin olmayan kararlar yönünden temyiz kanun yoluna başvuru imkânı ve dolayısıyla Danıştayın temyiz incelemesi sonucunda hukuki belirliliği sağlayabilme olasılığı

lenmesi sebepleri arasına lehine aykırılığın giderilmesi kararı verilenlerin başvurabilmesinin de eklenmesinin hakkaniyete uygun olacağı” hakkında bkz. **Çökelek**, s. 191-195.

²³ VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2020-12.pdf>> s.e.t. 2/7/2024; VDDK, E. 2020/13, K. 2020/12, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/14, K. 2020/13, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/15, K. 2020/14, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/16, K. 2020/15, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024. **Bilgin** (2021) Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu, s. 668.

bulunmaktadır²⁴. Bu nedenle “istinaf incelemesi sonucunda verilen ve kesin nitelikte olan bir kararla yine istinaf merciinin temyiz incelemesine tabi olan ve dolayısıyla kesin nitelikte bulunmayan kararları arasında mevcut olduğu belirtilen aykırılığın 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında giderilmesine hukuken olanak” bulunmamaktadır²⁵.

Bu yönde verilen VDDK kararları arasında bir ayırım yapılabilir. Bunlardan ilkinde aykırı kararlardan biri temyize tabi olup kanun yoluna başvurmakta menfaati bulunan tarafça karar temyiz edilmiştir. Buna rağmen bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca bu kararlar kesin nitelikteki başka bir bölge idare mahkemesi kararı arasında aykırılık olduğu ileri sürülmüştür. Bu halde Kurulun yukarıda belirtilen istemin reddine dair gerekçesi sistemin işleyişine uygun bir yaklaşım arz eder²⁶.

Ancak bu hususta anılan ikili ayırımı diğer türü oluşturan VDDK’nın 5/6/2024 tarihli ve E. 2024/1, K. 2024/8 sayılı kararına²⁷ ayrıca değinmek gerekir. Kurulun bu kararında aykırı kararlardan birinin kesin olarak verildiği bölge idare mahkemesi kararında belirtilmekle birlikte dava konusu edilen vergi ve cezanın toplam tutarı anılan kararın verildiği tarihte geçerli olan temyiz sınırının üstünde olduğundan kararın temyize tabi olduğu anlaşılmış ve bu nedenle istem reddedilmiştir. VDDK, bu kararında da kanun koyucunun bu başvuru yolunu ihdas etmekteki amacına dikkat çekmiş ve bölge idare mahkemesince kararın kesin olduğu belirtilmesine rağmen kararın temyize tabi olduğunu vurgulamıştır. UYAP üzerinden yapılan araştırmalardan aslında kesin nitelikte

²⁴ VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2020-12.pdf>> s.e.t. 2/7/2024; VDDK, E. 2020/13, K. 2020/12, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/14, K. 2020/13, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/15, K. 2020/14, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2020/16, K. 2020/15, T. 7/10/2020; VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022; VDDK, E. 2023/11, K. 2024/6, T. 26/4/2024; VDDK, E. 2024/1, K. 2024/8, T. 5/6/2024. Bu kararların tamamı UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

²⁵ VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2020-12.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

²⁶ Örneğin, VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2020-12.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

²⁷ UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

olmayan fakat bölge idare mahkemesince kesin nitelikte olduğu belirtilen bu karara karşı ilgilinin temyiz isteminde bulunmadığı görülmektedir. Elbette bu halde de bölge idare mahkemesinin belirlemesinin aksine bu karara karşı menfaati bulunan tarafından temyiz yoluna başvurulmasında bir engel bulunmamaktadır. Temyiz isteminde bulunulmuş olsaydı, ilgili dava dairesi kararın temyize tabi olduğunu belirleyip kararı temyiz incelemesine tabi tutabilecekti. Ancak, ilgilinin bölge idare mahkemesinin kararının kesin nitelikte olduğu yönündeki belirlemesine güven duymuş olabilmesi ve bu nedenle temyize başvurmamış olması daha muhtemeldir. Dolayısıyla ortada kesin nitelikte olmadığı halde “temyiz edilmeksizin kesinleşmiş” bir karar vardır. Kanun koyucunun bu yolu ihdas etmekteki amacı gözetildiğinde, asıl olan, kanunda aranan “kesin” nitelikte olma şartının, yargı merciinin hatalı yönlendirmesi nedeniyle temyize başvurulmaksızın kesinleşmiş kararları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması ve bu halde isteminin esasının incelenmesidir²⁸. Karar aykırılığının giderilmesi isteminin reddi yolundaki kararlarda usule ilişkin müphem noktalarda geniş yorumlarda bulunmaktan kaçınılarak kanundaki şekli şartlara birebir sadık kalınması, bu başvuru üzerine verilecek kararların tarafların hukukuna etkili olmaması nedeniyle bu açıdan adil yargılanma hakkını ihlal edici nitelikte değildir. Fakat usul noktasında şekle müteallik yorumlarla istemin reddine karar verildiği durumlarda mevcut aykırılığın devam edebileceği ve bu konularda hukuki belirlilik sağlanmadığından hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ve bu yönden adil yargılanma hakkının ihlaline neden olunabileceği gözde kaçırılmamalıdır. Ayrıca kanun koyucunun kanun yararına temyiz yolunda olduğu gibi, temyiz edilmeksizin kesinleşmiş kararlar hakkında da aykırılığın giderilmesi yolunun işletilebileceğini öngörmesi gerekmektedir²⁹.

²⁸ Kararın karşı oyunda da bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir.

²⁹ Aykırılığın giderilmesi yolunda verilen kararın ilgilinin hukukuna etkisinin bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, ilgilinin, aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulması için bölge idare mahkemesi başkanlar kurulundan talepte bulunmak amacıyla istinaf incelemesi sonucunda aleyhine verilen kararı temyiz etmeden kesinleşmesini sağlayabileceği düşünülemez. Dolayısıyla bu halde hakkın kötüye kullanılması olanağı bulunmadığından, kanun koyucunun bu yönde bir değişiklik yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu hususta ilgi çekici başka bir karar da VDDK'nın 26/4/2024 tarihli ve E. 2023/11, K. 2024/6 sayılı kararıdır³⁰. Kararda, birbirine aykırılık taşıdığı ileri sürülen kararlar tahlil edilirken kararlardan birinin öncelikle nihai nitelikte olup olmadığı irdelenmiştir. Bu bağlamda, tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik nedeniyle “*İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca dosyanın işlemde kaldırılması yönünde karar verilmesiyle birlikte davanın sona erdiğinin ve yargı merciinin ilgililer tarafından usulüne uygun olarak başvuru yapıncaya kadar davadan el çektiğinin, dolayısıyla da anılan kural uyarınca dosyanın işlemde kaldırılması yönünde verilen kararın nihai nitelikte bir karar olduğunun kabul edilmesi*” gerektiği açıklanmıştır. Ardından, “*İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca dosyanın işlemde kaldırılması yönünde verilen nihai kararın, anılan dosyada dava konusu edilen vergi ve cezaların toplam tutarı temyiz sınırının üstünde olduğundan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesine göre temyize tabi olduğu, dolayısıyla da kesin nitelikte bir karar*” olmadığı sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle istem reddedilmiştir.

2. Aykırılığın, Aynı Bölge İdare Mahkemesinin Aynı Vergi Dava Dairesinin Farklı Tarihlerde Verdiği Karar Arasında Bulunması

VDDK'nın aykırılığın giderilmesi isteminin reddine karar verdiği ikinci durum, *aykırılığın, aynı bölge idare mahkemesinin aynı vergi dava dairesinin farklı tarihlerde verdiği karar arasında bulunmasıdır*. Kurul, aynı bölge idare mahkemesi vergi dava dairesinin konusu aynı veya benzer olan davalarda farklı tarihlerde verdiği farklı nitelikteki kararlar arasında mevcut olduğu belirtilen “aykırılığın 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında giderilmesine hukuken olanak” bulunmadığına, “zira, bir bölge idare mahkemesi vergi dava dairesinin maddi ve hukuki durumları aynı veya benzer olan davalarda verdiği kararlar arasında istikrarı” sağlamanın “aynı dairesinin sorumluluğunda bulunduğu” karar vermiştir³¹.

³⁰ UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

³¹ VDDK, E. 2021/7, K. 2022/5, T. 13/4/2022. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2021-7.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

3. Olayların Benzer Nitelikte Olmaması

VDDK'nın aykırılığın giderilmesi isteminin reddine karar verdiği üçüncü durum, aykırılığın giderilmesi isteme konu bölge idare mahkemesi kararlarındaki *olayların benzer nitelikte olmamasıdır*³². Bu hususa aşağıda ayrıca değinilecektir.

4. Aykırılığın Somut Bir Uyuşmazlığa İlişkin Olması ve Bu Halde Varılacak Sonucun Benzer Olaylara Uygulanma İmkânının Bulunmaması

VDDK kararlarına göre aykırılığın giderilmesi isteminin reddine yol açan dördüncü durum, *aykırılığın somut bir uyuşmazlığa ilişkin olması ve bu halde varılacak sonucun benzer olaylara uygulanma imkânının bulunmamasıdır*. Bu halde, birbirine aykırılık taşıyan bölge idare mahkemesi kararlarına konu olan olayların haiz olduğu özelliklerin oldukça spesifik olması ve aykırılık giderilse dahi ulaşılabilecek sonucun diğer olaylarda uygulanma imkanının bulunmaması aykırılığın giderilmesi isteminin reddine yol açmaktadır³³.

Çalışmada anılan son iki gerekçeye dayanarak verilen kararların içtihadi gelişime etkisi değerlendirilmeye çalışılacağından izleyen başlıklar altında bu gerekçeye dayanarak verilen kararlara odaklanılacaktır.

B. BENZER OLAYLAR KAVRAMINA İLİŞKİN VDDK'NIN YORUMU

Aykırılığın giderilmesine ilişkin kesin nitelikteki bölge idare mahkemesi kararlarına konu olayların “benzer” nitelikte olmamasına rağmen aykırılığın giderilmesi isteminde bulunulmasının, kanunda yer alan bir şartın yerine getirilmemesi nedeniyle istemin reddine yol açacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu bağlamda öncelikle kanun koyucunun aykırılığın *aynı olaylardan* kaynaklanmasını öngörmeyerek içtihat üretimi imkânını genişlettiği gözetilmelidir. Kanun koyucunun kuralı daraltıcı bir şekilde ele almadığı dikkate alındığında yargısal

³² VDDK, E. 2022/5, K. 2022/9, T. 5/10/2022. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/Karar_Bultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2022-5.pdf> s.e.t. 2/7/2024; VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/01/2023. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

³³ VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

yorumla bu imkânının daraltılmasının kanun koyucunun bu yolu öngörme amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Öte yandan kanun koyucu, “benzer olaylar” kavramını tanımlamadığından, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği uygulamada ortaya konulacaktır. Bu noktada öncelikle kanun koyucunun *hukuki uyumsuzluğun* değil *olayların benzer nitelikte olmasını* istemde bulunulması için yeterli görmesi de dikkate değerdir. Fakat olayların benzerliği bu yolun işletilme amacı açısından yeterli değildir. Nitekim maddi olay aynı ya da benzer şekilde gerçekleşmesine rağmen hukuki uyumsuzluk farklılık gösterebilir. Bu bağlamda doktrinde “benzer olaylar” kavramı yerine “benzer hukuki sorun” denilmesinin daha doğru olacağını ifade edildiği de görülmektedir³⁴.

Maddi olay yargılama merciinin hâkimiyet alanı dışında gerçekleşen ve idari işlemin tesis edilmesinin maddi boyutunu (maddi sebep) oluşturan olgu ve olaylar bütünüdür. İdari işlemlerin, tesis edilemeden “önce var olan”, “nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş”, idareyi o işlemi tesis etmeye sevk eden³⁵ “hukuka ve gerçeğe uygun”³⁶ bir etkene dayanması gerekir³⁷. Bu etkenin “*idari görevlerin iyi bir biçimde yürütülmesi ve toplumsal gereksinimlerin karşılanması*”na yönelik kamu yararını gerçekleştirilmeye elverişli ve yeterli olması da lüzum arz eder³⁸. İdareyi işlem tesis etmeye yönelten neden hukuki (ilgili normatif düzenlemeler veya daha önce tesis edilmiş bir başka işlem) ve/veya maddi vakıalar olabilir³⁹. İdare bu olayı ilgili hukuk kuralları bağlamında yorumlayarak işlem

³⁴ **Sancakdar** (2016) *Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 36; **Bilgin** (2021) *İçtihat Farklılığı*, s. 113; **Bilgin** (2021) *Aykırlık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu*, s. 651; **Çökelek**, s. 30; Farklılığın “aynı mevzuat hükmünün değişik yorumlanmasından” kaynaklandığı, maddi olguların “aynı olmak zorunda olmadığı”, “aynı ya da benzer hukuki meselenin farklı şekilde çözümlenmiş olduğunun tespit edilmesi”nin yeterli olduğu hakkında bkz. **Uysal**, s. 139; **Çökelek**, s. 48.

³⁵ **Günday, Metin** (2015) *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, s. 152.

³⁶ **Candan**, s. 260.

³⁷ **Günday**, s. 152.

³⁸ **Günday**, s. 153.

³⁹ **Günday**, s. 153; **Candan**, s. 260.

tesis etmektedir. Hukuki uyumsuzluk ise daha farklı bir kavram olup olayın idare ve davacı tarafından farklı yorumlanmasından kaynaklanabileceği gibi olayın farklı yargı mercilerince farklı hukuki yorumlarla çözüme kavuşturulmasından da doğabilir. Kanun koyucu, benzer olayların farklı hukuki yorumlarla çözüme kavuşturulmasını önlemek ve uygulama birliğini temin etmek amacıyla aykırılığın giderilmesine ilişkin başvuru yolunu öngörmüştür.

Aykırılığın giderilmesine ilişkin kuralın düzenlenme biçimine göre aynı ya da benzer nitelikteki olayların farklı hukuki yorumlarla ele alınması ve çözüme kavuşturulması istemin reddini gerektiren bir neden değildir. Hatta kanun koyucu *benzer konularda birbiriyle çelişen kararlar verilmesini önlemeye ve uyumsuzluğun çözümünde uygulama birliğinin sağlanmasını temin etmeye çalıştığından* bu halde benzer olaylar şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle istemin reddi yolunda karar verilmemesi gerekir.

İdari yargıda mevcut hukuka uygunluk denetimi anlayışında söz konusu re'sen araştırma yetkisi kapsamında idari işlemin kanunda öngörülen koşulları haiz olup olmadığı incelenmektedir. Bu denetim esnasında “idarenin işlemi dayandırdığı sebebin, kanunda o işlemin tesisi için dayanılabileceği öngörülen sebep ya da sebeplerden”⁴⁰ olup olmadığı ve maddi sebebin “varlığının, usulüne uygun yapılan tespitlerle”⁴¹ ortaya konulup konulmadığı araştırılmaktadır. Bu hallere yönelik maddi vakıa incelemesi, 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesinin (a) bendinde teyiz incelemesinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 7/2/1995 tarihli ve 95(5) sayılı Tavsiye Kararı’nın 5. maddesinde de teyiz incelemesinin kapsamının daraltılmasında olgu ve olayların maddi vakıa incelemesi yapan mahkemelerce yapılan tespitlerle sınırlı biçimde kabul edilebilmesine, başvurunun sadece hukuki meseleye yönelik olmasına ve yeni koşullar ortaya çıkmadıkça veya iç hukuk tarafından öngörülen başka nedenler olmadıkça, üst mahkemede yeni iddiaların, olguların veya delillerin sunulmasına ilişkin kısıtlamalar getirilmesine imkân tanındığı anlaşılmaktadır. Aykırılığın giderilmesine ilişkin 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin (4)

⁴⁰ Candan, s. 260.

⁴¹ Candan, s. 260.

numaralı fıkrasının (c) bendinde maddi vakıa incelemesini kapsam dışında bırakan açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Tarafların hukukuna etki edebilecek nitelikte kararların verildiği temyiz incelemesinde dahi maddi vakıa denetiminin kapsam dışında bırakıldığı gözetildiğinde salt uygulama birliğinin sağlanması amacıyla öngörülen aykırılığın giderilmesi yolunda maddi vakıa denetiminin yapılabileceğini ya da maddi vakıaların tespitindeki aykırılıkların giderilebileceğini kabul etmek hukuken mümkün gözükmemektedir. Maddi olayların bölge idare mahkemelerince tespit edildiği şekilde kabul edilmesi ve benzer olaylar şartının gerçekleştiği tespitiyle İDDK ve VDDK'nın olayın hukuki çözümünde uygulama birliğini sağlamaya yönelmesinin bu yolun öngörülme amacına daha uygun bir çözüm sunduğu düşünülmektedir.

VDDK'nın *benzer olaylar* kavramına ilişkin yorumu zaman içinde gelişim göstermiştir. Kurul bu kavramı daha önce “*hem maddi olayların hem de bu maddi olaylara uygulanacak hukuk kurallarının aynı veya benzer nitelikte olması*”⁴² şeklinde yorumlamışken daha sonra verdiği kararlarında kavramı “*hem maddi olayların hem de bu maddi olaylara uygulanacak hukuk kuralları ile bunların ortaya çıkardığı hukuki sonuçların aynı veya benzer nitelikte olması*”⁴³ biçiminde yorumlamıştır.

VDDK, bir başvuruda, dava konusu maddi olaylarda özel usulsüzlük cezalarına ilişkin yapılandırmalardan birinin 7143 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca, diğerinin anılan Kanun'un 4. maddesi uyarınca yapılması dışında maddi olayların aynı şekilde gerçekleşmesi karşısında, yapılandırma talebinden sonra açılan davanın esasının incelenip incelenemeyeceği konusunda yaşanan aykırılığın giderilmesi isteminin “olayların benzerliği” koşulunun gerçekleşmesi nedeniyle esasının incelenebileceğine karar vermiştir⁴⁴.

⁴² VDDK, E. 2021/5, K. 2021/7, T. 3/11/2021. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/aykırılığın giderilmesinailiskinkararlar/2021-5.pdf>> s.e.t. 2/7/2024; VDDK, E. 2022/5, K. 2022/9, T. 5/10/2022. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2022-5.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

⁴³ VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/01/2023. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

⁴⁴ VDDK, E. 2021/5, K. 2021/7, T. 3/11/2021. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/aykırılığın giderilmesinailiskinkararlar/2021-5.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

Başka bir başvuruda ise aykırılığın giderilmesi istemine konu olaylarda, davacılar tarafından, “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında riskli yapı ilan edilerek dönüşüme tabi tutulduktan sonra inşa edilen taşınmazın satışı aşamasında alıcı ve satıcı tarafından ödenen tapu harcının anılan Kanun kapsamında harçtan istisna” “olduğundan bahisle yapılan başvuruların reddine ilişkin işlemlerin iptali ve ödenen tutarın yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle” dava açılmıştır. Aykırılığın giderilmesi istemine konu davalarda, davacıların bir kısmı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun düzeltme ve şikâyet hükümleri kapsamında, diğerleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 11. maddesi kapsamında yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemlerin iptalini istemiştir. VDDK, 2576 sayılı Kanun’un aradığı anlamda “benzer maddi olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda”, “satış işleminin tapu harcından istisna olup olmadığı hususunda farklı yönde verilmiş olan kararlar arasındaki aykırılığın” giderilmesi istemi bulunduğundan, bu durumun işin esasının incelenmesine engel teşkil edecek nitelikte görülmediğine karar vermiştir⁴⁵.

Başka bir başvuruda ise VDDK, öncelikle “...kanuni süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine istinaden tahakkuk eden vergiye karşı açılan davalarda, anılan beyannamelerin ihtirazi kayıtla verilip verilmemesi, farklı hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılmasını gerekli kılmakta ve uyuşmazlığın esasının incelenmesi yönünden farklı hukuki sonuçlar doğurmakta” olduğu yönünde tespitte bulunmuştur. Bu bağlamda VDDK, “(b)eyannamenin ihtirazi kayıtla verildiği durumlar ile ihtirazi kayıtla verilmediği durumlar arasında uygulanacak hukuk kuralları ve bunların doğurduğu hukuki sonuçlar yönünden farklılık bulunduğundan... aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlar arasında aykırılığın giderilmesi yolunun işletilebilmesi için aranılan “benzer olaylarda” verilme şartının gerçekleşmediği” sonucuna ulaşmıştır⁴⁶.

⁴⁵ VDDK, E. 2022/2, K. 2022/7, T. 18/5/2022. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/aykirliligiderilmesineiliskinkararlar/2022-2.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

⁴⁶ VDDK, E. 2022/5, K. 2022/9, T. 5/10/2022. <<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/vddk/isteminreddineiliskinkararlar/2022-5.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

Bununla birlikte aynı olaydan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Kurulun, isteme konu kararlardaki aykırılığın uyuşmazlığın çözümlenme biçiminden kaynaklanması nedeniyle *benzer olayların* bulunmadığı sonucuna ulaştığı da görülmektedir.

Örneğin, VDDK'nın 25/1/2023 tarihli kararında, bölge idare mahkemelerinin aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlarında “farklı davacıların satışını yaptığı ATV (All Terrain Vehicle) isimli arazi taşıtına ilişkin olarak özel tüketim vergisi beyannamesi verilmediğinden bahisle tarh edilen vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergileri dava konusu edilmiştir”. Birbirine aykırılık taşıdığı ileri sürülen isteme konu kararlara ilişkin yargılama süreçlerinin ilkinde, vergi mahkemesince uyuşmazlığın esası “Gümrük Kanunu ve Gümrük Tarife Cetveli İzahnamesinin ilgili hükümleri bağlamında” incelenmiş, “anılan taşıtın özelliklerini değerlendirilerek taşıtın gümrük tarife istatistik pozisyonundaki” yeri belirlenmiş “ve bu yönüyle dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna” ulaşılmış, anılan mahkeme kararına yöneltilen istinaf istemi ise reddedilmiştir. Diğer yargılama sürecinde ise vergi mahkemesince tarhiyatların dayanağı takdir komisyonu kararlarının Vergi Usul Kanunu'nun “ilgili kuralları bağlamında yeterli bir incelemeye dayanıp dayanmadığı ve takdir edilen matrahın hukuka uygun olup olmadığı” değerlendirilmiş ve cezalı tarhiyatların hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış, bu mahkeme kararına yöneltilen istinaf istemi reddedilmiştir.

Kurul bu başvuruda, anılan kararların “aynı veya benzer mahiyette olduklarından söz edilebilmesi(nin) mümkün olmadığı” gerekçesiyle istemi reddetmiştir⁴⁷. Oysa bu olaylar aynı maddi sebepten kaynaklanmakta, ancak yargı mercilerinin bu olaya ilişkin hukuk çözümlenme biçimi farklılaşmaktadır. Kanun'un olayların “benzer” olması yeterli gördüğü halde, hukuki uyuşmazlığın çözümlenme biçimindeki farklılık nedeniyle istemin reddedilmesinin kanun koyucunun bu yolu öngörme amacıyla bağdaşmadığı görülmektedir. Maddi olaydaki benzerlik koşulunun yargılama süreçlerini kapsayacak biçimde yorumlanması uygulama birliğinin sağlanması önünde bir engel teşkil edebilmektedir.

⁴⁷ VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/01/2023. UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

C. AYKIRILIĞIN SOMUT BİR UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN OLMASI VE BU HALDE VARILACAK SONUCUN BENZER OLAYLARA UYGULANMA İMKÂNININ BULUNMAMASI NEDENİYLE VERİLEN İSTEMİN REDDİNE İLİŞKİN VDDK KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İstinaf sisteminde Danıştay içtihat mercii niteliğindedir. Aykırılığın giderilmesi yolu ise bu sistemde istinaf aşamasında kesinleşmesi nedeniyle Danıştay tarafından incelenme olanağı bulunmayan uyuşmazlıklarda hukuki belirliliğin sağlanabileceği yoldur.

Ayrıca bu yolun işletilmesi sonucunda verilen kararın hem ilk derece ve istinaf aşamalarında kesinleşen uyuşmazlıklar hem de temyiz incelemesine tabi uyuşmazlıklar açısından yön gösterici ve belirlilik sağlayıcı nitelikte olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Kurullar tarafından aykırılığın giderilmesi istemi karara bağlanırken verilecek kararın idari yargıda derdest veya açılması muhtemel kaç dava yönünden yön gösterici olabileceği kolaylıkla saptanabilir de değildir.

Son olarak her uyuşmazlığın maddi olay boyutundan soyutlanarak hukuki uyuşmazlığın saptanması ve bu uyuşmazlıkla ilgili ilkesel bir sonuç üretilmesi mümkündür.

Bu belirlemeler ışığında VDDK'nın aykırılığın somut bir uyuşmazlığa ilişkin olması ve bu halde varılacak sonucun benzer olaylara uygulanma imkânının bulunmaması nedeniyle verdiği istemin reddine ilişkin kararlarını değerlendirelim.

1. VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022⁴⁸

VDDK'nın bu kararında, aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlardaki uyuşmazlıklarda, aynı davacının hissedarı olduğu taşınmazın birtakım özellikleri esas alınarak arsa olarak mı arazi olarak mı emlak vergisine tabi tutulacağı hususunda yapılan farklı değerlendirmeler nedeniyle birbirine aykırı kararlar verildiği tespit edilmiştir.

⁴⁸ UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

VDDK, aykırı kararların somut bir olaya ilişkin olması ve benzer olaylarda uygulanmasının söz konusu olmaması nedeniyle aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın, hukuki belirliliği sağlayacak nitelikte olmayacağı gerekçesiyle istemi reddetmiştir. İstemin reddine ilişkin kararda, aykırılığın giderilmesi yolunda verilecek kararla ilgili uyumsuzluğun, diğer kişiler yönünden de ortaya çıkmasının ve yargı mercii önüne getirilerek uyumsuzluk haline getirilmesinin mümkün olması gerektiğine vurgu yapıldığı ve anılan uyumsuzluğun bu niteliği haiz olmadığının belirtildiği görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere uyumsuzluğun diğer kişiler yönünden de ortaya çıkıp çıkmadığı ya da ileri de ortaya çıkıp çıkmayacağı somut olarak ölçülebilir nitelikte değildir.

11/3/1983 tarihli ve 17984 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 28/2/1983 tarihli ve 83/6122 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın eki *Arsa Sayılacak Parsellenmemiş Arazi Hakkında Kararda* arazilerin hangi şartlar altında arsa sayılacağına dair çeşitli ölçütler öngörülmüştür. “Belediye ve mücavir alan sınırları içinde imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmış yerlerde” bulunma, “belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunup da imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmamış olmakla beraber fiilen meskûn halde” bulunma ve belediye hizmetlerinden faydalanmakta olan yerler arasında kalma, zirai faaliyette kullanılma anılan düzenleyici işlemde sayılan ölçütlerden bazılarıdır. Somut olaydaki taşınmazın özelliklerinden ayrılarak söz konusu Karar’da yer alan ölçütlerin yargısal yorumla ele alınması, hangi arazilerin arsa sayılabileceği hususunda ilkesel bir belirleme yapılması ve böylece bu konuda hukuki belirliliğin sağlanması mümkündür. Ancak Kurul kararında aykırılığın somut bir uyumsuzluk bazında gerçekleştiği gerekçesiyle bu yönde bir belirleme yapılmamış ve içtihat üretme fırsatı kullanılmamıştır.

2. VDDK, E. 2022/8, K. 2022/12, T. 7/12/2022⁴⁹

VDDK’nın bu kararında, aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlardaki uyumsuzluklarda, aynı davacının, aynı mükellefin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullanma ve düzenleme fiiline iştirak ettiğinden bahisle farklı dönemler için kesilen vergi ziyai cezalarının dava konusu edildiği tespit edilmiştir.

⁴⁹ UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

Kurul, bu belirlemeden hareketle, aykırılığın giderilmesi istemine konu kararların, somut bir olaya ilişkin olması ve benzer olaylarda uygulanmasının söz konusu olmaması nedeniyle istemi reddetmiştir⁵⁰.

Ancak uyuşmazlıklarda aynı davacının aynı mükellefin fiiline iştirak etmesinden bağımsız olarak sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullanma ve düzenleme fiiline iştirakin hangi koşullar halinde gerçekleşebileceğinin ve bu fiile yaptırım uygulanmasının koşullarının ilkesel olarak belirlenebileceği, böylece diğer uyuşmazlıklarda idari yargı mercilerine yön gösterici nitelikte karar verilebileceği açıktır. Kurul kararında bu yönde bir belirleme yapmak yerine aykırılığın giderilmesi istemi reddedilmiştir.

3. VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/01/2023⁵¹

Bu karara yukarıda “benzer olaylar” kavramıyla ilgili açıklamalar bağlamında değinilmiş ve aykırı kararların aynı olaydan kaynaklandığı belirtilmişti. Bu aykırılığın giderilmesi isteminde, uyuşmazlığın esasını ilgili kanun ve izahname hükümleri bağlamında inceleyen, taşıtın özelliklerini değerlendirerek gümrük tarife istatistik pozisyonundaki yerini belirleyen “ve bu yönüyle dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna” ulaşılan karar ile tarhiyatın dayanağı takdir komisyonu kararının eksik incelemeye dayalı olduğu gerekçesiyle tarhiyatın hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılan karar arasında, en azından takdir komisyonu kararlarının “yeterli bir incelemeye dayanıp dayanmadığı ve takdir edilen matrahın hukuka uygun olup olmadığı” noktasında bir farklılığın oluştuğu açıktır.

Bu istem karara bağlanırken, benzer olaylar koşulunun gerçekleşmediğinden bahisle istemin reddedilmesi yerine, takdir komisyonu kararının hangi şartlar altında yeterli bir incelemeye dayanmış olacağı ve takdir edilen matrahın hukuka uygunluğunun tespiti noktasında hangi koşulların değerlendirileceğinin belirlenmesi gerekirdi.

⁵⁰ Aynı yönde: VDDK, E. 2022/10, K. 2022/13, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/11, K. 2022/14, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/12, K. 2022/15, T. 7/12/2022; VDDK, E. 2022/9, K. 2022/16, T. 7/12/2022. Bu kararların tamamı UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

⁵¹ UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

4. VDDK, E. 2023/5, K. 2023/7, T. 13/12/2023⁵²

Aykırlığın giderilmesi istemine konu kararlardaki uyumsuzluklarda, farklı davacıların mülkiyetleri kendilerine ait olmakla birlikte farklı sanayi sitelerinde bulunan iş yerlerinin emlak (bina) vergisinden muaf olduğundan bahisle yaptıkları başvuruların reddine dair işlemlerin iptali istemiyle dava açılmıştır. Uyumsuzlukların çözümü emlak vergisine konu binaların sanayi sitelerinin içinde yer alıp almadığının belirlenmesine, bu da kuruluşu ve işletilmesi birbirinden farklı statülere tabi sanayi sitelerinin özelliklerinin incelenmesine bağlıdır.

VDDK, sanayi sitelerinin niteliklerinin birbirine benzer olmaması nedeniyle uygulanacak hukuk kuralları ve bunların doğurduğu hukuki sonuçlar arasında farklılıklar bulunduğunu ve ulaşılabilecek sonucun hukuki belirliliği sağlayıcı nitelikte olmayacağını tespit etmiş ve aykırılığın giderilmesi isteminde bulunulması için öngörülen “benzer olaylar” şartının gerçekleşmediği sonucuna ulaşarak istemi reddetmiştir.

Kararın karşı oyunda ise “benzer olaylar” deyiminin maddi ve hukuki olmak üzere iki unsurunun bulunduğu ifade edilmiş; maddi olayların aynı ya da benzer nitelikte olmasının *maddi unsuru*, maddi olaylara uygulanacak hukuk kurallarının ile bunların ortaya çıkardığı hukuki sonuçların aynı ya da benzer nitelikte olmasının ise *hukuki unsuru* ifade ettiği belirtilmiştir. Karşı oyda kalan üyeler, davacılar için iş yerlerinin fiilen ve hukuken sanayi sitesi olarak kabul edilen yerlerde bulunduğuna dikkat çekerek “benzer olaylar” şartının maddi unsurunun gerçekleştiğini tespit etmiştir. Ayrıca davacıların iş yerlerinin emlak (bina) vergisinden muaf olup olmadığının belirlenmesinde aynı hukuk kuralının uygulanacağını, bu kuralın da Emlak Vergisi Kanunu’nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendi olduğunu belirtmek suretiyle de şartın hukuki unsurunun sağladığını ifade etmişlerdir. Karşı oyda, uyumsuzluklarda benzer maddi olaylar için aynı hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılarak uyumsuzluğun esasının değerlendirilmesinde farklı sonuçlara ulaşıldığı saptanmıştır. Bu bağlamda, kanun koyucunun içtihat birliğinin sağlanmasına yönelik amacı

⁵² UYAP’tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

dikkate alınarak aykırılığın giderilmesine yönelik olarak verilecek kararın Emlak Vergi Kanunu'nun anılan hükmünde yer alan "sanayi sitesi" ibaresinin ilgili mevzuat kapsamında değerlendirilmesinin hukuki belirliliği sağlayacağı ifade edilmiş ve aykırılığın giderilmesi isteminin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Üyeler, istemin esası hakkında ise "sanayi sitesi" kavramını mevzuat hükümleri kapsamında yorumlayarak ilgili kamu kurumunca belirlenmemiş bir alanda faaliyet gösteren birden fazla işletmeden müteşekkil olmakla birlikte planlı sanayi alanı dışındaki bir topluluğun Emlak Vergisi Kanunu'nun aradığı anlamda sanayi sitesi olarak kabulüne olanak bulunmadığı ve aykırılığın, imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenen bölgede, yetkili kamu kurumları tarafından verilen izinle kurulan sanayi sitesinde yer alan iş yeri niteliğinde olan binanın, kiraya verilmemesi şartıyla, emlak vergisinden daimi olarak muaf olduğu yönünde giderilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir.

Aykırılığın giderilmesi isteminde konu kararın karşı oyunda "benzer olaylar" şartına ilişkin hukuki belirlemeler ve bunların anılan başvuru bağlamında ele alınma biçimi oldukça önemlidir. Birbirine aykırılık taşıyan kararlarda madde olayların benzer nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu olayların aynı olmasını da aramamaktadır. Aykırılık, olaylardan ziyade, "sanayi sitesi" kavramının içeriğinin tespit edilmesindeki belirsizlik nedeniyle farklı mahkemeler tarafından bu kavramın farklı şekilde yorumlanması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Kanun koyucunun bu yolu öngörmesindeki amaç bu hukuki yorum farklılıklarının giderilmesidir. Bu nedenle karşı oyda yer alan belirlemelerin kanun koyucunun amacına daha uygun olduğu düşünülmektedir.

5. VDDK, E. 2023/7, K. 2024/2, T. 14/2/2024⁵³

Bu kararda VDDK, aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın, uygulamada hukuki belirliliği sağlayacak nitelikte olması ve aykırılığa neden olan hususun, aykırı kararlardaki davaların tarafları dışında kalan kişiler yönünden ortaya çıkmasının ve yargı mercileri önünde uyumsuzluk haline getirilmesinin mümkün olmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir.

⁵³ UYAP'tan edinilmiştir. s.e.t. 2/7/2024.

Kurul, aynı davacının, aynı ada ve parseldeki yer alan bağımsız bölüm satışları yönünden davacının “iş yüklenen müteahhit” olup olmadığı belirlenirken somut olayın özelliklerinin farklı değerlendirilmesi nedeniyle birbirine aykırı kararların verildiğini belirtmiştir. Kurula göre uyumsuzluk somut bir olaya ilişkindir ve ulaşılabilecek sonucun benzer olaylarda uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Kurul bu gerekçeyle istemi reddetmiştir.

Karşı oyda ise satışı yapılan taşınmazların 6306 sayılı Kanun kapsamında olduğu ve satıcının da taşınmazın müteahhidi niteliğine sahip olması halinde devir ve tescil işleminin harçtan müstesna olacağına ihtilaf bulunmadığı belirtilmiş ve bu yönde hukuki belirliliğin sağlanabileceği belirtilmiştir. Karşı oyda bu nedenle istemin esasının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Aykırlığı giderilmesi istemi yönünden 6306 sayılı Kanun’da öngörülen istisna şartlarının “taşınmaz” ve “müteahhit” yönünden genel bir değerlendirmeye belirlenebileceği ve bu yönden hukuki belirlilik sağlanması gerektiği açıktır. Bu nedenle istemin reddi yerine bu yönde verilecek kararın kanun koyucunun amacına daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

SONUÇ

İdari yargıda istinaf sistemine geçilmesiyle kanun koyucu tarafından Danıştayın içtihat mercii rolünü üstlenmesi öngörülmüştür. İchtihat mercii olmak, sürdürülebilir ve makul bir iş yüküyle çalışmayı ve kararlarda istikrarı gerektirir. Kanun koyucu da Danıştayın bu rolünü gereği gibi ifade edebilmesi için makul seviyede bir iş yüküyle çalışmasını temin edebilmek ve temyiz incelemesinin kapsamını daraltmak için çeşitli tedbirler almıştır. Bu kapsamda bir yandan temyiz incelemesine tabi olacak dosya sayısını azaltabilmek amacıyla 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesinde miktar ve konu sınırlamaları öngörmüş, diğer yandan 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesinin (a) bendinde yapılan değişiklikle maddi vakıa incelemesini temyiz incelemesinin kapsamı dışına çıkarmıştır.

Türk idari yargı sisteminde dokuz ayrı bölge idare mahkemesi bulunmaktadır. Ayrıca temyiz incelemesine tabi olabilecek dosyaların filtrelenmesi amacıyla öngörülen miktar ve konu sınırlamaları birçok uyumsuzluğun ilk derece

mahkemelerince yürütülen yargılama neticesinde ya da istinaf incelemesi sonucunda kesinleşmesine neden olmaktadır. Bu iki nedenle aynı uyumsuzluk, farklı bölge idare mahkemelerince veya aynı bölge idare mahkemesinin farklı dava dairelerince farklı şekillerde kesin nitelikteki kararlarla sonuçlandırılabilir. Bu nitelikteki dosyalar açısından temyiz incelemesi mümkün olmadığından Danıştayın bu uyumsuzluklar hakkında içtihatlarıyla hukuki belirliliği sağlaması mümkün olamamakta, başka bir anlatımla, aynı uyumsuzluğun farklı yöndeki kararlarla kesin olarak neticelenmesi, ülke çapında o uyumsuzlukla ilgili hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

Mevcut sistemde Danıştayın iş yükü sorunu ve temyiz incelemesinin kapsamı nedeniyle uygulamaya yeterince yön veremediği açıktır. Danıştayın istinaf sisteminde içtihat mercii olarak faaliyet göstermesi isteniyorsa, palyatif nitelikteki miktar ve konu sınırlamalarının kaldırılması ve temyiz incelemesinde içtihadı karakterin ön plana çıkarılması gerekmektedir. Adli uyumsuzluklardan farklı olarak idari davanın “idarenin “kamu gücü”ne dayanan işlem ve eylemlerinden doğan”⁵⁴ uyumsuzluklara ilişkin olması ve “bireylerin hak ve özgürlüklerinin, idarenin hukuka aykırı ve keyfi işlemlerine karşı korunması”⁵⁵nın “idari yargı denetiminin temel amacı ve işlevi”⁵⁶ni oluşturması nedeniyle “hukuka aykırı idari işlem ve eylemlerin hukuk âleminde “aykılanması”⁵⁷ni sağlama”⁵⁷ noktasında daha etkin mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir⁵⁸. Bunun için Türkiye’de başta temyiz algısının değiştirilmesi ve temyizcinin, kanunda öngörülen harç tutarı ödenen her uyumsuzluğun ilgili heyet tarafından her yönüyle incelendiği bir formdan kurtarılması gerekir. Bu bağlamda her uyumsuzluk açısından kural olarak tüm kanun yollarının açık olduğu bununla birlikte temyiz merciiinin içtihat üretebileceği dosyayı objektif kriterler (o konuda içtihadın var olup olmadığı ve verilen kararın içtihadı uygunluğu gibi) bağlamında seçme

⁵⁴ **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1922.

⁵⁵ **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1923.

⁵⁶ **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1923.

⁵⁷ **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1922.

⁵⁸ **Yılmaz** (2023) İdari Yargıda, s. 1922.

imkânına sahip olduğu temyiz izni sistemine geçilmesi gayeye daha uygun bir filtreleme yöntemi arz etmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta farklı örnekleri bulunan bu sistemin uygulanmasını kanun koyucu henüz kabul etmemiştir. Bunun yerine temyiz incelemesine tabi olmaksızın kesin nitelikteki kararlarla kesinleşen uyuşmazlıklar açısından, kanun koyucu, içtihatlarla hukuki belirliliğin sağlanması ve aynı konuda farklı yönde kararlar verilmesini önlemek amacıyla 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) bendinde benzer olaylarda bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki aykırılıkların giderilmesine yönelik bir yol ihdas etmiştir. Aynı maddenin (5) numaralı fıkrasında ise vergi uyuşmazlıkları açısından Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu bu istemleri sonuçlandırmakla görevlendirilmiştir.

Uygulamada bu başvuru yönteminin işletilmesi neticesinde verilen aykırılığın giderilmesi yolundaki kararın hukuki niteliği de uygulamada tartışma konusudur. Bu tartışmalar anılan kararın bağlayıcılığı noktasında düğümlenmektedir. Bu yolun farklı kararların verilmesini önlemek ve hukuki belirliliği sağlamak amacıyla öngörüldüğü düşünüldüğünde anılan kararın bağlayıcı olduğu hususunun tartışılması yolun ihdas edilme amacına aykırılık taşıyacaktır.

Öte yandan, anılan yolun işletilme usulü de kanunda yeterince açık bir biçimde düzenlenmediğinden Danıştay anılan maddeyi ve bu yolun öngörülme amacını dikkate alarak usule ilişkin boşlukları gidermeye çalışmaktadır. Bu bağlamda VDDK, aykırılığın giderilmesi istemlerini, öncelikle başvurunun usule ilişkin çeşitli koşulları taşıyıp taşımadığı yönünden incelemekte ve birbirine aykırılık taşıdığı ileri sürülen kararların kesin nitelikte olup olmadığını, benzer olaylardan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın benzer olaylara uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. Aykırılık taşıyan kararların bu şartları taşımadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde istem reddedilmektedir.

Aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın, hem ilk derece ve istinaf aşamalarında kesinleşen uyuşmazlıklar hem de temyiz incelemesine tabi uyuşmazlıklar açısından yön gösterici ve belirlilik sağlayıcı nitelikte olacağına kuşku

bulunmamaktadır. Aykırılığın giderilmesi yönünde verilecek kararın benzer olaylara uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen istemin reddi yolundaki kararlar ise uygulamada o uyumsuzlukla ilgili belirliliğin sağlanmasına engel olabilmektedir. Aykırı kararlarda somutlaşan uyumsuzluğun ne kadar olaya özgü olduğu, bu konuda verilecek kararın başka olaylar açısından ne kadar uygulanma olanağı bulabileceği somut olarak ölçülebilir değildir. Kaldı ki, bir içtihadın, derdest davalar açısından olmasa bile ileride açılması muhtemel benzer davalar yönünden belirleyici karakter taşıyabileceği de gözetilmelidir.

Diğer yandan, teyiz incelemesinin kapsamının maddi vakıa denetimi soyutlanarak daraltıldığı ancak bu durumun henüz uygulamada oturmadığı gözetildiğinde, aykırılığın giderilmesi istemi üzerine yapılacak incelemenin, olaylardan çok hukuki uyumsuzluğa odaklanılmasını gerektirmesi nedeniyle Danıştaya bu pratiği kazandırmaya vesile olabileceği de değerlendirilmektedir. Bu nedenle aykırılığın giderilmesi isteminin reddedilmesinin bu pratiğin kazanılması açısından da olumsuz bir etkisinin bulunduğu açıktır.

Bu belirlemeler ışığında VDDK'nın aykırılığın somut bir uyumsuzluğa ilişkin olması ve bu halde varılacak sonucun benzer olaylara uygulanma imkânının bulunmaması nedeniyle istemin reddetmemesinin anılan başvuru yolunun öngörülme amacına daha uygun bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

Ayrıca kanun koyucunun aykırılığın giderilmesini isteme yolu açısından başvuru usulünü bu konudaki Danıştay içtihatlarını da dikkate alarak kanunda daha açık bir şekilde düzenlemesi ve bu kapsamda hangi hallerde istemin reddine karar verileceğini kanunla belirlemesi de bir öneri olarak sunulabilir. Ancak kanunla belirlenecek koşulların, bu yolun, içtihatlarla belirlilik sağlama yönündeki öngörülme amacını zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği de önemle belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- Açımız, Bige** (2023) İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akyıldız, Ali** (2015) “İstinafa İlkel Bakmak”: Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, ss. 11-32.
- Bilgin, Hüseyin** (2021) Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bilgin, Hüseyin** (2021) “Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, ss. 637-686.
- Candan, Turgut** (2022) Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Çınarlı, Serkan/Azak, Kerim** (2020) “Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi”, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, ss. 1-26.
- Çökelek, Mehmet** (2024) Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasında Aykırılığın Giderilmesi (Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi.
- Güran, Sait** (1977) Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları.
- Güzel, Oğuzhan** (2024) Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kaplan, Gürsel** (2016) Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Karataş Durmuş, Neslihan** (2023) “Vergi Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu Uygulamasında Sorunlar”: Öz, Ersan (Editör), II. Ulusal Vergi Yargısı Paneli Mevzuat ve Uygulamada Vergi Yargılaması, 4/5/2023, İstanbul, Vergi Müfettişleri Derneği Yayını, ss. 35-45.
- Keskin, Züleyha** (2016) “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, ss. 235-262.

- Sancakdar, Oğuz** (2013) “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, ss. 2237-2326.
- Sancakdar, Oğuz** (2016) “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”: Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, ss. 29-113.
- Semiz, İmran** (2021) Türk Vergi Yargılaması Hukukunda İstinaf, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Sevinç, Ekin** (2018) Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu (Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ulusoy, Ali D.** (2022) İdari Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Uysal, Zeki** (2021) İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Yılmaz, Serdar** (2023) “İdari Yargıda “Parasal Sınırlar”ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 4, ss. 1905-2006.
- Yılmaz, Sevda** (2016) “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usulü Değişiklikleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 126, ss. 415-446.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre** (2023) “Temyiz İncelemede “İçtihat Eksenli” Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri”, Danıştay Dergisi, S. 156, ss. 65-135.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre** (2023) “2577 Sayılı Kanun’un 46. Maddesinin Birinci Fıkrasının “B” Bendinin İptaline Yönelik Anayasa Mahkemesi Kararı Nedeniyle Oluşan Hukuki Durum ve Kanun Değişikliği Önerileri”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 423, ss. 31-46.

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 2006/65, K. 2009/114, 23/7/2009.

AYM, E. 2023/36, K. 2023/142, 26/07/2023.

AYM, E. 2023/81, K. 2023/184, 26/10/2023.

AYM, Abdurrahman Şanda, B. No: 2014/3907, 7/12/2016.

AYM, Necmiye Çiftçi ve Diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014.

AYM, Erkan Tufan, B. No: 2020/33856, 30/3/2023.

Danıştay Kararları

- VDDK, E. 2020/12, K. 2020/11, T. 7/10/2020.
VDDK, E. 2020/13, K. 2020/12, T. 7/10/2020.
VDDK, E. 2020/14, K. 2020/13, T. 7/10/2020.
VDDK, E. 2020/15, K. 2020/14, T. 7/10/2020.
VDDK, E. 2020/16, K. 2020/15, T. 7/10/2020.
VDDK, E. 2021/5, K. 2021/7, T. 3/11/2021.
VDDK, E. 2021/10, K. 2022/3, T. 19/1/2022.
VDDK, E. 2022/2, K. 2022/7, T. 18/5/2022.
VDDK, E. 2022/5, K. 2022/9, T. 5/10/2022.
VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022.
VDDK, E. 2021/7, K. 2022/5, T. 13/4/2022.
VDDK, E. 2022/5, K. 2022/9, T. 5/10/2022.
VDDK, E. 2022/7, K. 2022/11, T. 16/11/2022.
VDDK, E. 2022/8, K. 2022/12, T. 7/12/2022.
VDDK, E. 2022/10, K. 2022/13, T. 7/12/2022.
VDDK, E. 2022/11, K. 2022/14, T. 7/12/2022.
VDDK, E. 2022/12, K. 2022/15, T. 7/12/2022.
VDDK, E. 2022/9, K. 2022/16, T. 7/12/2022.
VDDK, E. 2022/13, K. 2023/1, T. 25/01/2023.
VDDK, E. 2023/5, K. 2023/7, T. 13/12/2023.
VDDK, E. 2023/7, K. 2024/2, T. 14/2/2024.
VDDK, E. 2023/11, K. 2024/6, T. 26/4/2024.
VDDK, E. 2024/1, K. 2024/8, T. 5/6/2024.
İDDK, E. 2023/33, K. 2023/39, T. 12/10/2023.

AİHM Kararları

AİHM, Papaioannou/Yunanistan, B. No: 18880/15, 2/6/2016.

İnternet Adresleri

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 7/2/1995 tarihli ve 95(5) sayılı Tavsiye Kararı
<[Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan, 2012-2021 yılları arasında ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen uyuşmazlıklar dahil Danıştay daireleri iş durumu verileri:](https://search.coe.int/cm#{%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22],[%22CoECollection%22:[%22CM_DOC%22,%22CM_SG%22]]}> s.e.t. 2/7/2024.</p></div><div data-bbox=)

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf>
s.e.t. 2/7/2024.

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf> s.e.t. 2/7/2024.

<<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1042024101742Adalet%20%C4%B0statistikleri%202023.pdf>> s.e.t. 2/7/2024.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

7251 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLERDEN SONRA İLK DERECE HUKUK MAHKEMELERİNDE TANIK LİSTESİNİN SUNULMA ZAMANINA İLİŞKİN UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ece ACAR^(**)

ÖZET

Medenî usûl hukuku uygulamasındaki güncel problemlerden biri, yargılama sırasında tanık listesinin sunulması gereken zamana dair ilk derece mahkemelerinin birbirinden farklı kararlar veriyor olmalarıdır. Özellikle 28 Temmuz 2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda getirmiş olduğu değişikliklerden sonra, belge niteliğindeki delillerin mahkemeye sunulma anına ilişkin yeni düzenlemenin farklı yorumlandığı ve yargılama sürecinin başında taraflardan tanık listelerini sunmalarının istendiği görülmektedir. Oysa tanık deliline yargılama sürecinin başında dayanılmalıdır, ancak yargılama sürecinin başında taraflardan tanık listesi sunmalarının beklenmesi yerinde değildir. Zira taraflardan ancak mahkeme tarafından ilgili uyuşmazlığın tanıkla ispatının mümkün olduğunun tespit edilmesinden ve tanık dinlenilmesine karar verilmesinden sonra tanık listelerini sunmaları beklenebilir. Bu hususların ise ön inceleme aşamasından önce belirlenebilmesi mümkün değildir. Çalışmamızda ilk olarak tanık deliline ve tanık listesinin sunulmasına dair genel esaslara değinilecek, sonrasında ise tanık listesinin sunulma zamanına dair öğretideki görüşler ve konuyla ilgili Yargıtay kararları eşliğinde tanık listesinin yargılama sürecinin başında sunulmasının istenmesinin hukuken yerinde olmadığına dair görüşümüzün gerekçeleri ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tanık, Tanık Listesi, Tanık Listesi Sunulması, Tanık Listesi Sunulma Zamanı, Delillerin Sunulması.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1573261 - **Geliş Tarihi:** 24.10.2024 - **Kabul Tarihi:** 22.11.2024.

^(**) Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ece.acar@ozyegin.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4529-5434>.

THE APPLICATION AND EVALUATION OF THE SUBMISSION TIME OF WITNESS LISTS IN FIRST INSTANCE COURTS AFTER THE AMENDMENTS MADE BY LAW NO. 7251

ABSTRACT

One of the current problems in the practice of civil procedure law is the fact that first-instance courts issue differing rulings regarding the time by which the witness list must be submitted during the trial. Especially following the amendments introduced to the Code of Civil Procedure No. 6100 by the Law No. 7251 on Amending the Code of Civil Procedure and Certain Codes, published in the Official Gazette on July 28, 2020, it has been observed that the new regulation concerning the timing of the submission of documentary evidence is interpreted differently. Consequently, parties are being asked to submit their witness lists at the beginning of the trial process. However, while the reliance on witness evidence must occur at the beginning of the trial process, it is inappropriate to expect parties to submit their witness lists at this stage. This is because it should only be after the court determines that the relevant dispute can be proven with witness evidence and decides to hear witnesses that the parties can be expected to submit their witness lists. Such determinations, however, cannot be made before the preliminary examination phase. In our study, we will first discuss the general principles regarding witness evidence and the submission of witness lists. Then, through an examination of opinions in doctrine and the relevant rulings of the Court of Cassation on the timing of the submission of witness lists, we will present the reasoning behind our view that requiring the submission of witness lists at the beginning of the trial process is legally unfounded.

Keywords

Witness, Witness List, Submission of Witness List, Time for Submitting Witness List, Submission of Evidence.

GİRİŞ

Medeni usûl hukukuna dair uygulamada karşılaşılan güncel problemlerden biri, yargılama sürecinin başında taraflardan tanık listesi sunulmasının beklenmesi ve bu beklentinin hukuken yerinde olup olmadığıdır. Özellikle 22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda getirmiş olduğu değişikliklerden sonra, ilk derece mahkemelerince, taraflardan, yargılama sürecinin başında tanık listesi sunulmasının istenmesi yönünde kararlar verildiği görülmektedir.

Bu çalışmada tanık listesi, tanık listesinin sunulması, 7251 sayılı Kanun ile delillerin sunulması süresine dair yapılan değişiklik ve bu değişikliğin sonuçları incelendikten sonra, tanık listesinin sunulması zamanına dair uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesi amacıyla, tanık listesi sunulması zamanına dair mevzuat, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları kapsamında değerlendirmede bulunulacaktır.

I. TANIK LİSTESİ

A. GENEL OLARAK TANIK DELİLİ

Tanık kısaca, davayla ilgili çekişmeli vakıalara dair bilgisini mahkemeye aktaran taraflar dışındaki üçüncü bir kişi olarak tanımlanabilir¹. Tanık delili, tak-

¹ **Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang** (2022) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, München, Verlag C. H. Beck., §373, Rn. 1; **Saenger, Ingo** (2023) Zivilprozessordnung, 10. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag. §373, Rn. 1, 2; **Wolf, Christian/Zeibig, Nicola** (2015) Evidence in Civil Law-Germany, Maribor, Lex Localis, s. 27; **Kuru, Baki** (2020) Medeni Usul Hukuku El Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 757; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2024) Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 12. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 415; **Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 1887; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayyaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023), Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi. s. 481; **Tanrıver, Süha** (2020) Medeni Usûl Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 882; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) Medeni Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 519; **Ertarhan, Mesut** (2005) Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 281-282;

diri delillerdendir. Tanık deliline dair düzenlemeler asıl olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İspat ve Deliller" başlıklı dördüncü kısmının dördüncü bölümünde 240 ilâ 265. maddeler arasında yer almaktadır. Bu bölüm dışında da muhtelif maddelerde tanık delili hakkında düzenlemeler bulunmaktadır².

Tanık delili, hukuk yargılamasında tarafların en sık başvurduğu delillerdendir³. Öyle ki, uygulamada en sık kullanılan kesin delilin senet olması nedeniyle kesin delillerle ispat kuralına "senetle ispat kuralı" denildiği gibi, en sık başvuru takdiri delilin tanık olmasından dolayı senetle ispat zorunluluğuna "tanıkla ispat yasağı" da denilmektedir⁴.

Tanık, mahkemeye görüşünü değil, yalnızca gördüklerini ve duyduklarını aktarır⁵. Davada taraf olan kişiler tanık olarak gösterilemez (HMK m. 240, f. 1). Hâkim, tarafların gösterdikleri tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edil-

Akil, Cenk (2020) "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi", TBB Dergisi, S. 149, s 154, dn. 1; **Gündoğdu, Süleyman Burak** (2021) Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 313.

² Örneğin, HMK m. 200, m. 201, m. 202 ve m. 203'te senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu hâllerde tanık deliline nasıl dayanılabileceği hususunda düzenlemeler yer almaktadır.

³ **Ertarhan**, s. 50, 52, 275; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2023) Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 305; **Akil**, s. 154; **Turan, Mehmet** (2022) "Tanık Listesi Sunulması" TAAD, S. 49, s. 291; Alman hukukunda da tanık delili uygulamada en çok başvuru delillerdendir (**Rauscher/Krüger**, §373, Rn. 1; **Saenger**, §373, Rn. 1, 2; **Wolf/Zeibig**, s. 27).

⁴ "... Senetle ispat zorunluluğu yerine aslında "kesin delille ispat zorunluluğu" denilmesi daha doğrudur. Ancak, senet kesin delillerin en önemlisi olduğundan, bu "senetle ispat zorunluluğu" olarak ifade edilmektedir. Fakat, senetle ispat zorunluluğu hakkındaki açıklamaların, diğer kesin deliler için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Senetle ispat zorunluluğu "tanıkla ispat yasağı" olarak da ifade edilir. Bunun da aslında "takdiri delille ispat yasağı" olması gerekir. Fakat tanık en çok başvuru önemli bir takdiri delil olduğundan buna "tanıkla ispat yasağı" denilmektedir. Tanıkla ispatı yasak (kesin delille ispatı zorunlu) olan bir hukuki işlem, diğer takdiri delillerle de ispat edilemez. Senet (kesin delil) ile ispat zorunluluğuna ilişkin kanun hükümleri başka bir deyimle tanıkla ispat yasağı, kamu düzeni düşüncesiyle kanuna konulmuş değildir. Bu nedenle, bunun hilafına sözleşme (delil sözleşmesi) yapılabilir...", YHGK, E. 2021/981, K. 2022/1945, T. 28.12.2022 (Lexpera).

⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, (2024), s. 415; **Pekcanitez**, s. 1887; **Wolf/Zeibig**, s. 27; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 519. İsviçre hukukunda da bu husus, taraf olmayan kişinin, doğrudan algıladığı olaylar hakkında tanıklık edebileceği şeklinde düzenlenmiştir (Sch. ZPO Art. 169).

mek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiğine kanaat getirirse, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir (HMK m. 241)⁶. Bu durumda hâkim, geri kalan tanıkların dinlenilmemesi gerekçelerine kararında yer vermelidir⁷. Bu düzenleme ile yargılamanın hızlandırılması amaçlanmıştır⁸. Bunun yanı sıra, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda taraflar da göstermiş oldukları tanıkların dinlenilmesinden vazgeçebilirler⁹.

⁶ Hâkim eğer gerekli görürse, tanığın sözlü olarak dinlenmesi yerine, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine de karar verebilir. Tanık tarafından verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde ise hâkim tanığı dinlemek üzere davet edebilir (HMK m. 246). Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi hususunda detaylı bilgi için bkz. **Akkan, Mine** (2015) “Medeni Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, ss. 555-609; **Öztek, Selçuk** (2008) “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, s 179-180.

⁷ **Akcan, Recep** (2012) “Tanıklardan Bir Kısımının Dinlenilmesi ile Karar Verilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, ss. 152, 161; “... Tanık listesinde gösterilecek olan tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Taraf, istediği sayıda tanığın dinlenilmesini talep edebilir. Kural bu olmakla birlikte hâkim gösterilen tanıkların tamamının dinlenilmesine gerek olmadığı veya bu hususun davayı uzatma amacıyla yapıldığı sonucuna varırsa, gerekçeli kararında belirtmek şartıyla bütün tanıkları dinlemeyebilir. Bu konuya işaret eden ve yine 6100 sayılı HMK'nın getirdiği bir yenilik olarak karşımıza çıkan 241. madde “Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir” düzenlemesini içermektedir. Anılan maddenin gerekçesinde; davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkânı ifade etmektedir. HMK'nın 240/2. maddesiyle tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa ait olduğu da dikkate alınarak, bu bağlamda, tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle ispat edilmek istenen husus hakkında yeterli derecede sonuç alınmış ise diğer tanıkların dinlenilmemesine karar verilebilecektir...”, YHGK., E. 2017/1902 K. 2019/1348 T. 12.12.2019 (Lexpera).

⁸ “... Yasal düzenlemede kanun koyucu hakimın yeter derece de bilgi edindiği kanaatine varması halinde dinlenmeyen tanıkların dinlenilmesine vazgeçebileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bu maddeyi düzenlerken sadece hakimın davaya konu olay hakkında yeterince bilgi edinmesi şartını aramıştır. Tanıklar yönünden sayısal olarak bir düzenleme getirilmediği gibi tanıkların dinlenip dinlenilmemesi hususunda tarafların iyi niyet ya da kötü niyetli olup olmamalarını da değerlendirme konusu yapmamıştır. H.M.K. 241 maddesindeki düzenleme ile yargılamanın hızlandırılması amaçlanmıştır...”, YHGK, E. 2014/10, K. 2015/152., T. 10.06.2015 (Lexpera).

⁹ **Köroğlu, Anıl/Tahiroğlu, Fatih** (2020) “Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme”, TAÜHFD, S. 2 (1), s. 226. Tanık delilinden vazgeçilebilmesi için karşı tarafın rızası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119. maddesi uyarınca iddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği dava dilekçesinde yer alması gereken unsurlardandır¹⁰. Dolayısıyla tanık deliline dayanmak isteyen davacının dilekçesinde buna yer vermesi gerekmektedir. Davalı bakımından da bu husus cevap dilekçesinde yer alması gereken unsurlardandır¹¹. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun cevap dilekçesinin içeriği kenar başlıklı 129. maddesinde, “savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği”, cevap dilekçesinde bulunması gereken unsurlar arasında sayılmıştır. İki düzenleme bakımından da dilekçelerde yer alması gereken unsur tanıklar bakımından yalnızca tarafların tanık deliline dayanmış olmasıdır¹². Aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere¹³, ‘tanık listesinin sunulması’ bu maddeler kapsamında aranan bir unsur değildir.

B. TANIK LİSTESİ

Tanık listesi, tarafın tanık dinletmek istediği vakıa, dinlenilmesi istenen tanıkların adı, soyadı ve dinlenilmesi istenen tanıkların tebliğe elverişli adreslerini içeren listedir¹⁴. Tanık listesinin mutlaka ayrı bir liste hâlinde mahkemeye sunulmasına gerek olmayıp taraflarca dilekçeler teatisi aşamasında verilen dilekçe-

aranmaktadır zira HMK'nin 196. maddesi uyarınca delil gösteren tarafın karşı tarafın açık izni olmadıkça o delile dayanmaktan vazgeçmesi mümkün değildir (Tutumlu, Mehmet Akif (2018) “Tanığın Dinlenilmesinden Vazgeçme Karşı Tarafın İznine Bağlı Mıdır?” Terazi Hukuk Dergisi, S. 146, s. 142 vd.; Köroğlu/Tahiroğlu, s. 233 vd.).

¹⁰ HMK m. 129'da yer alan bu düzenleme, İsviçre hukukundaki düzenlemeye paraleldir. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda da iddia edilen vakıalara ilişkin her bir delilin belirtilmesi, dava dilekçesinin içeriğinde yer alacak unsurlar arasında sayılmıştır (Sch. ZPO Art. 221).

¹¹ Bu düzenlememiz de İsviçre hukukundaki düzenlemeye paraleldir. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda Davalının, cevap dilekçesinde savunmasını dayandıracığı delilleri sunması, cevap dilekçesinin içeriğinde yer alacak unsurlar arasında sayılmıştır (Sch. ZPO Art. 222).

¹² Erdömez, Güray (2013) “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 5, s. 25; Akil, s. 154.

¹³ Bkz. aşa. II, A.

¹⁴ “... Tanık deliline ancak davanın tarafları başvurabilecekleri için, davada tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıa ile dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini bir liste hâlinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir...”, YHGK., E. 2021/57, K. 2022/1721, T. 13.12.2022 (Lexpera).

lerde de tanık listesine yer verilebilir¹⁵. Ancak tanık listesi dilekçeler teatisi aşamasında tarafların sundukları dilekçelerde yer almamışsa, bu durumda ayrı bir dilekçe ile mahkemeye sunulmalıdır¹⁶.

Tanık listesinde dinlenilmesi istenen tanıkların adresleri gösterilmemiş veya tanıklar gösterilen adreste bulunamamışsa, ilgili tarafa adres göstermesi için işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Verilen kesin süre içinde taraf adres göstermezse ya da tarafın gösterdiği yeni adres de doğru adres değilse, söz konusu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 240, f. 3).

II. TANIK LİSTESİNİN SUNULMASI ZAMANI

A. 7251 SAYILI KANUN İLE HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NDAKİ DELİL SUNMA SÜRESİNİN BAŞLANGICINA DAİR DÜZENLEMEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119, f. 1, f bendi uyarınca, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dava dilekçesinde açıkça yer almalıdır. Bu kapsamda davacı yalnız genel ifadelerle hangi delillere dayandığını belirtmekle yetinmemeli, dayandığı delillerin dilekçeden anlaşılması mümkün olmalıdır¹⁷. Bu gereklilik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194'te düzenlenmiş bulunan somutlaştırma yükünün de bir sonucudur. Zira "Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi" kenar başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194, tarafların dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırma yükümlülüğü altında oldukları düzenlemesini içermektedir. Yine aynı maddede tarafların ayrıca dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini de açıkça belirtmek zorunda oldukları düzenlemesi yer almaktadır. Davacı, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini somutlaştırmazsa, hâkim tarafından kendisine ön inceleme aşamasında kesin süre verilmelidir¹⁸.

¹⁵ Akil, s. 156-157.

¹⁶ Pekcanitez, s. 1929; Akcan, s. 157.

¹⁷ Pekcanitez, s. 1138; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 482.

¹⁸ Pekcanitez, s. 1138.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*Ön inceleme duruşmasına davet*” kenar başlıklı 139. maddesinin 1. fıkrasında 2020 yılında 7251 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 139'un 7251 sayılı Kanun ile değişen birinci fıkrası uyarınca, mahkeme, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve 137 ve 138. maddelerde belirtilen incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inceleme için bir duruşma günü tespit eder ve taraflara bildirir. Taraflara çıkarılacak davetiyede, davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususları verilen süre içinde yerine getirmezlerse ilgili delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacakları düzenlemesi yer almaktadır.

Yapılan bu değişiklikten önceki düzenlemeye göre taraflar bu belge mahiyetindeki delillerini sunmamış ve gerekli açıklamaları yapmamışlarsa, ön inceleme duruşmasında kendilerine iki haftalık kesin süre verilebilmekteydi. Değişiklik neticesinde dilekçelerinde ilgili belgeleri sunmayan veya belgelerin getirileceği yer hakkında gerekli açıklamaları yapmayan taraflara verilen süre ön inceleme duruşmasına davet aşamasında, duruşma davetiyesinin tebliğinden itibaren iki haftadır. Başka bir deyişle, yapılan değişiklikle, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için işleyecek sürenin başlangıcı, duruşmaya davet aşamasına çekilmiştir¹⁹. Öğretide, 7251 sayılı Kanun ile 139. maddede yapılan bu değişikliğin delillerin erken toplanmasına hizmet edip yargılamadaki gecikmelerin önüne geçmek bakımından belirli bir disiplin sağladığı, ancak buna karşın bazı delillerin gösterilmesini ön incelemedeki duruma göre değerlendirecek olan tarafın elinden bu imkânın alınmakta olduğu ifade edilmiştir²⁰.

¹⁹ Pekcanitez, s. 3016; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet (2020) “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 150, s. 272.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özkes (2020), s. 272.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140. maddesinin 5. fıkrasında da 2020 yılında 7251 sayılı Kanun'un 14 maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 139 uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamayı yapmayan taraf, bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerin tanık listesinin sunulması zamanı ile bir ilgisi bulunmamaktadır, zira tanık deliline dayanılacağına dilekçede gösterilmiş olması zaten delil gösterilmesi açısından yeterlidir, dolayısıyla bu husus HMK m. 139 kapsamında bir mesele değildir. Buna rağmen, uygulamada ilk derece mahkemelerinin bu değişiklikten yola çıkarak yargılama sürecinin başında ya da ön inceleme davetiyesinin tebliği üzerine taraflardan tanık listelerini vermelerini istedikleri görülmektedir²¹.

B. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN TANIK LİSTESİNİN SUNULMASINA DAİR MEVCUT DÜZENLEMESİ

Tanık listesinin sunulmasına dair düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca tanık gösteren taraf, tanık listesini mahkemeye sunmalıdır ve bu liste, tarafın tanık dinletmek istediği vakıa, dinlenilmesi istenen tanıkların adı, soyadı ve dinlenilmesi istenen tanıkların tebliğe elverişli adreslerini içermelidir. Dolayısıyla tanık listesini sunan taraf, bu listede tanık olarak dinletmek istediği kişilerin bilgilerine de yer vermelidir²². Tanık listesinde gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi de verilemez²³. İkinci tanık listesi verilmesi yasağının amacı, yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne

²¹ Pekcanitez, s. 3016.

²² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 482.

²³ Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar ve işlerde ise ikinci tanık listesi verilmesi mümkündür (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 483); "... Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, kural olarak ikinci tanık listesi verilebilir...", HGK, E. 2023/322, K. 2023/421, T. 03.05.2023.

geçmek ve mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır²⁴. İkinci tanık listesi verilemeyeceğine dair kural kamu düzenindedir ve ıslah ile dahi ikinci tanık listesinin gösterilmesi mümkün değildir²⁵. Bu husus Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da açıkça ifade edilmiştir²⁶.

Tanık listesi sunulmuş ancak tanıkların adresleri gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde de adres gösterilmemesi ya da gösterilen yeni adresin yanlış olması durumunda ilgili tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 240, f. 3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *“kesin süre”* ibaresi ile *“Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır.”* şeklindeki ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne 2012 yılında başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu başvuru üzerine yaptığı inceleme neticesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 240/f. 3, c. 1'de yer alan *“kesin süre”* ibaresi ile *“Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır.”* şeklindeki ikinci cümlesinin, Ana-

²⁴ **Pekcanitez**, s. 444, 1889; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 483; **Karamercan, Fatih** (2018) “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, Ankara Barosu Dergisi, C. 2018, S. 3, ss. 168. “... Davanın açılması, itirazların ileri sürülmesi, tanıkların ve diğer delillerin bildirilmesi belirli süre koşullarına bağlı kılındığı gibi, ikinci tanık listesi verilememesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı gibi, yargılamanın süratle sonuçlandırılması gayesi ile belirli kıstamlar getirilmiştir...” YHGK, E. 2021/292 K. 2022/1759 T. 15.12.2022 (Lexpera).

²⁵ **Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C: II, İstanbul, Demir-Demir, s. 2586-2588; **Pekcanitez**, s. 444-445, 1889; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, (2024), s. 415-416; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 483; **Akcan**, s. 159. Tam ıslah yoluyla dava temeli vakıalar değişmiş yahut kısmi ıslah ile yeni vakıalar ileri sürülmüş ise bu yeni vakıalar için yeni tanık listesi verilmesi mümkündür (**Pekcanitez**, s. 1889). Öğretide ayrıca tarafın gösterdiği tanıkları tamamı tanıklık yapmaktan kaçınır ya da tanıklık yapamayacak hâle gelir ise ikinci tanık listesinin verilebilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir (Kuru (2001), s. 2558; **Pekcanitez**, s. 1890).

²⁶ “... Yine usul işlemi olmakla birlikte ıslahla tanık listesi değiştirilemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez...” Y. İBBGK, E. 2015/1, K. 2016/1, T. 06.05.2016 (Lexpera).

yasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan iptal başvurusunu oybirliğiyle reddetmiştir²⁷. Söz konusu kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu, iptali istenen hükmün amacının da yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek ve tarafları uzun süren gecikmelere karşı korumak olduğu ve sürenin kesin olması ile gecikmelerin önlenmesinin amaçlandığı, davanın her iki tarafı için de kabul edilen itiraz konusu kuralın makul süre içinde yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerine ve bu bağlamda Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığı ifadelerine yer verilmiştir.

III. TANIK LİSTESİNİN SUNULMA ZAMANINA DAİR UYGULAMADA YAŞANAN KARIŞIKLIKLAR VE DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Hukuk yargılamasında sık karşılaşılan problemlerden biri, ilk derece mahkemelerinde tanık listesinin verilme zamanı bakımından yaşanan karışıklıklardır. Uygulamada, ön inceleme aşamasında, hatta bazen yargılama sürecinin başında -dilekçeler teatisi aşamasında- dahi taraflardan tanık listesini sunmalarının istendiği görülmektedir²⁸. Ancak aşağıda detaylı olarak gerekçelerine yer vereceğimiz üzere, bu uygulamanın hukuken yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Öğretide, taraflara tanık listesi sunabilmeleri için tahkikat aşamasında kesin süre verilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Zira, mevcut davada tanıkla ispatın mümkün olup olmadığı ancak ön inceleme sonucuna göre belirlenebilir³⁰. Taraflar arasında çekişmeli olan vakıalar belirlenmeden, o vakıalar için tanık dinlenmesinin mümkün olup olmadığı da belirlenemez³¹. Ayrıca, bir vakıanın ta-

²⁷ AYM E. 2012/69, K. 2012/149, 11.10.2012 (Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi: 13.02.2013, sayısı: 28558).

²⁸ Pekcanitez, s. 3016.

²⁹ Pekcanitez, s. 3017.

³⁰ Pekcanitez, 3017; Erdönmez, s. 25; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 521.

³¹ Pekcanitez, s. 3017; Erdönmez, s. 25; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 521. "... Tarafların, dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları "belge" niteliğindeki delillerini sunmaları için

nıkla ispatının mümkün olup olmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime ait olup, tarafların tanık deliline dayanmış olup olmaması bu noktada belirleyici değildir³². Dolayısıyla ön inceleme duruşmasına davette ya da tensipte tanık listesinin istenmesi yerinde değildir³³. Basit yargılama usûlüne tâbi davalarda ise ön inceleme ile tahkikatın birlikte yapılacak olması hâlinde, duruma göre tanık listesinin istenmesi mümkündür³⁴. Değerlendirme başlığı altında gerekçelerimizi detaylı olarak arz etmek üzere, öğretilerdeki görüşe katıldığımızı, uygulamada ilk derece mahkemelerinin yargılama sürecinin başında tanık listesi sunmalarını taraflardan istemesinin hukuken yerinde olmadığı görüşünde olduğumuzu burada ifade etmekle yetiniyoruz.

Öğretilerde, ayrıca, tanık listesinin zamanından önce sunulması hâlinde ne olacağı hususu tartışılmıştır. Bu hususta bir görüşe göre, taraflardan biri tanık listesini zamanından önce sunmuşsa, tarafa artık tanık listesi sunması için ayrı bir süre

ön inceleme duruşmasında iki haftalık kesin süre verilmesi yasal olarak mümkün (HMK. madde 140/5) iken, uyuştukları ve ayrıştıkları hususlar henüz belirlenmeden tarafların, ön inceleme duruşmasından önce davanın daha başında (tensiple) “tanık bildirmelerini” beklemek doğru olmadığı gibi, bu yönde tensiple kesin mehil verilse bile, bu hukuki sonuç doğurmaz. Çünkü delil çekişmeli vakıalar için gösterilir (HMK. madde 187/1). Taraflar arasındaki çekişmeli hususlar ise ön inceleme duruşmasında belirlenir (HMK. madde 140/1). Tahkikat tespit edilen çekişmeli hususların çözümü için yürütülür. O halde davalıya tanıklarını göstermesi için süre verilmeli, gösterdiği takdirde, tanıkları savunması çerçevesinde dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucu uyarınca karar verilmelidir. Bu yapılmadan eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır...), Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir (...) Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, delil gösterme ve sunma zamanı ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunundan ayrılmayı gerektiren boşanma davalarına özgü bir boşluktan sözedilemeyeceği yönünde görüş bildirilmiş ise de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. O halde Özel Daire bozma ilamında ve yukarıdaki belirtilen ilave gerekçelerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”, YHGK E. 2014/2-33, K. 2016/63, T. 22.01.2016 (Lexpera).

³² Pekcanitez, s. 3017.

³³ Pekcanitez, s. 3017; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 482. Tanık listesi sunulması için ön inceleme davetiyesinin tebliği ile kesin süre verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Turan, s. 304 vd.

³⁴ Pekcanitez, s. 3017.

verilmeyecektir³⁵. Öğretideki diğer görüşe göre ise bu durum ilgili tarafın daha sonra ek liste sunmasına engel değildir. Zira tanık listesi sunma süresi hâkimin vereceği süre ile başlar ve aksi görüşün kabulü ispat hakkının ihlâli sonucunu doğurur³⁶. Kanaatimizce, kamu düzeninden olan ikinci tanık listesi sunulması yasağına paralel olarak, tanık listesinin tanık listesi sunmak için gerekli zamandan önce sunulmuş olması hâlinde dahi artık tarafın ikinci bir tanık listesi sunamaması yerinde olacaktır.

B. DEĞERLENDİRME VE KANAATİMİZ

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 7251 sayılı Kanun'la delillerin sunulması süresinin başlangıcına dair yapılan değişiklik sonrasında, bu değişikliklerin tanık listesinin sunulması zamanı ile bir ilgisi olmamasına rağmen, uygulamada bu değişiklikler sonrasında ilk derece mahkemelerinin yargılama sürecinin başında ya da ön inceleme davetiyesinin tebliği üzerine taraflardan tanık listelerini vermelerini istedikleri görülmektedir³⁷.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, söz konusu düzenleme, belge niteliğindeki delillere ilişkindir. Nitekim 139. maddede açıkça “*tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları*” ifadesi yer almaktadır. Kanun'un lafzından ilgili düzenlemenin yalnızca sunulacak ya da getirtilecek belgelere dair olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Tanık listesi ise bu kapsamda sunulacak ya da getirtilecek bir belge değildir. Zira belge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesi uyarınca “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*”dır. Dolayısıyla belgelerin sunulması ya da getirtilmesi için gerekli açıklamaların yapılmasına dair 139. madde düzenlemesi ile tanık listesi sunulması süresi arasında bir bağlantı yoktur.

³⁵ Pekcanitez, s. 1893; Erdönmez, s. 38.

³⁶ Yılmaz, Ejder (2017) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 2668; Akil, s. 161.

³⁷ Pekcanitez, s. 3016.

Kanaatimizce tanık listesi, tahkikat aşamasında, tanıkların dinlenmesine karar verildiğine sunulmalıdır³⁸. Zira Kanun'da, bu aşamadan evvel tanık listesi sunulması gerektiğine dair bir düzenleme de yer almamaktadır³⁹. Dolayısıyla uygulamada tanık listesinin dilekçeler teatisi aşamasında sunulmasına dair mahkeme tarafından verilen ara kararlar yerinde değildir.

Tanık listesinin dilekçeler teatisi aşamasında sunulmasının gerekmediği hususundaki görüşümüzün gerekçelerini açıklarken öncelikle vurgulamak gerekir ki, tanık listesi, dava ve cevap dilekçesine eklenecek belgeler arasında yer almamaktadır⁴⁰. Ayrıca tanık listesinin verilmesi için tarafların üzerinde anlaşamadıkları hususlar (diğer deyişle tahkikatın konusu) tespit edilmiş olmalıdır. Mahkeme taraflar arasındaki çekişmeli vakıaları ancak tarafların tüm iddia ve savunmalarını beyan etmelerinden sonra tespit edebilir⁴¹. Dolayısıyla bu aşamada tanık listesi sunulması beklenemez⁴². Bu nedenle dilekçeler teatisi aşamasında tanıkların ad-soyad ve adreslerinin bildirilmesi zorunlu olmayıp, yalnızca tanık deliline dayanılması yeterlidir⁴³.

³⁸ **Pekcanitez**, s. 3017; **Özekes**, Muhammet (2015) "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 277.

³⁹ **Pekcanitez**, s. 3017.

⁴⁰ **Yılmaz**, s. 1839; **Erdönmez**, s. 25; **Akil**, s. 155.

⁴¹ **Erdönmez**, ss. 25; **Akil**, Tanık Listesi, s. 155.

⁴² "... Davacı ön inceleme duruşmasından önce delil listesini ibraz etmiş, davalı ise cevap süresi geçtikten sonra cevap ve delil listesi sunmuştur, ön inceleme duruşması yapılmış ve anlaşamadıkları hususlar tespit edilmiştir. Davalı tarafından bildirilen tanıklar, süresinde bildirilmediği gerekçesiyle dinlenmesi talebinin reddine karar verilmiştir. Ön inceleme duruşması yapılmadan, tensiple taraflara, dilekçelerinde göstermiş oldukları ve belge niteliğindeki delilleri sunmaları veya buldukları yerlerle ilgili açıklamada bulunmaları için süre verilmesi bu anlamda sonuç doğurmaz. Delil, çekişmeli vakıaların ispatı için gösterilir. Ön inceleme duruşması yapılmadan, tarafların üzerinde anlaşmadıkları hususlar belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermeleri de beklenemez. Süresinde cevap ve delil bildirmeyen davalının, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları inkâr etmiş olacağına göre, ön inceleme duruşmasından önce bildirdiği tanıkların da bu doğrultuda dinlenmesi gerekir...", Y. 2. HD. E. 2013/16048, K. 2013/29319, T. 11.12.2013 (Lexpera).

⁴³ **Akil**, s. 155.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da tanıkların ancak tanıkla ispatı mümkün olan hâllerde dinlenebileceğidir. Uyuşmazlık konusunun tanıkla ispatının mümkün olup olmadığına dair değerlendirmeyi yapacak kişi de hâkimdir⁴⁴. Hâkim de bu değerlendirmeyi ancak ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahki-kat aşamasında yapabilecektir⁴⁵. Dolayısıyla bu aşama tamamlanmadan önce taraf-lardan tanık listelerini sunmalarını beklemek hukuken yerinde değildir⁴⁶.

Yargıtay kararları da tensiple ya da ön inceleme aşamasında taraflar arasın-daki uyuşmazlık tespit edilmeden tanıkların isim ve adreslerinin bildirilmesi için kesin süre verilemeyeceği yönündedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında, ön in-celeme duruşması yapılmadan ve tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşama-dıkları hususlar belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermeleri de bekleneme-yeceği ifadelerine yer vermiştir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 yılında vermiş olduğu bir kararında, ön inceleme duruşmasından önce davanın daha başında (tensiple) tanıkların isimlerinin ve adreslerinin bildirilmesinin bekle-nemeyeceği, mahkemenin buna aykırı davranmasının hukuki dinlenme hakkı-nı zedeleyeceği ifadelerine yer vermiştir⁴⁷.

⁴⁴ Pekcanitez, s. 3016-3017; Gündoğdu, s. 313.

⁴⁵ Pekcanitez, s. 3016-3017; Özekes, s. 277.

⁴⁶ Pekcanitez, s. 3016-3017.

⁴⁷ “... Öte yandan, ön inceleme duruşması taraflar arasındaki uyuşmazlıkları tespit etmek için yapılmaktadır. Ön inceleme duruşması yapılmadan, taraflar arasındaki uyuşmazlık usulünce tespit edilmeden önce taraflara tanık isim ve adreslerini bildirmesi için kesin süre verilemez. Tarafların uyuştukları ve ayrıştıkları hususlar henüz belirlenmeden taraflardan, ön inceleme duruşmasından önce davanın daha başında (tensiple) tanık isim ve adreslerini bildirmeleri bekle-nemez. Mahkemece buna aykırı davranılması da 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde belirtil-en hukuki dinlenme hakkını zedeler. (...) Dava konusu olayda iş akdinin sonlanmasına neden olan iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarına ilişkin sulh protokolünün irade fesadı ile im-zalatıldığı iddiasının tanık deliliyle ispatlanabilir nitelikte olduğu ve davacının dava dilekçesinde tanık deliline dayandığını bildirmesi karşısında davacı vekilinin mazeret dilekçesi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden, davacıya tanık listesini sunması için süre verilme-den ve bildireceği tanıklar dinlenmeden davanın esası hakkında hüküm kurulması hukuki din-lenilme hakkının ihlali niteliğinde olup bozma nedenidir...”, Y. 9. HD., E. 2016/19113 K. 2017/13214 T. 13.09.2017, (Lexpera).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da tanık listesi sunulmasının dilekçeler teatisi aşamasında beklenmesinin yerinde olmadığı yönündedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 yılında verdiği bir kararında tanık deliline dilekçeler teatisi aşamasında dayanılmasının yeterli olduğu, tanık listesinin sonraki aşamalarda sunulmasının mümkün olduğu ifadelerine yer vermiştir⁴⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2022 yılında verdiği bir kararında da hâkimin ön incelemede tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit etmesinden sonra, hangi konulara ilişkin ve hangi vakıyı ispat için hangi tanığı delil olarak bildirebileceğini belirleyebileceği ifadelerine yer vermiştir⁴⁹.

Sonuç olarak, taraflardan ancak mahkeme tarafından ilgili uyuşmazlığın tanıklarla ispatının mümkün olduğunun tespit edilmesinden ve tanık dinlenilmesine karar verilmesinden sonra tanık listelerini sunmaları beklenebilir. Bu da tahki-

⁴⁸ “... dilekçelerin teatisi aşamasında sadece tanık deliline dayanılmış olunması yeterli olup tanık listesinin sonraki aşamalarda da sunulması mümkündür. Tanık deliline dayanılması durumunda, tanıkların hangi vakıya veya hangi hususta dinletileceği HMK’nın 194. maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükü açısından ayrıca belirtilmelidir...(…) Bunun yanında her ne kadar 18.07.2013 tarihli duruşmada, davalı tarafından tanık listesinde bildirilen tanık hazır edilmesine rağmen tahkikat aşaması başlamadan önce usulüne uygun tanık listesi verilmediğinden bahisle davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmiş ise de; yukarıda detaylı olarak belirtilen emredici usul hükümleri çerçevesinde, tanık listesine dayanan davalı taraf bakımından yargılamanın herhangi bir aşamasında tanık listesinin sunumuna dair usulüne uygun olarak kesin süre verilmediği gibi HMK’nın 243. maddesine aykırı şekilde, 04.06.2013 havale tarihli dilekçeyle bildirilen tanığın dinlenmesi için duruşma günü de tayin edilmemiştir...”, YHGK., E. 2017/2626, K. 2021/814, T. 22.06.2021 (Lexpera).

⁴⁹ “... HMK’nın 240. maddesinde tanık deliline dayanan tarafın tanık listesini sunması gerektiği belirtilmiş ise de tanık listesinin verilmesi gereken aşama açık olarak düzenlenmemiştir. (...) dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde soyut olarak tanık deliline dayanan taraf, ön incelemede hâkimin tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit etmesinden sonra, hangi konulara ilişkin ve hangi vakıyı ispat için hangi tanığı delil olarak bildirebileceğini belirleyebilir. Bu itibarla, mahkemece dava dilekçesinde hangi vakıyı ispat için tanık deliline dayandığını belirten davacı vekilinin tanıklarının dinlenilmesi gerekirken tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesi, hukukî dinlenme hakkının ve bu hakkın alt unsurları olan “iddia ve savunma hakkı” ile “açıklama ve ispat hakkı”nın ihlâli niteliğinde olup adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır...”, YHGK., E. 2020/605, K. 2022/264, T. 08.03.2022 (Lexpera).

kat aşamasında mümkün olabilecektir⁵⁰. Dolayısıyla ancak basit yargılama usûlüne tâbi bir uyuşmazlıkta tahkikat ön inceleme ile birlikte yapılacaksa, ön inceleme ile tahkikatın birleştirildiği duruşmada tanık listesi istenmesi mümkündür⁵¹.

IV. DURUŞMADA HAZIR BULUNDURULAN TANIKLARIN DİNLENMESİ

Tanık listesine dair bir diğer düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, taraf liste vermese dahi, o duruşmada hazır bulundurduğu tanıklar dinlenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 243/f. 1 dışında, tanıklar hazır bulundurulsa dahi dinlenmemelidir. Zira aksinin kabulü, pratik düşüncelerle kural ihlallerinin meşru sayılmasına yol açacaktır⁵².

Öğretide bir görüşe göre HMK m. 243 hükmüne göre tanık dinletilebilmesi için önceden hiç tanık listesi verilmemiş olması gerekir⁵³. Bu görüşe göre, mahkemeden hem tanık listesinde yer verilen hem de duruşmada hazır bulundurulan tanıkların dinlenilmesi istenemez⁵⁴. Diğer görüşe göre ise tanık listesi verilmiş olsun ya da olmasın hazır bulundurulan tanıklar duruşmada dinlenebilir. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre tanık listesi verilmiş olup olmamasının bu madde kapsamında tanıkların dinlenmesi bakımından bir önemi yoktur⁵⁵. Kanaatimizce, Kanun'da bu hususta bir ayrıma yer verilmediğinden dolayı, tanık listesi vermiş olsun ya da olmasın tarafın tanık listesi verilmesi için kesin süre verildiği ve duruşma günü belirlendiği hâllerde duruşma gününde tanığı hazır bulundurması durumunda, o tanık dinlenebilmelidir. Zira Kanun'da m. 243 hükmüne göre tanık dinlenebilmesinin şartları olarak yalnızca tanık listesi için

⁵⁰ Pekcanitez, s. 3016-3017; Özekes, s. 277.

⁵¹ Pekcanitez, s. 3017.

⁵² Pekcanitez, s. 1891.

⁵³ Akil, s. 169.

⁵⁴ Akil, s. 169.

⁵⁵ Budak/Karaaslan, 301.

kesin süre verilmesi, dinlenme gününün belirlenmesi ve o günde tarafın tanığı ya da tanıkları hazır bulundurması sayılmıştır. Ancak her halükârda dilekçeler teatisi aşamasında tanık deliline dayanmayan tarafın HMK m. 243 hükmüne dayanarak tanık dinletebilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁶. Daha önce hiç tanık listesi vermeyen taraf duruşmada hazır bulundurmak suretiyle tanıklarının dinletmişse, artık ikinci tanık listesi verme yasağı bu taraf bakımından da geçerli olmalıdır⁵⁷.

SONUÇ

Tanık delili, hukuk yargılamasında tarafların en sık başvurduğu delillerdendir. Tanık gösteren taraf, tanık listesini mahkemeye sunmalıdır. Bu liste, tarafın tanık dinletmek istediği vakıa, dinlenilmesi istenen tanıkların adı, soyadı ve dinlenilmesi istenen tanıkların tebliğ elverişli adreslerini içermelidir. Tanık listesinde gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi de verilemez. Tanık listesinin mutlaka ayrı bir liste hâlinde mahkemeye sunulmasına gerek olmayıp, tarafların dilekçeler teatisi aşamasında verdikleri dilekçelerde de tanık listesine yer verilebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 7251 sayılı Kanun'la delillerin sunulması süresinin başlangıcına dair yapılan değişiklik sonrasında, bu değişikliklerin tanık listesinin sunulması zamanı ile bir ilgisi olmamasına rağmen, uygulamada bu değişiklikler neticesinde ilk derece mahkemelerinin bu değişiklikten yola çıkarak yargılama sürecinin başında ya da ön inceleme davetiyesinin tebliği üzerine taraflardan tanık listelerini vermelerini istedikleri görülmektedir. Söz konusu düzenleme, belge niteliğindeki delillere

⁵⁶ “... Madde metninden de anlaşılacağı üzere tanık deliline dayanan tarafça sunulmamış olan tanık listesi için kesin süre verilmesi gerekmektedir. Bu süreye ve tanığın dinlenileceği günün belirlenmiş olmasına rağmen tanık listesi sunmayan ancak tanık deliline dayanan tarafın hazır bulundurduğu tanığın dinlenilmesi zorunludur. Ancak bu durum, dilekçelerin teatisi aşamasında tanık deliline dayanmayan tarafın duruşma sırasında hazır bulundurduğu tanığın dinlenebileceği anlamına gelmez. Bu kapsamda ve HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği mahkemece tanık deliline dayanan taraflara tanık listesini sunmak üzere usulüne uygun kesin süre verilmesi gerekmektedir...”.

⁵⁷ **Kuru** (2001), s. 2590; **Akil**, s. 169.

ilişkindir. Nitekim 139. maddede açıkça “ *tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları*” ifadesi yer almaktadır. Kanun’un lafzından ilgili madde düzenlemesinin yalnızca sunulacak ya da getirtilecek belgelere dair olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Tanık listesi ise bu kapsamda sunulacak ya da getirtilecek bir belge değildir.

Kanaatimizce tanık listesi, tahkikat aşamasında, tanıkların dinlenmesine karar verildiğine sunulmalıdır. Zira taraflardan ancak mahkeme tarafından ilgili uyuşmazlığın tanıkla ispatının mümkün olduğunun tespit edilmesinden ve tanık dinlenilmesine karar verilmesinden sonra tanık listelerini sunmaları beklenebilir. Bu da tahkikat aşamasında mümkün olabilecektir⁵⁸. Dolayısıyla ancak basit yargılama usûlüne tâbi bir uyuşmazlıkta tahkikat ön inceleme ile birlikte yapılırsa ön inceleme ile tahkikatın birleştirildiği duruşmada tanık listesi istenmesi mümkündür.

⁵⁸ Pekcanitez, s. 3016-3017.

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep** (2012) “Tanıklardan Bir Kısmının Dinlenilmesi ile Karar Verilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, ss. 149-164.
- Akil, Cenk** (2020) “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi”, TBB Dergisi, S. 149, ss. 153-185.
- Akkan, Mine** (2015) “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, ss. 555-609.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2023), Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2023) Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2023) Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Direnisa, Efe** (2021) Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erdönmez, Güray** (2013) “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 5, ss. 15-53.
- Ertarhan, Mesut** (2005) Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Gündoğdu, Süleyman Burak** (2021) Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Köroğlu, Anıl/Tahiroğlu, Fatih** (2020) “Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme”, TAÜHFD, S. 2 (1), ss. 221-248.
- Karamercan, Fatih** (2018) “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, Ankara Barosu Dergisi, C. 2018, S. 3, ss. 151-191.
- Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C: II, İstanbul, Demir-Demir.
- Kuru, Baki** (2020) Medeni Usul Hukuku El Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Özekes, Muhammet** (2015) “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, ss. 263-300.

- Öztek, Selçuk** (2008) “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, ss. 179-187.
- Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2020) “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 150, ss. 247-299.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2024) Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 12. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang** (2022) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, München, Verlag C.H.Beck.
- Saenger, Ingo** (2023) Zivilprozessordnung, 10. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag.
- Tanrıver, Süha** (2020) Medenî Usûl Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Tutumlu, Mehmet Akif** (2018) “Tanığın Dinlenilmesinden Vazgeçme Karşı Tarafın İznine Bağlı Mıdır?” Terazi Hukuk Dergisi, S. 146, ss. 140-145.
- Turan, Mehmet** (2022) “Tanık Listesi Sunulması” TAAD, S. 49, ss. 289-322.
- Wolf, Christian/Zeibig, Nicola** (2015) Evidence in Civil Law-Germany, Maribor, Lex Localis.
- Yılmaz, Ejder** (2017) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

'BU İÇERİĞE BULUNDUĞUNUZ KONUMDA ERIŞİLEMİYOR': İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN COĞRAFİ ENGELLEMELERİN AB HUKUKUNDA YANSIMALARI^(*)

Dr. Fatmanur CEBECİ ÇORUM^()**

ÖZET

Coğrafi engellemeler, kullanıcıların bulunduğu konuma bağlı olarak, internet ortamında erişilmek istenen ürün ya da hizmetlere erişimi kısıtlayarak belirli bir bölgedeki kullanıcılara sunulmaması veya farklı koşullarla sunulması amacıyla uygulanan bir teknolojik yöntemdir. Coğrafi engellemeler nedeniyle ürün ve hizmetlere erişimin zorlaşması, özellikle Avrupa Birliği'nde büyük bir tartışma konusu olmuştur. İlk olarak, sınır ötesi erişimin engellenmesinin dijital tek pazar anlayışına ters düşmesi eleştirilmiştir; çünkü bu anlayış, ürün ve hizmetlerin internet üzerinden de serbest dolaşımını hedefler. İkinci olarak, kültürel ürünlere erişimin kısıtlanması ya da tamamen engellenmesi, insan hakları ve eşitlik ilkeleri açısından ciddi eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştiriler sonucunda, özellikle dijital tek pazarı güçlendirmek amacıyla, Avrupa Birliği Komisyonu "Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü" ve "Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü" gibi önemli yasal düzenlemeleri kabul etmiştir. Ancak, Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü'nün yalnızca belirli bir grup tarafından faydalanılabilir olması sebebiyle hedeflenen amaca ulaşmada yetersiz kaldığı öğretilerde savunulmaktadır. Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün ise telif hakkıyla korunan ürünleri kapsam dışında bırakması nedeniyle oldukça dar kapsamlı olduğu ve dijital tek pazarı güçlendirme hedefine hizmet etmediği ifade edilmiştir. Bu sebeplerle, her iki yasal düzenlemenin de coğrafi engellemeleri Avrupa Birliği'nde tamamen sona erdirmeye ya da azaltma amacına hizmet etmediği öğretilerde ifade edilmektedir. Özellikle Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün telif hakkıyla korunan ürünleri de kapsamaması, bu alandaki sorunların çözümünde önemli bir adım olabilir. Ancak böyle bir adımın özellikle görsel-işitsel ve eğlence sektöründe yaratabileceği değişiklikler ve pazardaki etkisi de dikkatle değerlendirilmelidir. Bu tür bir düzenleme, piyasa dengelerini ve rekabeti önemli ölçüde değiştirebilir.

Anahtar Kelimeler

Coğrafi Engellemeler, Dijital Ürünler, İnternet, Ayrımcılık, Telif Hakkı, AB Hukuku, Kültür, Kültürel Çeşitlilik.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1570016 - **Geliş Tarihi:** 18.10.2024 - **Kabul Tarihi:** 30.12.2024.

Bu makale yazarın Swansea Üniversitesi'nde hazırladığı doktora tez çalışmalarından üretilmiştir. Araştırmacı, bu çalışmadaki destekleri için YLSY bursu kapsamında Millî Eğitim Bakanlığına teşekkür eder.

^(**) Swansea Üniversitesi, Doktora Araştırmacısı, Swansea - Birleşik Krallık,
E-posta: cebecinurfatma@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2629-0320>.

'THIS CONTENT IS NOT AVAILABLE IN YOUR LOCATION': GEO-BLOCKING IN THE EU LAW CONTEXT

ABSTRACT

Geo-blocking is a technological method that restricts access to online products or services based on users' geographic location, preventing access in certain regions or offering products under different conditions. This practice has attracted significant attention, particularly within the European Union, due to its conflict with the digital single market's goal of enabling the free movement of goods and services online. Moreover, it has raised human rights and equality concerns, especially when access to cultural products is restricted or blocked entirely. In response, the European Commission introduced important legislation such as the "Cross-border Portability Regulation" and the "Geo-blocking Regulation" to strengthen the digital single market. However, the Cross-border Portability Regulation has been criticised for falling short of its intended purpose, as it only benefits a limited group. Similarly, the Geo-blocking Regulation has been seen as too narrow in scope, excluding copyright-protected products, which deviates from the goal of truly enhancing the digital single market. Critics argue that neither regulation fully addresses the issue of geo-blocking within the EU. Including copyright-protected products under the Geo-blocking Regulation could be an important step in solving these challenges. However, this would require careful consideration of its impact, especially in the audiovisual and entertainment sectors, where such changes could significantly alter market competition and dynamics.

Keywords

Geo-Blocking, Digital Products, Internet, Discrimination, Copyright Law, EU Law, Culture, Cultural Diversity.

GİRİŞ

İnternet kullanıcıları, internet ortamında bir ürüne erişmek istediklerinde “Bu içeriğe bulunduğunuz konumda erişilemiyor” veya “Bu video bulunduğunuz konumda gösterilebilir değil” gibi coğrafi engellemelerle karşılaşabilmektedirler. Bu coğrafi engellemeler özellikle internet kullanımının da artmasıyla son yıllarda giderek çoğalmaktadır. Coğrafi engellemeler, genellikle telif hakkı sahipleri veya platformlar tarafından, telif hakkının bölgesellik prensibinin korunması gibi telif hakkı sebebiyle, bölgesel lisans sözleşmelerine uymak maksadıyla ya da ülkeler arası fiyat farklılıkları yaratma ve çeşitli ticari sebeplerle uygulanabilmektedir. Ancak coğrafi engellemeler sebebiyle, internetteki bazı ürünler belirli ülkelerde erişilebilir olmaktan çıkmakta ya da daha önce erişilen bir ürün, ülke değiştirildiğinde artık erişilemez, izlenemez veya kullanılamaz hale gelmektedir. Bu durum, özellikle sınırlarında iç pazar oluşturmak ve Dijital Tek Pazar yaratmak isteyen Avrupa Birliği (AB) açısından problemleri bir durum olarak görülmüştür. İç pazarın temel dinamiklerini oluşturan mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesini ihlal edebileceği ileri sürülen bu coğrafi engellemeler, ayrıca kültürel ürünlere erişememe ve kültürel çeşitliliğe zarar verebilmesi gibi nedenlerle AB Komisyonunda uzun süre tartışılmıştır.

AB Komisyonu haksız coğrafi engellemeleri yasaklamak amacıyla bir yasal düzenleme oluşturma çabasına girişmiş ve ilk olarak Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü 2017 yılında, daha sonra ise Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü 2018 yılında kabul edilmiştir. Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü yalnızca belirli durumlarda ve kısıtlı bir süreyle çevrimiçi içerik hizmeti abonelerine abone oldukları servise erişme hakkı sunarken, Haksız Coğrafi Engellemeler coğrafi engellemeleri yasaklama görevini ihya etmiş ancak telif hakkı ile korunan ürün ve servisleri tüzük kapsamına almamıştır. Dolayısıyla, telif hakkıyla korunan ürün ve servisler hala AB içerisinde coğrafi engellemelere konu yapılabilmektedir. Her iki tüzük de kapsamının dar olması sebebiyle öğretilerde eleştirilmektedir.

Bu çalışmanın amacı internet ortamında sunulan dijital ürünlere (bu kavram hem dijital servisleri hem de dijital içerikleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır) uygulanan coğrafi engellemeleri AB hukuku boyutundan ele almayı amaçlar. Bu amaç doğrultusunda, bu çalışma öncelikle coğrafi engellemelerin

tanımını yapacak, daha sonra da bu yönteme neden başvurulduğunu anlatacaktır. Ardından coğrafi engellemelerin neden AB hukukunda tartışıldığını hem dijital tek pazar stratejisi ekseninden hem de insan hakları açısından ele alınacaktır. Ardından, coğrafi engellemeleri düzenlemek maksadıyla AB tarafından kabul edilen kanuni düzenlemelerin bu tartışmalara ve eleştirilere ne ölçüde yanıt verdiğini inceleyecektir. Son kısımda ise bu çalışma yasal düzenlemelerde herhangi bir değişiklik gerekip gerekmediği hususunu, özellikle telif hakkı ile korunan ürünlerin Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamına alınması senaryosunu ve olası bir değişikliğin sektörel anlamda sonuçlarını ele almaktadır.

I. GENEL OLARAK COĞRAFİ ENGELLEMELER

A. COĞRAFİ ENGELLEMELERİN TANIMI

Coğrafi engelleme terimi¹ ilk kez 2012 yılında AB Komisyonunun yayınlamış olduğu bir metinde² kullanılmış, ülkeler arası satışı kısıtlamak ve içeriğin yalnızca bir ya da birkaç üye ülkede kısıtlanması amacıyla kullanılabilecek yöntemlerden biri olarak açıklanmıştır. 2015 yılında yayınlanan Dijital Tek Pazar Stratejisi'ni (DTPS) geliştirmek maksadıyla yapılan çalışmalarda³ coğrafi engellemeler, çevrimiçi satıcılar tarafından ticari sebeplerle uygulanan ve diğer üye ülkelerdeki web sitelerine erişimin engellenmesiyle sonuçlanan uygulamalar olarak tanımlanmıştır⁴.

¹ Bu terimin İngilizcesi 'geo-blocking'dir.

² Geo-blocking terimi ilk kez AB Komisyonu tarafından yayınlanan 2012 tarihi Communication on the Content in the Digital Single Market isimli metinde şu şekilde kullanılmıştır: '*distribution of content is often limited to one or a few Member States (e.g. using geo-blocking), with service providers (online platforms) or rights holders electing to impose cross-border sales restrictions.* Metnin tamamına şuradan ulaşılabilir: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0789>> s.e.t. 18.10.2024.

³ Commission, "Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe on 6 May 2015" s. 21. <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8672-2015-ADD-1/en/pdf>> s.e.t. 18.10.2024.

⁴ Yazar tarafından yapılan gayriresmi çeviridir, orijinali şu şekildedir: '*Geo-blocking refers to practices used for commercial reasons by online sellers that result in the denial of access to web-*

Öğretide de coğrafi engellemeler tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu alanda en çok çalışma yapan Trimble'in kendi makalesinde tanımladığı üzere⁵, coğrafi engelleme, kullanıcının konumuna bağlı olarak internet üzerindeki dijital bir ürüne erişimi engelleyen her türlü yöntemi kapsayacak şekilde tanımlanabilir. Bu tanım oldukça geniştir ve coğrafi engelleme faaliyetlerini amaçlarından bağımsız olarak kapsar. Bu tanımın kapsamına siyasi amaçlarla (örneğin sansür)⁶, yasal uyumluluk için⁷, pazarlama stratejisinin bir parçası olarak veya bölgesel lisanslara ve telif hakkının bölgeselliğine uyum sağlamak için⁸ uygulanan bütün coğrafi kısıtlama maksatlı yapılan uygulamalar girebilir.

Google v. CNIL davasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Hukuk Sözcüsü Szpunar, coğrafi engellemeyi, kullanıcının coğrafi konumuna bağlı olarak internette ürüne erişimi sınırlayan bir teknik olarak tanımlamış ve bu sistemin kullanıcının konumunu belirlemek için IP (İnternet Protokol) adresi doğrulaması gibi coğrafi konum tekniklerini kullandığını ifade etmiştir⁹. Gerçekten de coğrafi engelleme yönteminin arkasında duran temel teknoloji coğrafi konum teknikleridir¹⁰. Coğrafi konum teknolojileri, bir cihazın fiziksel konu-

sites based in other Member States'. "Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe on 6 May 2015" s. 21. <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8672-2015-ADD-1/en/pdf>> s.e.t. 23.10.2024, s. 4'te tanım bulunabilir.

⁵ **Trimble, Marketa** (2017) "The Role of Geoblocking in the Internet Legal Landscape" IDP, Revista de Internet, Derecho y Política S. 33, ss. 45-58, s. 46.

⁶ ABAD Google LLC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), C-507/17 numaralı C:2019:772 sayılı kararı. Google v CNIL davasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Hukuk Sözcüsü Szpunar, coğrafi engellemelerin sansür amacıyla uygulanabileceğini belirtmiştir.

⁷ **Trimble, Marketa** (2024) The EU Geo-Blocking Regulation A Commentary, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 3.

⁸ **Trimble** (2017), s. 51.

⁹ ABAD Google LLC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), C-507/17 numaralı C:2019:772 sayılı kararı, §71.

¹⁰ **Broocks, Annette/Duch Brown Nestor/Gomez Herrera Maria Estrella/Martens Bertin** (2020) "Geo-blocking: A literature review and new evidence in online audio-visual services", 23.10.2020 <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/document/download/50e3aa8a-87de-4383-b578-3e6eeee12158_en?filename=jrc120267.pdf> s.e.t. 18.10.2024.

munu belirlemek için kullanılır ve kullanıcı tarafından bildirilen bilgilere, IP adreslerine veya WIFI sinyalleri¹¹ ya da Küresel Konumlandırma Sistemi (GPS) gibi bilgilerin kombinasyonuna dayanabilir¹². Cihazın konumu belirlendikten sonra, coğrafi engelleme yoluyla cihazın belirlenen konumuna göre o ürüne erişim engellenebilir ya da kısıtlanabilir¹³.

Bu çalışmada, “coğrafi engelleme” terimi, tacirlerin, distribütörlerin veya hak sahibinin kararı doğrultusunda uygulanan ticari uygulamaları ifade etmek için kullanılacaktır. Bu çalışma, devletler tarafından uygulanan ya da siyasi nedenlerle yapılan coğrafi engelleme uygulamalarına odaklanmayacaktır, meğerki bu uygulamalar ayrıca telif hakkı ile ya da ticari sebeplerle ilişkilendirilsin. Bu çalışmanın amacı doğrultusunda, coğrafi engelleme uygulaması, internet kullanıcılarının coğrafi konumlarına bağlı olarak dijital ürünlere erişimi engellemek ya da kısıtlamak için kullanılan ticari bir uygulama olarak tanımlanabilir. Bu uygulama, web sitelerine veya çevrimiçi arayüzlere erişimi engellemek veya kısıtlamak, müşterileri yerel mağazalara yönlendirmek ya da internet kullanıcılarına daha olumsuz veya farklı koşullar sunmak şeklinde olabilir. Bir kullanıcının YouTube platformunda erişmek istediği bir videoya o videonun kullanıcının bulunduğu ülkede erişilebilir olmaması sebebiyle ulaşamaması ya da Netflix’in farklı ülkelerde farklı kataloglar sunması sonucu örneğin, Belçika’da Netflix üyeliği olan birinin Fransa’ya gittiğinde Belçika’daki içeriklere ulaşamaması, bu tür coğrafi engellemelerin bir sonucudur.

B. COĞRAFİ ENGELLEMELERİN UYGULANMA AMAÇLARI

Coğrafi engellemeler özellikle tüccarlar, distribütörler veya hak sahipleri tarafından neden uygulandığının belirtilmesi önemli bir husustur. Coğrafi engellemeler, ticari sebeplerle, bir pazarlama stratejisi olarak, lokal içerikleri ön plana

¹¹ **Trimble, Marketa** “Geoblocking and “Legitimate Trade””: Heath, Christopher/Kamperman, Anselm Sanders/Moerland, Anke (Editörler): Intellectual Property and Obstacles to Legitimate Trade, 1. Baskı, Wolters Kluwer 2018), ss. 53-79, s. 57.

¹² **Oikonomidis, Theodoros/Fouskas, Konstantinos** (2019) “A Literature Review of Smartphone Geolocation Technologies”, Strategic Innovative Marketing and Tourism, S. 1086, ss. 1-8, s. 2.

¹³ **Trimble** (2018) s. 55.

çıkarmak ve en önemlisi telif hakkının bölgeselliği prensibi ile bölgesel lisanslamalara uymak gibi çeşitli nedenlerle uygulanabilir.

Ticari sebeplerden dolayı yapılan coğrafi engellemeler, belirli ülkelerdeki yeknesak yasal düzenlemelere uyum sağlamak veya belirli kararlara uygun hareket etmek amacıyla gerçekleştirilebilir. Örneğin unutulma hakkı kararlarına uymak maksadıyla bazı ürünler erişilebilir olmaktan çıkarılabilir¹⁴ ya da çevrimiçi kumarın yasak olduğu ülkelerde kumar servislerine erişimin engellenmesi¹⁵ gibi amaçlarla uygulanabilir. Ayrıca, farklı ülkelerde farklı fiyat politikaları uygulayarak karı artırmak için tercih edilebilir¹⁶. Bu kapsamda o ülkenin alım gücüne göre aynı ürün ya da hizmetler farklı ülkelerde farklı fiyatlara sunulabilir. Örneğin, Temmuz 2024 itibarıyla Netflix Danimarka'nın standart planı yaklaşık 11 £'a sunulurken, aynı plan Hırvatistan'da yaklaşık 8 £'a sunulmaktadır. Dolayısıyla, Danimarka'da ikamet eden biri coğrafi engellemeler sebebiyle Hırvatistan versiyonuna ulaşamadığı için, Netflix'e üye olmak için Danimarka'da sunulan versiyonunu almak zorunda kalmaktadır.

Bir pazarlama stratejisi olarak bazı ürünleri belirli bölgelerde veya belirli zamanlarda erişilebilir kılmak da coğrafi engellemelerin bir sebebi olabilir¹⁷. Örneğin, bir filmin erişilebilir kılınması her ülkenin kendi resmî tatiline denk getirilebilir ve böylece ilk etapta izlenebilirliği artırarak daha iyi bir film açılışı hedeflenebilir. Ayrıca yine bir strateji olarak bazı ülkelerin yasal düzenlemelerinden kaçınmak, örneğin özellikle KDV ve diğer vergiler ile ilgili düzenlemeler, dolayısıyla o ülkenin hukukuna tabii olmamak maksadıyla da bazı dijital ürünler bazı ülkelerde erişilebilir hale getirilmemektedir¹⁸.

¹⁴ Google v. CNIL davasında, Hukuk Sözcüsü Szpunar, unutulma hakkı kararlarına uyum sağlamak için coğrafi engelleme kullanılmasını tavsiye etmiştir. (Bakınız §78).

¹⁵ Trimble (2018) s. 59.

¹⁶ Hamulák, Ondrej/Lilla, Nóra Kiss/Gábriš, Tomáš/Kocharyan, Hovsep (2021) "This Content is not Available in your Country" A General Summary on Geo-Blocking in and Outside the European Union.' International and Comparative Law Review S. 2(1) ss. 153-183, s. 156.

¹⁷ Hamulák/Lilla/Gábriš/Kocharyan, s. 156.

¹⁸ Hamulák/Lilla/Gábriš/Kocharyan, s. 156.

Coğrafi engellemeler lokal içerik üretme ya da bazı ürün veya servislerin lokal versiyonlarını o konumda erişilebilir kılma noktasında da tercih edilebilir¹⁹. Bu kapsamda, ülkeye özgü içerik üretmek ve sadece belirli bölgelerde talep görece ürünleri sunarak o bölgelerdeki karı artırmak, diğer bölgelerde ise bu ürünü hiç pazarlamayarak herhangi bir risk almamak adına da coğrafi engellemeler uygulanabilir. Yine aynı şekilde, arayüzü yalnızca belirli dil ile çalışan servisler yalnızca o dillerin konuşulduğu ülkelerde o versiyonu erişilebilir kılabilirler.

Coğrafi engellemelere başvurulmasının en önemli nedeni ise, bölgesel lisanslama ve telif hakkının bölgeselliğidir. Fikri mülkiyet hakları bölgesel haklardır ve bu hakların verilmesi, varlığı ve kullanılması her bir devletin ulusal yasalarına tabidir. Fikri mülkiyet haklarının bölgesellik ilkesi sonucunda, telif hakkı koruması da bölgeseldir; bu haklar ülke bazında kazanıldığından, telif hakkı korumasının kapsamı ve kazanılmış hakların uygulanması devletler arasında farklılık gösterebilir²⁰. Özellikle 1990'lardan bu yana AB içinde telif hakkı yasasında iyi bir düzeyde uyum sağlanmış olsa da hala farklılıklar ve uyumlaştırılmamış bazı yönler bulunmaktadır. Coğrafi engelleme uygulaması da internet üzerinde fiilen ulusal sınırlar uygulamaktadır; bu nedenle, coğrafi engellenin telif hakkının bölgeselliğine uyum sağlamak için faydalı bir yöntem olduğu iddia edilebilir²¹. Aynı şekilde, belirli bir bölgeye münhasıran lisanslanmış dijital ürünlerin farklı bölgelerde erişilebilir olmasını engellemek amacıyla da coğrafi engellemeler kullanılacak yöntemlerden biridir. Avrupa Birliği'nin 2016 yılında Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nü oluşturmak amacıyla yaptığı çalışmalarda, hak sahipleri, tacirler ve platformlar özellikle telif hakkının bölgeselliği ve bölgesel lisanslara uyum sağlamak sebebiyle bu tarz coğrafi engellemeleri kullandıklarını ifade etmişlerdir²².

¹⁹ **Yu, Peter K.** (2019) 'A Hater's Guide to Geoblocking' B.U. J. Sci. & Tech. L. S 25, ss. 503-529, s. 506.

²⁰ **Trimble** (2024) s. 55.

²¹ **Synodinou, Tatiana Eleni** (2020) "Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives" GRUR International S. 69, ss. 136-150 s. 136.

²² **Hamulak/Lilla/Gabriš/Kocharyan**, s. 156.

Açıklanan bu sebeplerle, coğrafi engellemelerin uygulanması son derece farklı gerekçelere dayanabileceği gibi, haklı, kabul edilebilir ve ticari açıdan gerekli nedenlere dayandırılabilir. Bu nedenle, bu konuda yapılacak herhangi bir düzenlemenin özellikle hak sahiplerini, tacirleri ve distribütörleri olumsuz yönde etkilememesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu konu son derece titizlikle ele alınması gereken bir konudur.

Öte yandan, AB düzleminde, bu tartışmanın bir diğer tarafı ise coğrafi engellemelerin, AB içinde ürünlerin serbest dolaşımını etkilediği ve özellikle dijital tek pazar stratejisini olumsuz yönde etkilediği düşüncesi²³ ve kullanıcılar açısından istedikleri ürünlere erişememenin, özellikle kültürel anlamda ve insan hakları bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceğinin²⁴ kabul edilmesidir. Bir sonraki bölüm, bu konudaki tartışmalara odaklanacaktır.

II. AB'DE COĞRAFİ ENGELLEMELERİN TARTIŞILMASI

A. COĞRAFİ ENGELLEMELER VE DİJİTAL TEK PAZAR STRATEJİSİ AÇISINDAN TARTIŞIMLAR

Avrupa Ekonomik Topluluğu (şu andaki adıyla Avrupa Birliği), Avrupa ekonomik entegrasyonunu sağlamak amacıyla kurulmuştu ve bu entegrasyonun en önemli hedeflerinden biri “ortak pazar” oluşturmaktı. Bu amaca ulaşmak için, 1957 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET) üye altı devlet tarafından Roma Antlaşması imzalanmıştır ve bu antlaşmanın 2. maddesi ortak pazar kurulmasından bahsetmektedir. 1970'lerde ortak Pazar terimi, Avrupa Topluluğu veya Avrupa Birliği yerine kullanılıyordu; örneğin, İngiltere'nin AET'ye katılma referandumunda, halk ortak pazara katılıp katılmamayı oylamıştır²⁵. Roma

²³ Yu, s. 524.

²⁴ Reda, Julia, (2020) “Geoblocking: At Odds with the EU Single Market and Consumer Expectations”: Szczepanik Petr/Zahrádka, Pavel/Macek, Jakub/Stepan, Paul (Editörler) Digital Peripheries: The Online Circulation of Audiovisual Content from the Small Market Perspective, 1. Baskı, Springer ss. 81-101, s. 83.

²⁵ Peers, Steve/Barnard, Catherine (2023) European Union Law, 4. Baskı, Oxford University Press, s 334.

Antlaşması ortak pazar terimini kullanırken, 1986 tarihli Tek Avrupa Senedi ise “iç pazar” terimini getirmiştir. Tek Avrupa Senedi’nin 13. maddesinde iç pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alan olarak tanımlanmıştır. Bu serbest dolaşım unsurları “dört özgürlük” olarak adlandırılabilir. “Tek pazar” terimi de aynı anlamda kullanılır ve genellikle siyasi tartışmalarda bu terim tercih edilir²⁶. Bu çalışmada da AB metinleriyle uyumlu olması açısından tek pazar terimi kullanılacaktır.

2010'lara gelindiğinde ise, ekonominin dijitalleşmesiyle birlikte AB, dijital çağın sunduğu ekonomik büyüme, istihdam fırsatları ve diğer sosyal ayrıcalıklardan AB'nin Tek Pazarı'nın tam anlamıyla yararlanamadığının farkına varmıştır. Aynı zamanda AB, dijitalleşme seviyesini ve teknolojinin modern ekonomik sistemler üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak dijital alanda sınırları olmayan bir tek pazar yaratması gerektiği düşünerek 2015 yılında, dijital tek pazar oluşturmalarının AB'nin öncelikli hedefi olduğunu belirlemiştir. Aynı zamanda, AB Komisyonu için dijital tek pazarın tamamlanması, en önemli on siyasi öncelikten biri olarak kabul edilmiştir. DTSPS, malların, insanların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamayı ve bireyler ile işletmelerin, dijital faaliyetler için de milliyet veya ikamet yeri fark etmeksizin, adil rekabet ve tüketici ile veri koruma düzenlemeleri çerçevesinde faaliyet göstermesini sağlamayı amaçlamaktadır²⁷.

Bu stratejinin üç temel ilkesi bulunmaktadır:

1. Tüketiciler ve işletmeler için Avrupa genelinde çevrimiçi mal ve hizmetlere daha iyi erişim: DTSPS, çevrimiçi faaliyetleri geliştirmek ve üye devletler arasında sözleşme hukuku ve telif hakkı hukuku açısından farklılıkları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu hedefe ulaşmak için, DTSPS uygun bir e-ticaret çerçevesi oluşturmalı ve tüketicilere ve işletmelere çevrimiçi içerik, mal ve hizmetlere erişim konusunda aynı fırsatları sunmalıdır. Milliyet, ikamet yeri veya yerleşim yeri konusunda ayrımcılık yapılmamalıdır.

²⁶ Peers/Barnard, s. 34.

²⁷ DTSPS metni için bkz.: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>> s.e.t. 23.10.2024.

2. Gelişmiş dijital ağlar ve yenilikçi hizmetler için uygun koşullar ve eşit bir rekabet ortamı yaratmak: Bu strateji, inovasyonu teşvik etmeyi hedeflemektedir ve bu amacı gerçekleştirmek için AB, bulut bilişim, büyük veri araçları ve nesnelerin interneti gibi alanları da düzenlemesi gerektiğinin farkındadır. Aynı zamanda, bu stratejinin, inovasyonları en iyi şekilde değerlendirebilmek için gerekli yatırımları gerçekleştirebilmesi amacıyla güvenilir, yüksek hızlı ve uygun fiyatlı ağlar ve hizmetler üzerine inşa edilmesi gerekmektedir.
3. Avrupa Dijital Ekonomisinin büyüme potansiyelini en üst düzeye çıkarmak: Ekonomik faaliyetler, AB'deki diğer sektörler gibi, büyük ölçüde dijitalleşmeye dayanmaktadır. Bu nedenle, geleneksel ekonominin dijital ekonomiye dönüşümünden maksimum fayda sağlamak amacıyla bu dönüşümleri en iyi şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

Bu ilkeler ışığında, AB içerisinde herhangi bir sınır olmadan ülkeler arası ticaretin ve hareketliliğin gerçekleşiyor olması beklenmektedir. Ancak eğer AB'nin bir veya bazı üye devletlerinde dijital ürünlerin sınır ötesi erişiminde coğrafi engelleme uygulamasıyla bir sınırlama varsa, bu durumda coğrafi engellemenin AB içinde dijital tek pazar oluşturulmasına engel teşkil ettiği kolayca ileri sürülebilir. Dijital tek pazar içinde, tüketiciler e-ticaretin faydalarından yararlanabilmelidir ve bu da tüketiciler arasında ayrımcılık yapılmamasını gerektirir. Sınır ötesi işlemlerde ve e-ticarette sadece tüketiciler için değil, işletmeler için de engellerin ortadan kaldırılması amacıyla AB Komisyonu, bu sorunları ele alan bir eylem planı açıklamış ve coğrafi engellemenin sona erdirilmesi AB'nin önceliklerinden biri olarak belirlenmiştir. Bu konuda atılan adımlar III. bölümde anlatılacaktır.

B. COĞRAFİ ENGELLEMELER VE İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TARTIŞMALAR

Coğrafi engellemeler ilk olarak bilgiye erişim hakkı ve ifade özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilebilir. 1948'de yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi, ifade özgürlüğü hakkını ve herhangi bir müdahale veya sınır olmaksızın bilgiye erişim hakkını düzenlemiştir. AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 11. Maddesi de ifade özgürlüğünü ve sınır olmaksızın bilgi alma ve yayma hakkını düzenlemiştir. İfade özgürlüğü ve bilgiye erişim

hakkı açısından, herhangi bir bilgiye erişimde bir sınırlama, kısıtlama veya sınırlandırma varsa, bu hakkın ihlal edildiği ileri sürülebilir. Öğretide, bu uygulamanın ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkını ihlal edebileceğine ilişkin görüş sunulmaktadır, zira coğrafi engelleme, bir kişinin başkalarının almak veya paylaşmak istediği bilgiye erişimi engellemektedir²⁸.

Coğrafi engelleme, özellikle sık seyahat eden ya da kendi ülkesinden uzakta yaşayan insanlar için de ciddi bir sorun olabilir. Çünkü coğrafi engelleme nedeniyle, insanlar seyahat ettikleri sırada kendi ülkelerinde erişebildikleri dijital ürünlere ulaşamayabilirler. Ayrıca, göçmenler veya başka bir ülkede yaşayan kişiler, kendi ülkelerinde üretilmiş ya da pazarlanabilir olan dijital ürünlere erişmek isteyebilirler, ancak coğrafi engelleme nedeniyle bunu başaramazlar. Son olarak, başka ülkelerin ürünlerini tüketmek isteyen ve başka ülkelerin dillerini ve kültürlerini öğrenmek isteyen kişiler de coğrafi engelleme nedeniyle zorluk yaşayabilirler. Bu ürünlere ulaşamama durumu geniş bir şekilde eleştirilmektedir, çünkü coğrafi engelleme geniş anlamda “eşitlik” kavramına aykırı görülebilir; dahası, kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe zarar veren ayrımcı bir uygulama olarak değerlendirilebilir ve toplumsal eşitsizliğe yol açabilir.

AB Temel Haklar Bildirgesi'nin III. Bölümünde eşitlik kavramı ele alınmıştır. Bu kapsamda, 21. maddede ayrımcılık yapmama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, üye devletler, cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer görüşler, ulusal azınlık mensubiyeti, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelim gibi herhangi bir temele dayalı ayrımcılıkla mücadele etmelidir. Öte yandan, coğrafi engelleme, kullanıcıların coğrafi konumlarına göre ürünlere erişimini kısıtladığı için bu ayrımcılık ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilir. Son araştırmalara göre, AB'de 60 civarında bölgesel ve azınlık dili bulunmakta ve bu diller yaklaşık 50 milyon kişi tarafından konuşulmaktadır²⁹. Örneğin, Finlandiya'da İsveççe konu-

²⁸ Reda, s. 83.

²⁹ European Parliamentary Research Service (2016) 'Regional and minority languages in the European Union' <<https://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-589794-Regional-minority-languages-EU-FINAL.pdf>> s. 1, s.e.t. 18.10.2024.

şan azınlıklar veya Almanya'da Danca konuşan azınlıklar gibi bazı azınlıklar vardır³⁰. Bu azınlıklar genellikle, azınlık olarak kabul edildikleri ülkelerde ihtiyaçlarına özel olarak hizmet edecek yeni pazarların veya yatırımların yaratılması için yeterince büyük değillerdir. Ancak bu insanlar da dillerinde üretilen, kültürel kimliklerini yansıtan veya kültürlerine ya da dillerine ilgi duydukları ülkelerde üretilen ürünlere erişme ihtiyacı duyarlar. Bu ürünler kültürel içerik, siyasi içerik, eğitim materyalleri veya başka ülkeler veya dilsel azınlıklar tarafından üretilen içerikler olabilir. İnsanlar, kendi dillerindeki bu içeriklere erişemediklerinde ya da seyahat ederken dillerindeki ürünlere ulaşamadıklarında, bu durum ayrımcı bir uygulama olarak kabul edilebilir.

Bu bağlamda, coğrafi engelleme uygulaması, kültürel, dini ve dilsel çeşitlilikle ilişkilendirilebilir; çünkü coğrafi engelleme ile karşı karşıya kalan kişiler genellikle kendi ülkelerinin dışında yaşayan veya başka bir ülkede yoğun olarak tüketilen ürün ve hizmetlere erişmeye çalışan insanlardır. Temel Haklar Bildirgesi'nin 22. maddesi, Birliğin, AB içinde kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe saygı göstereceğini hükme bağlamıştır. Bu temel kurala rağmen, AB içinde kullanıcılar bu ürün ve hizmetlere erişimde coğrafi engellemeye tabi olabilir ve bu nedenle diğer ülkelerin ürünlerini tüketmekten mahrum kalabilirler. Bu durumda, yurt dışında bulunan insanların veya dini ya da dil açısından azınlık olan kişilerin, kültürel geleneklerini kaybetme veya dillerini, kültürel ve tarihsel geçmişlerini unutma riski ortaya çıkabilir. Örneğin³¹, Birleşik Krallık dışında insanlar BBC iPlayer'a erişememekte, dolayısıyla BBC iPlayer'daki içerikleri yeniden yayınlamamakta, izleyememekte veya indirememektedirler. Bu durum, BBC'nin programlarına veya hizmetlerine Birleşik Krallık dışındayken erişmek isteyen herkes için bir sorun teşkil etmekle birlikte, özellikle İskoç Galcesi gibi dilsel azınlıklar için daha büyük bir sorun haline gelmektedir. İskoç Galcesi konuşanların dillerine adanmış bu az sayıda kanallara erişememesi durumunda, İskoç Galcesi konuşanlar için yapılmış başka bir kanal veya program bulmaları çok olası değildir. Bu durumda, İskoç Galcesi konuşan bir kişi Birleşik Krallık'a geri dönme şansına sahip değilse, dillerinde üreti-

³⁰ Reda, s. 86.

³¹ Reda, s. 83.

len hiçbir içeriği tüketememe riskiyle karşı karşıya kalabilir ve nihayetinde dilini ve kültürünü unutma tehlikesiyle karşılaşabilir.

Sonuç olarak, coğrafi engelleme sonucunda insanlar milliyetleri veya ikamet ettikleri yer nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmakta ve kültürel ürünlere erişememektedirler. Ayrıca, bu ürünlerin sınır ötesi erişilebilir olmaması, AB içindeki kültürel çeşitliliğe zarar verebilmektedir. Bu nedenle, dijital ürünler üzerindeki bölgesel kısıtlamalar eleştirilmektedir; çünkü bu durum, insan haklarının, özellikle ifade özgürlüğü, bilgiye erişim ve eşitlik hakkının ihlali potansiyelini taşıyabilir ve AB içindeki kültürel çeşitlilik üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olabilir. Tüm bu sebeplerden ötürü, AB ilk olarak Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü'nü 2017 yılında, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nü ise 2018 yılında yasalaştırmıştır. Bir sonraki bölüm bu tüzüklerin amacına, kapsamına ve sonuçlarına odaklanacaktır.

III. AB'DE COĞRAFİ ENGELLEMELER ALANINDA KABUL EDİLEN YASAL DÜZENLEMELER

DTPS'in sonucunda düzenlemesi yapılan ilk alanlardan biri dijital ürünlere sınır ötesi erişilebilirlik oldu ve bu kapsamda çevrimiçi içerik hizmetlerinin sınır ötesi taşınabilirliğine ilişkin yasal bir düzenleme hayata geçirildi. AB, 1985'ten bu yana telif hakkı yasalarını AB ülkelerinde uyumlaştırmaya çalışıyordu, ancak, 2015'e kadar bu uyumlaştırma süreci yalnızca yönergelerle yapılmıştı. Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü³² ile ilk kez telif hakkı alanında bir tüzük ile kanun yapma tercih edildi. Bu tercih, düzenlemelerin AB üye devletlerinde doğrudan uygulanabilir olması ve eşzamanlı olarak yürürlüğe girmesiyle açıklandı. Ayrıca, düzenlemelerle üye devletler arasında taşınabilirlik kurallarının tutarlı bir şekilde uygulanmasının sağlanacağı vurgulandı. Avrupa Parlamentosu'nun bir çalışmasına göre, teknolojideki hızlı gelişmeler, direktif temelli uyumlaştırma yöntemini yetersiz hale getirmiştir. Çalışma, direktiflerin yapısal eksiklikleri, ulusal

³² “Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market.” Tüm metne şuradan erişilebilir: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32017R1128>> s.e.t. 23.10.2024.

farklılıklar ve yüksek maliyetlerin uyumlaştırma sürecini olumsuz etkilediğini belirterek, düzenlemelerin dijital tek pazar için daha uygun olduğunu savundu.

Sınır ötesi ürün erişimini kapsayan bir diğer önemli düzenleme ise Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'dür. DTSP kapsamında, AB Komisyonu coğrafi engellemeyi sonlandırmayı bir öncelik olarak ele alan bir eylem planı açıkladı. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, AB yine tüzüğü yasama aracı olarak tercih etti.

Bu bölüm, AB'nin internet ortamındaki ürünlere sınır ötesi erişim konusundaki girişimlerine odaklanmaktadır. Amacı, bu alandaki çerçeveyi göstermek ve bu düzenlemelerdeki ihtiyaçları vurgulamaktır. Mevcut eleştiriler ve boşluklar bu bölümde ele alındıktan sonra, çalışmanın son bölümünde (Bölüm IV) yazar bu tüzükler için değişiklik teklifi gerekip gerekmediği sorusunu cevaplayacaktır.

A. SINIR ÖTESİ TAŞINABİLİRLİK TÜZÜĞÜ

1. Tüzük Teklifi ve Yasalaştırma Süreci

Bu tüzüğün temel amacı, telif hakkı yasalarının bölgesel kısıtlamaları nedeniyle çevrimiçi hizmet sağlayıcılarına erişilememesi sorununu ele almak ve yasal abonelere çevrimiçi hizmetlerin taşınabilirliğini sağlayan bir istisna sunmaktır. Bu amaçla, Avrupa Komisyonu 2015 yılında Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü için sekiz maddelik bir teklif yayınladı³³.

Bu teklifin amacı, tüketicilerin kendi ülkelerinde yasal olarak eriştikleri çevrimiçi içeriğe, geçici olarak bir başka AB üye devletine seyahat ederken de erişmelerini sağlamaktır. Bu düzenleme uyarınca, örneğin Netflix Belçika versiyonuna üye olan bir kullanıcı, Fransa'ya gittiğinde geçici bir süreliğine Netflix Belçika versiyonuna Fransa'dan da erişim sağlayabilecektir.

Teklifte, "abonelik", "tüketici" ve "çevrimiçi içerik hizmeti" gibi anahtar tanımlar yapıldı. "Geçici olarak bulunma" tanımı ise başka bir üye devlette geçici olarak bulunmayı ifade ederken, bu sürenin ne kadar olacağı net olarak belirtilmemiştir.

³³ Taslak metnine şuradan erişilebilir: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A0627%3AFIN>> s.e.t. 23.10.2024.

Tüzüğün en önemli yönlerinden biri, “hukuki kurgu” kavramını getirmesidir. Bu sayede, çevrimiçi içerik hizmetlerine erişim ve kullanım işlemleri, abonenin ikamet ettiği ülkede gerçekleşmiş sayılacaktır. Yani örneğin Fransa ziyareti sırasında Netflix Belçika hesabına erişim sağlayan kullanıcının bu faaliyeti Belçika’da gerçekleşmiş gibi kabul edilir ve Netflix gibi platformların kısa süreli sınır ötesi erişim izni vermesi için diğer bölgelerden lisans alma zorunluluğuna istisna getirilmiş olmaktadır³⁴. Bu düzenleme, telif haklarını ihlal etmeksizin dijital içeriklere AB genelinde erişimi kolaylaştırmıştır³⁵.

Bu tüzük teklifinin yasama sürecinde üç ana başlıkta tartışmalar yaşandı:

- “Geçici olarak bulunma” kavramının net olmaması,
- Üye devletlerin ikametgahlarının doğrulanma süreci ve kişisel verilerin korunması,
- Ücretli ve ücretsiz hizmet sağlayıcılarının durumu,

Özellikle geçici olarak bulunma süresinin ne olduğu konusunda belirsizlikler oluştu. Öğretide bir grup bu belirsizliğin kötüye kullanım riskine yol açabileceğini belirtirken, diğerleri esnek bir yaklaşımın daha uygun olacağını savundu³⁶. Komisyon, geçici kalış süresine dair kesin bir tanım getirilmemesini savundu ve bu durumu çeşitli amaçlar ve sürelerde kalışlara esneklik tanınması gerektiği gerekçesiyle savundu³⁷. Ancak öğretide, bu belirsizliğin hem aboneler hem de platform sağlayıcıları açısından hukuki belirsizlik yaratabileceğini belirtenler de olmuştur³⁸.

³⁴ **Karmel, Bela** (2020) “Content portability in the EU: challenges and pragmatic solutions”, *European Intellectual Property Review*, S. 42(7), ss. 414-425, s. 418.

³⁵ **Shapiro, Ted** (2016) “The Proposed Regulation on portability - don’t leave home without it”, *European Intellectual Property Review*, S. 38(6), ss. 351-359, s. 357.

³⁶ **Rauer, Nils/Kaase, Lea** (2020) “Portability Regulation”: Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (Editörler), *EU Digital Law*, 1. Baskı, Hart Publishing, ss. 495-591, s. 516.

³⁷ Commission “Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to ensure the cross-border portability of online content services in the internal market” (2015) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015SC0270>> s. 24, s.e.t. 18.10.2024.

³⁸ **Engels, Sebastian/Nordemann, Jan Bernd** (2018) “The Portability Regulation (Regulation (EU) 2017/1128): A Commentary on the Scope and Application”, *JIPITEC*, S. 9, ss. 179-200, s. 184.

Kişisel verilerin korunması ve ikamet doğrulama süreçleri de tartışma konusuydu. Önerilen tüzükte, makul ve orantılı doğrulama yöntemlerinin kullanılmasını öngören iki madde yer aldı. Ancak, “makul ve orantılı” doğrulamanın ne anlama geldiği konusunda net bir açıklama yapılmadı³⁹. Sonuç olarak, nihai taslakta, ikamet doğrulama süreci için daha ayrıntılı ve somut yöntemler önerildi.

Ödeme karşılığı sunulan hizmetler ile ücretsiz hizmetler arasında da tartışmalar yaşandı. Ücretsiz hizmetler, abonelerin ikametgahlarının doğrulandığı sürece tüzüğe dahil edildi, aynı zamanda ücretsiz hizmet sağlayıcılarının düzenlemeye dahil olmayı kendilerinin de tercih edebilecekleri bu metinde ifade edildi⁴⁰. Ayrıca, hizmet sağlayıcıların abonelerden sınır ötesi taşınabilirlik hizmeti için ek ücret talep edemeyeceği de tüzüğün son metninde açıkça belirtildi.

2. Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü Sonrası Tartışmalar

2022 yılında Avrupa Komisyonu, Taşınabilirlik Tüzüğü'nün uygulanması hakkında kısa dönem değerlendirme raporu yayınladı. Raporda, bu tüzükten faydalananların toplam abonelerin sadece %5'i kadar olduğu açıklandı. Pandemi dönemi nedeniyle seyahat kısıtlamalarının etkisiyle bu sayının düşük kaldığı da raporda belirtildi⁴¹. Ayrıca, tüzüğün uygulanmasına dair ciddi şikâyetlerin olmadığı belirtildi, ancak bunun bir sebebinin de tüketicilerin şikâyet mekanizmasından haberdar olmamaları olabileceği dikkate alınmalıdır⁴².

İkamet doğrulama süreçlerinin küçük ve orta ölçekli işletmelere ek maliyetler getirdiği de raporda vurgulandı. Ayrıca, geçici olarak bulunma kavramının zamanla belirsizliğe yol açabileceği ve bazı hizmet sağlayıcıların bu kavrama kendi sınırlarını koyduğu belirtildi. Örneğin TV sağlayıcısı Sky TV her kalış için

³⁹ Shapiro, s 12.

⁴⁰ Tüzük Dibacesi 16-17.

⁴¹ “Report on the application of Regulation (EU) 2017/1128 on cross-border portability of online content services in the internal market”, s. 6. Tüm rapora erişmek için: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-publishes-staff-working-document-reporting-cross-border-portability-online-content>> s.e.t. 23.10.2024.

⁴² Karmel, s 11.

sınırı 37 gün olarak, German Media Association bu sınırı 45 gün olarak belirlemiştir⁴³. Sky TV ayrıca abonelerinden, seyahatler arasında en az bir kez ikamet ettikleri üye devlette sistemlerine giriş yapmalarını şart koşturmaktadır.

Bu Tüzük, 2020 yılı itibarıyla yaklaşık 2,5 milyon AB vatandaşını, yani AB nüfusunun sadece %0,5'ini oluşturan seyahat edenler, kısa süreli göçmenler ve turistler için coğrafi engellemeyi önlemiştir⁴⁴. AB, taşınabilir çevrimiçi içerik hizmetlerine sınır ötesi erişim sağlamak için bu tüzüğü kabul etmiştir; böylece, bu tüzük ikamet ettikleri üye devlette yasal olarak sağlanan taşınabilir çevrimiçi içerik hizmetlerine abone olan kişilerin, geçici olarak başka bir üye devlette bulduklarında da bu hizmetlere erişimleri ve bunları kullanmaları sağlanmaktadır. Bu, AB içindeki telif hakkı korunan dijital ürünlerin dolaşımını düzenlemek adına küçük ama önemli bir adımdır. Ancak, bu Tüzükten faydalananların sayısı oldukça azdır. Bir sonraki adım, tüketicilerin milliyeti, ikamet yeri veya ticari kuruluşlarına dayalı haksız coğrafi engellemeleri ortadan kaldırarak, AB içinde dolaşan dijital ürünlere sınır ötesi erişimi kalıcı olarak düzenlemek olmalı idi. Bu amaçla AB, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nü yasalaştırmıştır, bu düzenleme bir sonraki bölümde detaylıca anlatılacaktır.

B. HAKSIZ COĞRAFİ ENGELLEMELER TÜZÜĞÜ

1. Tüzük Teklifi ve Yasalaştırma Süreci

Mayıs 2016'da AB, coğrafi engelleme ve tüketicilere yönelik ayrımcı uygulamaları önlemek amacıyla Coğrafi Engelleme Tüzüğü'nün taslak metnini yayımladı. Bu tüzük, coğrafi engellenen neden olduğu sorunlara çözüm getirmeyi hedefliyordu. Tüzüğün amacı, tüketicilerin milliyeti, ikamet yeri veya iş yeri konumuna göre yapılan ayrımcılıkları önlemektir. Bu tüzük taslağı ilk yayınlandığında, taslak görüşmelerinden ve AB Komisyonu üyeleri ile Avrupa Parlamentosu vekillerinin açıklamalarından çıkarılan ana fikir, AB'nin amacınının

⁴³ Rauer/Kaase, s. 539.

⁴⁴ Schmidt-Kessen, Maria José, (2019) "EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits of Partitioning EU's Internal Market", Columbia Journal of European Law, S. 24(3), ss. 561-576, s. 567.

coğrafi engellemeleri tamamen ortadan kaldırmak olduğu ve AB içinde sınır ötesi taşınabilirlik konusunda bir sorun kalmamasını sağlamayı hedeflediği⁴⁵. Ancak, görüşmeler sırasında özellikle görsel-işitsel ve eğlence sektörü temsilcilerinden gelen yoğun lobi faaliyetleri sonucunda, tüzüğün adı “Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü” olarak değiştirildi ve kapsamı daraltılarak yalnızca haksız olan coğrafi engelleme yöntemlerinin yasaklanması şeklinde düzenlenmesine karar verildi⁴⁶. Bu yöntemin hangi durumlarda “haksız” olacağına dair belirli kriterler getirildi. Örneğin, sınır ötesi satışların işletmeler için ciddi maliyetler yaratması durumunda coğrafi engelleme uygulamanın haklı görülebileceği vurgulandı.

Bu Tüzük ayrımcı uygulamaları engellemek için çeşitli yasaklar getirdi:

- Web sitelerine ve diğer çevrimiçi arayüzlere erişimin engellenmesi yasaklandı.
- Müşterinin başka bir ülkenin sitesine yönlendirilmesi müşteri rızasına bağlandı.
- Milliyet, ikamet yeri veya iş yeri konumuna dayalı olarak ayrımcılık yapılmaması gerektiği belirtildi.
- Ödeme yöntemleriyle ilgili ayrımcılıkların önlenmesi gerektiği ifade edildi.
- Ayrıca, işletmelerin hem yerel hem de yabancı müşterilere eşit muamele göstermesi gerektiği kararlaştırıldı.

Ancak, tüzük fiyatlandırma stratejilerine müdahale etmedi; işletmeler, ülkeler arasındaki farklı fiyatlandırma politikasına ayrımcılık ekseninde olmamak koşuluyla serbestçe devam edebileceklerdir.

Bu tüzüğün en çok eleştirilen yönlerinden biri, telif hakkıyla korunan içeriklerin (örneğin dijital müzik ve filmler) kapsam dışı bırakılması oldu⁴⁷. Telif

⁴⁵ Reda, s. 93.

⁴⁶ Reda, s. 92.

⁴⁷ Reda, s. 93.

haklarına ilişkin bu boşluk, dijital pazarın tam anlamıyla entegre edilmesini engellediği için eleştirildi. Aynı zamanda, finansal hizmetler, elektronik iletişim, sağlık ve ulaştırma hizmetleri de bu yönetmeliğin kapsamına alınmadı. Dolayısıyla tüzük taslağından itibaren telif hakkıyla korunan ürünlerin düzenlemenin kapsamına alınmaması birçok tartışmaya konu oldu. Ancak ifade edildiği üzere özellikle eğlence ve görsel-işitsel sektörden gelen lobileşme faaliyetleri sonucunda tüzüğün kabul edilen metninde de telif hakkıyla korunan ürünler bu tüzüğün kapsamı dışına alınmıştır. Bu durumda örneğin Netflix platformu hala coğrafi engelleme tekniği uygulayarak dilediği film ve dizileri dilediği ülkede erişilebilir kılmama hakkına sahiptir. Bu şekliyle tüzük kapsamı son derece dardır ve telif hakkıyla korunan dijital ürünler çıkarıldığında, oldukça az senaryoda bu tüzük uygulanabilir hale gelmektedir.

Ancak kanun koyucu bu tarz eleştirilerin geleceğini ve bu kabul edilen haliyle amaçlanan hedefe hizmet etmediğinin bilincinde olduğundan tüzük metnine bir de değerlendirme maddesi eklemiştir (Madde 9). Buna göre, AB Komisyonu, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kabulünden 2 yıl sonra, bu tüzüğün kapsamının genişletilerek telif hakkıyla korunan eserlerin ve içeriklerin erişim ve kullanımını sağlayan elektronik ortamda sunulan hizmetlere uygulanıp uygulanmaması gerektiğini değerlendirecektir. Bu kapsamda ilk değerlendirme 2020 yılının Kasım ayında yapılmıştır.

2. Tüzük Sonrası Değerlendirmeler - Kısa Dönem Değerlendirme Raporu

2020'de yayınlanan değerlendirme raporu⁴⁸, tüzüğün uygulanması, iç pazarın işleyişi, tüzüğün kapsamının değiştirilmesinin maliyet ve faydaları ile görsel-işitsel ve diğer telif hakkı korumalı hizmetlere genişletilmesinin etkilerini ele almıştır. Raporla, Covid-19'un e-ticaret üzerindeki etkilerine dikkat çekilmiş ve

⁴⁸ Commission "Staff Working Document, First short-term review of the Geo-blocking Regulation, Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation." Tüm metne şuradan ulaşılabilir: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-publishes-its-short-term-review-geo-blocking-regulation>> s.e.t. 23.10.2024.

bu tüzüğün ilk aşamada bazı olumlu etkileri olduğu belirtilmiştir. Örneğin, bu tüzük kabul edildikten sonra web sitelerine erişim engelleri ve otomatik yönlendirmeler azalmıştır.

İlk incelemelere göre, Haksız Coğrafi Engelleme Tüzüğü'nde özellikle görsel-işitsel sektörde yapılacak değişikliklerin AB genelinde önemli sonuçlar doğuracağı öngörülmektedir. Bu sebeple, görsel-işitsel içeriklerin dağıtımı ve sınır ötesi erişimi üzerine yapılan bu incelemeler büyük önem taşımaktadır. Bu rapora göre, telif hakkıyla korunan içeriklerin dağıtımında kullanılan lisanslama modelleri oldukça karmaşıktır ve içerikler genellikle tek bir ülkeyle sınırlı lisanslardır veya aynı içerik belirli zaman dilimlerinde farklı platformlar için lisanslanmaktadır. Bu durum, görsel-işitsel hizmetlerin coğrafi engellemeye karşı genişletilmesinin sektörde karmaşık etkiler yaratacağını göstermektedir. Ayrıca, coğrafi engellenmenin kaldırılması halinde daha büyük ve daha zengin AB ülkelerinin içerik bakımından daha avantajlı olacağı, daha küçük ve daha düşük gelirli ülkelerin ise olumsuz etkileneceği sonucuna varılmıştır. Coğrafi engellemeler kaldırıldığında, yerel içeriklere olan talebin azalacağı ve bu durumun kültürel çeşitliliği, yatırımları ve üretimi olumsuz etkileyeceği öngörülmüştür. Ayrıca, endüstri uzmanlarıyla yapılan görüşmelere göre, coğrafi engellenmenin kaldırılması halinde hizmet fiyatlarının artacağı, tüketici tercihlerinin azalacağı ve kültürel çeşitliliğin olumsuz etkilenebileceği belirtilmiştir. Pan-AB lisanslarının daha maliyetli olacağı, bu nedenle maliyetlerin tüketicilere yansıtılacağı ve platformların daha az içerik sunabileceği düşünülmektedir.

Öte yandan, Avrupa Görsel-İşitsel Gözlemevi'nin verilerine dayanan raporda, AB genelinde görsel-işitsel içeriklerin sınır ötesi erişim oranının düşük olduğu ifade edilmiştir. Coğrafi engellenmenin kaldırılması durumunda, daha küçük platformların daha fazla içerik sunabileceği ve bu platformların potansiyel olarak daha geniş bir başlık yelpazesi sunacağı öne sürülmüştür. Bununla birlikte, tüketici davranışını anlamak amacıyla yapılan anketlerde, tüketicilerin içerik kalitesinde ve fiyatlarda büyük farklar olmadığı sürece platform değiştirmeye sıcak bakmadığı gözlemlenmiştir. Özellikle, yerel içeriklerin ve dillerin bulunmadığı platformlara geçişin cazip bulunmadığı belirtilmiştir.

Kısa dönem değerlendirme raporuna göre yüksek bütçeli filmler için yapılan ön satışların sinema yapımlarına önemli katkı sağladığı, bu tür filmlerde coğrafi engellemelerin kaldırılmasının ön satış gelirlerini etkileyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, coğrafi engellemenin kaldırılmasının içerik çeşitliliği açısından olumlu etkiler yaratabileceği ancak aynı zamanda bazı karmaşık sonuçlar doğurabileceği öne sürülmüştür. Küçük ölçekli platform sağlayıcılarının ise coğrafi engellemenin kaldırılmasından olumsuz etkilenebileceği belirtilmiştir. Spor içerikleri gibi bazı sektörlerin ise daha farklı talepler ve canlı yayın gereksinimleri olduğundan bu durumdan etkilenmesinin farklı olabileceği vurgulanmıştır.

Müzik sektörü üzerinde yapılan incelemeler, coğrafi engellemenin kaldırılması durumunda büyük gelir kayıplarının yaşanabileceğini göstermiştir. Müzik endüstrisinde coğrafi engelleme, genellikle fiyat farklılıklarını uygulamak amacıyla kullanıldığından, bu engellerin kaldırılması AB genelinde fiyatların dengelemesine yol açabilir. Bu durumda düşük gelirli ülkelerde fiyatlar yükselebilen, yüksek gelirli ülkelerde fiyat düşüşleri gözlemlenebilir. Ancak bu durumun genel refah üzerinde olumsuz etkileri olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, müzik hizmetlerinde dilin çok önemli bir faktör olmadığı, dolayısıyla dil farklılıklarının tüketici tercihlerine fazla etki etmediği gözlemlenmiştir.

E-kitaplar açısından bakıldığında, sınır ötesi talebin düşük olduğu, tüketicilerin dil erişimi ve yerel içeriklerin bulunabilirliği ile daha çok ilgilendiği görülmüştür. E-kitap piyasasında coğrafi engellemelerin kaldırılması, mevcut fiyat farklılıklarının düşük olması nedeniyle çok büyük değişiklikler yaratmayacaktır. Ancak küçük kitabevlerinin bu değişiklik sonucunda artabilecek maliyetler ve idari yükler nedeniyle zorlanabileceği ve piyasadan çıkabileceği öngörülmektedir.

Oyun ve yazılım sektörlerinde ise, sınır ötesi erişim talebinin düşük olduğu, oyunların büyük çoğunluğunun zaten Avrupa Ekonomik Alanı genelinde benzer şekilde sunulduğu tespit edilmiştir. Coğrafi engellemelerin kaldırılmasının bu sektör üzerinde çok büyük bir etkisi olmayacağı düşünülmektedir. Ancak, daha küçük oyun şirketlerinin coğrafi engellemeleri bir pazar testi olarak kullandıkları ve bu engellemelerin kaldırılması durumunda pazar testlerinin yapılamayacağı belirtilmiştir.

Kısa dönem değerlendirme raporu yayımlandıktan sonra, elde edilen bu verilerin ve mevcut durumun değerlendirilmesi ve daha da önemlisi telif hakkıyla korunan ürünlerin tüzük kapsamına alınıp alınmaması gerekliliğini tartışmak amacıyla AB Parlamentosu Aralık 2023 tarihinde toplanmıştır.

3. Kısa Dönem Değerlendirmesi Raporu Sonrası Atılan Adımlar ve AB Parlamentosu'nun Aralık 2023 Tarihli Kararı

2020'de yayımlanan kısa vadeli inceleme sonrasında AB Komisyonu ve Parlamento, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün genişletilmesi konusunda çeşitli çalışmalar ve raporlar yayınlamaya başladı. 2021'de AB Komisyonu, görsel-işitsel içeriklerin AB genelinde erişimi ve kullanılabilirliği hakkında bir diyalog başlattı ve tüm paydaşların fikri alındı. Mayıs 2023'te AB Komisyonu, tüzüğün uygulanmasıyla ilgili bir değerlendirme raporu yayınladı⁴⁹ ancak bu rapor telif hakkıyla korunan ürünlere ilişkin pek bir değerlendirme yapmadı. Haziran 2023'te Raportör Beata Mazurek tarafından hazırlanan taslak raporda, tüzüğün kapsamının genişletilmesinin sektöre olası etkileri ele alındı. Temmuz ve Ekim 2023'te Kültür ve Eğitim Komitesi ile Hukuk İşleri Komitesi de görüşlerini yayınladı. Aralık 2023'te AB Parlamentosu, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün dijital tek pazarda uygulanmasına ve kapsamına dair bir karar yayınladı. AB Parlamentosu, telif hakkına ile korunan ürün ve hizmetlerin şu an için Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamına alınmaması yönünde karar verdi.

a. 2021 Tarihli Diyalog

Kasım 2021'de başlayan ve Avrupa genelinde görsel-işitsel içeriğe erişim ve kullanılabilirlik konusunu ele alan diyalog toplantılarının⁵⁰ amacı, tüketicilerin bu içeriklere daha fazla erişim sağlamasını ve üye ülkelerdeki kullanılabilirliğini artırmaya yönelik endüstri odaklı çözümler bulmaktır. İlk toplantıda, 2015 ve 2019 yılları arasında sınır ötesi erişim talebindeki önemli artış ele alındı. Top-

⁴⁹ Raporun tam metnine ulaşmak için: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/740255/EPRS_IDA\(2023\)740255_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/740255/EPRS_IDA(2023)740255_EN.pdf)> s.e.t. 23.10.2024.

⁵⁰ Bu diyalogların özetlerine, diyalogda yapılan sunumlara ve gerekli belgelere şuradan ulaşılabilir: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/access-and-availability-audiovisual-content>> s.e.t. 23.10.2024.

lantı sonunda, Komisyon, görsel-işitsel içeriklerin erişimini ve kullanılabilirliğini artırmak için somut öneriler istedi. İkinci toplantıda, AB genelinde daha geniş bir kitleye hitap eden görsel-işitsel eserlerin üretimini teşvik etme ve bu eserlerin dağıtımını iyileştirme stratejileri tartışıldı. Tüketici dernekleri, özellikle dilsel azınlıkların temsilcileri, bu tür içeriklere erişimin artırılmasını desteklerken, sektör temsilcileri bu önerilerin endüstrinin sürdürülebilirliğini tehdit edebileceğini savunarak karşı çıktılar.

Toplantılar sonucunda, görsel-işitsel içeriklerin dolaşımını ve erişimini artırmaya yönelik somut bir adım atılmadı veya yeni bir fikir ortaya çıkmadı. Komisyon'un tüm çabalarına rağmen, görsel-işitsel endüstri temsilcileri lisanslama ve dağıtım uygulamalarıyla ilgili öneriler sunmak konusunda isteksiz kaldılar. Bu temsilciler, AB genelinde içerik erişiminin halihazırda yeterli olduğunu savunarak mevcut piyasa uygulamalarında büyük değişikliklere gerek olmadığını belirttiler. Dolayısıyla, yapılan diyaloglar, herhangi bir somut ilerlemeye ya da politika değişikliğine yol açmadı.

b. Haziran 2023 Tarihli Taslak Rapor

Haziran 2023'te, Raportör Beata Mazurek, Dijital Tek Pazar'da Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin bir taslak rapor hazırladı⁵¹. Bu rapor, kısa dönem incelemenin ilk bulgularının özetini sunarak başladı ve ardından Mazurek'in görüşlerine yer verildi. Raportör, sınır ötesi işlemler için daha geniş bir yasal çerçevenin analiz edilmesini, pasif satışlar⁵² hakkının güçlendirilmesinin değerlendirilmesini ve Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün tam uygulanıp denetlenmesini önerdi. Ayrıca, görsel-işitsel sektörün, aynı müzik endüstrisinde olduğu gibi tüketici beklentilerini karşılayan doğal gelişiminin izlenmesi gerektiğini, çünkü bu tüzük kapsamının genişletilmesinin telif hakkı

⁵¹ Rapora şuradan ulaşılabilir: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0335_EN.html> s.e.t. 23.10.2024.

⁵² AB Dikey Grup Muafiyeti Yönetmeliği madde 2'de pasif satışlar şu şekilde tanımlanmaktadır: "Pasif satışlar", belirli bir müşteri, müşteri grubu veya bölgeyi aktif olarak hedefleyerek satış başlatılmaksızın, bireysel müşterilerden gelen talep üzerine yapılan satışlar anlamına gelir. Buna, müşteriye mal veya hizmet teslimi de dahildir.

ve lisanslama uygulamaları gibi yaratıcı sektörün karmaşık yapısına zarar verebileceğini belirtti. Son olarak, Covid-19 salgını ve dijital tüketim alışkanlıklarındaki değişimlerin raporlarda yeterince yansıtılmadığını, bu nedenle tüzüğün etkilerinin analizine devam edilmesi gerektiğini ifade etti.

c. Kültür ve Eğitim Komitesi ile Hukuk İşleri Komitesi'nin Görüşleri

Temmuz 2023'te, Kültür ve Eğitim Komitesi görüşünü yayınladı⁵³. Bu raporda, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamının genişletilmesinin tüketicilere önemli bir fayda sağlamayacağı, aksine maliyetler ve içerik sayısı açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı belirtildi. Ayrıca, filmler için bölgesel münhasırlığın yatırım açısından önemine dikkat çekildi ve bu münhasır lisansların kültürel çeşitlilik için faydalı olduğu vurgulandı. Raporda, görsel-işitsel hizmetlerin tüzük kapsamına alınmasının gelirleri düşüreceği, sözleşme özgürlüğünü, dağıtımı ve gösterimi olumsuz etkileyeceği, ulusal kurallara uyum konusunda da karmaşa yaratacağı ifade edildi.

Ekim 2023'te Hukuk İşleri Komitesi de görüşünü yayınladı⁵⁴. Bu görüş, Kültür ve Eğitim Komitesi'nden farklı olarak, içerik ve lisansların sınır ötesi erişiminin özellikle dilsel azınlıklar için faydalı olacağını öne sürdü. Böyle bir erişim olduğunda, dilsel azınlıkların kendi ana dillerindeki içeriklere ulaşma şansının artabileceği ifade edildi.

4. AB Parlamentosu'nun Aralık 2023 Tarihli Kararı

13 Aralık 2023'te Avrupa Parlamentosu, Dijital Tek Pazar'daki 2018 Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamının genişletilip genişletilmemesine ilişkin bir karar aldı⁵⁵. Bu kararda ilk olarak, tüzüğün bugüne kadar olan uygulama süreci ve 2020'de yapılan kısa dönem incelemelerde elde edilen bulgular

⁵³ Rapora şuradan ulaşılabilir: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CULT-AD-746896_EN.pdf> s.e.t. 23.10.2024.

⁵⁴ Rapora şuradan ulaşılabilir: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AD-749286_EN.pdf> s.e.t. 23.10.2024.

⁵⁵ Kararın tam metnine şuradan ulaşılabilir: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0473_EN.html> s.e.t. 23.10.2024.

özetlendi. Bu bulgular, tüzüğün genişletilmesinin kapsamı hakkında daha fazla veri toplanması ve analiz yapılmasının önemini vurguladı. Tüketici davranışları ve piyasa dinamiklerindeki değişikliklerin daha iyi anlaşılabilmesi için kapsamlı bir veri toplama sürecine ihtiyaç olduğu belirtildi.

Karar ayrıca, görsel-işitsel içeriklerin dolaşımının ve erişilebilirliğinin şu an istenen düzeyde olmadığı ve bu durumun AB'deki kültürel çeşitliliği olumsuz etkileyebileceğini kabul etti. Karar, içeriklerin daha fazla dolaşımını teşvik etmek ve kültürel çeşitliliği korumak için daha fazla adım atılması gerektiğini vurguladı. Dilsel azınlıkların kendi anadillerinde içeriklere erişimlerinin artırılması gerektiği de kararın önemli bir noktası olarak öne çıktı. Özellikle, coğrafi engellemelerin kaldırılmasıyla birlikte görsel-işitsel eserlerin sınır ötesi taleplerine yanıt verilmesinin kültürel çeşitliliği artırabileceği ve bu içeriklerin yeni kitlelere ulaşabileceği öne sürüldü. Karar bu bağlamda daha fazla analiz yapılması gerektiğini belirtti.

Son olarak, tüzüğün kapsamının genişletilmesi konusunda tüm paydaşlarla yeni ve kapsamlı bir istişare yapılması gerektiği vurgulandı. Özellikle AB'nin görsel-işitsel medya hizmetlerine dair yeni düzenlemeleri ve sınır ötesi teslimat hizmetlerine ilişkin düzenlemeler gibi son yasal gelişmelerin yanı sıra Covid-19 pandemisi sonrası piyasa değişikliklerinin de dikkate alınması gerektiği ifade edildi. Karar, telif hakkı ile korunan ürünlerin şimdilik Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamı dışında tutulması gerektiğini resmi olarak ilan etmiştir. Sonraki değerlendirmenin 2025 yılında yapılması beklenmektedir.

IV. COĞRAFI ENGELLEMELER DÜZENLEMELERİNE DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

Coğrafi engellemeleri düzenleyen hem Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü hem de Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü, bir önceki bölümde bahsedildiği üzere pek çok eleştiri almıştır. Bu düzenlemeler özellikle hem kapsamlarının dar olması hem de bu düzenlemelerden yararlanabilecek kişilerin sınırlı kalması nedeniyle öğretilerde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin sonucunda, 2020 ve 2023 yıllarında yapılan değerlendirmelerde, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamının genişletilmesi beklense de AB bu yönde bir adım atmamış ve her iki tüzük de ilk kabul edildikleri şekliyle, herhangi bir değişikliğe uğramadan gü-

nümüze kadar gelmiştir. Çalışmanın bu son bölümünde yazar, coğrafi engellemeler düzenlemelerine yönelik herhangi bir değişiklik yapıp yapılmaması gerektiğini kendi düşünceleri ve gerekçeleriyle ele alacaktır. Bu bağlamda, özellikle telif hakkı ile korunan ürünlerin Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamına alınıp alınmaması hususu değerlendirilecek ve AB kanun koyucularına yönelik bazı değişiklik önerileri sunacaktır. Öneriler, dijital tek pazarın güçlendirilmesi, hak sahiplerinin haklarının korunması, pazar işleyişinin köklü olarak değiştirilmemesi ve kullanıcıların sınır ötesi erişim haklarının genişletilmesi amaçlarıyla şekillenecektir.

A. COĞRAFİ ENGELLEMELERİN DAHA KAPSAMLI DÜZENLENMESİ GEREKLİLİĞİ

Coğrafi engellemelere ilişkin yasal düzenlemelerin nihai hallerinin şekillenmesinde, 2016 ve 2017 yıllarında yapılan araştırmalar büyük rol oynamış olup, bu dönemin bulguları ile günümüz tüketim eğilimleri karşılaştırıldığında dijital ürün tüketiminde önemli bir artış olduğu açıktır. Özellikle Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün yayımlanmasının ardından Avrupa Komisyonu ve diğer kurumlar, AB'de medya, görsel-işitsel ve diğer medya tüketim biçimlerini analiz etmek için önemli bir çaba harcamışlardır. Yaptıkları araştırmalar, düzenlemenin getirilmesinden sonra tüketim kalıpları, tüketici talepleri ve dijital ürünlerin erişilebilirliği konusunda önemli bulgular elde edildiğini ortaya koymuştur. 2023 yılında yayımlanan "Avrupa Medya Endüstrisi Görünümü" raporu⁵⁶, tüketici alışkanlıklarını analiz etmiş ve özellikle genç tüketicilerin çevrimiçi platformlara yönelik artan talebine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla yazar sınır ötesi erişim talebine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek adına 2015-2019 yılındaki verilerin değil de son yıllarda elde edilmiş güncel verilerin dikkate alınması gerektiğini savunmakta ve yapılacak bir sonraki değerlendirme için sınır ötesi erişilebilirlik talebinin gün geçtikçe arttığının bilincinde olunması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, hem Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü hem de Haksız Coğrafi Engelleme Tüzüğü'nün yayımlanmasından çok kısa bir süre

⁵⁶ Raporun tüm metnine şuradan ulaşılabilir: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-media-industry-outlook>> s.e.t. 23.10.2024.

sonra, Mart 2020 ile yaz 2022 arasında Covid-19 pandemisi meydana gelmiştir. Bu pandeminin bir sonucu olarak, AB genelinde tüketici alışkanlıklarında önemli değişiklikler olmuştur. Dolayısıyla yapılacak bir sonraki değerlendirmede dikkate alınması gereken tüketici beklentisi, alışkanlığı ve tüketim trendine ilişkin veri güncel olmalı ve gerçek durumu yansıtmalıdır.

Ayrıca, AB Komisyonunca kısa dönem değerlendirme raporu için yapılan araştırmalar, kişilerin kendi ülkelerine ve ulaşmak istedikleri kültüre ait içeriklere erişimlerinin önemini hafife almıştır. Bu araştırmalarda, eğer AB genelinde bütün dijital ürünler ve farklı ülke versiyonları kullanıcılar tarafından ulaşılabilir olursa, kullanıcıların en ucuz opsiyonlara yöneleceği varsayımından hareket etmektedir. Ancak yine 2023 yılında yayınlanan Avrupa Medya Endüstrisi Görünümü raporu göstermektedir ki kişilerin bu tarz ürünlere erişirken birinci öncelikleri kendi ülkesinden ya da ilgi duyduğu ülkeden gelen içeriklere erişmektir. Bu durum, tüketicilerin yalnızca fiyat odaklı olmadığını, özellikle kendi ülkelerine ait içeriklerin erişilebilirliğinin çok önemli olduğunu göstermektedir. Birçok kişi, yurt dışında yaşadıkları için kendi ülkelerine ait ürünlere erişememektedir. Ayrıca, bazı kişiler, belirli bir ülkenin kültürüne ya da diline olan ilgileri nedeniyle o ülkeye özgü ürünlere erişmek istemekte ancak coğrafi engellemeler sebebiyle erişememektedirler. Dolayısıyla tüzükte yapılacak bir değişiklik hem kullanıcılar hem de distribütörler ve hak sahipleri tarafından kazançlı bir durum olabilir. Bu nedenle, AB içindeki ürünlerin sınır ötesi erişilebilirliğinin tüketiciler üzerindeki etkisi bu durum göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu çalışmanın yazarı, tüketici davranışlarındaki sınır ötesi hizmetlerin veya ürünlerin erişilebilirliği konusundaki olumlu değişim potansiyelinin de yeterince analiz edilmediğini düşünmektedir. Örneğin, bazı bireyler, tercih ettikleri bir ürünün diledikleri versiyonuna erişebilmek için daha fazla ödeme yapmaya istekli olabilir ya da diğerleri sadece belirli ülkelerde mevcut olan özel ürünlere erişmek isteyebilirler. Dolayısıyla bu konuda detaylı bir analiz yapmak ve bir sonraki değerlendirme için daha kapsamlı bir veri toplamak son derece önemli olacaktır. Bu çalışmanın yazarının vurgulamak istediği bir diğer önemli konu ise, coğrafi engellemenin ortadan kaldırılmasının ve sınır ötesi erişime imkân sağlanmasının, çalışma boyunca bahsedilen insan haklarının korunması-

na, kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesine ve dilsel azınlıkların korunmasına önemli katkı sağlayabileceği inancındır.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer önemli konu ise coğrafi engelleme yöntemlerinin aslında son 10 yıldır popüler olmaya başlanması ve platformlar tarafından uygulanmasıdır. Örneğin Netflix içeriklerine sınır ötesi erişimi engellemek için coğrafi engelleme önlemlerini 2016 yılına kadar uygulamıyordu⁵⁷. Bu durumda, coğrafi engellemelerin AB tarafından düzenlenmek istendiği 2016 yılındaki yaygınlığı ve önemi ile 2024 yılındaki hal kıyaslandığında, aslında coğrafi engellemelerin uygulama alanının ve sıklığının çok daha fazla arttığı, dolayısıyla daha sıkı düzenlenme ihtiyacının da paralel olarak arttığını göstermektedir.

Ayrıca, mevcut halleriyle, her iki tüzüğün de kısa dönem değerlendirme raporlarından anlaşılacağı üzere, tüzüklerin etkileri oldukça minimaldir. Daha kapsamlı ve etkili bir düzenleme oluşturmak için bu çalışmanın yazarı, değişikliklerin gerekli olduğuna güçlü bir şekilde inanmaktadır.

Son olarak yazar yapılacak değişiklik ile, sınır ötesi ürünlere daha iyi erişim sağlanmasını ve Avrupa ürünlerinin sınırlar arasında daha serbest hareket etmesini sağlayarak nihayetinde Avrupa ekonomisine katkıda bulunacak bir değişikliğin DTSP ile uyumlu olacağına inanmaktadır.

B. DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİNİN HESABA KATMASI GEREKEN TARAF BEKLENTİLERİ

Coğrafi engellemelerin düzenlenmesi tartışmasında hem telif hakkı sahibinin hem kullanıcıların hem de tacirler, platformlar yani genel olarak distribütörlerin farklı beklentileri ve çıkarları vardır. Bu bölüm, coğrafi engelleme düzenlemesinin değiştirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, bu tartışmada yer alan her bir paydaşın farklı çıkarlarını özetlemeyi amaçlamaktadır. Her tarafın neden farklı beklentilere sahip olduğu kısaca açıklanacak ardından, en dengeli yaklaşımı sağlamak için dikkate alınması gereken ana noktalar sunulacaktır.

⁵⁷ **Lobato, Ramon** (2019) *Netflix Nations*, 1. Baskı, New York University Press, s. 163.

1. Telif Hakkı Sahiplerinin Beklentileri

Telif hakkı, kişisel mülkiyet hakkının temel biçimlerinden biridir ve telif hakkı sahipleri, eserlerinin nasıl kullanıldığı ve hangi ülkelerde erişilebilir olduğu üzerinde kontrol sahibi olmak ister⁵⁸. Telif hakkı sahiplerinin üretmiş oldukları eser karşılığında da adil bir şekilde tazmin edilmesi gerekmektedir. ABAD'ın son kararlarına göre⁵⁹, bu tazminat adil ve makul olmalı, ancak maksimum kar hedeflenmemelidir. Telif hakkı sahipleri, mülkiyet haklarının korunmasını ve eserlerini yönetme özgürlüklerinin tam ve sağlam olmasını talep ederler.

Ayrıca, telif hakkı sahipleri telif hakkı çerçevesinin tam olarak uygulanması ve yazarların moral ve ekonomik haklarına saygı duyulması gerektiğini savunmaktadır. Telif hakkı sahipleri, coğrafi engellenmenin kaldırılması halinde eserlerini tüm AB genelinde erişilebilir hale getirmek zorunda kalabileceklerinden endişe etmektedir. Bu durum, telif hakkı sahiplerinin istemedikleri ülkelerde ürünlerini pazarlamak zorunda kalmalarına ve dolayısıyla uymak zorunda kalacağı dil gereksinimleri ve hukuki sorumluluklar gibi çeşitli zorluklara yol açabilir. Ayrıca, eserlere tüm AB veya dünya genelinde erişim sağlanması, telif hakkı sahiplerini eserlerini küresel standartlara uyarlamaya zorlayabilir ve bu da yaratıcılıklarını olumsuz etkileyebilir.

Sonuç olarak, yazar, telif hakkı sahiplerinin bakış açısına göre, dijital ürünlerin erişilebilirliğine yönelik çözüm şu kriterleri karşılaması gerektiğine kanaat getirmektedir:

- Telif hakkı sahiplerinin mülkiyet haklarını ve yaratıcı eserlerini yönetme özgürlüklerini orantısız şekilde etkilememelidir.
- Telif hakkı sahiplerinin adil bir şekilde tazmin edilmesini sağlamalıdır.
- Yatırımcı kaybetme riski olmamalıdır.
- Coğrafi engellenmenin kaldırılmasının doğurabileceği riskler en aza indirilmelidir.

⁵⁸ **Trimble, Marketa** (2019) "Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking" Boston U. J. Sci & Tech L. S. 25(2) ss. 476- 502, s. 496-500.

⁵⁹ ABAD T-873/16 sayılı T: 2018:904 karar numaralı Groupe Canal + v European Commission kararında § 40'ta, telif hakkı korumasının amacının, hak sahibine en yüksek mümkün olan değil, uygun ve adil bir tazmin sağlamak olduğuna karar verdi.

2. Kullanıcıların Beklentileri

Coğrafi engelleme sorunları, bu çalışmada muhtelif yerlerde belirtildiği üzere dilsel azınlıklar, göçmenler, gezginler ve çeşitli içeriklere erişim arayan bireyler gibi kesimleri orantısız şekilde etkilemektedir. Bu kısıtlamalar, ifade özgürlüğünün ve bilgiye erişim hakkının ihlali olarak görülebilir. AB son yayınlanan raporlarda da ifade edildiği üzere, dilsel azınlıkların kendi dillerinde ürünlere erişim ihtiyaçlarını kabul etmiştir. Ayrıca, AB kendi içerisinde kültürel çeşitliliğinin korunması gerektiği vurgulanmıştır. Sonuç olarak, coğrafi engelleme kullanıcılar için büyük bir sorun olarak tanınmalı ve çözüm şu kriterleri de karşılamalıdır:

- Sınır ötesi erişim iyileştirilmelidir.
- Uygun fiyatlar sağlanmalı ve adil olmayan fiyat farklılıkları önlenmelidir.

3. Distribütörlerin Beklentileri

Distribütörler, AB'nin kurduğu diyalogdan da anlaşılacağı üzere mevcut piyasa düzenlemelerinden memnundur ve coğrafi engellemeyi genellikle pazarlama stratejilerinin bir parçası olarak kullanmaktadırlar. Bu paydaşlar, diyaloglarda ifade ettikleri üzere mevcut lisanslama uygulamalarının değiştirilmesinin piyasayı olumsuz etkileyebileceğini ve küçük işletmelerin rekabet edememesine yol açabileceğini savunmaktadırlar. Bununla birlikte, AB genelinde lisans edinme zorunluluğu getirilmesi ve ürünü her ülkede erişilebilir kılma zorunluluğu, lisans için ödenmesi gereken maliyetleri artırabilir ve küçük işletmelerin piyasadan çekilmesine neden olabilir⁶⁰. Dolayısıyla bu paydaşlar, iş yapma özgürlüklerine müdahale edilmemesini ve piyasanın normal işleyişinin bozulmamasını istemektedirler.

Sonuç olarak, önerilecek değişiklik şu kriterleri karşılamalıdır:

- İş yapma özgürlüğünü engellememelidir.
- Piyasanın normal işleyişini bozacak maliyetler getirmemelidir.
- Küçük ve büyük dağıtıcılar arasında dengeyi sağlamalıdır.

⁶⁰ Trimble (2019), s. 497.

4. Değerlendirme

Coğrafi engelleme, günlük hayatın rutin bir parçası haline gelmiştir. Telif hakkı sahipleri, son kullanıcılar ve dağıtıcılar farklı çıkar, beklenti ve özgürlüklere sahiptir. Öte yandan hiçbir özgürlük mutlak değildir ve tüm tarafların çıkarları dikkate alınarak, dengeli bir çözüm oluşturulmalıdır. Bu çözüm, AB'nin iç pazarının düzgün işlenmesini sağlamalı ve dijital tek pazarın gelişimini desteklemelidir. Sıradaki bölüm verilebilecek öneriye odaklanacaktır.

C. DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

Coğrafi engellemeleri düzenlemek amacıyla çıkarılan her iki tüzüğün de değiştirilebilecek ve eklemeler yapılabilecek alanları bulunmaktadır. Ancak yazar, yapılacak bir değişiklik önerisinin Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü üzerinde yapılmasının daha uygun olacağını savunmaktadır. Çünkü bu tüzük, zaten kendi bünyesinde değişiklik yapılabilmesi için bir değerlendirme maddesi bulundurmakta ve bu madde uyarınca belli aralıklarla bu değişikliklerin gerekliliği AB bünyesinde tartışılmaktadır. Bu nedenle, yazar, değişikliklerin bu tüzük üzerinde gerçekleştirilmesinin daha yerinde olacağını düşünmektedir.

Bu noktada tartışılması gereken temel konu, değişiklik önerisinin kapsamı olmalıdır. Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'ne getirilecek değişikliklerin en kritik boyutu, telif hakkıyla korunan ürünlerin bu tüzük kapsamına alınıp alınmaması gerektiğidir. Zira yasama sürecinde, bu konu oldukça fazla tartışılmış olup ve öğretilerde de telif hakkıyla korunan ürünlerin tüzüğe dahil edilmesi konusu birçok akademik tartışmaya yol açmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak cevaplanması gereken soru, bu ürünlerin coğrafi engellemeler bağlamında nasıl ele alınacağı ve tüzüğün kapsamına dahil edilip edilmeyeceğidir.

Yazar, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nde bir değişiklik yapılmasının gerekli olduğuna, daha önce açıkladığı sebeplerden ötürü, güçlü bir şekilde inanmaktadır. Ancak, bu değişikliğin kapsamının dikkatle belirlenmesi gerektiğini vurgulamak da önemlidir. Zira köklü bir değişiklik, özellikle görsel-işitsel ve eğlence sektöründe çalışma ve pazarlama stratejileri, iş yapma biçimleri ve lisanslama gibi birçok konuyu derinden etkileyebilir. Bu değişimlerin, AB'nin hem ekonomik yapısına hem de rekabet ortamına zarar verme olasılığı bulunduğundan, dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Bu bağlamda yazar, ilk olarak pan-AB lisanslamasının getirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Çünkü tüm AB ülkelerini kapsayacak şekilde lisans alma zorunluluğu getirilmesi ve bunun sonucunda tüm ürünlerin AB ülkelerinde erişilebilir olmasının zorunlu hale gelmesi, pazarı ciddi şekilde etkileyebilecek güçlü bir adımdır. Bu durum, özellikle küçük ölçekli şirketlerin rekabet edemesine yol açabilir. Ayrıca, bu zorunluluğun sonucu olarak, hem lisans için ödenmesi gereken miktar artabilir hem de kullanıcıların bu ürünlere erişmek için ödeyecekleri fiyatların da önemli ölçüde artabileceği öngörülmektedir.

Önerilebilecek birinci husus, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'ne telif hakkıyla korunan ürünleri dahil ederek, bu ürünler için coğrafi engellemelerin yasaklanması gerektiğini vurgulamaktır. Ancak platformlara veya diğer dağıtıcılara, tüm ülkelerde aktif bir satış yapma zorunluluğu getirilmemelidir. Bu noktada önerilebilecek zorunluluk, platformların ve distribütörlerin pasif bir şekilde gelen talepleri kabul etme zorunluluğu olmalıdır, yani pasif satışlara izin verilmelidir⁶¹. Böylece, halihazırda mevcut olan ve kullanılabilir ürünlere diğer AB ülkelerindeki insanların erişimi sağlanacak ve bu platformlar ile hak sahipleri de bu tüketimden ekonomik olarak fayda sağlayabileceklerdir. Bu öneri, hem kullanıcılar için erişim kolaylığı sağlayarak hem de hak sahiplerinin gelir elde etmesine olanak tanıyarak dengeli bir çözüm sunar. Bu önerinin bir uzantısı olarak, telif hakkıyla korunan ürünlere farklı ülkelerden erişim sağlamak isteyen kişilerin, telif hakkı ihlali yapmamaları maksadıyla, aynı Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü'nde olduğu gibi bir hukuki kurgu kabul edilebilir. Bu kurguyla, erişimin gerçekleştiği ülke olarak kullanıcıların erişim sağladığı ülke yerine, sağlayıcının aktif olarak hizmet sunduğu ülkenin esas alınması kabul edilebilir. Böylece, hem telif hakkı ihlallerinin önüne geçilmiş olur hem de platformlar veya dağıtıcılar için her ülkede lisans alma zorunluluğu ortadan kalkar. Bu hukuki kurgu, hem telif hakkı sahiplerinin haklarını korumaya devam eder hem de sınır ötesi erişimin sağlanabilmesi açısından dengeli bir çözüm sunar. Ayrıca, olası diğer hukuki sonuçlar açısından da örneğin hukuki bir uyumsuzluk durumu ya da tüketici

⁶¹ **Zahrádka, Pavel** (2018) "Geo-blocking: Protection of Author's Rights, of Cultural Diversity, or of an Outdated Business Model?" Annual Review of Law and Ethics S. 26, ss. 191-208, s. 197.

uyuşmazlıkları bakımından böyle bir hukuki kurgu, pratik ve mantıklı bir çözüm yolu olabilir.

Bu öneriler, pazarda köklü bir değişiklik gerektirmeden, mevcut lisanslama faaliyetleri başta olmak üzere, pazarın dinamiklerini oluşturan birçok hususun değişmeden kalmasını sağlar. Önerilerin en temel katkısı, telif hakkıyla korunan bazı ürünlere erişmek isteyen kişilere bu erişim imkânını sunarken, hak sahiplerinin de bu erişimden maddi olarak fayda sağlanmasının öngörmesidir. Dolayısıyla, yazar böylesine bir önerinin tutarlı, mantıklı ve dengeli bir çözüm olacağını düşünmektedir.

SONUÇ

Bu çalışma, coğrafi engellemelerin Avrupa Birliği hukuku açısından hangi tartışmalara yol açtığını ve AB hukukunda coğrafi engellemelerle ilgili kabul edilen düzenlemelerin herhangi bir değişikliğe ihtiyaç duyup duymadığını incelemeyi amaçlamıştır. Bu doğrultuda, ilk olarak DTPS'nin bir sonucu olarak kabul edilen Sınır Ötesi Taşınabilirlik Tüzüğü ele alınmıştır. Bu tüzüğün, yalnızca çevrim içi hizmet sağlayıcılarının platformlar abonelerine AB içerisinde geçici bir şekilde seyahat ettiği durumlarda belirli bir süreyle erişim sağlamayı amaçladığı vurgulanmıştır. Ancak, bu düzenlemenin kapsamının oldukça dar olduğu ve az sayıda kişi tarafından faydalanılabildiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, daha kalıcı bir çözüm sunmak amacıyla getirilen bir diğer düzenleme Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü olmuştur. Bu tüzük, Avrupa Birliği içinde tüketicilerin ayrımcılığa maruz kalmaması adına, kişinin milliyeti, ikamet ettiği yer veya işyeri konumu nedeniyle herhangi bir mal veya hizmetten faydalanmasının kısıtlanamayacağını ve bu tür coğrafi engellemelerin yasaklanacağını hüküm altına almıştır. Ancak, bu tüzük telif hakkı ile korunan eserleri ve hizmetleri kapsamına almamıştır, bu da eleştirilerin odak noktalarından biri olmuştur. Tüzük, telif hakkıyla korunan ürünlerin kapsama alınıp alınmamasıyla ilgili bir değerlendirme maddesi de içermektedir. Bu maddeye göre, tüzük belirli aralıklarla gözden geçirilecek ve kapsamının genişletilmesinin olası sonuçları, AB Komisyonu tarafından verilerle değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda, telif hakkıyla korunan ürünlerin tüzük kapsamına dahil edilip edilmeyeceğine karar verilecektir. Son değerlendirme 2023 yı-

ında yapılmış olup, AB, şimdilik telif hakkıyla korunan ürünlerin tüzük kapsamına alınmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu çalışmanın yazarı, Haksız Coğrafi Engellemeler Tüzüğü'nün kapsamının genişletilmesi gerektiğine inanmaktadır. Zira son dönemde internet tüketimindeki artış, özellikle dijital ürünlerin tüketiminin yaygınlaşması ve sınır ötesi erişim isteğinin bu tüzüğün taslak metninin hazırlandığı 2016 yılından itibaren değiştiğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte insanların, ülke değiştirdikten sonra kendi kültürel bağlarını sürdürme veya farklı bir ülkenin kültürünü öğrenme amacıyla yaşadıkları ülke dışındaki diğer ülkelerin ürünlerine erişim ihtiyacı artmıştır. Yazar, bu tür kullanıcıların, tüzük kapsamındaki bir genişlemeden fayda sağlayacağını ve böyle bir değişikliğin, dijital çağda daha kapsayıcı bir düzenleme olacağını düşünmektedir. Ayrıca, böyle bir değişikliğin DTSP ile uyumlu olacağı ve hem AB içerisinde daha güçlü bir internet erişimi hem de ürün ve hizmetlerin AB sınırları içinde daha doğru bir şekilde dolaşımını sağlayabileceği savunulabilir.

Tüm bunlarla birlikte, bu konuda herhangi bir değişiklik önerisi sunmadan önce, özellikle görsel-işitsel hizmetler ve eğlence sektörünün son derece karmaşık bir lisanslama düzenine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu lisanslama sistemleri ve diğer ticari dinamiklerin, böyle bir değişiklikten nasıl etkileeneceği dikkatlice değerlendirilmelidir. Bu sebeplerle yazar, piyasa dinamiklerini köklü bir şekilde etkileyecek büyük değişiklikler önermek yerine, sistemi bozmayacak ancak kullanıcıların erişimini artıracak, hak sahiplerine ekonomik fayda sağlayacak ve DTSP güçlendirecek daha dengeli adımlar atılması gerektiğini savunmaktadır. Yazarın önerdiği ilk adım, telif hakkı koruması altındaki ürünler için de coğrafi engellemelerin kaldırılması, telif hakkıyla korunan ürünlerin de tüzük kapsamına alınmasıdır. Ancak, bu durum ürün sağlayıcılar için aktif satış zorunluluğu getirilmeden, sadece pasif bir şekilde gelen taleplerin kabul edilmesini zorunlu kılmalıdır. Ayrıca, yazar, hukuki bir kurgu oluşturarak, kullanıcının hizmet aldığı ülke esas alınarak erişimin sağlandığı kabul edilirse, hukuki belirlilik açısından da daha dengeli bir sistemin kurulabileceğini düşünmektedir. Ayrıca böylesine bir hukuki kurgu, ürün sağlayıcılara AB genelinde bir lisans edinme zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- Brooks, Annette/Duch Brown Nestor/Gomez Herrera Maria Estrella/Martens Bertin** (2020) “Geo-blocking: A literature review and new evidence in online audio-visual services”, 23.10.2020 <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/document/download/50e3aa8a-87de-4383-b578-3e6eeee12158_en?filename=jrc120267.pdf>.
- Engels, Sebastian/Nordemann, Jan Bernd** (2018) “The Portability Regulation (Regulation (EU) 2017/1128): A Commentary on the Scope and Application” JIPITEC S. 9, ss. 179-200.
- Hamulák, Ondrej/Lilla, Nóra Kiss/Gábris, Tomáš/Kocharyan, Hovsep** (2021) “‘This Content is not Available in your Country’ A General Summary on Geo-Blocking in and Outside the European Union.” International and Comparative Law Review S. 2(1) ss. 153-183.
- Karmel, Bela** (2020) “Content portability in the EU: challenges and pragmatic solutions”, European Intellectual Property Review, S. 42(7), ss. 414-425.
- Lobato, Ramon** (2019) Netflix Nations, 1. Baskı, New York University Press.
- Oikonomidis, Theodoros/Fouskas, Konstantinos** (2019) “A Literature Review of Smartphone Geolocation Technologies”, Strategic Innovative Marketing and Tourism, S 1086, ss. 1-8.
- Peers, Steve/Barnard, Catherine** (2023) European Union Law, 4. Baskı, Oxford University Press.
- Rauer, Nils/Kaase, Lea** (2020) “Portability Regulation”: Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (Editörler), EU Digital Law, 1. Baskı, Hart Publishing.
- Reda, Julia** (2020) “Geoblocking: At Odds with the EU Single Market and Consumer Expectations”: Szczepanik Petr/Zahrádka, Pavel/Macek, Jakub/Stepan, Paul (Editörler) Digital Peripheries: The Online Circulation of Audiovisual Content from the Small Market Perspective, 1. Baskı, Springer ss. 81-101.
- Schmidt-Kessen, Maria José** (2019) “EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo- Blocking: Costs And Benefits Of Partitioning EU’s Internal Market”, Columbia Journal of European Law, S. 24(3), ss. 561-576.
- Shapiro, Ted** (2016) “The Proposed Regulation on portability - don’t leave home without it”, European Intellectual Property Review, S. 38(6), ss. 351-359.
- Synodinou, Tatiana Eleni** (2020) “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives” GRUR International S. 69, ss. 136-150.

- Trimble, Marketa** “Geoblocking and “Legitimate Trade””: Heath, Christopher/Kamperman, Anselm Sanders/Moerland, Anke (Editörler): *Intellectual Property and Obstacles to Legitimate Trade*, 1. Baskı, Wolters Kluwer 2018), ss. 53-79.
- Trimble, Marketa** (2017) “The Role of Geoblocking in the Internet Legal Landscape” *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política* S. 33, ss. 45-58.
- Trimble, Marketa** (2019) “Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking” *Boston U. J. Sci & Tech L. S. 25(2)* ss. 476- 502.
- Trimble, Marketa** (2024) *The EU Geo-Blocking Regulation A Commentary*, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Yu, Peter K.** (2019) ‘A Hater’ s Guide to Geoblocking’ *B.U. J. Sci. & Tech. L. S. 25*, ss. 503-529.
- Zahrádka, Pavel** (2018) “Geo-blocking: Protection of Author’s Rights, of Cultural Diversity, or of an Outdated Business Model?” *Annual Review of Law and Ethics* S. 26, ss. 191-208.

ACQUISITIVE PRESCRIPTION/ADVERSE POSSESSION: TURKISH AND CHINESE LEGAL SYSTEMS^(*)

Asst. Prof. Dr. Dilara Buket DİDİN^(**)

Yongxin LUO^(***)

ABSTRACT

With the passage of time, sometimes a right is lost, sometimes a right is acquired, and sometimes an existing right is prevented from being brought to court. The role of time can be seen clearly in the prescription. In the article, the role of the time has been examined within the context of acquisitive prescription/adverse possession. The scope of the article has been limited only to the acquisition of immovable property by prescription. The first chapter of the article examines the legal requirements and consequences of ordinary and extraordinary acquisitive prescription under Turkish law. The second chapter provides a comprehensive overview of the evolution and practice of the acquisitive prescription system in China, including mainland China, Hong Kong, Taiwan, and Macao. First, the "Qing She" system in ancient China was examined. The second part of the chapter describes the development of mainland China's statute of acquisitive prescription in modern society. The third part is a study of the adverse possession in Hong Kong. The last part is concerned with the acquisitive prescription in Taiwan and Macao. The concluding chapter provides a comparative analysis to identify similarities and differences in how the examined jurisdictions solve similar problems and tries to find some common rationale between these systems.

Keywords

Prescription, Acquisitive Prescription, Possession, Immovable Property, Comparative Law.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1575128 - Geliş Tarihi: 28.10.2024 - Kabul Tarihi: 31.12.2024.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Philosophy and Sociology of Law, Ankara - Türkiye,
E-posta: dilara.tatar@hbv.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9147-4241>.

^(***) PhD Student, University of Macau, Faculty of Law; Notary in China, Macau - China,
E-posta: yc27237@um.edu.mo; Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0006-2046-6504>.

KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI: TÜRK VE ÇİN HUKUK SİSTEMLERİ

ÖZET

Zamanın geçmesiyle bazen bir hak kaybedilir, bazen bir hak kazanılır, bazen de var olan bir hakkın mahkemeye taşınması engellenir. Zamanın rolü, zamanaşımı sisteminde açıkça görülebilir. Makalede zamanın rolü kazandırıcı zamanaşımı bağlamında incelenmiştir. Makalenin kapsamı taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılması ile sınırlandırılmıştır. Makalenin ilk bölümünde, Türk hukukunda olağan ve olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının hukuki koşulları ve sonuçları incelenmektedir. İkinci bölüm, Çin anakarası, Hong Kong, Tayvan ve Makao dahil olmak üzere Çin'deki kazandırıcı zamanaşımı sisteminin evrimi ve uygulamasına ilişkin kapsamlı bir genel bakış sunmaktadır. İlk olarak, antik Çin'deki "Qing She" sistemi incelenmiştir. Bölümün ikinci kısmında, Çin anakarasının modern toplumdaki kazandırıcı zamanaşımı sisteminin gelişimi anlatılmaktadır. Üçüncü bölümde, Hong Kong'daki zamanaşımı sistemi incelenmiştir. Son bölümde ise Tayvan ve Makao'daki kazandırıcı zamanaşımı sistemi ele alınmıştır. Sonuç bölümü, incelenen yargı sistemlerinin benzer sorunları çözüme biçimlerdeki benzerlik ve farklılıkları belirleme ve bu sistemler arasında bazı ortak gerekçeler bulmak için karşılaştırmalı bir analiz yürütmektedir.

Anahtar Kelimeler

Zamanaşımı, Kazandırıcı Zamanaşımı, Zilyetlik, Taşınmaz, Karşılaştırmalı Hukuk.

INTRODUCTION

“All human interactions and, hence all legal rules have a temporal dimension. Offer precedes acceptance; cause precedes effect; parents are born before their children... Time marches on and in one direction, forward”¹. These impressive sentences of Epstein show the prominent role of “time” for humans. Time also plays a very significant role in law. With the passage of time, sometimes a right is lost, sometimes a right is acquired, and sometimes an existing right is prevented from being brought to court. The role of time can be seen clearly in the system of prescription.

The forms of prescription can be divided into two main classes: the acquisitive (usucapion)²/adverse possession³ and extinctive prescription/limitation (praescriptio)⁴. Although there is an important similarity between the two forms

¹ **Epstein, Richard Allen** (1986) “Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property”, *Washington University Law Quarterly*, V. 64, pp. 667-722, p. 667.

² The rationale for establishing this institution, which was first recognized in history by the Law of the Twelve Tables, has been accepted as public interest and the protection of public order. **Karadeniz-Çelebican, Özcan** (2006) *Roma Eşya Hukuku*, Ankara, 2006, p. 185. In Roman Law, different terms were used in different periods to correspond to the acquisitive prescription. These were ‘usus’, ‘usus auctoritas’, ‘usucapio’, ‘praescriptio longi temporis’, ‘praescriptio adquisitiva’ and ‘diutina possessione capere’. **Umur, Ziya** (1983) *Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul, 1983, pp. 51, 52. However, ‘usucapio’ was the most widely used of the mentioned ones.

³ For the opinion that this term does not fit the nature of the institution because it is possession, not the passage of a long period of time that confers property, see **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2018) *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, p. 481. For the opposite view, see **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2024) *Eşya Hukuku*, Ankara, 2. Bası, Turhan Kitabevi, p. 352.

⁴ In ancient Rome, extinctive prescription was unknown. In other words, no one lost a right, no matter how long he had neglected to assert it against a third party. However, Roman law recognized acquisitive prescription (usucapion). See **Thibaut, Anton Friedrich Justus** (1802) *Ueber Besitz und Verjährung*, Mauke, p. 67; **Savigny, Friedrich Carl von** (1841) *System des heutigen Römischen Rechts*, Vierter Band, p. 310; **Bilgen, Mahmut** (2010) *Özel Hukukta Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı*, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 3. The XII Tables first regulated that a citizen should acquire the dominium quiritarium in two years for immovable property and in one year for movable property through quiet possession obtained bona fide and iusto titulo. “A prescriptive title (usucapio) of movable things is completed by one year’s [possession], but [a prescriptive title] of an estate and buildings [is completed] by

of prescription, i.e. that they both require a certain amount of time to elapse, there is also a crucial difference, and it lies in their legal effect. Acquisitive prescription/adverse possession has a positive result, promoting an existing position to the right. Extinctive prescription has a negative result, ending somebody's right or the action with which this right can be upheld⁵. Thus, the term prescription has a comprehensive nature and covers both acquisitive and extinctive prescriptions. In the article, the role of time has been examined only within the context of acquisitive prescription/adverse possession.

As can be seen, there are two terms regarding the same legal rule. Most jurisdictions have a legal rule that stipulates that factual control of a thing over time grants a legal entitlement on that thing in favor of such controller, provided that further conditions are met. Under civil law and mixed legal systems, this mechanism is known as *acquisitive prescription*, which is usually an original way of acquiring the right of ownership. In common law countries, these issues are addressed under the doctrine of *adverse possession*, which technically extinguishes the right-holder's claim to possession vis-à-vis the actual possessor⁶. They come in different dogmatic shapes. In civil law traditions, uninterrupted possession by a non-owner⁷, or the uninterrupted loss of possession by the own-

two years' [possession]". See "The Twelve Tables" <<https://archive.org/stream/thetwelvetables14783gut/14783.txt>> s.e.t. 15.08.2024. Roman lawyers borrowed the institution of extinctive prescription from Greek law in the fifth century. Emperor Theodosian introduced a general rule of extinctive prescription of legal actions. See **Thibaut**, p. 73; **Jansen, Jelle E.** (2012) "Thieves and Squatters: Acquisitive and Extinctive Prescription in European Property Law", *European Property Law Journal*, V. 1, I. 1, pp. 153-165, p. 156; **Paksoy, Meliha Sermin** (2012) *Zamanaşımından Feragat (TBK 160)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, p. 47.

⁵ **Savigny**, p. 310.

⁶ **Mezzanotte, Francesco** (2019) "Italian Perspectives on Acquisitive Prescription of Immovables", Hoops, B./Marais, E.J. (Editors), *New Perspectives on Acquisitive Prescription*, Netherlands, Eleven International Publishing, pp. 23-53, p. 23.

⁷ See, for example, Dutch Civil Code Article 3:99: "Acquisitive prescription - 1. Property rights in not-registered movable things and debt-claims to order and to bearer are acquired by a possessor in good faith after having the continuous possession of that thing or, respectively, of negotiable document for three years; property rights in other property are acquired by a possessor in good faith after having the continuous possession of the underlying asset that for ten years - 2. Paragraph 1 does not apply to movable things which pursuant to the Act on the Conservation of Culture Heritage are

er⁸, for a period laid down in legislation may form the basis of an acquisition of ownership by operation of law⁹. In common law jurisdictions, uninterrupted adverse possession during a prescribed period extinguishes the owner's claim to the property and confers the strongest right on the adverse possessor¹⁰. However, for both of them, time limits play a decisive role¹¹.

qualified as a protected object or which form a part of a public collection or of an inventory as meant in Article 14a, second paragraph of that Act, provided that the possession of such an object has started after this qualification or during the time that the object was a part of the public collection or inventory as described here. - 3. Paragraph 1 cannot be invoked against legal claims (rights of action) as meant in Articles 3:86a, paragraph 1, and 3:86b, paragraph 1". "Dutch Civil Code" <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm>> s.e.t. 16.08.2024.

⁸ See, for example, Dutch Civil Code Art. 3:105: "Acquisition by a possessor through an acquisitive prescription - 1. He who possesses an asset (property right) at the moment on which the right of action (legal claim) to end that possession has become prescribed, acquires that asset, even if he did not possess it in good faith. - 2. Where a person had lost possession before that moment, but regains it within one year after he had lost it or regains it as a result of a legal claim that was filed within that year, he is regarded to be the possessor meant in the previous paragraph". "Dutch Civil Code" fn. 6.

⁹ **Mingrui, Guo** (2017) "Reflections on the Legislation of the Statute of Limitations System in the General Principles of the Civil Law", Law Forum, No. 1, p. 5.

¹⁰ See, for example, Section 13 of the Irish Statute of Limitations, (1) (a) Subject to paragraphs (b) and (c) of this subsection, no action shall be brought by a State authority to recover any land after the expiration of thirty years from the date on which the right of action accrued to a State authority or, if it first accrued to some person through whom a State authority claims, to that person. (b) An action to recover foreshore may be brought by a State authority at any time before the expiration of sixty years from the date on which the right of action accrued to a State authority. (c) Where any right of action to recover land, which has ceased to be foreshore but remains in the ownership of the State, accrued when the land was foreshore, the action may be brought at any time before the expiration of sixty years from the date of the accrual of the right of action, or of forty years from the date on which the land ceased to be foreshore, whichever period first expires. "Irish Statute of Limitations" <<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1957/act/6/section/13/enacted/en/html#sec13>> s.e.t. 16.08.2024.

¹¹ **Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina** (2022) *Sachenrecht*, 6. Auflage, Schulthess, § 855; **Liming, Wang** (2012) *Studies on the General Principles of Civil Law*, 2nd ed., People's University of China Press, p. 715. Despite their ancient age, acquisitive prescription and adverse possession are still controversial legal institutions. It has been claimed that neither legal certainty nor the punishment rationale seems strong enough to justify the acquisition of land by non-owners who knowingly occupied land. See **Marais, Ernst J.** (2011) *Acquisitive Prescription in View of the Property Clause* (LLD thesis), Stellenbosch University, p. 184.

Some jurisdictions, such as Türkiye, Switzerland, Taiwan, and Macao, accept the acquisition of movable and immovable property by prescription. However, the scope of the article is limited only to *the acquisition of immovable property* by prescription. This choice is made because immovable property is more contentious in literature¹².

In addition, the article examines the legal systems of Türkiye and China to illuminate the legal problems regarding acquisitive prescription and adverse possession and reach a basis for comparing the two legal systems. There are two primary reasons for the choice of these two jurisdictions. First, due to the recent earthquakes experienced in Türkiye, legal disputes related to this issue will increase, bringing the issue back onto the agenda¹³. Therefore, it is crucial to consider the provisions in a critical and comparative context. Second, since China has four different regimes (Mainland China, Hong Kong, Macao, and Taiwan) regarding acquisitive prescription, it is a perfect choice for examining the problem from all angles. Besides, each jurisdiction around the world addresses specific issues surrounding the acquisition of immovables through long-term use. To improve one's legal system, it is essential to look at other legal systems, study parallel developments in other countries, and make a comparison¹⁴. This comparison can help arrive at a more coherent moral, philosophical, and legal system on prescription.

The method used in the article must also be delved into. In the doctrine, there are different comparative research methods¹⁵. The article prefers *the func-*

¹² **Didin, Dilara Buket** (2024) "Kazandırıcı Zamanaşımı: Felsefi ve Ekonomik Bir Değerlendirme", Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 12, I. 1, pp. 23-38, p. 26.

¹³ **Didin**, p. 36.

¹⁴ **Zweigert, Konrad/Kötz, Hein** (1996) Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), § 2 I.

¹⁵ These are the functional method, the structural method, the analytical method, the law-in-context method, the historical method, and the common core method. These methods do not exclude each other; in other words, all these methods can be used in the same research. See **Hoecke, Mark Van** (2015) "Methodology of Comparative Legal Research", Law and Method, pp. 1-35, p. 8.

tional method since it is more interested in concrete problems and specific rules or institutions¹⁶. This method also fits with *micro-comparison*, which deals with individual legal institutions or legal problems¹⁷ like acquisitive prescription/adverse possession.

The article first examines Turkish legal acquisitive prescription law. The second chapter deals with the Chinese legal system. The concluding chapter includes a comparative analysis to identify similarities and differences in how the examined jurisdictions solve similar problems and find some common rationale for acquisitions through possession.

I. TURKISH LAW

In general, a property not enjoyed by its owner cannot be lost or acquired by someone else due to the passage of a certain period of time. The nature of the right of property and the principles governing land registry law prevent this. Nevertheless, the Turkish Civil Code (TCC) under Articles 712-714 (Articles 638-640 of the previous Civil Code No. 743) recognizes, albeit with some exceptions, that under certain conditions, a long period of possession may confer the right of property over movable and immovable property. This is called the acquisition of property by prescription¹⁸.

TCC accepts the acquisition of immovable property by prescription and regulates this as two separate institutions: ordinary (*olağan zamanaşımı*, *adi müruruzaman*)¹⁹, *kütük-içi zamanaşımı*²⁰, *sicil(e dayanan) zamanaşımı*²¹, *alelade*

¹⁶ The functional method has been supported by the assumption that, although rules and concepts may differ, most legal systems will ultimately solve legal problems in a similar way. In other words, the legal remedy may be the same, notwithstanding the different paths taken to reach that remedy. See **Hoecke**, p. 9.

¹⁷ **Zweigert/Kötz**, § 1 II.

¹⁸ **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, p. 481; **Yağcıoğlu, Burcu** (2014) *Kazandırıcı Zamanaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 3. In some other laws, there are also regulations on the acquisition of immovable property through acquisitive prescription. The most important of these regulations are the provisions in the Cadastral Law No. 34022.

¹⁹ **Kılıçoğlu**, p. 352.

zamanaşımı²²) and extraordinary (olağanüstü zamanaşımı, sicil dışı kazanma²³, sicil dışı zamanaşımı²⁴).

A. ORDINARY PRESCRIPTION

This institution is regulated in Article 712 of the Turkish Civil Code: “Where a person has been wrongly recorded in the land register as the owner of immovable property, his or her ownership may no longer be challenged if he or she has been in possession of it in good faith, uninterruptedly and without challenge for ten years”. According to this provision, the legal requirements for the acquisition of immovable property by ordinary prescription can be classified as the requirements related to *the immovable property, the acquirer, and the possessor*.

1. Legal Requirements

The immovable property must be registered in the land registry²⁵. The immovable registered in the land registry may be a land or an independent and permanent right registered on a page²⁶. The ownership share in an immovable property may also be acquired by ordinary prescription²⁷. In addition, the im-

²⁰ **Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir** (1991) Eşya Hukuku. İstanbul, Filiz Kitabevi, p. 594.

²¹ **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2024) Eşya Hukuku. Güncellenmiş ve Eklèmeler Yapılmış 25. Bası’dan Tıpkı 26. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, p. 487; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 481.

²² **Akkanat, Halil** (2011) “Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, V. 62, I. (1-2), pp. 317-332, p. 319.

²³ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 489.

²⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 494.

²⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 488; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 483; **Hitz, Flurina** (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 663 N 5, 8; **Strebel, Lorenz** (2023) Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Hrsg. Thomas Geiser&Stephan Wolf, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 661 N. 9.

²⁶ **Nomer, Haluk N./Ergüne, Mehmet S.** (2023) Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Onuncu Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, p. 506; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 482; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 488; **Sirmen, Lale A.** (2018) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, p. 360.

²⁷ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 482; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 488; **Strebel**, Art. 661 N. 1.

movable registered in the land registry must not be public property²⁸. According to Article 999 of the TCC, the ownership of public property cannot be acquired by ordinary prescription²⁹.

The name of *the acquirer*, or the title of the acquirer if it is a legal entity³⁰, must be registered on the page of the immovable property without a valid legal reason (wrongful entry)³¹. However, it is accepted in the literature that heirs can also acquire ownership based on the wrongful entry made in the name of their heirs, even if they are not registered in their own names³².

²⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 489; **Akipek/Akantürk/Ateş**, p. 482; **Yağcıoğlu**, p. 42; **Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol** (1984) *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, p. 515. On the other hand, whether an acquisitive prescription of ownerless and public property can be considered is controversial under Swiss law. The Swiss Federal Supreme Court has left the question open about the ordinary acquisitive prescription but has answered it negatively concerning the extraordinary acquisitive prescription. See **Schmid/Hürlimann-Kaup**, § 856.

²⁹ **Strebel**, Art. 661 N. 7. See “Property of state forests shall be non-transferable. State forests shall be managed and operated by the State by the law. These forests cannot be acquired by prescription.” See Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 2019/46, K. 2022/309, 15.03.2022.

³⁰ Article 683 of the Civil Code does not differentiate between real and legal entities in terms of ownership. Again, in the provisions of the Civil Code regulating the acquisition of immovable property by acquisitive prescription, no distinction is made between real and legal entities in terms of benefiting from both ordinary acquisitive prescription and extraordinary acquisitive prescription. Since legal entities have the same legal capacity as natural persons to the extent their qualifications allow, and therefore, they can benefit from property rights as a rule. In this respect, it should be accepted that legal entities, like real persons, can also acquire immovable property on the basis of acquisitive prescription. See **Öncü, Özge** (2005) “Tüzel Kişilerin Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. 7, pp. 239-282; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 489; **Strebel**, Art. 661 N. 6; **Hitz**, Art. 663 N 7.

³¹ A wrongful entry is a registration that exists only in form, does not reflect the material and real situation and does not bind the parties. By this nature, it does not change the property status between the parties. See **Akipek/Akantürk/Ateş**, p. 483; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 489; **Gürsoy/Eren/Cansel**, p. 514; **Strebel**, Art. 661 N. 9; **Hitz**, Art. 663 N 8; **Meier-Hayoz, Arthur** (1974) *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Band IV Das Sachenrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, Art. 661 N 13.

³² **Strebel**, Art. 661 N. 9; **Hitz**, Art. 663 N 8. The lack of good faith on the part of the heir does not prevent his heirs from acquiring a real estate inherited from him in good faith. However,

*The possessor should be the person who appears as the owner in the land registry. It is also possible for the possession to continue indirectly. For example, in the case of a lease, the secondary possession of the lessee does not prevent the person who appears as the owner in the entry from acquiring ownership*³³. Another condition is that the person who appears as the owner in the land registry must be in *good faith*. To be deemed to be in *good faith*, he/she must not know that the existing entry in his/her name is wrongful, even though he/she has made all the effort expected of him/her. This good faith must continue throughout the entire prescription period³⁴. Possession must be without litigation. What is meant by the litigation here is the lawsuit for correction of the registration in the land registry to be filed by the original owner³⁵. However, in the event that the original owner or a third party notifies or reports the real situation, or in the event that the possessor learns of the irregularity of the existing entry in his/her name in any way, the good faith will be extinguished³⁶. Possession must have continued for ten years without interruption³⁷. Continued uninterruptedly

in this case, the acquisitive prescription starts to run as of the heir's death. In this case, the heirs cannot add the period of possession of the heirs to theirs based on Art. 996. See **Akipek, Jale Gürol** (1953) "Gayrimenkul Mülkiyet Hakkının Adı Zaman Aşımıyla İktisabı Üzerinde Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 10, I. 1, pp. 577-612, p. 603. Entry based on inheritance shall take effect at the time of death and the possession of the heirs during the period between the death of the heir and the entry of the title in their names shall also be taken into consideration. However, unless the entry is made in the name of the heirs, they cannot benefit from the acquisitive prescription. See **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 492. For the contrary view, see **Sungurbey, İsmet** (1956) *İsviçre Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruruzaman*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

³³ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 483; **Sungurbey**, p. 121; **Hitz**, Art. 663 N 9.

³⁴ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 485; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 490; **Hitz**, Art. 663 N 11. Since good faith is presumed, the opposing party must prove that the possessor was in bad faith at the time of acquisition or during the term of the possession or that his good faith cannot be protected because he inexcusably failed to pay the attention that may be required of him under the specific circumstances. See, **Strebel**, Art. 661 N. 14.

³⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 486; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 490; **Strebel**, Art. 661 N. 13.

³⁶ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 486; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 491; **Strebel**, Art. 661 N. 14.

³⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 490; **Hitz**, Art. 663 N 10; **Meier-Hayoz**, Art. 661 N. 19. As generally agreed, the entry in the land registry and possession must have lasted ten years. In oth-

means that the possession must not have been lost during the prescription period. If it has been proved that his possession has continued without interruption and dispute for ten years, the possessor will be declared the owner of the real property. Tax bills, witnesses, avowal of the ex-owners, and expert witness can be used as evidence. If the possession is lost and recovered, a new prescription period will begin to run. Anyone wishing to acquire property must be exercising actual control over the property and have the will to own the property as its owner³⁸. Lastly, possession must be personal possession, i.e. the possessor must have the will to possess the thing as his property³⁹. It is presumed that the possession continued between the beginning and ending of the possession period. Anyone claiming otherwise must prove his/her claim⁴⁰.

According to article 996 of TCC, the possessor who has the right to benefit from the acquisitive prescription may add the period of possession of the person who transferred the possession to him. There are two basic conditions for the periods of possession to be added to each other. Firstly, the previous possessor must have the right to benefit from the acquisitive prescription⁴¹. Secondly, the possession must have been acquired via transfer⁴².

The ten-year prescription period begins to run from the date someone other than the rightful owner has established the actual control over the immovable

er words, the prescription shall be deemed realized only after ten years of possession based on a ten-year entry in the land registry. See **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 486, **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, pp. 491, 492; **Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter** (1977) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht. ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Art. 661, N 13.

³⁸ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 484; **Hitz**, Art. 663 N 9.

³⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 484; **Meier-Hayoz**, Art. 661 N 17.

⁴⁰ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 485; **Hitz**, Art. 663 N 10.

⁴¹ See Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 2010/627, K. 2010/649, 15.12.2010.; 16. Civil Chamber, E. 2014/3992, K. 2014/6486, 21.05.2014. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 20.08.2024.; **Hitz**, Art. 663 N 10.

⁴² **Antalya, Gökhan** (2019) "Zilyetlik", Gökhan Antalya (Editor), *Eşya Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Baskı*, Ankara, Seçkin, p. 239; **Reisoğlu, Sefa** (1977) *Türk Eşya Hukuku Cilt I, Beşinci Bası*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, p. 87.

property. However, the earliest date is the date of the wrongful entry which was made in the land register⁴³. The ten-year period starts to run upon the combination of both conditions of wrongful entry and possession. If the acquisition of possession is after the wrongful entry, the prescription period shall commence to run from the date of acquisition of possession; if the possession is acquired before the wrongful entry, the prescription period shall commence from the date of entry⁴⁴. The rules for computing, interrupting, and suspending of the prescription period are stipulated in Article 714 of the TCC, by referring to the Code of Obligations.

2. Legal Consequences

Upon the completion of the prescription period, the wrongful entry shall be corrected, the possessor in whose name the wrongful entry is registered shall acquire ownership, and the person who had ownership until then but was not shown as the owner in the entry shall lose his/her right of ownership⁴⁵. Acquisition by ordinary prescription is accepted as the original form of acquisition in the doctrine. It occurs *ipso iure*; no legal adjudication of ownership is required. There is also no requirement of a new entry in the land register, as the previous entry was not wrong in itself, it merely lacked a valid material basis⁴⁶.

Ordinary acquisitive prescription is effective from the time of entry in the land registration. In this respect, the existing wrongful entry in the land registry shall take effect as if it had been valid from the beginning upon the realization of the prescription period. The limited rights in rem established on the immovable property before the date of the start of the prescription period shall continue to exist⁴⁷. The registered valid owner can also invoke acquisitive prescription to

⁴³ **Strebel**, Art. 661 N. 11; **Hitz**, Art. 663 N 10.

⁴⁴ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 663, N 13.

⁴⁵ **Sirmen** (2018) p. 363; **Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin** (2014) *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, p. 196.

⁴⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 493; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, p. 488; **Yağcıoğlu**, p. 68; **Meier-Hayoz**, Art. 661 N 27.

⁴⁷ **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, p. 488; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, § 859.

prove his right, which has the advantage for him that he does not need to go into the material reasons for the creation of his right⁴⁸.

The property right acquired this way can no longer be contested. Neither a lawsuit for rectification of the land registry nor an action for appropriation can be filed against this person. Because, upon the fulfillment of the requirements, the former owner loses the right of ownership on the immovable property in question, and the possessor, on whose behalf there is a wrongful entry in the land registry, becomes the real owner⁴⁹.

B. EXTRAORDINARY PRESCRIPTION

The extraordinary prescription is regulated in Article 713 of the TCC as follows: (1) Where a person has been in possession of immovable property not recorded in the land register uninterruptedly and without challenge for twenty years as if it were his or her property, he or she has the right to be registered as the owner. (2) The same right applies on the same conditions to a person in possession of immovable property whose owner is not evident from the land register or who was presumed dead at the beginning of the 20-year acquisitive prescription period. (3) The deed registration lawsuit shall be filed against the Treasury and the relevant public legal entities or, if any, the heirs of the person who appears as the owner in the title deed. (4) The subject matter of the lawsuit shall be announced by the court at least three times in a newspaper and an internet news website, as well as in the place where the immovable is located, by appropriate means and at appropriate intervals. (5) If no objection is filed within three months starting from the last announcement, claiming that the above conditions are not met, or if the objection is not deemed appropriate and the claim of the plaintiff is proven, the judge shall decide on registration. Ownership shall be acquired as soon as the conditions set forth in the first paragraph are met. (6) Defendants and objectors may request title registration in their own names in the same lawsuit. (7) The decision shall specify the nature, location, boundaries and area of the immovable property requested to be registered, and

⁴⁸ Meier-Hayoz, Art. 661 N 27.

⁴⁹ Yağcıoğlu, p. 68.

a sketch of the immovable property containing technical information prepared by experts shall be attached to the decision. (8) The provisions of special laws are reserved.

Article 713 is not the only provision regulating this issue. Acquisition of ownership of immovable property by prescription is regulated in Cadastral Law No. 3402 and Law No. 1515 dated 02.06.1929. Article 713 is the general provision applicable to the acquisition of the ownership of immovable property registered and unregistered to the title deed by prescription⁵⁰. The article analyzes only this provision. According to this provision, requirements related to *the immovable property* and *the possessor* should be met and *the formal conditions* stipulated in the law must be fulfilled.

1. Legal Requirements

As can be understood from the wording of the Article, the ownership of three types of immovable property can be acquired by extraordinary prescription: (1) The immovable property must be an immovable property, (1) *without an entry in the land registry*, (2) *whose ownership is not clear from the entry*, (3) *whose ownership belongs to a person who has been declared absent*. The common feature of all these immovable properties is that it is unclear from the land registry who the owners are. In other words, the ownership of immovable properties whose owner is known through the entry cannot be acquired by extraordinary prescription⁵¹. As in ordinary acquisitive prescription, immovable properties that cannot be subject to private ownership cannot be acquired by extraordinary acquisitive prescription⁵².

⁵⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 491.

⁵¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 491; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 496; Düzceer, Ali Rıza (1984) Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara, Yetkin, p. 7.

⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 502; Oktay, Saibe (1980) Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul, Kazancı, p. 26; Gürsoy/Eren/Cansel, p. 524; Hatemi/Serozan/Arpacı, p. 602. “Since an immovable that has acquired the status of public property cannot be subject to private ownership, even if registered in the land registry...” See 20. Civil Chamber, E. 2013/10102, K. 2014/4086, 03.04.2014.; 20. Civil Chamber, E. 2010/10157, K. 2010/11097, 23.09.2010.

- (1) Immovable property without an entry in the land registry is either immovable property that has not yet been owned⁵³ or immovable property that is owned but has not been entered into the land registry⁵⁴. The prescription also applies to immovable property that is in the state's private ownership and is not entered in the land registry⁵⁵.
- (2) Failure to determine the owner from the entry in the land registry; it is impossible to extract the necessary information from the land registry to know who is the owner of the immovable property⁵⁶. It may be concluded that the owner cannot be identified based on the information and documents in the land registry in cases where anyone who pays due attention cannot understand who the owner is, and in cases such as the owner column is left blank, the owner's name is ambiguous and insufficient, the owner's name is erased and the new one is not written⁵⁷. However, even if only the first or surname is entered into the owner column in the land registry, if it is understood who is meant by this name and thus to whom the immovable property belongs, it cannot be accepted that the condition in the Law has been fulfilled. However, in cases where the name of the owner has been erased, the name of the new owner has not been written, and the owner cannot be determined according to the registry, it is mentioned that it cannot be understood who the owner is, and in this case, the existence of the element in Article 713/2 of the TCC should be accepted, and a decision should be made

⁵³ “...extraordinary acquisitive prescription is applicable, for immovable properties that were previously suitable for agriculture but were not entered in the land registry...” See Court of Cassation Great General Assembly on the Unification of Judgments, E. 2004/1, K. 2010/1, 30.4.2010.

⁵⁴ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 492.

⁵⁵ Court of Cassation Great General Assembly on the Unification of Judgments, 6/240, 19.6.1957.; Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 2005/512, K. 2005/535, 28.09.2005.

⁵⁶ Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 1991/8-51, K. 194, 10.4.1991.

⁵⁷ Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 2020/686, K. 2021/334, 23.3.2021.

according to the evidence collected by investigating other acquisition requirements⁵⁸.

- (3) Initially, Article 713/II made a binary distinction with respect to properties “whose owner... deceased twenty years ago or whose absence has been declared”. In this version of the article, which had been in practice for a long time, if the possession continued for twenty years and the owner of the immovable property deceased twenty years ago, the possessor could request himself to be entered into the land registry as the owner. The existence of the heirs of the deceased owner was not important in the application of the article. What was important was that the heirs who acquired an immovable belonging to the inheritance without entry into the land registry should not have been made declaratory entry⁵⁹. However, the phrase “deceased” in the article was annulled by the ruling of the Turkish Constitutional Court, contrary to Articles 2⁶⁰ and 35⁶¹ of the Turkish Constitution:

In the event of the death of the owner of an immovable which is entered in the land registry, the owner of this immovable is the heir. The heirs acquire the right of ownership on this immovable property without requiring entry into the land registry upon the heir’s death as per the law. One of the general principles of law is that the right of property is ‘timeless’; in other words, the right of property is not subject to limitation. Therefore, the non-use of the rights granted by the Civil Code to the heirs of an immovable property owner by the right holders for twenty years does not mean that the legal relationship be-

⁵⁸ Turkish Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, E. 2021/757, K. 2021/1361, 9.11.2021.

⁵⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 494.

⁶⁰ “The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble.” See Constitution of the Republic of Turkey (As amended on July 23, 1995; Act No. 4121), <https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf> s.e.t. 26.08.2024.

⁶¹ Everyone has the right to own and inherit property. These rights may be limited by law only in view of public interest. The exercise of the right to property shall not contravene public interest.” See Constitution of the Republic of Turkey (As amended on July 23, 1995; Act No. 4121), fn 59.

tween them and the immovable property has ended, even if it was shown that the relationship between them and the immovable property has ceased. The continuation of the property right of the heirs includes the right to use the immovable and the right not to use it. In the face of the absoluteness of the right of property and the publicity of the land registry, allowing the possessor to unilaterally eliminate the right of ownership belonging to the heirs by not recognizing that it violates the principles of acquired rights and legal security as well as the right of property⁶².

After this annulment ruling, only “immovables entered in the name of the person whose absence was decided twenty years ago” is to be subject to extraordinary acquisitive prescription. Accordingly, upon the court’s ruling of absenteeism, the inheritance of the absent person will be opened, and the estate will pass to the heirs. If the absent person has no heirs, if the identity of the heirs is unknown, and if the heirs have not made a declaratory entry, the article shall apply⁶³.

In the event of a declaration of absence, the question of when the extraordinary prescription period starts to run for an immovable property entered in the name of the absentee is controversial⁶⁴. According to the wording of Article 713/2, it should start from the date of the court’s declaration of absence. This period should begin from the date of finalization of the court’s ruling. However, Article 35/2 of the TCC states that the declaration of absence shall be effective from the date of the peril of death or the last heard from⁶⁵. Nevertheless, both the Turkish Court of Cassation⁶⁶ and the doctrine favors the view based on the wording of 713/2⁶⁷.

⁶² Turkish Constitutional Court, E. 2009/58 K. 2011/52, 17.3.2011., Official Gazette, 17.03.2011, s. 2803.

⁶³ **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, p. 496. For a critique of the Constitutional Court’s ruling, see, **Yağcıoğlu**, p. 109; **Aybay/Hatemi**, p. 198.

⁶⁴ **Özkaya, Erarslan** (2012) *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Ankara, Seçkin, p. 47.

⁶⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 499; **Sapanoğlu, Süleyman** (2009) *Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 85.

⁶⁶ 8. Civil Chamber, E. 2010/6205, K. 2011/7505, 22.12.2011.; 8. Civil Chamber, E. 2008/2442; K. 2008/4083, 15.09.2008.; 8. Civil Chamber, E. 2008/5423, K. 2009/243, 26.01.2009.

⁶⁷ **Kılıçoğlu**, p. 361; **Strebel**, Art. 662, N. 15; **Sirmen** (2018) p. 368.

Possession must not be contested. It must have been continuous for twenty years. Finally, it must be personal, i.e., the possessor must have the will to possess the thing as his own⁶⁸. Unlike ordinary acquisitive prescription, the extraordinary acquisitive prescription requires *a lawsuit and a court ruling*. The possessor requests to be registered as the owner in the land registry and requests the cancellation of the entry and deed registration that was in the previous owner's name⁶⁹.

The deed registration lawsuit shall be filed against the Treasury and the relevant public legal entities or, if any, the heirs of the person who appears as the owner in the title deed. The subject matter of the lawsuit shall be announced by the court at least three times in a newspaper and an internet news website, as well as in the place where the immovable is located, by appropriate means and at proper intervals. If no objection is filed within three months, starting from the last announcement, claiming that the above conditions are not met, or if the objection is not deemed appropriate and the plaintiff's claim is proven, the judge shall decide on registration⁷⁰. The objection lawsuit is not an action of appropriation⁷¹. To win the lawsuit, the plaintiff must prove that the conditions of the extraordinary acquisitive prescription are not met⁷².

2. Legal Consequences

In the literature, it is controversial whether the acquisition by way of extraordinary prescription is retroactive from the commencement of the prescription period. One view is that from the commencement of the prescription peri-

⁶⁸ The explanations regarding the ordinary acquisitive prescription shall also apply here. Unlike ordinary acquisitive prescription, good faith is not required in extraordinary acquisitive prescription.

⁶⁹ **Kılıçoğlu**, p. 362; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, p. 500.

⁷⁰ The deed registration is not constitutive but declaratory. See **Kılıçoğlu**, p. 365; **Gürsoy/Eren/Cansel**, p. 545, **Eren, Fikret** (2016) *Mülkiyet Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, p. 306; **Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2008) *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara Yetkin Yayınları, p. 210.

⁷¹ **Kılıçoğlu**, p. 365; **Gürsoy/Eren/Cansel**, p. 543.

⁷² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, p. 521; **Yağcıoğlu**, p. 144; **Gürsoy/Eren/Cansel**, p. 540.

od, ownership is deemed to have been acquired. The registration ruling issued by the court in the lawsuit filed and the finalization of the ruling shall have a retroactive effect⁷³. However, this view is incorrect according to Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir and Aybay/Hatemi⁷⁴. Likewise, it is understood from a decision of the Turkish Court of Cassation that it does not accept retroactivity⁷⁵.

Acquisition of property by extraordinary prescription is an original acquisition⁷⁶. The new owner's right of ownership arises regardless of the previous owner's right of ownership. In addition, the property right of the previous owner on the immovable property is terminated⁷⁷. In this respect, the acquisition of immovable property through extraordinary acquisitive prescription is one of the optional ways in which the property right is acquired outside the land registry⁷⁸. In extraordinary prescription, ownership is acquired with the limited real rights established on the immovable property⁷⁹.

II. CHINESE LAW

China is a composite country comprising mainland China, Hong Kong, Macao, and Taiwan, with different social and legal systems in these regions. Mainland China belongs to the socialist legal system, Hong Kong belongs to the Anglo-American legal system, and Macao and Taiwan belong to the civil law system. The legal system of the Hong Kong region originates from the United

⁷³ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 503; Sungurbey, p. 84; Oktay, p. 134; Gürsoy/Eren/Cansel, p. 546; Sirmen (2018) p. 363; Esener/Güven, p. 206; Ertaş, Şeref (2021) Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, p. 349.

⁷⁴ Aybay/Hatemi, p. 200.

⁷⁵ 3. Civil Chamber, 373/400, 15.01.1952. (TİK. 1953, 99). See Karahasan, Mustafa Reşit (1977) Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, 2. Cilt, Ankara Sevinç Matbaası.

⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 524; Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 503; Yağcıoğlu, p. 153.

⁷⁷ Oktay, p. 136.

⁷⁸ Yağcıoğlu, p. 153.

⁷⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, p. 503; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 524; Sirmen, Lale A. (2022) Tablolara Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, p. 113.

Kingdom, and the legal system of the Macao region is rooted in Portugal. In contrast, the legal systems of mainland China and Taiwan have the same origin. After the return of Hong Kong in 1997 and Macao in 1999, China established the legal framework of “one country, two systems” rooted in the socialist legal system implemented in mainland China. This framework ensures that the original legal systems of Hong Kong and Macao remain largely intact while granting these regions a high degree of autonomy. Such autonomy enables Hong Kong and Macao to function effectively within their existing social and legal systems.

Under this legal framework, the Hong Kong and Macao regions exercise executive, legislative, and independent judicial powers, including the power of final adjudication⁸⁰. Although Hong Kong and Macao’s legal systems differ from mainland China’s, they are integral to the broader Chinese legal system. At the same time, the geographical proximity of the various regions of China has resulted in frequent exchanges of people who speak and write the same language. The acquisitive prescription system can exist between different areas of a country, but each content is different, making Chinese legal systems a very important research sample.

In the legal system of mainland China, as a socialist country, property rights refer to the rights of a holder to directly dominate and exclusively control specific objects by the law. These rights encompass ownership, usufructuary rights, and security rights. Property rights are distinguished by three key characteristics: direct control, exclusivity, and legal conformity. The Civil Code of the People’s Republic of China dedicates a specific “Property Rights” section to regulate the framework and provisions governing such rights comprehensively⁸¹. The acquisitive prescription system represents a significant mechanism within property law theory for acquiring rights. It influences not only ownership but also

⁸⁰ Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China (中华人民共和国香港特别行政区基本法) Art 2: The National People’s Congress authorizes the Hong Kong Special Administrative Region to exercise a high degree of autonomy and enjoy executive, legislative and independent judicial power, including that of final Adjudication, by the provisions of this Law. (The same article in Macao).

⁸¹ Civil Code of the People’s Republic of China (中华人民共和国民法典) Book Two.

the possession and use of property, making it a topic of considerable research importance in Chinese legal studies.

This chapter covers Chinese law on acquisitive prescription and is divided into four chapters. In the first chapter, the Qing She System in ancient China has been examined. The second chapter sheds light on the development of the acquisitive prescription system of mainland China. The third chapter describes the adverse possession system in the Hong Kong region, which inherited the Common Law System tradition. The last chapter describes the content of the acquisitive prescription system in Macao and Taiwan; both regions belong to the civil law system, and both have acquisitive prescription system provisions.

A. THE QING SHE SYSTEM IN ANCIENT CHINA

Like the Western acquisitive prescription system, the “Qing She” system played a significant role in ancient China. In ancient China, regime changes were always achieved through war. War inevitably led to the exile of a large number of landlords, resulting in a large number of abandoned fields and wastelands. The generations before the Song Dynasty mostly adopted declaring abandoned fields and wasteland state-owned at the beginning of the country’s founding, dividing them into fiefs, rewarding them, or distributing them to farmers to operate according to the Land Equalization system⁸². The Song Dynasty changed the practice of the previous dynasties of confiscating abandoned fields and wastelands and returning them to state ownership and recognized and protected the rights and interests of existing cultivators of the land. The Song Dynasty established the “Qing She” system to balance the conflicting interests between the cultivators of abandoned fields and the original owners.

The ordinance was issued in the 2nd year of Sejong Xian De in the Later Zhou Dynasty to allow others to possess “escaped families and abandoned

⁸² **Hao, Liu** (刘浩) (2020) “Lun Tangsong Qingshe Zhidu de Shiyong Duixiang (论唐宋请射制度的适用对象) On the Applicable Objects of the Tang and Song Dynasties Qing She System”, *Xueshu Yanjiu* (学术研究), No. 5, p. 68.

lands” called “Qing She”. The possessors could have half ownership in three years and a full one in five years upon continuous possession. The possession period in the Northern border areas was fifteen years. The Two Song Dynasties continued the method from the Late Zhou Dynasty; the specific durations of the prescription had been changed frequently, though. In the early years of Tiansheng of Songrenzong, this ordinance was issued: “When people had left their lands for accumulative ten years, others would cultivate their lands, and the possessors of the abandoned lands could just pay half amount of two types of taxes after three-year cultivation”⁸³. It also stipulated: “Refugees are demanded to restore their production in 100 days, the remit taxes will scale down to 20% of the original ones in five years. And if they fail to restore production in a specified time, others will take their lands to cultivate”⁸⁴.

The purpose of the “Qing She” system was to end the subject-object separation of land rights from the control of the original owner, stabilize social relations, promote the effective use of abandoned land, accelerate the circulation of land rights, and promote the rapid recovery and development of the feudal economy.

There are similarities between the “Qing She” system and the acquisitive prescription in traditional civil laws in various European countries. Both recognized that non-obligees could acquire corresponding rights upon possessing others’ properties for certain terms. Both share similar value orientations to some extent, such as making the best use of everything and ending the unstable state of legal relationships, etc.

⁸³ **Qiuyun, Chen** (陈秋云) (2011) “Songdai Ziyu Diqun Fazhi de Lishi Yiyi yu Dangdai Qishi (宋代自由地权法制的历史意义与当代启示) The Historical Significance and Contemporary Revelation of Song Dynasty Freehold Legal System of the Land”, *Fashang Yanjiu (法商研究)*, Legal and Business Studies, No. 2, p. 154-155.

⁸⁴ **Yang, Wei** (2011) “The Preliminary Discussion on the Historical Comparison between Chinese and Western Acquisitive Prescription Systems”, *Canadian Social Science*, V. 7, No. 1, pp. 1-6, p. 4.

B. DEVELOPMENT OF ACQUISITIVE PRESCRIPTION IN MAINLAND CHINA

The ancient “Qing She” system implemented in China during the Zhou and Song Dynasties resembles the acquisitive prescription system. The immediate cause of the system was to solve the social problem of “fleeing households abandoning their land” caused by the long period of war and turmoil⁸⁵. During the Song Dynasty, the system became an important form of acquiring land ownership, contributing to agricultural production recovery and government tax revenue guarantee. At the same time, the system filled the “rights vacuum”, making it possible to properly dispose of land whose transactions were ineffective due to strict formalism or whose ownership was unknown due to war⁸⁶. The Draft Civil Code of the Great Qing in the Qing Dynasty referred to Japanese civil code provisions of acquisitive prescription. Still, the draft was not published and implemented, and the Qing government collapsed. Until the Republican Era of China period, the Civil Code of the Republic of China was so that the acquisitive prescription in China had systematic provisions and practice before 1949. The establishment of the new China did not set up an acquisitive prescription system.

In mainland China, academics have never stopped discussing the acquisitive prescription system, which is roughly divided into three stages: at the beginning of the founding of New China, some scholars advocated that the acquisitive prescription system should be established in socialist China out of the need for practice⁸⁷. Subsequently, in the 1980s and 1990s, there were heated debates

⁸⁵ **Xiaoxin, Ye** (叶孝信) (1993) *Zhongguo Minfashi (中国民法史) A History of Chinese Civil Law*, Shanghai Renmin Chubanshe (上海人民出版社) Shanghai, Shanghai People’s Publishing House, p. 335-337.

⁸⁶ See **Wei, Yang** (杨巍) (2015) “Lixiang zhi Men yu Xianshi zhi Zhang: Woguo Buying Jianli Qvde Shixiao Zhidu (理想之门与现实之障：我国不应建立取得时效制度), Ideal Door and Realistic Barrier: China Should Not Establish an Acquisitive Prescription System”, *Hubei Xingzheng Xueyuan Xuebao (湖北行政学院学报) Journal of Hubei Administration Institute*, I. 2, pp. 82-85, p. 83.

⁸⁷ **Dingfu, Zhang** (张定夫) (1956) “Shixiao Zhidu zhong Qvde Shixiao Wenti (时效制度中取得时效问题) The Problem of Acquisitive Prescription in the prescription system”, *Faxue Yanjiu (法学研究) Studies in Law*, No. 2, p. 34.

on whether to establish such a system in academia, with divergent views, especially in the 1980s due to the more profound influence of the Soviet Union's Civil Code. The opposing opinion was still the mainstream⁸⁸. This perspective arises from scholars who argue that the system of acquisitive prescription conflicts with the Confucian philosophy of acquiring wealth through diligent labor. They contend that allowing ownership to be acquired through passive possession alone risks endorsing a form of unearned gain. However, into the 21st century, in the case of obtaining more academic attention, and the broadening of the research environment, the acquisitive prescription system gradually become the mainstream opinion, and the majority of scholars affirmed the draft of the "Civil Code" of the National People's Congress in 2002, there is a section of the provisions of this system.

Academics argued more about the specific application of the acquisitive prescription system until the process of the draft civil code; there are still scholars who repeatedly proposed that it is necessary to provide for the acquisitive prescription system in the civil code⁸⁹. However, in 2007, the Property Law still did not provide for the statute of acquisitive prescription system; in 2021, the People's Republic of China Civil Code promulgated an acquisitive prescription system is still not realized in the current Civil Code which only provides for the statute of extinctive prescription, there is no provision about acquisitive prescription system, but in the legislative⁹⁰ and judicial cases the sporadic statute of acquisitive prescription can still be seen in practice.

⁸⁸ See **Tian, Yin** (尹田) (2005) "Lun Wuquanfa Guiding Qude Shixiao de Biyaoxing (论物权法规定取得时效的必要性) On the Necessity of Providing for the Acquisitive Prescription in the Property Law", Faxue (法学) Jurisprudence, No. 8, p. 10.

⁸⁹ **Shiyang, Wen** (温世扬) (2018) "Minfadian Ying Ruhe Guiding Suoyouquan Wuquanfa Suoyouquanbian zhi Wanshan(民法典应如何规定所有权 物权法所有权编之完善) How the Civil Code Should Provide for Ownership The Improvement of the Ownership Part of the Property Law", Faxue Pinglun (法学评论) Law Review, No. 2, pp. 128-137, p. 135.

⁹⁰ Yuan Guojia Tudi Guanliju Guanyu Yinfa Queding Tudi Suoyouquan he Shiyongquan de Ruogan Guiding de Tongzhi (原国家土地管理局关于印发《确定土地所有权和使用权的

In Mainland China, the Civil Code of the People's Republic of China, implemented in 2021, does not explicitly provide for the acquisitive prescription system, and there have always been both supportive and opposing viewpoints in the academic community as to whether the system should be retained or abolished. According to the supporters, the prescription system can effectively utilize the land and solve the problem of the existing rural land ownership in Mainland China, which cannot be confirmed⁹¹. Opponents argue that the immovable property registration system in Mainland China is sufficient to solve the current land problems in China and that the acquisitive prescription system may promote the idea of getting something for nothing, contrary to the Chinese people's traditional virtues⁹². Therefore, legislators in Mainland China are cautious about the acquisitive prescription system.

C. ADVERSE POSSESSION IN HONG KONG

Adverse possession is the process by which a person can acquire title to someone else's land by continuously occupying it in a way inconsistent with the right of its owner. Suppose the person in adverse possession (also referred to as

若干规定》的通知) Circular of the former State Land Administration on the Issuance of Certain Provisions on Determining Land Ownership and Right of Use, (promulgate March. 11 1995, effect May. 1 1995), Art 21: Where a farmers' collective has continuously used land owned by other farmers' collectives for twenty years, the land shall be deemed to be owned by the current user; where it has been continuously used for less than twenty years or where it has constantly been used for twenty years but before the expiry of that period the owner has offered restitution to the current user or the relevant department, the People's governments at or above the county level shall determine land ownership on a case-by-case basis. If the land has been used continuously for less than 20 years, or if the owner, despite having used it for less than 20 years, has submitted a request to the current user or the relevant authorities for its return before the expiry of the 20 years, the people's government at or above the county level shall determine the ownership of the land in the light of the specific circumstances.

⁹¹ **Liming, Wang** (王利明) (2013) *Wuquanfa Yanjiu Disanban Shangjuan* (物权法研究 第三版上卷), Studies in Property Law, Third Edition, Volume 1, Beijing, Zhongguo Renmin Daxue Chubanshe (中国人民大学出版社) Renmin University of China Press, p. 201.

⁹² **Zaiquan, Xie** (谢在全)/**Shang, Minfa Wuquanlun** (民法物权论 上) (1999) *Theory of Property in Civil Law*, Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue Chubanshe (中国政法大学出版社) China University of Political Science and Law Press, p. 147.

a “squatter”) continues to occupy the land, and the owner does not exercise his right to recover it by the end of a prescribed period. In that case, the owner’s remedy and his title to the land are extinguished, and the squatter becomes the new owner. The squatter’s new possessory title cannot normally exceed, in extent or duration, that of the former owner⁹³. After the handover of Hong Kong, the land system followed the pattern before the handover but also adapted to the local conditions for the adverse possession system in Hong Kong’s legislation to achieve localization characteristics.

The law of Hong Kong also treats “acquiring an interest in land because of the expiry of the statute of limitations” as one of the methods of acquiring an interest in land property, alongside the common law. The two basic conditions for adverse possession are the same as those in the United Kingdom. In addition, Hong Kong does not have a systematic description of adverse possession in its legal provisions, and the contents of the relevant adverse possession of land are also set out in the special chapter on limitation in the legislation. The complete structure of adverse possession, especially the “empowering effect” on unauthorized occupiers, is reflected in the jurisprudence of judges in judicial practice⁹⁴.

The Hong Kong Limitation Ordinance (Cap 347) includes the adverse possession of land acquisition and other limitations. The adverse possession is dealt with mainly in sections 7 to 25. To prove adverse possession, a squatter must establish that he has both the physical possession of the land and the required intention to possess it (*animus possidendi*)⁹⁵. As an owner is presumed to be in possession of the land⁹⁶, a squatter must establish that he has taken a sufficient

⁹³ Law Reform Commission of Hong Kong, Subcommittee on Adverse Possession: Adverse Possession, 2012, p. 2.

⁹⁴ Some have even questioned the empowering effect of the Limitation Ordinance, arguing that it does not confer a right of action but merely bars the right of action of the original owner, see Sze To Chun Keung Kwok Wai David (1997) WLR 1232.

⁹⁵ *Buckinghamshire County Council v Moran* [1990] Ch 623 at 636.

⁹⁶ *Powell v McFarlane* (1977) 38 P & CR 452, at 452 and 470.

degree of exclusive physical control of the land⁹⁷. The core concept is that the possession must be wrongful, and adverse possession has been described as “possession as of wrong”⁹⁸. Apart from showing factual possession, a squatter must establish the requisite intention, i.e., “an intention for the time being to possess the land to the exclusion of all other persons, including the owner”⁹⁹. He is not required to intend to own or acquire the ownership of the land¹⁰⁰. Even if both an owner and the squatter mistakenly believe that the land belongs to the latter, or the squatter does not realize that he is trespassing on another person’s land, the required intention can still be established¹⁰¹. The required intention must be determined objectively: “intent has to be inferred from the acts themselves”, and evidence of the squatter’s past or present declarations as to his intention is regarded as self-serving¹⁰². A squatter must manifest the required intention unequivocally, so that it is clear that the squatter is not just a persistent trespasser¹⁰³.

In the case of the effect of adverse possession, if a squatter can prove adverse possession for a period of at least twelve years, both the owner’s right of action to recover the land and his title to it are extinguished¹⁰⁴. Because of the principle of the relativity of title, on the basis of his adverse possession and the

⁹⁷ *Powell v McFarlane* (1977) 38 P & CR 452, at 471.

⁹⁸ *Buckinghamshire County Council v Moran* [1990] Ch 623, at 644D, per Nourse LJ.

⁹⁹ *Buckinghamshire County Council v Moran* [1990] Ch 623, at 643.

¹⁰⁰ *Buckinghamshire County Council v Moran* [1990] Ch 623, at 643.

¹⁰¹ *Hughes v Cork* [1994] EGCS 25; *Prudential Assurance Co Ltd v Waterloo Real Estate Inc* [1997] 17 EG 131.

¹⁰² *Powell v McFarlane* (1977) 38 P & CR 452, at 476 to 477.

¹⁰³ *Powell v McFarlane* (1977) 38 P & CR 452, at 480.

¹⁰⁴ Sections 7 and 17 of the Limitation Ordinance (Cap 347). This follows the amendment made to Cap 347 in 1991 by section 5 of the Limitation (Amendment) Ordinance 1991. Prior to that point, the limitation period for land recovery was 20 years. The 12-year limitation period applies to rights of action accrued after 1 July 1991: **Nield, Sarah** (1998) *Hong Kong Land Law*, 2nd ed, Longman, p. 169. Section 7(1) of the Ordinance stipulates that no action shall be brought by the Government to recover land after the expiration of 60 years from the date on which the right of action accrued to the Government.

lack of a better title, a squatter will hold a new estate which is subject to any third party rights which run with the land and have not been extinguished, such as easements and restrictive covenants¹⁰⁵. Even before extinguishing the owner's title, a squatter acquires an inchoate or incipient title which is good against the world, except against those who can prove a better title¹⁰⁶. The squatter can even sue a trespasser for trespassing and strangers in nuisance¹⁰⁷.

In Hong Kong, there are also two different views in favor of and against the system of adverse possession. Some academics have criticized the concept of adverse possession as unjust because it encourages "land theft". However, proponents argue that possession of land entitles a person to retain the land against the whole world, apart from someone who has a better title. Hence, even a squatter on land, who does not have documentary title to it, can still protect his possession of the land against those who do not have a better right to possession. The proponents put forward three arguments: firstly, adverse possession protects against stale claims. Adverse possession is one aspect of the law of limitations. The policy of limitation statutes applies to protect defendants from stale claims and to encourage plaintiffs not to sleep on their rights. This is because, with the passage of time, it will become more and more challenging to investigate the circumstances in which a possession commenced and continued. Therefore, the policy is that a fixed period should be prescribed for certainty. However, as pointed out by the English Law Commission¹⁰⁸, adverse possession

¹⁰⁵ **Megarry, Robert/Wade, William/Harpum, Charles/Bridge, Stuart/Dixon, Martin** (2000) *The Law of Real Property*, 6th ed, Sweet & Maxwell, at para 21-057 and 21-67. *Re Nisbet & Potts' Contract* [1906] 1 Ch 386. After extinguishing the title of the lessee paper owner, a squatter will not replace the paper owner as the new lessee. If the squatter, however, takes advantage of the lease, he may "estop" from denying that he holds under it and will be bound by the covenants: **Jourdan, Stephen** (2003) *Adverse Possession*, Butterworths, LexisNexis, at paras 24-46 and 24-57.

¹⁰⁶ **Gray, Kevin J./Gray, Susan Francis** (2000) *Elements of Land Law*, 3rd ed, Butterworths, p. 278.; *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] AC 655, at 703E.

¹⁰⁷ **Gray/Gray**, p. 278.; *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] AC 655, at 688E to 689D.

¹⁰⁸ English Law Commission, *Land Registration for the Twenty-first Century, A Consultative Document* (1998, Law Com No 254), at para 10.6.

does not merely bar claims; a squatter can get a title to land by his possession, and this can only be justified by factors over and above those which explain the law on limitations. Second, adverse possession prevents land from becoming undeveloped and neglected. If land ownership and the reality of possession are not working well in tandem, the particular land in question would become unmarketable. This situation can happen (a) where the valid owner has disappeared, and the squatter has assumed the rights of ownership for a long time; (b) or where there have been dealings with the land “off the register” so that the register no longer reflects the “valid” ownership of land. It is in the public interest to encourage proper maintenance, improvement, and development of land that may have been under-utilized for a long time. Thirdly, adverse possession prevents hardship in cases of mistake. The English Commission has noted that the law of adverse possession can prevent hardship in cases of mistake. The example given is that of a squatter who incurs expenditure to improve the land under mistake of ownership or boundary. Although the squatter may have a claim based on “proprietary estoppel” if the valid owner knew of and acquiesced in the squatter’s mistake, that may not always be the case.

The objector, on the other hand, also refutes the three arguments mentioned above. According to the objector, in relation to the first justification, it is assumed that the owner was aware that a cause of action had accrued in his favor. In reality, the adverse possession may be clandestine or not readily apparent, and an owner may not realize that a person is encroaching on his land¹⁰⁹. The owner is, hence, not in any true sense sleeping on his rights. Knowledge (actual or constructive) of the accrual of a cause of action is not a pre-condition for the operation of the limitation period¹¹⁰. In addition, the rule of adverse possession operates even if a squatter admits that his possession is wrongful throughout the limitation period¹¹¹. As to encouraging the development and

¹⁰⁹ English Law Commission, Report on Land Registration for the Twenty-first Century (2001, Law Com No 271), at para 2.71.

¹¹⁰ **Dockray, Martin** (1985) “Why do we need adverse possession?”, *Conveyancer*, pp. 272-284, p. 274.

¹¹¹ **Dockray**, p. 273.

maintenance of land under the second justification, Dockray believes that this objective is only relevant in limited circumstances and could not justify the universal application of the rule, which is not confined to cases of long and peaceful possession of neglected property¹¹². The rule applies indiscriminately, as much to ancient and innocent encroachment as it does to forcible ejection. As to the third argument, the dissenters argued that, as to avoidance of hardship to defendants under the third justification, the rule of adverse possession has not attempted to balance the possible hardship to a plaintiff who is unaware that time is running against him, and the hardship to a defendant, even though the length of the limitation period is fixed with this balancing act in mind¹¹³.

In response to the economic and social development of the Hong Kong region, the Law Reform Commission of Hong Kong conducted a comprehensive review of adverse possession in Hong Kong in October 2014 and made a preliminary design of the reform program. The Hong Kong Government's response to the report two times, in April 2015 and August 2024, the Hong Kong Development Bureau is now working with the Lands Department and the Land Registry on the study. It will formulate a framework for the future system¹¹⁴.

D. ACQUISITIVE PRESCRIPTION SYSTEMS IN MACAO AND TAIWAN

Macao and Taiwan are part of the civil law system, and both regions have a statute of acquisitive prescription in their legal systems. Taiwan has provided for the acquisitive prescription system in the "Property Rights Section" of the Taiwan Civil Code. The statute of acquisitive prescription in Taiwan is divided into three categories based on different objectives: movable property¹¹⁵, immovable

¹¹² Dockray, p. 277.

¹¹³ Dockray, p. 275.

¹¹⁴ Law Reform Commission of Hong Kong, <<https://www.hkreform.gov.hk/en/news/newsXML.htm?newsDate=20210817c&selectedSubSection=6&jumpToDetails=y#newsDetails>> s.e.t. 08/09/2024.

¹¹⁵ For the acquisition of movable property, the Taiwan Civil Code does not require good faith on the part of the possessor as long as the possessor meets the constitutive elements of "peaceful", "public", and "continuous". The statutory period is five years; the possessor can acquire the

property, and property rights. For the acquisition of immovable property, according to the provisions of the Taiwan Civil Code, its object only includes “unregistered immovable property”. Registered immovable property is not subject to the statute of acquisitive prescription and cannot produce the effect of a change in ownership. The long-term limitation period of 20 years and the short-term limitation period of 10 years are applicable depending on whether the possessor is in good faith¹¹⁶. At the same time, unlike the acquisition of movable property, the acquisition of immovable property requires the registration of the possessor, and the effect of the change of property rights does not occur without the registration procedure.

The provisions of the Macao Civil Code are also similar to those of Taiwan in that the statute of acquisitive prescription is stipulated in Chapter 6, Articles 1212-1225 of the Civil Code. It specifies that the object of the statute of acquisitive prescription includes ownership and other usufructuary rights related to ownership, which can be acquired after a certain period of possession. Once asserted, the effect of the statute of acquisitive prescription is retroactive to the beginning of possession.

The statute of acquisitive prescription can be divided into possession with evidence and registration and the other mere registration of process only. In the case of possession of immovable property that has a basis and has been registered, the period of acquisitive prescription is completed in ten consecutive years from the date of registration for those in good faith and fifteen years for

movable property in good faith. See Taiwan Civil Code (Amende 26.05.2015), Article 768- 1: A person who has peacefully, publicly, and continually possessed another’s personal property with the intent of being an owner for five years and was in good faith and not of negligence at the beginning of his possession, acquires the ownership of such personal property. Article 769 A person who has peacefully, publicly, and continually possessed another’s real property, which is not recorded for twenty years with the intent of being an owner, is entitled to claim to be recorded as the owner of the said real property.

¹¹⁶ **Haoren, Zhang** (张豪仁) (2013) “Dalu yu Taiwan Shixiao Zhidu Bijiao Fenxi (大陆与台湾时效制度比较研究), A Comparative Study of the Limitation Systems in Mainland China and Taiwan”, *Sheke Zongheng (社科纵横) Social Sciences Review*, No. 3, pp. 87-88, p. 88.

those in bad faith. In addition, for possession without foundation, or if no registration has been obtained for the immovable property, but the act of mere possession has been registered, the good faith possessor shall complete the statute of acquisitive prescription for five consecutive years from the date of registration; for the bad faith possessor, it shall take ten years to complete. It is worth noting that since the acquisition system in Macao does not require good faith, forcible or covert possession is allowed¹¹⁷. However, suppose the immovable property is acquired by violent or sightless means. In that case, the period of acquisitive prescription shall only begin to run when the violent means are terminated or when the covert possession is converted into public possession.

CONCLUSION

In the field of immovable property law, the acquisition of property by acquisitive prescription has become less and less practical with the increasing development of the institutions of the administration of property law guaranteeing reliability and security, especially in the domain of the legal systems that have endowed these institutions with public faith; for under these circumstances, acquisitive prescription is only practical as long as the two original contracting parties are facing each other. But even where the modern title register mediates transactions, acquisitive prescription cannot be dispensed with entirely because the legal system must reckon with the imperfections of human beings, and consequently, a means is needed “to correct and heal their errors and weaknesses insofar as they manifest themselves in legal transactions with land ownership and the land register”¹¹⁸. Therefore, it is still necessary to examine the institution from different jurisdictions.

First, it is important to note that Turkish law divides ordinary and extraordinary acquisitive prescriptions. This distinction cannot be seen in mainland

¹¹⁷ Macao Civil Code (39/99/M decree) Art 1225: If the possession was obtained by violent or covert means, the limitation period for acquisition shall commence on the date on which the violent means cease or the possession becomes public.

¹¹⁸ Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB.

China, Hong Kong, and Taiwan. First, in mainland China, a clear acquisitive prescription mechanism is absent. On the other hand, Hong Kong's adverse possession demonstrates the various legal solutions available in different regions. Also, the Taiwan Civil Code only includes "unregistered immovable property". Registered immovable property is not subject to acquisitive prescription. However, the law of Macao is more in line with Turkish law.

However, there is a distinct difference between these jurisdictions regarding the regulation of the effect of good faith requirements. Under Turkish law, good faith is required only in ordinary acquisitive prescriptions. The extraordinary prescription requires the possessor not only to be rightful but also to be ignorant of his/her wrongfulness -in other words, his/her good faith¹¹⁹. In Macao, the requirement of good faith is only relevant to determining the necessary prescription period. For immovable property registered in the land register, the period of acquisitive prescription is ten years for those in good faith and fifteen years for those in bad faith. For possessions without registration, the good faith possessor shall complete the statute of acquisitive prescription for five consecutive years; for the bad faith possessor, it shall take ten years to complete. This shows that even if Turkish and Macao regulations have categorizations regarding the registered and unregistered immovable properties, they are deeply differentiated in their legal requirements. It is also worth noting that since good faith is not required, Macao law included a provision that states that the prescription period shall only begin to run when the violent means are terminated or when the covert possession is converted into public possession. This can be a sign of some severe conflicts because of acquisitive prescription in Macao, whereas in Türkiye, there is, for now, no need for such provisions.

To conclude, the comparative study of the acquisitive prescription systems across Türkiye, mainland China, Hong Kong, Taiwan, and Macao reveals the diverse approaches taken within different legal frameworks to address immovable property and possession issues. The "Qing She" system in ancient China and

¹¹⁹ **Acemoğlu, Kevork** (1969) "Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, V. 33, I. 3-4, pp. 248-256, p. 249.

the acquisitive prescription systems in civil law systems like Türkiye, Taiwan, and Macao aim to promote land utilization, resolve ownership disputes, and achieve legal certainty. The absence of a clear acquisitive prescription mechanism in mainland China is a controversial issue reflected in ongoing debates. On the other hand, Hong Kong's adherence to the common law concept of adverse possession further demonstrates the various legal solutions available in different regions. This analysis underscores the importance of tailoring legal systems to each region's unique historical, social, moral, and economic contexts while addressing universal concerns regarding property rights and legal certainty.

BIBLIOGRAPHY

- Acemoğlu, Kevork** (1969) “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Müessesesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, V. 33, I. 3-4, pp. 248-256.
- Akipek, Jale Gürol** (1953) “Gayrimenkul Mülkiyet Hakkının Adi Zaman Aşımıyla İktisabı Üzerinde Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. 10, I. 1, pp. 577-612.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2018) *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi. **Akkanat, Halil** (2011) “Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, V. 62, I. (1-2), pp. 317-332.
- Antalya, Gökhan** (2019) “Zilyetlik”, Gökhan Antalya (Editor), *Eşya Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Baskı*, Ankara, Seçkin.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin** (2014) *Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China (中华人民共和国香港特别行政区基本法)
- Bilgen, Mahmut** (2010) *Özel Hukukta Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Civil Code of the People’s Republic of China (中华人民共和国民法典) Book Two.
- Constitution of the Republic of Turkey (As amended on July 23, 1995; Act No. 4121), <https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf> s.e.t. 26.08.2024.
- Didin, Dilara Buket** (2024) “Kazandırıcı Zamanaşımı: Felsefi ve Ekonomik Bir Değerlendirme”, *Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. 12, I. 1, pp. 23-38.
- Dingfu, Zhang** (张定夫) (1956) “Shixiao Zhidu zhong Qvde Shixiao Wenti (时效制度中取得时效问题) The Problem of Acquisitive Prescription in the prescription system”, *Faxue Yanjiu (法学研究) Studies in Law*, No. 2, pp. 34.
- “Dutch Civil Code” <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm>> s.e.t. 16.08.2024.
- Dockray, Martin** (1985) “Why do we need adverse possession?”, *Conveyancer*, pp. 272-284.

- Düzceer, Ali Rıza** (1984) *Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı*, Ankara, Yetkin.
- English Law Commission, *Report on Land Registration for the Twenty-first Century* (2001, Law Com No 271).
- Epstein, Richard Allen** (1986) “Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property”, *Washington University Law Quarterly*, V. 64, pp. 667-722.
- Eren, Fikret** (2016) *Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ertaş, Şeref** (2021) *Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Baskı*, İzmir, Barış Yayınları.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2008) *Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı*, Ankara Yetkin Yayınları.
- Gray, Kevin J./Gray, Susan Francis** (2000) *Elements of Land Law*, 3rd ed, Butterworths.
- Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol** (1984) *Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter** (1977) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht. ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Schulthess Polygraphischer Verlag AG.*
- Hao, Liu (刘浩)** (2020) “Lun Tangsong Qingshe Zhidu de Shiyong Duixiang (论唐宋请射制度的适用对象) On the Applicable Objects of the Tang and Song Dynasties Qing She System”, *Xueshu Yanjiu (学术研究)*, No. 5, pp. 68.
- Haoren, Zhang (张豪仁)** (2013) “Dalu yu Taiwan Shixiao Zhidu Bijiao Fenxi (大陆与台湾时效制度比较研究), A Comparative Study of the Limitation Systems in Mainland China and Taiwan”, *Sheke Zongheng (社科纵横) Social Sciences Review*, No. 3, pp. 87-88.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir** (1991) *Eşya Hukuku*. İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Hitz, Flurina** (2023) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.
- Hoecke, Mark Van** (2015) “Methodology of Comparative Legal Research”, *Law and Method*, pp. 1-35.

- “Irish Statute of Limitations” <<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1957/act/6/section/13/enacted/en/html#sec13>> s.e.t. 16.08.2024.
- Jansen, Jelle E.** (2012) “Thieves and Squatters: Acquisitive and Extinctive Prescription in European Property Law”, *European Property Law Journal*, V. 1, I. 1, pp. 153-165.
- Jourdan, Stephen** (2003) *Adverse Possession*, Butterworths, LexisNexis.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan** (2006) *Roma Eşya Hukuku*, Ankara, 2006.
- Karahasan, Mustafa Reşit** (1977) *Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, 2. Cilt, Ankara Sevinç Matbaası.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2024) *Eşya Hukuku*, Ankara, 2. Bası, Turhan Kitabevi.
- Law Reform Commission of Hong Kong, Subcommittee on Adverse Possession: Adverse Possession, 2012.
- Law Reform Commission of Hong Kong, <<https://www.hkreform.gov.hk/en/news/newsXML.htm?newsDate=20210817c&selectedSubSection=6&jumpToDetails=y#newsDetails>> s.e.t. 08/09/2024
- Liming, Wang** (2012) *Studies on the General Principles of Civil Law*, 2nd ed., People’s University of China Press, pp715.
- Liming, Wang (王利明)** (2013) *Wuquanfa Yanjiu Disanban Shangjuan (物权法研究第三版 上卷)*, *Studies in Property Law, Third Edition, Volume 1*, Beijing, Zhongguo Renmin Daxue Chubanshe (中国人民大学出版社) Renmin University of China Press, pp201.
- Marais, Ernst J.** (2011) *Acquisitive Prescription in View of the Property Clause* (LLD thesis), Stellenbosch University.
- Megarry, Robert/Wade, William/Harpum, Charles/Bridge, Stuart/Dixon, Martin** (2000) *The Law of Real Property*, 6th ed, Sweet & Maxwell.
- Meier-Hayoz, Arthur** (1974) *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Band IV Das Sachenrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG.
- Mezzanotte, Francesco** (2019) “Italian Perspectives on Acquisitive Prescription of Im-movables”, Hoops, B./Marais, E.J. (Editors), *New Perspectives on Acquisitive Prescription*, Netherlands, Eleven International Publishing, pp. 23-53.
- Mingrui, Guo** (2017) “Reflections on the Legislation of the Statute of Limitations System in the General Principles of the Civil Law”, *Law Forum*, No. 1, pp. 5.
- Nield, Sarah** (1998) *Hong Kong Land Law*, 2nd ed, Longman.

- Nomer, Haluk N./Ergüne, Mehmet S.** (2023) Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Onuncu Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2024) Eşya Hukuku. Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 25. Bası'dan Tıpkı 26. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Oktay, Saibe** (1980) Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul, Kazancı.
- Öncü, Özge** (2005) "Tüzel Kişilerin Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 7, pp. 239-282.
- Özkaya, Erarslan** (2012) Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara, Seçkin.
- Paksoy, Meliha Sermin** (2012) Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Qiuyun, Chen** (陈秋云) (2011) "Songdai Ziyu Diqian Fazhi de Lishi Yiyi yu Dangdai Qishi (宋代自由地权法制的历史意义与当代启示) The Historical Significance and Contemporary Revelation of Song Dynasty Freehold Legal System of the Land", Fashang Yanjiu (法商研究), Legal and Business Studies, No. 2, pp. 154-155.
- Reisoğlu, Sefa** (1977) Türk Eşya Hukuku Cilt I, Beşinci Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Sapanoğlu, Süleyman** (2009) Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Savigny, Friedrich Carl von** (1841) System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Band.
- Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina** (2022) Sachenrecht, 6. Auflage, Schulthess.
- Shiyang, Wen** (温世扬) (2018) "Minfadian Ying Ruhe Guiding Suoyouquan Wuquanfa Suoyouquanbian zhi Wanshan(民法典应如何规定所有权 物权法所有权编之完善) How the Civil Code Should Provide for Ownership The Improvement of the Ownership Part of the Property Law", Faxue Pinglun (法学评论) Law Review, No. 2, pp. 128-137.
- Sirmen, Lale A.** (2018) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Sirmen, Lale A.** (2022) Tablolarla Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Strebel, Lorenz** (2023) Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Hrsg. Thomas Geiser&Stephan Wolf, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.

- Sungurbey, İsmet** (1956) *İsviçre Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- “The Twelve Tables” <<https://archive.org/stream/thetwelvetables14783gut/14783.txt>> s.e.t. 15.08.2024.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus** (1802) *Ueber Besitz und Verjährung*, Mauke.
- Tian, Yin** (尹田) (2005) “Lun Wuquanfa Guiding Qude Shixiao de Biyaoxing (论物权法规定取得时效的必要性) On the Necessity of Providing for the Acquisitive Prescription in the Property Law”, *Faxue (法学) Jurisprudence*, No. 8, pp. 10.
- Umur, Ziya** (1983) *Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul, 1983.
- Wei, Yang** (杨巍) (2015) “Lixiang zhi Men yu Xianshi zhi Zhang: Woguo Buying Jianli Qvde Shixiao Zhidu (理想之门与现实之障：我国不应建立取得时效制度), *Ideal Door and Realistic Barrier: China Should Not Establish an Acquisitive Prescription System*”, *Hubei Xingzheng Xueyuan Xuebao (湖北行政学院学报) Journal of Hubei Administration Institute*, I. 2, pp. 82-85.
- Xiaoxin, Ye** (叶孝信) (1993) *Zhongguo Minfashi (中国民法史) A History of Chinese Civil Law*, Shanghai Renmin Chubanshe (上海人民出版社) Shanghai, Shanghai People's Publishing House, pp. 335-337.
- Yağcıoğlu, Burcu** (2014) *Kazandırıcı Zamaşaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yang, Wei** (2011) “The Preliminary Discussion on the Historical Comparison between Chinese and Western Acquisitive Prescription Systems”, *Canadian Social Science*, V. 7, No. 1, pp. 1-6.
- Zaiquan, Xie** (谢在全)/**Shang, Minfa Wuquanlun (民法物权论 上)** (1999) *Theory of Property in Civil Law*, Beijing, Zhongguo Zhengfa Daxue Chubanshe (中国政法大学出版社) China University of Political Science and Law Press, pp. 147.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein** (1996) *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

YÖNETİM DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİ^(*)

Dr. Onur Musab KARAKAŞ^()**

ÖZET

Yönetim danışmanlığı, işletme veya kamu kuruluşlarının karşılaştıkları zorlukları aşmak, kaynaklarını verimli kullanmak ve stratejik hedeflerine ulaşmak amacıyla profesyonel destek aldıkları bir danışmanlık hizmetidir. Bu hizmet, işletmelerin organizasyonel yapılarını güçlendirme, süreçleri iyileştirme, maliyetleri düşürme ve sorunların çözülmesine yönelik stratejik katkı sağlamaktadır. Sanayi Devrimi sonrasında gelişme gösteren bu hizmet, zamanla teknik ve operasyonel süreçlerin yanı sıra organizasyonel değişim, dijitalleşme ve sürdürülebilirlik gibi konuları da kapsayacak şekilde genişlemiştir.

Türkiye’de yönetim danışmanlığı ile ilgili mevzuatımızda doğrudan bir düzenleme bulunmasa da, 2013 tarihli 28784 sayılı Tebliğle yönetim danışmanlığı mesleği tanımlanmıştır. Yönetim danışmanlığı sözleşmeleriyle hizmet sunan danışmanlar, bağımsızlık ilkesiyle müşterilere fikri hizmet sunmayı amaçlamaktadır. Yönetim danışmanlığı sözleşmeleri, hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleriyle bazı benzerlikler taşımakla birlikte, kendine özgü (sui generis) bir yapıya sahiptir. Eser sözleşmesinden süreç odaklı olmasıyla, vekâlet sözleşmesinden somut bir sonucun raporlanmasını gerektirmesiyle ve hizmet sözleşmesinden bağımsızlık unsuru ile ayrılmaktadır.

Sonuç olarak, yönetim danışmanlığı, işletmelerin karşılaştığı sorunları çözerek stratejik hedeflere ulaşmalarını sağlayan ve modern iş dünyasında vazgeçilmez bir hizmet haline gelen bir meslek dalıdır. Küreselleşme, dijitalleşme ve artan rekabet gibi dinamikler, bu hizmetin önemini her geçen gün daha da artırmaktadır. Bu çalışmada, yönetim danışmanlığının tanımı yapılmış, bu alandaki mesleki ve hukuki çerçeve incelenmiş ve atipik bir sözleşme niteliği taşıyan yönetim danışmanlığı sözleşmesinin, vekâlet, eser ve hizmet sözleşmeleri gibi benzer sözleşme türlerinden hangi yönleriyle ayrıldığı detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, Danışmanlık Sözleşmesi, Bağımsız Danışmanlık, Atipik Sözleşmeler, Stratejik Yönetim.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1604821 - Geliş Tarihi: 20.12.2024 - Kabul Tarihi: 31.12.2024.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,

E-posta: onurmusab@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5518-1898>.

MANAGEMENT CONSULTING AGREEMENTS

ABSTRACT

Management consulting is a professional service that businesses or public institutions utilize to overcome challenges, use their resources efficiently, and achieve strategic objectives. This service strategically contributes to strengthening organizational structures, improving processes, reducing costs, and resolving issues faced by businesses. Having developed significantly after the Industrial Revolution, this field has expanded over time to encompass not only technical and operational processes but also organizational transformation, digitalization, and sustainability.

Although there is no direct regulation concerning management consulting in Türkiye's legislation, the profession was defined through a communique published in 2013. Management consulting agreements aim to provide intellectual services to clients based on the principle of independence. These agreements bear similarities to service, work, and mandate agreements but also exhibit a sui generis nature. They differ from work agreements with their process-oriented approach, from mandate agreements with the requirement of producing a tangible report, and from service agreements with their emphasis on independence.

In conclusion, management consulting is a profession that plays a critical role in resolving the challenges faced by businesses and enabling them to achieve strategic goals, becoming an indispensable service in the modern business world. Factors such as globalization, digitalization, and increasing competition have further highlighted the importance of this service. This study examines the definition of management consulting, explores the professional and legal framework in this field, and provides a detailed analysis of the distinctive aspects of management consulting agreements, which are atypical in nature, compared to similar agreements such as mandate, work, and service contracts.

Keywords

Management Consulting Agreement, Consulting Agreement, Independent Consulting, Atypical Contracts, Strategic Management.

GİRİŞ

Bilgiye verilen değerin artması ve profesyonelleşmeyle birlikte danışmaya duyulan ihtiyaç artış göstermektedir. Organizasyonel anlamda karşılaşılan zorlukların giderek farklılaşması, artan rekabetin maliyetleri düşürme isteğini doğurması ve verimliliği artırma arayışında, profesyonel danışmanlık hizmeti sunan yönetim danışmanlarından faydalanılmaktadır. Yönetim danışmanları, müşterilerinin ihtiyaçları doğrultusunda sorunları tespit etmek, analiz etmek ve bunlara çözüm önerileri sunmaktadır.

Yönetim danışmanları ile danışanlar arasında akdedilen sözleşmeler, yönetim danışmanlığı sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir. Herhangi bir resmi şekil şartına tabi olmayan bu sözleşmeler, atipik bir görünüm sergilemektedir. Yönetim danışmanlığı sözleşmeleri, vekâlet, eser veya hizmet sözleşmeleriyle benzerlikler göstermekle birlikte, bazı yönleriyle bu sözleşmelerden ayrılmaktadır. Yönetim danışmanlığı, eser sözleşmesinden sonuç değil süreç odaklı yaklaşımıyla farklılaşmaktadır. Vekâlet sözleşmesinden ise danışmanlığın daha bağımsız bir süreç olması ve vekâlet sözleşmesinin aksine yönetim danışmanının temsil yetkisinin olmamasıyla ayrılmaktadır. Hizmet sözleşmesinden farklı olarak ise, yönetim danışmanının bağımlı değil bağımsız bir şekilde iş görmesi ön plana çıkmaktadır.

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi yazılı, sözlü veya zımni irade beyanlarıyla yapılabilmektedir. Sözleşmelerin yazılı yapılması yaygın olmakla birlikte, şekil serbestisi esastır. Uygulamada ispat kolaylığı açısından sözleşmeler daha çok yazılı yapılmaktadır. Sözleşmenin kapsamı genellikle danışanın ihtiyaçlarına göre belirlenmekte; süreç sonunda danışman tarafından rapor sunularak danışmanlık faaliyetini somutlaştırmaktadır.

Türkiye’de yönetim danışmanlığına ilişkin doğrudan bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Bununla birlikte yönetim danışmanlığı mesleği, 2013 tarihli “Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğ” ile ilk kez resmi olarak tanımlanmıştır. Tebliğde, yönetim danışmanlığı; iş stratejisi, örgütsel yapı ve iş yapma yöntemleri gibi alanlarda danışanlara profesyonel destek sağlayan, sorunların çözümü ve süreçlerin iyileştirilmesi için projeler hazırlayan ve bunların uygulanmasına yönelik planlamalar yapan bir meslek, olarak ifade edilmiştir. Bu

düzenleme, yönetim danışmanlığı mesleğinin tanımlanması ve standartlarının belirlenmesi açısından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu mesleğe ilişkin hukuki çerçeve ve uygulama alanlarının daha da netleştirilmesi için ilave düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada, yönetim danışmanlığı sözleşmelerinin hukuki niteliğini analiz etmek, bu sözleşmelerin diğer sözleşme türlerinden farklarını ortaya koymak ve sektörel uygulamaları değerlendirmek amaçlanmaktadır. Ayrıca, yönetim danışmanlığı hizmetlerinin Türkiye ve dünya çapında gelişimi, hukuki eksikliklerin giderilmesine yönelik çözüm önerileriyle birlikte ele alınacaktır.

I. YÖNETİM DANIŞMANLIĞININ TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

A. TANIMI

Danışmak, insanın doğası gereği var olan bir ihtiyaçtır. Danışmanın ve danışmanlığın herkesçe kabul gören bir tanımı mevcut değildir¹. Ancak danışmanlık kavramı, bir alanda uzman olan bir kişinin bilgi ve tecrübe birikimini diğer taraflara aktarması olarak tanımlanabilir. İşletme organizasyonu ve işletmenin idaresi kapsamında danışan ile danışman arasında yapılan ve konusu danışmanlık faaliyeti olan ilişki ise yönetim danışmanlığı (management consulting) olarak ifade edilmektedir². Yönetim danışmanlığı, işletmelerin ve diğer organizasyonların yönetimi için gerekli bilgilerin müşterilere aktarılmasını içeren bir hizmet bütünüdür³. Bu hizmet, işletmelerin karşılaştığı sorunların tespit edilmesine ve çözüm-

¹ Yönetim danışmanlığına ilişkin literatürdeki diğer tanımlar için bkz. **Ciampi, Francesco** (2008) *The Knowledge Creation Potential of Management Consulting*, Amsterdam, IOS Press, s. 25, 31; **Kurt, Mustafa** (2008) *Yönetim Danışmanlığı Kuram, Gelişim ve Türkiye Örneği*, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 6-7; **Kubr, Milan** (2010) *Yönetim Danışmanlığı Meslek Rehberi* (Editör), Ankara, Uluslararası Çalışma Örgütü, s. 27- 28, 34; **Erdost, Hayat Ebru** (2004) “Tarihsel Perspektifte Yönetim Danışmanlığı Hizmeti”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 59, S. 1, ss. 141-158, s. 143.

² **Altop, Atilla** (2003) *Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 11; **Ozanoğlu, Hasan** (2000) “Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 4, ss. 123-149, s. 123.

³ **Kubr**, s. 28.

lenmesine yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Yönetim danışmanlığı, iş yerlerinin organizasyonel açıdan sürekli veya geçici ihtiyaçlarını karşılamak üzere, danışmanların sahip olduğu deneyim ve teknik birikimin teşhis, araştırma, öneri sunma gibi yöntemlerle profesyonel olarak aktarılmasını kapsamaktadır⁴.

Danışmanlık, temel olarak tavsiye verme niteliği taşıyan bir hizmettir. Bu bağlamda, danışmanların temel görevi önerilerde bulunmaktır. Yönetim danışmanlığı ise, işletmelerin veya kamu kuruluşlarının geniş kapsamlı ve bütünsel danışmanlık hizmetleri almasını, ifade eder. Yönetim danışmanları, işletmelerin ve diğer organizasyonların yönetim ve işleyişine dair gerekli bilgileri müşterilere ileterek, hizmet sundukları kurum veya kuruluşların daha etkili bir şekilde yönetilmesini ve geliştirilmesini sağlamaya çalışmaktadır⁵.

Mevzuatımızda yönetim danışmanlığıyla ilgili ilk düzenleme, ulusal meslek standartlarını düzenleyen 5544 sayılı Mesleki Yeterlilik Kurumu (MYK) Kanunu⁶ uyarınca çıkartılan Ulusal Meslek Standartlarının Hazırlanması Hakkında Yönetmelik ve Mesleki Yeterlilik Kurumu Sektör Komitelerinin Kuruluş, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁷ hükümlerine uygun olarak, Merkez Yürütme Kurulu'nun görevlendirmiş olduğu Yönetim Danışmanları Derneği (YDD) tarafından hazırlanmıştır. 2013 yılında Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğ⁸'de yönetim danışmanlığı ilk kez tanımlanmıştır⁹. Tebliğde yer alan tanıma göre yönetim danışmanı, *“iş stratejisi, örgütsel yapı ve iş yapma yöntemleri alanlarında; hizmet vereceği alanı belirleyerek danışmanlık hizmetinin tanıtım ve pazarlamasını yapma, danışan ile ilişki kurma ve geliştirme, hizmet teklifi hazırlama, danışanın amaç ve hedeflerinin gerçekleştirilmesine destek*

⁴ **Kubr**, s. 36.

⁵ **Kubr**, s. 28.

⁶ T.C. Resmî Gazete, S. 26312, T. 21.09.2006.

⁷ T.C. Resmî Gazete, S. 26713, T. 27.11.2007.

⁸ T.C. Resmî Gazete, S. 28784, T. 03.10.2013.

⁹ Ulusal meslek standartlarının ve ulusal yeterliliklerin hazırlanması ve yürürlüğe konulması Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu'nun 21. maddesine göre çıkartılmış olan Ulusal Meslek Standartlarının ve Ulusal Yeterliliklerin Hazırlanması Hakkında Kanun'un 9. maddesine göre yapılmaktadır. Bu kapsamda meslek yeterlilik standartları oluşturulmaktadır.

vermek üzere yönetim ve iş süreçleriyle ilgili sorunlara çözüm getiren yönetim danışmanlığı projelerini hazırlama, hazırladığı projelerin danışan nezdinde uygulanması için gerekli planlama ve çalışmaları yapma ve danışandan gelen geri bildirimleri değerlendirme bilgi, beceri ve yetkinliğine sahip kişi”dir.

B. TARİHİ GELİŞİMİ

Yönetim danışmanlığı, Sanayi Devrimi neticesinde üretim biçiminin değişmesi ve sanayileşmenin kurumsal ve sosyal dönüşümünün ortaya çıkışından kaynağını almaktadır. Üretimde teknolojinin kullanılması, üretimin karmaşıklaşması ve artan rekabet uzmanlaşmaya, bilgiye ve danışmaya verilen değeri artmıştır¹⁰.

Yönetim danışmanlığı alanında bilinen ilk firma, 1914 yılında Şikago’da İş Araştırma Hizmetleri (Business Research Services) ismiyle kurulmuştur¹¹. 1920’li ve 1930’lu yıllarda yönetim danışmanlığı sektörü yalnızca Amerika Birleşik Devletleri ile sınırlı kalmamış, Almanya, Fransa ve diğer Avrupa ülkelerinde de gelişmeye başlamıştır. Yönetim danışmanlığı, ortaya çıktığı dönemde daha çok büyük ölçekli işletmeler tarafından tercih edilirken, orta ve küçük ölçekli işletmeler tarafından başlangıçta çok fazla kabul görmemiştir¹².

İkinci Dünya Savaşı’nın ardından yönetim danışmanlığına duyulan ihtiyaç giderek artmıştır. Artan bu talep, yönetim danışmanlığı hizmetini dünya çapında veren, birçok danışmanı istihdam eden çeşitli firmaların ortaya çıkmasını sağlamıştır. Başlangıçta üretim maliyetlerini düşürme ve verimliliği artırma çabalarının bir bütünü olarak değerlendirilen yönetim danışmanlığı, zamanla yalnızca teknik konuları değil, sosyal alanları da kapsar hale gelmiştir. Bu değişimle birlikte, yönetime ait sorunların çözümüne yönelik tüm faaliyetler, yönetim danışmanlığı sözleşmesinin kapsamına dahil edilmiştir¹³.

¹⁰ Kubr, s. 55; Kurt, s. 3, 17, 33; Erdost, s. 144-145.

¹¹ Kubr, s. 56.

¹² Kubr, s. 57; Altop, s. 6-7.

¹³ Kurt, s. 36, 40.

Yönetim danışmanları tarafından sağlanan hizmetlerin kapsamı karşılaşılan sorunlara ve işletmenin ihtiyaçlarına bağlı olarak şekillenmektedir¹⁴. Danışmanlar, ihtiyaç duyulabilecek her alanda kendilerini geliştirmeye ve rekabet avantajı sağlayacak alanlarda danışanlara en iyi hizmeti sunmaya çalışmaktadır¹⁵. Bu doğrultuda yönetim danışmanları, fabrika otomasyonu, ekonomik analizler, yazılım geliştirme, kalite kontrol, inovasyon, ekipman tasarımı, çevre koruma, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu gibi müşterilere hitap eden çeşitli alanlarda da uzmanlaşarak söz sahibi olmayı hedefler¹⁶. Günümüzde, yönetim danışmanları hemen her alanda; sektör ayrımı yapmaksızın her tipte ve her büyüklükteki organizasyona hatta devletlere dahi danışmanlık hizmeti sunmaktadır¹⁷. Ulusal ve uluslararası ortamda iş yapmanın giderek karmaşık bir hal alması ve piyasalardaki rekabetin artması, yönetim danışmanlığının yaygınlaşmasını sağlamaktadır¹⁸. Özellikle yönetim danışmanlığı firmaları bu küresel yarışta, yeni yöntem teknik ve çözüm modelleriyle araştırma ve geliştirmede öncü bir rol üstlenebilmektedir¹⁹.

II. YÖNETİM DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. KONU VE KAPSAM

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi, işletme dışından bir uzman aracılığıyla belirli bir danışmanlık ücreti karşılığında analitik ve fikri ağırlıklı bir hizmet

¹⁴ **Kubr**, s. 63; **Ozanoğlu**, s. 124.

¹⁵ **Bayraktaroğlu, Serkan/Kayabaşı, Selda/Yılmaz Ersoy, Sevdıye** (2011) “Yönetim Danışmanlığı ve İşletmelerin Yönetim Danışmanlığına Bakış Açıları: Marmara Bölgesi’nde Faaliyet Gösteren İşletmeler Üzerine Bir Araştırma”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 38, Haziran-Aralık, ss. 1-26, s. 2.

¹⁶ **Kubr**, s. 57-58.

¹⁷ **Kubr**, s. 63.

¹⁸ **Kubr**, s. 51.

¹⁹ Ülkemizde de kamu maliyesi kapsamında gelir ve tasarruf önlemlerinin etkinliğinin denetlenmesi ve geliştirilmesi kapsamında, 2018 yılında Amerika Birleşik Devletleri menşeli McKinsey Yönetim Danışmanlığı Firmasından hizmet alınması söz konusu olmuşsa da hizmet alımı sözleşmesi yapılmamıştır.

sunulmasını içerir²⁰. Bu kapsamda atanan danışmanlar, işletme içerisindeki sorunları tespit ederek, çözüm yolları önerir ve bazen bu çözümlerin uygulanmasını da sağlar²¹. Bu bağlamda, yönetim danışmanlığının konusu, danışana fikri niteliği ağır basan profesyonel bir danışmanlık hizmetinin sunulmasıdır. Müşteriler, sistemlerin, yöntemlerin ve süreçlerin geliştirilmesi, işletmesel değişikliklerin planlanması gibi ihtiyaçlar doğrultusunda yönetim danışmanlarına başvurmaktadır²². Doktrinde, yönetim danışmanlığının konusunun “öneri geliştiren” ve “uygulayan” yönetim danışmanlığı hizmetleri olarak iki kategoriye ayrılmaktadır²³.

Yönetim danışmanlığı sözleşmesinde, işletme dışından bağımsız bir danışman tarafından işletmenin yönetimine ilişkin sorunların tespit edilmesi ve çözümlenmesine yönelik fikri faaliyetler, sözleşmenin kapsamını oluşturmaktadır²⁴. Danışanlar genellikle işletme körlüğünü aşmak, zaman yetersizliği, bilgisizlik, verimin ve kalitenin artırılması vb. nedenlerle bir danışman yardımına başvurma gereği hissetmektedir²⁵.

B. TARAFLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Danışanın (Müşterinin) Yükümlülükleri

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi, talep eden (müşteri) ve hizmet sunan (danışman) olmak üzere iki taraflı bir sözleşme ilişkisidir. Bu ilişkide danışan, işletme dışındaki bir kişi ya da kurumdan, belirli bir ücret karşılığında, uzmanlık gerektiren bir konuda hizmet satın almaktadır²⁶.

²⁰ Yönetim danışmanlığı alanı, yüksek bilgi üretme kapasiteli fikri bir süreçtir. Danışman belirli bir alanda sahip olduğu uzmanlığı kullanarak danışmanlık hizmeti sunduğu işyerine ait özellik arz eden sorunların çözümüne dair fikir üreten konumundadır. **Ciampi**, s. 10, 25, 77. Yönetim danışmanı bilgi aktarımı yoluyla işyerinin organizasyonuna değer katmaktadır. **Kubr**, s. 28.

²¹ **Altop**, s. 65; **Vallini, Carlo** (2013) “Ethics in Management Consulting”, *Emerging Issues in Management*, S. 1, ss. 26-39, s. 33; **Ciampi**, s. 17; **Ozanoğlu**, s. 124-125.

²² **Ozanoğlu**, s. 126-127; **Erdost**, s. 144.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, s. 12, 13.

²⁴ **Bayraktaroğlu/Kayabaşı/Yılmaz Ersoy**, s. 2-3; **Kolli, Sai** (2000) *Management Consulting Essentials*, Research & Education Association, s. 69.

²⁵ **Ozanoğlu**, s. 125.

²⁶ **Altop**, s. 65.

Danışmanlık sözleşmesinde müşteri, herhangi bir sektörde faaliyetlerini sürdüren kamu veya özel bir işletme olabilmektedir²⁷. Bu sözleşmenin tarafı olmak için işletmenin büyüklüğünün de bir önemi bulunmamaktadır. Büyük orta ve küçük ölçekli işletmelerin yanı sıra vakıflar, belediyeler, siyasi partiler, hatta devletler de müşteri olarak yer alabilmektedir²⁸. Organizasyonlarda ortaya çıkacak sorunların neticesinde ya da verimin artırılmasının sağlanması amacıyla doğabilecek olan danışmanların danışmanlık hizmeti,

1. Sorunların tespit edilmesi,
2. Sorunlara çözüm üretilmesi ve planlamaların yapılması,
3. Sorunların çözümü için gerekli olan uzmanlık bilgisinin danışmanın işyerine uygulanması ve en son çözümün değerlendirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir²⁹.

Müşteriler genel olarak şu beş amacı gerçekleştirmek için danışmanlık hizmetinden yararlanmaktadır³⁰:

1. Organizasyonel amaçlar ve hedeflere ulaşmak,
2. Yönetim ve işletme sorunlarını çözümlmek,
3. Yeni fırsatları tespit etmek,
4. Değişiklikleri uygulamak,
5. Öğrenmeyi geliştirmek.

Danışmanlık sözleşmesinin konusunu, alanında uzman olan kişi ya da kişiler tarafından üstlenilmiş olan danışmanlık hizmetinin görülmesi oluşturmaktadır. Danışmanlık sürecinde danışman tavsiyeden ziyade, işyerinin yönetilme-

²⁷ **Altop**, s. 37; **Burtonshaw-Gunn, Simon A.** (2010) Essential Tools For Management Consulting, Cornwall, Wiley Publication, s. 2.

²⁸ **Altop**, s. 37.

²⁹ **Ciampi**, s. 75.

³⁰ **Kubr**, s. 34.

sine yönelik, objektiflik ve bağımsızlık çizgisinden ayrılmaksızın elde edilen, danışana fikir vermeye yönelik bir görevi ifa etmektedir³¹.

Danışman, görevini bağımsız bir şekilde hatta danışanın işyerinin mevcut kurumsal yapısından dahi etkilenmeksizin objektif bir şekilde ifa etmelidir³². Yönetim danışmanlığının yapısı gereği, danışmanlık sonucunda her zaman kesin bir sonucun öngörülmesi söz konusu olmayabilir. Bu bağlamda sözleşme yapılırken beklentilerin mümkün olduğunca gerçekçi ve erişilebilir tutulması önemlidir.

Danışmanlık hizmeti ile danışanın yönetim organizasyonuna katma değer katma ve bu anlamda danışanın amaçlarına erişebilmesi adına danışman, somut ve ölçülebilir katkı sağlamaya çalışmalıdır³³. Danışman tarafından danışmanlık sürecinin sonunda hazırlanan raporda, danışmanlık faaliyeti süreci özetlenmeli ve elde edilen çözüm ve önerilere bu raporda yer verilerek danışana sunulmalıdır³⁴.

Her ne kadar bağımsız bir şekilde işverenin (müşterinin) çalışanı olmaksızın bir danışmanlık hizmetinin verilmesi söz konusu olmaktaysa da yönetim danışmanları da sadakat yükümlülüğüne tabidir. Bu bağlamda yönetim danışmanlarının sadakat yükümü kapsamında sır saklama ve rekabet etmeme yükümlülükleri bulunmaktadır³⁵. Zira yönetim danışmanı danışmanlık hizmeti kapsamında işyerine ve işletmeye dair, herkes tarafından bilinmeyen ve bu anlamda sır niteliğini haiz bilgiler edinebilir. Danışmanların bu kapsamda edindikleri bilgileri ifşa etmemekle yükümlüdür³⁶. Sadakat yükümlülüğü kapsamın-

³¹ Bkz. **Ciampi**, s. 30; **Ozanoğlu**, s. 136, 138-139.

³² **Ciampi**, s. 26.

³³ **Kubr**, s. 35.

³⁴ **Ciampi**, s. 67-68; **Kolli**, s. 71.

³⁵ **Kolli**, s. 78; **Burtonshaw-Gunn**, s. 28; **Vallini**, s. 36, 38. Yazara göre yönetim danışmanlığı mesleğinin etik gereği olarak, danışmanın rekabet ilişkisinin ihlali niteliği taşıyabilecek yeni bir müşteriyle ilişki kurması ancak diğer tarafın cevaz vermesiyle mümkün olabilir.

³⁶ **Mingaleva, Zhanna** (2013) "Ethical Principles in Consulting", *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, C. 84, ss. 1740-1744, s. 1740.

da müşterinin kişisel bilgilerinin ve kimliğinin açıklanmaması, rekabet etmemesi, sır saklama ve çalışanları ayartmaması da girmektedir³⁷.

Danışman, faaliyetlerini sadakat yükümlülüğünü gözeterek ve özenli bir şekilde yapmalıdır. Özen yükümlülüğü kapsamında danışman, işin işleyişine engel olmama, alet ve makinelere zarar vermemekle yükümlüdür. Özen gösterme borcunun somut sınırını her sözleşmenin içeriğine göre belirlenebilir³⁸. Ayrıca yönetim danışmanı, faaliyetlerini iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun bir şekilde yürütmelidir³⁹.

Danışmanlık ilişkisi, kısa süreli olabileceği gibi uzun süreli de olabilir. Bu kapsamda danışmanların, danışana işin süreci hakkında bilgi vermesi gerekiyor ise rapor hazırlaması gerekmektedir. Ayrıca danışman tarafından danışana hizmete ilişkin karşılaşılabilecek riskler hakkında bilgi verilmeli, danışmanlık faaliyetinin muhtemel sonucu hakkında olumlu ve olumsuz karşılaşılabilecek sonuçlar hakkında uyarılmalıdır⁴⁰.

³⁷ Bkz. **Altop**, s. 91-95.

³⁸ Bkz. **Altop**, s. 96.

³⁹ 03.10.2013 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğde yönetim danışmanı şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hizmet verdiği işyeri alanına girişte uygun iş elbisesi ve kişisel koruyucu donanımı kullanır.

Organizasyonun yapılandırılması veya iyileştirmeye yönelik çözüm önerilerini oluşturmada işyeri İSG kurallarını dikkate alır.

Kendi çalışma ortamı için İSG mevzuatına ve ilgili standartlara uygun önlemleri alır.

Çalışma ortamında meydana gelen kaza, yaralanma gibi acil durumlarda temel ilk yardım önlemlerinin alınmasını sağlar.

Danışanı, İSG mevzuatına uygun düzenleme ve uygulama yapılmaması/eksik yapılması durumunda, karşılaşılabilecek yönetsel riskler konusunda bilgilendirir.

İş süreçlerinin tanımlanması/iyileştirilmesi kapsamında olası İSG risklerini tanımlar.

Çalışmaları kapsamında İSG risklerini önlemek için gerektiğinde İSG risk yönetim ilkelerine başvurur. Risk ve tehlike etmenlerinin azaltılmasına yönelik olarak yapılan çalışmalara gerektiğinde katkı sağlar. Acil durumlarda çıkış veya kaçış planlarına uygun hareket eder.

Acil çıkış veya kaçış ile ilgili periyodik eğitimlere, çalışmalara ve tatbikatlara katkı sağlar”. Ayrıca bkz. **Burtonshaw-Gunn**, s. 73-81.

⁴⁰ **Altop**, s. 105.

Yönetim danışmanlığında danışmanın kişisel özelliklerinin ve bilgi birikiminin çoğunlukla ön plana çıktığı bir ilişki söz konusudur. Bu bağlamda danışmanlık ediminin sözleşmenin tarafı olan yönetim danışmanı tarafından verilecek olan tavsiye hizmetinin bizzat yerine getirilmesi gerekmektedir. Edimin yönetim danışmanı tarafından bizzat yapılmasının ön plana çıktığı durumlarda danışmanın ölmesi ilişkiyi sona erdirecektir. Ancak herhangi bir kurum ya da kuruluştan yönetim danışmanlığı hizmetinin alınması durumunda ise, danışmanın ölümü halinde sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Danışanın ölümü hali ise kural olarak sözleşme ilişkisini sona erdirmeyecektir. Ancak işin ya da işletmenin ölüm nedeniyle devam etmemesi söz konusu ise danışmanlık sözleşmesi ölüm nedeniyle sona erecektir⁴¹. Bununla birlikte tüm bu hallerde de sözleşme ilişkisinin devam edeceği sözleşme serbestisi kapsamında belirlenebilecektir.

2. Danışmanın Yükümlülükleri

Danışman, sahip olduğu kişisel birikimini danışana aktaran ve bu bağlamda yöneticilerin karar almasına yardımcı olan kişidir⁴². Sözleşme ilişkisi bir kişi ile kurulabileceği gibi, bu alanda faaliyet gösteren bir danışmanlık firması, enstitü yahut organizasyon da olabilir. Bu hizmet özel sektörün yanı sıra kamu kuruluşundan dahi temin edilebilir⁴³. Uygulamada, yönetim danışmanlarının danışmanlık hizmetini, adi ortaklık ya da ticaret şirketi şeklinde birleşme yoluyla sundukları yaygın olarak görülmektedir⁴⁴. Yönetim danışmanlığı hizmeti, danışmanlık şirketlerinin yanı sıra; kamu ajansları, serbest danışmanlar vasıtasıyla da sunulabilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Aksi görüş için bkz. **Altop**, s. 179. Yazara göre müşterinin gerçek kişi olması durumunda ölüm ya da temyiz veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde iş ilişkisi sona ermez.

⁴² **Dobes, Leo** (2007) *A Practical Guide for Busy Public Sector Managements*, Australian National University, E-Press, s. 1.

⁴³ Bkz. **Altop**, s. 37-38; **Kolli**, s. 76-77.

⁴⁴ **Altop**, s. 41; **Kubr**, s. 70-72, 779-782; **Kolli**, s. 76-77.

⁴⁵ **Öncüoğlu, Burcu** (2012) "Yönetim Danışmanlığı", *Kalkınmada Verimlilik Dergisi*, Y. 24, S. 285, Eylül, ss. 6-12, s. 10; **Kurt**, s. 27.

Danışan, danışmanın ihtiyaç duyabileceği tüm bilgileri danışmanla paylaşmalıdır⁴⁶. Zira danışanın bilgi paylaşması olmaksızın etkili bir danışmanlık sözleşmesinden bahsedilemeyecektir⁴⁷.

Danışanın danışmana danışmanlık hizmeti karşılığında ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Bu ücretin ne kadar olacağı tamamen piyasa şartlarına göre tarafların anlaşmasına göre belirlenecektir⁴⁸. Ödeme şekli çeşitli şekillerde olabilir. Ödemeler günlük, saatlik, belirli bir ücret, belirli ücret artı masraflar, yüzde usulü şeklinde belirlenebilir⁴⁹. Ödemeler peşin yapılabileceği gibi uygulamada genellikle baştan bir ön ödenek verilmesi ve kısmi ödemelerle kalan ödemenin gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır⁵⁰.

C. ŞEKLİ ESASLAR

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi tarafların iradelerinin uyuşmasıyla başlar ve tarafların öngördüğü sürenin bitmesiyle sona erer⁵¹. Sözleşmede tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirtilmesi ve özellikle edimin esaslı noktaları üzerinde karşılıklı yükümlülüklerinin netleştirilmesi gerekmektedir. Zira yönetim danışmanlığı hizmetinin neticesinde her zaman nesnel bir sonuç elde edilemeyebilir⁵².

Danışmanlık sözleşmesi, genellikle kısa süreli ya da belirli bir proje süresi kapsamında yapılmaktadır⁵³. Danışmanlık hizmetinin süresi, taraflarca belirle-

⁴⁶ Ciampi, s. 78.

⁴⁷ Kubr, s. 67; Smith Skoovgard, Irene (2008) Management Consulting in Action, Frederiksberg, Samfundslitteratur Publisher, s. 3.

⁴⁸ Dobes, s. 33.

⁴⁹ Dobes, s. 33-34.

⁵⁰ Altop, s. 119.

⁵¹ Ciampi, s. 44.

⁵² Danışmanlık hizmetinin niteliği ve özellikleri müşteriden müşteriye değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda danışmanlar birbirinden farklı ve kimi zaman da çözümlenemeyecek sorunlarla karşılaşabileceğinden danışmanın belirli bir sonucu taahhüt etmemeleri gerekmektedir. Ciampi, s. 46.

⁵³ Dobes, s. 1.

nir. Sözleşme belli süreli olabileceği gibi sözleşme konusu edimin yerine getirilmesi yahut hizmetin sürekli verilmesi şeklinde de taraflarca kararlaştırılabilir. Taraflarca sözleşmenin süresi uzatılabilir. Yönetim danışmanlığı sözleşmesinde tarafların belirli bir süre belirlemiş olmaları durumunda, öngörülen sürenin sonunda sözleşme ilişkisinde öngörülen edimlerin ifa edilip edilmediğine bakılmaksızın sona erer⁵⁴. Taraflar arasında yapılan sözleşmelerde sözleşmenin herhangi bir mazeret göstermeksizin istenildiği zaman sona erdirilebileceği şeklinde düzenlemelere yer verilebilmektedir.

Danışmanlık sözleşmeleri için yasada özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemelerin aksine ülkemizde herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Danışmanlık sözleşmesi sözlü, yazılı veya zımni irade beyanı ile kurulabilir⁵⁵. Zımni irade beyanları ile sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların kapalı irade açıklamalarının danışmanlık hizmetinin verilmesi ve şartların belirlenmesi konusunda uyuşuyor olması gerekir⁵⁶. Bununla birlikte, sözleşmenin yazılı olarak hazırlanması ve taraflarca imzalanması, ispat kolaylığı sağladığı için uygulamada genellikle tercih edilen yöntemdir. Danışmanlık sözleşmelerine ilişkin şekil serbestisi öngörülmekle birlikte sözleşmede yazılı şekil şartı konulmuşsa eğer burada konulan bu iradi şekil şartı çoğu zaman ispat veya açıklama fonksiyonunu taşımaktadır⁵⁷. Uygulamada, yönetim danışmanlığı sözleşmeleri genellikle oldukça detaylı bir şekilde hazırlanmaktadır. Bu sayede, karşılaşılabilecek tüm olasılıkların sözleşme metninde yer alması sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁸. Uluslararası nitelikteki danışmanlık hizmetleri alımında ise, danışmanın yabancı olması durumunda, sözleşme genellikle yabancı ülke hukukuna tabi kılınmaktadır.

⁵⁴ **Altop**, s. 177-178.

⁵⁵ **Ciampi**, s. 48.

⁵⁶ **Altop**, s. 63; **Ciampi**, s. 32.

⁵⁷ **Altop**, s. 63.

⁵⁸ **Altop**, s. 65; **Ciampi**, s. 48.

III. YÖNETİM DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Danışmanlık sözleşmesi, birçok kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi ülkemizde de kanunla düzenlenmemiştir⁵⁹. Bununla birlikte danışmanlık sözleşmesi, danışan ve danışmandan oluşan iki taraflı isimsiz atipik bir sözleşmedir⁶⁰. Öğretide tipik yönetim danışmanlığı sözleşmesinin atipik bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu; personel eğitiminin verilmesi için malzeme ya da yer temininin danışman tarafından karşılanması, somut artış taahhüdü verilmesi (mesela verim ya da karlılık) gibi durumlarda ise karma sözleşme ya da sui generis bir iş görme sözleşmesi söz konusu olduğu savunulmaktadır⁶¹. Karşılaştırmalı hukukta İsviçre Federal Mahkemesi tecrübesiz bir saat tüccarının yönetim danışmanı tarafından gabine maruz bırakılması olayında yönetim danışmanlığını zımnen vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirmiştir. Yüksek mahkeme kararında yönetim danışmanlığı sözleşmesinin danışan açısından belirli bir başarının sağlanmasına ilişkin bir taahhüt içermediğini ancak bu yolda bir amaca ulaşılması yolunda gayretleri kapsadığı şeklinde kararını gerekçelendirmiştir⁶².

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi, hizmet, eser veya vekâlet sözleşmeleriyle benzerlik göstermekle birlikte, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme türüdür. Yönetim danışmanlığı, özel yapısıyla farklı sözleşme türleriyle benzerlik gösterse de, bu sözleşmelerden belirli açılardan ayrılmaktadır. Örneğin, eser sözleşmesinde eserin tamamlanması esas alınırken, yönetim danışmanlığında fikri faaliyet ve süreç ön plandadır. Yönetim danışmanı müşterisinin ihtiyaçları doğrultusunda, o işe ya da işletmeye ilişkin sorunların tespit ve çözümü için fikri bir çabanın içerisine girer. Bu çabanın sonucunda çoğunlukla danışmanlık hizmetinin aşamalarının ve varsa önerilerin yer aldığı bir rapor hazırlanması esastır. Eser sözleşmele-

⁵⁹ **Altop**, s. 64-65.

⁶⁰ **Altop**, s. 81; **Koca Çörtoğlu, Sema** (2007) “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, ss. 233-258, s. 238; **Ozanoğlu**, s. 126-127.

⁶¹ **Altop**, s. 81-82.

⁶² **Altop**, s. 81.

rinde eserin yapım sürecinden ziyade sonucun önemli olması söz konusuken; yönetim danışmanlığında danışmanın fikri faaliyeti ön plandadır⁶³.

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi vekâlet sözleşmesiyle de benzerlikler arz etmektedir. Bununla birlikte vekâlet sözleşmesinde bir sonucun garanti edilmesi beklenmezse de yönetim danışmanlığı sürecinde çoğu zaman danışman, faaliyetlerini bir rapor veya çözüm önerisi şeklinde somut bir sonuçla tamamlamayı taahhüt edebilmektedir. Bu farklılıklar, yönetim danışmanlığı sözleşmesini, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden ayırmaktadır. Vekâlet sözleşmesi herhangi başka bir sözleşme tipine girmemek kaydıyla fikri nitelikte olabilecek şahsi eylemlerin yerine getirilmesi de oluşturabilmektedir. Bu bağlamda yönetim danışmanlığıyla benzerlik görülmektedir. Zira yönetim danışmanlığı sözleşmesiyle birlikte danışman, danışan kişiye işletmeyle ilgili yönetime ilişkin konularda; mevcut sorunların tespit ve çözümünde ücret karşılığında yardımcı olmaya çalışmaktadır. Görevini bağımsız bir biçimde yapan yönetim danışmanı fikri bir hizmet sunmaktadır⁶⁴. Diğer bir benzerlik olarak, vekâlet ve danışmanlık sözleşmesinin her ikisinin de tarafların tek taraflı irade beyanlarıyla sona erdirilebilecek olmasıdır⁶⁵. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesinde danışmanın asli edim yükümlülüğü kapsamında yer alan sadakat ve özen borcuna ilişkin düzenlemeler, yönetim danışmanlığı açısından da uygundur⁶⁶. Bununla birlikte danışmanlık sözleşmesiyle birlikte bir sonucun vaat edilerek borçlanılması da söz konusu olabilmektedir. Bu da çoğunlukla yönetim danışmanlığı sırasında sunulan fikri faaliyetin rapor olarak düzenlenip danışana sunulmasında somutlaşmaktadır. Yani danışman yürüttüğü fikri faaliyeti neticesinde bir rapor oluşturmakla yükümlü tutulmuş ise, bu danışmanın edim borcunu oluşturmaktadır. Yönetim danışmanlığı faaliyetinde maddi olmayan sonuçların da taahhüt edilebilmesi söz konusu olduğundan bu yönüyle vekâlet sözleşmesinden farklılaşmaktadır⁶⁷.

⁶³ Ozanoğlu, s. 136.

⁶⁴ Ozanoğlu, s. 135.

⁶⁵ Altop, s. 78-79.

⁶⁶ Altop, s. 79.

⁶⁷ Ozanoğlu, s. 135; Altop, s. 77. Yönetim danışmanlığında objektif belirginleştirilmiş bir sorumluluktan her zaman bahsedilemeyeceğinden, danışmanın ayıptan doğan sorumluluğun ne olacağı konusu önem kazanmaktadır. Fikri nitelikte bir edim borçlusu olan yönetim danışma-

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi, hizmet sözleşmesiyle de bazı benzerlikler taşımaktadır. Her iki sözleşme türü de bir hizmetin yerine getirilmesini esas alır. Ancak, hizmet sözleşmesinde işçi, işverene bağımlı olarak çalışırken, yönetim danışmanlığı sözleşmesinde bağımsızlık esastır. Hizmet Sözleşmesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre hizmet sözleşmesi “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.*” Buradaki tanımda hizmet sözleşmesinin öne çıkan unsurları olarak bağımlılık, süre ve her iki tarafa da borç yükleyen niteliği sözleşmenin ayırt edici unsurlarını oluşturmaktadır⁶⁸.

Yönetim danışmanlığı sözleşmesine bakıldığında hizmet sözleşmesine benzediği düşünülebilirse de niteliği gereği hizmetin bağımsız bir şekilde görülmesi gerekliliği, yönetim danışmanlığını bu yönüyle hizmet sözleşmesinden ayırmaktadır. Öyle ki hizmet ilişkisinde işçi işveren arasında bağımlılık unsuru sözleşmenin esaslı unsuru kabul edilirken yönetim danışmanlığında bağımsızlık esastır⁶⁹.

SONUÇ

Yönetim danışmanlığı, işletmelerin ve kamu kuruluşlarının yönetsel sorunlarını çözmek, performanslarını artırmak ve stratejik hedeflerine ulaşmak için dış uzmanlardan alınan profesyonel hizmeti ifade etmektedir. Bu hizmet,

nının maddi ayıplarından dolayı bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte danışmanlık faaliyeti sonuçlarının “cisimlendirilmesi” söz konusu ise şekli ayıplar açısından sorumluluk doğabilecektir. Gerçekten de her ne kadar danışmanlık sözleşmesi fikri nitelikli bir edim olsa da, bunların ortaya konulması tipik yönetim danışmanlığının belirleyici bir edim unsurudur. Danışmanın faaliyetlerini şekli anlamda hatalı olarak müşterisine iletmesi halinde, müşteri açısından danışmanlık faaliyetinin pek bir değeri olmayacaktır. Burada danışan (müşteri) açısından tıpkı eser sözleşmesinde olduğu gibi 1 yıllık süre kaydına tabi olarak, şekli nitelikteki ayıplar için müşteriye ayıbın giderilmesi, danışmanlık ücretinden ayıp oranında indirim yapılması ve sözleşmeden dönme imkânının tanınması menfaatlerin dengelenmesi açısından gerekmektedir. **Altop**, s. 79-80; **Ozanoğlu**, s. 146.

⁶⁸ **Ozanoğlu**, s. 132.

⁶⁹ **Ozanoğlu**, s. 136; **Altop**, s. 66-67.

yalnızca sorunların tespit edilmesi ve çözüm önerilerinin sunulmasını değil, aynı zamanda işletmelerin uzun vadeli rekabet avantajı sağlamasına yönelik bir rehberlik sürecini de kapsamaktadır.

Yönetim danışmanlığı, globalleşmenin etkisiyle artan rekabet, dijitalleşme ve iş yapma süreçlerindeki karmaşıklık gibi dinamiklerin tetiklediği bir ihtiyaç olarak giderek önem kazanmaktadır. İşletmeler, hızla değişen ekonomik ve teknolojik çevrede uyum sağlamak, organizasyonel yapısını güçlendirmek ve operasyonel süreçlerini optimize etmek için bu hizmetten yararlanmaktadır. Bu bağlamda, yönetim danışmanları, işletmelerin hem teknik hem de stratejik karar alma süreçlerine kritik katkılar sağlayarak, sürdürülebilir bir büyüme için gerekli olan uzmanlığı sunmaktadır.

Küreselleşmenin etkisiyle işletmelerin dış uzmanlardan hizmet alması, yalnızca bir tercih değil, çoğu zaman bir gereklilik haline gelmiştir. Yönetim danışmanları, işletmelerin karşılaştığı sorunları tarafsız bir gözle değerlendirerek, eksikliklerini tespit etmekte ve bu sorunlara çözüm önerileri geliştirmektedir. Danışmanlık hizmeti, yalnızca işletmelerin sorunlarını çözmekle kalmayıp, aynı zamanda bu işletmelere organizasyonel değişim, inovasyon ve sürdürülebilirlik gibi modern iş dünyasının gerekliliklerine uygun bir yapı kazandırmaktadır. Bu bağlamda, yönetim danışmanlığı hem özel sektör hem de kamu kuruluşları için stratejik bir değer ifade etmektedir.

Türkiye’de yönetim danışmanlığına ilişkin doğrudan bir mevzuat bulunmasa da, 2013 yılında yayımlanan tebliğ ile mesleğin tanımlanmış olması, yönetim danışmanlığı sektörünün hukuki çerçevesinin oluşturulması adına önemli bir adım olmuştur. Uygulamada yönetim danışmanlığı sözleşmelerinin detaylı bir şekilde hazırlanması, taraflar arasında olası uyuşmazlıkların önlenmesine ve hakların korunmasına katkı sağlamaktadır. Türkiye’de yönetim danışmanlığı hizmetlerinin daha etkin ve yaygın bir yapıya kavuşması için, bu alanda geliştirecek yasal düzenlemelere ve akademik çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Yönetim danışmanlığı sözleşmesi, diğer sözleşme türleriyle belirli benzerlikler gösterse de, kendine özgü (sui generis) yapısıyla onlardan ayrılmaktadır. Örneğin eser sözleşmelerinde bir ürünün tamamlanması esas alınmaktayken,

yönetim danışmanlığında ise süreç odaklılık ve danışmanın fikri çabası ön plana çıkmaktadır. Vekâlet sözleşmesi ile bazı ortak özellikler paylaşılmasına rağmen, yönetim danışmanlığı genellikle faaliyetlerin somut bir rapor ya da çözüm önerisiyle sonuçlanmasını gerektirmektedir. Hizmet sözleşmesinden ise yönetim danışmanlığı ise bağımlılık unsuru ile ayrılmaktadır. Hizmet sözleşmesinde güçlü bir bağımlılık unsuru söz konusu iken, danışman görevini bağımsız bir şekilde yerine getirmektedir.

Sonuç olarak, yönetim danışmanlığı, işletmelerin karmaşık yönetim problemlerini çözüme, performanslarını artırma ve rekabet avantajı sağlama hedeflerine ulaşmalarında hayati bir rol oynamaktadır. Bu hizmet, bilgi, uzmanlık ve tecrübenin bir araya geldiği bir değer zinciri oluşturarak işletmelere stratejik faydalar sağlamaktadır. Türkiye’de ve dünyada yönetim danışmanlığına duyulan talebin artması, bu hizmetin önemini her geçen gün daha fazla vurgulamaktadır. Özellikle küresel ve dijital çağın dinamikleri, işletmelerin dış uzmanlardan alacakları desteği kritik bir gereklilik haline getirmiştir. Yönetim danışmanlarının kazandırdığı perspektif, işletmelerin değişen çevre koşullarına uyum sağlamalarına ve sürdürülebilir büyümelerine katkı sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Altop, Atilla** (2003) Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Bayraktaroğlu, Serkan/Kayabaşı, Selda/Yılmaz Ersoy, Sevdije** (2011) “Yönetim Danışmanlığı ve İşletmelerin Yönetim Danışmanlığına Bakış Açıları: Marmara Bölgesi’nde Faaliyet Gösteren İşletmeler Üzerine Bir Araştırma”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 38, Haziran-Aralık, ss. 1-26.
- Burtonshaw-Gunn, Simon A.** (2010) Essential Tools For Management Consulting, Cornwall, Wiley Publication.
- Ciampi, Francesco** (2008) The Knowledge Creation Potential of Management Consulting, Amsterdam, IOS Press.
- Dobes, Leo** (2007) A Practical Guide for Busy Public Sector Managements, Australian National University E-Press.
- Erdost, Hayat Ebru** (2004) “Tarihsel Perspektifte Yönetim Danışmanlığı Hizmeti”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 59, S. 1, ss. 141-158.
- Koca Çörtoğlu, Sema** (2007) “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, ss. 233-258.
- Kolli, Sai** (2000) Management Consulting Essentials, Research & Education Association.
- Kubr, Milan** (2010) Yönetim Danışmanlığı Meslek Rehberi (Editör), Ankara, Uluslararası Çalışma Örgütü.
- Kurt, Mustafa** (2008) Yönetim Danışmanlığı Kuram, Gelişim ve Türkiye Örneği, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Maula, Marjatta** (2006) Organizations as Learning Systems: ‘Living Composition’ as an Enabling Infrastructure, Netherlands, Elsevier.
- Mingaleva, Zhanna** (2013) “Ethical Principles in Consulting”, Procedia-Social and Behavioral Sciences, C. 84, ss. 1740-1744.
- Ozanoğlu, Hasan** (2000) “Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 4, ss. 123-149.
- Öncüoğlu, Burcu** (2012) “Yönetim Danışmanlığı”, Kalkınmada Verimlilik Dergisi, Y. 24, S. 285, Eylül, ss. 6-12.
- Smith Skoovgard, Irene** (2008) Management Consulting in Action, Frederiksberg, Samfundslitteratur Publisher.
- Vallini, Carlo** (2013) “Ethics in Management Consulting”, Emerging Issues in Management, S. 1, ss. 26-39.

DİJİTAL VARLIKLARIN “KONTROL”Ü KAVRAMININ MÜLKİYET VE ZİLYETLİK KAVRAMLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN^(**)

ÖZET

Teknolojik gelişmeler, dijital varlıkların doğumuna ve giderek yaygınlaşmasına sebebiyet vermektedir. Bu gelişmeler ayrıca beraberinde yeni hukuki meseleleri de gündeme getirmektedir. Akabinde bu meselelere çözüm arayışı ihtiyacıyla yeni kavramların ortaya çıkarılması ve yeni alan tanımlamaları yapılması gerekliliği doğmaktadır. Zira klasik müesseseler, yeni meselelerin çözümünde tam anlamıyla etkili olamadığı gibi etkin çözümler de sunamamaktadır. Bu sebeple de karşımıza yeni müesseseler çıkmaktadır. Bu çalışma kapsamında ele alınacak yeni müesseselerin ikisi “dijital varlık”lar ve bunlar üzerindeki “kontrol” kavramlarıdır. Belirtmek gerekir ki, dijital varlıklar modern toplum ve ekonomi için temel bir öneme sahiptir. Çünkü dijital varlıklar kendi başlarına değerli şeyler olarak, bir ödeme aracı olarak veya başka şeyleri ya da hakları temsil etmek için kullanılmaktadırlar. Bu noktada da dijital varlıklar üzerindeki hakimiyeti ifade etmek üzere, mülkiyet veya zilyetlik yerine “kontrol” kavramı karşımıza çıkmıştır. Bu kavram, Dijital Varlıklara İlişkin UNIDROIT İlkeleri ile gündeme gelmiştir. Bu çalışmada da “kontrol” kavramı, mülkiyet ve zilyetlik müesseseleri açısından ele alınarak, konu, haklar ve devir başlıkları özelinde birbirleriyle karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Dijital Varlıklar, Kontrol, Mülkiyet, Zilyetlik, Hak Sahipliği.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1509580 - **Geliş Tarihi:** 03.07.2024 - **Kabul Tarihi:** 18.09.2024.

^(**) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir - Türkiye,

E-posta: ademyelmen@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3310-8216>.

COMPARISON OF THE CONCEPT OF “CONTROL” OF DIGITAL ASSETS WITH PROPERTY AND POSSESSION

ABSTRACT

Technological developments lead to the birth and increasing prevalence of digital assets. These developments also bring up new legal issues. Subsequently, with the need to seek solutions to these issues, new concepts need to be introduced and new field definitions need to be made. This is because classical institutions are not fully effective in solving new issues, nor can they offer effective solutions. For this reason, new institutions are emerging. Two of these new institutions to be addressed in this study are the concepts of “digital assets” and “control” over them. It should be noted that digital assets are fundamental to modern society and economy. This is because digital assets are used as things of value, as a means of payment or to represent other things or rights. At this point, the concept of “control” rather than property or possession has emerged to express dominion over digital assets. This concept has come to the fore with the UNIDROIT Principles on Digital Assets. In this study, the concept of “control” is examined in terms of ownership and possession, and compared with each other in terms of subject matter, rights, and transfer.

Keywords

Digital Assets, Control, Property, Possession, Ownership.

GİRİŞ

10 Mayıs 2023'te Özel Hukuk Bağlamında Dijital Varlıklara İlişkin UNIDROIT¹ İlkeleri yayımlanmıştır². Bu ilkelerin hazırlanmasının amaçları, söz konusu metinde belirtilmiştir. Burada ifade edilen temel amaç, “özellikle ticarette kullanılan” dijital varlıklara yönelik işlemleri kolaylaştırmaktır. Bu itibarla dijital varlık olarak nitelenebilen aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmış bütün varlıklar, bu ilkelere tabi tutulmamıştır. Nitekim söz konusu İlkeler kapsamında gündeme gelebilecek dijital varlıklardaki işlemlerin azami verimliliğe sahip olabilmesi için, bu işlemlerin temel yönlerinin net kurallara sahip olması gerekmektedir. Zira öngörülebilir sonuçlar olmadan, işlemler doğal olarak verimsiz olacaktır. Yine öngörülebilirlik olmadan maliyetler daha fazla ve işlemlerin değerleri küçük ölçekli olur. İlkelerin, temelde belirtilen bu sebeplerle hazırlandığı ifade edilmiştir.

¹ Özel Hukukun Birleştirilmesi Uluslararası Enstitüsü (UNIDROIT), merkezi Roma'daki Villa Aldobrandini'de bulunan bağımsız bir devletlerarası kuruluştur. Amacı, Devletler ve Devlet grupları arasında özel ve özellikle ticaret hukukunun modernleştirilmesi, uyumlaştırılması ve koordine edilmesine yönelik ihtiyaçları ve yöntemleri incelemek ve bu hedeflere ulaşmak için tek tip hukuk araçları, ilkeleri ve kurallarını formüle etmektir. UNIDROIT üyeliği, UNIDROIT Tüzüğüne katılan Devletlerle sınırlıdır. UNIDROIT'e beş kıtadan, çeşitli hukuki, ekonomik ve politik sistemlerden 65 üye devlet bulunmaktadır. 1926'da Milletler Cemiyeti'nin yardımcı organı olarak kurulan Enstitü, Cemiyet'in dağılmasının ardından 1940'ta çok taraflı bir anlaşma olan UNIDROIT Tüzüğü'ne dayanarak yeniden kurulmuştur. Türkiye de 15.03.1950 tarihinde Enstitü'ye üye olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/>> s.e.t. 14.09.2023. UNIDROIT ile ilgili ayrıca bkz. **Çalışkan Yusuf** (2021) “UNIDROIT'nın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış”, Public and Private International Law Bulletin, S. 41, C. 2, ss. 463-481, s. 463 vd.

² İlkeler önce Ocak 2023'te Taslak (61 sayfa) olarak yayımlanmıştır. Bkz. <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Draft-Principles-and-Commentary-Public-Consultation.pdf>> s.e.t. 14.09.2023. Daha sonra 18 Mayıs 2023'te yapılan duyuruda ise, İlkelerin (77 sayfa) 10 Mayıs 2023'te kabul edildiği bildirilmiştir. Bkz. <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-on-digital-assets-and-private-law-adopted-at-the-102nd-session-of-the-governing-council/>> s.e.t. 14.09.2023. Eylül 2023'te ise, İlkelerin 2(2)'inci versiyonu (142 sayfa) yayımlanmıştır. Bkz. <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/09/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf>> s.e.t. 14.09.2023. Çalışma konu açıklamalar da Eylül 2023'te yayımlanan İlkeler 2(2) üzerinden yapılmıştır.

Bu ilkeler ile ayrıca kanun koyucuların, hakimlerin ve piyasa katılımcılarının gelecek yıllarda dijital varlıklar ile ilgili karşılaşacakları yasal belirsizliklerin azaltılması amaçlanmıştır. Zira devletlere bu ilkelerle uyumlu mevzuat hazırlamaları tavsiye edilmektedir. Böylelikle, özellikle sınır ötesi işlemlerde de öngörülebilirlik ve devletler arasında uyumluluk söz konusu olacaktır.

Söz konusu ilkelere, dijital varlıklardaki işlemleri bir zemin üzerinde işleyebilmek için dijital varlıkların “kontrolü” kavramı getirilmiş ve kontrol kavramı açıklanıp örneklendirilmiştir. Bu çalışma ile de gelişen teknolojinin uzantılarından biri olarak karşımıza çıkan dijital varlıklar, dijital varlıklar üzerindeki hakimiyeti ifade etmek için kullanılmış olan “kontrol” kavramı öncelikle incelenmiş ve bu kavram mülkiyet ve zilyetlik müesseseleriyle karşılaştırılmıştır.

I. KAVRAMLAR

A. DİJİTAL VARLIK

Dijital varlık, “bilgisayarda (elektronik ortamda) bir depolama sürücüsündeki veya web sitesindeki herhangi bir dosya, herhangi bir çevrimiçi hesap ya da üyelik”³ olarak tanımlanmaktadır. Yine başka bir genel tarife göre, “Dijital varlıklar, bilgisayarlarda veya bilgisayarla ilgili diğer teknolojilerde maddi olmayan bir ortamda saklanan bilgilerdir”⁴. Dijital varlıklara bir microsoft office progra-

³ **Conner, John** (2011) “Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person’s Digital Assets after Death”, Estate Planning & Community Property Law Journal, V. 3, N. 2, ss. 301-322, s. 303; **Beier, Choate/Porter, Susan** (2013) “The Digital Asset Dilemma”, NYSBA Trusts and Estates Law Section Newsletter, V. 46, N. 2, ss. 5-9, s. 5.

⁴ **McCarthy, Laura** (2015) “Digital Assets and Intestacy”, Boston University Journal of Science and Technology Law, V. 21, N. 2, ss. 384-412, s. 385. Diğer bir tanıma göre de “Dijital varlıklar” terimi geniş anlamda elektronik bir cihaz aracılığıyla erişilebilen hesaplar, belgeler, bilgiler, kayıtlar ve fotoğrafları ifade etmektedir. Bkz. **Sheridan, Patricia** (2020) “Inheriting Digital Assets: Does the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Fall Short?”, Ohio State Technology Law Journal, V. 16, N. 2, ss. 363-394, s. 364. Benzer tanımlar için bkz. **Hull, Ian M.** et al. (2019) “Planning Considerations for Digital Assets”, Estates, Trusts & Pensions Journal, V. 38, N. 3, ss. 250-270, s. 251; **Hrubesch-Millauer, Stephanie** (2021) “Der digitale Nachlass und die Frage nach einem Sondererbrecht”, Schriften zum Familien- und Erbrecht Band/Nr. 27, Stämpfli Verlag AG, ss. 119-139, s. 125-126; **Turan Başara, Gamze** (2023)

mı (mesela word, excel veya powerpoint) aracılığıyla oluşturulan belgeler, dijital fotoğraflar, dijital videolar ve elektronik ortamdaki kitaplar, müzikler ve filmler örnek olarak gösterilebilir⁵. Dijital varlıklar ayrıca e-posta hesapları, e-postalar ve ekleri, sosyal ağ sitelerindeki profiller, çevrimiçi dijital fotoğraf hesapları, çevrimiçi bankacılık ve kredi kartı hesapları, bir kişinin sahip olduğu web siteleri veya alan adları ve çevrimiçi abonelik hesapları gibi çevrimiçi hesapları ve üyelikleri, sanal/kripto paraları, NFT’leri⁶, elektronik mesajları, bulut depolama hesaplarını, otel, havayolu veya market gibi işletmelerin puan ödülleri, dijital oyunları, dijital oyunlar içindeki herhangi bir unsuru, sesli kitapları ve yazılımları da içerir⁷. Mevcudiyet olarak elektronik ortamda yer almakla birlikte, dijital

“Kripto Paralarla İlgili Miras Hukukuna Özgü Temel Meseleler”, İnÜHFD, S. 14, C. 1, ss. 15-30, s. 17; **Ersöz, Oğuz** (2024) *Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları*, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 63 vd.; **Altındal, Hasan/Arslan, Yunus Emre** (2021) “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1, ss. 313-351, s. 320.

⁵ **Conner**, s. 303; **Sheridan**, s. 365-366; **Ersöz**, 64.

⁶ NFT, İngilizce adının baş harflerinin kısaltması ile ifade edilen (Non-Fungible Token) bir kavramdır. Türkçe karşılığı, genellikle “değiştirilemeyen jeton” olarak ifade edilmektedir. Bunlara dijital bir varlık olarak, blokzinciri (blockchain) sistemi üzerinde transfere konu olmaları ile değer atfedilmektedir. NFT’ler, temsil ettiği dijital varlığın misli olmadığını, yerine geçilemeyen, tek, benzersiz ve değiştirilemeyen bir nitelikte olduğunu sağlayan bir sistemi ifade eder. Dolayısıyla NFT’ler, dijital ortamda gayri misli varlıkları temsil eder. NFT’ler hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Akçaal, Mehmet** (2022) “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, TBB Dergisi, S. 159, ss. 363-396, s. 363 vd.; **Tekelioğlu, Numan** (2022) “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, SÜHFD., C. 30, S. 3, ss. 1301-1329, s. 1303 vd.; **Öztürk, Sevgi Ayşe**, (2022) “Yeni Bir Dijital Varlık Olarak NFT: Pazarlama Dünyasındaki Yeri Üzerine Değerlendirmeler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22(4), ss. 1151-1164, s. 1151 vd.; **Arıkan, Özgür** (2022) “Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT’ler”, TFM, C. 8, S. 2, ss. 323-336, s. 323 vd.; **Sarıdağ, Orhan Gazi** (2022) “Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 13.11.2020 Tarihli Kararı Çerçevesinde Dijital Terekenin Kapsamının İncelenmesi,” Bilişim Hukuku Dergisi C. 4, N. 2, ss. 191-232, s. 191.

⁷ Dijital varlıklara örnekler için bkz. **Conner**, s. 303; **Lopez, Alberto B.** (2016) “Death and the Digital Age: The Disposition of Digital Assets”, Savannah Law Review, V. 3, N. 1, ss. 77-90, s. 84 vd.; **van Erp, Sjef** (2016) “Ownership of Digital Assets?”, European Property Law Journal (EPLJ), V. 5, N. 2, ss. 73-76, s. 73 vd.; **van Erp, Sjef** (2019) “Access Management of Digital Assets”, European Property Law Journal (EPLJ), V. 8, N. 3, ss. 227-230, s. 229 vd.; **Walsh, Su-**

varlıklara bilgisayar, tablet, sabit disk, akıllı telefon veya üçüncü taraf sunucu gibi somut(maddi) bir eşya aracılığıyla erişilir⁸.

Çalışmaya konu UNIDROIT ilkelerinde de dijital varlık tanımlanmıştır. Buna göre, dijital varlık, kontrole tabi tutulan bir elektronik kayıt anlamına gelmektedir. Elektronik kayıt ise yine İlkeler’de elektronik ortamda saklanan ve geri erişilebilen bilgi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla dijital varlıklar, kontrole tabi olarak elektronik ortamda saklanan ve geri erişilebilen bilgilerdir⁹. Buradan dijital varlıkların üç unsuru olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunlar kontrole tabi olma, elektronik ortamda saklanabilme ve bu bilgilere istenildiğinde geri erişilebilme/ulaşılabilirlik.

İlkelere tabi dijital varlıklar, İlke 2’de dijital varlığın tanımı yapıldıktan sonra madde metninin altında yer alan yorumlarında örneklendirilmiştir. Bir sabit diske kaydedilen Word, excel veya herhangi bir veri dosyası, İlke 2’de yer alan tanıma uygun bir şekilde bir elektronik kayıttır. Söz konusu dosyalar kontrole de tabi olabileceğinden birer dijital varlık niteliğindedir¹⁰. Aynı şekilde kripto paralar/varlıklar (Bitcoin, ethereum, xrp, shib, ada, mana, sand gibi), resim, şiir,

zanne B. (2014) “Coming Soon to a Legislature Near You: Comprehensive State Law Governing Fiduciary Access to Digital Assets”, *Charleston Law Review*, V. 8, N. 3, pp. 429-450, s. 434 vd.; **Sheridan**, s. 365-366; **McCarthy**, s. 385; **Banta, Natalie M.** (2017) “Property Interests in Digital Assets: The Rise of Digital Feudalism”, *Cardozo Law Review*, V. 38, N. 3, pp. 1099-1158, s. 1101; **Hull**, s. 250; **Phelps, Charles** (2014) “More Inheritable Rights for Digital Assets”, *Rutgers Law Record*, 41, ss. 131-153, s. 133; **Hrubesch-Millauer**, s. 124-125; **Beier/Porter**, s. 5; **Ersöz**, 64; **Altındal/Arslan**, s. 320-321; **Doğancı, Doğa Ekrem** (2022) “Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 1, ss. 329-370, s. 331-332; **Turan Başara**, s. 17; **İnce Akman, Nurten** (2018) “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, ss. 527-560, s. 528 vd.

⁸ **McCarthy**, s. 385.

⁹ Tanımlar yapıldığı 2. İlkenin yorumunda, elektronik kayıtların, dijital varlıkların bir alt kümesini oluşturduğu ifade edilmiştir. Elektronik ortamın geniş anlaşılması gerektiği, sabit diskler, dvd’ler gibi depolama araçları da dahil olmak üzere her türlü dijital teknolojinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁰ Bkz. İlkeler, s. 17-18, N. 2.17.

kitap, video, şarkı, veri tabanı, NFT, herhangi bir içsel değeri olmayan 1 ve 0'ların bir kombinasyonu veya başka herhangi bir bilgi türü birer dijital varlıktır¹¹.

Buna karşılık, halka açık bir blok zincirinde, dijital varlıklardaki işlemleri izleyen temel protokolü (yazılımı), yani blok zincirini tek bir kişi kontrol etmez. Protokole gömülü bir mutabakat mekanizması, kullanıcıların protokol aracılığıyla gerçekleştirmeye çalıştığı işlemlerin geçerliliğini doğrular. Hiçbir bireysel kullanıcı protokol ya da mutabakat mekanizması üzerinde kontrol sahibi değildir. Bu sebeple, halka açık blok zincirinin altında yatan protokolün (sistemin) kendisi (İlke 6'da tanımlandığı gibi) 'kontrole' tabi tutulamaz¹².

Aynı şekilde, eğer bir dijital varlık değerli bir veri kümesi veya veri tabanı (mesela bir yapay zeka (AI) sisteminin çalışmasına temel teşkil eden bir veri kümesi), görüntü veya metinsel ifade olan bilgiler içeriyorsa, bu bilgiler geçerli fikri ve sınai haklar mevzuatına tabidir ve dijital varlığın dışında bulunan bilgiler dijital varlığın bir parçası değildir. Dolayısıyla dijital varlığa dahil edilen bilginin kendisi fikri ve sınai haklar mevzuatı kapsamında korumaya tabi ise, fikri ve sınai hak sahibinin hakları, bilginin elektronik kayda dahil edilmesine veya dijital varlığın iyiniyetli bir alıcıya devredilmesine bakılmaksızın korunacaktır. Yürürlükteki fikri ve sınai haklar mevzuatının izin verdiği ölçüde ise, dijital varlığı devralan kişinin ilgili bilgileri kullanma ve bunlardan yararlanma hakkına sahip olması söz konusu olabilir. Bununla birlikte, eğer bilgi veya işlevselliği fikri ve sınai haklar mevzuatı ile korunuyorsa, dijital varlığı edinen kişi bilgiyi kullanarak hak sahibinin haklarını ihlal ediyor olabilir¹³.

Yine erişim şifresi olan her sosyal medya sayfası için dijital bir varlık nitelenmesi yapmak her zaman mümkün olmayabilir. Zira bazı sosyal medya platformları genellikle kullanıcılarla, kullanıcıların “sayfaların” veya platformda depolanan verilerin “sahipliğini” edinmelerine izin vermeyen lisanslama düzen-

¹¹ Bkz. İlkeler, s. 14-15, N. 2.6.

¹² Bununla birlikte, bireysel bir kullanıcı protokol dahilindeki yani halka açık blok zincirindeki bir dijital varlık üzerinde (mesela Bitcoin) kontrole sahiptir. Bkz. İlkeler, s. 15, N. 2.8, 2.9.

¹³ Bkz. İlkeler, s. 16-17, N. 2.14.

lemeleri içerir. Her ne kadar halk dilinde kullanıcılar ‘kendi’ sayfalarına ve kendilerine ‘ait’ olan bilgilere atıfta bulunsalar da bu böyledir. Bu tarz platformlar ise, kullanıcıların 6. İlke’deki ‘kontrol’ tanımında öngörülen münhasır yetenekleri edinmelerine izin vermez. Dolayısıyla, bu durumda olanlar, İlkeler kapsamına giren dijital varlıkları oluşturamaz veya kapsamaz¹⁴.

İlke 4’te dijital varlıklarla bağlantılı diğer varlıklara yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, söz konusu ilkelerin, maddi veya gayri maddi başka bir varlıkla bağlantılı dijital varlıklar için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak da bir dijital varlığın devri, bağlantılı diğer varlıktaki hakların devredilmesi etkisini gösterebilir.

B. KONTROL

Kontrol kavramının tanımı İlke 6’da ortaya konulmuştur. Söz konusu açıklamalar şu şekilde ifade edilmiştir.

İlke 6: Kontrol

“(1) Bir kişi aşağıdaki durumlarda dijital bir varlık üzerinde “kontrol”e sahiptir.

- (a) (2) ve (3) numaralı paragraflara tabi olmak kaydıyla, dijital varlığın veya ilgili protokolün ya da sistemin söz konusu kişiye sağladığı haklar;
 - (i) Münhasır olarak başkalarının dijital varlıktan bütün faydayı elde etmesini engelleme hakkı,
 - (ii) Dijital varlıktan esas olarak bütün faydayı elde etme hakkı,
 - (iii) (a)(i), (a)(ii) ve (a)(iii) alt paragraflarında yetenekleri münhasır olarak başka bir kişiye devretme hakkı (kontrolün geçişi),
- (b) Dijital varlık veya ilgili protokoller ya da sistem, söz konusu kişinin kendisini paragraf (1)(a)’da belirtilen haklara sahip olarak tanımlamasına (hak sahibi olarak göstermesine) izin verir.

¹⁴ Bkz. İlkeler, s. 17, N. 2.16.

- (2) Kontrolün geçişi, paragraf (1)(a)'daki yeteneklerin başka bir kişiye devredilmesi anlamına gelir ve bir dijital varlığın aktarılmasını, işlenmesini, imha edilmesini, iptal edilmesini veya ayrıştırılmasını ve başka bir kişinin kontrolüne tabi olan yeni bir dijital varlığın (sonuçta ortaya çıkan bir dijital varlık) ortaya çıkmasını ve buna karşılık gelen türevinin oluşturulmasını içerir.
- (3) Paragraf (1)(a)'nın sağlamış olduğu hakların münhasırlığına aşağıdaki hallerde istisna getirilebilir:
- (a) Dijital varlığın veya ilgili protokolün ya da sistemin, dijital varlığın kullanımını sınırlaması veya dijital varlığın kontrolünün kaybedilmesi ya da değiştirilmesi de dahil olmak üzere dijital varlıkta değişiklik yapmak üzere programlanması; veya
- (b) Kontrolü elinde bulunduran kişinin bu hakkını bir veya daha fazla kişiyle paylaşmayı kabul etmesi, buna rıza göstermesi ya da karşı çıkması.”.

İlke 6'da yer alan bu açıklamalardan kontrolün, dijital varlıklar üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf ile bunları münhasır olarak başkalarına iletme hakları veren ve sahibinin iradesi ile münhasırlığa sayılı hallerde istisna getirilmesi imkanını da içeren bir müessese olduğu ifade edilebilir.

Söz konusu ilkenin yorumlarında, kontrol kavramının, taşınırın mülkiyetine eşdeğer bir işlevsel rol üstlendiği ifade edilmektedir. Ancak buradaki mülkiyet ile işlevsel eşdeğerliğin tamamen olgusal bir nitelendirme olduğu ve hukuki bir eşitleme olmadığı belirtilmiştir. Zira, dijital bir varlık soyut olduğundan, mülkiyete ilişkin bu işlevsel eşdeğerlik, yalnızca bir dijital varlık üzerindeki hakimiyeti ve gücü göstermede gündeme gelmektedir. Bununla birlikte taşınır malların mülkiyeti bakımından gündeme gelen fiziksel durum boyutu ve buna bağlı sonuçlar burada söz konusu olmamaktadır¹⁵.

Aynı şekilde her ne kadar kontrolün, tamamen olgusal bir konu olarak, belirli hukuk sistemlerinde karşılaşılan zilyetliğe de işlevsel olarak eşdeğer bir rol

¹⁵ Bkz. İlkeler, s. 52, N. 6.2.

üstlendiği görülse de İlkelerde kullanılan şekliyle kontrol, zilyetlikle de aynı olarak anlaşılmamalıdır. Zira zilyet, bir varlığın zilyetliğini başka bir kişi aracılığıyla elinde tutabilir. Ancak İlke 6'nın kriterleri karşılanmadığı sürece bir kişi bir dijital varlığı kontrol edemez. Bunun yanında dijital varlıkların saklanması konusunda da İlke 10 zilyetlik düzenlemelerinden farklılıklar içermektedir¹⁶.

İlke 7'de de bir dijital varlığın kontrolünü elinde bulunduran kişinin kimliği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre;

“(1) Bir kişinin dijital bir varlık üzerindeki kontrolünün söz konusu olduğu herhangi bir işlemde;

(a) Söz konusu kişinin, İlke 6/(1)(a)'da belirtilen hakkını ortaya koyması, İlke 6(1)(b)'deki kimliklendirmeyi/hak sahipliğinin varlığını göstermek için yeterlidir.

(b) Söz konusu kişi, İlke 6/(1)(a)(i) ve 6/(1)(a)(iii)'te belirtilen haklara sahip olduğunu gösterirse, bu hakların münhasır olduğu varsayılır.

(2) İlke 6/(1)(b)'de belirtilen kimlik tespiti, kimliği belirlenecek kişinin adını veya kimliğini belirtmese bile, bir kimlik numarası, bir kriptografik anahtar, bir ofis veya bir hesap numarası dahil (ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere) makul bir yöntemle yapılabilir.”

İlke 7(1)(a), dijital bir varlığın kontrolüne sahip olduğunu iddia eden bir kişinin, onun söz konusu yeteneklere sahip olduğuna dair bir karine oluşturduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bir kişinin kontrole sahip olduğunu kanıtlamak için, başka hiç kimsenin bu yeteneklere sahip olmadığını kanıtlaması gerekmez.

İlke 7(1)(b), yine bir karinenin işleyişi yoluyla yeteneklerin münhasırlığına ilişkin de benzer bir sonuç öngörmektedir. Dolayısıyla kontrole sahip olanların yetkilerinin münhasır olduğu da karine olarak kabul edilmektedir.

¹⁶ Bkz. İlkeler, s. 53, N. 6.3.

Her ne kadar söz konusu karineler kabul edilmiş olsa da aksi ispatlandığında karinelerin sağladığı varsayım sona erecektir. Zira daha önce kontrole sahip olan bir kişi, kontrolün geçişinin haksız olduğunu kanıtlayarak, halihazırda kontrole sahip olan kişiden daha üstün bir menfaate sahip olduğunu gösterebilir. Dolayısıyla söz konusu karineler, aksi ispat edilerek ortadan kaldırılabılır¹⁷.

C. MÜLKİYET

Mülkiyet kavramını açıklamak için öncelikle aynı hak kavramının izah edilmesi yerinde olacaktır. Aynı hak, “*sahibine konusu olan eşya üzerinde, doğrudan doğruya hakimiyet yetkisi veren ve bu sebeple de herkese karşı ileri sürülebilen bir hak*” olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Aynı haklar, tam aynı hak ve sınırlı aynı haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁹. Türk Medeni Kanunu’nda tam aynı hak olarak mülkiyet hakkı; sınırlı aynı haklar olarak ise, irtifaklar, rehin ve

¹⁷ Bkz. İlkeler, s. 59-60, N. 7.1.

¹⁸ **Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel** (2023) Şekli Eşya Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 14; **Başpınar, Veysel** (2009) Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 98. Aynı doğrultuda tanımlar için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2014) Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 3; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2023) Eşya Hukuku, Kısaltılmış Ders Kitabı, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 1-2; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut** (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 7; **Sirmen, A. Lale** (2023) Eşya Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Legem Yayınevi, s. 3; **Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2024) Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 17; **Ertaş, Şeref** (2012) Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, s. 3; **Antalya O. Gökhan** (2019) Eşya Hukuku Cilt IV/1, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 90; **Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2023) Eşya Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 1; **Erman, Hasan** (2023) Eşya Hukuku Dersleri, 10. Basım, İstanbul, Der Kitabevi, s. 2; **Akçal, Mehmet** (2023) Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 80; **Ayan, Mehmet** (2015) Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi, s. 8.

¹⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** (2014), s. 23; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** (2023), s. 10; **Akipek/Akıntürk**, s. 9; **Eren, Fikret** (2024) Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Legem Yayınevi, s. 4; **Başpınar**, s. 98; **Sirmen**, s. 38-39; **Esener/Güven**, s. 26; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2021) Eşya Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 8; **Ertaş**, s. 13; **Nomer/Ergüne** (2023), s. 3; **Antalya** (2019), s. 110-111; **Akçal** (2023), s. 103; **Ayan** (2015), s. 28-29; **Özlük, Betül** (2019) “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, ss. 139-166, s. 141.

taşınmaz yükü düzenlenmiştir. Zira Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 683-778 arası “Birinci Kısım” üst başlığı altında “mülkiyet” ile, TMK. m. 779-972 arası “İkinci Kısım” üst başlığı altında ise “sınırlı ayni haklar”la ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Mülkiyet hakkı, “*sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı dermeyeran edilebilen tam, mutlak, münhasır bir ayni hak*” olarak ifade edilmektedir²⁰. Mülkiyet, ihtiva ettiği yetkiler itibarıyla bazı durumlarda kısmen sınırlandırılmış olsa bile, hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hakimiyet hakkıdır²¹.

TMK. m. 683’de “mülkiyet hakkının içeriği” düzenlenmiştir. Buna göre; “(1) Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. (2) Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.”. Görüleceği üzere, mülkiyet hakkının içeriği, malikin yetkilerinden ve korunmasından oluşmaktadır. Bunun yanında “hukuk düzeninin sınırları içerisinde” ifadesi ile de hakkın kullanılmasında gündeme gelen sınırlar ve ödevlere işaret edilmiştir.

D. ZİLYETLİK

Zilyetlik, “*bir eşya üzerinde fiili hakimiyetin iradi olarak ele geçirilmesi ile başlayan ve onun irade ile veya irade dışı kaybına kadar süren fiili ve hukuki bir durum*” olarak ifade edilmektedir²². Buna göre, zilyetliğin iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar, fiili hakimiyet ve zilyetlik iradesidir²³.

²⁰ Eren, s. 21; Başpınar, s. 98. Aynı doğrultuda tanımlar için bkz. Başpınar, s. 92 vd.; Aydos, Oğuz Sadık (2023) Pratik Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 123; Özlük, s. 141.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 272; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2023), s. 167; Akipek/Akıntürk, s. 8; Eren, s. 4; Başpınar, s. 98; Sirmen, s. 329; Antalya (2019), s. 53-54; Akçaal (2023), s. 415; Ayan, Mehmet (2015) Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi, s. 4; Özlük, s. 141.

²² Ünal/Başpınar, s. 95-96. Aynı doğrultuda tanımlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 49, 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2023), s. 21; Akipek/Akıntürk,

Fiili hakimiyet, kişi ile eşya arasındaki fiziki (maddi) bağı ve ilişkiyi ifade eder²⁴. Buradaki fiziki(maddi) bağdan kastedilen, yapışıklık, sürekli bir temas ve bağlılık değildir²⁵. Bir şeyden doğrudan veya dolaylı olarak yararlanılabiliyorsa, onun üzerinde tesirler icra edilebiliyorsa, o şey yabancı tesirlerden uzak tutulabiliyorsa, onun üzerinde fiili hakimiyetin mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁶.

Zilyetlik iradesi ise, bir kimsenin zilyet olma niyetiyle eşyayı ele geçirip fiili hakimiyetinde bulundurmasını ifade etmektedir²⁷. Diğer bir ifadeyle o şey üzerinde fiili hakimiyete sahip olma yönündeki istektir²⁸. Zilyetlik iradesi için, bilinçli irade yanında farazi irade de yeterli kabul edilmektedir²⁹. Yani fiili hakimiyet alanı içerisinde yer alan bir şeyin, mevcudiyeti bilindiğinde kabul edileceği

s. 107; **Antalya** (2019), s. 190; **Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2015) Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 5-6; **Akçaal** (2023), s. 122; **Ayan** (2015), s. 46; **Özlük**, s. 154.

- ²³ **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1989) Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik - Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 39; **Akipek/Akıntürk**, s. 109; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2018) Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 109; **Ünal/Başpınar**, s. 96; **Sirmen**, s. 54-55; **Esener/Güven**, s. 47 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 16; **Ertas**, s. 28; **Antalya** (2019), s. 194; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 5-6; **Nomer/Ergüne** (2023), s. 22; **Kaplan, İbrahim** (2021) Türk Eşya Hukuku ile Sorulu-Cevaplı TMK Madde 683-1030, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 143; **Akçaal** (2023), s. 122-123; **Aydos**, s. 13; **Ayan** (2015), s. 46; **Erçoşkun Şenol, Hatice Kübra/Sucu Yer, Kübra** (2023) Şematik Eşya Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 34.
- ²⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 39; **Akipek/Akıntürk**, s. 109; **Ünal/Başpınar**, s. 96; **Sirmen**, s. 53; **Antalya** (2019), s. 195; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 4; **Ayan** (2015), s. 47.
- ²⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 40; **Akipek/Akıntürk**, s. 110; **Ünal/Başpınar**, s. 97; **Sirmen**, s. 53-54; **Esener/Güven**, s. 47; **Kılıçoğlu**, s. 16; **Antalya** (2019), s. 195-196; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 4; **Ayan** (2015), s. 47.
- ²⁶ **Akipek/Akıntürk**, s. 109-110; **Ünal/Başpınar**, s. 98; **Sirmen**, s. 53-54; **Antalya** (2019), s. 195-196; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 4; **Akçaal** (2023), s. 122.
- ²⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** (2014), s. 48; **Akipek/Akıntürk**, s. 116; **Ünal/Başpınar**, s. 99; **Sirmen**, s. 55; **Antalya** (2019), s. 199; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 6; **Ayan** (2015), s. 49.
- ²⁸ **Akipek/Akıntürk**, s. 116; **Antalya** (2019), s. 200; **Sirmen**, s. 55; **Akçaal** (2023), s. 124; **Ayan** (2015), s. 49.
- ²⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 45; **Ünal/Başpınar**, s. 103; **Sirmen**, s. 56; **Antalya** (2019), s. 201.

faraziyesi varsa, zilyetlik iradesi var kabul edilmektedir³⁰. Mesela, cebe kişinin haberi olmadan konulan uyuşturucudan haberi olsa zilyetlik iradesinin olmayacağı kabul edilebilirken, posta kutusuna bırakılan bir mektup veya siparişi verilen kargo paketi üzerinde zilyetlik iradesinin var olduğu kabul edilmektedir³¹.

Farklı görüşler olmakla birlikte zilyetliğin bir hak değil, fiili ve hukuki bir durum olduğu hususu genel kabul görmektedir³². Zira zilyetlik, bir hakka dayanıp dayanmasına bakılmaksızın hukuk düzenince korumuş ve ona birtakım hukuki sonuçlar bağlanmıştır³³.

II. KONTROL KAVRAMININ MÜLKİYET VE ZİLYETLİK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. KONU BAKIMINDAN

Yukarıda mülkiyet ile ilgili açıklamalardan da görüleceği üzere mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Hukuki anlamda eşya ise “fiziki anlamda, elle tutulabilen, gözle görülebilen veya diğer duyu organları ile anlaşılabilen, boşlukta yer işgal eden cismani (maddi) bir varlık” olarak ifade edilmektedir³⁴. Buradan hareketle, sadece cismani(maddi) varlığa sahip şeyler hukuki anlamda eşya olarak kabul

³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 45; Ünal/Başpınar, s. 103; Sirmen, s. 56.

³¹ Örnekler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 45-47; Ünal/Başpınar, s. 103-104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 50-51; Sirmen, s. 56; Nomer/Ergüne (2015), s. 7; Akçaal (2023), s. 124.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 54; Akipek/Akıntürk, s. 108-109; Ünal/Başpınar, s. 108; Sirmen, s. 59; Antalya (2019), s. 193; Nomer/Ergüne (2015), s. 10; Akçaal (2023), s. 127.

³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 54; Akipek/Akıntürk, s. 108; Ünal/Başpınar, s. 108; Sirmen, s. 59; Antalya (2019), s. 193; Nomer/Ergüne (2015), s. 10; Akçaal (2023), s. 127.

³⁴ Ünal/Başpınar, s. 28. Aynı doğrultuda tanımlar için bkz. Akipek/Akıntürk, s. 26; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2023), s. 4; Sirmen, s. 5; Eserner/Güven, s. 3; Antalya (2019), s. 57-58; Erman, s. 3; Akçaal (2023), s. 88; Aydos, s. 1; Ayan (2015), s. 17; Demirboğa, Dursun Ali (2021) Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkının Konusu ve Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 203.

edilmiştir³⁵. Bu itibarla, cismani(maddi) varlığı olmayan haklar, fikir ve sanat eserleri (ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri) üzerindeki haklar, sınai haklar (marka, patent, tasarım gibi), tabii kuvvetler ve benzeri şeyler eşya değildir³⁶. Her ne kadar fikri ve sınai haklar ile ilgili “fikri mülkiyet”, “sınai mülkiyet” ifadeleri kullanılıyor olsa da buradaki “mülkiyet” kavramı medeni hukuk anlamındaki teknik bir mülkiyet kavramı değildir³⁷. Bunlar teknik anlamdaki mülkiyet gibi, herkese karşı ileri sürülebilen ve korunabilen mutlak haklardandır³⁸.

Dijital bir fotoğraf veya e-posta gibi dijital bir varlık, bir yazıcı aracılığıyla çıktısı olarak cismani(maddi) bir varlık(kağıt) üzerinde görüntülenebilir. Aynı şekilde dijital ortamdaki bir müzik dosyası, video, film veya elektronik kitap bir harici bellek içerisine aktarılabilir. Harici belleğin veya çıktı alınan kağıdın cismani (maddi) bir varlığı olmasına ve bizatihi kendilerinin eşya olarak kabul edilebilmelerine rağmen, içindekiler/üzerindekiler eşya olarak nitelendirilememektedir³⁹.

³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 19, 475; Ünal/Başpınar, s. 16; Eren, s. 54; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2023), s. 4; Akipek/Akıntürk, s. 26; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 26; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin (2012) Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 30-11; Ertaş, s. 6; Sirmen, s. 6; Esener/Güven, s. 4; Kılıçoğlu, s. 3; Nomer/Ergüne (2023), s. 7, Antalya (2019), s. 64; Antalya, O. Gökhan (2023) “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 2, ss. 1208-1222, s. 1217; Kaplan, s. 11; Akçaal (2023), s. 89; Aydos, s. 2; Ayan (2015), s. 17; Özlük, s. 143; Demirboğa, s. 204.

³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 475; Ünal/Başpınar, s. 16; Eren, s. 55; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 7-8; Aybay/Hatemi, s. 11; Esener/Güven, s. 4; Sirmen, s. 6-7; Nomer/Ergüne (2023), s. 10; Antalya (2019), s. 64; Erman, s. 4; Kaplan, s. 11; Akçaal (2023), s. 89; Ayan (2015), s. 17. Eşya kavramı kapsamında değerlendirilmemesine rağmen, istisnaen bazı haklar, malvarlığı ve tabii kuvvetler kanun tarafından aynı hak hükümlerine tâbi tutulmuştur. Mesela TMK. m. 704 gereğince taşınmaz olarak kabul edilen bağımsız ve sürekli haklar, aynı şekilde sınırlı aynı haklar olarak ele alınan irtifaklar, rehin ve taşınmaz yükü, yine TMK. m. 794-814’de üzerinde irtifak hakkı türlerinden intifa hakkı kurulabileceği düzenlenen malvarlığı ile TMK. m. 762 hükmünde taşınır mülkiyeti hükümlerine tabi tutulan tabii kuvvetler buna örnektir.

³⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 475; Eren, s. 55; Antalya (2019), s. 65; Akçaal (2023), s. 429; Demirboğa, s. 179-180.

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 475; Eren, s. 55.

³⁹ Ünal/Başpınar, s. 16-17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 8; Sirmen, s. 7; Akçaal (2023), s. 89; Demirboğa, s. 180. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre; “Depolanmış bir

Bu noktada ifade edilmelidir ki; TMK. m. 683-703 arasında mülkiyet ile ilgili genel hükümlerden sonra TMK. 704-761 arasında taşınmaz mülkiyeti, TMK. m. 762-778 arasında ise taşınır mülkiyeti düzenlenmiştir. Dolayısıyla mülkiyet, taşınmaz ve taşınır mülkiyeti olarak ikiye ayrılmıştır. TMK. m. 704'e göre, taşınmaz mülkiyetinin konusunu, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. Taşınır mülkiyetinin konusu ise, TMK. m. 762'de nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler olarak ifade edilmiştir.

Aynı şekilde zilyetlik de kural olarak eşya üzerinde konu olmaktadır. Gerçekten de TMK. m. 973/I'de zilyetlik ile ilgili olarak “şey”, “eşya” üzerindeki fiili hakimiyetten söz edilmektedir⁴⁰.

Bu bilgilerden hareket edildiğinde görülmektedir ki, mülkiyet ve zilyetliğin konusu, eşya kavramın bu çalışmaya konu yönü olan maddi (cismani) varlığı olan şeylerdir⁴¹. Hukuki anlamda eşya olmamasına rağmen taşınmaz ve taşınır mülkiyetine ve yine zilyetliğe tabi tutulan hususlar⁴² bulunmakla birlikte, bunlar arasında dijital varlıklar yer almamaktadır⁴³. Dolayısıyla “kontrol” maddi (cismani) varlığı olmayan

kişisel veri, evrende klasik anlamıyla üçboyutlu olmasa da somut olarak fiziksel şekilde yer almaktadır. İlaveten doğal niteliği gereği olmasa da diğer varlıklardan nitelik ve yapısal olarak fark edilebilecek şekilde ayrılmıştır. Bu ayrışabilir niteliği ve kendisine özgü yeknesaklığı bulunduğundan geniş anlamda maddi varlık olarak ele alınabilir. Diğer maddi varlıklar gibi üç boyutlu olmasa da kendi teknik yapısına özgü bir dijital yapıya sahiptir; bu sebeple maddi bir fiziksel varlık olarak kabul edilmesi gerekir.” Bkz. **Antalya** (2023), s. 1219.

⁴⁰ Hükümün ikinci fıkrasında ise taşınmaz üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yükündeki hakkın fiilen kullanılmasının zilyetlik sayılacağı ifade edilerek, hak üzerinde zilyetlikten söz eden bir istisnai düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴¹ Doktrinde farklı bir görüşe göre ise, “Dijital veriler biraz genişletilmiş eşya kavramı terimi altında toplanabilir. Dijital veriler, kanuni olarak eşya (res digitalis) olarak nitelendirilebilir ve dolayısıyla taşınır eşya ve zilyetlik konusu oluşturur.” Bkz. **Antalya** (2023), s. 1220.

⁴² Bkz. Dipnot 36 ve 40.

⁴³ Doktrinde farklı bir görüşe göre ise, “Diğer yandan eşyanın şartlarından maddi - fizikselleşmiş - varlık olgusu istisna tanımaz katı bir kayıt olmadığı da bir gerçektir. Doğal güçler fiziksel maddi bir varlığa sahip değildirler. Buna rağmen edinmeye elverişli doğal güçleri, özellikle enerjiyi TMK m. 762 istisna olarak taşınır mülkiyetinin konusu olarak belirlemiştir. Hakim doğal

dijital varlıklar üzerinde söz konusu olmakta iken, mülkiyet ve zilyetlik, hukuki anlamda eşya, yani maddi(cismani) varlığı olan şeyler üzerinde söz konusudur.

“Genel İlkeler” başlığını taşıyan İlke 3’de dijital bir varlığın mülkiyet haklarına konu olabileceği ifade edilmiştir. Ancak İlke 3’ün yorumlarında bunun bütün dijital varlıklar için değil, yapısına uygun düşen dijital varlıklar için söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Burada da devletlerin mülkiyet hakkına konu olabilecek varlıklara yönelik yaptığı kategorilere göre bir nitelendirme yapılacağından söz edilmektedir. Niteliğine göre bir dijital varlık, üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilen değerler arasında yer alabilir veya yer almayabilir. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde, mesela Fransa ve Avusturya gibi, cismani (maddi) olmayan varlıkların da mülkiyet hakkına konu olabileceği ifade edilmektedir⁴⁴. Ancak ülkemiz açısından yukarıda izah edildiği üzere, cismani (maddi) varlığı olmayıp mülkiyete ve zilyetliğe tabi tutulan hususlar sınırlı olarak belirtilmiştir ve bunlar arasında dijital varlıklar yer almamaktadır. Bu sebeple de mevcut düzenlemeler ışığında dijital varlıklar üzerinde teknik anlamda mülkiyet ve zilyetlikten söz etmek mümkün gözükmemektedir.

B. HAKLAR/YETKİLER BAKIMINDAN

TMK. m. 683/I’de mülkiyet hakkı sahibinin yetkileri olarak kullanma, yararlanma ve tasarruf kavramlarına yer verilmiştir. Kullanma (*usus*), eşyayı kişinin bizzat (kendisinin) kullanmasını, kendisinin doğrudan hakimiyetinde bulundurmasını ifade etmektedir⁴⁵. Yararlanma (*fructus*), eşyanın başkalarına kullandırılması, ürünlerinden ve semerelerinden istifade edilerek menfaat elde edilmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁶. Tasarruf (*abusus*) ise, malikin eşyayı baş-

güçlere ilişkin istisnaya ilave olarak kanunda bir amaçsal istisna boşluk olduğunu kabul ederek, hakim maddi - fiziksel - olmayan dijital veriyi de istisna niteliğinde bir eşya olduğunu kabul edebilir yani objektif amaçsal yorumla amaçsal tamamlayacaktır. Böylelikle dijital veri mülkiyet ve zilyetlik hükümlerine tabi tutulabilir.” Bkz. **Antalya** (2023), s. 1220.

⁴⁴ **Eren**, s. 54; **Başpınar**, s. 103; **Özlük**, s. 150.

⁴⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 478; **Eren**, s. 17; **Sirmen**, s. 330; **Aydos**, s. 123; **Ayan** (2015), s. 27; **Özlük**, s. 142.

⁴⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 478; **Eren**, s. 17; **Sirmen**, s. 330; **Aydos**, s. 123; **Ayan** (2015), s. 27; **Özlük**, s. 142.

ka bir kişiye devretmesini veya üzerinde yeni bir ayni hak tesisi ile birlikte onu tüketmesi, yok etmesi gibi yetkileri de ifade etmektedir⁴⁷. Bunun yanında, TMK. m. 683/II'de, malikin bu haklarını herkese karşı ileri sürebilmesine imkân veren, onun bu haklarını mutlak olarak koruyan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de malik, söz konusu hükme göre, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi her türlü elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

Zilyetlik ise hakka dayansın veya dayanmasın eşya üzerinde önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır⁴⁸. Gerçekten de zilyetliğin açıklık sağlama, ayni hakkı kazandırma, zilyedi koruma ve toplum düzenini sağlama şeklinde dört işlevi mevcuttur⁴⁹. Açıklık, ayni hakların ve sahiplerinin kimler olduğunun herkes tarafından kolayca anlaşılabilir bir biçimde dışa yansımaları olarak ifade edilmektedir⁵⁰. Taşınırlarda zilyedin, “ayni hak sahibi” olduğuna açıklık ilkesi karine teşkil eder⁵¹. Zira TMK. m. 985/I'e göre, taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. Ayni hakkı kazandırma ile ifade edilmek istenilen, ister aslen ister devren olsun, taşınırlar üzerinde ayni hakkın kazanılması, kural olarak zilyetliğin kazanılma-

⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478-479; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 273; Eren, s. 17; Sirmen, s. 330; Esener/Güven, s. 224; Akçaal (2023), s. 103; Aydos, s. 123; Ayan (2015), s. 27; Özlük, s. 142.

⁴⁸ Akipek/Akıntürk, s. 108; Sirmen, s. 87; Akçaal (2023), s. 128.

⁴⁹ Akipek/Akıntürk, s. 117; Akçaal (2023), s. 128.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 50; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 27; Akipek/Akıntürk, s. 13, 94, 117-118; Aybay/Hatemi, s. 30-31; Akçaal (2023), s. 111; Ayan (2015), s. 35.

⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 50, 101; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 45; Akipek/Akıntürk, s. 118; Antalya (2019), s. 111, 183, 132 vd.; Nomer/Ergüne (2015), s. 51; Akçaal (2023), s. 129, 191; Ayan (2015), s. 56. Taşınırlarda ayni haklara zilyetlik açıklık sağlar. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 50; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 27; Akipek/Akıntürk, s. 13, 118; Aybay/Hatemi, s. 30-31; Antalya (2019), s. 111; Topuz, Murat (2020) Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 109, 111; Akçaal (2023), s. 106, 111; Ayan (2015), s. 35. Taşınmazlarda ise bu işlevi tapu sicili yerine getirir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 27; Akipek/Akıntürk, s. 13, 118; Aybay/Hatemi, s. 30-31; Antalya (2019), s. 111; Topuz, s. 109; Akçaal (2023), s. 106, 111; Ayan (2015), s. 35.

sına bağlıdır⁵². Yine zilyedi koruma işlevi ile ilgili olarak, zilyetlik durumu koruma altına alınmıştır⁵³. Nitekim zilyet, gasp ve saldırılara karşı çeşitli korunma imkanlarına sahiptir (TMK. m. 981 vd.). Nihayet zilyetlik ile ortaya çıkan hukuki durum, toplumdaki huzur ve sükunun korunması için temelde bir hakkın olup olmadığına bakılmaksızın korunmuştur⁵⁴.

Kontrolün düzenlendiği İlke 6'da, dijital varlığın veya ilgili protokolün ya da sistemin kontrole sahip kişiye sağladığı haklar olarak;

- (a) Münhasır olarak başkalarının dijital varlıktan bütün faydayı elde etmesini engelleme hakkı,
 - (b) Dijital varlıktan esas olarak bütün faydayı elde etme hakkı,
 - (c) Söz konusu bu üç alt paragraftaki yetenekleri münhasır olarak başka bir kişiye devretme hakkı (kontrolün geçişi),
- sayılmıştır.

Bu kapsamda karşılaştırıldığında, dijital varlıktan esas olarak bütün faydayı elde etme hakkı, mülkiyet hakkı sahibine tanınan kullanma ve yararlanma yetkilerine benzetilebilir. Yine kontrol sahibinin münhasır olarak başkalarının dijital varlıktan bütün faydayı elde etmesini engelleme hakkı, mülkiyet hakkı sahibinin, mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebilmesine, haksız saldırıda bulunanlara karşı istihkak ve elatmanın önlenmesi davası açabilmesi imkanına benzetilebilir. Son olarak kontrol sahibinin, kontrolü devretmesi (kontrolün geçişi), mülkiyet hakkı sahibinin tasarruf yetkisine benzetilebilir.

Bununla birlikte, hak sahipliğinin göstergeleri dijital varlık ve hukuki anlamda eşya açısından farklılık göstermektedir. Zira eşya hukukunda esas ayrımın taşınmaz ve taşınır eşya üzerinden yapıldığı yukarıda ifade edilmişti. Taşınmaz eşyada hak

⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 49, 101; Akipek/Akıntürk, s. 118-119; Antalya (2019), s. 111, 183; Nomer/Ergüne (2015), s. 2; Akçaal (2023), s. 129; Ayan (2015), s. 56.

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 51; Akipek/Akıntürk, s. 119; Akçaal (2023), s. 130.

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 50, 100; Akipek/Akıntürk, s. 119; Antalya (2019), s. 213 vd.; Akçaal (2023), s. 130.

sahipliği, aşağıda da izah edildiği üzere tapu sicili aracılığıyla ortaya konulmaktadır. Taşınır eşya açısından da ise, hak sahipliğine yukarıda da daha ayrıntılı izah edildiği üzere zilyetlik karine teşkil etmektedir. Dijital varlıklarda, tapu sicili gibi tek bir merkezden hepsinin kaydının tutulduğu bir sicil söz konusu değildir. Dolayısıyla taşınmaz eşya özellikleri ile bu bakımından da bir benzerlik söz konusu değildir.

Taşınır eşya üzerindeki zilyetlik ile mesele ayrıca ele alındığında ise, buradaki fiili hakimiyet ve zilyetlik iradesi hususu tartışılabilir. Yukarıda izah edildiği üzere, fiili hakimiyet ile ifade edilmek istenilen, kişi ile eşya arasındaki maddi/fiziki bağ ve ilişkidir. Buradaki maddi/fiziki bağ hususunda ise, kişi ile taşınır arasında bir yapışıklığın, sürekli bir temas ve bağlılığın olmasına gerek bulunmadığı malumu üzere kabul edilmektedir. Bir şeyden doğrudan veya dolaylı olarak yararlanılabiliyorsa, onun üzerinde tesirler icra edilebiliyorsa, o şey yabancı tesirlerden uzak tutulabiliyorsa, onun üzerinde fiili hakimiyetin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Dijital varlık ise malumu üzere fiziki/cismani varlığı olmayan, dijital ortamda yer alan bir değerdir. Bununla birlikte, dijital varlıklara fiziki/cismani varlığı olan eşya (bilgisayar, telefon, tablet gibi) aracılığıyla erişilmektedir. Bu noktada dijital varlıkların yer aldığı dijital ortamlar bazen ağ bağlantısı olan herhangi bir donanımdan internet aracılığıyla erişilen bir yerde veya bulutta, bazen ise erişim araçlarının (telefon, bilgisayar, tablet, müzik çalar vs.) hafızası ya da harici bellekler gibi donanımlar içerisinde yer almaktadır. Bazen ise bazı kripto cüzdanlara erişimde olduğu gibi soğuk cüzdan (cismani/maddi varlığa sahip bir donanım) aracılığıyla, dijital bir hesaba yine ek olarak şifrelerle de erişim sağlanabilmektedir. Bu noktada ise, dijital varlıklarda hak sahipliği, bunlara erişimde kullanılan kullanıcı adları ve şifreler ile yine ilgili fiziki/maddi varlığı olan donanıma fiili hakimiyet ile yine bunlara erişimde ya da bunlarla erişimde kullanılan varsa yine kullanıcı adları ve/veya şifreler aracılığıyla ortaya konulmaktadır. Bu noktada ise, dijital varlıklara erişim hususunda da bir fiili hakimiyetten ve dahası zilyetlik iradesinden söz edilebilir. Bununla birlikte yukarıda ifade edildiği üzere buradaki durum, hukuki anlamdaki eşya üzerindeki klasik fiili hakimiyet ve zilyetlik iradesine göre dijital dünyaya özgü farklı birtakım özellikler göstermektedir. Bunların da kendi bünyesine uygun özellikleriyle ayrı bir kategoride değerlendirilmesi daha uygundur.

C. DEVİR VE KAZANMA BAKIMINDAN

Taşınırlarda aynı hak kural olarak eşya üzerinde malik olma iradesinde zilyetliğin kurulması ile doğmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla aynı hakkın el değiştirmesi de zilyetliğin aslen kazanılmasına ve devrine bağlıdır⁵⁶. Taşınmazlarda ise aynı hakkın doğumu ve devri kural olarak tapu siciline tescille mümkündür⁵⁷. Yukarıda ifade edildiği üzere dijital varlıkların taşınmaz olarak değerlendirmeye tabi tutulması daha uzak bir ihtimaldir. Bu sebeple taşınırlara ilişkin değerlendirmeler ve karşılaştırmalar ile devam edilecektir.

Taşınırlar üzerinde aynı hak kurulmasına yönelik borçlandırııcı işlemler, kural olarak herhangi bir geçerlik şekline tabi değildir⁵⁸.

Taşınırların devri ve/veya kazanımı açısından zilyetliğin kazanılması önem arz ettiğinden zilyetliğin kazanım şekilleri burada gündeme gelmektedir. Zilyetlik aslen ve devren olmak üzere iki şekilde kazanılmaktadır⁵⁹. Zilyetliğin aslen kazanılması, eşya üzerinden daha önceden bir zilyetliğin olup olmadığına bakılmaksızın, tek taraflı irade ile fiili hakimiyetin kurulmasını ifade etmektedir⁶⁰. Mesela denizden balık tutulmasında durum böyledir⁶¹.

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 13-14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 27, 45; Akipek/Akıntürk, s. 13, 143; Antalya (2019), s. 111; Nomer/Ergüne (2015), s. 21; Akçaal (2023), s. 106.

⁵⁶ Akipek/Akıntürk, s. 13, 143; Eren, s. 502; Antalya (2019), s. 111; Akçaal (2023), s. 106.

⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 13-14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 27; Akipek/Akıntürk, s. 13; Eren, s. 205; Antalya (2019), s. 111; Topuz, s. 112; Akçaal (2023), s. 106-107. Bununla birlikte bunun istisnaları söz konusudur. Mesela TMK. m. 705/II'de, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılacağı bazı hallere yer verilmiştir. Bunlara örnek olarak miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri gösterilebilir.

⁵⁸ İstisnaen bazı taşınırlar için motorlu araçlar, sivil hava araçları gibi resmi şekil öngörülmüştür. Taşınmazlarda ise hukuki işlemler, kural olarak resmi şekle tabidir (TMK. m. 706, 781; TBK. m. 237).

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 67-68; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 62; Akipek/Akıntürk, s. 143; Akçaal (2023), s. 148; Ayan (2015), s. 71. Aslen ve devren kazanma yanında zilyetliğin miras yoluyla kazanılmasının üçüncü bir ayırım olarak yer verildiği görüş için bkz. Sirmen, s. 71-72; Antalya (2019), s. 238; Nomer/Ergüne (2015), s. 22.

⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 68; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 63; Akipek/Akıntürk, s. 144; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 114; Sirmen, s. 71; Esener/Güven, s. 60-

Zilyetliğin devren kazanılması, önceki zilyedin zilyetliğine dayanılarak kazanılmasını ifade etmektedir⁶². Devren kazanmada önceki zilyedin zilyetliği tamamen ortadan da kalkabilir, önceki zilyet, kendi zilyetliğini muhafaza ederek yeni bir zilyetlik de sağlayabilir (tesisen kazanma)⁶³. Zilyetliğin devren kazanılması, teslimle ve teslimsiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁴. Zilyetliğin teslimle kazanılmasında, “eşyanın teslimi”⁶⁵, “araç teslimi”⁶⁶, “fili hakimiyet kurmaya yeten anlaşma”⁶⁷ karşımıza çıkmaktadır⁶⁸. Zilyetliğin teslimsiz devri ise, “kısa elden tes-

61; Kılıçoğlu, s. 26; Antalya (2019), s. 239-240; Nomer/Ergüne (2015), s. 22; Nomer/Ergüne (2023), s. 38; Erman, s. 13; Kaplan, s. 152; Akçaal (2023), s. 148-149; Aydos, s. 20; Ayan (2015), s. 72; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 40.

⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 68; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 63; Antalya (2019), s. 240; Akçaal (2023), s. 149; Ayan (2015), s. 72.

⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 68; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 64; Akipek/Akıntürk, s. 145; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 145; Sirmen, s. 72; Esener/Güven, s. 62; Kılıçoğlu, s. 27; Antalya (2019), s. 239; Nomer/Ergüne (2015), s. 22; Erman, s. 13; Kaplan, s. 152; Akçaal (2023), s. 149; Ayan (2015), s. 72; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 40.

⁶³ Akipek/Akıntürk, s. 145; Sirmen, s. 72; Esener/Güven, s. 62; Antalya (2019), s. 238-239; Nomer/Ergüne (2015), s. 22-23; Nomer/Ergüne (2023), s. 39; Akçaal (2023), s. 150; Ayan (2015), s. 73.

⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 69 vd.; Eren, s. 504; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 62-63; Sirmen, s. 72 vd.; Esener/Güven, s. 63; Nomer/Ergüne (2015), s. 24; Akçaal (2023), s. 150; Ayan (2015), s. 73.

⁶⁵ Burada eşya doğrudan devralana teslim edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 69; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 67; Akipek/Akıntürk, s. 145-146; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 145-146; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 72-74; Esener/Güven, s. 63; Kılıçoğlu, s. 28; Antalya (2019), s. 247; Nomer/Ergüne (2015), s. 25; Nomer/Ergüne (2023), s. 42; Erman, s. 13; Kaplan, s. 153; Akçaal (2023), s. 151; Aydos, s. 22; Ayan (2015), s. 74; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 42.

⁶⁶ Eşya üzerindeki hakimiyeti sağlayacak teknik araçların teslimini ifade etmektedir. Mesela ev veya otomobilin anahtarlarının tesliminde durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 70; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 68; Akipek/Akıntürk, s. 146; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 146; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 72-74; Esener/Güven, s. 64; Kılıçoğlu, s. 28; Antalya (2019), s. 247-248; Nomer/Ergüne (2015), s. 26; Nomer/Ergüne (2023), s. 43; Erman, s. 14; Kaplan, s. 153; Akçaal (2023), s. 152; Aydos, s. 22; Ayan (2015), s. 75; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 42.

⁶⁷ Mevcut bir sözleşme gereğince, eşyanın yeni zilyedi üzerinde hakimiyet kurabileceği bir yere bırakılması halini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Teki-

lim”⁶⁹, “hükmen teslim”⁷⁰, “zilyetliğin havalesi”⁷¹, “emtiayı temsil eden senetlerin teslimi”⁷² ve “miras”⁷³ olmak üzere çeşitli görünüm şekillerine sahiptir⁷⁴.

nay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 71; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 69; Akipek/Akıntürk, s. 149; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 74; Esener/Güven, s. 64; Antalya (2019), s. 248-249; Nomer/Ergüne (2015), s. 26; Nomer/Ergüne (2023), s. 43; Erman, s. 14; Akçaal (2023), s. 152-153; Aydos, s. 23; Ayan (2015), s. 75.

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 69-73; Akçaal (2023), s. 148; Aydos, s. 22-23.

⁶⁹ Kısa elden teslim ile ifade edilmek istenilen, eşyayı hakimiyetinde bulunduran kimsenin taraflar arasındaki anlaşmadan dolayı zilyetlik sıfatının değişmesidir. Mesela kiracının eşyayı satın alması halinde durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/Akıntürk, s. 159; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 159; Eren, s. 505; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 77; Esener/Güven, s. 69; Kılıçoğlu, s. 32; Antalya (2019), s. 264 vd.; Nomer/Ergüne (2015), s. 26-27; Nomer/Ergüne (2023), s. 44; Erman, s. 14; Kaplan, s. 155; Akçaal (2023), s. 156-157; Aydos, s. 26; Ayan (2015), s. 78.

⁷⁰ TMK. m. 979/I'e göre, zilyetliği devreden özel bir ilişkiye dayanarak zilyetliğine devam etmesi halinde, devralanın teslim gerçekleşmeksizin zilyetliği kazanması halini ifade eder. Mesela yüzük satan kuyumcunun, yüzüğü parmak ölçüsüne ayarlatılması için uhdesinde tutmaya devam etmesinde durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 85; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2015), s. 71; Akipek/Akıntürk, s. 151; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 151; Eren, s. 505; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 78 vd.; Esener/Güven, s. 69; Kılıçoğlu, s. 33; Antalya (2019), s. 266 vd.; Nomer/Ergüne (2015), s. 28; Nomer/Ergüne (2023), s. 46; Erman, s. 15; Kaplan, s. 155; Akçaal (2023), s. 158-159; Aydos, s. 24; Ayan (2015), s. 79; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 43.

⁷¹ Dolaylı zilyedin, dolaysız zilyet dışındaki bir kimseye eşya üzerindeki dolaylı zilyetliğini devretmesi olarak ifade edilmektedir. Mesela malikin, kiraladığı aracını başka birine satması halinde durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 74; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 73; Akipek/Akıntürk, s. 153; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 153; Eren, s. 505; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 81 vd.; Esener/Güven, s. 71; Kılıçoğlu, s. 35; Antalya (2019), s. 275 vd.; Nomer/Ergüne (2015), s. 30; Nomer/Ergüne (2023), s. 48; Erman, s. 16; Kaplan, s. 155; Akçaal (2023), s. 160-161; Aydos, s. 25; Ayan (2015), s. 81; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 44.

⁷² Emtiayı temsil eden senetler, umumi mağazaya veya taşıyıcıya teslim edilen eşyayı gösteren, kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. Mesela makbuz senedi, varant ve konşimento emtia senetlerindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 81; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2014), s. 77; Akipek/Akıntürk, s. 156; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 156; Aybay/Hatemi, s. 48; Sirmen, s. 83 vd.; Esener/Güven, s. 74; Kılıçoğlu, s. 36; Antalya (2019), s. 287 vd.; Nomer/Ergüne (2015), s. 34; Nomer/Ergüne (2023), s. 52; Erman, s. 16; Kaplan, s. 156; Akçaal (2023), s. 164-165; Aydos, s. 26; Ayan (2015), s. 84; Erçoşkun Şenol/Sucu Yer, s. 45.

Dijital varlığın devri ile ilgili olarak ise İlkelerde iki yerde düzenlemeye yer verilmiştir. İlk olarak “Tanımlar” başlığını taşıyan İlke 2/(5)’de, “dijital varlığın devri”⁷⁵ ifadesine yer verilmiştir. Buna göre;

- (a) Dijital varlığın ‘devri’, dijital varlıktaki sahipliğinin bir kişiden başka bir kişiye geçişi anlamına gelir.
- (b) ‘Devir’ kelimesi, ortaya çıkan dijital varlık üzerindeki sahipliğin kazanılmasını içerir.
- (c) ‘Devreden’, devri başlatan/gerçekleştiren kişi anlamına gelir ve ‘devralan’, sahipliğin kendisine devredildiği kişi anlamına gelir;
- (d) ‘Devir’ terimi, teminatlı bir alacaklı lehine bir teminat hakkı verilmesini ve ‘devralan’ terimi, teminatlı bir alacaklıyı da kapsar.

Görüleceği üzere, burada “devir”, “devreden” ve “devralan” ifadeleri açıklanmıştır. Devir kelimesi, dijital varlık üzerindeki sahipliğin geçişi anlamına geldiği gibi, dijital bir varlık üzerinde teminat hakkı verilmesi anlamına da gelmektedir. Bu husus eşya hukukundaki tasarruf yetkisine benzetilebilir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, tasarruf kelimesi de mülkiyetin devri veya bir sınırlı aynı hak tesisi (sınırlı aynı haklarda rehin, aynı teminat teşkil etmektedir) anlamında kullanılmaktadır.

Dijital varlığın devrini ilgilendiren ilgili diğer düzenleme ise, “Kontrol”ün düzenlendiği İlke 6/(2)’de yer almaktadır. Burada ise “kontrolün geçişi”⁷⁶ ifadesine yer verilmiştir. Buna göre ise; “Kontrolün geçişi, paragraf (1)(a)’daki yeteneklerin başka bir kişiye devredilmesi anlamına gelir ve bir dijital varlığın akta-

⁷³ Mirasçılar, miras bırakanın terekesi üzerindeki zilyetliği doğrudan doğruya ve kanundan ötürü kazanırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** (2014), s. 65; **Akipek/Akıntürk**, s. 160; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 160; **Eren**, s. 506; **Kılıçoğlu**, s. 37; **Nomer/Ergüne** (2015), s. 23-24; **Nomer/Ergüne** (2023), s. 40; **Erman**, s. 17; **Kaplan**, s. 158; **Akçaal** (2023), s. 166-167; **Ayan** (2015), s. 86.

⁷⁴ **Sirmen**, s. 72 vd.; **Akçaal** (2023), s. 148 vd.

⁷⁵ Burada kullanılan orijinal ifade “transfer of a digital asset”dir.

⁷⁶ Burada kullanılan orijinal ifade “change of control”dür.

rılmasını, işlenmesini, imha edilmesini, iptal edilmesini veya ayrıştırılmasını ve başka bir kişinin kontrolüne tabi olan yeni bir dijital varlığın (sonuçta ortaya çıkan bir dijital varlık) ortaya çıkmasını ve buna karşılık gelen türevinin oluşturulmasını içerir”.

İlkelerde yer alan söz konusu iki düzenleme karşılaştırıldığında ilk etapta göze çarpan birkaç husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki kullanılan ifadelerdir. İlke 2’de “dijital varlığın devri” ifadesi yer almakta iken, İlke 6’da “kontrolün geçişi” kavramı kullanılmıştır. Dijital varlığın devri açıklanırken, “devir (transfer)” kelimesi ve “sahiplik/mülkiyet haklarının (proprietary rights) geçişi/değişimi (change) ve kazanılması (acquisition)” ifadelerine yer verilmiştir. Kontrolün geçişi ifade edilirken ise, kontrolü elinde bulunduranın sahip olduğu söz konusu hakların başka bir kişiye devrinden söz edilmiştir. Burada ise devir (transfer) kelimesi kullanılmasına rağmen, sahiplik veya mülkiyet anlamına gelebilecek bir kavrama (mesela İlke 2’de kullanılan proprietary rights) ya da bunun kazanılması anlamında bir kavrama (mesela İlke 2’de kullanılan acquisition) yer verilmemiştir. Dolayısıyla ortaya çıkan tabloda, dijital varlığın devri, dijital varlık üzerindeki sahipliğin devri veya dijital varlık üzerinde bir teminat hakkı verilmesi; kontrolün geçişi ise, kontrolün sağlamış olduğu yetkilerin devri anlamında kullanılmıştır. Ancak kontrol zaten dijital varlık üzerindedir. Ayrıca kontrolünün sağlamış olduğu yetkiler de aslında sahipliğin verdiği yetkilidir. Zira yukarıda yer verildiği üzere kontrol, sahibine; a) Münhasır olarak başkalarının dijital varlıktan bütün faydayı elde etmesini engelleme hakkı, b) Dijital varlıktan esas olarak bütün faydayı elde etme hakkı ve c) Söz konusu bu üç alt paragraftaki yetenekleri münhasır olarak başka bir kişiye devretme hakkını (kontrolün geçişi) vermektedir. Bununla birlikte, kontrolün geçişi, her zaman dijital varlık üzerindeki sahipliğin geçişi anlamına gelmemektedir. Zira İlke 6/(3)’de, kontrolün sağladığı yetkilerin münhasırlığına istisnalar düzenlenmiştir. Bunlar arasında, kontrolü elinde bulunduranın yetkilerini kullanmayı başkaları ile paylaşması, başkalarının kullanımına rıza göstermesi ya da karşı çıkmamasına yer verilmiştir. Dolayısıyla bir dijital varlık üzerinde kontrol geçişi, her zaman o dijital varlık üzerindeki sahipliğin tamamen devri anlamına gelmemekte, birden fazla kişinin aynı dijital varlık üzerinde kontrole veya sağladığı yetkiler-

den bir veya birkaçına sahip olabilmesi ihtimaline vücut verebilmektedir. Bazen de bir dijital varlık, yapısına hiçbir zarar gelmeden kopyalanabilir veya çoğaltılabilir. Mesela bir müzik dosyası, bir dijital resim veya video aynen kopyalanarak çoğaltılabilir. Dolayısıyla birden fazla ama aynı öze sahip dijital varlık gündeme gelebilir. Bunu aktardığınız kişi de o dijital varlık üzerinde kontrole sahip olabilir. Bu sebeple de “dijital varlığın devri” ve “kontrolün geçişi” arasındaki farklılık önem ifade etmektedir.

Kontrolün geçişi ile mülkiyet veya zilyetliğin devri arasındaki bu ayrımı vurgulamak amacıyla, mesela “teslim”, “kontrolün teslimi” veya benzer referanslar yerine, bu İlkeler sadece “kontrolün geçişi” ifadesine yer vermiştir⁷⁷. Dolayısıyla kontrolün geçişinde taşınmaz mülkiyetinin devrinde olduğu gibi bir sicil üzerinden tescil işlemi söz konusu değildir. Taşınır mülkiyetinde de zilyetliğin devri ve çeşitleri olarak karşımıza çıkan ihtimaller söz konusu değildir. Yani yukarıda yer verilen teslimli devir veya teslimsiz devir hallerine yönelik bir düzenleme bulunmamakta, sadece “kontrolün geçişi” kavramı üzerinden açıklamalar yapılmaktadır. Bu da devren kazanmaya yöneliktir ve ilgili düzenlemelerde aslen kazanmaya yönelik bir ibare de yer almamaktadır. Dolayısıyla mülkiyet veya zilyetliğin devri ile kontrolün geçişi arasında da birtakım farklar bulunmaktadır.

SONUÇ

Zamanın ilerleyişi, insan hayatında birçok yeniliği, değişikliği ve mevcut şartlara güncellenme ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Bu sebeptendir ki, tarih boyunca bazı hukuk kuralları zaman içerisinde ortadan kalkmış, bazıları değişmiş ve bazen de yenileri gelmiştir. Tarih boyunca bu döngü devam etmiştir, devam etmektedir ve devam edecektir. Geline durum itibarıyla, teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı ihtiyaçlar bizi bir noktadan sonra yeni tanımlamalar, tasnifler ve kurallar yapmaya itmektedir. Dijital varlıklar hususunda da aynı noktada bulunmaktayız. Dijital varlıklarla ilgili, yukarıda yer verilen doktrinde bir görüşçe, haklı olarak bunların mevcut hukuk kuralları kapsamında korun-

⁷⁷ Bkz. İlkeler, s. 54, N. 6.6.

ması, açıkta kalmaması, savunmasız kalmaması için eşya kavramı kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hali hazırda bu yaklaşım diğer bütün görüşler gibi hukuk ve adalet için çok kıymetlidir. Bir geçiş sürecinde bu görüşe değer vermek önemlidir. Geçiş süreci tamamlandığında ise bizleri artık yeni tanımlamalar ve kurallar beklemelidir. Zira geçiş süreci akabinde dijital varlıklarla cismani (maddi) varlıkları aynı şekilde değerlendirmek, aynı hükümlere tabi tutmak doğru olmayacaktır. Gerçekten de yapısı ve nitelikleri farklı olan, yerine göre hiçbir zarar görmeden sınırsız sayıda kopyalanabilip çoğaltılabilen dijital varlıkları cismani (maddi) varlığa sahip eşya ile aynı kefedede tutmak istenilmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Nitekim dijital varlıklar, yukarıda izah edildiği üzere Türk hukuku açısından gerek “mülkiyet” gerekse “zilyetlik” kavramları ile tam olarak örtüşmemekte, yukarıda da izah edildiği üzere birçok noktada farklı özellik göstermektedir. Bu noktada ise, söz konusu UNIDROIT ilkeleri göz önünde tutularak dijital varlıklar ile ilgili benzer düzenlemelerin mevzuatımızda yer alması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet** (2023) Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Akçaal, Mehmet** (2022) “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, TBB Dergisi, S. 159, ss. 363-396.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut** (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2018) Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Altındal, Hasan/Arslan, Yunus Emre** (2021) “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1, ss. 313-351.
- Antalya O. Gökhan** (2019) Eşya Hukuku Cilt IV/1, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Antalya, O. Gökhan** (2023) “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 2, ss. 1208-1222.
- Arıkan, Özgür** (2022) “Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT’ler”, TFM, C. 8, S. 2, ss. 323-336.
- Ayan, Mehmet** (2015) Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.
- Ayan, Mehmet** (2015) Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin** (2012) Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Aydos, Oğuz Sadık** (2023) Pratik Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Banta, Natalie M.** (2017) “Property Interests in Digital Assets: The Rise of Digital Feudalism”, Cardozo Law Review, V. 38, N. 3, pp. 1099-1158.
- Başpınar, Veysel** (2009) Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Beier, Choate/Porter, Susan** (2013) “The Digital Asset Dilemma”, NYSBA Trusts and Estates Law Section Newsletter, V. 46, N. 2, pp. 5-9.
- Conner, John** (2011) “Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person’s Digital Assets after Death”, Estate Planning & Community Property Law Journal, V. 3, N. 2, pp. 301-322.
- Çalışkan, Yusuf** (2021) “UNIDROIT”ın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış”, Public and Private International Law Bulletin, S. 41, C. 2, ss. 463-481.
- Demirboğa, Dursun Ali** (2021) Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkının Konusu ve Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları.

- Doğancı, Doğa Ekrem** (2022) “Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 1, ss. 329-370.
- Erçoşkun Şenol, Hatice Kübra/Sucu Yer, Kübra** (2023) Şematik Eşya Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Eren, Fikret** (2024) Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Legem Yayınevi.
- Erman, Hasan** (2023) Eşya Hukuku Dersleri, 10. Basım, İstanbul, Der Kitabevi.
- Ersöz, Oğuz** (2024) Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları, İstanbul, Onikilevha Yayınları.
- Ertaş, Şeref** (2012) Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir, Barış Yayınları.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2024) Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie** (2021) “Der digitale Nachlass und die Frage nach einem Sondererbrecht”, Schriften zum Familien- und Erbrecht Band/Nr. 27, Stämpfli Verlag AG, ss. 119-139.
- Hull, Ian M. et al.** (2019) “Planning Considerations for Digital Assets”, Estates, Trusts & Pensions Journal, V. 38, N. 3, pp. 250-270.
- İnce Akman, Nurten** (2018) “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, ss. 527-560.
- Kaplan, İbrahim** (2021) Türk Eşya Hukuku ile Sorulu-Cevaplı TMK Madde 683-1030, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2021) Eşya Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Lopez, Alberto B.** (2016) “Death and the Digital Age: The Disposition of Digital Assets”, Savannah Law Review, V. 3, N. 1, pp. 77-90.
- McCarthy, Laura** (2015) “Digital Assets and Intestacy”, Boston University Journal of Science and Technology Law, V. 21, N. 2, pp. 384-412.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2023) Eşya Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2015) Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2014) Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2023) Eşya Hukuku, Kısaltılmış Ders Kitabı, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

- Özlük, Betül** (2019) “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, ss. 139-166.
- Öztürk, Sevgi Ayşe,** (2022) “Yeni Bir Dijital Varlık Olarak NFT: Pazarlama Dünyasındaki Yeri Üzerine Değerlendirmeler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22(4), ss. 1151-1164.
- Phelps, Charles** (2014) “More Inheritable Rights for Digital Assets”, Rutgers Law Record, 41, pp. 131-153.
- Sarıdağ, Orhan Gazi** (2022) “Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 13.11.2020 Tarihli Kararı Çerçevesinde Dijital Terekenin Kapsamının İncelenmesi,” Bilişim Hukuku Dergisi C. 4, N. 2, ss. 191-232.
- Sheridan, Patricia** (2020) “Inheriting Digital Assets: Does the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Fall Short?”, Ohio State Technology Law Journal, V. 16, N. 2, pp. 363-394.
- Sirmen, A. Lale** (2023) Eşya Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Legem Yayınevi.
- Tekelioğlu, Numan** (2022) “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, SÜHFD., C. 30, S. 3, ss. 1301-1329.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1989) Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik - Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Topuz, Murat** (2020) Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Turan Başara, Gamze** (2023) “Kripto Paralarla İlgili Miras Hukukuna Özgü Temel Meseleler”, İnÜHFD, S. 14, C. 1, ss. 15-30.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel** (2023) Şekli Eşya Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- van Erp, Sjef** (2019) “Access Management of Digital Assets”, European Property Law Journal (EPLJ), V. 8, N. 3, pp. 227-230.
- van Erp, Sjef** (2016) “Ownership of Digital Assets?”, European Property Law Journal (EPLJ), V. 5, N. 2, pp. 73-76.
- Walsh, Suzanne B.** (2014) “Coming Soon to a Legislature Near You: Comprehensive State Law Governing Fiduciary Access to Digital Assets”, Charleston Law Review, V. 8, N. 3, pp. 429-450.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

YAYIN POLİTİKASI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
3. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlayabilir.
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. Editörler Kurulu üyelerinden birinin dergiye çalışma göndermesi durumunda çalışma sahibi yayın sürecine dahil edilmez.
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. Dergiye gönderilen çalışmalar, hakem süreçlerinin tamamlanması kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
9. 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.

10. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
11. 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.
12. 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.
13. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
14. 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.
15. 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.
16. 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.
17. Derginin resmî web adresi: www.aybu.edu.tr/ybhd

Hakem Değerlendirme Süreci

1. Araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri için ise bir hakem atanır. Bu hakemler alan editörleri tarafından belirlenir. Hakemlerin atanmasında, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya destek sağlayanlarla çıkar çatışmasının bulunmaması gözetilir.
2. Hakemlerin belirlenmesinde, makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması şartları aranır.
3. Hakemlerden birden fazlası, yazarlarla aynı kuruma mensup olamaz.
4. Eğer yazarlar akademisyen ise hakemler bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. Konu bakımından hakem bulmanın zor olduğu durumlarda, dengi veya alt akademik unvana sahip kişiler de hakem olarak belirlenebilir.
5. Hakem incelemelerinde kör hakemlik usulü uygulanır.

6. Hakemlerden kendilerine “DergiPark” üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 7 gün içinde cevap vermeleri istenir. Gerekli durumlarda süre 5 gün olarak uzatılır. Süre en fazla iki kere uzatılır. Süresi içerisinde kabul edilmeyen veya reddedilen davetler, editör veya yardımcıları tarafından sistem üzerinden iptal edilir. Bu durumda editör veya yardımcıları başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.
7. Kabul sonrasında hakem, “DergiPark” hesabı üzerinden anonimleştirilmiş makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.
8. Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editör ve yardımcılarına bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.
9. Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve makul yeterlilikte bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.
10. Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.
11. Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayınlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.
12. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar.
13. Hakemler, herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durumu editör veya yardımcılarına rapor etmeleri gerekmektedir.
14. Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle “DergiPark” sistemi üzerinden değerlendirilir. Bilimsel üsluba ve nezakete uygun olmayan yorumlar editör veya yardımcıları tarafından engellenir.

YAZIM KURALLARI

1. Çalışmaların toplam kelime sayısı 3.000-12.000 arasında olmalıdır. Özet kelime sayısı ise 150-250 arasında olmalıdır. Çalışmalarda 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeleri, ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır.
2. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

3. Özet, Giriş ve Sonuç başlıklarına numara verilmemelidir.
4. Çalışmada, içindekiler ve kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.
5. Kaynakça, çalışma sonunda yer almalı ve yazar soyadına göre alfabetik sıraya göre düzenlenmelidir. Kaynakçada, metin içerisinde atfı yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
6. Metin içindeki atıflara dipnotta yer verilmelidir.
7. Bir esere yapılan *kaynakça* ve *ilk atıfta* sadece **yazarın soyadı ve adı** koyu karakterle yazılmalı, *kısa atıflarda* ise sadece **yazarın soyadı** koyu karakterle yazılmalıdır. “a.g.e” gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.
8. Bir esere *ilk atıfta* tüm detaylar belirtilmeli; devam eden kısımlarında ise *kısa atıf* kullanılmalıdır: (**Soyadı**, s. ^)
9. Aynı yazarın birden fazla eserine *kısa atıfta* eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl da belirtilmelidir: (**Soyadı** (Yıl) s. ^)
10. Aynı yazarın aynı yıldaki birden fazla eserine *kısa atıfta* yıl bilgisinden sonra eser isminin kısaltması yazılmalıdır: (**Soyadı** (Yıl) Kısa Başlık, s. ^)
11. Aynı eserdeki birden fazla yazarın ayrımında “/” işareti kullanılmalıdır.
12. Bir dipnottaki birden fazla eserin ayrımında “;” işareti kullanılmalıdır.
13. Aşağıdaki kurallarda belirtilmeyen bir esere (arşiv belgesi, yabancı mahkeme kararı vb.) atfı yapılması halinde, tercih edilen yöntem tüm çalışmada yeknesak olmalıdır.

Kısaltmalar

C.	Cilt	S.	Sayı
E.	Esas	s.	sayfa
K.	Karar	ss.	sayfa aralığı
§	paragraf	dn.	dipnot
T.	Tarih	s.e.t.	son erişim tarihi

Not: Aşağıdaki atıf örneklerinde yer alan [^] işareti uygun şekilde doldurulacak değişkeni gösterir.

KİTAP

Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, [^]. Baskı, Şehir, Yayınevi.

Kaynakça: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

İlk Atıf: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 25.

Kısa Atıf: **Köseoğlu**, s. 25.

MAKALE

Soyadı, Adı (Yıl) “Makale Adı”, Dergi Adı, C. [^], S. [^], ss. [^].

Kaynakça: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, ss. 517-546.

İlk Atıf: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, ss. 517-546, s. 520.

Kısa Atıf: **Karataş Durmuş**, s. 520.

İki veya çok yazar durumunda yazar isimleri:

Soyadı, Adı/Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, [^]. Baskı, Şehir, Yayınevi.

Kaynakça: **Eminoğlu, Cafer/Kıran, Süleyman/Meral, Nevin/Çakır Çelebi, F. Betül/Aksoy, Kemalettin Ahmet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kısa Atıf: **Eminoğlu/Kıran/Meral/Çakır Çelebi/Aksoy**, s. 13.

Aynı yazarın birden fazla eserine kısa atıf:

Eserin farklı yıllarda olması durumunda

Soyadı (Yıl) s. [^].

Köseoğlu (2011) s. 25.

Köseoğlu (2004) s. 35.

Eserin aynı yılda olması durumunda

Soyadı (Yıl) Kısa Başlık, s. [^].

Köseoğlu (2011) Bireysel Emeklilik, s. 55.

Köseoğlu (2011) Bildirimli Fesih, s. 25.

Not: Aşağıdaki eser türlerinin kısa atıflarında kitap ve makaledeki kurallar geçerlidir.

KİTAP BÖLÜMÜ

Soyadı, Adı (Yıl) “Bölüm Adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı, ^, Baskı, Şehir, Yayınevi, ss. ^.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, ss. 100-130.

ÇEVİRİ

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 Kitabevi).

TEZ

Soyadı, Adı (Yıl) Tez Başlığı (Yüksek Lisans Tezi/Doktora Tezi), Üniversite, Enstitü.

Örnek: **Kılınç, Ahmet** (2013) Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TEBLİĞ

Soyadı, Adı, “Tebliğin Başlığı”, Konferans/Sempozyum Adı, Tarih, Yer.

Örnek: **Korkmaz, Cansu**, “Marka Tescil Başvurularına İlişkin İtiraz Prosedüründe Arabuluculuk”, Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi, 4-6 Temmuz 2022, Antalya, Türkiye.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, “Başlık”, Yayın Tarihi <internet adresi> s.e.t. ^.

Örnek: **Acer, Yücel**, “İsrail’in Hukukla İmtihanı ve Türkiye’nin Adalet Divanı’ndaki Sunumu”, 02.03.2024 <www.setav.org> s.e.t. 27.03.2024.

Metinde sayfa numarası yoksa kısa atıfta eserin ilk geçtiği dipnot numarası yazılmalıdır.

Örnek: **Acer**, dn. 24.

MAHKEME KARARLARI ATIF ÖRNEKLERİ

Ankara 3. Sulh Mahkemesi,
Ankara 1. İdare Mahkemesi,
Ankara BAM 10. CD,
Yargıtay 2. CD/HD, E. ^, K. ^, T. ^ <erişim adresi> s.e.t. ^.
YCGK/YHGK, E. ^, K. ^, T. ^ (Aktaran: eser künyesi).
Danıştay 10. Daire,
Danıştay İDDK/VDDK,

Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi için:

AYM, E. 2020/100, K. 2022/100, 04/04/2022, § ^.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru için:

AYM, Ali Çelik, B. No: 2021/21, 02/02/2021, § ^.

PUBLICATION POLICY

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is published semiannually.
2. Articles written in Turkish, German, French, and English may be published in the journal.
3. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue.'
4. Manuscripts submitted for review are considered to be "final versions". Therefore, the authors guarantee that they have reviewed the manuscripts before submission, approve them for publication as submitted, and accept the citation rules of the journal. 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 via 'DergiPark'. Unqualified manuscripts are not sent 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 required corrections based on the referees' reports. Following these corrections, 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 manuscript to a third referee. If a member of the Editorial Board submits a manuscript to the journal, the author is not included in the publication process.
6. The Editorial Board holds the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publication in an issue and in which issue to publish the manuscripts, in accordance with the varieties of the topics and branches. The authors are informed about this decision and the underlying reasons. Furthermore, one author cannot have multiple articles published in the same issue. In case multiple manuscripts are submitted by an author, the submissions will be evaluated for subsequent issues based on their chronological order. This rule also applies to all multi-authored manuscripts.
7. The submitted manuscripts are evaluated by the Editorial Board, taking into account the number of articles in the relevant issue, topics, and fields, to decide whether they will be published in the current issue, provided that the peer review processes are completed.
8. If the refereed reviews are not completed on time, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
9. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and less than 12,000 words. The manuscripts should consist of an abstract (typically 150-250 words) and 5-10 keywords. If the text is in Turkish, then 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 required changes will be made by the Language Editors. The changes will be reported to the authors.

10. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
11. 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 YBLR simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
12. The YBLR requires the submission of manuscripts via <https://dergipark.org.tr/en/pub/ybuhukuk>. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails on a separate document.
13. The acceptance of a submitted manuscript for publication 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 delivered to the authors via 'Dergipark'.
14. The submitted manuscripts' authors accept to waive 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.
15. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
16. 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.
17. Official web page of the YBLR is: www.aybu.edu.tr/ybhd

Evaluation Process of Reviewers

1. Two reviewers are appointed for research articles and one for translation articles. These reviewers are determined by the field editors. In the appointment of reviewers, it is ensured that there is no conflict of interest with the research, authors and/or those who support the research.
2. In determining the reviewers, it is required that they have studies in the field of the article or are competent in the relevant field.
3. More than one of the reviewers cannot belong to the same institution as the authors.
4. If the authors are academics, the reviewers are selected among academics with a higher title. In cases where it is difficult to find reviewers in terms of subject matter, people with equivalent or lower academic titles can also be appointed as reviewers.
5. Double blind peer review is adopted by YBLR.
6. Reviewers are expected to respond to the YBLR's invitation within 7 days. If necessary, the deadline is extended by 5 days. The deadline is extended at most twice. Invitations that are not accepted or directly rejected within the deadline are canceled by the editor or assistant editors through the system. In this case, the editor or assistant editors can send a review invitation to another reviewer.

7. After the decision of acceptance, the reviewer can access the anonymized manuscript file and the reviewing form through their 'DergiPark' account.
8. If the reviewer does not consider himself/herself competent in the subject matter of the manuscript or is unlikely to be able to provide timely feedback, he/she should inform the editor and his/her assistants and should request the reviewing process be canceled.
9. Reviewers are obliged to fill in the reviewer evaluation form truthfully and provide a reasonably adequate scientific evaluation.
10. Articles must be found suitable for publication by at least two reviewers. Reviewers may request minor or major revisions to the article. In this case, the author is asked to revise the article in accordance with the reviewers' comments. In case of minor revision, the revised article is checked by the relevant assistant editor. In case of major revision, the article is re-submitted to the same reviewer, and he/she is requested to decide on the suitability of the revised version for publication.
11. Articles that are not deemed suitable for publication by both reviewers are not published. If one of the reviewers deems the article unsuitable for publication, the article may be rejected by the editorial board or sent to a third reviewer, taking into account the comments of the other reviewer on the article. The field editor decides whether the article is suitable for publication in line with the opinions of the third reviewer.
12. Reviewers and editorial board members cannot discuss articles with other people. Reviewers keep all information about submitted manuscripts confidential.
13. If the reviewers notice any copyright infringement or plagiarism, they are required to report the situation to the editor or his/her assistants immediately.
14. Reviewers are evaluated through the 'DergiPark' system based on criteria such as timeliness and performance. Comments that are not in accordance with scientific genre and politeness are blocked by the editor or assistant editors.

WRITING RULES

1. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12,000 words. The manuscripts 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.
2. 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

3. Abstract, Introduction and Conclusion headings should not be numbered.
4. The table of contents and abbreviations should not be included.
5. The bibliography should appear at the end of the manuscript and should be arranged in alphabetical order according to the surname of the author. It is not obligatory to include the legislation or court decisions cited in the text in the bibliography.
6. References in the text should be given in footnotes.
7. In the *bibliography* and *first citation* to a work, only the **author's surname** and **name** should be written in boldface, and in *short citation*, only the **author's surname** should be written in boldface. Abbreviations such as "Ibid" should not be used.
8. In the *first citation* of a work, full details should be given; in the following parts, a *short citation* should be used: (**Surname**, p. ^)
9. In *short citation* to more than one work by the same author, the year of publication should also be indicated to distinguish the work: (**Surname** (Year) p. ^)
10. The "/" sign should be used to distinguish more than one author in the same work.
11. The ";" sign should be used to distinguish more than one work in a footnote.
12. In case of citing a work (archival document, foreign court decision, etc.) that is not specified in the rules below, the preferred method should be uniform throughout the entire article.

Abbreviations

V.	Volume	I.	Issue
E.	Esas no	p.	page
K.	Karar no	pp.	page range
T.	Date	fn.	footnote
§	paragraph	l.a.d.	last accessed date

Note: In the following citation examples, the sign ^ indicates the variable to be filled in appropriately.

BOOK

Surname, Name (Year) Book Title, ^, Edition, City, Publisher.

Bibliography: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Edition, İstanbul, Beta Yayınevi.

First citation: **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2011) İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, 1. Edition, İstanbul, Beta Yayınevi, p. 25.

Short citation: **Köseoğlu**, p. 25.

ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article Title”, Journal Name, V. ^, I. ^, pp. ^.

Bibliography: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Law Review, I. 2, pp. 517-546.

First citation: **Karataş Durmuş, Neslihan** (2022) “İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi”, Yıldırım Beyazıt Law Review, I. 2, pp. 517-546, p. 520.

Short citation: **Karataş Durmuş**, p. 520.

Author names in case of two or more authors:

Surname, Name/Surname, Name (Year) Book title, ^, Edition, City, Publisher.

Bibliography: **Eminoğlu, Cafer/Kıran, Süleyman/Meral, Nevin/Çakır Çelebi, F. Betül/Aksoy, Kemalettin Ahmet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Short citation: **Eminoğlu/Kıran/Meral/Çakır Çelebi/Aksoy**, p. 13.

Short citation to multiple works of the same author:

In case the works are from different years

Surname (Year) p. ^.

Köseoğlu (2011) p. 25.

Köseoğlu (2004) p. 35.

In case the works are in the same year

Surname (Year) Short Title, p. ^.

Köseoğlu (2011) Bireysel Emeklilik, p. 55.

Köseoğlu (2011) Bildirimli Fesih, p. 25.

Note: For short citations of the following types of works, the rules for books and articles apply.

BOOK SECTION

Surname, Name (Year) “Book Section Title”: Editor’s Surname, Name (Editor/s), Book Title, ^.
Edition, City, Publisher, pp. ^.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications, pp. 100-130.

TRANSLATION

Author’s Surname, Name (Year) Book Title, ^. Edition, City, Publisher (Translator: Translator’s Surname, Name (Year) Translation Book Title, ^. 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 Kitabevi).

THESIS

Surname, Name (Year) Thesis Title (Master’s Thesis /Doctoral Thesis), University, Institute.

Example: **Kılıç, Ahmet** (2013) Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir (Doctoral Thesis), Gazi University, Institute of Social Sciences.

CONFERENCE PROCEEDING

Surname, Name, “Title of the Annunciation”, Conference Name, Date, Place.

Example: **Korkmaz, Cansu**, “Marka Tescil Başvurularına İlişkin İtiraz Prosedüründe Arabuluculuk”, International Mediterranean Law Congress, July 4-6, 2022, Antalya, Türkiye.

INTERNET ADDRESS

Surname, Name, “Title”, Publication Date <Internet address> l.a.d. ^.

Example: **Acer, Yücel**, “İsrail’in Hukukla İmtihanı ve Türkiye’nin Adalet Divanı’ndaki Sunumu”, 02.03.2024 <www.setav.org> l.a.d. 27.03.2024.

If there is no page number in the text, the footnote number where the work is first mentioned in the manuscript should be written in the short citation.

Example: **Acer**, fn. 24.

EXAMPLES OF REFERENCES TO COURT DECISIONS

Citation for other jurisdictions is as they are cited in their own jurisdictions.

Ankara 3. Sulh Mahkemesi,
Ankara 1. İdare Mahkemesi,
Ankara BAM 10. CD,
Yargıtay 2. CD/HD, E. ^, K. ^, T. ^ <erişim adresi> s.e.t. ^.
YCGK/YHGK, E. ^, K. ^, T. ^ (Aktaran: eser künyesi).
Danıştay 10. Daire,
Danıştay İDDK/VDDK,

Control of norms decisions of Constitutional Court:

AYM, E. 2020/100, K. 2022/100, 04/04/2022, § ^.

Individual Application Decisions of Constitutional Court:

AYM, Ali Çelik, B. No: 2021/21, 02/02/2021, § ^.

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 yayın), 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 atıf 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 yükseltmelere 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 tanıyıcı 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.