

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**(SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW REVIEW**



**Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2021**

**Volume: 11, No: 1, Year: 2021**

**ISPARTA**

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW  
REVIEW**

**Cilt (Volume): 11, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2021, ISPARTA**

**ISBN: 2146-7129**

**DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER**



**TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı**



**SOBİAD Sosyal Bilimler Atf Dizini**



**HEINONLINE Veri Tabanı**

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW  
REVIEW**

**Cilt (Volume): 11, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2021, ISPARTA**

**ISBN: 2146-7129**

**Sahibi / Owner**

**Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına**

Prof. Dr. Yüksel METİN

**Editör / Editor**

Prof. Dr. Yüksel METİN

**Editör Yardımcıları / Co- Editors**

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

**Yayın Kurulu / Editorial Board**

Prof. Dr. Yüksel METİN

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Arş. Gör. Egemen ESEN

Arş. Gör. İsmail AKBAŞ

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA



## Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr Mariagiulia Giuffré	Edge Hill University / Ormskirk
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

## SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayardaCalibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı,

gerekiyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucular,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, akademisyenlerin ve araştırmacıların birbirinden değerli eserleriyle 2011 yılının Haziran ayında başladığı yayım hayatına onuncu yılını tamamlamış olmanın gururu ve 2021 yılının ilk sayısı ile devam etmektedir. Dergimizin bu sayısında eser sayısının fazlalığı sebebiyle ve okuyucuyu daha rahat yönlendirebilmek maksadıyla eserler arasında kamu ve özel hukuk tasnifi yapmış bulunmaktayız.

Kamu hukuku makaleleri başlığı altında ilk olarak Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Hilal Demir'in "Brian Tamanaha: Hukuk Teorilerinin "Kayıp Kolu" Işığında Hukuk Kavramını Yeniden Düşünmek" isimli makalesi yer almaktadır. Ardından Dr. Öğr. Üyesi Emin Koç'un "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Taşra Teşkilatına Yansımaları" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Bayram Doğan ve Mehmet Turan'ın "Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası" isimli makaleleri, Biruk Paulos ve Dr. Öğr. Üyesi Seydi Çelik'in İngilizce kaleme aldıkları "İfade Özgürlüğü Teorisi Işığında Sosyal Medyada Nefret Söylemini Düzenlemenin Zorlukları" isimli makaleleri, Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül Kale Özçelik'in "Covid-19 Salgını Sürecinde Üniversite Eğitiminde Kullanılan Uzaktan Eğitim Platformlarının 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Yıldız Özsalmanlı'nın "Bulgaristan Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Kamusal Reformları" başlıklı makalesi, Arş. Gör. Osman Kağan Ergür'ün "Türk Vergi Hukukunda Terkin Müessesesi" başlıklı makalesi ve Berk Cem Tatar'ın "Karşılaştırmalı Yargı Kararları Işığında Mahkûmların Haberleşmeye Saygı Hakları" isimli makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri başlığı altında ise ilk olarak Av. Ekin Cansu Kamacı ve Prof. Dr. M. Fahrettin Önder'in "Kambiyo Senetleri ile Makbuz Senetlerinin Benzer ve Farklı Yönleri" başlıklı makaleleri yer almakta; ardından Dr. Öğr. Üyesi Işıl Egemen Demir'in "Kompetenz - Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi" başlıklı makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Gençer Özdemir'in "Kripto Paraların Eşya Niteliği" başlıklı makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Evren Koç'un "Aşırı Yararlanmanın Sulhe Etkisi" başlıklı makalesi, Dr. Öğr. Üyesi

Yalçın Bostancı ve Arş. Gör. Tunahan Çetinel'in "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukunun Bazı Kurumları Bakımından Değerlendirilmesi" başlıklı makaleleri ve Dr. Öğr. Üyesi Nazım Aksoy'un "Rusya Federasyonu Yargı Örgütü ve Türkiye Rusya Arasında Hukuk Alanında Adlî (Hukuki ve Ticari) İşbirliği Anlaşması Çalışmasına Yönelik Bir Araştırma" başlıklı makalesi yer almaktadır.

Son olarak Londra Adalet Müşaviri Süleyman Özar'ın "Anayasa Mahkemesi'nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun On Altı Yılı" başlıklı karar incelemesi ile toplam on beş eser istifadenize sunulmuştur.

Önceki sayılarımızda olduğu gibi akademisyenlerin ve araştırmacıların hukuki görüşlerini bildirdikleri kıymetli eserlerini yayımlama hedefimizi bu sayıda da gerçekleştirdiğimiz dergimizin bilim dünyasına fayda sağlaması ümidiyle...

**Editör**

**Prof. Dr. Yüksel METİN**

## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER:

#### KAMU HUKUKU:

- 1. Brian Tamanaha: Hukuk Teorilerinin “Kayıp Kolu” Işığında Hukuk Kavramını Yeniden Düşünmek ..... 1**  
Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Hilal Demir
- 2. Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi ve Taşra Teşkilatına Yansımaları .....35**  
Dr. Öğr. Üyesi Emin Koç
- 3. Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası .....69**  
Dr. Öğr. Üyesi Bayram Doğan, Mehmet Turan
- 4. İfade Özgürlüğü Teorisi Işığında Sosyal Medyada Nefret Söylemini Düzenlemenin Zorlukları .....97**  
Biruk Paulos, Dr. Öğr. Üyesi Seydi Çelik
- 5. Covid-19 Salgını Sürecinde Üniversite Eğitiminde Kullanılan Uzaktan Eğitim Platformlarının 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ..... 135**  
Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül Kale Özçelik
- 6. Bulgaristan Cumhuriyeti’nin Avrupa Birliği’ne Giriş Sürecinde Kamusal Reformları..... 171**  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Yıldız Özsalmanlı
- 7. Türk Vergi Hukukunda Terkin Müessesesi..... 191**  
Arş. Gör. Osman Kağan Ergür
- 8. Karşılaştırmalı Yargı Kararları Işığında Mahkûmların Haberleşmeye Saygı Hakları..... 209**  
Berk Cem Tatar

**ÖZEL HUKUK MAKALELERİ:**

**1. Kambiyo Senetleri ile Makbuz Senetlerinin Benzer ve Farklı Yönleri ..... 229**

Av. Ekin Cansu Kamacı, Prof. Dr. M. Fahrettin Önder

**2. Kompetenz - Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi ..... 255**

Dr. Öğr. Üyesi Işıl Egemen Demir

**3. Kripto Paraların Eşya Niteliği ..... 289**

Dr. Öğr. Üyesi Gençer Özdemir

**4. Aşırı Yararlanmanın Sulhe Etkisi ..... 307**

Dr. Öğr. Üyesi Evren Koç

**5. İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Taleplerinin Usûl Hukukunun Bazı Kurumları Bakımından Değerlendirilmesi ..... 331**

Dr. Öğr. Üyesi Yalçın Bostancı, Arş. Gör. Tunahan Çetinel

**6. Rusya Federasyonu Yargı Örgütü ve Türkiye Rusya Arasında Hukuk Alanında Adli (Hukuki ve Ticari) İşbirliği Anlaşması Çalışmasına Yönelik Bir Araştırma ..... 377**

Dr. Öğr. Üyesi Nazım Aksoy

**KARAR İNCELEMESİ:**

**Anayasa Mahkemesi'nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun On Altı Yılı ..... 409**

Londra Adalet Müşaviri Süleyman Özar

## CONTENTS

### **ARTICLES:**

#### **PUBLIC LAW:**

- 1. Brian Tamanaha: Re-Thinking The Concept of Law in Light of The Legal Theories' Lost Branch ..... 1**

Assist. Prof. Dr. Nazlı Hilal Demir

- 2. The Turkish Presidential Government System and Its Reflections on The Provincial Organization .....35**

Assist. Prof. Dr. Emin Koç

- 3. Medina in The Context of Constitutional Law .....69**

Assist. Prof. Dr. Bayram Doğan, Mehmet Turan

- 4. The Challenges of Regulating Hate Speech on Social Media in Light of The Theory of Freedom of Expression.....97**

Biruk Paulos, Assist. Prof. Dr. Seydi Çelik

- 5. The Evaluation of Distance Education Platforms Used in University Education During Covid-19 Pandemic Disease Under The Personal Data Protection Law .....135**

Assist. Prof. Dr. Fatmagül Kale Özçelik

- 6. Public Reforms in Republic of Bulgaria's Accession Process to The European Union ....171**

Assist. Prof. Dr. Ayşe Yıldız Özsalmalı

- 7. Abatement Regulation Within Turkish Tax Law.....191**

Res. Asst. Osman Kağan Ergür

- 8. Right to Correspondence of Prisoners in The Light of Comparative Judicial Verdicts ....209**

Berk Cem Tatar



***PRIVATE LAW:***

**1. Similar and Different Aspects of Bills Of Exchange and Receipts.....229**

Attorney at Law Ekin Cansu Kamacı, Prof. Dr. M. Fahrettin Önder

**2. Kompetenz-Kompetenz Principle and Its Negative Effect .....255**

Assist. Prof. Dr. Işıl Egemen Demir

**3. The Property Qualification of Cryptocurrencies .....289**

Assist. Prof. Dr. Gençer Özdemir

**4. The Effect of Lesion on The Settlement.....307**

Assist. Prof. Dr. Evren Koç

**5. Evaluation of Compensations Arising from Work Accident and Occupational Diseases in  
Terms of Some Institutions of Procedural Law.....331**

Assist. Prof. Dr. Yalçın Bostancı, Res. Asst. Tunahan Çetinel

**6. The Judicial System of The Russian Federation and The Research on Agreement Studies  
Judicial Cooperation in Civil (Civil and Commercial) Matter Between Turkey and Russia .377**

Assist. Prof. Dr. Nazım Aksoy

***REVIEW OF JUDGMENT:***

**Sixteen Years of Turkish Penal Code Within The Framework of Norms Reviewed on The  
Merit by The Constitutional Court .....409**

Legal Counsellor of Turkish Embassy in London Süleyman Özar

## MAKALELER / ARTICLES

**BRIAN TAMANAHA:  
HUKUK TEORİLERİNİN “KAYIP KOLU” IŞIĞINDA  
HUKUK KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK\***

**Dr. Öğretim Üyesi Nazlı Hilal DEMİR\*\***

**ÖZ**

Henüz hukuk fakültelerinin ilk yıllarından itibaren karşılaşılan ve ilk etapta cevaplanmasının kolay olduğu düşünülen “*hukuk nedir?*” sorusunun literatürde tek bir yanıtının olmadığı bilinmektedir. Bunun nedenini, hukuk kavramının görünenden çok daha karmaşık bir arka planının bulunduğu şekilde açıklamak mümkündür. Bu durumu destekler nitelikte Brian Tamanaha’nın, eserlerinde -günümüze kadar gelen hukuk tanımlarının neden başarısız olduklarına ilişkin tespitleri ışığında- söz konusu soruya net bir cevap geliştirebilmenin mümkün olmadığını ileri sürerek adından oldukça söz ettirdiği görülmektedir. Buradan hareketle çalışmada okuyucu, Tamanaha’nın görüşleri doğrultusunda mevcut hukuk tanımlarını *sorgulamaya* ve hukuk kavramını *yeniden düşünmeye* davet edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Brian Tamanaha, Hukuk Teorileri, Hukuk Kavramı, Gerçekçi Hukuk Teorisi, Toplumsal Hukuk Teorisi.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30/03/2021

Kabul Edildiği Tarih: 11/05/2021

\*\* İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

E-Mail: nh.demir@iku.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2190-3749

**BRIAN TAMANAHA:  
RE-THINKING THE CONCEPT OF LAW  
IN LIGHT OF THE LEGAL THEORIES' *LOST BRANCH***

**ABSTRACT**

It is known that there is not a single answer to the question of "what is law?", which has been encountered since the first years of law faculties and is thought to be easy to answer at first. It is possible to explain the reason for this as the concept of law has a much more complex background than it appears. In support of this situation, it is seen that Brian Tamanaha has made a name for himself by arguing that it is not possible to develop a definitive answer to the question, in the light of his arguments as to why the portraits of law have failed until today. In this context, the reader is invited to question the existing definitions of law and rethink the concept of law in line with Tamanaha's views.

**Keywords:** Brian Tamanaha, Legal Theories, Concept of Law, Realistic Theory of Law, Social Legal Theory.

## GİRİŞ

Tarih boyunca birçok teorisyenin, cevaplanmasına yönelik sayısız girişimleri bulunan “*hukuk nedir?*” sorusu karşısında verilen yanıtlarda üç baskın yaklaşımın rol oynadığından bahsedilebilmektedir. Birbirinden farklı bu bakış açılarının tümünün, günümüzden iki bin yıldan fazla bir süre önce kaleme alınan *Minos* diyalogunda ortaya koyulduğunu görmek ise son derece heyecan verici niteliktedir. Bu doğrultuda *Minos* diyaloguyla paralel olarak -zaman içerisinde farklı isimler alsalar da- literatürde hukuk teorilerinin üç temel kola ayrıldığı görülmekte, ancak günümüze yaklaşıldığında bu teorilerden *birinin* adeta sürgüne gönderilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında hukukun doğasına ilişkin teorik tartışmalarda önemli bir perspektifin eksik kaldığına dikkat çeken Brian Tamanaha, bir yandan ortadan kaybolan *üçüncü* teoriyi ait olduğu yere koymaya çalışmakta, diğer yandan özellikle geri kalan *iki* akım çerçevesinde ileri sürülen biçimsel ve işlevsel hukuk tanımlamalarının başarısız bir görünüm sergilemekte olduklarını vurgulamaktadır. Peki, Tamanaha’ya göre bu savların ardında bulunan gerekçeler nelerdir ve dahası farklı bir hukuk tanımı mümkün müdür? İşte çalışma boyunca bu soruların cevaplarına odaklanılarak *Minos-Kayıp Hukuk Teorisi-Brian Tamanaha* üçgenine ışık tutulmaya çalışılacaktır.

### I. MİNOS YA DA YASA ÜZERİNE

**Sokrates:** *Söyle bakalım, bizim için yasa nedir?*

**Öğrenci:** *Hangi tür yasadaki bahsediyorsun?*

**Sokrates:** *Bu da ne demek?*

*Bir yasayla bir diğer yasa arasında yasa olmaları açısından fark mı bulunuyor? Şimdi sana sorduğum şeyi bir düşün. Bunu sana “altın nedir?” diye sormuş gibi soruyorum. Bu durumda eğer bana ne tür bir altından bahsettiğimi sorsaydın, sanırım doğru bir soru sormuyor olurdun. Altının diğer altından ya da taşın bir diğer taştan, altın ya da taş olmaları açısından farkları bulunmadığını düşünüyorum; aynı şekilde yasa da diğer yasadaki herhangi bir şekilde farklı değildir. Tüm yasalar aynıdır. Herhangi biri daha az ya da daha fazla yasa olmayıp, hepsi aynı derecede yasadır. Sorduğum şey tam olarak bu: Genel anlamda yasa nedir? (313a-b)<sup>1</sup>*

Platon’un, adını Zeus’un oğlu (ve öğrencisi) olan Girit kralı *Minos*’tan alan<sup>2</sup> tartışmalı -belki de bu nedenle literatürde hak ettiği kadar önem verilen- *Minos* diyalogu, Sokrates’in “*yasa nedir?*” sorusuyla başlamakta ve ardından yasanın doğasına ilişkin açıklamalarla devam etmektedir. Tarih boyunca birçok teorisyenin,

<sup>1</sup> Çalışmada *Minos* diyalogu kaleme alınırken üç farklı eserden yararlanılmıştır. Bununla beraber, gerekli görüldüğü yerlerde diyalog sadeleştirilerek aktarılmış ve akıcılığın sağlanabilmesi amacıyla çoğunlukla anlam odaklı çeviri yöntemi benimsenmiştir. Çeviride kullanılan eserler için bkz. Thomas L. Pangle, *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*, London, Cornell University Press, 1987, s. 53-66; Huntington Cairns, “What Is Law?” *Washington and Lee Law Review*, C:27, S:2, s.211-222; W.R.M. Lamb, *Plato: Charmides, Alcibiades 1 & 2, Hipparchus, The Lovers, Theages, Minos, Epinomis*, Cambridge, Harvard University Press, 1927, s.389-421. Ayrıca *Minos* diyalogunun Türkçe çevirileri için bkz. Platon, *Minos-Epinomis*, (çev.) Furkan Akderin, İstanbul, Say Yayınları, 2020; Platon, *Minos*, (çev.) Hamdi Varoğlu, İstanbul, Sosyal Yayınları, 2001.

<sup>2</sup> Üçüncü kişinin dahil olmadığı ve Sokrates dışında herhangi bir isme rastlanmayan bahse konu diyalog, bu nedenle adını genelin aksine bir konuşmacı ya da dinleyiciden değil; diyalogun içerisinde kendisinden bahsedilmekte olan efsanevi kral *Minos*’tan almaktadır.

cevaplanmasına yönelik sayısız girişimleri bulunan söz konusu soruyla başlayan bu diyalogun Platon’a ait olduğuna ilişkin şüphe duymayan yazarlar<sup>3</sup> olduğu gibi, diyalogu Platon’un iyi bir taklidi olarak nitelendirenler<sup>4</sup> de bulunmaktadır. Bununla beraber, Sokrates ile -belki bu zor soru karşısında dikkat dağıtmamak adına- ismi belirtilmeyen bir öğrenci arasında geçen diyalogun, Platon’un (Sokrates’in adının hiç geçmediği) *Yasalar* eserine bir giriş niteliği taşıdığı da düşünülmektedir<sup>5</sup>. *Minos* diyalogunun son bölümünde Tanrı Zeus’un oğlu Girit kralının yaptığı yasalar övülmekte iken, *Yasalar* eserine bahse konu yasaların incelenmesi ile giriş yapılmaktadır<sup>6</sup>. Kısacası, *Minos’un* bittiği yerde *Yasalar* başlamaktadır. Diğer yandan, yasanın ne olduğuna ilişkin soru ve cevaptan ibaret olan bu kısa diyalogun Platon’un evrensel olarak kabul edilmiş diğer yazılarından hem üslup hem de içerik bakımından farklı nitelikler taşıdığı ileri sürülmektedir. Ancak bu çalışmanın girişinde *Minos* diyalogunun kullanılmasının nedeninin Platon’da yasa kavramının incelenmesi olmadığı düşünüldüğünde, esere ilişkin literatürde yaşanan tartışmaların<sup>7</sup> negatif etkisi ortadan kalkmakta; *Minos’un* -Platon’un orijinal eseri olsun ya da olmasın- içinde barındırdığı görüşlerle, hukuk kuramı açısından sahip olduğu değer ortaya çıkmaktadır.

Bu doğrultuda, yazarına ve yazıldığı zamana ilişkin varlığını korumakta olan gizem, geçmişten bu yana hukukun kaynağına, tanımına, işlevine yönelik aralarında köklü tartışmaların mevcut bulunduğu hukuk akımları açısından diyalogun önemini azaltmamakta, bu alanda önemli bir eser olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim *Minos*, Platon’un diyaloglarında “yasa nedir?” sorusunun spesifik şekilde sorulduğu ilk ve tek örnek olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>8</sup>. Geçmişte ve günümüzde (ve muhtemelen gelecekte) birinin, bir diğerini kesin olarak çürütebilmesi ya da mutlak doğru kabul edilmesi mümkün olmayan farklı yaklaşımlar çerçevesinde cevaplandırılmaya çalışılan bu soru; temel amaçlarından biri hukukun doğasını ve işlevini açıklığa kavuşturmak olan hukuk kuramlarının kalbini oluşturmaktadır. Buradan hareketle, yasaların yasa olarak sahip olduğu; diğer deyişle yasa kavramının genel niteliğini keşfetmeye yönelik bu kapsamlı soru bir yana, bu sorunun devamında yer alan cevaplar ve Sokrates’in bu cevaplar karşısında ileri sürdüklerinin incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle Sokrates’in, diyalogun ilk satırlarında soruya hazırlıksız yakalandığı anlaşılan ve soruyu tam olarak kavrayamayan öğrenciden -altın ve taşı kullanarak

<sup>3</sup> Leo Strauss, *Liberalism Ancient and Modern*, University of Chicago Press, London, 1995; Bradley Lewis, “Plato’s *Minos*: the Political and Philosophical Context of the Problem of Natural Right,” *The Review of Metaphysics* C:60, S:1, 2006; William Cobb, “Plato’s *Minos*,” *Ancient Philosophy*, C:8 S:2, 1988.

<sup>4</sup> Christopher Rowe, “Cleitophon and *Minos*,” *Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, (ed.) Christopher Rowe ve Malcolm Schofield, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; Anton Hermann Chroust, “Anonymous Treatise on Law: The Pseudo-Platonic Dialogue *Minos*,” *Notre Dame Law Review*, C:23, 1947; A. E. Taylor, *Plato: The Man and His Work*, New York, Humanities Press, 1952.

<sup>5</sup> Strauss, s.65; Chroust, s.47,48; Mark J Lutz, “The *Minos* and the Socratic Examination of Law,” *American Journal of Political Science*, C:54, S:4, 2010, s. 990.

<sup>6</sup> Plato, *Laws (Book 1-6)*, (ed.) R.G. Bury, C:1, Cambridge, Harvard University Press, 1961, s. 3.

<sup>7</sup> Bu tartışmaların kısa bir özeti için bknz. Lutz, s.990-993.

<sup>8</sup> Claire McCusker, “Between Natural Law and Legal Positivism: Plato’s *Minos* and the Nature of Law,” *Yale Journal of Law and the Humanities*, C:22, S:1, 2010, s.83; Cairns, s.202.

vermiş olduğu örnek göz önünde tutulduğunda- yasanın türlerine değil, genel anlamda yasa kavramına ilişkin bir tanım istemekte olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira *taşların türleri açısından aralarında farklılık oluşabilecekken; bir taş, taş olması açısından diğer taşlardan farklılık göstermeyecektir*. Yasaların da yasa olmaları açısından birbirlerinden farkı olmadığını belirten Sokrates'e, bu örnek kapsamında öğrencinin verdiği ilk cevap şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

**Öğrenci:** *Yasa, yasa olarak kabul edilen şeylerden başka ne olabilir? (313b)*

Öğrencinin ilk cevabı, yasanın nereden geldiğini kimsenin bilmediği; *"yapılmamış, fakat kendiliğinden oluşmuş"* olduğu yönündeki düşünceleriyle tutarlı bir görünüm sergilemektedir<sup>9</sup>. Bu tanım doğrultusunda yasanın kökeni, örneğin yazılı kurallarla değil, vatandaşların kimi şeylerin yasa olduğuna ilişkin inançları ve bunlara riayet etmeleri ile açıklanabilmektedir. Farklı bir deyişle yasa, yalnızca bir grup insanın kendisini yasa olarak kabul etmesi nedeniyle yasadır. Böylece -diyalogun farklı çevirilerini bir araya getirerek- öğrencinin bu cevapla beraber yasayı, toplumdaki **yerleşik kurallar ve bağlayıcı gelenekler bütünü** olarak değerlendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>10</sup>. Ancak bu cevaptan pek memnun olmayan Sokrates yasanın, yasa olarak kabul edilen şeylerden farklı bir niteliğe sahip olduğunu ortaya çıkartmak amacıyla durumu bir örnekle açıklayarak, öğrenciyi yeni bir yasa tanımı yapmaya davet etmektedir:

**Sokrates:** *Peki sana göre, konuşma, konuşulan; görme, görülen ya da duyma, duyulan mıdır? Yoksa konuşma, konuşulandan; görme, görülenden; duyma, duyulandan ve bu doğrultuda yasa, yasa olarak kabul edilenlerden farklı bir şey midir?*

**Öğrenci:** *Evet, şu an yasanın farklı bir şey olduğunu düşünüyorum... (313c)*

**Sokrates:** *O halde yasa başka ne olabilir? Şimdi konuyu farklı şekilde ele alalım. Eğer biri gelip yukarıda konuştuklarımıza ilişkin bize 'şayet görülen, görme aracılığıyla görülüyorsa, o halde görme nedir?' diye sorsa ona 'gözler aracılığıyla nesnelere görmemizi sağlayan duyudur' şeklinde cevap verirdik...Peki aynı kişi bize şunu sorsa: 'Şayet yasa olarak kabul edilenler, yasa aracılığıyla yasa olarak kabul edilmekte iseler o halde, yasa nedir?'(314a)*

**Öğrenci:** *...O halde, yasa devletin bir kararıdır.*

**Sokrates:** *Öyle görülüyor ki yasanın, devletin bir görüşü olduğunu söylüyorsun... Bu konuda haklı olabilirsin. Ancak belki şu şekilde daha iyi anlayabiliriz... (314c)*

Diyaloğun bu aşamasında, öğrencinin yasanın tanımına ilişkin vermiş olduğu ikinci cevap karşısında Sokrates'in, yasanın devletin bir görüşü olduğunu noktasında kısmen öğrencisine katılmakta olduğu görülmekle beraber; *bu görüşlerin içeriğinin* de incelenmesinin gerekli olduğundan hareketle, bu tanıma getireceği eleştiri için çok fazla beklenmesi gerekmemektedir. Bu eleştiriye getirirken Sokrates, aslında yasanın sahip olması gerektiğini düşündüğü önemli bir özelliğe dikkat çekmektedir:

**Sokrates:** *...Aynı zamanda yasanın kusursuz olduğunu kabul etmeli ve onu 'iyiler' arasında aramalıyız.*

*Biz biraz önce yasanın, devletin bir kararı olduğunu söylememiş miydik? ... (314d)*

<sup>9</sup> Strauss, s.67

<sup>10</sup> Cairns, s.211.

*Ancak kararların hem iyi hem de kötü olanları vardır değil mi?*

**Öğrenci:** Kesinlikle.

**Sokrates:** *Ancak yasa kötü olamaz...*

*O halde, yasayı yalnızca devletin bir kararı olarak tanımlamak yanlıştır.*

**Öğrenci:** *Öyle görünüyor.*

**Sokrates:** *Bu durumda kötü bir kararın yasa sayılması uygun olmaz. (314e)*

Diyalogun bu bölümüne ilişkin olarak iki görüşten bahsetmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, yasayı salt devletin bir kararı olarak; diğeri ise yasayı *iyi, kusursuz, adil* gibi kimi niteliklerle beraber ele almaktadır. Bunların çatışması durumunda ise Sokrates'in, *kötü kararların yasa sayılmasının uygun olmayacağı* ifadesinden hareketle ikinci görüşe yakın bir duruş sergilemekte olduğu anlaşılmaktadır<sup>11</sup>.

Bu konuşmaların ardından, yasanın *var olan şeyin keşfi olma iddiası taşıdığına* ilişkin görüşlere uzanan diyalogun, öğrencinin ileri sürdüğü önemli bir itirazla kesilmekte olduğu görülmektedir. Bu noktada yasanın, *var olanın keşfi olma iddiası taşıması* ile *zorunlu olarak var olanın keşfi olması* ifadeleri arasındaki farkı görmezden gelerek hataya düştüğü gözlemlenen öğrenciye göre *yasa, var olanın bir keşfi* ise her zaman ve her koşulda aynı olmak ve değişmez bir nitelik taşımak zorundadır. Buradan hareketle, zaman ve mekâna göre farklılık gösteren yasaların, yasa sayılması da mümkün görünmemektedir.

**Öğrenci:** *Eğer yasa var olanın keşfi ise nasıl oluyor da aynı koşullarda her zaman aynı yasalar geçerli olmuyor?... (315a)*

*Farklı toplulukların farklı yasalara sahip olduklarını ve aynı toplulukların mütemadiyen aynı yasaları kullanmadıklarını görmek zor değil. (315b)*

Bu itirazdan hareketle Sokrates, öğrencinin değişmez nitelikteki yasa ile insanların yapmış oldukları kusurlu yasalar arasındaki farkı kavrayamadığını düşünmektedir. İtiraz karşısında öncelikle öğrenciyi haklı bularak tespitinin yanlış olmadığını belirten Sokrates, bu durumu destekleyecek şekilde farklı toplumlarda farklı yasaların varlığına ilişkin örnekleri çoğaltmaktadır. Ancak Sokrates'e göre bu durumun nedeni, yasanın *var olanın keşfi olma iddiası taşımasında* saklıdır. Yasanın her zaman bu iddiayı taşıyor olması, insan yapımı tüm yasaların zorunlu olarak var olanın birer keşfi oldukları şeklinde yorumlanmamalıdır. Yasaların topluluklara ve zamana göre farklılık göstermesi, kusurlu insanların *var olanı, hakikati* her zaman keşfedememesi ile açıklanabilmektedir. Diğer yandan, tamamıyla insanların kusurlarından, onların yetersizliklerinden kaynaklanan bu durum yasanın sahip olduğu nitelikleri etkilememektedir<sup>12</sup>.

Bu noktada, yukarıda **kalın yazı tipi** ile öne çıkarılan ifadeler ile *Minos* diyalogunun -bu çalışma açısından isteneni verdiğiinden hareketle- daha ayrıntılı şekilde incelenmesine gerek duyulmamaktadır. Bununla beraber diyalogun, çalışma açısından nasıl bir öneme sahip olduğuna ya da çalışmanın başlığıyla nasıl doğrudan bir ilişki

<sup>11</sup> Bu duruş ise akıllara *"adaletsiz yasa, yasa değildir"* ifadesinin gelmesine neden olmaktadır. Bu ifadenin pozitif hukuk açısından doğuracağı sonuçlara yönelik farklı bir değerlendirme için bkz. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, s.363-366.

<sup>12</sup> Lutz, s.995.



içerisinde bulunduğuna ilişkin soruları hemen cevaplamayarak, soru işaretleri ile bir sonraki başlığa geçmenin; *Minos* gibi zamanı ve yazarına ilişkin tartışmaların varlığını koruduğu bu gizemli diyaloga yakışacağı düşünülmektedir.

## II. HUKUK TEORİLERİNİN 'KAYIP KOLU'

Hukuk, tarih boyunca çok farklı şekillerde tanımlanmış olsa da üç baskın yaklaşımın ön planda yer aldığından bahsedilebilmektedir. Buna göre, **ilk** yaklaşım hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye vurgu yapmakta; **ikinci** yaklaşım hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartmakta; **son** yaklaşım ise hukuk ve toplumun tarihsel gelişimi arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşmaktadır<sup>13</sup>. Birbirinden farklı bu bakış açılarının tümünün, günümüzden iki bin yıldan fazla bir süre önce kaleme alınan *Minos* diyalogunda ortaya koyulduğunu görmek ise son derece heyecan verici niteliktedir. Bu doğrultuda, bir önceki başlık altında *Minos* diyalogunda geçen ve **kalin harflerle** belirtilen ifadeler ile hukukun tanımlanmasına ilişkin günümüze kadar süregelen bu yaklaşımlar arasında doğrudan bağlantı kurmak için tek yapılması gerekenin, bu yaklaşımlardaki sıralamayı değiştirmekten ibaret olduğu görülmektedir.

Buna göre, *Minos*'ta ilk olarak yasa, **yerleşik kurallar ve bağlayıcı gelenekler bütünü** olarak tanımlanmakta ve **farklı toplulukların farklı yasalara sahip olduklarının ve aynı toplulukların mütemadiyen aynı yasaları kullanmadıklarının** altı çizilerek yasa ile toplum arasındaki ilişki üzerinde durulmaktadır. İkinci olarak, yasa ile siyasi güç arasındaki ilişki ön plana çıkartılarak, yasanın **devletin bir iradesi** olduğuna yönelik bir tanımlama yapılmaktadır. Son olarak **yasanın 'iyiler' arasında aranması gerektiği** ifade edilerek, yasanın ahlak ile bağlantısına dikkat çekilmektedir. Bu tanımlamalar ise sırasıyla, kulağa oldukça tanıdık gelecek **tarihçi-sosyolojik hukuk, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk** akımları ile önemli ölçüde uyum göstermektedir<sup>14</sup>. İşte *Minos* diyalogu tüm bu akımların haberini binlerce yıl öncesinden vermektedir. Bu kapsamda, *Minos*'ta yer alan söz konusu perspektiflerin -zamanla kendi içlerinde geçirdikleri değişimler ya da dönemden döneme sahip oldukları ağırlıklardaki farklılıklar bir yana- **geçici** olmaktan çok uzak oldukları anlaşılmaktadır.

*Minos* diyalogunun ortaya çıktığı, milattan önceki dönemden yirminci yüzyılın başlarına doğru yaklaşıldığında da literatürde bu üç ana ekolü kapsayacak şekilde ifadelerle çokça rastlanmaktadır: "**Hukukçuları, hukukun doğasına ve hukuka hangi perspektiften yaklaşılması gerektiğine ilişkin görüşleri doğrultusunda üç ana gruba ayırmak mümkündür. Bu grupları analitik, tarihçi ve felsefi ekoller olarak adlandırabiliriz**"<sup>15</sup>. Aynı yönde, "**hukuka ilişkin teoriler; analitik, tarihçi ve etik boyut olmak üzere üç dala ayrılabilir**" şeklindeki açıklamaların örneklerinin<sup>16</sup> çoğaltılabilme imkânı bir yana dikkat edilmesi gereken nokta, yaklaşık yüz yıl öncesinde üç farklı perspektifin varlıklarını korumakta olduğu hususudur. Belirtmek gerekir ki buraya kadar ortaya koyulan tüm görüşler tutarlı hatta birbirleriyle örtüşen bir sarmal şeklinde

<sup>13</sup> Harold Berman, *The Nature and Functions of Law*, Brooklyn, Foundation Press, 1958, s.20,21.

<sup>14</sup> Brian Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s.39. (Bu eser, sonraki atıflarda Tamanaha, *Realistic Theory* şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>15</sup> Roscoe Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence: I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence," *Harvard Law Review*, C:24, S:8, 1911, s.591,592.

<sup>16</sup> John Salmond, *Jurisprudence*, London, Sweet and Maxwell Press, 1924, s.4.

ilerlemektedir. Diğer deyişle, *Minos* diyaloguyla paralel olarak, yirminci yüzyılın başında da hukuka ilişkin teoriler; (zaman içerisinde farklı isimler alsalar da) hukuk ve ahlak - hukuk ve devlet - hukuk ve toplumun tarihsel gelişimi arasındaki ilişkiyi ön planda tutmakta olan ekoller olarak **üç** kola ayrılmaktadır. Ancak bu bölümün *başlığı* hatırlandığında, cevaplanması gereken önemli soru varlığını korumaktadır: O halde *kayıp* olan şey nedir?

Bu soruyu cevaplandırmak amacıyla yirmi birinci yüzyılda kaleme alınan eserlere göz atmak suretiyle günümüze yaklaşarak, bir asır öncesindeki hukuk teorisyenlerini şaşırtması muhtemel kimi açıklamalara yer verilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, “*son birkaç yüzyılda, birbirlerine rakip iki temel felsefe geleneği ortaya çıkmıştır. Bunlardan daha eski olan ve geçmiş Hristiyan bilimine dayanan gelenek, doğal hukuk olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu doğal hukuk teorileri Jeremy Bentham ve John Austin gibi teorisyenler tarafından ortaya koyulan hukuki pozitivizm geleneği tarafından şiddetle sorgulanmaktadır*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>. Literatürde bu yönde var olan örnekleri çoğaltmak mümkün olup<sup>18</sup>, sayıca oldukça fazla eserde *doğal hukuk teorisi ve hukuki pozitivizm* akımının standart şekilde yerlerini muhafaza ettikleri görülmektedir. Bu doğrultuda, hukuk kuramına yönelik kaleme alınan birçok eserde izlenen rota, ilk olarak *doğal hukuk kuramı* ve *hukuki pozitivizm* ile başlamakta, ardından gelen *hukuki realizm* akımını ise *güncel okullar* ya da *diğer kuramsal yaklaşımlar* başlıkları takip etmektedir<sup>19</sup>.

İşte tam da bu noktada ‘kayıp olan şeyin’ tespit edildiğinden bahsedilebilmekte; *Minos*’tan beri varlığını koruyan **üç** ana akımın, günümüze yaklaşıldıkça literatürdeki çoğu eserde **ikiye** düştüğü söylenebilmektedir. Ayrıca bu tespiti kuvvetlendirecek nitelikte ana ekollerin zaman içerisinde yaşadıkları değişim, bir hukuk tarihçisi tarafından kaleme alınan satırlarda şu şekilde kendini göstermektedir: “*şayet tarihçi hukuk akımı ölü kabul ediliyorsa...*”<sup>20</sup>. Çağdaşı sayılacak başka bir metinde ise “*tarihçi hukuk akımının önemli ölçüde kaybolduğuna*” ilişkin ifadelerin yer aldığı görülmektedir<sup>21</sup>. Görünüşe bakılırsa *tarihçi* hukuk akımının, *tarih* sahnesinden yok olduğu ileri sürülmektedir. Ancak burada ‘*hukuk teorilerinin kayıp kolu, tarihçi hukuk*

<sup>17</sup> Andrei Marmor, “The Nature of Law,” Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/> (01.01.2021); Aynı yönde Solum, yazısında hukukun doğasına ilişkin sosyolojik yaklaşımların varlığına değinse de “*hukuk nedir?*” sorusunun birbiriyle yarışmakta olan iki adet cevabının olduğundan bahsetmektedir. Bu cevaplardan birinin *doğal hukuk teorisi*, diğersinin ise *hukuki pozitivizm* tarafından ortaya koyulduğunu ileri sürmektedir. Larry Solum, “Legal Theory Lexicon: The Nature of Law,” Legal Theory Blog, <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2020/06/legal-theory-lexicon-the-nature-of-law.html>(05.01.2021). Yine aynı şekilde Himma’nın ‘*Hukukun Doğası*’ başlıklı eseri, yalnızca doğal hukuk akımı ve hukuki pozitivizm arasında geçen tartışmaları kapsamaktadır. Kenneth E. Himma, *The Nature of Law: Philosophical Issues in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory*, Brooklyn, Foundation Press, 2011. Bu örneklerin bir araya getirildiği eser için bkz. Brian Tamanaha, “The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory,” *William and Mary Law Review*, C:56, 2015, s.2236, dn.1,2. (Bu eser, sonraki atıflarda Tamanaha, Third Pillar şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>18</sup> Bu yönde literatürde yer alan eserlere ilişkin örnekler için bkz. Tamanaha, Third Pillar, s.2236, dn.5.

<sup>19</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2236.

<sup>20</sup> Harold Berman, “The Historical Foundation of Law,” *Emory Law Journal*, C:54, 2005, 18. (Bu eser, sonraki atıflarda Berman, Historical Foundation şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>21</sup> Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Durham, Carolina Academic Press, 2012, s.276.

*akımıdır'* şeklindeki bir yanlış anlaşılmanın önüne geçmek amacıyla *tarihçi hukuk* akımının, ilerideki başlıklar altında ele alınacak olan *hukukun kayıp kolunun* altında bulunan teorilerden *yalnızca biri* olduğunun altı çizilmeli; söz konusu *kayıp hukuk teorisinin* yeni etiketi için biraz daha beklenmesi gerekmektedir.

Şimdi ise hukuk teorilerinin *kayıp koluna* ait, hukuk ve toplum arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartan teorilerin başında gelen tarihçi hukuk akımına ilişkin önceki paragraflarda ortaya koyulan savların hatalı olduğu iddiasıyla bu çalışmanın kahramanı olan *Brian Tamanaha'nın* adını anma vakti gelmektedir. Şöyle ki Tamanaha ilk olarak, (yukarıda iki sayfa boyunca yer verilen) tarihçi hukuk akımının ortadan kaybolduğuna ilişkin düşünceleri<sup>22</sup> -hukuk kavramının sorgulanmasına yol açan provokatif nitelikteki<sup>23</sup> eserinde<sup>24</sup>- ele alarak, bunların görünüşte doğru kabul edilebilse de özünde yanlış olduklarını ileri sürmektedir. Zira tarihçi hukuk etiketinin kullanılmasına ara verilse de bu ekol tarafından benimsenmiş temel iddialar, diğer deyişle hukuk teorilerinin üçüncü ayağını oluşturan savlar geçerliliğini korumaya ve yayılmaya devam etmektedir<sup>25</sup>.

Bu noktada *Minos-Kayıp Hukuk Teorisi-Brian Tamanaha* arasında bulunan, ilk etapta tespit edilmesi zor ilişkinin yavaş yavaş ortaya çıkmaya başladığını ifade ederek ve henüz *bir tohum* halindeki bu bağın ilerleyen başlıklar altında *ağaca* dönüşeceğini belirterek, konuya Tamanaha'nın tarihçi hukuk akımına ilişkin düşünceleri ve (bu düşünceleri ortaya koyarken yararlandığı eserler ile) devam edilmesi gerekmektedir.

Öncelikle, on dokuzuncu yüzyılın başlarında tarih sahnesinde yerini almaya başlayan ve bir süre sonra ortadan kaybolduğu iddia edilen tarihçi hukuk akımının hukuk, toplum ve ekonomik koşullar arasındaki ilişki üzerinde yükseldiğini söylemek mümkündür<sup>26</sup>. Daha kapsamlı bir tanımla, bu ekole bağlı teorisyenler *olması gereken* hukuku ve *olan* hukukun kaynağını toplumun gelenek ve göreneklere ile ilişkilendirmekte, hukuk kurallarının ve adalet kavramının anlamının toplumun tarihsel değerlerinde ve kendi kültüründe bulunacağını iddia etmektedir<sup>27</sup>. Bununla beraber -*Minos'ta* geçen, *aynı toplulukların mütemediyen aynı yasaları kullanmadıkları* iddiasına da gönderme yaparak- tarihçi perspektifte sanılanın aksine *değişimin* oldukça önemli bir yer teşkil ettiğinin de altı çizilmelidir. Hukuk, toplumun bir ürünü olup, toplumdaki gelişmelerle bağlantılı olarak sürekli değişmekte ve gelişmektedir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Bknz. dn.17, 20 ve 21.

<sup>23</sup> Bix, bu eseri "provokatif" olarak nitelendirmiştir. Brian Bix, "A New Historical Jurisprudence?" Washington University Law Review, C:95, 2018, s.1035. (Bu eser, sonraki atıflarda Bix, Historical Jurisprudence şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>24</sup> Tamanaha'nın bu eseri, 2019 yılında İsviçre'de düzenlenen IVR Dünya Kongresinde, 2016-2018 yılları arasında Hukuk Felsefesi alanında en iyi kitap ödülü ve 2018 yılında Prose ödülleri hukuk kategorisinde mansiyon ödülüne layık görülmüştür.

<sup>25</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.12-14. Bu noktada Tamanaha'nın, 15. ve 16. dipnotlarda bulunan çalışmalara, görüşünü desteklemeleri amacıyla kendi eserinde yer verildiği belirtilmelidir. Tamanaha, Realistic Theory, s.12.

<sup>26</sup> Peter Stein, "The Tasks of Historical Jurisprudence" The Legal Mind: Essays for Tony Honore, (ed.) Neil MacCormick ve Peter Birks, Oxford, Clarendon Press, 1986, s.293.

<sup>27</sup> Berman, Historical Foundation, s.13.14.

<sup>28</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.17,18.

Son olarak belirtmek gerekir ki -genellikle ana akımlar arasında kendisine yer bulamadığından bahsedilen- tarihçi hukuk ekolü, bir yandan bilim-öncesi döneme ait olduğunu ortaya koyduğu *doğal hukuk* kuramına; diğer yandan dünya üzerinde geçmişte ve mevcut dönemde var olmuş/olan birbirinden farklı hukuk sistemlerinin çeşitliliği karşısında sınırlı bir akım olarak görünmesine neden olduğu *hukuki pozitivizm* akımına, güçlü bir rakip olma niteliğini taşımaktadır.

Yirminci yüzyılın başlarında kendisine gösterilen ilgiyi yitiren tarihçi hukuk akımının bu kadere yaşamasının altında yatan nedenler ise ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Öncelikli gerekçe olarak, bu ekole ait teorisyenler tarafından sistemli bir kuramın ortaya konulmadığı gösterilmektedir. Bununla beraber, dönemin köklü ve hızlı toplumsal değişimlere sahne olması; ekonomik ve çalışma hayatına, sosyal refaha ilişkin tartışılan düzenlemelerin ortaya çıkması, idari devletin gelişmesi gibi yaşanan olayların geçmişle bağı bulunan hukuk okuluna ilgiyi azalttığı ve geleneklere, değişen toplumun ihtiyaçları ile bağlantılı organik büyümeye ilişkin konuşmaların güncelliğini yitirdiği ileri sürülmektedir<sup>29</sup>.

Ancak tarihçi hukuk okulunun güncelliğini yitirmesinin arkasındaki nedenleri tartışmak ilgi çekici olsa da bu tartışmalar Tamanaha’ya göre, hukuk ve toplum arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşan kuramların temel argümanlarının gelişerek devam ettiği noktasının gözden kaçırılmasına neden olmaktadır<sup>30</sup>. Nitekim hukuk literatürüne bakıldığında genellikle tarihçi okulun belirli bir dönemde öldüğünün ve yerini *sosyolojik okulun aldığı* ileri sürülmekte olduğu görülmektedir<sup>31</sup>. Bu düşünce Tamanaha’ya göre hatalı bir anlayıştan ibaret olup, tarihçi ve sosyolojik okul, daha kapsamlı bir hukuk geleneğinin (hukukun kayıp kolunun) farklı türlerini oluşturmaktadır. Diğer deyişle, tarihçi ve sosyolojik okulun paylaştıkları temel savlar ortak olup, buna karşın vurgu yaptıkları noktalar ve benimsedikleri yöntemler birbirlerinden farklılaşmaktadır. Bu doğrultuda tarihçi okulun süresinin dolarak, yerini sosyolojik okula bıraktığı iddiası doğru kabul edilemeyecektir<sup>32</sup>. Diğer yandan bu iki akımın bir bütünün yarısını oluşturdukları söylenemese de iki ekolün arasındaki bağın çok kuvvetli olduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Nitekim sosyolojik okul, tarihçi okulun karakterini belirleyen iddiaları paylaşmakta ve bu nedenle tamamıyla ondan ayrı düşünülememektedir. Tamanaha’ya göre bu iki akımın arasındaki ilişkinin kökleri ise hukuku hem tarihin hem de toplumun mevcut koşullarının bir ürünü olarak değerlendiren ve izlediği yöntemde tarih ve sosyolojiyi birleştiren Montesquieu’ya kadar uzanmaktadır<sup>33</sup>.

Burada bir parantez açarak yukarıda belirtilen görüşler kapsamında Tamanaha’nın iç içe geçmiş üç itirazının üzerinde biraz daha durmak gerekmektedir. Böylece ilerleyen başlıklar altında, Tamanaha’nın *hukuk teorilerinin üçüncü koluna* ve

<sup>29</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2250,2251.

<sup>30</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.22.

<sup>31</sup> Tamanaha’ya göre, bu iki akımın onlarca yıl önce dile getirdiği kimi fikirler günümüzde hatalı olarak hukuki realistlere atfedilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Tamanaha, Realistic Theory, s.26; Brian Tamanaha, “Understanding Legal Realism,” Texas Law Review, C:87, S.4, s.731 vd.

<sup>32</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.23, dn.84.

<sup>33</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.24.

ortaya koyduğu *hukuk kuramına* yönelik yer verilen açıklamalar daha net bir şekilde anlaşılabilir. Buna göre, söz konusu itirazlardan ilk ikisi, tarihçi hukuk akımının 'ölü' ilan edilmesine ve yerini sosyolojik okula bıraktığı iddialarına; üçüncü ve daha kapsamlı itirazı ise literatürde hukuk teorilerinin *doğal hukuk* ve *hukuki pozitivizm* olarak **iki** temel kola ayrılmasına ilişkindir. Nitekim Tamanaha'ya göre, hukuk akımlarının eksik bırakılan, (altında tarihçi ve sosyolojik okulu da barındıran) **üçüncü** ve esaslı bir kolu daha bulunmaktadır. Bu gelenek hem doğal hukuk hem de hukuki pozitivizme güçlü bir rakip olarak birkaç yüzyıldır varlığını sürdürmekte ise de günümüzde (aşağıdaki başlıklar altında değinilecek) çeşitli nedenlerle fazla tanınmamaktadır<sup>34</sup>.

Bu kapsamda Tamanaha, hukuk teorilerinin üçüncü kolundan bahsederken, iddiasının hukuka ilişkin geliştirilen her teorinin bu *üç* yaklaşımdan *birine* sıkıştırılması zorunluluğunu taşımadığının ve mevcut hukuk teorilerini kategorize etmenin tek yolunun da bu olduğunu düşünmediğinin altını çizmektedir. Tamanaha'ya göre, iddiası bu denli kapsamlı olmayıp, çok daha *sınırlı* bir nitelik taşımaktadır. Buna göre, hukuk teorilerine ilişkin dile getireceği uzun bir geçmişe sahip üçüncü akım, doğal hukuk teorisi ve hukuki pozitivizm karşısında tutarlı bir alternatif oluşturmakta; bunun kabul edilmesi ise hukuka ilişkin teorik tartışmalar açısından oldukça fayda sağlamaktadır<sup>35</sup>.

İşte bu noktada Tamanaha'nın yukarıda ele alınan itirazları ve tezini kuvvetlendirmek amacıyla gönderme yaptığı eserler hatırlandığında, hukuk teorilerinin üçüncü kolu olarak, -üzerinde fazlaca durduğu- *tarihçi hukuk* ekolünü ileri süreceğinin düşünülmesi mümkün olsa da bu konuda hızlı sonuca varmak *hatalı* -ya da daha doğru bir ifade ile *eksik*- bir yargıya ulaşılmamasına neden olmaktadır. Peki, o halde nedir bu eksik, üçüncü kol?

### III. HUKUK TEORİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KOLU: *TOPLUMSAL HUKUK TEORİSİ*

Bu teori adından da anlaşılacağı üzere hukukun doğasına *toplumsal* bir bakış açısı sunmaktadır. Ancak Tamanaha, hukuk teorilerinin üçüncü kolu olarak ortaya koyduğu *toplumsal hukuk teorisine* ilişkin ayrıntılı bilgi vermeden önce önemli bir konuya dikkat çekmektedir. Şöyle ki hukuka dair ileri sürülen bütün teorilerin merkezinde hukukun sosyal niteliği ile ilgili yaygın *varsayımlar* bulunmaktadır. Bu varsayımlar ise kendi başlarına birer hukuk teorisi olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim hukuka ilişkin geliştirilen teoriler, hukukun ne olduğuna ve işlevine yönelik açıkça formüle edilmiş önermelerden oluşmaktadır. Bu kapsamda, mevcut hukuk akımlarına göz atıldığında hukuki pozitivizm, sonuç ya da içerik itibarıyla kötü olup olmamasına bakılmaksızın, resmi görevliler tarafından hukuk olarak uygulanan herhangi bir şeyin hukuk olduğuna ilişkin ortak kabulü (*varsayımı*); doğal hukuk teorisi, hukukun adil olduğu ya da olması gerektiği ve ahlakın bir anlamda nesnel olduğu yönündeki yaygın inancı (*varsayımı*) içermektedir. Toplumsal hukuk teorisi ise hukukun kimi amaçlar doğrultusunda araç olarak kullanılan ve toplumla bağlantılı olarak gelişen

<sup>34</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2237.

<sup>35</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2237,2238.

ve değişen toplumsal bir kurum olduğu şeklindeki anlayış (*varsayım*) üzerinde yükselmektedir<sup>36</sup>.

Tamanaha’ya göre, herhangi bir kimsenin ya da herhangi bir hukukçunun aralarında bir çelişki ya da uyumsuzluk olmaksızın bu üç *varsayımın* hepsini aynı anda benimsemesi mümkün olmaktadır. Örneğin, bir kimsenin hukukun ahlaka aykırı kabul edildiğinde dahi hukuken geçerli olduğuna; bununla beraber hukukun adil olması gerektiğine ve kimi ahlaki değer ya da normların objektif olarak doğru olduğuna; aynı zamanda da hukukun kimi amaçlar doğrultusunda kullanılan toplumsal bir kurum olduğuna yönelik varsayımların hepsini sahiplenmesi olanaklı görülmektedir. Ancak bu varsayımlar ilişkilendirildikleri akımlardan farklı bir akım altında bulunan bir teorinin içerisinde yer aldığı ya da bir teorinin içerisinde birden fazla varsayım söz konusu olduğunda; bu teorisyenin hangi akım altında değerlendirileceğine ilişkin birtakım belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Bu durumun oluşmasının arkasında ise söz konusu *varsayımlar* ile *hukuk teorileri* arasındaki çizginin çizilmesinde, diğer deyişle bunlar arasındaki ayrımın belirtilmesindeki başarısızlık yatmaktadır. Nitekim tekrar belirtmek gerekir ki bir teorisyenin bu varsayımlara odaklanan teorilerden bağımsız şekilde bir ya da birden fazla varsayımdan hareketle kendi teorisini oluşturması mümkün olmaktadır<sup>37</sup>.

Tamanaha’nın eserinde her şeyden önce bu noktaya dikkat çekmesindeki gerekçe için ise çok fazla beklemek gerekmemektedir. Bu doğrultuda, hukuka dolaylı yoldan evrimsel, işlevselci ya da sosyolojik perspektiflerle yaklaşan her hukuk teorisyeninin, *toplumsal hukuk teorisi* çatısı altında kabul edilmesi zorunluluğu bulunmadığını ileri süren Tamanaha; amacının daha ziyade tarihçi ve sosyolojik hukuk ekolünün merkezinde yer alan, hukukun sosyal niteliğine ilişkin görüşlerin izlerini sürerek bu görüşlerin, onlar üzerine inşa edilen teorilerden bağımsız bir şekilde ne denli geniş bir alana yayıldığını göstermek olduğunu belirtmektedir. Zira mevcut duruma bakıldığında, hukukun çoğunlukla sosyolojik terimlerle incelendiğini, ancak *bu teorilerin altında toplanacağı bir hukuk geleneğinin boşluğunun* söz konusu olduğu görülmektedir. Çok genel bir ifadeyle, literatüre göz atıldığında hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartan teorilerin doğal hukuk; hukuk ve devlet arasındaki ilişkiye odaklanan teorilerin hukuki pozitivizm şemsiyesi altında ele alınmakta olduğu görülmektedir. Ancak hukuk ve toplum arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşmakta olan tarihçi hukuk, sosyolojik hukuk gibi teoriler kendilerine, alt dallarını oluşturacakları genel bir etiket bulamamaktadır.

İşte bu boşluğun doldurulması amacıyla *toplumsal hukuk teorisi* etiketini ileri süren Tamanaha, bu geleneğin hukuk teorilerinin önemli bir kolunu oluşturduğunu ve bu akımın altında bazı konularda aralarında fikir ayrılıkları bulunan teorilerin yer almasının mümkün olduğunun altını çizmektedir. Elbette bu ifade şaşkınlıkla karşılanmamaktadır. Nitekim Tamanaha’ya göre, gerek doğal hukuk akımı (örneğin, Finnis’in doğal hukuk anlayışı ile Fuller’in prosedürel doğal hukuku) gerekse hukuki pozitivizm geleneğinin içerisinde (örneğin, Kelsenci ve Hartçı pozitivizm) radikal fikir

<sup>36</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2262.

<sup>37</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2263.

ayrılıkları ve derin uçurumlar varlıklarını korumaktadır<sup>38</sup>. Bu nedenle toplumsal hukuk teorisini -aynı diğer iki gelenek gibi- *bazı ortak noktalara* sahip teorileri altında toplayan bir şemsiye olarak değerlendirmek gerekirken ve bu şemsiye altında tek, baskın bir toplumsal hukuk teorisinden bahsetmek mümkün olmamaktadır. Peki bu gelenek altında değerlendirilebilmek için gereken hususlar, diğer deyişle bu akım altında bir araya gelen teorilerin sahip oldukları *ortak noktalar* nelerdir? Tamanaha'ya göre bunlar iki önermeye indirgenebilmektedir: Hukuk, (i) tabiatı gereği toplumsaldır ve (ii) en iyi şekilde ampirik (deneysel) çalışmalar aracılığıyla anlaşılabilir<sup>39</sup>.

#### IV. “BİRBİRLERİYLE ÇELİŞEN - BİRBİRLERİNİ TAMAMLAYAN” ÜÇ HUKUK FELSEFESİ AKIMI

Hukuk teorilerinin eksik üçüncü kolunun kendisine bir isim bulmasıyla birlikte artık hukuk *felsefesi* akımlarını genel olarak doğal hukuk, hukuki pozitivism ve toplumsal hukuk teorisi başlıkları altında incelemek mümkün hale gelmektedir. Bu kapsamda bir önceki başlığın son cümlesinden yola çıkarak, toplumsal hukuk teorisinin hukuka ampirik bir bakış açısıyla yaklaştığı; bununla beraber, geriye kalan iki farklı yaklaşımdan biri olan hukuki pozitivismin hukuka kavramsal ve analitik açıdan, doğal hukuk teorisinin ise hukuka normatif açıdan yaklaştığını söylemek gerekmektedir. Farklı bir deyişle, hukuki pozitivismde analitik felsefe, doğal hukuk teorisinde ahlak felsefesi, toplumsal hukuk teorisinde ise sosyal *bilimler* ön planda yer almaktadır. Burada “*bilim*” kavramını; tarih, ekonomi, sosyoloji, antropoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi ampirik çalışmalara dayalı tüm bilim dallarını kapsayacak şekilde geniş kullandığının altını çizmekte olan Tamanaha, ortaya koyduğu toplumsal hukuk teorisinin yokluğunda hukukun doğasına ilişkin teorik tartışmalarda önemli bir perspektifin eksik kaldığına dikkat çekmektedir.

Bu doğrultuda (hukuki pozitivismin bir ayağını oluşturan) analitik hukuk teorisinin ya da doğal hukuk akımının, hukukun sosyal bağlamını, tarihsel boyutunu göz ardı ettiklerinden dolayı bazı kör noktalara sahip olduklarını ileri sürmektedir. Örneğin, analitik hukuk teorisyenleri hukukun üstünlüğünün temel unsurları hakkında bilgi verebilmekte iken, bir toplumda bu kavramının nasıl geliştiğine ilişkin bir şey söyleyememektedir<sup>40</sup>. İşte hukuk teorileri denildiğinde ön saflarda yer alan bu iki önemli hukuk geleneğinin, hukukun doğasına ilişkin tartışmalar açısından sahip oldukları *kör noktaların* ortadan kaldırılması amacıyla, *kör nokta aynası* olarak adlandırılabilir toplumsal hukuk teorisine sahne yerini almaktadır.

Buradan hareketle, aralarında çok eski tarihlerden bu yana husumet bulunan bahse konu üç farklı akımın birbirleriyle son derece ilişkili oldukları ve bunlardan herhangi birisinin göz ardı edilmesinin teorik tartışmalar açısından ciddi sorunlar yaratacağı; söz konusu üç yaklaşımın birbirlerinin sahip olduğu eksik yanları kapatmakta olduğu söylenebilmektedir. Kısacası, bir yandan birbirleriyle çelişen bu üç *hukuk felsefesi akımı*, diğer yandan farklı odak noktalarını ön plana çıkartarak

<sup>38</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2264,2265.

<sup>39</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2266.

<sup>40</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2267-2269.

birbirlerinin noksanlıklarını tamamlamakta<sup>41</sup>; bu nedenle birinin diğerini ortadan kaldırması mümkün olmamakta ve (güncel durumun aksine) üçü de eşit önem derecesine sahip bir şekilde hukukun doğasına ilişkin tartışmalarda saflarını korumaktadır. Bununla beraber Tamanaha’ya göre, şayet bir teorisyen hukuk kavramını derinden kavramak, tüm boyutlarıyla anlamak istiyorsa, aralarında anlaşmazlık bulunan bu üç perspektif hakkında da bilgi sahibi olmak zorundadır.

Burada bir parantez açarak, bir önceki paragrafta ve hatta bu bölümün başlığında (çalışmanın ilk sayfalarından bu yana kullanılmakta olan hukuk teorileri ya da hukuk akımları yerine) özellikle “*hukuk felsefesi akımları*” ifadesinin kullanılmasının bir tesadüf olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bunun nedenini; Tamanaha’nın bahse konu üç farklı yaklaşımı hukuk *felsefesi* akımları altında değerlendirmesinin karşısında, bu üç akımdan biri olan toplumsal hukuk teorisinin kimi nedenlerle hukuk *felsefesi* çatısı altında bulunamayacağı şeklinde yorumlanabilecek itirazlar oluşturmaktadır<sup>42</sup>. Bu itirazlara göre, yalnızca hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorileri hukuk *felsefesi* altında değerlendirilebilmektedir. Bu argümanları biraz daha detaylandırmak gerekirse, bir hukuk teorisinin tüm hukuk sistemleri açısından geçerli olması gerektiğinden, bunları karakterize eden unsurlar genel ve soyut nitelik taşımak zorundadır. Bu nedenle hukuk teorileri bünyesinde, kimi toplumların içerisinde buldukları sosyal, ekonomik veya kültürel koşullar nedeniyle, hukukun salt bu toplumlarda sahip olduğu işlevler göz ardı edilmeli; diğer deyişle, belirli toplumların yerel koşullarından bağımsız şekilde, hukuk sistemlerinin evrensel olarak taşımaları gereken niteliklere odaklanılmalıdır.

Bu itirazlar ile hukuk *felsefesi* ve hukuk *sosyolojisi* arasındaki farklar ortaya koyulmaktadır. Buna göre hukuk sosyolojisi, belirli toplumlarda var olan/olmuş hukukun sahip olduğu biçim ve işleve yönelik ayrıntılı bilgi sağlamakta; hukuk felsefesi ise evrensel olarak tüm hukuk sistemlerinin taşıması gereken daha az sayıdaki özellik ile ilgilenmektedir<sup>43</sup>. Bu söylemler doğrultusunda, (sözde) evrensel olma niteliğinden uzak (!)<sup>44</sup>, toplum ve hukuk arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartan ve ampirik çalışmalara dayalı *toplumsal hukuk teorileri* (hatalı olarak) hukuk *felsefesi* akımları altında kendilerine yer bulamamaktadır<sup>45</sup>.

Eserinde aynı duruşu sergileyen, hukuk felsefesi alanında günümüzde önde gelen bir diğer ismin<sup>46</sup> sıra dışı ifadelerine göre ise, sosyal bilimlerin *insan* toplumunu incelediğinden dolayı hukukun genel anlamda ne olduğunu söyleyebilecek vasfa sahip

<sup>41</sup> Tüm bu gerekçeler ışığında, Tamanaha hukuka ilişkin üç farklı perspektifi “*Birbirleriyle Çelişen - Birbirlerini Tamamlayan*” şeklinde nitelendirmektedir. Tamanaha, *Third Pillar*, 2266.

<sup>42</sup> Tamanaha bu noktada, birazdan görüleceği üzere Raz ve Shapiro’nun ileri sürdükleri itirazları hedef almaktadır.

<sup>43</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.104,105.

<sup>44</sup> Buraya bir ünlem koyulmasının nedeni ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Ancak kısaca bahsetmek gerekirse; kimi teorisyenlerin toplumsal hukuk teorilerini evrensel olma niteliğinden uzak olarak değerlendirmeleri karşısında Tamanaha, hukuka gerçekçi bir bakış açısı sunarak aslen doğal hukuk ve hukuki pozitivizm akımlarının yerel ve zamana bağlı oldukları şeklinde eleştiri getirmektedir.

<sup>45</sup> Bu argümanlar karşısında Tamanaha ‘sosyolojik hukuk’ ve ‘hukuk sosyolojisi’ arasında ciddi farklar bulunduğunun altını çizerek, bu farkları ele aldığı güncel tarihli bir eser yayımlamıştır. Bknz. Brian Tamanaha, “*Sociological Jurisprudence Past and Present*”, *Law & Social Inquiry*, C:45, S:2, 2020, s.22-30.

<sup>46</sup> Scott J. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, s.406,407, dn.16.



değildir. *İnsan-olmayan* toplumların da bir hukuk sistemine sahip olabileceği *gerçeği* karşısında, sosyal bilimlerin ortaya koyduğu yargılar bir hukuk felsefecisi açısından önem taşımamaktadır. Farklı bir deyişle, temelinde sosyal bilimlerin bulunduğu hukuk teorileri yalnızca belirli insan topluluklarını ele aldığından, hukukun tüm olası örneklerini kapsayacak şekilde genel bir açıklama yapabilme açısından *sınırlı* bir niteliğe sahip olmaktadır. Buna göre, yalnızca hukuk felsefesi teorisyenleri *-hem insan hem de uzaylı (!)-* hukukuna ilişkin evrensel kuralları tanımlama yetisine sahiptir.

Elbette ampirik çalışmalara dayalı sosyal bilimlerin ön planda olduğu (toplumsal) hukuk teorilerinin hukuk felsefesiyle tamamıyla ilgisiz olduklarının ilan edilmesi Tamanaha'nın dikkatinden kaçmamaktadır. Bunun üzerine konuk olduğu bir yayında, *"bir hukuk felsefecisi; hukuka ilişkin sosyolojik yaklaşımların insan topluluklarıyla sınırlı olduğundan hareketle genel hukuk bilimine yönelik çıkarımlar yapamayacağını, felsefi yaklaşımların ise diğer gezegenler için de (!) uygulanabilirliği olduğunu belirtmiştir"* şeklinde bir açıklama yapmaktadır<sup>47</sup>.

Bu dışlayıcı duruşa karşı duran Tamanaha'ya göre, bazı güncel teorisyenlerin aynı çizgide ilerledikleri söylenebilse de daha eski tarihlerde hukuk teorisyenleri tarafından kaleme alınmış eserlerde çoğunlukla bu duruşun aksi savunulmakta ve söz konusu üç yaklaşım (isimleri zaman içerisinde farklılık gösterse de) hukuk *felsefesi* çatısı altında değerlendirilmektedir<sup>48</sup>. Tamanaha'ya göre bu dışlayış, hukuk teorilerinin oldukça soyut ve kısır bırakılması ile sonuçlanmaktadır. Zira toplumsal bir kurum (olan hukuk) hakkında çok az şey evrensel olarak doğru kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda, hukuk teorilerini *zamansız ve evrensel şekilde geçerli* olarak sunmak amacıyla hukuku tarihten ve toplumdan soyutlayan teorisyenlerin hukuka ilişkin sosyolojik yaklaşımları dışlayıcı duruşları, her durumda hukukun toplumsal bir kurum olduğu gerçeği karşısında tökezlemeye mahkumdur<sup>49</sup>.

Bununla beraber, görevlerinin hukukun sahip olması gereken zorunlu ve temel niteliklerini belirlemek olduğunu iddia eden teorisyenlerin çoğu ortaya koydukları bu niteliklerin kaynağını açıklamamakta ve bu konuyu belirsiz bir şekilde ortada bırakmaktadır<sup>50</sup>. Ancak Tamanaha'ya göre tüm bu tartışmalar, toplumsal hukuk teorisinin -hukuk felsefesi akımlarına dahil olduğu kabul edilsin ya da edilmesin- hukuka ilişkin önemli ve diğerleriyle eşit ağırlığa sahip bir yaklaşım olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.



Bu noktada konunun akışına kısa bir ara vererek, *Minos* diyalogu ile başlayan ve Tamanaha'nın zaman içerisinde hukuk teorilerinin ortadan kaybolan kolunu tespit

<sup>47</sup> Brian Tamanaha, A Realistic Theory of Law, This Is Not A Pipe Podcast: 28.02.2019, <https://www.tinapp.org/episodes/realistictheoryofflaw>, dk.5:00-5:15 (19.12.2020) (Bu yayın, sonraki atıflarda Tamanaha, Podcast şeklinde kısaltılacaktır)

<sup>48</sup> Bu konuda Tamanaha ilk olarak, Salmond ve Oakeshott'un eserlerini örnek göstermektedir. Tamanaha, Third Pillar, 2272. Bu eserler için bkz. Salmond, s.3,4; Michael Oakeshott, The Concept of a Philosophical Jurisprudence: Essays and Reviews 1926-1951, (ed.) Luke O'Sullivan, Imprint Academic, 2007, s.142-183.

<sup>49</sup> Tamanaha, Third Pillar, s.2273-2275.

<sup>50</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.65.

ederek, farklı bir etiket ile onu ait olduğu yere koyma çabasına kadar uzanan yolun üzerinden kısaca geçilmesi hedeflenmektedir. Bu bağlantıların tekrar edilmesinin ilerleyen başlık altında yer alan, Tamanaha'nın toplumsal hukuk geleneğinin şemsiyesi altında konumlandığı, hukuka *gerçekçi* bir bakış açısını sunan teorisine geçişi kolaylaştıracağı düşünülmektedir.

Bu bağlamda Tamanaha öncelikle (i) binlerce yıl öncesine ait *Minos* diyalogunda yer alan, hukuka ilişkin üç farklı perspektifi ortaya koymaktadır; ardından (ii) günümüze kadar gelindiğinde bu üç önemli gelenekten birinin literatürde dışlanmakta olduğunu ve çoğu eserde artık kendisine yer bulamadığını tespit etmektedir; (iii) bu yanlış tutumun hukuka yönelik teorik tartışmalar açısından ciddi eksikliklere neden olduğundan hareketle, hukuk ve toplum arasındaki ilişkilere odaklanan tüm teorileri bünyesinde barındırmak üzere, hukuk teorilerinin ihmal edilen, ancak diğerleriyle eşit öneme sahip olduğunu iddia ettiği üçüncü kolunu *toplumsal hukuk teorisi* etiketi altında ileri sürmektedir.

Bu etiketin, diğer deyişle odağında hukukun tabiatı gereği toplumsal olduğunu ve en iyi şekilde ampirik çalışmalar aracılığıyla anlaşılabilmesine ilişkin önermelerin bulunduğu bu akıma bir isim vermenin önemli olduğunun altını çizen Tamanaha, bunun nedenini; kabul görmüş bir isme sahip olmaksızın bir geleneğin pratikte var olmasının imkânsız olduğu şeklinde açıklamaktadır. Toplumsal hukuk teorisi etiketi, bir zamanlar göz önünde olan, ancak günümüzde sürgüne gönderilen kapsamlı bir teorik perspektife kimlik kazandırmaktadır. Bu kimlik ise hukuka alternatif bakış açıları sunan hukuki pozitivizm, doğal hukuk ve toplumsal hukuk teorisinin aralarında bulunan farklılıkları keskinleştirmeye ve zaman içerisinde *felsefi* kaygılardan giderek daha fazla etkilenen hukuk biliminin -gereken önemin verilmediği bazı perspektifleri de tartışmaların içerisine çekmek suretiyle- eksik noktalarının giderilmesine hizmet etmektedir<sup>51</sup>.

Böylece *Minos-Kayıp Hukuk Teorisi-Brian Tamanaha* üçgeninin tüm köşeleri tamamlandıktan sonra sıra nihayet dördüncü (iv) basamağa; bu *üçgeni kareye* döndürme zamanına gelmektedir. Bu basamakta, artık uygun koşulların olduğundan hareketle Tamanaha'nın *toplumsal hukuk* akımının altında konumlandığı *“gerçekçi hukuk teorisi”* adıyla savunucusu olduğu hukuk anlayışına yer verilmesi planlanmaktadır.

Bu kapsamda bir sonraki başlığa geçmeden önce belirtmek gerekir ki Tamanaha, yukarıda değinilen<sup>52</sup>; hukuka ilişkin sosyolojik yaklaşımların insan toplumlarıyla *sınırlı olduklarından* hareketle genel hukuk bilimine yönelik çıkarımlar yapamayacakları eleştirileri karşısında -aynı silahları kullanmak suretiyle- *hukuki pozitivizm ve doğal hukuk akımlarının sahip oldukları sınırları ve aslen bu teorilerin zaman ve mekânla bağlantılı oldukları gerçeğini ortaya koyarak kendi teorisini inşa etmeye başlamaktadır*.

<sup>51</sup> Tamanaha, *Third Pillar*, s.2277.

<sup>52</sup> Bknz. s.14.

## V. GERÇEKÇİ HUKUK TEORİSİ

Bu başlık altında **ilk** olarak geriye dönerek, Tamanaha'nın hukuk teorilerinin üçüncü temel koluna ilişkin yapmış olduğu açıklamalarda "*toplumsal hukuk akımının içerisinde kimi konularda aralarında fikir ayrılıkları bulunan farklı teorilerin yer alması mümkündür*" ifadesini hatırlamak gerekmektedir. Böylelikle ilk etapta, savunucusu olduğu hukuk teorisinin konumlandırılacağı hukuk geleneğini canlandıran Tamanaha için, bu geleneğin altında yer alan teorilerden bir tanesinin de kendisinin ortaya koyduğu *gerçekçi hukuk teorisi* olduğunu söyleme vakti gelmektedir. Okuyucu açısından ise buraya kadar gelinen noktada Tamanaha'nın hukuk akımlarının üçüncü kolunu *diriltmeye* ve onu isimlendirmeye ilişkin çabasının nedeni net bir şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim Tamanaha'nın öncelikle hukuk teorisinin, altında yer aldığı geleneği canlandırma gayreti -hiçbir teorisyenin ortaya koyacağı kuramın, literatürden neredeyse dışlanmış olan bir akım içerisinde yer almasını istemeyeceğinden hareketle- akla uygundur.

**İkinci** olarak, Tamanaha'nın "*hukuka ilişkin geliştirilen teoriler, hukukun ne olduğuna ve işlevlerine yönelik açıkça formüle edilmiş önermelerden oluşmaktadır*" ifadesi hatırlandığında ise akla gelen diğer husus, Tamanaha'nın ortaya koyduğu teori kapsamında, binlerce yıldır yanıtlanması ızdırap haline gelen "*hukuk nedir?*" sorusuna vermiş olduğu cevaba yöneliktir. Ancak bu cevaba ilişkin merakın sonraki başlıklara kadar devam etmesi gerekmekte; bu cevaptan önce konuya, Tamanaha'nın hukuk anlayışına yönelik bir ipucu niteliğinde (i) *hukukun doğasına* yönelik yapmış olduğu kısa bir açıklama ve ardından (ii) günümüze kadar gelen bazı hukuk tanımlamalarının neden başarısız olduklarına ilişkin tespitleri ile devam edilmesi planlanmaktadır.

(i) *Hukukun bir doğası var mıdır?* Bu sorunun cevaplanması için öncelikle *gerçekçi hukuk teorisinin*, Tamanaha'nın "*sınırlı, soyut, tarihi dışlayan ve toplumdan kopuk*" olarak nitelendirdiği doğal hukuk ve (hukuki pozitivizmin bir ayağını oluşturan) analitik hukuk teorisinin aksine; ampirik çalışmalara dayalı, *sosyal, kültürel, ekonomik, siyasi, ekolojik ve teknolojik faktörlerle bağlantılı olarak gelişen holistik (bütüncül) bir hukuk vizyonu* sunduğunu söylemek mümkündür<sup>53</sup>. Daha kapsamlı bir ifade ile Tamanaha'ya göre, toplumlar tarih boyunca örf adet hukuku, doğal hukuk, dini hukuk, devlet hukuku, uluslararası hukuk gibi farklı birçok hukuk türünü kolektif şekilde tanımakta ve bu hukuk türleri toplumlarda sosyal, kültürel, ekonomik, siyasi, ekolojik ve teknolojik faktörlerle bağlantılı olarak zaman içerisinde değişmekte ve gelişmektedir.

"*Hukukun bir doğası var mıdır?*" sorusunun ardından Tamanaha'nın teorisine ilişkin yapılan bu genel açıklamanın ilk etapta soru ile ilgisiz olduğu düşünülebilse de aslında bu genel bilgi, Tamanaha'nın *hukukun doğasına* ilişkin görüşlerini de içerisinde barındırmaktadır. Şöyle ki diğer akımların ortaya koydukları farklı açıklamalar karşısında Tamanaha'ya göre, toplumun birer ürünü olan farklı hukuk türleri, zaman içerisinde

<sup>53</sup> Cambridge'in Tamanaha'nın kitabına ilişkin yayımlanmış olduğu açıklamadan bir bölüm. Tamanaha, Realistic Theory, s.i

toplumda yaşanan gelişmelere paralel şekilde sürekli değişim göstermekte ve evrimini devam ettirmektedir. İşte *hukukun doğası* bundan ibarettir<sup>54</sup>!

(ii) *Bugüne kadar ileri sürülen çoğu hukuk tanımının başarısız olmasının nedenleri nelerdir?* Bu sorunun cevabını -bir önceki paragraftaki gibi- birkaç cümle ile açıklamak mümkün olmamakta ve bu nedenle Tamanaha'nın “*hukuk nedir?*” sorusuna vereceği yanıtla iç içe geçmiş bu tespitlerinin tam olarak anlaşılabilmesi için daha uzunca bir yol kat edilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle *gerçekçi hukuk teorisinin* genel anlamda hukuka ampirik bir bakış açısı sunarak; sosyolojik, tarihsel ve antropolojik açıdan hukukun ne olduğunu ve işlevini ortaya koymaya çalıştığının altını çizmek gerekmektedir. Bu yönüyle de günümüzde karşımıza iki ana akım olarak çıkan; (i) ahlakın objektif ilkeleri ve bu ilkelerin pozitif hukuk ile ilişkisine odaklanan, sınırlı bir çerçeveye sahip *doğal hukukla* ve (ii) tüm hukuk sistemlerinin sahip olması gereken kriterlere ilişkin sorularla ilgilenen son derece soyut nitelikteki *analitik hukuk teorisine* tezatlıklar içermekte olduğu tahmin edilebilir bir hale gelmektedir. Tamanaha'ya göre, bu iki yaklaşımın hukuku, toplumdaki ve tarihten soyutlamak suretiyle incelemeleri, hukuka ilişkin ileri sürmüş oldukları tanımlamalar açısından ciddi eksikliklerle sonuçlanmaktadır. Nitekim hukuk ve toplum arasında neden-sonuç bağlamında çift yönlü bir ilişki var olmaktadır. Diğer deyişle, hukukun iki yönü bulunmakta; hukuk bir yandan toplum içerisinde sosyal ilişkileri düzenlemeye hizmet etmekte iken diğer yandan toplumda var olan sosyal, ekonomik, siyasi hiyerarşilerden etkilenmektedir.

Hukuk ve toplum arasında bulunan bu sıkı ilişkiden hareketle; farklı zamanlarda ve farklı toplumlarda, değişik biçim ve işlevlerle karşımıza çıkan hukuk kavramının, bünyesinde çok fazla sayıda toplumsal, tarihsel kavram barındırması ve bir dizi yasanın dahi birden fazla işlevinin bulunması nedeniyle hukuka yönelik tek bir tanım yapmak mümkün olmamaktadır. Bu açıdan, genellikle çeşitli biçim ve işleve dayalı kombinasyonlardan oluşan hukuk tanımları, kaçınılmaz olarak ya çok geniş kapsamlı olmakta ya da hukuku tanımlamak açısından yetersiz kalmaktadır<sup>55</sup>.

Bu doğrultuda hukuk kavramına yönelik -*Minos*'tan beri- varlığını sürdüren üç kategoriden ilki, hukuku toplumsal yaşamı düzenleyen temel kurallar olarak görürken; ikincisi, kuralları açıklayan ve uygulayan kurumsallaşmış bir sistem olarak değerlendirmekte; üçüncüsü ise hak ve adaleti hukukun ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu kategoriler içerisinde -ikinci kategori ile uyumlu olacak şekilde- hukuku, *devlet hukuku* penceresinden tanımlamak günümüzde birçok teorisyen için cazip gelmektedir, zira devlet hukukunun yakın tarih ve günümüzde baskın bir hukuk türü olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Ancak diğer yandan devlet hukuku şeklinde addedilmek açısından gerekli niteliklerden yoksun olmalarına rağmen, dayattıkları kurallar ve hizmet ettikleri amaçlar göz önünde tutulduğunda, örf adet hukuku, uluslararası hukuk gibi hukuk türlerinin de *hukuk* kavramının içerisinde dahil edilmesi kulağa mantıklı gelmektedir. Nitekim bu hukuk türleri de (aynı devlet hukuku gibi) tarihte ve günümüzde birçok toplumda çok sayıda insan tarafından *hukuk* olarak

<sup>54</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.1,80.

<sup>55</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.38; Tamanaha, Podcast, dk.11:04-11:30.

dikkate alınmaktadır. Bununla beraber, bazı teorisyenlerin adaletin hukukun doğasında var olduğu ve hukukun adalete hizmet ettiği konusunda ısrar etmeleri de akla yatkın görünmektedir, çünkü hukuk bir taraftan da hak, meşruiyet gibi kavramları içerisinde barındırmaktadır. Bu kategorilere dayanılarak ileri sürülen hukuk tanımlanmalarına ilişkin farklılıkların devam etmesinin, diğer deyişle bir fikir birliğine varılamamasının nedeni ise; bu tanımlamaların *biçimsel ve işlevsel* analizler üzerine inşa edilmiş olmaları ve bu durumun da ne akıl ne de ampirik kanıtlarla çözülmesinin mümkün olmasıdır<sup>56</sup>.

Bu kapsamda Tamanaha'ya göre *biçimsel ve işlevsel* tanımların tümü "*hukuk nedir?*" sorusu karşısında başarısız bir görünüm sergilemektedir. Çünkü bu bağlamda hukuka ilişkin ortaya koyulan tanımlamaların hepsi *hukuku* içermekte, ancak *hiçbiri 'yalnızca' hukuku içermemekte ve hiçbiri hukukun ne olduğuna ya da işlevlerine ilişkin tüketici bir tanım verememektedir*. İlk durumda bu tanımlar salt hukuka özgü olmamakta ve içerisine hukuktan farklı kurumlar da dahil edilebilmekte; ikinci durumda ise hukukun tüm boyutlarıyla tanımlanması açısından yetersiz kalınmaktadır. Zira toplumsal hayat içerisinde farklı kurumların da hukuka atfedilen işlevleri üstlenmekte oldukları, diğer yandan özellikle modern hukuk sistemleri düşünüldüğünde tanımlarda belirtilen işlevlerden daha fazlasını kapsamakta oldukları görülmektedir. Bununla beraber, söz konusu tanımlara ilişkin en önemli sorun ise belirtilen biçim veya işlevden yoksun olan; ancak *kolektif olarak tanınan* örneğin, örf adet hukuku, dini hukuk, uluslararası hukuk gibi hukukun diğer tezahürlerini dışlamaları ve neredeyse tamamen *devlet hukukuna* odaklanmalarındır!

*Kolektif tanıma*, kurumların varoluşları için vazgeçilmez bir koşul olup; devlet hukuku dışında hem tarihte hem de günümüzde kolektif olarak tanınan farklı hukuk türleri varlıklarını korumaktadır. Bu kapsamda, yokluğu durumunda sürekli bir hukuk sisteminden bahsetmenin mümkün olamayacağı *kolektif tanımanın* üç önemli unsuru bulunduğunu belirten Tamanaha, bu unsurları açıklamak için örnek olarak mülkiyet ve evlilik kurumlarını ele almaktadır. İlk olarak toplumdaki insanlar, mülkiyet ve evlilik kurumunu kolektif şekilde tanımakta; ikinci olarak toplumdaki insanlar, hukuk sistemini ve resmi görevlilerinin buna dayalı sahip oldukları yetkilerini tanımakta ve son olarak resmi görevliler hukuki süreç ve işlemleri kolektif şekilde tanımaktadır. İşte hukuk teorilerinin ileri sürdükleri hukuk kavramı, bu üç kriterin kusursuz biçimde birbirleriyle uyum içerisinde oldukları (örneğin, toplumdaki insanların mülkiyet ve evlilik olarak tanıdıklarının, resmi görevlilerin tanımladıklarıyla aynı olduğu varsayımı doğrultusunda) ideal bir hukuk imajı üzerine kurulmaktadır.

Bu üç kriterin birbirleriyle uyumlu oldukları varsayımı ile bağlantılı olarak, Tamanaha'nın '*ayna tezi*' olarak adlandırdığı teze göre, devlet hukuku toplumun bir yansıması (aynası) olarak görülmektedir. Farklı bir deyişle, hukuk kuralları toplumun geleneklerinden ve ahlakından doğarak toplumsal düzeni sağlamaya hizmet etmektedir. Tamanaha ise bu teze şiddetle karşı çıkmakta; dünyanın farklı yerlerinde yürürlükteki devlet hukukuyla toplumlar arasında derin uçurumlar bulunduğunu ve bu durumun hukuk teorileri tarafından ortaya koyulan hukuk kavramları açısından göz ardı

<sup>56</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.42,43.

edilmekte olduğunu ileri sürmektedir<sup>57</sup>. İşte *ayna tezini* çürütmek suretiyle, yerine yeni bir hukuk anlayışı ortaya koymaya çalışan Tamanaha'nın bu konuya ilişkin itirazını bir cümle ile özetlemek mümkün olmaktadır: *Genel hukuk teorileri tarafından ortaya koyulan hukuk kavramı, gerçekten genel midir*<sup>58</sup>?

Tamanaha'ya göre, atıf yapmakta olduğu farklı çalışmalar göstermektedir ki örneğin, birçok Afrika ülkesi<sup>59</sup> ve özellikle savaşların yıprattığı ülkelerde<sup>60</sup> insanların önemli bir yüzdesi uyuşmazlıklarını devlet hukuku yerine kolektif olarak tanıdıkları yerel kurallar aracılığıyla çözüme kavuşturmakta ve birbirleriyle uyumsuz hukuk rejimleri toplumlarda yüzyılı aşkın süredir varlıklarını korumaktadır. Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, altı çizilmesi gereken nokta; Tamanaha'nın karşısına aldığı hukuk akımları bünyesinde yer alan hukuk tanımlamalarında söz konusu *hukuki çoğulluk* gerçeğinin göz önünde bulundurulmadığına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>61</sup>.

Bununla beraber -*Minos* diyalogundaki öğrencinin de belirttiği üzere- *farklı toplulukların farklı yasalara sahip olduklarını ve aynı toplulukların mütemadiyen aynı yasaları kullanmadıklarını görmek zor değildir*. Günümüzde genel olarak kabul gören biçimsel ve işlevsel hukuk tanımları; aynı ülke içerisinde varlığını sürdüren ve geçmişte varlığını sürdürmüş farklı hukuk türlerini göz ardı etmelerinin yanında, farklı ülkelerin sahip oldukları farklı hukuk sistemleri de göz önünde bulundurulduğunda geçersiz bir hale gelmektedir. Aksi halde bu tanımların geçersiz hale gelmeyeceği ileri sürüldüğünde, bu tanımlamalar içerisinde belirtilen niteliklerle donatılmış hukuk sistemlerine sahip olmayan (ve geçmişte sahip olmamış) toplumlar *hukuksuz* kalmakta; bu toplumların *hukuka* sahip oldukları söylenememekte ve ayrıca bu niteliklerden yoksun, ancak kolektif olarak tanınmakta olan hukuk biçimleri *hukuk* kategorisinin dışında yer almaktadır.

Farklı bir deyişle, Tamanaha'nın eleştirdiği biçimsel ve işlevsel hukuk tanımlamalarını ortaya koyan hukuk teorisyenleri, teorilerinin yara almaması için ileri sürdükleri niteliklere sahip olmayan geçmiş ya da mevcut hukuk sistemlerinin, *hukuk olmadıklarını* ya da eksik, kusurlu, istisnai hukuk sistemleri olduklarını ilan etmektedirler. İşte bu durum, başlangıçta hukuk teorilerini oluştururken, yalnızca mevcut zamanda ve belirli bir toplumda geçerli olan devlet hukuku kavramına odaklanmalarından kaynaklanmaktadır<sup>62</sup>. Bununla beraber mevcut dönemde farklı

<sup>57</sup> Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, New York, Oxford University Press, 2001. (Bu eser, sonraki atıflarda Tamanaha, *General Jurisprudence* şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>58</sup> Genel hukuk bilimi belirli bir sisteme (batılı sistemlere) özgü, bunlarla sınırlı olmamalıdır. Tamanaha, *General Jurisprudence*, s.233.

<sup>59</sup> L. Chirayath, Caroline Sage ve Michael Woolcock, “Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems,” Washington, DC, World Bank, 2005.

<sup>60</sup> Debbie Isser, *Customary Justice and the Rule of Law in War-Torn Societies*, Washington, DC, U.S. Institute for Peace Press, 2011.

<sup>61</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.47-56,77.

<sup>62</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.66-69,78,79; Brian Tamanaha, “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law,” *Legal Theory and the Social Sciences*, C: II, (ed.) Maksymilian Del Mar, Michael Giudice, New York, Routledge, 2010, s.501. (Bu eser, sonraki atıflarda Tamanaha, *Analytical Map* şeklinde kısaltılacaktır).

toplumlarda ve hatta bu toplumlar içerisinde yerlerini korumakta olan farklı hukuk sistemlerinin varlığı yanında, “yavaş ya da hızlı değişim kaçınılmazdır<sup>63</sup>” ifadesinden hareketle *değişmiş, değişmekte olan ve değişeceği muhtemel* hukuk kavramının *evrensel ve zamansız* biçimde sahip olması gereken özellikleri içeren tanımların kapsayıcı ve kalıcı olması da son derece zor görünmekte ve bu iddialar ortaya absürt durumların çıkmasına neden olmaktadır<sup>64</sup>.

Sonuç olarak, hukuk kavramına ilişkin yaygın kabul görmekte olan tanımlamaların; yalnızca mevcut zamanda var olan belirli bir toplumun penceresinden ve -hatta aynı toplum içerisinde benzer niteliklere sahip olmayan fakat kolektif olarak tanınan birçok sayıda hukuk türü varlığını korumakta iken- hukukun tek bir türü olan devlet hukuku üzerinden yapılması, *evrensel ve zamansız* oldukları iddialarına ters düşmektedir. Bu nedenle, hukuk kavramına yönelik olarak doğal hukuk ve özellikle analitik hukuk teorisyenleri tarafından ileri sürülen bu *sınırlı tanımlara* ilişkin olarak, yalnızca (i) *belirli bir dönemde* (ii) *belirli bir toplumda var olan* (iii) *belirli bir hukuk türünü* kapsamakta oldukları ve diğer tüm hukuk sistemlerinin ortaya koyulan bu hukuk kavramı merceğinden incelendiğinin söylenmesi mümkün görünmektedir.

Zira Tamanaha’ya göre, birbirlerine rakip doğal hukuk ve hukuki pozitivizm akımları hukuka yönelik -ironik olarak- farklı şekillerde aynı evrensellik iddiasını taşımaktadır. Bu kapsamda çoğu doğal hukuk ve analitik hukuk teorisyeni<sup>65</sup> *herhangi bir kanıtı gerek duyulmaksızın kendiliğinden apaçık gerçekler* olduklarını ileri sürdükleri ‘kendi kabullerini’ tüm hukuk sistemleri açısından zorunlu, evrensel gerçekler haline dönüştürmektedir. Böylece hukukun taşınması gereken bu özelliklerin neden ve nasıl seçildiği ve alternatif hukuk kavramlarının kendi teorileri karşısında neden geçersiz oldukları soruları çoğunlukla yanıtız bırakılmaktadır<sup>66</sup>.



O halde, yukarıda ortaya koyulan gerekçeler doğrultusunda Tamanaha’nın, oldukça sınırlı, eksik, dar kapsamlı ve daha doğru bir ifade ile “*hukuk nedir?*” sorusunu cevaplamak açısından başarısız olduklarını ileri sürdüğü yaygın olarak kabul edilen biçimsel ve işlevsel hukuk tanımlarının karşısında, daha kapsamlı bir hukuk tanımı mümkün müdür?

## VI. HUKUKU TANIMLAMAMANIN BİR YOLU

Bu başlık altında Tamanaha’nın “*hukuk nedir?*” sorusu karşısında başarısız bir görünüm sergilediklerini ileri sürdüğü tanımlamalar bir yana, problemin öncelikle *sorunun kendisinden* kaynaklandığı ihtimalinin üzerinde durulması gerekmektedir. Şöyle ki “*hukuk nedir?*” sorusu yanıltıcı olabilmekte ve dünya üzerinde farklı niteliklere sahip hukuk türlerinin var olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Deyim

<sup>63</sup> Londra tarih müzesinin duvarında yazılı bir ifade.

<sup>64</sup> Bu konuya ilişkin olarak bkz. Brian Tamanaha, “What is ‘General Jurisprudence’? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law,” Washington University School of Law, Legal Studies Research Paper Series, No:12-03-02-2012, s.23,24.

<sup>65</sup> Bu noktada Tamanaha örnek olarak Finnis ve Shapiro’yu göstermektedir. Bknz. Shapiro, s.13; Finnis, s.81-83.

<sup>66</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.71-73.

yerindeyse *yükte hafif pahada ağır* bu soru, içerisinde (tekil) hukuk kavramını barındırarak teorisyenleri, doğru, tek **bir** hukuk tanımı vermeye ve bunun sahip olduğu nitelikleri ortaya koymaya yönlendirmektedir. Ancak “...hiçbir teorisyen (hukuku kavramsallaştırma çabası nedeniyle) suçlu tutulamaz. Şayet bir teorisyen öncelikle hukuku tanımlamanın bir yoluna sahip değilse ne teorik ne de ampirik açıdan hukuk hakkında bir şey söyleyemez...”<sup>67</sup>

İşte bu ifadede yer alan hukukun tanımlanmasına ilişkin bir yol bulunması ihtiyacına cevap olarak Tamanaha, “*hukuk, toplumdaki insanların sosyal pratikler aracılığıyla ‘hukuk’ olarak kabul ettikleri ve riayet ettikleri şeylerdir*”<sup>68</sup> şeklinde (anti-özcü) bir formül ileri sürmektedir. Bu formül akıllara *Minos* diyalogundaki öğrencinin yasayı tanımlarken “*yasa, yasa olarak kabul edilen şeylerden başka ne olabilir?*” ifadesini getirmekle beraber bir hukuk tanımı vermemekte, ancak hukukun tanımlanmasına yönelik bir dizi kriter içermektedir.

Bu doğrultuda söz konusu formülün dört aşamada uygulanması gerektiğini belirten Tamanaha, ilk olarak (i) bir teorisyenin, toplumdaki insanların *hukuku* nasıl tanımladıklarını; farklı bir ifade ile hukuk türlerinden hangisini/hangilerini *hukuk* olarak dikkate aldıklarını tespit etmesi gerektiğini belirtmektedir. Tamanaha, eleştirdiği hukuk teorisyenlerinin genellikle bu aşamaya ilişkin fikir birliği içerisinde olduklarını, çünkü bu aşamayı görmezden gelerek; hukuku yalnızca *devlet hukuku* çerçevesinde ele alarak doğrudan ikinci aşamaya geçtiklerini düşünmektedir. İkinci olarak (ii) teorisyenin, konvansiyonel olarak kabul gören hukuk türü/türleri hakkında *toplumun* ne düşündüğünü anlamaya çalışmak zorunda olduğunun altını çizmektedir. Bu aşamaya ilişkin olarak ise Tamanaha, hukuk teorisyenlerinin toplumun hukuk hakkında ne düşündüğünü ihmal ederek, yalnızca hukukçuların, eğitilmiş insanların vb. hukuku nasıl anladıkları üzerine kurulu varsayımlardan hareket ederek kestirme bir yol izledikleri eleştirisini getirmektedir. Üçüncü olarak (iii) hukuk teorisyeninin, toplumda var olan hukuk türünün/türlerinin nasıl yapılandığı, yerine getirdiği işlevler gibi konularda ampirik bilgi edinmesi gerekmektedir. Bu noktada Tamanaha çoğu hukuk teorisyeninin (bir önceki sayfada bulunan eleştirilerden de hatırlanacağı üzere) ampirik verilere dayanmak yerine, herhangi bir kanıtı gerek duyulmaksızın kendiliğinden apaçık iddialar olarak kabul ettikleri kendi kabullerini kullanarak üçüncü aşamayı atlamakta olduklarını düşünmektedir. Dördüncü ve son aşamada ise (iv) teorisyenin artık kavramsallaştırma sürecine geçmesi mümkün olmaktadır. Belirtilen aşamalar sonucunda edindiği veriler ışığında teorisyen artık hukuk türlerinin karakteristik özelliklere sahip olup olmadığı, hukuk türleri arasında ortak özelliklerin ya da belirli niteliklerin bulunup bulunmadığı gibi bir dizi soruyu değerlendirebilmeye hazır hale gelmektedir<sup>69</sup>.

Ancak burada hemen bir parantez açarak, önemli ve haklı bir itiraza yer vermek gerekmektedir<sup>70</sup>. Buna göre, hukukun tanımlanmasına ilişkin izlenen süreçte, henüz

<sup>67</sup> Leslie Green’in “The Forces of Law: Duty, Coercion and Power,” *Ratio Juris*, C:29, S:2, 2016 eserinden hareketle Tamanaha, *Realistic Theory*, s.73. Parantez içerisindeki kısım benim tarafımdan eklenmiştir.

<sup>68</sup> Tamanaha, *General Jurisprudence*, s.166,194.

<sup>69</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.71-76.

<sup>70</sup> Burada Gardner’ın Tamanaha’ya ilişkin kaleme almış olduğu eleştirinin ve karşılığında Tamanaha’nın kendisine vermiş olduğu cevabın kapsamı değiştirilmiştir. John Gardner, *Law as a Leap of Faith*:



neyin hukuk olduğunu bilmeden önce, bu aşamalarda yer alan direktifler nasıl yerine getirilecektir? Daha açık bir ifade ile henüz *hukuk kavramı* tanımlanmamış iken *hukukun* ne olduğunu sormak ya da hukuk kavramı bilinmezken hukuk türlerine ilişkin araştırma yapmak kendi içerisinde bir kısır döngü oluşmasına neden olmaktadır. Elbette bu eleştiri karşısında ortada bir gizem bulunmadığını; günümüzde hukukun ne anlama geldiğine dair genel bir fikrin, daha doğru bir ifade ile hukuk teriminin temsil ettiği düşünce kümelerinin dünya çapında yaygın bir şekilde var olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Ancak bu yaklaşım, günümüze ya da yakın geçmişe dair makul kabul edilebilse de eski dönemlere gidildikçe birtakım engellerle karşılaşmaktadır.

Şöyle ki bu yaklaşım, '*bize ait*' olan hukuk kavramı penceresinden erken dönem toplumlarını değerlendirmek açısından yetersiz kalmaktadır. İşte Tamanaha bu bağlamda inceleme yapılırken, *hukuk ya da hukuk sistemi* olarak algılanan şeylerin ilk habercilerinin (öncüllerinin) var olup olmadığını görmek için günümüzden başlayarak, insanlık tarihinde geriye doğru gitmek suretiyle iz sürmek, başka bir deyişle *soykütüksel yaklaşımın*<sup>71</sup> benimsenmesi gerektiğini düşünmektedir. Buradan hareketle *gerçekçi hukuk teorisinin*; insanlık tarihi boyunca ortaya çıkmış farklı hukuk görünümlerinin toplumlarda nasıl yapılandırıldıklarına, nasıl işlediklerine, üstlendikleri işlevlere ve ortaya çıkardıkları sonuçlara odaklı kapsamlı bir teori olduğu düşünüldüğünde, soykütüksel perspektifin hukukun bu yönlerine ilişkin detaylı bilgi edinilmesine yardımcı olacağından hareketle Tamanaha tarafından benimsenmesi akla uygun gelmektedir<sup>72</sup>.



Bu kapsamda eserin<sup>73</sup> önemli bir bölümünü soykütüksel yaklaşıma ayırmakta olan Tamanaha'nın buraya kadar ele alınanlar ışığında en büyük eleştirisinin; yaygın hukuk tanımlarının, hukukun tek bir görünümü olan devlet hukukuna odaklandıkları ve teorisyenlerin kendi sezgilerinden hareketle kimi özellikler belirleyerek tüm yer ve zaman için bu standartları ölçü olarak kullandıkları noktalarında toplandığı görülmektedir. Nitekim bu yaklaşımlar ardında, *neden (genellikle batılı) modern devlet hukukunun, hukuk kavramı açısından evrensel standart olarak kabul edildiği, hukukun*

---

Essays on Law in General, Oxford, Oxford University Press, 2012, s.298; Tamanaha, Realistic Theory, s.75.

<sup>71</sup> Tamanaha, hukukun geçmişteki yapısını, yerine getirdiği işlevleri ve farklı sosyal çevrelerde nasıl tezahür ettiğini gözlemlemek amacıyla, hukukun farklı görünümlerine, sürekliliğine, zaman içerisinde geçirdiği değişimlere ve gelişimlere odaklanarak tarihte geriye doğru iz sürdüğünü belirtmektedir. Bunu soykütüksel perspektif olarak adlandırmakta olan Tamanaha'ya göre bu yaklaşım; hukuku sosyal, politik, ekonomik, ekolojik, teknolojik ve kültürel koşullara bağlı olarak geliştirmekte ve zaman içerisinde değişmekte olan çeşitli sosyal karmaşıklık düzeylerine yerleştirmektedir. Tamanaha, Realistic Theory, s.82; Ancak Tamanaha'nın, 'soykütüğü' teriminin önem arz eden tarihesine atıf yapmakta eksik kaldığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Buna göre 'soykütüğü' terimi felsefi anlamda ilk kez Friedrich Nietzsche tarafından kullanılmış ve sonrasında Michel Foucault tarafından geliştirilmiştir. Tamanaha'nın gerçekçi hukuk teorisi bağlamında benimsediği soykütüğü yönteminin ise bu isimlerle ilişkisi eserinde net olmaktan çok uzaktır. Kevin P. Lee, "Realism and Jurisprudence: A Contemporary Assessment," Golden Gate University Law Review, C:49, S:2, 2019, s.82,83.

<sup>72</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.76,77,81.

<sup>73</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.82-117.

*sabit özelliklere sahip tek bir biçiminin mi olduğu ya da hukuk kavramının zaman içerisinde değişmesi ihtimalinin bulunması gibi üzerinde düşünülmesi gereken önemli hususlar bırakmaktadır*<sup>74</sup>.

İşte çözümlenmesi gereken tüm bu sorunlar karşısında hukuka ilişkin farklı bir yaklaşım olarak soykütüksel bakış açısını benimseyen Tamanaha öncelikle hukukun; tarih sayfalarında geriye (ve ardından o zamandan tekrar ileriye) giderek, farklı sosyal çevrelerde izlerini sürmekte ve bu yolculuğun sonunda ise hukukun zaman içerisinde sürekli olarak değişip gelişerek farklı biçim ve işlevlerle karşımıza çıkmakta olduğunu belirtmektedir. Buna göre, ilkel toplumlarda var olan ‘**hukuk**,’ karmaşık toplumlarda başka bir şeye dönüşmekte ve modern toplumlara gelindikçe bir kez daha şekil değiştirerek daha kompleks bir hal almaktadır.

Bir önceki cümlede -sürü, kabile, şeflik gibi- “*ilkel toplumlarda var olan ‘hukuk’...*” şeklindeki ifadenin kullanımı ise tesadüf olmaktan çok uzak olup, Tamanaha’nın önemli ve bu noktada tahmin edilebilir bir itirazına dayanmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Tamanaha, kimi antropolojik çalışmalara gönderme yaparak ilkel toplumların hukuka sahip olmadıklarını ileri süren teorisyenler<sup>75</sup> karşısında, öncelikle tarihte “*hukuksuz bir toplumun bulunmadığı*<sup>76</sup>” ya da “*ateşsiz, dilsiz, dinsiz ve hukuksuz bir topluluk var olmamıştır, ancak bizim sosyal, dini ve hukuki kavramlarımızın ilkel kavramlar ile örtüşmemesi nedeniyle yapılması gereken şey, ilkel toplumlarda modern kurumlarımızın eşdeğerlerinin bulunmasıdır*<sup>77</sup>” gibi ifadelerle karşıt görüşte yer alan antropologların eserlerini ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, antropologların konuya ilişkin fikir ayrılıklarına sahip olduklarını belirten Tamanaha, bu durumun hukuka verilen farklı anlamlardan kaynaklandığını düşünmektedir<sup>78</sup>.

Bu kapsamda hukuka sınırlı bir biçimde salt modern devlet hukuku penceresinden bakarak, kurumsallaşmış bir sistem gerekliliği arayan bir teorisyen elbette ilkel toplumlarda hukukun var olmadığına kanaat getirecektir<sup>79</sup>. Nitekim soykütüksel yaklaşımına göre, konu ve işlev bakımından *bize ait* hukuk kavramına benzerlik gösteren ilkel kurallar, organize bir sistemin varlığı aranmaksızın hukuk kabul edilmektedir. Ancak burada bir parantez açarak belirtmek gerekir ki Tamanaha, ilkel toplumlarda hukukun var olduğunu ileri sürerken ne bunun nesnel, evrensel anlamda hukuk olduğunu ne de ilkel toplumların konvansiyonel olarak bunları ‘hukuk’ olarak etiketlediklerini iddia etmektedir. Hukukun ‘onların’ değil, ‘bizim’ kavramımız

<sup>74</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.82.

<sup>75</sup> Örneğin, Shapiro s.35.

<sup>76</sup> Sally Falk Moore, Law as Process: An Anthropological Approach, London, Routledge and Kegan Paul Press, 1978, s.215.

<sup>77</sup> Julius E. Lips, “Government,” General Anthropology, (ed.) Franz Boas, New York, D.C. Heath and Company Press, 1938, s.489.

<sup>78</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.84,89.

<sup>79</sup> Tamanaha bu noktada özellikle, ilkel toplumların ikincil kurallardan yoksun olduğundan hareketle hukuk öncesi sisteme sahip olduklarını ileri süren Hart’ı; organize bir sistemin hukukun doğası için gerekli olduğu ve bu nedenle bu forma sahip olmayan bir şeyin hukuk sayılamayacağına ısrar eden Raz ve Shapiro gibi isimleri hedef almaktadır. Shapiro, s.15; Joseph Raz, “Can There Be Theory of Law?” The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, (ed.) Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford, Blackwell, 2005, s.328; Tamanaha, Realistic Theory, s.91,92.

olduğunun altını çizmekte olan Tamanaha'nın iddiası yalnızca, hukuk olarak düşündüğümüz şeyin ilkel toplumlarda -bizim koşullarımızdan farklı ya da bir sistemden yoksun olsalar dahi- mevcut olduğuna yöneliktir.

Bu tezini kuvvetlendirmek amacıyla, soykütüsel yaklaşım ile ilkel toplumlardan başlayarak modern döneme kadar uzanan süreç içerisinde hukukun geçirdiği evrimleri ortaya koyan Tamanaha'ya göre hukuk, insanlık tarihi boyunca farklı biçim ve işlevlerle karşımıza çıkan sosyal bir büyüme olarak nitelendirilebilir. Buna göre, avcı toplayıcı toplumlarda hukuk; mülkiyet, kişiler, aile ve dini konulara ilişkin en basit şekilde koruma veya kısıtlama içeren kurallardan oluşmaktadır. Ardından yerleşik hayata geçilmesi ve toplulukların nüfuslarının artmasıyla beraber hukuka ilişkin farklı yapılar ve örgütlü bir güç ihtiyacı doğmakta, nitekim böylelikle bir yönetime bağlı hukuk sistemleri ortaya çıkmaktadır. Geçirdiği bu değişimlerle beraber hukuk artık farklı biçimlerde görülmeye başlamakta, bunların en önemlileri ise zorlayıcı uygulamaların ortaya çıkması ve mahkemelerin kurulması şeklinde kendisini göstermektedir. Bu noktada hukuk sistemleri bir yandan toplumsal ilişkileri düzenlemeye yönelik temel işlevini yerine getirmeye devam etmekte diğer yandan sosyal, ekonomik, siyasi hiyerarşiyi yapılandırmaktadır. Bununla beraber hem kendi hem de yönetimin sahip olduğu gücü arttırmaya hizmet eden hukuk, modern döneme gelindiğinde ise yeniden önemli bir değişim geçirmekte ve çok işlevli bir araç haline dönüşmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki bu çalışmada amaç hukukun, kısa bir özeti sunulan evrimine ilişkin ayrıntılı bilgi vermek değil, Tamanaha'nın bu araştırma sonucunda dikkat çektiği asıl noktayı ortaya koymaktır. Buna göre, hukukun değişim ve gelişim evreleri, kronolojik bir sıra ile incelendiğinde, *sonraki aşamaların bir öncekinin yerini aldığı* tarihsel bir süreç olarak değerlendirilebilmektedir. Oysa Tamanaha'ya göre bu oldukça yanıltıcı bir düşünceden ibaret olup, daha önceki aşamalarda karşımıza çıkan hukuk türlerinin çeşitli varyasyonları bugün de dünyanın farklı bölgelerinde varlığını korumakta ve diğer hukuk türleriyle etkileşimini sürdürmektedir. Buradan hareketle, her toplumun aynı ve tek bir hukuk türüne sahip olduğu, hukukun geçirdiği evrime ilişkin her toplumun tek tip ve kaçınılmaz olarak aynı yörüngeyi izleyeceği<sup>80</sup> ve ayrıca hukukun evrimini tamamlayarak günümüzde artık son aşamaya geldiği gibi düşünceler, hatalı yargılara varılmasına neden olmaktadır. Aksine hukuk, tarihsel ve toplumsal etkilere tabi olup, son derece değişken bir yapıya sahiptir. Kısacası, hukuk sürekli olarak *yapım aşamasındadır*<sup>81</sup>.

İşte Tamanaha'nın eleştiri oklarına hedef olan hukuk teorileri sadece *hukuki çoğulluk* karşısında değil, ayrıca hukukun geçirdiği bu değişim ve gelişim süreçleri karşısında da hukukun işlevlerini tespit etme açısından *başarısız* bir sınav vermektedir.

<sup>80</sup> Bu ifadelerden hareketle Bix, Tamanaha'nın geliştirdiği teoriye ilişkin "*modern tarihçi hukuk*" yorumu yapmaktadır. Nitekim Tamanaha'nın teorisinde; tarih (soykütüsel yaklaşım çerçevesinde) yalnızca hukukun yapısı ve işlevinin zaman içerisinde ne denli değiştiğine ilişkin veri sunmakta, onun dışında *tarihin değerine* yönelik bir vurgu yapılmamaktadır. Bu nedenle, Tamanaha'nın gerçekçi teorisi aslında tarihle değil, daha ziyade sosyolojik bakış açısıyla, toplumsal bağlam ve ampirik araştırmalarla daha fazla ilgili görünmektedir. Bu ise klasik tarihçi hukuk akımını tam olarak yansıtmaya da modern tarihçi hukuk olarak adlandırılabilir. Bix, *Historical Jurisprudence*, s.1046.

<sup>81</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.117; Tamanaha, Brian, "Insights about the Nature of Law From History," *Kobe Memorial Lecture, Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, C:15, 2017, s.44,45.

Bu kapsamda Tamanaha'nın, önceki sayfalarda<sup>82</sup> açıklanmaya başlanan; *bugüne kadar ileri sürülen çoğu hukuk tanımının başarısız olmasına ilişkin nedenleri* saymaya devam etmekte olduğu görülmektedir. Peki, bu *başarısızlık* ile kastedilen nedir?

## VII. HUKUKUN İKİ YÜZÜ

Tamanaha'ya göre, eleştirdiği hukuk teorilerinin eksik olduğu tek alan, hukuk kavramına salt *devlet hukuku* penceresinden yaklaşarak 'hukuk' etiketi taşıyan diğer hukuk türlerini (örneğin, örf-adet *hukuku*, uluslararası *hukuk*) ihmal etmeleri ile sınırlı olmayıp, bu teorilerin çoğu -bir önceki başlığın son paragrafında belirtildiği üzere- hukukun geçirdiği evrimleri de göz ardı ederek, hukuk ve toplumda yaşanan esaslı değişiklikleri ve bunların günümüzde ortaya çıkardıkları sonuçları hesaba katmayarak, hukuku yalnızca *toplum düzenini sağlamaya* ilişkin kurallar sistemi olarak düşünmektedir. Ancak günümüzde gelişim ve değişimini sürdürmekte olan *devlet hukuku* bu işlevden çok daha fazlasını kapsamakta; söz konusu bu temel işlev hukukun yalnızca tek bir yüzünü oluşturmaktadır. Buradan hareketle konunun ayrıntılarına geçmeden önce Tamanaha'nın itirazını şu şekilde ifade etmek mümkün hale gelmektedir: *Hukuk kavramına hatalı olarak yalnızca devlet hukuku çerçevesinden yaklaşmakta olan hukuk teorileri, bununla beraber odaklandıkları tek hukuk türü olan devlet hukukunu da sınırlı bir şekilde ele almaktadırlar.*

Bu doğrultuda Tamanaha'ya göre teorisyenler, hukuku genellikle toplumsal düzeni sağlama amacına yönelik kurallar sistemi olarak tanımlamaktadır<sup>83</sup>. Bu tanım ise hukuk kurallarının çoğunluğu için geçerli olsa da yasama organı tarafından yürürlüğe koyulan her hukuk kuralı, toplumsal ilişkileri düzenlemeye yönelik bir içeriğe sahip olmamakta ve devlet hukuku, yasa koyucunun seçtiği herhangi bir amaç doğrultusunda farklı biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir<sup>84</sup>. Bu kapsamda, hukukun yalnızca bir boyutuna odaklanan mevcut hukuk teorilerinin sahip olduğu bu eksikliği gidermek ve modern hukuk sistemine daha uygun ve kapsamlı bir hukuk teorisi ortaya koymak üzere Tamanaha ilk olarak, (i) toplumsal düzeni sağlama işlevine yönelik temel kuralları (ii) devletin farklı amaçları ile ilişkili olan hukuk kurallarından ayırmaktadır<sup>85</sup>. Ancak bunlar, birbirlerinden tamamıyla kopuk alanlar olmayıp, hukukun etkileşim içerisinde bulunan *iki farklı yüzünü* oluşturmaktadır.

Buna göre hukukun **ilk** yüzünü (i) toplumsal düzeni sağlamaya yönelik temel kurallar oluşturmaktadır. Elbette hukuk, toplum içerisinde davranışları koordine etmeye ve taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmaya ilişkin temel bir role sahiptir. Bu rol uyarınca tüm toplulukların, -sahip oldukları kültürel ve dini değerlere, ekonomik ve siyasi sistemlere ve karmaşıklık düzeylerine göre değişiklik gösterse de- bu konuları kapsayan kurallara sahip oldukları görülmektedir. Ancak bu noktada hatırlatmak gerekir ki Tamanaha'ya göre, devletin bu konuları düzenleyen

<sup>82</sup> Bknz. s.18

<sup>83</sup> Tamanaha burada Fuller ve Hart'ın hukuk tanımlamalarını örnek olarak göstermektedir. Bknz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, s.39; Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, s.96,122.

<sup>84</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.118-126.

<sup>85</sup> Tamanaha bu ayrıma ilişkin Hayek'in eserini örnek almaktadır. Bknz. Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

kuralları ile insanların fiilen uydukları kuralların her zaman birbirleriyle örtüştüğü varsayımı doğru olmayıp, aradaki bu uyumun gerçekleşmediği durumlarda devlet hukuku farklı kurallar dizisi içermekte iken, kimi topluluklar örf adet ya da dini hukuk kurallarına riayet etmekte ve bunların gerektirdiği şekilde hareket etmektedir.

Bununla beraber, doğrudan toplumsal düzeni sağlamaya ilişkin söz konusu kurallar oldukça istikrarlı bir niteliğe sahip olup, yavaş bir şekilde değişim göstermektedir. Bu değişimi gerçekleştirmek amacıyla toplumlarda bireylerin, kuruluşların ve sosyal grupların farklı alanlarda ileri sürdükleri itirazlara rastlamak mümkündür. Bu itirazlar, örneğin eşcinsel evliliğe izin verilip verilmeyeceği, boşanma sonrası çocuğun velayetinin nasıl belirlenmesi gerektiği veya sözleşmelerdeki haksız şartların bağlayıcı olup olmadığı gibi dini, kültürel, ahlaki ve ekonomik hususlara ilişkin olabilmektedir. Toplumda sürekli olarak varlığını koruyan bu tartışmalar sonucunda ise söz konusu toplumsal düzeni sağlamaya yönelik kurallar zaman içerisinde, ekonomik, siyasi, kültürel ve teknolojik faktörlere de bağlı olarak, yasama ve yürütmenin işlemleri ya da yargı kararları doğrultusunda kademeli olarak değişikliğe uğramaktadır.

Tamanaha, toplum düzenini sağlamaya yönelik bu kurallardan sonra, -hukukun **ikinci** yüzünü oluşturduğunu ve hukuka ilişkin tanımlamalarda göz ardı edildiğini düşündüğü- (ii) devletin diğer amaçları ile ilişkili olan hukuk kurallarını ele almaktadır. Bu kapsamda devletin çeşitli kurumları tarafından kullanılmakta olan hukuki düzenlemeleri, kullanım amaçlarına göre **üç** başlık altında incelemek mümkün görünmektedir. Bu başlıkların **ilkinin** altında, devletin kendi kurumlarını desteklemeye, güçlendirmeye ve korumaya hizmet eden düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, devlet tarafından uygulanan vergiler, para cezaları ve harçlar devletin sürekliliği için ihtiyaç duyduğu maddi geliri sağlamaktadır. Bu tür işlemlerin birçoğu ise (hukukun ilk yüzüyle bağlantılı olarak) devletin toplumsal düzeni sağlamaya yönelik işlevini yerine getirmesi veya (devletin farklı amaçlar doğrultusunda hukuk kullanımının **üçüncü** türü olarak birkaç satır sonra ele alınacak) *kamu yararı* kavramı ile gerekçelendirilmektedir.

Hukukun devlet tarafından kullanılmasının **ikinci** başlığı, devlet yapılanmasının ve iç işleyişinin düzenlenebilmesi amacıyla oluşturulmuş; anayasal hükümler, seçim yasaları ve devlet bütçesi gibi kapsamlı kurallar dizisini içermektedir. **Üçüncü** ve son başlığın altında ise devletin toplumsal arenada bazı girişimler başlatarak belirlediği hedeflere ulaşma amacına hizmet eden düzenlemeler bulunmaktadır. Devletin bu tür girişimleri genellikle *kamu yararı* ve *ortak iyi* kavramları altında haklılaştırılmakta ve bu girişimlerin hedeflerine ulaşması amacına yönelik düzenlemeler, uyuşturucuyu ve pornografiyi suç haline getirme, istihdam koşullarını belirleme, sosyal refah sistemi kurma, güvenlik yönetmelikleri çıkartma, ulaşım, iletişim, elektrik, su, kanalizasyon altyapılarını geliştirme, çevreyi koruma gibi geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bununla beraber devletin hukuku kullanım alanlarına ilişkin ilk etapta ele alınan vergiler (örneğin, araba ya da sigara kullanımını azaltmak amacıyla yakıt ve sigaraya yüksek vergiler getirilmesi) bu kapsamda başvurulan en yaygın yöntemlerden biri olarak karışımıza çıkmaktadır.

Buradan hareketle, hukukun temel işlevi olarak görülen toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik kuralların ve hukukun devlet tarafından söz konusu kullanım yollarının birbirleriyle iç içe geçmiş ve etkileşim içerisinde oldukları söylenebilmektedir.

Ayrıca hukukun *iki yüzüne* ilişkin belirtilmesi gereken diğer nokta, bunların kronolojik bir sıra izledikleri hususudur. Şöyle ki toplumsal düzeni sağlamaya ilişkin temel kurallar en eski insan topluluklarına kadar uzanmakta; ancak hukukun -zaman içerisinde yaşadığı değişim ve gelişim doğrultusunda ortaya çıkan- ikinci yüzünü oluşturan kurallar, toplumların nüfuslarının artması ve karmaşık bir hal almaları neticesinde siyasi, hukuki kurumlara ihtiyaç duyulması sonucunda varlık göstermeye başlamaktadır. İşte Tamanaha’ya göre, hukuk kavramına ilişkin tanımlamalarda genellikle hukukun geçirmiş olduğu bu evrim göz ardı edilerek, yalnızca ilk ve temel işlevi üzerine odaklanılmakta ve diğer yüzü (içerisinde yer alan üç farklı versiyonu ile beraber) ihmal edilmektedir. Nitekim hukuka her iki pencereden yaklaşmak, modern hukuk sisteminin işlevleri açısından daha kapsamlı bir bakış açısı sağlamaktadır<sup>86</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki hukukun *‘iki yüzü’* şeklinde bir nitelendirme yapılırsa da Tamanaha’nın çalışma boyunca sürekli tekrarlanan *“hukukun farklı biçimler ve farklı işlevlerde karşımıza çıkmasının mümkün olduğuna”* ilişkin ifadeleri doğrultusunda bu *iki yüzün* de sınırlı olarak sayılmadığı sonucuna varılabilmektedir. Tamanaha’nın, eserinde hukukun iki boyutundan bahsetmesinin nedeni, devlet hukukunun modern döneme gelene kadar bu yönde bir gelişim izlemiş olmasına dayanmaktadır. Ancak hukukun, sürekli *yapım aşamasında* olduğu hatırlandığında ileride değişik türlerde, diğer deyişle bu iki boyutu da aşabilecek nitelikte farklı amaçlara yönelik düzenlemelerle karşımıza çıkması da mümkün görünmektedir.



Böylelikle Tamanaha’nın, yukarıda ele alınan itirazları düşünüldüğünde, başarısız oldukları farklı yönleri ortaya koymaya çalıştığı biçimsel ve işlevsel tanımlamalar ışığında *“hukuk nedir?”* sorusuna kapsamlı bir cevap geliştirebilmenin mümkün olmadığını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Bu argümanı ile Tamanaha (özellikle hukuk fakültelerinin henüz ilk yıllarından itibaren *“hukuk nedir?”* sorusuyla karşılaşarak bu yaygın tanımlardan birini içselleştirmiş olan) okuyuculara, tanımlanmasının ilk etapta kolay olduğu düşünülen hukuk kavramının görünenden çok daha karmaşık bir arka planı bulunduğunu göstererek mevcut tanımların *sorgulanmasını* ve bu kavram üzerine *yeniden düşünülmesini* gerekli kılmaktadır. Bu noktada *“hukuk nedir?”* sorusundan ziyade *“hukuk ne değildir?”* sorusunu cevaplamış gibi görünen Tamanaha’nın ilk soru karşısında geliştirdiği, yukarıda ipuçları var olan kısa cevabı için ise son başlığa, diğer deyişle bu çalışmanın *final bölümüne* ilerlenmesi gerekmektedir.

### VIII. HUKUK...

Bu başlığın, çalışmanın *final* bölümünü oluşturduğu düşünüldüğünde -günümüz dizilerinde yer alan çoğu zaman tek cümle ile açıklanabilecek sırrın son bölümde ortaya çıkması geleneğinden hareketle- henüz ilk sayfalardan bu yana gizemini koruyan, Tamanaha’ya göre *“hukuk nedir?”* sorusunun cevabının kısaca ortaya koyulması vakti gelmektedir.

Bu kapsamda, öncelikle kültürel bir ürün olduğunun altını çizmekte olan Tamanaha’ya göre hukuk, herhangi bir şey olabilmekte; herhangi bir görünümle

<sup>86</sup> Tamanaha, Realistic Theory, s.127-132.

karşımıza çıkabilmekte ve herhangi bir işlevi yerine getirebilmektedir. Bu değişkenliği göz önünde tutulduğunda ise hukukun tek, nesnel bir tanımının yapılması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, hukuka dair kurulabilecek tek cümle şu şekilde ifade edilebilmektedir; “*hukuk, toplumsal grupların konvansiyonel olarak ‘hukuk’ dedikleri şeydir.*”

Bir hukuk tanımı vermekten ziyade, hukukun tanımlanmasına ilişkin bir harita sunmakta olan bu *tanımlamanın* altında, hukukun tek bir *tanımının* yapılamayacağına, diğer deyişle hukukun ne olduğuna ya da işlevlerine yönelik ‘baştan belirlenen’ kıstaslar eşliğinde belirli bir hukuk tanımının ortaya koyulmasının hatalı olduğuna yönelik düşünceler yatmaktadır. Buna göre eksiksiz, kesin bir hukuk kavramı tasarlama fikri, hukukun temel, tek bir kategoriden oluştuğu yönündeki yanlış bir inanca dayanmaktadır. Tamanaha’ya göre hukuk, evrensel niteliklerden yoksun, kültürel bir yapıdan ibaret olup, teorisyenlerin hukuku kısıtlı, sığ kavramsal kategoriler içerisinde sıkıştırmaya çalışmaları hatalı bir tutumdur. Zira bu tanımlar içerisinde yer alan kriterlerin evrensel bir uygulaması mümkün olmamakta, bu nedenle hukukun doğasını da açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Günümüzde bu tanımlamalar, her ne kadar yaygın olarak *devlet hukuku* çerçevesinde karşımıza çıkmakta ise de bu hukuk türünün yalnızca birkaç asırdır dünya tarihinde yerini aldığı, geçmişte ve günümüzde farklı niteliklere sahip birçok farklı hukuk türünün var olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla beraber var olan hukuk sistemleri ise toplumla beraber sosyal, kültürel, ekonomik, siyasi, ekolojik ve teknolojik koşullar doğrultusunda daima değişmekte ve gelişmektedir. Bu doğrultuda hukuk devamlı olarak evrim geçirmekte ve daha önceki sayfalardan hatırlanacağı üzere “sürekli yapım aşamasında” iken nihai bir açıklama yapmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle hukukun evrensel bir tanımı peşinde koşmak ve dar kavramsal kategoriler altına sıkıştırmaya çalışmak yerine teorisyenler örneğin, devlet hukuku, örf adet hukuku, uluslararası hukuk, dini hukuk, doğal hukuk, ilkel hukuk, Roma hukuku vb. hukuk türlerinin ne olduklarını, işlevlerini ve neden ‘*hukuk*’ etiketini taşıdıklarını anlamak amacıyla bu fenomenleri detaylı olarak incelemelidir. Belirtmek gerekir ki hukuk türlerinin hepsi ‘*hukuk*’ etiketini taşıyor olmalarına rağmen, bunlar tek bir olgunun farklı varyasyonları olmayıp, her biri çok farklı olgulara işaret etmektedir. Bu nedenle -*Minos diyalogunda Sokrates’in peşinde olduğu*- (genel anlamda) ‘*hukuk*’ diye tek bir kategori bulunmamakta, bunun yerine farklı hukuk türleri (ve olası tanımları) var olmaktadır. Tek bir cümle ile özetlemek gerekirse, *hukuk kavramının belirli bir niteliği, içeriği, kısaca bir özü bulunmamaktadır*<sup>87</sup>!

Tamanaha’ya göre hukuka ilişkin bu yaklaşım çoğunluk tarafından tuhaf karşılanmakta ve aslında bunun nedeni hukuka yönelik *özcü* yaklaşımların günümüzde zihinlerimizde güçlü bir etkisinin bulunmasıdır. Okuyucular muhtemelen hukukun daha somut ve belirgin bir şey olması gerektiği şeklinde olumsuz tepkiler gösterebilmektedir. Ancak *hukukun her farklı türü kendi içerisinde aslında bu somut ve belirgin özellikleri*

<sup>87</sup> Brian Tamanaha, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism,” *Journal of Law and Society*, C.27, S.2, 2000, s.313.

*barındırmaktadır.* Bu ayırt edici özellikler ise teorisyenler tarafından değil, toplumsal aktörler tarafından belirlenmektedir<sup>88</sup>.

Hukukun (hukuk türlerinin) ne olduğunu belirleyen; teorisyenler tarafından ileri sürülen soyut açıklamalar ve teorileri çerçevesinde ortaya koydukları hukuk tanımlamaları değildir. Hukuk varlığını, söz konusu teoriler çerçevesinde ileri sürülen tanımlarda yer alan kriterlere uyum sağlamasıyla kazanmamaktadır. Diğer deyişle *hukukun varlığı, hukuk tanımlamalarında yer alan ölçütlere bağlı olmayıp, aksine hukuka dair ileri sürülen ölçütlerin varlığı, hukukun konvansiyonel olarak tanınan çeşitli türlerinin varlığına bağlı olmaktadır!*

Kısacası Tamanaha’ya göre, hukuk kavramını formüle etmek, hukuku tek bir biçimde ifade etmeye çalışmak işe yaramamakta; bu *sınırlı* formüller bize yalnızca hukukun belirli bir zaman diliminde belirli bir toplumda geçerli belirli bir hukuk türünü açıklayabilmektedir. O halde, Tamanaha’nın, eksik, kısıtlı, dar kapsamlı ve daha doğru bir ifade ile *“hukuk nedir?”* sorusunu cevaplamak açısından başarısız olduklarını ileri sürdüğü hukuk tanımlarının ve en önemlisi hukukun belirli bir *özünün olmadığı* düşüncesi karşısında, *Minos* diyalogundaki öğrencinin, *yasa (hukuk) nedir?* sorusu üzerine *“hangi tür yasadan (hukuktan) bahsediyorsun?”* şeklindeki cevabını, mevcut dönemde vermek olanaklı ve hatta gerekli görünmektedir. Bu doğrultuda günümüzde, *genel anlamda “hukuk nedir?”* sorusunu hatalı bularak *Minos*’taki öğrenci ile paralel cevabı veren bir kişinin, diyalogda geçenin aksine soruyu tam olarak kavrayamadığı değil, konuyu *oldukça iyi* anladığı söylenebilecektir.



Nihayet eksiksiz, kesin bir hukuk kavramı tasarlama fikrinin ve hukukun kısıtlı, sığ kavramsal kategoriler içerisine sıkıştırılmaya çalışılmasının hatalı bir tutum olduğunu ileri süren Tamanaha’nın görüşlerine, Nietzsche’nin farklı bir kavrama (ceza kavramına) ilişkin kaleme aldığı birkaç satır ile nokta koyulmasının zamanı gelmektedir. Buna göre, *“...cezadaki ikinci öğeye, akışkan öğeye, onun ‘anlamı’na gelince, kültürün böylesine geç bir durumunda ‘ceza’ kavramının artık tek anlamı yok, bütün bir ‘anlamlar’ birleşimine sahip: Genel olarak cezanın önceki tarihi, çok çeşitli amaçlar için kullanılmasının tarihi, sonunda öyle bir kristalleşiyor ki, artık çok zor çözülebilir, çok zor çözümlenebilir, özellikle vurgulamak gerektiği gibi, tümüyle tanımlanamaz oluyor. ...Bütün bir sürecin semiyotik olarak bir araya geldiği kavramlar, tanımdan kaçarlar; yalnızca tarihi olmayanlar tanımlanabilir...”<sup>89</sup>*

Buradan hareketle belirtmek gerekir ki hukuk kavramının da *“tarihi olmayanlar”* grubuna dahil edilmesinin imkânsız oluşu *apaçık bir gerçekliktir...*

### **SONUÇ: RAKİBİ ‘OYUN’A DAHİL ETMEK**

Bu başlık altında, *uzunca* yol kat edilerek ortaya koyulan Tamanaha’nın hukuk kavramına ilişkin görüşleri doğrultusunda, *kısaca* kendisinin neden bu çalışmanın

<sup>88</sup> Tamanaha, *Realistic Theory*, s.194-198; Tamanaha, *Analytical Map*, s.534,535; Tamanaha, *General Jurisprudence*, s.194,204.

<sup>89</sup> Friedrich Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, çev: Ahmet İnam, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s.95,96.



kahramanı olduğuna yönelik gerekçeye yer verilerek yazının nihayete erdirilmesi planlanmaktadır.

Hukuk literatürüne göz atıldığında hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi ön plana çıkartan teorilerin doğal hukuk; hukuk ve devlet arasındaki ilişkiye odaklanan teorilerin ise hukuki pozitivizm şemsiyesi altında ele alınmakta olduğu görülmektedir. Ancak hukuk ve toplum arasında bulunan ilişki üzerine yoğunlaşmakta olan teoriler kendilerine, alt dallarını oluşturacakları genel bir etiket bulamamaktadır. Hatırlanacağı üzere Tamanaha, hukuk teorilerinin söz konusu kayıp kolunun ait olduğu yere koyulması ve boşluğun doldurulması amacıyla eserlerinde *toplumsal hukuk teorisi* etiketini ileri sürmektedir. Bu doğrultuda, çalışmanın *sonuç* satırlarına kadar gelen okuyucunun bir önceki cümlelerin ardından Tamanaha'nın *hukuk teorilerinin kayıp kolunu* gün yüzüne çıkartmasına yönelik çabasının altında; ilk etapta taraftarı olduğu (gerçekçi) hukuk teorisini bu akım içerisinde değerlendirmesine ilişkin gerekçenin bulunduğunu düşünmesi muhtemeldir. Ancak bu çalışmada Tamanaha'ya yer verilmesinin nedenine gelindiğinde altta yatan gerekçeler birbirlerinden ayrılmaktadır.

Şöyle ki çalışma ile varılmak istenen sonuç herhangi *bir* hukuk akımının 'en ideal', 'en kusursuz' ya da 'en doğru' olduğunu ileri sürmekten ziyade, *üç* hukuk akımının da aynı derecede güçlü/zayıf yönleri ve üçünün de hukukun doğasına ilişkin tartışmalarda eşit öneme sahip oldukları görüşünün aktarılabilmesine yöneliktir. Binlerce yıl öncesinde varlığını koruyan söz konusu üç ana akımın, günümüze yaklaştıkça literatürdeki çoğu eserde ikiye düştüğüne ilişkin tespitler hatırlandığında hukukun sacayaklarından birinin yokluğundan bahsedilebilmektedir. Bu kapsamda, hukuk akımlarının *üçünün* de aynı öneme sahip oldukları görüşünü ortaya koyabilmek için öncelikle (zaman içerisinde ortadan kaybolan) *üçüncü* akıma ve sonrasında (gün yüzüne çıkartılan) bu *üçüncü* akımın -literatürde önemli bir ağırlığı bulunan diğer iki akıma- ne denli ciddi bir rakip olduğunu gösterebilmeye ihtiyaç bulunmaktadır.

İşte Tamanaha özellikle hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorileri çerçevesinde ileri sürülen biçimsel ve işlevsel hukuk tanımlamalarının başarısız bir görünüm sergilemekte olduklarını ayrıntılı gerekçeler ile ortaya koyarak, toplumsal hukuk teorilerinin onlara güçlü bir rakip olduğunu hatırlatmaktadır. Diğer deyişle, hukuk kavramına ilişkin farklı sorular soran ya da aynı soruları farklı bakış açıları ile yanıtlayan ve birbirlerinin *kör nokta aynaları* olarak kabul edilebilecek üç hukuk akımının aynı derecede eleştirilebilir/kabul edilebilir olmalarına rağmen, günümüzde ağırlıklı hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasında sürüp giden tartışmalarda, Tamanaha mühim bir perspektifin göz ardı edildiğini ortaya çıkartmaktadır.

Kısacası, hukuk kavramı hakkında derinlemesine düşünebilmek ya da onu tüm boyutlarıyla kavrayabilmek açısından hukuk akımlarından '*ne yalnızca biriyle ne de bir diğeri olmadan*' yola devam edebilmek mümkündür. Bu açıdan Tamanaha'nın eserleri, hak ettiği değeri görmeyen hukukun *üçüncü* penceresinden diğer iki akıma ciddi eleştiriler sunmak suretiyle hukuk kavramını yeniden sorgulatarak, kenarda kalmış bu güçlü rakibi *oyuna* dahil etmek açısından önemli ve güncel bir kaynak olma niteliği taşımaktadır.

## KAYNAKÇA

- Berman, Harold, *The Nature and Functions of Law*, Brooklyn, Foundation Press, 1958.
- Berman, Harold, "The Historical Foundation of Law," *Emory Law Journal*, C:54, 2005, ss.13-24.
- Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, Durham, Carolina Academic Press, 2012.
- Bix, Brian, "A New Historical Jurisprudence?" *Washington University Law Review*, C:95, 2018, ss.1035-1047.
- Cairns, Huntington, "What Is Law?" *Washington and Lee Law Review*, C:27, S:2, 2018, ss.193-222.
- Chirayath L., / Sage, Caroline / Woolcock, Michael, "Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems," Washington, DC, World Bank, 2005.
- Chroust, Anton Hermann, "Anonymous Treatise on Law: The Pseudo-Platonic Dialogue Minos," *Notre Dame Law Review*, C:23, 1947, ss.47-53.
- Cobb, William, "Plato's Minos," *Ancient Philosophy*, C:8 S:2, 1988, ss.187-207.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Green, Leslie, "The Forces of Law: Duty, Coercion and Power," *Ratio Juris*, C:29, S:2, 2016, ss.164-181.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.
- Himma, Kenneth E., *The Nature of Law: Philosophical Issues in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory*, Brooklyn, Foundation Press, 2011.
- Isser, Debbie, *Customary Justice and the Rule of Law in War-Torn Societies*, Washington, DC, U.S. Institute for Peace Press, 2011.
- Lamb, W.R.M., *Plato: Charmides, Alcibiades 1 & 2, Hipparchus, The Lovers, Theages, Minos, Epinomis*, Cambridge, Harvard University Press, 1927.
- Lee, Kevin P., "Realism and Jurisprudence: A Contemporary Assessment," *Golden Gate University Law Review*, C:49, S:2, 2019, ss.77-89.
- Lewis, Bradley, "Plato's Minos: the Political and Philosophical Context of the Problem of Natural Right," *The Review of Metaphysics*, C:60, S:1, 2006, ss.17-53.
- Lips, Julius E., "Government," *General Anthropology*, (ed.) Franz Boas, New York, D.C. Heath and Company, 1938, ss. 487-534.
- Lutz, Mark J., "The Minos and the Socratic Examination of Law," *American Journal of Political Science*, C:54, S:4, 2010, ss.988-1002.

Nietzsche, Friedrich, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, çev: Ahmet İnam, Say Yayınları, İstanbul, 2013.

Marmor, Andrei, "The Nature of Law," *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>

McCusker, Claire, "Between Natural Law and Legal Positivism: Plato's Minos and the Nature of Law," *Yale Journal of Law and the Humanities*, C:22, S:1, 2010, ss.83-104.

Moore, Sally Falk, *Law as Process: An Anthropological Approach*, London, Routledge and Kegan Paul 1978.

Oakeshott, Michael, *The Concept of a Philosophical Jurisprudence: Essays and Reviews 1926-1951*, (ed.) Luke O'Sullivan, Imprint Academic, 2007.

Pangle, Thomas L., *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*, London, Cornell University Press, 1987.

Plato, *Laws (Book 1-6)*, (ed.) R.G. Bury, C:1, Cambridge, Harvard University Press, 1961.

Platon, *Minos*, (çev.) Hamdi Varoğlu, İstanbul, Sosyal Yayınları, 2001.

Platon, *Minos-Epinomis*, (çev.) Furkan Akderin, İstanbul, Say Yayınları, 2020.

Pound, Roscoe, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence: I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence," *Harvard Law Review*, C:24, S:8, 1911, ss.591-619.

Raz, Joseph, "Can There Be Theory of Law?" *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (ed.) Martin P. Golding, William A. Edmundson, Oxford, Blackwell, 2005.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Rowe, Christopher, "Cleitophon and Minos," *Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, (ed.) Christopher Rowe, Malcolm Schofield, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, ss.303-309.

Salmond, John, *Jurisprudence*, London, Sweet and Maxwell Press, 1924.

Shapiro, Scott J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011

Solum, Larry, "Legal Theory Lexicon: The Nature of Law," *Legal Theory Blog*, <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2020/06/legal-theory-lexicon-the-nature-of-law.html>

Stein, Peter, "The Tasks of Historical Jurisprudence," *The Legal Mind: Essays for Tony Honore*, (ed.) Neil MacCormick, Peter Birks, Oxford, Clarendon Press, 1986.

Strauss, Leo, *Liberalism Ancient and Modern*, University of Chicago Press, London, 1995.

Tamanaha, Brian,

- "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism," *Journal of Law and Society*, C:27, S:2, 2000, ss.296-321.

- *A General Jurisprudence of Law and Society*, New York, Oxford University Press, 2001.

- "Understanding Legal Realism," *Texas Law Review*, C:87, S:4, 2008, ss.731-785.

- “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law,” *Legal Theory and the Social Sciences*, C: II, (ed.) Maksymilian Del Mar, Michael Giudice, New York, Routledge, 2010, ss.501-535.
  - “What is ‘General Jurisprudence’? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law,” *Washington University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, No:12-03-02-2012.
  - “The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory,” *William and Mary Law Review*, C:56, 2015, ss.2235-2277.
  - “Insights about the Nature of Law From History,” *Kobe Memorial Lecture, Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, 2017.
  - *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
  - “Sociological Jurisprudence Past and Present”, *Law & Social Inquiry*, C:45, S:2, 2020.
  - *A Realistic Theory of Law, This is Not a Pipe Podcast*, <https://www.tinapp.org/episodes/realistictheoryoflaw> (19.12.2020).
- Taylor, A. E., *Plato: The Man and His Work*, New York, Humanities Press, 1952.

**CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÛMET SİSTEMİ VE TAŞRA TEŞKİLATINA YANSIMALARI\*****Dr. Öğretim Üyesi Emin KOÇ\*\*****ÖZ**

Türk Hukuku'nda 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi benimsenmiştir. Hükûmet sistemi değişikliği başta devlet organları olmak üzere bütün idari örgütlenmeyi etkilemektedir. Cumhurbaşkanı yeni sistem ile yürütmenin başı ve temsilcisi niteliğindedir. Diğer yandan Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin devam etmesi aynı zamanda siyasi bir kimliğe sahip olmasına neden olmaktadır. Yürütme organının değişimi haliyle başkent ve taşra teşkilatını da etkilemektedir. Bu sistemde, üst düzey kamu görevlilerinin atanması yürütmenin uyumlu ve verimli çalışması açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede özellikle valilerin statüsü, atanma şartları, usulü ve görevleri önemli hale gelmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi, İdari Yapı, Taşra Teşkilatı, Vali, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06/04/2021

Kabul Edildiği Tarih: 18/06/2021

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

E-Mail: emin.koc@deu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8208-8429

## THE TURKISH PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AND ITS REFLECTIONS ON THE PROVINCIAL ORGANIZATION

### ABSTRACT

Presidential Government system was adopted with the 2017 Constitutional amendment in Turkish Law. The change of government system affects all administrative organizations, especially state bodies. The President is the head and representative of the executive with the new system. On the other hand, the President's continuing relationship with his party also causes him to have a political identity. The change in the executive body also affects the capital and provincial organizations. In particular, the appointment of senior public officials in the presidential system is important for the harmonious and efficient functioning of the executive branch. In this system, the appointment of senior public officials is important for the harmonious and efficient functioning of the executive. In this context, especially the status of governors, terms of appointment, procedure and duties have become important.

**Keywords:** Presidential Government System, Administrative Structure, Provincial Organization, Governor, Presidential Decree

## GİRİŞ

Hükûmet sistemleri yasama ve yürütme kuvvetlerinin denge, denetim ve işbirliği ilişkilerine göre şekillenmektedir. 2017 Anayasa değişikliği ile Türk Hukuku'nda temel çerçevesi başkanlık sistemi olan yeni bir hükûmet sistemi benimsenmiştir. Bu sistem ile birlikte yürütme organının yapısı ve yasama organı ile ilişkisi yeni bir mahiyet kazanmıştır. Bu çalışmada hükûmet sistemi tercihi ve idari teşkilat ilişkisi ile bu tercihin taşra teşkilatı üzerindeki etkileri incelenmeye çalışılmıştır.

Yeni sistem ile birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanına ilk elden düzenleme yapma yetkisi veren önemli bir kural işlem haline gelmiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çerçevesinde taşra teşkilatını etkileyen düzenlemeler, bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu da değerlendirilerek incelenmeye çalışılmıştır.

### I. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÛMET SİSTEMİ VE İDARİ TEŞKİLÂT İLİŞKİSİ

#### A. Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Temel Çerçevesi

Türk Hukuku'nda 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme organının yapısı ve diğer devlet organları ile ilişkisi, başkanlık sistemi esas alınarak değiştirilmiş ve ana hatları başkanlık sistemi olan yeni bir hükûmet sistemi modeline geçilmiştir<sup>1</sup>. 2017 yılında yapılan değişiklik Anayasa gereği büyük ölçüde<sup>2</sup> genel seçimlerden sonra yürürlüğe girmiştir<sup>3</sup>. Sistemin temel modeli olan başkanlık sisteminin temel özellikleri, tarihsel arka planı, diğer sistemler ile karşılaştırılması; bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak başkanlık sistemi modelinden hareketle Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin bazı temel özellikleri, idari teşkilâtı etkilemesi ve şekillendirmesi bakımından kısaca açıklanabilir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. Levent Gönenç-Ali Ersoy Kontacı, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-145-1880>, (25.02.21); Cengiz Gül, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu", ERÜHFD, 2018, S. 2, C. 13, s. 235-258; Vahap Coşkun, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", DÜHFD, 2017, C. 22, S. 36, s. 3-30; Haluk Alkan, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/566565>, (02.06.21).

<sup>2</sup> 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesi gereği Anayasa'da yapılan değişikliklerin üç ayrı tarihte yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

<sup>3</sup> Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin kurumsal hale gelmesini kronolojik olarak öncelikle 2007 tarihli Anayasa değişikliği ile başlatmak gerekir. 2007 tarihli Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kuralı benimsenmiştir. Bu yeni düzenlemeye uygun olarak ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi 2014 yılında yapılmıştır. Böylece bu tarihten itibaren halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının benimsendiği bir parlamenter sistem dönemine geçilmiş oldu. 2017 Anayasa değişikliği ve bu değişikliklerin tam olarak yürürlüğe girdiği 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı ve genel seçimler ile birlikte ise Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi tam anlamıyla uygulanmaya başlanmıştır.

<sup>4</sup> Bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2018, Ekin Yayınevi, s. 744 vd, 752 vd.; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.317-324; Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 182 vd., s. 245 vd.

Öncelikle bu sistemde yürütme organı tek bir kişi (Cumhurbaşkanı) ile temsil edilmektedir<sup>5</sup>. Yürütme organının bir kişi ile temsil edilmesi icracı- karar verici makamın en nihayetinde bir kişiden oluşmasını ifade eder. Yürütme faaliyetlerinin bir bütün olarak tek bir kişi tarafından doğrudan yürütülmesi mümkün olmadığı için yürütme içerisinde devlet başkanlığı haricinde devlet başkanı yardımcılığı (Cumhurbaşkanı yardımcıları), bakanlıklar ve diğer idari makamlar ihdas edilmiştir.

Cumhurbaşkanının yetkilerinin arttırılması hem teorik hem de pratik açıdan yasamanın (yürütme karşısında) güçsüzleşmesine, yürütmenin (yasama karşısında) güçlenmesine neden olmuştur. Bu durum güçlü ve hareket kabiliyeti yüksek yürütme üzerine şekillenen bir sistem tercihinin sonucudur<sup>6</sup>. Ancak bu sistemin temel alındığı Amerikan başkanlık sisteminde, yürütme organı kontrollü-güçlü bir organ niteliğindedir. Amerikan sisteminde yürütme organı yasama organı ile uyumlu çalışmak, yasamanın eğilimlerini ve hassasiyetlerini dikkate almak zorundadır. Amerikan sistemi, yürütme odaklı olmakla birlikte; organlar arasında kontrollü bir denge- fren mekanizmasının (checks and balances) işlemlerini sağlamaktadır<sup>7</sup>.

Yeni sistemde yürütme organı tek bir kişi tarafından temsil edildiği için, parlamenter sistemdeki konumu itibariyle “bakanlar kurulu” bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak mevzuatta bakanlar kuruluna ve bakanlara verilen birçok görev Cumhurbaşkanına devredilmiştir. Bu çerçevede bakanların veya bakanlar kurulunun katılımıyla yapılan birçok işlem artık sadece Cumhurbaşkanı tarafından yapılmaktadır<sup>8</sup>. Bu değişiklikler ise birçok yürütme işleminin daha az katılımlı (göreceli daha sınırlı usuli süreçlere tâbi ve daha az idari makam ve kamu görevlisinin katılımı ile) yapılmasını beraberinde getirmektedir<sup>9</sup>. Daha çok karma ve kolektif işlemler şeklinde olan önceki

<sup>5</sup> Yeni sistemde devlet başkanını ifade etmek için başkan (president) değil de parlamenter sistem geleneğine uygun olarak “Cumhurbaşkanı” tabiri tercih edilmiştir. Kanımızca, devlet başkanının yeni konumu, görev ve yetkilerinin artması, parlamenter sistemden daha farklı bir kimliğe sahip olduğunun vurgulanması gibi gerekçelerle pozitif düzenlemelerde de “başkan” teriminin tercih edilmesi daha yerinde olurdu.

<sup>6</sup> Ancak parlamenter sistemlerde teorik olarak yasamanın güçlü konumuna rağmen pratikte yürütmenin yasama üzerindeki hâkimiyetini de unutmamak gerekir. Bu bağlamda yasamanın yürütme karşısında göreceli güçsüzlüğü ve yürütme karşısında daha çok onay makamı haline gelmesi hususu, temsili demokrasilerin güncel sorunlarından birisidir.

<sup>7</sup> Amerikan Başkanlık Sistemi’nde yasama-yürütme uyumu ve dengesini sağlayan araçlar çok çeşitlidir. Örneğin, çok önemli nitelikteki bazı yürütme faaliyetleri (üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, uluslararası anlaşmaların imzalanması, bütçenin hazırlanması gibi) yasama organının onayına tabidir. Bunun karşısında yasama organı, yürütme organını meclis araştırması ile denetleyebilir, başkanı cezai sorumluluğundan dolayı suçlayabilir, meclise mesaj verebilir. Yasama ve yürütme organlarının karşılıklı sahip oldukları bu denge-denetim-uyum araçları, anayasal sistemin sağlıklı işlemesi için kuvvetlerin ayrılığını ancak uyumunu gerektirir (Geniş bilgi için bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 577-579).

<sup>8</sup> Bkz. Metin Günday - D. Çiğdem Sever, “2017 Anayasa Değişiklikleri ve Uyumlaştırma Sürecinin İdare Hukukunda Yarattığı Etki Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 642.

<sup>9</sup> Bu hususa ilaveten yeni sistemde yasama organının bakanlar üzerindeki denetiminin parlamenter sisteme kıyasen göreceli olarak zayıfladığını ifade etmek gerekir. Yasama organının soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması yolları ile yürütme organını (ve de bakanları) denetlemesi mümkündür. Ancak yasama organının, gensoru önergesi ile güven oylamasına tabi



yürütme işlemlerinin idareyi daha dikkatli olmaya teşvik ettiği ve böylece daha disipline ettiği söylenebilir.

Yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasi partisi ile ilişkisinin devam etmesi ve aynı zamanda parti genel başkanı olması mümkündür. Bu durum hem hukuken hem de pratikte siyasi yönünün artmasına neden olmaktadır. Haliyle bakanların durumu Cumhurbaşkanının siyasi kimliğinden bağımsız düşünülemeyecektir<sup>10</sup>.

Yürütme organı, yeni sistemde doğrudan halk tarafından seçilmektedir<sup>11</sup>. Bu ise Cumhurbaşkanının demokratik varlığını doğrudan seçmen iradesine dayandırmaktadır. Bu özellik Cumhurbaşkanlığının icracı bir makam olma kimliğini güçlendirici niteliktedir. Ancak icracılık ve seçimle iş başına gelme arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır. Seçimle iş başına gelip daha sınırlı düzeyde icracı devlet başkanlığının benimsenmesi de mümkündür.

Yeni sistemde siyasi denetim araçları ile yasama organı tarafından, yürütme organının görevinin sona erdirilmesi mümkün değildir<sup>12</sup>. Çünkü yürütme organı hukuki ve meşru varlığını doğrudan halk iradesinden almaktadır. Adayların belirli olması nedeniyle önceden öngörülebilir bir kişi, doğrudan halk tarafından Cumhurbaşkanı seçilmekte ve görev süresi sonunda yine seçimlerle doğrudan halk tarafından denetlenmektedir<sup>13</sup>. Yeni sistemde yürütme ve yasama organları birbirlerinin faaliyetlerine daha düşük düzeyde katılırlar<sup>14</sup>. Bu ise kuvvetlerin sert ayrılığı anlayışına uygundur.

---

tutarak siyasi bir denetim yolu ile organlık sıfatını sona ermesine neden olacak güçte bir yetkisi bulunmamaktadır.

<sup>10</sup> Bizim tespitimiz fiili duruma ilişkindir. Bakanların farklı siyasi parti mensupları arasından atanmaları mümkündür. Amerikan başkanlık sistemi uygulamasında da başkanın Demokrat Parti mensubu iken bir bakanın Cumhuriyetçi Parti mensubu olduğu örnekler bulunmaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanı yasama organının eğilimlerini veya dönemsel seçim ittifaklarını dikkate alarak farklı siyasi parti mensuplarından bakan ataması yapabilir.

<sup>11</sup> Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 307 vd.

<sup>12</sup> Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 307 vd.

<sup>13</sup> Bu bağlamda Cumhurbaşkanının doğrudan (TBMM'ye karşı) bir siyasi sorumluluğunun olmadığını, gensoru önergesi sonucunda güven oylaması ile Cumhurbaşkanının görevinin sona erdirilemeyeceğini ifade etmek gerekir. Sadece yasama organını meclis soruşturması ve erken seçim kararları Cumhurbaşkanının görevini sona erdirebilecek mahiyettedir. Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 812-815. Ancak bu hallerde dahi Cumhurbaşkanının görevinin sona erdirilmesi doğrudan bir amaç olmaktan ziyade, bir sonuçtur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının meclis seçimlerini yenileme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı seçimleri de yenilenmektedir. Bu şekilde karşılıklı olarak seçimleri yenileme yetkisinin, belirli koşullar altında kullanılması kabul edilerek bir denge kurulmasının amaçlandığı söylenebilir.

<sup>14</sup> Burada ifade edilmek istenen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde parlamenter sisteme nazaran devlet organları arasında iş bölümü, dayanışma, birlikte hareket etme olanaklarının daha sınırlı olmasıdır. Yani teknik olarak yasama ve yürütme faaliyetlerinin usulü süreçleri parlamenter sisteme nazaran birbirinden daha bağımsız yürümektedir. Teorik olarak ileri sürdüğümüz bu tespitlerin yasama organının gerçek manada (kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak) işlevini yerine getirmesi durumunda bir anlamı olacaktır. Yasama organının etkisiz ve işlevsiz olduğu bir sistemde yasama ve yürütme organlarının bağımsız hareket ettiğinin ifade edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu çerçevede yasama organının pratikte yürütmeye bağlı olduğu bir sistemde yasamanın gerçek manada yürütme karşısında bağımsızlığı sağlanamayacaktır.

## B. Hükûmet Sistemi Tercihleri ve Taşra Teşkilâtının Oluşumu

Hükûmet sistemi tercihleri esas olarak devlet organları arasındaki yatay ilişkiye göre şekillenmektedir. Diğer yandan bu tercih devlet organlarını, özellikle yürütme organının statüsünü de etkilemektedir. Çünkü yürütme yetkisi kural olarak soyut kuralları somut hale getirme bunları icra etme şeklinde kendini göstermektedir.

İdare organik ve işlevsel anlamda tanımlanmaktadır<sup>15</sup>. Organik anlamda idare Anayasa'ya göre yürütme organı içerisinde yer alır. Anayasa'ya göre yürütme, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakanlıklardan ve idareden oluşmaktadır (1982 Anayasası, m. 101-108,116-119, 123-137). İdare bir organ/cihaz olarak yürütmenin parçası ve teknik uzantısıdır. Yürütmenin yeni yapısı ve konumu idareyi de önemli oranda değiştirmekte ve etkilemektedir. Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, kendisine bağlı idari birimler, başkent ve taşra teşkilatı, hiyerarşi ve idari vesayet denetimi bu değişimden etkilenmektedir. Cumhurbaşkanının işlemleri, bu işlemlerin normalsal değeri, hiyerarşik konumları da yine aynı şekilde etkilenmektedir. Kısacası yürütme organının değişimi bir bütün olarak idareyi ve idarenin işlemlerini değişime uğratmaktadır<sup>16</sup>.

Taşra teşkilâtının oluşumu bağlamında birçok soru karşımıza çıkmaktadır. Çünkü taşra teşkilâtının oluşumu hususu Anayasal taşra teşkilatlanma biçiminin değiştirilmesi şeklinde anlaşılacağı gibi Anayasal düzenlemeye uygun olarak somut taşra birimleri kurulması şeklinde de anlaşılabilir. Bu noktada cevaplanması gereken öncelikli temel sorular şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi<sup>17</sup> ile yürürlükteki İl İdaresi Kanunu'nda değişiklik yapılabilir mi? Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir il kurulabilir mi? Kanun koyucu il kurması konusunda Cumhurbaşkanını yetkilendirebilir mi? Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile il altı taşra teşkilâtı kurulabilir mi? Bu taşra teşkilâtı ilçe haricinde yeni bir birim olabilir mi? Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bölge teşkilâtı kurulabilir mi?

**Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Yürürlükteki İl İdaresi Kanunu'nda Değişiklik Yapılabilir Mi?:** Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi ile hukukumuzda yeni bir norm türü olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" girmiştir<sup>18</sup>. Anayasa gereği; "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri

<sup>15</sup> Bkz. Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, Türk İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 9-25.

<sup>16</sup> Geniş bilgi için bkz. Günday-Sever, "2017 Anayasa Değişiklikleri", s. 623 vd.; Dilşad Çiğdem Sever, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak", [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/DilAad\\_yOidem\\_Sever.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/DilAad_yOidem_Sever.pdf), (03.02.21).

<sup>17</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin hukuki rejimi için bkz. Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, C.23, S.2, s.13-28; Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", [https://www.anayasa.gov.tr/media/6108/yavuz\\_atar.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/6108/yavuz_atar.pdf), (16.09.19); Salih Taşdoğan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dergisi, 2016, C.3, S. 65, s. 937-966.

<sup>18</sup> Kararnameler eski sistemdeki kanun hükmünde kararnamelere benzetilmekle birlikte her ikisinin de yürütme işlemi olmasından öte önemli farkları bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağan ve olağanüstü dönemde çıkartılan iki türü bulunmaktadır. Ancak bu iki kural işlemin normalsal değerleri farklı ve hukuki rejimleri önemli ölçüde ayrıdır.

uygulanır” (m. 104). Bu nedenle İl İdaresi Kanunu’nu değiştirecek nitelikte kararname çıkarılması mümkün değildir. Farklı hükümler içeren bir kararname çıkarılması durumunda ise kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İl idaresi Kanunu’nun ilgası halinde kararname ile yeni bir mülki teşkilatlanmanın düzenlenip düzenlenemeyeceği de açıklanmalıdır. Anayasa 123 gereği; “idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır”. Merkezi yönetimin bir parçası olan taşra teşkilatı Anayasa gereği ancak kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Yasama organının İl İdaresi Kanunu’nu ilga etmesi durumunda taşra teşkilatı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez.

Bu soruyla ilintili olarak; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile il altı taşra teşkilâtı kurulabilir mi? Bu taşra teşkilâtı ilçe haricinde yeni bir örgütlenme olabilir mi? sorularının da değerlendirilmesi gerekir. İki ihtimal dâhilinde soruyu cevaplamak uygun olacaktır. Birinci ihtimalde İl İdaresi Kanunu yürürlükte iken il altı bir taşra teşkilâtının kurulması, kanun ile düzenlenen konularda kararname ile düzenleme yapılamayacağı için mümkün değildir. İkinci ihtimalde ise İl İdaresi Kanunu’nun tamamen veya il altı teşkilatlanmaya ilişkin düzenlemelerinin yürürlükten kaldırılması durumunun değerlendirilmesi gerekir. Bu halde de Anayasa’nın 123. maddesi gereği idarenin kuruluşunun ancak kanun ile mümkün olduğunu ve il altı taşra teşkilâtlarının da mutlaka kanun ile kurulması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak vurgulamak gerekir ki buradaki değerlendirmelerimiz il ve diğer kademe (il altı) mülki birimlerin kuruluşuna ilişkindir. Bu çerçevede buradaki yorumlarımız da Anayasa m. 106/son ile uyumlu olmak zorundadır. Bu nedenle il ve alt kademe mülki birimler kanun ile kurulması gerekirken bakanlık taşra teşkilatlılarının kurulması Anayasal düzenleme gereği kararname ile de mümkündür.

**Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İl Kurulabilir Mi?:** 1982 Anayasası’nın 126. maddesine göre merkezi idarenin kuruluşu şu şekildedir: “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır...”. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu gereğince “ilin kurulması kaldırılması, isminin değiştirilmesi ancak kanunla olur”. Bir ilçenin bir ilden ayrılıp başka bir ile bağlanması da kanun ile olur. Anayasa gereği kanunun açıkça düzenlediği konularda kararname çıkarılamayacağı için 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun açık hükmü nedeniyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir ilin kurulması mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir ilin kurulması halinde ise bu durum kanunun açık hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Yasama organının konusuna giren ve kanun ile düzenlenebilecek bir alanının yürütme tarafından düzenlenmesi hali ise fonksiyon gaspi niteliğindedir.

**Kanun Koyucu İl Kurması Konusunda Cumhurbaşkanını Yetkilendirebilir Mi?:** İl İdaresi Kanunu, il kurma konusunda Cumhurbaşkanını yetkilendirebilir<sup>19</sup>. Yetkilendirmenin kanun ile yapılması, kanunilik şartını sağlayacaktır. Bu durumda ise söz konusu Cumhurbaşkanı işlemi bireysel idari işlem niteliğinde olacaktır. Örneğin il

<sup>19</sup> Artuk Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2017, S. 3, s. 43.

sınırlarının değiştirilmesi konusunda İl idaresi Kanunu Cumhurbaşkanını yetkilendirmiştir. Bu yetki çerçevesinde tesis edilen işlem tipik bir bireysel işlemdir. Bu konudaki somut yetki ise yakın zaman öncesinde Diyarbakır il sınırının değiştirilmesi örneğinde kullanılmıştır<sup>20</sup>.

**Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bölge Teşkilâtı Kurulabilir Mi?** Anayasa'ya göre "Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilâtı kurulabilir. Bu teşkilâtın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir" (m. 126). Hem idarenin kanuniliği ilkesi hem de Anayasa ile bu teşkilâtın görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenileceği vurgusu nedeniyle merkezi idare bölge teşkilâtının mutlaka kanun ile kurulacağını ifade etmek gerekir. Bu birimler, koordinasyon maksatlı bir merkezi idare birimi olarak kurulabileceklerdir. Söz konusu birimler kanımızca "il üstü" taşra örgütlenmesi olarak değil, sadece koordinasyon amacıyla kurulabilirler. Çünkü Anayasal düzenlemeler gereğince taşra örgütlenmesi il ve alt birimlerden olacaktır. Diğer taraftan yine Anayasa gereği yetki genişliği ilkesi sadece il idaresi özelinde tanımlanmıştır. Bu ise temel taşra biriminin il olduğunu göstermektedir.

Bölge teşkilâtı kurulabilir mi sorusu bazı ek soruları da beraberinde getirmektedir. Bu noktada örneğin; bakanlık ve bağlı kuruluşların bölge teşkilâtları olabilir mi ve bu teşkilâtlar kararname ile kurulabilir mi sorularını sormak gerekir. Anayasa m. 106/son gereği; "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir". Bu nedenle kararname ile bakanlık bölge teşkilâtlarının kurulması mümkündür. Keza 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ulaştırma ve Alt Yapı Bakanlığı'nın (m. 498) bölge müdürlükleri düzenlenmiştir.

Bölge teşkilatlanması hususunda -konumuz taşra teşkilatı olsa da- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bölgesel kamu tüzel kişiliği kurulabilir mi sorusunu cevaplamak gerekir. Bilindiği üzere idari teşkilatlanmamızda kalkınma ajansları ve kalkınma idareleri örneklerinde görüldüğü gibi bölgesel kamu hizmeti odaklı bölge teşkilâtları bulunmaktadır. Bu çerçevede Anayasa gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesinin (m. 123/3) bir sonucu olarak bölgesel idari birimlerin (hizmetler kuruluşlarının) kararname ile kurulabileceğini ifade etmek gerekir.

Bu başlık altında birkaç husus vurgulamak gerekir ki Anayasa'da yer alan idari teşkilatlanmaya ilişkin düzenlemeler dağınık ve belirsiz niteliktedir. Anayasa'da bir taraftan kanunilik ilkesi yer alırken diğer taraftan kararname ile Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin verilmesi bu hususlarda bağdaştırılması güç sorunlar yaratmaktadır<sup>21</sup>. Öte yandan da kanunilik ilkesinin son derece katı

<sup>20</sup> Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-17.pdf>, (28.03.21).

<sup>21</sup> Özellikle düzenleyici bir işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri idari teşkilatımızı çok yönlü olarak etkileyen yeni bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu normun anayasa hukuku ve idare hukuku boyutuyla irdelenmesi başka çalışmaların konusu olmakla birlikte idari teşkilatımızın kuruluşu ve faaliyetleri bakımından birçok yeniliği beraberinde getirdiği muhakkaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin temel hukuki rejimi Anayasa'nın 104. maddesi ile düzenlenmiştir: "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

yorumlanması Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini işlevsizleştirme gibi bir sonucu yaratabilecektir.

### C. İl ve İlçe Müdürlüklerinin Kurulması

1982 Anayasası'nın 106. maddesinin 11. fıkrasına göre "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir". Bu düzenleme gereğince bakanlıkların kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile mümkündür. Hatta bazı yazarlar bakımından bu alan yürütmenin mahfuz alanına girdiği içi kanun ile dahi düzenlenemez<sup>22</sup>. Ancak bakanlıkların kurulması, yetki ve teşkilâtlarının belirlenmesi, merkez ve taşra teşkilâtlarının düzenlenmesi birçok açıdan temel hak ve özgürlükleri sınırlama sonucunu doğurabilecektir. Örneğin bakanlık merkez ve taşra teşkilatlarında görevlendirilecek kamu görevlilerinin statüleri kamu hizmetine girme hakkı kapsamında kanunilik ilkesi ile uyumlu olmak zorundadır. Ayrıca bakanlıklara ilişkin her türlü

---

çıkabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir"(m. 104/17). Bu fıkranın yeterince açık ve norm tekniğine uygun düzenlenmemesi haliyle birçok soruyu ve sorunu da beraberinde getirmiştir.

<sup>22</sup> Mahfuz alan tartışması 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte üzerinde en çok durulan konulardan birisi olmuştur. Çünkü yasama ve yürütme organlarının görev ve yetki alanlarının belirlenmesi bu nitelimeye bağlı olarak değişkenlik gösterecektir. Bazı yazarlar 2017 Anayasa değişikliği ile bazı alanların yürütmenin mahfuz alanına girdiği gerekçesiyle kanun ile düzenleme yapılamayacağını savunmakla birlikte bir kısım yazar ise farklı gerekçelerle bu görüşe kısmen veya tamamen katılmamaktadır. İlgili tartışmalar için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku (C.I)*, Ekim Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1321; Özen Ülgen Adadağ, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, S. 1, s. 18-23, Onur Karahanoğulları, "Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü", <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, (03.03.21); Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, C.36, S.1, s. 246; Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, C.36, S.1, s. 318; Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, C.36, S.1, s. 377; Mehmet Rauf Karşlı, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme", *SÜHFD*, 2020, C.28, S.1, s. 190 vd.; Fatma Didem Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi", [https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma\\_Didem\\_Sevgili.pdf](https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf), (03.03.21); Ardiçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", s. 19-51; Ali D. Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasadegisikligi.pdf>, (03.03.21); Ayhan Tekinsoy, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi", [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan\\_Tekinsoy.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf), (03.03.21); Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, C.36, S. 1, s. 313; Sever, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri", s. 3-4; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 120-121; Gözler/Kaplan, *Türk İdare Hukuku Dersleri*, s. 385; Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.16.

düzenlemenin salt kararname ile yapılabileceğinin ifade edilmesi, yürütme organına yürütmeye ilişkin düzenleme yapma yetkisi vermenin mantığını ve amacını aşar niteliktedir. Bu nedenle, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması kanun ile de düzenlenebilmelidir.

Bu çerçevede il ve ilçe müdürlükleri, kararname ile düzenlenebilecektir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlama niteliğindeki düzenlemeler ise mutlaka kanun ile yapılmalıdır. Aksi bir değerlendirme Anayasa'nın lafzına ve ruhuna aykırı olacaktır.

Bakanlık teşkilâtlarının kuruluşu ile bakanlık faaliyetlerinin ayrı değerlendirilmesi, bakanlık teşkilâtının kararname ile kurulabileceği ancak işlemlerinin mutlaka–temel hak ve özgürlükleri kısıtlama karakterinden dolayı- kanun ile düzenlenmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>23</sup>. Uygulamada bakanlıkların kuruluş kanunlarının birçoğu 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırılmış ve bakanlıklara ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılmıştır. Bazı bakanlıkların kuruluş kanunlarının ise ismi değiştirilmiştir<sup>24</sup>. Kanunların ismi değiştirilse de bazı hususlara ilişkin düzenlemeler saklı kalmıştır. **Günday/Sever**'in isabetle belirttiği gibi<sup>25</sup> bazı düzenlemeleri kanunda saklı tutma düşüncesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasını gerektirecek hükümlerin mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerektiği düşüncesinin yansıması niteliğindedir.

İl İdaresi Kanunu gereğince de “İl genel idaresinin başı ve mercii validir. Bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre illerde lüzumu kadar teşkilât bulunur” (m. 4). Bu düzenlemeler çerçevesinde – *bakanlıkların kuruluş mevzuatı niteliği haline gelen*- 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde bazı bakanlıkların il müdürlükleri kurulmuştur. Kararname ile bazı bakanlıkların taşra teşkilâtları doğrudan kurulurken bazı bakanlıklar açısından ise (yine bakanlıklara) yetki verilmiştir. Yani kararname ile bakanlıklılar, idari işlem ile kendi taşra teşkilâtlarını kurabileceklerdir. Ancak bu düzenlemeler, bakanlıkların kuruluşunun kararnameler ile düzenleneceğini öngören Anayasa m. 106/son ile uyumlu değildir. Çünkü ilgili düzenleme gereği “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*”. Kararname ile düzenlenme, kararname ile taşra teşkilâtının şekillenmesi anlamına gelir. Kararname ile sadece bakanlıklara yetki verilmesi “kararname ile düzenlenme” şartını yerine getirmeyecektir. Bu nedenle 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin taşra teşkilâtı kurulması hususunda bakanlıklara yetki veren düzenlemeleri kanaatimizce Anayasa'ya aykırıdır. Özellikle bakanlıkların kuruluşunu kararnamelerin mahfuz alanına sokan görüş açısından bu düzenlemelerin Anayasaya ile uyumlu yorumlanması mümkün değildir. Çünkü kararnamenin mahfuz alanına giren bir konu kararname harici bir idari işlem ile düzenlenemez. Ancak kararname ile bakanlıkların yetkilendirildiği hallerde dahi bu düzenlemelerin idari işlem ile değil de doğrudan kanun ile yapılmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağını düşünmekteyiz.

<sup>23</sup> Ardiçoğlu, Kararname, s. 42.

<sup>24</sup> Bkz. Günday-Sever, “2017 Anayasa Değişiklikleri”, s. 643-644.

<sup>25</sup> Günday-Sever, “2017 Anayasa Değişiklikleri”, s. 644.

Örneğin 1 sayılı Kararname’de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (m. 120), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (m. 179), Hazine ve Maliye Bakanlığı (m. 239), Kültür ve Turizm Bakanlığı (m. 296) , Savunma Bakanlığı (m. 348), Tarım ve Orman Bakanlığı (m. 434)<sup>26</sup>, Ticaret Bakanlığı (m. 465)<sup>27</sup> gibi bakanlıkların taşra teşkilâtına ilişkin “Bakanlık taşra teşkilâtı kurmaya yetkilidir” düzenlemesi haricinde bir hüküm yer almamıştır. Ancak Kararname’de Adalet Bakanlığı (m. 57), Gençlik ve Spor Bakanlığı (m. 202) İçişleri Bakanlığı (m. 271), Sağlık Bakanlığı (m. 371) gibi bakanlıklara ilişkin ise “Bakanlık taşra teşkilâtı kurmaya yetkilidir” düzenlemesi haricinde taşra teşkilâtını şekillendiren temel hükümler yer almaktadır.

Taşra teşkilatı açısında yaptığımız tespit yurt dışı teşkilatlarının kurulması açısından da geçerlidir. Kararname ile bakanlıkların yurtdışı teşkilatları -Adalet Bakanlığı (m. 58) ve Dışişleri Bakanlığı (m. 159) yurt dışı teşkilatı hariç- genel bir formülüzasyona gidilerek “Bakanlık yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkilidir” hükmü ile düzenlenmiştir<sup>28</sup>. Ancak bu hükmün “kararname ile düzenlenme” şartını yerine getirmediği açıktır. Bu nedenle yurt dışı teşkilatları ya doğrudan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ya da bu konu özelinde çıkarılacak bir kararname ile düzenlemelidir.

## II. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE VALİLERİN HUKUKİ KONUMU

### A. Valilerin Statüsü ve Konumu

Valiler, 657 sayılı Kanun’un 59. maddesi gereği istisnai memur statüsündedir. İstisnai memurlar, 657 sayılı Kanun’un atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın tahsis edilmiş derece aylığı ile atanan memurları ifade ederler. İstisnai devlet memurluklarına söz konusu Kanun’un 48’inci maddesinde yazılı genel şartları taşıyan kimselerden atamalar yapılabilir. Kuruluş kanunlarındaki veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki özel hükümler saklıdır (m. 60).

Öncelikle kişisel statüsü bağlamında yeni sisteme göre vali, ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun eski haline göre “Vali, ilde Devletin ve Hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her Bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası” niteliğindedir (m. 9). Yeni düzenlemede “siyasi yürütme vasıtası” ifadesi yer almamış iken “idari yürütme” ifadesi muhafaza edilmiştir. Kanun lafzından “siyasi yürütme vasıtası” ifadesi çıkarılsa da Cumhurbaşkanının siyasi partisi ile ilişığının devam ettiğini ve parti genel başkanı sıfatına sahip olduğunu unutmamak gerekir. Bu nedenle valililerin yeni konumunun Cumhurbaşkanının siyasi kimliğinden bağımsız düşünölemeyeceği muhakkaktır. Ancak Cumhurbaşkanının siyasi kimliğine ilişkin ileri sürölebilecek eleştiriler; Amerikan Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi, yürütme faaliyetlerine olabildiğince yasama organının dâhil edilmesi ile kısmen giderilebilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde başkanının bazı

<sup>26</sup> Tarım ve Orman Bakanlığı ile ilgili bir hususa işaret etmek gerekir ki kararname ile doğrudan taşra teşkilatı düzenlenmese de doğrudan merkeze bağlı taşra teşkilatı bölüm eki listelerinde (4 adet liste halinde) sayılmıştır.

<sup>27</sup> Kararname ile serbest bölge müdürlükleri doğrudan Bakanlığa bağlanmıştır (m. 465).

<sup>28</sup> Örneğin; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 120/A, m. 179/A, m. 203, m. 240, m. 272, m. 297, m. 348/A, m. 371/A, m. 405, m. 435, m. 466, m. 499.

atamalarının senatonun onayına tabi kılınması benzeri bir model esas alınabilir ve bazı atamalar ve faaliyetlerde yasama organının etkisi arttırılabilir.

Eski düzenlemede vali; devletin, hükümetin ve her bakanın temsilcisi iken, yeni düzenlemede sadece Cumhurbaşkanının temsilcisidir<sup>29</sup>. Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilât, Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde<sup>30</sup> ise "Vali ilde Devletin ve Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtası" düzenlenmesi yer almaktadır (m. 72/A). Böylece Kanun'da yer almayan devletin temsilcisi vurgusu Yönetmelik ile yapılmıştır<sup>31</sup>. Ancak Kanun'da yer almasa dahi Cumhurbaşkanının devleti temsil etmesi nedeniyle vali aynı zamanda devleti temsil etme yetki ve görevine sahiptir. Ayrıca İl İdaresi Kanunu birçok yerde valilerin Devleti temsil etme görev ve yetkisine işaret edilmektedir. Örneğin Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrasının (D) fıkrası gereğince vali Devlet dairelerini denetler, teftiş eder<sup>32</sup>. Söz konusu maddenin (H) fıkrası gereğince devlet gelirlerinin tahakkuk ve tahsilini sağlar<sup>33</sup>. Aynı maddenin (İ) fıkrası gereğince kamu mallarının korunması için gerekli tedbirleri alır<sup>34</sup>. Kanun'un 11. maddesinin ilk fıkrası ile valilere ayrıca devlet kolluk makamlarını istihdam etme onların üzerinde hiyerarşik yetki kullanma görev ve yetkisi verilmiştir. Aynı maddenin 9. fıkrası ile Devlete ait olan yerlerde denetim ve gözetim yetkisi verilmektedir<sup>35</sup>. Yine Kanun'un 9. maddesi ile valinin, Cumhuriyet Bayramı'nda ilde yapılacak resmi törenlere başkanlık yapma ve tebrikleri kabul etme görevi, 12. madde gereği konsolosluklar ile ilişki içerisinde bulunma görevi de devleti temsil etme karakterinden kaynaklanmaktadır<sup>36</sup>. Söz konusu düzenlemelerde valilerin, devleti temsil etme görev ve yetkileri açıkça somutlaşmaktadır.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevlerine ait işleri için valilere re'sen emir ve talimat verebilirler. Bakanlıklar ve tüzelkişiliği haiz genel müdürlükler, il genel

<sup>29</sup> Gözler-Kaplan, Türk İdare Hukuku Dersleri, s. 170.

<sup>30</sup> R.G., T: 08.06.2011,S: 27958.

<sup>31</sup> Bahtiyar Akyılmaz- Murat Sezginer- Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 249, dn.36.

<sup>32</sup> "Vali, dördüncü maddenin son fıkrasında belirtilen adli ve askeri teşkilat dışında kalan bütün Devlet daire, müessese ve işletmelerini, özel işyerlerini, özel idare, belediye köy idareleriyle bunlara bağlı tekmil müesseseleri denetler, teftiş eder".

<sup>33</sup> "Vali, Devlet gelirlerinin tahakkuk ve tahsilini ve ödeme işlerinin muntazam bir şekilde yapılmasını ve gelir kaynaklarının gelişmesini sağlamak için tedbirler alır ve uygular, lüzumunda bu maksatla ilgili Bakanlıklara ve genel müdürlüklere tekliflerde bulunur".

<sup>34</sup> "Vali, Devlet, il, belediye, köy ve diğer kamu tüzelkişiliklerine ait genel ve özel mülklerin yangın ve benzeri tehlikelere karşı korunmasını, iyi halde tutulmasını, değerlendirilmesini ve iyi halde idaresini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını ilgililerden ister ve denetler". Bu bendi takip eden J bendi ile de valiye devlet dairelerin fiziken bir araya getirilmesi ve bu yönde tedbirler alması görevi verilmiştir: "Vali, il, ilçe, bucak merkezlerinde ve çevrelerinde kirali, kirasız binalarda vazife gören bütün Devlet dairelerini mahallin hizmet şartlarına ve Hazine menfaatine en uygun şekilde bir veya birkaç binada toplamak üzere gereken tedbirleri aldırır ve uygulanmasını denetler."

<sup>35</sup> "Devlete, özel idareye, belediye ve köylere ait olan veya bunlara bağlı bulunan veya bunların gözetim ve denetimi altında iş gören daire ve müesseselerle diğer bütün gerçek ve tüzelkişiler tarafından işletilen mali, ticari, sınai ve iktisadi müesseseler, işletmeler, ambarlar, depolar ve sair uzman, fen adamı, teknisyen, işçi gibi personel bulunduran yerler Devlet ve memleket emniyet ve asayışı ve iş hayatının düzenlenmesi bakımından valinin gözetim ve denetimi altındadırlar".

<sup>36</sup> Gözler, İdare Hukuku, s. 338.



idare teşkilâtına ait bütün işleri doğrudan doğruya valiliklere yazarlar (5442 s. Kanun, m. 9). Bu düzenlemeye göre bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığının aracılığına ihtiyaç duymadan bakanlık görev alanına giren konularda doğrudan vali ile yazışabilirler, emir ve talimat verebilirler<sup>37</sup>.

Son dönemde, mevzuat değişikliklerinin de etkisiyle valilerin taşradaki konumlarının değiştiğini, hareket kabiliyetlerinin arttığını (özellikle yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları ve kalkınma ajansları aracılığıyla) hizmetleri yürütme konusunda yetki ve görevlerinin genişlediğini de eklemek gerekir<sup>38</sup>.

### B. Atanma Şartları

Vali atanması, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>39</sup> ile düzenlenmiştir<sup>40</sup>. Bu nedenle valiler, mülki amir olarak üst kademe kamu yöneticisi niteliğindedir. Kararname'nin (I) sayılı cetvelinde yer alan valiler, Cumhurbaşkanı kararı ile atanırlar (m. 2). Bu Kararname ile (I) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin atanma şartları da belirlenmiştir.

Kararnameye göre bu şartlar; "657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak, en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak, kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak (m. 3)" olarak belirlenmiştir. Aynı Kararname'nin 3. maddesinin 4. fıkrasında "657 sayılı Kanun'un 59 uncu maddesine göre yapılacak atamalarda birinci ve ikinci fıkraların (a) bentleri hariç, söz konusu madde hükümleri uygulanmaz" hükmü yer almaktadır. 657 sayılı Kanun'un 59. maddesinde ise istisnai memurluklar düzenlenmiştir. Valinin de istisnai memur olduğu dikkate alınırsa vali atamalarında birinci fıkranın (a) bendi hariç söz konusu madde hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda vali atamaları için sadece "657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak" şartı uygulanacak, "en az

<sup>37</sup> Gözler-Kaplan, Türk İdare Hukuku Dersleri, s. 171. Tüzel kişiliği bulunan genel müdürlüklerin de doğrudan vali ile yazışmaları mümkündür. Valilikler de illere ait işler için ilgili bakanlık veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlüklerle doğrudan doğruya muhaberede bulunurlar (5442 s. Kanun, m. 9).

<sup>38</sup> Yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları özelinde bkz. Emin Koç-İbrahim Arap, "Türk İdare Teşkilatında Atipik Yeni Bir Örgütlenme: Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıkları", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, 2019, C. 28, S. 4, s. 91-123.

<sup>39</sup> 1982 Anayasası'nın değişik 104/9.maddesine göre Cumhurbaşkanının görevlerinden birisi de üst kademe kamu yöneticilerini atamak, görevlerine son vermek ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Bu yeni yetkinin gerekleri ve kullanım şekli 10 Temmuz 2018 Tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile düzenlenmiştir. Üst kademe yöneticisi kavramının bizim hukukumuzda önceden de pozitif temeli bulunmaktaydı. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler barındıran Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrası "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir" hükmünü içermektedir. Yasama organı 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun'u çıkarmış, daha sonra ise bu Kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 1985 tarihinde iptal edilmiştir (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 787).

<sup>40</sup> Bkz. Yasin Söyler, "3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.2, S. 1, s. 59-110.

dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak” ve “kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak” şartları aranmayacaktır.

657 sayılı Kanun’un “İstisnai memurluklara atanmada aranacak şartlar” başlığını taşıyan 60. maddesine göre “İstisnai Devlet memurluklarına 48 inci maddede yazılı genel şartları taşıyan kimselerden atamalar yapılabilir. Kuruluş kanunlarındaki veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki özel hükümler saklıdır”. Valilerin atanma şartlarına ilişkin düzenlemeler 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu’nda yer almaktaydı. 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu’nun valilerin de dâhil olduğu bazı makamlara atanma şartlarını düzenleyen 2 maddesinin (B) fıkrası ise yürürlükten kaldırılmıştır<sup>41</sup>. Bu durumda 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinde sayılan genel şartlar haricinde 1700 sayılı Kanun’un ve 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer alan şartların (3 sayılı CBK’nın 3.maddesinin 1. fıkrasının a bendi hariç- ki bu düzenleme de 657 sayılı Kanun’un 48. maddesine atıf yapmaktadır) uygulama alanı yoktur. Söz konusu yeni düzenlemeler ve 1700 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin (m. 2/B) yürürlükten kaldırılması ile birlikte aslında önceden de ileri sürülen; mülki amirliğe atanmada çok ağır şartlar aranmaması görünüşüne dönülmüş oldu<sup>42</sup>. Diğer bir söyleyiş ile; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gereğince genel şartları taşıyan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, asgari ilkökul mezunu olan kişilerin hukuken vali olabilmesi olanaklı hale gelmiştir. Sonuç olarak; hâlihazırdaki düzenlemelere göre Cumhurbaşkanı başka bir şarta bağlı olmaksızın 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinde sayılan genel şartları taşıyan herkesi vali olarak atayabilir.

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde özel sektörde çalışan kişilerin de vali olarak atanması mümkündür. Vali olarak atanabilmek için kamu görevlisi olma zorunluluğu yoktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinde sayılan genel şartları taşıyan herkesi vali olarak atanabilir. Bunun yanında 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “Görevleri sona erenler ve görevden alınanlar” başlığını taşıyan 6. maddesi görevleri sona erenlerin hukuki durumlarını düzenlerken “kamu görevlisi olmayanlar arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan görevleri sona eren” ifadesini kullanarak kamu görevlisi olmayanların da vali olabileceğini teyit etmektedir<sup>43</sup>. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince “kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak” şartı vali atamalarında uygulanmayacaktır. Bu düzenleme özel sektörde

<sup>41</sup> Mülga düzenleme: “B) Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı 4 üncü ve daha yukarı sınıflardaki memurluklara geçebilmek ve tayin olunmak için Üniversitelerin Siyasal Bilgiler, Hukuk, İktisat, İşletme, İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ile bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtdışındaki en az dört yıl süreli fakültelerden mezun olmak şarttır” (02.07.2018 tarihli, 703 sayılı KHK, m.134).

<sup>42</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku, s. 335-336.

<sup>43</sup> Bu düzenleme aslında üst kademe bir kamu yöneticisi olan valinin atanmasında ağır şartlar aranmadığını teyit edicini niteliktedir. Yine aynı düzenlemeye göre görevleri sona eren üst kademe kamu yöneticilerinin mali ve özlük haklarını ‘kamu görevlisi olmayanlar arasından üst kademe kamu yöneticisi atanarl’ ve ‘kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi olarak atanarl’ şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak hüküm altına almaktadır (3 sayılı CBK, m. 6).

çalışan kişilerin vali olarak atanamayacağı izlenimini yaratmaktadır. Ancak bu hükmü özel sektörde çalışanlar için 5 yıl çalışma şartının aranmayacağı olarak anlamak gerekir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atama hususunda detaylı ve ağır şartların aranmaması ayrı bir tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bu denli önemli kadrolara atanacak kişilerde daha özellikli şartlar aranması yerinde olurdu. Örneğin, söz konusu kadrolara atamalarda özellikle kamu görevlisi geçmişi ve deneyimi aranması yerinde olabilirdi. Ancak bu en nihayetinde hukukilik değil yerindelik meselesidir. Ayrıca kaymakam atama şartlarının göreceli olarak ağır olduğu bir sistemde vali atamasında özellikli şartların aranmaması dikkat çekicidir. Ancak daha önce kamu görevlisi olmayanların da vali olarak atanabilmesi kamu hizmetlerinde uzmanlaşma, deneyim ve liyakat gibi kavramlar ile eleştirilebilse de yeni sistem ile birlikte üst kademe yöneticilerinin atanmasında geniş bir takdir hakkına sahip olmanın özellikle arzu edilen bir tercih olduğunu da unutmamak gerekir.

Anayasa'da üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (m. 104/9) ile yetiştirilme usul ve esaslarının ise özel bir kanun (m. 128/3) ile düzenleneceği hüküm altına alınmaktadır. Aslına bakılırsa atanma usul ve esasları ile yetiştirilme usul ve esasları birbirinden bağımsız değildir bu nedenle aynı norm ile düzenlenmeleri daha yerinde olurdu. Ancak yetiştirilme usul ve esaslarının düzenleyici idari işlemler ile belirlenmesi mümkün ve birçok durumda detaylı düzenlemeler içerdiği için gereklidir.

Asıl üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de valilerin atanma usul ve esaslarının doğrudan kararname ile düzenlenmesinin Anayasaya uygun olup olmadığıdır. Anayasa gereği "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez". Vali ataması da kamu hizmetine girme hakkının tipik, somut bir halidir. Anayasa'ya göre kamu hizmetine girme hakkı "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlığı altında 70. madde ile düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkı ile Anayasa m. 128 birlikte düşünülmelidir. Bu durumda siyasi hak ve ödev kapsamında kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa ile uyumlu değildir. Yine Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir". Bu düzenleme ile de kamu görevlilerin özlük haklarının kanunla düzenleneceği güvencesi getirilmiştir<sup>44</sup>.

Diğer yandan yukarıdaki açıklamalarımız ile Anayasa m. 104/9'un bağdaştırılması gerekmektedir. Anayasa m. 109 gereği; "(Cumhurbaşkanı) Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler". Kanımızca bu hüküm, sadece Üst kademe kamu yöneticilerinin atama sürecine ilişkin düzenleme yapma yetkisi vermek şeklinde

<sup>44</sup> 2017 öncesi kanun hükmünde kararnameler ile siyasi hak ve ödev niteliğinde olan kamu hizmetine girme hakkının düzenlenemeyeceği konusunda Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanılmış kararları bulunmaktadır. Bkz. Karslı, "Üst Kademe Kamu Yöneticileri", s. 194.

yorumlanması gerekir. Aksi halde üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının **atanma şartlarını da kapsayacak** şekilde kararnameler ile düzenlenebileceğini kabul etmek Anayasa m. 128/2, m. 13, m. 70 ile getirilen güvenceleri etkisiz hale getirecektir. Diğer taraftan m. 104/9 ile üst kademe kamu yöneticileri özelinde istisna yaratıldığını düşünsek dahi bu durumda da kararname kapsamındaki tüm yöneticilerin aynı hukuki rejime tabi olması gibi izah edilmesi güç bir durum ortaya çıkacaktır.

Vali atama işleminin de dayanağı olan 3 sayılı Kararname'nin Anayasa m. 106/son kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin de tartışılması gerekir. İlgili düzenlemeye göre "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir". Söz konusu düzenlemenin kapsamı sadece kararname ile teşkilâtın kurulmasına ilişkindir. Taşra teşkilâtı kurma yetkisinin, taşra biriminin temsilcisi üst kademe kamu yöneticisini kapsayacak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu soruyu sormamamızın nedeni bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ilginç bir karardır<sup>45</sup>. Karara konu Kararname düzenlemesinde Sağlık Bakanlığı'nın, taşra teşkilâtında, bünyesinde birden fazla hastane bulunan bir yerleşkede, bir koordinatör başhekimin görevlendirilebilmesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi taşra teşkilâtı kurma yetkisi dâhilinde görmüştür<sup>46</sup>. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar yanlıştır<sup>47</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere m. 106/son ile verilen yetki yeni kamu görevlisi statüsü ihdas etmeye ilişkin değildir.

### C. Atanma Usulü

Vali ataması, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Bu Kararname'nin 1 sayılı cetvelinde yer alan valiler, Cumhurbaşkanı kararı ile atanırlar (CBK 3, m. 2). Valiler açısından atamaya yetkili amir cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanı kararı bireysel işlem niteliğindedir. Bireysel işlem olması nedeniyle vali atama işlemi bireysel işlemlerin hukuki rejimine tabidir.

Vali atama yetkisi hiçbir koşula bağlı olmadan doğrudan Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Önceki düzenlemede olduğu gibi İçişleri Bakanlığı'nın önerisi, Bakanlar Kurulu'nun kararı gibi usuli aşamalar bulunmamaktadır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı

<sup>45</sup> AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020,

[https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2020N31126S20205,\(04.03.21\)](https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2020N31126S20205,(04.03.21)).

<sup>46</sup> Kararda ayrıca, "Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir taşra teşkilatı kurulmasına izin verilmekte, bunun doğal sonucu olarak da bir koordinatör başhekim görevlendirilebilmesine imkân tanınmaktadır. Bu yönüyle kuralların koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarını düzenleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memurların ve kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin bir husus öngörmemektedir" denilmektedir (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020, [https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2020N31126S20205,\(04.03.21\)](https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2020N31126S20205,(04.03.21))). Kararların detaylı incelemesi için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar-İlk İzlenimler", TBB Dergisi, 2020, C.151, s. 15.

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. Sevgili Gençay, "Yargısal Denetim", s. 15.

Kararnamesi ile Cumhurbaşkanının yetkisini devredebileceği düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Kamu hukukunda kabul edilen temel prensip gereği bir kamu görevlisine hasredilen bazı yetkiler devredilemez. Atama yetkisi doğrudan Cumhurbaşkanına verilen bir yetkidir. Bu nedenle bu yetkinin devredilmesi mümkün değildir. Kaldı ki 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile sadece Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanın atamaya ilişkin yetkisinin alt kademedeki yöneticilere devredebileceği hüküm altına alınmış, Cumhurbaşkanı açısından bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır (m. 2).

Vali atamasında eski sistemde olduğu gibi tamamen yürütmenin takdir hakkı söz konusudur. Yürütme organının tek ölçütü uyumlu, birlikte çalışabileceği kişileri atamak olacaktır. Bu yetkinin kullanımı kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sisteminin mantığına da uygundur. Çünkü belirli bir süre için seçilen ve süre sonunda seçimle doğrudan halkın denetimine tâbi bir Cumhurbaşkanının üst kademe bir kamu görevlisinin atanmasından yetkili ve sorumlu olması gerekir

#### **D. Görev Süresi**

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne göre valilerin görev süresi atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçemez (m. 4). Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, valilerin de görevi sona erer (m. 4). Ancak valiler, yerlerine atama yapıncaya kadar görevlerine devam eder. Bu husus Kararname ile düzenlenmekle birlikte, düzenlenmese dahi cari işlerin yürütülmesi ilkesi bunu gerektirmektedir. Cumhurbaşkanının görev süresine bağlı olarak görev süreleri sona eren valiler, yeniden atanabilir. Haliyle yeniden atanma şartlarının devam edip etmediği kontrol edilecektir. Valiler, görev süreleri sona ermeden de Cumhurbaşkanınca görevden alınabilir. Bu husus valilerin istisnai memur olma özellikleri ile de uyumludur (m. 4).

Cumhurbaşkanının görev süresi sona erdiği takdirde valilerin yerlerine yeni bir atama yapılmaması durumunun değerlendirilmesi gerekir. Görevi sona eren valinin yerine yeni atama yapıncaya kadar görevine devam etmesi gerekmektedir. Yeni bir Cumhurbaşkanının seçilmesi ve göreve başlaması durumunda ise yeni vali ataması yapılmadığı sürece eski valilerin görev süresi yeni Cumhurbaşkanına görev süresine tabi olarak devam edecektir.

3 sayılı Kararname'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte mevcut valilerinin görev süresinin belirlenmesi gerekir. Kararname bu konuda geçici bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. İlgili düzenlemeye göre "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4 üncü maddesi, bu maddenin yayımı tarihinde görevde bulunan ekli (I) sayılı cetvelde belirtilen görevlerde bulunanlar hakkında da uygulanır"(Geçici m. 1).

#### **E. Valilerin Sözleşme ile İstihdamı**

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne göre ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere atananlar, atandıkları kadro, pozisyon ve görevlerde 657 sayılı Kanun'un ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki

<sup>48</sup> Cumhurbaşkanı, yetkilerinden bir kısmını gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak belirterek astlarına devredebilir. Ancak devrettiği yetkiyi, gerek gördüğünde kendisi de doğrudan kullanabilir (1 s. CBK, m. 1/3).

hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak da çalıştırılabilir. Vali de bu cetvelde yer alan bir kamu görevlisi olarak sözleşme ile istihdam edilebilir.

Sözleşme ile istihdamda 657 sayılı Kanun veya özel kanunların uygulama alanı yoktur. Bu sözleşme, bir hizmet sözleşmesi olacağı için idari sözleşme niteliğinde olacaktır. Sözleşme idare hukukuna, doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıya tâbi olacaktır.

Sözleşme süresi, üst kademe kamu yöneticisinin görev süresi ile sınırlıdır (3 s. CBK, m. 5/4). Üst kademe kamu yöneticisinin görev süresi ise Cumhurbaşkanının görev süresi ile sınırlıdır. Bu nedenle Cumhurbaşkanının görevi herhangi bir neden ile sona ererse aynı şekilde sözleşmenin de süresi sona erecektir. Görev süresi sona eren veya görevden alınan üst kademe kamu yöneticisinin görevi ile ilişkisi kesilir ve sözleşmesi feshedilmiş sayılır (3 s. CBK, m. 5/5). Sözleşme ile istihdam edilenler açısından akdi ilişkinin sona ermesi ve görevlerinin sona ermesi durumunda ne olacağı düzenlenmemiştir. Ancak atanan üst kademe kamu yöneticilerinin görevi sona ermesi durumunda yerlerine yeni biri atanıncaya kadar görevlerine devam edeceği kuralı bu durumda da uygulama alanı bulması gerekmektedir. Bu durumda da görevi sona eren kişinin yeni bir sözleşmesel ilişki kurularak ya da atama yoluyla yeniden vali olarak atanması mümkündür.

Bu düzenlemeler ışığında valilerin sözleşme ile istihdam edilmesinin Anayasaya uygunluğu da değerlendirilmelidir. Anayasa'ya göre "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" (m. 128/1). Valilik eliyle yürütülen hizmetlerin de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmetlerden olduğu düşünülürse, söz konusu hizmetler diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilir. Devlet Memurları Kanunu'na göre sözleşmeli personel de diğer kamu görevlisi niteliğindedir. Bu nedenle Kararname'de yer alan düzenleme içerik olarak Anayasa ile uyumludur.

## **F. Valilik Görevinin Sona Ermesi ve Görevden Alınanların Durumu**

### **1. Valilik Görevinin Sona Ermesi**

Valilerinin görevleri ve bazı hallerde kamu görevlisi statüleri sona erebilir. Bu noktada görevin sona ermesi ile kamu görevlisi statüsünün sona ermesini birbirinden ayırt etmek gerekir. Valilerin görevini sona erdiren en önemli neden Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin sona ermesidir. Ancak bu halde sona eren sadece valilik görevi değildir. Aynı zamanda kamu görevi de sona ermektedir. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin mülga m. 6/2 düzenlemesi gereği kamu görevlisi iken atanmaların farklı bir kamu görevine atanmaları gerekmektedir. Ancak yeni hale göre atanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Vurgulamak gerekir ki düzenleme gereği Cumhurbaşkanı tarafından Kararname'de belirtilen kadrolara atanma zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak görevin sona ermesinden bağımsız olarak ilgili kişilerin aynı veya farklı bir göreve koşulları sağlamaları şartıyla yeniden atanmalarında bir engel yoktur.

Valilik görevi, kamu görevlisi statüsünün sona ermesine bağlı olarak da sona erebilir. Bu durumda kamu görevlisi statüsü devam ederken, 657 sayılı Devlet

Memurlar Kanunu gereğince kamu görevini sona erdiren hallerin valilik görevini de sona erdirecektir.

Valilik makamının boşalması hâlinde ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan tarafından görevlendirme yapılabilir. Bu işlem de niteliği gereği atama değil görevlendirmedir. Bu görevlendirmeler aynı gün Cumhurbaşkanlığına bildirilir (3 s. CBK, m. 1/3). Atamaya yetkili amirin aksine Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan bu yönde yetki kullanabilir. Ancak Cumhurbaşkanına veya bakana bu yönde bir yetki verilmesi asılın yetkisini sona erdirmez. Yani Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanı devre dışı bırakarak istediği zaman atama yapabileceğini de unutmamak gerekir.

## 2. Görevi Sona Erenlerin ve Görevden Alınanların Durumu

**Kamu Görevlisi İken Atananlar Açısından:** 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin mülga düzenlemesine göre kamu görevlileri arasından atanıp kamu görevleri sona eren veya görevden alınanların yeniden yeni bir kadroya atanmaları gerekmektedir (m. 6/2)<sup>49</sup>. İlgili düzenlemeye göre bu zorunluluk Cumhurbaşkanı açısından bağlı yetki idi. Ancak yeniden atanmaya ilişkin düzenlemelerin ilga edilmesi ile birlikte sadece tazminat ve emekliliğe ilişkin düzenlemeler kalmıştır. Ancak bu halde dahi yeniden atama düzenlemelerin kaldırılması söz konusu üst kademe kamu yöneticilerinin yeniden atanamayacağı anlamına gelmez. Düzenlemenin kaldırılması, bu yetkiyi Cumhurbaşkanı açısından bağlı bir yetki olmaktan çıkarmıştır. Böylelikle üst kademe yöneticilerinin yeniden atanma zorunluluğunun bulunmaması bu kadroları daha politik bir kimliğe büründürmektedir. Çünkü başka bir kamu görevine atanma zorunluluğunun olmaması Cumhurbaşkanı ile mutlak uyumlu çalışma mecburiyetini getirmektedir. Uyumlu çalışmama halinde yeniden atanmama, bir nevi cezalandırma aracı haline gelmektedir.

**Kamu Görevlisi Olmayanlar Arasından Atananlar Bakımından:** 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince "Kamu görevlisi olmayanlar arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanarlardan görevleri sona eren veya görevden alınanlara tazminat ödenip ödenmemesi ve tazminat miktarı ile buna ilişkin diğer hususlar Cumhurbaşkanınca belirlenir. Yurtdışı kadrolarda bulunmakta iken görev süresi sona eren veya görevden alınanlar için ödenecek tazminat miktarı, yurtiçindeki emsali personelin fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, ödeme unsurları üzerinden hesaplanır" (m. 6). Bu düzenleme gereği kamu görevlisi olmayanlar arasından atanan valinin görev süresi sona erdiği durumda idarenin başka bir kamu görevine atama gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

**Kapsam Dışı Bırakılan Haller:** 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Görevleri sona erenler ve görevden alınanlar" başlıklı 6. maddesinin 7. fıkrası önemli

<sup>49</sup> Yeniden atananlar açısından kadro bulunmadığı takdirde bu düzenleme de ilginç bir durum yaratmakta ve idari işlem ile kadro ihdas edilmesini olanaklı kılmaktaydı. (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinin başka bir kamu görevine atanmasını olanaklı kılan bu düzenleme kaldırılmakla birlikte atama işlemi (idari işlem) ile kadro ihdas edilmesi (II) sayılı cetvelde yer alan bir kısım kamu görevlileri için halen geçerlidir (m. 6/4). Hâlbuki Anayasa m.128/2 gereği bir kamu görevlisi kadrosu ancak kanun ile kurulabilir. Bu nedenle bir atama yani bireysel işlem ile kadro kurulmasını sağlayan düzenleme (3 s. CBK, m. 6/5) Anayasa'ya aykırıdır.

bir düzenleme içermektedir: “Bu madde hükümleri, atanma şartlarını kaybetme, ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması sonucunda görevden alınanlar hakkında uygulanmaz”. Yukarıda izah edildiği üzere madde kapsamında görevi sona eren ya da görevden alınan kamu görevlilerinin tazminat, emeklilik ve yeni bir göreve atanma hususları düzenlenmektedir. Bu nedenle “atanma şartlarını kaybetme, ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması sonucunda görevden alınanlar” madde ile düzenlenen başka bir makama atanma veya sağlanan özlük haklarından yararlanamazlar.

Öncelikle, kamu görevi statüsü açısından bu türden ciddi sonuçlar ortaya çıkaran durumların Anayasa m. 128/2 gereği kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer yandan söz konusu düzenleme ölçülü de değildir. Ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması sonucunda görevden alınma hallerinde, kişiler görev sonrası özlük hakları mahrum bırakılmamalıdır. Ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması sonucunda görevden alınma ifadesi de muğlaktır. Ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması açılması ve bu soruşturmaların sonuçlanması, bu soruşturmalar sonucu alınan cezaların kamu görevlisinin statüsüne ilişkin sonuçları ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Atanma şartlarını kaybetme hali, kurucu unsurların kaybı nedeniyle yeniden atanamama sonucu doğuracaktır. Cumhurbaşkanının görevden alma konusunda geniş bir değerlendirme hakkı olup mutlak bir nedene dayanma zorunluluğu da yoktur

### **G. Vali Yardımcılarının Durumu**

İllerde, valilerin tayin ve tespit ettiği işlerde yardımcılığını ve valinin bulunmadığı zamanlarda vekilliğini yapmak üzere vali muavinleri bulunur. Valiliğin yazı işlerinin düzenlenmesinden de vali muavini sorumludur (5442 s. Kanun, m. 5/1). Vali atama usul ve esaslarının değişmesi vali yardımcılarını da etkilemiştir. Bunun bir sonucu olarak vali yardımcılarının atanması 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Vali yardımcılarını ilgili Kararname'nin 2 sayılı cetvelinde yer almış Cumhurbaşkanının onayı ile atanan kamu görevlileri haline gelmiştir. Vali yardımcılarının atanması aynı cetvelde yer alan kaymakamların esas ve usulüne tabidir.

Yine ilginç bir değişiklik İl İdaresi Kanunu ile yapılmış ve vali yardımcılığı için kaymakamlık deneyimi kaldırılmıştır. Mülga düzenlemeye göre “Vali muavini, en az altı yıl kaymakamlıkta bulunmuş ve bu hizmetin iki yılını doğuda geçirmiş olanlardan tayin edilir(di)” (5442 s. Kanun, m. 5). Bu düzenleme ile de valilerde olduğu gibi vali yardımcılığına atanmada da geniş bir takdir hakkı bırakma isteği görülmektedir. Ancak valilerin atanma şartları için getirdiğimiz eleştiriler kısmen bu hususta da geçerlidir. Validen farklı olarak uygulamada iş yükünün fazla olması, günlük işleri yürütmesi, kamu bürokrasisine hâkim olması gibi nedenlerden vali yardımcılığı açısından en azından kaymakamlık deneyim şartı muhafaza edilebilirdi.

### **H. Valinin Görevleri <sup>50</sup>**

#### **1. Cumhurbaşkanını Temsil Etmek**

İl İdaresi Kanunu gereğince “Vali, ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır”(9/1). Valinin yeni sistemde hükümeti temsil etme görevi yoktur.

<sup>50</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku, s. 337-341.



Yeni sistem ile teknik/dar anlamda hükûmet olmamakla birlikte hükûmet etme fonksiyonu Cumhurbaşkanına aittir. Valiler de bu çerçevede hükûmet etme fonksiyonunu temsil etmektedir. Yeni sistem ile Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisi devam etmekte ve siyasi kimliği gereği faaliyetlerde de bulunmaktadır. Ancak valinin Cumhurbaşkanını temsil kabiliyeti ve yetkisi idari karakteri ile sınırlıdır. Zaten bu husus 5442 sayılı Kanun ile “Vali, ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır” ifadesi ile düzenlenmiştir.

## 2. Bakanları Temsil Etme

Yeni sistem ile birlikte yukarıda ifade edildiği üzere merkezi yönetimin başkent teşkilâtında önemli değişiklikler olmuştur. Bu çerçevede bakanların yeni statüsü önemlidir. Yeni sistem ile bakanlar doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevlerine son verilir. Bakanların TBMM’ye karşı bir siyasi sorumlukları bulunmamaktadır. Kuvvetlerin sert ayrılığı modelinin bir yansıması olarak bakanlık ile milletvekilliği statüsü birleşemez.

Yeni sistem ile yürütme sadece Cumhurbaşkanı tarafından temsil edildiği için parlamenter sistemde olduğu gibi bakanların yürütmeyi bağımsız/asli/icracı bir karakterle temsil etme yetkileri yoktur. Bunun bir yansıması olarak bakanlıklar da ayrı bir kararname ile değil, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilâtı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Ayrıca yeni sistemde parlamenter sistemdeki konuma ve işleve sahip bir “bakanlar kurulu”<sup>51</sup> ya da “kabine”<sup>52</sup> yoktur. Ancak yürütme fonksiyonunun bir gereği olarak Cumhurbaşkanlığı başkanlığında bir araya gelmeleri ve danışma ve müzakerelerde bulunmaları mümkündür.

Günlük dilde, “bakanlar kurulu” veya “kabine” tabirleri kullanılsa da teknik anlamda bir bakanlar kurulu veya kabine bulunmamaktadır. Ancak, bu oluşuma 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nden (m. 32) ilhamla “koordinasyon kurulu”, bu toplantılara “koordinasyon toplantısı” denebilir. Çünkü ilgili madde “Bakanlıklar ile kurum ve kuruluşlarla koordinasyon toplantıları” başlığını taşımakta ve bakanlar ve kamu kurum ve kuruluş yöneticileri arasındaki koordinasyon toplantılarını düzenlemektedir. Koordinasyon toplantılarına Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği politika kurulu başkanvekili ya da bakan başkanlık eder (m. 32/2).

Valiler, bakanları idari karakterleri ve idari fonksiyona dâhil işlemleri bakımından temsil edeceklerdir. Bu hususu vurgulamamızın nedeni yeni sistem ile birlikte Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin devam edebilme olanağıdır. Bakanların da doğrudan Cumhurbaşkanına bağlı ve ona tâbi olduğu düşünülürse bakanların da siyasi kimliğin ve fonksiyonunun bir parçası haline gelmeleri mümkündür. Bu konuda ilginç bir

<sup>51</sup> Bakanlar kurulu ile hükûmet terimleri (hükûmet üyesi olabilen ancak bakanlar kurulu üyesi olamayan bakan atamasının olanaklı olduğu bazı hukuk sistemleri istisna tutulursa) aynı anlamda kullanılır(Gözler, Genel Teori, s. 255-256). Bu nedenle teknik olarak bizim sisteminizde bakanlar kurulu veya hükûmet yoktur

<sup>52</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde tarihsel olarak kabine terimi kullanılır. Ancak bu kurul parlamenter sistemlerde olduğu gibi yasama organının güvenine dayalı, kolektif ve dayanışma ilkelerine göre faaliyette bulunan bir yapı değildir. Bu nedenle kabine teriminin kullanılması düşünülebilirse de parlamenter sistem geçmişimizden kaynaklı olarak bakanlar kurulu ile aynı işlev ve konumda olduğu izlenimi doğuracağı için çok uygun olmayacaktır.

düzenleme 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 503. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre bakanlar Cumhurbaşkanına karşı "Cumhurbaşkanının genel siyasetinden" de sorumludur<sup>53</sup>. Buradaki "siyaset" ifadesi günlük/aktif siyasi faaliyetlerin ötesinde, kamusal/idari işlemleri kapsamakla birlikte yine de düzenleme ile idari işlem/fonksiyon vb. ifadeler ile ayırım yapılmaması dikkat çekicidir.

İl İdaresi Kanunu'nun yeni halinde, valinin bakanları temsil etme görev ve yetkisi açıkça düzenlenmemiştir. Eski düzenlemede, tartışmaya mahal vermeyecek şekilde valinin her bir bakanının ayrı ayrı mümessili olduğu vurgulanmıştı. İl İdaresi Kanunu gereğince "İl genel idaresinin başı ve mercii validir. Bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre illerde lüzumu kadar teşkilât bulunur. Bu teşkilâtın her birinin başında il idare şube başkanları bulunur. Bunların emri altında çalışanlar ilin ikinci derecede memurlarıdır. Bu teşkilât valinin emri altındadır" (m. 4/1). Bakanlık taşra teşkilâtı personelinin hiyerarşik amirinin vali olması da valinin bakanı doğrudan temsil ettiğinin bir diğer göstergesidir<sup>54</sup>. Ayrıca Kanun'un 13. maddesi ile valinin, ilde en yüksek hiyerarşik amir olma niteliği ayrıca vurgulanmıştır: "Vali, (Dördüncü maddenin son fıkrasında belirtilen adli ve askeri daireler hariç) Bakanlıklar ve tüzelkişiliği haiz genel müdürlüklerin il teşkilâtında çalışan bütün memur ve müstahdemlerinin en büyük amiridir". Kanun gereğince vali ayrıca il idaresine ilişkin bakanlara rapor verir: "ilin idari, mali, ekonomik, kültürel, sağlık ve sosyal durumu ve Cumhurbaşkanınca alınmış bulunan karar ve tedbirlerin sonuçları ve bunların halk üzerindeki etkileri hakkında yılsonunda veya lüzum gördükleri sair zamanlarda Cumhurbaşkanlığına ve ilgili Bakanlıklara rapor verirler" (26/II).

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevlerine ait işleri için valilere re'sen emir ve talimat verebilirler. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar arasında koordinasyon gereği farklı kararların alınması pratikte pek mümkün olmamakla birlikte Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların farklı kararlar alması, valilere farklı emirler vermesi durumunda ne olur? Bakan ve Cumhurbaşkanı yardımcısı emirleri çelişirse hangisi uygulanır? Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları doğrudan Cumhurbaşkanı atar. Bu nedenle aralarında bir hiyerarşi yoktur. Ancak böyle bir durumda Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekâlet etme kimliğinin bir sonucu olarak Cumhurbaşkanının iradesini temsil etme kabiliyetinin daha güçlü olduğu ve bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcısı kararının uygulanmasının daha doğru olacağı söylenebilir.

<sup>53</sup> Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur (1 s. CBK, m. 503/2).

<sup>54</sup> Yine İl İdaresi Kanunu gereğince yukarıda ifade edildiği üzere "Vali, ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır" (9/1). İkinci fıkrada "valinin Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtası" sıfatının bir gereği olarak Bakanlıkların, il genel idare teşkilatına ait bütün işleri doğrudan doğruya valiliklere yazabileceği, valiliklerin de illere ait işler için ilgili Bakanlığa doğrudan doğruya muhaberede bulunabileceği hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme de valinin bakanlık temsilcisi olma özelliğini teyit eder niteliktedir.

### 3. Düzenleme Yapma

Valiler il düzeyinde düzenleyici işlemler yapabilir. 5442 sayılı Kanun'da "Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın verdiği yetkiyi kullanmak ve bunların yüklediği ödevleri yerine getirmek için valiler genel emirler çıkarabilir ve bunları ilan ederler" denmektedir (m. 9/2-Ç). Bu çerçevede ancak kanun veya Cumhurbaşkanlığın kararnamesi ile valilere verilen görev ve yetkilerin kullanılması amacıyla vali düzenleyici işlem yapabilir. Bu düzenleyici işlem ise Kanun gereği "genel emir" olarak adlandırılmaktadır. Kanun'un genel emir ifadesini kullanması işlemin düzenleyici karakterini vurgulamaktadır<sup>55</sup>. Vali, farklı adlar altında da düzenleyici işlemler yapabilir.

### 4. Kamu Düzenini Sağlama (Kolluk)

Kolluk, kamu düzeninin bozulmasını önleyici nitelikteki her türlü idari faaliyet olarak tanımlanabilir. Kolluk daha çok dar manada anlaşılır ve öncelikli olarak idarenin kamu güvenliğini sağlamaya yönelik faaliyetleri, makamları ve personeli anlaşılır. Ancak kolluk geniş manada kamu düzeninin çok farklı unsurlarını barındırır ve idareye çok farklı alanlarda tedbir alma görevi yükler.

İl İdaresi Kanunu gereğince valilerin en önemli kimliklerinden birisi de kolluk görevidir ve kamu güvenliğini sağlama konusunda birçok görev ve yetkisi düzenlenmiştir. Kanun gereğince, "Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilâtının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır"(m. 11/A)<sup>56</sup>. Bu görev ve yetkilerin içerik ve kapsamı Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde de aynı nitelikteydi. Bu nedenle yeni sistem ile valinin kolluk kimliğinde esaslı bir değişiklik olmamıştır.

Covid-19 pandemi döneminde salgınla mücadele kapsamında özellikle İçişleri Bakanlığı'nın çok fazla genelge yayımlamıştır<sup>57</sup>. Bu çerçevede valinin kolluk kimliğinin ön plana çıktığı söylenebilir. Örneğin, 2018 yılında valilere sokağa çıkma yasağı ve benzeri tedbirleri alma yetkileri verilmiştir: "Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan

<sup>55</sup> "Genel emir" düzenleyici işlem iken "emir"; bireysel işlem olarak karşımıza çıkmakta ve İl İdaresi Kanunu ile valinin emir adı altında birçok durumda bireysel işlemler yapma yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, m. 11/A, 11/G, 11/H, 21/2, 23, 31/A, 31/C, 31/G.

<sup>56</sup> Aynı maddenin C bendine göre de "İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır (m. 11/C). Vali il içerisinde kolluk personelinin yerini değiştirebilir (m. 11/Ç). İl içerisinde görevli kolluk personelinin yetersiz kalması durumunda diğer illerinin kolluk personelinin hatta askeri makamlardan yardım isteyebilir (m. 11/D).

<sup>57</sup> Ancak bu genelgelerin çoğu temel hak ve özgürlükleri sınırlaması nedeniyle Anayasa'ya aykırıdır. Ayrıca genelgelerin biçimsel formatı, ilgililere duyurulma biçimleri çoğu zaman düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine uygun değildir. Yine çoğu zaman genelgelerin içeriğine ulaşma konusunda sıkıntı yaşanmakta, genelgelerin hukuki dayanaklarının tespitinde tereddütler yaşanmaktadır. Bkz. Çiğdem Sever, "Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", <https://atilim.academia.edu/DilsadCigdemSever>, (18.02.21).

kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir<sup>58</sup>. Uygulamada da bu yetkinin çok yoğun bir şekilde kullanıldığını görmekteyiz<sup>59</sup>

Kamu düzenini sağlamak için vali gereken her türlü karar ve tedbirleri alır (m. 11/C). Bu nedenle vali kolluk yetkisi kapsamında düzenleyici veya bireysel işlemler yapabilir. Aynı zamanda vali ildeki tüm kolluk personelinin hiyerarşik amiri niteliğindedir. Valilerin kamu düzenini sağlama konusunda farklı kolluk personelinin yararlanma imkânları İl İdaresi Kanunu ile detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

## 5. Denetleme Yapma

Vali, denetim yetkisini hiyerarşi veya idari vesayet araçları ile kullanabilecektir. Vali, ilde en yüksek hiyerarşik amir niteliğindedir. Valiler hiyerarşik olarak bakanlara bağlı olduğu gibi il düzeyindeki bakanlık personelinin de hiyerarşik amiri valilerdir. Hiyerarşik yetkisinden doğan bütün yetkiler hem bakan tarafından vali üzerinde, hem de vali tarafından ildeki bakanlık personeli üzerinde uygulanabilir. İl İdaresi Kanun bu hususu açıkça düzenlemiştir: “il genel idaresinin başı ve mercii validir. Bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre illerde lüzumu kadar teşkilât bulunur. Bu teşkilât valinin emri altındadır” (m. 4)<sup>60</sup>.

İdari vesayet, merkezi yönetimin kanunla belirlenen usuller çerçevesinde yerinden yönetim idarelerini denetlemesidir. Yeni sistem ile birlikte vesayet yetkisinin içerik ve kapsamına etki edecek köklü bir değişiklik olmamıştır. Vali, ildeki yerinden yönetim kuruluşları üzerinde kanunla öngörülmüş olan vesayet yetkilerine sahiptir.

<sup>58</sup> Bu türden temel hak ve özgürlükleri kısıtlama karakteri baskın kararların olağan dönem temel hak ve özgürlükler rejimine uygunluğu tartışmaya açıktır. Anayasa gereği başta seyahat özgürlüğü olmak üzere birçok temel hak ve özgürlükler açısından sınırlama nedenlerine, ölçülülük ilkesine, kanunilik ilkesine aykırı olduğunu söyleyebiliriz. Bu yöndeki tartışmalar için Bkz. Mine Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 202, C.11, S. 2, s. 550 - 566; Kemal Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)”, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>, (10.03.21); Seçkin Yavuzdoğan, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not”, Adalet Dergisi, 2020, C.1, S. 64, s. 125–139; Betül Güler, “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Özel Sayısı, C.19, S. 38, s. 180-201; Tolga Şirin, “Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?”, Anayasa Hukuku Dergisi, 2015, C. 4, S. 7, s. 261-288; Artuk Ardıçoğlu, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır?”, <https://birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>, (10.03.21); Sever, “Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku”, s. 223-226.

<sup>59</sup> Bkz. <http://www.izmir.gov.tr/kamuoyu-duyurusu->, (07.02.21).

<sup>60</sup> Yine İl İdaresi Kanunu’nun devam maddeleri ile valiye hiyerarşik denetim yapma yetkisi verilmektedir. Kanun’un 9. maddesi valiye açıkça adlî ve askerî teşkilat dışında kalan bütün devlet dairelerinde denetleme görev ve yetkisini vermektedir. Ancak, valinin, adlî ve askerî makamlar üzerinde hiyerarşik yetkisi yoktur. Anayasa’ya göre, hâkimler görevlerinde bağımsızdır. Hiçbir organ ve makam hâkimlere emir ve talimat veremez (m. 136). Aynı maddenin E bendi ile valiye genel bir denetim yetkisi verilmiştir: “İlin her yönden genel idare ve genel gidişini düzenlemek ve denetlemekten sorumludur (m. 9/E).”

İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesi ile vali, "bütün devlet daire, müessese ve işletmelerini,... özel idare, belediye köy idareleriyle bunlara bağlı teknil müesseseleri denetler, teftiş eder" denmektedir. Bu hüküm ile hem hiyerarşi hem de vesayet yetkisi düzenlenmektedir. Ancak belediye, köy ve bunlara bağlı birimler<sup>61</sup> üzerindeki denetimi idari vesayet olarak değerlendirilecektir.

Konumuz açısından yeni bir hususu değerlendirmek gerekir: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile valiye idari vesayet yetkisi tanınabilir mi? Anayasa'da idari vesayeti denetimi sadece yerel yönetimler üzerinde düzenlenmiştir (m. 12/5). Ancak idarenin kanuniliği/bütünlüğü ilkelerinden hareketle hizmetsel kuruluşlar üzerinde de idari vesayet denetiminin var olduğu kabul edilmektedir. Anayasa gereği idari vesayet yetkisi kanun ile verilebilir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yerel yönetimler üzerinde idari vesayet denetimi kurulamaz. Ancak yine Anayasa gereği Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kamu tüzel kişiliği kurulabildiği (m. 123) dikkate alınırca, kanımızca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulan kamu tüzel kişilikleri özelinde -kanun ile de bir düzenleme yoksa- idari vesayet ilişkisi kurulabilir. Aksi halde kamu tüzel kişiliği kurulmasını sağlayan bir norm ile o kamu tüzel kişiliği üzerinde denetim ilişkisi kuramama gibi izahı güç bir durum ortaya çıkacaktır. Hâlihazırda kararname ile kurulan bir kamu tüzel kişiliği üzerinde verilmiş bir idari vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu yönde bir yetkinin verilmesine de engel bir husus yoktur.

## 6. Diğer Görev ve Yetkiler

Başta İl İdaresi Kanunu olmak üzere valiye birçok görev verilmiştir. Bunlardan en önemlilerinden birisi mevzuatın neşir ve ilamıdır. Vali, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın neşir ve ilanım ve uygulanmasını sağlamak ve talimat ve emirleri yürütmekle ödevlidir. Bu işlerin gerçekleştirilmesi için gereken bütün tedbirleri almaya yetkilidir (m. 9/C). Diğer mevzuat ile anlaşılan başta Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olmak üzere bakanlık yönetmelikleri ve diğer düzenleyici işlemlerdir. 5442 sayılı Kanun ile valilere verilmiş başka görev ve yetkiler de vardır. Örneğin "vali, Cumhuriyet Bayramında ilde yapılacak resmi törenlere başkanlık yapar ve tebrikleri kabul eder" (m. 9/K). Valiler, Devlet genel ve özel hukuku hükümlerine ve ikamet, seyahat, konsolosluk, ticaret ve seyrisefain mukavelelerine göre yabancıların hukuki durumlarını ve deniz, kara ve hava ticaretlerini ilgilendiren işlerde konsolosluklarla muhabere ve bunların müracaat ve ziyaretlerini kabul ederler" (m. 12). Vurgulamak gerekir ki valinin görevleri sadece İl İdaresi Kanunu'nda yer almaz. Mevzuatta çok farklı konularda valiye görev ve yetki verilmiştir.

## III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE KAYMAKAMLARIN HUKUKİ KONUMU

### A. Statüsü ve Atanma Usulü

Kaymakam ilçedeki mülki amirdir. Kaymakamlık, valilik gibi istisnai bir memurluk değil, "meslek memurluğu"dur. Bu nedenle hem 657 sayılı Kanun'un genel şartlarını hem de

<sup>61</sup> Bunlara bağlı teknil müesseseler ile ise yerel yönetimler tarafından kurulan işletmeler olarak anlaşılacaktır. Bu idareler üzerinde kendisini kuran yerel yönetimin yanı sıra, mülki amirin de denetimi söz konusu olabilir.

Dâhiliye Memurları Kanunu'nun özel şartlarını taşımaları gerekir. İlçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir ile bağlanması kanun ile olur (5442 s. İl İdaresi Kanunu, m. 2/a). Esas olarak il kurulması hususunda ifade ettiğimiz görüşler ilçe için de geçerlidir.

3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince kaymakam (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlisi niteliğindedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılır (m. 2). Bu nedenle kaymakamlar ancak atanma şartlarını taşıyan kişiler arasından Cumhurbaşkanı onayı ile atanabilir. Onay makamı Cumhurbaşkanı iken karar makamı İçişleri Bakanı'dır. Eski usulde ise kaymakamlar müşterek kararname ile atanırlardı. Buna göre İçişleri Bakanı'nın teklifi, Başbakanının ve Cumhurbaşkanının imzası ile atanma gerçekleşmekteydi.

Kararname'de kaymakamların atanma usulü açık şekilde düzenlenmemiştir. 1 ve 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, İl İdaresi Kanunu'nda ve de Dâhiliye Memurları Kanunu'nda açıkça İçişleri Bakanlığı'nın önerisi ile atanacağına dair bir hüküm yoktur. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun önceki halinde kaymakam atama işlemi açıkça düzenlemişti: "Kaymakamlar, İçişleri Bakanlığı Müdürler Encümeninin intihabı ve Bakanın tasvibi üzerine müşterek karar ve Cumhurbaşkanının tasdiğiyle tayin olunur".

Yeni düzenlemelere göre ise kaymakam ataması "kaymakamlık kursunu başarı ile bitirenlerden" Cumhurbaşkanı onayı ile atanmaktadır. Kaymakamlık kursunu başarı ile bitirenler ise İçişleri Bakanlığı tarafından belirlendiği için<sup>62</sup> açıkça düzenlenmeyen ve uygulamada dayanak gösterilmeyen öneri iradesinin sahibi İçişleri Bakanlığı olmaktadır. Uygulamada Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı bir işlem izlenimi vardır. Resmi Gazete'de öneren makamın ismi bulunmamaktadır<sup>63</sup>. Öneren ismin olmaması ise işlemi oluşturan iradenin belirtilmemesi nedeniyle idari işlem teorisi açısından uygun değildir.

Anayasa gereği Cumhurbaşkanının görevlerinden birisi de üst kademe kamu yöneticilerini atamaktır (m. 104/9). Anayasa'nın lafzına bakıldığında Cumhurbaşkanının bu yetkiyi tek başına kullanacağı, farklı makamlar ile paylaşmasının mümkün olmayacağı görülecektir<sup>64</sup>. Ancak kararname kapsamındaki tüm kamu görevlilerinin üst kademe kamu yöneticisi olarak nitelemek doğru değildir. Bu nedenle kararnamenin kaymakam atamasına ilişkin hükümleri kanımızca Anayasa'ya aykırı değildir.

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde üst kademe kamu yöneticileri ibaresinin geçmesi o Kararname'ye göre ataması yapılan kişilerin hepsini üst kademe kamu yöneticisi olarak kabulünü zorunlu kılmamaktadır. Buradan çıkan bir diğer sonuç ise üst kademe kamu yöneticileri sadece 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde sayılanlardan da ibaret değildir. Bir kere kararnamenin tam adı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı

<sup>62</sup> Kaymakamlık stajı, kurs gibi hususlar 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu ile düzenlenmiştir. Bkz. m. 2/A, 3.

<sup>63</sup> Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200505-18.pdf>, (18.02.21); <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200714-14.pdf>, (18.02.21).

<sup>64</sup> Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 787-788.

Kararnamesi'dir. Bu nedenle Kararname'nin adı sadece üst kademe kamu yöneticilerinin atanması olsaydı kararname kapsamında atanan herkesi üst kademe kamu yöneticisi kabul etme düşüncesi daha anlaşılır olurdu.

Diğer taraftan Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerini atama görevini geniş anlamak ve kararname kapsamındaki bütün kamu yöneticilerini Cumhurbaşkanının tek başına atayacağını kabul etmek, yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanının gereksiz bir iş yüküne neden olacaktır. Ayrıca bu durum üst kademe kamu yöneticileri ile yakın ilişkide olan bakanları fazla geri plana atacaktır.

Bu çerçevede, Anayasa gereği Cumhurbaşkanının tek başına atayacağı üst kademe kamu yöneticilerinin 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çerçevesinde sadece I. cetvel ile sınırlı kabul etmek en mantıklı yorum olacaktır<sup>65</sup>. Diğer bir ifade ile Anayasa gereği Cumhurbaşkanının tek başına atayacağı üst kademe kamu yöneticileri kararnameler ile Cumhurbaşkanının tek başına atayacağı kamu görevlileri olarak somutlaşmaktadır.

Kaldı ki Cumhurbaşkanının tek başına atayacağı kamu görevlileri sadece 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer almamaktadır. Bunun yanında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de bazı kamu görevlileri doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır<sup>66</sup>. Örneğin; Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Hatta bir kısmı doğrudan anayasa ile de düzenlenmiştir. Örneğin Devlet Denetleme Kurulu'nun Başkan ve üyeleri (m. 108/3), Genelkurmay Başkanı (m. 117/3), rektörler (m. 130) doğrudan Anayasa ile de düzenlenen üst kademe kamu yöneticileridir. Söz konusu kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin bazı ek hususlar ise 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir.

## B. Atanma Şartları

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesine göre kaymakam atama şartları "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak", "en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak" olarak düzenlenmiştir. Valilerin aksine kaymakamlar için eğitim konusunda şart getirilmiştir. Bu farklılığın sebebi ise valiliğin istisnai memuriyet iken kaymakamlığın meslek memurluğu olmasıdır.

3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde geçen (II) sayılı cetvelde yer alanlar için öngörülen "Kamuda en az 5 yıllık hizmeti bulunmak" şartı ise kaymakamlık mesleğine özel yarışma sınavı ile alım yapıldığı için geçerli bir şart değildir (3 s. CBK, m. 3/6). Ancak Yükseköğrenim eğitimi almış kişiler kaymakam olabilir. Eğitime ilişkin şartlar 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile detaylandırılmıştır. İlgili düzenlemeye

<sup>65</sup> Benzer yönde bkz. Hasan Tunç, Türk Anayasa Hukuku Ders Kitabı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 217; Ozan Zengin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi", Emek Araştırma Dergisi, 2019, C. 10, S. 15, Haziran 2019, s. 9, ([https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TXpFM05EWXINZz09\\_](https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TXpFM05EWXINZz09_) (21.01.2021)).

<sup>66</sup> Örneğin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, başdanışmanlar, danışmanlar ve genel müdürlerin Cumhurbaşkanlığı tarafından atanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir (Söyler, s. 63).

göre “Kaymakam adaylarının 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanununda belirtilen şartlar yanında, yurt içindeki üniversitelerin veya diploma denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylanmış olmak kaydıyla yabancı üniversitelerin en az dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerinin uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi, kamu yönetimi, iktisat, işletme, maliye ve finans, sosyoloji, halkla ilişkiler ve tanıtım, psikoloji bölümlerinden veya bu bölümlerden herhangi birinin müfredatında yer alan derslerin en az yüzde seksenine sahip olan diğer bölümlerden ya da hukuk fakültelerinden mezun olmaları veya üniversitelerin sosyal bilimler, mühendislik fakülteleri ile tarih bölümlerinde en az dört yıllık lisans eğitimi yapmış ve uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi, kamu yönetimi, hukuk ve iktisat alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olmaları gerekir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından yönetmelikle düzenlenir (m. 274/A)”.

Bu düzenlemelere ilişkin detayların Bakanlık tarafından belirleneceği belirtilirken bakanlık ile kast edilen İçişleri Bakanlığı’dır. Bu ise kaymakamlık aday- staj- eğitim sürecinin İçişleri Bakanlığı tarafından yürütüleceğinin düzenlendiği 1700 Dâhiliye Memurları Kanunu ile uyumludur.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 1700 sayılı Kanun’da yer alan hususlara <sup>67</sup> ek bazı düzenlemeler yapılmıştır. Her ne kadar Kararname ile Kanun’da yer alan şartlar ifadesi geçse de Kanun’da daha çok sınavın kapsamı, usulü, hangi

<sup>67</sup> Kaymakam adaylığı yazılı sınavı, mülakatı ve atama: Yazılı sınav; Bakanlıkça bu sınavı yapabilmeye yetkili kamu kurum ve kuruluşlarına, düzenlenecek protokole göre yaptırılan yarışma sınavıdır. Atama yapılacak boş kadro sayısı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazetenin birinde bir defa ilan olunur, ayrıca İçişleri Bakanlığı internet sitesinde duyurulur. Yazılı sınav soruları, Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi, Türkçe, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Türkiye’nin İdari Yapısı, Türkiye’de Mahalli İdareler, Ekonomi, Türkiye’nin Sosyo-ekonomik Yapısı ile Türkiye’de Demokratikleşme ve İnsan Hakları konularından hazırlanır. Yazılı sınavda, yüz tam puan üzerinden yetmiş puanın altına düşmemek kaydıyla en yüksek puandan başlamak üzere, sınav ilanında belirtilen kadronun dört katı aday mülakata çağrılır. Mülakata çağrılan en son adayla aynı puanı almış bulunan diğer adaylar da, kontenjan gözetilmeksizin mülakata çağrılır. Mülakat, adayın; a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücünün, b) Temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu, liyakati ile genel ve fiziki görünümünün, c) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığının, d) Genel yetenek ve genel kültürünün, e) Çağdaş, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının, puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir. Mülakat komisyonu; Personel Genel Müdürünün başkanlığında İçişleri Bakanının, Bakanlık Müdürler Encümeninin Mülki İdare Amiri sınıfından olan üyeleri arasından görevlendireceği iki üyeden oluşur. Adaylar, komisyon başkan ve üyeleri tarafından ikinci fıkranın (a) ila (e) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir, verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz. Başarılı sayılmak için, komisyon başkan ve üyelerinin yüz tam puan üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır. Mülakat sonucu; en yüksek puan alan adaydan başlamak üzere sıralama yapılarak mülakat başarı listesi hazırlanır ve bu liste mülakat komisyonu tarafından imzalanır. Nihai başarı listesi, yazılı sınav puanı ile mülakat puanının aritmetik ortalaması tespit edilerek en yüksek puan alandan başlamak üzere hazırlanır. Bu sıralamaya tabi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda alınan puana öncelik tanınır. Yazılı sınav puanlarının da eşit olması halinde lisans diploması not ortalaması yüksek olan esas alınarak sıra belirlenir. Nihai başarı listesindeki sıralama doğrultusunda sınav ilanında belirtilen kadro sayısı kadar adayın atama işlemleri yapılır. Gerçeğe aykırı beyanda bulunanların sınavları geçersiz sayılarak atamaları yapılmaz, yapılmış ise iptal edilir. Bu kişiler hiçbir hak talebinde bulunamazlar (m. 2/A).



disiplinlerden adayın sorumlu olacağı, sözlü sınavdaki değerlendirme ölçütü, sınav komisyonlarının oluşumu, değerlendirme vb. hususlar düzenlenmiştir.

Kaymakam atama şartlarına ilişkin düzenlemelerin 3 sayılı Kararname’de değil de 1 sayılı Kararname’de düzenlendiğine işaret etmek gerekir. Kaymakam atama usulünün 3 sayılı Kararname ile düzenlendiği göz önüne alınırsa, atama şartlarının da yine aynı kararname ile düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Ayrıca adaylık ve sınav süreci İçişleri Bakanlığı tarafından yönetilse de kaymakamlar merkezi yönetimi temsil eder. Bu nedenle 3 sayılı Kararname ile düzenlenmesi merkezi yönetimin mülki amiri karakterini güçlendirmesi bakımından da yerinde olurdu.

Kaymakamların atanma süreci ve şartlarına ilişkin hem Kararname’de hem de Kanun’da düzenlemelerin olması da bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir. Dâhiliye Memurları Kanunu’nda yer alan düzenlemeler ile kararname hükümleri arasındaki aykırılık olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Kanun ile sınav kapsam ve süreci düzenleniyorken kararname ile sınava katılabilme şartları düzenlenmektedir. Bu nedenle aralarında bir çatışma olmadığını ifade etmek gerekir. Çatışma olması halinde ise Anayasa gereği Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekir. Ancak bu hususta da 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ilginç bir düzenleme içermektedir<sup>68</sup>. Kararname’nin “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 12.maddesine göre “Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz.” Bu madde ile 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile çatışan kanuni düzenlemeler ilga edilmektedir<sup>69</sup>. Bu haliyle Kararname’nin söz konusu maddesi Anayasa’nın 104 maddesinin 17. fıkrasına açıkça aykırıdır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kaymakamlığa giriş şartlarının düzenlemesi Anayasaya uygun değildir. Çünkü olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa gereği konu sınırlaması bulunmaktadır<sup>70</sup>. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “Kaymakam adayları” başlığını taşıyan 274/A maddesi aslında kamu hizmetine girme hakkının tipik, somut bir halidir. Anayasa’ya göre kamu hizmetine girme hakkı “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığı altında 70. madde ile düzenlenmiştir. Bu durumda siyasi hak ve ödev kapsamında kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi Anayasa aykırı olacaktır.

Kamu hizmetine girme hakkı ile Anayasa m. 128 birlikte düşünülmelidir. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık

<sup>68</sup> Günday-Sever, “2017 Anayasa Değişiklikleri”, s. 642.

<sup>69</sup> Günday-Sever, “2017 Anayasa Değişiklikleri”, s. 642.

<sup>70</sup> 1982 Anayasası’na göre “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramaz (m104/17).”

ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir". Bu fıkrada kamu görevlilerinin atanmalarının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

### C. Görev Süresi

Kaymakamlar, kendini atayan bakan ve atamayı onaylayan Cumhurbaşkanının görev süresine bağlı olmaksızın görevde kalırlar. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kaymakamlar özelinde bir süre belirlemesi yapılmamıştır. Kararname'de ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinin görev süresi yine kararname ile belirlenmiştir. Sadece (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinin süresi Cumhurbaşkanının görev süresine tabiidir. Kaymakamlar için (III) sayılı cetveldeki gibi azami süre de öngörülmüştür<sup>71</sup>. Bu durumda kararnamedeki usule göre yeni bir atama yapılma anına kadar kaymakamların görevi sürecektir. Kaymakamların sözleşme ile istihdamı da olanaklı değildir.

Kararname'de (I) sayılı cetvelde yer alan valinin görevinin sona ermesi hali düzenlenmiş ancak (II) sayılı cetvel ve de kaymakamlık özelinde bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak kaymakamlık makamının boşalması halleri 657 sayılı DMK gereğince memuriyeti sona erdiren haller olacaktır. Görevden alınma açısından ise açık düzenleme olmadığı için yetki ve usulde paralellik ilkesi uygulama alanı bulacak ve ilgili makamın önerisi ve Cumhurbaşkanının onayı ile kaymakam görev alınabilecektir.

### D. Görevleri

Kaymakam, ilçede Cumhurbaşkanının idarî yürütme vasıtasıdır. Eski düzenlemede sadece hükümeti temsil etme karakteri bulunmakta ve vali ile bu noktada ayrılmaktaydı. Cumhurbaşkanının idari yürütme vasıtası ifadesini merkezin bir temsilcisi ve hiyerarşik zincire uygun bir temsil ilişkisi olarak anlamak gerekir. Çünkü Cumhurbaşkanının ilçe idaresine ilişkin temsil bağı ancak valilik aracılığıyla kurulabilir. Cumhurbaşkanlığının vali aracılığıyla kaymakam ile yazışması mümkündür. Kaymakamların da valiyi devre dışı bırakarak Cumhurbaşkanlığı ile yazışmaları kural olarak mümkün değildir<sup>72</sup>. İl idaresi Kanunu'na göre kaymakamlar valinin emir ve talimatlarına göre hareket ederler<sup>73</sup>. Bu nedenle hukuken meslek memurluğu statüsünde olsalar da valinin hiyerarşisine tabi olarak onun kimliğinden bağımsız düşünülemezlerdir.

İl İdaresi Kanunu ve diğer mevzuat ile verilen görevlerin, yeni hükümet sistem özelinde gösterdiği önemli bir özellik bulunmamaktadır. Bu nedenle konumuzun kapsamı dışında olduğu için detaylı bir şekilde izah etmeye gerek yoktur. Ancak il

<sup>71</sup> 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7. maddesi bu çerçevede ilginç bir düzenlemem niteliğindedir. Süreli Görevler başlığını taşıyan düzenlemeye göre; "4 üncü madde hükümleri bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (III) sayılı cetvelde yer alanlar hakkında uygulanmaz. Bunların görev süreleri ekli (III) sayılı cetvelde gösterilmiştir". Ancak 4. Maddeye baktığımızda ise bu maddenin sadece (I) sayılı cetvel için uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Sadece (I) sayılı cetvel için uygulama alanı bulacağı vurgulanan bir düzenlemenin (III) sayılı cetvel için uygulama alanı bulmayacağını düzenlemenin mantığı pek anlaşılır değildir.

<sup>72</sup> Sadece istisnai olarak 5442 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (B) fıkrasına göre "Ancak olağanüstü hallerde kaymakamlar İçişleri Bakanlığı ve diğer Bakanlıklarla muhabere edebilirler ve bu muhaberelelerden valiye bilgi verirler".

<sup>73</sup> Gözler-Kaplan, Türk İdare Hukuku Dersleri, s. 175-176.

İdaresi Kanunu gereğince kaymakamların görev ve yetkileri temel olarak denetim yapmak ve ilçe sınırları içerisinde kamu düzenini sağlamak sayılabilir.

## SONUÇ

Hükûmet sistemleri demokratik düzenlerde bir yerindelik tercihidir. Bu nedenle her bir hukuk düzeni kendi tarihsel arka planı, sosyolojisi, hukuk müktesebatı çerçevesinde uygun hükümet modeli tercih edebilir. Hükümet sistemlerini demokratik ve başarılı kılan isimlendirme değil, var oluş amacına uygun bir şekilde tasarlanmasıdır. 2017 değişikliği ile hukukumuzda giren Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi bu çerçevede başkanlık modelini esas alan bir hükümet sistemi niteliğindedir. Bu sistemin bir gereği olarak Cumhurbaşkanı yürütmeyi tek başına temsil etmektedir ve idare içerisinde de en yüksek hiyerarşik amir konumundadır.

Yeni hükümet sistemi ile hukukumuzda giren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bu sistemin bir gereği ve sonucu olarak yürütme organının hareket kabiliyetini artıran bir norm koyma aracıdır. Ancak bu normun konusunun ve kapsamının belirli olmaması, yasama ve yürütme organlarının görev ve yetki sınırlarının belirsizliği birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede yasallık ilkesi gereği kanun ile düzenlenmesi gereken birçok hususun Anayasa'nın bazı maddeleri dayanak gösterilerek Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi başkanlık sistemlerinde arzu edilen yasama ile dengelenmiş güçlü yürütme anlayışı ile uyumlu değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile idari teşkilatın şekillendirilmesinde birçok farklı kural birlikte değerlendirilmelidir. Bu çerçevede idarenin kuruluşunda yasallık ilkesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin yürütme konusuna ilişkin olma gerekliliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile sınırlanabilmesi kuralı, kamu görevlilerinin özlük hakların kanun ile düzenlenebilmesi vb. anayasal ilkelerin birlikte ve birbiri ile uyumlu değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yeni sistem ile Amerikan Başkanlık modelinde olduğu gibi özellikle üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esas rejimine önem verildiği görülmektedir. Ancak yürütme organının esas yetkili olmasının anlaşır olduğu bu durumda örnek alınan Amerikan modelinin aksine yasama organının etkisiz olduğunu söylemek gerekir. Yasama ve yürütme organlarının konu ve kapsam alanlarının belirsizliği taşra teşkilatının oluşturulması, mülki amirlerin statülerine ilişkin düzenlemelerde de kendini göstermektedir.

**KAYNAKÇA**

Alkan Haluk, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/566565>, (02.06.21).

Ardıçoğlu Artuk, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 75, S. 3, Ankara 2017, ss. 19 – 51. (Metin içinde, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”).

Ardıçoğlu Artuk, Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır?, <https://birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>, (10.03.21).

Atar Yavuz, Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.1, Ankara 2019, ss. 241-259,

([https://www.anayasa.gov.tr/media/6108/yavuz\\_atar.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/6108/yavuz_atar.pdf), (16.09.20).

Coşkun Vahap, 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, DÜHFD, C. 22, S. 36, 2017, ss. 3-30..

Gönenç Levent/Kontacı Ali Ersoy, 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri, ss.53-79, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-145-1880>, (25.02.21).

Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara 2018, Yetkin Yayınları.

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.

Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, Türk İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2018 (Metin içinde, “Türk İdare Hukuku”)

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.I, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019(Metin içinde, “İdare Hukuku”).

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.

Gözler, Kemal, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)”, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>, (10.03.21).

Gül Cengiz, Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu, ERÜHFD, C. 13, S. 2, 2018, ss. 235 – 262, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/608811>, (26.02.21).

Güler Betül, İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Özel Sayısı, C.19, S.38, ss. 180-231.

Günday Metin/Sever D. Çiğdem, 2017 Anayasa Değişiklikleri ve Uyumlaştırma Sürecinin İdare Hukukunda Yarattığı Etki Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara 2020, ss.623- 666, (Metin içinde “2017 Anayasa Değişiklikleri”).

Karahanoğulları Onur, Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, (03.03.21).

Karslı Mehmet Rauf, Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme, SÜHFD, C. 28, S. 1, 2020, ss. 187 – 208. (Metin içinde, “Üst Kademe Kamu Yöneticileri”).

Kasapoğlu Turhan Mine, Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2020, C.11, S.2, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1209887> (07.02.21).

Koç Emin/Arap İbrahim, Türk İdare Teşkilatında Atipik Yeni Bir Örgütlenme: Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıkları, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 28, S. 4, Ekim 2019, ss. 91 – 123.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2018, Yetkin Yayınları.

Sever Çiğdem, “Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, <https://atilim.academia.edu/DilsadCigdemSever>, (18.02.21) (Metin içinde, “Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku”).

Sever Dilşad Çiğdem, Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri yada “Parthenogenesis” Olmak, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/DilAad\\_yOidem\\_Sever.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/DilAad_yOidem_Sever.pdf) ,

(03.02.21) (Metin içinde, “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri”).

Sevgili Gençay Fatma Didem, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler, TBB Dergisi 2020”, C.151, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-151-1939>, (18.02.21) (Metin içinde “Yargısal Denetim”).

Sevgili Gençay Fatma Didem, Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi, [https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma\\_Didem\\_Sevgili.pdf](https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf), (03.03.21).

Sezer Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, Anayasa Yargısı Dergisi,2019, C.36, S.1, s.353-412, [https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah\\_sezer.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah_sezer.pdf), (03.03.21).

Söyler Yasin, “3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.2, S.1, ss. 59-110, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1177553>, (20.01.2021)).

Söyler Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Şirin Tolga, Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?, Anayasa Hukuku Dergisi, 2015, C.4, S.7, ss.261-288.

Taşdöğen Salih, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2016, C.3, S.65, ss. 937 – 966.

Tekinsoy Ayhan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi”,

[http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan\\_Tekinsoy.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf), (03.03.21).

Tunç Hasan, Türk Anayasa Hukuku Ders Kitabı, Gazi Kitabevi, Ankara: 2018.

Ulusoy Ali D., “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasadegisikligi.pdf>, (03.03.21).

Ülgen Adadağ Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, S.1, ss.3-39.

Yasin Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2019, C.36, S.1, s.315-333, <https://www.anayasa.gov.tr/media/6102/meliksah-yasin.pdf>, (02.02.21).

Yavuzdoğan Seçkin, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not”, Adalet Dergisi, 2020, C.1, S. 64, ss.125 - 139 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/56065/770460>, (07.02.21).

Yıldırım Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.2, ss. 13 - 28

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36535/414732>, (11.09.19) (Metin içinde, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”).

Yıldırım Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2019, C.36, S.1, ss.293-314.

Zengin Ozan, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi”, Emek Araştırma Dergisi,2019, C. 10, S.15, ss. 1 – 24, <https://app.Trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TXpFM05EWXINZz09>, (21.01.2021)).

**ANAYASA HUKUKU BAĞLAMINDA MEDİNE VESİKASI\*****Dr. Öğretim Üyesi Bayram DOĞAN\*\*****Mehmet TURAN\*\*\*****ÖZ**

Medine Vesikası, Müslümanların Mekke'den Medine'ye hicret etmesi sonrası Hz. Muhammed'in önderliğinde Mekkeli Müslümanlar (Muhacir), Medineli Müslümanlar (Ensar), Medine'de yerleşik Yahudiler, Medineli müşrikler ve Medine'de yaşayan farklı millet ve sosyal bloklar arasında yapılan siyasi, sosyal ve anayasal bir belgedir. Birbirinden farklı inanç, kültür ve ırklara sahip insanları ortak bir paydada buluşturan Medine Vesikası, geçmişte olduğu gibi günümüzde de önemini sürdürmektedir. Medine Vesikası kimi yazarlara göre bir anlaşma, kimi yazarlara göre bir sözleşme ve kimi yazarlara göre de bir anayasa niteliğindedir. Çalışmada Medine Vesikası, anayasa hukuku disiplini açısından incelenerek anayasa mı, anayasal belge mi yoksa sosyal sözleşme mi olduğu saptanmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Medine vesikası, Anayasal belge, Anayasa hukuku, Sosyal sözleşme, Anayasa hukukunda Medine vesikası.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08/04/2021

Kabul Edildiği Tarih: 07/05/2021

\*\* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

E-Mail: bayramdogan@ksu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-6920-2685

\*\*\* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı,

Yüksek Lisans Öğrencisi

E-Mail: mturan99@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-7426-3573

## MEDINA IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL LAW

### ABSTRACT

The constitution of Medina, after the migration of the Muslims from Mecca to Medina, it is a social and political contract among the Mecca Muslims (Muhajir), Medina Muslims (Ansar), Jews, Medina polytheists and other social blocs residing in Medina under the leadership of Hz. Muhammad (pbuh). Medina constitution, which brings people of different beliefs, cultures and races together on a common ground, continues to be important today as it was in the past. The Medina Constitution is an agreement for some intellectuals a contract for some intellectuals, and a constitution for some. In the study, it will be tried to determine whether it is a constitution, a constitutional document or a social contract by examining the Medina Constitution in terms of the constitutional law discipline.

**Keywords:** Medina constitution, Constitutional document, Constitutional law, Social contract, Medina document in constitutional law.



## GİRİŞ

İnsan doğası gereği yalnız yaşayan bir canlı değildir. Dolayısıyla diğer insanlarla beraber yaşamak durumunda olduğu için sosyal bir varlıktır. Beraber yaşamak zorunda kalan insanlar (topluluk) idari işlerini yürütmesi için bazı kurallara ihtiyaç duyar. Bu kurallar toplumdan topluma farklılık göstermektedir. Bu farklılık toplumun gelişmişlik düzeyi ve ihtiyaçları doğrultusunda değer kazanmaktadır. Mümtaz Sosyal anayasayı, bir devletin örgütsel kuruluşunu, yönetim değişikliği ve kişilerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlamaktadır<sup>1</sup>. Tüm bu kuralların tek bir metinde ifade edilmesine gerek yoktur. Kaldı ki bu kuralların detaylandırılmış hâlini diğer mevzuatlarda bulmak mümkündür. Kısaca anayasa, devletin yasama, yürütme ve yargı gibi devletin temel organlarının birbirileriyle olan münasebetleri ile vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tespit eden ve düzenleyen en önemli ve en üst normdur. Buna karşın anayasalar yazılı olmak zorunda değildir.

Bu Çalışmada Medine Vesikası, anayasa hukuku çerçevesinde incelenmiştir. Fakat daha önce Vesika'nın ortaya çıkış süreci, içeriği ve uygulama durumu da ele alınmıştır.

Öğretide, Medine Vesikası çeşitli vasıflarla nitelendirilmektedir. Bunların başında; “vesika”, “sözleşme”, “anayasa” ve “antlaşma” gelmektedir. Biz de çalışmamızda daha çok vesika ismini kullanmaya özen göstereceğiz. Yaşadığı Mekke şehrinde her türlü baskı ve zulme maruz kalan Müslümanlar, Hz. Muhammed (s.a.v)'in onayıyla miladi 622 yılında Medine'ye hicret etmiştir. Hz. Muhammed (s.a.v) Medine'de ilk yaptığı işlerden bir tanesi Medine ve çevresinde yaşayan ve birbirileriyle iyi ilişkileri olmayan ve sürekli çatışma içerisinde bulunan sosyal blokları bir araya getirmek olmuştur<sup>2</sup>. Hiç şüphesiz burada amaç, bu sosyal grupları siyasi ve sosyal olarak bir araya getirip barış ortamı hazırlamaktır. Mustafa Özkan da Medine Vesikası'nı, “birlikte yaşamayı öngören siyasi-hukuki” yazılı bir antlaşma olarak tanımlamaktadır<sup>3</sup>. Vesika hukuki ve siyasi bir anlam ifade ettiği için birey-toplum, birey-devlet ve toplum-devlet ilişkisi açısından önemli çıkarımlara sahiptir.

“İnanç ve vicdan hürriyeti gayesiyle Medine'de toplanan Müslümanlar, burada oluşturdukları topluma da bu hürriyetleri yerleştirecek adımlar atmışlardır. Çeşitli inanç ve ırkların bir arada yaşadığı Medine'de düzenli, hukuka saygılı, bireylerin ve grupların haklarını koruyan genel bir çerçeve çizmek amacıyla yazılan Medine Vesikası, İslam'ın evrensel hak ve hukuka bakışının da bir yansımasıdır”<sup>4</sup>.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Medine Vesikası'nın siyasi boyutu olduğu kadar hukuki niteliğe de sahip olduğu görülmüştür. O sebeple Vesika'yı anayasa hukuku disiplini bağlamında analiz etme çabası içerisinde olacağız.

<sup>1</sup> Mümtaz Sosyal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 7-9.

<sup>2</sup> M. Kazım Yılmaz, “İslam Devletinin İlk Anayasası: Medine Vesikası”, <https://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=977>, (01.03.2021).

<sup>3</sup> Mustafa, Özkan, TDV İslam Ansiklopedisi (Medine Vesikası), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2019, s. 212.

<sup>4</sup> Merve Nur Saruhan, Evrensel İnsan Hakları Açısından İslam'da Devlet Tebaa İlişkisi: Medine Toplumu Örneği, Fatih Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 26.

## I. ANAYASA KAVRAMI VE İSLAM'DA ANAYASA

Bu bölümde öncelikle anayasa kavramı ve anayasaların içeriği hakkında bilgiler verilecek daha sonra İslam'da anayasa konusu üzerine durularak Medine Vesikası'nın anayasallığı hakkında çıkarımlarda bulunacağız.

### A. Anayasa Kavramı

Anayasa, bir ülkede belli bir anda fiilen var olan devlet sisteminin niteliğini belirtir. Bu anlamı itibarıyla anayasa, bir ülkede yaşayan insan topluluğunun devlet şeklinde örgütlenmesini, devletin siyasi rejimini, temel yapısını, niteliğini, temel siyasi organlarını (yasama, yürütme ve yargı), bu organların işleyişi ile bunlar arasındaki ilişkileri, iktidarın el değiştirmesini ve kişilerin sahip oldukları hak ve hürriyetleri düzenleyen temel hukuk kurallarıdır<sup>5</sup>. Bu anayasanın en geniş tanımıdır. Anayasayı “anayasacılık”<sup>6</sup> düşüncesini merkeze alarak tanımlayanlar da vardır. Buna göre, anayasa, bir ülkede yaşayan insan topluluğunun devlet şeklinde örgütlenmesini, devletin temel yapısını, niteliğini, temel siyasi organlarını (yasama, yürütme ve yargı), bu organların işleyişi ile bunlar arasındaki ilişkileri, iktidarın el değiştirmesini ve kişilerin sahip olduğu hak ve hürriyetleri teminat altına alan ilke ve kurumları da içerecek şekilde düzenleyen, bu yolla devlet iktidarını sınırlayan temel hukuk kurallarıdır<sup>7</sup>. Anayasanın, “anayasacılık”<sup>8</sup> düşüncesi ile uyumlu olan tanımlamasının temel amacı, devlet iktidarının sınırlandırılmasıdır. Buna göre, anayasa, sadece bir devletin hukuki statüsü olmayıp, aynı zamanda devlet içinde iktidarı ve toplum içinde de devlet iktidarını sınırlandıran bir temel belgedir<sup>9</sup>.

Devletin kimliği olma görevi ve siyasi gücü kullanma durumu anayasanın bir neticesidir. Tüzel bir kişilik olarak devletin, diğer tüzel kişilikler gibi bir statüsünün bulunması elzemdir. Kısaca anayasayı, hukuki bir norm olarak devletin statüsü ve siyasi gücün çerçevesini belirleyen bir durumun ifadesi olarak tanımlamak mümkündür. Siyasi ve hukuki olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Elbette anayasa sadece devletin hukuki statüsünü belirlemez, aynı zamanda da siyasi iktidarı ve toplum içinde devlet iktidarını da belli bir ölçütte sınırlayan bir belgedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla anayasa bir çerçeve kanundur denilebilir.

<sup>5</sup> Adnan Küçük, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Orion yayınları, Ankara, 2013, s. 1.

<sup>6</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, Orion Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 29; Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s. 3; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 14; Adnan Küçük, “Salt Korkular Üzerine Sözleşme Yöntemiyle Demokratik Bir Anayasa İnşa Edilemez”, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 16, S. 63, Yaz 2011 s. 131; Adnan Küçük, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 31, Yıl 2017, s. 308.

<sup>7</sup> Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 4; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 24. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 6; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 1-2.

<sup>8</sup> Anayasacılık hareketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Bayram Doğan, Asli ve Tali Kurucu İktidar Yetkisi Bağlamında Türkiye'deki Anayasaların Yapım Süreci, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2013, s. 6-47.

<sup>9</sup> Teziç, Anayasa Hukuku, s. 2; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 1; Adnan Küçük, “Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6, Yıl 2015, s. 328.

<sup>10</sup> Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 72.

İlk olarak 1787’de Amerika’da ve 1791’de Fransa’da ortaya çıkan anayasaların günümüzdeki anayasa tanımına uygun birer örnek olarak gösterebiliriz<sup>11</sup>. Bununla birlikte anayasacılık tarihini eskilere götürebilmemiz de olanaklıdır. Hatta bazı düşünürler, Antik Mısır’daki firavunların egemenlik ile ilgili kurallarında anayasacılığın izlerine rastlandığını söylemektedir. Avrupalıların, Haçlı Seferleri sırasında Kudüs’te mevcut olan iktidarın sınırlandırılması ve egemenlik ile ilgili var olan esasları gözlemledikleri ve bunu Avrupa’ya taşıdıkları bile iddia edilmektedir. Magna Carta’nın bunun bir neticesi olduğu söylenilmektedir<sup>12</sup>.

“Devlet iktidarının hukuk yoluyla sınırlandırılması” esasına *anayasacılık* denmektedir. Bir diğer ifadeyle en geniş manasıyla anayasacılık, siyasi iktidarın sınırlandırılması amacını güden her türlü düşünce, araç, yöntem, kural ve kurumları içine alan bir kelimedir<sup>13</sup>. Anayasacılık, “sınırlı devlet” ilkesinin hayata geçirilmesidir; zorunlu olarak iktidarın insan hakları lehine kısıtlanmasını ve sınırlandırılmasını gerektirir<sup>14</sup>. Anayasacılık hareketleri, egemen gücün sınırlandırılması ve bununla birlikte bu sınırlandırmanın vatandaş ve iktidar tarafından önceden biliniyor olmasıdır. Her ne kadar anayasa modern bir kavram olarak karşımızda bulunuyorsa da anayasacılık çok eski zamanlardan beri varlığını sürdürmektedir.

Anayasa kavramının yeni olması ile beraber anayasacılığın çok eski zamanlara dayandığı söylenebilir. Elbette, geçmişteki anayasacılık ile günümüzdeki anayasa kavramının gelişmiş ve değişmiş olması eşyanın tabiatı gereğidir. Medine Vesikası’nın da anayasacılık bağlamında, kabul edildiği dönem için ilk örnek gelişme olduğu varsayımı üzerinde durulacaktır. Tabii bunu yaparken günümüz şartlarında değil de yaklaşık on dört asır önceki hukuk anlayışına ve yazılı hukukun geldiği aşamaya, anayasal gelişmeler temelinden hareketle değerlendirme yapılacaktır. Varılan tespitler sonucunda, Medine Vesikası hâlâ günümüz için örnek kabul edilecek bir hukuki belge durumunu muhafaza etmektedir. Vesika’nın başta Müslümanlar olmak üzere, tüm dünya için ilham kaynağı olduğunu düşünüyoruz.

## B. İslam’da Anayasa

İlk olarak şu hususu vurgulamak gerekir ki, İslam hukuku ilahi kaynaklı olduğu için günümüz anayasa hukukundan farklıdır. Çünkü İslam hukukun kaynağı Allah (Kur’an-ı Kerim’e) ve Hz. Peygamber’e (Hadis-i Şeriflere) dayanmaktadır. Yani İslam hukuku Kur’an-ı Kerim ve sünnet kaynaklıdır. İslam hukuku, dinin emir ve yasaklarına göre bir sonuca vardığını ve bunun üzerine ilahi kaynaklı bir irade beyan etmesi sonucuna dayandığını söyleyebiliriz<sup>15</sup>. Hamidullah göre, her ne kadar Kur’an ve sünnet,

<sup>11</sup> Doğan, s. 6-9 ; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 2; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 33; Ahmet Fevzi Kibar, “Anayasal Bir Belge Olarak Medine Vesikası”, <https://ahmetfevzikibar.com/anayasal-bir-belge-olarak-medine-vesikasi/>, (03.04.2021)

<sup>12</sup> Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 70.

<sup>13</sup> Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 22; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 14; Küçük, Salt Korkular Üzerine Sözleşme Yöntemiyle Demokratik Bir Anayasa İnşa Edilemez, s. 131; Küçük, Batıda ve Türkiye Örneğinde..., s. 308.

<sup>14</sup> Küçük, Anayasa Hukuku, s. 14; Küçük, Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği..., s. 328.

<sup>15</sup> Vahap Ovacı, “İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2015, C.7, S.7, s. 70.

hukukun kaynağı olsa da birebir anayasanın kendisi değildir. Ancak Kur'an ve Hz. Peygamber'in sünneti İslam anayasanın oluşumu noktasında temel kural ve hususların oluşturulması ve ortaya konması noktasında belirleyicidir<sup>16</sup>. O sebeple, İslam devletlerin sahip olduğu anayasalar Kur'an ve sünnet noktasından ayrılmadığı sürece değişimleri muhtemel ve doğaldır. İslam hukukunda anayasayı, "*Kuran ve sahih sünnetin her birinde mevcut ve hayatın her safhasını düzenleyen ve bilhassa İslam'da idarenin üzerine kurulduğu prensiplere taalluk eden hukuki hükümler*" şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>17</sup>. Anayasada olması gereken hususlar, fıkıh çerçevesinde ele alınmalı; temel hak ve hürriyetler ile devlet teşkilatı ve organları İslam anayasalarında bulunması gereken en temel esaslardır<sup>18</sup>.

Anayasa kavramının İslam devletlerinde çok sınırlı bir şekilde kullanılması nedeniyle anayasanın İslam hukukunda bulunmadığı sonucuna varılmamalıdır. Kaldı ki, İslam hukukunda anayasa ile şu an modern anlamda kullanılan anayasa kavramı çok farklıdır. Çünkü "*İslam anayasası*" söyleminde Kuran ve sünnet kaynaklarında çıkarılan ana kaideler manasında kullanılmaktadır<sup>19</sup>. Bununla birlikte Hayreddin Karaman, İslam anayasası ile İslam ülke anayasasının birbirine karıştırılmaması hususunda uyarıda bulunmaktadır<sup>20</sup>. Çünkü İslam anayasası, İslami esaslara göre yapılan anayasayı kastederken, İslam ülke anayasası ise çoğunlukla Müslümanların yaşadığı ve bir miktar İslami esasların uygulandığı anayasa olarak ifade edilmektedir. Muhammed Hamidullah, İslami hukukun kaynakları olan Kur'an ve sünnetin bizzat anayasa olmadıklarını, anayasaların meydana gelme aşamasında ana kural ve prensipleri meydana getirdiğini savunmuştur<sup>21</sup>. Bu da İslami devlet anayasalarının şartlara ve zamana bağlı olarak ana kaynaklarından sapmamak şartıyla değişebileceğine işaret eder.

Adalet, eşitlik ve şûra, İslam anayasalarının sahip olması gereken temel esaslardır<sup>22</sup>. Adalet ile ilgili Kuran-ı Kerim'de birçok ayet bulunmaktadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla

<sup>16</sup> Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Vecdi Akyüz), Beyan Yayınları, İstanbul, 2012, s. 19.

<sup>17</sup> Murat Şen, "Anayasal Bir Belge Olarak Medine Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C. 6, S. 1-2, s.578.

<sup>18</sup> Hakkı Aydın, "İslam Hukuku, Devlet ve Ahkam-ı Sultaniye İlişkisi", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 2, s. 75.

<sup>19</sup> Mehmet Akif Aydın, TDV İslâm Ansiklopedisi (Anayasa), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991, s. 160.

<sup>20</sup> Karaman, 2009, s. 176.

<sup>21</sup> Hamidullah, 2012, s. 19

<sup>22</sup> Abdullah Kahraman, "İdealist bir İslam hukukçusu: Abdülvehhap Hallaf (1888-1956)", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2005, C. 6, S. 1, s. 166.

<sup>23</sup> Kuran-ı Kerimde adalet ile ilgili ayetlere örnek olarak: Nisa Suresi, 4/ 58; "Şüphesiz ki Allah, emanetleri ehil olanlara vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğinizde adaletli olmanızı size emreder. Allah, bununla sizlere ne güzel öğüt veriyor. Şüphesiz Allah (işiten ve dualara icabet eden) Semî', (her şeyi gören) Basîr'dir"; 4/Nisa 135'te de "Ey iman edenler! Sizin, ebeveyninizin veya yakın akrabalarınızın aleyhine dahi olsa Allah için adaleti ayakta tutan (adil) şahitler olun. (Şahitlik yaptığınız) zengin ya da fakir olursa (zenginlik ve fakirliğe göre değerlendirmeyin) Allah, o ikisine daha yakındır. Hevaya tabi olup adaletsizlik yapmayın. Şayet lafı ağzınızda geveler ya da (adaletten) yüz çevirirseniz şüphesiz ki Allah, yaptıklarınızdan haberdardır" ve 5/ Mâide 8; "Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutan adaletli şahitler olun. Bir kavme olan öfkeniz/kininiz, sizi adaletsizlik yapmaya sevk etmesin. Adaletli olun! O, takvaya daha yakındır. Allah'tan korkup sakının. Şüphesiz ki Allah,

Kuran-ı Kerim’de Müslümanlara adil olmaları gerektiği hususunun altı defalarca çizilmiştir. Görüldüğü üzere, Yüce Allah hiçbir durumda adaletten sapmamamızı emretmektedir. O hâlde İslam anayasaların sahip olması gereken en önemli esas adalet ilkesidir. Çünkü İslam toplumlarında düzen, ancak hak ve adalet çerçevesinde sürdürülebilir<sup>24</sup>.

İslam anayasalarının sahip olması gereken bir diğer önemli ilke, eşitlikler. Eşitlik ilkesinin gayesi kanun önünde yöneten ve yönetilenlerin eşit olma durumudur. Kur’an-ı Kerim’de “*Ey insanlar! Biz sizi, bir erkekten ve bir kadından yarattık. Sizi birbirinizi tanıyasınız diye, milletlere ve kabilelere ayırdık. Şüphesiz Allah katında en üstünüz Allah’tan en çok korkanızdır*”<sup>25</sup>. Ayrıca Hz. Muhammed (s.a.v) bir hadisinde “*Sizin şu soyunuz-sopunuz kimseye üstünlük ve kibir taslamaya vesile olacak şey değildir. (Ey insanlar)! Hepiniz Adem’in çocuklarıdır. Hepiniz bir ölçek içindeki birbirine eşit buğday taneleri gibisiniz. Hâlbuki, hiç kimsenin kimseye din ve takva müstesna üstünlüğü yoktur. Kişiyi kötü olması için; başkalarını yermesi, küçük görmesi, cimri, kötü huylu, had ve hududu aşması yeter*”<sup>26</sup>.

Bir diğer önemli ilke ise “şûra”dır. Sözlükte “*danışma, görüş alışverişinde bulunma, danışan kimseye fikrini söyleyip onu yönlendirme*” anlamındaki şûra (Tâcü’l-arûs, “şvr” md.), fıkıh doktrininde terim tanımı yapılmamış olmakla birlikte İslamî literatürde yöneticilerin ve özellikle devlet başkanlarının görev alanlarına giren işler hakkında ilgililere danışıp onların eğilimlerini göz önünde bulundurmasını ifade eder<sup>27</sup>. Şûra, İslam dininde, İslam anayasasında ve hukukunda çok önemli bir husustur. Hz. Muhammed (s.a.v)’in şûraya çok önem verdiği bilinmektedir. Hatta Kuran-ı Kerim’de “Şûra” adında bir surenin bulunması çok anlamlıdır. Bu surenin 38. ayetinde “*Yine onlar, Rablerinin davetine icabet ederler ve namazı kılarlar. Onların işleri, aralarında danışma iledir. Kendilerine verdiğimiz rızıktan da harcarlar*”<sup>28</sup>. Yine Âl-i İmran Suresi’nde de şûrayı öngören bir ayet mevcuttur. Buna göre, “*Sen onlara sırf Allah’ın lütfettiği merhamet sayesinde yumuşak davrandın. Eğer kaba, katı kalpli olsaydın, hiç şüphesiz etrafından dağılır giderlerdi. Onları affet, onların bağışlanmasını dile, iş hakkında onlara danış, karar verince de Allah’a güven, doğrusu Allah kendisine güvenenleri sever*”<sup>29</sup>. Bu durum Peygamber (s.a.v) ve onun takipçileri tarafından, şûranın dolayısıyla meşveret etmenin mecburi olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Nitekim Peygamber (s.a.v), Allah’ın vahiyleri olarak kendisine tebliğ edilenler dışındaki bütün konularda şûraya başvurmuş ve uygulamıştır. Peygamber (s.a.v) hem savaş hem de barış zamanında, şûra vasıtasıyla ulaşılan hemen hemen bütün sonuçlara, kendi görüşüne ve şûra öncesi fikrine uygun olup olmadığına bakmaksızın kabul etmiş ve

---

yaptıklarınızdan haberdardır” görüldüğü gibi Yüce Allah hiçbir durumda adaletten sapmamamızı emretmektedir. O halde İslam anayasalarının sahip olması gereken en önemli esas adalet ilkesidir.

<sup>24</sup> Resul Ersöz, “Kur’an’a Göre “Hak” ve “Adalet” Kavramları Bağlamında İslam Toplumun İctimai Değerleri”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, C. 18, S. 2, s. 1.

<sup>25</sup> Kur’an-ı Kerim, Hucurat Suresi 13. Ayet.

<sup>26</sup> Müsned-i Ahmed b. Hanbel, 4/158; İbnu Kesir, 4/218

<sup>27</sup> Talip Türcan, *TDV İslâm Ansiklopedisi (Şûrâ)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 230.

<sup>28</sup> Kur’an-ı Kerim, Şûrâ Suresi 38. Ayet.

<sup>29</sup> Kur’an-ı Kerim, Âl-i İmran Suresi, 159. Ayet.

uygulamıştır<sup>30</sup>. Tüm bunlar şûranın ne kadar önemli olduğunu gözler önüne sermekte ve İslam anayasasında önemli bir ilke olmasını sağlamaktadır.

## II. ANAYASA HUKUKU

Anayasa hukuku ile ilgili literatür taraması yaptığımızda anayasa hukukunun birbirinden çok farklı tanımları olduğu görülmektedir. Farklı tanımların olması ile beraber tanımlardaki ortak tarafların olduğuna şahit oluyoruz. Anayasa hukuku, yasama, yürütme yargı gibi devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki ilişkileri ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk kurallarını inceleyen bir hukuk disiplini<sup>31</sup>. Bununla birlikte anayasa hukuku kapsamına devletin yönetim yapısı ve şekli, temel hak ve hürriyetler ile bunların sınırlandırma durumları girer diyebiliriz. Genel olarak, bir devletin anayasal sistemi denildiğinde, o devletin yapısı, işleyişi, temel organlarının (yasama, yürütme ve yargı) oluşumu, bunların birbiriyle olan ilişkileri, kişilerin temel hak ve hürriyetleri ve halkın yönetime katılması gibi hususlar akla gelmektedir<sup>32</sup>.

Anayasa hukukunun çeşitli amaçları olduğunu vurgulamak gerekir. Devlet düzeninin devamı, var olan her türlü yapılanmanın anayasaya uygunluğunu sağlamak, toplumdaki hukuk anlayışının korunması ve anayasa ile hukukun üstünlüğünü savunmak bunlardan birkaçıdır. Hülasa anayasa devletin ana kuruluşların temelidir ve bunların devamı anayasa hukukunun hedeflerindedir<sup>33</sup>.

### A. İslam Anayasa Hukukunda Devletin Temel Organları

Devletin anayasal organları denildiği zaman; yasama, yürütme ve yargı erkleri akla gelmektedir. Yasama kanun yapma, yürütme yapılan kanunlara göre ülkeyi idare etmek iken, yargı da belli kanunlara ve düzenlemelere göre gerekli yargılamanın yapılmasıdır<sup>34</sup>. Genelde bu konu kuvvetler ayrılığı ve kuvvetler birliği bağlamında çok konuşulan ve tartışılan bir durumdur. Bu başlıkta, üç temel organ İslam hukuku çerçevesinde ele alınacaktır.

#### 1. Yasama

Yukarıda İslam hukukunun kaynağının Kur'an-ı Kerim ve Peygamber sünneti olduğu ifade edilmişti. Dolayısıyla, yasama görevi doğal olarak Allah ve Peygamberi işaret etmektedir. İslam hukukçuları, bu sebeple bir kural ve kanunu yapma aşamasında öncelikle Kur'an-ı Kerim ve Peygamber sünnetine başvururlar. Burada hüküm bulunması durumunda buna göre karar verirler. Bu da yasamanın kaynağı ile

<sup>30</sup> Kamil Muhammed, El-Gindi/Ahmet Kılınc, "Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği", İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2008, S. 12, s. 202.

<sup>31</sup> Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 33-34; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 2-5; Engin Selçuk, "İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi "Anayasa Hukuku" Ders Kitabı", <http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/anayasahukukuau201.pdf>, (07.03.2021).

<sup>32</sup> Hasan Tunç / Bülent Yavuz / Faruk Bilir, Türk Anayasa Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 7; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 2-5.

<sup>33</sup> Doğan, s. 6-8.

<sup>34</sup> M. Akif Çınar, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)", İBAD Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, S. 5, s. 91.

ilgili bir sonuçtur. Tüm bunlarla beraber, “...sınırsız hukuki olay ve ihtiyaçların sınırlı ayet ve hadislerin hükümleriyle doğrudan karşılanması mümkün değildir. Bu sebeple her müşahhas olayın hükmünün önce ilk iki kaynaktan belirlenmesi, burada mevcut değilse belli esaslar çerçevesinde İslâm hukukunun diğer kaynaklarından faydalanılarak tespit edilmesi zarureti doğmuştur”<sup>35</sup>. Burada müçtehit hukukçuların devreye girmesi gerekmektedir. Elbette bu konuda başvurulacak kişilerin işinin ehli olmaları büyük önem taşımaktadır.

Kur’an-ı Kerim ve sünnet genel konular ile ilgili temel esasları belirtmekte olup detaylı düzenlemeler günün hukukçuları ve yasama organına bırakılmıştır<sup>36</sup>. Devleti yönetenlerin İslam hukuku ile ilgili herhangi bir hükmü değiştirmeleri ve kaldırmaları söz konusu olamaz<sup>37</sup>. Yani, devlet başkanlarının keyfi davranışlarda bulunmaları ve ilahi kaynaktan sapmaları engellenmiştir.

## 2. Yürütme

Yürütme görevi esas itibarıyla devlet başkanına, yani halifeye aittir. İlerleyen zamanlarda bu görevi vezirlerin yerine getirdiği görülmüş olsa da vezirlerin halifeyi temsil etmeleri sebebiyle sonuç olarak aynı kapıya çıkmaktadır. Yürütme alanı ile ilgili gerek halifenin gerekse de diğer kamu görevlilerin yetkileri İslam hukuk ve maslahatları ile sınırlandırılmıştır<sup>38</sup>. Devlet başkanlarına itaat etmek durumu genel İslami hukuk çerçevesi ile çatışıyor, kesinlikle devlet başkanlarına itaat edilmemelidir. Bu durum devlet adamlarının her istediklerini yapmalarının önüne geçmiş ve İslami hukukun prensiplerinin önemini ortaya koymuştur.

## 3. Yargı

İslam hukuku uygulamalarının başlarında, esas itibarıyla yargı ve yargılama görevi, devlet başkanı olan halifeye ait olduğu görülse de İslam devletlerinin coğrafi alanlarının genişlemesine bağlı olarak bu yetkilerin kadılar tarafından icra edildiği görülmektedir. Peygamberimiz Hz. Muhammed (s.a.v)’in Medine’de devlet başkanlığı görevinin yanında, mahkemeye intikal eden olayları da çözdüğü bilinmektedir. Kaldı ki Medine Vesikası’nda konu ile ilgili maddeler de yer almaktadır. Bunlar 23. ve 42. maddelerdir<sup>39</sup>. Kısaca ihtilafli ve sonuçlandırılmayan konuların çözüm makamı olarak Kur’an-ı Kerim ve Hz. Muhammed (s.a.v) adres gösterilmektedir.

Sonraki zamanlarda devlet başkanının, gerekli yargılamayı yapmaları için “kadı” seviyesinde ilme sahip olmaları zaruretinin hasıl olması, gerekse yargılama yetkisini bizzat kullanmaları mümkün olamaması vb. sebeplerle, “kadı” denilen ilim sahibi kişiler devlet başkanları adına yargılamada bulunmuşlardır. Hatta İslam hukuk tarihinde yargılama görevinde bulunan ilk hâkimin Hz. Muhammed (s.a.v) olduğu

<sup>35</sup> Aydın, s. 188.

<sup>36</sup> Ahmet Akgündüz, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, Timaş Yayınları, İstanbul, 1991, s. 19.

<sup>37</sup> Aydın, s.159.

<sup>38</sup> Aydın, s. 190.

<sup>39</sup> Medine Vesikası 23. Madde: Üzerinde ihtilâfa düşülen konular Allah’a ve resulü Muhammed’e arz edilecektir. 42. Madde: Bu yazıda adı geçen kimseler arasında meydana gelmesinden endişe edilen anlaşmazlık ve öldürme vakalarının Allah’a ve resulü Muhammed’e arz edilmesi gerekir. Allah bu sahîfeye en iyi riayet edenlerle beraberdir.

bilinmektedir<sup>40</sup>. Kararların İslam hukuku çerçevesinde Kur'an-ı Kerim ve sünnete uygun olması çok önemlidir.

### III. GENEL HATLARIYLA MEDİNE VESİKASI

Medine Vesikası'nın çeşitli isimlerle anılmaktadır. Bunlar "sözleşme", "kitap", "anayasa", "vesika", "anlaşma" ve vb. Arapça alan taramasında "Vesikatü'l-Medine", "Kitabü'l-Medine", "Sahifetü'l-Medine" ve "Destürü'l-Medine"; Türkçe literatürde "Medine Vesikası", "Medine Sözleşmesi", "Medine Mukavelesi" ve "Medine Anayasası"<sup>41</sup> ve İngilizce literatürde ise "Constitution of Medina ve Charter of Medine"<sup>42</sup> olarak geçmektedir. Fakat belgenin, orijinal metninde 1. ve 47. maddelerde "kitap" ve 22, 37, 39, 42 ve 46. maddelerde "sahife" olarak anılmaktadır<sup>43</sup>.

Alman doğubilimci Wellhausen'in Batı bilim çevresine Medine Vesikası'nı tanıttığı bilinmektedir. "Skizen und Vorarbeiten" adlı kitabın 1899'da yayımlanmasından sonra İtalyan Ceatani, Buhl, Korehl, Müller, Guillaume, Wensick, Ranke ve Alman Grimme gibi yazarların dikkatini çekmiş ve konu ile ilgili yayınlarda önemli bir artış meydana gelmiştir<sup>44</sup>. Bununla birlikte Medine Vesikası'nın İslam âlemine tanınır hâle getiren kişi ise Muhammed Hamidullah'tır<sup>45</sup>. Muhammed Hamidullah'ın konu ile ilgili geniş çaplı çalışmaları sonucunda Medine Vesikası ile ilgili hukuksal, tarihsel ve diğer disiplinler açısından birçok bilgi literatürde yer edinmiştir. Konu ile ilgili diğer araştırmacıların katkıları da konunun anlaşılması konusunda kolaylık sağlamıştır.

Ali Bulaç'ın aktardığına göre, Medine Vesikası'nı ilk kayıt altına alan kişi Muhammed İbn İshaktır. Muhammed İbn İshak "isnad" yöntemini kullanmadan Vesikayı kayıt altına aldığı için İbn Seyyid en-Nas ve İbn Kesir kendi kitaplarından bunu dercetmişler. Bulaç, Wellhausen ve diğer düşünlerin Vesika'yı İbn Hişam'dan aldıklarını ifade etmiştir<sup>46</sup>. Nihayet İbn Hişam "Siret" adlı ünlü eserinde Medine Vesikası'nın tam metnini yayınlamıştır. O sebeple Medine Vesikası'nın mevsukiyetinden şüphe edilmemelidir. "*Gerek hadis gerekse tarih kritiği açısından Vesika'nın mevsukiyeti ve güvenilir oluşu üzerine ihtilaf söz konusu değildir. Bu sayede, Vesika'nın kurucu ilkeleri her zaman Müslümanlara yol gösterici ve çoğulcu bir siyasi tasarı için referans olmuştur*"<sup>47</sup>. İtalyan Caetani (1896-1935), bu konu ile ilgili herhangi şüpheli bir durumun olmadığını ve Vesika'nın günümüze hiç şekil ve mana değiştirmeden geldiğini

<sup>40</sup> Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2020, s. 47.

<sup>41</sup> Mustafa Özkan, Medine Vesikası/Anayasası ve Birlikte Yaşama, Fecr Yayınları, Ankara, 2018, s. 212.

<sup>42</sup> Michael Lecker, The Constitution of Mecaedina: Muḥammad's First Legal Document, New Jersey, 2004, s. 1.

<sup>43</sup> Abdulhakim Allahdad, "Medine Vesikası ve Türkiye'de Vesika'nın Ekseninde Yapılan Tartışmalar", Uluslararası Lisansüstü Çalışmalar Kongresi, C. 4, 2019, s. 118-119.

<sup>44</sup> Ali Bulaç, Medine Sözleşmesi, Çıra Yayınları, İstanbul, 2020, s. 39.

<sup>45</sup> Muhammed Hamidullah, İslâm Peygamberi, Çev. Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 37.

<sup>46</sup> Bulaç, 2020, s. 41-42.

<sup>47</sup> Halit Çil, "Bir Arada Yaşama Projesi Olarak Medine Vesikası ile Hz. Peygamber'in Farklılıkları Yönetme Becerisi", Toplum-Birey İkileminde Ortak Değerler ve Farklılıklar Sempozyumu, C. 2, 2020, s. 237.



ifade etmiştir<sup>48</sup>. Bunu İtalyan bir doğubilimcinin dile getirmesi konunun inandırıcılığı noktasını daha da güçlendirmektedir.

Vesika'yı Batı dünyasında konuşulur hâle getiren kişinin Welhausen olduğundan bahsetmiştik. Bununla beraber Muhammed Hamidullah'ın İslam dünyası başta olmak üzere tüm dünyada aktüel olmasından çok büyük katkıları bulunmaktadır. Yazdığı çeşitli makale ve kitaplarla İslam dünyasının dikkatlerini bu konuya çekmeyi başarmıştır. Hamidullah, Medine Vesikası'nı ilk defa 1941'de "The First-Written Constitution in the World" olarak İngilizce daha sonraki yıllarda da Urduca ve Fransızcaya da çevirmiştir. Böylece Vesika'nın tanınmasına çok büyük katkısı olmuştur.

Muhammed Hamidullah, Medine Vesikası'nın Türkçe'ye ilk defa Hüseyin Cahid Yalçın'ın 1924-1927 yılları arasında Caetani'nin "Annal dell İslam (İslam Tarihi)" adlı eserini çevirmesiyle kazandırıldığını ifade etmiştir<sup>49</sup>. Muhammed Hamidullah'ın eserlerinin 1960'lı yıllarda Türkçeye çevrilmesi ile beraber Medine Vesikası Türkiye'de daha çok konuşulur hâle gelmiştir. Daha sonra İhsan Süreyya Sırma'nın "*Medine Vesikası Işığında Yahudi Meselesi*" ve Ahmet Ağırakça'nın "*Dünyanın ilk Anayasası: Medine Vesikası*" adlı eserleri bu alanda yapılan birkaç önemli çalışmadır. Her ne kadar konu ile ilgili çalışmalar yapılmışsa da konuya yeteri kadar değerin verildiğini söylemek çok zordur. Daha sonraki zamanlarda 1976 yılında yayınlanan aylık "Düşünce" dergisinde M. Beşir Eryarsoy Medine Vesikası'nı konu alan iki makale yayımlamıştır<sup>50</sup>. Daha sonra 1992 yılında "Birikim" adlı dergide Ali Bulaç<sup>51</sup> ve Ahmet İnel'in konu hakkındaki yazıları üzerine Medine Vesikası iyiden iyiye Türkiye gündeminde yer edinmiştir. Bu zaman zarfından sonra Medine Vesikası Türkiye'de akademik çevrelerin de dikkatini çekmiştir. Yeterli olmasa da birçok yüksek lisans ve doktora tezine konu edilmiştir. Hatta sempozyum ve kongrelerde konuşulmuştur. Hiç şüphesiz bu konunun Türkiye'de aktüellik kazanmasında ve akademik açıdan araştırılmasında birçok yazar ve düşünürün emeği olmuştur.

Eski ve yeni düşünürlerin büyük çoğunluğu Vesika'nın Hicretin ilk yılında yani miladi 622 yılında imzalandığını kabul etmektedir. İlk önceleri metin hâlinde iken Welhausen 47 maddeye ayırmıştır. Daha sonraları Muhammed Hamidullah bazı maddeleri kendi içerisinde ikiye ayırarak madde sayısını 52'ye çıkarmıştır. Medine Vesikası'nın Türkiye'de araştırılıp gündeme gelme konusunda büyük emekleri olan Ali Bulaç da önceleri Muhammed Hamidullah'ın 52 maddesine göre çalışma yaptığını, fakat kitap yazma aşamasında konunun daha iyi anlaşılması için Vesikayı 53 maddeye ayırdığını ifade etmektedir<sup>52</sup>. Fakat günümüzde genel kabul, Medine Vesikası'nın 52 madde olduğu yönündedir.

<sup>48</sup> Leone Caetani, İslam Tarihi, Çev. Hüseyin Cahid, C. 3, İstanbul, 1924-1927, s. 110.

<sup>49</sup> Muhammed Hamidullah, Hz. Peygamber Döneminin Siyasi-İdari Belgeleri, Çev. Vecdi Akyüz, Kitapevi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 64.

<sup>50</sup> Bulaç, 2020, S. 17.

<sup>51</sup> Ali Bulaç'ın konu ile ilgili tüm çalışmaları "*Medine Sözleşmesi*" adını verdiği kitabında 2020 Haziran ayında yayınlanmıştır. Konu ile ilgili çalışma yapacak tüm araştırmacılar için önemli bir kaynak olan kitap 703 sayfadan oluşmaktadır. Bkz., Ali Bulaç, Medine Sözleşmesi, Çıra Yayınları, İstanbul, 2020.

<sup>52</sup> Bulaç, 2020, s. 44.

Bazı çevreler on dört asır zaman önce imzalanan ve farklı inanç ve ırkları ortak bir paydada buluşturan Medine Vesikası'nı haksız bir şekilde itham etmektedir. Bu yola başvuranlar Vesika'nın bir "emirname veya tebliğname" şeklinde olduğunu iddia etmektedir. Bu birçok gerekçeden dolayı bu düşüncenin kabul edilmesi pek mümkün değildir. Zira Hz. Muhammed (s.a.v) her zaman iştisare ve şûraya önem vermiştir. Herhangi bir konu veya sorun söz konusu olduğunda yakın arkadaşlarına ve işin ehli olan kişilere başvurmuştur<sup>53</sup>. Kaldı ki zaten Medine'de çoğunluk Müslüman değildi ki istediklerini karşıdakilere zorla kabul ettirsinler. Zira Medine'nin çoğunluğunu Yahudiler oluşturmaktaydı. Elbette Müslümanlar çoğunluk olsalar dahi Hz. Muhammed hiçbir zaman bu tür bir yola başvurmamıştır. Zira Mekkeli müşrikler Hz. Muhammed'e (s.a.v) Muhammed-ül Emin lakabını vermişlerdi.

Caetani, Medine Vesikası'nın çok önemli bir değer olduğunu, Vesika'nın kıymetini İbn İshak da dâhil olmak üzere Müslümanların yeterince anlamadığını ifade etmiştir. Ali Bulaç, Medine Vesikası'nın 1968-1978 yılları arasında 10 yıl boyunca İngiltere'de üniversitelerde ders olarak okutulduğunu, ayrıca Vesika'da geçen anahtar kelimelerin Kur'an-ı Kerim'de tespit edilmeye çalışıldığını da ifade etmiştir<sup>54</sup>. Kadim kültürümüzün bir değeri olan Medine Vesikası İngiltere gibi Batı Avrupa ülkesinde ders olarak okutulduğu hâlde Türkiye'de yeterince üzerinde durulmadığı gerçeği üzülecek ve eleştirilecek bir durumdur. Medine Vesikası sadece dinî ve siyasi bir belge değildir, aynı zamanda da bir hukuki ve anayasal belgedir. Biz de bu çalışmamızda daha çok ilahiyat konusu edinen bu konuyu anayasa hukuku çerçevesinde irdelemek niyetiyle çalışmalarımıza başlamıştık.

### A. Medine Vesikası'nın Yapılmasını Gerektiren Sebepler

Medine (Yesrib) şehrinin en eski halklarının Evs ve Hazrec kabileleri ile Yahudiler olduğu bilinmektedir. Murat Akarsu'ya göre; Evs ve Hazrec kabilelerin Yahudilerden önce Medine'ye geldikleri, Yahudilerin de Babil Kralı II. Buhtunnasır'ın Kudüs'ü işgal edip Yahudileri Babil'e götürdüğü sırada bir kısmının kaçarak Medine'ye gelip yerleştikleri ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Bu da Arap kabileleri ile beraber Yahudilerin Medine'de beraber yaşadıklarını kanıtlamaktadır.

Medine'de ilk başlarda hâkimiyet Yahudilerde olmasına rağmen, Yahudilerin diğer Arap kabilelerine kötü davranmaları sonucu Evs ve Hazrec kabileleri güçlerini birleştirip Yahudilerle savaşmışlardır. Yapılan savaşlar sonucunda Yahudiler yenilmiş Evs ve Hazrec kabileleri söz sahibi olmuşlardır. Tüm bunlarla beraber Yahudiler sürekli olarak bu iki kabileyi birbirine düşürmek için çok çaba sarf etmişlerdir. Yahudilerin bu oyunları sonrasında birbirine düşen Evs ve Hazrec kabileleri, Yahudiler karşısında güçsüz duruma düşmüşlerdir. Daha sonra Buas savaşında Hazrec'in lideri olan Abdullah b. Übey tarafsız kalmış ve her iki tarafın da desteğini kazanmıştır<sup>56</sup>. Böylece her iki

<sup>53</sup> Bulaç, 2020, s. 51

<sup>54</sup> Ali Bulaç, "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar (I)", Birikim Dergisi, 1993, S. 47, s. 40-46.

<sup>55</sup> Murat Akarsu, "Medine Sözleşmesinin Anayasallığı", Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi, 2018, C. 1, S. 2, s. 423.

<sup>56</sup> Emre Berber, "Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016, S.26, s. 470.

kabile arasında barış sağlanmıştır. Bu iki kabilenin korumaları altında Hz. Muhammed (s.a.v) Medine'ye girmiştir.

Hz. Muhammed (s.a.v) ve Müslümanlar için Medine yeni bir vatandır. Müslümanlar, Yahudi ve Arap müşriklere göre azınlıktaydı. Hz. Muhammed (s.a.v), öncelikle Mekkeli ve Medineli Müslümanlar arasında bir kardeşlik durumu tesis etmek için çaba göstermiştir. Tüm mal ve mülklerini doğup büyüdüğü Mekke'de bırakıp Medine'ye gelen Müslümanlara "Muhacir", Muhacirlere mal ve sahip oldukları eşyaları paylaşarak kardeş olan Medineli Müslümanlara "Ensar" ismi verilmiştir<sup>57</sup>. Müslümanlar arasında kardeşlik hukukunu tesis eden Hz. Muhammed (s.a.v), Medineli müşrikler ve Yahudilerle iyi ilişkiler geliştirmek istemiştir. Özellikle Yahudilerin desteğini ve güvenini almak için ileri gelenleri ile çeşitli görüşmeler yapmıştır. Burada amaç Medine'de tüm sosyal bloklar ile ortak bir birliktelik oluşturmaktır.

Tüm bunlarla beraber Mekkeli müşrikler, Medine'deki Yahudi ve diğer kabilelere Hz. Muhammed (s.a.v)'i öldürmemeleri veya Medine'den sınır dışı etmemeleri hâlinde saldırıcaıklarını söylediler<sup>58</sup>. Bunun üzerine gerekli tedbirleri almak isteyen Hz. Muhammed, Müslüman ve diğer dinî gruplarla Hz. Enes'in evinde bir dizi toplantı yapmıştır<sup>59</sup>. Toplantıda bu tür tehditler karşısında nelerin yapılması gerektiği görüşülmüştür. Bir devlet yapılanmasının bulunmaması nedeniyle bu tür tehditlerin olacağı ve saldırıların olma ihtimalinin yüksek olduğu dile getirilmiştir. Bunun üzerine Hz. Muhammed (s.a.v), toplantıya katılanlara Medine'de bir İslam devletinin kurulması gerektiğini vurgulayarak Müslümanları yeni oluşuma ikna etmiştir<sup>60</sup>.

Medine'de siyasi ve sosyal olarak oluşmakta olan yapı, ortaya çıkacak olan problemlere de bir çözüm üretmek zorundadır. Bu durum için Medine'de bulunan Müslüman, Yahudi, müşrik ve diğer grupların bir çatı altında toplanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple ilk olarak Medineli Müslümanların ait oldukları Evs ve Hazrec kabilelerini bir araya getirilmesi için çalışan Hz. Muhammed (s.a.v), daha sonra Yahudilerle bir anlaşma sağlamıştır. Böylece öncelikle Medine'de farklı gruplar arasında iç barış ve birlikte yaşama ortamı sağlanmıştır. Diğer taraftan da dış düşmana karşı birlik olma ortamı sağlanmıştır<sup>61</sup>. Elbette bu durum Hz. Muhammed (s.a.v)'in peygamberlik görevi kadar, toplumsal bir lider ve kitleleri ikna edebilen aktör olduğunu gözler önüne sermiştir.

## B. Medine Vesikası'nın İçeriği

Vesika'nın maddeleri incelendiğinde, sosyal bloklar arasında yapılan bu sözleşmenin hangi şartlar altında yapıldığı anlaşılmaktadır. Vesika'nın muhtelif yerlerinde Medine'de birlik sağlama amacı olduğu gerçeği göze çarpmaktadır. Bu durum aslında Müslümanlar için daha anlaşılır bir durumdur. Mekke'de her türlü baskı ve zulme maruz kalan Müslümanlar, Mekkeli müşriklerin kendilerini Medine'de de

<sup>57</sup> Mehmet Akbaş, "Muhâcirûn Muhâcirûn-Ensâr Kardeşliğinin Serüveni", İstem Dergisi, 2010, S. 15, s. 62.

<sup>58</sup> Şen, s. 572.

<sup>59</sup> Salih Suruç, Kâinatın Efendisi Peygamberimizin Hayatı Mekke Devri, Yeni Asya Neşriyat Yayınları, İstanbul, 1983, s. 500-501.

<sup>60</sup> Hamidullah, 1995, s. 82.

<sup>61</sup> Hamidullah, 1995, s. 193.

rahat bırakmayacaklarını pekâlâ biliyorlardı. O sebeple en azından içeride diğer sosyal gruplarla uğraşmak istemezlerdi. Aynı zamanda da Medine'ye yapılacak herhangi bir saldırı durumunda birlikte şehri savunma fikri ağır basmıştı.

Vesika'nın önemli bir kısmı dış egemenlikle ilgilidir. Medine halkına yapılacak olası tehditlere karşı alınması gereken önlemler, dayanışma ve düşmana karşı beraber mücadele etmek konusundadır. Vesika imzalanırken Müslümanların sayısının yaklaşık 1500 (bin beş yüz) kadar olduğu bilinmekte ve bu toplam nüfusun ancak yedide birine karşılık gelmektedir<sup>62</sup>. Buna rağmen Hz. Muhammed (s.a.v)'in sözleşme maddelerini gruplara kabul ettirilmesi ve liderlik rolüyle hareket etmesi takdire şayandır. Kuşkusuz bu durum, zorla kabul ettirme veya dikte etme olarak değerlendirilemez. Kuvvetle muhtemeldir ki, Yahudiler ve müşrikler arasındaki kavga ve kargaşa ile beraber Hz. Muhammed (s.a.v)'in peygamberlik görevinin yanında güçlü bir lider olmasından kaynaklandığı söylenilebilir.

“Farklı zamanlarda yapılan anlaşma metninin bir araya getirilmesi suretiyle bile olsa günümüze ulaşan Medine Vesikası olarak adlandırılan söz konusu anlaşma metni, bir idari yapı ile Hz. Muhammed'in şahsında toplanan yöneticilik vasfını ortaya koymaktadır. Medine Vesikası, kabile temelinde farklı inanç gruplarından insanların bir araya gelerek kendi iradeleri ile oluşturdukları bir mutabakat metni özelliği taşımaktadır. Herhangi bir baskı ve zorlama olmadan, hak ve yükümlülüklerin belirlendiği, anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çözüm merciinin tespit edildiği önemli bir belgedir”<sup>63</sup>.

Vesika tüm yönleriyle incelendiğinde, tüm grupların dinî inanç, kendi dilini konuşma, sosyal yaşam ve gelenek/görenek noktasında serbest ve hür bırakıldığı görülecektir. Vesika'nın diğer bir önemi de tüm grupların birbirinin haklarına saygı göstermesi esası üzerine kurulmuş olması hususudur. Bir diğer önemli konu da her kesimin istediği şekilde yargılama hakkına sahip olmasıdır. Toplumsal refah için tüm sosyal blokların aynı derecede sorumluluk taşıdıklarını da görülmektedir. Tüm bu hususlar ileriki bölümlerde detaylıca incelenecektir.

Medine Vesikası teoride kalmamış, başarıyla uygulanan bir uzlaşma metni olarak karşımıza çıkmaktadır. Vesika'da ülkenin savunması, beraber yaşama, güvenlik ve tüm sosyal grupları ilgilendiren içeriğe sahip olması açısından önem arz etmektedir. Maddelerin katılımcı, açık ve şeffaf olması göze çarpmaktadır. Zamanın ihtiyaçlarına cevap vermesi noktasında başarılı olduğunu çoğulcu bir demokrasi anlayışı ile tasarlandığı vurgulamak gerekir. Ayrıca zorla bir şeyi dikte etmemesi ve müşterek hayata dair bir içeriğe sahip olması ile dikkatleri üstüne çekmiştir<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Aydın, 2001, s. 153.

<sup>63</sup> Akarsu, s. 410-428.

<sup>64</sup> Ömer Faruk Yaman, İnsan Hakları Perspektifinden Medine Vesikası ile Magna Carta'nın Karşılaştırılması, Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 22.

### C. Medine Vesikası Sonrası Medine Devleti

Muhammed Hamidullah, Medine Devleti'ni sosyal sözleşme (Medine Vesikası) ile kurulan bir şehir devleti olarak tarif eder<sup>65</sup>. Bunun sebebi Hamidullah'ın Medine Vesikası'nı bir tür toplumsal sözleşme olarak görmesidir. Bununla birlikte aynı kitabında Medine Şehir Devleti'nin konfederasyon tipi bir devlet olduğunu iddia etmekte ve Müslüman, Yahudi ve Müslüman olmayan Arapların federasyon görünümünde olduğu kanaatindedir<sup>66</sup>. Elbette daha önce Medine'de bir siyasi yapılanmanın olmaması Hz. Muhammed (s.a.v)'in bu konudaki çalışmasını kolaylaştırmıştır.

Müslüman, Yahudi, Müslüman olmayan Medineli müşrikler ve az da olsa Hristiyanlardan oluşan Medine Devleti'nin toplam nüfusu 10.000 (on bin) olup, bunun 1/7'si (bin beş yüz) Müslümanlardan müteşekkildir<sup>67</sup>. Görüldüğü gibi Müslümanların sayısı ne kadar az olsa da Müslümanlar, siyasi olarak kurulan Medine Devleti'nin ana aktörleridir. Yıllar boyu sürekli kargaşa ve savaşlarla çalkalanan Medine'ye yeni bir hüviyet ve huzurlu bir ortam kazandıran Hz. Muhammed (s.a.v) ve dolayısıyla Medine Vesikası'dır.

## IV. MEDİNE VESİKASI'NIN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Genel Olarak

Medine Vesikası'nın yapılış şekli, kullandığı dil, konu ve içeriği noktalarında araştırmalar yapan ilim adamları, hukuki olarak farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Kimileri Vesika'yı, Medine'de ikamet eden farklı milletler arasında yapılan basit bir mukavele ya da antlaşma olarak görürken; kimileri de Hz. Muhammed (s.a.v) tarafından tek taraflı bildiri şeklinde bir taahhütname veya beyanname olduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber Medine Vesikası'nı, farklı sosyal blokları bir araya getiren bir sözleşme ve anayasa niteliğini taşıdığını ifade edenler de olmuştur.

Medine Vesikası'nın dünyaya tanıtımında büyük emekleri geçen oryantalist Alman Welhausen, Vesika'nın çok değerli olduğunu ve çeşitli gruplar arasında akde dayanan bir sözleşme olduğunu belirtmekle beraber; Hz. Muhammed (s.a.v)'in farklı sosyal gruplara taahhütlerini gösteren bir siyasi beyanname olduğu düşüncesindedir<sup>68</sup>. Leone Caetani de Hz. Muhammed (s.a.v)'in hicretten hemen sonra siyasi amaç güderek toplumu teşkilatlandırmak için harekete geçtiği ve bu belgenin "*siyasi bir topluluk oluşması yolunda bir teşebbüsten ibaret*" olduğu görüşündedir. Devamında ise Hz. Muhammed (s.a.v)'in konu ile ilgili amacını açıkça belirtmeyerek aynı zamanda ileride kurulacak devletin de temellerini atmayı planladığını ifade etmiştir<sup>69</sup>. Bununla beraber Caetani'nin kendisinin Medine Vesikası'nın hukuki durumu ile ilgili bir çalışmaya girişmediğini, Welhausen'in "*bir siyasi program*" ve "*siyasi beyanname*" görüşlerine katıldığını görüyoruz<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Hamidullah, 1995, s. 23.

<sup>66</sup> Hamidullah, 1995. s. 22.

<sup>67</sup> Hamidullah, 1995, s. 23.

<sup>68</sup> Şen, s. 578-579.

<sup>69</sup> Caetani, s. 151-152.

<sup>70</sup> Salih Tuğ, İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (XIX ve XX. Asırlar), İrfan Yayınları, İstanbul, 1969, s. 42.

Medine Vesikası'nın temel özelliklerinden ötürü anayasalara benzediğini düşünen ilim insanları da vardır. Bunlardan biri olan Abidin Sönmez, tarafsız olarak hukuki anlamda incelenirse, Medine Vesikası'nın modern bir anayasada bulunması gereken vasıfları taşıdığı ifade etmiştir<sup>71</sup>. O sebeple Vesika'nın bir anayasal niteliğe sahip olduğunu ifade etmiştir. Konuyla ilgili fikrini açıklayan bir diğer ilim insanı ise Muhammed Hamidullah'tır. Ona göre, Medine Vesikası'nın hicretten sonra kurulan Medine Şehir Devleti'nin ilk anayasasıdır. Peygamberlerin en önemli görevinin dini tebliğ etmesi olduğunu ifade eden Hamidullah, Hz. Muhammed (s.a.v)'in Medine'ye hicretinden sonra Müslümanlar ile Yahudi ve Müslüman olmayan Araplarla beraber ortak bir hayat yaşamayı öngören çalışmalar yürüttüğünü ifade etmiştir. Bu çalışmalar sonucunda tüm sosyal blokların üzerinde hemfikir olduğu bir metin ortaya çıkmıştır. Bu metin hiç kuşkusuz Medine Vesikası'dır ve kurulacak Medine Şehir Devleti'nin anayasasıdır. Bununla beraber Medine Vesikası, *“yeryüzünde ilk yazılı devlet anayasası”* hüviyetindedir<sup>72</sup>.

Genel itibarıyla anayasaların, ülkedeki en üstün hukuk gücüne sahip belge olması<sup>73</sup>, var olan devlet sisteminin niteliğini belirlemesi ve devletin sınırlandırılması gibi işlevleri bulunması gerekmektedir<sup>74</sup>. Saydığımız bu özelliklerin birçoğunu Medine Vesikası'nda bulmak mümkündür.

Vesika'da kullanılan bazı kavramların bugünkü hukuk ve siyaset literatüründe kullanılan kavramlarla aşağı yukarı benzer hatta aynı olduğu görülecektir. Bu durum ise Medine Vesikası'nın bugünkü hukuk düşüncesi ve siyaset bilimi için de önemli olduğunu ve farklı unsurları bir araya getirme hususunda başarılı olduğunun bir göstergesidir. Elbette benzerlik ve yakınlık kavram ötesinden mana durumu ile ilgilidir. Yoksa kavram ve tabirlerin birebir karşılığın rastlanamaz. Bu durum doğaldır zira Vesika 622 yılında dolayısıyla günümüzden on dört asır önce kabul edilmiştir<sup>75</sup>.

Medine Vesikası insan hakları bağlamında incelendiğinde çoğulcu, farklılıkları kabul eden hatta destekleyen, katılımcı ve adaleti önceleyen bir yaklaşım sergilediği görülecektir<sup>76</sup>. Vesika'nın içeriği dikkatlice incelendiğinde; çok uluslu, hürriyetçi, yazılı bir metin ile dahası bir *“anayasa”* ile karşı karşıya kalıyoruz. Ülke savunması, devlet ve bireyin emniyeti, egemenlik hususu, din ve dil hürriyeti ve denetim mekanizmaları gibi konuların metinde yer aldığını görüyoruz<sup>77</sup>. Dolayısıyla günümüzdeki formatta olmasa da Medine Vesikası *“kaleme alındığı dönemin koşulları göz önüne alınarak”*, *“bir toplum sözleşmesi ve anayasa”* olarak değerlendirilmelidir.

## **B. Medine Vesikası'nın Anayasa Hukukundaki Yeri**

Medine Şehir Devleti, Vesika ile Medine'de oluşturulan bir siyasi birlik; kurucu birimlerin (türdeş olmayan kabilelerin) bir araya gelerek sözleşme çerçevesinde

<sup>71</sup> Abidin Sönmez, Resulullah'ın Diplomatik Münasebetleri, İnkılab Yayınları, İstanbul, 2007, s. 91.

<sup>72</sup> Hamidullah, 1995, s. 188-189.

<sup>73</sup> Küçük, Anayasa Hukuku, s. 1.

<sup>74</sup> Erdoğan, s. 19.

<sup>75</sup> Özkan, 2018, s. 46-47.

<sup>76</sup> Saruhan, s. 2.

<sup>77</sup> Mustafa Kelebek, *“İslam Hukuk Felsefesi Açısından Medine Vesikası”*, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2000, S. 4, s. 350.

kurduğu bir şehir-devleti olarak adlandırılmaktadır<sup>78</sup>. Devleti kuran bu sözleşme bazı yazarlar tarafından, 17. ve 18. yüzyıl toplum sözleşmesi teorisyenlerin kuramındaki “*Sosyal Sözleşmeye*” benzetilmiştir<sup>79</sup>. Farklı sosyal grupların bir araya gelerek, bir sözleşme çerçevesinde devleti kurmaları bu tezi haklı çıkarmaktadır. Bununla beraber Medine Vesikası imzalanmadan önce Medine’de devlet veya siyasi bir birliğin olmaması da bunu destekler mahiyettedir. Fakat Zeynep Özkan buna karşı çıkar ve her ne kadar ortada bir devlet veya siyasal bir birlik yoksa da insanlar kabileler hâlinde yaşadıklarından dolayı kabile reislerinin otoritesinin söz konusu olduğunu ifade eder<sup>80</sup>. O hâlde Medine Vesikası’nı “*Sosyal Sözleşme*” değil, “*Siyasal Sözleşme*” olarak kabul etmek daha doğru olacağını savunmuştur<sup>81</sup>. Buna, Medine Şehir Devletini kuran Anayasanın, toplumu temsil eden çeşitli toplumsal güçler tarafından, katılma ve uzlaşma ilkelerine dayalı olarak “*sözleşme yöntemi*”yle<sup>82</sup> yapılması da denilebilir.

Medine Vesikası gibi 1215 tarihli Magna Carta Libertatum da klasik anayasacılık noktasında iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması açısından anayasal belge niteliğini taşımaktadır. Çünkü Medine Vesikası’nda ilahi bir iradeyle sınırlandırılmış bir iktidar ve temel hak ve ödevlerin güvence altına alan birçok madde bulunmaktadır. Her sosyal grubun kendi hukuk kurallarına göre yargılanması ve din özgürlüğü buna örnek olarak verilebilir. Bununla beraber Magna Carta’da ise, kralın iktidarının sınırlandırılması ve baronlara mülkiyet ve miras haklarının verilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Yani, klasik anayasacılık bağlamında incelendiğinde hem Medine Vesikası hem de Magna Carta anayasal belge görüntüsü vermektedir. Ancak Medine Vesikası, Magna Carta’dan yaklaşık 6 asır önce kabul edildiğine dikkat edilmelidir. Kaldı ki henüz ortada bir devlet veya bağlayıcı bir otorite de yoktur. O sebeple Medine Vesikası anayasacılık ve anayasa anlamında bir ilktir dolayısıyla bu zaviyeden değerlendirilmelidir.

Medine Vesikası modern anayasacılık anlayışı bakışıyla ele alındığında durum biraz daha farklı olacaktır. İktidarın sınırlandırılması ile beraber kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü gibi hususlar da önemlidir. Kuvvetler ayrılığı Montesquieu’nun tarif ettiği şekliyle yasayı yapan, uygulayan ve uygulama noktasında çıkan sorunları çözecek organların birbirinden bağımsız olmasıdır<sup>83</sup>. İslam Hukukunda yasama yetkisinin Allah ve Hz. Muhammed’e ait olduğuna önceki başlıklarda değinilmişti. Dolayısıyla yasamanın kaynağı Kur’an-ı Kerim ve Hz. Muhammed’in sünnetidir. Fakat devlet başkanı buna aykırı olmamak koşuluyla sınırlı yasama hakkına sahiptir. Medine Vesikası’nda bunu yansıtan maddeler bulunmaktadır. Medine Vesikası’nda yürütme ve yargı görevinin Hz. Muhammed (s.a.v)’in sorumluluğunda olduğu görülmektedir. Bu durumun İslam hukukuna uygun bir durum olduğunu belirtmekte fayda vardır. Ne var

<sup>78</sup> Zeynep Özkan, “Anayasa Hukukunda Bir Uzlaşma Metni Olarak Medine Vesikası”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 3, S. 5, s. 41.

<sup>79</sup> Hamidullah, 1995, s. 21.

<sup>80</sup> Özkan, 2016, s. 42.

<sup>81</sup> Özkan, 2016, s. 42-43.

<sup>82</sup> Küçük, Anayasa Hukuku, s. 33.

<sup>83</sup> Oktay Uygun, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 236; Adnan Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, Ankara, 2019, s. 25-26; Küçük, Anayasa Hukuku, s. 43-48.

ki, Medine Vesikası'nın uygulandığı dönemde yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirinden ayrı olmadığını görmekteyiz.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Medine Vesikası'nın klasik anayasacılık noktasında bir anayasal belge olarak değerlendirmek mümkün görünse de modern anayasacılık noktasında bunu söylemek pek mümkün değildir. Fakat başta Muhammed Hamidullah olmak üzere birçok mütefekkirin ifade ettiği gibi Medine Vesikası kurulan yeni devletin anayasası niteliğindedir. Günümüz anayasa formatına uymaması bu durumu değiştirmez. Ali Bulaç da konu ile ilgili, “...ben yazılı metin-belge olması hasebiyle ‘vesika’ denmesinin doğru olacağını düşünüyorum; ancak metin ruhu, yapılış şekli ve yöntemine göre tamı tamamına bir ‘sözleşme’dir” ifadesi ile konu hakkındaki görüşünü belirtmektedir<sup>84</sup>.

### C. Medine Vesikası'nda Adalet

Kur'an-ı Kerim ve Hz. Muhammed'in sünnetlerinin İslam hukukunun kaynaklarını / temelini oluşturduğu daha önce ifade edilmişti. Gerek Kur'an-ı Kerim, gerekse de hadisi şeriflerde adalet vurgusuna sık sık rastlanmaktadır. Maide Suresi 8. ayette: “Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutun, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Herhangi bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi adaletsiz davranmaya itmesin. Adaletli olun; bu, takvaya daha uygundur. Allah'tan korkun. Şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır”<sup>85</sup> emirlerinde adaletin önemine vurgu yapılmıştır. Şüphesiz bununla ilgili tek ayet bu değildir. Keza adaletle ilgili birçok hadisi şerif de bulunmaktadır. Dolayısıyla İslam Hukukunda adalet çok önemli bir husustur.

Hâl böyle iken, adalet konusunun Medine Vesikası'nda bulunmaması veya adaletin dillendirilmemesi mevzu bahis bile olamaz. Vesika'nın 13, 16, 22 ve 23. maddelerinde doğrudan veya dolaylı olarak adalet konusu ile ilgilidir. Vesika'nın 13. maddesinde; “Takva sahibi müminler saldırganlara, haksız bir fiil tasarlayanlara ve cürüm işleyenlere, bir hakka tecavüz edenlere, müminler arasında karışıklık çıkarmak isteyen kimselere karşı olacak ve bunlardan biri kendilerinden bir kişinin evlâdı bile olsa hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır”<sup>86</sup> hükmü bulunmaktadır. Bu maddeye göre bütün Müslümanların haksızlık ve suç işleyenlere karşı birlik olmayı; bunu yapanların çocukları olsa dahi karşısında dik durmayı ve adalete yardımcı olmalarını istemektedir. Belki günümüzde en çok sıkıntı yaşanan konulardan bir tanesi budur. Maalesef insanlar suç işleyen kendilerinden oldukları zaman, adaletin yerini bulmasına yardımcı olmadıkları gibi, adaletli bir neticenin olmasını da engellemektedir. Yaklaşık on dört asır önce kaleme alınan Medine Vesikası'nda bu konuda hüküm bulunması İslamiyet'te adalete ne kadar büyük bir önem verildiğini dolayısıyla da Vesika'nın anayasal yönünü ortaya koymaktadır. Elbette bu durumun vuku bulunmasında ilahi kaynağın unutulmaması gerekmektedir.

Vesika'nın 16. maddesinde; Yahudilerden Vesika'ya taraf olanların, zulme uğramayacaklarını, düşmana yardım etmemeleri şartıyla korunacakları ve adaletle

<sup>84</sup> Bulaç, 2020, s. 251.

<sup>85</sup> Kur'an-ı Kerim, Maide Suresi 8. Ayet

<sup>86</sup> Medine Vesikası 13. madde



muamele edilecekleri hükmü bulunmaktadır<sup>87</sup>. Aynı şekilde 22. maddede; iman etmiş bir Müslümanın, hiçbir şekilde katili himaye etmesi ve ona eman (emniyet, himaye) vermesinin helal olmayacağı dile getirilmiştir. Katilin himaye edilmemesi, dolayısıyla adaletle yardımcı olması hususunun altı çizilmiştir<sup>88</sup>.

Vesika'nın 23. maddesi de adalet ve çözüm merci konusunda hüküm ifade etmektedir. Aralarında anlaşmazlık bulunanların çözüm için Allah ve Hz. Muhammed (s.a.v)'e müracaat etmesi söz konusudur. Anlaşmazlıkların çözüm merci olarak merkezi otorite, yani Hz. Muhammed (s.a.v)'in adres gösterdiği görülmektedir<sup>89</sup>. İslamiyet'ten ve Medine Vesikası'ndan önce, kişiler veya kabileler arasında çıkan ihtilaflarda, güçlü olanın haklı olduğu, ya da kabile reisinin verdiği karara göre işlerin sonuçlandırıldığı söylenebilir. Buna karşın Medine Vesikası'yla beraber adaletin merkezi otorite dolayısıyla Hz. Muhammed eliyle sağlanmaya çalışıldığı neticesine varılmaktadır<sup>90</sup>.

İslam dini; adalet ve eşitlik, toplum vicdanını dikkate alan hoşgörü temelli bir toplum oluşturma amacını ilke edinmiştir. Bu sebeple farklı din ve milliyetlere mensup kabile ve kavimlerin Müslüman olmasına vesile olmuştur<sup>91</sup>. Dolayısıyla Medine Vesikası ilk İslam devletinin kuruluş evresinde hazırlanan anayasal veya uluslararası bir belge olduğu için Vesika'da adalet ve eşitlik olgusu çok önemli yer tutmuştur.

#### Ç. Medine Vesikası'nda İnanç Özgürlüğü

Din ve vicdan özgürlüğü konusu Vesika'nın 25/a. maddesinde ele alınmıştır. Mezkûr maddede Müslüman ve Yahudilerin ortak bir ümmetin parçaları oldukları ve herkesin dininin kendilerine oldukları anlamını çıkarmak mümkündür<sup>92</sup>. Bu maddeyle beraber Hristiyanlara, Yahudilere ve müşriklere de din ve vicdan hürriyetinin verildiğini söylemek mümkündür<sup>93</sup>. Medine Vesikası'nda kendine yer edinen din ve vicdan özgürlüğü, günümüzdeki anlamından çok farklı değildir. Hatta günümüz devletlerin anayasalarından daha iyi bir niteliğe ve niceliğe sahip olduğunu söylenebilir.

Medine Vesikası ile Yahudilerin de herhangi bir baskı altında kalmadan hür bir ortamda dinlerini istediği gibi yaşayabilecekleri kabul edilmiştir<sup>94</sup>. Medine'de bulunan tüm sosyal grupların din ve vicdan noktasında özgür olmaları Medine Vesikası'nın hukuki ve anayasal önemini artırmıştır. Modern dönemdeki tüm anayasalarda din ve vicdan konusunun ele alınması hususu, Medine Vesikası'nın bu anlamda anayasal bir görüntüye sahip olmasını sağlamıştır.

<sup>87</sup> Medine Vesikası 16. madde: Yahudilerden bize tâbi olanlar, zulme uğramadan ve onların düşmanlarıyla yardımlaşmadan yardımımıza hak kazanacaktır.

<sup>88</sup> Medine Vesikası 22. madde: Bu yazının içeriğini kabul eden, Allah'a ve ahiret gününe inanan bir müminin bir katile yardım etmesi ve ona sığınacak yer bulması helâl değildir; katile yardım eden veya sığınacak yer gösteren kimse kıyamet günü Allah'ın lânet ve gazabına uğrayacaktır ve artık kendisinden ne bir para ne de bir taviz kabul edilecektir.

<sup>89</sup> Medine Vesikası 23. madde: Üzerinde ihtilâfa düşülen konular Allah'a ve resulü Muhammed'e arz edilecektir.

<sup>90</sup> Çil, s. 244.

<sup>91</sup> Saruhan, s. 34.

<sup>92</sup> Medine Vesikası 25/a madde: Avfoğulları Yahudileri müminlerle birlikte bir ümmet teşkil eder. Yahudilerin dinleri kendilerine, müminlerin dinleri de kendilerinedir. Buna mevlâları da dâhildir.

<sup>93</sup> Suruç, s. 503.

<sup>94</sup> Yaman, s. 25.

#### D. Medine Vesikası'nda Vatandaşlık ve Ülke Savunması

Medine Vesikası'nda vatandaşlık konusu özellikle madde 1 ve 2'de anlaşılır bir şekilde ifade edilmiştir. Madde 1'de, Vesika'nın Mekkeli Müslümanlar, Medineli Müslümanlar ve onlara katılan insanlar için tanzim edildiğinden bahsedilmektedir<sup>95</sup>. Madde 2'de ise bunların bir ümmet oldukları ifade edilir<sup>96</sup>. Buradaki ümmet kavramı ile kast edilen din ve inanç anlamındaki ümmet değil, ortak bir alanda yaşayan farklı inanç ve değerlere sahip insanların bir araya getirdikleri topluluk kastedilmektedir. Bu durum eşit Medine vatandaşlığına tekabül eden ümmet diye tarif edilebilir<sup>97</sup>.

Medine Vesikası'ndan önce Medine'de ırk ve doğumla gelen bir kabilecilik anlayışı vardı. Hicretle beraber Hz. Muhammed (s.a.v), kişisel iradeye dayalı bir kardeşlik projesine imza atmıştır. Bu durum bir toplumsal sözleşme mahiyetindedir. Medine Vesikası ile ırk, milliyet, ten ve kabile ayrımı yapılmaksızın ortak bir iradeye dayalı ümmet kavramı oluşturulmuştur<sup>98</sup>.

Vesika'nın 24. maddesinde, Müslümanlar gibi Yahudilerin de savaş devam etmesi durumunda, masrafları kendilerinin karşılamaları gerektiği konusu ele alınmıştır. Ülke savunması noktasında mali anlamda tüm grupların sorumluluğunun olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>99</sup>. Tüm bunlarla beraber 44. maddede, Medine'ye yapılacak bir saldırı durumunda Müslümanlar ve Yahudiler iş birliği içerisinde birbiriyle yardımlaşacak ve şehir birlikte savunulacaktır<sup>100</sup>. Madde 45/a ve 45/b'de, karşılıklı yapılacak olan barış anlaşmalarına davete icabet edileceği ve bu konuda aynı haklara sahip olunacağı karar altına alınmıştır. Burada eşit vatandaşlığa dikkat çekilmiş olmakla beraber, her kesimin bulunduğu alanda gerekli savunma yapmaları sorumluluğu getirilmiştir<sup>101</sup>.

#### E. Medine Vesikası'nda Ülke ve Sınırları

Medine Vesikası'nda iç ve dış konular ile ilgili kararların yanı sıra, "ülke sınırları" ile ilgili hususun da ele alındığı görülmektedir<sup>102</sup>. Madde 39'da Yesrib (Medine)Vadisinin olduğu alanın mukaddes olduğu ifade edilerek, Vesika ile bir araya gelmeyi kabul eden insanların oluşturduğu ülkenin sınırları dile getirilmiştir<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> Medine Vesikası 1. madde: Bu Vesika, Peygamber Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli müminler ve bunlara tâbi olanlarla sonradan onlara katılmış olanlar ve onlarla beraber cihat edenler için düzenlenmiştir.

<sup>96</sup> Medine Vesikası 2. madde: Bunlar, diğer insanlardan ayrı ve tek bir ümmet teşkil eder.

<sup>97</sup> Çil, s. 241.

<sup>98</sup> Saruhan, s. 39.

<sup>99</sup> Medine Vesikası 24. madde: Yahudiler müminler gibi savaş devam ettiği müddetçe savaş masraflarını kendileri karşılayacaktır.

<sup>100</sup> Medine Vesikası 44. madde: Bu vesikada zikredilen kişiler Yesrib'e saldıracak olanlara karşı yardımlaşacaktır.

<sup>101</sup> Medine Vesikası 45/a ve 45b maddeleri: Eğer Yahudiler, Müslümanlar tarafından barış antlaşması yapmaya veya barış antlaşmasına katılmaya davet olunursa bunu kabul edip anlaşmaya iştirak edeceklerdir. Eğer Yahudiler Müslümanlara aynı şeyleri teklif edecek olursa müminler de aynı sorumlulukları yerine getireceklerdir. Din uğruna yapılacak savaşlar bu hükümlere tâbi değildir. / Medine'deki her zümre şehrin savunmasında kendine ait bölgeden sorumludur.

<sup>102</sup> Şen, s. 585.

<sup>103</sup> Medine Vesikası 39. madde: Yesrib vadisi bu sahîfede adı geçenler için mukaddes bir yerdir.

Vesika'nın muhtelif yerlerinde, ülkeye yapılacak saldırılarda yükümlülükler konusu ele alınmıştır. Tüm sosyal blokların (Müslüman, Yahudi, Arap müşrikler, vd.) belirlenen ülke sınırlarına saldırı durumunda eşit sorumluluk taşıdıkları hüküm altına alınmıştır. Böylece mukaddes ve dokunulmaz görülen ülke sınırlarının sınırlarına açıklık getirilmiş ve sınırlar netleştirilmiştir<sup>104</sup>.

#### F. Medine Vesikası'nda Suçun ve Sorumluluğun Şahsiliği

Vesika'nın birkaç maddesinde suçun şahsiliği ve sorumluluğu konusuna vurgu yapıldığını görülmektedir<sup>105</sup>. Madde 25/b'de; suç işleyen ve yanlış bir davranışta bulunan bir kişinin, kendine ve ailesine zarar vereceği hüküm altına alınmıştır<sup>106</sup>. Bununla beraber, madde 36/b'de de buna destekler mahiyette bir hüküm vardır. Buna göre adam yaralamanın intikamının yasaklanmadığı, aynı şekilde adam öldürme durumunda kendini ve ailesini sorumluluk altına sokulduğu ifade edilmiştir. Aksi durumda haksız bir durumun vuku bulacağı ve Allah'ın buna uygun davranışlarla beraber olduğu vurgulanmıştır<sup>107</sup>. Servet Armağan, Enam Süresinin 6. ayetinde; *"Herkesin kazandığı yalnız kendisine aittir, hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez"* hükmünün bu konuya uygun bir durum olduğunu ifade etmiştir<sup>108</sup>.

Günümüz anayasalarından da bu husus çokça dile getirilmiştir. Suçun şahsiliği konusu, modern hukukta olmazsa olmazlarından. Suçun şahsiliğindeki amaç, bir bireyin yapmadığı fiilden dolayı ceza almamasıdır<sup>109</sup>. Bundan dolayı konunun Medine Vesikası'nda kendine yer edinmesi büyük önem arz etmektedir.

#### G. Yargı ve Çok Hukuklu Yapı

Bir anayasal düzende en önemli konulardan biri de yargı, diğeri de uygulanacak hukukî normlardır. Yargı, kuvvetler ayrılığı bağlamında devletin üç temel kuvvetinden biridir.

Yargısal ihtilafların giderilmesi her bir toplumsal kesime verilmiştir. Vesika'nın 23. 25. ve 36. maddelerine göre, herhangi birinin bir suç işlemesi halinde, suçlunun velisi, önce durumu kabile reisine bildirecek kabile reisi kendi gelenek ve adetlerine göre yargılayacaktır; bu durumda doğrudan devlet reisine gitmeyecektir. Fakat bir suç Müslümanlar arasında veya kabile üyeleri arasında meydana gelmişse ve kabileler arası bir ihtilaf doğuruyorsa o zaman mesele doğrudan devlet reisine arz edilecektir. Yahudiler de aynı hükümlere tabidir. İki Yahudi arasında cereyan eden bir hadise

<sup>104</sup> Karaman, s. 72.

<sup>105</sup> M. Kazım, Yılmaz, "İslam Devletinin İlk Anayasası: Medine Vesikası", <https://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=977>, (01.03.2021).

<sup>106</sup> Medine Vesikası 25/b. madde: Haksızlık yapan veya suç işleyen kimse yalnız kendine ve aile fertlerine zarar vermiş olacaktır.

<sup>107</sup> Medine Vesikası 36b. madde: Bir yaralamanın intikamını almak yasak edilmeyecektir. Bir adam öldüren kimse yalnız kendini ve aile bireylerini sorumluluk altına sokmuş olur. Bu sorumluluktan kaçmak haksızlıktır. Allah bu kurallara riayet edenlerle beraberdir.

<sup>108</sup> Servet Armağan, "İlk Yazılı Anayasa: Medine Vesikası", <http://www.siyervakfi.org/dokuman/iman-sehri-medine/ders-7-prof-dr-servet-armagan.pdf>, (10.03.2021).

<sup>109</sup> Kayıhan İçel, "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, C. 0, S. 7, s. 630.

Yahudilik hükümlerince karara bağlanacak fakat taraflardan herhangi biri toplumun farklı kesiminden ise durum doğrudan devlet başkanına iletilecektir. Gerçekte devlet reisine bu yolda arz edilen meseleler çok değilse de Vesika bütün kabileler için her konuda tam bir güven sağlamış olmaktadır<sup>110</sup>.

Bütün yargısal ihtilaflarda nihaî olarak karara bağlama (bir nevi temyiz) yetkisi devlet başkanına aittir. Vesika'nın 23. 25. 36. maddelerine göre, devlet Başkanı, ordu komutanı, Müslümanlar arasındaki uyuşmazlıklarda olağan, toplumsal kesimler arası uyuşmazlıklarda da nihaî yargı mercii olarak Hz. Muhammed gösterilmektedir

Uygulanacak hukuk sistemi bakımından da her bir toplumsal kesim öncelikle kendi hukukuna tabidir. Bu sebeptir ki, Vesika'nın sağladığı bir diğer önemli imkân da her inanç sahibinin istediği hukuk sistemiyle yargılanma imkânına sahip olmasıdır<sup>111</sup>. Bu düzenlemeye göre, suç işleyen Müslümanlar için Kur'an'ın ilgili hükümleri uygulanacak, diğer din mensupları da kendi dini hukuklarına göre yargılanacaklardır. Bu durum Vesika'nın 25. maddesinde dolaylı olarak anlatılmaktadır<sup>112</sup>.

Hz. Muhammed, bütün toplumsal kesimlere ilişkin bir ihtilaf önüne geldiğinde, onları muhayyer bırakarak önce şunu sormuştur:

- "Size neye göre hüküm vermemi istersiniz, Kur'an-ı Kerim'e göre mi, yoksa Tevrat'a göre mi"? Bu düzenlemeye göre, Hz. Muhammed'in, bir "hâkim" değil, "hakem" konumunda olduğu belirtilmiştir<sup>113</sup>. Gayr-ı Müslimlerin ahval-i şahsiye konularında kendi hukukları ile başbaşa bırakılmaları yönündeki temayül ve uygulamalar, o günden itibaren İslam Hukukunun bir parçası haline gelmiş ve Osmanlı Devleti'nin son zamanlarına kadar tatbik imkânı bulmuştur<sup>114</sup>.

Vesika'nın, adaletin tevzii ve adli işlerin idaresi konusuna ilişkin getirdiği düzenlemeler gerçek bir inkılâp teşkil etmektedir<sup>115</sup>. Çünkü Vesika'nın uygulamaya konulmasından önceki dönemlerde adalet ferdi bir mesele olarak görülmekteydi. Haksızlığa uğrayan bir kişinin kendi kabilesi ve dostlarından başka yardımcısı yoktu. Anayasaya konulan maddelerle adalet artık merkezi bir mesele haline gelmiştir<sup>116</sup>. Bu da göstermektedir ki Vesika, kabul edilmesiyle birlikte yeni bir devletin kurulmasına da öncülük ederek kurucu anayasa niteliğine sahip olmuştur.

## H. Medine Vesikası'nın Yürürlük Maddeleri

Medine Vesikası'nda iki yürürlük maddesi mevcuttur<sup>117</sup>. Bunlar 46 ve 47. maddelerdir. Madde 46'da Vesika'da sözü edilen kişiler için oluşturulan şartların, Evs Yahudilerinin ve onların koruması altında bulunanlar için de geçerli olduğu, söz konusu

<sup>110</sup> Hamidullah, 2012, s. 92-93.

<sup>111</sup> Akarsu, s. 425.

<sup>112</sup> Özkan, 2018, s. 49.

<sup>113</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 222; Ali Bulaç, "Medine Vesikası", *Yeni Ümit D.*, Yıl 17, S. 68, <http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/medine-vesikasi>, (ET.: 05.02.2013).

<sup>114</sup> Fendoğlu, Anayasal derinlik, s. 222.

<sup>115</sup> Hamidullah, 1995, s. 207.

<sup>116</sup> Hamidullah, 2012, s. 84.

<sup>117</sup> Armağan, (10.03.2021).

şartların tam ve sıkı bir şekilde korunacağı ifade edilmiştir. Ayrıca buna aykırı davranılmayacağı ve Allah'ın Vesika'da bulunan maddelere riayet edenlerle beraber olacağı müjdelenmiş<sup>118</sup>.

Madde 47'de ise, haksızlık yapanların ve suç işleyenlerin cezalandırılması ile ilgili Vesika'nın tavrı dile getirilmiştir. Gerek savaşa çıkanların gerekse de Medine'de kalanların emniyette olmaları; fakat haksızlık yapan ve suç işleyenlerin buna dâhil olmadıklarının altı çizilmiştir. Allah ve Hz. Muhammed (s.a.v)'in himayelerinin, Vesika'ya karşı sadık olanlar ile Vesika'yı koruyanlar üzerine olacağı belirtilmiştir.<sup>119</sup>

## SONUÇ

Medine Vesikası'nı, anayasa hukuku bağlamında inceleyen bu çalışmamızın sonuç kısmına gelmiş bulunuyoruz. Vesika'nın, Mekkeli ve Medineli Müslümanlarla beraber, Yahudi ve Medineli müşriklerle ile diğer sosyal bloklar arasında yapılan bir sosyal ve siyasi sözleşme olduğu değerlendirilmektedir. Bu sözleşmede hiçbir grubun hiçbir baskı altında kalmadan, sahip oldukları farklılıklarıyla kendilerini ifade ettikleri ve tüm konuların müzakereler sonucunda ve tam bir konsensüs ile ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Daha önce hiçbir siyasi yapı ve oluşumun olmadığı Medine'de bir devletin kurulacağını müjdeleyen bu sözleşme, çoğulcu toplum yapısını işaret etmiştir. Çünkü Medine Vesikası'na taraf olan hiçbir grubun baskı ve diğer yöntemlerle sisteme adaptasyonu söz konusu değildir. Bu sosyal bloklar Vesika'dan önce olduğu gibi varlıklarını sürdürecektir, sadece siyasi bir oluşumun yapıtaşlarından olacak ve ülkenin savunması noktasında bir birliktelik sağlayacaklardır.

Medine Vesikası sadece İslam tarihi ve hukuku için değil, anayasa ve anayasa hukuku açısından da önemli bir belge niteliğindedir. Medine Vesikası'nın, Medine Şehir Devleti'nin temelini atması hasebiyle bir anayasallık yönü olduğunu söylemek pek tabiidir. Hatta Muhammed Hamidullah'ın Medine Vesikası için "ilk İslam Devleti anayasası" ve "dünyada ilk yazılı anayasa" nitelendirmeleri kanaatimizce çok haklı ve yerindedir. Bununla beraber Batı kaynaklarında "Medine anayasası" şeklinde lanse edilmektedir. Özellikle yapılış şekli ve kullanılan dil bu durumu destekler mahiyettedir. Bu da Medine Vesikası'nın önemini bir kat daha artırmıştır.

Vesika'da adalet, din ve vicdan özgürlüğü, ülke sınırları, ülke savunması, vatandaşlık ve suçun şahsiliği gibi konuların ele alınması anayasa hukuku çerçevesinde Vesika'nın önemini artırmıştır. Bununla birlikte iktidarın sınırlandırılması ve kurulacak devletin statüsü gibi konuların varlığı anayasa görüntüsü verse de daha çok bir siyasal sözleşme niteliğindedir. Günümüzdeki anayasa formatına tam olarak uymamasına rağmen, maddi olarak bir anayasal belge niteliğindeki sözleşme olarak görebiliriz.

<sup>118</sup> Medine Vesikası 46. madde: Bu sahifede adı geçenler için konulan şartlar hem Evs yahudilerine hem de onların mevlâlarına sahifede adı geçen kimseler tarafından tâvîzsiz bir şekilde uygulanır. Kurallara mutlaka uyulacak ve asla aykırı hareket edilmeyecektir. Haksız kazanç sağlayanlar sadece kendilerine zarar vermiş olurlar. Allah bu sahifede gösterilen maddelere en doğru ve en mükemmel şekilde riayet edenlerle beraberdir.

<sup>119</sup> Medine Vesikası 47. madde: Bu Vesika haksız bir icraatta bulunan veya suç işleyenlere ayrıcalık sağlamaz yahut cezalandırılmasına engel olmaz. Savaş için yola çıkanlar da Medine'de kalanlar da emniyet içinde olacaktır; haksız bir fiil ve suç işlenmesi hali müstesnadır. İyilik yapanlar ve sorumluluğunun bilincinde olanlar Allah ve resulünün himayesi altındadır.

Elbette tüm bunları söylerken günümüzdeki anayasa kavramı çerçevesindeki düşünce temel alınmıştır. Belki o günün şartlarında değerlendirmek mümkün olsaydı, Medine Vesikası'ndan daha iyi bir anayasa olmazdı diye düşünebiliriz. Zira Medine Vesikası, henüz ortada bir devlet veya bağlacı bir otorite de yokken hatta dünyada kendisinden önce örneği olmayan varsa da pozitif metin olarak ulaşılamayan bir durumdayken düşünülmüş ve hazırlanmıştır. Keza Magna Carta'dan yaklaşık 6 asır önce kabul edilmiştir. Dolayısıyla Vesika bu zaviyeden değerlendirilmelidir.

Medine Vesika'sı, on dört asır önce tüm farklılıklarıyla insanları bir araya getirmeyi başarmıştır. Keza Vesika, farklı sosyal blokları adil ve hür şartlarda ele alarak onları baskıya veya asimilasyona tabi tutmadan eşitlik ilkesi ile ele alarak Vesika'ya taraf olanların tüm haklarını güvenceye almıştır. Bu demokratik ve çoğulcu anlayış Vesika'ya doğrudan yansiyarak Vesika hazırlanmıştır. Medine Vesikası ile ortak ve bir arada yaşanabilirliği ispat edilmiş olan çok hukuklu ve çok kültürlü İslam toplumu anlayışı, bugün etnik çatışmalar ve kültürel dışlamalardan dolayı savaşların yaşandığı bir dünyaya çözüm olarak örnek gösterilebilecek niteliktedir. Kanaatimizce Vesika'nın, günümüz dünyasına vereceği çok mesaj ve doğal olarak da dünya devletlerinin alması gereken birçok ders vardır. Umulur ki, Medine Vesikası anayasa değişikliği sürecini yaşaması muhtemel Türkiye ve dünya devletleri için ilham kaynağı olur.

**KAYNAKÇA**

Akarsu, Murat, "Medine Sözleşmesinin Anayasallığı", Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi, C. 1, S. 2, 2018, s. 410-428.

Akbaş, Mehmet, "Muhâcirûn Muhâcirûn-Ensâr Kardeşliğinin Serüveni", İstem Dergisi, S. 15, 2010, s. 61-77.

Akgündüz, Ahmet, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, 3. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 1991.

Allahdad, Abdulhakim, "Medine Vesikası ve Türkiye'de Vesikanın Ekseninde Yapılan Tartışmalar", Uluslararası Lisansüstü Çalışmalar Kongresi, C. 4, 2019, s. 117-134.

Armağan, Servet, "İlk Yazılı Anayasa: Medine Vesikası" <http://www.siyervakfi.org/dokuman/iman-sehri-medine/ders-7-prof-dr-servet-armagan.pdf>, (10.03.2021).

Arslan, Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, 1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2020.

Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Aydın, Hakkı, "İslam Hukuku, Devlet ve Ahkam-ı Sultaniye İlişkisi", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2001, s. 56-79.

Aydın, M. Akif, TDV İslâm Ansiklopedisi (Anayasa), 3. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991.

Berber, Emre, "Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.26, 2016, s. 461-492.

Bulaç, Ali, "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar (I)", Birikim Dergisi, S. 47, 1993, s. 40-46.

Bulaç, Ali, Medine Sözleşmesi, 1. Baskı, Çıra Yayınları, İstanbul, 2020.

Bulaç, Ali, "Medine Vesikası", *Yeni Ümit D.*, Yıl 17, S. 68, <http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/medine-vesikasi>, (05.02.2021).

Caetani, Leone, İslam Tarihi, Çev. Hüseyin Cahid, C. 3, İstanbul, 1924-1927.

Çınar, M. Akif. "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)", İBAD Sosyal Bilimler Dergisi, S. 5, 2019, s. 89-100.

Çil, Halit, "Bir Arada Yaşama Projesi Olarak Medine Vesikası ile Hz. Peygamber'in Farklılıkları Yönetme Becerisi", Toplum-Birey İkileminde Ortak Değerler ve Farklılıklar Sempozyumu, C. 2, 2020, s. 236-249.

Doğan, Bayram, Asli ve Tali Kurucu İktidar Yetkisi Bağlamında Türkiye'deki Anayasaların Yapım Süreci, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2013.

El-Gindi, Kamil Muhammed/Kılınç, Ahmet, "Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği", İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 12, 2008, s. 201-206.

- Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Orion Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.
- Ersöz, Resul, “Kur’an’a Göre “Hak” ve “Adalet” Kavramları Bağlamında İslam Toplumun İctimai Değerleri”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 18, S. 2, 2016, s. 1-27.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Hamidullah, Muhammed, İslâm Peygamberi, Çev. Salih Tuğ, 1. Baskı, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1995.
- Hamidullah, Muhammed, Hz. Peygamber Döneminin Siyasi-İdari Belgeleri, Çev. Vecdi Akyüz, 1. Baskı, Kitapevi Yayınları, İstanbul, 2002.
- Hamidullah, Muhammed. İslam Anayasa Hukuku, Çev. Vecdi Akyüz, 2. Baskı, Beyan Yayınları, İstanbul, 2012.
- İçel, Kayıhan, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 0, S. 7, 2016, s. 621-635.
- Kahraman, Abdullah, “İdealist Bir İslam Hukukçusu: Abdülvehhap Hallaf(1888-1956)”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.6, 2005, s. 337-346.
- Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, 5. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Kelebek, Mustafa, “İslam Hukuk Felsefesi Açısından Medine Vesikası”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 4, 2000, s. 325-374.
- Kibar, Ahmet Fevzi. “Anayasal Bir Belge Olarak Medine Vesikası”, <https://ahmetfevzikibar.com/anayasal-bir-belge-olarak-medine-vesikasi/>, (03.04.2021).
- Küçük, Adnan, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Orion yayınları, Ankara, 2013.
- Küçük, Adnan, “Salt Korkular Üzerine Sözleşme Yöntemiyle Demokratik Bir Anayasa İnşa Edilemez”, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 16, S. 63, Yaz 2011 s. 129–140.
- Küçük, Adnan, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 31, Yıl 2017, s. 259-314.
- Küçük, Adnan, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, Ankara, 2019.
- Lecker, Michael, The Constitution of Mecaedina: Muḥammad’s First Legal Document, New Jersey, 2004.
- Ovacı, Vahap, “İslam Hukukunun Karakteristik Özellikleri”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.7, S.7, 2015, s. 69-80.
- Özkan, Mustafa, Medine Vesikası/Anayasası ve Birlikte Yaşama, 1. Baskı, Fecr Yayınları, Ankara, 2018.
- Özkan, Mustafa, TDV İslam Ansiklopedisi (Medine Vesikası), 3. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2019.



Özkan, Zeynep, “Anayasa Hukukunda Bir Uzlaşı Metni Olarak Medine Vesikası”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 5, 2016, s. 37-48.

Saruhan, Merve Nur, Evrensel İnsan Hakları Açısından İslam’da Devlet Tebaa İlişkisi: Medine Toplumu Örneği, Fatih Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

Selçuk, Engin, “İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi “Anayasa Hukuku” Ders Kitabı”, <http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/anayasahukukuau201.pdf>, (07.03.2021).

Sosyal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

Sönmez, Abidin, Resulullah’ın Diplomatik Münasebetleri, 2. Baskı, İnkılab Yayınları, İstanbul, 2007.

Suruç, Salih, Kâinatın Efendisi Peygamberimizin Hayatı Mekke Devri, 1. Baskı, Yeni Asya Neşriyat Yayınları, İstanbul, 1983.

Şen, Murat, “Anayasal Bir Belge Olarak Medine Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 555-609.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 24. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Tuğ, Salih, İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (XIX ve XX. Asırlar), 1. Baskı, İrfan Yayınları, İstanbul, 1969.

Tunç, Hasan / Yavuz, Bülent / Bilir, Faruk, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

Türcan, Talip, TDV İslâm Ansiklopedisi (Şûra), 2. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

Uygun, Oktay, Devlet Teorisi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Yaman, Ömer Faruk, İnsan Hakları Perspektifinden Medine Vesikası ile Magna Carta’nın Karşılaştırılması, Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Yılmaz, Musa Kazım, “İslam Devletinin İlk Anayasası: Medine Vesikası”, <https://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=977>, (01.03.2021).

## İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ TEORİSİ İŞİĞİNDA SOSYAL MEDYADA NEFRET SÖYLEMİNİ DÜZENLEMENİN ZORLUKLARI\*

Biruk PAULOS\*\*

Dr. Öğretim Üyesi Seydi ÇELİK\*\*\*

### ÖZ

Uluslararası insan hakları belgeleri herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu ilan etmesine rağmen, bugün birçok ülkede nefret ve şiddeti körükleyen konuşma da dahil olmak üzere sosyal medyada belirli ifade biçimlerini sansürleyen veya sınırlayan yasalar bulunmaktadır. Bazı serbest konuşma savunucuları, zararlı konuşmaya en iyi yanıtın, farklı fikirlerin herhangi bir konuşmaya özgürce meydan okumasına izin veren tartışmalar olduğu düşüncesiyle hiçbir ifadenin kısıtlanmadığı açık bir fikir pazarını tercih eder. Yine de bazıları, sosyal medyada nefret söylemi üzerindeki kısıtlamaların, azınlık topluluklarını bu konuşmanın neden olduğu zararlardan korumak için çok önemli olduğunu savunuyor. Nefret söylemi, özgür konuşmanın sınırlarını test eden çok karmaşık bir soruyu gündeme getiriyor. Bu nedenle, ifade özgürlüğünü destekleyen teorilere dayanarak, bu makale, sosyal medyada nefret söylemi üzerindeki düzenleyici ikilemi, düzenleyici süreci çerçeveleyen argümanları ve zorlukları inceleyerek analiz etmeye çalışmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İfade Özgürlüğü, Nefret Söylemi, Sosyal Medya.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20/04/2021

Kabul Edildiği Tarih: 07/05/2021

\*\* Dilla University, School of Law, Doktora Öğrencisi (PhD)

E-Mail: brookcanada2017@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6059-972X

\*\*\* Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: seydi.celik@kocaeli.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1224-9877

## THE CHALLENGES OF REGULATING HATE SPEECH ON SOCIAL MEDIA IN LIGHT OF THE THEORY OF FREEDOM OF EXPRESSION

### ABSTRACT

Despite the fact that international human rights documents stipulate that everyone has the right to freedom of thought and expression, many nations nowadays have laws that restrict or ban some forms of social media expression, such as speech that provokes hatred and violence. Some free speech advocates prefer an open market of ideas where no expression is restricted thinking that the best answer to harmful speech is discussions that allow different ideas to challenge any speech freely. Other scholars, on the other hand, contend that regulating hate speech on social media is crucial for protecting minority populations from the damages that such speech can inflict. Hate speech poses a difficult question that blurs the lines of free expression. Thus, based on the theories that underpin freedom of expression, this piece of work strives to analyze the regulatory dilemma on hate speech on social media by exploring the arguments and challenges that frame the regulatory process.

**Keywords:** Freedom of Expression, Hate Speech, Social Media.

## INTRODUCTION

Hate speech on social media is a legal issue that has sparked debate on both an international and national scale.<sup>1</sup> Some scholars claim that hate speech is a form of free speech that deserves legal protection, while others say that hate speech should not be included in the definition of free speech.<sup>2</sup> For governments attempting to regulate hate speech, striking a balance between hate speeches on the one hand and freedom of expression on the other has proven difficult.<sup>3</sup> Countries all over the world struggle to strike a balance between the freedom of expression required for a democratic society and the prevention of harm to individuals or minority groups as a result of hate speech.<sup>4</sup> Survivors of massive massacres and other human rights crimes, particularly those belonging to minority groups and indigenous peoples, continue to be threatened in many parts of the world.<sup>5</sup> The rising incidence of attacks against immigrants and other minorities has sparked new concerns about the link between online hate speech and actual violence.<sup>6</sup> Hate speech and hate crimes are on the rise all around the world, owing to shifting political climates and rising social media violence.<sup>7</sup> While hate speech on social media is on the rise in many nations, the hazards of violence, political repression, and mass murder directed against certain groups of people have appeared, or the possibility of such events occurring is

<sup>1</sup> J. Walker, *Hate Speech and Freedom of Expression: Legal Boundaries in Canada*, Legal and Social Affairs Division, 2018, June 29. Retrieved from Library of Parliament: [https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/201825E#ftn2](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201825E#ftn2) (26.11.2020).

<sup>2</sup> See, F. Schauer, *İfade Özgürlüğü: Felsefi bir inceleme*, Çev. B. Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002; See, O. Uygun, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", *Türkiye'de İfade Özgürlüğü*, (Ed. T. Koçak, T. Doğan, Z. Kutluata) bgst yayınları, İstanbul, 2009, ss.15-67; See, K. Şahin, *İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları*, XII. Levha yayınları, İstanbul, 2009.

<sup>3</sup> R. Apalara, "Striking a Balance: Freedom of Expression and the Prohibition of Hate Speech and Offensive Remarks", *Social Science Research Network (SSRN)*, 1-76, 2017, s.2. Retrieved June 7, 2020, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3035410](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035410), (7.10.2020).

<sup>4</sup> M. Y. Dalkılıç, "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobyaya: L'Express Dergisi Örneği", *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi*, 1(1), 89-109, 2018, s.90. Retrieved February 20, 2021, from <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/496944>, (9.12.2020); Silvana Neshkovska, Z. T. *The Essential of Hate Speech*. IJET, 2018.

<sup>5</sup> Cease Fire Centre for Civilian Rights, *Peoples under Threat 2019*, Minority Rights Group International, 2019.

<sup>6</sup> V. Pejchal, "Hate Speech Regulation in Post-Communist Countries: Migrant Crises in the Czech and Slovak Republics", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 7(2), 2015, 58-74; Ayşe Kalav- Aliye Bilge Certel Fırat, "Amerikan Sosyal Medyasında Göçmen Karşıtlığı ve Dijital Nefret Söylemi: Twitter Özelinde Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 22, 2017, pp.2209-2222. Retrieved February 20, 2021, from <https://iibfdergi.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/352/files/yil-2017-cilt-22-sayi-kayfor15-yazi42-30122017.pdf> (9.12.2020)

<sup>7</sup> C. George, *Ethical Journalism Network*, 2020, June 3. Retrieved from *Hate Speech: A Dilemma for Journalists the World Over*: <https://ethicaljournalismnetwork.org/resources/publications/ethics-in-the-news/hate-speech> (5.11.2020); Timur Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, pp.2693-2701, 2017. Retrieved February 20, 2021, from <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/3-TIMUR-DEMIRBAS.pdf> (19.12.2020).

increasing.<sup>8</sup> While social media has benefited the global community in many ways, it has also been used to spread hate speech. Dehumanizing language and open incitement to mass murder have been used on social media platforms such as Facebook and Twitter in Myanmar, adding to the widespread targeting of the Muslim Rohingya minority.<sup>9</sup> Following Ethiopia's sweeping democratic change in 2018, the spread of hate speech and disinformation on social media aimed at ethnic and religious minorities has resulted in widespread sectarian violence, mass murder, and millions of people being internally displaced.<sup>10</sup> Online hate speech and provocation have fueled cycles of atrocities between Christians and Muslims in the Central African Republic (CAR) in recent years.<sup>11</sup> Hate speech against religious and ethnic minorities has penetrated Turkey's mainstream media, posing a threat to the country's social peace.<sup>12</sup> Hate speeches, which are the dominating news discourse in Turkish news media, have reinforced anti-Semitism, homophobia, and racism in the country, according to a research article.<sup>13</sup> In Turkey, hate crimes targeting dissident groups are on the rise, and political hate speech could be a catalyst for this trend.<sup>14</sup> Hate speech on social media has also contributed to xenophobia, discrimination, and marginalization of Syrian refugees in Turkey.<sup>15</sup> Rumors shared over WhatsApp and hate speech has led to a series of gang attacks against Muslims in India, where social media

- 
- <sup>8</sup> European Parliament. The Role Of Social Media In Ethnic Conflicts, 2018, November 6, Retrieved from Parliamentary questions: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005636\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005636_EN.html) (17.8.2020).
- <sup>9</sup> E. Irving, "Suppressing Atrocity Speech on Social Media", Symposium on Non-State Actors and New Technologies in Atrocity Prevention. *Ajil Unbound*, 113, pp.256-261, 2018, p.257.
- <sup>10</sup> C. Maas, Ethiopia Parliament Passes Law Punishing Hate Speech, 2020, February 15. Retrieved from Jurist.org: <https://www.jurist.org/news/2020/02/ethiopia-parliament-passes-law-punishing-hate-speech/> (9.12.2020).
- <sup>11</sup> OHCHR, Preventing Incitement to Hatred and Violence In the Central African Republic. 2019, May 29, Retrieved from United Nations Human Rights Office of the High Commissioner: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/PeacekeepersDay2019.aspx> (9.2.2021).
- <sup>12</sup> H. E. Arcan, "Interrupted Social Peace: Hate Speech in Turkish Media", *The IAFOR Journal of Media, Communication and Film*, 1(1), 2013, 43-56; B. G. Dural, Othering Through Hate Speech: The Turkish-Islamist (V)AKIT Newspaper as a Case Study", *Turkish Studies*, 13(3), 2012, pp. 489-507. doi:<http://dx.doi.org/10.1080/14683849.2012.715482>
- <sup>13</sup> Ş. Balcı- A. Gölcü, "Hate Speech In Turkish And Israel Press: A Comparison Analysis Of Mavi Marmara Raid", In 9 th International symposium communication in the millennium, pp. 272-290, San Diego, San Diego State University, 2011 May 22-25. [https://www.researchgate.net/publication/289506459\\_Hate\\_Speech\\_in\\_Turkish\\_and\\_Israel\\_Press\\_A\\_Comparison\\_Analysis\\_of\\_Mavi\\_Marmara\\_Event](https://www.researchgate.net/publication/289506459_Hate_Speech_in_Turkish_and_Israel_Press_A_Comparison_Analysis_of_Mavi_Marmara_Event) (9.2.2021); Hülya Öztekin, "Yeni Medyada Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük Örneği", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8(38), pp. 925-936, 2015, p.926 et al. Retrieved February 20, 2021, from [https://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi38pdf/6iksisat\\_kamu\\_isletme/oztekinhulya.pdf](https://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi38pdf/6iksisat_kamu_isletme/oztekinhulya.pdf) (9.9.2020)
- <sup>14</sup> B. Perry- D. Akça- F. Karakuş- M. F. Baştuğ, "Planting Hate Speech to Harvest Hatred: How Does Political Hate Speech Fuel Hate Crimes in Turkey?" *International Journal for Crime Justice and Social Democracy*. 9(2), Advance online publication, pp. 1-17, June 2020.
- <sup>15</sup> T. Yazıcı, "Yeni Medyanın Nefret Dili: Suriyeli Mültecilerle İlgili Ekşi Sözlük Örneği", *Global Media Journal TR Edition*, 7(13), 2016, pp. 115-136. Retrieved February 19, 2021, from <https://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/T%C3%BClay%20YAZICI.pdf> (16.2.2021).

has depicted an aggressive and privileged Hindu nationalism.<sup>16</sup> Similarly, rumors on social media spurred anti-Muslim gang violence in Sri Lanka last year, which were reignited following ISIS's Easter Sunday church and hotel bombings in April 2019.<sup>17</sup> Al-Shabaab has utilized Twitter and Facebook to spread hate speech propaganda and recruit supporters in Somalia, where mobile phone usage has steadily expanded in recent years.<sup>18</sup> In Sudan, social media, which has been outlawed but is nonetheless available through virtual private networks (VPNs), has played a key role in recruiting and organizing demonstrators around an iconic video of a young female activist that has gone viral around the world.<sup>19</sup> The perpetrators of recent white nationalist crimes in the United States have frequented online racist communities and used social media to publicize their crimes.<sup>20</sup> In June 2015, the Charleston church shooter, who killed nine black clergy and congregants, began a process of self-discovery that led him to conclude that achieving white supremacy required murder.<sup>21</sup> Hate speech on social media in Germany has resulted in significant violence against some minorities, particularly immigrants and refugees.<sup>22</sup> In March 2019, a far-right terrorist attack in Christchurch, New Zealand, was carried out using social media.<sup>23</sup> Radio, print media, SMS messaging, and even lyrics were once used to propagate nasty, threatening, and biased messages.<sup>24</sup> Today, social media platforms such as Facebook, Twitter, YouTube, Instagram, and a variety of internet news sites are being utilized to promote hate speech in novel ways.<sup>25</sup> Many legal issues have arisen as a result of hate speech on social media, including what constitutes hate speech, who should control social media, and to what degree hate speech should be regulated. While some countries ban all forms of hate speech and have laws governing social media, others allow social media

<sup>16</sup> P. Thompson- R. Itaoui- H. Bazian, "Islamophobia in India: Stoking Bigotry", Berkeley: Islamophobia Studies Center, 2019. Retrieved March 21, 2020, from <https://irdproject.com/wp-content/uploads/2019/04/Islamophobia-in-India-Web-Spread.pdf> (9.12.2020).

<sup>17</sup> AFP, Hate speech in focus again: Facebook apologises for role in 2018 Sri Lanka unrest, 2020, May 13. Retrieved from <https://www.deccanchronicle.com/technology/in-other-news/130520/hate-speech-in-focus-again-facebook-apologises-for-role-in-2018-sri-l.html> (2.10.2020).

<sup>18</sup> HRW, Human Rights Watch. 2018, Retrieved from Somalia: Events of 2018: <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/somalia> (9.12.2020)

<sup>19</sup> US Department of State, Sudan 2018 Human Rights Report, 2019, March. Retrieved from <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/03/Sudan-2018.pdf> (15.10.2020).

<sup>20</sup> ALA, American Library Association. Retrieved from Hate Speech and Hate Crime, 2017, December. <http://www.ala.org/advocacy/intfreedom/hate> (9.12.2020).

<sup>21</sup> Z. Laub, "Council on Foreign Relations. Retrieved from Hate Speech on Social Media", Global Comparisons, 2019, June 7: <https://www.cfr.org/backgrounder/hate-speech-social-media-global-comparisons> (12.9.2020).

<sup>22</sup> K. M. Schwarz, "Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime", SSRN Electronic Journal, pp.1-85, 2019, November 3.

<sup>23</sup> L. Matthew- P. B. Williams, "Hate in the Machine: Anti-Black and Anti-Muslim Social Media Posts as Predictors of Offline Racially and Religiously Aggravated Crime", *Brit. J. Criminol.*, 2020(60), pp. 93-117, 2019, p.94.

<sup>24</sup> A. Tsesis, "Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements", 2002. Researchgate. Retrieved June 7, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/228321836\\_Destructive\\_Messages\\_How\\_Hate\\_Speech\\_Paves\\_the\\_Way\\_for\\_Harmful\\_Social\\_Movements](https://www.researchgate.net/publication/228321836_Destructive_Messages_How_Hate_Speech_Paves_the_Way_for_Harmful_Social_Movements) (9.9.2020).

<sup>25</sup> S. Neshkovska- Z. Trajkova, "The Essential of Hate Speech", *IJET*, pp.71-80, 2018. [https://www.researchgate.net/publication/329874520\\_The\\_Essential\\_of\\_Hate\\_Speech](https://www.researchgate.net/publication/329874520_The_Essential_of_Hate_Speech), (9.12.2020).

corporations to establish their own regulatory rules to control hate speech on their platforms.<sup>26</sup> However, in many nations, the question of what constitutes hate speech and to what degree it should be restricted remains a perplexing legal matter. Excessive regulation of hate speech on social media jeopardizes freedom of expression and silences political dissent, whereas lax control leads to violence and criminality.<sup>27</sup> When hate speech on social media is unchecked, it can lead to actual crimes on the ground, putting some people in danger. On the other hand, in those countries where the government severely censors online hate speech, some individuals are outraged, claiming that such laws are intended to stifle political dissidents and oppress ethnic or religious minorities. Thus, in light of the theory of freedom of expression, this article aims to investigate the issues of regulating hate speech on social media.

## I. THEORETICAL ANALYSIS OF 'FREEDOM OF EXPRESSION' AND 'HATE SPEECH'

### A- The Theory of Freedom of Expression

#### 1. *The Truth Theory*

Public debate, according to John Stuart Mill, can lead to the discovery of truth.<sup>28</sup> As a result, society should not impose any restrictions on the exercise of free public debate in order to avoid impeding the pursuit of truth. In other words, the government cannot be the sole arbiter of all facts when it comes to determining the best policies for its citizens. People can only come up with such sound policies through vigorous public debate. In line with this view, the spread of false views should also be tolerated. It is important to remember that, as Daniel Jacobson<sup>29</sup> points out, Mill does not intend to restrict freedom of expression simply because someone is harmed by the statements of others. Mill contrasts between legitimate and illegitimate damages, claiming that hate speech can only be controlled or regulated if it results in a direct and clear infringement.<sup>30</sup> As a result, Mill argues that speech cannot be restricted just to avert injury. Only when there is a blatant and evident violation of rights does it make sense to restrict speech. Conversely, if the speech does not cause a direct and obvious violation of others' rights, it should not be banned or regulated. As a result, in

<sup>26</sup> S. Solmone, "Regulate social media? It's a bit more complicated than that", 2018, May 3. Retrieved from The Conversation <https://theconversation.com/regulate-social-media-its-a-bit-more-complicated-than-that-103797> (18.10.2020).

<sup>27</sup> See, Tthesis, 2002.

<sup>28</sup> K. Appiagyei-Atua, "A Review of Theories of Expression in the Context of the Development Argument", University of Ghana Law Journal, XXIV, pp. 197-227, January 2005. Retrieved March 22, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/275271275\\_A\\_REVIEW\\_OF\\_THEORIES\\_OF\\_EXPRESSION\\_IN\\_THE\\_CONTEXT\\_OF\\_THE\\_DEVELOPMENT\\_ARGUMENT/link/553651a20cf20ea35f11f91f/download](https://www.researchgate.net/publication/275271275_A_REVIEW_OF_THEORIES_OF_EXPRESSION_IN_THE_CONTEXT_OF_THE_DEVELOPMENT_ARGUMENT/link/553651a20cf20ea35f11f91f/download) (9.12.2020)

<sup>29</sup> D. Jacobson, "Freedom of Speech under Assault on Campus", Policy Analysis No. 796, 2016, August 30. Retrieved from CATO Institute: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/freedom-speech-under-assault-campus> (9.2.2021).

<sup>30</sup> K. N. Hylton, "Implications of Mill's Theory of Liberty for the Regulation of Hate Speech and Hate Crimes", The University of Chicago Law School Roundtable, 3(1), 1996, pp. 35-57. Retrieved June 8, 2020, from <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=roundtable> (23.2.2021).

light of this argument, hate speech can be considered free speech as long as it does not infringe on others' rights.

## **2. The Marketplace of Ideas**

The marketplace of ideas is an analogy to the economic concept of the free market that justifies freedom of expression.<sup>31</sup> This rationale claims that freedom of expression is crucial because better ideas will eventually win out in a marketplace of ideas due to competition. Referring to the public realm as a “marketplace of ideas” is a common metaphor used to defend a legal right to freedom of expression.<sup>32</sup> The idea market raises social value by making truth or reality more accessible. However, arguments based on this logic are more effective in protecting statements that can be true or false than statements that cannot.<sup>33</sup> This is significant since many types of argumentation, such as art, are unrelated to any truth value, and much less so to obscenity and pornography.<sup>34</sup> As a result, according to this theory, hate speech must pass a social acceptability or rejection test in the marketplace of ideas. Furthermore, some proponents of this theory advocate the possibility of regulating hate speech by comparing it to market flaws regulation.<sup>35</sup>

## **3. The Democracy Theory**

Alexander Meiklejohn was the first political theorist to find a genuinely democratic framework to defend freedom of expression.<sup>36</sup> He believes that freedom of expression and press are the most inclusive and thus the best forms of public discourse. As a result, Meiklejohn considers freedom of expression to be the foundation or most essential requirement of the democratic process, placing it above practically all other rights. As a result, self-government and participation in the democratic process provide a strong rationale for freedom of expression. Political speech, according to this argument, is at the top of the hierarchy of freedom of expression. However, the logic of democratic self-government only protects some manifestations, while others (such as pornography) are excluded from these parameters. The self-government reasoning plainly implies that democratic theories and justifications justify freedom of expression. One argument against hate speech

<sup>31</sup> D. Schultz, “Marketplace of Ideas”, *The First Amendment Encyclopedia*, June 2017. Retrieved from <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/999/marketplace-of-ideas> (9.11.2020).

<sup>32</sup> S. Lee, “Hate Speech in the Marketplace of Ideas”, *The Philosophical Foundations of Law and Justice*, 13-26, May 2010, s. 14. doi:10.1007/978-90-481-8999-1\_2

<sup>33</sup> C. Lombardi, “The Illusion of a “Marketplace of Ideas” and the Right to Truth”, *American Affairs*, III(1), Spring 2019. Retrieved from *American Affairs*: <https://americanaffairsjournal.org/2019/02/the-illusion-of-a-marketplace-of-ideas-and-the-right-to-truth/> (2.2.2021).

<sup>34</sup> R. P. Macedo, “Freedom of Expression: What Lessons Should We Learn From US Experience?”, *Revista Direito GV*, 13(1), pp. 274-302, April 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201711>

<sup>35</sup> Lee, 2010, p. 17.

<sup>36</sup> JMC, Jack Miller Center. Retrieved June 4, 2020, from Alexander Meiklejohn: Free Speech and its Relation to Self-government, 2020, June 4. <https://jackmillercenter.org/cd-resources/alexander-meiklejohn-free-speech-relation-self-government/> (15.2.2021).



prohibitions is that they damage the state's democratic legitimacy.<sup>37</sup> A counter-argument contends that hate speech undermines the democratic process and, as a result, should be limited to the defense of democracy.<sup>38</sup> Hate speech can undermine the legitimacy of a process when equal political standing is a requirement for legitimate policymaking. As a result, if hate speech is compatible with logic, rationality, and democratic norms, it can be considered freedom of expression, according to proponents of the notion of self-government (democracy). Freedom of expression, according to this view, makes the government responsible and responsive. As a result, the theory of democracy indicates that, in a democratic society, measures other than legislative prohibitions can be used to mitigate the detrimental repercussions of hate speech.<sup>39</sup> It is preferable to compensate for the harm caused by hate speech by other means than than controlling it.

#### 4. *Autonomy Theory*

Freedom of expression, according to this view, is necessary for self-realization and development.<sup>40</sup> The key notion is that the government should not impose any limits on speech on the basis of the presumption that speech only leads to the creation of negative views or causes negative acts as a result of those ideas.<sup>41</sup> This theory promotes freedom of expression on the basis of the notion that it has intrinsic value. Being autonomous includes the ability to freely express one's opinions. Individual autonomy, in this view, is important regardless of whether or not it leads to positive outcomes, i.e. whether or not individual autonomy has external value. Part of what it means to be autonomous is the ability to express oneself freely. This idea contends that, like autonomy, freedom of expression is essentially necessary. There appear to be two sorts of harmful speech that should not be criminalized. Speech cannot be prohibited only because it has one of the following negative consequences: First, if it leads to incorrect beliefs in the audience; and second, if it has negative effects by leading individuals to believe (or increase their predisposition to believe) that they should engage in destructive behavior.<sup>42</sup> There are two reasons why freedom of expression is important in the pursuit of autonomy: self-reflection and talent.<sup>43</sup> First, when people's freedom of expression is restricted, they lose valuable information about the decisions they make as well as the tools to question their beliefs and desires. Second, because many actions are carried out through verbal, written, or symbolic communication, restrictions on freedom of expression prevent people from exercising

<sup>37</sup> J. Weinstein, "Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy", *Constitutional Commentary*, 32(527), 527-587, 2017, p. 528. Retrieved June 8, 2020. from <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1475&context=concomm> (28.8.2020).

<sup>38</sup> A. Reid, "Does Regulating Hate Speech Undermine Democratic Legitimacy? A Cautious 'No'", *Res Publica*, 26, 181-199, 2020, p. 182 et al. doi:<https://doi.org/10.1007/s11158-019-09431-6>

<sup>39</sup> Weinstein, 2017, p. 530.

<sup>40</sup> S. M. Oltmann, "Intellectual Freedom and Freedom of Speech: Three Theoretical Perspectives", *Information Science Faculty Publications*, 153-171, 2016. Retrieved June 3, 2020, from [https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=slis\\_facpub](https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=slis_facpub) (19.9.2020).

<sup>41</sup> T. Scanlon, "A theory of free expression", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (2): pp. 204-226, 1972.

<sup>42</sup> Scanlon, 1972, p. 204 et al.

<sup>43</sup> F. Peonidis, "Freedom of Expression, Autonomy, and Defamation", *Law and Philosophy*, 17(1), pp. 1-17, 1998. doi: 10.1023/A:1005850325859

their autonomy. The government is responsible for creating conditions in which people can freely make their own decisions about their lives and realize their own potential.<sup>44</sup> As John Stuart Mill and Scanlon argued, the notion of autonomy explains hate speech as freedom of expression unless it defies the ethic of injury. Thus, the self-actualization argument for free expression provides a strong foundation for the preservation of all types of speech, including political speech, literature and art, as well as extreme, non-intellectual forms of expression like nudism, pornography or vulgarity, and commercial speech.<sup>45</sup> While the autonomy theory says that freedom of expression would be fully protected by the law in order to maintain individual autonomy, some scholars think that hate speech is destructive and should be restricted. If the harm produced by hate speech surpasses the restriction on hate speech, which significantly contributes to the occurrence of violence, the logic of autonomy will not be convincing.<sup>46</sup>

### **B- The Definition Of 'Hate Speech'**

Many scholars have attempted to define hate speech in recent years, particularly in relation to freedom of expression on social media.<sup>47</sup> Hate speech has various nomenclatures: 'incitement to hatred';<sup>48</sup> 'antagonistic speech';<sup>49</sup> 'cyber hate';<sup>50</sup> and 'inflammatory rhetoric'<sup>51</sup>. Despite the many nomenclatures, for the purposes of this article, the term "hate speech" will be used. One of the reasons why hate speech is difficult to define is that it encompasses a wide range of expressions. For example, distinguishing between hate speech and discriminatory language that humiliates people based on a shared identity; cliché generalization based on a common identification of people, whatever the intent; dangerous speech that provokes violence (hate crime); and symbolic expression, such as Swastikas, redesigned emojis, and memes, is extremely difficult.<sup>52</sup> As a result, there is no agreement on what constitutes

<sup>44</sup> Macedo, 2017, p. 274 et al.

<sup>45</sup> M. S. Weiner, "Self-Governance and Free Speech", Retrieved from Civil Liberties in the United States, 2012, September 3. <https://uscivil liberties.org/themes/4466-self-governance-and-free-speech.html> (9.11.2020).

<sup>46</sup> See, I. Hare- J. Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford Scholarship Online, 2009. doi:10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001

<sup>47</sup> See, for example, T. Gelashvili, "Hate Speech on Social Media: Implications of Private Regulation and Governance Gaps", JAMM07 Master Thesis. Lund University, Faculty of Law, 2018.

<sup>48</sup> See, OSCE-ODIHR, *Incitement to Hatred vs. Freedom of Expression: Challenges of combating hate crimes motivated by hate on the Internet*, 2010. Warsaw: Report of the OSCE-ODIHR Expert Meeting, p. 2. Retrieved March 18, 2020, from <https://www.osce.org/odihr/68750?download=true> (9.9.2020).

<sup>49</sup> See, R. Meza- H. O. Vincze- A. Mogos, "Targets of Online Hate Speech in Context. A Comparative Digital Social Science Analysis of Comments on Public Facebook Pages from Romania and Hungary", *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 4(4), pp. 26-50, 2019.

<sup>50</sup> M. Roiha- O. Jubany, "Backgrounds, Experiences and Responses to Online Hate Speech: A Comparative Cross-Country Analysis", *Words are Weapons. Preventing Redressing Inhibiting Hate Speech in New Media*, 2016, p.5 et al.

<sup>51</sup> Neshkovska- Trajkova, 2018.

<sup>52</sup> J. Donovan, "Navigating the Tech Stack: When, Where and How Should We Moderate Content?" 2019, October 28. Retrieved from Internet Governance, Platform Governance: [https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content?gclid=CjwKCAjw8pH3BRAXEiwA1pvMsYYWtF-G2eGsXdOFFdGvSfJt1zQjOjOjybYETAYXfZLihmXNkjAGRoC-SsQAvD\\_BwE](https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content?gclid=CjwKCAjw8pH3BRAXEiwA1pvMsYYWtF-G2eGsXdOFFdGvSfJt1zQjOjOjybYETAYXfZLihmXNkjAGRoC-SsQAvD_BwE) (11.11.2020).

“hate speech”. The focus of this article does not include the search for the perfect definition of the word “hate speech”. However, in order to provide a proper analysis, it is necessary to establish a working definition of hate speech in this article. Hate speech is typically defined as a statement that disparages a person or group of people based on a variety of characteristics, including but not limited to race, ethnicity, sexual orientation, gender, religion, sexual orientation, caste, gender identity, serious disease or disability, and nationality.<sup>53</sup> Hate speech can occur in any kind of media, whether online or offline. Hate speech on the internet is described as any technology-mediated speeches or digital communications that harass, discriminate, or degrade a person based on a group-defining trait such as race, ethnicity, gender, nationality, sexual orientation, religion, age, handicap, or others.<sup>54</sup> Anti-Semitic, racist, prejudiced, extremist, or terrorist messages or information can also be propagated through online hate speech.<sup>55</sup> On social media, hate speech is spread through harsh discourses that include racism, xenophobia, discrimination, misogyny, and homosexuality.<sup>56</sup> Speech that is humiliating, insulting, discriminatory, inflammatory, or even incites or encourages violence or provokes violent response is considered hate speech.<sup>57</sup> Therefore, for the purpose of this article, hate speech on social media is defined as “any internet-mediated expression either through words, symbols, codes, abbreviations, pictures, and any other digital graphics that discriminates, dehumanizes or incites violent attacks against group-defining characteristics such as race, ethnicity, gender, nationality, religion, age, disability, and other similar traits”.

### C- Current Academic Debates On ‘Hate Speech’

There are numerous arguments for and against regulating hate speech on social media. There are three types of arguments: liberalist (post structuralist) arguments, progressivist arguments, and multiculturalist debates. In reality, these arguments do not contradict each other. The heart of these debates is striking a balance between protecting free expression and regulating hate speech.<sup>58</sup> Liberals argue that freedom

<sup>53</sup> See, A. Al-Hassan- H. Al-Dossari, “Detection of Hate Speech in Social Networks: A Survey On Multilingual Corpus”, *Computer Science & Information Technology (CS & IT)*, 83-100, 2019. doi: 10.5121/csit.2019.90208; Meza, et al., 2019; See, T. Quinn, “Monitoring Hate Speech”, *Challenges and Strategies. HateBase 2018*; See, L. Silva- M. Mondal- D. Correa- et al, “Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media”, *AAAI ICWSM*, 1-4: 687-690, 2016.

<sup>54</sup> E. P. Melhuish, “Online Hate Speech: A Survey on Personal Experiences and Exposure among Adult New Zealanders”, *Netsafe*, 2018. Retrieved March 21, 2020, from <https://www.netsafe.org.nz/wp-content/uploads/2019/11/onlinehatespeechsurvey-survey-2018.pdf> (9.10.2020).

<sup>55</sup> C. Blaya- C. Audrin, “Toward an Understanding of the Characteristics of Secondary School Cyberhate Perpetrators”, *Frontiers in Education*, 4(48), June 2019. doi:<https://doi.org/10.3389/feduc.2019.00046>

<sup>56</sup> See, A. Yanık, “Fundamentals of Rising Hate Speech on Social Media” (*Sosyal Medyada Yükselen Nefret Söyleminin Temelleri*), *Global Media Journal TR Edition*, 8(15), pp. 364-383, 2017. Retrieved June 26, 2020; See, Hünler, O. S. (2019). *Popülist Sağ ve Sosyal Medyada Nefret Söylemi. Eleştirel Psikoloji Bülteni*, 8, pp. 6-12. Retrieved February 20, 2021, p.7 et al.

<sup>57</sup> A. Yadav, “Countering Hate Speech in India: Looking for answers beyond the Law”, *ILI Law Review*, II (Winter Issue), pp. 1-17, 2018.

<sup>58</sup> D. Jacobson, 2016, August 30.

of expression can never be an absolute right due to censorship.<sup>59</sup> Although they believe that absolute freedom of expression cannot be achieved in all circumstances, they believe that both liberal and non-liberal ideas should be tolerated. They advocate for the adoption of a free and neutral doctrine to promote the right to free expression, even if it means extending legal protection to non-liberal ideas and expressions.<sup>60</sup> Thus, in accordance with this argument, it is sometimes appropriate to outlaw and punish certain expressions for good reasons within the confines of the law.<sup>61</sup> If freedom of expression means the freedom to express any opinion or idea, then speech acts such as incitement to violence and other derogatory words should be prohibited.<sup>62</sup> As a result, academics are divided on the issue of regulating hate speech. While some scholars argue that the regulation of hate speech can severely restrict individual freedom of expression,<sup>63</sup> others see such restrictions as necessary to counter the harm, discrimination and subjugation that may result from hate speech.<sup>64</sup> On the other end of the spectrum, progressivists argue that equality or social justice should take precedence over freedom of expression, and that equality should be achieved even at the expense of freedom of expression.<sup>65</sup> As a result, collective rights should take precedence over individual liberty, and the government should take steps to control hate speech in order to protect society's collective rights.<sup>66</sup> However, most

<sup>59</sup> N. Alkiviadou, "Hate speech on social media networks: towards a regulatory framework?" *Information & Communications Technology Law*, 28(1): pp. 1-17, 2018. doi:10.1080/13600834.2018.1494417

<sup>60</sup> A. Romero, "The Line Between Free Speech and Hate Speech", Researchgate, 2016. (www.theintelligencer.com, Monday, November 28, 2016), Retrieved June 13, 2020. [https://www.researchgate.net/publication/311064494\\_The\\_line\\_between\\_free\\_speech\\_and\\_hate\\_speech](https://www.researchgate.net/publication/311064494_The_line_between_free_speech_and_hate_speech) (9.12.2020).

<sup>61</sup> N. Yaraghi, "Regulating Free Speech On Social Media is Dangerous and Futile", Techtank, 2018, September 21. Retrieved from Brookings: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/09/21/regulating-free-speech-on-social-media-is-dangerous-and-futile/> (6.6.2020); See, Ö. Ağtaş- A. Özkazanç, "Judith Butler'in Nefret Söylemi Eleştirisi: Dildeki Performatif ve Yaralayıcı Dil", *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, 10(1), 1-12, 2018. Retrieved February 18, 2021, from [https://www.researchgate.net/publication/323448139\\_Judith\\_Butler'in\\_Nefret\\_Soylemi\\_Elestirisi\\_Dildeki\\_Performatif\\_ve\\_Yaralayici\\_Dil](https://www.researchgate.net/publication/323448139_Judith_Butler'in_Nefret_Soylemi_Elestirisi_Dildeki_Performatif_ve_Yaralayici_Dil) (3.10.2020).

<sup>62</sup> A. G. Juanatey, "Hate Speech in Social Media: A State-of-the-Art Review", *Self-Controll on Networks!*, 2016, December 12. Retrieved from <https://www.uclg-cisdp.org/sites/default/files/Hate%20Speech%20A%20State%20of%20the%20Art.pdf> (4.1.2021).

<sup>63</sup> J. Samples, "Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media", *Cato Institute Policy Analysis*, No.865, 2019, April 9. Retrieved from Cato Institute: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/why-government-should-not-regulate-content-moderation-social-media> (2.12.2020).

<sup>64</sup> A. Altman, "Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination", *An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, 103(2), pp 302-317, 1993, p. 303 et al. Retrieved June 3, 2020, from <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/293497?journalCode=et> (9.12.2020).

<sup>65</sup> C. Demaske, "Social Justice, Recognition Theory and the First Amendment: A New Approach to Hate Speech Restriction". *Journal of Communication Law and Policy*, 24(3), pp.347-401, 2019. doi:<https://doi.org/10.1080/10811680.2019.1627800>

<sup>66</sup> C. Kaniklidis, "Free Speech, Hate Speech and Principles of Community: The Case Against Free Speech Absolutism", *No Surrender Breast Cancer Foundation (NSBCF)*, 2015. Researchgate. Retrieved June 12, 2020, from

progressivists oppose violence, obfuscation, and authoritarianism, despite the fact that such methods could be used to achieve social equality.<sup>67</sup> Multiculturalists, on the other hand, argue that any viewpoint or expression that incites violence against minorities or marginalized groups of people should not be legally protected as free expression.<sup>68</sup> They argue that the restriction of hate speech is necessary to safeguard minorities. They agree with postmodernists that censorship is a necessary tool for avoiding harm to society. As a result, only minorities or marginalized persons are deemed vulnerable to hate speech, according to this viewpoint.<sup>69</sup> The literature on hate speech is replete with social justice considerations. As a result, the vast majority of people are wary of freedom of expression and intolerance for differences and disputes.<sup>70</sup> A cursory study of the literature on hate speech and its relationship to freedom of expression indicates a wide range of conflicting viewpoints. At one extreme, some scholars consider hate speech as freedom of expression,<sup>71</sup> while others at the other end consider hate speech as a highly harmful phenomenon that should be avoided or punished by law.<sup>72</sup> At the mid-point of this spectrum, some scholars contend that only those hate speeches that intend to induce harm to those protected characteristics (race, gender, religion, ethnic origin, sexual orientation, etc.) that should be restricted and banned.<sup>73</sup> According to this spectrum, freedom of expression is distinguished from words or statements that promote violence or have adverse consequences.<sup>74</sup> The right to free expression does not include the right to express anything that is harmful to others.<sup>75</sup> Hate speech of any kind, while potentially harmful, has no immediate negative consequences. As a

---

[https://www.researchgate.net/publication/274835999\\_Free\\_Speech\\_Hate\\_Speech\\_and\\_Principles\\_of\\_Community\\_The\\_Case\\_Against\\_Free\\_Speech\\_Absolutism](https://www.researchgate.net/publication/274835999_Free_Speech_Hate_Speech_and_Principles_of_Community_The_Case_Against_Free_Speech_Absolutism) (30.10.2020).

- <sup>67</sup> L. M. Seidman, "Can Free Speech Be Progressive?", Georgetown University Law Center, 2018. Retrieved June 3, 2020, from <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3056&context=facpub> (9.11.2020).
- <sup>68</sup> D. Chong, "Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy", *Political Psychology*, 27(2), pp. 29-54, 2006, p. 31 et al. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9221.2006.00448.x> (2.12.2020).
- <sup>69</sup> S. Benesch, "Defining and Diminishing Hate Speech", July 2014. Retrieved from State of the World's Minorities and Indigenous Peoples 2014: <https://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/mrg-state-of-the-worlds-minorities-2014-chapter02.pdf> (9.12.2020); J. Bell, "Restraining the Heartless: Racist Speech and Minority Rights", *Indiana Law Journal*, 84, 963-979, 2009. Retrieved June 13, 2020, from [http://ilj.law.indiana.edu/articles/84/84\\_3\\_Bell.pdf](http://ilj.law.indiana.edu/articles/84/84_3_Bell.pdf) (9.12.2020).
- <sup>70</sup> A. Traum, "Contextualising the Hate Speech Debate: the United States and South Africa", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 47(1), 64-88, 2014. Retrieved June 12, 2020, from <https://www.jstor.org/stable/24585817?seq=1> (9.12.2019).
- <sup>71</sup> M. Quent, "Opinion: The Clear Line Between Hate Speech And Free Speech", 2019, November 24. Retrieved from DW Made for Minds: <https://www.dw.com/en/opinion-the-clear-line-between-hate-speech-and-free-speech/a-51393218> (12.9.2020).
- <sup>72</sup> A. Scheffler, "The Inherent Danger of Hate Speech Legislation A Case Study from Rwanda and Kenya on the Failure of a Preventative Measure", Friedrich-Ebert-Stiftung, Namibia, 2015. Retrieved from Friedrich-Ebert-Stiftung (FES): <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/africa-media/12462.pdf> (1.12.2020).
- <sup>73</sup> Neshkovska, 2018.
- <sup>74</sup> K. R. Holmes, "The Origins of "Hate Speech"", 2018, October 22. Retrieved from The Heritage Foundation,: <https://www.heritage.org/civil-society/commentary/the-origins-hate-speech> (13.2.2021).
- <sup>75</sup> See, Romero, 2016.

result, when individuals' actions cause harm to or affect the rights or interests of others, their absolute free speech should be limited.<sup>76</sup>

## II. LEGAL REGIMES ON “FREEDOM OF EXPRESSION” AND “HATE SPEECH”

### A- International Human Rights Instruments

Even though the idea of freedom of expression appears in major international human rights instruments<sup>77</sup>, It is specifically stated as a fundamental right in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The preface to the UDHR emphasizes freedom of expression.<sup>78</sup> It provides freedom of expression as a right that constitutes the freedom to keep ideas free from infringement and to seek, receive and share information.<sup>79</sup> In a similar approach to the UDHR, the ICCPR guarantees freedom of expression. According to the ICCPR, freedom of speech encompasses the right to seek, receive, and disseminate ideas or information in any form or medium.<sup>80</sup> Freedom of expression can be exercised by any media, both offline and online, under this law. Despite the fact that freedom of expression is clearly stated as the most essential aspect of human rights and fundamental freedoms, it is subject to various limitations. Accordingly, freedom of expression can be restricted by law if deemed necessary.<sup>81</sup> Respect for others' rights or reputations; national security, public order, public health, or morals are all reasons for such limits. The ICCPR appears to allow little room for legal restrictions on freedom of expression. The question is whether hate speech can be used as a justification for curtailing freedom of expression. Only the ICCPR incorporates rules against hate speech and incitement on the subject at the international level. Any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility, or violence is prohibited by law under this covenant.<sup>82</sup> This article clearly states that the advocacy of hate against national, racial

<sup>76</sup> Q. Wang, “The Understanding of Absolute Right to Freedom of Expression in the Case of Hate Speech. Graduate Theses and Dissertations”, pp. 1-100, March 2018, p.10 et al. Retrieved from <http://scholarcommons.usf.edu/etd/7240> (4.11.2020).

<sup>77</sup> Major international human rights documents express the principle of freedom of expression. Universal Declaration of Human Rights; International Covenant on Civil and Political Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; ILO Convention No. 135, Workers' Representatives Convention; General Comment 11 (Article 20) of the Human Rights Committee (CCPR/C/21/Rev.1 of 19 May 1989); General Comment 10 (Article 19) of the Human Rights Committee (CCPR/C/21/Rev.1 of 19 May 1989); and the public's right to know: Principles on Freedom of Information Legislation. Annex II Report E/CN.4/2000/63 all encompass freedom of expression.

<sup>78</sup> It reads “whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people”.

<sup>79</sup> Refer article 19 of UDHR.

<sup>80</sup> The provision reads “freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of a person's choice”.

<sup>81</sup> Refer Article 19 (3) (a) and (b) of the ICCPR.

<sup>82</sup> Refer Article 20(2) of ICCPR.

or religious identities with the aim of inciting discrimination, hostility or violence will be the basis for prohibiting such acts by law. As a result, states have the option or obligation of enacting domestic legislation that prohibits hate speech in accordance with international standards. Any expression that constitutes discrimination, hatred, or violence against national, racial, or religious groups is considered hate speech under the ICCPR. In fact, this definition of hate speech seems to exclude speech targeting other types of identity (traits) such as age, gender, legal status (e.g. refugees) and physical disability. Despite loopholes in the definition of hate speech, the ICCPR appears to have given a legal foundation for states to prohibit hate speech through legislation. However, the question of who should regulate hate speech on social media remains unanswered: the government, social media firms, or any other international organization? This issue has yet to be adequately addressed. If hate speech is deemed an exception to freedom of expression, it is self-evident that the government can act to lawfully restrict such damaging online and offline discourse.<sup>83</sup> The obligation to regulate hate speech is aimed at states that are required by domestic law to prohibit such behavior, rather than at social media companies, which are not directly bound by human rights treaties as local institutional actors.<sup>84</sup> Despite the fact that businesses do not have international legal standing, efforts have been made in recent years to subject businesses to human rights law standards.<sup>85</sup> For instance, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UN GPBHR)<sup>86</sup> requires social media companies to respect human rights. Some of the responsibilities listed in the document include the responsibility of companies to avoid negative human rights impacts of their activities<sup>87</sup> and the responsibility to diligently detect potential harms that can ensue from the activities of the company.<sup>88</sup> The normative working environment of social media companies has changed significantly after the adoption of the UN Guidelines. The UN Guideline utilizes the term “responsibility” rather than “duty” to express the notion that human rights are not a set of legal obligations for businesses, but rather a standard of conduct. Furthermore, there is no agreement in place that requires social media corporations to respect human rights as part of their legal obligations under international law.<sup>89</sup> As a result, under international human rights law, social media companies have no legal obligation to suppress hate speech and incitement to violence on their platforms. However, the UN Guiding Principles state that all internet intermediaries (including social media companies) share the responsibility to respect human rights. Therefore, governments can pass legislation in

---

<sup>83</sup> See, Gelashvili, 2018.

<sup>84</sup> V. C. Brannon, “Free Speech and the Regulation of Social Media Content”, Congressional Research Service, 2019. Retrieved from <https://crsreports.congress.gov> (9.12.2020).

<sup>85</sup> Irving, 2018, p. 257.

<sup>86</sup> UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc. HR/PUB/11/04 (Mar. 21, 2011) (hereinafter UN Guiding Principles).

<sup>87</sup> Id. Principle 13.

<sup>88</sup> Id. Principle 17.

<sup>89</sup> See the work of the Open-ended intergovernmental working group on multinational corporations and other business enterprises with respect to human rights for more information on this endeavor.

their territories to ensure that social media corporations follow human rights rules when it comes to hate speech.

### **B- Regional Human Rights Instruments**

A number of regional developments are pertinent to the current debate. The right to freedom of expression is guaranteed by the 'African Charter on Human and Peoples' Rights (the Banjul Charter)'.<sup>90</sup> The Resolution on the Adoption of the Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa was released by the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) in 2002.<sup>91</sup> The Declaration of Principles reaffirms Article 9 of the Banjul Charter, which recognizes freedom of expression as two rights: "the right to receive information" and "the right to express and disseminate one's opinions within the law," in response to the ACHPR's concerns. The Declaration of Principles was largely based on the UDHR, ICCPR, and Banjul Charter's provisions on freedom of expression. The Declaration of Principles was unique in that it emphasized the value of oral traditions and freedom of expression in African culture. According to the Declaration of Principles, freedom of expression is "a fundamental and inalienable human right and an indispensable component of democracy."<sup>92</sup> It further stated that any restrictions on freedom of expression must be enacted by legislation, serve a legitimate purpose, and be essential in a democratic society.<sup>93</sup> Although the Declaration states that restrictions on freedom of expression may be imposed, it does not state why such limits may be applied. In 2014, the African Union adopted the Malabo Protocol<sup>94</sup>, which will create an international criminal law section within the African Court of Justice and Human Rights<sup>95</sup>. This Court has the authority to prosecute corporations for a variety of international crimes, including crimes against humanity and genocide, both of which, in certain situations, include hate speech and incitement.<sup>96</sup> According to the Malabo Protocol, a company's intent to commit a crime can be proved by demonstrating that it is the company's policy to commit the crime in question. It is theoretically possible to prosecute social media corporations for illegal materials posted on their platforms.<sup>97</sup> However, because the senders of illicit materials are third parties rather than social media firms, proving that the company's policy is "to perform the criminal act" will be difficult. It is enough not to remove the problematic content even with the knowledge that the content is illegal. Therefore, the Malabo Protocol is ineffective in persuading social media corporations to remove hate speech and incitement from their platforms.

---

<sup>90</sup> See article 9 of the Charter.

<sup>91</sup> Refer to the African Commission on Human and Peoples' Rights' Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, 32nd Session, Banjul, The Gambia, 17 - 23 October 2002.

<sup>92</sup> See article I (1) of the Declaration of Principles.

<sup>93</sup> Article II (2) of the Declaration of Principles.

<sup>94</sup> June 27, 2014 Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights.

<sup>95</sup> Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, July 1, 2008.

<sup>96</sup> Article 46 C of the Malabo Protocol provides for corporate jurisdiction.

<sup>97</sup> To enter into force, the Malabo Protocol requires fifteen ratifications. More than fifteen states had signed it as of March 2020, but none had ratified it.



In Europe, the European Human Rights Convention,<sup>98</sup> like the ICCPR, guarantees the right to freedom of expression. However, the restrictions on the right seem relatively wider than the ones provided under the ICCPR. The restriction of freedom of expression for sake of protecting others privacy and for the protection of judicial independence are additional grounds for limiting the right under the European Convention<sup>99</sup>. Hate speech is not expressly mentioned as a reason for restricting freedom of expression in the terms of the Convention. The Amsterdam Recommendations on Freedom of the Media and the Internet were endorsed or published by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) in 2003. It suggests a range of policies addressing a variety of issues, including freedom of expression.<sup>100</sup> Importantly, the first recommendation under freedom of speech stressed that there is a balance between free flow of information and social media misuse, and that illicit materials should be prosecuted in the country of origin.<sup>101</sup> Furthermore, it stated that the right to transmit and receive information is a fundamental human right, and that new kinds of censorship should not be developed. Besides that, in 2016, the European Commission presented a Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online to Twitter, Facebook, YouTube, and Microsoft.<sup>102</sup> The methods for discovering, reporting, and eliminating hate speech from social media platforms are the emphasis of the provisions in this code. As a result, they commit to establishing clear and effective protocols for reviewing reported content and removing unlawful hate speech within 24 hours of notification. Hate speech is not defined in the Code of Conduct, although it is recognized as incitement to violence against specific groups. The Commission emphasized the need of member states complying with EU law to prohibit hate speech in local legal systems in a press release launching this code in 2016.<sup>103</sup> In the case of social media firms, however, the Code of Conduct strives to use the word “commitments” rather than “duties”. The code is meant to create a normative compliance environment, similar to the UN Business and Human Rights Guidelines, although it is not meant to bind social media firms legally. While subsequent EU initiatives have been more explicit, precise, and powerful in their rhetoric, they effectively maintain the voluntary method to controlling hate speech on social media.<sup>104</sup> Therefore, while it is emphasized that

<sup>98</sup> Refer to Article 10 of the European Convention on Human Rights.

<sup>99</sup> Refer article 10 (2) of the European Convention on Human Rights.

<sup>100</sup> See, A. Wehbé, “Increasing International Legal Protections for Freedom of Expression”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 8(2), 1-20, 2018. Retrieved June 4, 2020, from <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=ndjicl> (26.11.2020).

<sup>101</sup> Recommendations from the conference on freedom of the media and the Internet, Amsterdam, 13-14 June 2003.

<sup>102</sup> Press Release IP/16/1937 of the European Commission, European Commission and IT Companies Announce Code of Conduct on Illegal Online Hate Speech (May 31, 2016). In 2018, more businesses joined. Also see Countering Illegal Hate Speech Online #NoPlace4Hate, European Commission (Oct. 18, 2018).

<sup>103</sup> Irving, E., 2018, p. 259.

<sup>104</sup> Tackling Illegal Content Online: Towards Enhanced Responsibility of Online Platforms, European Commission, COM (2017) 555 final (Sept. 28, 2017). The European Union has taken moves to put compulsory measures on service providers to remove terrorist internet content, which may include hate speech and incitement but is a considerably broader category of content than hate speech and

freedom of expression must not be censored, recent international and regional legal developments have imposed an obligation on States to regulate hate speech in any medium, whether online or offline. Furthermore, social media platforms must pledge to remove hate speech information from their sites in accordance with human rights norms.

### C- National Human Rights Legislation

In Ethiopia, the right to free expression is guaranteed by the constitution. According to the Ethiopian Constitution, the right to free expression includes the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of any kind, regardless of borders, orally, in writing or in print, in the form of art, or through any media of his choice.<sup>105</sup> In accordance with international human rights standards, the Constitution imposes some limitations on this right. As a result, restrictions can be imposed in order to protect the well-being of youth as well as individuals' honor and reputation. Furthermore, any propaganda for war, as well as public expressions of opinion intended to harm human dignity, are prohibited by law.<sup>106</sup> It is unclear whether hate speech is one of these restrictions on freedom of expression. However, it appears that the phrase "public expression of opinion intended to injure human dignity" includes the concept of hate speech as a justification for restricting freedom of speech and expression. Hate speech, as defined above, is any expression intended to inflict harm on another's dignity. The Ethiopian Constitution imposes restrictions on freedom of expression in a significantly different way than other international human rights instruments. However, this does not imply that the restrictions are insufficient by international standards. Ethiopia has passed a law that affects freedom of expression in addition to the Constitutional guarantee. It's worth talking about the current rule on disinformation and hate speech on social media. Following Ethiopia's 2018 political reform, hate speech and disinformation have proliferated on social media, resulting in widespread ethnic tensions and bloodshed across the country.<sup>107</sup> Thus, Ethiopia has adopted a new proclamation<sup>108</sup> to prevent and suppress hate speech and disinformation. Hate speech is seen as a danger to social harmony, political stability, national unity, human dignity, diversity, and equality, according to the proclamation. The Ethiopian government's banning of hate speech has sparked a raging debate in academics and the media, notably concerning its impact on freedom of expression. Despite the fact that the law was enacted after lengthy consideration and with the participation of academia and civil society in the drafting process, there are still significant legal issues and reservations about it.<sup>109</sup> To begin with, the proclamation defined hate speech as "speech that deliberately promotes hatred, discrimination or

---

incitement. Terrorist Content Online: Council Adopts Negotiating Position on New Rules to Prevent Dissemination, Press Release from the Council of the European Union (Dec. 6, 2018).

<sup>105</sup> Refer to Article 29 (2) of the FDRE Constitution.

<sup>106</sup> See Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Article 29(6).

<sup>107</sup> JMC, 2020, June 4.

<sup>108</sup> See Hate Speech and Disinformation Prevention and Suppression Proclamation No. 1185/2020.

<sup>109</sup> B. Taye, "Ethiopia's Hate Speech And Disinformation Law: The Pros, The Cons, And A Mystery", 2020, May 19. Retrieved from accessnow.org: <https://www.accessnow.org/ethiopias-hate-speech-and-disinformation-law-the-pros-the-cons-and-a-mystery/> (9.12.2020).

attack against a person or a discernable group of identity, based on ethnicity, religion, race, gender or disability”<sup>110</sup>. In failing to define what constitutes hostility, prejudice, and aggression, this definition lacks objective clarity. As a result, any effective execution of the law without harming persons’ right to freedom of expression is impossible. Second, the legislation criminalizes hate speech disproportionately and imposes sanctions that are not appropriate to the crime, despite the fact that there are several other techniques for suppressing hate speech, such as computer literacy promotion, education, and public messaging. Punishing or imprisoning people only for posting hate speech on social media, for example, is a violation of international norms. Third, the proclamation includes rules that augment the punishment for people and online groups with over five thousand followers.<sup>111</sup> Because most politicians and activists with more than five thousand followers share their political ideas on social media, this provision has the potential to stifle political dissent. Finally, the government is expected to draft directives to aid in the implementation of the law. This directive can spot some keywords that are not in the proclamation, reducing their detrimental influence on free speech. However, institutionalizing mass surveillance of social media users in order to control the information that people publish online can increase the risk of endangering people’s rights even more. As a result, Ethiopia’s approach to policing hate speech on social media is extremely problematic, as it puts freedom of expression in grave jeopardy.<sup>112</sup>

### III. THE REGULATORY ISSUES ON ‘HATE SPEECH’ ON SOCIAL MEDIA

#### A- The Rationales for Legal Control On ‘Hate Speech’

Most democracies across the world nowadays restrict hate speech since such inflammatory statements not only injure but also disrupt public order by generating violent consequences such as hate crimes, among other things. The criterion of “incitement to violence” appears to be a more tangible basis for legislating speech restrictions. In comparison to other forms of hate speech, incitement to violence necessitates a higher amount of injury to be shown, and hence is appropriately subject to criminal punishment.<sup>113</sup> When it comes to the criminalization of speech, legal scholars disagree on what types of speech should ideally be criminalized, whether only certain types of hate speech should be prohibited, and whether all hate speech should be punished by criminal law or dealt with under civil law. However, hate speech, which has been shown to “provoke violence”, is considered to be a serious case and deserves a tough action to prevent further damage.<sup>114</sup> Some argue that criminal sanctions can be used most effectively to reduce hatred. Sometimes hate speech is directed at a specific individual, but other times it is directed at a group of people, or even an entire community. As a result, the gravity of the consequences of hate speech is directly

<sup>110</sup> Article 2 (2) of the Proclamation.

<sup>111</sup> See article 7(4) of the Proclamation.

<sup>112</sup> A. Brown, “What is hate speech? Part 1: The Myth of Hate”, *Law and Philosophy*, 36(4), 2017. from [https://www.researchgate.net/publication/315473313\\_What\\_is\\_hate\\_speech\\_Part\\_1\\_The\\_Myth\\_of\\_Hate](https://www.researchgate.net/publication/315473313_What_is_hate_speech_Part_1_The_Myth_of_Hate). doi:10.1007/s10982-017-9297-1

<sup>113</sup> Yadav, 2018, p. 5 et al.

<sup>114</sup> See, Brannon, 2019.

related to and heavily dependent on its target. On a personal level, given that humans have an intrinsic need to be respected and treated with dignity, when they are the subject of hate speech, the harm done is almost always in the form of acute psychological injury, while physical assault and bodily hurt are not fully ruled out. In the best-case scenario, those who have been victims of hate speech may be inspired to speak up against those who have hurt them and defend their dignity, integrity, and well-being. Injury, in the worst case, can lead to a variety of psychological conditions and disorders, one of which is severe depression, which can completely devastate not only the victim's life but also the lives of those closest to them. When hate speech is directed at a group of people or a whole community, it constitutes a far more significant threat than it can result in an immediate public disorder, escalating violence, or fatalities.<sup>115</sup> Unfortunately, the world has seen many deadly and catastrophic events in the past, many of which were sparked, among other things, by hate speech. Using the Anti-Defamation League's "Pyramid of Hate Tool," Roiha demonstrated how hate speech can contribute to stigmatization, denigrating, and threatening members of various vulnerable groups in a society.<sup>116</sup> From the bottom to the top, the Pyramid depicts biased behaviors that increase in complexity - generic bias, individual acts of prejudice, discrimination, bias-motivated violence, and genocide. Although the behaviors at each level have negative repercussions for people, groups, and society, the actions at higher levels have more grave consequence; therefore the lower levels sustain the upper levels. Lower-level behavior becomes more acceptable if people or organizations treat it as acceptable or normal. However, little is known about how hostile digital media influences and encourages unfavorable attitudes, prejudices, and illegal or hostile action toward specific persons and groups.<sup>117</sup> It is often assumed that the spread of hate speech on the internet, especially by politicians, can lead to public unrest, violence, and ethnic massacres.<sup>118</sup> The two main arguments for regulating hate speech on social media are incitement to violence and social harm. Many countries are currently enacting hate speech legislation, with the underlying arguments being incitement to violence and the protection of certain groups of people, particularly minorities. Although other countries' hate speech laws prioritize the protection of vulnerable groups and minorities, it appears that the Turkish approach prioritizes the protection of state unity over the protection of vulnerable groups and minorities.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> See, Neshkovska, 2018.

<sup>116</sup> Roiha- Jubany, 2016.

<sup>117</sup> . Rohlfig, "The Role of Social Networking in Shaping Hatred: An Exploration into User Responses to and Influence and Permissibility of Online Hatred", The thesis is submitted in partial fulfilment of the requirements for the award of the degree, 2017, January 17. Portsmouth, UK.

<sup>118</sup> See, Z. B. Varda, Nefret Söylemi ve Yeni Medya. Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 2(1), ss.132-156, 2015. Retrieved February 21, 2021, from <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/172390> (8.8.2020); See, S. Mishra- A. K. Shukla, "Balancing Freedom of Expression and Hate Speech: Case of India", Pramana Research Journal, 9(6), pp.1409-1419, 2019. doi:10.6084/m9.figshare.11345261

<sup>119</sup> See, C. Deveci- B. N. B. Kınık, "Nationalist Bias in Turkish Official Discourse on Hate Speech: A Rawlsian Criticism", Turkish Studies, 20(""), ss.1-24, June 2018. doi:10.1080/14683849.2018.1479961

## B- The Challenges of Regulating 'Hate Speech'

### 1. Excessive Restriction or Over-Criminalization

Hate speech is extremely regulated in some nations, or excessively criminalized in some instances. There have been instances of serious violent hate speech in India, for example, which have turned into violence, mob murders and lynching of some individuals and groups.<sup>120</sup> Consequently, by issuing serious laws that excessively limit and overly criminalize hate speeches, the government took legal measures. The problem in the country could not, however, be prevented by excessive legal control. Instead, the cases of hate speech have increased all the more with the increased legal constraints. As a solution to this problem, Yadav<sup>121</sup> proposes that instead of issuing excessive legal restrictions and criminalization of hate speeches, 'Alternative Dispute Resolution (ADR)<sup>122</sup> and 'counter-speech'<sup>123</sup> could be successful answers to the country's hate speech problem. Many countries are currently debating hate speech laws and banning of hate speech on social media.<sup>124</sup> Excessive prohibitions on hate speech on social media, according to some human rights defenders, can drastically impair an individual's right to freedom of expression.<sup>125</sup> Besides, some politicians and think tanks argue that excessive speech restriction and media censorship can be manipulated to silence political opposition in some countries.<sup>126</sup> For example, the German government adopted a law against online hate speech that threatens online platform providers, such as Facebook, with fines of up to fifty million euros if they fail to erase unlawful content that is obviously illegal.<sup>127</sup> It is obvious that excessive regulation and criminalization of online hate speech will invite policy makers to employ social media censorship. As shown in Turkey, social media restriction can stifle the

<sup>120</sup> Yadav, 2018.

<sup>121</sup> Yadav, 2018.

<sup>122</sup> ADR shifts the attention away from formal legal proceedings in the courtroom and toward the solution of disputes between parties through negotiation, mediation, arbitration, or conciliation.

<sup>123</sup> Simply described, counter-speech is a reaction to harsh speech that may call for violence, encourage hatred, or use incendiary phrases to incite or defame others. Counter-speech is a firm and precise response to hate speech that is completely focused on correcting the harm caused by the hate speech in the first place. It could be a direct response in the form of true facts to a hateful message concocted out of a false claim or fake news; clarification of any dubious claims made; or even using sarcasm, humor, cartoons, memes, and portrayals to counter and defuse the tension that a hate message aims to promote, depending on the medium used to spread hateful speech.

<sup>124</sup> D. L. Hudson, "Free Speech Or Censorship? Social Media Litigation Is A Hot Legal Battleground", April 12019. Retrieved from Abajournal: <https://www.abajournal.com/magazine/article/social-clashes-digital-free-speech> (19.2.2021).

<sup>125</sup> See, V. C. Brannon, 2019; E. Çelik, "Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), pp. 205-240, 2013, p. 235. Retrieved February 21, 2021, from <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208301> (9.12.2020).

<sup>126</sup> S. Repucci, "Media Freedom: A Downward Spiral", Freedom House, 2019. Retrieved from Freedom House: <https://freedomhouse.org/report/freedom-and-media/2019/media-freedom-downward-spiral> (9.12.2020); See, D. Ç. Ulusoy, "A Comparative Study of the Freedom of Expression in Turkey and EU", The Turkish Year Book of International Relations, C.44, pp. 51-148, 2013. doi:10.1501/Intrel\_0000000287

<sup>127</sup> Schwarz, 2019, November 3, p. 11.

right to freedom of expression and political dissent.<sup>128</sup> Other methods, such as creating an ethical code of behavior and instituting disciplinary actions, can be used to mitigate the detrimental consequences of hate speech on social media instead of undue criminalization.<sup>129</sup>

## **2. Issues of Jurisdiction**

Some countries are passing laws to address hate speech on social media platforms. Among the measures are the criminalization of hate speech and the imposition of civil liabilities in the form of compensation paid to the victim by the offender.<sup>130</sup> However, when it comes to the criminal investigation and prosecution of hate crimes, there are challenges connected to the place of crime, which concerns the location of the crime and the legal status of the social media company in the country in which the service is delivered. But while a derogatory social media post may be considered an online hate crime in the country where it was produced, it may not be in the country where the service was provided. Any attempt to govern material on the Internet, particularly while protecting freedom of expression, is extremely challenging due to the Internet's unique nature. In contrast to traditional media, identifying the authors of internet content is frequently difficult. Material developed in one country is copied, modified, and distributed across geographical boundaries, and it can be hosted in numerous countries, each with their own set of rules.<sup>131</sup> There are other practical obstacles to contend with, in addition to the obstacles provided by jurisdiction and regulation. For example, once a piece of content is published on the Internet, it is frequently replicated across multiple servers or online archives, making it difficult, if not impossible, to totally erase all copies. Because of their global nature, indecision over the right regulation and jurisdiction is a major hurdle to addressing hate speech on social media platforms.<sup>132</sup> Legality is a crucial requisite for restricting freedom of expression, according to international human rights law. One of the most important requirements of Article 19(3) of the ICCPR is legal certainty. This rule states that any restriction on free expression must be justified by law. However, because social media sites do not always operate inside national borders, the demand for legality in the digital sphere becomes more problematic. The legal reasons for limitation in one jurisdiction may not constitute unlawful hate speech in some other.

<sup>128</sup> Y. Akdeniz- K. Altıparmak, "Silencing Effect on Dissent and Freedom of Expression in Turkey in Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives", Council of Europe Publishing, pp. 145-173, 2015, p. 147 et al. Retrieved June 25, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/323511383\\_Silencing\\_Effect\\_on\\_Dissent\\_and\\_Freedom\\_of\\_Expression\\_in\\_Turkey\\_in\\_Journalism\\_at\\_Risk\\_Threats\\_Challenges\\_and\\_Perspectives\\_Council\\_of\\_Europe\\_Publishing\\_2015\\_145-173](https://www.researchgate.net/publication/323511383_Silencing_Effect_on_Dissent_and_Freedom_of_Expression_in_Turkey_in_Journalism_at_Risk_Threats_Challenges_and_Perspectives_Council_of_Europe_Publishing_2015_145-173) (14.9.2020).

<sup>129</sup> E. Taş, "Yeni Medyada Nefret Söylemi", e-Journal of New Media, 1(1), 60-71, 2017. doi:10.17932/IAU.EJNM.m.25480200.2017.1/1.60-71

<sup>130</sup> C. O'Regan, "Hate Speech Online: an (Intractable) Contemporary Challenge?", *Current Legal Problems*, 71(1), pp. 403-429, 2018

<sup>131</sup> OSCE-ODIHR, *Incitement to Hatred vs. Freedom of Expression: Challenges of combating hate crimes motivated by hate on the Internet*, 2010. Warsaw: Report of the OSCE-ODIHR Expert Meeting. Retrieved March 18, 2020, from <https://www.osce.org/odihr/68750?download=true> (9.9.2020).

<sup>132</sup> See, Gelashvili, 2018.

### 3. *The Conceptual Fluidity of 'Online Hate Speech'*

Regulating online hate speech has been particularly difficult due to the lack of an existing international consensus on what defines online hate speech and what falls in the sphere of freedom of expression.<sup>133</sup> While the EU and major social media companies have issued a code of conduct to combat and prohibit online hate speech, the First Amendment in the United States has always protected hate speech.<sup>134</sup> In the United States, for example, there is no clear separation between hate speech and hate crime. Only if hate speech is regarded a clear and immediate threat to other individuals or groups will it be labeled a hate crime.<sup>135</sup> As a result, law enforcement has been unable to prosecute the majority of cases. While there can be prosecutions in both online and offline environments where there is a clear and immediate threat to individuals or groups, proving what exactly constitutes a danger in online environments is more difficult. Determining what constitutes hate speech on social media is a difficult task. The challenge of detecting and filtering hate speech from online discussions is extremely challenging due to the lack of agreement on what constitutes hate speech.<sup>136</sup> As a result, the line between freedom of expression and hate speech should be more clearly defined in the literature and in the framework of criminal law for the benefit of legal regulation.<sup>137</sup> It is also crucial to distinguish hate speech that takes place offline from hate speech that takes place online. Hate speech on social media has created new problems, demanding the creation of new definitions of the term in order to properly govern it.<sup>138</sup> Online hate speech has unique qualities such as tenacity, itinerancy, anonymity, and transnationality, despite the fact that there is no fundamental difference in effect. First, hate speech can linger online for a long time, resurfacing in many ways across multiple platforms.<sup>139</sup> As a result, online hate speech has the potential to be more destructive and long-lasting than offline hate speech. Second, even if content is removed, it can be resurrected elsewhere, such as under a different identity on the same platform or in other virtual platforms.<sup>140</sup> Third, when people have the option of remaining anonymous, they are more likely to express

<sup>133</sup> A. Sellars, "Defining Hate Speech", Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-20; Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper No. 16-48, 2016. Retrieved June 12, 2020, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2882244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244) (9.12.2020).

<sup>134</sup> See, Rohlfing, 2017, January 17.

<sup>135</sup> L. E. Beausoleil, "Free, Hateful, and Posted: Rethinking First Amendment Protection of Hate Speech in a Social Media World", Boston College Law Review, 60(7), 2019. Retrieved June 12, 2020, from <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3797&context=bclr> (5.5.2020).

<sup>136</sup> L. Silva- M. Mondal, et al, "Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media". AAAI ICWSM, 1-(4), pp. 687-690, 2016, p. 689-690.

<sup>137</sup> Perry, and et al, p. 3-10.

<sup>138</sup> F. G. Onbaşı, "Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security", Turkish Studies, 16(1), pp. 115-130, 2015. doi:10.1080/14683849.2015.1021248

<sup>139</sup> M. Roiha- O. Jubany, 2016; See, B. Levin, "Cyberhate: A Legal and Historical Analysis of Extremists' Use of Computer Networks in America", American Behavioural Scientist, 45(6), pp.958-988, 2002. doi:<https://doi.org/10.1177/0002764202045006004>

<sup>140</sup> G. Udoh-Oshin, "Hate Speech on the Internet: Crime or Free Speech?", Undergraduate Honors College Theses, 2017. Retrieved June 13, 2020, from [https://digitalcommons.liu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=post\\_honors\\_theses](https://digitalcommons.liu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=post_honors_theses) (5.10.2020); See, Roiha- Jubany, 2016.

their hatred because they will not be identified or face any penalties.<sup>141</sup> Encryption can make it difficult to prosecute crimes, especially hate crimes committed online. Fourth, global internet access magnifies the effects of hate speech while simultaneously making legal mechanisms for addressing online hate speech more problematic.<sup>142</sup>

#### **4. Divergence of Regulatory Models**

Even though hate speech has been identified as a threat to individuals and groups in many countries across the world, there is a sharp divergence in the regulatory model each country follows to regulate online hate speech. While some countries enact stringent laws that criminalize and severely punish the act, other countries simply impose lenient civil liabilities on the perpetrators. Whether hate speech should be punished by criminal law or it should simply be subjected to civil liability has been highly contested as well.<sup>143</sup> Based on the principle of universality of human rights, the right to freedom of expression should be afforded equal protection in all countries around the world. Similarly, for a better result, national laws covering hate speech should be harmonized.<sup>144</sup> For example, the Council of Europe's attempts to promote greater uniformity in member states' hate crime law have largely proved successful in the EU.<sup>145</sup> However, when European national laws are compared to those of the United States of America, numerous significant discrepancies come into view.<sup>146</sup> The United States' foreign policy is heavily impacted by the federal Constitution's First Amendment. Most of the time, hate speech, which is often regarded as political expression, is protected by it.<sup>147</sup> Many European countries, on the other hand, are not affected by this issue. In Denmark, Germany, the United Kingdom, and France, people have been charged with offences including such hate speech on the internet.<sup>148</sup> Other parts of the world have more extreme examples of national laws, particularly when it comes to hate speech directed at religious communities. In Bangladesh, for example, defaming a religion can result in up to ten years in prison.<sup>149</sup>

<sup>141</sup> Roiha- Jubany, 2016; See, R. Č. Meznar, "Online Hate-Speech And Anonymous Internet Comments: How To Fight The Legal Battle In Slovenia?" *Annales Series historia et Sociologica*, 24(3), pp.477-488, 2014. Retrieved June 12, 2020, from <https://zdp.si/wp-content/uploads/2015/08/ceferin-meznar.pdf> (9.2.2021).

<sup>142</sup> See, Roiha, et al, 2016; Matthew and Williams, 2015.

<sup>143</sup> D. J. Richards, "Rethinking Free Speech and Civil Liability", *Columbia Law Review*, 109(7), pp. 1650-1707, 2009. Retrieved June 7, 2020, from <https://www.jstor.org/stable/40380373> (9.12.2020).

<sup>144</sup> Alkiviadou, 2018.

<sup>145</sup> V. Jourová, "Code of Conduct—Illegal Online Hate Speech Questions and Answers", Fact Sheet, June 2016. Retrieved from [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code\\_of\\_conduct\\_hate\\_speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_hate_speech_en.pdf) (7.9.2020).

<sup>146</sup> Neshkovska, 2018

<sup>147</sup> Beausoleil, 2019.

<sup>148</sup> OBC Transeuropa, "Hate Speech: What it is And How To Contrast it", 2018, January 31. Retrieved from Resource Centre for Media Freedom in Europe: <https://www.rcmediafreedom.eu/Dossiers/Hate-speech-what-it-is-and-how-to-contrast-it> (2.12.2020).

<sup>149</sup> S. Rabbee, "Bangladesh: The Latest Assault On Free Speech", *The Interpreter*, 2018, October 2. Retrieved from The Lowy Institute: <https://www.loyyinstitute.org/the-interpreter/bangladesh-latest-assault-free-speech> (9.10.2020).



### **5. The Legal Status of Social Media Companies**

The legal status of social media companies at domestic laws determines the government policy towards the regulation of hate speech.<sup>150</sup> If social media companies are delegated by the government to control their platforms, they are playing the regulatory roles of the state. In this case, the companies shall respect the constitutional guarantee of freedom of expression of individual users of their platforms. If they are considered as corporate persons such as news agencies or broadcasting media only, then the government shall protect the rights of such social media platforms to edit or disseminate the content in line with applicable laws. There are at least three different frameworks for examining regulatory constraints on social media platforms' abilities to regulate user material based on lessons learned in the United States.<sup>151</sup> First, adopting the company town analogy, social media platforms could be viewed as state actors that are obligated to observe the First Amendment while regulating protected speech. Even in the absence of legislative restriction, if social media companies are viewed as state actors under the First Amendment, the Constitution will restrain their behavior. In the second main framework, social networking platforms can be compared to special enterprises such as common carriers or broadcast media. In this case, if specific aspects of social media platforms pose a threat to the medium's use for communicative or expressive purposes, courts may introduce neutral legislation to solve the problem. The final analogy compares social media platforms to news reporters, who are generally afforded complete First Amendment protection when making editorial decisions. If social media platforms were held to the same standards as newspaper editors when deciding whether and how to present user content, those editorial decisions would be afforded the broadest First Amendment protections. Which of these three frameworks will be used is primarily determined by the precise action being regulated. In the United States, for example, social media platforms may be more likely to be protected under the Constitution if they exercise more content discretion in providing user-generated content rather than broadcasting all of it uniformly.<sup>152</sup> Furthermore, the constitution provides less protection for certain sorts of expression. As a result, courts are more inclined to back rules that target specific types of dejecting speech, such as vulgar or violence-inducing speech. Lastly, if legislation focuses on the behavior of a social media site rather than speech, the constitutional guarantee of free speech may never be invoked.

---

<sup>150</sup> See, C. George, "Hate Speech Law and Policy", *The International Encyclopedia of Digital Communication and Society*, First Edition, 2015. Retrieved from Wiley Online Library: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/9781118767771.wbiedcs139> (6.10.2020).

<sup>151</sup> See, Brannon, 2019.

<sup>152</sup> See, S. Hawkins, "How Free Speech and Social Media Fit Together", 2012, March 8. Retrieved from Social Media Examiner: <https://www.socialmediaexaminer.com/how-free-speech-and-social-media-fit-together/> (8.4.2020).

## C- Approaches to Regulating Hate Speech on Social Media

### 1. State-Imposed Regulation (Domestic Regulation)

At domestic level, some countries are imposing legal obligations on social media companies to eliminate some contents including hate speech.<sup>153</sup> However, such laws and restrictions continue to be the exception rather than the rule. The prevalent approach at the international, regional, and national levels is to rely on voluntary commitments and self-regulation to filter internet content.<sup>154</sup> Germany has passed a law to combat illegal online content, including hate speech, that is possibly the most highly contested and contentious measure enacted by a liberal democracy.<sup>155</sup> Social media networks with more than two million registered members are subject to intermediary liability under the legislation. These platforms must remove illegal materials such as hate speech and individual blacklisting of religions. Within a 24-hour period, all blatantly illegal materials should be removed. All other unauthorized content has a seven-day deadline. Failure to delete unauthorized materials may result in a punishment of up to 50 million euros. The law has been criticized for being imprecise and over-inclusive, privatizing Internet censoring with no transparency or due process, and encouraging over-implementation by offering an incentive to err on the side of caution rather than free speech. Furthermore, malicious remarks and insults, as well as defamation that violates international human rights norms, are examples of prohibited content categories. Many countries have been influenced by Germany's national efforts to strengthen its intermediary obligation, either directly or indirectly. Since Germany's ground-breaking law, at least 13 nations<sup>156</sup>, including the EU, have implemented or proposed intermediary liability regimes that are generally similar to the German model.

### 2. Self-Regulation by Social Media Companies

Because social media platforms have properly realized the importance of their involvement in the spread of hate messages, they have agreed to write out terms of agreement in the hopes of regulating and restricting such potentially dangerous behaviors. For example, Facebook's terms of service state that content that insults someone on the basis of their actual or perceived race, ethnicity, national origin, religion, sex, gender, sexual orientation, handicap, or disease is not permitted on the

---

<sup>153</sup> O'Regan, 2018, p. 411.

<sup>154</sup> Irving, 2018, p. 260.

<sup>155</sup> J. Fissand- J. Mchangama, *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship*, Justitia, Copenhagen, 2019. [https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse\\_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf](https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf) (2.7.2020).

<sup>156</sup> According to Freedom House's 2019 assessment of Internet freedom, five of those countries are classified as "not free" (Belarus, Honduras, Vietnam, Venezuela, and Russia), five are classified as "partly free" (Kenya, India, Malaysia, Philippines, and Singapore), and only three are classified as "free" (Australia, France, and UK). With the exception of India, Kenya, Vietnam, and Australia, all of these countries, as well as the EU, have explicitly cited the German model law as inspiration or justification for their intermediary liability models.

platform.<sup>157</sup> YouTube’s policy also prohibits the sharing of any speech that disparages or denigrates a group based on race or ethnic origin, religion, disability, gender, age, veteran status, or sexual orientation or gender identity. Direct, specific threats of violence against others are likewise prohibited on Twitter. Overall, it appears that social media users are in agreement when it comes to banning hate speech. In this regard, major social media companies such as Facebook, Google, Microsoft, and Twitter have committed to follow a European Union code of conduct that compels them to review the majority of legitimate notifications within twenty four hours for the removal of illegal hate speech posted on their platforms.<sup>158</sup> Apps and platforms on social media are also responsible for restricting freedom of speech. In recent times, cases of continuous monitoring of user activities and censoring their posts via networking sites have also occurred.<sup>159</sup> WhatsApp is misused to deliver misinformation, which has led to the false killing of individuals due to suspicion by the mob. Fake news, especially related to politics has up-surged on such platforms. Offensive messages created by corrupt users are shared and transmitted blindly. As the harms of social media grow more obvious, states and academics are questioning how this problem can and should be addressed. It notably calls attention to what social media companies should do or do to prevent hate speech and incitement on their platforms. In terms of regulation, social media companies have been left to their own ways up until now. This strategy has come under scrutiny in the wake of data breaches, election intervention, hate speech, and provoking scandals.<sup>160</sup> Artificial intelligence and computational technologies are also being used by major social media platforms to detect and delete online hate speech from their sites.<sup>161</sup> There are concerns, however, about the bias of software-based judgments of what is appropriate online content, as well as how the learning of an artificial intelligence system might be used in unanticipated and unforeseen ways.<sup>162</sup> Despite the use of some soft-wares to detect online hate speech by the social media companies, the detection of such contents has never been an easy task. The design of social media posts generates one degree of difficulty. To put it another way, social media written text is rarely well-formed and frequently contains extralinguistic components like URLs, emojis, and other special characters.<sup>163</sup> Another source of difficulty is hate speech detection's intrinsically

<sup>157</sup> T. Çiftçi- L. Gashi- R. Hoffmann- D. Bahr- et al, “Hate speech on Facebook”, 4th European Conference on Social Media Research, At Mykolas Romeris University Vilnius, Lithuania, 2018. Retrieved June 12, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/323512148\\_Hate\\_speech\\_on\\_Facebook](https://www.researchgate.net/publication/323512148_Hate_speech_on_Facebook) (13.10.2020).

<sup>158</sup> Information extracted from "Facebook, YouTube, Twitter and Microsoft sign EU hate speech code", The Guardian. Retrieved at <https://www.theguardian.com/technology/2020/march/31/facebook-youtube-twittermicrosoft-eu-hate-speech-code>.

<sup>159</sup> Mishra, et al., 2019, p. 1411 et al.

<sup>160</sup> See, Irving, 2018

<sup>161</sup> K. Budek, “How Artificial Intelligence Can Fight Hate Speech In Social Media”, in Data science, Machine learning, 2019, January 24. Retrieved from deepsense.ai: <https://deepsense.ai/artificial-intelligence-hate-speech/> (29.10.2020).

<sup>162</sup> Melhuish, 2018

<sup>163</sup> T. Simonite, “Facebook’s AI for Hate Speech Improves. How Much Is Unclear”, 2020, May 12. Retrieved from <https://www.wired.com/story/facebook-ai-hate-speech-improves-unclear/> (9.12.2020).

unstable nature, which is exacerbated by the fact that the vast majority of social media posts do not contain hate speech or vulgarity.<sup>164</sup> Finally, there is a third level of difficulty due to the subjective nature of hate speech categorization. When the term “fuck”, for example, is used as part of a hash-tag, people react very differently than when it is used without a tagline, demonstrating the subjective nature of hate speech and offensive content.<sup>165</sup>

### CONCLUSION

The problem of hate speech laws has piqued the interest of many legal and philosophical scholars. The vast majority of scholarly works concentrate on presenting and critiquing arguments for and against hate speech restrictions. Despite the fact that hate speech has been recognized as an increasing threat to human rights on both a global and local level, enacting legislative prohibitions on it has proven difficult. Some of the major issues of regulating hate speech have been identified in this article. Primarily, the lack of a global legal consensus on what constitutes online hate speech and what falls within the realm of freedom of speech or expression has made regulating online hate speech extremely problematic. Second, excessive media control and over-criminalization of hate speech have impeded the right to freedom of expression and political dissidence in some countries. Third, the indeterminacy of applicable legislation and jurisdiction is a significant hurdle to combating hate speech because of the global nature of social media platforms. Fourthly, while some countries enact stringent laws that criminalize and severely punish the act, other countries simply impose lenient civil liabilities on the perpetrators creating divergence in the regulatory model. Finally, the discrepancy on the policies as to who should regulate social medias; self-regulation by the social media owners or government-imposed regulation has not been adequately addressed in conformity with the international standards set by human rights instruments.

---

<sup>164</sup> R. Gorwa- R. Binns- C. Katzenbach, “Algorithmic Content Moderation: Technical And Political Challenges In The Automation of Platform Governance”, *Big Data & Society*, 1-25, 2020. doi:<https://doi.org/10.1177/2053951719897945>

<sup>165</sup> P. Alonso- R. Saini- G. Kovacs, “The North at HASOC 2019: Hate Speech Detection in Social Media Data”, *FIRE 2019*, pp. 293-299, 2019. Kolkata: Creative Commons License Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

## REFERENCES

AFP, Hate speech in focus again: Facebook apologises for role in 2018 Sri Lanka unrest, 2020, May 13. Retrieved from <https://www.deccanchronicle.com/technology/in-other-news/130520/hate-speech-in-focus-again-facebook-apologises-for-role-in-2018-sri-l.html> (2.10.2020).

Ağtaş, Ö.- Özkazanç, A., "Judith Butler'in Nefret Söylemi Eleştirisi: Dildeki Performatif ve Yaralayıcı Dil. Fe Dergi: Feminist Eleştiri," 10(1), 1-12, 2018. Retrieved February 18, 2021, from [https://www.researchgate.net/publication/323448139\\_Judith\\_Butler'in\\_Nefret\\_Soylemi\\_Elestirisi\\_Dildeki\\_Performatif\\_ve\\_Yaralayici\\_Dil](https://www.researchgate.net/publication/323448139_Judith_Butler'in_Nefret_Soylemi_Elestirisi_Dildeki_Performatif_ve_Yaralayici_Dil) (3.10.2020).

ALA, American Library Association, 2017, December. Retrieved from Hate Speech and Hate Crime: <http://www.ala.org/advocacy/intfreedom/hate> (9.12.2020).

Al-Hassan, A. and Al-Dossari, H., "Detection of Hate Speech in Social Networks: A Survey On Multilingual Corpus", Computer Science & Information Technology (CS & IT), 83-100, 2019. DOI: 10.5121/csit.2019.90208.

Alkiviadou, N., Hate speech On Social Media Networks: Towards A Regulatory Framework? Information & Communications Technology Law, 28(1): 1-17, 2018. doi:10.1080/13600834.2018.1494417

Alonso, P. and Saini, R. and Kovacs, G., The North at HASOC 2019: Hate Speech Detection in Social Media Data. FIRE 2019 (pp. 293-299). Kolkata: Creative Commons License Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

Altıparmak, K.- Akdeniz Y., "Silencing Effect on Dissent and Freedom of Expression in Turkey in Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives", Council of Europe Publishing," 145-173, 2015. Council of Europe Publishing, 145-173. Retrieved June 25, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/323511383\\_Silencing\\_Effect\\_on\\_Dissent\\_and\\_Freedom\\_of\\_Expression\\_in\\_Turkey\\_in\\_Journalism\\_at\\_Risk\\_Threats\\_Challenges\\_and\\_Perspectives\\_Council\\_of\\_Europe\\_Publishing\\_2015\\_145-173](https://www.researchgate.net/publication/323511383_Silencing_Effect_on_Dissent_and_Freedom_of_Expression_in_Turkey_in_Journalism_at_Risk_Threats_Challenges_and_Perspectives_Council_of_Europe_Publishing_2015_145-173) (14.9.2020).

Altman, A., "Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination", An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy, 103(2), 302-317, 1993. Retrieved June 3, 2020, from <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/293497?journalCode=et> (9.12.2020).

Apalara, R., "Striking a Balance: Freedom of Expression and the Prohibition of Hate Speech and Offensive Remarks", Social Science Research Network (SSRN), 1-76, 2017. Retrieved June 7, 2020, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3035410](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3035410) (7.10.2020).

Appiagyei-Atua, K., "A Review of Theories of Expression in the Context of the Development Argument", University of Ghana Law Journal, XXIV, 197-227, 2005. Retrieved March 22, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/275271275\\_A\\_REVIEW\\_OF\\_THEORIES\\_OF\\_EXPRESSION\\_IN\\_THE\\_CONTEXT\\_OF\\_THE\\_DEVELOPMENT\\_ARGUMENT/link/553651a20cf20ea35f11f91f/download](https://www.researchgate.net/publication/275271275_A_REVIEW_OF_THEORIES_OF_EXPRESSION_IN_THE_CONTEXT_OF_THE_DEVELOPMENT_ARGUMENT/link/553651a20cf20ea35f11f91f/download) (9.12.2020).

Arcan, H. E., "Interrupted Social Peace: Hate Speech in Turkish Media", *The IAFOR Journal of Media, Communication and Film*, 1(1), 43-56, 2013.

Audrin, C. B., *Toward an Understanding of the Characteristics of Secondary School Cyberhate Perpetrators*, 2019. *Front. Educ.* doi:<https://doi.org/10.3389/educ.2019.00046>

Balcı, Ş.- Gölcü, A., "Hate Speech In Turkish And Israel Press: A Comparison Analysis Of Mavi Marmara Raid", *Conference: 9th International Symposium Communication in the Millennium*, 2011, San Diego/ USA, Volume: 9, 272-290, 2012. [https://www.researchgate.net/publication/289506459\\_Hate\\_Speech\\_in\\_Turkish\\_and\\_Israel\\_Press\\_A\\_Comparison\\_Analysis\\_of\\_Mavi\\_Marmara\\_Event](https://www.researchgate.net/publication/289506459_Hate_Speech_in_Turkish_and_Israel_Press_A_Comparison_Analysis_of_Mavi_Marmara_Event) (9.2.2021).

Beausoleil, L. E., "Free, Hateful, and Posted: Rethinking First Amendment Protection of Hate Speech in a Social Media World", *Boston College Law Review*, 60(7), 2019. Retrieved June 12, 2020, from <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3797&context=bclr> (5.5.2020).

Bell, J., "Restraining the Heartless: Racist Speech and Minority Rights", *Indiana Law Journal*, 84, 963-979, 2009. Retrieved June 13, 2020, from [http://ilj.law.indiana.edu/articles/84/84\\_3\\_Bell.pdf](http://ilj.law.indiana.edu/articles/84/84_3_Bell.pdf) (9.12.2020).

Benesch, S., "Defining and Diminishing Hate Speech. Retrieved from *State of the World's Minorities and Indigenous Peoples 2014*", 2014. <https://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/mrg-state-of-the-worlds-minorities-2014-chapter02.pdf> (9.12.2020).

Brannon, V. C., "Free Speech and the Regulation of Social Media Content", *Congressional Research Service*, 2019. Retrieved from <https://crsreports.congress.gov> (9.12.2020).

Brown, A., "What is hate speech? Part 1: The Myth of Hate", *Law and Philosophy*, 36(4). 2017. doi:10.1007/s10982-017-9297-1 [https://www.researchgate.net/publication/315473313\\_What\\_is\\_hate\\_speech\\_Part\\_1\\_The\\_Myth\\_of\\_Hate](https://www.researchgate.net/publication/315473313_What_is_hate_speech_Part_1_The_Myth_of_Hate)

Budek, K., "How Artificial Intelligence Can Fight Hate Speech In Social Media", 2019, January 24. Retrieved from [deepsense.ai: https://deepsense.ai/artificial-intelligence-hate-speech/](https://deepsense.ai/artificial-intelligence-hate-speech/) (29.10.2020).

Cease Fire Centre for Civilian Rights, *Peoples under Threat 2019*. Minority Rights Group International. from: <https://minorityrights.org/publications/peoples-under-threat-2019/>

Chong, D., "Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy", *Political Psychology*, 27(2), 29-54, 2006. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9221.2006.00448.x> (2.12.2020).

Çelik, E., "Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 205-240, 2013. Retrieved February 21, 2021, from <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208301> (9.12.2020).

Çiftçi T. vd., (2018). "Hate speech on Facebook". 4th European Conference on Social Media Research. At Mykolas Romeris University Vilnius, Lithuania. Retrieved June 12, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/323512148\\_Hate\\_speech\\_on\\_Facebook](https://www.researchgate.net/publication/323512148_Hate_speech_on_Facebook) (13.10.2020).

Dalkılıç, M. Y., "Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobyaya: L'Express Dergisi Örneği", *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi*, 1(1), 89-109, 2018. Retrieved February 20, 2021, from <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/496944>(9.12.2020).

Demaske, C., "Social Justice, Recognition Theory and the First Amendment: A New Approach to Hate Speech Restriction", *Journal of Communication Law and Policy*, 24(3), 347-401, 2019. doi:<https://doi.org/10.1080/10811680.2019.1627800>

Demirbaş, T., "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2693-2701, 2017. Retrieved February 20, 2021, from <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/3-TIMUR-DEMIRBAS.pdf> (19.12.2020).

Donovan, J., "Navigating the Tech Stack: When, Where and How Should We Moderate Content?" 2019, October 28. Retrieved from INTERNET GOVERNANCE, PLATFORM GOVERNANCE: [https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content?gclid=CjwKCAjw8pH3BRAXEiwA1pvMsYYWtF-G2eGsXdOFFdGvSfJt1zQjOjOjybYETAYxfZLihmXNkjAGRoC-SsQAvD\\_BwE](https://www.cigionline.org/articles/navigating-tech-stack-when-where-and-how-should-we-moderate-content?gclid=CjwKCAjw8pH3BRAXEiwA1pvMsYYWtF-G2eGsXdOFFdGvSfJt1zQjOjOjybYETAYxfZLihmXNkjAGRoC-SsQAvD_BwE) (11.11.2020).

Dural, B. G., "Othering Through Hate Speech: The Turkish-Islamist (V)AKIT Newspaper as a Case Study. *Turkish Studies*", 13(3), 489-507, 2012. doi:<http://dx.doi.org/10.1080/14683849.2012.715482>

European Parliament, "The role of social media in ethnic conflicts", 2018, November 6. Retrieved from Parliamentary questions: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005636\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-005636_EN.html) (17.8.2020).

Fiss J. -Mchangama, J. "The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship", *Justitia*, Copenhagen, 2019. [https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse\\_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf](https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf) (2.7.2020).

Gelashvili, T., "Hate Speech on Social Media: Implications of Private Regulation and Governance Gaps" 2018. JAMM07 Master Thesis. Lund University, Faculty of Law. <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8952399&fileId=8952403> (6.10.2020).

George, C., "Hate Speech Law and Policy", 2015. Retrieved from Wiley Online Library: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/9781118767771.wbiedcs139> (6.10.2020).

George, C., "Ethical Journalism Network", 2020, June 3. Retrieved from Hate Speech: A Dilemma for Journalists the World Over: <https://ethicaljournalismnetwork.org/resources/publications/ethics-in-the-news/hate-speech> (5.11.2020).

Gorwa, R. - Binns, R. - Katzenbach C., "Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance", *Big Data & Society*, 1-25, 2020. doi:<https://doi.org/10.1177/2053951719897945>

Hare, I. - Weinstein, J., "Extreme Speech and Democracy", *Oxford Scholarship Online*, 2009. doi:10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001

Hawkins, S., "How Free Speech and Social Media Fit Together", 2012, March 8. Retrieved from *Social Media Examiner*: <https://www.socialmediaexaminer.com/how-free-speech-and-social-media-fit-together/> (8.4.2020).

Holmes, K. R., "The Origins of "Hate Speech"", 2018, October 22. Retrieved from *The Heritage Foundation*: <https://www.heritage.org/civil-society/commentary/the-origins-hate-speech> (13.2.2021).

HRW, Human Rights Watch. Retrieved from *Somalia: Events of 2018*: <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/somalia> (9.12.2020).

Hünler, O. S., "Popülist Sağ ve Sosyal Medyada Nefret Söylemi", *Eleştirel Psikoloji Bülteni*, 8, 6-12, 2019. Retrieved February 20, 2021, from [https://www.researchgate.net/publication/336837817\\_Populist\\_Sag\\_ve\\_Sosyal\\_Medyada\\_Nefret\\_Soylemi](https://www.researchgate.net/publication/336837817_Populist_Sag_ve_Sosyal_Medyada_Nefret_Soylemi) (11.1.2021).

Hylton, K. N., *Implications of Mill's Theory of Liberty for the Regulation of Hate Speech and Hate Crimes*. The University of Chicago Law School Roundtable, 3(1), pp.35-57, 1996. Retrieved June 8, 2020, from <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=roundtable> (23.2.2021).

Irving, E., "Suppressing Atrocity Speech on Social Media: Symposium on Non-State Actors and New Technologies in Atrocity Prevention", *AJIL UNBOUND*, 113, 256-261, 2018. doi:10.1017/aju.2019.46

Jacobson, D., "Freedom of Speech under Assault on Campus", 2016, August 30. Retrieved from *CATO Institute*: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/freedom-speech-under-assault-campus> (9.2.2021).

JMC., Jack Miller Center, 2020, June 4. Retrieved June 4, 2020, from *Alexander Meiklejohn: Free Speech and its Relation to Self-government*: <https://jackmillercenter.org/cd-resources/alexander-meiklejohn-free-speech-relation-self-government/> (15.2.2021).

Jourová, V., "Code of Conduct—Illegal Online Hate Speech Questions And Answers", 2016, June. Retrieved from [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code\\_of\\_conduct\\_hate\\_speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_hate_speech_en.pdf) (7.9.2020).

Juanatey, A. G. (2016, December 12). "Hate Speech In Social Media: A State-Of-The-Art Review". Retrieved from <https://www.uclg-cisd.org/sites/default/files/Hate%20Speech%20A%20State%20of%20the%20Art.pdf> (4.1.2021).

Kalav, A. - Certel Fırat, A. B., "Amerikan Sosyal Medyasında Göçmen Karşıtlığı ve Dijital Nefret Söylemi: Twitter Üzerinde Bir İnceleme". *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 22, 2209-2222, 2017. Retrieved February 20, 2021,



from <https://iibfdergi.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/352/files/yil-2017-cilt-22-sayi-kayfor15-yazi42-30122017.pdf> (9.12.2020).

Kaniklidis, C., "Free Speech, Hate Speech and Principles of Community: The Case Against Free Speech Absolutism", 2015. Researchgate. Retrieved June 12, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/274835999\\_Free\\_Speech\\_Hate\\_Speech\\_and\\_Principles\\_of\\_Community\\_The\\_Case\\_Against\\_Free\\_Speech\\_Absolutism](https://www.researchgate.net/publication/274835999_Free_Speech_Hate_Speech_and_Principles_of_Community_The_Case_Against_Free_Speech_Absolutism) (30.10.2020).

Deveci C.- Kınık, B. N. B., "Nationalist Bias In Turkish Official Discourse On Hate Speech: A Rawlsian Criticism", *Turkish Studies*, 20(1), 1-23, June 2018. doi:10.1080/14683849.2018.1479961

Hudson, D. L., "Free Speech Or Censorship? Social media litigation is a hot legal battleground", 2019, April 1. Retrieved from ABAJOURNAL: <https://www.abajournal.com/magazine/article/social-clashes-digital-free-speech> (19.2.2021).

Laub, Z., "Council on Foreign Relations", 2019, June 7. Retrieved from Hate Speech on Social Media: Global Comparisons: <https://www.cfr.org/backgrounder/hate-speech-social-media-global-comparisons> (12.9.2020).

Lee, S. P., "Hate Speech in the Marketplace of Ideas", *The Philosophical Foundations of Law and Justice*, 13-26, 2010. doi:10.1007/978-90-481-8999-1\_2

Levin, B., "Cyberhate: A Legal and Historical Analysis of Extremists' Use of Computer Networks in America", *American Behavioural Scientist*, 2002. doi:<https://doi.org/10.1177/0002764202045006004>

Lombardi, C., "The Illusion of a "Marketplace of Ideas" and the Right to Truth", 2019. Retrieved from *American Affairs*: <https://americanaffairsjournal.org/2019/02/the-illusion-of-a-marketplace-of-ideas-and-the-right-to-truth/> (2.2.2021).

Maas, C., "Ethiopia parliament passes law punishing hate speech", 2020, February 15. Retrieved from *Jurist.org*: <https://www.jurist.org/news/2020/02/ethiopia-parliament-passes-law-punishing-hate-speech/> (9.12.2020).

Macedo, R. P., "Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience?", *Rev. Direito GV*, 13(1), pp. 274-302, 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201711>

Matthew, L. - Williams, P. B., "Cyberhate on Social Media in the aftermath of Woolwich: A Case Study in Computational Criminology and Big Data", 2015. *The British Journal of Criminology*, 56(2), 211–238. doi:<https://doi.org/10.1093/bjc/azv059>

Matthew L. - Williams, P. B., "Hate in the Machine: Anti-Black and Anti-Muslim Social Media Posts as Predictors of Offline Racially and Religiously Aggravated Crime", *BRIT. J. CRIMINOL.*, 2020(60), 93-117, 2019. doi:10.1093/bjc/azz049

Melhuish, E. P., "Online Hate Speech: A Survey on Personal Experiences and Exposure among Adult New Zealanders", *Netsafe*, 2018. Retrieved March 21, 2020, from

<https://www.netsafe.org.nz/wp-content/uploads/2019/11/onlinehatespeechsurvey-survey-2018.pdf> (9.10.2020).

Meza, R. - Vincze, H. O. - Mogos, A., "Targets of Online Hate Speech in Context. A Comparative Digital Social Science Analysis of Comments on Public Facebook Pages from Romania and Hungary", *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 4(4), pp 26-50, 2019. doi:10.17356/ieejsp.v4i4.503

Meznar, R. C., "Online Hate-Speech And Anonymous Internet Comments: How To Fight The Legal Battle In Slovenia?" *Annales, Ser. Historia Sociology*, 2014. Retrieved June 12, 2020, from <https://zdjp.si/wp-content/uploads/2015/08/ceferin-meznar.pdf> (9.2.2021).

Mishra, S. - Shukla A. K., "Balancing Freedom of Expression and Hate Speech: Case of India", *Pramana Research Journal*, 9(6), 1409-1419, 2019. doi:10.6084/m9.figshare.11345261

Neshkovska, S. - Trajkova, Z., "The Essential of Hate Speech", *IJET*, 71-80, 2018. [https://www.researchgate.net/publication/329874520\\_The\\_Essential\\_of\\_Hate\\_Speech](https://www.researchgate.net/publication/329874520_The_Essential_of_Hate_Speech), (9.12.2020).

O'Regan, C., "Hate Speech Online: An (Intractable) Contemporary Challenge? Current Legal Problems", 71(1), 403–429, 2018. doi:10.1093/clp/cuy012

OBC Transeuropa, "Hate Speech: What It Is and How to Contrast It", 2018, January 31. Retrieved from Resource Centre for Media Freedom in Europe: <https://www.rcmediafreedom.eu/Dossiers/Hate-speech-what-it-is-and-how-to-contrast-it> (2.12.2020).

OHCHR, Preventing incitement to hatred and violence in the Central African Republic, 2019, May 29. Retrieved from United Nations Human Rights Office of the High Commissioner:

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/PeacekeepersDay2019.aspx> (9.2.2021).

Oltmann, S. M., "Intellectual Freedom and Freedom of Speech: Three Theoretical Perspectives", *Information Science Faculty Publications*, 153-171, 2016. Retrieved June 3, 2020, from [https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=slis\\_facpub](https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=slis_facpub) (19.9.2020).

Onbaşı, F. G., "Social Media and the Kurdish Issue in Turkey: Hate Speech, Free Speech and Human Security". *Turkish Studies*, 16(1), 115-130, 2015. doi:10.1080/14683849.2015.1021248

OSCE-ODIHR, Incitement to Hatred vs. Freedom of Expression: Challenges of combating Hate Crimes Motivated by Hate on the Internet, 2010. Warsaw: Report of the OSCE-ODIHR Expert Meeting. Retrieved March 18, 2020, from <https://www.osce.org/odihr/68750?download=true> (9.9.2020).

Öztekin, H., "Yeni Medyada Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük Örneği". *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8(38), 925-936, 2015. Retrieved February 20, 2021, from [https://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi38pdf/6iksisat\\_kamu\\_isletme/oztekinhulya.pdf](https://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi38pdf/6iksisat_kamu_isletme/oztekinhulya.pdf) (9.9.2020).

Pejchal, V., "Hate Speech Regulation in Post-Communist Countries: Migrant Crises in the Czech and Slovak Republics", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 7(2), 58-74, 2015. doi: 10.5204/ijcjsd.v7i2.500.

Peonidis, F., "Freedom of Expression, Autonomy, and Defamation". *Law and Philosophy*, 1-17, 1998. doi: 10.1023/A:1005850325859

Perry, B. - Akça, D. - Karakuş F. - Baştuğ M. F., "Planting Hate Speech to Harvest Hatred: How Does Political Hate Speech Fuel Hate Crimes in Turkey?" *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Advance online publication, 1-17, 2020. doi:<https://doi.org/10.5204/ijcjsd.v9i4.1514>

Quent, M., "Opinion: The Clear Line Between Hate Speech and Free Speech", 2019, November 24. Retrieved from DW Made for Minds: <https://www.dw.com/en/opinion-the-clear-line-between-hate-speech-and-free-speech/a-51393218> (12.9.2020).

Quinn, T., "Monitoring Hate Speech: Challenges and Strategies", 2018, HateBase.

Rabbee, S., "Bangladesh: The Latest Assault On Free Speech", 2018, October 2. Retrieved from The Lowy Institute: <https://www.loyyinstitute.org/the-interpreter/bangladesh-latest-assault-free-speech> (9.10.2020).

Reid, A., "Does Regulating Hate Speech Undermine Democratic Legitimacy? A Cautious 'No'", *Res Publica*, 26, 181–199, 2019. doi:<https://doi.org/10.1007/s11158-019-09431-6>

Repucci, S., "Media Freedom: A Downward Spiral", 2019. Retrieved from Freedom House: <https://freedomhouse.org/report/freedom-and-media/2019/media-freedom-downward-spiral> (9.12.2020).

Richards, D. J., "Rethinking Free Speech and Civil Liability", *Columbia Law Review*, 109(7), 1650-1707, 2009. Retrieved June 7, 2020, from <https://www.jstor.org/stable/40380373> (9.12.2020).

Rohlfing, S., *The Role of Social Networking in Shaping Hatred: An Exploration into User Responses to and Influence and Permissibility of Online Hatred*, 2017, January 17. The thesis is submitted in partial fulfilment of the requirements for the award of the degree. Portsmouth, UK.

Roiha, M. - Jubany, O., "Backgrounds, Experiences and Responses to Online Hate Speech: A Comparative Cross-Country Analysis", *Words are Weapons*, 2016. Preventing Redressing Inhibiting Hate Speech in New Media. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.734.2403&rep=rep1&type=pdf>

Romero, A., "The line between free speech and hate speech", 2016. ResearchGate. Retrieved June 13, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/311064494\\_The\\_line\\_between\\_free\\_speech\\_and\\_hate\\_speech](https://www.researchgate.net/publication/311064494_The_line_between_free_speech_and_hate_speech) (9.12.2020).

Samples, J., *Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media*, 2019, April 9. Retrieved from CATO Institute: <https://www.cato.org/>

publications/policy-analysis/why-government-should-not-regulate-content-moderation-social-media (2.12.2020)

Scanlon, T., "A theory of free expression", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (2): pp. 204-226, 1972.

Schauer, F., *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, Çev. B. Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.

Scheffler, A., *The Inherent Danger of Hate Speech Legislation A Case Study from Rwanda and Kenya on the Failure of a Preventative Measure*, 2015. Retrieved from Friedrich-Ebert-Stiftung (FES): <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/africa-media/12462.pdf> (1.12.2020).

Schultz, D., "The First Amendment Encyclopedia", 2017, June. Retrieved from <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/999/marketplace-of-ideas> (9.11.2020).

Schwarz, K. M., "Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime", *SSRN Electronic Journal*, 1-85, 2019, November 3. doi:10.2139/ssrn.3082972

Seidman, L. M., "Can Free Speech Be Pr ee Speech Be Progressive?" Georgetown University Law Center, 2018. Retrieved June 3, 2020, from <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3056&context=facpub> (9.11.2020).

Sellers, A., "Defining Hate Speech", Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-20; Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper No. 16-48. Retrieved June 12, 2020, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2882244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244) (9.12.2020).

Silva, L. - Mondal, M. - Correa D. - Benevenuto, F. et al, "Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media", *AAAI ICWSM*, 1-4: 687-690, 2016.

Simonite, T., "Facebook's AI for Hate Speech Improves. How Much Is Unclear", 2020, May 12. Retrieved from <https://www.wired.com/story/facebook-ai-hate-speech-improves-unclear/> (9.12.2020).

Solmone, S., "Regulate social media? It's a bit more complicated than that", 2018, May 3. Retrieved from *The Conversation*: <https://theconversation.com/regulate-social-media-its-a-bit-more-complicated-than-that-103797> (18.10.2020).

Şahin, K., *İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları*, XII. Levha yayınları, İstanbul, 2009.

Taş, E., "Yeni Medyada Nefret Söylemi", *e-Journal of New Media*, 1(1), 60-71, 2017. doi:10.17932/IAU.EJNM.m.25480200.2017.1/1.60-71

Taye, B., "Ethiopia's Hate Speech And Disinformation Law: The Pros, The Cons, And A Mystery", 2020, May 19. Retrieved from [accessnow.org: https://www.accessnow.org/ethiopias-hate-speech-and-disinformation-law-the-pros-the-cons-and-a-mystery/](https://www.accessnow.org/ethiopias-hate-speech-and-disinformation-law-the-pros-the-cons-and-a-mystery/) (9.12.2020).

Thompson, P. - Itaoui, R. - Bazian H., "Islamophobia in India: Stoking Bigotry", Berkeley: Islamophobia Studies Center, 2019. Retrieved March 21, 2020, from

<https://irdproject.com/wp-content/uploads/2019/04/Islamophobia-in-India-Web-Spread.pdf> (9.12.2020).

Traum, A., "Contextualising The Hate Speech Debate: The United States and South Africa", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 47(1), 64-88, 2014. Retrieved June 12, 2020, from <https://www.jstor.org/stable/24585817?seq=1> (9.12.2019).

Tsesis, A., "Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements", 2002. Researchgate. Retrieved June 7, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/228321836\\_Destructive\\_Messages\\_How\\_Hate\\_Speech\\_Paves\\_the\\_Way\\_for\\_Harmful\\_Social\\_Movements](https://www.researchgate.net/publication/228321836_Destructive_Messages_How_Hate_Speech_Paves_the_Way_for_Harmful_Social_Movements) (9.9.2020).

Udoh-Oshin, G., "Hate Speech on the Internet: Crime or Free Speech?" Undergraduate Honors College Theses, 2017. Retrieved June 13, 2020, from [https://digitalcommons.liu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=post\\_honors\\_theses](https://digitalcommons.liu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=post_honors_theses) (5.10.2020).

Ulusoy, D. Ç., "A Comparative Study of the Freedom of Expression in Turkey and EU", *The Turkish Year Book of International Relations*, 44, 51-148, 2013. doi:10.1501/Intrel\_0000000287

US Department of State, Sudan 2018 Human Rights Report, 2019, March. Retrieved from <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/03/Sudan-2018.pdf> (9.10.2020).

Uygun, O., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", *Türkiye'de İfade Özgürlüğü*, (Ed. T. Koçak, T. Doğan, Z. Kutluata) bgst yayınları, İstanbul, 2009, ss.15-67

Varda, Z. B., "Nefret Söylemi ve Yeni Medya", *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 132-156, 2015. Retrieved February 21, 2021, from <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/172390> (8.8.2020).

Walker, J., "Hate Speech and Freedom of Expression: Legal Boundaries in Canada", 2018, June 29. Retrieved from Library of Parliament: [https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/201825E#ftn2](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201825E#ftn2) (26.11.2020).

Wang, Q., "The Understanding of Absolute Right to Freedom of Expression in the Case of Hate Speech", *Graduate Theses and Dissertations*, pp. 1-100, 2018, March. Retrieved from <http://scholarcommons.usf.edu/etd/7240> (4.11.2020).

Wehbé, A., "Increasing International Legal Protections for Freedom of Expression", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 8(2), 1-20, 2018. Retrieved June 4, 2020, from <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=ndjicl> (26.11.2020).

Weiner, M. S., "Self-Governance and Free Speech", 2012, September 3. Retrieved from *Civil Liberties in the United States*: <https://uscivil liberties.org/themes/4466-self-governance-and-free-speech.html> (9.11.2020).

Weinstein, J., "Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy", *Constitutional Commentary*, 32(527), 527-587, 2017. Retrieved June 8, 2020, from <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1475&context=concom> (28.8.2020).

Yadav, A., "Countering Hate Speech in India: Looking for Answers Beyond The Law", *II Law Review*, II (Winter Issue), 1-17, 2018.

Yanık, A., *Sosyal Medyada Yükselen Nefret Söyleminin Temelleri (Fundamentals of Rising Hate Speech on Social Media)*. *Global Media Journal TR Edition*, 8(15), 364-383, 2017. Retrieved June 26, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/320893358\\_Sosyal\\_Medyada\\_Yukselen\\_Nefret\\_Soylemine\\_Temelleri](https://www.researchgate.net/publication/320893358_Sosyal_Medyada_Yukselen_Nefret_Soylemine_Temelleri) (9.12.2020).

Yaraghi, N., "Regulating Free Speech on Social Media Is Dangerous and Futile", 2018, September 21. Retrieved from Brookings: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/09/21/regulating-free-speech-on-social-media-is-dangerous-and-futile/> (6.6.2020).

Yazıcı, T., "Yeni Medyanın Nefret Dili: Suriyeli Mültecilerle İlgili Ekşi Sözlük Örneği", *Global Media Journal TR Edition*, 7(13), 115-136, 2016. Retrieved February 19, 2021, from <https://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/T%C3%BClay%20YAZICI.pdf> (16.2.2021).

## COVID-19 SALGINI SÜRECİNDE ÜNİVERSİTE EĞİTİMİNDE KULLANILAN UZAKTAN EĞİTİM PLATFORMLARININ 6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Dr. Öğretim Üyesi Fatmagül KALE ÖZÇELİK\*\*

### ÖZ

Uzaktan eğitim platformları, Covid-19 salgınının ülkemizde görülmesiyle beraber üniversite eğitiminde kullanılmaya başlanmıştır. Bu platformlara, öğrenci ve öğretim elemanlarının genel ve özel nitelikli kişisel verileri işlenmektedir. Tüm bu kişisel verilerin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na uygun olarak işlenmesi gerekir. Özellikle platformlar aracılığıyla yürütülen dersler ve yapılan sınavların kayıt altına alınmasında ve verilerin üçüncü kişilere aktarımında Kanuna uygun hareket edilmelidir. Aksi halde işlemi gerçekleştirenlerin Kanun gereği cezai ve idari sorumlulukları doğmaktadır. Çalışmamızda, Covid-19 salgınında üniversiteler tarafından kullanılan bu platformların, kişisel verilerin korunması kanunu çerçevesinde incelenmesi amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Covid-19 salgını, üniversite eğitimi, uzaktan eğitim platformları, Kişisel Verileri Koruma Kanunu, kişisel veri.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27/04/2021

Kabul Edildiği Tarih: 12/06/2021

\*\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: fatmagulkale@gmail.com

ORCID: 0000-0002-8700-2150.

## THE EVALUATION OF DISTANCE EDUCATION PLATFORMS USED IN UNIVERSITY EDUCATION DURING COVID-19 PANDEMIC DISEASE UNDER THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW

### ABSTRACT

Distance education platforms have started to be used in university education with the outbreak of Covid-19 in our country. Personal data of students and academic staff are processed on these platforms. All these personal data must be processed in accordance with the Personal Data Protection Law No. 6698. In particular, it is necessary to act in accordance with the Law in recording the courses and exams conducted through the platforms and transferring the data to third parties. Otherwise, criminal and administrative responsibilities arise in accordance with the Law. In our study, it is aimed to examine these platforms used by universities in the Covid-19 outbreak within the framework of the law on protection of personal data.

**Keywords:** Covid-19 pandemic disease, university, distance education platforms, Personal Data Protection Law, personal data.



## GİRİŞ

2019 yılının başlarında Çin'in Wuhan kentinde görülmeye başlayan, zamanla tüm dünyayı etkileyen ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi (küresel salgın) olarak tanımlanan Covid-19 salgını, sosyal ve ekonomik yönü başta olmak üzere insan yaşamının her alanını olumsuz bir şekilde etkilemiştir. Hastalığın Türkiye'de görülmeye başlamasıyla beraber, tüm alanlarda olduğu gibi eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yürütülme şeklinde de değişikliğe gidilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu kapsamda, ülke genelindeki tüm eğitim ve öğretim kurumlarının yüz yüze eğitimlerine ara verilmiş, televizyon aracılığıyla ya da elektronik ortamda eğitimlere devam edilmesi kararları alınmıştır. 18.03.2020 tarihinde Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılan bir basın açıklamasıyla, Covid 19 salgını döneminde üniversite eğitiminin de uzaktan gerçekleşeceği kamuoyuna duyurulmuş ve yazıda, yurtiçinde faaliyet yürüten tüm üniversitelerin bu konuda hızlı adımlar atması istenmiştir<sup>1</sup>. Yaşanan bu gelişmenin ardından üniversiteler, yüz yüze eğitime ara vererek, uzaktan eğitim platformları aracılığıyla elektronik ortamda gerçekleşecek eğitim modelini hayata geçirmiştir. Online eğitimin başlamasıyla beraber Kişisel Verileri Koruma Kurumu, bu konuda bir duyuru yayınlamış; platformlara kişisel verilerin işlenmesi sırasında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>2</sup>. Çalışmamızda, Covid-19 salgınında üniversite eğitiminde kullanılan uzaktan eğitim platformlarına, ilgili kişilerin ilk kaydından başlayarak, derslerin ve sınavların yapılması, kaydedilmesi ve bu kayıtların üçüncü kişilere aktarılması gibi işlemler esnasında, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çerçevesinde uyulması zorunlu olan usul ve esaslara yer verilmiştir. Ayrıca bu faaliyetler gerçekleştirilirken, 6698 sayılı Kanun'a aykırılık halinde doğacak cezai ve idari sorumluluğa çalışmamızda değinilmiştir. Çalışmayı sınırlandırmak maksadıyla, konu yalnızca 6698 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmiş; kişisel verilere ilişkin uluslararası düzenlemeler kapsam dışı bırakılmıştır.

### I. KİŞİSEL VERİLERİN "İŞLENMESİ": SİSTEME İLK KAYIT, DERSLERİN VE SINAVLARIN KAYDI, DEPOLANMASI, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AKTARILMASI

"Veri işleme" kavramı, Kanun'un hukuka aykırı eylem ve işlemlerden korumayı amaçladığı temel eylem biçimidir ve Kanun içinde sıklıkla bu kavrama yer verilir. 6698 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendi, kişisel verilerin işlenmesini tanımlar<sup>3</sup>. İlgili bende göre, veri işleme faaliyeti çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu anlamda verinin elde edilmesiyle başlayan, kaydedilmesi, depolanması, muhafazası, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi şeklinde pek çok

<sup>1</sup> Yükseköğretim Kurulu, (<https://covid19.yok.gov.tr/Documents/alinan-kararlar/03-uzaktan-egitime-iliskin-alinan-kaFrar.pdf>), Erişim Tarihi 27.09.2020.

<sup>2</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu>), Erişim Tarihi 29.09.2020.

<sup>3</sup> KVKK madde 3 (e) Kişisel verilerin işlenmesi: "Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi" ifade eder.

faaliyet Kanun nezdinde veri işleme olarak değerlendirilmektedir<sup>4</sup>. Veri işleme faaliyeti yalnızca maddede sıralanan bu tür eylemlerle de sınırlı değildir ve veriler üzerinde gerçekleştirilecek her türlü işlemin, Kanun tarafından işleme faaliyeti olarak değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>5</sup>. İlgili düzenlemede, veri üzerindeki herhangi bir eylemin “işleme” olarak kabul edilebilmesi için “otomatik olan” veya “otomatik olmayan” yollarla yapılması şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, “otomatik olan” eylemlerin tamamı Kanun kapsamında veri işleme olarak kabul edilmektedir. “Otomatik olmayan” eylemlerinse Kanun kapsamında veri işleme olarak kabul edilebilmesi için bir veri kayıt sisteminin parçası olması gerekir<sup>6</sup>. “Otomatik” kavramının tanımı Kanun nezdinde yapılmamıştır. Ancak Kurum tarafından bu kavramın, elektronik ortamda gerçekleşen veri işleme faaliyeti; “otomatik olmayan” kavramının ise elektronik ortamda tutulmayan veri işleme faaliyeti anlamına geldiği belirtilmiştir<sup>7</sup>. Bu kapsamda, elektronik ortamda gerçekleştirilen faaliyetler otomatik olmasından dolayı başka herhangi bir şart aranmaksızın; elle, manuel şekilde tutulan verilerse ancak bir veri kayıt sisteminin parçası olmak şartıyla veri işleme faaliyeti olarak Kanun kapsamında değerlendirilir.

Covid-19 salgını sürecinde üniversite eğitiminde kullanılan uzaktan eğitim platformlarında elektronik ortamda otomatik bir şekilde, öğrencilerin ve öğretim elemanlarının adı, soyadı, kimlik numarası, öğrenci numarası gibi özlük bilgilerinin kaydedilmesinin yanı sıra, kimi zaman yürütülen derslerin ve yapılan sınavların kayıt altına alınması, depolanması ve üçüncü kişilere aktarılması şeklinde faaliyetlerde bulunulur. Sayılan bu eylemlerin hepsi 3. maddesinin (e) bendi kapsamında kişisel verilerin işlenmesidir. Dolayısıyla üniversitelerin, öğrencilerin ve öğretim elemanlarının bu platformlara ilk kayıtlarında; devamında derslerin ve sınavların yürütülmesi, kayıt altına alınması, depolanması, aktarılması gibi her bir işlemde Kanun’un belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde kişisel verileri işlemesi gerekir.

## II. İLGİLİ KİŞİLER: ÖĞRENCİ VE ÖĞRETİM ELEMANLARI

6698 Sayılı Kanun’un 3. maddesinin (ç) bendi, ilgili kişiyi, “*kişisel verisi işlenen gerçek kişi*” olarak tanımlamıştır. Düzenlemeye göre, yalnızca gerçek kişiler ilgili kişi olarak Kanun’un korumasından faydalanabilir. Kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri, ilgili kişi olarak değerlendirilemez<sup>8</sup>. Uzaktan eğitim platformları açısından

<sup>4</sup> Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 16; Çiğdem Öngün Ayözger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 131; Oğuz Sefer, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, Bilgi Ekonomisi Ve Yönetimi Dergisi, S.13-2, 2018, s.128.

<sup>5</sup> Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 371.

<sup>6</sup> Sevgi Eraslan Türkmen, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 87; Sinem Uyarer Göçmen, Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 115.

<sup>7</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, KVKK Yayınları, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikca-Sorulan-Sorular>), Erişim Tarihi 28.10.2020, s. 29.

<sup>8</sup> Esasen özel hukuk tüzel kişileri, bu konuda tamamen korumasız değildir. Ticari sırların korunması anlayışı, Ticaret Kanunu kapsamında özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin gizli verilerin korunmasına önemli derecede hizmet eder. Mehmet Emin Bilge, Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın, 2. Baskı,

meseleye bakıldığında, öğrenciler, öğretim elemanları, idari personel gibi platformlara verisi işlenen tüm gerçek kişiler, Kanun kapsamında ilgili kişi sayılmaktadır. Bu hususta Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun 07.04.2020 tarihli duyurusunda, "Uzaktan eğitim platformlarında, öğrencilerin ad ve soyadları ... ses ve görüntü gibi ... kişisel verilerinin işlendiği görülmektedir." demek suretiyle uzaktan eğitim platformlarına kişisel verisi işlenen ilgili kişi olarak yalnızca öğrencilerin tespit edildiği görülmektedir. Burada ilgili duyuru, ülke genelindeki tüm eğitim kurumlarına yönelik olduğundan, Kurum'un öğrenciler dışında diğer ilgili kişileri hesaba girmediği görülmektedir. Oysa öğrencilerin yanı sıra öğretim elemanlarının ve diğer eğitim kurumlarındaki eğitim öğretim faaliyetini üstlenen kişilerin de ilgili kişi olarak saptanması gerekir. Nitekim üniversiteler tarafından kullanılan ilgili platformlarda öğrencilerin yanı sıra öğretim elemanlarının da adı, soyadı, kimlik bilgileri, ses ve görüntüleri gibi kişisel verilerinin işlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla üniversiteler özelinde öğrencilerle beraber öğretim elemanları da Kanun kapsamında kişisel verileri işlenen ilgili kişidir ve bu bağlamda Kanundan doğan haklara sahiptir<sup>9</sup>.

### III. VERİ SORUMLUSU: DEVLET VE VAKIF ÜNİVERSİTELERİ

#### A. Genel Olarak

6698 Sayılı Kanun'a göre veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir (m. 3/(ı)). Bu kapsamda bir kişinin veri sorumlusu olabilmesi için kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirlemesi, veri kayıt sistemini kurma ve yönetmeden sorumlu olması gerekir. Bu şartları aynı anda yerine getiren kişi artık veri sorumlusu olarak nitelendirilecektir. Kanundaki tanım kapsamında hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler veri sorumlusu olabilmektedir. Düzenlemede veri sorumlusu olarak açıkça özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin isminin yer almaması, kamu kurumlarının Kanun uygulamasından muaf tutulduğu anlamına gelmemektedir. Kanun hükümleri, özel hukuk tüzel kişilerini olduğu gibi kamu hukuku tüzel kişilerini de bağlar ve veri sorumlusu olarak kabul eder<sup>10</sup>.

İdari yapı içindeki hukuki statülerine bakıldığında üniversiteler, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak anılan ve kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olan kamu kurumlarıdır<sup>11</sup>. Nitekim Anayasa'nın 130. maddesinin 1. fıkrasına göre, "üniversiteler, ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip, devlet tarafından kanunla kurulan kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır. 2. fıkrada, vakıf üniversitelerine ilişkin olarak, kanunda gösterilen usul

Ankara, 2005, s. 41-42; Benzer görüş için bkz. Aşkoğlu Şehriban İpek, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 17.

<sup>9</sup> Nitekim çalışmada detaylandırılacağı üzere, derslerin kayıt altına alınması, depolanması ve bu kayıtların üçüncü kişilere aktarılması işlemlerinde, ilgili kişi olmalarından dolayı açık rızalarının hukuka uygun bir şekilde alınması gerekir.

<sup>10</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen>), Erişim Tarihi 15.12.2020, s. 1.

<sup>11</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 552; Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 240.

ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumlarının kurulabileceği belirtilmiştir<sup>12</sup>. Bu üniversitelerde, vakıf tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir ve bu tüzel kişilik, Anayasa'nın m. 130/1'e göre kamu tüzel kişiliğidir<sup>13</sup>.

Açık öğretim sistemi ile yükseköğretim hizmeti sunan bir üniversite, başta öğrenciler olmak üzere öğretim elemanları, idari personel, üniversite hastanesi içindeki hastalar, refakatçılar gibi üniversite ile ilişkili tüm kişilerin isim, soyisim, kimlik numarası, doğum tarihi ve yeri, cinsiyeti, baba ve anne adları, çalıştıkları kurum ve banka hesap bilgileri, telefon numarası, e-posta adresi gibi verilerini elektronik ya da fiziki ortamlara işlemektedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla üniversiteler tarafından bir veri kayıt sistemi<sup>15</sup> oluşturulmakta ve yönetilmektedir<sup>16</sup>. Veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan, verilerin işleme amacını ve yöntemini belirleyen kamu tüzel kişiliyse veri sorumlusu olduğundan, bu şartları taşıyan hem devlet hem de vakıf üniversiteleri, kişisel verilerin korunması kanununun hükümlerine tabidir.

## B. 28. Madde Uyarınca Kanun'un Uygulamasından Muaf Olmama Hali

6698 Sayılı Kanun'a göre, veri sorumlusu her gerçek veya tüzel kişi Kanun uygulamasına tabi değildir. Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı haller, 28. maddenin 1.<sup>17</sup> ve 2.<sup>18</sup> fıkralarında tam ve kısmi istisnalar olarak düzenlenmiştir.

<sup>12</sup> Vakıflar tarafından kurulan ve "özel üniversiteler" olarak anılan kurumlar, 130. maddenin son fıkrası gereğince, mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönünden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlerine tabidir. Vakıf üniversiteleri, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün olumlu görüşü ile birlikte Yükseköğretim Kurulu'nun kararı üzerine bir kanunla kurulur. Günday, s. 559-560.

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1990/2, K.1990/10, 30.05.1990.

<sup>14</sup> Cemal Başar, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 40.

<sup>15</sup> Kanuna göre veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemidir (m.3/h). Bir dosyalama sistemi olarak nitelenebilecek veri kayıt sistemi elektronik ya da fiziki ortamda oluşturulabilir. Buna göre, veri kayıt sisteminde kişisel veriler, ad, soyad veya kimlik numarası üzerinden sınıflandırılabilir gibi, örneğin kredi borcunu ödemeyenlere ilişkin oluşturulacak bir sınıflandırma da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, herhangi bir kriterle bağlı olmaksızın gelişigüzel bir şekilde sadece kişilerin ad ve soyadlarının bir kâğıtta yer alması hali, Kanun kapsamına girmemekle birlikte, söz konusu isimlerin belirli bir kriterle göre bir kâğıda kaydedilmesi halinde, bu veri kaydı Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK Yayınları, s. 25.

<sup>16</sup> Örneğin, bir kimsenin telefon numarasının herhangi bir kâğıda yazılması, tek başına veri kayıt sistemini oluşturmadığından dolayı Kanun kapsamında değerlendirilemez. Başalp, s. 33; Alaattin Bük, Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 42.

<sup>17</sup> Tam istisnai durumları düzenleyen Kanun'un 28. maddenin 1. fıkrası, şu hallerde Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı halleri düzenler: a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi. b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi. c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi. ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve

İlgili fıkralar dikkatli bir şekilde incelendiğinde, üniversitelerin Kanun uygulamasından muaf tutulmadığı görülmektedir. Bu anlamda, eğitim ve öğretimin sağlanması amacıyla kamu hizmeti yürüten devlet ve vakıf üniversiteleri Kanun'dan doğan yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Burada 28. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan, “*Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, ...bilimsel amaçlarla... işlenmesi*” şeklindeki düzenleme, aksi görüş olarak ileri sürülebilirdi, üniversite eğitiminin bu istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Söz konusu istisnai düzenleme, tez, makale, proje, anket çalışması gibi daha dar anlamda bilimsel çalışmalar için kişisel verilerin işlenmesine izin vermektedir. Tüm üniversite eğitiminin ilgili istisna kapsamında değerlendirilmesi, istisnai düzenlemenin geniş olarak yorumlanması anlamına gelecektir ve bu durum istisnaların dar yorumlanması ilkesine<sup>19</sup> açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda, üniversitelerin, veri sorumlusu olmalarından ötürü en genel anlamda kişisel verilerin korunması politikalarını kendi kurumlarında hayata geçirmekle yükümlü olduğu belirtilmelidir<sup>20</sup>. Covid-19 salgını döneminde kullanılan uzaktan eğitim platformları özelinde de veri sorumlusu olarak aynı yükümlülükleri devam etmektedir. Bu dönemde kişisel verilere ilişkin Kanun tarafından belirlenen usul ve esaslara uyulmadığı takdirde üniversiteler, veri sorumlusu sıfatıyla sorumlu olacaklardır.

### C. Veri İşleyen: Bulut Yazılım Programları ve Üniversite Personelinin Durumu

Veri işleyen, veri sorumlusundan farklı olarak KVKK'da tanımlanmış ayrı bir kişidir ve Kanun uyarınca veri işleyen, “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir (m. 3/ğ).

---

*kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi. d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.*

<sup>18</sup> Kısmi istisna halleri düzenleyen 28. maddenin 2. fıkrası ise, Kanun'un amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen maddenin ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünün şu hallerde uygulanmayacağını düzenler: a) *Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması. b) İlgili kişinin kendisi tarafından denetlenmiş kişisel verilerin işlenmesi. c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması. ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.*

<sup>19</sup> Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012, s. 59.

<sup>20</sup> Üniversiteler, veri sorumlusu olmaları dolayısıyla KVKK'dan doğan yükümlülükleri yerine getirmekle mükellef olmalarına rağmen az sayıda üniversitenin bu yükümlülükleri uydugu görülmektedir. Örneğin, Veri Sorumluları Sicili (VERBİS)'ne kayıt yükümlülüğü, çalışmamızın devam ettiği sürede, yalnızca beş üniversite tarafından yerine getirildiği tarafımızca tespit edilmiştir. KVKK VERBİS, Sicil Sorulama, “Üniversite”, (<https://verbis.kvkk.gov.tr/Query/List?q=08C74%2FcD1FknP%2FsVoE3t0g%3D%3D#!>), Erişim Tarihi 21.11.2020. Yine kişisel verilere ilişkin aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde aydınlatma metinlerine, az sayıda üniversitenin internet sitesinde yer verdiği görülmektedir.

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen kişidir. Bu anlamda veri işleyen varlığı, veri sorumlusunun kararına bağlıdır<sup>21</sup>. Veri işleyen, veri sorumlusunun çıkarına uygun olarak ve onun yetkilendirmesi dâhilinde hareket etmesi gerekir. Örneğin, veri işlemeye ilişkin temel kriterleri belirlemek veri işleyen yetkisi dâhilinde değildir. Veri işlemenin “neden” ve “nasıl” yapılacağı sorularını yanıtlayan veri sorumlusudur<sup>22</sup>. Veri işleyen faaliyetleri, veri işlemenin daha çok teknik kısımları ile sınırlıdır. Verilerin hangi yöntemle işleneceği, alınacak veri güvenliği önlemlerinin detayları gibi daha çok usulle ilgili bazı konularda karar verebilir<sup>23</sup>.

Veri işleyen, veri sorumlusunun kendi kurumu dışında gerçek veya tüzel bir kişi olmak zorundadır. Bu hususta veri işleyene dair Kurum’un belirlediği kriter, “*Bu kişiler, kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, veri sorumlusunun kişisel veri işleme sözleşmesi<sup>24</sup> yapmak suretiyle yetkilendirdiği ayrı bir gerçek veya tüzel kişidir*”<sup>25</sup> şeklindedir. Bu kapsamda, Kurum’a göre bir gerçek veya tüzel kişinin veri işleyen olabilmesi için, veri sorumlusunun kendi iş organizasyonu dışında, yaptığı bir kişisel veri işleme sözleşmesi<sup>26</sup> ile dışarıdan hizmet almak suretiyle bu kişiye verileri işletmesi gerekir. Dolayısıyla Kanun ve Kurum’un kararı doğrultusunda, veri işleyen tayininde dikkat edilmesi gereken iki husus ortaya çıkar. Birincisi, bu kişinin veri sorumlusunun kendi iş organizasyonu dışında kalması ve bir sözleşme ile yetkilendirilmesi gerekir; ikincisi, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarına göre veri işlemesi gerekir. İki şart aynı anda yerine getirilerek bir veri işleme etkinliği varsa artık bu hizmetleri sağlayanlar veri işleyen sayılır<sup>27</sup>. Bu anlamda örneğin bir üniversitenin, topladığı kişisel verilerin saklanması için bir bulut hizmeti sağlayıcısıyla<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Elif Küzeci, Şebnem Kılıç, “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 63, 2019, s. 15.

<sup>22</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 sayılı Kanun’da Yer Alan Temel Kavramlar, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Rehberi, (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/45af208d-3718-49ed-b51a-9be9edde6ff2.pdf>), Erişim Tarihi 10.11.2020, s. 22.

<sup>23</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Rehberi, (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/2032/Veri-Sorumlusu-Kimdir>), Erişim Tarihi 10.11.2020, s. 3.

<sup>24</sup> KVKK’da açıkça öngörülmemesine rağmen Kurum, veri işleyen tayininde kişisel veri işleme sözleşmesini kriter olarak belirlemiştir. Burada Kurum’un, 4 Mayıs 2016’da AB Resmi Gazetesi’nde yayınlanan ve 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)’nin 28. maddesinin 3. fıkrasında, veri sorumlusu ile veri işleyen arasında sözleşme ya da diğer hukuki işlemler ile hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi gereğini düzenleyen hükme benzer şekilde yaklaşımının olduğu görülmektedir.

<sup>25</sup> Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, s. 1.

<sup>26</sup> Doktrinde kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak kişisel verileri işlemeyi taahhüt ettiği, veri sorumlusunun da karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Gamze Turan Başara, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s. 65.

<sup>27</sup> Küzeci, Kılıç, s. 16. Burada yazarların, veri işleyen tayininde sözleşme şartına vurgu yapmadan yalnızca organizasyon dışından hizmet alınmasına değindikleri belirtilmelidir.

<sup>28</sup> Bulut bilişim üzerinde uzlaşma sağlanmış açık bir tanım bulunmamakla birlikte; uygulamaların internet ortamında bulunan bir uzak sunucu üzerinden çalıştırılması ya da kullanıcıya ait verilerin uzak sunucu üzerinde her an erişilebilir şekilde bulundurulmasını sağlayan bir servis yapısı olarak tanımlanabilir. Türkiye Henkoğlu, Özgür Külcü, “Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler ve Hukuksal

sözleşme yapması ve bulut sağlayıcısının verileri belirli bir zamandan sonra sileceği veya ilgili kişinin kişisel verilerine erişimlerini sağlayacağı konusunda anlaşması durumunda, bulut hizmeti sağlayıcısı ayrı bir hukuk kişisi olarak veri işleyen statüsündedir. Zira taraflar arasındaki sözleşme gereği bulut hizmeti sağlayıcısı, kişisel verileri kendi amaçları için kullanmamaktadır<sup>29</sup>. Burada bulut hizmet sağlayıcısının etkinlik alanı üniversiteden gelen kişisel verileri yine onun talimatlarına uygun olarak saklamaktır<sup>30</sup>. Veri sorumluları, kendi organizasyonları dışındaki kişilerden hizmet almalarının yanı sıra yaygın bir şekilde, kişisel verileri çalışanları aracılığıyla kendi iş organizasyonu içinde işlemektedir. Bu durumda, verileri işlemekle görevli personel KVKK anlamında bir veri işleyen sayılmaz. Nitekim bir veri işleyenden söz edilebilmesi için Kanun ve Kurum tarafından aranan, veri işleyenin veri sorumlusunun organizasyonu dışında kalarak bir sözleşmeyle yetkilendirilmesi ve veri sorumlusunun talimatlarına göre veri işlemesi şartları aynı anda gerçekleşmez. Böyle bir durumda veri işleme faaliyetini gerçekleştiren personel, veri sorumlusu statüsündeki kurumuyla bağımlı bir iş ilişkisi içinde yer alan ve iş organizasyonu içerisinde görevlerini yerine getiren kimselerdir. Bu kişiler, kural olarak veri işleyen ya da veri sorumlusu olmayıp; yalnızca veri sorumlusunun iş organizasyonunun bir parçası durumundadır<sup>31</sup>.

Covid-19 salgını Türkiye’de görüldükten sonra, Yükseköğretim Kurulu’nun kararının ardından çoğu üniversite, uzaktan eğitim modelini hızlı bir şekilde uygulayabilmek adına Classroom, Zoom, Skype gibi pek çok bulut bilişim hizmeti sağlayıcısından destek almıştır. Salgın döneminde üniversite eğitim ve öğretiminin, kurumun kendi programları dışında farklı bulut bilişim hizmeti sağlayıcıları tarafından sağlandığı bu durumda, bahsi geçen hizmet sağlayıcıları KVKK kapsamında veri işleyen statüsündedir ve Kanun’dan doğan yükümlülüklerle uymak zorundadırlar. Uzaktan eğitim platformlarına, üniversite kurumunun kendi iş organizasyonuna dâhil kamu görevlileri tarafından kişisel verilerin işlenmesi halindeyse, bu kimseler veri işleyen

---

Koşullar Üzerine Bir İnceleme”, Bilgi Dünyası, 2013, 14 (1), 62-86, s. 64. Bulut bilişim internet bağlantısıyla erişim sağlanabilen, uzak sunucu desteğiyle beraber verilerin saklanması, işlenmesi ve verilere her an erişim sağlanarak kullanılmasını sağlayan bir servistir. Bulut bilişim, hizmet sağlayıcılarının sunduğu altyapı desteği ile birçok kişi tarafından paylaşarak kullanılmakta ve sunucunun sanallaştırma özelliği ile her kullanıcı kendine ait alanı bağımsız olarak kullanabilmektedir. Cengiz Paşaoğlu, Emel Cevheroğlu, “Bulut Bilişim Sistemleri Kapsamında Kişisel Verilerin Şifreleme Yöntemleri İle Korunması”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, Nisan 2020, 183-195, s. 185. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü’ne göre, bulut bilişim, düşük seviyede yönetim çabası ya da hizmet sağlayıcı etkileşimi ile hızlı bir şekilde sağlanıp serbest bırakılabilen bilgisayar ağları, sunucular, depolama, uygulamalar ve servisler gibi ayarlanabilir bilişim kaynaklarının müşterek havuzuna her yerden elverişli bir şekilde istenildiğinde ağa erişim sağlayan bir model olarak tanımlanmıştır. Madde ve Gereği ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, 2019, Ankara, s. 105.

<sup>29</sup> Bir şirket ile bulut hizmeti sağlayıcı arasında yapılan sözleşmeden dolayı, veri işleyen statüsündeki bulut hizmeti sağlayıcısı hakkında benzer bir değerlendirme için bkz. Furkan Güven Taştan, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 72.

<sup>30</sup> Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, s. 10. Keza bilgi işlem, insan kaynakları, arşivleme, çağrı merkezi gibi hizmetler ya da ESP, SAP gibi programlar kanalıyla başka tüzel kişilerden destek alınması ve ilgili kişilerin kişisel verilerinin bunlar tarafından işlenmesi de mümkündür. Bu hizmetleri sağlayan kişiler veri işleme etkinliğinin niteliğine göre, veri işleyen olarak tanımlanabilecektir. Küzeci, Kılıç, s. 16.

<sup>31</sup> Küzeci, Kılıç, s. 16.

statüsünde değildir. Örneğin, kurumda çalışan herhangi bir idari personel veya öğretim elemanı tarafından derslerin ya da sınavların kayıt altına alınması, depolanması, üçüncü kişilere aktarılması gibi kişisel verilerin işlenmesi durumlarında ortaya bir veri işleyen çıkmaz. Bu kişiler veri işleyen olarak kabul edilemeyeceği için 12. madde çerçevesinde veri güvenliğine ilişkin alınacak tedbirlerden dolayı veri sorumlusuyla beraber müştereken sorumlu sayılmayacaklardır. Ancak Kanun tarafından bireysel sorumluluğa ilişkin düzenlenen hükümlerin bu kişiler için de geçerli olduğu unutulmamalıdır.

#### IV. COVID-19 SALGINI SÜRECİNDE ONLINE EĞİTİM PLATFORMLARI TARAFINDAN İŞLENEN VERİ TÜRLERİ VE İŞLENME ŞARTLARI

Covid-19 salgınında üniversiteler tarafından kullanılan uzaktan eğitim platformları, öğrencilerin ve öğretim elemanlarının isim, soyisim, öğrenci numarası, eğitim bilgileri gibi kişisel verileri ile biyometrik veri olarak değerlendirilen ve özel nitelikli veri kategorisine dâhil olan ses ve görüntülerini işlemektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 salgın hastalığının başlamasıyla uzaktan eğitime geçildiği günlerde yaptığı kamuoyu duyurusunda da, *“Uzaktan eğitim platformlarında, öğrencilerin ad ve soyadları gibi kişisel verileri ile ses ve görüntü gibi biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilecek bazı özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiği görülmektedir.”* demek suretiyle, bu platformlara kişisel veriler ile özel nitelikli kişisel verilerin işlendiğine dikkat çekmiştir. Bu iki veri türünün tabi olduğu kurallar ise Kanun’un 5. ve 6. maddesinde ayrı ayrı düzenlenmiştir.

##### A. İsim, Soyisim, Kimlik ve Eğitim Bilgileri, Öğrenci Numarası Gibi Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin (d) bendi çerçevesinde kişisel veri, *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”* olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, kişisel veriden söz edebilmesi için, verinin gerçek kişiye ilişkin olması ve bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu anlamda kişisel veri, sadece gerçek kişiye ilişkindir ve tüzel kişilere ilişkin tüm veriler kişisel veri tanımının dışındadır<sup>32</sup>. Dolayısıyla, bir şirketin ticaret unvanı, adresi, vergi kimlik numarası, MERSİS numarası ve cirosu gibi tüzel kişiliğe ilişkin bilgiler, bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilecekleri durumlar haricinde<sup>33</sup>, kişisel veri sayılamaz. Kişisel veri aynı zamanda gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgiyi ifade eder. Burada veriye ilişkin önemli olan husus, verinin herhangi bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebiliyor olması ya da o gerçek kişiyi tanımlayabilmesidir<sup>34</sup>. Bu anlamda, *“her türlü bilgi”* ifadesinin geniş olarak

<sup>32</sup> Doktrinde, Kanun’un temel amacının temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak üzere gerçek kişilere yönelik bir korumanın sağlanması olmasından dolayı, tüzel kişilerin Kanun kapsamının dışında bırakılmasının isabetli olduğunu dile getiren yazarlar bulunmaktadır. Ayözger, s. 10.

<sup>33</sup> Hüseyin Can Aksoy, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2016, s. 19-20; Başalp, s. 35; Taştan, s. 29-30.

<sup>34</sup> Bir verinin kişiyi belirlenebilir kılıp kılmadığı, her bir somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerekir. Murat H. Develioğlu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 30; Ayözger, s. 11-12.



yorumlanması gerekir<sup>35</sup>. Kanun'da hangi bilgilerin kişisel veri olarak kabul edileceğine ilişkin sınırlı sayım esası benimsenmediğinden, kişisel verilerin kapsamının genişletilmesi mümkündür<sup>36</sup>. Bu kapsamda sadece isim, soyisim, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin kimliği ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Bilginin, kişisel veri sayılabilmesi için kanıtlanmış ya da güncel olması da gerekmez<sup>37</sup>.

Kişisel verilerin işleme şartları ise, ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Çalışmada daha önce ele alındığı gibi, kişisel verilerin işlenmesi, verinin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafazası, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi pek çok faaliyeti ifade etmektedir ve veriler üzerinde bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesi için 6698 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan koşulların yerine getirilmesi gerekir. Maddenin 1. fıkrasına göre, *"kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez"*. Kişisel verilerin işlenebilmesi için öncelikle ilgili kişinin açık rızasının alınması gerekir. Ancak 5. maddenin 2. fıkrasında istisnai haller düzenlenmiş ve sıralanan nedenlerden birinin varlığı halinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesine imkân tanınmıştır: (a) *Kanunlarda açıkça öngörülmesi*, (b) *fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması*, (c) *bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması*, (ç) *veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması*, (d) *ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması*, (e) *bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması*, (f) *ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması* hallerinden birinin doğması halinde kişisel veriler ilgili kişinin açık rıza onayı olmaksızın işlenebilecektir.

Kanunun kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 5. maddesi ekseninde ortaya konulan bu genel ilkeler, Covid-19 salgınında üniversitelerce kullanılan uzaktan eğitim platformlarına uygulandığında önemli sonuçların doğduğu gözlenir. Öncelikle tespit

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre de kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir Bkz. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/2013/2941, 11.05.2016; Anayasa Mahkemesi, 09.04.2014 tarih, E. 2013/122 ve K. 2014/74. Yargıtay'a göre ise kişisel veri, kişinin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü veridir. Y.12.CD., T. 05.09.2018, E. 2571, K. 7821; T. 13.04.2016, E. 9759, K. 10938.

<sup>36</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, KVKK Yayınları No.29, (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>), Erişim Tarihi 23.09.2020, s. 1.

<sup>37</sup> Taştan, s. 38; Aksoy, s. 14.

edilmesi gereken, bu platformlara öğrencilerin ve öğretim elemanlarının isim, soyisim, T.C. kimlik numarası, öğrenci numarası gibi kişisel verilerinin kaydedilmesi söz konusudur. Kayıt işlemi, m.3/1(e) bendi kapsamında işleme faaliyeti sayılmasından dolayı, öğrencilerin ve öğretim elemanlarının bu tür kişisel verilerinin platforma kaydı sırasında açık rızalarının alınması gerekir. Ancak burada 5. maddenin 2. fıkrasının (ç) ve (e) bentlerinde düzenlenen istisnai haller gündeme gelebilir. 2. fıkranın (ç) bendi, veri sorumlusunun hukuken yerine getirmekle olduğu bir yükümlülük altında olduğu<sup>38</sup> ve ilgili düzenlemeye uyulmasının mutlaka zorunlu olduğu hallerde rıza aranmaksızın kişisel verinin işlenebileceğini belirtir. Anayasal ve yasal düzenlemeler gereğince yükseköğretimin üniversiteler tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin düzenleme, üniversitelerin eğitim ve öğrenimi sağlama yükümlülüğünün hukuki dayanağıdır. Bu hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için uzaktan eğitim platformlarının pandemi döneminde kullanılması bir zorunluluk olarak doğmuştur. Dolayısıyla (ç) bendinde aranan koşulların doğduğu söylenebilir. Yine öğrenciler bakımından eğitim hakkının kullanımı için bu platformların varlığı zorunluluk olarak belirmiştir ve bu durum, bir hakkın tesisi, kullanılması için veri işlemenin zorunlu olduğu istisnai hali düzenleyen (e) bendi kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla tüm dünyayı etkileyen ve hayatın olağan akışını değiştiren Covid-19 salgını döneminde, eğitim hakkının tesisi ve kullanımı ve veri sorumlusu üniversitelerin hukuki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için zorunlu olmasından dolayı, öğrenci ve öğretim elemanlarının genel nitelikli kişisel verilerinin uzaktan eğitim platformlarına açık rıza onayları alınmaksızın işlenebileceği belirtilmelidir.

## **B. Ses ve Görüntü Gibi Biyometrik Veri Olarak Adlandırılan Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları**

### **1. Ses ve Görüntünün Biyometrik Veri Olarak Değerlendirilip Değerlendirilmemesi Meselesi**

Kişisel verilerin korunması hukukunda kişiye ait birtakım veriler, diğer verilere kıyasla koruma düzeyi daha ağır şartlara tabi tutulması gereken veriler olarak değerlendirilir. Dolayısıyla bu konudaki hukuki düzenlemelerde, birtakım veriler “hassas” ya da “özel nitelikli” olarak tayin edilir ve bunlar hakkında ayrı bir koruma rejimi öngörülür<sup>39</sup>. Kişiye ait ses ve görüntünün dâhil edildiği biyometrik veriler bu anlamda, özel korumaya tabi tutulan veriler arasında yer alır ve işlenme şartları için farklı kriterler aranır<sup>40</sup>. KVKK'nın 6. maddesinde de biyometrik veriler, özel nitelikli kişisel veri olarak tayin edilmiş ve genel kişisel verilerden ayrı bir maddede düzenlenen bu verilere ilişkin farklı bir koruma rejimi öngörülmüştür. Ancak Kanun, biyometrik

<sup>38</sup> Veri sorumlusunun sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesi için zorunlu olan haller bu istisna kapsamında yer almaz. Taştan, s. 165.

<sup>39</sup> Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin çeşitli ülkelerin hukuki düzenlemelere yer veren bir çalışma için bkz. Cemil Kaya, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, 2011, s. 319-321.

<sup>40</sup> 95/46/AT sayılı Yönerge’de biyometrik veriler, özel nitelikli kişisel veri olarak tanımlanmamıştır. KVKK, bu konuda AB Tüzüğü’ne benzer şekilde biyometrik verileri özel nitelikli olarak tanımlamıştır. Nafiye Yücedağ, Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı Ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 768-769.

verilerin ne olduğunu açıkça belirlemediği gibi bir tanımlama yoluna da gitmemiştir. Biyometrik verilere ilişkin bir tanımlama, 4 Mayıs 2016'da AB Resmî Gazetesi'nde yayınlanan ve 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)'nün 14. maddesinde yapılmıştır ve Kurul'un kararlarında da bu tanıma atıf yapılmaktadır<sup>41</sup>. Buna göre, “yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi bir gerçek kişinin özgün bir şekilde teşhis edilmesini sağlayan veya teyit eden fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin spesifik teknik işlemeden kaynaklanan kişisel veriler” biyometrik veridir<sup>42</sup>. Bu veri türüne ilişkin 51. maddesinde yapılan açıklamalarda, fotoğrafların işlenmesinin doğrudan biyometrik veri olarak kabul edilemeyeceği, yalnızca gerçek bir kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına veya doğrulanmasına izin veren belirli bir teknik yöntemle işlendiğinde ancak biyometrik verilerin tanımı kapsamında kabul edileceği belirtilmiştir.

Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yapılan bu tanımdan hareketle, doktrinde, görüntü ve ses gibi kişisel verilerin, biyometrik yöntemler vasıtası ile tanımlama veya doğrulama işlemine tabi tutulmadığı sürece özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmemesi gerektiği; bu nedenle uzaktan platformlarda gerçekleştirilen eğitim veya iş faaliyetleri esnasında, bu tür bir işlem söz konusu olmadığından, her ne kadar kişisel verileri işleme faaliyeti gerçekleşse de, ses ve görüntünün kayıt altına alınması nedeniyle özel nitelikli kişisel veri işleme faaliyetinin gerçekleşemeyeceği dile getirilmiştir<sup>43</sup>. Ancak Kişisel Verileri Koruma Kurumu bu konuda aksi görüştedir. 07.04.2020 tarihinde yaptığı kamuoyu duyurusunda “Uzaktan eğitim platformlarında, öğrencilerin ad ve soyadları gibi kişisel verileri ile ses ve görüntü gibi biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilecek bazı özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiği görülmektedir.” demek suretiyle öğrencilerin ses ve görüntülerinin biyometrik veri, yani özel nitelikli kişisel veri kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Diğer bir kararında ise Kurul, Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nün 51. maddesine atıfla, herhangi bir verinin biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilmesi için o verinin sadece o kişiyi tanımlayabilme ya da doğrulayabilme özelliğine sahip olması kriterinin aranması gereğine dikkat çekmiştir<sup>44</sup>. Dolayısıyla uzaktan eğitim platformlarında ses ve görüntünün işlenmesi, ilgili kişilerin tanımlanmasını ya da doğrulanmasını sağlar nitelikte olmasından hareketle biyometrik veri olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca yürütülen derslerde, bilimsel tartışmalar esnasında öğrenciler ve öğretim elemanları tarafından kimi zaman kendi dini, felsefi, siyasi görüşleri dile getirilebilmektedir. Yine kamera görüntülerinde kişilerin kılık kıyafetleri ekrana yansımaktadır. Bu veriler, Kanun tarafından 6. maddede sayılan özel nitelikli kişisel veriler arasında açıkça yer almaktadır ve ses ve görüntü ile beraber bu verilerin işlenmesi halinde ilgili kişilerin korunması

<sup>41</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 25.03.2019, 2019/81 Sayılı Karar; 31.05.2019, 2019/165 Sayılı Karar Özetleri.

<sup>42</sup> Avrupa Veri Koruma Tüzüğü, (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>), Erişim Tarihi 23.09.2020.

<sup>43</sup> Mücahit Ünal, “Ses ve Görüntü Verilerinin Paylaşılmasının Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, (<https://blog.lexpera.com.tr/ses-ve-goruntu-verilerinin-paylasilmasinin-kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-acisindan-degerlendirilmesi/>), Erişim Tarihi 23.09.2020; Genel olarak biyometrik verilere ilişkin benzer bir görüş için bkz. Yücedağ, s. 769.

<sup>44</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 25.03.2019, 2019/81 Sayılı Karar; 31.05.2019, 2019/165 Sayılı Karar Özetleri, para. 1.

elzem hale gelmektedir. Bu nedenle biyometrik yöntemlerle<sup>45</sup> işleme şartına bakılmaksızın, platformdaki ses ve görüntünün özel nitelikli kişisel veri olarak kabulü Kanun'un amacıyla örtüşür bir yaklaşım olacaktır. Aksi durumda, ses ve görüntü normal kişisel verilerin işleme koşullarına tabi tutulacak ve yukarıdaki başlıkta bahsedildiği üzere açık rıza onayı alınmadan verilerin işlenmesi söz konusu olacaktır. Bu durum ise, kişileri, özel nitelikli kişisel veriler için öngörülen özel korumadan yoksun kılacak ve Kanun'un 1. maddesi çerçevesinde kabul edilen insan haklarını koruma amacıyla örtüşmeyecektir.

## 2. Ses ve Görüntü Gibi Biyometrik Verilerin İşlenme Şartları

KKVK'nın 6. maddesinde, *"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir"* şeklinde düzenlemeyle özel nitelikli kişisel veriler sıralanmıştır. Doktrinde yaygın ismiyle "hassas veri" olarak adlandırılan özel nitelikli kişisel veriler, madde metninde sınırlı sayıda düzenlenmiştir ve genişletilmesi mümkün değildir<sup>46</sup>.

6. maddenin 2. fıkrası, özel nitelikli kişisel verilerin işleme koşulunu düzenler. Buna göre, *"özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır"*. Her ne kadar özel nitelikli kişisel veriler için ilgili kişilerin açık rızasının aranması temel bir prensip olarak düzenlense de, açık rıza aranmaksızın bu tür verilerin işlenebileceğine ilişkin istisnai hallerde de yer verilmiştir. 3. fıkraya göre, *"sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli veriler; ancak kanunlarda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir."* Ayrıca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması gerekir (m. 6/4). Görüleceği üzere, genel nitelikte kişisel verilere ilişkin 5. maddede öngörülen istisnai haller, 6. maddede düzenlenen özel nitelikli kişisel veriler için geçerli değildir ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi diğer kişisel verilerin işlenmesine göre daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Bu kapsamda sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel veriler, ancak kanunlarda açıkça düzenlenen hallerde kişinin açık rızası olmadan işlenebilecektir. Dolayısıyla bu kategorideki kişisel verilerde açık rızanın aranmayacağı haller için kanuni düzenleme şarttır.

Üniversitelerde pandemi döneminde kullanılan uzaktan eğitim platformlarında ses ve görüntü gibi biyometrik verilerin işlendiği yukarıdaki başlıkta tespit edilmiştir.

<sup>45</sup> Danıştay'a göre biyometrik yöntemler, ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikleri aracılığıyla gerçekleştirilen ve otomatik şekilde doğrulanabilen kimlik denetleme tekniklerini ifade etmektedir. Bu yöntemler arasında parmak izi tanıma, avuç içi tarama, el geometrisi tanıma, iris tanıma, yüz tanıma, retina tanıma, DNA tanıma gibi yöntemler bulunmaktadır. Tüm bu yöntemler kullanılarak bireyin kimliği tespit edilebilmekte, kendine has özellikleri, kişisel verileri kayıt altına alınabilmektedir." Danıştay 15. Dairesi, 11.09.2014 tarih ve E. 2014/4562 Sayılı Kararı.

<sup>46</sup> Kaya, s. 319.

Biyometrik verilerse 6. madde kapsamında özel nitelikli kişisel verilerdir ve bu tür verilerin işlenmesinde açık rıza şarttır. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler dışında kalan ve biyometrik verileri de kapsayan diğer özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesi için bir kanunun varlığı gerekir. Covid-19 döneminde üniversitelerin uzaktan eğitim vererek, özel nitelikli kişisel verileri hukuka uygun şekilde işleyebileceğine dair açık bir kanuni düzenleme ise yoktur. Bu hususta, YÖK tarafından 18.03.2020 tarihinde yapılan basın açıklamasında<sup>47</sup>, uzaktan eğitime ilişkin “Yükseköğretim Kurumlarında Uzaktan Öğretime İlişkin Usul Esaslar”da değişikliğe gidildiği belirtilmişse, ilgili düzenleme, Kanun’un 6. maddesi tarafından aranan şartları karşılamamaktadır. Bunun birinci nedeni, ilgili düzenleme hukuki niteliği itibarıyla, TBMM tarafından düzenlenen şekli anlamda bir kanun vasfına sahip değildir<sup>48</sup>. Şayet maddi anlamda kanuni bir düzenleme olarak kabul edilse dahi, düzenlemenin YÖK tarafından değişikliklere gidilen hali incelendiğinde, öğrenci ve öğretim elemanlarının özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesine dair kuralları ortaya koymadığı görülür. Dolayısıyla, kanuni düzenlemenin eksikliğinden dolayı, biyometrik veri olarak kabul edilen ses ve görüntülerin üniversitelerce işlenebilmesi için, ilgili kişiler olan öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rızalarının alınması 6. madde kapsamında şarttır.

### 3. Ses ve Görüntünün Sisteme İşlenip İşlenmediğinin Tespit Edilmesinin Gerekliliği

Yukarıda tespit edildiği üzere, kanuni bir düzenlemenin olmamasından dolayı biyometrik verilerin uzaktan eğitim kapsamında sisteme işlenebilmesi için açık rızanın alınması bir zorunluluktur. İlgili düzenlemeye göre, açık rıza yükümlülüğü ancak biyometrik verilerin “işlenmesi” halinde doğmaktadır. Eğer bir veri işleme faaliyeti yoksa açık rızanın alınması da gerekmez. Bu anlamda öncelikle biyometrik verilerin platformlara işlenip işlenmediğinin tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapılırken, derslerin ve sınavların kaydedildiği ve kaydedilmediği durumlar birbirinden ayrılmalıdır<sup>49</sup>. Nitekim görüntü ve sesin o an izlenmesi ve duyulması ile kayıt edilerek arşivlenmesi hukuken farklı sonuçları doğurmaktadır.

Derslerin kayıt altına alınmaması halinde, ilgililerden açık rızanın alınması hukuken şart değildir. Nitekim kayıt altına alınmayan derslerde öğrenci ve öğretim

<sup>47</sup> Yükseköğretim Kurulu, (<https://covid19.yok.gov.tr/Documents/alinan-kararlar/03-uzaktan-egitime-iliskin-alinan-kaFrar.pdf>), Erişim Tarihi 27.11.2020.

<sup>48</sup> Geniş anlamda kanun, parlamento kararı dışında kalan ve anayasanın yetki verdiği yasama organı tarafından, anayasada öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan ve genellikle başkanlar veya devlet başkanları tarafından yayımlanan işlemlerdir. Dar anlamda ise kanun, yasama organı tarafından yapılan ve parlamento kararları dışında kalan işlemlerdir. Bu tanımlamaların yanı sıra kanun kavramının, maddi ve şekli anlamda kanun olarak tanımlanması da söz konusudur. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2011, s. 831.

<sup>49</sup> Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı yaklaşımı benimsemiştir. Örneğin, kişilerin kamusal alanlarda kayıt edilmeksizin görsel olarak izlenmesinin özel yaşama müdahale olmayacağını; ancak görüntülerin kaydedilmesi ve bu kaydın sistemli ya da kalıcı yapılmasının farklı sonuçlarının olacağını belirtmiştir. Peck v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 44647/98, 28.04.2003, para. 59. Yine polisler tarafından kişilerin seslerinin kalıcı olarak kaydının ve seslerin daha sonra değerlendirilmesini kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul etmiş ve özel yaşama müdahale olarak değerlendirmiştir. P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, 44787/98, 25.09.2001, para. 59-60.

elemanlarının biyometrik verilerinin sisteme işlenmesi söz konusu olmayacaktır. İşleme faaliyeti olmamasından dolayı, ses ve görüntü kişisel veri niteliğinde de sayılmayacaktır. Ancak derslerin kaydedilmemesine rağmen, bu tür kişisel verilerin sisteme işlenmesi söz konusuysa, açık rızanın ilgili kişilerden mutlaka alınması gerekir. Aynı tespit, ses ve görüntü açma zorunluluğu getirilerek yapılacak sınavlar içinde geçerlidir. Kayıt altına alınmayan sınav, sisteme işlenmiyorsa eğer ses ve görüntü için öğrencilerin açık rızalarının alınmasına gerek olmayacaktır. Bu şekilde yapılan bir sınavdaki ses ve görüntüler, kişisel veri sayılmayacak ve Kanun'un uygulama alanına girmeyecektir.

Derslerin ve sınavların kayıt altına alınması durumunda ise hem öğretim elemanlarının hem öğrencilerin biyometrik verilerinin sisteme işlenmesi söz konusudur. Böyle bir durumda, öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rızalarının mutlaka alınması gerekir. Dolayısıyla dersin ve sınavın kaydının yapılacağı esnada açık rızaların alınmasına yönelik bir bilgilendirme metninin ve bu bilgilendirme metni neticesinde "kabul et/reddet" şeklinde bir tercih butonunun varlığı şarttır. Öğretim elemanları için ayrı bir bilgilendirme ve tercih butonu; öğrenciler için ayrı bir bilgilendirme ve tercih butonunun sistemde olması gerekir. Buradan hareketle, öğretim elemanları ve üniversite tarafından, kaydı yapılan ders ve sınavlarda, açık rıza alınmaksızın öğrencilere ses ve görüntülerini ekrana yansıtma zorunluluğunun getirilemeyeceği de belirtilmelidir. Veri işlemenin söz konusu olmasından dolayı ilgililerin açık rızalarının alınması gereği, kaydedilen derslerin ve sınavların muhafazası, depolanması, yurtiçinde ve yurtdışında üçüncü kişilere aktarılması hallerinde de aynen geçerlidir. Nitekim çalışmada daha öncede belirtildiği gibi işleme faaliyeti, veri üzerindeki her türlü işlemi kapsamaktadır.

Kanun'un özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarını düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, bu tür verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin veri sorumlularınca alınması şarttır. Bu anlamda Kanun, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun belirlediği yeterli önlemlerin alınması bakımından da zorunluluk getirmektedir. Bu önlemler, Kurul'un 31.01.2018 tarih ve 2018/10 sayılı "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler"<sup>50</sup> kararı ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kararın 1. maddesine göre<sup>51</sup>, veri sorumlusu, özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürü belirlemelidir. Bu kapsamda, eğer bir veri işleme faaliyeti özel nitelikli veriyi konu ederse, genel nitelikli kişisel verilerden ayrı olarak aydınlatma metninin, açık rıza onaylarının, tercih butonlarının varlığı ve bu tüm işlemlerin karmaşaya mahal vermeyecek açıklıkta

<sup>50</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10>), Erişim Tarihi 25.09.2020.

<sup>51</sup> Kanunun 22 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) ve (e) bentleri uyarınca özel nitelikli kişisel veri işleyen veri sorumluları tarafından alınması gereken yeterli önlemler Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından aşağıdaki şekilde belirlenmiştir: "1. Özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlenmesi... gerekir".

yapılması gerekir. Kararın 2. maddesi gereğince<sup>52</sup>, veri sorumluları özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlarına yönelik birtakım ödevleri yerine getirmelidir. Çalışanlara, Kanun ve buna bağlı yönetmelikler ile özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmeli, çalışanlarıyla gizlilik sözleşmeleri yapılmalı, verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarını ve sürelerini net olarak tanımlamalı, periyodik olarak yetki kontrollerini gerçekleştirmeli, görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerini derhal kaldırmalı ve veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanteri iade almalıdır. Bu önlemler, Covid-19 salgını döneminde uzaktan eğitim platformları aracılığıyla biyometrik verileri işleyen üniversiteler tarafından da yerine getirilmelidir. İlgili önlemler alınmadan biyometrik verilerin işlendiği derslerin ve sınavların kaydedilmesi, depolanması, aktarılması halleri ise açıkça Kanun'a aykırılık teşkil edecektir.

#### 4. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Aranılan Açık Rızanın Hukuka Uygun Bir Şekilde Alınabilmesi İçin Aranılan Şartlar

Covid-19 salgını döneminde üniversiteler tarafından genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sırasında, Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen istisnai haller doğduğundan dolayı, ilgililerden açık rıza onayının alınmasının şart olmadığı; özel nitelikli kişisel verilerin platforma işlenmesi sırasında istisnai haller doğmadığı için öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rıza onaylarının alınmasının kanunen zorunlu olduğu yukarıda tespit edilmiştir. Bu kapsamda, ses ve görüntü gibi özel nitelikli kişisel verilerin platformlara işlenmesi sırasında öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rıza onaylarının ayrı ayrı hukuka uygun bir şekilde alınması için Kanun tarafından aranılan şartların üniversiteler tarafından yerine getirilmesi gerekir.

Kanun'un 3. maddesinin (a) bendi, açık rıza için aranılan koşulları belirler<sup>53</sup>. Maddeye göre açık rıza, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızadır. Bu kapsamda, açık rızanın belirli bir konuya ilişkin olması, bilgilendirmeye dayanması ve özgür iradeyle açıklanması şeklinde üç koşulu bulunur ve bu koşulların aynı anda yerine getirilmesi gerekir. Aranılan üç koşuldan herhangi biri yerine getirilmezse artık açık rızadan söz edilemeyecektir. Rızanın belirli bir konuyu

<sup>52</sup> "2. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik, a) Kanun ve buna bağlı yönetmelikler ile özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmesi, b) Gizlilik sözleşmelerinin yapılması, c) Verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması, ç) Periyodik olarak yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi, d) Görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerinin derhal kaldırılması. Bu kapsamda, veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanterin iade alınması ... gerekir".

<sup>53</sup> Kanun'da genel nitelikte ve özel nitelikte kişisel verileri düzenleyen 5. ve 6. madde dışında, açık rızanın arandığı diğer maddeler sırasıyla; 8. maddesinin 1. fıkrası, "Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz"; 9. maddesinin 1. fıkrası, "Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz." şeklindeki düzenlemelerdir. Açık rıza, uluslararası metinlerde de kendine yer bulan önemli bir kavramdır. 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine göre rıza; ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işleme sınırlı olarak verdiği onay beyanıdır. Direktifte yalnızca özel nitelikli (hassas) verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken, Kanunda ve GDPR'da kural olarak her türlü kişisel verinin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç duyulmaktadır.

içermesi ve o konu ile sınırlı olması gereği, hukuken geçerli bir açık rıza için aranan ilk koşuldur. Veri sorumlusu tarafından açık rızanın hangi konuya ilişkin olarak istenildiğinin açıkça ortaya konulması gerekir. Bu kapsamda, ilgili kişinin genel bir irade açıklaması ile “kişisel verilerimin işlenmesini kabul ediyorum” şeklinde açık uçlu ve belirsiz rızası tek başına Kanun bağlamında açık rıza olarak kabul edilemez<sup>54</sup>. Belirli bir konu ile sınırlandırılmayan ve ilgili işlemle sınırlı olmayan genel nitelikteki açık rızalar, Kurum tarafından “battaniye rızalar” olarak kabul edilmekte ve hukuken geçersiz sayılmaktadır<sup>55</sup>. Yine “özel olarak belirtilmesi halinde kişisel verilerin işlenmeyeceği, aksi halde ilgili kişinin aktif bir hareketi gerekmeksizin kişisel verilerin işlenebildiği rıza yöntemi” şeklinde tanımlanan pasif rıza yöntemi (opt-out)<sup>56</sup> ile alınan açık rıza beyanları da geçerli değildir<sup>57</sup>. Nitekim açık rıza, rıza veren kişinin “olumlu irade beyanı”ni içermelidir<sup>58</sup>. Dolayısıyla, Kanun’da yer verilen tanım çerçevesinde veri sorumluları tarafından ilgili kişilerden alınacak açık rıza beyanlarında, bireyin önceden onayını almaksızın kişisel verilerinin işlenmesine otomatik onay verdiklerini kabul eden ve kişilere bu onayı kaldırmaları yönünde yükümlülük yükleyen pasif rıza yöntemi yerine; bireyin bilinçli eylemi ile kişisel verilerinin işlenmesine onay veren aktif rıza yönteminin (opt-in)<sup>59</sup> tercih edilmesi gerekir<sup>60</sup>. Bu minvalde, uzaktan eğitim platformları tarafından özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sırasında öğrenci ve öğretim üyelerinden alınacak açık rıza beyanlarının, battaniye rıza tarzında olmaması gerekir. Alınacak açık rıza onaylarında, aktif rıza yönteminin benimsenmesi gerekir. Açık rıza beyanının, veri işlemenin birden çok kategorisine ilişkin olması halinde, açık rızanın hangi verilerin ve ne amaçlarla işleneceği gibi, işlemenin farklı noktaları açısından da verilmiş olması gerekir. Veri sorumlusunun, veriyi kullanımı sonrasında

<sup>54</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, (https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf), Erişim Tarihi 24.09.2020, s. 4.

<sup>55</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi Hakkındaki Karar Özeti, 2020/173, 27.02.2020, para. 4.

<sup>56</sup> Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, 2019, Ankara, s. 117.

<sup>57</sup> Opt-out rızanın söz konusu olduğu durumda, veri sahibinin rızası pasif bir davranışla ortaya çıkmaktadır. Olası bir veri işleme faaliyetinde kullanıcının rızasının önceden bulunduğu varsayılarak, eğer kişisel verilerini korumak adına kullanıcı, işleme faaliyetine rızası olmadığını sözlü veya yazılı bir irade beyanıyla karşı tarafa yöneltmek durumunda ise, ortada bir opt-out rıza söz konusudur. Örneğin, e-posta hizmeti veren sitelerde ‘bu iletileri görmek istemiyorsanız burayı tıklayınız’ şeklinde bir ibare varsa, kullanıcı o kutucuğu tıklayarak opt-out rızasını karşı tarafa irade beyanıyla iletmış olacaktır. Kemal Atasoy, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdat Yavuz’a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 288.

<sup>58</sup> Açık Rıza, s. 3.

<sup>59</sup> Aktif Rıza Yöntemi (Opt-in): İlgili kişinin aktif bir hareketini gerektiren ve hareketsiz kalmanın rıza gösterilmediği anlamına gelen rıza yöntemi. Madde ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 104. Opt-in rızanın arandığı hallerde veri sahibinin kabule yönelik olumlu bir davranışının bulunması gerekir. Veri işleme faaliyetlerinin öncesinde veri sahibi kişinin bu işlemeye karşı öncelikli bir rıza beyanı arandığı hallerde işleme faaliyetinin opt-in rızaya bağlı olduğu kabul edilmektedir. Atasoy, s. 288.

<sup>60</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi Hakkındaki Karar Özeti, 2020/173, 27.02.2020, para. 1.



gerçekleştireceği ikincil işlemler için ayrıca açık rıza alması gerekir<sup>61</sup>. Örneğin uzaktan eğitim platformu tarafından yurtdışına veri aktarımı söz konusu olursa, veri üzerindeki bu ikincil işlem için öğrenci ve öğretim elemanlarının ayrıca açık rızalarının alınması gerekecektir.

Açık rıza için ikinci şart olarak aranan, bilgilendirmenin veri işleme ile ilgili bütün konularda açık ve anlaşılır bir biçimde gerçekleştirilmesidir. Bilgilendirme yapılırken elde edilecek kişisel verilerin hangi amaçlarla kullanılacağı açıkça belirtilmeli, kişinin anlamayacağı terimler ya da yazılı bilgilendirme yapıldığında okumakta güçlük çekeceği oranda küçük puntolar kullanılmamalıdır<sup>62</sup>. Bilgilendirmenin mutlaka verinin işlenmesinden önce yapılması gerekir<sup>63</sup>. Kişinin irade beyanı olan rıza, kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması halinde geçerlilik kazanacaktır. Bu nedenle açık rıza için aranan son şart, özgür iradeyle rızanın açıklanmasıdır. Kişinin iradesini sakatlayacak her türlü fiil, kişisel verilerin işlenmesi için verdiği açık rızayı da sakatlayacaktır. Cebir, tehdit, hata ve hile gibi iradeyi sakatlayan hallerde, kişinin özgür biçimde karar vermesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, özgür bir irade açıklamasından bahsedilemez. Tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilip verilmediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Özellikle, açık rızanın özgür irade ile açıklanması gerektiğinden, ilgili kişinin açık rızasının alınması, bir ürün veya hizmetin sunulmasının ya da ürün veya hizmetten yararlandırılmasının ön şartı olarak ileri sürülmemelidir. Örneğin, pandemi döneminde uzaktan eğitim platformlarının özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan açık rıza şartının, eğitim hizmetinin sunulmasının ön şartı olarak ileri sürülmemesi gerekir<sup>64</sup>. Diğer mevzuattaki düzenlemeler saklı kalmak üzere, açık rızanın yazılı şekilde alınmasına gerek yoktur. Elektronik ortam ve çağrı merkezi vb. yollarla açık rızanın alınması da mümkündür<sup>65</sup>. Burada ispat yükümlülüğü veri sorumlusu olan üniversitelere aittir. KVKK'da açıkça belirtilmemiş olsada, rızanın, işlemeden önce verilmiş olması gerekir<sup>66</sup>. İşlemeden sonra verilen rıza, işlemeyi hukuka uygun hale getirmeyecektir<sup>67</sup>. Bu anlamda öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rıza onaylarının, online eğitim platformlarına özel nitelikli kişisel verilerin işlenmeye başlanmasından önce alınması bir zorunluluktur.

<sup>61</sup> Açık Rıza, s. 4.

<sup>62</sup> Mesut Çekin, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, s. 637. 629-644.

<sup>63</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, 2018, Ankara, s. 23.

<sup>64</sup> Kurul, üyelere sunulan online üyelik sözleşmesinde, özel nitelikli kişisel veri olan avuç içi izinin alınmasına onay verilmesinin sözleşmenin kurulması için zorunlu bir şart olarak sunulduğu ve kurula uyulmaması halinde firmaya fesih hakkı tanındığı başvuruda, üyelerin kulüplere girişlerde avuç içi izi bilgilerinin alınmasına rıza göstermemeleri halinde söz konusu hizmetten yararlanamayacakları bir durumda, üyeler tarafından verilen açık rızaların özgür iradeye dayalı olduğunu söylemenin mümkün olmadığını tespit etmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 25.03.2019, 2019/81 Sayılı Karar; 31.05.2019, 2019/165 Sayılı Karar Özetleri.

<sup>65</sup> Açık Rıza, s. 3.

<sup>66</sup> Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 107.

<sup>67</sup> Esasen rızanın bilgilendirmeye dayanması, özgür irade ile verilmiş olması gibi hususlar rızanın işlemeden önce alınmış olması gereğini vurgular. Yücedağ, s. 775.

## V. VERİ SORUMLUSU ÜNİVERSİTELERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Detaylı Bir Aydınlatma Metninin Gerekliliği

Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, KKVK'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme gereğince, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, kişisel verilerin işlenmesi sırasında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu kapsamda veri sorumlusu tarafından, verilerin elde edilme sırasında ilgili kişiye, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi; 11. madde de sayılan hakları olarak veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, veriler silindiğinde ya da düzeltildiğinde durumun verinin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarını bildirmelidir<sup>68</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünü detaylandırmak üzere Kurul tarafından "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ"<sup>69</sup> yayımlanmıştır. Tebliğ'in 5. maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün diğer usul ve esasları detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Madde ilk olarak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken kullanılacak araçlar hususunda ikili bir ayırım yapmış ve bu araçların fiziksel ya da elektronik ortamlarda olabileceğini belirtmiştir (m.5/1). Dolayısıyla sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi yöntemlerle ilgili kişilerin aydınlatılması hususunda veri sorumlusunun bir tercih hakkı bulunur. Bu bağlamda uzaktan eğitim platformlarına işlenecek kişisel verilere ilişkin üniversiteler, ilgili kişileri yazılı veya sözlü şekilde bilgilendirebileceği gibi; elektronik ortamda gönderebileceği bir e-posta, ses kaydı veya çağrı merkezi aracılığıyla da bilgilendirebilmesi mümkündür. Ayrıca üniversiteler, aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirirken katmanlı aydınlatma yöntemini<sup>70</sup> de benimseyebilirler. İlgili maddenin (c) bendi kapsamında, veri sorumlusunun farklı birimlerinde kişisel veriler farklı amaçlarla işleniyorsa, aydınlatma yükümlülüğünün her bir birim nezdinde ayrıca yerine getirilmesi gerekir. Bu anlamda, öğrenci ve öğretim üyelerinin, uzaktan eğitim platformlarının farklı birimlerine farklı amaçlarla işlenmesi

<sup>68</sup> Küzeci, s. 420.

<sup>69</sup> Resmi Gazete, 10.03.2018, Sayı: 30356, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.htm>), Erişim Tarihi 27.09.2020.

<sup>70</sup> Katmanlı aydınlatma, kişisel verilerin elde edilmesi sırasında ilgili kişiye, kişisel verilerinin elde edildiği konusunda ön bilgilendirme yapılarak, ilgili kişinin Kanunun 10. maddesine uygun aydınlatmaya yönlendirilmesini ifade eder. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a569a068-c079-4189-b134-f57bc727af7d.pdf>), Erişim Tarihi 27.09.2020, 2019, s. 8.

söz konusu olduğundan, her iki gruba yönelik ayrı ayrı aydınlatma metinleri hazırlanmalıdır.

Tebliğ'in 5. maddesine göre aydınlatma yapılırken, kişisel verinin işleme amacının belirli, açık ve meşru olması gerekir. Bu nedenle üniversiteler tarafından hazırlanacak aydınlatma metninde genel nitelikte ve muğlak ifadelerden kaçınılmalıdır. Ayrıca ifadeler, başka amaçlar için kişisel verilerin işlenebileceği kanaatini uyandırmamalıdır. Dolayısıyla öğrenci ve öğretim elemanlarına yönelik hazırlanacak aydınlatma metinleri, anlaşılır ve sade olmalı, kullanılan dil bu kişiler göz önüne alınarak belirlenmeli ve teknik terimlerden kaçınılmalıdır. Metinlerde eksik, yanıltıcı veya yanlış bilgiler de yer almamalıdır. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesine dair hukuki sebebe, kişisel verilerin aktarılma amacına ve aktarılacak alıcı gruplarına, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik yollarla ya da veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemlerden hangisiyle elde edildiği bilgilerine de yer verilmelidir. Bu anlamda üniversitelerin Covid-19 pandemi sürecinde kullandığı uzaktan eğitim platformlarına kişisel verilerin işlenmesi sırasında, öğrenci ve öğretim elemanlarına yönelik Kanun ve Tebliğ çerçevesinde kriterleri belirlenen aydınlatma metinlerini ayrı ayrı hazırlamaları ve böylece aydınlatma yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmeleri gerekir<sup>71</sup>.

## **2. Aydınlatma Yükümlülüğü ile Bilgilendirmeye Dayalı Açık Rıza Şartının Tek Bir İşleme Yerine Getirilememesi**

Kişisel verilerin işlenmesi için aranan açık rıza şartında, rızanın bilgilendirilmeye dayanması koşulu aydınlatma metniyle aynı anlama gelir nitelikte değildir. Veri sorumlusu, tek bir metin ile hem aydınlatma yükümlülüğünü hem de bilgilendirmeye dayanan açık rıza şartını yerine getirmiş olmamaktadır. Nitekim açık rıza metni, ilgili kişiye verilerin işlenmesi ya da işlenmemesine dair karar verme olanağı sunarken; aydınlatma metni hangi veri işleme nedenine dayalı olursa olsun ilgili kişinin bilgilendirilmesine yönelik veri sorumlusunun bir yükümlülüğüdür<sup>72</sup>. Her iki metni birleştirmek, açık rıza için aranan koşulu gerçekleştirmemesi ve aydınlatma metnini sakatlaması açısından hukuka uygun değildir.

Bahsi geçen bu hususu Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" ile açıkça düzenlemiştir. Tebliğ'in 5. maddesinin (f) bendi, "Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir." demek suretiyle iki ayrı prosedürün gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Kurum'un veri sorumlusu tarafından aydınlatma yükümlülüğü ve açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği ile ilgili kararları da bulunur. Örneğin, online platformda iş başvurusunda bulunurken üyelik kaydı yapılmasının zorunlu olduğu, üyelik kaydı yapılması sırasında ise, aynı kutucuğun işaretlenmesi yoluyla hem aydınlatma metninin okunduğuna, hem de kişisel verilerin işlenmesi hususunda açık

<sup>71</sup> Aydınlatma yükümlülüğüne uygun örnekler için bkz. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, s. 18-23,

<sup>72</sup> Küzeci, s. 421.

rıza verildiğine ilişkin onay alınması yoluna gidildiği tespit edilen olayda, Kurul, bu durumun Kanun'un amacına ve Tebliğ'in m.5/f bendine uygun olmadığını tespit etmiş; aydınlatma metninin okunduğuna ilişkin geri bildirim alınması ile ilgili kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi hususunda gerekli seçimlik haklarının da tanındığı açık rıza metninin onaylandığının ispatını sağlayacak mekanizmaların ayrıştırılması hususunda veri sorumlusunun talimatlandırılmasına karar vermiştir<sup>73</sup>. Benzer şekilde Amazon Şirketi hakkındaki kararında da, "... açık rıza gerektiren veri işleme süreçleri bakımından da aydınlatmanın yapılması ile açık rızanın alınmasının birlikte yapılması yürürlükteki mevzuata uygun kabul edilmemektedir. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda veri sorumlusunca web sitesinde yayımlanan "Gizlilik Bildirimi", birçok bilgi içermesi, veri işlemeye ilişkin genel bir bilgilendirme olması nedeniyle kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilgili kişilere aydınlatma yapıldığı ve açık rıza alındığı anlamına gelmemektedir."<sup>74</sup> tespitinde bulunmuştur.

Bu bağlamda Covid-19 salgını döneminde üniversitelerde kullanılan uzaktan eğitim platformlarınca aydınlatma yükümlülüğü ile açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekir. Üniversiteler tarafından hazırlanan aydınlatma metinlerinde her ne kadar hangi kişisel verilerin ne amaçlarla işlendiğinin yazılması zorunlu olsada, tek başına bu metin bilgilendirmeye dayanan açık rıza onayı için yeterli değildir. Özellikle özel nitelikli kişisel veriler olarak tespit edilen ses ve görüntülerin işleneceği ders ve sınavların kayıt altına alınması, depolanması, aktarılması gibi her bir kişisel veri işleme eyleminde, öğretim elemanlarının ve her bir öğrencinin aktif rıza yöntemi (opt-in) ile açık rızasının alınması gerekir. Aksi durumda, Kurul'un kararlarından da anlaşılacağı üzere, tek başına aydınlatma metinleri yeterli olmayacak ve Kanun'a açıkça aykırılık oluşacaktır.

## **VI. KİŞİSEL VERİLERİN YURTİÇİNDE VE YURTDIŞINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AKTARIMI**

### **A. Yurtiçinde Üçüncü Kişilere Aktarım**

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 07.04.2020 tarihinde yaptığı "Uzaktan Eğitim Platformları Hakkında Kamuoyu Duyurusu"nun üçüncü paragrafında, "Bununla birlikte uzaktan eğitim amacıyla kullanılan yazılımların birçoğunun bulut hizmet sağlayıcılar aracılığıyla hizmet verdiği ve bu yazılımlara ait veri merkezlerinin çoğunlukla yurt dışında olduğu gözlemlenmektedir. Veri merkezleri yurtdışında olan platformların kullanılması durumunda yurtdışına veri aktarımı söz konusu olacağından, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 9 uncu maddesinde belirtilen şartlara uygun olmayan aktarımların Kanunun ihlali anlamına gelebileceği unutulmamalıdır." demek suretiyle

<sup>73</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 26.07.2018, 2018/90 Sayılı Karar Özeti.

<sup>74</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi Hakkındaki Karar Özeti, 2020/173, 27.02.2020, para. 1.

uzaktan eğitim platformları tarafından kişisel verilerin yurtdışına aktarım sorununa dikkat çekmiştir.

Her ne kadar duyuru içinde Kurum, yalnızca kişisel verilerin yurtdışında üçüncü kişilere aktarımına dikkat çeksede, bu platformlarda yer alan verilerin yurtiçinde de aktarımı söz konusu olabilir ve önemli hukuki ihtilaflar gündeme gelebilir. Bilindiği üzere, aktarım bir veri işleme faaliyetidir ve kanun koyucu verilerin yurtiçinde ve yurtdışında üçüncü kişilere aktarımını Kanun içinde ayrıca düzenlemiştir<sup>75</sup>. Kişisel verilerin yurtiçinde aktarılmasına ilişkin usul ve esaslar Kanun'un 8. maddesinde; yurtdışına aktarılmasına ilişkin usul ve esaslar ise 9. maddede düzenlenmiştir<sup>76</sup>. Kanun, kişisel verilerin işlenmesi ile bu verilerin yurtiçinde aktarılması konusunda aynı şartları aramaktadır. Bu anlamda, Kanun'da belirtilen genel ilkeler çerçevesinde işlenmek üzere elde edilen kişisel veriler, 8. madde uyarınca ilgili kişinin açık rızası alınmak suretiyle üçüncü kişilere aktarılabileceği hükme bağlanmıştır<sup>77</sup>. Bu maddede ayrıca ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın, kişisel verilerin yurtiçinde üçüncü kişilere aktarılabileceği durumlarda düzenlenmiştir. 5. maddenin ikinci fıkrasında ya da yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6. maddenin üçüncü fıkrasında, belirtilen şartlardan birinin bulunması halinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel veriler yurtiçinde aktarılabilecektir. Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. 8. maddede belirlenen usul ve esaslar, Covid-19 salgını döneminde yüksek öğrenimde kullanılan uzaktan platformlarındaki kişisel verilerin yurtiçinde gerçek ya da tüzel kişilere aktarılmasında da geçerlidir. Bu doğrultuda genel nitelikli kişisel veriler, 5. maddenin 2. fıkrasının (ç) ve (e) bendinde düzenlenen istisnalar çerçevesinde, eğitim ve öğretim hizmetinin yerine getirilmesi ve eğitim hakkının tesisi için zorunlu ise platform veya üniversite tarafından açık rıza onayı alınmaksızın yurtiçinde üçüncü kişilere aktarılabilecektir. Ancak üniversite ve platformların, onay almaksızın aktarımı gerçekleştirebilmesi için mutlaka istisnalarda düzenlenen halleri gerçekleştirmeyi amaçlaması gerekir. Örneğin, onay alınmaksızın bu tür verilerin bir bankayla paylaşılması halinde, açıkça Kanun'a aykırılık oluşacaktır. Üniversite veya platform dışındaki diğer kişilerin onay almaksızın yurtiçinde genel nitelikli kişisel verileri aktarımında, istisnalar kapsamında değerlendirilemezse eğer, Kanun'a aykırı sayılacaktır.

<sup>75</sup> Kişisel verilerin aktarılması, Kanun'un 3. maddesinde yer verilen "kişisel verilerin işlenmesi" tanımında da açıkça belirtildiği üzere bir işleme faaliyetidir. Yani, kişisel verilerin yurtiçinde ya da yurt dışına aktarılmasının değiştirme, yeniden düzenleme, kaydetme, depolama ve muhafaza etme gibi diğer kişisel veri işleme faaliyetlerinden bir farkı bulunmamaktadır. Nitekim özel olarak Kanun'un 8. ve 9. maddesinde düzenlenmiş olsa da ilgili hükümlerde Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiş kişisel verilerin işleme şartlarına atıf yapılmaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>), Erişim Tarihi 29.10.2020, para. (a).

<sup>76</sup> Kişisel verilerin yurt dışına aktarımının ayrı bir hükümde düzenlenmiş olmasının ve kişisel veri işleme şartlarından birinin varlığına ek olarak diğer bazı şartların aranmasının sebebi ilgili kişinin kişisel verilerinin aktarıldığı ülkede etkin olarak korunabilmesinin sağlanmasıdır. Bu düzenlemeyle yurt dışına aktarılmış kişisel verilerle ilgili olarak, ilgili kişinin sahip olduğu hakları etkin bir şekilde ve Kanun'un uygulamasına mümkün olabilecek en yakın seviyede kullanabilmesi ile aktarım yapılacak tarafın başta veri güvenliği olmak üzere ilgili kişiyi korumaya yönelik güvencelerin sağlanması hususunda yükümlü kılınması amaçlanmaktadır. Ibid, para. (a)

<sup>77</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtiçi Aktarım, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2052/Yurtici-Aktarim>), Erişim Tarihi 29.10.2020.

Örneğin, idari personelin ya da bir öğrencinin açık rıza onayı olmaksızın bu verileri bir bankayla paylaşması hali, açıkça Kanun'a aykırılık teşkil edecektir.

Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin, 6. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen istisnalar doğmamasından ötürü platform veya üniversite tarafından açık rıza onayları alınmadan bu tür verilerin yurtiçinde üçüncü kişilere aktarımı ise gerçekleştirilemez. Bu tür verileri konu edinen aktarımlarda ilgililerden ayrıca açık rıza onayının alınması gerekir. Bu durum, özellikle ders kayıtlarının aktarımında önem arz eder. Öğretim elemanlarının ya da öğrencilerin açık rızaları alınmadan, ticari kazanç elde etme amacıyla ya da sosyal medya vasıtasıyla bu kayıtların yurtiçinde paylaşılması hallerinde eylemi gerçekleştiren kimselerin Kanun kapsamında sorumluluklarının doğacağı açıktır. Belirtmek gerekir ki, belirli amaçlar güdülmese bile, özel nitelikli kişisel verilere dair onay alınmadan yapılacak bir aktarım sorumluluğunun doğmasına yetecektir. Burada özellikle öğretim elemanına ait fikirleri ve materyalleri içeren ders kayıtlarının, kendisinin açık rızası olmaksızın yurtiçinde üçüncü kişilere aktarılması halinde, aktarımı gerçekleştiren kişilerin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66. ve devam maddeleri kapsamında hukuki ve cezai sorumluluğunun doğabileceği de unutulmamalıdır.

## B. Yurtdışına Aktarım

Kişisel verilerin yurt dışına aktarımına ilişkin usul ve esaslar, Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmekte olup; söz konusu maddede, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>78</sup>. Açık rıza onayı aranmaksızın kişisel verilerin yurtdışına aktarımı için 9. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen istisnai haller ise, yurtiçi aktarımından daha ağır şartlara tabi tutulmuştur. Rıza aranmaksızın kişisel verilerin yurtdışına aktarımı için öncelikle 5. maddenin ikinci fıkrası ile 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı gerekir. Belirtilen maddelerin ilgili fıkralarında sayılan hallerden birisinin mevcut olmasının yanında, kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkeye ilişkin aranan şartların da yerine getirilmesi gerekir. Bu kapsamda, kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede ya yeterli

<sup>78</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, "Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması", Madde 9-(1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz. (2) Kişisel veriler, 5 inci maddenin ikinci fıkrası ile 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede; a) Yeterli korumanın bulunması, b) Yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması, kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilir. (3) Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler Kurulca belirlenerek ilan edilir. (4) Kurul yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına ve ikinci fıkranın (b) bendi uyarınca izin verilip verilmeyeceğine; a) Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri, b) Kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu, c) Her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işleme amaç ve süresini, ç) Kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını, d) Kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri, değerlendirmek ve ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de almak suretiyle karar verir. (5) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir. (6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

korumanın bulunması ya da böyle bir korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın verilerin yurt dışına aktarılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

Uzaktan eğitim platformları tarafından özel nitelikli kişisel verilerin yurtdışına aktarımında, 6. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen istisnai haller doğmamasından dolayı, açık rıza onayının ayrıca alınması zorunludur. Genel nitelikli kişisel veriler bakımından ise, 5. maddenin 2. fıkrasının (ç) ve (e) bendinde düzenlenen istisnai hallerin doğmamasından dolayı, bu verilerin açık rıza aranmaksızın yurtdışına aktarımında, ayrıca 9. maddenin 2. fıkrasında kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkeye ilişkin aranan şartlara da bakılmalıdır. Öncelikle kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunup bulunmadığının tespiti; eğer böyle bir koruma yoksa Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunmasının yerine getirilmesi gerekir. Kişisel verilerin aktarılacağı yabancı ülkenin yeterli korumaya sahip olup olmadığının tespitinde ise birtakım hukuki boşluklar bulunmaktadır. Nitekim Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrasında yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından belirlenerek ilan edileceği düzenlenmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrası gereğince, Kurulun yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri, kişisel verilerin aktarılacağı ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu, kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını değerlendirmek suretiyle karar vereceği hükme bağlanmıştır<sup>79</sup>. Ancak Kurulun 26.10.2020 tarihli "Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu"<sup>80</sup>nda kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin olarak güvenli ülke çalışmalarının devam ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Kurul tarafından henüz yeterli korumanın bulunduğu ülkeler belirlenip; ilan edilmemiştir. Böylesi bir hukuki boşluktan dolayı Kurul, Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması şartının sağlanması gereğini belirtmiştir. Bu şartında yerine getirilmemesi halinde, kişisel verilerin yurtdışına aktarılması için mutlaka açık rızanın alınması gereği vurgulanmıştır. Nitekim Amazon Şirketi hakkındaki başvuruda, *"Yapılan incelemede veri sorumlusunun yurtdışına veri aktarımını sağlamak amacıyla Kurulun onayını almak üzere taahhütname mektuplarını Kurula sunduğu görülmüştür. Ancak Kurulun henüz bu yönde bir karar vermediği ve yeterli korumaya*

<sup>79</sup> Kurulun 02.05.2019 tarihli ve 2019/125 sayılı kararı ile de, yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin tayininde kullanılmak üzere oluşturulan form Kurulun resmi internet sitesinde yayımlanmış olup, söz konusu forma göre yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin belirlenmesinde, karşılıklılık durumu, ilgili ülkenin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin mevzuatı ve uygulaması, bağımsız veri koruma otoritesinin bulunup bulunmadığı, kişisel verilerin korunması ile ilgili uluslararası antlaşmalara taraf olma ile uluslararası kuruluşlara üye olma durumu, Ülkemizin üye olduğu küresel ve bölgesel örgütlere üye olma durumu ve ilgili ülke ile yürütülen ticaret hacmi gibi kriterlerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5469/-Yeterli-korumanin-bulundugu-ulkelerin-tayininde-kullanilmak-uzere-olusturulan-form-hakkindaki-02-05-2019-tarihli-ve-2019-125-sayili-Kurul-Karari>), Erişim Tarihi 21.10.2020.

<sup>80</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>), Erişim Tarihi 29.10.2020.

*sahip ülkelerin de henüz belirlenmediği değerlendirildiğinde kişisel verilerin yurtdışına aktarılması için tek yöntem ilgilinin açık rızasının alınması olarak değerlendirilmektedir.*<sup>81</sup> demek suretiyle yurtdışına veri aktarımında, 9. maddenin 2. fıkrasının (b) bendindeki taahhüt şartının arandığını ve bu şart yerine getirilmemişse genel kural olan açık rıza onayının alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Doktrinde ise bu durum, Kurulun 9. maddeden doğan yükümlülüğü sadece veri sorumlularının üzerine yüklediğinden hareketle eleştirilmektedir<sup>82</sup>. Bu görüşe göre, Kurul kanun hükmü gereğince zorunlu olduğu halde yeterli korumaya sahip ülkelerin listesini faaliyet yürüttüğü dört yıllık bir zaman sürecinde henüz belirlememiş ve bu hususta sorumluluğu yalnızca veri sorumlularına atfetmiştir. Kurul ise bu konuda, ülkeler hakkında yeterli koruma bulunup bulunmadığına ilişkin yapılacak değerlendirmenin; çeşitli ve birbirinden oldukça farklı ulusal hukuk düzenlerinin varlığı, değerlendirmeye konu ülkede genel nitelikte bir veri koruma düzenlemesinin bulunmaması veya yalnızca belirli alanları kapsayan düzenlemelerin bulunması ve federal devletlerde eyaletler arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda titizlikle yürütülmesi gereken yoğun ve uzun bir süreç sonrasında sonuçlandırılabilceğini belirtmiştir<sup>83</sup>. Buradan hareketle, 9. madde kapsamında yeterli korumaya sahip ülkelerin tespitinin yakın zamanda olamayacağı ve taahhüt şartı özelinde incelemenin yapılacağı; bu şartın da sağlanmaması halinde artık veri sorumlularının yurtdışına veri aktarımı için mutlaka ilgililerin açık rızalarını almalarının gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, Covid-19 salgınında üniversiteler tarafından kullanılan uzaktan eğitim platformlarınınca genel nitelikli kişisel verilerin yurtdışına aktarımında, Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması şartının yerine getirilmesi gerekir. Bu şartın sağlanmaması halinde, kişisel verilerin yurtdışına aktarımında ilgili kişilerin ayrı bir prosedürle açık rızalarını almaları şarttır.

## **VII. VERİ SORUMLUSU VE VERİ İŞLEYENLER HAKKINDA KKV'DAN DOĞAN CEZAI VE İDARI SORUMLULUK**

### **A. Cezai Sorumluluk**

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kişilerin cezai sorumluluğu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların düzenlendiği bölümde yer alan ilgili hükümlere atıf yapılarak düzenlenmiştir. Kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140'inci madde hükümleri uygulanır."*

<sup>81</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi Hakkındaki Karar Özeti, 2020/173, 27.02.2020, para. 4.

<sup>82</sup> Muammer Ketizmen, Aslıhan Kart, "Kişisel Verileri Koruma Kurulu ve Yurtdışına Veri Aktarımı Sorunu", (<https://www.hukukihaber.net/makale/kisisel-verileri-koruma-kurulu-ve-yurtdisina-veri-aktarimi-sorunu-h436545.html>), Erişim Tarihi 15.12.2020.

<sup>83</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>), Erişim Tarihi 29.10.2020, para, b-1.



Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140. maddelerine bakıldığında, kişisel verilerin korunması amacıyla çeşitli eylem biçimlerinin yasaklandığı görülür. TCK'nın 135'inci maddesinde ilk olarak, kişisel verilerin kaydedilmesi suç olarak tanımlanmıştır<sup>84</sup>. Düzenlemenin birinci fıkrasında hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme suçunu düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise özel olarak bazı kişisel veri türlerinin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesinin ağırlaştırıcı neden olacağı hüküm altına alınmıştır<sup>85</sup>. Suçun normatif düzenlemesine bakıldığında, faillik konusunda özellik arz eden bir durumun yer almadığı görülür. Bu anlamda hukuka aykırı kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun faili öğrenci, öğretim üyesi, idari personel vb. gibi herkes olabilir. Suçun oluşabilmesi için verilerin sistemli bir şekilde kaydedilmesi, bu kayıtların dijital ya da fiziki ortamda tutulması gibi koşullar aranmaz. Suçun kişisel verilerin herhangi bir şekilde kaydedilmesi ile gerçekleşmesi mümkündür<sup>86</sup>. Ayrıca suçun oluşabilmesi için kişisel verilerin yayınlanması, başkasının kullanımına açılması ya da bir zararın oluşması gerekmez. Suçun gerçekleşmesi için kayıt etme eylemi yeterlidir<sup>87</sup>.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak ve ele geçirmek ise TCK'nın 136. maddesinde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna göre; "Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." İlgili düzenlemede verme, yayma ve ele geçirme seçimlik hareketler olarak belirlenmiş ve bu hareketlerin tanımı yapılmamıştır. Suçun oluşabilmesi için kişisel verilerin daha önceden hukuka uygun ya da hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmiş olmasının bir önemi bulunmaz<sup>88</sup>. Burada önemli olan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirmedir. Kişisel verilere ilişkin TCK'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında birde verileri yok etmeme suçunu düzenlenmiştir. Buna göre; "Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir." TCK'nın 137. maddesi uyarınca, 135. ve 136. maddelerde düzenlenen suçların kamu görevlisi<sup>89</sup> tarafından ve

<sup>84</sup> Maddeye göre; "(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır. "

<sup>85</sup> Ceza Kanununda özel nitelikli kişisel veriler, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşleri, ırkı kökenler, ahlaki eğilimleri, cinsel yaşamları, sağlık durumları veya sendikal bağlantıları olarak belirlenmişken; KVKK'da daha geniş bir şekilde, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri olarak sıralanmıştır. Bu anlamda, örneğin biyometrik veriler Ceza Kanunu kapsamında yalnızca kişisel veri olarak değerlendirilecek ve ceza artırılmayacaktır.

<sup>86</sup> Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 233.

<sup>87</sup> Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz 2016, 101-167, s. 129.

<sup>88</sup> Dülger, "Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", s. 132.

<sup>89</sup> Belirtmek gerekir ki, burada kamu görevlisinin tayininde, TCK'nın 6. maddesinin (c) bendinde yapılan tanım göz önünde bulundurulacaktır. Bu düzenlemeye göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan kişidir.

görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacaktır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı değildir ve adli makamlarca haber alındığında resen soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlardır.

TCK'da kişisel verilere ilişkin düzenlenen bu hükümler, Covid-19 salgını hastalığı döneminde üniversitelerin kullandığı uzaktan eğitim platformları aracılığıyla kişisel verilerle ilgili hukuka aykırı eylemlerin gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, kişisel verileri kaydetme, başkasına verme, yayma ve ele geçirme hareketlerinden birinin hukuka aykırı olabilmesi için veri işlemeye yönelik kuralların ihlal edilmesi gerekir. Örneğin, özel nitelikli verilerin kaydedilmesine ilişkin açık rıza şartının arandığı durumda, bu şartın sağlanmaması halinde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bu ise, TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesini düzenleyen suçun oluşması anlamına gelecektir. Yine veri sahibinin açık rızası olmaksızın ders kayıtlarının üçüncü kişilere aktarılması hallerinde hukuka aykırılık gerçekleşecek ve TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçtan dolayı eylemi gerçekleştiren kişilerin sorumluluğu doğacaktır. Hukuka aykırı bu tür eylemler, üniversite bünyesindeki idari personel veya öğretim elemanları tarafından gerçekleşmesi halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır. KVKK kapsamında veri sorumlusu ve veri işleyene yönelik öngörülen hukuki yükümlülüklerin ihlali halinde ise TCK kapsamında hukuka aykırılık doğmayacaktır<sup>90</sup>. Örneğin, üniversitelerin aydınlatma, sicile kayıt ya da gerekli teknik ve idari güvenlik önlemlerini alma gibi hukuki yükümlülüklerine aykırı davranması KVKK kapsamında yaptırıma uğramasına sebebiyet versede, bu aykırılıklar veri işleme faaliyetini ceza hukuku bakımından hukuka aykırı hale getirmez<sup>91</sup>. Dolayısıyla TCK'nın 135 ile 136. maddelerindeki suçların oluşabilmesi için KVKK'nın 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen verilerin işlenmesine ilişkin şartların ihlal edilmesi gerekir. KVKK'da düzenlenen diğer yükümlülüklerin ihlali bu suçlara sebebiyet vermeyecektir.

### **1. Cezai Sorumluluğun Üniversite Bünyesinde Çalışan Kamu Personeline Ait Olması**

Bilindiği üzere, ceza yaptırımı yalnızca gerçek kişiler hakkında uygulanır. Dolayısıyla üniversiteler tarafından kişisel verilere ilişkin hukuka aykırı eylemlerde bulunduğu zaman tüzel kişiliğin cezai sorumluluğuna gidilememektedir. Örneğin, KVKK'nın 4. maddesi uyarınca kişisel verilere ilişkin belirlenen genel ilkelerden biriside, kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesidir. Bu minvalde, Kanun'un 7. maddesi kapsamında, hukuka uygun kaydedilmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmeli, yok edilmeli

<sup>90</sup> Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020, s. 728.

<sup>91</sup> Dülger'e göre, ceza hukuku hükümlerinin kesin ve net olduğu (belirlilik ilkesi) ile suçun oluşabilmesi için tipikliğin (kanunilik ilkesi) gerçekleşmelidir. Açıkça suç olarak tanımlanmamış bir fiilin, diğer başka yasal düzenlemelerde hukuka aykırı olarak düzenlenmiş olması, hiçbir şekilde o fiili suç haline getirmez. Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 728.

veya anonim hale getirilmelidir. KVKK'nın bu düzenlemelerine aykırılık halinde, TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçu oluşacaktır. Nitekim, KVKK'nın 17. maddesinin 2. fıkrası da bu durumu açıkça düzenlemiştir: *“Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.”* Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, verileri silme, yok etme, anonim hale getirme yükümlülüğü yalnızca veri sorumlusuna aittir. Dolayısıyla verileri süresi geçmesine rağmen sistem içinde yok etmekle yükümlü tek kişi olan veri sorumluları bu görevlerini yerine getirmezse TCK 138. maddeye göre cezalandırılacaktır. Bu çerçevede, uzaktan eğitim platformlarına işlenen kişisel verilerin, Covid-19 pandemisinin sona ermesi halinde, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasından dolayı veri sorumlusu üniversiteler tarafından yok edilmesi gerekir. Aksi bir durumda kanunun lafzı gereği, üniversitelerin cezai sorumluluğu doğacaktır. Ancak TCK'nın 138. maddesinde, hapis cezası öngörülmüştür ve hapis cezası yalnızca gerçek kişilere uygulanabilecek bir yaptırımdır. Tüzel kişiler hakkında ise TCK'nın 140. maddesinde, kişisel verilere ilişkin belirlenen suçların işlenmesi dolayısıyla bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirleri TCK'nın 60. maddesi<sup>92</sup> kapsamında yalnızca özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır<sup>93</sup>. Bu anlamda, üniversiteler hakkında faaliyet izninin iptali ya da müsadere şeklinde TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyecektir<sup>94</sup>. Dolayısıyla, TCK kapsamında kamu kurumlarının kişisel verilere ilişkin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde, cezai sorumluluğun bireyler nezdinde doğmasından dolayı, veri sorumlusunun bu konuda belirleyeceği temsilci veya görevlendireceği kişi veya kişiler suçun faili olacaktır<sup>95</sup>. Dolayısıyla sorumluluk, tüzel kişilik bünyesinde çalışanlara aittir. Bu anlamda, dijital şekilde gerçekleşen eğitim ve öğretim faaliyetinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin gerçekleşecek hukuka aykırı eylemlerden dolayı üniversitede çalışan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu doğacaktır. TCK'nın 137. maddesi kapsamında, görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle bu eylemler gerçekleşirse, örneğin görev gereği edinilen verilerin, kanuna aykırı şekilde üçüncü kişilerle paylaşılması halinde, kamu görevlilerinin cezaları yarı oranında artırılacaktır. Hukuka aykırı eylemin bulut hizmeti sağlayıcıları tarafından

<sup>92</sup> Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri: Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

<sup>93</sup> Nur Centel, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu –Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016, 3313-3326, s. 3326.

<sup>94</sup> Kamu tüzel kişileri hakkında Kabahatler Kanunu çerçevesinde idari para cezasına ise hükmedilebilmektedir. Ferhat Uslu, Oğuzcan Kutkan, “Kabahatler Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 2803-2839, s. 2816.

<sup>95</sup> Dülger, “Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, s. 124.

gerçekleşmesi halinde ise, eğer hizmet sağlayıcısı özel hukuk tüzel kişiliğine sahipse, hakkında TCK'nın 60. ve 140. maddeleri çerçevesinde işlem yapılabilecektir.

### **B. KVKK Kapsamında Üniversite ve Bulut Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında İdari Para Cezasına Hükmedilememesi**

Covid-19 salgınında, ilgili kişi olarak tespit edilen öğrenci ve öğretim elemanları uzaktan eğitim platformları hakkında KVKK'nın uygulamasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak ya da elektronik posta vb. araçlarla<sup>96</sup> veri sorumlusu üniversitelere bildirebilirler (m.13/1). Başvuruya konu edinilen talep eğer yerinde görülürse, üniversite tarafından gereği yerine getirilir. Üniversite tarafından başvuru reddedilir, süresi içinde cevap verilmez ya da ilgili kişi tarafından verilen cevap yetersiz bulunursa, bu kişiler, veri sorumlusu üniversitenin cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve herhâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde de Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na şikâyette bulunabilir (m.14/1). Kişiler, Kurul'a doğrudan başvuruda bulunamazlar; bu anlamda ilgililerce veri sorumlusuna başvuru yolunun öncelikle tüketilmesi gerekir (m.14/2). Kurul, şikâyet söz konusu olmasada, ihlal iddiasından haberdar olması halinde üniversiteler hakkında re'sen inceleme de başlatabilir. Şikâyet veya re'sen inceleme sonucunda, Kurul ihlalin varlığını tespit etmesi halinde, hukuka aykırılıkların veri sorumlusu üniversite tarafından giderilmesine karar verebilir. Böyle bir durumda, ilgili karar üniversite tarafından, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilmelidir (m.15/5). Kurum'un veri sorumlularınca hukuka aykırılıkların giderilmesine karar verme yetkisinin yanı sıra, 18. madde kapsamında veri sorumluları hakkında idari para cezası verme yetkisi de bulunur. Buna göre, KVKK'nın "Kabahatler" başlığıyla düzenlenen 18.maddesinde, aydınlatma yükümlülüğünün, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin, Kurul kararlarının yerine getirilmemesinin ve Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğünün hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmemesinden doğan idari para cezaları düzenlenmiştir<sup>97</sup>. KVKK kapsamında idari

<sup>96</sup> Başvuru usulü MADDE 5- (1) İlgili kişi, Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen hakları kapsamında taleplerini, yazılı olarak veya kayıtlı elektronik posta (KEP) adresi, güvenli elektronik imza, mobil imza ya da ilgili kişi tarafından veri sorumlusuna daha önce bildirilen ve veri sorumlusunun sisteminde kayıtlı bulunan elektronik posta adresini kullanmak suretiyle veya başvuru amacına yönelik geliştirilmiş bir yazılım ya da uygulama vasıtasıyla veri sorumlusuna iletir. (2) Başvuruda; a) Ad, soyad ve başvuru yazılı ise imza, b) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için T.C. kimlik numarası, yabancılar için uyruğu, pasaport numarası veya varsa kimlik numarası, c) Tebligata esas yerleşim yeri veya iş yeri adresi, ç) Varsa bildirim esas elektronik posta adresi, telefon ve faks numarası, d) Talep konusu bulunması zorunludur. (3) Konuya ilişkin bilgi ve belgeler başvuruya eklenir. (4) Yazılı başvurularda, veri sorumlusuna veya temsilcisine evrakın tebliğ edildiği tarih, başvuru tarihidir. (5) Diğer yöntemlerle yapılan başvurularda; başvurunun veri sorumlusuna ulaştığı tarih, başvuru tarihidir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete, 10.03.2018, Sayı: 30356.

<sup>97</sup> KVKK MADDE 18- (1) Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir. (2) Bu

para cezaları yalnızca veri sorumlusu olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilmektedir (m.18/2). Dolayısıyla kamu tüzel kişiliğe sahip üniversiteler hakkında bu tür yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, Kurul tarafından haklarında idari para cezası uygulanamayacaktır<sup>98</sup>. Buna karşılık, her ne kadar kamu tüzel kişisi olmasından dolayı üniversitenin idari sorumluluğuna gidilemesede, üniversitede çalışan kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Nitekim KVKK'nın 18. maddesinin 3. fıkrası kapsamında, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılması ve sonucun Kurul'a bildirilmesi gereği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda, üniversite bünyesinde 18. maddenin 1. fıkrası kapsamında sıralanan aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler, 15. madde uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler, Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında, Kurul bir bildirimde bulunursa eğer, disiplin işlemleri yapılması bir zorunluluktur<sup>99</sup>. Buradan hareketle, KVKK kapsamında, idari sorumluluğun tamamının, üniversitenin kişisel verilerin işlenmesi konusunda belirleyeceği temsilci veya görevlendireceği kamu görevlilerine ait olduğu anlaşılmaktadır.

Covid-19 salgını döneminde üniversitelerde yapılan online eğitimlerin, bulut hizmeti sağlayıcıları tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, veri işlemeye ilişkin herhangi bir ihlalde, veri işleyen statüsündeki bulut hizmeti sağlayıcısı hakkında da idari para cezasına hükmedilemeyecektir. Zira Kanun, ihlalden sorumlu olarak her zaman ve yalnızca veri sorumlusunu görmektedir<sup>100</sup>. Nitekim Kanun'un 18. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, ihlalin veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaksızın, idari para cezalarının muhatabı yalnızca veri sorumlusu olarak belirlenmiştir. Bu anlamda 12. madde kapsamında veri işleyen ile veri sorumlusunun müştereken sorumlu olması, veri işleyen tarafından gerçekleşecek ihlallerden, kusuru olmasa bile yalnızca veri sorumlusunun sorumlu tutulması demektir. Pek tabii bu durum, veri sorumlusunun ihlalin veri işleyen tarafından gerçekleştirildiğini tespit etmesi durumunda, aralarındaki sözleşme gereği ihlalin veri işleyeni ilgilendiren kısmı ile ilgili olarak veri işleyene rücu edebilmesine engel değildir<sup>101</sup>. Anlaşılabacağı üzere, Covid-19 salgınında üniversitelerce gerçekleştirilen

---

maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır.

<sup>98</sup> Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nün idari para cezalarını düzenleyen 83. maddesinde ise böyle bir ayırım yapılmamıştır.

<sup>99</sup> Yüksek Öğretim Kanunu'nun Disiplin ve Ceza İşleri bölümünün 53. maddesinin 6. fıkrasının (e) bendine göre, hukuka aykırı olarak kurumun verilerini elde etmek, kaydetmek, kullanmak, depolamak, dağıtmak, değiştirmek veya yok etmek kamu görevinden çıkarma cezasını gerektirmektedir.

<sup>100</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6722/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar>), Erişim Tarihi 28.12.2020, s. 44.

<sup>101</sup> Örneğin veri sorumlusu bir şirketin muhasebe kayıtlarını herhangi bir muhasebe şirketi tutuyorsa, söz konusu kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Kanunda belirtilen tedbirlerin alınması hususunda veri sorumlusu şirket, muhasebe şirketiyle birlikte müştereken sorumlu olacaktır. Ancak veri sorumlusu şirketin çalışanlarına ait kayıtlarla ilgili olarak veri işleyen kurumundaki muhasebe şirketi

online eğitimlerde, kişisel verilere yönelik bir ihlalin varlığı halinde, KVKK kapsamında ne kamu tüzel kişiliğine sahip olmasından dolayı üniversiteye ne de veri işleyen statüsünde olmasından dolayı bulut hizmeti sağlayıcısına idari para cezası uygulanamayacaktır. Bu durumsa, eleştirilebilir niteliktedir. Nitekim çalışmamızın konusunu oluşturan üniversiteler ile uzaktan eğitim platformları bu durumu net bir şekilde ortaya koymaktadır. Burada olası bir ihlal halinde, Kurul sadece üniversiteden ihlale son verilmesine ve/veya kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına karar verebilecektir. Kurul'un günümüze kadar olan süreçte verdiği ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda, bu yaptırımlar, idari para cezaları karşısında daha az caydırıcılığı olan cezalardır. Nitekim çoğu üniversitenin veri sorumluları siciline kayıt olma yükümlülüğünü hala daha yerine getirmemesinin nedeni de budur. Yine, çoğu kamu kurumunun bilgi işlem, insan kaynakları, arşivleme, çağrı merkezi gibi hizmetlerde başka tüzel kişilerden destek aldığı ve bu hizmeti sunanların veri işleyen statüsünde olduğu; uzaktan eğitimin gerçekleşmesi için ülkede pek çok eğitim kurumunun bulut hizmeti sağlayıcılarını kullandığı ve bu hizmet sağlayıcılarının da veri işleyenler olduğu düşünüldüğünde, veri işleyenlerin kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmeleri halinde, haklarında etkin bir yaptırım olan idari para cezasına hükmedilememesi de kanuni bir boşluk olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, 18. maddede, kamu tüzel kişileri ile veri işleyenler hakkında da idari para cezalarına hükmedilmesine izin veren değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır. Burada KVKK kapsamında uzaktan eğitim platformları hakkında etkin bir sonuç almasalarda, ilgili kişilerin üniversiteler hakkında, idari yargı yollarına gidebileceği de unutulmamalıdır<sup>102</sup>. Kişisel verilerine ilişkin hukuka aykırı eylem ve işlemlerin yapıldığını düşünen kişiler, üniversitelere karşı iptal ve tam yargı davalarını açmaları mümkündür<sup>103</sup>. Her ne kadar uzaktan eğitime ilişkin olmasada, Danıştay'ın kişisel verilerin korunmasını konu edinen iptal ve tam yargı davaları sonucunda verdiği kararlar söz konusudur<sup>104</sup>.

## SONUÇ

Yükseköğretim hizmetini yerine getiren devlet ve vakıf üniversiteleri, çeşitli birimlerinde farklı kategorilerde ilgili olan kimselerin kişisel verilerini elektronik ya da

---

dâhilinde bir ihlal gerçekleşirse bu ihlal ile ilgili sorumluluk veri sorumlusu olan şirkete ait olmakla birlikte, veri sorumlusu şirket muhasebe şirketine rücu edebilecektir. Ibid, s. 45.

<sup>102</sup> Kişisel verilere ilişkin idare hukukunda yargısal denetime ilişkin detaylı bilgi için bkz. Başar, s. 304 vd.

<sup>103</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesi uyarınca iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından 60 günlük süre içinde açılan davaları ifade etmektedir. Bu tanım kapsamında idari yargı yerleri dava konusu idari işlemi, madde metninde belirtilen yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını sırasıyla takip ederek inceleyecektir. İptal davalarında, idari işlemi meydana getiren herhangi bir unsurdaki hukuka aykırılık iddiasından ötürü işlemin iptali istenmektedir. Tam yargı davalarında ise idarenin bir işlem, eylem ya da eylemsizliğinden dolayı ortaya çıkan zararların giderilmesi talep edilmektedir. Tam yargı davasının açılabilmesi için dava konusu edilen idari işlemin veya eylemin davacının kişisel hakkını ihlal etmesi gerekmektedir. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekmektedir.

<sup>104</sup> Bkz. D. 5. DD., 15.11.2013, E. 2013/7949; D. 11. DD., 13.06.2017, E. 2017/816, K. 2017/4906; D. 15. DD., 08.02.2016, E. 2015/10101, K. 2016/664; D. 15. DD., 11.09.2014, E. 2014/4562.

fiziki ortamlara işlemekte ve kişisel verileri işleme faaliyetleri Kanun'un 28. maddesinde tanımlanan istisnalara dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla veri sorumlusu olarak değerlendirilen üniversiteler, tüm veri işleme faaliyetlerinde KVKK hükümlerine tabidir. Covid-19 salgını döneminde uzaktan eğitim platformları aracılığıyla gerçekleştirilen eğitim ve öğretim faaliyetlerinde de aynı yükümlülükleri devam etmektedir. Kanun kapsamında öğrenciler, öğretim elemanları, idari personel gibi platformlara verisi işlenen tüm gerçek kişiler, ilgili kişi sayılmaktadır. Bu kimselerin 5. maddede düzenlenen genel nitelikli kişisel verilerinin platformlara işlenmesi sırasında, eğitim hakkının tesisi ve kullanımı için veri sorumlusu üniversitelerin hukuki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi adına zorunlu olmasından dolayı, açık rıza onaylarının alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak ses ve görüntü gibi özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi sırasında, Covid-19 döneminde üniversitelerin uzaktan platformlara özel nitelikli kişisel verileri işleyebileceğine dair kanuni düzenlemenin olmamasından dolayı, biyometrik veri olarak kabul edilen ses ve görüntülerin üniversitelerce işlenebilmesi için, ilgili kişiler olan öğrenci ve öğretim elemanlarının açık rızalarının alınması Kanun'un 6. maddesi kapsamında şarttır. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sırasında öğrenci ve öğretim üyelerinden alınacak açık rıza beyanlarının hukuken geçerli olabilmesi için, battaniye rıza tarzında olmaması ve aktif rıza şeklindeki yöntemle alınması gerekmektedir. Ayrıca, uzaktan eğitim platformlarınınca aydınlatma yükümlülüğü ile açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekir. Genel nitelikli kişisel veriler 5. maddenin 2. fıkrasının (ç) ve (e) bendinde düzenlenen istisnalar kapsamında değerlendirildiğinden, açık rıza onayı alınmaksızın yurtiçinde üçüncü kişilere aktarılabilme imkânı varken, özel nitelikli kişisel verilerin, 6. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen istisnalar doğmamasından dolayı açık rıza onayı alınmadan yurtiçinde üçüncü kişilere aktarımı gerçekleştirilemez. Bu tür verileri konu edinen aktarımlarda ilgililerden ayrıca açık rıza onayının alınması gerekir. Aynı husus bu tür verilerin yurtdışına aktarımında da geçerlidir. Uzaktan eğitim platformlarınınca genel nitelikli kişisel verilerin yurtdışına aktarımındaysa, Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurul'un izninin bulunması şartının yerine getirilmesi gerekir. Bu şartın sağlanmaması halinde, kişisel verilerin yurtdışına aktarımında ilgili kişilerin ayrı bir prosedürle açık rızalarını almaları şarttır. Belirtilen bu kriterlere aykırılık halinde, veri sorumlusu üniversite ile veri işleyen bulut hizmeti sağlayıcıları hakkında herhangi bir idari para cezası uygulanamayacak; bireysel sorumluluklara gidilerek, işlemi gerçekleştiren kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Kanun tarafından ihlali gerçekleştirenler hakkında etkin bir yaptırım öngörülmediğinden dolayı, 18. maddenin kapsamına kamu kurumlarını ve veri işleyenleri dâhil eden değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır. Pek tabii, kişisel verileri hukuka aykırı bir şekilde işlenen kimselerin, üniversite hakkında işlemin iptali ya da mağduriyetinin tazmini için iptal ve tam yargı davaları açma hakları bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Aksoy H.C, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2016.
- Aşıkoğlu Ş.İ, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Atasoy K, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdat Yavuz’a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 269-301.
- Başalp N, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Başar C, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Bilge M.E, Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Bük A, Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Centel N, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu –Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016, s. 3313-3326.
- Çekin M, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, s. 629-644.
- Develioğlu M.H, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017,
- Dülger M.V, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), Güz 2016, s. 101-167.
- Dülger M.V, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020
- Eraslan Türkmen S, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012, s. 15-119.
- Gözler K, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2011.
- Günday M, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Henkoğlu T, Külcü Ö, “Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler ve Hukuksal Koşullar Üzerine Bir İnceleme”, Bilgi Dünyası, 2013, 14 (1), s. 62-86.
- Kaya C, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, 2011, s. 319-321, 317-334.



Ketizmen M, Kart A, “Kişisel Verileri Koruma Kurulu ve Yurtdışına Veri Aktarımı Sorunu”, (<https://www.hukukihaber.net/makale/kisisel-verileri-koruma-kurulu-ve-yurtdisina-veriaktarimi-sorunu-h436545.html>), Erişim Tarihi 15.12.2020.

Ketizmen M, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 233.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, 2018, Ankara.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu>), Erişim Tarihi 29.11.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, KVKK Yayınları, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikca-Sorulan-Sorular>), Erişim Tarihi 28.10.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen>), Erişim Tarihi 15.12.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 sayılı Kanun’da Yer Alan Temel Kavramlar, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Rehberi, (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/45af208d-3718-49ed-b51a-9be9edde6ff2.pdf>), Erişim Tarihi 10.11.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, KVKK Yayınları No.29, (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>), Erişim Tarihi 23.09.2020

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf>), Erişim Tarihi 24.09.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a569a068-c079-4189-b134-f57bc727af7d.pdf>), Erişim Tarihi 27.09.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>), Erişim Tarihi 29.10.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yurtiçi Aktarım, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2052/Yurtici-Aktarim>), Erişim Tarihi 29.10.2020.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6722/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar>), Erişim Tarihi 28.12.2020.

Küzeci E, Kılıç Ş, “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 63, 2019.

Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Madde ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, 2019, Ankara, s. 105.

Öngün Ayözger Ç, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Paşaoğlu C, Cevheroğlu E, "Bulut Bilişim Sistemleri Kapsamında Kişisel Verilerin Şifreleme Yöntemleri İle Korunması", Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, Nisan 2020, s. 183-195.

Sefer O, "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", Bilgi Ekonomisi Ve Yönetimi Dergisi, S.13-2, 2018, s. 121-138.

Şimşek O, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Taştan F. G, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Turan Başara G, "Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s. 57-90.

Uslu F, Kutkan O, "Kabahatler Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2803-2839.

Uyarer Göçmen S, Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Ünal M, "Ses ve Görüntü Verilerinin Paylaşılmasının Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", (<https://blog.lexpera.com.tr/ses-ve-goruntu-verilerinin-paylasilmasinin-kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-acisindan-degerlendirilmesi/>), Erişim Tarihi 23.09.2020.

Yücedağ N, Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı Ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 776-789.

Yükseköğretim Kurulu, (<https://covid19.yok.gov.tr/Documents/alinan-kararlar/03-uzaktan-egitime-iliskin-alinan-kaFrar.pdf>), Erişim Tarihi 27.11.2020.

## BULGARİSTAN CUMHURİYETİ'NİN AVRUPA BİRLİĞİ'NE GİRİŞ SÜRECİNDE KAMUSAL REFORMLARI\*

Dr. Öğretim Üyesi Ayşe YILDIZ ÖZSALMANLI \*\*

### ÖZ

1951'de Belçika, Almanya, Fransa, Hollanda, Lüksemburg ve İtalya tarafından Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu kurulmuştur. 1952'de Paris Antlaşması imzalanmış ve 1954'te Batı Avrupa Birliği oluşturulmuştur. 1956'da AET ve EUROTOM'un kurulmasına yönelik çalışmalar başlatılmıştır. 1958'de Roma Antlaşmasıyla, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kurulmuştur. AET ile ILO arasında iş birliği antlaşması imzalanmıştır. AB tarafından farklı ülkelerde sayısız toplantı ve zirveler gerçekleştirilmiştir. Ekonomik ve parasal birlik çabaları artmıştır. Bu sırada iki Almanya birleşmiştir. 1993'te AB ile Bulgaristan ile ticari iş birliği antlaşmaları imzalanmıştır. 1995'te AB ile Bulgaristan, Romanya, Slovakya ve Çek Cumhuriyeti arasında Avrupa Ortaklık Anlaşmaları imzalanmıştır. Romanya ve Bulgaristan'ın AB'ne katılımıyla, AB ülkesi 27'ye yükselmiş, AB bölgesel bir güç olmuştur. Bu çalışmada Bulgaristan'ın Avrupa Topluluğuna girişindeki Anayasa, kamu yönetimi, insan kaynakları yönetimi, yargı, telekomünikasyon, elektronik devlet gibi alanlardaki yeniden yapılanma ve reform çabaları ele alınmıştır. 1990'lardan itibaren telekomünikasyon teknolojileri, özelleştirmeler, idari reformlar, yönetim, elektronik devlete geçiş çabalarını sürdürmüştür. Burada son 40 yılıyla kamu yönetimi reformları açısından Bulgaristan'ın devlet yönetimi incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Bulgaristan Cumhuriyeti, Avrupa Birliği, Kamu yönetimi reformları, Yönetişim, Elektronik devlet

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06/05/2021

Kabul Edildiği Tarih: 19/05/2021

\*\* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı  
E-Mail: ayseyildiz@mu.edu.tr  
ORCID: 0000-0002-9533-3478

## PUBLIC REFORMS IN REPUBLIC OF BULGARIA'S ACCESSION PROCESS TO THE EUROPEAN UNION

### ABSTRACT

In 1951, the European Coal and Steel Community was established by Belgium, Germany, France, the Netherlands, Luxembourg and Italy. The Treaty of Paris was signed in 1952 and The Western European Union was created in 1954. In 1956, studies for the establishment of EEC and EUROTOM were initiated. In 1958, with the Treaty of Rome, the European Community Court of Justice was established. A cooperation agreement was signed between EEC and ILO. Numerous meetings and summits have been held by the EU in different countries. Economic and monetary union efforts have increased. Meanwhile, the two Germany have been united. In 1993, trade cooperation agreements were signed with the EU and Bulgaria. In 1995, European Association Agreements were signed between the EU and Bulgaria, Romania, Slovakia and Czech Republic. With the accession of Romania and Bulgaria to the EU, the EU country has risen to 27, the EU has become a regional power. In this study, the restructuring and reform efforts in the fields such as the Constitution, public administration, human resources management, judiciary, telecommunication, electronic state at the entrance of Bulgaria to the EC are discussed. Since the 1990s, it has continued its efforts for telecommunication technologies, privatizations, administrative reforms, governance, and transition to electronic state. Here the state administration of Bulgaria has been examined in terms of public administration reforms for the last 40 years.

**Keywords:** Republic of Bulgaria, European Union, Public administration reforms, Governance, Electronic government.

## GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB)'ne 2007'de tam üye kabulü alan Bulgaristan, parlamenter cumhuriyet ve tekçi bir devlettir. 1878'de Osmanlı İmparatorluğu'ndan özerkliği ilan edip, 1908'de bağımsızlığını deklare eden bu devlet esasen konum olarak tarım, hayvancılık, madencilik ve orman varlığı açısından zengin bir coğrafyadadır. 2019'da nüfusu 7 milyondur ve nüfusunun içinde halen %9-10 oranında Türk soylu vatandaşları bulunmaktadır. Önemli liman kentlerine sahip olan Bulgaristan, 1980-1990'lı yıllarda gerçekleştirdiği Türk azınlığa yönelik zoraki Bulgarlaştırma politikaları nedeniyle uluslararası alanda ve Türk devletlerinde büyük tepkiler görmüş ve eleştirilmiştir. 1987-1988'lerden itibaren Bulgaristan'ın yaklaşık 500.000 Türk soylu vatandaşı, ikili anlaşmalar çerçevesinde öncelikle Türkiye'ye göç etmiştir. Halen Türk tarihi, kültürü ve mimarisinin izlerini taşıyan bu ülke, SSCB'nin dağılması üzerine ve 1989-1990'lı yıllardan itibaren hızlı bir şekilde AB'ne girmek için yoğun reformlar başlatmıştır. Bulgaristan'da kamu yönetimi yapısı ve işleyişinde yeni kamu yönetimi ve yönetim biçimleri ile uyumlu reform çalışmalarında bulunduğu görülmektedir.

Çalışmamızda AB'ne geçiş süreci içinde Bulgaristan'ın kamu yönetimi reformları ve politikaları incelenmeye çalışılmıştır. Burada kamu yönetimi (KY) ve kamu personel yönetimi (KPY) reformları, yönetim ve elektronik devlete (e-devlet) geçiş konusundaki çabaları açısından Bulgaristan'ın AB'ne giriş sürecindeki reformları incelenmektedir. Çalışmanın konu başlıkları, "Bulgaristan Cumhuriyeti'nin Tanıtımı", "Bulgaristan'ın Kamu Yönetimi ve İnsan Kaynakları Yönetimi ve Uygulamaları", "Bulgaristan'ın AB'ne Giriş Sürecinde Kamusal Reformları", "Bulgaristan'da Kamusal Reformlarda İkinci Adım: Telekomünikasyon Teknolojileri ve Elektronik Devlet Yönetimine Geçiş" şeklinde sıralanmıştır.

Bu çalışma sırasında Türkiye'ye Bulgaristan'dan göçler konusunda birçok akademik çalışmaların yapıldığı görülmüştür. Fakat "Bulgaristan'ın Avrupa Birliğine Girişi" ve "Bulgaristan'ın kamu yönetimi ve insan kaynakları yönetimi" ve "Bulgaristan'ın Anayasal kurumları" üzerine Türkçe yazılmış akademik çalışmaların çok yetersiz / çok az olduğu fark edilmiştir. Ama bu konularda İngilizce yazılmış çok sayıda eserlere rastlanmıştır. Çalışmamızın bu konuda Türkçe yayın olarak literatüre bir katkısı olacağı düşünülmektedir. Ayrıca çalışmanın "karşılaştırmalı kamu yönetimi" araştırmaları açısından da önemli olacağı ifade edilebilir.

## 1. YÖNTEM VE VERİ TOPLAMA HAKKINDA BİLGİ

Bu çalışmanın yöntemi ile ilgili araştırma modeli bilimsel çalışmalarda klasik anlamda yapılagelen literatür taramaları ve makale için kavramsal ve açıklamalı bir anlatımın planlanmasıdır. Çalışmanın evreni, Bulgaristan'ın AB'ne girişi amacıyla gerçekleştirdiği kamusal reformları ve ardından elektronik devlet yönetimine geçiş çabalarını açıklamak amacıyla ilgili yazılı kaynakları araştırmak, incelemek ve değerlendirmektir. Araştırma etiği/ etik kurallara uyum yönüyle, bu çalışma bir "araştırma makalesi" değildir. Olgu çalışmasıdır, denilebilir. Anket, mülakat, gözlem, deney, görüşme teknikleri vs. kullanılmamıştır. Kısacası çalışmanın alanı ve türünün gerekliliklerine göre izlenen bilimsel yöntem ve teknikler açısından bu çalışma, literatür taramasına dayalıdır. Değerlendirme ve öneriler de çalışmada bulunmaktadır. Fakat

bunlar, akademik ve kişisel bilgi birikimi, kişisel görüş ve analizlerimizdir. Bu nedenle üniversitemizden bir etik kurul kararı almak gerekli bulunmamıştır. Analiz ve değerlendirmeler yapılırken asla herhangi bir insan, olay veya kurum/kuruluşlar hedef alınmamıştır. Bu çalışmada sadece “Bulgaristan devletini kamu yönetimi ve kamusal reformları açısından tanıtmak ve literatüre bir katkı sunmak amaçlanmaktadır. Çalışmada kullanılan eser veya makalelerden dipnot ve kaynakça bilgileri verilirken, ilgili telif haklarına ilişkin yasal düzenlemeler ve makale yazım kurallarına uyulmasına azami bir gayret gösterilmiştir.

### A. Evren-Örneklem

Araştırmanın örneklemini olarak konu ile ilgili olarak yasal, yönetsel ve uygulamalardaki gelişmelerin yer aldığı bilimsel çalışmalar ile bölümümüzde verilen “Karşılaştırmalı Kamu Yönetimi” ve “Karşılaştırmalı Kamu Personel Yönetimi” derslerimizin bizlere kattığı değerlendirmeler ve sınıf içi bilimsel tartışmalardan esinlenilmiştir. Ayrıca Dergipark'ın web adresinde “Bulgaristan” kelimesi makale taramaları yapıldığında “Türkiye-Bulgaristan ilişkileri”, “Bulgaristan Romanları”, “Bulgaristan Türkleri Halk Edebiyatında Ağıtlar”, “Türkiye-Bulgaristan ilişkileri (1876-2008)”, “Bulgaristan Türklerinde Nevruz ve Hıdırellez Kutlamaları”, “Bulgaristan Türklerinin sosyo-ekonomik yapısı”, “Gastronomi Turizmi Kapsamında Bulgaristan Göçmenlerinin Yemek Kültürü”, “Denetim Açısından Bulgaristan, Yunanistan ve Türkiye Yerel Yönetimlerinin Karşılaştırılması”, “1989 Bulgaristan Göçmenlerinin Kültürlerarası Etkileşim Pratikleri: Eskişehir Örneği” gibi konu başlıkları ile çok sayıda çalışmaların olduğu izlenmektedir<sup>1</sup>. Fakat ülkemizin hem Balkanlarda sınır komşusu ve hem de bir AB ülkesi olan Bulgaristan devleti için “kamu yönetimi/karşılaştırmalı kamu yönetimi” disiplini açısından konuya yaklaşan bir çalışma eksikliği göze çarpmaktadır ve Türkçe yazılan bu eserin “Bulgaristan Cumhuriyeti'nin AB'ne Giriş Sürecinde Kamusal Reformları” başlığı ile literatüre katkılar getirmesi amaçlanmıştır.

### B. Veri Toplama Araçları

Veri toplama araçları olarak bu makalenin hazırlık sürecinde “Google Akademik”<sup>2</sup> ve “Dergipark”<sup>3</sup> üzerinden konu ile ilgili görülen makale, kitap, rapor ve tezler taranmış ve konu olarak ilgili bulunan eserler okunmuş ve ardından bu eserlerden alıntılar yapılmıştır. Yani literatür çalışmasına dayalı olan bu makalede çalışmasının araçları, internetten ulaşılabilen literatürdür. Bu literatür verilerine ulaşabilmek açısından 1 Temmuz 2020- 17 Mayıs 2021 tarihleri arasında devamlı elimizin altındadır. Öneri ve değerlendirmelerde ise bir “yönetim bilimci” akademisyen gözüyle ve tabii ki bilimsel verilerin de eşliğinde, Bulgaristan devletinde kamusal reformlar ve elektronik devlet yönetimi yapılanmasına yönelik analizler yapılmıştır. Çalışmanın sınırlılıkları açısından literatür taramalarına dayalı bir çalışma olması nedeniyle kaynak erişimi açısından herhangi bir sıkıntı yoktur. Literatür-kaynak taramasına dayalı derleme niteliğinde olan bu makalede, kaynakların nasıl tarandığı ya

<sup>1</sup> Dergipark, <https://dergipark.org.tr/tr/search?q=bulgaristan&section=articles> (04.07.2020)

<sup>2</sup> Google Akademik, <https://scholar.google.com/> (03.07.2020)

<sup>3</sup> Dergipark, [www.dergipark.org.tr](http://www.dergipark.org.tr) (04.07.2020)

da makale kurgusunun nasıl şekillendirildiği noktasında internetin olması en büyük kolaylaştırıcı olmuştur.

## II. BULGARİSTAN CUMHURİYETİ'NİN TANITIMI

Aşağıda öncelikle Bulgaristan Cumhuriyeti'nin tarihi geçmişi üzerine bilgiler sunulmakta ve sonra bu ülkenin coğrafi özellikleri, nüfusu, kırsal yapısı ve kentleri tanıtılmaktadır.

### A. Bulgaristan'ın Siyasi Tarihine Bakış

Bulgaristan'ın tarihinde bilinen en eski halkı Hint-Avrupa kökenli "Trak" isimli kavimdir. M.S. 7.yüzyılda Slavlarla birlikte buradaki halk, bu coğrafyada Bulgar Devletini kurmuştur. Yönetimde söz sahibi olan bu toplum, Slav dilini ve 9.yüzyılda din olarak Hristiyanlığı kabullenmiştir. Bulgaristan uzun dönemler boyunca Roma İmparatorluğu ve sonra Bizans İmparatorluğu'nun egemenliğinde kalmıştır. Osmanlı İmparatorluğu tarafından 14.yüzyılda Türkler Rumeli'ye geçirilip yerleştirildikten sonra Bulgaristan bağımsızlığını yitirmiş ve Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenliğine girmiştir. Asırlar sonra Çarlık Rusya'sı, Balkanlarda ve Bulgaristan'da bağımsızlık hareketine destek olmuştur. Osmanlı-Rus Savaşından yenilgiyle çıkan Osmanlı Devleti, Bulgaristan'ı 1878'de içişlerinde bağımsız bir prenslik, 1908'de Bağımsız Çarlık olarak tanımıştır. Birinci Dünya Savaşı'na Osmanlılar ile aynı cephede giren Bulgaristan, İkinci Dünya Savaşı'na Almanya yanında girmiş ve iki savaşta da yenilmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrası sosyalist rejime geçen Bulgaristan, o dönem hızla Varşova Paktına girmiştir<sup>4</sup>.

Özcan bir çalışmasında<sup>5</sup>, uzun yıllar Osmanlı İmparatorluğu egemenliğinde bulunmuş olan Bulgarların, Fransız ihtilali sonrası artan milliyetçilik akımı nedeniyle ayaklandıklarını ifade etmiştir. 1877-1878'deki Osmanlı-Rus Savaşı'nda Osmanlı İmparatorluğu yenilmiş ve Bulgaristan, özerk bir prenslik olmuştur. Bulgarlar 1908'de ise bağımsızlık ilan etmiş ve Osmanlı Devleti'nden ayrılmıştır. "Sobranya" ismiyle ilk milli meclisi açıp ve Sırp Anayasası'nı örnek alarak, ülkesinin ilk Anayasası'nı yapmıştır.

Bulgaristan'ın tarihi geçmişi ayrıntılı olarak ele alınırsa, 18.yüzyıl başında Rusya'da Çar Petro, sıcak denizlere ulaşmadan Rusya'nın varlığını sürdürmesi ve gelişmesinin imkânsız olduğunu belirtmiş ve bunu Rusya için milli bir amaç olarak göstermiştir. 1711'de Osmanlı ordusu karşısında, Çar Petro komutasındaki Rus ordusu yenilmiş ve Rusya 1768-1829 arasında yapılan altı savaşı da kazanmıştır. Rusya böylece Kırım, Ukrayna, Kafkasya, Kuzey Azerbaycan'ı olarak Balkanlar ve Doğu Anadolu'da karadan, Karadeniz'de ise denizden Osmanlı Devleti ile sınır olmuştur. 19.yüzyılda çeşitli Balkan halkları, Rusya'nın kışkırtması ile başkaldırıda bulunmuştur. Lakin o dönemde Osmanlı Devleti gerileme ve zayıflama dönemine girmiştir. Reşit Paşa, Ruslara ağır bir darbe indirmeden, Osmanlı Devleti'nin rahat edemeyeceğini görmüştür, iyi bir diplomatik atakla İngiltere, Fransa, Sardunya (İtalya) ile birliktelik kurmuş, 1853'te Ruslara karşı Kırım Savaşı'nı ilan etmiştir. 2,5 yıl kadar süren ve çok çetin geçen bu savaş sonrası müttefik orduları, Rus birliklerini yenmiştir. Kırım Savaşı

<sup>4</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", Ekonomi Bakanlığı Sofya Ticaret Müşavirliği Yıllık Raporu, ETO Yayını, Eskişehir, 2014, s. 8.

<sup>5</sup> Tuğrul Özcan, "Kurumsallaşma Sürecinde Bulgar Milli Meclisi (1879-1885)", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2014, C 11, S 25, s.99

sonunda imzalanan Paris Antlaşması ile Osmanlı Devleti'nin toprak bütünlüğü güvenceye alınmış ve Rusların Karadeniz'de tersane ve donanma bulundurulması yasaklanmış ve Karadeniz Osmanlılar için tarafsız bir deniz olmuştur. Osmanlı İmparatorluğu, İngiltere, Sardunya ve Fransa'nın 1853-1856 arasında süren Kırım Savaşındaki başarısı sonucu imzalanan Paris Antlaşmasını kabul etmeyeceğini 1870'te Rusya Devleti deklare etmiştir ve yukarıda isimleri geçen müttefikler bu kez Londra Protokolünü imzalamış ve Rus taleplerini kabul etmiştir. Rusya, bu süreçte Balkanlarda yaşayan Osmanlı tebaası olan Balkan halklarını planlı şekilde kıskırtmış ve silahlandırmıştır. Ruslar 1876'da Osmanlı'ya, Almanya ve Avusturya ile hazırladığı Berlin Muhtırasını vermiştir<sup>6</sup>.

Özcan'ın çalışmasında<sup>7</sup>, Bulgaristan Prensiğine Doğu Rumeli Vilayetinin katılmasına kadar geçen 1877-1885 dönemi, Osmanlıların parçalanmasında etkili olduğunu belirtmektedir. Lakin Bulgaristan, 1878'de Berlin Antlaşması ile kurulmuştur. Bu süre Bulgarlar için bağımsızlık, Müslümanlar için öldürülme, acı ve göç olarak yorumlanır. Bulgarların bağımsızlığı sürecinde Ruslar, yaşanan zulüm ve katliamlarda Bulgarlara destek vermiş ve Rumeli'deki Müslümanların yüzyıllardır bulunduğu topraklarından ayrılmasını getirmiştir. Batılı devletler kadar Ruslar da Bulgarların bağımsızlığı için yardım etmiştir. Ancak bu yardım, genelde Bulgar prensliğinin içişlerine karışmaktı. Bulgar halkı, bazen Batılı devletlerin kendilerine karışmasına tepki göstermiştir. Muhalefetin halk üzerindeki yarattığı etkiyle Bulgar millî bilinci gelişmiştir. Ama bazen de hükümetler düşürülmüş ve istikrarsızlık yaşanmıştır. Rusların hala bu politikasını sürdürdüğü görülür. Lakin Ruslar, sınırı bulunan devletler üzerinde etki ve kontrol sağlamayı istemiştir. Bulgarların siyasi ve sosyal bakışında millî bilincin tutarlı bir politika ile sağlanmasıyla devletin devamlılığı için bir sorun kalmayacağına inanılır. Milli kimlik kazanan Bulgar meclisinin demokratik kurumsallaşması önemlidir. Çünkü Bulgaristan, muhtarlıktan bağımsızlığa ulaşmış ve Balkanlardaki diğer topluluklara da bir örnek olmuştur.

## B. Bulgaristan'ın Coğrafi Özellikleri

Avrupa'nın en büyük 16.ülkesi olan Bulgaristan'ın resmi adı "Bulgaristan Cumhuriyeti"dir. Batısında Sırbistan ve Makedonya, doğusunda Karadeniz, kuzeyinde Romanya, güneyinde Yunanistan, güneydoğusunda Türkiye vardır. Balkan, Rodop, Rila Dağları yanında Tuna Ovası, Yukarı Trakya Ovası bu ülkenin coğrafyasında önemli doğal zenginliğidir<sup>8</sup>. Başkenti Sofya olan ülkenin yönetim biçimi parlamenter cumhuriyet ve resmi dili Bulgarcadır. Bulgaristan Cumhuriyeti günümüzde AB, NATO, BM, İMF, WTO, Dünya Bankası'na üyesidir. Türkiye ile saat farkı bulunmayan bu devletin, 2014'te nüfusu 7.245.667 olup, ortalama ömür 74,5 yıl ile oldukça yüksektir<sup>9</sup>. Bulgaristan'ın orta kısmını Yugoslavya sınırından, Karadeniz'de Emine Burnu'na kadar 550 km uzunluğu ile batı-doğu yönlü olan Balkan Dağları kaplar. En yüksek noktası Yumrukçal

<sup>6</sup> Meşkure Yılmaz Börklü, "Tarihi Seyri İçinde Bulgaristan Türklerinin Durumu ve Türkiye'nin Bölge Türklerine Yönelik Politikaları", Ahmet Yesevi Üniversitesi, Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Bilig-10/Yaz '99, 1999, s.61-62

<sup>7</sup> Tuğrul Özcan, "Kurumsallaşma Sürecinde Bulgar Milli Meclisi (1879-1885)", s. 7

<sup>8</sup> T.C. Bulgaristan Konsoloslugu, "Bulgaristan / 14 Ocak: Bulgaristan Hakkında Genel Bilgiler", 2016

<sup>9</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 6



Tepesi olup, 2371 metre yüksekliktedir. Ülkenin kuzeyini Balkan Dağlarından Tuna Nehrine doğru alçalan platolar oluşturur. Ülkenin ormanlık alanları ve tarım amaçlı toprakları doğal zenginliğidir<sup>10</sup>.

Bulgaristan'ın nüfusunun %73'ü şehir ve %27'si kırsal bölgelerde yaşar ve ama yaşlı bir nüfusu bulunduğu söylenilebilir. Halkının %84,8'i Bulgar, %8,8'i Türk, %4,9'u Roman'dır. Nüfusun %76'sı Ortodoks Hristiyan, %10'u Müslüman ve %0,8'i Katolik ve %1,1'i Protestan'dır. Üniter bir devlet olan Bulgaristan Cumhuriyeti, 264 belediyenin olduğu 28 idari bölgeye ayrılmıştır<sup>11</sup>. Bulgaristan 1990'lardan bu yana çok partili siyasal hayat ve özgür seçimler açısından gelişme kaydetmiştir. 1995 yılı sonunda AB'ne üyelik için başvurmuş, 2003, 2005, 2006, 2007 yıllarına ait kamu yönetimi reformları ile kamu yönetimi yapısını AB müktesebatına uyumlu duruma getirmeye çalıştığı görülmektedir<sup>12</sup>. Eskişehir Ticaret Odası'nın "Bulgaristan Ülke Bülteni"nde<sup>13</sup>, toprak ve iklim yapısı tarıma çok uygun olan Bulgaristan'ın tarımsal üretim açısından çok zengin olduğu ama bu sektörün modernleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Uzun yıllardır azalan ve yaşlanan nüfusundan dolayı tarımsal üretim yapacak insan gücü eksikliği olduğundan dolayı ülkenin tarımsal verimliliği düşmüştür ve Bulgaristan'ın AB'ne üye olmasıyla beraber tarım sektörüne Avrupa finansmanı sağlanmıştır.

### III. BULGARİSTAN'DA KAMU YÖNETİMİ VE İNSAN KAYNAKLARI YÖNETİMİ VE UYGULAMALARI

Aşağıdaki bölümde Bulgaristan'ın sırasıyla kamu yönetimi ve yönetim yapılanması, insan kaynakları yönetimi ve sosyal güvenlik politikaları ele alınmaktadır.

#### A. Bulgaristan'da Kamu Yönetimi Yapılanması ve Yönetişim

Siyasi, idari, ekonomik açıdan merkezîyetçi olan Bulgaristan, tek meclisli bir yasama organına sahiptir. Temmuz 1991 referandumunu ile kabul edilen Bulgaristan Anayasası'nda 2003, 2006, 2007'de AB müktesebatıyla uyum için önemli yasal ve kurumsal değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ülkede yürütme gücü Cumhurbaşkanı ve Başbakanın önderliğindeki hükümettedir ve cumhurbaşkanı beş, milletvekilleri ise dört yıllığına halkoyuyla seçilmektedir. Kuvvetler ayrılığını esas alan ülkede var olan bağımsız yargı sistemi, idari ve adli olmak üzere ikili bir yapıya sahiptir<sup>14</sup>.

Bulgaristan kamu yönetiminin AB yönetimine uyarlanmasında bir de küresel değişikliklere entegrasyon, kapasite artışı, kariyer fırsatları, maliyetleri optimize etme ve kamuda İKY konularına büyük önem verilmiştir<sup>15</sup>. Bayramoğlu Özüğurlu ve Gülpınar

<sup>10</sup> Nazif Kuyucuklu, "Bulgaristan", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Yıl yok, s.1-2

<sup>11</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 8 ve 10.

<sup>12</sup> Erol Esen- Veli Ercan Çetintürk- İva Mihova, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017, C 1, S 4, s.6-7

<sup>13</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s.18

<sup>14</sup> Erol Esen -Veli Ercan Çetintürk- İva Mihova, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", s. 7

<sup>15</sup> Valantin Milinov- Rositsa Radoeva, "Human Resources In Regional Administration-Financial, Managemet and Organizational Aspects", Economic Archive, 2017, LXX, B 4, N 4, p.29

çalışmasında<sup>16</sup>, Anayasal hükme rağmen Bulgaristan hükümet sisteminin “yarı başkanlık hükümet sistemi” olarak değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çünkü Bulgar hükümet sistemi için Fransız 5.Cumhuriyet Anayasası'ndan esinlenilmiş ve Bulgar Anayasası hazırlanırken cumhurbaşkanının yetkileri azaltılmıştır. Anayasal açıdan bürokratik yönetim ilkelerini kabul eden Bulgaristan kamu yönetimi, süreç içinde yeni kamu yönetimi ile karşılaşmıştır. AB uyum süreciyle birlikte yönetim anlayışı da bu ülkedeki reformlarda çok önemli olmuştur.

Bulgaristan'ın idari bölümleri 1991 Anayasası 135.maddesinde “yerel özyönetim ve yerel idareler” başlığında düzenlenmiştir. İdari bölümlenme açısından başkent, büyükşehirler ve toprağa dayalı idari bölümler kurulmuştur. Anayasal olarak 1992'de Anayasa Mahkemesi, özelleştirme ve mülkiyet devri ile ilgili kurumlar kurularak, gerekli yasal düzenlemeler de yapılmıştır. 1990'da Siyasi Partiler Kanunu ile siyasi partilerin belediye, taşra, vilayet ve devlet kurumlarındaki faaliyetleri yasaklanmıştır. 2003'teki Birinci Anayasa değişikliğinde yargı reformu öne çıkmıştır. Hâkimlerin dokunulmazlığının resmi faaliyetlerle sınırlandırılması, hâkimlerin görev yerlerinde geçirecekleri asgari sürenin beş yıla çıkarılması ile yargısal idari pozisyonlarda 'ömür boyu atama' yerine belirli sürelerle atama kuralı konulmuştur. 2005'te İkinci Anayasa değişikliğinde Anayasa'sına AB üyelikle ilgili yeni hüküm eklenerek bu hükmün AB'nin inşası ve gelişimine katkı vereceği belirtilmiş ve egemenlik hakkının devri düzenlenmiştir. AB politikaları hakkında hükümetin Millet Meclisi'ni bilgilendirmesi istenmiştir. Ayrıca medeni haklarla ilgili değişiklikler yapılmıştır. 2005'teki İkinci Anayasa Değişikliğinden sonra Bulgaristan, AB üyelik antlaşmasını imzalamıştır. 2006'daki Üçüncü Anayasa değişikliğinde AB ile anlaşmaya varılan yargısal değişiklikler öne çıkarılmıştır. Bir de parlamento dokunulmazlığının sınırlandırılması; 2004'te Ombudsmanlık kurumu oluşturulması ve bu konuda Anayasa'daki değişiklikler önemlidir. 2007'deki Dördüncü Anayasa değişikliği, Avrupa Komisyonu ile iş birliğiyle hazırlanmıştır. Bu değişiklikte yargı reformu ağırlıklıdır. Yargı alanındaki değişiklikler, Adalet Bakanı'nın yargılanmasıyla ilgili yöntemler; sulh hâkimlerinin dokunulmazlığının sınırlandırılması ve Yüksek Yargı Konseyi ile ilgili hükümleri içermiştir. Meclisin işleyişi ile ilgili değişiklikler yapılarak, Meclis kendi bütçesini yapmış; yöneticileri Meclis tarafından atanan kurumların denetimi artmış, milletvekillerinin yasama faaliyetlerine ilişkin değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Yerel vergi koyma ve gümrük tarifesinde belediyelere karar hakkı verilmiş, âdem-i merkezîyetçiliği artıran değişiklikler yapılmış, zorunlu askerlik hizmeti sonlandırılmıştır<sup>17</sup>.

Bulgaristan Anayasası'nın ikinci maddesinde “Bulgaristan Cumhuriyeti, yerinden yönetimle yönetilen tekçi bir devlettir. Hiçbir özerk bölge oluşumlarına izin verilmeyecektir.” denilmektedir. Bu madde ile tekçi yapı belirtilerek, “federal yapı gibi özerk yerel yönetimlerin kurulamayacağı” ifade edilmiştir. Bulgaristan Anayasası'nın 135-142.maddesinde “yerinden yönetim ve yerel idareler” ile ilgili hükümler vardır. 135.maddede ülke topraklarının bölgeler ve belediyeler olarak bölündüğü belirtilirken,

<sup>16</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, “Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2020, C 75, S 1, s.267 ve 271

<sup>17</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, “Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi”, s. 268-272

bölgeler, bölge valileri tarafından yönetilen, İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve merkezi yönetimin taşra örgütlenmesidir. Bulgaristan'da finansal yerelleşme sürecinde Bulgaristan Ulusal Belediyeler Derneği, 1997'de ülkedeki belediyelerin üçte biri ile kurulmuş ve 1999'da tüm belediyeler bu birliğe katılmıştır. Kamu hizmetlerinin yerelleşmesi, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, kendi öz kaynakları ve gelirlerine sahip olması ve özerk yönetimler için çalışan bu dernek, Bulgaristan'ın finansal yerelleşmesinde önemlidir<sup>18</sup>. Kısacası 1989'da doğu blokunun yıkılmasıyla Bulgaristan, demokratik bir işleyişe ve serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecini başlatmış ve bu geçiş sürecinde hem 2004'te NATO hem de 2007'de AB'ne girmiştir<sup>19</sup>. Aşağıda Bulgaristan'da insan kaynakları yönetimi ve sosyal güvenlik yapısı ile ilgili reform çabaları ele alınmaktadır.

### **B. Bulgaristan'da İnsan Kaynakları Yönetimi ve Sosyal Güvenlik Politikaları**

Son yıllarda araştırmacılar yoğun olarak, AB'nde insan kaynakları yönetimine eğilmiştir. Tüm bölgeler ve kıtalardan yetenekli insanları buralara çekmek ve işgücü verimliliği sağlamak, Avrupa Yükseköğretim Alanı'nın da önceliğidir. Günümüzde insan kaynakları ülke ekonomisinin gelişmesi için önemi artan bir beşerî güçtür<sup>20</sup>.

Bulgaristan'da 1995'te ekonomik yapısı ve işleyişinde sorunlar yaşanmıştır. IMF, Dünya Bankası bu geçiş sürecinde etkin olmuştur. Yapısal uyum politikaları, devlet teşebbüslerinin özelleştirilmesi, bu yolla hükümetin genel harcamalarda kısıtlamalar yapması, harcamaların azaltılması, ücretlerin düşürülmesi gibi sayılabilir. İdarenin siyasetten bağımsızlığı, kamu personelinin hukuka bağlı ve siyasal olarak tarafsız davranarak görevini yapacağı, kanunda belirtilen koşulları sağlayan devlet memurunun siyasal parti üyeliği, sendikalaşması, grev hakkını kullanması güvencesi getirilmiştir. Kurumsal işleyişte bürokratik örgütlenme modeli temel alınmıştır<sup>21</sup>.

Bulgaristan Merkez Bankası verilerine göre, 2013 yılı işsizlik oranını %11,8'dir. İstihdamın en çok olduğu dal, imalat sanayiidir. Bunu otomobil ve bisiklet ticareti ve tamiri sektörü ve eğitim sektörü takip eder. İstihdamın en az olduğu alan ise, emlak sektörüdür. Ülkede son yıllarda nüfus azalması yanında, eğitilmiş ve nitelikli aktif nüfusun, AB üyesi ülkelere göç ettiği bilinmektedir. Bulgaristan'da uzun yıllardır AB üyesi ülkeler dışından (üçüncü grup ülkelerden) personel transferinde hukuki ve bürokratik sorunlarla karşılaştığından, şirketler işgücü arzında sorunlar yaşamaktadır. Bulgaristan'da yükseköğretim kurumlarını Parlamento denetlemektedir. 25-64 yaş arasının %60'ı en az bir yabancı dil bilir ve %80'i lise ve üstü eğitimlidir ve yurtdışında eğitim gören çok fazla bir nüfusu vardır. Yurtdışından işçi transferinde Bulgar hükümetinin önceliği, Bulgaristan sınırları dışında yaşayan etnik Bulgar diasporasıdır. Bulgar kökenli yabancılara mevzuat, daha kolay istihdam edilme koşulları koymuştur. Üçüncü ülkelere gelen diğer işgücünde, ilgili pozisyona müracaat eden ülke içinden

<sup>18</sup> Erol Esen -Veli Ercan Çetintürk- İva Mihova, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", s. 2 ve 10

<sup>19</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 8

<sup>20</sup> Valantin Milinov- Rositsa Radoeva, "Human Resources In Regional Administration-Financial, Managemet and Organizational Aspects", p. 31

<sup>21</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, "Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi", s. 270 ve 267

başka Bulgar aday olmadığına bakılır. Ülkede sosyal güvenlik alanında Sosyal Sigorta Yasası önemlidir. Sigorta ödemeleri için niteliğine göre yapılırken, iş kazaları ve meslek sigorta ödemeleri de yapılmaktadır. Bilindiği gibi sosyal güvenlik kapsamında kişilere, geçici iş göremezlik, çalışma gücünde geçici azalma, sakatlık, doğum, yaşlılık ve ölüm halinde tazminat ödenmekte ya da maddi yardım ve emeklilik maaşı verilmektedir<sup>22</sup>.

Bulgaristan yönetiminin, AB'ne uyum açısından uzun ve karmaşık bir entegrasyon sürecinden geçtiği görülmektedir. Kamu yönetiminde kariyer gelişimi ve İKY alanında iyi uygulamalar geliştirmek adına bir fırsat oluşmuştur. Yönetim kapasitesinin artırılması için, İKY alanında iyi politikaların analizi yapılmış, Bulgar ve Avrupalı ortaklar arasında etkileşim ve ekip çalışması için bir model geliştirilmiştir. "Avrupalı ortaklar ve SCR"den olanlar arasında uzmanlık eğitimi ve staj gerçekleştirilmiştir. 2014-2015'te Kırcaali ilçe idaresinde, çalışanların niteliklerini ve profesyonelliğini artırmaya yönelik bir proje tasarlanmıştır. Burada insan kaynaklarının daha verimli yönetimi, motivasyon, bağlılık ve potansiyelin artırılması ve ekip çalışması için geliştirilmesi hedeflenmiştir. İlçe idare görevlilerinin 22'si 2014'te Kamu İdaresi Enstitüsü'nde "Etkin Yönetim İçin Kişisel Beceriler" konusunda eğitim almıştır. 21 kişi ekip performans eğitimine katılmış, 5 çalışan İngilizce B1, 5 çalışan Yunanca B1 seviyesinde sertifika almıştır. İlçe idaresinin karşı karşıya olduğu yönetimin verimliliğini artırmak ve hedeflere ulaştırmakla görevli kamu yöneticisi validir. Tüm bölgesel yönetimlerde dış değerlendirme ve sertifikasyon ile insan kaynakları kalitesini değerlendirmek için, Avrupa Projelerinin etkili bir şekilde benimsendiği görülmüştür<sup>23</sup>.

Bayramoğlu Özüğurlu ve Gülpınar çalışmasında<sup>24</sup>, Avrupa Komisyonu'nun Bulgaristan'ın üyelik müzakereleri için Kamu Yönetimi Reformunu, 1997'de şart koştuğunu belirtir. Anayasa değişiklikleri ve AB norm ve ilkeleri, yönetsel yapı ve uygulamalarda belirleyici olmuştur. 2000'de Bulgaristan AB'ye üyelik müzakereleri başladığında, yönetimin kapasitesini arttırma ve kamu personelinin uzmanlaşması için destek programları başlatılmıştır. İdare Kanunu, AB norm ve ilkeleri çerçevesinde değiştirilmiştir. Bu reformda öncelik kamu hizmetleri kapsamının belirlenmesi ile devlet memurlarının statü, hak ve sorumluluklarının tanımlanmasıdır. İdare Kanunu (1998), Kamu Hizmetleri Kanunu (1999), devlet memurları ile ilgili düzenlemeler (2000), modern idari sistem inşa stratejisi önemli diğer reform çabalarıdır. Profesyonel ve liyakate dayalı bir memuriyet sisteminin çerçevesini oluşturan 1999 tarihli Kamu Hizmetleri Kanunu 2000'de yürürlüğe girmiştir. 2006'da Bulgaristan kamu yönetimine, üst düzey memurlar için idari ve politik atama ayrımı getirilmiştir. Rekabetçi bir işe alım süreci ve yarı zamanlı çalışma gibi değişiklikler yapılmıştır. Kamu yönetiminin çağdaşlaşması ve önemli teknolojik gelişme kaydetmesi için başlatılan süreç, yönetsel usullerin otomasyonunu, işlem maliyetlerinin düşürülmesi ve idari süreçlerin daha açık olması, 2000'deki elektronik devlet kanunu gibi değişikliklerle sürdürülmüştür. 2000 sonrası bankacılık ve finans sektöründe özelleştirmeler sürdürülmüş, 2003'te kamu

<sup>22</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 10-11

<sup>23</sup> Valantin Milinov- Rositsa Radoeva, "Human Resources In Regional Administration-Financial, Managemet and Organizational Aspects", p. 39-42

<sup>24</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, "Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi", s. 271-273

bankalarının özelleştirilmesi ve kamu maliye reformu tamamlanmıştır. Sosyal güvenlik alanında, 2000’de özel emeklilik fonları kurulmuş ve emeklilik sistemi değiştirilmiştir. 2003 ve sonrası ise telekomünikasyon ve tek el vb. özelleştirilmiştir. 1995-1999 yılları arası ülkede merkezi hükümet bütçesi ile Sosyal Güvenlik Fonunun ayrılması, emeklilik reformu, finansal açıdan kendine yeten sağlık sistemi, Sağlık Sigortası Fonu, kamu yönetimi reformu çok önemli reformist çabalardır.

1996’da yapılan bir anketin sonuçları, Bulgar kuruluşlarında İKY konusunun oluşturulması sürecinde Avrupa ülkelerine göre geride kaldığını göstermiştir. Bulgaristan’da 1990-2000’de İKY alanında danışmanlık hizmetlerinde gelişmeler olmuştur. Bu tür hizmetlere yönelik talep üzerine yapılan araştırma 1999’da kuruluşların %35’inin bu hizmetlerden yararlandığını, %9’unun taleplerinin arttığını, %26’sının aynı seviyede kaldığını ve %6’sının bir düşüş rapor ettiğini göstermiştir. Bulgar kuruluşlarının çoğu, hala İKY amaçları için harici danışmanlar kullanmaktadır<sup>25</sup>.

Burada iyi yönetim / yönetişim kriterleri açısından Bulgaristan ile diğer ülkeler karşılaştırılırsa, Kuzey Avrupa ülkeleri, 2013’te iyi yönetişim konusunda yüksek puanlar almıştır. Onu Okyanusya, Batı Avrupa, Kuzey Amerika ve Doğu Asya izlemiştir. Orta ve Doğu Avrupa ile Güney Avrupa en düşük puanları almış, Finlandiya, Norveç, Yeni Zelanda, İsveç, Danimarka en yüksek, Bulgaristan, Romanya ve Yunanistan en düşüğe kalmıştır. Dünya Bankası iyi yönetişim göstergeleri bu konuda önemli bir veridir. İskandinav ülkeleri ve Hollanda’da ileri düzeyde basın özgürlüğü vardır. Yunanistan, İtalya, Bulgaristan, Hırvatistan ve Kore, Japonya gibi Asya ülkelerinde, basın özgürlüğü düşüktür. Japonya oldukça yüksek iyi yönetişime sahiptir ve Romanya basın özgürlüğünün derecesi açısından oldukça düşük seviyededir. Maaş yapısı, kamu maaş seviyeleri ve hükümetin kalitesi üzerindeki etkileri yönüyle çok farklı iki teori formüle edilebilir. "Singapur modeli" en iyi ve en zeki olanı çekmek ve teşvikleri ortadan kaldırmak için kamu sektörü çalışanlarının ödüllendirilmesini savunur. "Norveç modeli"nde memurlara nispeten az ödeme yapılır. Amaç memurların kamu yararı için çalışmaya motive olmaları ve kendilerini vatandaşlar ve kamu hizmetlerinden soyutlamamaları ve yüksek maaşlarının bu hizmetleri sunmanın maliyetlerini arttırmaması gerektiğidir<sup>26</sup>.

Bulgaristan’da halkın gözünde madencilik ve taş ocakçılığında kötü ve güvensiz çalışma koşulları ve sağlığa ciddi zararlar vardır. Bir de düşük maaşlar ve sonuçta daha küçük kasaba ve şehirlere taşınma ihtiyacı doğmuştur. Sektördeki teknik gelişmelerle ilgili yeterli bilgiye sahip genç uzmanlar bile bu tesislerde çalışmak için ihtiyatlıdır. Bulgaristan’daki genç uzmanlar için madencilik ve taş ocakçılığı sektöründe ücretler, Bulgaristan’ın diğer sanayi dalları ve Birleşik Krallık, Almanya gibi Avrupa ülkelerinin madencilik ve taş ocakçılığına göre çok düşüktür. Sonuçta Bulgaristan’da bu sektörde çalışmak istemeyen gençler, daha iyi maaş için yurtdışında madencilik sektöründe

<sup>25</sup> Elizabeth Vatchkova, "Personalmanagement Im Transformationsprozess", In the: The Speed of Changes- Bulgarian Way to the Intergrated European HRM, V. Chemnitz East Forum: "Human Resource Management in Transition", Chemnitz University of Technology, 21-23.03.2001, Rainer Hampp Verlag Munchen; Mering: Hampp, 2001, p.3-4

<sup>26</sup> Evert Pommer- Pepijn Van Houwelingen, "Public Administration in Europe", Zarządzanie Publiczne, 2016, C 2, S 36, p.37-48

çalışmayı seçmektedir. Madencilik ve taş ocakçılığı işletmeleri, beceri ve nitelikleri açısından yeterli olmayan ama maden tesisinin bulunduğu yerde evi olan yerel işçi topluluğuna sahiptir. İşletmeler, işçilerinin niteliklerini artırmak için kurum içi kurslar, üniversiteler ve eğitim kurumları ile eğitim amaçlı ortaklıklara gitmiştir. AB üyeleri içinde madencilik ve taş ocakçılığı sektörünün önemi, fosil yakıtların çıkarılmasında uzmanlaşmış ülkeler arasında fazladır. Bunlar, fosil yakıt yatakları kıt/hiç bulunmayan jeolojik dağılımlar ile yakından bağlantılıdır. Madencilik ve taş ocakçılığı sektöründe, bilgi teknolojilerinin önemi, verimlilik ve yenilikler açısından artmıştır. AB üyesi olan devletler içinde kömür ve linyit madenciliğinde en yüksek oran, Bulgaristan'dadır. Danimarka ise ham petrol ve doğalgaz çıkarmakta uzmanlaşmıştır. Eurostat'ın bir analizinde, AB üye devletleri arasında KOBİ'ler ve büyük işletmelerin yüksek katma değer payları ve yüksek uzmanlıkları önemlidir. Bulgaristan'da kömür ve linyit madenciliği gibi büyük işletmelerin varlığı, Danimarka, Hollanda ve Birleşik Krallık 'ta ham petrol ve doğal gaz çıkarılması birer örnektir. Bilgi ve iletişim teknolojileri ile - coğrafi /fiziki konumdan bağımsız şekilde- kişiler ve işletmeler arasında iletişim hızlı biçimde kurulabilmektedir. İş süreçleri de çağın özelliklerini taşımaktadır. "Müşteri İlişkileri Yönetimi, Kurumsal Kaynak Planlaması; İş Zekâsı, Kurumsal İçerik Yönetimi; Tedarik Zinciri Yönetimi ile İnsan Kaynakları Yönetimi" alanlarında çağdaş kurumsal yapılanmalar ve uygulamalara geçildiği görülmektedir<sup>27</sup>.

Ayrıca 2021 yılındaki yeni bir raporunda ETO, Bulgaristan'ın 2018 yılında nüfusu, 7.000.039 kişi olarak belirtilmiştir. Kısacası 4 yıllık süreçte ülkenin nüfusu hiç artmamış, hatta azalmıştır. Bu raporda Bulgaristan'ın iktisadi yapısındaki gelişmeler, uluslararası ticari faaliyetleri ve ülkemizle ticareti konularında güncel verilere ulaşılabilir<sup>28</sup>. Çalışmanın aşağıdaki kısmında ise Bulgaristan'ın AB'ne girişi ve bu amaçla gerçekleştirdiği kamu yönetimi reform çabaları ele alınmaktadır.

#### **IV. BULGARİSTAN'IN AVRUPA BİRLİĞİNE GİRİŞ SÜRECİNDE KAMUSAL REFORMLARI**

AB haritasına bakıldığında günümüzde AB'ne üye devletler Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çekya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, İsveç, İspanya'dır. AB'ne aday devletler ise Türkiye, Kuzey Makedonya, Arnavutluk, Sırbistan, Bosna Hersek, Karadağ ve Kosova'dır<sup>29</sup>. Ayrıca İngiltere 1973'te katıldığı AB'nden, 01.02.2020'de ayrılmıştır<sup>30</sup>.

Bu bağlamda günümüzde AB'nin yasama, yürütme ve yargı organları vardır ve bu birlik uluslar üstü kurumlarıyla birçok alanda üye/aday ülkeler üzerinde etkindir. "AB Konseyi", AB'nin en yüksek politik organıdır. "AB Bakanlar Konseyi" yasama ve

<sup>27</sup> Mariana Petrova- Milena Tepevicharova- Lyudmila Dikova, "Mining Symposium Possibilities For Personnel Development In The Mining And Quarrying Sector In Bulgaria", III. International Innovatives, E3S Web of Conferences 41, 04017, 2018, p.1-3

<sup>28</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni", 2021, s.3.

<http://www.etonet.org.tr/uploads/UlkeRaporlari/bulgaristan.pdf>, (14.06.2021)

<sup>29</sup> AB Türkiye Delegasyonu, "AB haritası, AB'ne Üye ve Aday Ülkeler", (27.08.2020)

<sup>30</sup> CNN TÜRK, "İngiltere AB'den ayrıldı, 01.02.2020", (13.07.2020)

karar alma, “AB Komisyonu” yürütme, “Avrupa Parlamentosu” yasama ve yürütmenin denetim organıdır. “Avrupa Sayıştayı”, gelir ve harcamaların denetiminde, “Avrupa Adalet Divanı” birlik antlaşmalarının uygulanmasında görevlidir<sup>31</sup>.

Diğer yandan Bulgaristan gibi sosyalist rejimden kapitalizme geçen eski Doğu Bloğu ülkelerine “geçiş ülkeleri” denilmiştir. Geçiş ülkeleri ile ilgili yayınlar, Bulgaristan’ın kendine özgü ve barışçıl bir geçiş sürecinin olduğu konusunda fikir birliğine sahiptir. Ayrıca barışçıl geçişin niteliği konusunda düşünceler farklılaşmıştır. Bulgaristan’da barışçıl geçiş, bir başarı örneği mi, yoksa eski rejimden ayrılamayan bir örnek midir? Doğu Blokunun yıkılması sonrası Yeni Anayasayı kabul eden ilk post sosyalist devlet, Bulgaristan’dır. Rejim değişikliğinden sonra Bulgar Komünist Partisinin isim değiştirmesiyle kurulan Sosyalist Parti, kapitalist rejimin yapılanmasında önemli rol almıştır. Diğer aktör ise, Yuvarlak Masa Görüşmeleri katılımcıdır. Bulgaristan devleti, Sovyetler Birliğinde Gorbaçov’un başlattığı “prestroika ve glasnost (yeniden yapılandırma ve açıklık)” reform dalgasına, 1987’den itibaren bir değişim siyasetiyle katılmıştır. “1987 Temmuz Reformları ile T. Jivkov Dönemi”nde serbest piyasa ekonomisiyle uyumlu bir Anayasa’nın hazırlanması için siyasal ve idari değişiklikler yapılmıştır. Bazıları sayılırsa özgür basın, seçimlerde çok adaylı bir sistem, merkezi hükümetin yeniden yapılandırılması, bakanlık sayısının azaltılması, resmi evrak ve yazışmaların azaltılması ve yeni anayasa hazırlık komisyonu kurulmasıdır. Bu ülkede yuvarlak masa görüşmeleri sonrasında Komünist Parti, Bulgaristan Sosyalist Partisi adını almış, parti-devlet birlikteliği, herhangi bir kadro tasfiyesi gerekmeden çözümlenmiştir. Ayrıca işçi örgütlenmesi, grev hakkı, basın özgürlüğü, azınlık hakları konusunda değişikliklerdir<sup>32</sup>.

ETO tarafından yayımlanan rapora göre<sup>33</sup>, Bulgaristan’ın nüfusu yaşlanıp azalırken, AB’ye üyeliğiyle birlikte birçok nitelikli Bulgar vatandaşı, AB üyesi ülkelere göç etmiş ve Bulgaristan’da bazı alanlarda nitelikli işgücü eksikliği yaşanmıştır. Türkiye dâhil AB üyesi olmayan üçüncü ülkelerden Bulgaristan’a nitelikli personel transferi yapılmışsa da bu sırada kota 1/10 olarak uygulanmış ve kurallara bağlanmıştır. Kişinin istihdamı, ilgili işte çalışacak bir Bulgar personelin bulunamamasına bağlıdır.

Çakaş’a göre ise Sovyetler Birliği dağıldıktan sonraki dönemde Bulgaristan ve Romanya’nın Avrupa Birliği’ne uyumu ve “Avrupalılık” denilen değişim çabaları kolay olmamıştır. Politik sorunlar ve politik karar almada problemler yaşanmıştır. Ülkelerdeki politik partiler, AB’ne uyum konusunda aynı fikirde buluşmalarına karşın, siyasi ve politik atılımlar konusunda geride kalmıştır. Her iki ülke AB hukukunu benimsemiştir. Avrupalılaştırma konusundaki politikaları, liberal ve demokratik unsurları teşvik etmiştir. Ama Romanya ve Bulgaristan’ın sisteminde var olan “yolsuzluklar ve organize suç ağları” nedeniyle, politik olarak yerel yönetimleri ve kurumları etkileme çabası başarılı olmamıştır. AB’nin ön koşulu olan “Kopenhag Kriterleri”nde hukukun işleyişi, açıklık ve özerklik vardır. Yasama organlarında yolsuzluklar sona erecek, hesap verebilirlik ve

<sup>31</sup> Özgür Külcü, “Küreselleştirme Sürecince Avrupa Birliği’nde Belge Yönetimi Uygulamaları ve Türkiye”, Bilgi Dünyası, 2006, C 7, S 2, s.204

<sup>32</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, “Geçiş Sürecinde Bulgaristan’da Kamu Yönetimi”, s. 261-262

<sup>33</sup> ETO, “Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan’ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri”, s. 76

temsil ön plana çıkacaktır ama yolsuzluklar, Kopenhag Kriterlerinin uygulanmasını önlemiştir. Yolsuzluklar, Romanya için AB'ne girişte en önemli problem olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, adı geçen bu yasal ve yargısal reformlar, "demokrasi ve Avrupa yönetimi" açısından başarılı ve etkili sonuçlanmamıştır<sup>34</sup>.

AB'nin genişlemesi ile çeşitli ulusal ve uluslararası iletişim çalışmaları artmıştır. AB, yeni aday ülkelerle üye ülkeler arasında tanışma ve kaynaşmanın gerçekleşmesini istemiştir. Bulgaristan iletişim alanında başarılı çalışmalar yapmıştır. Bu konuda Bulgaristan'da Dışişleri Bakanlığı (BMFA), devletin iletişim faaliyetlerini düzenlemiştir. Ülkede 2002'de "AB'ne Giriş İçin İletişim Stratejisi" belgesi hazırlanmış ve büyük bir bütçe ile ülkenin imaj oluşturma projelerinin finansmanını bu belge sağlamıştır. Bu belge ülkenin iletişim stratejilerini anlatmaktadır. İletişim konulu projeler yapmak isteyen bazı özel sektör kuruluşlarının da tekliflerini kabul etmiştir<sup>35</sup>.

"Avrupa Yönetel Alanı resmen ve ilk 1998'de "SIGMA (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Yönetişim ve Yönetimi Geliştirmek İçin Destek Raporu)" ile kurulmuştur. Avrupa Yönetel Alanı, ulusal kamu yönetimlerinin Avrupalılaşması ve "Çok Düzlemli Yönetişim Sistemi" demektir. Kısacası AB üyesi devletler, Avrupa Yönetel Alanı'ndan yola çıkarak, kamu yönetimi sistemleri için ortak yapılarını belirlemişlerdir. AB'ne üye olmak isteyen ülkeler, katılım şartlarını tutturmak için, kamu yönetimi sistemlerini reforma etmeli ve AYA kriterlerine uymalıdır. Kopenhag Kriterleri, aday ülkelerin çok kültürlü toplumsal hayata geçişi için, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, azınlık haklarına saygı gibi politik şartları belirtirken, diğer yandan aday ülkelerin Birlik içinde ağır rekabet içinde kapasite geliştirmelerini öngörmüştür. Kopenhag Kriterleriyle beklenen reformlar, demokratikleşme, piyasalaşma, yargısal uyum, idari uyum olarak belirtilir 1999 Yılı Raporunda "SIGMA'nın Avrupa Yönetel Alanı (AYA) tanımı" detayları ile irdelenmiştir. AYA, söz konusu ülkenin mevzuatı ile AB'ne üye devletlerin yönetim uygulamaları arasında benzerliklerin artmasıdır. Bulgaristan bir de "1995'te Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı"nı imzalamıştır. 1996-2000'de yerelleşme ve yerel yönetimlerin mali özerkliği için çabalar artırılmıştır. Ayrıca bu ülkede yerelleşme amaçlı yasal düzenlemeler ile yerelleşme uygulamalarının artması ve AB fonlarından kaynak almış, belediye ve bölge yönetimlerinin kapasitesi artırılmıştır<sup>36</sup>. Ayrıca kamu kuruluşlarının idari kapasitesi, ticari kuruluşların rekabet gücü kadar önemlidir<sup>37</sup>.

Bulgaristan'ın makro ekonomik rakamları iyi olsa da yolsuzluk ve rüşvet çok yaygındı ve tam bir yönetel reform geçirmemiş yargı da yabancı yatırımcılar için bir riskti<sup>38</sup>. AB'nin, Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerini (ODAÜ) içine alarak genişlemesi,

<sup>34</sup> Caner Övsan Çakaş, "Avrupalılaşma Kavramı ve Balkan Ülkeleri: Sırbistan, Bulgaristan ve Romanya Örnekleri", Sosyal Bilimler Akademi Dergisi, Mayıs 2019, C 2, S 1, s. 36-37

<sup>35</sup> Nadia Kaneva, "Meet the "New" Europeans: EU Accession and the Branding of Bulgaria", Article in Advertising & Society Review, January 2007, p.5.

<sup>36</sup> Erol Esen -Veli Ercan Çetintürk- İva Mihova, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", s.3-5 ve 11

<sup>37</sup> Borislav Barissov, "Research of Administrative Capacity of The State Administration in Bulgaria", Knowledge, International Journal, 2018, V 23, S 4, p.1

<sup>38</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 17



Avrupa Yönetmelik Alanı ile ilgili fikir ayrılıklarını gündeme taşımıştır. Çünkü ODAÜ'nün yönetim açısından bazı eksiklikleri mevcuttu<sup>39</sup>.

Geçiş sürecinde işsizlik ve enflasyon sorunları ağırlaşmış ve Dimitrov Hükümeti ve takipçileri ekonomik sorunlar ve suç ve yolsuzluk sorunları görmüştür. 1990'larda artan ekonomik kriz, halkın sokağa dökülmesi ve sokak gösterilerinin artmasına ve siyasal istikrarın bozulmasına neden olmuştur. Ekonomik bunalım 1997'de derinleşmiş, Ocak 1997'de aylık enflasyon %2040'a ulaşmış, memur maaşı aylık 4 dolara gerilemiş, genel grev, gıda krizi yaşanmış, 1997'de tiyatro, orkestra ve müzeler kapatılmıştır. "Kostov Hükümeti", ekonomik dönüşümü IMF kredileri ile gerçekleştirirken, "Jivkov Dönemi"yle de geniş bir hesaplaşmayı yapmıştır. İşsizlik ve yolsuzluğa, enflasyon problemi de eklenmiştir<sup>40</sup>.

ETO raporuna göre<sup>41</sup>, Bulgaristan'da 1989 yılı sonrası planlı ekonomiden serbest piyasa ekonomisine geçişte yapısal reformlar yetersiz kalmış, ekonomik buhran içinde on yıl geçirilmiştir. Ülke yurt dışında pazar kaybetmiş, üretim ve hayat standardı düşmüş, ülkenin yerel parası değer kaybetmiştir. 1997'de ekonomik istikrar programı kararları alınmış, hükümetin para ve döviz politikaları üzerindeki yetkisi sınırlandırılmış ve bir para kurulu oluşturulmuştur. Merkez Bankası özerk bir yapıya kavuşturulmuş ve tarihinin en uzun ekonomik büyümesini yaşamıştır. Bulgaristan'da bu dönemlerde yolsuzluk ve rüşvet çok yaygındı ve yabancı yatırımcılar için bir riskti. Aşağıda ise Bulgaristan'da e-ticaret, telekomünikasyon teknolojileri ve elektronik devlete geçişi anlatılmaktadır.

#### **V. BULGARİSTAN'DA KAMUSAL REFORMLARDA İKİNCİ ADIM: TELEKOMÜNİKASYON TEKNOLOJİLERİ VE ELEKTRONİK DEVLET YÖNETİMİNE GEÇİŞ**

Bulgaristan'daki telekomünikasyon sektörü ile ilgili düzenlemeler olarak, "Elektronik Haberleşme Yasası, Radyo ve Televizyon Yasası, Posta Hizmetleri Yasası ve 112 Avrupa Ortak Numaralı Ulusal Acil Çağrı Sistemine Dair Yasa" belirtilebilir. Ülkenin telekomünikasyon konusunda devlet politikalarını "Bakanlar Kurulu, Ulusal Radyo-Frekans Spektrumu Komitesi ile Ulaştırma, Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Bakanlığı" belirlemektedir. Özerk bir devlet kuruluşu olan "Haberleşme Denetim Komisyonu", devletin telekomünikasyon politikasını yürütmekte ve denetlemektedir. Daha önce devletin tekelinde olan ve "2004'te özelleştirilen BTC şirketi, "Vivacom" adıyla bir sabit telefon piyasasına sahiptir. 2011'de Komisyonun açtığı ihale ile "4G şebekesini kullanma hakkını kazanan Max Telecom, 4G Com ve Bulsatcom" şirketlerinin lisans almasıyla, sayısını artırmıştır. Başlıca GSM operatörleri "M-Tel, Telenor ve Vivacom"dur. B"lizzo şirketleri kablolu TV", kablolu internet ve kablolu telefon hizmetleri vermektedir. 2014'te "Max Telecom", Sofya, Plovdiv, Varna, Burgas, Plevne, Ruse, Sliven, Stara Zagora ve Bansko'da 4G LTE internet hizmeti sunmaya başlamıştır. 2015'te "Digi Media Ltd"., digitürk hizmetlerini sağlamak için kurulmuştur. Şirket sermayesinin

<sup>39</sup> Erol Esen- Veli Ercan Çetintürk- İva Mihova, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", s. 3

<sup>40</sup> Sonay Bayramoğlu Özüğurlu-Turgay Gülpınar, "Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi", s.263-266

<sup>41</sup> ETO, "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", s. 13 ve 17

%70'i Türk sermayesidir. Digiturk'ün Bulgaristan müşterilerine "Digiturk EURO paketi" daha düşük fiyatlarla satılmakta ve abonelik ücretleri aylık ödenmektedir<sup>42</sup>.

AB içinde e-ticaret ve e-devlet çalışmalarının bir parçası olan "İdareciler Arasında Veri Değişimi Girişimi", AB içinde elektronik belge yönetiminde önemli çalışmalar yürütmüştür. IDA, 1996'da "DLM Forumu"nu desteklemiştir. DLM Forumu, Avrupa Komisyonu içinde belge yönetimi konusunda çalışmalar yapmıştır<sup>43</sup>. Hürriyet Gazetesi'nde<sup>44</sup>, Bulgaristan'ın, Ağustos 2001'de "Globalsign ve Utimaco konsorsiyumu"nda e-devlet ve e-ticaret işlemlerinde kullanmak üzere bir güvenlik altyapısı oluşturacağı belirtilmiştir. Proje ile önce 65.000 adet sertifika yayınlanacağı ve şirketlerin internet üzerinden güvenli bir şekilde vergi beyannamesi vermeleri, gümrük ve devlet ile olan diğer işlemlerini e-devlet üzerinden gerçekleştirmelerinin sağlanacağı ifade edilmiştir. Projenin daha sonraki dönemi için Bulgaristan'ın 8 milyonluk nüfusuna kişisel kimlik kartlarının dağıtılması hedeflenmiştir. Mayıs 2000'de parlamentosundan geçirdiği dijital imza yasası, Bulgaristan'ı dijital sertifika yasasına sahip bir Avrupa ülkesi yapmıştır. Bu projenin yeni hükümet ve Bulgaristan'ın yönetim yapısını daha verimli kılacağı ve ülkenin AB ve NATO üyeliğini hızlandıracağı belirtilmiştir.

AB'nin etkinlik alanının genişlemesiyle, AB düzenlemeleri oluşturulmuştur. Bu kapsamda belge ve arşiv çalışmalarıyla ilgili olan "Elektronik Kontratlar da e-Ticaret Yönetmeliği", "Dijital İmza Yönetmeliği", "Elektronik Veri Değişim Yönetmeliği", "Bilginin Serbestliği Yasası", "Kişisel Bilgilerin Korunması ve Değerlendirilmesi Üzerine Veri Koruma Yasası" hazırlanmış ve uygulanmıştır. AB'nde e-ticaret ve e-devlet çalışmalarında çok önemli olan "İdareciler Arasında Veri Değişimi Girişimi-IDA", AB içinde elektronik belge yönetimi alanında önemlidir. IDA, 1996'da "DLM Forumu (Doküman Yaşam Döngüsü Yönetimi Forumu)" destek olmuştur. "DLM Forumu", Avrupa Komisyonu içinde belge yönetimi konusunda bağımsız çalışmalara destek olmuştur<sup>45</sup>.

Avrupa'da doğu ve batı arasında bölünmüş hikayeler vardır. Soğuk savaşın bitmesi bazı açmazları alt üst etmiştir. Doğru ve batı arasında ideolojik zıtlıklar da vardır. Doğru-batı ikilemi kapitalizmin ideolojik karşıtlığından önce de vardır. Doğru Avrupa ulusları Osmanlı, Rusya, Avusturya-Macaristan İmparatorluklarının gerilemesinden sonra bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Avrupa'da muhalefet Batı'yı etkin ve ilginç merkez olarak görürken, doğuyu bağımlı ve istenmeyen taraf olarak nitelendirmiştir. Avrupa haritasının etrafında bulunan ülkelerdeki gibi Bulgaristan'da da komünist partisinin ideolojisinde temel ilke, Bulgaristan'ın gelişmiş ülkeleri yakalaması idi<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> T.C. Sofya Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği, "Bulgaristan'ın Genel Ekonomik Durumu ve Türkiye ile Ekonomik İlişkileri", Haziran 2016, s.56-57.

<sup>43</sup> Özgür Külcü, "Küreselleşme Sürecince Avrupa Birliği'nde Belge Yönetimi Uygulamaları ve Türkiye", s. 210

<sup>44</sup> Hürriyet Gazetesi, "Bulgaristan, E-devlete Geçiyor, 13.08.2001", (03.07.2020)

<sup>45</sup> Özgür Külcü, "Küreselleşme Sürecince Avrupa Birliği'nde Belge Yönetimi Uygulamaları ve Türkiye", s.210

<sup>46</sup> Nadia Kaneva, "Meet the "New" Europeans: EU Accession and the Branding of Bulgaria", s.12

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

İkinci Dünya Savaşı sonrası dünyada ekonomik, ticari, sağlık, askeri, kültürel amaçlarla birçok uluslararası kuruluş oluşturulmuştur. Bu amaçla çok sayıda uluslararası toplantı ve konferans yapılmıştır. Çeşitli konuları kapsayan ortak çalışmalar da hızla başlatılmıştır. Bu konuda 1951’de kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Birliği, AB’nin hukuki yapısının oluşumunda önemlidir. II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa ülkelerinde sanayileşmenin oldukça artması ve bu amaçla kömür ve çelik gibi alanlarda üretimin artırılması istenmiştir. 1957’de Roma Antlaşması ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu kurulmuştur. Yine 1957’de AET adıyla bir gümrük birliği oluşturulmuş ve ekonomik bir topluluk, parasal birlik, tarım, hayvancılık, ulaştırma, dış politika gibi alanları kapsayan daha geniş ve çok amaçlı bir AB’ne geçiş hedeflenmiştir. Adım adım yıllar içinde siyasi birliği getiren bir Avrupa Topluluğu’na ulaşılmıştır. Bu anlamda 1990’larda üye devletlerce Maastricht, Amsterdam Sözleşmeleri ve 2000’lerde ise Nice Sözleşmesi imzalanmıştır.

Avrupa Topluluğu’na günümüzde 27 devlet, tam üyedir. Aday üye statüsünde de Kosova, Arnavutluk, Türkiye, Sırbistan, Kuzey Makedonya gibi devletler vardır. Bulgaristan, bu çalışmada ayrıntılarına yer verildiği üzere, 1990’lardan 2007 yılına kadar AB’ne giriş için yoğun çabalar harcamış ve reformlar gerçekleştirmiştir. 2007’de AB’ne giren Bulgaristan, bu çalışmada belirtildiği üzere yeni kamu yönetimi ve insan kaynakları yönetimine geçiş amaçlı kamu yönetiminde yapısal ve işlevsel reorganizasyon geçirmiştir. Ülkede tasarruf, verimlilik ve performansı esas alan, açıklığı uygulayan bir devlet işleyişine geçirilmesi için önemli çalışmalarda bulunmuştur. Telekomünikasyon teknolojileri, elektronik devlete geçiş, yönetim ve AB topluluk politikalarına uyum ve gelişmeleri hızlı bir şekilde takip etmek gibi ataklarını da sürdürmüştür.

Bulgaristan nüfusunun büyük kısmını Bulgar halkı (Slavlar) oluşturmaktadır. Din olarak da Hristiyanlık öne çıkmaktadır. Ülkenin nüfusu fazla değildir, ekonomik ve ticari kapasitesinin ise, üye olan bazı devletler gibi ortalama düzeyde olduğu görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti gibi Bulgaristan Cumhuriyeti de kamu yönetiminde reform çabaları ile yönetim, özelleştirme, İKY, sosyal güvenlik, performans denetimi, ombudsmanlık gibi alanlarda önemli adımlar atmıştır. İşgücünde Bulgaristan’ın önce kendi nüfusuna, sonra AB üyesi devletlerin istihdam kaynaklarına yöneldiği görülmektedir. Bulgaristan’ın AB üyesi olsa da literatürde bir tarım reformu ihtiyacı olduğu, ticaret için önemli transit yollar üzerinde bulunduğu görülmektedir. Ormancılık ve madencilik sektöründe gereken/istenilen durumda olmadığı ve bu alanlarda modernleşme çabalarının gerektiği belirtilmektedir. Bulgaristan’ın genç ve dinamik bir nüfusa sahip olması önemlidir. Fakat istihdam edilebilir nüfusu içindeki genç kesimin yurtdışına (özellikle AB ülkelerine) iş bulma amaçlı çıkışı konusunda yeni politikalar hayata geçirilebilir. Ülkedeki tarım ve hayvancılık potansiyelindeki verimliliği artırıcı teşvik ve destekler devlet eliyle sunulabilir. Kıyı kentleri turizm açısından önemlidir ve turizm için bu kentler daha da cazip duruma getirilebilir. Transit taşımacılık konusunda yeni yatırımlara girilebilir ve eski yollarda tadilat ve onarımlar gerçekleştirilebilir.

Türkiye ve Bulgaristan arasında turizm etkinlikleri karşılıklı olarak bir üst noktaya çıkarılabilir. Balkanlarda kara sınırı komşumuz olan bu devletle ülkemiz

arasında, kültürel, ekonomik, tarihi, turizm, eğitim gibi alanlarda birlikte daha ileri ve üst seviyede çalışmalar gerçekleştirilebilir. Bu noktada Türkiye'nin “yumuşak kamu diplomasisi”nde uzun süredir çok önemli olan TİKA, Türk Kızılay, Yunus Emre Enstitüsü, üniversiteler, THY, TRT World, TRT Avrasya, UMKE, AFAD, SETA gibi kuruluşlarının, Balkanlar ve özelde Bulgaristan'da çalışmalarını artırmaları iki ülke toplumlarının birbirine daha yakınlaşmasına da vesile olabilir.

**KAYNAKÇA**

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, "AB Haritası, AB'ne Üye ve Aday Ülkeler". <https://www.avrupa.info.tr/tr/etkilesimli-avrupa-haritasi-9>, (27.08.2020)

Bayramoğlu Özüğurlu, Sonay ve Gülpınar, Turgay, "Geçiş Sürecinde Bulgaristan'da Kamu Yönetimi". Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2020, Cilt 75, Sayı 1, ss.259-278. DOI: 10.33630/ausbf.672191, (03.07.2020)

Borissov, Borislav, "Research of Administrative Capacity Of The State Administrationlin Bulgaria", Knowledge, International Journal, Budva, Montenegro, 2018, Vol. 23, 4, pp.1, <https://ikm.mk/ojs/index.php/KIJ/article/view/1619/1528>, (03.08.2020)

CNN Türk, "Haberler / Dünya Haberleri, İngiltere Avrupa Birliği'nden Ayrıldı, 01.02.2020". <https://www.cnnturk.com/dunya/ingiltere-abden-ayrildi>, (13.07.2020)

Çakaş, Caner Övsan, "Avrupalılaşıma Kavramı ve Balkan Ülkeleri: Sırbistan, Bulgaristan ve Romanya Örnekleri", Sosyal Bilimler Akademi Dergisi, Mayıs 2019, Cilt: 2, Sayı:1, ss.35-36, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/697557>, (17.05.2021)

Esen, Erol ve Çetintürk, Veli Ercan ve Mihova, Iva, "Avrupa Bütünleşmesi Sürecinde Bulgaristan'da Yerelleşme", Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017, C 1, S 4, ss.1-7. [http://www.yyusbedergisi.com/dergiayrinti/avrupa-butunlesmesi-surecinde-bulgaristanda-yerellesme\\_414](http://www.yyusbedergisi.com/dergiayrinti/avrupa-butunlesmesi-surecinde-bulgaristanda-yerellesme_414), <http://www.yyusbedergisi.com/dergi/avrupa-butunlesmesi-surecinde-bulgaristanda-yerellesme20180102050229.pdf>, (20.07.2020)

Dergipark, "Bulgaristan", Makaleler, 2021. <https://dergipark.org.tr/tr/search?q=bulgaristan&section=articles>, (04.07.2020)

Eskişehir Ticaret Odası (ETO), "Bulgaristan Ülke Bülteni, Bulgaristan'ın Ekonomik Yapısı ve Türkiye ile Ticari İlişkileri", Ekonomi Bakanlığı Sofya Ticaret Müşavirliği Yıllık Raporu, Eskişehir: ETO Yayını, 2014. <http://www.etonet.org.tr/uploads/bulgaristan.pdf>, (03.07.2020)

Eskişehir Ticaret Odası (ETO), "Bulgaristan Ülke Bülteni", 2021. <http://www.etonet.org.tr/uploads/ULkeRaporlari/bulgaristan.pdf>, (14.06.2021)

Google Akademik, <https://scholar.google.com/>, (03.07.2020)

Hürriyet Gazetesi, "Bulgaristan, E-devlete Geçiyor, 13.08.2001". [http://bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/genel-haberler/bulgaristan-e-devlete-geciyor\\_ID374567/](http://bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/genel-haberler/bulgaristan-e-devlete-geciyor_ID374567/), (03.07.2020)

Kaneva, Nadia, "Meet the "New" Europeans: EU Accession and the Branding of Bulgaria", Article in Advertising & Society Review, January 2007, pp.5 ve 12. DOI: 10.1353/asr.2007.0051, [https://www.researchgate.net/publication/236722667\\_Meet\\_the\\_New\\_Europeans\\_EU\\_Accession\\_and\\_the\\_Branding\\_of\\_Bulgaria](https://www.researchgate.net/publication/236722667_Meet_the_New_Europeans_EU_Accession_and_the_Branding_of_Bulgaria), (18.05.2021)

Kuyucuklu, Nazif, "Bulgaristan", Türk Diyanet Vakfı (TDV) İslam Ansiklopedisi, Yıl yok. <https://islamansiklopedisi.org.tr/bulgaristan>. islamansiklopedisi.org.tr, (12.07.2020)

Külcü, Özgür, “Küreselleşme Sürecince Avrupa Birliği'nde Belge Yönetimi Uygulamaları ve Türkiye”, Bilgi Dünyası, 2006, Cilt 7, Sayı 2, ss.202-229. <https://arastirmax.com/en/system/files/dergiler/231/makaleler/7/2/arastirmax-kuresellesme-surecince-avrupa-birliginde-belge-yonetimi-uygulamalari-turkiye.pdf>, (04.07.2020)

Milinov, Valantin and Radeova, Rositsa, “Human Resources In Regional Administration-Financial, Managemet and Organizational Aspects”, Economic Archive, 2017, Year LXX, Book 4. Number: 4, pp.29-41, [https://www.researchgate.net/publication/336587790\\_HUMAN\\_RESOURCES\\_IN\\_REGIONAL\\_ADMINISTRATION\\_-\\_FINANCIAL\\_MANAGEMENT\\_AND\\_ORGANIZATIONAL\\_ASPECTS](https://www.researchgate.net/publication/336587790_HUMAN_RESOURCES_IN_REGIONAL_ADMINISTRATION_-_FINANCIAL_MANAGEMENT_AND_ORGANIZATIONAL_ASPECTS), (08.07.2020)

Özcan, Tuğrul, “Kurumsallaşma Sürecinde Bulgar Milli Meclisi (1879-1885)”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2014, Cilt: 1, Sayı: 25, ss.99-109, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/183225>, (03.07.2020)

Petrova, Mariana and Tepevicharova, Milena and Dikova, Lyudmila, “Mining Symposium Possibilities For Personnel Development In The Mining And Quarrying Sector In Bulgaria”, IIIrd International Innovatives, E3S Web of Conferences, 2018, 41, 04017. DOI: <https://doi.org/10.1051/e3sconf/20184104017>, (03.07.2020)

Pommer, Evert and Van Houwelingen, Pepijn, “Public administration in Europe”, Zarządzanie Publiczne, 2016, 2, 36, pp.37-48. [https://www.researchgate.net/publication/304617011\\_Public\\_administration\\_in\\_Europe](https://www.researchgate.net/publication/304617011_Public_administration_in_Europe), (11.07.2020)

T.C. Bulgaristan Konsolosluğu, “14 Ocak: Bulgaristan Hakkında Genel Bilgiler”, 2016. <http://bulgaristankonsoloslugu.eu/bulgaristan-hakkinda-bilgiler.html>, (03.07.2020)

T.C. Sofya Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği, “Bulgaristan'ın Genel Ekonomik Durumu ve Türkiye ile Ekonomik İlişkileri”, Haziran 2016. <https://www.tavsanlitso.org.tr/wp-content/TTSO%20LEBLEB%C4%B0%20RAPORU/Bulgaristan%20Raporu.pdf>, (13.07.2020)

Vatchkova, Elizabeth. “Personalmanagement Im Transformationsprozess”, In the: The Speed of Changes – Bulgarian Way to the Integrated European, V. Chemnitz East Forum: “Human Resource Management in Transition”, Chemnitz University of Technology, 21-23.03.2001, Rainer Hampp Verlag Munchen; Mering: Hampp., 2001, pp.3-4. [https://www.researchgate.net/publication/337010089\\_THE\\_SPEED\\_OF\\_CHANGES\\_-\\_BULGARIAN\\_WAY\\_TO\\_THE\\_INTEGRATED\\_EUROPEAN\\_HRM](https://www.researchgate.net/publication/337010089_THE_SPEED_OF_CHANGES_-_BULGARIAN_WAY_TO_THE_INTEGRATED_EUROPEAN_HRM), (03.07.2020)

Yılmaz Börklü, Meşkure, “Tarihi Seyri İçinde Bulgaristan Türklerinin Durumu ve Türkiye'nin Bölge Türklerine Yönelik Politikaları”, Ahmet Yesevi Üniversitesi, Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Bilig-10/Yaz '99, 1999, ss.61-69. <http://bilig.yesevi.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/3472-published.pdf>, <http://bilig.yesevi.edu.tr/sayi-10-yaz-1999.html>, (03.07.2020)

**TÜRK VERGİ HUKUKUNDA TERKİN MÜESSESESİ\*\*\*****Arş. Gör. Osman Kağan ERGÜR\*\*\*****ÖZ**

Vergi hukukunda kamu giderlerinin karşılanması amacıyla vergi gelirlerinin tahsil edilmesi önemli bir yer tutmaktadır. Vergi gelirlerinin tahsil edilmesine dair vergi mükellefi ile devlet arasındaki vergisel ilişki, vergi borcunun ödenmesi ile doğal yoldan sona ermektedir. Ancak vergi borcu veya buna bağlı cezaların tek başına sona ermesini sağlayan tek neden olmamaktadır. Ödemenin yanında zamanaşımı, af gibi nedenlerin de vergi borcu ve cezalarını sona erdirmeye özelliği bulunmaktadır. Vergi Usul Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da hüküm altına alınan terkin, doğal afet veya tahsilin imkânsızlığı ile tahakkuktan vazgeçme nedeniyle vergi borçlarının silinmesine olanak tanıyan bir müessese olarak Türk vergi hukukunda yer almaktadır. İşte bu çalışmada öncelikle terkin kavramının hukuki niteliği ifade edilmekte daha sonra vergi borç ve cezalarını sona erdiren nedenler ve bu nedenlerin terkin müessesesi ile karşılaştırılması ele alınmakta terkinin oluşturan durumlara değinildikten sonra sonuç kısmında müesseseye ilişkin genel değerlendirmelerde bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Terkin, Mücbir Sebep, Vergi Dairesi, Vergi Borcu, Vergi Usul Kanunu.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30/01/2021

Kabul Edildiği Tarih: 04/05/2021

\*\* Bu çalışma 10-12 Nisan 2020 tarihleri arasında Malatya'da düzenlenen 2. Uluslararası Beydağı Sosyal ve Beşeri Bilimler Kongresi'nde sözlü olarak sunulmuştur.

\*\*\* Fırat Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı  
E-Mail: okergur@firat.edu.tr  
ORCID: 0000-0002-4103-1706

## ABATEMENT REGULATION WITHIN TURKISH TAX LAW

### ABSTRACT

In tax law, collecting tax revenues has an important place in order to meet public expenses. The tax relationship between the taxpayer and the state regarding the collection of tax revenues naturally ends with the payment of the tax debt. However, there is not the only reason for the expiry of tax debt or related penalties. In addition to the payment, reasons such as statute of limitations and amnesties also have the feature of ending tax debts and penalties. It is included in the Turkish tax law as an institution that allows the cancellation of tax debts due to abandonment, natural disaster or the impossibility of collection, which is governed by the Tax Procedure Law and the Law on the Procedure of Collection of Public Receivables. In this study, first of all, the legal nature of the concept of abatement is expressed, then the reasons that terminate tax debts and penalties and the comparison of these reasons with the abatement regulation are discussed, and after the situations that abatement regulation are mentioned, the general evaluations about the institution are made in the conclusion part.

**Keywords:** Abatement, Force Majeure, Tax Office, Tax Debt, Tax Procedure Law.



## GİRİŞ

Malî hukukun içinde önemli bir yer tutan vergi hukuku, vergi borcunun başlangıcı ile birlikte devlet ile gerçek ve tüzel kişilerin vergisel ilişkilerini düzenleyen, bu hususta hak ve ödevlerin sınırlarını belirleyen düzenlemeler bütünü olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın oluşması ile birlikte mükellef ile vergi dairesi arasında vergilendirme süreci başlamaktadır. Vergi borcunun hesaplanması olarak adlandırılan tarh işlemi ile başlayan süreç, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından sonra nihayetinde tahsil aşamasında mükellefin vergi borcunu ödemesi ile sonuçlanmaktadır. Ancak vergi borcunun sona ermesinde başka müesseseler de söz konusu olabilmektedir.

Terkin, özelliği itibariyle diğer nedenlerden kendini ayıran bir müessese olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim doğal afetlerin meydana gelmesi nedeniyle zarar gören mükelleflerin vergi borçlarının silinmesi veya kamu alacaklarının tahakkuku veya tahsiline ilişkin giderlerin getirilerinden fazla olduğunun anlaşılması halinde terkin müessesesi işletilmeye başlanacaktır. Her ne kadar terkinle ilgili öğretide yargı kararlarına göre ve vergi hatalarının düzeltilmesi bakımından ayrımlara yer verilmiş olsa da bizim de benimsediğimiz görüş çerçevesinde terkin müessesesi doğal afetler itibariyle gerçek anlamına erişir. Yargı kararlarına bağlı terkinle vergi hatalarının düzeltilmesine dayanan terkin vergi ve/veya cezayı ortadan kaldıran sebeplerin mükellef bakımından sonucudur. Yargı kararları ve vergi hatalarına dayanan terkin cezaların kısmen veya tamamen kaldırılmasında sebep değil sonuç olmaktadır. Bu hususların silmeye sebep teşkil etmesi bakımından terkin müessesesi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır<sup>2</sup>.

İşte terkin müessesesi kapsadığı koşullar ile zaman kaybettiren alacakların silinmesini sağlayarak ekonomik fayda sağlamaktadır. Nitekim alacağın tahakkuku veya tahsili için yapılacak harcamaların alacaktan fazla olması halinde kamu geliri elde etmenin bir faydası doğal olarak bulunmamaktadır. Ayrıca doğal afetler nedeniyle zarara uğrayan vatandaşlarını sosyal devleti ilkesi uyarınca koruyarak yanında olmaktadır<sup>3</sup>. Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan bu ilke uyarınca toplumdaki tüm grup ve kesimlerin ekonomik yaşam olanakları garanti altına alınmıştır<sup>4</sup>. Bu kapsamda istem dışı olan ve engellenemeyen hallerin varlığı durumunda devlet gerek Anayasa hükümleri çerçevesinde mükellef olan vatandaşının şartlarını gözetmek suretiyle sahip çıkarak sosyal devlet niteliğini ortaya koymakta, gerek gelir kaynağı olan vatandaşını koruyarak kamu gelirlerinin azalmasına önlem almaktadır.

<sup>1</sup> Doğan Şenyüz- Mehmet Yüce- Adnan Gerçek, Vergi Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 3.

<sup>2</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 249; Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 270; aksi görüş için bkz. Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, 29. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 121; Selim Kaneti vd., Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 217.

<sup>3</sup> Özgür Biyan, "Vergi Hukukunda Terkin Müessesesinin Esasları", Mali Çözüm Dergisi, 2007, S. 79, s. 76.

<sup>4</sup> Zafer Gören, "Sosyal Hukuk Devletinde Özgürlük ve Yükümlülük", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2014, Y. 13, S. 26, s. 27.

## I. TERKİN KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arapça kökenli olup yazılmış bir şeyi silerek çizme anlamına gelen terkin, vergi hukukunda belli koşullar altında vergi borcunun silinerek ortadan kaldırılması olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Terkin bazı şartların oluşması ile birlikte vergi alacağını tüm hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran bir idari işlemdir<sup>6</sup>. Terkin ile birlikte tahakkuk eden vergi veya ceza miktarı kamu idaresinin alacak kayıtlarından düşülüp silinmektedir<sup>7</sup>. Ayrıca vergi idaresinin vergi aslı veya cezasının mükelleften ve/veya ceza muhatabından tahsilinden vazgeçmesi nedeniyle bu hususlara dair kayıtların silinerek vergi aslı veya cezasının ya da her ikisinin tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılması söz konusu olmaktadır. Terkin bu yönü ile birlikte affa benzemekte, ancak terkin tahakkuk etmiş olan vergi cezalarına yönelik uygulandığı için genel afftan çok özel affın özelliklerini taşımaktadır<sup>8</sup>.

Terkin kavramı, özel hukuktaki ibra, alacaktan feragat, alacaklının borçlusuna karşı alacak hakkını kullanmayacağını taahhüt etmesi, konkordato gibi müesseseler ile ilişkilendirilmektedir<sup>9</sup>. Ancak özel hukuk bakımından ibranın sözleşme niteliğinde iki taraflı bir işlem olması, alacak hakkının kullanılmaması bakımından borcun ifasını istememekle birlikte borcun devam etmesi ancak terkin müessesesinde borcun tamamen sona ermesi veya borcun bulunmadığının kabulünde borcun varlığı ihtilaf konusu iken terkinde tereddütsüz bir kamu alacağının olması nedeniyle bu kavramları doğrudan terkin müessesesi ile ilişkilendirmek mümkün değildir<sup>10</sup>.

Terkin müessesesi ile yangın, yer sarsıntısı, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşerat istilası ile bu afetlere benzer afetler nedeniyle zarara uğrayan vergi mükellefi ve sorumlularının vergi borçları Cumhurbaşkanı kararıyla kısmen veya tamamen terkin edilmektedir<sup>11</sup>. Bu bakımdan terkin yetkisine sahip olan kurumların tahakkuktan veya tahsil imkansızlığı nedeniyle alacaklarından vazgeçerek terkin etmesinin yanında yaşanan doğal afetler nedeniyle malvarlıklarının bir kısmını kaybeden vergi mükellefi vatandaşlarını korumak amacıyla uğranılmış olan zararlar orantılı olmak suretiyle terkin müessesesi işletilecektir. Nitekim ülkemizde meydana gelen sel ve depremler ile Dünya'yı ve ülkemizi etkisi altına alan COVID-19 salgını terkin sebeplerine örnek teşkil etmektedir.

## II. VERGİ BORCU VE CEZALARINI ORTADAN KALDIRAN NEDENLER

Devlet, kamu giderlerini karşılamak üzere mükelleflerden vergi alacağı tahsil etmektedir. Ancak bazı hallerde devletin vergi alacağının veya başka bir deyişle vergi mükellefinin vergi borcunun sona ermesinde doğal olmayan bazı nedenlerin varlığı

<sup>5</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku,, s. 249.

<sup>6</sup> Mualla Öncel- Ahmet Kumrulu- Nami Çağan, Vergi Hukuku, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 153.

<sup>7</sup> Biyan, "Vergi Hukukunda Terkin", s. 77.

<sup>8</sup> Yusuf Karakoç, Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 336-337.

<sup>9</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 153.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Öncel- Kumrulu- Çağan, s. 153; Biyan, "Vergi Hukukunda Terkin", s. 77.

<sup>11</sup> Taşkan, Vergi Hukuku, s. 271.

durumunda da vergi borcunun sona ermesi söz konusu olmaktadır<sup>12</sup>. Terkin müessesesinin de içinde bulunduğu vergi borcunu sona erdiren nedenlerin çoğu vergi cezalarını da sona erdiren nedenler arasında bulunmaktadır. Bu bölümde vergi borcu ve cezalarını ortadan kaldıran nedenlerin fazlalığı ve çalışmanın bütünlüğünün bozulmaması bakımından belli başlı nedenler genel bir çerçevede ele alınacaktır.

Ödeme, vergi borcu ve cezasının sona ermesi ile ilgili en doğal nedendir<sup>13</sup>. Ödeme, mükellef tarafından vergi borcu ve cezasının kanunlara uygun bir şekilde yerine getirilmesi olarak tanımlanmıştır<sup>14</sup>. Vergi Usul Kanunu'nun 23'üncü maddesinde verginin tahsil edilmesi, vergi borcunun kanuna uygun bir şekilde ödenmesine bağlanmıştır. Vergi borcunun ödenmesinde ödeme yeri, ödeme şekli ve ödeme zamanı önemli bir yer tutmaktadır<sup>15</sup>. Zira bu şekil şartlarına uyulmaması durumunda vergi alacağının elde edilmesinde zorluk çıkmakta veya mümkün olmamaktadır. Verginin ödeme yeri, Vergi Usul Kanunu'nun 110'uncu maddesinde belirtilmiştir. Bu çerçevede kural olarak verginin ödeneceği yer, mükellefin bağlı olduğu vergi dairesidir. Mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi ise aynı Kanunun 4'üncü maddesine istinaden mükellefi tespit ederek vergiyi tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil eden dairedir. Ödeme şekli kural olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 40'inci ve 41'inci madde hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 40/1'inci maddesine göre ödeme temel olarak tahsil dairesinin yetkili ve mesul memuru tarafından verilecek makbuz karşılığı gerçekleşmektedir. Verginin ödenmesi ile ilgili ödeme zamanı ise Vergi Usul Kanunu'nun 111'inci maddesinde gösterilmiştir. Kanuna göre vergi, her bir vergi için kendi kanununda belirtilen süre içinde ödenir ve ödeme zamanı bir gün veya bir süre olarak ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Ancak normal ödeme sürelerinin yanında kanunlarda bazı hallerin varlığı halinde özel ödeme zamanlarının da olabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümler hem Vergi Usul Kanunu'nda hem de çeşitli vergi Kanunlarında yer almaktadır<sup>17</sup>.

Vergi borçlarında olduğu gibi vergi cezalarının da ödenmesi durumunda doğal olarak vergi cezaları ortadan kalkacaktır. Vergi cezası, vergi mahkemesi kararına istinaden idare tarafından ceza ihbarnamesinin tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde ödenir, ancak istinaf veya temyiz yoluna gidilmesi durumunda ve yürütmeyi durdurma kararı alınması halinde ödeme sürelerinde değişiklik olmaktadır<sup>18</sup>.

Zamanaşımı, vergi alacaklısı olan devleti vergi alacağını takip etme ve harekete geçirme noktasında itici bir güç olan, sürenin geçmesi ile birlikte vergi alacağını ortadan kaldıran sebeplerden birisidir<sup>19</sup>. Vergi hukuku bağlamında birçok nedenden dolayı<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Gökçe Kafkas Durmuş, "Türk Vergi Hukuku'nda Vergi Borcu ile Cezalarını Ortadan Kaldıran veya Hafifleten Nedenler: Vergi Affı Uygulaması", Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Manisa 2013, s. 24.

<sup>13</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 128.

<sup>14</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 193.

<sup>15</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 193; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 205.

<sup>16</sup> Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 206.

<sup>17</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 128.

<sup>18</sup> Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 216-217.

<sup>19</sup> Adil Nas, "Vergi Hukukunda Tarh Zamanaşımı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 60, S. 2, s. 310; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 210.

uygulanması zorunlu olan zamanaşımı kavramının temel amacı kamu yararıdır<sup>21</sup>. Zamanaşımı ile belirli bir sürenin geçmesiyle idarenin vergiyi tebliğ etmesi veya tahsil etme yetkisi ortadan kalkmaktadır<sup>22</sup>. Vergi hukukunda zamanaşımı tarh ve tahsil zamanaşımı olmak üzere iki başlıkta açıklanmaktadır. Tarh zamanaşımı, Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinde yer alan bir kavramdır<sup>23</sup>. Bu çerçevede *vergi alacağıın doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin* tarh zamanaşımına uğraması söz konusu olmaktadır. Tahsil zamanaşımı ise tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarının tamamlanması neticesinde vergi miktarının kesinleşmesi sonrası ortaya çıkan bir kavramdır<sup>24</sup>. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 102'nci maddesi hükmünce kamu alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrayacaktır.

Takas, özel hukukta olduğu gibi vergi hukukunda da borçluluğu sona erdiren bir müessese olup, aynı cinsten karşılıklı ve muaccel iki borcu, daha küçük olan nispetinde sona erdiren bir işlemdir<sup>25</sup>. Takasta mutlaka karşılıklı iki alacağın bulunması gerekmektedir<sup>26</sup> ve her iki alacağın da geçerli ve dava edilebilir nitelikte olması lazımdır<sup>27</sup>. Mahsup kavramı ise, mükellefin ortaya çıkan borcunun bir kısmının önceden ödenmesi halinde ödenen kısmın borcun tamamından düşülerek denkleştirilmesi anlamına gelmektedir<sup>28</sup>. Takastan farklı olarak tek taraflı bir borç ilişkisi söz konusu olmakta ve yeni bir hukuki durum meydana getirmemektedir. Ayrıca mahsup, verginin tarh aşaması ile ilgili iken, takas ödeme aşamasına ilişkin bir işlemdir<sup>29</sup>. İlaveten takasta kamu alacağını koruyan bir amaç benimsenmişken mahsupta bu hususa ilişkin bir amaç söz konusu değildir<sup>30</sup>.

Vergi affı, devletin çıkarmış olduğu kanunla vergi ve/veya cezalardan tek taraflı vazgeçmesi anlamına gelmektedir<sup>31</sup>. Vergi affı ile birlikte vergi cezaları kısmen veya tamamen sona ermekte, bazı hallerde vergi cezaları affedilirken vergi aslının ödenmesi şartı aranmaktadır<sup>32</sup>. Af yetkisini parlamento ve Cumhurbaşkanı Anayasa'dan aldığı

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yiğit Kovancı, "Vergi Hukukunda Zamanaşımı", Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 5-8.

<sup>21</sup> Nas, "Tarh Zamanaşımı", s. 311.

<sup>22</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 201.

<sup>23</sup> Öğretide tarh zamanaşımını tahakkuk zamanaşımı olarak da isimlendiren kaynaklar bulunmaktadır. Bkz. Bilici, Vergi Hukuku, s. 113-114.

<sup>24</sup> Bilici, Vergi Hukuku, s. 114.

<sup>25</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 150.

<sup>26</sup> Bünyamin Çitil, "Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi", Sayıştay Dergisi, 2018, S. 109, s. 188.

<sup>27</sup> Mualla Öncel, "Türk Vergi Hukukunda Takas", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, C. 35, S. 1-4, s. 9.

<sup>28</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 195.

<sup>29</sup> Öncel, "Takas", s. 9.

<sup>30</sup> Binnur Çelik, "Takas- Mahsup Farklılığı ve Takasın Kamu Alacaklarını Koruyan Bir Müessese Olmasının Nedenleri", Mevzuat Dergisi, 2000, Y.3, S. 27, <http://www.mevzuatdergisi.com/2000/03a/01.htm> (01.04.2020).

<sup>31</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 198.

<sup>32</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 223; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 439; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 339.

yetki ile kullanmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 87'inci maddesinde TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânı ile parlamentonun; Anayasa'nın 104'üncü maddesi hükmü ile de sürekli hastalık, sakatlık ve kocama durumlarında Cumhurbaşkanının kişisel af yetkisi bulunmaktadır. Parlamento affı aynı durumda bulunan tüm kişiler için geçerli olmakta iken Cumhurbaşkanının affı kişisel karakterli kararlarla uygulanmaktadır<sup>33</sup>.

Vergi hukukunda hata ve hataların düzeltilmesi vergilendirme işlemi sırasında mükelleften veya idarî işlemde kaynaklanan hatanın sonuçlarının kısmen veya tamamen düzeltilerek ortadan kaldırılmasıdır<sup>34</sup>. Vergi hukukunda hata vergi aslında olduğu gibi vergi cezalarında da mümkün olan bir durumdur. Vergi cezalarında oluşan hatalar da Vergi Usul Kanunu'nun 375'inci maddesi hükmüne bu Kanunda yer alan vergi hatalarının düzeltilmesine yönelik usul ve şartlara göre düzeltilir. Vergi Usul Kanunu'nun 116 ile 126'ncü maddeleri arasında hatalar ve hataların düzeltilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıntılı hususlara değinmeden sadece birkaç noktadan bahsetmek yeterli olacaktır. Vergi hataları Vergi Usul Kanunu'nda belirtildiği üzere iki başlık altında yer almaktadır. Bunlar; hesap hataları ve vergilendirme hatalarıdır<sup>35</sup>. Vergilerle ilgili düzeltme yapma yetkisi vergi dairesi müdürü veya vergi dairesi başkanındadır. Vergi hataları düzeltme fişi hazırlanarak düzeltilir<sup>36</sup>.

Vergi hukukunda ölümün vergi borçlarını sona erdirmesi söz konusu olmazken vergi cezalarının sona ermesinde etkisi bulunmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun 12'inci maddesi gereğince ölüm halinde mükelleflerin ödevleri mirası reddetmemiş kanunî mirasçılara nispeti oranında sorumlu olacakları şekilde geçer<sup>37</sup>. Nitekim vergi borçları açısından Vergi Usul Kanunu'nun 16'ncı maddesine istinaden vergi mükellefinin ölümü halinde mirasçılara geçen bildirme ve beyanname sürelerine ek süre verilmektedir. Bu süre ise üç aydır. Bu bakımdan ölüm nedeniyle vergi borçlarının sona ermesi söz konusu değildir. Ancak vergi cezaları açısından ölümün etkileri vergi borcundan farklıdır. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun 372'nci maddesinde ölüm halinde vergi cezasının düşeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün dayanağı, cezaların şahsiliği ilkesi oluşturmaktadır<sup>38</sup>.

Uzlaşma, mükelleflerin re'sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergiler ile bunlara dair vergi ziyai cezalarının tahakkuk edecek miktarları konusunda vergi idaresi ile anlaşmalarını ifade eden bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>39</sup>. Uzlaşma müessesesi Vergi Usul Kanunu'nun Ek madde 1 ile 12 arasında düzenlenmiştir. Kanunda uzlaşma, tarhiyat öncesi uzlaşma ve uzlaşma (tarhiyat sonrası) olmak üzere iki başlığa ayrılmıştır. Tarhiyat öncesi uzlaşma, verginin tarh edilmesinden ve cezanın

<sup>33</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 473.

<sup>34</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 202.

<sup>35</sup> Hesap hataları; matrah hataları, vergi miktarında hatalar ve verginin mükerrer olması iken, vergilendirme hataları ise mükellefin şahsında hata, mükellefiyette hata, mevzuda hata ve vergilendirme veya muafiyet döneminde hata olarak sıralanmıştır.

<sup>36</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 203.

<sup>37</sup> Ayşe Ginalı, "Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu", Mali Çözüm Dergisi, 2011, S. 103, s. 237.

<sup>38</sup> Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 215; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 434.

<sup>39</sup> Taşkan, Vergi Hukuku, s. 272.

kesilmesinden önce yapılan bir uzlaşma türüdür. Tarhiyat öncesi uzlaşma ile vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergiler ve kesilecek olan cezaların vergiler tarh edilmeden ve cezalar kesilmeden önce vergi idaresi ile mükellef arasında uzlaşarak ortadan kalkması amaçlanmaktadır<sup>40</sup>. Tarhiyat sonrası uzlaşma ise vergi ve/veya kesilen cezaların tarh edilmesi sonrasında gidilen bir uzlaşma müessesesidir. Tarhiyat sonrası uzlaşmanın kapsamına re'sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergiler ile bunlara dair vergi ziyai kabahatleri (ağır nitelikli fiillerle işlenenler hariç) girmektedir<sup>41</sup>. Beyana dayalı tarhiyatlarla genel ve özel usulsüzlük cezaları kapsam dışındadır. Tarhiyat öncesi uzlaşmada olduğu gibi usul şartlarının yerine getirilmesi ve kanunda yer alan hususların uygulanması ile uzlaşmanın sağlanması halinde vergi ve cezalarla ilgili uyumsuzluk sona ermektedir. Ancak uzlaşma görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması, mükellef veya vekilinin uzlaşma komisyonunun davetine katılmaması veya komisyona geldiği halde uzlaşma tutanağını imzalamaması veya ihtirazî kayıtla imzalamak istemesi durumunda uzlaşma sağlanmamış sayılmaktadır<sup>42</sup>.

### III. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA TERKİN MÜESSESİNİN TÜRLERİ

#### A. Genel Açıklama

Terkin müessesesi, sadece vergi hukukuna özgü düzenlenmiş bir müessesedir<sup>43</sup>. 5432 sayılı mülga Vergi Usul Kanunu tasarı halinde iken "Verginin affı" başlığı altında yer verilen terkin müessesesi<sup>44</sup> daha sonra yapılan değişikliklerle 5432 sayılı mülga Vergi Usul Kanunu'nun 105'inci maddesinde "Verginin terkinini" başlığı altında düzenlenmiştir<sup>45</sup>. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesi ile mükerrer madde 115 ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105 ve 106'ncı maddelerinde terkin müessesesine yer verilmiştir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere öğretide başka türlü terkinine ilişkin kavramlara (yargı kararına dayanan terkin ve vergi hatalarının düzeltilmesi nedeniyle terkin) yer verilmiş olsa da terkin müessesesinin temelde Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesi ile mükerrer madde 115 ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105 ve 106'ncü maddeleri çerçevesinde kendine yer bulduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim yine en başta bahsettiğimiz üzere yargı kararlarına veya vergi hatalarının düzeltilmesine dayanan terkin, vergiyi ve/veya cezayı ortadan kaldıran nedenlerin mükellef açısından bir sebebi değil bir sonucudur. Bu kavramların silmeye ilişkin terkin ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır<sup>46</sup>. İşte bu nedenlerle Türk vergi hukukunda terkin müessesesi, Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Vergi alacakları bakımından Vergi Usul Kanunu'nun

<sup>40</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 289.

<sup>41</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 295.

<sup>42</sup> Uzlaşma Yönetmeliğinin 10. maddesinde bu konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Mehmet Küçükaya, "Tarhiyat Sonrası Uzlaşmanın Sonuçları", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2020, C. 30, S. 1, s. 256-257.

<sup>43</sup> Gizem Ardan, "Vergi Hukukunda Terkin", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 66.

<sup>44</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019080ss0175.pdf> (27.10.2020).

<sup>45</sup> RG: 15.06.1949; 7233.

<sup>46</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 249.

115'inci maddesi ve vergi dışındaki genel kamu alacakları bakımından<sup>47</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105'inci maddesinde doğal afetler nedeniyle terkin müessesesine değinilirken, tahakkuk aşamasında terkin Vergi Usul Kanunu mükerrer madde 115'te, tahsil aşamasında terkin ise Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 106'ncı maddesinde ele alınmıştır<sup>48</sup>.

## **B. Vergi Usul Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Terkin Müessesesi**

Vergi Usul Kanunu'nda terkin müessesesi iki maddede kendine yer bulmaktadır. Bu maddelerden biri madde 115, diğeri ise mükerrer madde 115'tir. Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesinde terkin müessesesinin en önemli nedeni sayılabilecek doğal afetler nedeniyle terkin düzenlenmiş iken, mükerrer madde 115'te tahakkuktan vazgeçme nedeniyle terkin müessesesi düzenlenmiştir.

### **1. Doğal Afetler Nedeniyle Terkin**

Doğal afetler nedeniyle terkin müessesesi Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

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

*1. Varlıklarının en az üçte birini kaybeden mükelleflerin bu afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezaları;*

*2. Mahsullerinin en az üçte birini kaybeden mükelleflerin, afete maruz arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen Arazi Vergisi borçları ve vergi cezaları;*

*Maliye Bakanlığınca zararlı mütenasip olmak üzere, kısmen veya tamamen terkin olunur. Maliye Bakanlığı terkin yetkisini mahalline devredebilir. Zarar derecesini ve ilgili bulunduğu gelir kaynağını mahalli idare heyetleri yaptıracağı tahkikat üzerine tesbit eder.”.*

Maddeden de anlaşılacağı üzere doğal afetler nedeniyle verginin terkin edilmesi için üç koşulun bulunması şarttır. Bunlar; bir doğal afetin meydana gelmesi, varlıkların veya ürünlerin belli ölçüde kaybedilmesi ve kapsam içindeki vergi ve cezalar ile ilgili olmasıdır.

Doğal afetler nedeniyle vergide terkine ilişkin ilk şart, bir doğal afetin meydana gelmesi ve bu doğal afete maruz kalınmış olunmasıdır. Afet kavramı, “önlenmesi insan elinde olmayan sel baskını, yer sarsıntısı, kasırga gibi büyük doğa olayı; musibet, bela” olarak tanımlanmıştır<sup>49</sup>. Terkinle ilgili maddede de yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık vb. nedenlerin meydana gelmesi halinde terkine ilişkin ilk şartın oluşacağı ifade edilmiştir. Bu noktada iki hususun önemine değinmek gerekmektedir. Birincisi meydana gelecek afetin doğal afet niteliğinde olması yani doğal afet dışında mükellefin işinden dolayı veya başka bir sebeple malvarlığından belli bir oranı kaybetmesi halinde terkin hükümleri uygulanmayacaktır. İkinci husus ise kanunda sayılan doğal afet nedenleri ile terkinin sınırlı tutulmamış olmasıdır. Bu nedenle niteliği

<sup>47</sup> Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 217.

<sup>48</sup> Biyan, “Vergi Hukukunda Terkin”, s. 78.

<sup>49</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 35.

bakımından kanunda sayılanlara benzer etki doğuran salgın hastalık veya kasırga gibi hallerin de terkin müessesesinin uygulanması için yeterli olacağı belirtilmiştir<sup>50</sup>. Örneğin biyolojik afet olarak değerlendirilen<sup>51</sup> COVID-19 salgınının varlığı ve yarattığı etkiler terkinine sebep olabilmektedir. Bu çerçevede COVID-19 salgınının gelir kaynağını oluşturan malvarlığı ile mükellefe ait mahsullerin kaybına neden olması halinde terkin sebebi oluşturabileceği ifade edilmekte, buna ilişkin usul ve esasların düzenleneceği özel bir Kanun ihtiyacının oluşabileceği belirtilmektedir<sup>52</sup>.

Doğal afetler nedeniyle vergide terkinine ilişkin ikinci şart, doğal afetler nedeniyle varlıkların veya ürünlerin belli ölçüde kaybedilmesi şartıdır. Kanun maddesine göre mükelleflerin doğal afet nedeniyle varlıklarının veya ürünlerinin üçte birini kaybetmesi halinde terkin hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddede ifade edilen varlıktan kastedilen şey, mükellefin genel mal varlığı olmakta ve mükellefin sahip olduğu menkul-gayrimenkul tüm malları ile hak ve menfaatleri kastedilmektedir<sup>53</sup>. Mükelleflerin sadece varlıklarından veya ürünlerinden üçte birini kaybetmiş olması yetmemekte, ayrıca zararın oluşmuş olması da aranmaktadır. Bunun nedeni ise doğal afetin zarar verdiği varlık veya ürüne ilişkin vergi borcu ve cezasının terkin edileceğidir<sup>54</sup>. Doğal afet tarihinden önce tahsil edilen vergi aslı ve cezalarına yönelik terkin işlemi uygulanamayacaktır<sup>55</sup>. Zararın oluşumunda mükellefin sigortadan tazminat almaları durumunda bu alacakları zarar miktarından düşülmektedir<sup>56</sup>. Nitekim vergi borcu ve cezasının terkinini için varlıkların veya ürünlerin üçte biri oranında kaybedilmesi hem de mükellefin bu kayıptan zarara uğramış olması gerekmektedir. Zararın niteliği ve derecesi ise mahalle idare heyetlerinin yaptıracağı tetkik ile tespit edilmektedir.

Doğal afetler nedeniyle vergide terkinine ilişkin üçüncü şart ise vergi ve cezalarının kapsam içindeki vergi ve cezalarla ilgili olmasıdır. Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesi çerçevesinde vergi ve cezaların terkinini ülkemizde gelir vergisi ile kurumlar vergisini kapsayan gelirlerle ilgili vergi ve cezalar ile arazi vergisi ile ilgili vergi ve cezalarında uygulanacaktır. Bu vergiler dışında bulunan vergilere terkin müessesesi uygulanmayacaktır. Danıştay 3. Dairesinin vermiş olduğu bir kararda 10 yıldır avukatlık yapan davacının demirbaşlarının üçte birinin yangında yanması nedeniyle son iki yılda defter kayıtlarında yer almasa bile serbest meslek faaliyetini yürütmesinde ve gelir elde etmesinde bu malzemelere ihtiyaç duyacağından yerel mahkemenin vergi borçlarının terkin edilemeyeceği kararının hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 251; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 218.

<sup>51</sup> Bahadır Tercan, "Biyolojik Afetler ve COVID-19", Paramedik ve Acil Sağlık Hizmetleri Dergisi, 2020, C. 1, S. 1, s. 47.

<sup>52</sup> <https://www.sayinlaw.com.tr/images/Source/Publications/Vergi-Alacagini-Ortadan-Kaldiran-Yollardan-Dogal-Afetler-Sebebiyle-Terkin.pdf> (18.04.2021).

<sup>53</sup> Necati Perçin, "Türk Vergi Hukukunda Terkin", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006, s. 52.

<sup>54</sup> Ardan, "Terkin", s. 41.

<sup>55</sup> Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 338.

<sup>56</sup> Biyan, "Vergi Hukukunda Terkin", s. 79.

<sup>57</sup> Danıştay 3. Dairesinin 31.05.2000 tarih ve 1998/3239 Esas ve 2000/2096 Karar sayılı kararı, 3.daire e:1998/3239, k:2000/2096 - danıştay kararı (hukukmedeniyeti.org) (01.11.2020).



Gelirle ilgili vergi ve cezalarda terkinde iki aşama söz konusudur. Birinci aşama mükellefin terkinden yararlanıp yararlanamayacağı ile ilgilidir. Bu durumun tespitinde Ticari Malvarlığındaki Zarar/ Toplam Malvarlığı rasyosu kullanılmaktadır<sup>58</sup>. Bu oran varlıkların en az üçte birinin kaybedilmiş olmasından bahisle üçte biri veya daha fazlası olması halinde terkin müessesesinin uygulanması söz konusu olacaktır. İkinci aşamada ise terkin edilecek miktarın tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda da Ticari Malvarlığındaki Zarar/ Ticari Malvarlığı rasyosu kullanılmaktadır<sup>59</sup>. Bu kapsamda doğal afetlerin verdiği zararlar orantılı olarak terkin işlemi gerçekleştirilir<sup>60</sup>.

Örneğin 150.000 TL toplam malvarlığı olan bir mükellefin, doğal afet nedeniyle malvarlığında 75.000 TL'lik zarar meydana gelmiştir. Ayrıca bu mükellefin 30.000 TL değerinde vergi borcu ve cezası bulunmaktadır. Bu durumda ilk aşamada mükellefin terkin müessesesinden yararlanması noktasında durum tespitinin yapılmasıdır. Mevcut zarar toplam malvarlığına oranlandığında  $75.000/150.000=1/2$  çıkmakta ve bu oran asgari aranması gereken toplam malvarlığının en az  $1/3$  oranında kaybedilmesi şartını sağlamaktadır. Terkin miktarının tespit edildiği ikinci aşamada ise 30.000 TL'lik vergi borcu ve cezası doğal afetin meydana getirdiği zararlar toplam malvarlığında yarattığı tahribat oranı olan  $1/2$  ile oranlanarak  $30.000/2=15.000$  TL'lik miktar terkin edilecektir.

Arazi vergilerinde terkin ise mükellefin doğal afetler nedeniyle ürünlerin en az üçte birini kaybetmesi nedeniyle afete maruz kalan arazi için zararın meydana geldiği hasat ve devşirme zamanına rastgelen yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezaları için uygulanmaktadır<sup>61</sup>. Arazi vergileri ile ilgili terkinde genel varlık yerine ürün toplam miktarı dikkate alınmaktadır<sup>62</sup>. Emlâk Vergisi Kanunu'nun<sup>63</sup> 14/g maddesi uyarınca belediye ve mücavir alan dışında bulunan arazilerin emlâk vergisinden istisna edilmesi nedeniyle arazi vergisi ve cezalarının silinmesini ifade eden terkin müessesesinin uygulama alanının önemli derecede daraldığı da ifade edilmiştir<sup>64</sup>.

## 2. Tahakkuktan Vazgeçme Yoluyla Terkin

Vergi Usul Kanunu mükerrer madde 115'te ise tahakkuktan vazgeçme imkânına yer verilmiştir. Tahakkuktan vazgeçme ile re'sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergi ve cezaların toplam miktarının 43 TL'yi aşmaması<sup>65</sup> ve tahakkukları için yapılacak olan giderlerin bu miktardan fazla olacağına görülmesi durumunda Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde miktarın silinmesi yani terkin edilmesi sağlanmaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığınca usul ve esasların belirlenmesi doğrultusunda çıkarılan 27.11.1986 tarih ve 1986/6 sayılı Vergi Usul Kanunu İç Genelgesi ile posta yoluyla veya posta yoluyla mümkün değilse memur aracılığıyla

<sup>58</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 252.

<sup>59</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 252.

<sup>60</sup> Derya Tabiloğlu, "Vergi Hukuku Açısından Doğal Afetler", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2015, s. 55-56.

<sup>61</sup> Öncel- Kumrulu- Çağan, Vergi Hukuku, s. 155.

<sup>62</sup> Hatice Yurtsever, "Vergi Hukukunda Terkin", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2007, s. 154.

<sup>63</sup> RG: 11.08.1970; 13576.

<sup>64</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 253.

<sup>65</sup> 522 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği ile 01.01.2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere. (RG: 29.12.2020; 31349 Mükerrer).

tebliğ edilmesi gereken ihbarnamenin ilan edilmesinde ilan masraflarının vergi ve ceza miktarının üzerinde olması halinde söz konusu vergi ve cezaların tahakkukundan vazgeçilerek tarh kayıtlarından terkin edileceği belirtilmiştir<sup>66</sup>.

### **C. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümleri Çerçevesinde Terkin Müessesesi**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun terkin müessesesi de Vergi Usul Kanunu'nda olduğu gibi iki madde hükmünde kendine yer bulmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105'inci maddesinde "tabii afetler sebebiyle terkin" başlığı altında ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 106'ncı maddesinde "tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin" başlığı altında terkin müessesesi düzenlenmiştir.

#### **1. Tabii Afetler Sebebiyle Terkin**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105'inci maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir:

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

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

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

*Vergi Usul Kanunu mevzuuna giren amme alacakları hakkında mezkûr kanunun 105 inci maddesi hükümleri tatbik olunur."*

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105'inci maddesinde yapılan düzenlemeler Vergi Usul Kanunu'nun 115'inci maddesinde yapılan düzenlemeler ile temel olarak aynı düzenlemeleri içermektedir. Sadece Vergi Usul Kanunu çerçevesinde alınamayacak olan gümrük vergisi gibi alacakların elde edilmesinde Vergi Usul Kanunu hükümleri yerine Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu hükümleri devreye girmektedir<sup>67</sup>. Ayrıca madde hükümleri çerçevesinde doğal afetler nedeniyle terkin müessesesinden faydalanmak için altı ay içinde ilgili idareye yazılı başvurunun yapılması ve bu bakımdan zararın oluşup oluşmadığının mahalli il ve ilçe kuruluşlarınca tespit edilmesi şarttır.

#### **2. Tahsil İmkânsızlığı Nedeniyle Terkin**

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nda düzenlenmiş olan diğer terkin müessesesi ise 106'ncı maddede yer alan tahsil imkânsızlığı nedeniyle terkin

<sup>66</sup> Ardan, "Terkin", s. 68-69.

<sup>67</sup> Ardan, "Terkin", s. 61.

müessesesidir. Bu maddeye göre yapılacak olan takip neticesinde tahsil edilmesi imkânsız olan veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olduğu anlaşılan küçük miktarlı alacakların terkin söz konusu olmaktadır<sup>68</sup>. Bu çerçevede Vergi Usul Kanunu kapsamına giren kamu alacaklarında 10 TL (10 TL dâhil), diğer kamu alacaklarında ise 20 TL'ye (20 TL dâhil) kadar olan kamu alacakları terkin edilecektir. Cumhurbaşkanı'nın bu miktarları topluca veya ayrı ayrı on katına kadar artırma yetkisi bulunmaktadır<sup>69</sup>. Bu miktarları aşmayan kamu alacakları zamanaşımı beklenmeksizin terkin edilebilir<sup>70</sup>. İlaveten terkin yetkisine sahip olanların bu yetkilerinin tamamını veya bir kısmını mahalli makamlara bırakabileceği de kanunda hüküm altına alınmıştır.

#### Ç. Verginin Terkini İçin Yapılacak İşlemler

Hem Vergi Usul Kanunu hem de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun kapsamı içindeki alacakların terkin edilmesi için mükellefin beyanname formunu doldurarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Doğal afetler nedeniyle yapılacak terkinine ilişkin şartlar 1 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde<sup>71</sup> ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre mükellef bir dilekçe ile verginin terkinini için başvuruda bulunmalıdır. Başvurunun yapılmaması durumunda terkin işleminin gerçekleşmesi söz konusu olmamaktadır<sup>72</sup>. Ancak genel nitelikli afetlerde terkin işlemlerine re'sen başlanması bu durumun istisnasını oluşturmaktadır<sup>73</sup>. Mükelleflerin vergi ve cezaların terkin edilmesini talep edeceği makam Vergi Usul Kanunu çerçevesinde ilgili vergi dairesi, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu çerçevesinde ilgili kamu idaresidir<sup>74</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nda terkin müessesesine başvuru süresi altı ay olarak belirtilmişken Vergi Usul Kanunu'nda başvuru süresi ile ilgili kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kapsamda öğretide kesin bir uzlaşma sağlanmamış olsa da Vergi Usul Kanunu açısından en geç vergi ve cezaların ödenmesinden önce başvurunun yapılması gerektiğini belirtmek doğru olmaktadır<sup>75</sup>.

Terkin müessesesinin işlenmesi için başvuruda bulunulduktan sonra gerekli araştırma ve tespitlerin gerçekleştirilmesi için Vergi Usul Kanunu kapsamındaki işlemler için vergi dairesi mahalli idare heyetine intikal ettirir. Mahalli idare heyetinin kararları icrai ve tek yanlı bir işlem olması nedeniyle iptal davasına konu olabilmektedir<sup>76</sup>. Yapılacak incelemeler neticesinde mükellefin terkin için gerekli olan zararının varlığı kanıtlanmalıdır. Nitekim bir Danıştay kararında yangın nedeniyle malvarlığının 1/3'ünü kaybettiğini kanıtlayamayan mükellefin vergi borcunun terkin edilemeyeceği

<sup>68</sup> Bilici, Vergi Hukuku, s. 121; Kaneti vd., Vergi Hukuku, s. 219.

<sup>69</sup> Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 283.

<sup>70</sup> Şenyüz- Yüce- Gerçek, Vergi Hukuku Genel, s. 201.

<sup>71</sup> RG: 16.03.1950; 7463.

<sup>72</sup> Ardan, "Terkin", s. 75.

<sup>73</sup> Perçin, "Terkin", s. 62.

<sup>74</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 254; Ardan, "Terkin", s. 79.

<sup>75</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 254; Perçin, "Terkin", s. 62.

<sup>76</sup> Danıştay 4. Dairesinin 15.10.1982 tarih ve 1982/16865 Esas ve 1982/3883 Karar sayılı kararı; <https://legalbank.net/belge/d-4-d-e-1982-16865-k-1982-3883-t-15-10-1982-danistay-4-daire-karari/617497/> (20.04.2021).

belirtilmiştir<sup>77</sup>. Vergi dairesi mahalli idare heyetinin kararını eklemek suretiyle dosyayı Hazine ve Maliye Bakanlığına göndermekte ve Bakanlık tarafından terkin talebi uygun bulunursa vergi ve ceza ortadan kalkmaktadır<sup>78</sup>. Nitekim Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında da vergi borcu ve cezaların sadece Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır<sup>79</sup>. Mükellefler, mahalli idare heyetleri tarafından yapılan incelemeyi yeterli görmezse bölge idare mahkemesine dava açma yetkisini haizdirler<sup>80</sup>.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki işlerde ise zararın var olup olmadığı mahalli il veya ilçe kurullarınca, zararın derecesi ise Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirtilecek esaslar çerçevesinde kamu idarelerince tespit edilecektir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında terkinde zarar dereceleri, ürünlerin ve varlıkların zarar öncesi ve sonrası rayiç değerleri esas alınarak toplamları üzerinden kıyaslama yapılmak suretiyle tespit edilmektedir<sup>81</sup>. Zarar derecesinin tespitinde her mükellefin ayrı ayrı başvurması ve zararının ayrı ayrı tespit edilmesi gerekmektedir<sup>82</sup>. Mahsullerde meydana gelen zararda terkin istenen vergi borcu arazi vergisi ile ilgili bir borç olmak zorundadır<sup>83</sup>. Borçlunun tüm araştırmalara rağmen bulunamaması veya borçlunun ölmüş, mirasçısının bulunmaması ya da mirasçılardan miras reddetmesi gibi haller tahsili imkânsız hale getirmekte ve terkin işlemi ile vergi borcu silinmektedir.

## SONUÇ

Vergi hukukunda terkin müessesesi, özel hukukta yer alan ibra, feragat gibi müesseseler ile ilişkilendirilen ancak kendine has bir yere sahip olan önemli bir müessesedir. Vergi borçları ve cezalarını kesin olarak ortadan kaldıran terkin müessesesi, mükelleflerinin ekonomik durumunu korumak ve alacakları aşan harcamaların engellenmesi noktasında önemli bir işleve sahiptir.

Vergi hukukunda terkin müessesesini esasen doğal afetlerin kaynaklık ettiği nedenler ve tahakkuk veya tahsilden vazgeçme nedeniyle terkin kavramları oluşturmaktadır. Her ne kadar vergi hataları veya yargı kararlarına dayalı terkinin de terkin müessesesi içinde ele alındığını belirten görüşler olsa da bizim de katıldığımız görüş üzere bu kavramların terkinde teşmil etmesi mümkün değildir. Nitekim yargı kararlarına veya hatalara dayanan terkin, vergi borcu veya cezaların kısmen veya

<sup>77</sup> Danıştay 4. Dairesinin 19.03.1979 tarih ve 1978/2861 Esas ve 1979/719 Karar sayılı kararı; akt. Ardan, "Terkin", s. 54.

<sup>78</sup> Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 254.

<sup>79</sup> Danıştay İBK'nın 28.06.1979 tarih ve 1976/1 Esas ve 1979/10 Karar sayılı kararı; <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=46705> (01.11.2020). Ayrıca bkz. Danıştay 3. Dairesinin 25.10.1985 tarih ve 1984/2001 Esas ve 1985/2782 Karar sayılı kararı; akt. Ümit Süleyman Üstün, "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 14, S. 1, s. 272.

<sup>80</sup> Kemal Çağlar, Açıklamalı- İçtihatlı Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 197.

<sup>81</sup> Ardan, "Terkin", s. 64.

<sup>82</sup> Yurtsever, "Terkin", s. 158.

<sup>83</sup> Danıştay 4. Dairesinin 19.09.1978 tarih ve 1978/703 Esas ve 1978/2435 Karar sayılı kararı; akt. Ardan, "Terkin", s. 51.

tamamen ortadan kaldırılmasında sebep değil sonuç olmaktadır. Bu nedenle terkin teşkil etmesi bakımından terkin müessesesi ile direkt bir ilgisi bulunmamaktadır.

Doğal afetler nedeniyle terkin Vergi Usul Kanunu 115'inci madde ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 105'inci maddesinde yer almaktadır. Bu anlamda kanunda sayılan veya sayılmamakla birlikte doğal afet niteliğine sahip olaylar nedeniyle Vergi Usul Kanunu çerçevesinde vergi mükelleflerinin varlık ve/veya ürünlerinin en az üçte birini, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu çerçevesinde ise varlık ve ürünlerinin en az üçte birini kaybeden mükelleflerin Vergi Usul Kanunu çerçevesinde gelir ve kurumlar vergisi ile arazi vergileri kapsamında olmak suretiyle zararlı orantılı olmak üzere Vergi Usul Kanunu bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığınca, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun bakımından ise Cumhurbaşkanınca kısmen veya tamamen terkin edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Vergi Usul Kanunu çerçevesinde kesin bir süre olmamakla birlikte Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde doğal afetler nedeniyle terkinde altı aylık başvuru süresi tanınmaktadır. Zararın tespiti ve derecesi ilgili kurumlarca tespit edilerek terkin hükümlerinin uygulanabilirliği ve ne oranda uygulanacağı belirlenmektedir.

Tahakkuktan vazgeçme ve tahsil imkânsızlığı nedeniyle terkin ise Vergi Usul Kanunu mükerrer madde 115 ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 106'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre her yıl tespit edilmek üzere belli bir miktarı aşmayan idarece, re'sen veya ikmalen tarh edilen vergi ve bunlara dair cezaların tahakkuk için yapılacak giderlerin bu miktardan fazla olması durumunda miktarın tahakkukundan vazgeçilerek terkin edilmesi, Vergi Usul Kanunu mükerrer madde 115'te yer alan tahakkuktan vazgeçme nedeniyle terkinini oluşturmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 106'ncı maddesinde yer alan tahsil imkânsızlığı nedeniyle terkin ise yapılacak olan takip neticesinde tahsil edilmesi imkânsız olan veya tahsili için yapılacak olan giderlerin alaktan fazla olması halinde tahsil zaman aşımı beklenmeksizin terkin yetkisine sahip olanlar tarafından terkin edilmesini ifade etmektedir.

Vergi hukukunda terkin müessesesi, bilhassa afetlerin sıkça yaşandığı ülkemizde vergi mükelleflerinin yaşayabilecekleri muhtemel sıkıntıları göğüslemesinde ve sosyal devlet ilkesinin işlerliğinde yarar sağlayan değerli bir müessesedir. Bu açıdan terkin müessesesinin hem devletin kamu alacaklarını elde etmesinde sağlanacak verimliliği hem de vergi mükelleflerinin kamu idaresine olan borç ve görevlerini yerine getirmesinde meydana getirecek kolaylığı vesile kılan bir kavramdır. Bu yüzden olabilecek doğal afetlerde daha ağır durumların olabilmesi ihtimaline karşı birtakım kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim son yıllarda ülkemizde meydana gelen depremler ile Dünya'yı etkisi altına alan COVID-19 salgınının yarattığı sıkıntılar bu durumun bir göstergesi niteliğindedir. Sonuçta belirtmek gerekir ki gerek devletin kamu alacaklarını korumak maksadıyla mükellefini koruyucu işlemlere dâhil olması, gerek mükellefin zor durumda kalması nedeniyle oluşabilecek maddi sıkıntısını gidererek ekonomik hayatta var olabilmelerini sağlamak bakımından terkin müessesesi değerlendirilmesi gereken bir müessesedir.

**KAYNAKÇA**

Ardan, Gizem, "Vergi Hukukunda Terkin", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019.

Bilici, Nurettin, Vergi Hukuku, 29. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Bıyan, Özgür, "Vergi Hukukunda Terkin Müessesesinin Esasları", Mali Çözüm Dergisi, 2007, S. 79, ss. 75-84.

Çağlar, Kemal, Açıklamalı- İçtihatlı Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Çelik, Binnur, "Takas- Mahsup Farklılığı ve Takasın Kamu Alacaklarını Koruyan Bir Müessese Olmasının Nedenleri", Mevzuat Dergisi, 2000, Y.3, S.27, <http://www.mevzuatdergisi.com/2000/03a/01.htm> (01.04.2020).

Çitil, Bünyamin, "Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi", Sayıştay Dergisi, 2018, S. 109, ss. 183-202.

Gınalı, Ayşe, "Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu", Mali Çözüm Dergisi, 2011, S. 103, ss. 231-238.

Gören, Zafer, "Sosyal Hukuk Devletinde Özgürlük ve Yükümlülük", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2014, Y. 13, S. 26, ss. 26-46.

Kafkas Durmuş, Gökçe, "Türk Vergi Hukuku'nda Vergi Borcu ile Cezalarını Ortadan Kaldıran veya Hafifleten Nedenler: Vergi Affı Uygulaması", Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Manisa 2013.

Kaneti, Selim vd., Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Karakoç, Yusuf, Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Kovancı, Yiğit, "Vergi Hukukunda Zamanaşımı", Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.

Küçükaya, Mehmet, "Tarhiyat Sonrası Uzlaşmanın Sonuçları", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2020, C. 30, S. 1, ss. 253-272.

Nas, Adil, "Vergi Hukukunda Tarh Zamanaşımı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 60, S. 2, ss.309-330.

Öncel, Mualla, "Türk Vergi Hukukunda Takas", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, C. 35, S. 1-4, ss. 9-16.

Öncel, Mualla- Kumrulu, Ahmet- Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Perçin, Necati, "Türk Vergi Hukukunda Terkin", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

Şenyüz, Doğan- Yüce, Mehmet- Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.

Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.

Tabiloğlu, Derya, “Vergi Hukuku Açısından Doğal Afetler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2015.

Taşkan, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Tercan, Bahadır, “Biyolojik Afetler ve COVID-19”, Paramedik ve Acil Sağlık Hizmetleri Dergisi, 2020, C. 1, S. 1, ss. 41-50.

Üstün, Ü. Süleyman, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 14, S. 1, ss. 217-285.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Yurtsever, Hatice, “Vergi Hukukunda Terkin”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2007.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019080ss0175.pdf> (27.10.2020).

<https://www.sayinlaw.com.tr/images/Source/Publications/Vergi-Alacagini-Ortadan-Kaldiran-Yollardan-Dogal-Afetler-Sebebiyle-Terkin.pdf> (18.04.2021).

3.daire e:1998/3239, k:2000/2096 - danıştay kararı (hukukmedeniyeti.org) (01.11.2020).

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=46705> (01.11.2020).

<https://legalbank.net/belge/d-4-d-e-1982-16865-k-1982-3883-t-15-10-1982-danistay-4-daire-karari/617497/> (20.04.2021).

## KARŞILAŞTIRMALI YARGI KARARLARI IŞIĞINDA MAHKÛMLARIN HABERLEŞMEYE SAYGI HAKLARI\*

Berk Cem TATAR\*\*

### ÖZ

Haberleşmeye saygı hakkı bilindiği üzere son 50 yılda teknolojinin de büyük bir ivme kazanmasıyla birlikte kamusal makamların daha fazla müdahale ettiği bir alan olmuştur. Bu nedenle, söz konusu gelişmelerin ve müdahalelerin arttığı düşünülürse ülkelerin ceza kanunlarına iletişimin dinlenmesi veya tespit edilmesi şeklindeki hükümleri eklemeleri tesadüf değildir. Söz konusu müdahalelerin başında mektuplaşmaların engellenmesi/sansürlenmesi gelmektedir. Ancak mektupların sansürlenmesi veya engellenmesi konusunda bu durumdan en çok etkilenen kişiler şüphesiz mahpuslar olacaklardır. Zira bilindiği üzere mahpusların dış dünyayla tek bağlantısı mektuplardır. Bu nedenle, bu çalışmada haberleşmeye saygı hakkı incelenmiş ve birbirlerine benzer somut olaylarda kendine öz içtihat yorumlamaları ışığında bu hak, karşılaştırmalı olarak Anayasa Mahkemesi (AYM), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve ABD (Amerika Birleşik Devletleri) Yüksek Mahkemesi kararlarında mahpusların dış dünyayla iletişime müdahale boyutuyla incelenmiştir. En son kısımda ise benzer olaylarda farklı yorumlanmanın sebepleri üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Haberleşmeye Saygı Hakkı, AYM, AİHM, AİHS, ABD Yüksek Mahkemesi

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17/04/2021  
Kabul Edildiği Tarih: 31/05/2021

\*\* İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi  
E-Mail: berk.cm.tatar@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-9606-5762



## RIGHT TO CORRESPONDENCE OF PRISONERS IN THE LIGHT OF COMPARATIVE JUDICIAL VERDICTS

### ABSTRACT

The right to correspondence has been an area where public authorities have intervened more with the nascent technology in the last 50 years. Therefore, it is not a coincidence that countries enact provisions that entail interception or detection of communication to their criminal laws. One of the main interventions in question is the prevention/censorship of correspondence. However, when it comes to censoring or blocking letters, those who are most affected by this situation will undoubtedly be prisoners. Because the only connection of prisoners with the outside world is sending/receiving letters. Therefore, in this study, the right to correspondence has been explained and in the light of its interpretations of jurisprudence in similar cases. Furthermore, this right is comparatively examined in terms of the interference of prisoners in communication with the outside world in the verdicts of the Turkish Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the US Supreme Court. Finally, in the last part, the reasons for different interpretations in similar cases are dwelled on.

**Keywords:** Right to Correspondence, Turkish Constitutional Court, ECtHR, ECHR, US Supreme Court.

## GİRİŞ

Haberleşmeye saygı hakkı günümüzde gelişen teknoloji ile çok daha önemi artmış bir haktır. Zira eskiden sadece somut tekniklerle bu hak icra edilebiliyordu. Özellikle son 50 yıldaki teknolojik devrimlerle bu hak daha fazla kullanılmaktaysa da buna paralel olarak daha fazla da ihlal edilir hale gelmektedir. Bu hakkın ihlalinin en eski örneği mektuplara ve diğer türlü yazışmalara el konulması iken günümüzdeki örneği ise iletişim araçlarının dinlenip kaydedilmesi gibi daha modern yöntemlerdir. Bu doğrultuda ulusal ve uluslararası belgeler bu hakkı koruma altına alırken bir yandan da mahkeme içtihatlarıyla bu hakkın koruma alanı genişletilmiştir.

Haberleşmeye saygı hakkını konu alan bu çalışmada incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Anayasa Mahkemesi (AYM) ve ABD (Amerika Birleşik Devletleri) Yüksek Mahkemesi kararlarında da görüleceği üzere hakkın kamu otoriteleri tarafından kısıtlanması sırasında ihlale yol açılıp açılmadığının belirlenmesi sırasında farklı yöntemler benimsenmiştir. Ancak Mahkeme kararları incelenmeden önce söz konusu hakkı koruyan ulusal ve uluslararası metinler incelenecektir. Şöyle ki; haberleşmeye saygı hakkı çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS-Sözleşme) 8. maddesi ve Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) Anayasası'nın 22. maddesi, haberleşmenin engellenmemesi kapsamında içeriği ve biçimine bakmaksızın haberleşmenin gizliliğini korumaktadır<sup>1</sup>. Haberleşmeye saygı hakkının ABD'deki şekline bakıldığında anayasada haberleşmenin gizliliğini koruyan belirli bir madde veya değişiklik olmamasına rağmen hukuki olmayan aramayı ve el koymayı yasaklayan ABD Anayasası'nın 4. değişikliği uyarınca bu hakkın koruma altına alınması içtihat hukukunun gelişimi ile olmuştur<sup>2</sup>. Buna göre, 1877 tarihli haberleşmenin gizliliği ile ilgili verilen ilk önemli karar ile bu hak daha da genişletilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu tarihli *Ex Parte Jackson* kararında "Kongre'nin çıkardığı hiçbir kanun, Federal Posta Teşkilatı memurlarına mühürlenmiş paketlerin veya mektupların mahremiyetini çiğnemek hakkı vermemektedir" denilerek haberleşmenin gizliliği esası vurgulanmıştır<sup>3</sup>.

Başlıktan da anlaşılacağı üzere çalışmada esas olarak mahpusların bu hak bağlamındaki durumları incelenecektir. Mahpusların hukuken mahpus olmalarından dolayı bu birçok haktan hukuken yararlanmaları engellenmektedir. Örneğin adil yargılanma hakkına riayet edildiği varsayıldığında, bir mahpus hukuka aykırı olarak özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri süremez. Ancak mahpus olmasından dolayı da bütün hakları ellerinden de alınmamaktadır. Filhakika, haberleşmeye saygı haklarının belirli kısıtlamalar da olsa devam ettiği kabul edilmektedir. Zira cezaevlerinde bulunan mahpusların dış dünyayla iletişimlerinin keyfi olarak engellenmesi birçok noktada hukuken izah edilemeyecektir. Mahpusların, sadece aileleriyle veya avukatlarıyla değil genel olarak dışarıyla iletişimlerini onların

<sup>1</sup> Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, 2019, s. 135.

<sup>2</sup> <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does-0#:~:text=The%20Constitution%2C%20through%20the%20Fourth,deemed%20unreasonable%20under%20the%20law,> (Son Erişim Tarihi: 23.12.2020)

<sup>3</sup> *Ex parte Jackson* 96 U.S. 727 (1877), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/96/727.html#733>, (Son Erişim Tarihi: 19.12.2020)

cezaevlerinde ıslah edilmelerinin de birer parçasıdır. Ancak mahpusların haberleşmeye saygı hakları önceki yıllarda hak olarak ele alınmamış, aksine sanki devletin direkt olarak bir pozitif yükümlülüğüymüş gibi düşünülmüş ve cezaevi sistemlerinde iyileştirme yöntemi olarak kabul edilmişti. Günümüzde ise mahpusların lehine iyileştirme yöntemlerini çoğaltmak şeklindeki modern eğilim öne çıkmış ve dış dünya ile iletişime ilişkin durumlar ortaya çıkmıştır<sup>4</sup>.

Söz konusu çalışmada AİHM, AYM ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin haberleşmeye saygı hakkının tanımı ve sınırlandırılması ayrı ayrı başlıklarda ele alınacak ve tarafımda her mahkemeden örnek birer dava seçilecekse de karşılaştırmanın daha yararlı olması için birçok mahkeme kararı üstünde durulacaktır. Mezkur mahkemelerin birer davasının ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olmasının sebebi ise benzer olaylarda mahkemelerin bu olaylara yerleşik içtihatları kapsamında uyguladıkları yaklaşım farklılıkları olacaktır. Bu yaklaşım farklılıklarına değinilirken de mahkemelerin önceki kararlarına da değinilecektir.

### 1. AYM KARARLARINDA HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

#### *Haberleşme hürriyeti*

*1982 Anayasası Madde 22 – (Değişik: 3/10/2001-4709/7 md.)*

*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*

*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.*

*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.*

Yukarıda da görüldüğü üzere, T.C. Anayasası'nda haberleşmeye saygı hakkına ilişkin özel ve ayrı bir madde hasredilmiştir. Anayasa md. 22'ye göre, herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Maddenin devamında mezkûr hakkın sınırlandırma sebepleri sayılmıştır. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve özgürlüklerin korunması maddede sayılan söz konusu sınırlama sebepleri içerisindedir. Bu sınırlama sebeplerine istinaden hukuki güvenceler de yer almaktadır; bu doğrultuda sınırlama nedenlerinin bulunduğu fıkranın devamında usulüne göre verilmiş hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri aranmaktadır. Yetkili merciin kararı 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını 48 saat içinde açıklar, açıklamadığı durumlarda karar kendiliğinden kalkar. Söz konusu güvenceler sağlanmadıkça haberleşme

<sup>4</sup> Bülent Altınsoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı", TBB Dergisi, (115), 2014, s. 45.

engellenememekte ve gizliliğine dokunulamamaktadır<sup>5</sup>. Ancak T.C. Anayasası md. 22/3 uyarınca da istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtileceği ifade edilmiştir. Ceza infaz kurumları bu fıkra kapsamında kalan istisnai kamu kurumu olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle ceza evleri özelinde haberleşmeye saygı hakkına müdahalede bulunabilmek için hakim kararının alınması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında bireylerin sadece karşılıklı olarak değil ayrıca toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadeleri söz konusu olduğunda gizliliğinin korunması gerektiğini ve posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla kurulan iletişimin, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>8</sup>. Örneğin AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* davasında hâkim kararına istinaden Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) görevlileri tarafından telefonları dinlenen başvuruculara uygulanan mezkûr tedbirlerin, haberleşme özgürlüklerine yönelik birer müdahale oluşturduğuna karar vermiş ve kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesinin, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer aldığına hükmetmiştir<sup>9</sup>.

Bu doğrultuda verilebilecek bir başka örnek ise bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasına rağmen tutuklunun avukatı ile telefonda görüşmesinin ceza infaz kurumunca engellenmesi konusundaki ihlal kararıdır. Zira, 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesi ve 114. maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenlemeler uyarınca asıl olan izin verilmesi iken mahpus olan başvurucunun avukatı ile telefon görüşmelerinin kayda alınmasının ve avukatı ile görüşmesinin engellenmesinin, kanunilik ilkesini karşılamadığına karar vermiştir<sup>10</sup>. Söz konusu kanunun AİHM tarafından da kanuni olarak kabul edilmesi önemli bir husustur. Zaten bilindiği üzere insan hakları düşüncesinin arkasında yatan mantık da bu değil midir? Kanun, kanun koyucunun amaçladığından farklı sonuçlara yol açmamalı, bu hakka dair yetki ve sorumluluklara sahip olan kamu görevlilerinin sınırlarını çizmelidir<sup>11</sup>.

AYM kararları uyarınca hükümlüler veya tutuklular, mahpus olmanın doğal bir sonucu olarak Anayasa'nın 19. maddesi doğrultusunda hukuka uygun olarak "bir mahkumiyet kararına dayanılarak tutma" şeklinde değerlendirilebilecek AİHS'nin 5. maddesinde içkin olan kişi özgürlüğü ve güvenliği dışında, Anayasa ve AİHS ile ortak olan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahiptir<sup>12</sup>. Bu kapsamda AYM, bu hakkı geniş yorumlamış ve terör örgütü nedeniyle hüküm giymiş kişilerin aralarındaki haberleşmenin içeriği denetlenmeden direkt olarak örgütsel haberleşme

<sup>5</sup> Öncü, 2009, s. 133.

<sup>6</sup> Burak Güngör, "Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, s. 516.

<sup>7</sup> *Veysel Kaplan (4)*, B. No: 2014/2795, 30/6/2016, § 104.

<sup>8</sup> *Emsan Öner*, B. No: 2013/1504, 03/02/2016, § 33.

<sup>9</sup> *Yasemin Çongar ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7054, 6/1/2015, § 50-51.

<sup>10</sup> *Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 67.

<sup>11</sup> Kerem Altıparmak, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, (63), 2006, s.37,

<sup>12</sup> *İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 29-33.

olarak görülüp müdahalede bulunmasını Anayasa'nın 22. maddesine aykırı bulmuştur<sup>13</sup>. Ancak bu durum, söz konusu hakkın her zaman mahpuslar lehine yorumlanacağı anlamına gelmemektedir ki münferit AYM kararları da bunu doğrulamaktadır<sup>14</sup>.

Ayrıca, AYM kararlarınca ulusal kamu makamlarının sadece söz konusu hakka müdahale edilmemesi gibi bir negatif yükümlülüğünün olmadığını, özellikle tutuklular ve hükümlüler nezdinde mektuplaşmanın onların dış dünya ile bağlantılarında en önemli araçlardan biri olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak, dış dünya ile yeterli bir iletişim sürdürmelerinde yardım edilmesi ve bunun için onlara uygun desteği sunulması gerekildiğine hükmetmiştir<sup>15</sup>.

Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumlarınca mahpusların haberleşmeye saygı haklarına müdahalede bulunması durumuna ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir<sup>16</sup>. Buna göre;

1. Öncelikle haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale olup olmadığı tespit edilmelidir.

2. Yapılacak sınırlamanın da sınırlarının daha önce bir kanun ile belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu durum sınırlamadaki "Kanunilik" şartı için gereklidir. Ceza infaz kurumlarında haberleşmeye saygı hakkına sınırlama getirilebilmesi konusunda hükümler ihtiva eden kanunun açık, erişilebilir, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Türk hukukunda bu hüküm 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinde bulunmaktadır. Tekrardan belirtmek gerekir ki bu hüküm AİHM tarafından müdahalede bulunmak için açık, erişilebilir ve öngörülebilir olarak kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

3. Kanunilik aşamasından geçen bir müdahale için bu adımda "meşru amaç" ilkesi uygulanacaktır. Buna göre yapılacak söz konusu müdahalenin Anayasa madde 22/2'de sayılan sebeplere dayanılarak yapılması gerekmektedir. Örneğin, suç islenmesinin önlenmesi, kamu düzeni ve millî güvenlik bu sebepler arasında sayılabilir. Bu doğrultuda ceza infaz kurumları bu hakka müdahalede buldukları zaman söz konusu fıkradaki sebeplere dayanmak zorundadırlar. Kanunla veya idari işlemlerle bu sebepler genişletilemezler.

4. Haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahaleler hakların olağan dönemde kısıtlanmasını konu alan 13. maddesi uyarınca "ölçülülük ilkesine" uygun olmalı ve "demokratik bir toplumda gerekli" görülmelidir. AYM, demokratik toplumda gereklilik testinin "çoğulculuk, hoşgörü, acık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanması" gerektiğini belirtmiştir<sup>18</sup>. Bu aşamada somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında ceza infaz kurumlarının meşru amaca ulaşabilmek adına yaptığı müdahalelerin, objektif ve dışarıda bakan birini ikna edebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Söz konusu

<sup>13</sup> *Cumali Karsu*, B. No: 2014/971, 19/4/2017, § 30.

<sup>14</sup> *Turan Günana (3)*, B. No: 2013/8554, 4/11/2015, § 35.

<sup>15</sup> *Orhan Bingöl*, B. No: 2016/9154, 12/11/2019, § 29.

<sup>16</sup> *Ahmet Temiz*, B. No: 2013/1822, 20/5/2015, § 35-68.

<sup>17</sup> *Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 29/09/2008, § 51.

<sup>18</sup> *Abdullah Öcalan [GK]* B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 93; *Fatih Taş*, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§92-93.

müdahale, ölçülülük ilkesinin içinde bulunan “elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık” testinden geçmelidir<sup>19</sup>. AYM, özellikle ölçülülük testinde haberleşmeye saygı hakkının ilkelerini somut olaya dikkatle yorumlamakta ve mahpusların haklarının muğlak ifadelerle engellenmesini ihlal olarak nitelendirmektedir. Örneğin bir kararda, mahpusun araştırılması için resmi makamlar nezdinde girişimde bulunulması maksadıyla İnsan Hakları Derneği’ne göndermek istediği mektubun yalan yanlış ifadeler içerdiğinden bahisle alıkonulmasını “demokratik bir toplumda gerekli” ve “ölçülü” bulmamış ve ihlal kararı vermiştir<sup>20</sup>.

Aşağıda incelediğim AYM kararında da söz konusu kriterleri nasıl uygulandığı görülecek, ek olarak “adil denge” doktrininin kamusal makamlarca nasıl sağlanması gerektiği incelenecektir.

### 1.1. Mehmet Reşit Arslan (8) Kararı

Başvurucu, Mehmet Reşit Arslan, devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya çalışma suçundan hükümlü olarak Gaziantep L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır. Başvurucu daha önce kalmış olduğu Karaman’daki bir ceza infaz kurumuna, İnsan Hakları Derneği’ne, Türkiye İnsan Hakları Vakfı’na ve aynı zamanda yasal vasisi de olan yeğeni F.A’ ya birer mektup göndermek istemiştir. Derneğe ve Vakfa ilettiği söz konusu mektuplarda yoğun baka ve sigara dumanına maruz kaldığı hücresiyle alakalı olarak cezaevindeki koşulların kötülüğünden, ilaçlarının geciktirildiği veya hiç verilmediği gibi hususlardan yakınmış ve V.A. adındaki ikinci müdürün hakaret ve tehditlerine maruz kaldığını ve bu durum karşısında bakanlığın ve kurumun ilgisiz kaldığını yazarak Dernek’ten ve Vakıf’tan yardım talep etmiştir. Yeğeni F.A.’ya yazdığı mektupta da aynı şikayetlerinden bahsetmiş ancak ek olarak baş memur H’nin de hakaret ve tehditlerine maruz kaldığını yazmıştır. Bu mektuplarla ilgili olarak Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu (Disiplin Kurul) mektubun içerisinde Kurumu hedef gösteren ve iftira niteliği taşıyan ibareler bulunması sebebiyle mektupların alıkonulmasına karar vermiştir. Başvurucu bunun üzerine infaz hakimliğine başvurmuşsa da hakimlik de mektup içeriğindeki ifadelerin Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgiler niteliğinde olduğu, disiplin kurulu kararlarının usul veya yasaya uygun olduğu belirtilmiştir<sup>21</sup>. Başvurucu, infaz hakimliği kararlarına karşı ağır ceza mahkemesine gereken başvuruyu yapmışsa da ağır ceza hakimliği, infaz hakimliğinin kararının yasaya ve usule uygun olduğuna hükmetmiştir. Bunun üzerine başvurucu, 27/04/2017 tarihinde cezaevinde tutulduğu koşullar nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği ve mektuplara el konulması sebebiyle de haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Kötü muamele yasağının ihlaline dair daha önce hiçbir yere adli veya idari başvuruda bulunmadan AYM’ye bireysel başvuruda bulunduğu için başvuru yollarının tüketilmediğine karar verilmişse de haberleşme yasağının ihlali ile ilgili AYM tarafından incelenme yapılmıştır.

<sup>19</sup> Güngör, “Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, s. 521.

<sup>20</sup> *Akif İpek*, B. No: 2013/9456, 24/6/2015, §§ 71-74.

<sup>21</sup> *Mehmet Reşit Arslan (8)*, B. No: 2017/14700, 4/11/2020, § 14.

AYM, yukarıdaki sayfalarda verdiğim müdahalede bulunma sırasındaki genel ilkeleri söz konusu davada da aynı sırayla uygulamıştır. Öncelikle, haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale olup olmadığını incelemiştir (§ 32-34). Mektupların haberleşmeye saygı kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiş ve Disiplin Kurulu tarafından mektuplara el konulması ile müdahalenin gerçekleştirdiğine hükmetmiştir.

İkinci olarak söz konusu müdahalenin kanunilik incelemesine geçilmiştir (§ 37-38). Buna göre, 5275 sayılı Kanun'un açık, öngörülebilir ve erişilebilir olduğuna karar vermiş ve ceza infaz kurumlarının Anayasa'nın 22/3'teki istisnalar arasında olduğunu yinelemiştir.

Bilindiği üzere, ceza infaz kurumlarında haberleşmeye saygı hakkına müdahalede bulunulabilmesi için Anayasa'da tahdidi olarak sayılan belirli sınırlama sebepleri ileri sürülerek müdahalede bulunulabilir. Somut olayda da haberleşmeye saygı hakkına yapılan müdahalenin ceza infaz kurumunun düzeni ile disiplinin sağlanması, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması kapsamında yapıldığı, bu bağlamda yazışmaların denetlenmesine yönelik uygulamanın meşru amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır (§ 39-40).

Son aşamada ise demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük incelenmiştir. Buna göre öncelikle hükümlülerin haberleşmeye saygı haklarına yapılan müdahalelerdeki genel ilkeler değerlendirilmiş ve mevcut olaya uyarlanmıştır. Bu doğrultuda bu çalışmada yer verilen hususlar tekrarlanarak mahpusların da haberleşmeye saygı haklarına sahip oldukları vurgulanmış; ancak ceza infaz kurumlarında kalan kişilerin meşru olarak haklarının sınırlandırılabilmesine karar verilmiştir. Demokratik toplumda gereklilik tartışması yapılırken birbirinden bağımsız değerlendirme yapılamayacağı için Anayasa'nın 13.\_maddesinde yer verilen ölçülülük tartışmasına geçilmiştir. Ölçülülük ile ilgili olarak, söz konusu müdahalenin ulaşılmak istenen meşru amaç için elverişli olması (elverişlilik), başvurulabilecek en son çare (zorunluluk) ve müdahalenin alınabilecek en hafif önlem olarak (orantılılık) uygulanması gerekmektedir. AYM, söz konusu ölçülülük kriterlerini olaya uygulamıştır. Buna göre müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerektiğini yani ölçülülüğün "zorunluluk" kriterini sağlaması gerektiğini belirtmiştir (§ 48). Buna göre AYM'nin ilk olarak dikkat çektiği nokta infaz hakimliğinin ve ağır ceza hakimliğinin kararlarındaki gerekçelerin çok yetersiz kaldıklarıdır. Zira mezkûr makamlar, muhatap Dernek ve Vakfın yasal kuruluşlar olduğunu gözetmeden ve başvurucunun yeğeninin terör örgütü üyesi olduğuna dair somut bir veriye dayanmadan, mektubun örgütsel amaçlı haberleşme niteliğinde olduğu şeklinde bir gerekçeye yer vermiştir (§ 52).

Bilindiği üzere haberleşmeye saygı hakkına yönelik bir müdahale bakımından adil dengenin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde müdahaleyi gerçekleştiren kamu makamlarının ve derece mahkemelerinin karar gerekçesi büyük önem taşır. Zira AYM'nin de bu konudaki kararlarında belirttiği üzere amu makamlarının ve derece mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin zorunlu bir ihtiyaca karşılık geldiğini ve orantılı olduğunu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyma

yükümlülüğü vardır<sup>22</sup>. Aksi durumda temel haklara yönelik müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla haberleşme hürriyetine gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 22. maddesini ihlal edecektir<sup>23</sup>.

Ölçülülük kriterinin zorunluluk aşaması ile ilgili olarak doktrindeki görüş uyarınca bir müdahale söz konusu olduğunda en az sınırlayıcı olanın seçilmesi gereklidir.<sup>24</sup> AYM de söz konusu davada zorunluluk aşamasında müdahalenin zorunlu olmadığına hükmetmiş ve bununla ilgili şöyle demiştir; “Şayet Kurum, mektupta ikinci müdür ve baş memurun isimlerine yer verilmesini bu kişilerin hedef gösterildiği kanaatiyle sakıncalı bulmuş ise Kurumun mektubun tamamını alıkoymak yerine ilgili personelin isim ve unvanını karartmak suretiyle söz konusu sakıncayı kolay bir şekilde ortadan kaldırma imkânına sahip olduğu göz ardı edilemez” ( § 54). AYM, daha az sınırlayıcı bir yol olan söz konusu kişilerin isimlerinin karartılması imkânı varken mektupların bir bütün olarak ele alınmasının zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Bu nedenle başvurucunun haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

## 2. AİHM KARARLARINDA HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

### AİHS-Madde 8

#### Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

Yukarıda verilen, AİHS'nin 8. maddesinde de görüldüğü üzere haberleşmeye saygı hakkı AİHS'te T.C. Anayasası gibi tek bir madde olarak sunulmamış, özel yaşama saygı, aile hayatına saygı, konut dokunulmazlığı haklarıyla birlikte tek maddede yer verilmiştir. Bu doğrultuda AİHM içtihatlarına göre, haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale teşkil eden iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, sadece haberleşmeye saygı hakkını etkilememekte ayrıca yeri gelince özel yaşama saygı hakkını da ihlal eder nitelikte olabilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Kamil Özdemir, B. No: 2018/6656, 25/2/2021, § 42; Mehmet Reşit Arslan (3), B. No: 2013/1770, 10/3/2016, §§ 48, 49; Kahraman Güvenç, B. No: 2013/2072, 3/2/2016, §§ 43, 44; Tayfur Tunç, B. No: 2017/36327, 10/3/2020, § 55.

<sup>23</sup> Bekir Çelik ve diğerleri, B. No: 2018/29520, 19/11/2020, § 43; Musa Kaya (2), B. No: 2013/2351, 16/9/2015, § 63, 64

<sup>24</sup> Saadet Yüksel, Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü, Alfa Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, Ekim 2015, s. 234.

<sup>25</sup> Malone/Birleşik Krallık, B. No: 8691/79, 02/08/1984, § 64; Klass ve Diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 06/10/1978, § 41.



AİHM içtihadında haberleşme kavramı, bireyin diğer kişilerle mektup, elektronik posta, telefon, internet, teleks ya da faks gibi araçlarla kurduğu iletişimi de kapsar şekilde geniş yorumlamıştır<sup>26</sup>.

AİHM önünde haberleşmeye saygı hakkıyla ilgili olarak esasen yapılan başvurularda gerçek kişiler ihlal iddiasında bulunmuştur. Ne var ki bazı durumlarda tüzel kişi olan şirketlerin de başvurduğu görülmektedir. Örneğin *Bernh Larsen Holding AS ve Diğerleri* davasında başvurucular Norveç menşeli üç şirkettir ve tabii oldukları vergi incelemesi neticesinde ortak mesul oldukları bir sunucudaki bütün verilerin bir kopyasının vergi inceleme elemanına vermek zorunda olmalarının AİHS md. 8/1'i ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir<sup>27</sup>. AİHM, her ne kadar somut davada ihlal kararına hükmetmemişse de şirketlerin ihlal iddialarını konuta saygı hakkı yanı sıra bu çalışma için önemli sayılacak düzeyde haberleşmeye saygı hakkı çerçevesinde incelemiştir<sup>28</sup>.

AİHM'nin haberleşmeye saygı bağlamında sık sık incelediği bir diğer konu ise iletişimin denetlenmesi ve izlenmesi durumudur. AİHM, yukarıda açıklanan kanunilik şartı bakımından devletlere yetkisi altındaki kişilerin iletişimlerinin izlenmesine ve gizli dinlenmesine dayanak oluşturan yasada birtakım asgari standartların bulunması gerektiğini belirlemiştir. Buna göre söz konusu kanunda, izlemeye sebebiyet verecek suçların niteliği, iletişimlere izlenecek kişilerin detaylı listesi, izleme sürelerine ilişkin bir sınır, iletişimin izlenmesi halinde elde edilecek verilerin incelenme, kullanılma ve saklanma usulü, izlenme ile elde edilen verilerin başka kurum veya kuruluşlarla paylaşılmasına ilişkin önlemler, izlenme ile elde edilen verilerin tedbir sonrası silinme ya da ortadan kaldırılma şartlarının detaylıca açıklanmış olması gerekmektedir<sup>29</sup>. Paralel olarak AYM de haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahaleleri düzenleyen kanuni düzenlemenin açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması yönündeki içtihadı yukarıda açıklanmıştı.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise bir önceki bölümde de açıklandığı üzere, devletlerin haberleşmeye saygı hakkı bağlamında sadece müdahale etmeme gibi bir negatif yükümlülüklerinin olduğu değil pozitif yükümlülüklerinin de bulunmasıdır. Bu hüküm sadece AYM kararları ile tasdik edilmemiş, ayrıca AİHM kararlarına da konu olmuştur. Şöyle ki; devletlere özel konuşmaların kamusal alanda ifşa edilmemesini sağlama veya özel mesajlaşmaların kamusal alanda ifşa edilmesini engelleme yükümlülüğüne hükmettiği *Craxi v İtalya*<sup>30</sup> davası buna örnek gösterilebilir. Pozitif yükümlülüğe dair bir örnek dava ise *Bărbulescu v Romanya* davasıdır. Söz konusu davada işyerinde mesleki nitelikte olmayan haberleşmelerle ilgili kamusal makamların pozitif yükümlülüğünün olduğuna hükmetmiştir<sup>31</sup>.

AİHM nezdinde bir dava incelenirken kamusal makamların o hakka müdahalesinin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa da hukuka uygunluğunun

<sup>26</sup> William A Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2015, s. 400.

<sup>27</sup> Öncü, 2019, s. 134.

<sup>28</sup> *Bernh Larsen Holding AS ve Diğerleri/Norveç*, B. No: 24117/08, 08/07/2013, § 105-107.

<sup>29</sup> *Amann/İsviçre*, B. No: 27798/95, 16/02/2000 § 56-58.

<sup>30</sup> *Craxi (No. 2)/İtalya*, B. No: 25337/94, 17/10/2003, § 68-76.

<sup>31</sup> *Bărbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 05/10/2017, § 115-120.

denetlenmesi amacıyla AİHM, birtakım ölçütler getirmiştir. Buna göre müdahalenin “hukuka uygun olması”, bir veya daha fazla “meşru amaç” gütmesi ve bu amaçlara ulaşmak için “demokratik toplumda gerekli” olması gerekir<sup>32</sup>.

AİHM, kamusal makamların mahpusların haberleşmeleri üzerinde bir derece kontrol etmelerini hukuka uygun bulabilmektedir. Ancak söz konusu müdahale veya kontrol sözleşmenin 8. maddesine uygun olarak güdülen meşru amaçların getirdiklerini aşmamalıdır. Hükümlülerin veya tutukluların dış dünyayla iletişimini izlemek gerekli olabileceksede bu noktada uygulanacak kurallar kamusal makamların keyfi müdahalesine karşı mahpusa uygun koruma sağlamalıdır<sup>33</sup>.

Örgütsel suçlardan hüküm giymiş mahkumlar arasındaki haberleşmeye direkt olarak inceleme yapılmaksızın müdahale edilmesi AYM’ye aykırı bulunmuşken, AİHM’nin benzer bir olayda bakış açısı daha farklıdır. Buna göre AİHM tarafından mahpusların haberleşmelerinin bir ölçüye kadar denetlenmesinin sözleşmeyi ihlal oluşturmayacağını, ihlal değerlendirmesinde bulunurken müdahalede bulunan ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimlerinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>34</sup>. Ancak, söz konusu mahpuslar olduğunda AİHM, olayın gereklilikleri doğrultusunda karar vermektedir. Örneğin, *McCallum/Birleşik Krallık* kararında da görüldüğü üzere ulusal makamların mahpusa disiplin cezası olarak bir süre mektup gönderip alınmasının yasaklanması şeklinde hakka yapılan müdahaleyi sözleşmenin ihlali olarak yorumlamıştır<sup>35</sup>.

Bir önceki bölümde incelenen AYM kararı, bilindiği üzere mahpusların haberleşmeye saygı haklarına müdahalenin ulusal boyutunda incelenmişti. Daha rahat kavranması amacıyla bu bölümde AİHM’nin, mahpusların haberleşmeye saygı haklarına ulusal makamlar tarafından müdahale yapılması halinde, verdiği kararlar incelendikten sonra belirli olarak *Pfeifer ve Plankl v. Avusturya* kararı üzerinde durulacaktır. Hatırlanacağı üzere yukarıda incelenen kararında AYM, söz konusu mektubun el konulmasına sebep olan söylemlerdeki hapisane görevlilerinin isimlerinin üzerinin karalanabileceksen tamamen mektuplara el konulmasını “zorunluluk” kriterine uymadığını, zira hakkı daha az sınırlayan yöntem varken kullanılmadığına hükmetmiştir. *Pfeifer ve Plankl v. Avusturya* kararında ise Heinrich Pfeifer ve Margit Plankl, Avusturyalı yetkililerin birbirlerine gönderdikleri mektuplardaki bazı ibarelerin karartılmasının kamusal makamlar tarafından haberleşmeye saygı haklarına ihlal boyutunda bir müdahalede bulduklarını ileri sürmektedirler.

### 2.1 Pfeifer And Plankl V. Avusturya

İkisi de Avusturya vatandaşı olan Bay Heinrich Pfeifer ve Bayan Margit Plankl, 1982 yılında gözaltına alınmışlar ve devamında tutuklanmışlardır. Daha sonraları

<sup>32</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, Avrupa Konseyi, Nisan 2019, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf) (31.05.2021), s. 102.

<sup>33</sup> *Doerga/Hollanda*, B. No: 50210/99, 27/07/2004, § 53.

<sup>34</sup> *Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 15672/2008, 11/04/2011, § 51.

<sup>35</sup> *McCallum/Birleşik Krallık*, B. No: 9511/81, 30/08/1990, § 31.

hüküm giymişler ve 1984 yılında Bay Pfeifer'in cezası Anayasa Mahkemesi tarafından onanmıştır<sup>36</sup>.

1983 yılının yaz aylarında henüz tutuklu iken başvurucular birbirleriyle mektuplaşmışlardır. Mektuplarla ilgili olarak soruşturma yargıcı, Bayan Plankl'ın Bay Pfeifer'a yazdığı bir mektubun üstünü çizerek ve bazı bölümleri okunaksız hale getirerek sansürlemiştir. Buna göre söz konusu mektubun sansürlenmiş hali şöyledir; “Bu maymun evinde hala normal olan biri var mı merak ediyorum. Günlük hayatlarında bir hiç olanlar burada kendilerini tanrı sanıyorlar. Ancak memurlardan bazıları bize misafir gibi davranıyorlar. **Sansürlenmiş kısım**. Her zaman kadınları kapı deliğinden gözetliyorlar, röntgenci maymunlar! Nefret ediyorum!”

Bunun üzerine Bayan Plankl, söz konusu sansürün hukuka aykırı olduğu yönünde mahkemeye itiraz etmiştir. Çünkü ulusal hukuka bakılacak olursa Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu 187/2 uyarınca mahpusların mektuplaşmaları durdurulabilir ancak mektupları okunaksız hale getiremezdi. Ayrıca kanunun mektuplara sansür uygulanması tedbiri tahdidi olarak sayılmıştır; buna göre gözaltının amacına halel getirecek veya suç işlenmenin işlenmesi durumlarında mektuplardaki belirli kısımlar sansürlenebilmektedir. İtiraz makamı olan mahkeme uyarınca, görev başındaki memurları aşağılayıcı şekilde şaka amaçlı mektuplar göndermek Avusturya Ceza Kanunu 117/2 uyarınca da suç teşkil etmektedir, dolayısıyla Bayan Plankl'ın mektubuna yapılan sansür hukuka uygun bulunmuştur. Bunun üzerine Bayan Plankl, davayı Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, “Bir mektubun bir kısmının sansürlenmesi, mektubu durduraktan daha az müdahale eden bir önlemdir. Bu nedenle, bu tedbir, Ceza Muhakemeleri Kanunu 187/2 uyarınca soruşturma yargıcının yetkisi dahilindedir ve Bayan Plankl'ın haklarını ihlal etmemiştir. Dahası, raporda vurgulandığı üzere, cezaevi görevlilerine hakaret niteliğinde şakalar olarak tanımlanan söz konusu pasajlar, görevlerini yerine getirirken memurlara hakaret teşkil ettiği için, 187/2 uyarınca bir sansür tedbirini haklı gösterebilecek bir suç teşkil etmiştir.

1. Mahkeme ilk olarak Bayan Plankl'ın mektubunun sansürlenmesi ile ilgili olarak kamusal makamların bir müdahalesinin olup olmadığını incelemiş ve elbette ki bu durumun bir müdahale niteliği taşıdığına hükmetmiştir (§ 43)

2. Mahkeme daha sonra söz konusu müdahalenin meşru amaç içerisinde yapıp yapılmadığını incelemiş ve Ceza Muhakeme Kanunu 187/2 de hasredilmiş olan “başkalarının haklarının korunması” ve “suçun önlenmesi” sınırlama sebeplerinin meşru amacı karşıladığına hükmetmiştir. (§ 44). Buna ek olarak her ne kadar Mahkeme kanunilik denetimini yapmamış olsa da söz konusu kanunun, meşru amacı zımni olarak ihtiva ettiği söylenebilir.

3. Müdahale, meşru amaç ve zımni olarak kanunilik denetimi de yapıldıktan sonra söz konusu müdahalenin “demokratik toplumda gerekliliğini” incelemiştir (§ 45). Bununla birlikte Mahkeme, doğası gereği mahpuslardan haberleşmeye saygı haklarının engellenebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, Bayan Plankl'ın verdiği ifadeden, mektubun daha çok cezaevi koşullarına ve özellikle belirli cezaevi görevlilerinin

<sup>36</sup> Pfeifer ve Plankl/Avusturya, B. No: 10802/84, 25/02/1992, § 16.

davranışlarına yönelik eleştirilerden oluştuğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, mektupta kullanılan bazı ifadeler şüphesiz oldukça güçlü olsa da ilgili mevzuat uyarınca, yalnızca Bay Pfeifer ve soruşturma yargıcı tarafından okunması gereken özel bir mektubun parçasıydılar.

Demokratik toplumda gereklilik şartının sağlanıp sağlanmadığı denetlenmeden önce bu dava nezdinde olmasa da AİHM'nin mahpusların iletişimine konulan kısıtlamalarda meşru amaç kriterini değerlendirirken yapmış olduğu tespitlere dikkat çekilmelidir. AİHM, Öcalan/Türkiye (2) davasında diğerlerinden daha farklı nitelik taşıyan mahpuslar bakımından münferit değerlendirmelerde bulunmuştur. Söz konusu davada Abdullah Öcalan avukatıyla ve yakınlarıyla yapmakta olduğu iletişimine kısıtlamalar getirildiğinden dolayı şikayette bulunmuştur. AİHM, Abdullah Öcalan'ın durumunu dikkate almış ve diğer cezaevlerinde tutulmakta olan mahkumlara uygulanan kurallarla karşılaştırıldığında başvurusunun daha fazla kısıtlamaya tabi tutulduğunu tespit etmiştir. Ancak AİHM'nin tespit ettiği üzere, mahpuslarda cezaevlerinde bulunma sebepleri terör faaliyetleri olduğunda, ulusal makamlar toplumu şiddet eylemlerine karşı korumak amacıyla ve gerekli olduğu oranda bu kişilere meşru kısıtlamalar uygulayabilirler.<sup>37</sup> Sonuç olarak, AİHM, PKK'nın eylemlerine ilişkin haberleşmenin engellenmesine yönelik olarak uygulanan denetimler ve sansürler bir kenara bırakıldığında, başvuran ile aile bireyleri arasındaki haberleşme normal olarak işlediğine hükmetmiştir. Buna göre, başvurucuya getirilen kısıtlamaların kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve suç islenmesinin önlenmesi meşru amaçlarına dayandığına karar vermiştir ve haberleşme hürriyeti bakımından sınırın asılmadığını belirterek ihlal olmadığını karar vermiştir<sup>38</sup>.

Paralel tespitler AYM tarafından da yapılmış ve şu zamana kadar mahkumların iletişimlerinin denetlenmesi ve kısıtlanması bakımından "meşru amaç" kriterinden dolayı ihlale hükmedilmemiştir<sup>39</sup>.

Yukarıda da vurgulandığı üzere tekli mahkeme kararları çerçevesinde başka mahkeme kararlarına da değinilmiştir. Demokratik toplumda gereklilik şartı bakımından bakıldığında ise mahkumların haberleşmesi söz konusu olduğunda AİHM tarafından birçok kez üzerinde durulan *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasına da bakılmalıdır. Bu davada Mahkeme, yetkilileri kasten aşağılayan söylemler içeren mektupların durdurulmasını demokratik toplumda gerekli bulmamıştır<sup>40</sup>. Bu yöndeki içtihadından somut davada da ayrılmayan Mahkeme, Bayan Plankl'ın gönderdiği mektuplardaki pasajların silinmesinin mektupların el konulması bakımından kuşkusuz daha az ciddi bir müdahale olarak görmüş, dolayısıyla yapılan müdahalenin zorunluluk kriterinden geçtiğine hükmetmiştir. Ne var ki Mahkeme, yapılan müdahalenin ölçülülük aşamasının son kriteri olan orantılılık kriteri bakımından orantısız bulmuş ve Avusturya makamları tarafından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ancak

<sup>37</sup> Öcalan/Türkiye (No 2), B. No. 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07, 18/03/2014, § 135.

<sup>38</sup> Öcalan/Türkiye (No 2), §§ 163-164.

<sup>39</sup> Ramazan Onur Karadeniz, "Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, Sa. 1, s. 438.

<sup>40</sup> *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25/03/1983, § 105.

mahpusların haklarının yorumlanması bakımından Mahkeme'nin geniş yorumu kararın devamında görülebilmektedir. Zira Mahkeme, kararın 47. paragrafında da belirttiği üzere "her ne kadar mektuplardaki pasajların silinmesi hakkı daha az sınırlayıcı bir yöntem olacaktıysa da somut olayın şartlarında bunun da orantılı olmayacağı" kanaatindedir.

### 3. ABD YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

ABD Yüksek Mahkemesi kararları incelenirken önce söz konusu hakkın ABD Anayasası'nın hangi maddesinde-değişikliğinde (*amendment*) yer aldığı öğrenilmelidir. Sonrasında bu hakkı ihtiva eden maddeyle alakalı Yüksek Mahkeme kararları incelenebilir. Ancak söz konusu haberleşmeye saygı hakkı olduğunda yapılacak çalışma daha farklı olacaktır, zira haberleşmeye saygı hakkı ABD Anayasası'nda bulunmamaktadır<sup>41</sup>.

ABD Anayasası'nın Dokuzuncu Değişikliği uyarınca, "*Anayasadaki belirli hakların sayılması, halkın elinde bulunan ancak sayılmayan diğer hakları inkâr veya aşğılama olarak yorumlanamaz*"<sup>42</sup>. Haberleşmeye saygı hakkı da bu sayılmamış haklardan biridir. Haberleşmeye saygı hakkının Anayasa'da bulunmaması bu hakkın Yüksek Mahkeme nezdinde korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki gerek sıradan vatandaşlar gerekse de mahpuslar ile ilgili Yüksek Mahkeme'nin 150 yılı aşkın süredir verdiği kararlar bulunmaktadır. Ayrıca haberleşmeye saygı hakkı, ABD'nin de onayladığı 1948 tarihli BM İnsan Hakları Bildirgesi'nde de yer almaktadır<sup>43</sup>.

ABD Anayasası'nda direkt olarak haberleşmeye saygı hakkının korunmadığı bilgisine yer verilmişti. Ne var ki bu durum, Yüksek Mahkeme kararlarında haberleşmeye saygı hakkının korunmadığı anlamına gelmemektedir. ABD Anayasası'ndaki başka bir hüküm aracılığıyla bu hak incelenmektedir. Bu hakkın Yüksek Mahkeme nezdinde ele alınmasını sağlayan hüküm ABD Anayasası'nın Dördüncü Değişikliği'dir. Buna göre "*Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağışlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir*"<sup>44</sup>. Haberleşme hakkına saygı her ne kadar Dördüncü Değişiklik'te hasredilmemişse de içtihat hukukunda "*Gizlilik Beklentisi*" (*The expectation of privacy*) kavramı bu değişiklik doğrultusunda geliştirilmiştir. Gizlilik beklentisi, gizlilik korumalarının uygulanabilirlik kapsamını tanımlamada çok önemli olan yasal bir testtir. Gizlilik beklentisi ABD Yüksek Mahkemesi tarafından gelişen

<sup>41</sup> <https://www.marottaonmoney.com/the-right-to-privacy-of-correspondence-is-inviolate/> (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

<sup>42</sup> <https://www.heritage.org/constitution/#!/amendments/9/essays/162/rights-retained-by-the-people> (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

<sup>43</sup> Madde 12- Kimse özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz.

Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır. (<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 22.12.2020).

<sup>44</sup> <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf%20>, s. 37, (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

teknolojik değişimlere de uyarlanmıştır. Şöyle ki, 1967 yılında Yüksek Mahkeme'nin *Katz v. United States* kararında da vurgulandığı üzere telefon konuşmaları sırasında konuşan taraflar haklı olarak bir "gizlilik beklentisi" içerisine girmektedirler. *Katz v. United States* davasında da aramanın yapıldığı telefon kulübesi FBI ajanları tarafından dinlenmiş ve söz konusu dinleme sonucu elde edilen deliller aracılığıyla kişi mahkum edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise yapılan dinlemenin ABD Anayasası'nın Dördüncü Değişikliği'ni ihlal ettiğine hükmetmiş ve telefon görüşmeleri sırasında oluşan "gizlilik beklentisi"ne vurgu yapmıştır<sup>45</sup>.

ABD Yüksek Mahkemesi, mahpusların haberleşmeye saygı haklarına müdahale olduğunda esas olarak bu hakka bakmadan önce ABD Anayasası'nın ihtiva ettiği başka haklar aracılığıyla bu hakka ilişkin davalara bakmaktadır. Bu konuda yüksek önem addedilen *Procunier v. Martinez* davası incelenmeden önce mahpusların haberleşme haklarına saygı gösterilmesiyle ilgili *Shaw ve diğerleri v. Murphy* davasına bakılmalıdır. Söz konusu davadaki olay, mahpus Kevin Murphy'nin başka bir mahpus arkadaşına hukuki destek sağlama amacıyla gönderdiği mektubun hapisane tarafından el konulması ve hapisane kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle mahpus Kevin Murphy'ye disiplin cezası verilmesidir. Söz konusu davada Yüksek Mahkeme, mahpusların birbirleriyle olan iletişimlerinde haberleşmeye saygı haklarına yapılan müdahalenin boyutunu tartışmamış<sup>46</sup>, ancak Birinci Değişiklik'le korunan hukuki yardım sağlama hakkının mahpuslara uygulanmayacağına hükmetmiştir.

Çalışmanın ilk iki bölümde, mahpusların haberleşmelerine saygı haklarına kamusal makamlar tarafından yapılan müdahalelerin AYM ve AİHM tarafından denetlenmeleri ve mezkûr müdahalelere mahkemelerin bakış açıları sunulmuştur. Çalışmada yeknesaklığı sağlamak için incelenen ilk iki davaya benzer bir ABD Yüksek Mahkemesi davası incelenecektir.

### 3.1. Procunier V. Martinez

Bu dava ABD Yüksek Mahkemesi'nde 1974 yılında görülmüştür. Davanın konusu şudur; Kaliforniya Ceza İnfaz Dairesi Müdürü (Müdür), mahkumların postalarının sansürlenmesini düzenleyen, mahkumlarla avukat-müvekkil görüşmeleri yapmak için hukuk öğrencilerinin ve yasal yardımcı profesyonellerin kullanımına yasak getiren düzenleme getirmiştir. Bay Martinez ve diğer mahkumlar bu yasağa karşı bütün hukuki yolları kullanmışlar en sonda ise dava, Yüksek Mahkeme'ye gitmiştir.

Kaliforniya Ceza İnfaz Dairesi Müdürü tarafından birden çok karar çıkarıldı. Yayınlanan ilk karara göre cezaevi görevlilerine tüm mahkum postalarını okuma ve sansürleme yetkisi veren düzenlemeleri kabul edilmiştir. Bir diğer karar uyarınca, "haksız yere şikayet eden" veya "şikayetleri büyüten" mahkum mektupları yasaklanmıştır. Son düzenleme uyarınca da "kışkırtıcı siyasi, ırksal, dini veya diğer görüş veya inançları" ifade eden mahkumların mektupları yasaklanmıştır. Kısacası bu kararlar, cezaevi görevlilerinin bu tür mektupları kontrol etmek için tüm mahkumların

<sup>45</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#tab-opinion-1946919> , (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

<sup>46</sup> Bu noktada söz konusu davada Hakim Ginsburg'un ek görüşüne bakılabilir. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/99-1613> , (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

postalarını izlemelerine izin vermiş ve mahkûmların olumsuz kararlara itiraz etmeleri için hiçbir usul mekanizması sağlamamıştır<sup>47</sup>.

İçlerinde Robert Martinez'in de bulunduğu bir grup mahkum kararı yargıya taşımıştır. Ancak, yargılama sırasında Kaliforniya Federal Mahkemesi sadece haberleşmeye saygı hakkına müdahale kurumunu incelemekle kalmayıp, ayrıca ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği de incelemiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünü koruyan ilk değişiklik üzerinden karar verilmiştir. Üç hâkimden oluşan Federal Mahkeme, Müdürlüğün kararlarını geçersiz kıldı ve dava ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır.

ABD Yüksek Mahkemesi, haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturacak mektupların sansürü uygulamasının, birkaç şartı sağlaması halinde hukuka uygun olacağına hükmetmiştir. Buna göre söz konusu müdahale;

1. Güvenlik, düzen ve mahkûmların rehabilitasyonu ile ilgili ve önemli hükümet menfaatlerinden bir veya daha fazlasını geliştirecek nitelikte olmalıdır.

2. Söz konusu müdahale, ilgili meşru devlet menfaatini ilerletmek için gerekenden daha büyük olmamalıdır.

3. Belirli bir mektubun teslimini sansürleme veya teslimini durdurma kararına, keyfilğe veya hataya karşı asgari usule ilişkin güvenceler eşlik etmelidir.

Yukarıda verilen kriterler dikkate alındığında, Müdürlüğün çıkardığı kararlardan olan yazışmaların sansürlenmesinin, bu şartları sağlamadığına hükmedilmiştir<sup>48</sup>. Ayrıca kararda haberleşmeye saygı hakkı özelinde mektupla iletişim şöyle tarif edilmiştir: *"Mektupla iletişim, kelimelerin kâğıda yazılmasıyla gerçekleşmez. Daha ziyade, mektubun muhatap tarafından okunduğu zaman gerçekleşir. Yazışmanın her iki tarafı da bu sonucu güvence altına almakla ilgilenir ve aralarındaki iletişimin sansürlenmesi zorunlu olarak her birinin çıkarını etkiler. Bir mahpusun bir yabancıyla sansürsüz yazışma iddiasının durumu ne olursa olsun, mahpusun menfaatinin Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü garantisine dayandığı açıktır ve bu, tutuklu olmayan alıcının belirli bir mektubun yazarı veya hedeflenen alıcısı olup olmadığına bağlı değildir. Muhatap için olduğu kadar doğrudan kişisel yazışmayı gönderen de Birinci ve On Dördüncü Değişiklikler'den amaçlanan iletişime yönelik gerekçesiz hükümet müdahalesine karşı bir koruma sağlar."*

Daha önce de açıklandığı üzere haberleşmeye saygı hakkı ABD Anayasası'nda özel olarak korunmuş bir hak değildir. Ancak keyfi aramayı engelleyen Dördüncü Değişiklik, ifade özgürlüğünü koruyan 1. Değişiklik veya kamusal organların gerekçesiz müdahale etmesini engelleyen 14. Değişiklik haberleşmeye saygı hakkına ABD Yüksek Mahkemesi nezdinde temel oluşturabilmektedir. İncelenen *Martinez* kararında görülecektir ki haberleşmeye saygı hakkı bakımından ABD Yüksek Mahkemesi, AYM veya AİHM gibi kanunilik, meşru amaç veya ölçülülük gibi bir standart kriterler

<sup>47</sup> <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/538/proconier-v-martinez> , (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

<sup>48</sup> <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/416/396.html> [416 U.S. 396, 399], (Son Erişim Tarihi: 20.12.2020).

geliştirmemişse de söz konusu müdahalenin meşruiyeti bakımından somut olayda üç aşamalı bir kriter geliştirmiştir. Bu nedenle, Müdürlüğün kararlarını hukuka uygun bulmayan Kaliforniya Federal Mahkemesi kararını onamıştır.

Ayrıca dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da şudur, ABD Yüksek Mahkemesi bu davada aynı AYM'nin yaptığına benzer bir yöntem izlemiştir. Buna göre Yüksek Mahkeme, "Mahkumların hayatlarını daha az kısıtlayıcı bir düzenlemenin idareye gereksiz yere yük getireceği de idare tarafından gösterilmediğine" hükmetmiştir<sup>49</sup>. Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme mahkumların özgürlüklerini kısıtlayan yöntemlerin seçilmesi konusunda idarenin daha az kısıtlayıcı yöntemin seçilip seçilmeyeceğini gözetmesi gerektiği vurgulamış ve idarenin daha az kısıtlayıcı yöntemlerle aynı sonuca ulaşamayacağını ispat edemediğine hükmetmiştir.

Bu davayla ilgili son olarak şu söylenebilir ki ABD'de de mahkumların hakları özellikle son 50 yılda iyi bir pozitif ivme yakalamıştır. Neticede 1871 yılında *Ruffin v. Commonwealth* kararında ABD Yüksek Mahkemesi mahkumları "ölü bir adam" olarak nitelendirmiştir<sup>50</sup>. Ayrıca bu kişilerin hem haklar hem özgürlüklerinden mahrum olduklarını belirtmiştir<sup>51</sup>. Ne var ki, mahkumlara karşı bu olumsuz tutum devam etmemiş aksine gelişmiştir. Bu gelişim *Procunier v. Martinez* kararıyla aynı yıl sonuçlanan *Wolff v. McDonnell* kararında da vurgulanmıştır. Bu kararda Mahkeme şöyle bir tespitte bulunmuştur; Anayasa ile bu ülkenin cezaevleri arasına çekilmiş demir perde bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Dolayısıyla ilk başta mahkumları "bir insan" olarak dahi tanımlamayan yaklaşımdan yaklaşık 100 yıl içerisinde mahkumların ifade özgürlüğünün dahi korunması ve gereksiz bir şekilde haklarının sınırlandırılmaması gerektiği yönünde müspet yönde değişim dikkate değer olmanın yanı sıra da kanımızca takdire şayandır.

## SONUÇ

Bu çalışmada haberleşmeye saygı hakkı bağlamında birçok karara karşılaştırmalı olarak yer verilmişse esas olarak yeknesaklığı sağlamak amacıyla mahpusların haberleşmeye saygı haklarına yapılan müdahalelerin üzerinde durulmuştur. Kamusal makamlar tarafından yapılan bu müdahalelere mahkemelerin bakış açılarının ve uyguladıkları kriterlerin farklı oldukları görülmektedir. Örneğin AYM, mektuplarda geçen ibareler nedeniyle mektuba el konulmasında daha hafif müdahale eden bir yöntem olan ilgili ibarelerin karartılmasını önerirken AİHM, çok benzer bir davada mektupta geçen ibarelerin karartılmasıyla ilgili olarak AYM'den daha geniş yorumlamış ve ibarelerin karartılmasını orantısız bulmuştur. Benzer bir olaya ABD Yüksek Mahkemesi'nin bakış açısı ise tamamen farklıdır. ABD Anayasası'nda haberleşmeye saygı hakkı ile ilgili olarak özel bir madde hasredilmemişse de başka maddedeki haklar ile beraber yorumlanarak karar verilmiştir ki bu yaklaşım çalışmada incelenen AYM ve AİHM yaklaşımlarından tamamen farklı olduğu görülebilmektedir.

<sup>49</sup> Page 416 U.S. 420.

<sup>50</sup> *Ruffin v. Commonwealth*, 62 Va. 790, 21 Gratt. 790 (1871), §1026, (<https://cite.case.law/va/62/790/>) (Son Erişim Tarihi: 18.05.2021).

<sup>51</sup> Dilşad Çiğdem Sever, "Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı", TBB Dergisi (122), 2016, s. 149.

<sup>52</sup> *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974), §§ 555-556, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/539/>) (Son Erişim Tarihi: 18.05.2021).



Kanımcıca, bu yargısal makamların hakkı farklı yorumlamasının bir nedeni mezkûr hakkı ihtiva eden metinlerin farklılık göstermesidir. Haberleşmeye saygı hakkına T.C. Anayasası'nda ayrı bir madde ihdas edilmişken, AİHS'te dört hakla beraber tek maddeye bu hüküm konmuştur. ABD Anayasası'nda ise özel olarak bir madde yer almamaktadır. Bir diğer nedeni ise müdahale ile ilgili hükme ulaşırken mahkemelerin farklı açılardan bakmasıdır. İncelenen kararda AYM, ölçülülük içerisinde "adil denge" doktrinini açıklamış sonrasında ise müdahale zorunluluk aşamasında takılmıştır. AİHM ise demokratik toplumda gereklilik bağlamında yapılan müdahalenin orantısız olduğuna hükmetmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi ise haberleşmeye saygı hakkı bağlamında "gizlilik beklentisi" kavramı üzerinde durmuş ise de Martinez, kararını başka bir değişiklik kapsamında (1. Değişiklik; İfade Özgürlüğü) incelemiştir ve oradan ihlale hükmetmiştir. Ancak bu hüküm sırasında haberleşmeye saygı hakkına dair kriterler getirdiği görülmektedir.

Son olarak şunu hatırlatmak gerekir: Bu makale farklı mahkemelerin perspektiften haberleşmeye saygı hakkına değinmiştir. Görülmüştür ki, mezkûr hakka müdahale bağlamında karşılaştırmalı mahkeme kararlarında benimsenmiş yeknesak bir yöntem yoktur. Bu durum mezkûr hakkın hem zayıf noktası hem de güçlü noktası olarak görülebilir. Zira hakkın evrensel niteliği sabit kalsa da mahkemelerin yorumlanması farklılık arz ederek bir bütün şeklinde olan evrensel hukuku geliştirmektedir. Bu konuda ortak bir yöntemin bulunup bulunamayacağı bir başka çalışmanın konusudur.

**KAYNAKÇA**

- Altınsoy, Bülent, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı, TBB Dergisi (115), 2014.
- Altıparmak, Kerem, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBB Dergisi, (63), 2006.
- Güngör, Burak, Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2018.
- Karadeniz, Ramazan Onur, Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Sa. 1, 2016.
- Schabas, William A. The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 2015.
- Sever, Dilşad Çiğdem, Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı, TBB Dergisi (122), 2016.
- Öncü, Gülay Arslan, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, Ocak 2019.
- Yüksel, Saadet, Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü, Alfa Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, Ekim 2015.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, Avrupa Konseyi, Nisan 2019, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf) (31.05.2021).

**AYM KARARLARI**

- Veysel Kaplan (4), B. No: 2014/2795, 30/6/2016
- Yasemin Çongar ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7054, 6/1/2015
- Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015
- İbrahim Uysal, B. No: 2014/1711, 23/7/2014
- Cumali Karsu, B. No: 2014/971, 19/4/2017
- Turan Günana (3), B. No: 2013/8554, 4/11/2015
- Orhan Bingöl, B. No: 2016/9154, 12/11/2019
- Ahmet Temiz, B. No: 2013/1822, 20/5/2015
- Mehmet Reşit Arslan (8), B. No: 2017/14700, 4/11/2020
- Emsan Öner, B. No: 2013/1504, 03/02/2016
- Kamil Özdemir, B. No: 2018/6656, 25/2/2021
- Mehmet Reşit Arslan (3), B. No: 2013/1770, 10/3/2016
- Kahraman Güvenç, B. No: 2013/2072, 3/2/2016

Bekir Çelik ve diğerleri, B. No: 2018/29520, 19/11/2020

Musa Kaya (2), B. No: 2013/2351, 16/9/2015

Tayfur Tunç, B. No: 2017/36327, 10/3/2020

Abdullah Öcalan [GK] B. No: 2013/409, 25/6/2014

Fatih Taş, B. No: 2013/1461, 12/11/2014

Akif İpek, B. No: 2013/9456, 24/6/2015

### **AİHM KARARLARI**

Gülmez/Türkiye, B. No: 16330/02, 29/09/2008

Malone/Birleşik Krallık, B. No: 8691/79, 02/08/1984

Klass ve Diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 06/10/1978

Bernh Larsen Holding AS ve Diğerleri/Norveç, Başvuru No: 24117/08, 08/07/2013

McCallum/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9511/81, 30/08/1990

Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye, B. No: 15672/2008, 11/04/2011

Amann/İsviçre, B. No: 27798/95, 16/02/2000

Erdem/Almanya, B. No: 38321/97, 05/07/2001

Craxi/İtalya (No. 2), B. No: 25337/94, 17/10/2003

Bărbulescu/Romanya, B. No: 61496/08, 05/10/2017

Doerga/Hollanda, B. No: 50210/99, 27/07/2004

Pfeifer ve Plankl/Avusturya, B. No: 10802/84, Karar Tarihi: 25/02/1992

Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25/03/1983

Öcalan/Türkiye (No 2), B. No. 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07, 18/03/2014

### **ABD YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI**

Ex parte Jackson 96 U.S. 727 (1877)

Procunier v. Martinez 416 U.S. 396 (1974)

Shaw ve diğerleri v. Murphy 532 US 223 (2001)

Katz v. ABD, 389 U.S. 347 (1967)

Ruffin v. Commonwealth, 21 Gratt. 790 (1871)

Wolff v. McDonnell 418 U.S. 539 (1974)

**KAMBIYO SENETLERİ İLE MAKBUZ SENETLERİNİN BENZER VE FARKLI YÖNLERİ\*\*\*****Av. Ekin Cansu KAMACI\*\*\*****Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER\*\*\*\*****ÖZ**

Ticari ilişkilerin güvenli ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla mevzuatta bazı düzenlemelerin yapılması gerekli olmuştur. Bu düzenlemelerin başında kıymetli evrak gelmektedir. Kıymetli evrak, ticari ilişkilerin hızlı ve güvenli bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Kıymetli evrak, birden fazla sınıfı olan bir senettir. Kıymetli evrak; senedin içerdiği hak, hakkın senede bağlı olup olmaması, senedin çıkarılma şekli, devredilme şekli gibi sınıflara ayrılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan senedin içerdiği hakka göre ayrılan kambiyo senetleri ile makbuz senetleri birbirine benzemektedir. Ancak iki senedin farklı yönleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin benzer ve farklı yönleri incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kıymetli evrak, kambiyo senetleri, makbuz senetleri.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31/05/2021

Kabul Edildiği Tarih: 18/06/2021

\*\* Bu makale "Makbuz Senetleri ile Ürün Senetlerinin Karşılaştırılması" adlı Yüksek Lisans Tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

\*\*\* Hatay Barosuna bağlı Avukat, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi  
E-Mail: ekincns-kamaci@hotmail.com  
ORCID: 0000-0003-2001-5157

\*\*\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
E-Mail: fahrettinonder@sdu.edu.tr  
ORCID: 0000-0002-1808-5378

## SIMILAR AND DIFFERENT ASPECTS OF BILLS OF EXCHANGE AND RECEIPTS

### ABSTRACT

It was necessary to make some adjustments in the legislation in order to ensure that commercial relations are carried out safely and quickly. At the beginning of these regulations is valuable documents. Valuable documents, ensure that commercial relations are carried out quickly and safely.

A negotiable instrument is a promissory note with more than one class. Valuable documents; The right contained in the deed is divided into classes such as whether the right is tied to the deed, the way the deed is issued, the way it is transferred. Bills of exchange and receipts, which are separated from these classifications according to the right contained in the bill, are similar to each other. However, there are different aspects of the two bills. Therefore, in this study, similar and different aspects of bills of exchange and receipts were examined.

**Keywords:** Valuable document, bills of exchange, receipts.

## GİRİŞ

Ticari iş ve ilişkilerde anında borcun ödenmesi kolay değildir. Yapılan sözleşmeye göre veya işin niteliğinden dolayı borcun hemen ödenmesi mümkün olmayabilir. Mesela beş yüz bin liralık mal satın almak isteyen bir tacir, yeterli nakdi olmadığı zaman bu malı satın almaktan vazgeçebilir. Böyle bir durumu genellediğimiz zaman ticari hayat durma noktasına gelebilir. Piyasanın durmasına sebep olabilecek bu durumun engellenmesi için kanun koyucu kıymetli evrak niteliğindeki senetleri düzenlemiştir.

Ticari hayatın güvenli bir şekilde yürütülmesi amacıyla bazı ilişkilerin özel olarak düzenlenmesi zorunludur. Özellikle ticari ilişkileri ilgilendiren düzenlemelerin ticari hayatın ihtiyaçlarını ve güvenliğini sağlayacak şekilde düzenlenmesi önemlidir. Bu önemden dolayı ticari ilişkilerde oldukça sık kullanılan kıymetli evrak ile ilgili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>1</sup> özel düzenlemeler yapılmıştır.

Ticari hayatın hızlı ve güvenli olma ihtiyacına cevap verebilen TTK'da özel olarak düzenlenen kıymetli evrak, piyasada sıkça kullanılan ve birden fazla türü bulunan senetlerdendir. Birden fazla türü olmasından dolayı kıymetli evrak niteliğindeki senetlerin benzer yönlerinin olması muhtemeldir. Ancak bu çalışmada kıymetli evrak türlerinin hepsi değil sadece kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinden söz edilecektir.

Çalışmada kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin benzer ve farklı yönlerini daha iyi inceleyebilmek adına öncelikle kıymetli evrak ve özellikleri ile kıymetli evrakın sınıflandırılmasına değinilecektir. Ardından kambiyo senetleri ve özellikleri ile bu senetlerin devri, şekil şartları ve karşılaştırılması incelenecektir. Bu incelemelerden sonra emtia senetleri ve makbuz senetleri incelenecektir.

Çalışmada makbuz senetleri ile kambiyo senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde olması ve makbuz senetleri ile ilgili bazı durumlarda kambiyo senetlerindeki düzenlemelere atıf yapılması sebebiyle bu alandaki çalışmalardan yararlanılarak kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin benzer ve farklı yönlerinden söz edilecektir.

## I. KIYMETLİ EVRAK VE ÖZELLİKLERİ

Kıymetli evrakın tanımı TTK'nın üçüncü kitabının birinci kısmında yapılmıştır. TTK m. 645 hükmüne göre *“Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.”* şeklinde tanımlanmıştır. Yapılan tanımdan yola çıkarak kıymetli evrakın özellikleri çıkarılabilir. Senedin içerdiği hakkın, senede bağlı olduğu ve senet olmadan ileri sürülemeyeceği, hakkın senetle birlikte devredilebileceği, kıymetli evrakın bir senet olduğu gibi özellikler kıymetli evrakta bulunmaktadır<sup>2</sup>. Hakkın senede bağlanması kural olmakla birlikte

<sup>1</sup> RG. 14.2.2011 tarih, S. 27846.

<sup>2</sup> Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 33, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=73196>, (E.T. 23.05.2021); Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 9.

kiymetli evrak niteliğinde olan menkul kıymetler bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü menkul kıymetler senede bağlanmadan ihraç ve tedavül yeteneğine sahiptir<sup>3</sup>.

TTK m. 645 hükmünde kıymetli evrakın bir senet olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Senedin geniş anlamı, açıklanan bir irade beyanının kâğıtta bulunmasıdır<sup>4</sup>. Diğer bir ifadeyle maddi varlığı olmayan borç ve alacağın bir senette betimlenmesi yoluna gidilmesidir<sup>5</sup>. Dış dünyaya yansıyacak şekilde belge niteliğini haiz senetlere yazılacak irade beyanının sadece kâğıda yazılması gerekmemektedir. Yazı yazmaya ve imza atmaya uygun her türlü tahta, bez parçası, peçete, veri tabanı ve hatta bir taş bile belge olabilir<sup>6</sup>. Burada önemli olan senet sayılan belgede irade beyanının somutlaştırılmasıdır<sup>7</sup>. Nihayetinde senet, sahip olması gereken niteliklerin ve irade beyanının yazılarak imzalanmasıdır.

Kıymetli evrakın devredilebilir nitelikteki bir hakkı içermesi gerekmektedir. Bundan dolayı intifa veya oturma hakkı, devredilebilir bir hak niteliğinde olmadığı için bu hakların kıymetli evraka konu olması mümkün değildir<sup>8</sup>. Ayrıca kıymetli evraka konu olan hakkın özel hukuktan doğan ve parasal değeri olan bir hak olması gerekmektedir<sup>9</sup>. Dolayısıyla kıymetli evrakın konusu alacak hakkı, ortaklık veya eşya hukuku gibi parasal değeri olan ve özel hukuktan doğan bir hak olmalıdır.

TTK m. 645 hükmünde kıymetli evrakın içerdiği hakkın senetten ayrı bir şekilde ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Hak ile senedin ayrı bir şekilde ileri sürülememe durumu, adi senetlerle kıymetli evrakın farklı olduğunu göstermektedir. Çünkü adi senet, hakkın var olduğunu ispatlama amacıyla kullanılır. Kıymetli evraktaki senet ise hakkın ayrılmaz bir unsurunu oluşturmaktadır<sup>10</sup>.

TTK m. 646/1 hükmünde senedin teslimi karşılığında, borçlunun senetten doğan borcu ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle ibrazın olmadığı yerde ifadan söz edilmesi mümkün değildir<sup>11</sup>. Kanaatimizce bu hüküm kıymetli evrakta hak ve senedin birbirinden ayrılamamasının bir sonucu şeklinde nitelendirilebilir. Çünkü alacaklı hakkına senedi ibraz etmeden kavuşmamaktadır.

Senet alacaklısı kıymetli evrakı ibraz ettiği zaman borçlu borcunu ödemekle yükümlü olmaktadır. TTK m. 646/2 fıkrasına göre borçlu, senedin niteliğine göre

<sup>3</sup> Ali Bozer - Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 13.

<sup>4</sup> Pulaşlı, 2019, s. 34.

<sup>5</sup> Öztan, 2018, s. 9.

<sup>6</sup> Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 7; Aytekin Çelik, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 369, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71141>, (E.T. 25.05.2021); Öztan, 2018, s. 11.

<sup>7</sup> Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 7; Öztan, 2018, s. 11.

<sup>8</sup> Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s. 9, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=77424>, (E.T. 23.05.2021).

<sup>9</sup> Pulaşlı, 2019, s. 35; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 8; Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 12.

<sup>10</sup> Pulaşlı, 2019, s. 38; Şaban Kayıhan, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 46, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=70625>, (E.T. 25.05.2021).

<sup>11</sup> Reha Poroy - Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 33.

alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödeme yapmalıdır. Kıymetli evrak sık bir şekilde el değiştirdiğinden vadede senedin kimde olduğunu borçlunun bilmesine çoğu zaman imkân olmadığı için kıymetli evraktaki götürülecek borç niteliğinde olan borçlar da aranılacak borç haline gelmiştir<sup>12</sup>.

Borcun sona ermesi için kıymetli evrak borçlusunun vadeden önce ödeme yapmaması gerekmektedir. Vadeden önce ödeme yapıldığı takdirde yapılan ödeme geçerlidir. Ancak bundan sonra doğacak olan risklerden borçlu sorumlu olacaktır. Mesela vadeden önce senedin ibrazı ile borcunu ödeyen borçlu, alacaklının vade gününde müflis olması halinde vadeden önce ifada bulunduğu için borçlunun ağır kusurlu olduğu iddiası iflas masası tarafından ileri sürülebilir<sup>13</sup>. Bu türden uyuşmazlıkların ortaya çıkmaması için hile veya ağır kusuru olmayan borçlu, senedin niteliğine göre alacaklı olan kişiyi belirledikten sonra senedin vadesinde ödenmesine özen göstermelidir. Aksi takdirde ağır kusurlu olarak nitelendirilen borçlu sonuçlarına katlanır.

Kıymetli evrak, sebebe bağlı veya sebebe bağlı olmayabilir. Sebebe bağlı olmayan kıymetli evrakta soyutluk ilkesi geçerlidir. Bu ilke kıymetli evrakın doğumuna neden olan ilişki ile kıymetli evrakı birbirinden soyut ve bağımsız yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle senet düzenlendikten sonra senedin doğumuna sebep olan ilişkide bir sorun olması halinde düzenlenen kıymetli evrakın geçerliliği devam eder<sup>14</sup>. Ancak senedin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkideki taraflar arasında soyutluk ilkesi geçerli değildir<sup>15</sup>. Sebebe bağlı kıymetli evrakta ise temeldeki borç ilişkisinin senedi etkilemesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle asıl borç ilişkisinin geçersizliğinden dolayı kıymetli evrak da geçersiz hale gelmektedir<sup>16</sup>.

Kıymetli evrakın başka bir özelliği ise sıkı şekil şartlarına tabi olmasıdır. Kıymetli evrak niteliğindeki senetlerin tedavül yeteneği olduğu için kanun koyucu bu senetlerde ağırlaştırılmış şekil şartı öngörmüştür<sup>17</sup>. Ticari hayatın ihtiyaç duyduğu güvenin sağlanması amacıyla kıymetli evraka özel şekil şartının getirildiği ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Kanunda açık bir şekilde, sayılan şekil şartlarından bir veya birkaç tanesinin olmaması veya eksik olması durumunda o senedin kıymetli evrak olamayacağı ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Doktrinde ise şekil şartları sıhhat şartı olarak nitelendirilmektedir<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> Mertol Can, Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 10; İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 585, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71780>, (E.T. 26.05.2021).

<sup>13</sup> Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 34; Kayar, 2018, s. 585.

<sup>14</sup> Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 7; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 37; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 25; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 15.

<sup>15</sup> Kayar, 2018, s. 587; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 16. Ayrıca bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 06.11.2019 tarihli ve E. 2017/4931, K. 2019/5007 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 26.05.2021).

<sup>16</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 26; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 38; Kayar, 2018, s. 586; Çelik, 2020, s. 371; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 16.

<sup>17</sup> İmregün, 1995, s. 8; Kayar, 2018, s. 586; Kayıhan, 2020, s. 47; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 11.

<sup>18</sup> Pulaşlı, 2019, s. 43; Kayar, 2018, s. 586.

<sup>19</sup> İmregün, 1995, s. 8; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 11.

<sup>20</sup> Reha Poroy, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1989, s. 33.



Kıymetli evrakın Kanunda sınırlı olarak sayılıp sayılmadığı ile ilgili tartışma vardır. Doktrindeki bir görüş, bir kanun hükmüne dayanılarak kıymetli evrakın düzenlenebileceği yönündedir<sup>21</sup>. Aksi görüşe göre bir senedin kıymetli evrak niteliğini haiz olması için Kanunda özel olarak düzenlenmiş olmasına bağlı olmadığı yönündedir. Diğer bir ifadeyle kıymetli evrak çeşitlerinin sınırlayıcı bir şekilde sayılmadığı ve kanunen yasaklanmadıkça kişilerin istediği tipte kıymetli evrak düzenleyebileceği ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Kanaatimizce TTK m. 831/1 fıkrası dikkate alındığı zaman kıymetli evrakın sınırlı olarak sayılmadığını ifade edebiliriz.

Hakkın senede bağlı olması, senetteki hakkın özel hukuktan doğan devredilebilir bir hak niteliğinde olması, hakkın senetten ayrı bir şekilde ileri sürülememesi, sıkı şekil şartlarına tabi olması, senede bağlı borcun aranacak borç olması, soyutluk ilkesi gibi kıymetli evraktaki özellikler kambiyo senetlerinde de bulunmaktadır<sup>23</sup>. Bunlar temel özellikler olmakla birlikte kambiyo senetlerinde bazı özel özellikler de bulunmaktadır<sup>24</sup>.

Makbuz senetlerinde de sıkı şekil şartlarına tabi olma, senetteki hakkın özel hukuktan doğan devredilebilir bir hak niteliğinde olması, hakkın senetten ayrı bir şekilde ileri sürülememesi gibi özelliklerin bulunmasından dolayı kıymetli evrak niteliğindeki senetlerde kıymetli evraka ilişkin özelliklerin bulunabileceği ifade edilebilir.

#### A. Kıymetli Evrakın Sınıflandırılması

Kıymetli evrak çeşitlerine göre sınıflandırılmaktadır. Senedin temsil ettiği hakka, kamu güvenliğine sahip olup olmama, hakkın temel ilişkideki sebebe bağlı olup olmamasına, hakkın senetten önce bulunup bulunmamasına, devir şekline, senedin çıkarılma şekline göre kıymetli evrak sınıflandırılmaktadır<sup>25</sup>. Bu sınıflandırmalar da kendi aralarında alt ayrımlara tabi tutulmaktadır. Senedin temsil ettiği hakkın çeşidine göre kıymetli evrak; alacak senetleri, ortaklık hakkı içeren senetler, eşyayı temsil eden senetler ve katılma senetleri şeklinde sınıflandırılmıştır<sup>26</sup>. TTK'nın esas aldığı tasnif türü ise devir şekillerine göre yapılan sınıflandırmadır<sup>27</sup>.

Senedin içerdiği hakka göre alacak senetleri; kambiyo senetleri, tahviller, emre yazılı havaleler, emre yazılı ödeme vaatleri şeklinde ayrılmaktadır. Bu senetler alacak hakkını içermektedir<sup>28</sup>. Alacak hakkının konusu para alacağının yanı sıra konusu para

<sup>21</sup> Poroy, 1989, s. 36; İmregün, 1995, s. 9; Kayıhan, 2020, s. 46.

<sup>22</sup> Pulaşlı, 2019, s. 44; Can, 2011, s. 7; Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 32; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 12; Kayar, 2018, s. 587; Öztan, 2018, s. 53.

<sup>23</sup> Öztan, 2018, s. 68 vd.; Kayar, 2018, s. 605 vd.

<sup>24</sup> Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 138; Kayar, 2018, s. 606.

<sup>25</sup> Mustafa İsmail Kaya - Burçak Tatlı, Ticaret Hukuku - II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.20, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=69710>, (E.T. 27.05.2021); Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 51.

<sup>26</sup> Pulaşlı, 2019, s. 48; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 20 vd.; Öztan, 2018, s. 32; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 51; Çelik, 2020, s. 372.

<sup>27</sup> Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 12.

<sup>28</sup> Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 13; Öztan, 2018, s. 32; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 51; Kayar, 2018, s. 587; Çelik, 2020, s. 372.

olmayan bir borcun ifa edilmesine yönelik de olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle alacak hakkının konusunu, para alacağı ve diğer alacaklar oluşturmaktadır<sup>29</sup>.

Senedin içerdiği hak türünden olan emtia senetleri aynı bir hak içermektedir<sup>30</sup>. Bu senetlerin içerisinde makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konişmento bulunmaktadır. Ancak taşıma senedi, emtia senetlerinin içerisinde yer almasına rağmen TTK m. 856/1 hükmünün gerekçesine göre kıymetli evrak olarak sayılmamıştır<sup>31</sup>.

Bu açıklamalar ışığında kambiyo senetleri alacak senetleri içerisinde yer alırken makbuz senetleri eşyayı temsil eden senetler içerisinde yer almaktadır.

## II. KAMBYO SENETLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Kambiyo senetleri alacak hakkını içeren senetlerdendir. TTK'nın kıymetli evrak kitabının dördüncü kısmı kambiyo senetleri başlığını taşımaktadır. Bu senetler kıymetli evrak niteliğini haiz olup poliçe, bono ve çekten ibarettir<sup>32</sup>. Dikkat edilecek olursa kambiyo senetleri sınırlı olarak sayılmıştır. Bundan dolayı poliçe, bono ve çekten başka bir kambiyo senedinin düzenlenmediği görülmektedir<sup>33</sup>.

Kambiyo senedi, borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki bir temel ilişkiye dayanılması halinde düzenlenir. Yerine getirilecek edimin, kambiyo senedi ile yapılacağına ilişkin temel ilişkideki anlaşmaya dayanılarak kambiyo senedinin düzenlenmesiyle kambiyo ilişkisi doğar. Buna göre her kambiyo ilişkisinde mutlaka bir temel ilişki bulunur. Hatta borç ilişkisi, kambiyo ilişkisi tarafları arasında bulunmasa da hatır ilişkisi gibi yine temel bir ilişki bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Kambiyo senetleri kıymetli evrakın bir türü olduğu için kıymetli evrakın niteliklerine sahiptir. Ancak kambiyo senetlerinin diğer kıymetli evraktan farklı nitelikleri de bulunmaktadır<sup>35</sup>. Mesela kambiyo senetlerinde senede atılacak imzanın el yazısı şeklinde olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bazı kıymetli evrak ve adi senetlerde imzanın mühür veya başka araçlarla atılması kabul edilmişken kambiyo senetlerinde sadece el yazısı imza kabul edilmiştir<sup>36</sup>. Dolayısıyla kambiyo senetlerinin el yazısı şeklinde olmayan bir imza ile imzalanması senetlere kambiyo senedi niteliğini kazandırmayacaktır.

<sup>29</sup> Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 13.

<sup>30</sup> Pulaşlı, 2019, s. 48; Kayar, 2018, s. 721.

<sup>31</sup> Pulaşlı, 2019, s. 494; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 219. Ayrıca bkz. TTK Gerekçe, m. 856/1, <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-dorduncu-kitap-tasima-islerimadde-850-930/> (E.T. 23.05.2021).

<sup>32</sup> Abuzer Kendigelen - İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 123; Öztan, 2018, s. 67; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 47; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 51.

<sup>33</sup> Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 20.10.1983 tarihli ve E. 1983/5446, K. 1983/7759 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 27.05.2021).

<sup>34</sup> Hüseyin Ülgen vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 92; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 63; Öztan, 2018, s. 70; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 52.

<sup>35</sup> Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması - TTK Şerhi - IV, Temel Yayınları, İstanbul, 1990, s. 85; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 138; Kayar, 2018, s. 606.

<sup>36</sup> Domaniç, 1990, s. 86; Öztan, 2018, s. 73; Kayıhan, 2020, s. 95; Pulaşlı, 2019, s. 119.

Kambiyo senetleri, kanunen emre yazılı senetlerdir. Dolayısı ile bu senetler açık olarak emre yazılmasalar da senette menfi emre kaydı bulunmadığı sürece emre yazılı senet şeklinde işlem görürler. Kambiyo senetlerinin nama yazılı olabilmesi için kişi lehine düzenlenmesi ve menfi emre kaydını içermesi gerekmektedir. Nama yazılı olarak da düzenlenebilen kambiyo senetleri kural olarak hamiline yazılı olarak düzenlenmemektedir. Bu durumun istisnası ise çektir. Diğer bir ifadeyle poliçe ve bononun hamiline yazılı olarak düzenlenmesine Kanun izin vermemiştir<sup>37</sup>.

Kambiyo senetleri, sıkı şekil şartlarına tabidir. Düzenlenen senedin, kambiyo senedi niteliğinde olabilmesi için Kanunda öngörülen asgari şartları sağlaması gerekmektedir<sup>38</sup>. Kambiyo senedi için gerekli olan şartlardan herhangi birinin eksik olması veya hiç olmaması senedin kambiyo senedi özelliğini kaybetmesine sebep olabilir.

Kambiyo senetlerinin konusu para alacağıdır. Dolayısıyla bu senetler, para borcu haricindeki bir durum için düzenlenemez. Para borcu için düzenlenen kambiyo senedi ibraz senedi niteliğindedir. Kambiyo senetleri kolay el değiştirdiğinden senet hamili alacağının ödenmesi amacıyla borçlunun ikametgâhında senedi ibraz etmek zorundadır<sup>39</sup>.

Kambiyo senetlerinden poliçe ve bono kredi aracı olmasına rağmen çek kredi aracı değildir. Çek bir ödeme aracıdır. Bundan dolayı çekte vade bulunmazken poliçe ve bonoda vade bulunur. Bonoda düzenleyen senedin bedelini vadesinde ödemeyi taahhüt eder. Lehtar da bonoyu aldığı zaman düzenleyenden olan alacağını vade tarihine kadar talep etmekten vazgeçmektedir. Böylece düzenleyen senetten doğan borcunu kredilendirmektedir<sup>40</sup>.

Kambiyo senetlerinin bir diğer özelliği soyut olmalarıdır. Bu senetler temel borç ilişkisinden soyut olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile temel borç ilişkisi herhangi bir nedenle geçersiz olsa dahi kambiyo senedi geçersiz olmayacaktır. Kambiyo senedinin geçersiz olması için senedin iptal edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde senedin borçlusu iyiniyetli hamile borcunu ödemek zorundadır<sup>41</sup>.

Kambiyo senetlerinde muhatap veya düzenleyen senet bedelini ödemediği takdirde senette imzası bulunan kişilere senet hamili müracaat edebilir. Yani müteselsil sorumluluk ilkesi gereği senedin düzenleyeni, cirantaları ve varsa muhatapı senetteki borçtan birlikte sorumlu olmaktadır. Senet hamili, bu kişilerden bir veya birkaçına

<sup>37</sup> Domaniç, 1990, s. 86; Kayıhan, 2020, s. 94; Öztan, 2018, s. 68; Kayar, 2018, s. 606.

<sup>38</sup> Can, 2011, s. 49; Kayar, 2018, s. 605; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 56; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 61; Pulaşlı, 2019, s. 118.

<sup>39</sup> Pulaşlı, 2019, s. 118; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 40; Öztan, 2018, s. 69; Kayar, 2018, s. 607.

<sup>40</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 60; Kayar, 2018, s. 606; Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 143.

<sup>41</sup> Pulaşlı, 2019, s. 119; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 61; Öztan, 2018, s. 69; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 40; Kayar, 2018, s. 607; Can, 2011, s. 50.

herhangi bir sıra gözetmeksizin başvurabilir. Müteselsil sorumluluk kesin bir kural olmamakla beraber aksi öngörülebilir<sup>42</sup>.

Senet hamili müracaat borçlularına karşı icra takibi başlatabilir. Bu durumda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanır. Para alacağı için genel haciz yolu öngörülmüşse de kambiyo senetlerinde özel düzenlemeler mevcuttur. Kambiyo senetleri ile takip için İİK'da kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ve kambiyo senetlerine özgü iflas yolu düzenlenmiştir (İİK m. 167 vd.). Genel haciz yoluyla takipte takibe konu olan alacak, rehinle teminat altına alınmışsa önce rehnin paraya çevrilmesi hükümlerine başvurulması gereklidir. Kambiyo senetlerine özgü takip yollarında ise alacak rehinle teminat altına alınmışsa önce rehnin paraya çevrilmesi hükümlerine başvurulması gerek yoktur<sup>43</sup>.

Kambiyo senetleri sadece ulusal değil uluslararası niteliklere de sahiptir<sup>44</sup>. Bundan dolayı bu senetlerde ortaya çıkan uyuşmazlıkları engellemek ve kurala bağlamak amacıyla La Haye ve Cenevre Anlaşmaları imzalanmıştır<sup>45</sup>.

Sonuç olarak kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına bağlı, temel borç ilişkisinden soyut, müracaat borçlularına kendilerine özgü takip yolları olan ve Kanunda sınırlı olarak sayılan kanunen emre yazılı senetlerdir.

#### **A. Kambiyo Senedi Düzenleme Ehliyeti**

TTK m. 670 hükmünde sözleşme ile borç altına girebilen kişilerin kambiyo senedi ile borç altına girebileceği ifade edilmiştir. TTK, sözleşme ehliyetine atıf yapmakla yetinmiştir. Dolayısıyla ehliyet için gerekli olan şartlar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda cevap bulmaktadır<sup>46</sup>. TMK m. 10 hükmünde ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan ve ergin olan kişilerin fiil ehliyetinin bulunduğundan söz edilmektedir. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti ise kanunda ve kuruluş belgelerinde gerekli olduğu belirtilen organlara sahip olunmasıyla kazanılır (TMK m. 49). Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılar da kambiyo senedi düzenleyebilir. Ancak bunun için bu kişilerin kanuni temsilcilerinin rızasının varlığı şarttır. Kanuni temsilcinin rıza göstermemesi halinde kambiyo senedinden doğan borcun küçük veya kısıtlıyı bağlamayacağı ifade edilebilir. Çünkü kambiyo senedindeki ehliyetsizlik mutlak bir def'i olarak herkese karşı ileri sürülmektedir<sup>47</sup>. Burada iyiniyetin korunması durumu söz konusu değildir. Ancak senet düzenlenirken ehliyetin bulunmadığı sadece ehliyetli olmayan kişi tarafından ileri sürülebilir. Bundan dolayı ehliyetli olan diğer müracaat borçluları kambiyo senedinden doğan borçtan sorumludur. Diğer bir ifadeyle

<sup>42</sup> Can, 2011, s. 50; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 62; Kayar, 2018, s. 607; Öztan, 2018, s. 68; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 40; Pulaşlı, 2019, s. 119.

<sup>43</sup> Öztan, 2018, s. 70; Can, 2011, s. 50; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 62; Pulaşlı, 2019, s. 120; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 58; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 40.

<sup>44</sup> Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.3.2016 tarihli ve E. 2016/5038, K. 2016/7339 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 26.05.2021).

<sup>45</sup> Pulaşlı, 2019, s. 120; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 62; Öztan, 2018, s. 69.

<sup>46</sup> Kendigelen - Kırca, Kıymetli Evrak, s. 130; Öztan, 2018, s. 72; Pulaşlı, 2019, s. 121.

<sup>47</sup> Can, 2011, s. 52; Öztan, 2018, s. 72; Pulaşlı, 2019, s. 121-122; Çelik, 2020, s. 394.

ehliyetsizlik kambiyo senedinin geçerliliğini etkilemez. Bu durum imzaların bağımsızlığı ilkesinden kaynaklanmaktadır<sup>48</sup>.

Kambiyo senedi ile borç altına girildiği için borçlanma ehliyetinin senedin düzenlendiği veya senede imza atıldığı zamanda bulunması yeterli olmaktadır. İmza atıldıktan sonra imza atanın ehliyetini kaybetmesi kambiyo senedini geçersiz kılmaz<sup>49</sup>. İmza anında veya senedin düzenlendiği anda borçlanma ehliyeti bulunmayan bir kişinin sonradan borçlanma ehliyetini kazanması halinde ise düzenlenen kambiyo senedi geçerli hale gelmez<sup>50</sup>.

Sonuç olarak kambiyo senetlerinden olan poliçe, bono veya çek düzenlemek isteyen kişilerin yukarıda ifade edilenler ışığında borçlanma ehliyetine sahip olması gerekmektedir.

## **B. Kambiyo Senetleri, Şekil Şartları ve Ciroları**

TTK m. 671 vd. hükmünde poliçe, m. 776 vd. hükmünde bono, m. 780 vd. hükmünde ise çek düzenlenmiştir. Poliçe, bono ve çek kambiyo senetlerindedir. Konumuzun bir kısmını oluşturan bu senetleri aşağıda inceleyeceğiz.

### **1. Poliçe**

Poliçe, üzerinde yazılı olan paranın ödenmesi için belirli bir kişinin emrine, düzenleyen tarafından hazırlanan ve senet metninde poliçe kelimesini bulunduran bir senettir<sup>51</sup>. Bu senet, çifte yetki veren bir havale niteliğindedir. Çifte yetki, düzenleyenin meşru hamile borcun ödenmesi için muhataba verdiği ödeme yetkisi ile meşru hamilin tahsil etme yetkisini ifade etmektedir<sup>52</sup>.

Düzenleyen ile lehtar arasındaki ilişki bedel ilişkisi iken muhatap ile lehtar arasındaki ilişki havaledir. Diğer bir ifadeyle muhatabın düzenleyene olan borcu, düzenleyenin lehtara olan borcuna havale edilir. Görüldüğü üzere poliçede üçlü bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkide muhatabın düzenleyene bir borcu olduğu kabul edilir. Ancak muhatap poliçeyi kabul etmediği sürece poliçenin borçlusu konumunda olmaz. Diğer bir ifadeyle muhatabın poliçeyi kabul beyanı muhatabı poliçenin borçlusu yapar. Dolayısıyla kabul beyanı yoksa muhatabın poliçe bedelinden dolayı takibi hukuken mümkün olmayacaktır<sup>53</sup>.

#### **a. Poliçenin Şekil Şartları**

TTK m. 671 hükmünde poliçenin şekil şartları düzenlenmiştir. Bu hükme göre poliçe;

<sup>48</sup> Pulaşlı, 2019, s. 122; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 62; Öztan, 2018, s. 68; Kayar, 2018, s. 610; Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 152.

<sup>49</sup> Can, 2011, s. 53; Kayar, 2018, s. 610.

<sup>50</sup> Gönen Eriş, Kıymetli Evrak, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 253. Ehliyet ile ilgili bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 20.10.2011 tarihli ve E. 2011/12369, K. 2011/13002 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 26.05.2021).

<sup>51</sup> Pulaşlı, 2019, s. 129.

<sup>52</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 67; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 151; Pulaşlı, 2019, s. 130; İmregün, 1995, s. 41; Kayıhan, 2020, s. 100; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 125; Kayar, 2018, s. 613.

<sup>53</sup> Kayar, 2018, s. 613; Öztan, 2018, s. 78; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 67- 68.

“a) Senet metninde “poliçe” kelimesini, senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi, c) Ödeyecek olan kişinin, “muhatabın” adını, d) Vadeyi, e) Ödeme yerini, f) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, g) Düzenlenme tarihini ve yerini, h) Düzenleyenin imzasını” içermelidir. Kanundaki şekil şartlarının poliçede bulunması zorunludur. Bu şartların poliçede bulunmaması halinde düzenlenen senet poliçe olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak Kanundaki şekil şartlarının tamamı zorunlu unsur olarak düzenlenmemiştir. TTK m. 672 hükmünde hangi unsurların tali şart olduğu öngörülmüştür.

Poliçede vade türleri vardır. Vade türleri, belirli bir günde ödeme kaydı yazılı poliçeler, düzenleme gününden belirli bir süre sonra ödeme kaydı yazılı poliçeler, görüldüğünde ödeme kaydı yazılı poliçeler ve görüldükten belli bir süre sonra ödenmesi yazılı olan poliçelerden oluşmaktadır. TTK m. 672/1 fıkrasına göre vadesi bulunmayan senet poliçe niteliğini kaybetmeyecektir. TTK m. 672/2 fıkrasına göre vade bulunmayan poliçede ödemenin görüldüğünde yapılacağı şart edildiği varsayılmaktadır. Görüldüğünde ödenecek poliçelerde senedin düzenlenmesinden itibaren bir yıl içinde muhataba ibraz edilmesi gerekmektedir. Poliçe muhataba bu süre içerisinde ibraz edilmese de düzenleme tarihinden itibaren bir yılın sonunda poliçenin vadesinin geldiği varsayılmaktadır<sup>54</sup>.

TTK m. 672 hükmüne göre düzenleme yerinin poliçede bulunmaması halinde senet poliçe niteliğini kaybetmeyecek ve düzenleyenin adının yanında gösterilen adreste düzenlendiği varsayılacaktır. Düzenleyenin adresi poliçede gösterilmemişse senedin poliçe niteliği sona erer<sup>55</sup>.

Doktrinde TTK m. 672/4 fıkrasının hatalı olduğu ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Çünkü TTK m. 671/1-h hükmü düzenleyenin adının değil imzasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Bundan dolayı TTK m. 671/1-h hükmü ile TTK m. 672/4 hükmü birbiriyle çelişmektedir. Hatalı bir yoruma sebebiyet verilmemesi için TTK m. 672/4 fıkrasındaki ad kelimesinin düzenleyenin imzası şeklinde yorumlanması uygun olacaktır<sup>57</sup>.

TTK m. 671/1-e hükmüne göre ödeme yerinin gösterilmesi zorunlu bir unsur olsa da TTK m. 672/3 hükmüne göre bu unsurun alternatifi mevcuttur. Eğer poliçede ödeme yeri ayrı bir şekilde gösterilmemişse muhatabın adının yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılacaktır. Bu yer aynı zamanda muhatabın yerleşim yeri sayılmaktadır. Görüldüğü üzere ödeme yerinin ayrıca yazılmaması halinde kanun koyucu senedin poliçe özelliğini kaybetmesini istememiştir.

Sonuç olarak poliçenin asli unsurlarının yanında tali unsurlarının da Kanunda düzenlenmesiyle senedin poliçe niteliğini bir veya birden fazla şekil eksikliğinden dolayı kaybetmesinin engellendiği ifade edilebilir.

<sup>54</sup> Pulaşlı, 2019, s. 147; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 126; Öztan, 2018, s. 130.

<sup>55</sup> Öztan, 2018, s. 83; Kayar, 2018, s. 622; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 88; Kaya - Tatlı, Ticaret Hukuku, s. 53.

<sup>56</sup> İmregün, 1995, s. 50; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 88.

<sup>57</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 88. TTK m. 672/4 hükmü düzenleyenin imzasının bulunduğu yer şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 130.

### **b. Poliçenin Ciro**

Kambiyo senetleri nama, emre veya hamiline yazılı olarak düzenlenebilir. Kambiyo senetlerinden olan poliçe ise sadece nama veya emre yazılı bir şekilde düzenlenir. Bundan dolayı poliçe, alacağın temlik veya ciro ile senet zilyetliğinin geçirilmesi yoluyla devredilebilir.

TTK m. 681 hükmüne göre poliçede açıkça emre yazılı kaydı bulunmasa da ciro ve zilyetliğin üçüncü kişilere geçirilmesiyle poliçe devredilebilir. Ancak poliçede menfi emre kaydı varsa bu poliçe sadece alacağın temlik ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilir.

Poliçede ciro işlemi, çifte yetki veren hukuki bir işlem niteliğindedir. Ciro işlemi ile senedi devralan kişiye alacağını tahsil etme, senet borçlusuna da borcunu devralana ödeme yetkisi vermektedir<sup>58</sup>. Ciro ve zilyetliğin devri ile poliçeden doğan bütün haklar devralan kişiye geçer (TTK m. 684).

Poliçenin ön veya arka tarafına yazılı bir şekilde ciro beyanının yapılması gerekmektedir. Bu beyan ya poliçeye ya da alonja yapılmalıdır. Herhangi bir kâğıda yapılan ciro geçersizdir<sup>59</sup>. Ayrıca yapılan cironun kayıtsız ve şartsız bir şekilde yapılması zorunludur. Aksi takdirde yazılan her şart geçersiz sayılır (TTK m. 682/1). Ancak bu kurala TTK m. 685 hükmü ile istisna getirilmiştir. Bu hükme göre cirantanın poliçenin kabul edilmemesinden veya ödenmemesinden sorumlu tutulamayacağına veya ciranta, poliçeye tekrar ciro işleminin yapılmamasını şart koşarak ciro işlemi yapabilir<sup>60</sup>. Ayrıca cironun kısmi ciro şeklinde yapılabilmesine TTK m. 682/2 hükmü izin vermemiştir.

Cironun kimin lehine yapıp yapılmadığına dair beyana göre türü değişmektedir. Cironun yapıldığı kişi belli ise tam ciro belli değilse beyaz cirodur. Hamiline yapılan ciro da beyaz ciro hükmündedir. Tam ciro poliçenin ön veya arka yüzlerine yapılabilirken beyaz ciro sadece poliçenin arka yüzüne yapılabilir. Çünkü ön yüze sadece imzanın atılması düzenleyen lehine yapılan aval hükmünde sayılmaktadır (TTK m. 701/3). Son olarak ciro işlemi yapıldıktan sonra cirantanın poliçeyi imzalaması zorunludur. İmzanın mühür şeklinde değil el yazısı şeklinde atılması gereklidir<sup>61</sup>.

Ciro tarihinin ciro yapılırken yazılmasına gerek yoktur. Ciroda tarihin olmaması protestonun düzenlenmesi için öngörülen sürenin geçmesinden önce yapıldığına karine oluşturur (TTK m. 690/2). Bu karine kesin karine niteliğinde olmadığı için aksinin ispat edilmesi gerekir. Ciroda tarihin bulunması durumunda ise cironun yapıldığı sırada cirantanın ehliyetinin bulunup bulunmadığını veya cironun yapıldığı zamanı bilmekte fayda sağlar<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Poroy, 1989, s. 153; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 95; Öztan, 2018, s. 103; Kayar, 2018, s. 630.

<sup>59</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 96.

<sup>60</sup> Pulaşlı, 2019, s. 179; Öztan, 2018, s. 116; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 209.

<sup>61</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 96; Kayar, 2018, s. 630; Pulaşlı, 2019, s. 179. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.2.1984 tarihli ve E. 1983/12496, K. 1984/2050 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 27.05.2021).

<sup>62</sup> Kayar, 2018, s. 631; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 97; Pulaşlı, 2019, s. 182.

Cironun türlerini incelersek; ciro yapılan kişinin belirli olup olmamasına göre tam ve beyaz ciro, cironun amacına göre ise temlik, tahsil ve rehin cirosu bulunmaktadır. Tam ciroda ciro edilen kişinin adı ve “ödeyiniz” ibaresi yazılırken beyaz ciroda sadece “ödeyiniz” ibaresi yazılır. Hatta beyaz ciroda “ödeyiniz” ibaresine yer verilmeden de ciro işlemi yapılabilir. Her iki ciro türünde de cirantanın imzasının bulunması gerekir<sup>63</sup>.

Cironun amacına göre temlik cirosu, poliçeden doğan bütün hakların devralana geçmesini sağlar. Bütün haklar devralana geçtiği için hamil senedi temlik, rehin veya tahsil cirosuyla devretme hakkına sahiptir<sup>64</sup>. Ciroda asıl amaç senedin içerdiği hakkın devredilmesidir. Bundan dolayı başka bir amaç uğruna (rehin veya tahsil ) yapılmayan her ciro temlik cirosu hükmündedir. Temlik cirosunun teminat, temlik ve teşhis fonksiyonu vardır<sup>65</sup>. Rehin cirosu, ciro edilen kişiye poliçedeki hakkın rehin verilmesi amacıyla yapılan cirodur. TTK m. 689 hükmüne göre rehin cirosunda “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” gibi senedin rehin verildiğini belirten ifadelerin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Rehin cirosu işlemi ile senetteki mülkiyet hakkı devredilmediği için senedi devralan hamil sadece tahsil cirosu yapabilir<sup>67</sup>.

Poliçede rehin cirosunun yapılması mümkün iken çeklerde rehin cirosunun yapılması mümkün değildir. Çünkü çeklerin görüldükten sonra ödenmesi gerekmektedir. Bundan dolayı çeklerin rehin cirosuna kanunen izin verilmemiştir<sup>68</sup>.

Tahsil cirosu ise bir başka kişi tarafından poliçe bedelinin tahsilini sağlamak amacıyla yapılır. TTK m. 688 hükmüne göre tahsil cirosunda “bedeli tahsil içindir” gibi bir ibarenin veya başkası adına bedelin kabul edileceğini belirten bir kayıt yazılmalıdır. Tahsil cirosuyla senedi devralan hamil sadece tahsil cirosu yapabilir.

## 2. Bono

Bir miktar paranın ödenmesini taahhüt eden kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bono denir<sup>69</sup>. Bonoda ikili bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkide bonoyu düzenleyen ve lehtar bulunmaktadır. Bonoyu düzenleyen kişi aynı zamanda senedin borçlusudur<sup>70</sup>.

Bononun hukuki niteliği poliçedeki gibi nitelikli havale değildir. Bono, soyut bir borç ikrarıdır. Diğer bir ifadeyle bonoda düzenleyen başka bir kişiye ödeme yetkisi

<sup>63</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 102; Kayar, 2018, s. 632; Çelik, 2020, s. 410.

<sup>64</sup> Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 244; Çelik, 2020, s. 411; Kayar, 2018, s. 633; Öztan, 2018, s. 111.

<sup>65</sup> Bkz. Pulaşlı, 2019, s. 184; Can, 2011, s. 85; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 103; Kayar, 2018, s. 634.

<sup>66</sup> Detaylar için bkz. Huriye Kubilay, “Kambiyo Senetlerinin Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4, 1987, s. 504 vd., <https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/1987/kubilay12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (E.T. 29.05.2021).

<sup>67</sup> Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 247.

<sup>68</sup> Kubilay, “Kambiyo Senetlerinin Rehni”, s. 501. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.6.2008 tarihli ve E. 2008/10960, K. 2008/13565 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 29.05.2021).

<sup>69</sup> Domaniç, 1990, s. 465; Öztan, 2018, s. 206.

<sup>70</sup> Kayar, 2018, s. 663; Öztan, 2018, s. 207; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 169; Pulaşlı, 2019, s. 249.



vermemektedir. Düzenleyen bizzat ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Bononun şekil şartlarında da bu durum belirtilmiştir (TTK m. 776/1-b)<sup>71</sup>.

Bono, ülkemizde sıklıkla kullanılmasına rağmen TTK'da dört madde olarak düzenlenmiştir. TTK'da kısa olarak düzenlenen bonoya uygulanacak hükümler için poliçeye ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır (TTK m. 778). Bundan dolayı yukarıda ifade edilen poliçelere ilişkin hususlar bononun niteliğine uygun olması şartıyla uygulanabilir. Doktrinde poliçeye ilişkin hükümlerin, poliçe şeklinde yapılan bir havaleye özgü hükümler olmadığı oranda bonoya uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>72</sup>.

#### **a. Bononun Şekil Şartları**

TTK m. 776 hükmüne göre bono;

*“a) Senet metninde “bono” veya “emre yazılı senet” kelimesini ve senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde bono veya emre yazılı senet karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini, c) Vadeyi, d) Ödeme yerini, e) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, f) Düzenlenme tarihini ve yerini, g) Düzenleyenin imzasını” içermelidir. Bu şekil şartlarını ihtiva etmeyen senet bono niteliğinde olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle senet, adi senet sayılacaktır<sup>73</sup>. Ancak TTK m. 777 hükmüyle vadesi gösterilmemiş olan bono ile düzenlendiği yer ve ödeme yeri gösterilmeyen bono bu durumdan istisna tutulmuştur.*

Vadesi gösterilmeyen bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan bono sayılır. Düzenlendiği yer gösterilmeyen bonoda ise düzenleyenin adının yanında olan yer düzenleme yeri sayılır. Aynı şekilde ödeme yeri gösterilmeyen bonoda da senedin düzenlendiği yer ödeme yeri sayılır. Görüldüğü üzere TTK m. 777 hükmü sayesinde zorunlu unsurlar herhangi bir şekilde bonoda bulunduğu için senet bono niteliğinde olmaya devam edecektir.

Bonoda düzenleyen tarafından el yazısıyla atılmış imzanın bulunması şarttır. Düzenleyenin imzasını içermeyen ancak adını ve soyadını içeren bonoda, düzenleyenin adı ve soyadı imza yerine geçmemektedir. Diğer bir ifadeyle düzenleyenin adı ve soyadı bonoda bulunmasa da düzenleyenin imzası bonoda bulunuyorsa senedin geçerliliği etkilenmez<sup>74</sup>.

TTK m. 778 hükmü, bononun niteliğine aykırı olmadıkça bonoya uygulanacak hükümleri düzenlemiştir. TTK m. 778/1-a hükmüyle bononun cirosunda poliçelere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiği için ayrıca bononun cirosu incelenmeyecektir. Ancak zorunlu şekil şartının olmamasından dolayı bono niteliğinde

<sup>71</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 170; Öztan, 2018, s. 206; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 300.

<sup>72</sup> Öztan, 2018, s. 207.

<sup>73</sup> Kayar, 2018, s. 666; Öztan, 2018, s. 211. Zorunlu unsurlar bulunmadığı için senedin adi senet sayılacağı hakkında bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.3.2021 tarihli ve E. 2020/3040, K. 2021/2619 sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1.12.2020 tarihli ve E. 2020/4741, K. 2020/5574 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 31.05.2021).

<sup>74</sup> Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 304; Öztan, 2018, s. 210; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 192.

olmayan bir senedin ciro yoluyla devredilebilmesi mümkün olmadığı için bu senedin alacağın temlik yoluyla devredilebileceğini ifade etmek gerekir<sup>75</sup>.

## 2. Çek

Bir bankaya hitaben yazılabilen ve kanuni şekil şartları olan kıymetli evrak niteliğindeki özel bir havale niteliğinde olan senede çek denir<sup>76</sup>. Çek, poliçedeki gibi üçlü bir ilişkiye sahiptir. Bu ilişkide düzenleyen, muhataba çeki ödeme yetkisini, lehtara ise çeki tahsil etme yetkisini vermektedir<sup>77</sup>. Ancak buradaki muhatap sadece banka olabilir (TTK m. 782).

### a. Çekin Şekil Şartları

TTK m. 780 vd. hükmünde çek ile ilgili özel düzenlemeler mevcuttur. Ancak geri kalan bazı kısımlar için bonoda olduğu gibi poliçeye ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır (TTK m. 818)<sup>78</sup>. Buna göre çekin şekil şartları incelendiği zaman poliçeden farklı bazı şartlar bulunmaktadır. TTK m. 780 hükmüne göre çek;

*“ a) Senet metninde “çek” kelimesini ve eğer senet Türkçe’den başka bir dille yazılmış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi, c) Ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanını, d) Ödeme yerini, e) Düzenlenme tarihini ve yerini, f) Düzenleyenin imzasını, g) Banka tarafından verilen seri numarasını, h) Kare kodu” içermelidir. Görüldüğü üzere banka tarafından verilen seri numarası ve kare kod, çeki poliçenin şekil şartlarından ayıran en önemli özelliklerdendir.*

Şekil şartlarına uyulmaması halinde ise senet çek niteliğinde olmayacaktır<sup>79</sup>. Ancak düzenleme yeri, ödeme yeri ve yabancı banka tarafından verilen çekte seri numarası ve kare kodun bulunmaması durumunda senet çek niteliğini kaybetmeyecektir (TTK m. 781).

### 3. Kambiyo Senetlerinin Karşılaştırılması

Kambiyo senetlerinden olan poliçe, bono ve çekin birbirine benzeyen ve birbirinden farklı yönleri bulunmaktadır. Bir tablo halinde bu yönleri karşılaştırsak<sup>80</sup>;

<sup>75</sup> Öztan, 2018, s. 212.

<sup>76</sup> Domaniç, 1990, s. 529; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 309.

<sup>77</sup> Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 310; Kayar, 2018, s. 676; Öztan, 2018, s. 219.

<sup>78</sup> Poroy, 1989, s. 253. Öztan, 2018, s. 220.

<sup>79</sup> Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 20.12.2018 tarihli ve E. 2018/8668, K. 2018/13924 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 28.05.2021).

<sup>80</sup> Fevzi Topsoy, Kıymetli Evrak Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 40.

POLİÇE	BONO	ÇEK
Kredi aracıdır.	Kredi aracıdır.	Ödeme aracıdır.
Havale özelliği gösterir.	Ödeme vaadi özelliği gösterir.	Havale özelliği gösterir.
Üçlü ilişki vardır. (Düzenleyen, Lehtar, Muhatap)	İkili ilişki vardır. (Düzenleyen, Lehtar)	Üçlü ilişki vardır. (Düzenleyen, Lehtar, Muhatap)
Muhatap herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olabilir.	Muhatap yoktur.	Muhatap sadece bir banka olabilir.
Vade vardır.	Vade vardır.	Vade içermez.
Herhangi bir kâğıda yazılabilir.	Herhangi bir kâğıda yazılabilir.	Matbu bir şekilde çıkarılmaktadır.
Muhatap poliçeyi kabul edip etmemekte serbesttir.	Kabule arz edilmesi mümkün değildir.	Kabul yasağı vardır.
Nama veya emre yazılı olarak düzenlenebilir.	Nama veya emre yazılı olarak düzenlenebilir.	Nama, emre veya hamiline yazılı olarak düzenlenebilir.

### III. EMTİA SENETLERİ

Emtia senetleri, bir yerden başka bir yere nakli zor olan malların devrini sağlayan senetlerdir. Bu senetler sayesinde malların teslimi gerçekleşmeden devir veya rehin işlemleri yapılabilmektedir.

Emtia senetleri, Türk Hukukunda dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu senetlerin ilk düzenlemelerine TMK m. 957 ve m. 980 hükümlerinde rastlamak mümkündür. TMK m. 980 hükmünde emtia senetlerinin tanımına ve bu senetlerin dayandığı sözleşme ilişkilerine değinilmiştir<sup>81</sup>. TMK m. 980 hükmü; *“Bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur.”* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere emtia senetleri, aynı hak niteliğinde bir hakkı içeren kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdendir<sup>82</sup>. Bu senetlerde senet ve emtia arasında kader birliği mevcuttur. Ancak emtia, senede bağlı olsa da emtiayı iyiniyetli teslim alan kişi ile kıymetli evrakı iyiniyetli teslim alan kişi arasında uyuşmazlık çıktığı zaman emtiayı teslim alan kişi tercih edilir (TMK m.980/2)<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Hüseyin Ülgen vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 383.

<sup>82</sup> Poroy, 1989, s.295; İmregün, 1995, s. 135; Çelik, 2020, s. 372; Kayar, 2018, s. 721.

<sup>83</sup> Kayar, 2018, s. 721; Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 406.

Diğer bir düzenleme ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. TBK m. 571 ile m. 575 hükümlerinde ardiyecilik faaliyetinden dolayı çıkarılan emtia senetleri düzenlenmiştir.

Son olarak ise TTK'da emtia senetlerinin düzenlemeleri bulunmaktadır. Makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konişmento emtia senetlerindedir. Ancak TTK'nın gerekçesinde bu senetlerden olan taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı belirtilmiştir<sup>84</sup>. Kıymetli evrak niteliğinde olan konişmento ise deniz ticareti alanına özgü bir senettir<sup>85</sup>.

#### A. Makbuz Senedi

TTK m. 832 hükmü gereğince serbest veya gümrüklenmemiş malları saklama sözleşmesi hükümlerine göre kabul etmek ve tevdi edilen malın satılabilmesi veya rehin edilebilmesi için mudiye makbuz senedi ve varant veren mağazalara umumi mağaza denir. Umumi mağazalar ancak Ticaret Bakanlığının izni ile kurulabilir (TTK m. 832/2).

Makbuz senetlerinin tanımı TTK'da yapılmamıştır. Bu senetlerin tanımına 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu'nda<sup>86</sup> yer verilmiştir. UMK m. 2 hükmünde makbuz senedi, mağazaya teslim edilen malların mülkiyetini temsil eden belge olarak tanımlanmıştır<sup>87</sup>.

#### 1. Makbuz Senedinin Şekil Şartları

TTK m. 834 hükmüne göre makbuz senedinin;

*“a) Tevdi edenin adı, mesleği, yerleşim yeri. b) Tevdinin yapıldığı umumi mağazanın ticaret unvanı ile merkezi. c) Tevdi olunan malların cins ve miktarı ile nitelik ve değerinin bilinmesi için açıklanması gereken hususlar. d) Tevdi olunan malların tabi olması gereken, resim, harç ve vergilerin ödenip ödenmediği ve sigorta edilip edilmediği. e) Ödenmiş veya ödenecek ücretler, giderler. f) Senedin kimin adına veya emrine düzenleneceğini gösteren bir ibare. g) Umumi mağaza sahibinin imzası”* şartlarını içermesi gerekmektedir. Ayrıca Umumi Mağazalar Tüzüğü m. 6<sup>88</sup> hükmünde de makbuz senedinde bulunması gereken şekil şartları düzenlenmiştir.

<sup>84</sup> Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 219.

<sup>85</sup> Hüseyin Ülgen vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 384.

<sup>86</sup> RG. 13.7.1982 tarih S. 17781.

<sup>87</sup> UMK m. 2 hükmünde ise varant tanımlanmıştır. Varant, umumi mağazaya bırakılan malların terhinini temin eden belge şeklinde tanımlanmıştır. Varantın detayları için bkz. Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 409 vd.; İmregün, 1995, s. 142 vd.; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 471 vd.

<sup>88</sup> UMT m. 6; “1 – Tevdiatın yapıldığı umumi mağazanın ticaret unvanıyla bulunduğu yer, 2 – Tevdi edenin ad ve soyadıyla meslek ve ikametgâhı, 3 – Tevdi olunan şeylerin cins ve miktarıyla nitelik ve değerinin bilinmesi için açıklanması gerekli hususlar, 4 – Makbuz senedinin seri ve sıra numarası, 5 – Tevdi olunan şeylerin tabi olması gerekli resim, harç ve vergilerin ödenip ödenmediği, 6 – Malların sigorta edilip edilmediği, 7 – Ödenmiş veya ödenecek ücret ve giderler, 8 – Makbuz senedinin kimin namına veya emrine düzenlendiğini, nama veya hamiline yazılı olduğunu gösteren açık ifade, 9 – Makbuz senedinin verildiği tarih, 10 – Şirket yöneticileri veya temsilcileri yahut yetkili görevlilerin imzası, 11 – Malların ekspertizinin yapılıp yapılmadığı, yapılmışsa yapan uzmanın adı ve mala biçtiği değer.”

TTK m. 833/2 hükmü makbuz senedi için öngörülen şekil şartlarına uyulmamasının sonucu olarak bu senetlerin kıymetli evrak niteliğini kaybedeceğini ifade etmiştir. Bu senet teslim alma makbuzları veya ispat belgeleri hükmünde olmaktadır. Şekle aykırılığın sonucunda kıymetli evrak niteliği kaybedilse de misli eşya için düzenlenen senetlere yazılacak emre kaydının, o senede kıymetli evrak niteliğini kazandırabileceği doktrinde ifade edilmektedir (TTK m. 831/1)<sup>89</sup>.

Şekil şartları için zorunlu ve alternatif unsurların olmamasından dolayı TTK m. 834 hükmü doktrinde eleştirilmektedir. Bu maddenin sert olduğu ve bunlardan bir tanesinin bile eksik olmasından dolayı senedin kıymetli evrak niteliğini kaybetmesi şekilcilik olarak yorumlanmakta ve bu sonucun yersiz ve ağır bir yaptırım olduğu ifade edilmektedir<sup>90</sup>.

Kanaatimizce makbuz senetlerinin bir tane şekil eksikliğinden dolayı kıymetli evrak niteliğini kaybetmesi hakkaniyetli bir yaptırım değildir. Kıymetli evrakın sıkı şekil şartlarına tabi olmasından yola çıkarak bu senetlere şekil şartlarının sert bir şekilde uygulanması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira böyle bir yaklaşımın kambiyo senetlerine de uygulanması gerekirdi. Ancak ticari hayatta oldukça sık kullanılan kambiyo senetlerinde asli ve tali unsurlar düzenlenmiştir. Bundan dolayı makbuz senetleri için düzenlenen şekil şartlarında da asli ve tali unsurların belirlenmesi uygun olabilir.

## 2. Makbuz Senedinin Ciro su

Makbuz senetleri kanunen emre yazılı senetlerdir. Bu senetlerin nama veya emre yazılı olarak düzenlenmesi mümkün iken hamiline yazılı olarak düzenlenmesi mümkün değildir<sup>91</sup>. Buna göre TTK m. 838 hükmünde makbuz senedinde emre yazılı kaydı bulunmasa bile ciro ve teslim yoluyla devredilebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle makbuz senedi nama yazılı olsa bile ciro ve teslim yoluyla devredilebilir<sup>92</sup>. Sonuç olarak ciro ve zilyetliğin üçüncü kişilere geçirilmesiyle makbuz senedi devredilmektedir.

Makbuz senetleri ile varant<sup>93</sup> ayrı veya birlikte ciro edilebilir. Senetlerin birlikte veya ayrı olarak ciro edilmesine göre devredilen haklar farklılık göstermektedir. TTK m. 839/1-a hükmüne göre senetler birlikte devredildiği zaman malların rehinli olmayan mülkiyeti devredilir. TTK m. 839/1-c hükmüne göre ise sadece makbuz senedinin devri malın rehinli bir şekilde devredilmesi sonucunu doğurur. Sadece varantın devri ise varantı devralan kişiye mallar üzerinde rehin hakkının sağlanması sonucunu doğurur<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Can, 2011, s. 194.

<sup>90</sup> Görüşler için bkz. Poroy, 1989, s. 300; Domaniç, 1990, s. 887; İmregün, 1995, s. 138; Haydar Arseven, "Umumi Mağazalar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C. 10, S. 3-4, s. 595, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9141/114525>, (E.T. 28.05.2021).

<sup>91</sup> Pulaşlı, 2019, s. 503; Eriş, 2016, s. 1394; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 221.

<sup>92</sup> Can, 2011, s. 195; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 221.

<sup>93</sup> Makbuz senetleri ile varantın ciro su Kanunda birlikte düzenlendiği için bu konuda varanttan da söz edilmiştir.

<sup>94</sup> Arseven, "Umumi Mağazalar", s. 597-598; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 222; Pulaşlı, 2019, s. 503.

TTK m.838/2 hükmüne göre makbuz senedi ve varantın birlikte beyaz ciroyla devredilmesi mümkündür. Ancak cironun haklarının beyaz ciroyla hamile devredilebilmesi için makbuz senedi ve varantın birlikte teslim edilmesi gerekir. Ayrıca bu senetlerin kısmi cirosu geçersizdir.

TTK m. 838/1 fıkrasının ikinci cümlesinde cironun yapıldığı tarihin yazılması gerektiği belirtilmiştir. Cironun tarihsiz bir şekilde yapılması durumunda sonucun ne olacağı ile ilgili TTK'da herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde ciro tarihinin yazılmasının zorunlu olduğu ve bu ciro tarihinin yazılmaması halinde tarihli olmayan cironun geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Makbuz senedi ve varant, ayrı bir şekilde ciro işlemine konu olabileceği için ciro tarihinin yazılması gereklidir<sup>96</sup>.

Varantın makbuz senedinden ayrılarak yapılan ilk cirosunda teminat altına alınan borcun miktarı, faiz oranı ve vadesi yazılmalıdır (TTK m. 840/1). Varantın cirosunda yazılı olan kayıtlar aynen makbuz senedine de geçirilmelidir. Bu kayıtlar makbuz senedine geçirildikten sonra varantın ciro edildiği kişi tarafından imzalanması gerekir (TTK m. 840/2). Görüldüğü üzere varantın ilk cirosu, senedi tedavüle çıkaran rehin cirosu niteliğindedir. Varantın ilk cirosundan sonra yapılan diğer cirolar temlik veya tahsil cirosu niteliğinde olabilir<sup>97</sup>. Ancak varantın cirosundaki teminat fonksiyonu, makbuz senetlerinin cirosunda bulunmamaktadır<sup>98</sup>. Dolayısıyla makbuz senetlerinde varantta olduğu gibi senet borçlularına karşı özel olarak düzenlenen başvurma hakkının bulunmadığı ifade edilebilir.

#### IV. KAMBYO SENETLERİ İLE MAKBUZ SENETLERİNİN BENZER YÖNLERİ

Kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin hukuki niteliği birbirine benzemektedir. Her iki senet kıymetli evrak niteliğindedir. Bundan dolayı her iki senet sıkı şekil şartlarına sahiptir. Kendi kısımlarında düzenlenen şekil şartlarında bir veya birden fazla eksiklik olduğu zaman makbuz senetleri ile kambiyo senetleri kıymetli evrak niteliğini kaybetmektedir.

Makbuz senedini düzenleyen umumi mağaza sahibi, mağazaya bırakılan malları muhafaza etmek ve makbuz senedini ibraz eden meşru hamile malları teslim etmekle yükümlü olduğu için bu kişiler arasındaki ilişki çektteki muhatap banka ile hamil arasındaki ilişkiye benzemektedir<sup>99</sup>.

Kambiyo senetleri ve makbuz senetleri kanunen emre yazılı senetlerdir. Bundan dolayı her iki senedin devri, ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla mümkün olmaktadır. Ayrıca kambiyo senetlerinden poliçe, bono ve çek, makbuz senedi ve varant gibi nama veya emre yazılı olarak düzenlenebilir. Ancak kambiyo senedi olan çekin hamiline yazılı olarak düzenlenebildiğini gözden kaçırmamak gerekir.

Kıymetli evrakta senetlerin tedavül yeteneği bulunmaktadır<sup>100</sup>. Kambiyo senetleri ve makbuz senetlerinin ciro işlemi ile devredilebilmesi de her iki senedin

<sup>95</sup> Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 221; Can, 2011, s. 195; Domaniç, 1990, s. 888.

<sup>96</sup> Domaniç, 1990, s. 888.

<sup>97</sup> Domaniç, 1990, s. 895; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 221.

<sup>98</sup> Arseven, "Umumi Mağazalar", s. 597; Domaniç, 1990, s. 891.

<sup>99</sup> Kayar, 2018, s. 723.

<sup>100</sup> Bkz. s. 4.

tedavül yeteneğinin olduğunu göstermektedir. TTK m. 831/2 hükmüne göre makbuz senedinde cironun şekli, hamilin hak sahipliği ve senedi elinde bulunduranın onu geri vermekle yükümlü olması hususlarında, kambiyo senetlerinden olan poliçelere ilişkin hükümler uygulanır. TTK m. 648 hükmünde de ciroda poliçelere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiği için kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin bu açıdan benzer olduğu ifade edilebilir.

Kıymetli evrakta hak ile senet arasında sıkı bir bağ vardır. Diğer bir ifadeyle hakkın senetten ayrı bir şekilde ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>101</sup>. Kambiyo senetleri ve makbuz senetlerinde de temsil edilen hak senetten ayrı olarak ileri sürülemez.

Kambiyo senetlerinin temsil ettiği hak para alacağıdır. Para alacakları götürülecek borç niteliğinde olmasına rağmen kambiyo senetlerinde bu hak aranacak borç niteliğindedir<sup>102</sup>. Makbuz senetlerinde de senet hamili, makbuz senedini umumi mağazaya ibraz ederek tevdi edilen malları teslim alabildiği için bu senetteki borç da aranacak borç niteliğindedir. Bu açıdan makbuz senetleri ve kambiyo senetleri birbirine benzemektedir.

Kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin zamanaşımı süreleri incelendiği zaman TTK m. 848 hükmüne göre makbuz senedine bağlı olarak doğan talep haklarına ilişkin poliçeler için düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere makbuz senedi ile kambiyo senetlerinden olan poliçenin zamanaşımı süresi benzerdir. Ancak makbuz senedinin zamanaşımı süresi ile ilgili doktrinde bazı tartışmalar vardır<sup>103</sup>.

## V. KAMBIYO SENETLERİ İLE MAKBUZ SENETLERİNİN FARKLI YÖNLERİ

Kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin birden fazla farklı yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki; kambiyo senetleri, alacak hakkını temsil ederken makbuz senetleri eşyalara ilişkin aynı hak niteliğinde bir hakkı temsil etmektedir. Diğer bir ifadeyle kambiyo senetleri bir alacak hakkının ödenmesi için düzenlenirken makbuz senetleri saklama sözleşmesi uyarınca saklanan malların mülkiyetini temsil etmek için düzenlenir.

Kambiyo senetleri, kambiyo senedi düzenleme ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler tarafından düzenlenmektedir<sup>104</sup>. Makbuz senetleri ise sadece Ticaret Bakanlığından izin almış anonim şirket statüsünde kurulan umumi mağazalar tarafından düzenlenmektedir.

<sup>101</sup> Bkz. s. 5.

<sup>102</sup> Bkz. s. 8.

<sup>103</sup> Bkz. Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 414; Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 479; Barış Kaya, "Umumi Mağazalar ve Lisanslı Depolar Tarafından Çıkarılan Kıymetli Evraka İlişkin Hukuki Meseleler", Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 198, 2019, s. 2519, <https://legal.com.tr/Book/Z0jiA8Y-BkKB9l75tTrhWA/c16e46dfe62f414a824ef4d647d96209?s=>, (E.T. 31.05.2021). Diğer görüş için bkz. Pulaşlı, 2019, s. 505; Sami Karahan vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 417.

<sup>104</sup> Bkz. s. 9.

Kıymetli evrakta sebebe bağlı ve sebebe bağlı olmayan senetler bulunmaktadır. Kambiyo senetleri, düzenlenmelerine sebep olan temel ilişkiden soyut oldukları için bu senetler sebebe bağlı olmayan senetlerdendir. Makbuz senetleri ise düzenlenmelerine sebep olan temel ilişkiden soyut olmadıkları için sebebe bağlı senetlerdendir<sup>105</sup>.

Kıymetli evrak sıkı şekil şartlarına tabidir<sup>106</sup>. Bunun sonucunda kambiyo senetleri ve makbuz senetleri için Kanunda şekil şartları düzenlenmiştir. Bunlardan bir veya birkaç tanesinin eksik olması durumunda senet kıymetli evrak niteliğini kaybetmektedir. Ancak TTK'da kambiyo senetlerinde zorunlu ve alternatif unsurlar düzenlendiği için zorunlu unsur için alternatif bir unsur varsa zorunlu unsurun eksik olması halinde senet kıymetli evrak niteliğini kaybetmeyecektir<sup>107</sup>. Makbuz senetlerinde ise aynı durum söz konusu değildir. Makbuz senetleri için düzenlenen şekil şartlarının tamamı zorunlu unsur olarak nitelendirilmiştir. Bundan dolayı makbuz senetlerinde şekil şartlarından bir veya birkaç tanesinin eksik olması senedin kıymetli evrak niteliğini kaybederek teslim alma makbuzları veya ispat belgeleri niteliğinde olmasına neden olacaktır<sup>108</sup>.

Kambiyo senetlerinin beyaz cirosu mümkündür. Makbuz senetlerinde de beyaz ciro mümkündür. Ancak makbuz senetlerinde beyaz cironun makbuz senedi ve varant ile birlikte yapılması gerekmektedir. Her iki senet teslim edildiği zaman cirantanın hakları hamile geçer (TTK m. 838). Kambiyo senetlerinde ise poliçe, bono ve çekin birlikte teslim edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Sadece beyaz cironun senedin arka tarafına yapılması gerekmektedir<sup>109</sup>.

Kambiyo senetleri, düzenlendikten ve lehtara teslim edildikten sonra iktisadi ve ticari tedavül yeteneklerini kazanmış olur. Makbuz senedi ise düzenlendikten sonra tedavül yeteneğini kazanmamaktadır. Bu senetler mudinin zilyetliğinde kaldığı süreçte kambiyo senedindeki düzenleyenin zilyetliğinde kalmış gibi bir durum oluşur. Bu durumun oluşmaması için makbuz senedinde ilk ciro işlemi yapılarak senede tedavül yeteneğini kazandırmak gerekir. Bir başka ifadeyle kambiyo senetleri, ciro yapılmalarına gerek kalmadan sadece ihraç edilerek lehtara verilmesi halinde tedavüle çıkmışken makbuz senetlerinin tedavüle çıkması için sadece ihraç edilmeleri değil lehtar tarafından ilk cirolarının yapılmasıyla mümkün olur<sup>110</sup>.

Kambiyo senetlerinde teminat fonksiyonu vardır. Bundan dolayı kambiyo senedi hamilinin cirantalara başvurması mümkündür. Makbuz senedinde ise müracaat borçlularına karşı başvurma hakkına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak kanunda yer

<sup>105</sup> Çelik, 2020, s. 371; Kayar, 2018, s. 589; Öztan, 2018, s. 34; Bilgili - Demirkapı, Kıymetli Evrak, s. 16. Doktrindeki bir görüşe göre makbuz senedinin, kambiyo senedi derecesinde soyut olmasa da sınırlı soyut olduğu ancak TMK m. 980/2 fıkrası çerçevesinde senedin soyut olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 39.

<sup>106</sup> Bkz. s. 6.

<sup>107</sup> Bkz. s. 12.

<sup>108</sup> Bkz. s. 18.

<sup>109</sup> Bkz. s. 12.

<sup>110</sup> Domaniç, 1990, s. 894.



alan diğer benzer düzenlemelerle makbuz senedi hamili için rücu hakkını kullanabilmesi mümkündür<sup>111</sup>.

Kambiyo senedine dayanılarak haciz veya iflas takibi yapılabilir. Makbuz senediyle de haciz veya iflas takibi yapılabilir. Ancak İİK m. 167 vd. hükümlerinde kambiyo senetleri için özel takip usulleri düzenlenmiştir. Makbuz senetleri için ise özel takip usulleri öngörülmediği için makbuz senetlerinde genel takip usulüne göre haciz veya iflas takibinin yapılması gerekmektedir<sup>112</sup>.

Kambiyo senetlerinde düzenleme tarihinin yazılması zorunlu iken ciro tarihinin yazılması zorunlu değildir. Bundan dolayı kambiyo senedinde ciro tarihinin bulunmaması cironun geçerliliğine etki etmeyecektir. Sadece yapılan cironun tarihsiz olması protestonun düzenlenmesi için öngörülen sürenin geçmesinden önce yapıldığına karine oluşturmaktadır<sup>113</sup>. Makbuz senetlerinde ise ciro tarihinin yazılması Kanunda asli unsur olarak düzenlendiği için ciro tarihinin olmaması durumunda ciro geçersiz sayılacaktır<sup>114</sup>.

TTK m. 831/2 hükmüne göre emre yazılı senetlerin iptali konusunda kambiyo senetlerinden olan poliçeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak makbuz senedinin iptali bu durumun dışında tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle makbuz senedinin iptalinde poliçelere ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bundan dolayı makbuz senedinin zıyaı halleri için TTK m. 849 hükmü özel hüküm olarak düzenlenmiştir<sup>115</sup>. Bu açıdan kambiyo senetleri ile makbuz senetleri farklıdır. Görüldüğü üzere makbuz senetleri ile kambiyo senetleri bazı açılardan birbirine benzemekteyken bazı açılardan birbirinden farklılaşmaktadır.

## SONUÇ

Kıymetli evrak, ticari ilişkilerin vazgeçilmezi olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok açıdan kolaylık sağlayan bu senetler ticari hayatın hızlı, sürekli ve güvenilir bir şekilde yürütülmesine hizmet etmektedir.

Kıymetli evrakın birden çok türü bulunmaktadır. Bunların en başında senedin temsil ettiği hakka göre ayrılan kambiyo senetleri gelmektedir. Kambiyo senetleri, Kanunda sınırlı olduğu belirtilen kanunen emre yazılı kıymetli evraktır. Bu senetler sayesinde elden ele nakit ödemesi yapılmaksızın ticari ilişkilerin sürekliliği sağlanmaktadır. Bundan dolayı bu senetler ile ilgili ayrıntılı şekil şartları düzenlenmiştir. Bu sıkı şekil şartlarından dolayı kambiyo senetlerinin adi senede göre güvenilirlik açısından daha çok tercih edildiği ifade edilebilir.

<sup>111</sup> Domaniç, 1990, s. 891; Kaya, "Umumi Mağazalar ve Lisanslı Depolar Tarafından Çıkarılan Kıymetli Evrakla İlişkin Hukuki Meseleler", s. 2518. Pulaşlı ise makbuz senedi hamilinin, emtianın mülkiyetini kısmen veya tamamen elde edemediği zaman müracaat borçlularına karşı başvurma hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Pulaşlı, 2019, s. 505.

<sup>112</sup> Poroy - Tekinalp, Kıymetli Evrak, s. 413.

<sup>113</sup> Bkz. s. 13.

<sup>114</sup> Bkz. s. 19.

<sup>115</sup> Bozer - Göle, Kıymetli Evrak, s. 479; Eriş, 2016, s. 1405; Kayar, 2018, s. 727.

Kıymetli evrakın temsil ettiği hakka göre ayrılan senetlerden bir diğeri ise emtia senetleridir. Bu senetlerin içerdiği hak, aynı hak niteliğindeki bir hakkı temsil etmektedir. Emtia senetlerinin devredilmesi ile malların fiziki olarak taşınmasına gerek kalmadan mülkiyetin devri gerçekleştirilmektedir. Yani sadece emtia senedinin zilyetliğinin devredilmesi ile malların mülkiyeti devralana geçmektedir.

Emtia senetlerinden olan makbuz senedi ve varant kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. Bu senetler umumi mağaza tarafından çıkarılan ve saklama sözleşmesi uyarınca mağazaya tevdi edilen malların mülkiyetini ve rehnini temsil eden senetlerdir.

Kambiyo senedi ile makbuz senedi kıymetli evrak niteliğine sahip senetlerdir. Dolayısı ile bu senetlerin sıkı şekil şartlarına tabi olması doğaldır. Kıymetli evrakta olan bütün özellikler kambiyo senedi ve makbuz senedinde de bulunmaktadır. Ancak kambiyo senedinde bulunan bütün özelliklerin makbuz senedinde bulunması mümkün değildir. Bir kere kambiyo senetleri, makbuz senedinden farklı olarak alacak hakkını içeren senetlerdir. Bundan dolayı kambiyo senetleri için Kanunda düzenlenen hükümlerin doğrudan makbuz senetlerine uygulanması mümkün değildir. Ancak makbuz senedi için düzenlenen hükümlerin bazılarında kambiyo senetlerinden olan poliçelere ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Dolayısıyla makbuz senetlerinin kambiyo senetlerinden tamamen farklı olduğu ifade edilemeyeceği gibi tamamen birbirine benzer olduğu da ifade edilemez.

Kambiyo senetleri, makbuz senedine göre ülkemizde daha çok kullanılsa da kambiyo senetlerindeki şekil şartları makbuz senetlerindeki gibi sıkı bir şekilde düzenlenmemiştir. Kanaatimizce makbuz senetlerindeki şekil şartlarının kambiyo senetlerindeki gibi zorunlu ve alternatif unsurlar şeklinde düzenlenmesi üçüncü kişilerin menfaatlerine daha uygun olabilir.

Sonuç olarak bu çalışma ışığında kambiyo senetleri ile makbuz senetlerinin; sıkı şekil şartlarına tabi olması, şekil şartlarının eksik olmasından dolayı kıymetli evrak niteliğini kaybetmesi, ciro ile ilgili işlemler, hamilin hak sahipliği gibi konular açısından benzer olduğu; senetleri ihraç eden kişiler, senetlerin tedavül yeteneklerinin ne zaman ortaya çıktığı, senetlerin iptali, ciro tarihinin yazılmasının zorunlu olup olmadığı gibi konular açısından farklı olduğu ifade edilebilir.

**KAYNAKÇA**

Arseven, Haydar, “Umumi Mağazalar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C. 10, S. 3-4, ss. 579 - 603, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9141/114525>, (E.T. 28.05.2021).

Bilgili, Fatih - Demirkapı, Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Dora Yayınları, Bursa, 2018, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=77424> , (E.T. 23.05.2021).

Bozer, Ali - Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.

Can, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Çelik, Aytekin, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71141>, (E.T. 25.05.2021).

Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması - TTK Şerhi - IV, Temel Yayınları, İstanbul, 1990.

Eriş, Gönen, Kıymetli Evrak, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

İmregün, Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

Karahan, Sami vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

Kaya, Barış, “Umumi Mağazalar ve Lisanslı Depolar Tarafından Çıkarılan Kıymetli Evraka İlişkin Hukuki Meseleler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 198, 2019, ss. 2497 – 2536, <https://legal.com.tr/Book/Z0jiA8Y-BkkB9I75tTrhWA/c16e46dfe62f414a824ef4d647d96209?s=> , (E.T. 31.05.2021).

Kaya, M. İsmail - TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku - II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=69710>, (E.T. 27.05.2021).

Kayar, İsmail, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71780>, (E.T. 26.05.2021).

Kayıhan, Şaban, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=70625>, (E.T. 25.05.2021).

Kendigelen, Abuzer - Kırca, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kubilay, Huriye, “Kambiyo Senetlerinin Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3,S. 1-4, 1987, ss. 497 - 513. <https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/1987/kubilay12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (E.T. 29.05.2021).

Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Poroy, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1989.

Poroy, Reha - Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=73196> , (E.T. 23.05.2021).

Topsoy, Fevzi, Kıymetli Evrak Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TTK Gerekçe, <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-dorduncu-kitap-tasima-islerimadde-850-930/> (E.T. 23.05.2021).

Ülgen, Hüseyin vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Yargıtay Kararları, <https://www.kazanci.com.tr/>, (26.05.2021).

## KOMPETENZ-KOMPETENZ İLKESİ VE OLUMSUZ ETKİSİ\*

Dr. Öğretim Üyesi Işıl EGEMEN DEMİR\*\*

### ÖZ

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesine ilişkin Kompetenz-Kompetenz ilkesi yaygın olarak kabul edilen ve milletlerarası ticari tahkimi ayakta tutan ana prensiplerden biridir. İlkenin olumlu ve olumsuz iki etkisinden bahsedilmektedir. Olumlu etkisi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesine ilişkin; olumsuz etkisi mahkemelerin hakemlerden önce hakemlerin yetkili olup olmadığına karar veremeyeceği; hakemlerin yetkileri hakkında karar verme önceliğine sahip olmalarını ifade eder. İlkenin olumsuz etkisi bazı ülke hukuklarında ve mahkeme içtihatlarında henüz yeni yeni kabul edilmekte olan bir kavramdır; dolayısıyla ilkenin olumlu etkisinin aksine yaygın bir kabulden bahsetmek zordur. Çalışmamızda Kompetenz-Kompetenz ilkesi, milletlerarası tahkim anlaşmaları, çeşitli ülkelerin hukuki düzenlemeleri ve mahkeme içtihatları çerçevesinde incelenmiş, en sonunda da Türk hukuku açısından bir inceleme yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kompetenz-Kompetenz ilkesi, olumsuz etki, hakemlerin karar verme önceliği, milletlerarası ticari tahkim, tahkim anlaşması.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 27/05/2021

\*\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı  
E-Mail: demir@tau.edu.tr,  
ORCID: 0000-0002-7007-211X

## KOMPETENZ-KOMPETENZ PRINCIPLE AND ITS NEGATIVE EFFECT

### ABSTRACT

The Kompetenz-Kompetenz principle regarding deciding power of the arbitrators on their own competence is one of the main principles which is widely accepted and sustains international commercial arbitration. There are two aspects of the principle: positive and negative effects. While the positive effect is related to the deciding power of the arbitrators about their own powers; the negative effect means that the courts cannot decide about the competence of the arbitral tribunal before the arbitrators; in other words it refers to the priority of the arbitrators to decide about their own competence. The negative effect of the principle is a concept that is accepted in some countries' legislations and some court decisions; therefore, contrary to the positive effect of the principle, it is difficult to talk about a widespread acceptance. In our study, the Kompetenz-Kompetenz principle was examined within the framework of international arbitration agreements, legal regulations and court jurisprudence of various countries, and finally a review was made in terms of Turkish law.

**Keywords:** Kompetenz-Kompetenz principle, negative effect, priority of arbitrators, international commercial arbitration, arbitration agreement

## GİRİŞ

Kompetenz-Kompetenz ilkesi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme salahiyetini ifade etmekle birlikte, etkileri bakımından olumlu ve olumsuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi hem Kompetenz-Kompetenz ilkesinin özünü hem de ilkenin olumlu etkisini oluşturur. İlkenin olumlu etkisinin milletlerarası tahkim hukukunda genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermede önceliğe sahip olmaları ya da başka bir ifadeyle devlet mahkemelerinin hakemlerin yetkileri hususunda hakemlerden önce karar verememelerini ifade eden Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukundaki yeri, diğer ülke hukukları ve uygulamaları da dikkate alınarak incelenecektir. Türk hukuku bakımından tahkim kararlarının tabi tutuldukları hukuki rejimi üçe ayırabiliriz: Yabancılik unsuru içermeyen ve unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar ve nihayet yabancılik unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ve uyuşmazlığın çözümünün de Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) tabi kılınmadığı uyuşmazlıklar. Birinci grup uyuşmazlıklar, yerel tahkime yönelik bir düzenleme olan 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 413<sup>1</sup> ve ikinci grup uyuşmazlıklar MTK madde 5<sup>2</sup>'e tabidir. Her iki düzenleme de geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı karşısında mahkemelerin işin esasına giremeyeceklerini düzenlemiştir. Üçüncü gruptaki yabancı hakem kararları, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu<sup>3</sup> ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna tabidir<sup>4</sup>. Çalışmamızda, çeşitli ülkelerdeki Kompetenz-Kompetenz ilkesine

<sup>1</sup> 4/2/2011 t., 27836 s. RG, HMK madde 413 "(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir."

<sup>2</sup> 5/7/2001 t., 24453 s. RG, MTK madde 5 – "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder. Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir."

<sup>3</sup> 25.09.1991 T., 21002 S. RG

<sup>4</sup> Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulanması söz konusu olan iki hukuki metin vardır. New York Konvansiyonu 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış ve 25.09.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Anlaşmanın 12. Maddesinde yer alan prosedür tamamlandıktan sonra, 30.09.1992 tarihi itibarıyla anlaşma Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş ve iç hukuka aktarılmış bir milletlerarası anlaşma, aynı konuda yürürlükte olan iç hukukta yer alan düzenlemeyi zımnen yürürlükten kaldırır. New York Konvansiyonu ve MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri aynı konuyu düzenlemekle birlikte, Türkiye söz konusu anlaşmayı, sadece taraf devletlerde verilen hakem kararlarına uygulanacağı çekincesiyle onaylamıştır. Bu nedenle New York Konvansiyonu sadece taraf devlette verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde uygulanacak; MÖHUK'un tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri ise New York Konvansiyonu'na taraf olmayan yabancı devlette verilen ve Türk hakem kararı da sayılmayan hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde uygulanacaktır.

yaklaşım irdelenecek ve New York Konvansiyonu'nun yanı sıra HMK ve MTK'nın hazırlanmasında dikkate alınan UNCITRAL Model Kanunu da dikkate alınacaktır<sup>5</sup>.

## I. KOMPETENZ – KOMPETENZ KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Hakem heyetinin / hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini ifade eden Kompetenz – Kompetenz ilkesi<sup>6</sup>, ihtiyarî nitelikteki milletlerarası tahkimin etkili ve özerk bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olabilmesi açısından vazgeçilmez bir temel ilkedir. Tahkimin ihtiyari olması, tarafların bir uyuşmazlığı, devlet mahkemeleri dışında bağlayıcılığı ve icra edilebilirliği, devlet tarafından da kanunlarda kabul edilmiş bir başka kuruma götürebilmesini ve uyuşmazlığı esasından çözen bir karar alabilmesini ifade eder<sup>7</sup>. Dolayısıyla tahkim anlaşması bir tarafın uyuşmazlığı tahkime götürebilmesinin olmazsa olmaz şartıdır.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı sayesinde, mahkemelerin tahkim sürecine müdahalesi engellenmiş olur. Tahkim yargılaması geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmak zorunda olmakla birlikte, tahkime hukuki varlığını kazandıran, taraflar arasında akdedilen herhangi bir özel hukuk anlaşmasından farkı olmayan

<sup>5</sup> New York Konvansiyonu ve MÖHUK ile HMK ve MTK'nın bu noktadaki farklılığına aslında şu açıdan bakmak gerekir: MTK hazırlanırken UNCITRAL'in 1985 tarihli Model Kanunu dikkate alınmıştır. HMK'nın hazırlanma aşamasında, iç tahkime ilişkin kuralların da yenilenmesi ve MTK ile uyumlu hale getirilmesi amacı dile getirilmiş, iç tahkimde de UNCITRAL Model Kanunu dikkate alınmıştır. MTK genel gerekçesi için bkz: [https://www.tbmmaddegov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122\\_ss0712.pdf](https://www.tbmmaddegov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122_ss0712.pdf), (27.02.2020). HMK Genel Gerekçe için bkz: [http://www.kg\\_maddeadalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf](http://www.kg_maddeadalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf), (27.02.2020).

<sup>6</sup> Alman hukuk tarihinde Kompetenz-Kompetenz ilkesi Kayzerlik döneminde tartışılmış, hem öğreti hem de mahkeme içtihatlarında reddedilmişti. Alman hukukunda 1998'de UNCITRAL Model Kanununun hukuka uyarlanmasıyla önce, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte Almanya'daki mahkeme içtihatlarında tarafların hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine cevaz veren anlaşmalar yapmaları kabul edilmişti. Böylelikle taraflar hakemlere kendi yetkileri (Kompetenz) hakkında karar verebilmeleri için yetki (Kompetenz) veriyordu. Bu şekilde adlandırılan Kompetenz – Kompetenz anlaşması bugünkü anlamından farklı bir anlam ifade etmekteydi. Alman Hukukunda Kompetenz-Kompetenz ilkesinin gelişimi hakkında daha geniş bilgi için bkz: Achim Ahrendt, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren* (J.C.B Mohr (Paul Siebeck) 1996) 21 vd.

<sup>7</sup> Kanunen gösterilen belirli hallerle sınırlı olan ve tarafların bu yönde bir anlaşması olmasa bile tahkime gidilmesini ifade eden zorunlu tahkimin karşısında yer alan ihtiyarî tahkimde, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde tahkime gitmek mecburîdir. Bu bakımdan ihtiyarîlik sadece, tarafların bir uyuşmazlığın halli hususunda tahkim anlaşması yapıp yapmamasını ifade eder; yoksa geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan biri, tek taraflı olarak uyuşmazlığı tahkime götürmekten vazgeçemez. Zorunlu tahkime örnek olarak 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu madde 25'te yer alan *tütün ekicisi ile alıcısı arasında, yazılı alım - satım sözleşmesinin uygulama ve yürütümünden doğacak uyuşmazlıklar* gösterilebilir. Hakan Pekcanitez - Ali Yeşilirmak, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, On İki Levha 15. edn, 2017, s. 2614-2615.; Ergin Nomer – Nuray Ekşi – Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, 9-12. Sözleşmenin devri halinde tarafların değişmesi halinde dahi, geçerli tahkim anlaşması varlığını sürdürür ve uyuşmazlık devlet mahkemesinde ileri sürülemez. Yargıtay 19. HD, E. 2014/11942, K. 2014/17697, T. 6.2.2014 (Karar yayımlanmamıştır.). Naklen Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. bası, Vedat Kitapçılık 2020, s.146.



tahkim anlaşması değildir. Tahkimle devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamayı karşılaştırdığımızda, mahkemeler devletin resmi organları olarak yargılama yetkisiyle donatılmışlardır. Tahkimin, devlet mahkemeleri yanında hukuki varlığının kabul edilmesi, hakem kararına icrailik gücü verilebilmesi ancak tahkim yargılamasının, devlet mahkemelerine benzer şekilde hukuki bir güçle donatılması ile mümkündür. Tahkimin hukuken tanınmadığı bir devlette, taraflar aralarında yaptıkları tahkim anlaşmasına binaen tahkime gitseler, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararı icra etmek isteseler bile bu sonuca ulaşamayacaklardır. O halde geçerli bir tahkim anlaşması bir tahkim yargılamasının olmazsa olmaz koşulu olmakla birlikte, tahkime hukuken varlık kazandıran temel olarak devletlerin tarafı olduğu uluslararası andlaşmalar ve iç hukuk mevzuatlarıdır.

Yerel mahkemeler de New York Konvansiyonu madde 2(3)'te belirtilen sınırlar dahilindeki bir tahkim anlaşmasına istinaden verilmiş bir tahkim kararını tanımak ve ayakta tutmak zorundadırlar. Akit devlet mahkemesi, New York Konvansiyonu madde 2(3) anlamında bir tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, söz konusu anlaşmayı geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulmadığı müddetçe, tarafları tahkime yönlendirmek zorundadır. Konvansiyonda bu şekilde bir belirleme yer almasına rağmen, geçersiz, etkisiz ve icra kabiliyetinden yoksun terimlerinin anlamı konusunda bir tanımlama yapılmamıştır.

New York Konvansiyonu'nda yer alan "tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünden" genel olarak irade sakatlığı, ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarını aykırılık gibi borçlar hukuku kaynaklı hükümsüzlük nedenlerinden dolayı tahkim anlaşmasının muteber olmadığı anlaşılmaktadır<sup>8</sup>. Madde 2(3) anlamında etkisizlik ise başlangıçta geçerli olan ancak daha sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğini yitirmesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle etkisizlik kavramı tahkim anlaşmasından tarafların feragat ettikleri, tahkim anlaşmasının iptal edildiği veya geri alındığı durumlarda oluşmaktadır. Benzer olarak tahkim anlaşmasının varlığına rağmen tarafların iddia ve savunmalarını devlet mahkemelerinde ileri sürdükleri durumlarda yine tahkim anlaşmasının etkisiz olduğu kabul edilmektedir<sup>9</sup>. İfa kabiliyetinden yoksunluk ise tahkim anlaşmasının daha çok fiziken uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Örneğin, hakem olarak belirlenmiş olan kişinin vefat etmesi veya hakem olarak belirlenmiş kişinin davayı reddetmesi ve tarafların davanın başka bir hakem aracılığıyla görülmesini istememesi gibi durumlarda söz konusu olmaktadır<sup>10</sup>.

Ancak söz konusu geçersizlik halleri net bir şekilde tasnif edilememekte ve uygulamada özellikle patolojik klozların varlığı hâlinde birçok geçersizlik halinin varlığı ileri sürülmektedir. Seçilen tahkim mahkemesinin mevcut olmaması, devlet mahkemelerin de tahkim mahkemesinin yanında davayı görmek konusunda yetkili kılınmış olması, tahkim şartında davanın sona erdirilmesi için son derece kısa bir

<sup>8</sup> İpek Sarıöz Büyükalp, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061, s. 2033.

<sup>9</sup> 1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı, ICCA International Council for Commercial Arbitration, 2015, s. 53, <[www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org)> (27.02.2020), (ICCA Rehberi olarak kısaltılmıştır).

<sup>10</sup> ICCA Rehberi, s. 53.

zamanın belirlenmiş olması gibi birçok konuda patolojik tahkim anlaşmalarının varlığı gündeme gelmektedir<sup>11</sup>.

Akit devletler söz konusu geçersizlik hallerini nasıl değerlendirecekleri konusunda serbest bırakılmış ve akit devlet mahkemelerine hangi durumlarda yerel mahkemelerin uyuşmazlığı tahkime yönlendireceği konusunda takdir hakkı verilmiştir. New York Konvansiyonu madde 2(3)'te yer alan terimlerin kapsamı ile ilgili akit devletlere tanınan takdir hakkının kapsamı, tahkimi ayakta tutan ana prensip olan Kompetenz-Kompetenz ilkesini bir anlamda zayıflatmaktadır.

Tahkim tarafların, aralarında doğmuş ya da doğacak uyuşmazlıkları milli mahkemeler yerine özel bir muhakeme sistemine tabi kılmak üzere rıza gösterdikleri bir sözleşmeye dayanır<sup>12</sup>. Rızai ve ihtiyari niteliği, tahkimi, uyuşmazlıkların çözümü konusunda çok önemli bir çözüm mekanizması haline getirmekle birlikte, tahkimin varlığı ve işlerliği bir hukuk sistemiyle bağlı olmasını ve bu hukuk sisteminin desteğini gerektirir. Dolayısıyla tahkim mekanizmasının etkin olması, kararlarının icra edilebilmesi bağlı olduğu hukuk sisteminde tahkimi destekleyen hukuki altyapının olması ile alakalıdır. Uluslararası tahkim sürecini ayakta tutan en önemli hususlardan birisi de, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı da dâhil olmak üzere hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerini ifade eden Kompetenz – Kompetenz ilkesidir<sup>13</sup>. Kompetenz-Kompetenz ilkesi de tahkim sözleşmesine değil; tahkimi ayakta tutan ülkenin tahkim mevzuatına ve taraf olduğu uluslararası anlaşmalara dayanır<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Ali Yeşilirmak, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 34; Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2019, s. 362.

<sup>12</sup> Ashley Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz”, Pepperdine Law Review, Volume 2014, Issue 1, 2014, ss. 17-34. s. 17; Özlem Süsler, “Jurisdiction of Arbitration Tribunals: A Comparative Study” (La Trobe University 2012)(Study)<[https://international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitrationlaw Master Version.pdf](https://international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitrationlaw%20Master%20Version.pdf)> (03.03.2020).

<sup>13</sup> Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerini ifade eden Kompetenz-Kompetenz ilkesi almanca bir terim olarak öğretilde sıklıkla kullanılmaktadır. Aynı anlamı ifade etmek üzere İngilizce “competence–competence” veya Fransızca “Compétence de la Compétence” terimleri de kullanılmaktadır. Türk öğretisinde de ilkenin Almanca sıklıkla kullanılmakla birlikte, “yetkiye hükmetme yetkisi” şeklinde Türkçe ifade de tercih edilmektedir. Bilgehan Yeşilova, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili Olarak- Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları” (2009) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 739,742. Alman hukukundaki önceki kullanımıyla bir karışıklığa mahal vermemesi amacıyla bilinçli olarak almanca terimin kullanılmasından kaçınanlar da vardır. Sandra Synkova, Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage, Springer Verlag, 2013, s. 38; Aysel Çelikel – B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 823; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2011, s. 355 vd.; Recep Çakrak, “Kompetenz – Kompetenz Prensibi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:31, Temmuz 2017, s. 659 vd.

<sup>14</sup> Hakem heyetinin yargılama gücünün dayanağı konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler, sözleşmesel, yetkisel, karışık ve müstakil teoriler olarak dört gruba ayrılmıştır. Klasik sözleşmesel teori, tahkim anlaşması ve hakem kararının birliğine dayanır; yani tahkim kararı bir sözleşmeden ötesi değildir. Taraflar arasındaki anlaşma, hakemlerin yargılama yetkisinin tek dayanağıdır ve hakemlerde

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonunun geniş kabul görmesi ile tahkimdeki çoğu ilke uluslararası nitelik kazanmıştır. Tarafların aralarında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlıkları tahkime götürmeleri kesinlikle tarafların bu yöndeki rızasına; nitekim tahkim anlaşmasına dayanır. Tarafların tahkim süreci üzerindeki kontrolü ancak taraflardan birinin anlaşmanın geçersizliğini ileri sürmesi halinde mahkemenin de bu yönde karar vermesi halinde sona erebilir.

İlk olarak Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 36(6)'da yer alan, "*mahkemenin yetkili olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta, sorun mahkemenin kararıyla çözümlenecektir.*" şeklinde ifadesini bulan Kompetenz – Kompetenz ilkesi, bugün itibarıyla tahkim hukuku alanında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkisini ifade eden evrensel bir ilkedir<sup>15</sup>. Söz konusu ilkeyle birlikte mahkemelerin müdahalesini engelleyen bir diğer kavram da tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesidir<sup>16</sup>. Ancak iki ilkeyi birbirinden ayıran nokta, ayrılabilirlik ilkesinin içeriği konusunda büyük ölçüde bir mutabakat varken; Kompetenz – Kompetenz ilkesinin kapsamı tartışmalı olması ve uygulamasının da ülkeden ülkeye değişkenlik

---

tarafların vekili sıfatıyla tahkim yargılamasını yürütürler. Yetki teorisinde, hakemin görevine vurgu yapılmış; bu görevin hakimin görevine benzediği ifade edilmiştir; bu nedenle teoriyi destekleyenler, hakem kararının bir mahkeme hükmü gibi muamele görmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Bu görüşe göre, hakemlerin yetkisinin kaynağı, onlara bu yetkiyi devreden devlettir. Karma teori, yukarıda açıklanan iki teoriye getirilen eleştirilerden doğmuştur. Bu teoriye göre, tahkimin geçerliliği her ne kadar taraflar arasındaki bir anlaşmadan kaynaklansa da, doğası gereği bir yargılama faaliyetidir. Hakemler ne kamusal bir faaliyette bulunmaktadır ne de tahkim süreci sonunda verilen karar bir sözleşme niteliğindedir. Doğası gereği karma yapıdadır. Son olarak da özerk teori ortaya çıkmıştır. Bu teori, varolan bütün geleneksel yaklaşımları reddetmiş ve sözleşme ve yetki gibi klasik kavramlardan ayrılmış; tahkimi, işlevi ve amacına bakarak tanımlama yolunu seçmiştir. Benzer yönde bkz: Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2. edn, Wolters Kluwer 2014, s. 1067; Philippe Fouchard - Emmanuel Gaillard - Bertold Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, s. 401.

<sup>15</sup> Süsler, Study, s. 87 <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawMasterVersion.pdf>, (03.02.2020). İlkenin genel kabul görmüş olduğu, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerini reddeden bir otoritenin yokluğu ve ilkenin uzun zamandır devletlerarası ve yatırım tahkiminde tanınmış olması ile de tasdik edilmiş olduğu hakkında bkz: Born, 2014, s. 1051. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin, yani Kompetenz-Kompetenz ilkesinin hangi hukuki kuruma dayandırıldığı hususunda görüş birliği yoktur. Hakemlerin yürüttüğü faaliyet, devlet mahkemelerinde hakimlerin yürüttüğü yargılama faaliyetine benzer. Resmi bir faaliyet olan yargı yetkisi dayanağını devletin egemenlik hakkından alırken, geçerli bir tahkim anlaşması olmaksızın uyuşmazlığı çözemeyecek olan hakem heyetinin yetkisinin dayanağı konusu da tartışılmıştır.

<sup>16</sup> Tahkim şartı veya anlaşmasının geçerliliği inceleme konusu olduğunda, hakemler esas sözleşmeden bağımsız olarak tahkim anlaşmasını değerlendirirler. Tahkim anlaşması hukuken esas sözleşmeden bağımsızdır. Sözleşmeler ehliyet, hukuka aykırılık, temsil, iradeyi sakatlayan haller, sözleşmenin sona ermiş olması vs. gibi nedenlerle geçersizliği ya da bir hakkın geçerli bir dayanağı olmaktan çıktığı tartışılabilir. Esas sözleşmenin geçersizliği, sona ermiş olması halinde dahi, tahkim anlaşması ya da şartının geçerli olarak varlığını koruyabilmesine; esas sözleşme ile tahkim şartının kaderinin ayrı olmasına ayrılabilirlik ilkesi denir. Mustafa Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 539 vd.

göstermesidir<sup>17</sup>. Kompetenz – Kompetenz ilkesi bakımından, üzerinde evrensel bir uzlaşının bulunmadığı hususlar, yetki konusunda hakem heyetinin ve mahkemelerin ne zaman karar verebilecekleri ve hakem heyetine yetkileri hakkında zamansal olarak karar verebilme önceliğinin sonuçlarıdır<sup>18</sup>. İlke milli hukuklara uyarlandığında, devletin yetkiye ilişkin hukuki altyapısı Kompetenz-Kompetenz kuralının nasıl yorumlanacağı konusunda da etkileyici olmaktadır<sup>19</sup>.

Kompetenz-Kompetenz ilkesi özellikle tahkim kararının geçerliliğinin tartışıldığı yetkiye ilişkin itirazlarda önem taşır<sup>20</sup>. Hakem heyetlerinin yetkiye dair verdikleri tüm kararlar aslında yargısal denetime tabidir ve son sözü mahkeme söylemektedir; çünkü hakem heyetinin yetkisini aşmış olduğuna ya da verdiği hakem kararının geçerli olup olmadığına ilişkin mahkeme önünde yapılacak bir inceleme aslında son sözü mahkemeye vermiş olmaktadır. Bu da tahkim kararının etkisini azaltmaktadır. Tahkim alanında yetki kavramı, hakem heyetinin vakaları inceleme, tespit etme, yorumlama ve hukuku uygulama konusundaki gücünü ifade eder. Hakem heyeti yetkili olup olmadığına ilişkin kararı bir ara karar ya da nihai karar niteliğinde olabilir. Örneğin hakem heyeti, yetkiye ilişkin kararını esasa ilişkin bir inceleme yapmadan ara kararda veya esasa ilişkin değerlendirmeleriyle birlikte nihai kararda verebilir. Hakem heyetinin bu seçimi, tarafların isteği, uyuşmazlığın çok karmaşık olması, yetkiye ilişkin hususların esasa ilişkin hususlarla iç içe geçmiş olması gibi çeşitli etkenlere dayanabilir. Taraflardan birinin mahkemede hakem heyetinin yetkisine itirazda bulunması karşısında verilecek en etkin cevaplardan biri de hakem heyetinin vereceği yetkiye ilişkin bir ara karar olabilir. Genellikle tahkim yargılamasının başında değil de; nihai hakem karardan sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğinin devlet mahkemelerinde tartışılması, kararın icra aşamasına geçilmesi nedeniyle olur. Karar aleyhine olan taraf, hakem kararının icra edilmesini istemez, bu nedenle başvurabileceği ve tartışabileceği en temel husus hakem heyetinin yetkisizliği ve buna dayalı olarak hakem heyetinin verdiği kararın da geçersiz olduğudur<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cook, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 20; Born, 2014, s. 1048 vd.; John James Barcelo, "Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View", (September 11, 2017). Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40, <https://ssrn.com/abstract=3035485>, (03.03.2020) s. 6; Nigel Blackaby - Constantine Partasides - Alan Redfern - Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. edn, Oxford University Press, 2015, s. 341. Hatta Kompetenz – Kompetenz ilkesinin uygulamasının milli ve kurumsal arka planına göre değişiklik göstermesi nedeniyle bukalemuna benzetilmiştir. William W. Park, "Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", Nevada Law Journal, 2007, Vol. 8, Issue 1, s. 135-136.

<sup>18</sup> Born, 2014, s. 1052

<sup>19</sup> Süssler, Study, s. 87.

<sup>20</sup> Tahkim kararının geçersizliğinin tartışıldığı durumlar arasında, tahkim anlaşmasının akdedilmesi, geçerliliği ve yorumuna ilişkin hususlar büyük önem taşır ve genellikle devlet mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar tahkim kararının geçerliliği hakkında belirleyicidir. Tahkim kararının geçerliliğine ilişkin en önemli hususları şu başlıklar altında sıralayabiliriz: Tahkim kararının geçerliliği ve bağlayıcılığı, tahkim anlaşmasının yokluğu, tahkim usulüne uygun olarak uyuşmazlığın çözülmemiş olması, hakem heyetinin oluşturulmasında usulsüzlük, hakem kararının kamu düzenine aykırı olması, kararın icra edilmesinin hukuki veya gerçek bir hataya sebebiyet vermesi ya da kararın konusunun tahkime elverişli olmamasıdır. Blackaby vd., 2015, s. 160 vd.

<sup>21</sup> Süssler, Study, s. 26.

## B. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verme Salahiyeti

Kompetenz-Kompetenz ilkesi, uluslararası andlaşmalarda, ulusal mevzuatta, yargı kararlarında, kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında ve uluslararası tahkim kararlarında genellikle kabul edilmiştir<sup>22</sup>. İç hukukumuzdaki düzenlemeleri daha sağlıklı değerlendirebilmek açısından ilkenin uluslararası düzenlemelerde; özellikle 1958 New York Konvansiyonu, 1961 Cenevre Konvansiyonu ve UNCITRAL Model Kanunu'nda nasıl yer bulunduğunu incelememiz gerekir.

### 1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu<sup>23</sup>

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonu, esas olarak âkit bir devlette verilmiş bir hakem kararının diğer bir âkit devlette icrasına yönelik düzenlemeleri içermekle birlikte, Konvansiyon çerçevesinde tahkimin dayanağı olabilecek geçerli bir tahkim sözleşmesine ilişkin hükümler de içermektedir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceklerine ilişkin açık bir ifade Konvansiyon metninde yer almamasına karşın, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olmadıkça mahkemenin uyuşmazlığı hakem heyetine tevdi etmesine ilişkin Konvansiyon madde 2(3) hükmü ve hakem kararının tanıma ve tenfizine ilişkin olarak, tahkim anlaşmasının geçersizliği, hükümsüzlüğü veya kapsamının aşmış olduğu hallerde özellikle madde 5(1) a ve c bentlerindeki ifadelerden, mahkemelerin, hakemlerin yetkisi hususunu inceleyebilecekleri sonucuna ulaşılabilir<sup>24</sup>. Hükümler birlikte değerlendirildiğinde hem mahkemelerin hem de hakemlerin, yetki uyuşmazlıklarını inceleyebilmeleri ve bu konuda karar vermelerinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle hem devlet mahkemesinin hem de tahkim mahkemesinin birbirinden bağımsız olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi söz konusu olmaktadır. Doktrinde bu durum yarışan yargılamalar (concurrent jurisdiction) olarak adlandırılmaktadır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Born, 2014, s. 1052. Kurumsal tahkim mekanizmalarından bazıları ilkeye kendi kurallarında da yer vermiştir. Uluslararası Ticaret Odası Tahkimi (International Chamber of Commerce) – ICC Kurallarında yer alan tahkim anlaşmasının etkisine dair madde 6, tarafların ICC tahkimine rıza vermekle, tahkim mahkemesinin yetkisini kabul etmiş olduklarını, aleyhine tahkime gidilen tarafın cevap vermemesi veya bir tarafın tahkim anlaşmasının varlığına, geçerliliğine veya kapsamına ilişkin bir veya daha fazla itirazda bulunması üzerine tahkimin devam edip etmemesi veya yetkiye ilişkin herhangi bir sorun hakkında, Genel Sekreterlik, madde 6/(4) uyarınca mahkemeye yönlendirmedikçe, hakem heyeti tarafından karar verilir. ICC Kuralları madde 6/(3) uyarınca ICC mahkemesine yönlendirilen bütün uyuşmazlıklarda, mahkeme tahkimin devam edip etmeyeceğine, edecekse ne kapsamda devam edeceğine hükmeder. İlk bakışta (prima facie), ICC Kuralları uyarınca geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda tatmin olursa tahkim sürecinin devamına karar verir. ICC Tahkim Kuralları için bkz: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/>, (03.02.2020).

<sup>23</sup> 21.05.1991 t., 20877 s. RG

<sup>24</sup> Born, 2014, s. 1053. Yazar'a göre, yetkinin mahkemeler tarafından gözden geçirilmesine ilişkin bu hüküm, hakemlerin, kendilerinden önce başka makamın yetki tespiti yapmaksızın, kendi yetkileri hakkında karar verme imkanını ifade eder. Bu hükümden, yazar, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine ilişkin bir imkân getirildiği sonucunu çıkartmıştır.

<sup>25</sup> Stavros Brekoulakis, "The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to be Negative", Austrian Arbitration Yearbook, 2009, ss. 238-258, s. 251; Nazlı Töre, "Tahkim

New York Konvansiyonu madde 2(3)'e göre, mahkeme, tahkim anlaşmasını, geçersiz, hükümsüz veya tatbikini gayrimümkün bulmadığı müddetçe, uyuşmazlığı hakem heyetine tevdi eder. Hüküm, mahkemenin prima facie bir inceleme mi yoksa kapsamlı bir inceleme mi yapacağı sorusuna bir cevap getirmemiştir<sup>26</sup>.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin devlet mahkemesince prima facie olarak incelenmesi, devlet mahkemesinin hızlı bir inceleme yapmasını sağlayarak yargılama sürecini uzatmaya yönelik art niyetli girişimlerin önüne geçmektedir. Devlet mahkemesi prima facie incelemeyle tahkim anlaşmasının “muhtemelen geçerli” olduğuna karar verebilir<sup>27</sup>. Bu sebeple tahkim mahkemesinin, anlaşmanın geçerli olduğuna karar vererek davayı görmesi hâlinde dahi tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği devlet mahkemesince denetlenebilir. Devlet mahkemesinin bu aşamada tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermesi hâlinde ise süreç daha da uzamış olur. Mahkemenin tam bir inceleme yapmamasının oluşturabileceği sorunların çarpıcı bir örneğini ICC nezdinde görülmüş olan *Devas v. Antrix* davası oluşturur<sup>28</sup>. Söz konusu karar Kompetenz-Kompetenz doktrinin negatif yönünün kullanılmasının ortaya çıkarabileceği sakıncaya örnek teşkil etmesi bakımından önemli

Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi”, *Journal of International Management and Social Researches Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 11, 2019, ss. 208-216, s. 210.

<sup>26</sup> Born, 2014, s. 1053. Sadece hükmün lafzına değil, hazırlık çalışmalarına baktığımızda da, bu soruya bir cevap bulamıyoruz. Mahkemenin hakemlerin yetkisi konusundaki incelemesinin mahiyeti konusunda bir açıklık olmaması, çeşitli ülkelerin uygulamalarının bu konuda farklılık göstermesinden de anlaşılabilir.

<sup>27</sup> Brekoulakis, “The Negative Effect”, s. 251.

<sup>28</sup> Davada, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre tahkim yeri New Delhi ve davaya uygulanacak tahkim kuralları ICC veya UNCITRAL Kuralları olarak belirlenmiştir. Ayrıca uyuşmazlık yaşanması hâlinde tahkimden önce tarafların uyuşmazlığı yönetim kurulu tarafından yapılacak olan müzakerelerle çözmeleri gerektiği belirlenmiştir. Ancak *Devas* doğrudan ICC'ye başvurmuş ve davanın ICC'de görülmesini istemiştir. ICC ise *Antrix*'e hakem ataması için bildirimde bulunmuştur. Ancak *Antrix* ICC'ye cevap vermemiş, *Devas* ile iletişime geçerek uyuşmazlığın öncelikle müzakere aracılığıyla giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Taraflar müzakere usulünü denemiş ancak sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine *Antrix*, UNCITRAL Kuralları'na göre görülecek şekilde tahkim yargılaması başlatmak istemiş ve *Devas*'ın hakem atamasında bulunmasını istemiştir. *Devas* ise davanın zaten ICC nezdinde ICC Kuralları'nca başlatılmış olduğunu söyleyerek hakem atamasında bulunmamıştır. *Devas v. Antrix*, ICC Case No. 18051/ CYK of 2011, Final Award - 14 Sept 2015. Bunun üzerine *Antrix* davayı Hindistan devlet mahkemesine taşıyarak 1996 Tahkim ve Uzlaşma Yasası (The Arbitration and Conciliation Act, 1996) uyarınca ICC'nin görevli olmadığına ve *Devas* için hakem ataması yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi ise Kompetenz-Kompetenz doktrininin negatif yönünü izlemiş ve ICC Kurallarına göre yönetilen davada tahkim mahkemesinin görevli olup olmadığına tahkim mahkemesinin karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir (In the Supreme Court of India Original Civil Jurisdiction Arbitration Petition No. 20 of 2011, <https://main.sci.gov.in/jonew/judis/40399.pdf>). Akabinde *Antrix* ICC nezdinde tahkim anlaşmasının patolojik olduğunu ileri sürmüş ve anlaşmanın geçersiz olduğuna hükmedilmesini istemiştir. Ancak tahkim mahkemesi bu itirazı kabul etmeyerek davanın tahkimde görülmesine karar getirmiştir. İlgili kararı *Devas Paris İstinaf Mahkemesinde* onaylatmıştır. *Antrix* ise söz konusu kararı Paris Temyiz Mahkemesine taşımıştır. Temyiz mahkemesi de kararı tahkim mahkemesinin teşekkülünün uygun bir şekilde gerçekleşmediğine karar vermiştir (“*Antrix Corporation Limited v. Devas Multimedia Private Limited*, Court of Cassation of France”, First Civil Law Chamber, Case No. F 18-22.019, 4 March 2020, Court of Appeal of Paris, Case No. 16/03596, 27 March 2018”, in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII, Issue 67, ss. 170-178.



bir karardır. Zira devlet mahkemesi prima facie inceleme yerine tam bir inceleme yaparak tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmetmiş olsaydı, sürecin uzamasının önüne geçmiş olurdu<sup>29</sup>.

## 2. Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Konvansiyonu

New York Konvansiyonundan farklı olarak, Avrupa Konvansiyonu<sup>30</sup> m. 5'te Kompetenz-Kompetenz ilkesine ve mahkemeler ile hakem heyeti arasındaki bu ilkenin ayırımına yer vermiştir<sup>31</sup>. Avrupa Konvansiyonu m. 5, özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya yetki aşımına ilişkin itirazlara ilişkindir. Tahkim anlaşmasının yokluğu, geçersiz veya hükümden düşmüş olduğu gerekçelerine dayalı olarak, hakemin yetkisine, dava dilekçesinin tevdiinden veya esasa ilişkin savunmanın verilmesinden daha sonra itiraz edilemez<sup>32</sup>. Esasa ilişkin müteakip mahkeme sürecinden kasıt, hakem

<sup>29</sup> Sai Anakuran - Niyati Raval, "The Negative Affect of Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz on International Arbitration: Notes from the Devas v. Antrix Saga", Kluwer Blog, 9 June 2020, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/09/the-negative-affect-of-negative-effect-of-kompetenz-kompetenz-on-international-arbitration-notes-from-the-devas-v-antrix-saga/>> (03.10.2020)

<sup>30</sup> 21 Nisan 1961'de Cenevre'de imzalanan ve imzacı devletler arasında Türkiye'nin de bulunduğu "Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Konvansiyonu" 91/2138 8/5/1991 tarihli ve 33730 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 23.09.1991 t., 21000 S. Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Avrupa Konvansiyonu Cenevre'de imzalanması nedeniyle Cenevre Konvansiyonu olarak da anılmaktadır.

<sup>31</sup> Avrupa Konvansiyonu madde 5'e göre, tahkim anlaşmasının yokluğu, butlanı veya hükümden düşmüş olduğu nedenlerine dayalı olarak, hakemin görevsiz olduğuna ilişkin itiraz, hakem yargılaması sırasında, esasa ilişkin iddia veya savunmasını tevdiinden daha geç yapılamaz. Hakemin yetki sınırlarını aştığı hususuna dayalı görevsizlik itirazı ise, tahkim yargılaması sırasında hakemin yetkisiz olduğu iddia edilen mesele ortaya atılır atılmaz, yapılmalıdır. Birinci fıkrada öngörülen sebep ve sürelerle bağlı olarak ileri sürülmeyen itirazlar, kural olarak tahkim yargılaması sırasında daha sonra ileri sürülemez. Bu hüküm, Türk Hukuku açısından büyük bir yenilikti. Nitekim bu hususla ilgili mülga HUMK madde 519, uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenip çözümlenemeyeceğine yönelik bir uyuşmazlık mahkemelerce inceleneceği hükmünü getirmişti. Özellikle bir uyuşmazlığının tahkim anlaşmasının kapsamında olup olmadığı, tahkim anlaşmasının geçersizliği, sahteliği veya tahkimin caiz olmadığı nedenlerinden birine dayandırıldığı hallerde, eski düzenlemeye göre, hakemler uyuşmazlık üzerinde karar veremiyordu. Bu durumda, yetki itirazında bulunan davalıya mahkemede tespit davası açması için süre tanınıyordu. Ancak hakemin davalıya süre vermeyip, kendi yetkisi hakkında karar vermesi durumunda ne olacağı hususunda mülga HMUK'ta düzenleme yoktu. Bu durumda Yargıtay bazı kararlarında hakemler yetkilerinde olmayan bir konuda karar vermiş olacakları için kararın bozulması gerektiğini; bazı kararlarında ise, şayet davaya bakma yetkisi zaten hakemlerde ise, hükmün bozulmaması gerektiği yönündeydi. Her iki halde de, aslında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi hukukumuzda tanınmış bir kurum değildi. Bu nedenle, Kompetenz-Kompetenz ilkesi açısından Avrupa Konvansiyonu ile Türk hukuku arasında önemli bir farklılık vardı. Ejder Yılmaz, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu" (1990), s. 21.

<sup>32</sup> Maddenin amacı, yetki itirazlarının esasa girilmeden önce yapılması ve bu sayede yetki itirazına ilişkin tartışmaların yargılamayı uzatmaya yönelik kötüye kullanımının önlenmesidir. Konvansiyona taraf bazı ülkelerde, maddede belirtilen süreler hak düşürücü süre olarak değerlendirilmiş ve bu süre zarfında yapılmayan itirazların daha sonrasında ne hakem yargılamasında ne de mahkeme nezdinde ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Hatta geçersiz tahkim anlaşmasına dayalı yetki itirazında bulunulmamasının, geçersiz olan anlaşmayı "düzeltceği"; icra aşamasında da itiraz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak burada kamu düzeni, tarafların ehliyetsizliği, uyuşmazlığın tahkime elverişli

heyeti kararının mahkeme nezdindeki iptal süreci değil; icrasına yönelik olan süreçtir<sup>33</sup>. Cenevre Konvansiyonu madde 5(3) hakemin kendi yetkisini incelerken ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine karar verirken, mahkemenin bu yönde bir karar vermesine kadar tahkim sürecini durdurmayacağına ilişkindir. Hakemin kendi yetkisi hakkında karar verme salahiyetine ilişkin düzenlemenin amacı tahkim sürecinin haksız yere baltalanmasını engellemektir<sup>34</sup>.

Avrupa Konvansiyonu madde 5(2)'de hakemlerin yetkisine ilişkin itirazların tahkim yargılaması sırasında yapılacağı ifade edilmektedir. Avrupa Konvansiyonu madde 5(3)'e göre, *lex fori*ye dayalı herhangi bir yargısal denetim nedeniyle, yetkilerinin inceleme konusu olduğu hakemler tahkim yargılamasına devam edecekler, kendi yetkileri hakkında ve tahkim anlaşmasının veya ana anlaşmanın geçerliliği veya varlığı hakkında karar verebileceklerdir. Avrupa Konvansiyonu madde 5(3)'ün, hakemin yetkiye ilişkin kararının "müteakip" yargısal denetiminden bahsederek, bir zamanlama önceliği getirdiğini söyleyebiliriz<sup>35</sup>. Nitekim Avrupa Konvansiyonu madde 5(2)'de, yetkiye ilişkin itirazın tahkim yargılaması sırasında yapılacağı söylenmiş ve müteakip mahkeme sürecinden bahsedilmiştir. Bu husus, madde 6(3)'te daha açık belirtilmiştir. Hükme göre, devlet mahkemeleri, yeterli ve iyi sebepleri olmadıkça, tahkim anlaşmasının "var olmadığı, geçersiz, iptal edilmiş veya hükümden düşmüş" olduğuna ilişkin uyuşmazlığı, hakemlerin yetkiye ilişkin kararından önce çözmeyeceklerdir. Ancak çok kısıtlı hallerde, özellikle dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, mahkeme hakemin kararından önce yetkiye ilişkin itirazı inceleyebilir. Hükümün mefhumu muhalifinden de, hakemlerin, devlet mahkemelerinden önce, yetkiye ilişkin hususları inceleme ve karar verme konusunda önceliği olduğunu söyleyebiliriz. Avrupa Konvansiyonu bu hükmüyle, New York Konvansiyonu'ndan daha ileri bir düzenleme getirerek, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk inceleyici ve karar verici olduklarına

---

olmaması gibi tarafların uzlaşmalarının söz konusu olamayacağı halleri ayrı tutmak gerekir. Hükümdeki hak düşürücü sürenin uygulamasının sınırı, tahkim yargılamasında bulunmayan tarafın zararına uygulamamaktır. Bundesgerichtshof, 2 Dezember 1982 (Wünsche Handelsgesellschaft v. S. Maria srl) Yearbook XV (1990) pp. 660-666; Oberlandesgericht, Dresden, 18 February 2009 (Czech Principal v. German Sales Agent) Yearbook XXXV (2010) pp. 582-584; Tribunal Supremo, 14 January 1983 (X SA v. Y) Yearbook XI (1986) pp. 523-525; Oberster Gerichtshof, 20 October 1993 and 23 February 1998 (KajoErzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska) Yearbook XXIV (1999) pp. 919-927. Diğer mahkeme kararları için bkz: Dominique T. Hascher, "European Convention on International Commercial Arbitration of 1961", *Commentary*, Yearbook Commercial Arbitration, 2011, Vol. XXXVI, s. 524, [https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher\\_commentary\\_on\\_the\\_european\\_convention\\_1961.pdf](https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf), (20.03.2020).

<sup>33</sup> Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 525.

<sup>34</sup> Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 525. Tahkim sürecinin baltalanması çabalarına ilişkin olmak üzere, hüküm sadece hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesini düzenlememiş; aynı zamanda tahkimin geçersizliğinin iddia edildiği hallerde bile, hakemin tahkim yargılamasına ara vermesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Hakemin yetkiye ilişkin kararı, *lex fori*ye göre yargısal denetime tabi olduğundan, mahkemeyi bağlamaz.

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz: Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 448; Süssler, *Study*, s. 97.



ve devlet mahkemelerinin istisnaen ara karar niteliğinde bir karar<sup>36</sup> verebileceğine dair genel bir kural ortaya atmıştır<sup>37</sup>.

Mahkemelerin tahkim süreci boyunca yetkisini düzenleyen madde 6'da, hakem ve mahkemeler nezdindeki derdestlik hali düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemeye herhangi bir başvuru yapılmadan önce, tahkim anlaşmasının taraflarından biri tarafından tahkim süreci başlatılmasına müteakip, akit devlet mahkemelerine, aynı taraflar arasındaki aynı konu ile ilgili veya tahkim anlaşmasının geçersiz, iptal edilmiş veya hükümden düşmüş olup olmadığına ilişkin sorunların halli için başvurulduğunda, mahkemeler hakemin yetkisine ilişkin yargılamasını, aksine iyi ve önemli sebepleri olmadıkça hakem hükmüne kadar durduracaklardır. O halde Avrupa Konvansiyonu madde 6(3) tahkim sürecinin başlamasından sonra, mahkemenin yetkiye ilişkin kararını hakem heyetinin kararına (award) kadar bekleteceğini ifade etmektedir. Maddede geçen "iyi ve önemli" ifadesi kısıtlayıcı bir yorum tarzını gerektirir. Mahkeme, eğer müdahale etmesini gerektiren çok ciddi bir sebep varsa, hakemin esasa ilişkin karar vermesini beklemeksizin, hakemin yetkisi hakkında karar verecektir. İyi ve önemli sebeplere örnek olarak, uyuşmazlığın yargı kararıyla çözülmüş olması (res judicata) veya devam eden bir yargılamadan karar bekleniyor olması gösterilebilir<sup>38</sup>.

### 3. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu madde 16, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilme yetkilerine ilişkindir. Maddeye göre hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin itirazlar dahil olmak üzere, kendi yetkisine karar verebilir. Ancak bu durum devlet mahkemesinin de tahkim anlaşması hakkında karar vermesine engel oluşturmamaktadır. Öyle ki devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verse dahi tahkim mahkemesi davayı görmeye devam edebilir. Zira böyle bir durumda tahkim mahkemesinin vereceği karar üçüncü bir devlette tenfize konu olabilir.

Maddede hakem heyetinin, ana sözleşmenin geçersiz veya hükümsüz olduğuna karar vermesinin, kendiliğinden tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını gerektirmeyeceği belirtilerek, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı açıkça ifade edilmiştir. Hakem heyetinin yetkili olmadığı itirazı savunma dilekçesinin verilmesinden daha sonra yapılamaz. Bir tarafın hakem atamış ya da hakem atamasına iştirak etmiş olması, tarafı böyle bir itirazda bulunmaktan alıkoymaz. Hakemin yetki sınırını aştığına ilişkin itiraz, tahkim yargılaması sırasında yetki aşımına ilişkin husus ortaya çıkar çıkmaz, yapılmalıdır. Hakem heyeti, yetkisine ilişkin inceleme ve kararını bir ön sorun olarak karara bağlayabileceği gibi esasa ilişkin kararıyla birlikte de hükme bağlayabilir. Hakemin yetkili olduğuna karar vermesi halinde, taraflardan biri mahkemeye başvurarak hakemin yetkisine itiraz edebilir. Mahkemenin hakemin yetkisi ile ilgili inceleme ve karar süreci devam ederken, hakemler yargılamaya devam ederek

<sup>36</sup> Maddede mahkemenin vereceği kararın, ara karar olarak Türkçeye çevirebileceğimiz "interlocutory judicial proceeding" sonucu verileceği söylenmiştir. Mahkemenin karar duruşması hariç bütün duruşmalarında verilen kararlar ara karar niteliğindedir. Ancak mahkemenin bir ara kararla, hakemin yetkisi hakkında kararı nihai değil, geçicidir.

<sup>37</sup> Born, 2014, s. 1058.

<sup>38</sup> Hascher, "European Convention On International Commercial Arbitration of 1961", s. 530.

uyuşmazlığı karara bağlayabilir. Taraflar hakemlerin yetkisi hakkındaki kararına ilişkin yazılı ihbarı aldıktan 30 gün içinde mahkemelere başvurarak yetki hakkında karar verilmesini talep edebilir. Bu karar temyize tabi değildir. Bu konudaki talep derdest iken hakem mahkemesi yargılamaya devam ederek karar verebilir. Böylelikle tahkim sürecinin baltalanmaması da sağlanmış olmaktadır.

Mahkeme, bazı durumlarda ilk bakışta inceleme sonucunda, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna ya da mevcut olduğuna karar veremeyebilir. Özellikle imzacı olmayan tarafların da yer aldığı karmaşık yapıdaki çok taraflı tahkim anlaşmalarında ilk bakışta inceleme yeterli gelmeyebilir. Detaylı bir inceleme ise, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hükmetme yetkisini yani Kompetenz-Kompetenz ilkesini zedeleyebilir. Model Kanun, incelemenin kapsamı konusunda aydınlatıcı bir bilgi içermemekte; Model Kanunu iç hukuklarına aktaran devletlerin de, Model Kanun madde 8 uygulaması birbirinden farklılık arz etmektedir. Bazı ülkelerde Model Kanun madde 8 uygulaması ilk bakışta denetim şeklinde yapılırken bazı ülkelerde ise tam bir inceleme yapılmaktadır<sup>39</sup>.

## II. KOMPETENZ – KOMPETENZ İLKESİNİN OLUMLU VE OLUMSUZ ETKİSİ

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumlu ve olumsuz olarak nitelendirilen iki etkisi vardır. İlkenin olumlu etkisi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesini; olumsuz etkisi ise, mahkemenin hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine tahkim sürecinin başında müdahalesinden alıkonulmasını ifade eder<sup>40</sup>. Mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin değerlendirme yapabilmelerine ilişkin Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumlu etkisi, uluslararası tahkim hukukunda kabul edilmiş bir hususken; olumsuz etkisi bakımından böyle bir ifadede bulunmak zordur<sup>41</sup>. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin çoğu ülkede tanınan olumlu yönünün aksine, ilkenin olumsuz yönü ise hakem heyetinin nihai kararından sonra bile hakem heyetinin yetkisi hakkında mahkemenin karar verme yetkisini kapsadığından bütün ülkeler tarafından kabul edilmemektedir<sup>42</sup>.

İlkenin olumsuz etkisi bakımından iki temel problem ortaya çıkmaktadır. Birincisi mahkeme hakem heyetinin yetkisizliği hakkında ne zaman karar verebilir? İkincisi mahkeme incelemeyi ne kapsamda yapabilir? Hakem heyetinin yetkisine dair uyuşmazlıklar tahkim sürecinin başlangıcında, tahkim süreci sırasında veya hakem heyetinin nihai kararından sonra ortaya çıkabilir. Kompetenz–Kompetenz ilkesinin kapsamının tespit edilmesinde sorun, mahkemenin müdahalesinin zamanı ve hakem heyetinin yetkisine ilişkin kararının ne kapsamda gözden geçirileceği hususudur<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Frederic Bachand, “Does Article 8 of the Model Law Call for Prima Facie or Full Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”, 2006, Vol. 22, Issue 3 Arbitration International 463-476, s. 463.

<sup>40</sup> Emmanuel Gaillard - Yas Banifatemi, ‘Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority in Favour Of The Arbitrators’ in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, 2008, s. 254; Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 20; Barcelo, “Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View”, s. 1 vd.; Süssler, Study, s. 95.

<sup>41</sup> Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 259.

<sup>42</sup> Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 21.

<sup>43</sup> Cook, “Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches, s. 21; Süssler, Study, s. 95.

### A. Kompetenz-Kompetenz İlkesinin Olumsuz Etkisi

Mahkemelerin hakemlerin yargı yetkisi hakkında hakemlerden önce karar verememelerine Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz (negatif) etkisi denir<sup>44</sup>. New York Konvansiyonu madde 2(3)'de yer alan mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulmadığı müddetçe, tarafları tahkime yönlendirmesi ifadesinin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğu durumlarda tahkime yönlendirmeyeceğidir. Mahkemenin "tahkime yönlendirilmesi"nden anlaşılması gereken mahkemenin uyumsuzluğun esasına girmeyerek yetkisizlik kararı vermesi, davayı usuli nedenlerle reddetmesi veya ertelemesidir. Dolayısıyla Kompetenz-Kompetenz ilkesi, mahkemelerin müdahalesini önemli ölçüde engellemiş olmakla birlikte, mahkemelerin hakemlerin yetkisine ilişkin karar verebilmeleri mümkündür. Mahkemelerin hakem heyetinin yetkisine ilişkin olarak, tahkimin hangi safhasında müdahalede bulunabileceği tartışılabilir. Taraflardan birinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik itirazda bulunması veya tahkim şartına rağmen aralarındaki uyumsuzluğu devlet mahkemeleri önünde ileri sürmesi halinde, tahkim süreci henüz başlamadan; ya da tahkim süreci başlamış olmakla birlikte tahkim süreciyle eş zamanlı olarak devlet mahkemesinde yargılama sürecinin başlatılması ya da tahkim süreci sonunda verilen kararın icrası aşamasından önceki tanıma ve tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Kompetenz-Kompetenz ilkesine dayalı olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemenin denetiminden uzak, mutlak ve nihai bir karar değildir. İlkenin olumsuz etkisi, hakemlere mutlak bir üstünlük sağlamamakta; sadece zamansal olarak bir öncelik sağlamaktadır.

#### 1. Mahkemenin İnceleme Yetkisinin Kapsamı

Tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazıyla karşılaşan mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar verebilir, ancak mahkemenin bu belirlemeyi yaparken nasıl bir usul izlemesi gerektiği konusunda bir ibare yoktur<sup>45</sup>. Mahkemenin detaylı bir inceleme yapmasının mı yoksa detaylı inceleme yapmadan ilk bakışta mı tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermesinin mi istendiğini New York Konvansiyonu'nun ifade tarzından çıkarmak mümkün gözükmemektedir.

<sup>44</sup> Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258; Fouchard - Gaillard - Goldman, 1999, s. 401; Born, 2014, s. 1049; Daniel Girsberger - Nathalie Voser, *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)* (3. edn, Schulthess Verlag 2016), s. 134- 135.; İpek Sarıöz Büyükalp, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları" (2014) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 205-206; Âlim Taşkın, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi" Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999, s. 169; George A. Bermann, "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2011, ss.1-50, s. 16.

<sup>45</sup> Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258.

## 2. Hakem Heyetlerinin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verme Önceliği

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun bulunması nedenleriyle hakem heyetinin yetkisi hakkında karar vermekten alıkoyar mı? Yoksa mahkemenin önce hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerini beklemeleri mi gerekir? Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliklerini ifade eden bu kurala, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi denir. Yetkileri hakkında karar verme hususunda hakemler lehine kabul edilen öncelik, uluslararası tahkimin kendine özgü yapısı, özerkliği ve New York Konvansiyonunun özü ile de uyum hâindedir<sup>46</sup>.

### a. İsviçre Tahkim Hukuku

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) madde 7<sup>47</sup> ve benzer hüküm içeren ZPO madde 61'e<sup>48</sup> göre, a. davalının herhangi bir itiraz ileri sürmemiş olması, b. Mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümsüz, geçersiz veya ifa edilemez olduğunu tespit etmesi veya c. Davalının tahkim sürecinde açıkça garanti ettiği nedenlerden ötürü tahkim mahkemesi teşkil edilemiyor olması durumları hariç olmak üzere, taraflar tahkime elverişli bir uyuşmazlık hakkında tahkim anlaşması akdetmişlerse, davanın açıldığı İsviçre mahkemesi yetkisini reddeder. İsviçre Federal Mahkemesi tarafların tahkim anlaşmasına istinaden gerçekleştirdikleri tahkim sürecinde, hakem kararlarına oldukça fazla değer atfetmiş, hatta İsviçre merkezli hakem kararlarına karşı sadece en yüksek yargı organı olan Federal Mahkeme nezdinde itiraz edilebilmesini öngörmüştür<sup>49</sup>. Hakem kararına ilişkin yapılan itiraz, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine<sup>50</sup>, tahkim öncesi şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine<sup>51</sup> ilişkin

<sup>46</sup> Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 258.

<sup>47</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/202004010000/291.pdf>, (11.06.2020).

<sup>48</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>, (12.06.2020). İsviçre IPRG madde 7 ve ZPO madde 61'deki hükümler hemen hemen birbirinin aynı olmakla birlikte, ZPO madde 61/ (b)'deki hükümden tahkim anlaşmasının "açıkça" (offensichtlich) hükümsüz, geçersiz veya ifa edilemez olduğunun tespiti ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeye dayalı olarak İsviçre mahkemeleri, İsviçre merkezli tahkimler açısından sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Esen, "Uluslararası Tahkim", s. 373.

<sup>49</sup> Mladen Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review, Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider" (2016) 34 ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International 897, 900.

<sup>50</sup> BGE 142 III 239, 4A\_84/2015, 18.02.2016, [www.bger.ch](http://www.bger.ch), (11.06.2020). İsviçreli olmayan taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine gönderdikleri yazışmalarda, A, taslak metine tahkimin Lugano'da ve İsviçre Tahkim Kurallarına göre gerçekleşeceğini yazmış; B ise A'nın gönderdiği taslak metni düzelterek tahkimin Paris'te ve ICC Fransa nezdinde gerçekleşeceği açıklamasını yapmıştır. Daha sonrasında taslak metinde çeşitli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, tahkim şartında değişiklik yapılmamıştır. A tek hakem nezdinde Lugano'da İsviçre Tahkim Kurallarına göre tahkime başvurmuş; hakem de tarafların gerçek ve ortak tahkim iradesinin Lugano'da İsviçre Tahkim Kurallarına göre tahkimin gerçekleştirilmesi olduğunu ve dolayısıyla yetkili olduğunu ara kararlarla açıklamış, B'nin hakemin ara kararına karşı mahkemeye yaptığı itiraz üzerine, mahkeme hakemin kararını onamış ve hakemin yetkili olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, yerleşmiş içtihatlarına uygun olarak, İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmalarının yorumunun, sözleşmenin akdedilmiş olup olmadığı

olabilir. Hakem heyetinin yetkisine ilişkin iki kararda farklı yönde bir sonuca varmış olsa da, İsviçre merkezli tahkimler açısından, mahkemenin yetkiye ilişkin ve yetkiye ilişkin olmayan itirazlar arasında bir ayırım yaptığını; yetkiye ilişkin olan yani yargılama merciini (forum) ilgilendiren itirazlara ilişkin karar verdiğini; ancak taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dair yetkiye ilişkin olmayan itirazlar hakkında karar vermediğini ve yetkiye ilişkin itirazlarda da tam bir denetimden ziyade ilk görünüş değerlendirmesi yaptığını söyleyebiliriz. Sınırlı bir denetimin nedeni olarak, açıkça geçersiz bir tahkim anlaşması haricinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk kapsamlı incelemeyi yapmaları; bu şekilde bir sınırlı denetimin tahkim anlaşmalarının etkinliğini artıracığı ifade edilmiştir. Bu şekilde bir öncelik, tarafların, yetki de dahil olmak üzere, aralarında çıkacak tüm uyuşmazlıkları devlet mahkemeleri yerine tahkim mahkemelerine bıraktıklarını söyleyebiliriz. Taraflar paralel davaların olmadığından ve devlet mahkemelerinin tahkimi baltalamayacağından emin olmalılardır<sup>52</sup>. Federal

---

sorunu da dahil olmak üzere, sözleşmenin yorumuna ilişkin genel kurallara tabi olduğunu belirtmiş; hakemin kendi yetkisine karar verirken, önündeki delillere göre tarafların gerçek ve ortak bir tahkim iradesi olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunu yaparken hakem, akdedildiği iddia edilen sözleşmenin şartlarına, tarafların önceki ve sonraki tutumlarına bakacaktır. Eğer tüm bunlara istinaden, gerçek ve ortak bir tahkim iradesinden eminse, bu bir vaka tespiti niteliğinde olacağından, mahkemenin vaka tespitlerine ilişkin tüm kararları gibi mahkeme denetiminden muaf olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafların İsviçreli olması ve olmaması açısından bir ayırım yapmaktadır. İsviçre hukuku, İsviçreli olmayan taraflara, tahkim kararının mahkeme tarafından denetlenmesi yolunun, tarafların açık rızalarına dayalı olarak kapatılmasına izin veriyor. Ancak burada açık ya da zımnî bir anlaşmaya rastlayamıyoruz. Bu karar kanaatimce, iki açıdan isabetli değildir. Birincisi bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri ve kabul beyanlarının uyuşup uyuşmadığı bile tespit edilmemiştir. Anlaşma imzalanmamış ve yazışmalardan da - kanaatimce- tarafların tahkim yeri ve uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşmaya varamamışlardır. İkincisi akdedilmiş olup olmadığı hususu bile tartışmaya açık olan tahkim anlaşmasına dayalı olarak tek hakemin verdiği bir ara kararın üstünlüğü mahkeme tarafından tartışmasız kabul edilmiştir. Ancak kanaatimce, hakemlere herhangi bir yerel mahkemeden bile daha üstün yetki verilmesi isabetli değildir. Bu kararda mahkeme, tarafların ortak ve gerçek bir tahkim iradesinin bile olup olmadığını tartışmamış, hakemin gerçek ve ortak tahkim iradesine ilişkin olarak yaptığı öznel bir değerlendirmeyi vak'a tespiti olarak görmüş ve denetlememiştir. Kararın daha detaylı eleştirisi ve analizi için bknz: Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review", s. 900.

<sup>51</sup> BGE 142 III 296, 4A\_628/2015, 16.03.2016 Karara konu olayda, taraflar, tahkime başvurmadan önce ICC alternatif uyuşmazlık çözüm kurallarına (ADR) başvuracakları hususunda anlaşmışlar. Uyuşmazlık çıktıktan sonra, taraflardan biri ICC ADR usulüne başvurmuş, ancak henüz daha uzlaşma usulüne ilişkin görüşmeler devam ederken, diğer taraf tahkime başvurmuştur. Tahkim öncesinde uzlaşma aşamasının zorunlu olduğu ve bu aşamanın tamamlanmadan tahkime başvurulamayacağı; dolayısıyla tahkim merkezinin yetkisiz olduğu itirazı üzerine hakem heyeti yetkili olduğuna ve talebin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Federal mahkeme, hakem heyetinin yetkisinin oluşmadığı itirazı üzerine, tahkim mahkemesinin süreci durdurmasına ve öncelikle uzlaşma görüşmelerinin sona ermesi gerektiğine hükmetmiştir. Burada dikkat çeken nokta, Federal Mahkemenin, tahkim heyetinin yetki kazanabilmesi için gerekli ön koşulların yerine getirilmemesi hususunu denetime tabi tutmuştur. Dolayısıyla tarafların gerçek ve ortak tahkim iradeleri olsa bile, mahkeme tahkim mahkemesindeki sürecin durdurulmasına karar verebilir. Stojiljkovic, "Arbitral Jurisdiction and Court Review", s. 904; H. Ercüment Erdem, "İsviçre Federal Mahkemesi Çok Aşamalı Tahkim Şartına Uyulmaması Nedeniyle Tahkim Sürecinin Durdurulmasına Karar Verdi" <erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/isvicre-federal-mahkemesi-cok-asamali-tahkim-sartina-uyulmamasi-nedeniyle-tahkim-surecinin-durdurulmasına-karar-verdi-/>, (12.06.2020).

<sup>52</sup> Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü, derdestlik (lis pendens) açısından inceleyenler de vardır. İsviçre Federal Mahkemesi, bazı içtihatlarında konusu ve tarafları aynı olan bir uyuşmazlık

mahkemenin yerleşmiş içtihatlarında, mahkemenin İsviçre merkezli tahkim ile İsviçre merkezli olmayan tahkim süreçleri arasında ikili bir ayırım yapılmaktadır<sup>53</sup>. Tahkim yerinin İsviçre dışında olduğu durumlarda, yani tahkim savunmasına New York Konvansiyonu madde II (3)'ün uygulandığı hallerde, İsviçre mahkemesi tam bir denetim yapacaktır. Ancak anlaşmada tahkim yeri İsviçre olarak öngörülmüşse, yani tahkim savunması İsviçre IPRG madde 7(b) hükmüne tabiye, mahkeme tahkim anlaşmasına ilişkin kısıtlı bir denetim yapacaktır<sup>54</sup>. Mahkeme içtihatlarında, en azından İsviçre merkezli tahkim yargılamalarında ilk sözün hakeme ait olduğunu; bu anlamda

---

hakkında iki farklı hüküm verilmesinin kamu düzenine aykırı olacağını; bu nedenle tarafları ve konusu aynı olan iki yargılamanın aynı anda devam edemeyeceğini belirtmiş, kesin hükmün etkilerini derdestlik ile birlikte değerlendirmiştir. Ancak kanaatimizce Kompetenz -Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü derdestlik kavramına dayalı olarak açıklanamaz. Derdestlik, uyumsuzluğun esasının iki farklı ve yargı yetkisini haiz merciide görülmesi sorununa ilişkindir. Burada ise, mahkemelerin hakemlerin yargı yetkisi hususunda hakemlerden önce karar verip veremeyeceği tartışılmaktadır. Derdestlik itirazında, diğer merciin yargı yetkisi itiraz konusu değildir. Burada ise birincisi hakemlerin yargı yetkisi olup olmadığı; ikincisi ise mahkemelerin hakemlerden önce tahkim anlaşmasının geçerliliği ve dolayısıyla hakemlerin yargılama yetkisi üzerinde karar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Dolayısıyla makalemizin inceleme konusu ile derdestlik birbirinden farklıdır. İsviçre hukuku ve mahkeme içtihatlarındaki derdestlik hususuna ilişkin görüşler ve eleştirisi için bknz: Yeşilova, 2008, s. 438 vd.

<sup>53</sup> BGE 122 III 139, 26.04.1996 tarihli kararından bu yana Federal Mahkeme, istikrarlı bir şekilde tahkimin İsviçre merkezli olması halinde prima facie bir denetimi ve ilk sözün hakeme ait olmasını öngörmüş, yani Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul etmiştir. İsviçre Federal mahkemesi 26.04.1996'da verdiği *Fondation M. v. Banque X* davasında, mahkemeleri hakemlerin yetkisi hakkında karar vermektan alıkoyarak ve mahkemenin incelemesini hakem kararı sonrasına erteleyerek, hakemlerin yetkisini koruyan bir kuralın gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunun, derinlemesine bir incelemeye ihtiyaç olmaksızın açıkça görüldüğü hallerde, tahkim heyeti gerekirse kendi yetkisi hakkında İsviçre IPR madde 186 doğrultusunda tahkim yerinin İsviçre olduğu hallerde karar verecektir. Mahkemenin inceleme yetkisi, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin ilk bakışta / prima facie incelemeyle sınırlandırılmıştır. Federal Mahkemeye göre, devlet mahkemesi hakem heyeti lehine kendi yetkisini reddetmesi yönünde bir taleple karşılaşır ve tahkim yeri de İsviçre ise, mahkeme, tahkim anlaşmasına genel bir incelemesi neticesinde anlaşmanın geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğu sonucu çıkmıyorsa, mahkeme yetkisiz olduğuna karar vermelidir. Federal mahkeme açıkça tahkim yerinin İsviçre olmasına atıf yapmıştır. Ancak bu kararda, tahkim yerinin İsviçre olmadığı hallerde mahkemenin yetkisi hakkında nasıl karar vereceğine değinilmemiştir.

<sup>54</sup> Bu kısıtlı inceleme yönündeki içtihatların aksine, Mahkemenin yeni bir içtihat geliştirmeye başladığını söyleyebiliriz. Burada 30.06.2014 tarihli BGE 140 III 367, 4A\_560/2013 kararına değinmek gerekir. Uyuşmazlıkta konsorsiyumu oluşturan taraflar arasındaki sözleşmelerden birinde yer alan patolojik tahkim şartı mahkemece değerlendirmeye alınmıştır. Mahkeme tahkim şartını incelerken, öncelikle "uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini" ve "tahkim anlaşmasının akdedilip akdedilmediğini" ZPO madde 61/ (b)'nin ön şartları olarak incelemişlerdir. Geçersizlik, hükümsüzlük ya da ifa edilemezliğin "açıkça" olup olmadığının incelenmesi, ancak ön şartların yerine getirildiğinin tespitinden sonra mümkündür. Dolayısıyla mahkeme burada iki aşamalı bir inceleme yapmış, öncelikle tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığını incelemiş ve bunu yaparken de ZPO madde 61 ilk cümlede "açıkça" gibi bir ifade yer almaması nedeniyle sınırlı bir inceleme yapmamış, tam bir denetim yapmıştır. Dolayısıyla mahkeme tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve uyumsuzluğun tahkime elverişliliğinin denetiminde kendi denetim yetkisini sınırlandırmamış; bu aşamada yaptığı tam denetimden sonra, geçersizlik, hükümsüzlük veya ifa edilemezliğin söz konusu olup olmadığı noktalarındaki denetimin sınırlı olacağını ifade etmiştir. Bernhard Berger "Negative effect of competence-competence revisited Note on 4A\_560/2013, Judgment of 30 June 2014", ASA bulletin (Association suisse de l'arbitrage), 2014-09-01, 2014, Vol. 32 Issue 3 , ss. 539-542, 539 vd.



Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün, İsviçre merkezli tahkim süreci açısından kabul edildiğini söyleyebiliriz<sup>55</sup>.

### b. Fransız Tahkim Hukuku

Fransız tahkim hukuku, diğer ülke hukuklarına nazaran daha liberal bir tutum sergilemektedir. Buna göre; nasıl ki daimi kurumlar olan devlet mahkemeleri, kendi lehine yetki tesis eden yetki sözleşmelerinin geçerliliği ve kapsamı hakkında karar verebiliyor ve bunda herhangi bir zorlukla karşılaşmıyorlarsa; daimi bir kurum olmamasına ve tahkim anlaşmasına dayanan hakem heyetleri de, kendi yetkileri hakkında aynen mahkemeler gibi karar verebilmelidir. Bunun sonucunda, tahkim anlaşmasının varlığına ya da geçerliliğine itiraz edilmesi hakem heyetini, tahkim yargılamasına devam etmekten alıkoymayacak ve mahkemenin yetki ile ilgili bir müdahalesi olmaksızın yetkili olduğuna kanaat edip tahkim yargılaması sonucunda bir karar verebilecektir. Bu, ilkenin pozitif etkisidir. Fransız uygulamasında, mahkeme nezdinde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılması, hakemlerin tahkim sürecine devam etmelerini, kendi yetkileri ve esas hakkında karar vermelerini engellemektedir. Söz konusu olumlu etkinin kabulü, mahkemelerin eşzamanlı ve hakem heyeti ile aynı inceleme derecesiyle en azından tahkim sürecinin başında aynı husus hakkında karar verememesini gerektirmektedir. İlkenin olumsuz etkisi olarak bilinen bu husus, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verenler olmasını ve mahkemenin yetkisinin ancak hakemlerin karar vermesinden sonraya ertelenmesini ifade eder. Bu durumda mahkeme, hakem heyetinin yetkisine dair esasa ilişkin itirazları dinlemekten kaçınmak zorundadır<sup>56</sup>.

Fransa'da sınır aşan uyuşmazlıkların halli hususunda tahkim, ana çözüm mekanizması olarak görülmüş ve yabancı unsurlu tahkim mekanizması lehine hükümler getirilmiştir<sup>57</sup>. Kanunlaştırma hareketlerinin yanı sıra, Fransız mahkemeleri de içtihatlarıyla tahkimin etkinliğini artıran kararlar vermiş; ilkeler getirmiştir. Mahkeme içtihatlarında kabul edilen ilkelerden bir tanesi de, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğine; yani Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönüne ilişkin olmuştur. İchtihatlarında<sup>58</sup> mahkeme, tahkimin işlerliğinin artırılması için hakemlerin

<sup>55</sup> Berger, "Negative effect of competence-competence revisited", s. 541; Gerhard Walter - Tanja Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: Ein Lehrbuch, 5. edn, UTB GmbH 2012, s. 547. Mahkeme yerel – yabancı tahkim ayrımı yapmakta; anlaşma yerel tahkimi öngörmekteyse Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul etmektedir. Bu ayrıma ilişkin uluslararası tahkim camiasından gelen eleştiriler üzerine IPRG madde 7'de değişiklik yapılması teklif edilmiş, tahkim yerinin İsviçre'de olup olmamasına göre denetimin niteliğinin değişmemesi; her iki halde de sınırlı bir denetim yapılması teklif edilmiştir. Bernhard Berger, "Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels", ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2011, Volume 29, Issue 1 s. 33 vd.

<sup>56</sup> Bermann, "The "Gateway" Problem", s. 16-17.

<sup>57</sup> Fransa'da tahkimin tarihi ve Fransa'yı bir tahkim merkezi olarak öne çıkaran hukuki dayanaklar için bknz: Özlem Süssler, "Arbitral Jurisdiction in France", Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2012, Vol: 16(2), s. 5 vd.

<sup>58</sup> Fransız Medeni Usul Kanununda hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarına ilişkin 2011'de yapılan değişiklikten önce de, American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne kararı, Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1448'in şekillenmesinde etkili olsa da, Fransız Temyiz Mahkemesinin Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü tanıyan kararları vardı.

kendi yetkileri hakkında karar vermede önceliği olduğunu ifade ederek, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü tanımıştır. Mahkeme kararı, tahkimle ilgili yasama çalışmalarına da yön vermiş, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü kanunda da yer almıştır<sup>59</sup>. Buna göre, sadece tahkim sürecini destekleyici mahiyette kararlar almakla yükümlü olan mahkeme, tahkim sürecinin işleyişine müdahale etmeyecektir. Kanuna göre, tahkim heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verme hususunda münhasır yetkisi vardır. Bu aynı zamanda, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermeden önce, tahkim anlaşması olmasaydı yetkili olacak olan devlet mahkemelerinin konu hakkında karar vermekten alıkonulduğu ve bu hususun tahkim heyetlerine bırakıldığı anlamını da taşır. Fransız Medeni Usul Kanunu<sup>60</sup> madde 1448'e göre, tahkim anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemeleri nezdinde dava açılması halinde, mahkeme, tahkim heyetinin teşekkül etmemiş olması ve tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz veya açıkça ifa edilemez olduğu haller dışında, yetkisini reddedecektir. Maddenin mefhumu muhalifinden, tahkim mahkemesinin henüz kurulmamış olduğu durumda, mahkemeler yetkileri

---

(American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne, Cour de Cassation [French Court of Cassation] 7 June 2006 reported in (2006) Rev Arb 946. ('Jules Verne'). Copradag v Dame Bohin, kararında Temyiz Mahkemesi Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönüne ilişkin radikal bir yorum geliştirmiş ve tahkim mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapması hususunda tam yetkili olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin ilk derece mahkemesi, taraflardan birinin tahkim sürecinin başlatmış olmasını gözardı ederek, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ve tahkim mahkemesinin teşekkül edemeyeceğine karar vermiştir. (Copradag v Dame Bohin, Cour de Cassation [French Court of Cassation] (1995), reported in (1996) Rev Arb 617 the Cour de Cassation) İstinaf mahkemesi kararı onamış, Temyiz mahkemesi ise, "ilk derece mahkemesinin, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dayalı olarak hakemlerin atanmaması gerektiğini söyleyemeyeceği; tahkim mahkemesinin önüne gelmiş olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, kendi yetkisinin geçerliliği ve sınırları ile ilgili kendisinin karar verebileceği" gerekçeleriyle kararı bozmuştur. Karar Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tanındığını açıkça göstermektedir. 1995'ten bu yana Mahkemenin içtihatlarında istikrarlı bir şekilde Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü kabul edilmiştir. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne davasında, Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün dikkate alınmadığı Paris İstinaf Mahkemesi kararına karşı Fransız temyiz mahkemesinin 2006 yılında verdiği karardır. Mahkeme kararında, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi kuralının Fransız uluslararası tahkim hukukunun ana ilkelerinden olduğu, tahkim anlaşmasının milli hukuktan bağımsız olduğunu ve tahkimin etkinliğinin, yetkisine itiraz edilen hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için öncelik tanımakla mümkün olduğunu belirtmiştir. Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 264; Ozlem Süssler, "The English Approach to Compétence-Compétence" (2013) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 427 vd.

<sup>59</sup> Decree No. 2011-48 of Jan. 13, 2011. Tahkime ilişkin yeni düzenleme Fransız Medeni Usul Kanunu 1442 ilâ 1527 maddeleri arasında yer almaktadır. Düzenleme hem yerel hem de milletlerarası tahkimi kapsar nitelikte olup, ikisi arasında bir ayırım yapmamıştır. Düzenlemeyle birlikte, mahkemeler tahkime "müdahil" değil; tahkim mekanizmasının işlemesi için "destekleyici" mahiyettedir. Bu nedenle, maddelerin yorumunda da, Fransız mahkemelerinin tahkim sürecindeki rolünün "ikincil" ve "destekleyici" nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Emmanuel Gaillard, "France Adopts New Law On Arbitration" 2011, Vol. 245 No. 15 New York Law Journal <www.nylj.com>. (17.06.2020); Süssler, UK, s.7.

<sup>60</sup> Fransız Medeni Usul Kanununda değişiklik yapan 13.01.2011 tarihli tahkimle ilgili yeni düzenlemenin İngilizce tercümesi için bkz: <http://www.parisarbitration.com/wp-content/uploads/2014/02/French-Law-on-Arbitration.pdf>, (17.06.2020).



hakkında ve sadece tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz veya açıkça ifa edilemez olduğunun prima facie / ilk görünüşte inceleme ile belirgin olduğu hallerde uyuşmazlık hakkında karar verebileceklerdir. Eğer tahkim mahkemesi teşekkül ettiyse, devlet mahkemeleri uyuşmazlığı tahkim mahkemesine yönlendirecektir. Bu durumda Devlet mahkemesinin yetki hususundaki uyuşmazlığı tahkim mahkemesine yönlendirmesi, tahkim süreci sonunda verilen kararın devlet mahkemesi denetiminden feragat edildiği anlamına gelmez. Kanunda yer alan düzenleme, tahkim mahkemesinin yetkisi hususunda, tahkim mahkemeleri lehine tanınan bir “öncelik”ten ibarettir<sup>61</sup>. Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1448, yetki hususunda tahkim mahkemesine öncelik tanıyan Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünü kabul eden emredici bir düzenlemedir<sup>62</sup>. Özetle, Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tezahürü olarak, tahkim yeri neresi olursa olsun, taraflar arasında ilk bakışta geçersiz ya da ifa edilemez olduğu anlaşılmayan bir tahkim anlaşması mevcutsa, devlet mahkemesi, yetki hususunda karar vermeyecek, uyuşmazlığı tahkim mahkemesine gönderecektir. Dolayısıyla Fransız hakimi, yetki hususunda tahkim süreci bitmeden esaslı ve detaylı bir inceleme yapamaz. Devlet mahkemesi ilk bakışta tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna hükmetse bile, hakem gene de tahkim sürecinde uyuşmazlığı inceleyebilir ve bir karar verebilir. Böylelikle genel anlayış, hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisini koruma ve mahkemenin denetimini karar sonrasına bırakma yönündedir.

### c. Alman Tahkim Hukuku

UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alarak değişikliğe giden Alman hukukunda, Alman Medeni Usul Kanunu m.1040<sup>63</sup> gereğince tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ve tahkim mahkemesinin yetkili olup olmadığına karar verme yetkisi doğrudan hakem mahkemesine tanınmıştır. Buna göre, hakem mahkemesi, kendi yetkisi ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği hakkında karar verebilir. Bu hükümlerle tahkim anlaşması, maddi hukuk anlaşmasının diğer hükümlerinden ayrı değerlendirilmiştir. ZPO m. 1040/3’e göre, şayet tahkim mahkemesi kendisini yetkili görürse, kural olarak buna bir ara kararla karar verir. Bu durumda her iki taraf da kararın yazılı olarak tebliğ edilmesinden itibaren bir ay içerisinde mahkemeye başvurabilir. Mahkemeye başvuru yapılmasından sonra, tahkim mahkemesi yargılamaya devam edebilir ve karar verebilir. Alman Medeni Usul Kanunu m. 1032/ (1) ve (2)’ye göre, devlet mahkemesi nezdinde tahkim anlaşmasının konusu olan bir ihtilafa ilişkin bir dava açılması durumunda, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tespit etmedikçe, davalının itirazı üzerine davayı reddetmelidir. Tahkim sürecinin geçerliliğinin ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin talep en geç tahkim mahkemesinin teşkiline kadar yapılmalıdır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, devlet mahkemesinin ancak tahkim mahkemesi oluşturulmadan önce tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisi

<sup>61</sup> Gaillard, “France Adopts New Law On Arbitration”, s. 2; Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 260 vd.; Süsler, UK, 447 vd.

<sup>62</sup> Gaillard, “France Adopts New Law On Arbitration”, s. 2; Gaillard - Banifatemi, “Negative Effect Of Competence-Competence”, s. 257; Süsler, UK, s. 447.

<sup>63</sup> Zivilprozessordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo>, (25.05.2021).

bulunmaktadır. Hakem heyetinin karar vermesine kadarki süreçte, mahkemelerin tahkim sürecine müdahalesinin kabul edilmemesi, tahkime daha fazla sürat kazandıracak olsa da, Alman hukukunda bu görüş benimsenmemiştir; nitekim bu görüşün benimsenmesi uzun vadede tahkim süreci sonucunda hakemin yetkisizliğine mahkemenin karar vermesi halinde, kararın bozulmasına yol açacak, hem de daha büyük zaman kaybına ve maddi kayba sebebiyet verecektir. Bu nedenle Alman Medeni Usul Kanununda hakem heyeti teşkil etmediği müddetçe, hakemin yetkisine dair itirazda bulunma hakkı tanınmıştır. ancak bu da paralel yargılamaların önünü kesemeyecektir. Her ne kadar bu yönüyle Fransız hukukuyla benzerlik gösterse de Alman hukukunda Kompetenz-Kompetenz doktrininin negatif yönü büyük ölçüde reddedilmekte; diğer bir ifadeyle devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemesini prima facie bir incelemeyle sınırlı tutmamaktadır<sup>64</sup>. Ayrıca Alman Medeni Usul Kanunu m. 1040 gereğince taraflar, hakemlerin yetkili olup olmadıklarına dair verdikleri kararın, devlet mahkemesince denetlenemeyeceği konusunda anlaşamazlar<sup>65</sup>.

#### d. İngiliz Tahkim Hukuku

İngiltere tahkim hukukunda, içtihatlar hukuku öğretisine dayalı Anglo-Sakson hukuk anlayışında bir sapma sayılabilecek bir yaklaşımla, İngiliz hukukunu tek bir metin altında birleştirmek ve tahkimle ilgili birbiriyle uyumlu kararların alınmasına hizmet etmesi planlanan bir “tahkim kanunu” vaz’edilmiştir<sup>66</sup>. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında mahkemeden önce karar vermesi hususunu düzenleyen açık bir madde olmamakla birlikte, Kompetenz-Kompetenz ilkesine ilişkin olarak İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 ve madde 30’dan bahsetmemiz konumuz açısından faydalı olacaktır. Mahkeme yargılamasının hangi hallerde duracağını düzenleyen İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (1)’e göre, tahkim anlaşmasının bir tarafına karşı, tahkim anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlıkla ilgili mahkeme nezdinde dava açılması halinde, ilgili taraf mahkemeye yargılamanın durması için başvurabilir. İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (4)’e göre, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz, işlevsiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğuna kanaat getirmediği takdirde, bu madde kapsamında yapılan bir başvuru üzerine yargılamanın durmasına karar verecektir. Hakemlerin kendi

<sup>64</sup> Bermann, “The “Gateway” Problem, s. 19; Selin Ece Tekin, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 145.

<sup>65</sup> Nadja Erk Kubat, Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective, International Arbitration Law Library, 2014, Vol 30, ss. 25-70, s. 29-30.

<sup>66</sup> Arbitration Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (22.06.2020). Anglo-sakson hukuku, içtihatlar ve öğreti üzerine inşa edilmiştir; ancak, İngiliz mahkemeleri, kanunlara da dayanmışlardır. Bu kanunlardan biri de tahkim uyuşmazlıkları hakkında 31.01.1997’de yürürlüğe giren Tahkim Kanunudur. Kanunun temel amacı, önsözünde belirtildiği üzere, İngiliz tahkim hukukunu yeniden inşa etmek ve geliştirmektir. Kanun UNCITRAL Model Kanununu temel almamasına rağmen büyük ölçüde benzerlikler taşımaktadır. Kanundan önce ise, İngiltere’de, hakemlerin yetkisi münhasıran mahkemelerin denetimindeydi. Mahkemeler, tahkim kararı öncesinde ve sonrasında, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ve tahkime müdahale edip edemeyeceklerine karar verebiliyorlardı. Kanunla ilgili danışma komitesinin hazırladığı raporda da, tahkim mahkemesinin yetkiye ilişkin kararının, bir görüş beyan etmekten öte bir anlam taşımadığı ifade edilmişti. Departmental Advisory Committee, Parliament of United Kingdom, Report on Arbitration Act 1996 9 (2006); Süsler, UK, s. 429.

yetkileri hakkında karar verebilme yetkisi, İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine ilişkin Tahkim Kanunu madde 30/1'e göre, taraflarca başka şekilde kararlaştırılmamışsa, hakemler, geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığı, tahkim mahkemesinin usulüne uygun kurulup kurulmadığı, tahkim anlaşmasıyla hangi sorunların tahkime tabi tutulduğu hususlarında karar verebilir<sup>67</sup>. Her iki maddeye baktığımızda, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumlu yönü İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenmişken, hakemlerin kendi yetkileri ile ilgili karar vermede önceliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin ve denetimin kapsamına yönelik doğrudan bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğunun mahkemece tespit edilemediği hallerde, İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 (4)'e göre, yargılamanın durmasına karar verilmesi ile ilkenin olumsuz yönü bakımından bir bağlantı kurulabilir mi? İngiliz Tahkim Kanunu madde 9(4) New York Konvansiyonu madde 2 (3) ile UNCITRAL Model Kanunu madde 8 (1) ile benzerlik taşımaktadır. Maddenin yorumuna ilişkin İngiliz mahkeme içtihatlarında farklı yaklaşımlar vardır.

Mahkemeler, tahkimle ilgili uyuşmazlıklarda kanunu Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönü ve mahkemenin denetim yetkisinin kapsamına ilişkin birbirinden farklı yönde mahkeme içtihatları vardır. Bazı mahkeme içtihatları geçerli olup olmadığı tartışmalı olan bir tahkim anlaşmasına dayalı olarak yetki uyuşmazlığının halli meselesinin ilk önce hakemlerce incelenmesinin ne yasa da ne de New York Konvansiyonunda yer almadığını belirtmişlerdir. Buna göre New York Konvansiyonu madde II(3) mahkemenin hakemden önce tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermesi gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmamıştır<sup>68</sup>. Bazı mahkeme kararlarında ise hakemlerin kendi yetkileri

<sup>67</sup> Arbitration Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (22.06.2020). Section 9: Stay of legal Proceedings, Section 30: Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

<sup>68</sup> Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 265. Birse Ltd. v. St. David kararında (Birse Construction Ltd v St David Ltd [1999] ABC.L.R. 02/12) ise, farklı bir yaklaşım benimsenmiş, İngiliz Tahkim Kanunu madde 30'da düzenlenen hakemlerin kendi yetkilerine hükmetme yetkisinin emredici bir hüküm olmadığını ileri sürülmüştür. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Birse%20v%20St%20Davids%201999.pdf>, (30.06.2020). Buna göre, bir hakemlerin yetkisinin varlığı, mahkemenin tahkim anlaşmasının mevcudiyetine dair bir uyuşmazlığı her daim yetkisi olup olmadığı tartışmalı olan hakemlere tevdi mecburiyeti anlamına gelmez. Öncelikle mahkemenin İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 çerçevesinde geçerli bir tahkim anlaşması olduğu hususunda tatmin olması gerekir. Mahkeme tahkim anlaşmasının mevcudiyet olduğuna -hemen hemen- eminse ve sadece tahkim anlaşmasının kapsamı ve sınırları konusunda bir uyuşmazlık varsa, bu durumda uyuşmazlığı hakeme tevdi edebilir. Ahmad Al Naimi v. Islamic Press Agency (Ahmad Al-Naimi v. Islamic Press Agency [2000] 1 Lloyd's Rep 522, 525. ) kararında da mahkeme, Birse Ltd. v. St David kararındaki gerekçeyle, yetkili olup olmadığı dahi ihtilafli olan hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmaları şeklinde yorumun isabetli olmadığı görüşü benimsenmiştir. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawR/Al-Naimi%20v%20Islamic%20Press%202000.pdf>, (30.06.2020). L0a0w Debenture Trust Corp. Plc v. Elektrim Finance BV (Law Debenture Trust Corp Plc v Elektrim Finance BV [2005] APP.L.R. 07/01) kararında da İngiliz Tahkim Kanunu madde 9 kapsamında, mahkeme yargılamanın durdurulması ve hakemlere uyuşmazlığın tevdi edilmesi talebi yapılmış; fakat mahkeme, hakemlerin yetkisine ilişkin uyuşmazlığın mutlaka hakemlere tevdi edilmesine ve yargılamanın durdurulmasına dair açık bir

hakkında karar verme önceliğinin Birleşik Krallığın uluslararası hukuk alanında taahhütlerinin gereği olduğunu, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında mahkemece yapılacak denetimin kapsamının dar yorumlanması gerektiği, mahkemece yapılacak ilk görünüşte inceleme sonucu tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısıyla hakem mahkemesinin yetkili olduğunun tespit edildiği hallerde İngiliz Kanunu madde 9'a göre yargılamaya ara verilmesi yönünde karar verilmiş; tahkim şartı ve İngiliz Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde tahkim anlaşmasının ilk görünüşte geçerli olduğuna ve bu nedenle tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin son kararı, ihtilafın şekle değil; esasa ilişkin bir mesele olması ve tarafların tahkim yeri olarak Londra ve uygulanacak hukuk olarak da Birleşik Krallık hukukunun belirlendiği tahkim şartını ihtiva eden bir anlaşmanın akdedildiği hususunun açık olması ve usul ekonomisi nedenlerine dayanarak tahkim mahkemesine iletmıştır<sup>69</sup>.

İngiliz hukukunda Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisine ilişkin içtihatlar farklı yöndedir. Mahkemenin inceleme yetkisinin dar yorumlandığı kararlar olduğu gibi geniş yorumlandığı kararlar da vardır. Bu nedenle Kompetenz-Kompetenz ilkesinin Birleşik Krallık uygulaması bakımından, istikrarlı mahkeme içtihatlarından söz etmek zordur. İngiliz Tahkim Kanunu tahkim dostu hükümler getirmiş olsa da, mahkeme içtihatlarının farklılığı en azından Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi bakımından başarıya ulaşamadığını söylemek kanaatimizce yanlış olmaz.

---

dayanağın olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiş; hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar vericiler olmasının emredici olmadığını belirtmiştir. <https://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>, (30.06.2020). Süssler, UK, s. 447 vd.

<sup>69</sup> Premium Nafta Prods. Ltd. v. Fili Shipping Co. Ltd. [2007] (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>, (01.07.2020) davasında, Lordlar Kamarası, uyuşmazlığın tahkim anlaşması çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde, mahkeme yargılamasının durdurulmasının İngiliz Tahkim Kanunu madde 9(4)'ün lafzı gereği zorunlu olduğuna hükmetmiştir. (Davanın İngiliz Ticaret Mahkemesinde görülmesi sırasında künyesi Fiona Trust & Holding Corp. v. Yuri Privalov şeklindeydi.) Kararda, Birleşik Krallık'ın, New York Konvansiyonunun tarafı olmasının getirdiği yükümlülüklerle değinilmiştir. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın tahkim lehine tavrının ve tahkim mahkemelerine kendi yetkileri hakkında hükmetme hususunda öncelik verilmesinin önemi vurgulanmıştır. Hakemin yargılama yetkisi olduğu bir davada, hakem ihtilafı incelemekten alıkoşulur ve mahkeme nezdindeki yargılamaya ara verilmezse, bu, 1996 Kanununa hükümleri işlenen New York Konvansiyonundaki ticari tahkimlere ilişkin Birleşik Krallığın uluslararası yükümlülüklerinin ihlali gibi olur. Lordlar Kamarası ayrıca, 1996 Tahkim Kanunu uyarınca hakemlerin yetkileri hakkında karar verme noktasında kural olarak ilk yargılama makamı olmaya haklarının olduğunu; İngiliz Tahkim Kanunu'nun da genel olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar vericiler olmalarını niyet ettiğini ifade etmiştir. Ancak tahkim anlaşmasının geçerliliği, varlığı ve kapsamı konusunda İngiliz mahkemelerine verilen inceleme yetkisinin genişliği, Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün İngiltere tarafından ne derecede tanındığı noktasında belirsizliğe yol açmıştır. Gaillard - Banifatemi, "Negative Effect Of Competence-Competence", s. 266 vd; Süssler, UK, s. 446. XL Insurance davasında, gelenekselden ayrılan yeni bir bakış açısı geliştirilmiştir. Buna göre, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuku, geleneksel olarak İngiliz hukukunun kaynakları arasında yer almayan tahkim kararlarına da genişletmiş ve tahkim dostu bir anlayış sergilemiştir. Mahkeme kararında, kendi denetim yetkisi hakkında dar bir yorum benimsemiştir. Buna göre mahkemenin inceleme konuları; taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, varlığı iddia edilen tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, hangi tahkim mahkemesinin geçerliliği hakkında karar vereceği ve mahkemenin değerlendirme yetkisinin nasıl tespit edileceği ile sınırlıdır. Süssler, UK, s. 427 vd.

### e. ABD Tahkim Hukuku

ABD’de ulusal ve uluslararası tahkime 1925 yılında vaz’edilen Federal Tahkim Kanunu uygulanır<sup>70</sup>. Kompetenz-Kompetenz ilkesine ilişkin açık bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Ancak taraflar yetkiye ilişkin itirazların hakem mahkemesince düzenleneceğini aralarında akdedecekleri bir sözleşmeyle düzenleyebilirler. Kanunun 3. maddesine göre, ABD mahkemesinde görülmekte olan bir yargılama esnasında, mahkeme tarafların arasındaki tahkim anlaşmasının, görülmekte olan uyuşmazlıkla bağlantılı olduğu hususunda tatmin olursa, talep üzerine yargılamaya ara vererek, uyuşmazlığı tahkime yönlendirir<sup>71</sup>. Yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda da, özellikle tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ya da geçersizliğine ilişkin itirazlar da bu kapsamda değerlendirilir. Mahkeme yetki itirazı sonucunda taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğuna kanaat getirirse Federal Tahkim Kanunu madde 3’e göre yargılamayı durdurup uyuşmazlığı tahkime yönlendirebilir. Ancak bunun için tarafların açık ve hiçbir yanlıştır anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde uyuşmazlığı tahkime götürme isteğinin tahkim anlaşmasında yer alması gerektiği mahkeme içtihatlarında belirtilmiştir. Mahkemenin denetimin kapsamı konusunda, Federal Tahkim Kanunu madde 201 atfıyla kanunun parçası haline gelen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 10.06.1958 tarihli New York Konvansiyonu’nun kanunla birlikte değerlendirilmesi gerektiği için Konvansiyon madde 2(3)’ün dikkate alınması gerekir<sup>72</sup>. Konvansiyon madde 2(3)’ün lafzından mahkemenin yapacağı incelemenin ilk görünüş incelemesi olacağı anlaşılrsa da, ABD mahkeme içtihatlarında bu yaklaşımın her zaman kabul edilmediği; bazı kararlarda tam denetim bazılarında ise ilk görünüş incelemesi yapıldığı görülmektedir<sup>73</sup>.

ABD mahkeme içtihatlarında ise, eğer tarafların hakemin kendi yetkisine karar verebileceğine ilişkin bir anlaşmaları yoksa, yargılamanın herhangi bir aşamasında

<sup>70</sup> Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020). Ozlem Süsler, “Closing the Gap: The Quest for Consistency in Compétence - Compétence in the U.S.”, *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2015, Vol. 19, s. 121 vd.. Kanunun kabulüyle mahkemelerin tahkime şüpheyile bakmalarının önüne geçilmek istenmiş, tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve etkinliğinin artması, sözleşme serbestisinin korunması ve etkili alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin geliştirilmesi amaçlanmıştır. 1970’te New York Konvansiyonunun kabulüyle, kanunun tahkim dostu politikası daha da güçlenmiştir. Kanunda tahkimin geçerliliği açısından iki tip itiraz öngörülmüştür. Birincisi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin; ikincisi ise taraflar arasındaki ana sözleşmenin geçerliliğine ilişkin itirazlardır. Kanun böylelikle tahkimin işlerliğini sağlayan ana ilkelerden olan ayrılabilirlik ilkesini kabul etmiştir.

<sup>71</sup> Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020), Chapter 1. General Provisions / Section 3 Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration. ABD içtihatlarında, “tahkim edilebilirlik” (tahkime elverişlilik) ile yetki ihtilafı birbirinden kesin olarak ayrılmış değildir. Tahkim edilebilirlik bir üst kavram olarak tahkim mahkemesinin yetkisine ilişkin meseleleri de içine alır. Bu durumda hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi de mahkeme içtihatlarında, “arbitrability” / “tahkim edilebilirlik” kavramı altında incelenmektedir. Taraflar uyuşmazlığın hakemlerce çözüleceği hususunda anlaşmamışlarsa, bu durumda hakemlerin kararı, mahkemece tahkim edilebilirlik kavramı altında değerlendirilecek ve yetki aşımı nedeniyle iptal edilecektir. Süsler, US, s. 124.

<sup>72</sup> Federal Arbitration Act 9 USC (1925), <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>, (03.07.2020), Süsler, Study, s. 177.

<sup>73</sup> Süsler, US, s.145.

mahkeme, hakem heyetinin yetkisi hakkında karar verebilmektedir<sup>74</sup>. Dolayısıyla ABD mahkeme içtihatlarının Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisini kabul etmekten şu an için uzak olduğunu söylemek mümkündür.

## B. Türkiye Yargı İchtihatlarında Kompetenz-Kompetenz İlkesinin Olumsuz Yönü

Kompetenz – Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisi, ilkenin olumlu etkisinin aksine çoğu ülkenin hukuk düzenlerinde ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş değildir. Ülkelerin hukuki düzenlemeleri genel olarak birbirine benzer olsa da, mahkeme içtihatları birbirinden farklılık göstermektedir. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukunda tanınıp tanınmadığı ve mahkeme içtihatlarındaki yansımalarının çeşitli olasılıklar göz önüne alınarak irdelenmesi gerekir.

### 1. Yerel Tahkimler

Yabancılık unsuru içermeyen yerel tahkimlerde HMK madde 422 uyarınca, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri ve mahkemenin, tahkim ilk itirazını belirli sebeplerle sınırlı olarak incelemesi kabul edilmiştir<sup>75</sup>. HMK uluslararası tahkim hukukundaki gelişmelere ve UNCITRAL Model Kanuna uygun olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi esasını benimsemiştir. HMK madde 413'e göre, *tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder*<sup>76</sup>. HMK madde 413'de mahkemelerin tahkim ilk itirazının kabul edileceği sebepler sayılmış ve dolayısıyla mahkemenin sadece bu sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz ya da uygulanmasının imkansız oluşu usuli nedenlere dayanabileceği gibi maddi nedenlere de dayanabilir<sup>77</sup>. Bu durumda bu maddeden kanaatimce mahkemenin incelemesinin niteliği konusunda;

<sup>74</sup> ABD Yüksek Mahkemesi First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan kararında tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için tarafların bu yönde bir anlaşmasının olması gerektiğini belirtmiştir. First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 939, U.S. S.Ct. 1995; Efe Direnisa, Functions of an Arbitration Agreement, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 4, S. 2, ss. 107-119, s.112. Bu açıdan ABD Mahkemeleri'ne göre tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi için tarafların bu yönde açık ve net iradelerinin olması gerekmektedir. Ancak söz konusu "açık ve net (clear and unmistakably) irade" kavramından ne anlaşılması gerektiği mahkemelerin farklı yorumlarda bulunmasına açıktır. Özellikle davanın tahkime elverişli olup olmadığı konusunda farklı yorumlar ortaya çıkabilmektedir. Konuyu ABD Yüksek Mahkemesi Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc. davasında tartışmıştır. Söz konusu davada, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre ihtiyati tedbir, marka, ticari sır ve fikri mülkiyete ilişkin meseleler tahkim yargılamasının dışında olacak şekilde, davalar Amerikan Arbitration Association (AAA) Kuralları çerçevesinde görülecektir. Viktoria Korynevych, "Revisiting Kompetenz-Kompetenz and Arbitrability in the U.S. Supreme Court: Vicious Circle of Delegation Clauses and Carve-out Provisions in Henry Schein Inc. v. Archer and White Sales Inc.", ed. Stavros Brekoulakis, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Kluwer Law International; Sweet & Maxwell 2021, Volume 87, Issue 1, ss. 121-139, 124. Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc., Supreme Court of the United States, No. 17-1272, 8 January 2019, Yearbook Commercial Arbitration 2019-Volume XLIV, ss. 933-935.

<sup>75</sup> Hakan Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", Makaleler, On İki Levha Yayıncılık 2016, 807; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 662.

<sup>76</sup> Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", s. 820 vd.; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 663.

<sup>77</sup> Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı", s. 821 vd.



yani tam bir denetim mi yoksa ilk görünüş incelemesi mi olduğu hususunda bir açıklık yoktur. Mahkemelerin, hakemlerden önce hakemlerin yetkisine karar veremeyeceği hususunda ise HMK'da bir düzenlemeye rastlayamamaktayız. HMK madde 413 ile birlikte değerlendirildiğinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz ya da uygulanmasının imkansız oluşu hakkında bir karar vermesi gerektiği, tahkim itirazının kabulü halinde davanın usulden reddine; tahkim itirazının reddi halinde ise davanın kabulüne karar verir<sup>78</sup>.

## 2. MTK Kapsamındaki Tahkimler

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı MTK m. 1 ve 2'de düzenlenmiştir. Buna göre MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar veya hakemlerin uyuşmazlığı MTK hükümlerine tabi tutmak hususunda anlaşmış olmaları halinde uygulanır<sup>79</sup>. MTK madde 5'te tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi HMK'nın ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi tutulmuştur. HMK madde 117 gereğince, ilk itirazlar en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir, aksi takdirde dinlenmezler; dolayısıyla esasa cevap süresi içerisinde bile olsa, cevap dilekçesinden sonra ileri sürülen tahkim itirazı dinlenmez. HMK madde 413'te de ilk itirazlar arasında sayılan tahkim itirazı, tahkim sözleşmesine rağmen, taraflardan birinin sözleşme kapsamındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için devlet mahkemesine başvurması halinde, karşı tarafın buna karşı koyarak, tahkim sözleşmesinin mevcudiyetini ve davanın devlet mahkemesinde görülemeyeceğini ileri sürmesidir. İlk itirazların dava şartlarından sonra incelenmesi ve en geç ön inceleme aşamasında tamamlanması ve ilk itirazlar hakkında bir karar verilmesi şarttır. Mahkeme tahkim ilk itirazının kabulü halinde davanın usulden reddine karar verir<sup>80</sup>. O halde HMK'da mahkeme, tahkim ilk itirazı üzerine ön inceleme aşamasında tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve mevcudiyeti hakkında karar vermek zorundadır. Dolayısıyla hakemlerin yetkisi hakkında bir muhakeme ve karar sürecinin mahkemeler tarafından yerine getirilmesinin gerekliliği kanun tarafından öngörülmüştür. O halde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğinin kanunda tanınmadığını söylemek yanlış olmaz.

Yabancı unsurlu ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim süreçlerinde, hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karar, tahkim sonunda verilen karardan önce denetlenememektedir. MTK madde 15'te hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılacağı öngörülmüş ve iptal sebepleri arasında tahkim anlaşmasının Türk hukukuna göre geçersiz olması ve hakem ya da hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili ya da yetkisiz olduklarına karar vermeleri gösterilmiştir. Tahkim itirazının ilk itiraz olmasını MTK madde 15 ile birlikte değerlendirdiğimizde, hakemin yetkisine ilişkin kararın nihai kararlarla birlikte sadece iptal davasına konu olabilmesi,

<sup>78</sup> Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019, s. 734; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1258 vd.; Çakrak, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", s. 662.

<sup>79</sup> Cemal Şanlı - Emre Esen - İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 652 vd.; Çelikel –Erdem, 2020, s. 818; Hatice Özdemir Kocasakal, "Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 343 vd.

<sup>80</sup> Atalı – Ermenek - Erdoğan, 2019, s. 327 vd.; Kuru, 2020, s. 1258 vd.

mahkemenin hakemlerden önce hakemin yetkisi hakkında karar veremeyeceği anlamına gelmemekte; hakemin bir ara kararla yetkili olduğuna verdiği karara karşı devlet mahkemeleri nezdinde hakem nihai kararından önce iptal davasına konu olamayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle tahkim sürecinin baltalanması engellenmiş olmakla birlikte, maddenin hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarını sağladığı şeklinde yorumlanmaya açık değildir.

### 3. MTK Kapsamında Olmayan Yabancı Unsurlu Tahkimler

MTK kapsamında olmayan yabancı unsurlu tahkimler bakımından, Türkiye'nin taraf olduğu iki milletlerarası andlaşmadan bahsetmemiz gerekir. İlki 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu, ikincisi 1959 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonu'dur. New York Konvansiyonu madde 2(3)'te hakemin kendi yetkisine hükmetme salahiyeti bakımından bir önceliğe yer verildiği şeklinde açık bir ifade tarzının benimsenmemiştir. Bu şekilde açık bir ifadenin olmayışı ülkelerin mahkeme içtihatlarında farklı uygulamalara sebebiyet vermiştir<sup>81</sup>. Avrupa Konvansiyonu madde 6(3) hükmü hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme salahiyeti hususunda, kanaatimizce, bir öncelik vermektedir<sup>82</sup>. O halde hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme konusunda farklı ifadeler içeren ve ülkemizin taraf olduğu iki milletlerarası sözleşme nasıl yorumlanmalıdır? Burada her iki konvansiyonun uygulama alanlarının ve

<sup>81</sup> Türk hukukunda Yargıtay 9. H.D. bir kararında "Davacı vekili, işveren tarafından sunulan ve fesih tarihinde düzenlenen iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün, davalı işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiğini, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20..maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığı itirazında bulunmuştur. Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesinin dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır." diyerek tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemesinin söz konusu anlaşmanın geçerliliğine karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 9. HD., E. 2006/25759 K. 2007/109 T. 22.01.2007. Görüldüğü üzere Yargıtay söz konusu davada tahkim itirazının varlığı hâlinde, mahkemenin taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiğini ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verirse, tahkim itirazını kabul ederek uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiğine karar vermek gerektiğini belirtmiştir. Hatice Özdemir Kocasakal, "Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 511-533, s. 530. Bölge Adliye Mahkemesi de bir kararında "Mahkemece, taraflar arasında imzalanan taşıma sözleşmesinin 23. Maddesinde "Arbitrasyon gerekirse Londra da yapılacak ve İngiliz Hukuku Kuralları ana kanunlar olarak geçerli olacaktır" kaydı yer aldığını, tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi nedeni ile tahkim şartının geçerli olup olmadığının asıl sözleşmede değerlendirilecek olup bu konuda karar verme yetkisinin Kompetenz-Kompetenz ilkesi uyarınca hakem heyetinde olduğu gerekçesiyle taraflar arasında tahkim anlaşması bulunduğu kabul edilerek mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir."..... Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar uyarınca geçerli bir tahkim şartı nedeniyle dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine de isabetsizlik görülmemiş, davacı vekilinin hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir." Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/1503 K. 2019/1611 T. 19.12.2019.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz: Yeşilova, 2008, s. 448; Süsler, Study, s. 97.



konularının iyi irdelenmesi gerekir. Avrupa Konvansiyonu konu bakımından hakem kararının tanınması ve tenfizinden önceki safhaya ilişkin hükümler içermektedir. New York Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususuyla alakalı olmasına rağmen, Avrupa Konvansiyonu'ndakine benzer şekilde, New York Konvansiyonu madde 2(3)'te, *devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tesbit etmedikçe hakeme sevkedeceğini* belirtmektedir. Burada hakeme sevketme hususunda mahkemenin takdir hakkı yoktur. Eğer mahkeme tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz ya da icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tespit ederse, uyuşmazlığı hakeme tevdi etmek zorundadır. Bu da mahkemenin tahkim anlaşmasına bağlı olarak hakemin yetkisi hususunda bir değerlendirme yapmasını ve hakemin yetkisi hususunda bir karar vermesini zorunlu kılar.

Avrupa Konvansiyonunun uygulama alanını düzenleyen madde 1'e göre, tahkim anlaşmasının Avrupa Konvansiyonu kapsamında değerlendirilebilmesi için, tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada tarafların mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin farklı âkit devletlerde bulunması ve uyuşmazlığın milletlerarası ticari işlerden doğması gerekir. O halde Avrupa Konvansiyonu tarafı olan farklı âkit devletlerde akdedilen milletlerarası ticari akitler bakımından Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin dikkate alınması ve mahkemenin hakemden önce hakemin yetkisi hakkında karar vermemesi gerekir. Bu durumda, taraflar arasında tahkim anlaşmasının olduğu, ilk itiraz şeklinde mahkeme nezdinde ileri sürüldüğünde, mahkeme, bunu bekletici mesele yapmalı ve yargılamanın geciktirilmesinin önüne geçme amacıyla, kanaatimizce, hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi için makul bir süre vermelidir. Eğer taraflar arasındaki tahkim anlaşması New York Konvansiyonu kapsamında değerlendirilebiliyorsa, o halde Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinden söz etmek mümkün olmamalı; mahkeme hakemden önce hakemlerin yetkisi hakkında karar verebilmelidir.

## SONUÇ

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi, mahkemelerin hakemin yetkili olup olmadığına karar vermesine gerek bırakmamakla birlikte; hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararın kesin ve nihai olduğu; mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında verilen kararlarla nihai olarak bağlı oldukları anlamını taşımamaktadır.

Kompetenz – Kompetenz ilkesinin hem olumlu hem de olumsuz yönü uluslararası tahkim hukukunu ayakta tutar niteliktedir. İlkenin olumsuz etkisi, mahkeme nezdinde tahkim anlaşmasına yönelik bir itiraza veya mahkeme nezdinde aynı uyuşmazlığa ilişkin devam eden bir yargılama sürecine rağmen, hakemlerin kendi yargılama yetkileri hakkında öncelikli olarak karar verebilmelerini sağlar.

Fransa taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tahkim anlaşmasına ilişkin denetim yetkisi konusunda mahkemenin müdahalesini genel olarak tahkime ilişkin diğer meselelerde de olduğu gibi sınırlandırmış, tahkim sürecine mahkeme müdahalesini sadece tahkimin işleyişini desteklemek amacıyla sınırlı tutmuştur. İngiltere'de tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda tam denetim fikri daha ağır basmaktadır. ABD'de mahkemenin denetim yetkisinin niteliği hususunda

istikrarlı bir uygulama olmamakla birlikte, tam denetim fikri ağır basmaktadır. Genel olarak, ABD’de ve İngiltere’de ilk görünüş incelemesi lehine yeni kararlar olmakla birlikte, her iki ülke mahkemeleri de, Fransa uygulamasının tersine, tam denetimden vazgeçmemişlerdir. İsviçre ise, İsviçre merkezli tahkimler ve İsviçre merkezli olmayan tahkimler açısından bir ayırım yapmakta; birinci gruptakiler için ilk görünüş değerlendirmesi yaparken; ikinci gruptakiler için tam denetim yapmaktadır. İlkenin olumsuz yönünün ise İsviçre’de sadece birinci grup tahkim süreçleri açısından kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında “ilk” sözü söylemeleri mahkemenin tahkime müdahalesini en aza indirgeyecek önemli tedbirlerden biridir. Ancak kendi içinde önemli bir sorunsalı da barındırmaktadır. Mahkemenin ilk görünüş incelemesiyle hakeme tevdi ettiği bir uyuşmazlık hakkında hakem/ler, ya kendilerinin yetkili olduğuna ya da yetkisiz olduğuna karar verebilir. Yetkili olduğuna karar verirse bu, Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisini destekleyici bir durumdur. Ancak hakem/lerin kendisini yetkisiz görmesi durumunda, kendisini yetkisiz gören hakem ya da hakemlerin kendi yetkileri hakkında yetkisizlik kararı vermiş olacaktır. Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz etkisinin kabul edilmesinde en önemli etken, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmesidir. Hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme önceliğinin tanınmasının bir nedeni de, tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin süreci geciktirme taktiklerini engellemektir.

Türk hukukunda, tahkim kararlarının tabi olduğu hukuki rejime göre bir inceleme yapıldığında, HMK’ya tabi yerel tahkim kararları ve MTK’ya tabi tahkim kararları bakımından hakemlere öncelik verilmesine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Tanıma ve tenfize tabi yabancı tahkim kararları açısından ise, tabi oldukları rejim bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer New York Konvansiyonuna tabi bir tahkim kararı söz konusuysa hakemlere bir öncelik verildiğinden bahsetmek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Ancak tahkim kararı, Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu çerçevesinde verilmiş ise, o halde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkileri bakımından önceliğe sahip olduklarını söyleyebiliriz.

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin olumsuz yönünün tahkim hukukunda tanınıp tanınmaması noktasında en çok ileri sürülen gerekçelerden biri usul ekonomisine ilişkindir. Buna göre yargılama masraflarının en aza indirgenmesi amacıyla, hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmaları sağlanmalıdır. Bu nedenle mahkeme ilk görünüş incelemesiyle yetinmelidir. Halbuki, ilk görünüş incelemesiyle, sonrasında haksız olduğu anlaşılan hakemin yetkili olduğuna ilişkin bir mahkeme kararı yargılama sürecini daha da uzatacaktır. Bunun karşısında mahkemelere tam denetim yetkisi verilmesi de, tahkim sürecini mahkemenin insafına bırakmak anlamına gelecektir. Kanaatimizce hakemlerin kendi yetkileri hakkında ilk karar verici olmalarının temin edilmesi ve bir yandan da usul ekonomisi değil; adaletin tecelli etmesi amaçlanmalıdır. Bu nedenle, mevzuatta, mahkemenin, tahkim itirazında, taraflara, hakem heyetinin yetkisi hakkında karar vermesi için bir süre vermesine ilişkin bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Ahrendt, Achim, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, Tübingen, Mohr, 1996.
- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Anakuran, Sai - Raval, Niyati "The Negative Affect of Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz on International Arbitration: Notes from the *Devas v. Antrix Saga*", Kluwer Blog, 9 June 2020, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/09/the-negative-affect-of-negative-effect-of-kompetenz-kompetenz-on-internationalarbitration-notes-from-the-devas-v-antrix-saga/>> (03.10.2020).
- Atalı, Murat - Ermenek, İbrahim - Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.
- Bachand, Frederic "Does Article 8 of the Model Law Call for Prima Facie or Full Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?", 2006, Vol. 22, Issue 3 *Arbitration International* 463-476, s. 463.
- Barcelo, John James, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View*, (September 11, 2017). Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40, <https://ssrn.com/abstract=3035485>, (03.03.2020), ss. 1-36.
- Berger, Bernhard, "Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels", *ASA Bulletin*, (Kluwer Law International 2011, Volume 29 Issue 1, ss. 33 – 44.
- Berger, Bernhard, "Negative effect of competence-competence revisited. Note on 4A\_560/2013, Judgment of 30 June 2014" *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, 2014, Volume 32 Issue 3 ss. 539 – 542.
- Bermann, George A., "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2011, ss.1-50.
- Blackaby, Nigel - Partasides, Constantine - Redfern, Alan - Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. edn, Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2. edn, Kluwer Law International, 2014.
- Brekoulakis, Stavros "The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to be Negative", *Austrian Arbitration Yearbook*, 2009, ss. 238-258
- Cook, Ashley, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz", *Pepperdine Law Review*, Volume 2014, Issue 1, 2014, ss. 17-34.
- Çakrak, Recep, "Kompetenz – Kompetenz Prensibi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:8, Sayı:31, Temmuz 2017, ss. 659-668.
- Çelikel, Aysel - Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Direnisa, Efe "Functions of an Arbitration Agreement", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 4, S. 2, ss. 107-119, s. 112.

Erdem, H. Ercüment, “İsviçre Federal Mahkemesi Çok Aşamalı Tahkim Şartına Uyulmaması Nedeniyle Tahkim Sürecinin Durdurulmasına Karar Verdi” <erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/isvicre-federal-mahkemesi-cok-asamali-tahkim-sartina-uyulmamasini-nedeniyle-tahkim-surecinin-durdurulmasına-karar-verdi-/>, (12.06.2020).

Erk Kubat, Nadja, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, 2014, Vol. 30, ss. 25-70.

Erkan, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, ss. 535-562.

Esen, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2011, ss. 355-380.

Fouchard, Philippe – Gaillard, Emmanuel - Goldman, Bertold, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

Gaillard, Emmanuel - Banifatemi, Yas, “Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators / Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards”, *The New York Convention in Practice*, E. Gaillard and D. Di Pietro eds., 2008.

Gaillard, Emmanuel, “France Adopts New Law On Arbitration”, Vol. 245, No: 15, 24.01.2011, *New York Law Journal* <www.nylj.com>, (17.06.2020)

Hascher, Dominique T. “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961”, *Commentary*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2011, Vol. XXXVI, [https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher\\_commentary\\_on\\_the\\_european\\_convention\\_1961.pdf](https://www.arbitrationicca.org/media/1/13534204360520/hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf), (20.03.2020).

Korynevych, Viktoria “Revisiting Kompetenz-Kompetenz and Arbitrability in the U.S. Supreme Court: Vicious Circle of Delegation Clauses and Carve-out Provisions in *Henry Schein Inc. v. Archer and White Sales Inc.*”, ed. Stavros Brekoulakis, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International; Sweet & Maxwell, 2021, Vol. 87, Issue 1, ss. 121-139.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Nomer, Ergin - Ekşi, Nuray – Öztekin - Gelgel, Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. 1, 5. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, ss. 343 – 369.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 511-533.

Park, William W., "Determining An Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", *Newada Law Journal*, Vol: 8, Issue 1, 2007.

Pekcanitez Hakan - Yeşilirmak, Ali, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, On İki Levha 15. edn, 2017.

Pekcanitez, Hakan, "Tahkim İlk İtirazı", *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları" (2014) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 205-206.

Sarıöz Büyükalp, İpek, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 2015-2061.

Stojiljkovic, Mladen, "Arbitral Jurisdiction and Court Review, Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider", *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, *Kluwer Law International* 2016, Volume 34, Issue 4, ss. 897-913.

Süsler, Ozlem, "Arbitral Jurisdiction in France", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2012, Vol: 16(2), ss. 1-24. (France).

Süsler, Ozlem, "Closing the Gap: The Quest for Consistency in Competence-Competence in the U.S.", 2015, ss. 121-146. (US).

Süsler, Ozlem, *Jurisdiction of Arbitration Tribunals: A Comparative Study*, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wpcontent/uploads/arbitration-lawMasterVersion.pdf>, (03.02.2020) (Study).

Süsler, Ozlem, *The English Approach to Compétence Compétence*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2013, Volume 13, Issue 3, ss. 427-452, [https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=dr\\_lj](https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=dr_lj), (20.06.2020) (UK).

Şanlı, Cemal – Esen, Emre - Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

Synkova, Sandra, *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, Springer Verlag, Zürich, 2013.

Taşkın, Âlim, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Prof Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1999, ss. 169-183.

Tekin, Selin Ece, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Walter, Gerhard - Domej, Tanja, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz: Ein Lehrbuch*, 5. neu bearbeitete Fassung, Haupt Verlag, Bern, 2012.

Yeşilirmak, Ali, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yeşilova, Bilgehan, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisi ile İlgili olarak- Mahkemelerin Yapacakları Denetim ve Sonuçları", s. 742, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, ss. 739-818.

Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, 2008.

Yılmaz, Ejder, "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler", Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, ss. 13-24.

**İnternet Kaynakları:**

<http://www.kgmaddeadalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, (27.02.2020).

<https://www.tbmmaddegov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122ss0712.pdf>, (27.02.2020).

## KRİPTO PARALARIN EŞYA NİTELİĞİ\*

Dr. Öğretim Üyesi Gençer ÖZDEMİR\*\*

### ÖZ

Günümüzde internet kullanımının yaygınlaşması, elektronik ticaretin gelişimine neden olmuş, elektronik ticaretin gelişimi de beraberinde birtakım yenilikler getirmiştir. İnternet üzerinden yirmidört saat süreyle yapılan ülke içi ve ülkeler arası mal ve hizmet alımları, para transferinde klasik ödeme araçlarına alternatif bazı ödeme araçlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu gelişmeler sonucu dijital para ve kripto para kavramları ortaya çıkmış ve bu tarz paraların kullanılması oldukça yaygınlaşmıştır.

Kripto paralar, açık kaynaklı bir kod olarak üretilmiş, tamamen dijital ve şifrelenmiş para birimleridir. Kripto paralar, gelir getiren, alışverişlerde ve çevrimiçi ortamlarda harcanabilen paralardır. Bu nedenle bir değişim aracı olarak algılanmaya ve kullanılmaya başlanmışlardır. Ancak bu paraların cismani varlığı olmayıp eşya niteliğini taşıyıp taşımadıkları konusunda tartışma vardır.

Çalışmamızda, para, kripto para, Blockchain kavramlarına dair bilgi verildikten sonra, kripto paraların eşya niteliğinde olup olmadığı konuları detaylı şekilde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Para, Kripto para, Blockchain, Eşya, Kripto Paranın Eşya Niteliği

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 7/05/2021  
Kabul Edildiği Tarih: 20/05/2021

\*\* 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
E-Mail: gozdemir@29mayis.edu.tr  
ORCID: 0000-0003-3382-1262

## THE PROPERTY QUALIFICATION OF CRYPTOCURRENCIES

### ABSTRACT

The widespread use of the internet today has led to the development of electronic commerce, and the development of electronic commerce has brought some innovations with it. Domestic and inter-country purchases of goods and services made over the internet have led to the emerge of some alternative payment instruments to the classical payment instruments in money transfer. As a result of these developments, the concepts of digital money and cryptomoney have emerged and the use of such money has become quite common.

Cryptocurrencies are digital and encrypted currencies produced as an open-source code and they generate income and can be spent on shopping and online. For this reason, they have started to be perceived and used as a tool for change. Therefore, these coins do not have a corporeal existence and there is a debate as to whether they have the qualification of goods.

In our study, after giving information about the concepts of money, cryptomoney and Blockchain, the issues of whether cryptocurrencies have the qualification of goods will be examined.

**Keywords:** Money, Cripto money, Blockchain, Property, Property nature of cryptocurrency.



## I. GİRİŞ

Kripto para kavramı, ilk defa, Satoshi Nakamoto rumuzlu bir kişi ya da grup tarafından 2008 yılında kaleme alınan “Bitcoin: Uçtan Uca Elektronik Ödeme Sistemi” (*Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System*) adlı bir makale ile dünyaya duyurulmuştur<sup>1</sup>. Kripto paranın popülerliği her geçen gün artmakta, geniş halk kitleleri tarafından, özellikle yatırım aracı olarak rağbet görmektedir. Kripto paralar, Blok zinciri (Blockchain) isimli değişim sistemi üzerinden, tamamen sanal olarak ve herhangi bir merkezi otoriteye bağlı olmaksızın, tarafların birbirlerine para transferi yapmalarına imkan tanımaktadır. Bu paraların şu an için devletlerce arzı söz konusu olmadığından, madencilik denilen bir süreç ile arzı sağlanmaktadır<sup>2</sup>.

## II. KRIPTO PARANIN TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE TÜRLERİ

### A. Paranın Tanımı, Özellikleri ve Fonksiyonları

Kripto paranın tanımını yapmadan önce, paranın tanımını yapmakta ve özelliklerinden bahsetmekte fayda vardır. Para, sosyo ekonomik düzen içerisinde, mal ve hizmetlerin karşılığının ve borçların ödenmesi için kullanılan, aynı zamanda kolaylıkla bunlar için kullanılan başka bir araca dönüştürülebilen, herhangi bir madde ya da doğrulanabilir kayıttır. Para olarak kabul edilebilecek aracın herşeyden önce insanlar tarafından genel kabul görmesi gerekir<sup>3</sup>. Bir ödeme aracının para olarak kabul edilebilmesi için şu beş özelliğe sahip olması gerekir: 1) Taşınabilirlik. Paranın kullanımının kolay olması için taşınabilir olması gerekir. 2) Dayanıklılık. Para el değiştirerek birden fazla alışverişte kullanıldığı için dayanıklı olmalıdır. 3) Bölünebilirlik. Alışverişin değişik miktarlarda yapılması mümkün olduğundan, paranın bölünebilir olması ve birbirine dönüştürülebilir olması gerekir. 4) Standardizasyon. Para her yerde

<sup>1</sup> Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System”, <https://bitcoin.org/>, 2008, s. 1-9. (ET: 01/03/2021); Ayşe Esra Prinççi, “Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin’in Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Yıl:2018 Cilt:1 Sayı:1, 45-52, s. 46; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Bitcoin Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış*, Aristo Yayınevi 2018, s. 67; Richard Caetano, *Learning Bitcoin*, Packt Publishing Ltd. 2015, s. 79; Jovan Pehcevski, *Blockchain Technologies and Crypto-Currencies*, Arcler Press 2020, s. 31; Sarah Swammy,-Richard Thompson-Marvin Loh, *Crypto Uncovered The Evolution of Bitcoin and The Crypto Currency Marketplace*, Springer Nature Switzerland 2018, s. 140.

<sup>2</sup> Mert Yılmaz Özbaş, “Elektronik Para ve Sanal Para: Bitcoin Geleceğin Para Birim Olabilir mi?”, *İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, Yıl:2019, Cilt:2, Sayı:1, sayfalar 85-104, s. 85; Fatih Bilgili-M. Fatih Cengil, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli HFD.*, Yıl: 2019, Cilt:23, Sayı:3, sayfalar 3-23, s. 4; Asuman Sönmez, “Sanal Para Bitcoin”, *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication – TOJDAC*, Yıl: 2014, Cilt: 4, Sayı:3, sayfalar 1-14, s. 2.; Nakamoto, 2008, s. 1; Pehcevski, 2020, s. 31-32; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 67.

<sup>3</sup> Mehmet Günal, *Para Banka ve Finansal Sistem*, Berikan Ofset 2012, s. 7; Nurettin Öztürk-Asuman Koç, “Elektronik Para, Diğer Para Türleriyle Karşılaştırılması ve Olası Etkileri”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 2006, Cilt: 6, Sayı:11, sayfalar 207-243, s. 210; Yusuf Çolak-Ali Rıza Sandalcılar, “Türkiye’de Sanal Para Değerinin Belirleyicileri”, *RTE Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt:5, Sayı:10, sayfalar 205-232, s. 206; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 9; Pirinççi, 2018, s. 46.

aynı değeri ifade etmelidir. 5) Taklit edilememe. Para kolay taklit edilememelidir. Aksi takdirde sahtecilik artar ve paranın bir değeri kalmaz<sup>4</sup>.

Bunların yanı sıra, bir ödeme aracının para özelliğine sahip olduğunu söyleyebilmek için belirli fonksiyonları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu fonksiyonları üç başlık altında toplayabiliriz. 1) Mübadele fonksiyonu. Alınan mal veya hizmetin para ile değiştirilebilir olmasını ifade eder. 2) Hesap birimi olma fonksiyonu. Fiyatlandırma yapılırken paranın bir biriminin olması gerekir. 3) Servet biriktirme fonksiyonu. Paranın kendi değerini muhafaza ederek alım gücünü koruması gerekir<sup>5</sup>. Bir mübadele aracı bu fonksiyonları taşıyorsa ve yukarıdaki beş özelliğe sahipse o mübadele aracı para olarak nitelendirilebilir. Paraları, emtia para, temsili para, itibari para, dijital para, sanal para ve kripto para olarak sınıflandırmak mümkündür<sup>6</sup>.

## B. Kripto Paranın Tanımı

Kripto para, takas işlemlerinde kullanılabilen, tamamen dijital ve şifrelenmiş sanal para<sup>7</sup> birimidir. Piyasada en çok bilinen kripto para türleri, Bitcoin, Ethereum, Litecoin ve Dash adlı sanal paralardır. Bitcoin ve türevleri dışındaki dijital ve sanal paralar, kendi başlarına bir kripto para birimi olmayıp, ilgili ülkenin ulusal para biriminin dijital ortamdaki temsilidir ve düzenlenip denetlenmesi mümkündür. Ancak, Bitcoin ve türevleri bir kripto para birimi olarak kabul edilmekte olup, hiçbir devlet tarafından düzenlenip denetlenmemektedir<sup>8</sup>. Uygulamada sanal para ile kripto para kavramları karıştırılmakta olup, kripto para sanal paranın bir çeşididir<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Osman Orhan-Seyfettin Erdoğan, Para Politikası, Umuttepe Yayınları 2013, s. 6; Kıvanç Ülgen, "Elektronik Para: Türkiye ve Dünya Uygulaması", İnönü Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Malatya 2010, s. 10; Piriñçi, 2018, s. 46; Çolak-Sandalcılar, 2019, s. 206; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 10-11; Öztürk-Koç, 2006, s. 210-211.

<sup>5</sup> Merih Paya, Para Teorisi ve Para Politikası, Filiz Kitabevi 2012, s. 16; Piriñçi, 2018, s. 46; Çolak-Sandalcılar, 2019, s. 206; Öztürk-Koç, 2006, s. 211; Ülgen, 2010, s. 12; Orhan-Erdoğan, 2013, s. 7.

<sup>6</sup> Abdurrahman Çarkacıoğlu, "Kripto Para Bitcoin", SPK Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, 2016, s. 1-9; Özbaş, 2019, s. 91; Şahin Çetinkaya, "Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi ile İncelenmesi", Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi, Yıl:2018, Cilt:2, Sayı:5, sayfalar 11-21, s. 12-13.

<sup>7</sup> Sanal para birimleri, bir merkez bankası veya bir kamusal otorite tarafından çıkarılmayan veya garanti edilmemiş olan; hukuken kabul edilen bir para birimine bağlı olma mecburiyeti bulunmayan; hukuki anlamda para ya da para birimi niteliği taşımayan ancak gerçek ve tüzel kişilerce değişim aracı olarak kabul edilen; elektronik ortamda transfer edilebilen, depolanabilen ve ticarete konu edilebilen dijital değer temsilini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Gazi Güçlütürk, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", REGESTA, Yıl 2019, Cilt 4, Sayı 3, sayfalar 383-408.

<sup>8</sup> Balca Çelener, "Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar", MHD, Yıl: 2019, Cilt: 15, Sayı: 172, sayfalar 771-804, s. 773-774; Asuman Turanboy, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2019, Cilt 35, Sayı 3: Sayfalar 47-62, s. 52; Çarkacıoğlu, 2016, s. 8; Piriñçi, 2018, s. 47; Çetinkaya, 2018, s. 13.

<sup>9</sup> Sanal para elektronik paranın bir çeşididir. Sanal para, bir topluluk içinde kabul edilen, paranın itibari değerinin garanti edilmediği, para arzının sabit olmadığı, denetim altında olmayan para türleridir. Sanal paranın Avrupa Merkez Bankası tarafından yapılan tanımı, "düzenlemesi olmayan, onu geliştirenler tarafından çıkarılan ve kontrol edilen ve belli bir sanal çevre içinde kabul gören, dijital para" şeklindedir. Sanal para birimleri üç şekilde gruplandırılır. 1) Kapalı sistem sanal para birimleri: Gerçek hayat ile bağlantısı olmayan, sadece bilgisayar oyunları içerisinde kullanılan paralardır. Bunlar

Kripto paralar, açık kaynak kodu olan ve belli şifre ve algoritmalara sahip para birimleridir ve merkezi bir yapıya sahip değildir. Bu nedenle Devletler, kripto paralara sahiplerinin izni olmadan el koyamamaktadır. Kripto paralar sanal ortamda saklandığı ve bir merkezi otorite tarafından yönetilmediği için sahibinin izni olmadan icra işlemine de konu olamamaktadır<sup>10</sup>.

### C. Kripto Paranın Yapısı ve Özellikleri

Kripto paralar, eşten-eşe ödeme sistemi ile çalışan ve herhangi bir finansal kuruluşa ihtiyaç duymadan transferi gerçekleştirilebilen, bunun yanında herhangi bir kuruluş tarafından arzı bulunmayan açık kaynak koda sahip sanal para birimleridir<sup>11</sup>. Bu sistemde merkezi bir otorite bulunmamaktadır. Kripto paranın merkezi bir yapısının olmaması nedeniyle, kontrolü Blokzinciri (Blockchain) adı verilen bir sistem tarafından gerçekleştirilir. Blokzinciri, yapılan bütün işlemlerin kayıt edildiği bir veri dosyası olarak tanımlanabilir. Bu sistem ile merkezi olmayan para birimleri yaratmak ve bunun işleyişini internet üzerinden kontrol etmek mümkündür<sup>12</sup>.

Blokzinciri, blokların birbirine zincir gibi bağlandığı, herkese açık, şeffaf, dağıtık, sıralı ve zaman damgalı dijital bir hesap defteridir. Blokzinciri düz bir veri dosyası, basit bir veritabanıdır<sup>13</sup>. İşlemler, eşler arası, kullanıcıdan kullanıcıya, uçtan uca gerçekleşir. Bloklarda yer alan ve şifreli şekilde bulunan tüm işlemler, ağdaki tüm kullanıcılar tarafından görülebilir. Sistemde tüm kullanıcıların gördüğü kayıtlar birbirinin aynısıdır. Bu sistemde herhangi bir kurumun onayını almaya gerek olmaksızın, sınır ötesi para transferi işlemi anonim olarak gerçekleştirilebilmektedir<sup>14</sup>.

---

oyun içerisinde kazanılan paralardır. 2) Tek yönlü akışa sahip sanal para birimleri. Bu sanal paralar, gerçek para ile satın alınmaktadır. Ancak daha sonra sanal para biriminin gerçek paraya dönüştürülmesi mümkün değildir. Örneğin, Facebook credits, Facebook'un sanal para birimidir. 3) İki yönlü akışa sahip sanal para birimleri. Burada kullanıcılar, ister kendi para birimini sanal para birimine dönüştürebilmekte, isterse de tekrar sanal para birimini gerçek para birimine dönüştürebilmektedir. Bu tür paralar tıpkı gerçek hayattaki para birimleri gibi dönüştürülebilir, ürün ve hizmet satın almak için kullanılabilir. Linden Dollars ve Bitcoin bunlara örnek gösterilebilir. Kripto paralar, sanal paralar içerisinde iki yönlü akışa sahip sanal paralar grubunda yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yüksel, 2018, s. 61-67.

<sup>10</sup> Burcu Aslantaş Ateş, "Kripto Para Birimleri Bitcoin ve Muhasebesi", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:2016, Cilt:7, Sayı:1, sayfalar 349-366, s. 351-352; Özbaş, 2019, s. 92; Pirinççi, 2018, s. 47; Çelener, 2019, s. 773-774; Turanboy, 2019, s. 53.

<sup>11</sup> Dirk G. Baur, "Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?", Journal of International Financial Markets Institutions and Money, Yıl:2017, Sayı: 54, sayfalar 1-31, s. 2; Özbaş, 2019, s. 92; Aslan Ateş, 2016, s. 353; Çelener, 2019, s. 773-774; Turanboy, 2019, s. 53.

<sup>12</sup> Aslan Ateş, 2016, s. 353; Özbaş, 2019, s. 92; Çarkacıoğlu, 2016, s. 42; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 67; Çelener, 2019, s. 773-774.

<sup>13</sup> Çarkacıoğlu, 2016, s. 42; Özbaş, 2019, s. 92; Enis Karaarslan-Muhammet Fatih Akbaş, "Blokzinciri Tabanlı Siber Güvenlik Sistemleri", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Yıl:2017, Cilt:3, Sayı:2, sayfalar 16-21, s. 17; Fatih Bilgili-M.Fatih Cengil, İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler, KHASHFD, Yıl:2019, Cilt 7, Sayı 1, sayfalar 99-109, s. 100.

<sup>14</sup> Fatih Kızıltepe-Hüseyin Öz, "Bitcoin Nedir/Ne Değildir?", Vergi Sorunları Dergisi, Yıl:2016, Sayı: 331, www.vergisorunlari.com.tr/makale/bitcoin-nedir— ne degildir/8134. (ET: 20.05.2021)

David Fox- Sarah Green, Cryptocurrencies In Public and Private Law, Oxford University Press 2019, s. 16-17; Atul Kumar Verma and Arpit Garg, "Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet", International Journal of Advanced Research On Computer Science, Yıl:2017, Cilt:8, Sayı:8, sayfalar

Kripto para ihraç eden bir merkez bankası ya da devlet bulunmayıp, kripto para arzı madencilik faaliyeti ile sağlanmaktadır. Madencilik faaliyeti, özel makineler marifetiyle blok oluşturmak için şifrelerinin (Hash'inin<sup>15</sup>) hesaplanması suretiyle kripto paranın üretilmesidir. Sistem tarafından madencilere ödül coin verilmektedir<sup>16</sup>. Bu sistemde kişiler gerek madencilik faaliyeti ile gerekse coin transferi yoluyla kendi coinlerini edinebilmekte ve bunları kendi şahsi kripto para cüzdanlarında tutabilmektedirler.

Kullanıcıların kripto paraları kullanabilmek için öncelikle bilgisayarlarına ilgili açık kaynak yazılımı indirmeleri gerekir. Kripto paraların alım satımı, işlem platformlarında gerçekleştirilmektedir. Bu platformlarda hesap açılmasıyla birlikte, hesap açan kişilere kendiliğinden cüzdan da oluşturulmaktadır. Platformdan alınan kripto paralar bu cüzdanlarda saklanmaktadır. Bu cüzdanlardaki özel anahtarların kontrolü de platformlardadır. İşlem yapmak isteyen kişi, açmış olduğu hesabından yapacağı işleme ilişkin talimat vermekte, işlem özel anahtar yoluyla platform tarafından gerçekleştirilmektedir. Platformlar yoluyla kripto para sahipleri kripto paralarını devredip fiat paraya çevirme imkanını kazanmaktadır<sup>17</sup>.

Blokzinciri sistemi, üçüncü bir kişinin katılımı olmaksızın kripto paranın eşler arasında transferine imkan sağlamaktadır. Kripto para transfer edebilmek için, bir cüzdana sahip olmak gerekir. Cüzdan, kripto paranın saklandığı bir yazılımdır. Kripto para transferinde kullanılan özel ve açık anahtarlar cüzdanlar tarafından üretilip saklanmaktadır. Her kripto para sahibi bir açık anahtar, bir de özel anahtara sahiptir. Öncelikle, cüzdan üzerinden özel anahtar (private key) üretilmesi gerekir. Özel anahtar kullanılarak da açık anahtar (public key) üretilir ve kripto para bu adreslerde bulunur<sup>18</sup>.

---

429-432, s. 429; Mustafa Topaloğlu, "Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 2017, Cilt:12, Sayı:130, sayfalar 70-80, s. 79; Bilgili-Cengil, İcra, s. 100; Tuğçe Tomrukçu, "Blockchain Teknolojisi ve Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler ve Kolaylıklar", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2019, Cilt:14, Sayı:152, sayfalar 827-836, s. 829; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 5; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 67-68.

<sup>15</sup> Hash, şifre metninin de şifrelenmesini ifade eder. Hash, bir nevi, eldeki dijital verinin parmak izidir. Hash, her metin için sabit uzunlukta, çok büyük oranda benzersiz metin üretebilen bir algoritmadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yüksel, 2018, s. 70; Hash fonksiyonları bir veri özeti, bir veri parmak izi oluşturan matematik fonksiyonlardır. Hash'in en sık kullanıldığı durumlardan biri, veri bütünlüğünü doğrulamadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pehcevski, ibid 275. Hash işlevlerin algoritmaları, işlem bir kez gerçekleştirildiğinde geri alınamaz. Bir kere kayıt yapılırsa değiştirilemez. Değiştirilmesi için kayıttaki değişikliklerin ardından tüm blok yapısının değiştirilmesi gerekir. Ancak buna dair tüm veriler ayrıntılarıyla saklanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Verma and Garg, 2017, s. 429.

<sup>16</sup> Topaloğlu, 2017, s. 79; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 5; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 70-71. Kripto para işlemlerini doğrulayan sistemler madenciler (miners) olarak adlandırılmaktadır. Bunlar, işlemlerin doğruluğunu onaylamak için çok hızlı bir şekilde matematiksel problemleri çözen bilgisayarlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yüksel, 2018, s. 71; Bilgili-Cengil, İcra, s. 101.

<sup>17</sup> Füsün Sarp Nebil, Bitcoin ve Kripto Paralar, Pusula Yayıncılık 2018, s. 77-80; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 6; Bilgili-Cengil, İcra, s. 101; Fox-Green, 2019, s. 47.

<sup>18</sup> Gianni Bonaiuti, "Economic Issues on M-Payments and Bitcoin", Research Gate, Yıl:2016, Cilt:57, Sayı:21, sayfalar 27-51, s. 39 Nebil, 2018, s. 78; Aljosha Judmayer-Nicholas Stifter-Katharine Krombholz-Edgar Weippl, Blocks and Chains Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies and Their Consensus Mechanism, Morgan & Claypool 2017, s. 24-25; Vedat Güven-Erkin Şahinöz, Blokzincir Kripto Paralar Bitcoin, Kronik Kitap 2018, s. 87-90; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 6; Pehcevski, 2020, s.

Açık anahtarı banka IBAN numarası olarak, özel anahtarı ise banka hesabına girebilmek için kullanılan şifre olarak düşünebiliriz. Açık anahtar Blokzinciri sistemi gereğince herkese açık iken, özel anahtar sadece kripto para üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından bilinebilir<sup>19</sup>. Zira, kripto para üzerindeki tasarruf yetkisi özel anahtara sahip olan kişiye aittir.

Kripto para transferi yapılırken öncelikle, kripto para gönderilecek kişinin açık anahtarı istenir. Bu açık anahtar sayı ve harflerden oluşmaktadır. Sisteme giriş yapılarak transferin yapılacağı cüzdan sahibinin açık anahtarı yazılır ve özel anahtar kullanılıp dijital imza ile (digital signature) işlem onaylanır. Transfer işlemi sonrasında, kripto paranın gönderildiği hesabın özel anahtarına sahip kişi kripto para üzerinde tasarruf hakkına sahip olur<sup>20</sup>.

#### D. Kripto Paranın Para Niteliği Taşıyıp Taşımadığı Sorunu

TCMB tarafından hazırlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmelik 16 Nisan 2021 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiş olup, bu Yönetmelik kripto parayı konu edinen ilk mevzuat düzenlemesidir. Yönetmelik'te kripto paraların hukuki niteliği tartışmasına yön verebilecek bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmelik m.3/1'de *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder."* şeklinde belirtilmiştir. Bu tanım, Yönetmelik'in uygulama alanı ile sınırlıdır ve tüm hukuk düzenini bağlayan genel geçer bir tanım olarak düşünülmemesi gerekir.

Yönetmelik, Türkiye'de kripto paraları genel olarak düzenleyen bir mevzuat olmayıp, TCMB'nin yetki alanındaki ödemelere ilişkin konularda çıkarılmış bir yönetmeliktir. Yönetmelik'in amacı, kripto varlıkların ödeme aracı olarak doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmasını ve kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmasına yönelik doğrudan veya dolaylı hizmet sunulmasını yasaklamaktır. Yönetmelik'te "kripto para" kavramı değil, "kripto varlıklar" kavramı kullanılmıştır. Kripto varlıklar<sup>21</sup> denildiğinde, bunun içerisine kripto paralar da girmekle birlikte, kripto varlık daha geniş bir kavramdır.

276; Caetano, 2015, s. 15-16; Nakamoto, 2008, s. 2; Swamy-Thompson-Loh, 2017, s. 142; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 69; Bilgili-Cengil, İcra, s. 100; Fox-Green, 2019, s. 15-16.

<sup>19</sup> Bonaiuti, 2016, s. 39; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 7; Bozkurt Yüksel, 2018, s. 70; Turanboy, 2019, s. 53; Fox-Green, 2019, s. 15-16.

<sup>20</sup> Hanna Halaburda and Miklos Sarvary, Beyond Bitcoin, The Economics of Digital Currencies, Palgrave Macmillan 2016, s. 110; Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 7; Nakamoto, 2008, s. 2; Pehcevski, 2020, s. 276; Bonaiuti, 2016, s. 38.

<sup>21</sup> Kripto varlık deyimi, kripto para kavramından daha geniş bir varlıktır. Table coin denilen ve bir para birimine veya değerli metal yahut başka bir varlığın değerine sabitlenmiş ve buradan hareketle, "sabitlenmiş kripto varlık" olarak Türkçe'ye çevrilebilecek varlıklar ile çeşitli token'lar da kripto para kapsamına girmemekle birlikte, kripto varlık kavramının içine girer ve bunların hukuki nitelikleri, ihraç edilen her bir varlığın özelliklerine göre değişiklik gösterebilir; bunlar arasında elektronik para, menkul kıymet veya türev araçlar gibi kullanılan varlıklar da bulunmaktadır.

Yönetmelikte yapılan tanımın kripto varlıkların hukuki niteliğine ilişkin bölümüne bakıldığında, öncelikle kripto varlıkların hukuki nitelik itibarıyla neler olmadığı belirtildikten sonra, bunların gayri maddi varlık niteliği düzenlenmiştir. O halde, Yönetmelik kapsamındaki kripto varlıklar hukuki nitelikleri itibarıyla, a) İtibari para b) Kaydi para c) Elektronik para d) Ödeme aracı e) Menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilemez. Tanıma göre, kripto varlıkların teknik özelliklerine bakıldığında; dağıtık defter veya benzer bir teknoloji olarak kullanılma, sanal olarak oluşturulma, dijital ağlar üzerinden dağıtımını yapılma unsurlarını içerdiği anlaşılmaktadır.

Kripto paraların hukuki anlamda para olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalı bir konudur. Yukarıda belirtildiği üzere “para”, mal ve hizmetlerin bedelinin ödenmesinde kullanılan bir araçtır. Para aynı zamanda bir değişim aracıdır. Ancak kripto paraların her durumda bu özelliği sağladıklarını söylemek mümkün değildir. Yeknesalığı sağlamak için, paranın değerinin hemen her ülkede uluslararası olarak ifade edilebilir olması gerekir. Kripto paraların bilinen tüm para birimleri karşısında değişken bir alım satım değeri olup olmadığı değerlendirildiğinde, kripto paraların bu özelliğinin onları bir para birimi yapmaya yeterli olmadığı görülmektedir.

Tüm hukuk sistemlerinde, paranın geçerliliğinin olması için, milli Merkez bankaları tarafından basılması ve ülkenin egemenliğine işaret etmesi gerekir. Kripto paraların para olarak kabul edilmemesinin altında yatan başlıca nedenler, kripto paraların bir devletin resmi para birimi olarak bir devlet tarafından ihraç edilmemesi, değişim aracı olarak tüm toplumda kabul görmemesi ve günümüzde halen sınırlı şekilde kullanılıyor olmasıdır<sup>22</sup>. Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmelik m.3’te yer alan tanıma bakıldığında, tanıma göre kripto varlıkların; itibari para, kaydi para ve ödeme aracı olarak nitelendirilmemesi ile kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmasının yasaklanmış olmasından hareketle, Yönetmelik’in uygulama alanındaki kripto paralar yönünden, bunların hukuken para niteliği taşımayacağına düzenlendiği ifade edilebilir. Zira herşeyden önce, ödeme aracı niteliğinden yoksun bir varlığın, parasal değeri olsa dahi hukuken para niteliği taşıması mümkün olmayacaktır.

Kripto paralar elektronik para niteliği de taşımamaktadır. Zira 6493 Sayılı Kanun’da<sup>23</sup> yer alan elektronik para tanımından da anlaşılacağı üzere, kripto paralar elektronik para niteliği taşımamaktadır. Zira, bir ihraççının bulunması gerekliliği ve bir

<sup>22</sup> Turanboy, 2019, s. 48. Türk doktrininde, kripto paraların hukuki niteliği itibarıyla para olup olmadıkları yönünden yapılan değerlendirmelerde, para niteliği taşımadığı konusunda ittifak sağlandığı görülmektedir. Yabancı doktrinde de hâkim görüş aynı yönde olmakla birlikte, İsviçre doktrininde, dar anlamda para ve geniş anlamda para ayrımı yapılarak kripto paraların dar anlamıyla para olmadıklarının açık olduğu; ancak bir değişim aracı olarak kullanıldıkları için geniş anlamda para olarak kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güçlütürk, 2019, s. 397.

<sup>23</sup> 6493 Sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 27.06.2013 tarih ve 28690 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun’un 3.maddesinde “Elektronik para: Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri” olarak tanımlanmıştır.

para alacağı karşılığında elektronik para ihracı şartları, kripto paralarda söz konusu değildir. Bu nedenlerden yola çıkarak doktrinde ağırlıklı görüş kripto paraların elektronik para olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak aksi yönde düşünen yazarlar da vardır<sup>24</sup>.

Kripto paraların, kaydi para olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirdiğimizde; elektronik para nitelendirmesindeki tartışmalar ve görüşlerden yola çıkarak, kripto paraların kaydi para olarak da kabul edilemeyeceği kanaatindeyim.

Kripto paralar, kıymetli evrak olarak da nitelendirilemezler. Kıymetli evraktaki senet unsuru, hakkın bir senette somutlaşmasını ve hak ile bu senet arasındaki bağıllığı gerektirmesine karşılık, kripto paralar senet unsurunu teşkil edebilecek bir fiziki varlıktan yoksundurlar<sup>25</sup>.

Tüm bu tartışmaların yanı sıra, kripto paraların maddi bir değerinin olduğu, kişinin malvarlığına dahil olduğu, piyasada talep gördüğü ve kısmen de olsa bazı çevreler tarafından değişim aracı olarak kullanıldığı düşünüldüğünde, kripto paraların üzerinde herhangi bir mutlak hak ya da nisbi hak sahipliğinin kabul edilmemesi durumunda, bu değer nasıl korunacağı sorusuna cevap vermek gerekecektir. Doktrinde Kapancı, sanal paraların hukuki anlamda para niteliği taşımadığını, maddi varlıkları bulunmadığından eşya olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığını, bu nedenle üzerlerinde herhangi bir hak sahipliğinin bulunmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, kripto paralara ilişkin korunma ihtiyacı hissedildiğinde, haksız fiile ilişkin korunma vasıtalarından yararlanılması mümkündür<sup>26</sup>. Kanaatimce, kripto paraların bir devletin resmi para birimi olarak ve bir devlet tarafından ihraç edilmemesi, toplumun genelinde değişim aracı olarak kabul görmemesi, cismani varlığı olmaması nedeniyle taşınabilirlik unsuru taşınamaması hususları dikkate alındığında, kripto para, para niteliğine sahip değildir. Kripto paranın, aşağıda açıklanacağı üzere, kanun koyucu tarafından eşya olarak kabul edilmesi ve eşyaya ilişkin hükümler doğrultusunda korunmasının uygun olacağını düşünmekteyim.

### III. KRİPTO PARANIN EŞYA NİTELİĞİ

#### A. Genel Olarak

Kripto paranın eşya niteliğini değerlendirmeden önce, “eşya” kavramının açıklanmasında fayda vardır. Eşya kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, “şey”

<sup>24</sup> Güçlütürk, 2019, s. 400-405. Doktrinde Güçlütürk; kripto varlıkların farklı özellikler taşıyabildiğinden hareketle, belirli bir kişi ve kurum tarafından ihraç edilen ve fiyat dalgalanmalarından sakınmak amacıyla değeri bir ülkenin para birimi veya elektronik para birimine endekslenen stable coin’lerin (sabitlenmiş kripto varlıkların), elektronik para için mevzuatta öngörülen fon karşılığı çıkarılma şartını sağlayacağını ve bu bakımdan, hukuken elektronik para niteliği taşıyabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre; somut olaydaki kripto varlığın özellikleri dikkate alınmalı; değeri bir ülkenin para birimi veya elektronik paraya sabitlenmiş kripto varlıkların fon karşılığı çıkarılma şartını sağlaması nedeniyle, elektronik para niteliği taşıdıkları söylenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güçlütürk, 2019, s. 400-405.

<sup>25</sup> Argun Karamanlıoğlu, Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler, <https://law.khas.edu.tr/tr/son-gelistmeler-isiginda-kripto-paralarin-hukuki-niteliği>. (E.T:07.03. 2021); Turanboy, 2019, s. 55-56.

<sup>26</sup> Kadir Berk Kapancı, Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler, Oniki Levha Yayınları 2020, s. 119-121.

(nesne) kelimesinin çoğuludur<sup>27</sup>. TMK’da eşya kavramının tanımı yapılmamıştır. Zira, Türk-İsviçre hukukunda, eşyanın tanımı yapılmayıp, bu kavramın ne anlama geldiğinin belirlenmesi hususu zamana ve ihtiyaçlara göre doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrinde genel kabul gördüğü üzere, “eşya”, kişilerin üzerinde ferdi hakimiyet kurabildikleri, ekonomik değeri olan, aynı hak konusu olabilmelerine izin verilen ve kişilik değeri oluşturmayan maddi varlıklar olarak tanımlanmaktadır<sup>28</sup>.

Hatemi’ye göre “eşya” kural olarak somut nesnelere dir. Ancak kanun koyucu toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için “varsayımlar” getirebilir<sup>29</sup>. Bir eşyanın mevcudiyetinden bahsedebilmek için, maddi olma (cismanilik), üzerinde hakimiyet kurabilme, kişisel olmama ve iktisadi değer taşıma şartlarının aynı anda gerçekleşmesi gerekir. Bunlar aynı zamanda eşyanın unsurlarıdır.

Eşya hukukunun konusu maddi varlığa sahip eşyadır. Eşya, varlık özelliği olarak, evrende üç boyutlu maddi (cismani) bir kapsama sahip olmalıdır. Eşya evrende somut olarak yer almalıdır. Bu nedenle, kural olarak, alacak hakkı, fikri ve sınai haklar ve enerji, eşya olarak kabul edilmemektedir. Aynı haklar kural olarak sadece maddi (cismani) varlığa sahip şeyler üzerinde söz konusu olur<sup>30</sup>.

Hukuki anlamda eşyadan bahsedebilmek için bir diğer unsur üzerinde hakimiyet kurabilmedir. Eşyanın maddi varlığının fiili ve hukuki olarak üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olması gerekir. Üzerinde hakimiyet kurulamayan deniz, gökyüzü, güneş gibi varlıklar eşya değildir<sup>31</sup>.

Eşyadan bahsedebilmek için, o şeyin kişilik değeri dışında bir varlık olması gerekir. İnsan vücudu ve organları hukuki anlamda eşya değildir. Dolayısıyla, insan ve

<sup>27</sup> Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, Oniki Levha 2020, s. 2; Kemal Gürsoy, Fikret Eren and Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984, s. 20.

<sup>28</sup> O.Gökhan Antalya, Eşya Hukuku Cilt I, Legal Yayıncılık 2021, s. 15; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 2018, s. 658; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları 2020, s. 3; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları 2020, s. 4; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I, Adalet Yayınevi 2020, s. 40; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi 2020, s. 2-4; Tan Tahsin Zapata, Medeni Hukuk, Savaş Yayınevi 2021, s. 381; Mehmet Remzi, Sezer Aydın and Murat Ispartalı, Medeni Hukuk (4th.edn. İkinci Sayfa Yayınevi 2015) 408; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, Seviç Matbaası 1972, s. 32; Jale Akipek- Turgut Akıntürk- Derya Ateş, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul 2018, s. 28.

<sup>29</sup> Hatemi, 2020, s. 3. Bu nedenle, taşınır eşya kavramının kapsamı, edinilebilir doğal güçlerin de eşya sayılmasına imkan sağlamaktadır. TMK m.762 gereğince, taşınır mülkiyetinin konusu, niteliği itibariyle taşınabilen maddi şeyler ve edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.

<sup>30</sup> Turhan Esener- Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 41; Mehmet Serkan Ergüne, Taşınır Mülkiyeti, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7; Akipek, 1972, s. 33-34; Ayan, 2020, s. 40; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2020, s. 3-4; Antalya, 2021, s. 25-26.

<sup>31</sup> Mehmet Ünal- Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınları Ankara 2020, s. 18; Antalya, 2021, s. 37; Öztan, 2018, s. 659; Sirmen, 2020, s. 6; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2020, s. 3; Erman, 2020, s. 3; Zapata, 2021, s. 383; Ayan, 2020, s. 40-41; Remzi-Aydın-Ispartalı, 2015, s. 408; Ergüne, s. 7.



insanın organları, insan vücuduna ayrılmaz bir şekilde takılan suni parçalar, medeni hukuk anlamında eşya sayılmazlar. Bunların üzerinde kişilik hakları geçerli olur<sup>32</sup>.

Eşyanın unsurlarından bir diğeri ise, iktisadi değer taşımazdır. Hiçbir iktisadi değer taşımayan şeyler (örneğin bir tane zeytin, bir prinç tanesi, bir avuç kum) eşya sayılmamaktadır. Ancak, pirinç veya mercimek tanesi üzerine orijinal bir yazı yazılmışsa, iktisadi değer şartı gerçekleşeceği için eşya sayılma söz konusu olacaktır<sup>33</sup>.

### **B. Kripto Paranın Eşya Olarak Değerlendirip Değerlendirilemeyeceği Sorunu**

Kripto paranın eşya niteliği incelenirken, eşya kavramının unsurları üzerinden gidilmesi gerekecektir. Eşya kavramının unsurlarından birincisi, maddilik unsuru olup, eşyanın varlığından bahsedebilmek için, somut olarak evrende “üç boyutlu maddi bir varlığa sahip olması” gerekir. Diğer bir ifadeyle eşya, evrende somut olarak yer almalıdır. Bu sebeple, kural olarak haklar, malvarlığı, enerji gibi üç boyutlu maddi varlığı olmayan şeyler eşya değildir<sup>34</sup>. TMK m.762’de taşınır mülkiyetinin konusu olarak taşınabilir nitelikteki maddi şeylerden bahsedilmek suretiyle eşyanın maddi niteliği vurgulanmıştır. Bir varlığın maddi bir varlık olduğu, ya onun doğal niteliğinden (örneğin taş, odun gibi) ya da insani bir faaliyet sonucu üretilmesiyle ona verilen niteliklerden anlaşılır. Örneğin, kumaş ve plastik gibi. Böylece, o şey diğer maddi varlıklardan yapısal olarak ve niteliği itibarıyla ayrışacaktır. Maddi varlık, kendine özgü yeknesaklığa sahip ve ayrışabilir olduğundan, eşya niteliğine sahip olur. Bir şeyin kendine özgü maddi varlığının oluşu o şeyi diğer şeylerden ayırır<sup>35</sup>.

Hangi varlıkların eşya olarak nitelendirileceği hususu aslen hukuk sistemlerine kalmış bir meseledir. Bu nedenle, eşya kavramı, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde tanımlanmış, eşya kavramının söz konusu olabilmesi için farklı nitelikler aranmıştır. Örneğin, Alman Medeni Kanunu’na göre, sadece maddi varlığı olan şeyler, eşya olarak kabul edilir. (BGB 90) Fransız Medeni Kanunu’na göre, ekonomik değeri olan, mal edinmeye elverişli herşey, eşya olarak kabul edilmektedir. Avusturya Medeni Kanunu’nda, kişilik dışı ve insanın kullanımına hizmet eden şeyler eşya olarak kabul edilir.(ABGB 285) Türk ve İsviçre hukuklarında, eşyanın tanımı yapılmayarak bu kavramın ne anlama geldiğinin belirlenmesi, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır<sup>36</sup>.

Türk hukuk sistemine göre, kural olarak gayri maddi mallar ve fikir mahsulü gayricismanı varlıklar, aynı hakka konu olamaz. Ancak, uygulamadaki bazı ihtiyaçlar nedeniyle kanunkoyucu, gayri maddi malların aynı hakka konu olamayacağı prensibine bazı istisnalar getirmiştir. Bu kapsamda, istisnai de olsa, TMK’da nakdi bir değere sahip

<sup>32</sup> Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2020, s. 2-3; Antalya, 2021, s. 16-17; Öztan, 2018, s. 659; Erman, 2020, s. 3; Remzi-Aydın-Ispartalı, 2015, s. 408; Ayan, 2020, s. 41; Sirmen, 2020, s. 8-9; Zapata, 2021, s. 381-382; Akipek,1972, s. 35; Ergüne, s. 8; Ünal- Başpınar, s. 19.

<sup>33</sup> Ayan, 2020, s. 42; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2020, s. 3; Erman, 2020, s. 3; Sirmen, 2020, s. 6; Akipek, 1972, s. 33; Ergüne, s. 12; Akipek-Akıntürk-Ateş, s. 28-29.

<sup>34</sup> Sirmen, 2020, s. 5; Antalya, 2021, s. 24; Ayan, 2020, s. 40. Remzi-Aydın-Ispartalı, 2015, s. 408; Turanboy, 2019, s. 57.

<sup>35</sup> Rona Serozan, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi 2014, s. 72; Akipek, 1972, s. 34; Antalya, 2021, s. 25; Sirmen, 2020,s. 5.

<sup>36</sup> Akipek, 1972, s. 34; Antalya, 2021, s. 15; Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık 2012, s. 13-14.

olan haklar üzerinde ve hatta malvarlığı hakları üzerinde aynı hak tesis edilebileceği öngörülmüştür<sup>37</sup>. Örneğin, TMK m.794, m.795, m.814 ve m.820 kapsamında, intifa hakkı, haklar ve malvarlığı üzerinde tesis edilebilir. Yine, üst hakkı, kaynak hakkı gibi maddi varlığı olmayan aynı haklar eşya olarak kabul edilmiştir.

Kripto paralarda, paraya ulaşmak bir bilgisayar programı (uygulama) ile mümkün olmaktadır. Türk hukukunda bilgisayar programları fikri haklar kapsamında korunur. Serozan'a göre, bilgisayar programları eşya olarak kabul edilemez. Yazara göre, bilgisayar programları fikri hakkın konusunu oluşturur. Ancak, programın yüklendiği disket ise aynı hakka konu bir eşyadır<sup>38</sup>. Erman'a göre, fikir ve sanat eserleri ve keşifler üzerinde mülkiyet değil, fikri hak denilen mutlak bir hak söz konusu olduğundan, fikir ve sanat eserleri eşya kavramına girmemektedir<sup>39</sup>. Sirmen'e göre, fikir ve sanat eserleri ile buluşlar üzerinde mülkiyet değil, fikri hakkın varlığı kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde, gayrimaddi eşya adı verilen fikir ve sanat eserleri ile buluşlar, hukukumuzda eşya kavramının dışında kalır. Ancak, fikir ve sanat eserinin vücut bulduğu maddi şeyler örneğin heykelin maddesi, bilgisayar programının yer aldığı disk şüphesiz eşya niteliğindedir<sup>40</sup>. Eşyanın olguları içerisinde yer alan maddi varlığın belirli olması unsuru onu fikri ve sınai hakların konusu olan eserden ayırır.

Türk-İsviçre hukuku, kural olarak maddi varlığı olan (cismani) şeyleri eşya olarak kabul etmiştir. Ancak kanun koyucu bazen maddi varlığı olmayan şeyleri de eşya ile bir tutarak, bunları da eşyaya ilişkin kurallara tabi tutmuştur. Örneğin, TMK m.762'ye göre, *"Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile, edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir."* Madde metni dikkatlice incelendiğinde, kanun koyucunun, ihtiyaçların giderilmesi için gerektiğinde cismanilik unsurundan ödün verebildiği görülmektedir. Normalde, sınırlanamaz şeyler eşya vasfı taşımamakta olup, TMK m.762 ile edinmeye elverişli ve taşınmaz eşya kategorisine girmeyen doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusuna dahil edilmiştir. Doğal güçlerin kapsamında enerjinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Enerjinin kullanmaya ve yararlanmaya elverişli olarak kontrol altında tutulabilmesi yeterlidir. Ancak yine de enerjinin teknik olarak maddi bir varlığa sahip olduğu söylenemez<sup>41</sup>. TMK m.762 uyarınca, doğal güçlere eşya hukukuna ilişkin kurallar kıyasen uygulanmalıdır.

<sup>37</sup> Akipek, 2020, s. 34; Antalya, 2021, s. 29.

<sup>38</sup> Serozan, 2014, s. 72-73. Bugün hakim olan modern görüş, fikir ve sanat eserleri ve buluşlar üzerinde bir mülkiyet değil, fikri hak adı verilen başka bir kategori mutlak hakkın varlığını kabul etmektedir. Fakat, fikir ve sanat eserlerini somutlaştıran maddi şeyler, örneğin bir tablonun, bir heykelin maddesi şüphesiz ki eşya niteliğine sahiptir. Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2020, s. 3-4.

<sup>39</sup> Erman, 2020, s. 4. Kişilerin düşüncesi, zekası, bilgi birikimi ve hisleri vasıtasıyla sanat, edebiyat ve bilim alanlarında ortaya koyduğu ürünlere "fikri ürünler" denir. Kişilerin bu fikri ürünler üzerinde sahip oldukları haklara "fikri mülkiyet hakları" denir. Geniş anlamda fikri mülkiyet hakkı kavramının hem sınai hem de fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları kapsadığı kabul edilmektedir. Fikri haklar, fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerine tanınmış olan, malvarlığı değerleri arasında gösterilen, eserden ekonomik yararlanma sağlayan, mali haklar ile kişilik değerleri kapsamında değerlendirilen manevi haklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, 2021, s. 25.

<sup>40</sup> Sirmen, 2020, s. 5; Bilgili-Cengil, Eşya, s. 12.

<sup>41</sup> Antalya, 2021, s. 29; Serozan, 2014, s. 255; Aksoy Dursun, 2012, s. 114-115. Aksoy Dursun'a göre, hukukumuzda, kural olarak, sadece cismani varlıklar eşya olarak kabul edildiğinden, cismani olmayan

Türk hukukunda hakim görüş, eşya kavramının dar anlamıyla anlaşılması gerektiğini, doğal güçler bakımından cismanilik unsurundan söz etmenin mümkün olmayacağını, bu nedenle doğal güçlerin eşya olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir<sup>42</sup>. Serozan'a göre, eşya kavramı, değişmez, mutlak ve apriori bir kavram olmayıp, ekonomik, sosyal ve hukuki değer yargıları kapsamında biçimlenebilen, göreceli, işlevsel ve değişken bir kavramdır<sup>43</sup>. Aynı şekilde Antalya'ya göre, eşya kavramının tanıma açıklığı, kavramın statik değil dinamik olmasını, günün ekonomik ve sosyal şartlarına uygun anlaşılmasını ve fonksiyonel olmasını sağlamıştır<sup>44</sup>. Bu doğrultuda, TMK'da eşyanın tanımının yapılmamış olmasından da yola çıkarak, sosyal ve bilimsel gelişmelere göre eşya kavramında değişiklik yapılabilir.

TMK m.762 hükmü dışında, alacaklar ve devredilebilir diğer haklar üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulabileceğine ilişkin TMK m.794/1, m.795/1 ve m.954/1 hükümleri, bağımsız ve sürekli hak olarak adlandırılan bazı hakların taşınmaz eşya gibi aynı hak konusu yapılabileceğine ilişkin TMK m.704, m.998/1 ve 3 hükümleri, bir malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulabileceğine ilişkin TMK m.794/1 ve m.814 hükümleri de cismani olmayan bir kısım şeylerin kanun koyucu tarafından eşyaya tabi hükümlere tabi tutulabildiğini göstermektedir. Her ne kadar kripto para, cismanilik unsuru taşımadığı için Türk hukuku gereğince eşya olarak nitelendirilemeyecekse de, kanun koyucunun yukarıda belirtilen maddelerde olduğu gibi, ticari hayattaki gerçekliğinden ve yatırım aracı olarak kullanılması gibi özelliklerinden hareketle kripto paralara da eşyaya ilişkin hükümleri uygulayabilmesi mümkündür kanaatindeyim.

Alman hukukunda hakim görüşe göre, kripto para cismanilik unsurundan yoksun olduğu için Alman Medeni Kanunu'na göre (BGB 90) eşya olarak kabulü mümkün değildir. Alman hukukunda bilgisayar programları için yapılan tartışmalar kripto paralar için de geçerlidir. Zira kripto paralar sanal olarak oluşmakta ve özel ve açık anahtarlar vasıtasıyla kaydedildiği için cüzdanlardaki bellekte bunların cisimleştirilmesi söz konusu olmamaktadır. Aynı şekilde İsviçre hukukundaki hakim fikre göre de, eşyanın varlığı için cismanilik unsuru temel kriterlerden biri olup, kripto paralar eşya olarak nitelendirilemez<sup>45</sup>.

Türk hukukuna bakıldığında, kural olarak ancak cismani varlıklar eşya niteliğine sahiptir. Cismani olmayan varlıkların eşya olarak kabul edilebilmesi için, kanunda buna

---

varlıklar üzerinde aynı hak tesis edilemez. TMK m. 762'de, hâkimiyet altına alınabilen doğal güçlere taşınır mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanacağı öngörülse de gerçek anlamıyla bir mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Bu hüküm ile özel bir mutlak hakkın doğduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy Dursun, 2012, s. 114.

<sup>42</sup> Akipek, 2020, s. 34; Serozan, 2014, s. 255; Ünal-Başpınar, s. 30; Ergüne, s. 20; Sirmen, s. 548.

<sup>43</sup> Serozan, 2014, s. 73; Ergüne, s. 6; Antalya, 2021, s. 15-16.

<sup>44</sup> Fatih Bilgili – M. Fatih Cengil, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği", www.ticaretkanunu.net, s. 10 (E.T. 03.03. 2021) Antalya, 2021, s. 15-16.

<sup>45</sup> Bilgili- Cengil, Eşya, s. 15. Alman hukukunda bir görüşe göre, bilgisayar programlarının eşya niteliği yoktur. Bunlar ancak bir veri taşıyıcısı vasıtasıyla cismanilik unsuru ve eşya niteliği kazanabilir. Başka bir görüşe göre, fikirlerin bir program hâline gelmesi cismanilik unsuru için yeterli olup, bilgisayar programları herhangi bir veri taşıyıcısına yüklenmese bile eşya olarak kabul edilmelidir. Üçüncü bir görüşe göre ise, bilgisayar programları ne tam anlamıyla eşyadır ne de eşyadan çok farklı bir varlıktır. Önemli olan uygulanacak hükümlerdir. Konu bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgili-Cengil, Eşya, s. 12.

ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Ancak, Kanunda kripto paralar gibi dijital verilerin eşya niteliğinde olup olmadığına dair bir hüküm bulunmamaktadır. TMK m.762 kapsamında enerjinin kullanmaya ve yararlanmaya elverişli olarak kontrol altında tutulmasının yeterli kabul edilmesi örneğinde olduğu gibi, kripto paranın da bilgisayar programı aracılığı ile kullanmaya ve yararlanmaya elverişli olarak kontrol altında tutulabildiğinden bahisle, kanun koyucu tarafından kripto paranın da eşyaya ilişkin hükümlere tabi tutulması mümkündür kanaatindeyim.

Kripto paralar ilk kez 2008 yılında ortaya çıkmış olup, TMK, 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte kripto paraların henüz yaygın olarak kullanılmaya başlanmamış olması nedeniyle, kanun koyucu bu konuda düzenleme yapma gereği hissetmemiştir. TCMB tarafından çıkarılan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmelik, bu alandaki ilk düzenleme olup, yukarıda belirtildiği üzere, hukuk düzeninin tamamını bağlayıcı bir yönü yoktur. Kripto paralar, TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yaygın kullanıma ulaştığından, kanun koyucunun Kanun'u yaparken bunları hesaba katmamış olması normaldir. Kripto paralarla ilgili uyuşmazlıklarda, gerçek bir kanun boşluğundan bahsedilmesi gerekecektir. TMK m.1/2 uyarınca, bu boşluğun doldurulması sırasında hakim, öncelikle örf ve adet hukukunda konuya ilişkin bir kural olup olmadığını araştıracaktır. Örf ve adet hukukunda kripto paralara ilişkin bir kural mevcut olmadığı takdirde, TMK m.1/2 gereğince hakim hukuk yaratması gerekecektir. Bu kapsamda, bu konuda bir uyuşmazlıkla karşılaşan hakim, TMK m.1/2 hükmü uyarınca kripto paralara taşınır eşyaya ilişkin hukuk kurallarını uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulamalıdır kanaatindeyim.

Kripto paranın eşya niteliği tartışılırken şu hususların da göz önünde tutulması gerekir. Kripto paralar üzerindeki haklar, ne fikri mülkiyet hakkı ne de kişilik hakkı kapsamında yer alır. Kripto paranın cismani niteliğinin olmaması ve Kanun'da da düzenlenmemiş olması nedeniyle onun eşya niteliğine sahip olmadığı ve mülkiyet hakkına konu olamayacağı kabul edilmemesi durumunda, sahibiyile arasındaki hukuki aidiyetin kurulması zorlaşacaktır. Ancak, kripto paraların yaygın şekilde kullanılmaya başlanması ile birlikte, ticari hayatta değişim aracı olarak algılanmaya başlamıştır. Öyle ki son dönemde kripto paralarda milyarlarca liralık bir değişim hacmine ulaşılmıştır<sup>46</sup>. Bu durum, kripto paraların da menkul mal (eşya) olarak kabul edilmeleri ve korunmaları gerektiğine işaret etmektedir. Kaldı ki cismanilik unsuru dışında, kripto paraların eşyaya ilişkin aşağıda açıklayacağımız diğer unsurları taşıdığı söylenebilir. Kripto paralar TMK anlamında eşya olarak nitelendirildikleri takdirde, üzerlerinde mülkiyet gibi aynı hakların kurulabilmesi mümkün olacaktır. Böylece eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu hakkını herkese karşı ileri sürebilecektir.

Doktrindeki hakim görüş doğrultusunda, kripto paralar; eşya, para, kıymetli evrak veya alacak hakkı olarak nitelendirilemezler. Buna bağlı olarak, kripto paraların üzerinde hak sahipliği tesis edilecek bir hak süjesi olmadığı da söylenebilecektir. Dolayısıyla kripto paraların mutlak veya nispi bir hakkın koruması altında olmadığı

<sup>46</sup> Türkiyede 1 Şubat 2021 ile 24 Mart 2021 tarihleri arasındaki kripto para alım satım hacminin 218 milyar TL olduğu belirtilirken geçtiğimiz yıl aynı hacmin 7 milyar TL'nin üzerinde olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.dunya.com/finans/kripto-para.> (ET. 08.03.2021)

genellikle ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Ancak, bilgisayar çağında yaşıyor olmamız nedeniyle, teknolojik gelişmelere kayıtsız kalınması mümkün olmayıp, kanun koyucunun ticari hayatın bir parçası haline gelen kripto paranın da eşya niteliğinde sayılacağına ilişkin bir düzenleme yapması kaçınılmaz gözükmektedir. Zira, doğal güçlerin taşınır mülkiyetine konu edileceğine dair hükmün düzenlenmesindeki ihtiyaç artık kullanımı gün geçtikçe yaygınlaşan kripto paralar için de söz konusudur. Sonuç olarak, kripto paranın fiziki bir varlığının olmaması nedeniyle cismanilik unsurunu taşımadığı ve dar anlamda eşya niteliğinde olmadığı söylenebilir. Ancak, yukarıda bahsedildiği üzere, ihtiyaçların giderilmesinde hukuki bir zemin oluşturma amacıyla, TMK m.762 kapsamında doğal güçler için öngörülen istisnanın, kripto paralar için de kabul edilmesi ve kripto paranın eşya niteliğine ilişkin düzenlemelerin yapılması gerekir.

Eşya kavramının unsurlarından ikincisi, üzerinde hakimiyet kurabilme unsuru olup, üzerinde hakimiyet kurulabilme ve zilyetlik tesisi açısından, cismani niteliğe sahip olmayan kripto paraların, eşya niteliğinde olup olmadığı da doktrinde tartışmalı bir konudur. Öyle ki, Türk, İsviçre ve Alman hukukunda çoğunluk, mülkiyet ve zilyetliğin sadece cismani varlıklar üzerinde sağlanacağını, cismani varlığı olmayan kripto paralar üzerinde hakimiyetin ve zilyetliğin sağlanmadığını belirtmektedir<sup>48</sup>. Buna karşın bazı yazarlar da özel anahtara sahip olan kişinin kripto para üzerinde hakimiyet kurmasının söz konusu olacağını belirtmektedir<sup>49</sup>. Sistemin mükerrer harcamaya izin vermemesi ve kripto para üzerinde tasarruf yetkisinin sadece özel anahtara sahip olan kişiye ait olması, kripto paralar üzerindeki hakimiyeti sağlamaktadır. Bu nedenle, kripto paranın eşya niteliği açısından üzerinde hakimiyet kurulabildiği söylenebilecektir kanaatindeyim.

Blokzinciri sisteminin ademi merkezî yapısı, işlemlerin herkes tarafından görülebilmesine imkan tanımaktadır. Oldukça şeffaf yapıya sahip olan bu sistemde, işlemler geriye doğru takip edilebilmekte ve işlemlerin geçerliliği madenciler tarafından kontrol edilebilmektedir. Ayrıca yapılan işlemlerin iz kaydı söz konusu olup, bir işlemin geri alınması mümkün değildir. Sistemde kripto paralar miktar olarak diğerlerinden ayrı ve belirli işlemlere konu olmaktadır<sup>50</sup>. Bu durumun belirlilik ilkesine ve aleniyet prensibine uygun olduğu söylenebilir. Ayrıca, işlemlere konu olan kripto para biriminin ekonomik anlamda bir değer taşıdığı da açıktır. Bu nedenlerle kripto paraların işlevsellik açısından sınırlarının belirli olması unsurunu taşıdığı söylenebilecektir kanaatindeyim.

Konu zilyetlik açısından değerlendirildiğinde; TMK m.973/1'de zilyet, birşey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse olarak ifade edilmiştir. Zilyetlik, eşya üzerindeki

<sup>47</sup> Kapancı, 2020, s. 120; Turanboy, 2019, s. 56-57.

<sup>48</sup> Aksoy Dursun, 2012, s. 14; Kapancı, 2020, s. 119.

<sup>49</sup> Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 18. Bilgili-Cengil'e göre, TMK m. 762'nin uygulanabilme şartlarından biri olan varlık üzerinde hâkimiyet kurabilme konunun aydınlığa kavuşturulması açısından önem arz etmektedir. Özel anahtara sahip olan kişi Bitcoin üzerinde hâkimiyet kurabilmektedir. Sistem mükerrer harcamaya izin vermediğinden ve Bitcoin üzerindeki tasarruf yetkisi sadece özel anahtarın sahibi olan kişiye ait olduğundan kripto paralar üzerinde hâkimiyet güçlü bir şekilde sağlanmaktadır. Ayrıntılı bilgileri için bkz. Bilgili-Cengil, Sermaye, s. 18.

<sup>50</sup> Fox-Green, 2019, s. 2-3; Judmayer vd., 2017, s. 89-90; Pehcevski, 2020, s. 31-32; Caetano, 2015, s. 151.

fiili hakimiyeti ifade eden hukuki bir durumdur. Zilyetliğin iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar, fiili hakimiyet ve zilyet olma iradesidir. Fiili hakimiyet, aslen kişinin eşya ile fiziksel bağına göstermekteyse de fiili hakimiyetin her zaman eşyanın kendisi üzerinde sağlanması şart değildir<sup>51</sup>. TMK m.973/2 gereğince, taşınmaz yükünde ve taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında, hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılmaktadır. TMK m.977 gereğince, fiili hakimiyetin mutlaka eşyanın kendisi üzerinde sağlanması gerekmemektedir. Eşya üzerindeki fiili hakimiyet araçlar vasıtasıyla da sağlanabilir. Bu tespit yapılırken eşyanın niteliği, özelliği ve ekonomik özgülenme amacı dikkate alınır. Ayrıca, hakim görüşüne göre, fiili hakimiyetin üçüncü kişiler tarafından da algılanabilir olması gerekir<sup>52</sup>. Kripto para üzerindeki hakimiyet, hesabın bulunduğu özel anahtarın sahibine aittir. Bu kapsamda, cüzdanlarda bulunan kripto paraların bir sahibinin olduğu bilinir. Dolayısıyla, kripto paranın bu özellikleri dikkate alındığında üzerinde zilyetliğin tesis edilebildiğinin kabulü gerekir. Aksinin kabulü, ticari hayatta pratik bir fayda sağlamayacağı gibi, sistemin, zilyetliğin sağladığı koruma imkanlarından mahrum bırakılması anlamına gelecektir.

Eşya kavramının unsurlarından üçüncüsü, kişisel olmama, kişilik değeri dışında bir varlık olma unsuru olup, kripto parayı bu açıdan değerlendirdiğimizde; kripto paralar kişisel olmayan, kişilik değeri dışında varlıklardır. Dolayısıyla kripto paraların bu unsuru sağladığı, bu unsur anlamında eşya niteliği taşıdığı rahatlıkla söylenebilir.

Eşya kavramının unsurlarından dördüncüsü, iktisadi değer taşıma unsuru olup, kripto parayı bu açıdan değerlendirdiğimizde, kripto paranın bir iktisadi değer taşıdığı, insanlar tarafından yatırım ve değişim aracı olarak kullanıldığı ve bu nedenle iktisadi değerinin olduğu söylenebilir.

#### IV. SONUÇ

Türk hukukunda, üç boyutlu maddi bir varlığa sahip olmayan ve üzerinde hâkimiyet kurulamayan bir varlık eşya olarak nitelendirilemez. Blokzinciri teknolojisinde işlem gören kripto paralar, üç boyutlu maddi varlığa sahip olmamakla birlikte, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişlidir. Her ne kadar kripto para, cismanilik unsuru taşımadığı için Türk hukuku gereğince eşya olarak nitelendirilemeyecekse de kanun koyucunun toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için varsayımlar getirmesi mümkündür. Doğal güçlerin taşınır mülkiyetine konu edileceğine dair hükmün düzenlenmesindeki ihtiyaç artık kullanımı gün geçtikçe yaygınlaşan kripto paralar için de söz konusudur. Kanun koyucunun kripto para konusunda düzenleme yaparak, onlara eşya vasfı tanınması gerekmektedir.

<sup>51</sup> O. Gökhan Antalya, Eşya Hukuku Cilt II, Zilyetlik, 2.Bası, Legal Yayıncılık 2018, s. 16; Esener-Güven, s. 69-73; Erman, 2020, s. 10; Akipek ve diğ., s. 109.

<sup>52</sup> Antalya, Zilyetlik, s. 17-20; Akipek ve diğ., s. 110.

**KAYNAKÇA**

- Akipek, Jale, Türk Eşya Hukuku, Seviç Matbaası 1972.
- Akipek, Jale- Akıntürk, Turgut-Ateş, Derya, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul 2018.
- Antalya, O.Gökhan, Eşya Hukuku Cilt II, Zilyetlik, 2.Bası, Legal Yayıncılık 2018. (Cilt 2)
- Antalya, O.Gökhan, Eşya Hukuku Cilt I, Legal Yayıncılık 2021. (Cilt 1)
- Aslantaş Ateş, Burcu, Kripto Para Birimleri Bitcoin ve Muhasebesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2016, Cilt:7, Sayı:1, ss.349-366.
- Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku I, Adalet Yayınevi 2020.
- Baur, Dirk G. Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets? Journal of International Financial Markets Institutions and Money, Yıl:2017, Sayı: 54, ss.1-31.
- Bilgili, Fatih- Cengil, M.Fatih, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi (2019) 23 (3) Ankara Hacı Bayram Veli HFD., ss. 3-23. (Sermaye)
- Bilgili, Fatih- Cengil, M.Fatih, İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler, KHASFD, Yıl:2019, Cilt:7, Sayı:1, ss.99-109 (İcra)
- Bilgili, Fatih- Cengil, M.Fatih, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği, www.ticaretkanunu.net, s.15 (Eşya) (ET:01.03.2021)
- Bonaiuti, Gianni, Economic Issues on M-Payments and Bitcoin, Research Gate, Yıl:2016, Cilt:57, Sayı:21, ss.27-51.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Bitcoin Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, Aristo Yayınevi 2018.
- Çarkacıoğlu, Abdurrahman, Kripto Para Bitcoin, SPK Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, 2016. (www.spk.gov.tr)
- Çelener, Balca, "Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar", MHD, Yıl: 2019, Cilt: 15, Sayı: 172, ss.771-804.
- Çetinkaya, Şahin, Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi İle İncelenmesi, Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi, Yıl:2018, Cilt:2, Sayı:5, ss.11-21.
- Çolak, Yusuf- Sandalcılar, Ali Rıza, Türkiye'de Sanal Para Değerinin Belirleyicileri RTE Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2019, Cilt:5, Sayı:10, ss.205-232.
- Aksoy Dursun, Sanem, Eşya Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık 2012.
- Ergüne, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Erman, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları 2020.
- Esener, Turhan- Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Fox, David- Green, Sarah, Cryptocurrencies In Public and Private Law, Oxford University Press, 2019.
- Günal, Mehmet, Para Banka ve Finansal Sistem, Berikan Ofset 2012.
- Gürsoy, Kemal-Eren, Fikret- Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984.

- Güven, Vedat-Şahinöz, Erkin, Blokzincir Kripto Paralar Bitcoin, Kronik Kitap 2018.
- Halaburda, Hanna-Sarvary, Miklos, Beyond Bitcoin, The Economics of Digital Currencies, Palgrave Macmillan 2016.
- Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 2020.
- Judmayer, Aljosha et al. Blocks and Chains Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies and Their Consensus Mechanism, Morgan & Claypool 2017.
- Karaarslan, Enis-Akbaş, Muhammet Fatih, Blokzinciri Tabanlı Siber Güvenlik Sistemleri, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Yıl: 2017, Cilt:3, Sayı: 2, ss.16-21.
- Kızıltepe, Fatih- Öz, Hüseyin, “Bitcoin Nedir/Ne Değildir?”, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl:2016, Sayı: 331, www. vergisorunlari. com.tr/makale/bitcoin-nedir— ne degildir/8134. (ET: 20.05.2021)
- Oğuzman M. Kemal- Seliçi, Özer- Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi 2020.
- Orhan, Osman- Erdoğan, Seyfettin, Para Politikası, Umuttepe Yayınları 2013.
- Özbaş, Mert Yılmaz, Elektronik Para ve Sanal Para: Bitcoin Geleceğin Para Birim Olabilir mi?, İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2019 C.2, S.1, ss.85-104.
- Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 2018.
- Öztürk, Nurettin- Koç, Asuman, Elektronik Para, Diğer Para Türleriyle Karşılaştırılması ve Olası Etkileri, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Yıl:2006, C.6, S.11, ss.207-243.
- Paya, Merih, Para Teorisi ve Para Politikası, Filiz Kitabevi 2012.
- Prinççi, Ayşe Esra, Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin’in Değerlendirilmesi, Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Yıl: 2018, Cilt:1, Sayı:1, ss.45-52.
- Remzi, Mehmet-Aydın, Sezer- Ispartalı, Murat, Medeni Hukuk, İkinci Sayfa Yayınevi 2015.
- Serozan, Rona, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi 2014.
- Sönmez, Asuman, Sanal Para Bitcoin, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication TOJDAC, Yıl: 2014, Cilt:4, Sayı:3, ss.1-14.
- Tomrukçu, Tuğçe, Blockchain Teknolojisi ve Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler ve Kolaylıklar, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2019, C.14, S.152, ss.827-836.
- Topaloğlu, Mustafa, Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2017, C.12, S.130, ss.70-80.
- Ülgen, Kıvanç, Elektronik Para: Türkiye ve Dünya Uygulaması, İnönü Üniversitesi SBE, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Malatya 2010.
- Ünal, Mehmet- Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınları Ankara 2020.
- Verma, Atul Kumar- Garg, Arpit, Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet, International Journal of Advanced Research On Computer Science, Yıl:2017, C.8, S.8, ss.429-432,
- Zapata, Tan Tahsin, Medeni Hukuk, Savaş Yayınevi 2021.



**AŞIRI YARARLANMANIN SULHE ETKİSİ<sup>1</sup>****Dr. Öğretim Üyesi Evren KOÇ\*\*****ÖZ**

Medenî usûl hukuku teorisinde çifte karakterli bir işlem olarak tanımlanan sulh, kabul ve feragat maddi hukuk açısından bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan irade bozukluğu sebepleriyle geçersiz hâle gelebilmektedir. Bu işlemler arasındaki sulh, sözleşme niteliğinde olduğundan aynı zamanda aşırı yararlanma hükümlerine de tabidir. Bu sebeple 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'unda sulhün irade bozuklukları ve aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan bir sözleşmede aşırı yararlanmanın mevcut olduğu durumda sömürülen tarafın elindeki imkânlar sadece iptal hakkı ile sınırlı değildir. Sömürülen taraf aynı zamanda edimler arası orantısızlığın giderilmesini de talep edebilir. Böylece her ne kadar HMK m. 315/2 sadece iptal hakkından bahsetmişse de sulhte de edimler arası orantısızlığın giderilmesi söz konusu olabilecektir. Bununla beraber sulhe ilişkin aşırı yararlanmadan kaynaklı taleplerin ileri sürülmesi usûlü, sulhün usûli işlem yönü sebebiyle diğer maddi hukuk sözleşmelerine nazaran kısıtlanmış bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Aşırı yararlanma, sulh, usûli işlem, yenilik doğuran hak, inşai dava

---

<sup>1</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25/03/2021

Kabul Edildiği Tarih: 01/05/2021

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: evrenkoc@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1379-8771

## THE EFFECT OF LESION ON THE SETTLEMENT

### ABSTRACT

The settlement, the acquiescence, and the waive which are defined as the transactions with double nature under civil procedural law theory, are subject to become invalid due to defect of consent considering that these actions have the characteristic of legal transaction from the perspective of material law. As the settlement which is counted among these transactions is an agreement, it is also subject to the provisions of lesion. Consequently, it is provided under the Civil Procedural Law that the settlement is entitled to be cancelled due to defect of consent as well as lesion. Moreover, the opportunities of the exploited party are not restricted to the cancellation right. The exploited party may request the removal of the disproportion between the deeds of the contractual parties. Accordingly, the removal of the disproportion may be alleged for the settlement even though Article 315/2 of CPL simply provides the right to cancel to the exploited party. On the other hand, the manner of the lesion allegation within the settlement is restricted as compared with the remaining material law contracts due to procedural characteristic of the first.

**Keywords:** Lesion, settlement, procedural transaction, formative rights, formative action

## GİRİŞ

Medeni yargılama faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen usûli işlemlerin sıhhati genel olarak usûl kurallarına tabi bulunmakta olup maddi hukuka ait sıhhat şartları çok sınırlı bir çerçevede uygulama alanı bulmaktadır. Benzer şekilde usûli işlemlerin kural olarak irade bozukluğu sebebiyle geçersiz kılınması mümkün değildir. Söz konusu kuralın istisnasını ise bünyesinde hem maddi hukuk hem de usûl hukuku karakteristiğini barındıran feragat, kabul ve sulh işlemleri teşkil etmektedir. Bu üç işlem söz konusu olduğunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin yanında Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır.

Kanun koyucu, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun aksine HMK'da sulhe ilişkin hükümlerle yer vermekle birlikte sulhün irade bozukluğu hâllerinde iptal edilebileceğini de öngörmüştür. Kanun koyucu aynı zamanda irade bozukluğu hüviyetinde olup olmadığı tartışmalı olan aşırı yararlanma hâlinin de sulhü sakatlayacak durumlardan birisi olduğunu düzenlemiştir. Öte yandan sulhte aşırı yararlanma hâlinde Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin tatbiki konusunda bazı soru işaretleri mevcuttur. Bu soru işaretinin sebeplerinin başında ise HMK m. 315/2'de aşırı yararlanmanın yaptırımı olarak sadece iptale yer verilmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 28'de öngörülen orantısızlığın giderilmesi yani sözleşmenin uyarlanması hakkının zikredilmemesidir. Bunun dışında tıpkı diğer irade bozukluğu hâllerinde olduğu gibi sulhte aşırı yararlanmanın ileri sürülmesi ile sonuçları konusunda da tartışmaya değer konular mevcuttur. Hâlihazırda maddi hukuk ile usûl hukuku kurallarının uyumunun sorun teşkil edeceği ortadayken bir de meselenin aşırı yararlanma gibi irade bozukluğu hâllerine nazaran daha özgün ve mevcut muhtelif tartışmalı noktaları olan bir kurum çerçevesinde ele alınması çifte karakterli işlem konusunda birçok yeni sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu itibarla sulhte aşırı yararlanma çifte karakterli işlem kurumuna yönelik farklı bakış açılarının önünü açmak adına önemli bir konu teşkil etmektedir.

Çalışmamız esas olarak iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlk olarak sulhte aşırı yararlanmanın gerçekleşmesini aşırı yararlanma kurumunun perspektifinden bakarak açıklayacağız. İkinci bölümde ise sulhte aşırı yararlanmanın mevcut olmasının hukuki sonuçlarını maddi hukuk ve asıl olarak usûl hukuku çerçevesinde ele alacağız.

## I. SULH VE AŞIRI YARARLANMA

Medeni usûl hukuku açısından sulh, HMK m. 313/1'de verilen tanımla *"görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir."* Kanunda verilen bu tanım mahkeme içi sulhü ifade etmekte olup, söz konusu işlem mahkeme önünde yapıldığından usûli işlem niteliğini haizdir. Bu işlem, aynı zamanda maddi hukuk sözleşmesi niteliği de taşıdığından ve maddi hukuk alanına da tesiri olduğundan çifte karakterli bir işlemdir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sulh'ün çifte karakterli işlem olma özelliği hakkında bkz., Evren Koç, Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları (Medeni Usul Hukukunda), İstanbul 2010, s. 169; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 37; Seçkin Şahan, Medeni Usul Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi,

Maddi hukuk yönü sebebiyle sulh, yalnız usûl hukukuna ilişkin geçerlilik kurallarına değil, aynı zamanda maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin öngörülen rejime de tabi olmaktadır. Bu bakımdan sulh, tıpkı salt maddi hukuk işlemi olan mahkeme dışı sulh sözleşmesi gibi irade sakatlıkları sebebiyle geçersiz addedilebilmektedir<sup>2</sup>. Bu yönüyle sulh, diğer çifte karakterli işlemler olan kabul ve feragat ile aynı niteliği paylaşmaktadır.

Sulhün diğer çifte karakterli işlemlerden farkı, tek taraflı değil iki taraflı bir işlem, başka bir ifadeyle sözleşme olmasıdır. Bu niteliğinin bir yansıması olarak da sulhün, kabul ve feragatten farklı olarak TBK’da tüm hukuki işlemler için öngörülen irade bozukluğu hâlleri olan yanılma (TBK m. 31), aldatma (TBK m. 36) ve korkutmaya (TBK m. 37) ilaveten bir de aşırı yararlanma yani eski kanun dilinde gabin yoluyla geçersiz kılınmaya elverişli olduğu kabul edilmektedir. Bunun yeni usûl kanunumuzdaki yansımasına baktığımızda HMK m. 315/2 hükmünde sulhün iptalinin irade bozukluğu hâllerinin yanında ayrıca aşırı yararlanma durumunda da söz konusu olabileceği açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sulh, eski kanun döneminde; HUMK’ta ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bir kurum değildir. Bununla beraber henüz eski kanun döneminde dahi sulh sözleşmesinin maddi hukuk yönü nedeniyle sulhün geçersizliği için aşırı yararlanmanın dermeyan edilebileceği ifade edilmekteydi<sup>3</sup>. HMK’da ise sulhün tıpkı kabul ve feragat gibi kanuni bir kurum olarak yer almasıyla birlikte sulhün iptali için aşırı yararlanma da özel bir sebep olarak zikredilmiştir.

Aşırı yararlanmanın sulh için irade sakatlığı hâllerinin yanında iptal sebebi olarak gösterildiği durumda ise aşırı yararlanmaya ilişkin TBK’da yer alan hükümlere ayrıca dikkat etmek gerekmektedir. Gerçekten de gerek aşırı yararlanmanın hukukî niteliği gerekse de TBK m. 28’de aşırı yararlanmaya bağlanan sonuçlar bu kurumu usûli işlemlerle ilgili söz konusu olabilecek irade sakatlığı hâllerinden ayrı bir biçimde ele almayı gerekli kılmaktadır. Bu noktada, öncelikle aşırı yararlanmanın hukukî niteliğine değinilecek, sonrasında ise bu kurumun çifte karakterli bir işlem olan sulh kurumu ile ilişkisi ele alınacaktır.

#### **A. Aşırı Yararlanmanın Hukuki Niteliği**

Aşırı yararlanma, kökeni Roma Hukuku’na ve hatta öncesinde Aristo’nun görüşlerine dayandırılan ve esas itibarıyla ahlaki kaygılardan mülhem şekilde, bir tarafın zayıf diğer tarafın ise güçlü konumda olduğu bir sözleşmede zayıf tarafın

---

Ankara 2020, s. 31; Ayşe Soy, Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 9; İlhan Uluşan, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1971/7, s. 125 – 203 (s. 184); Abdurrahim Karslı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 163.

<sup>2</sup> Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 579; Uluşan, s. 198; Koç, s. 221-222.

<sup>3</sup> Sabri Şakir Ansay, “Sulh”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944/2, s. 200 – 209 (s. 203); Koç, s. 221; Üstündağ, s. 579.

istismarını engellemeyi amaçlayan bir kurum hüviyetindedir<sup>4</sup>. Bununla birlikte, kurumun hukuki niteliği açısından muhtelif görüşler ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerden birincisi, aşırı yararlanmayı tıpkı yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade bozukluğu türü olarak değerlendirmektedir. Bu görüş, zamanla istisna hâlini almakla birlikte yakın zamanda hazırlanan yeni 2020 İsviçre Borçlar Kanun Tasarısı'nda tekrar gündeme gelmiştir. Tasarıda aşırı yararlanma diğer irade bozuklukları ile aynı başlık altında düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>5</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda aşırı yararlanma ahlaka aykırılığın kapsamı dâhilinde düzenlenmiş ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur (BGB 138/2). Bu bakımdan aşırı yararlanma ile ahlaka aykırılık arasında, özellikle aşırı yararlanma için sömürme iradesinin arandığı da düşünüldüğünde sıkı bir ilişkiden bahsetmek mümkündür<sup>6</sup>.

Türk doktrininde hâkim olan ve kanunun sistematığına de yansımış olan görüş ise, aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğünün istisnası olduğu görüşüdür<sup>7</sup>. Bu görüş uyarınca aşırı yararlanma ahde vefa ilkesine getirilen sınırlama niteliğindedir. Kurumun TBK'da "Sözleşmenin İçeriği" başlığı altında ahde vefanın diğer bir istisnası olan kesin hükümsüzlük hâllerinden sonra düzenlenmesi de irade bozukluğu hâllerinden ayrı bir yerde durduğuna ilişkin hâkim görüşü teyit eder niteliktedir. Nitekim bu görüş Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na da yansımıştır. HMK m. 315/2'de aşırı yararlanma, irade bozukluklarının yanında ayrı bir iptal sebebi olarak gösterilmiştir.

Pozitif hukukumuzda TBK m. 28'de düzenleme alanı bulan aşırı yararlanma kurumu, iki taraflı bir sözleşmede tarafların ivazları arasındaki açık bir orantısızlığa işaret etmektedir. Açık orantısızlık aşırı yararlanmanın objektif şartıdır. Ancak her

<sup>4</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 478 – 479; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 469; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 458; Y, HGK. 24.1.1973, E. 1971/1-1376, K. 24 (M. Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 1. Cilt, Beta Yayınları, 2003, s. 297); Aşırı yararlanma kavramının tarihsel gelişimi için bkz. Burcu Kalkan, *Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004*, s. 4 vd.; Vedat Buz, "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması" (Gabin), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1998/4, s. 53 – 82; (s. 56 vd.); Nihat Yavuz, *Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018*, s. 168; Halid Kemal Elbir, *Türk Pozitif Hukukunda Gabin (Gabin)*, İstanbul 1951, s. 13 vd.: yazara göre aşırı yararlanmanın kökeninde fahiş faiz sorunu yer almaktadır.

<sup>5</sup> Wolfgang Ernst, *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf Für Einen Neuen Allgemeinen Teil*, Herausgeber: Claire Huguenin Reto Hilty, Schulthess, 2013, s. 138; Pelin Çavdar, "İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019/1, s. 434 – 449 (s. 439 – 440).

<sup>6</sup> Halit Kemal Elbir, "Gabinin Müddeti ve Hükümleri" (Gabinin Müddeti), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1951/1-2, s. 196 – 206, (s. 202); Ali Suphi Kurşun, "Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/2, s. 189 – 213; Eren, s. 470.

<sup>7</sup> Suat Sarı, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler", Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1026 – 1041 (s. 1028); Eren, s. 470; Kocayusufpaşaoğlu, s. 479; Kalkan, s. 51; Aşırı yararlanmanın hem irade sakatlığı hem de sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama karakteri taşıdığı hakkında bkz. Zekeriya Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında İle Kavramı*, Kazancı, İstanbul 2003, s. 150 – 151

orantısızlık aşırı yararlanmaya sebebiyet vermemektedir. Açık orantısızlığın yanında biri sömürülen, diğeri sömüren açısından iki sübjektif şart daha aranmaktadır. Sömürülen açısından gerekli şart, orantısızlığın sömürülenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleşmiş olmasıdır. Sömüren açısından ise, sömürenin karşı tarafın müşkül durumundan bilerek yararlanmasıdır<sup>8</sup>.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda, Alman Hukuku'nun aksine, aşırı yararlanma iddiası için beyan sistemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla hâkim aşırı yararlanma hâlini re'sen dikkate alamamaktadır. Diğer taraftan aşırı yararlanmanın ve buna bağlı taleplerin ileri sürülmesi için kural olarak sömürülenin bu yöndeki beyanını karşı tarafa iletmesi yeterli görülmektedir<sup>9</sup>. Bununla beraber beyan sistemini sulh bakımından ayrıca değerlendirmek icap etmektedir. Bunun için ise aşırı yararlanmaya bağlanan sonuçları ve sömürülen tarafa tanınan hakları değerlendirmek gerekmektedir.

### B. Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Sonuçlar

Aşırı yararlanmanın gabin olarak adlandırıldığı 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kanun sömürülen tarafa gabini dermeyan ederek sözleşmeyi iptal etmek şeklinde tek bir hak tanımaktaydı. BK m. 21'de bu iptal hakkı fesih olarak ifade edilmekteydi. Bununla beraber sömürülenin hakkını sözleşmeyi iptal ile sınırlandırmanın bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabileceği hallerde, özellikle sözleşmenin konusu olan mala ciddi ihtiyaç duyan ve bu nedenle orantısız sözleşmeye razı olan tarafın sözleşmenin iptali sonrası muhtaç olduğu malı iade etmesi kurumun amacı ile bağdaşmayacak bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktaydı. Diğer taraftan kanuni düzenlemeden bir taraftan aşırı yararlanmayı giderip diğer taraftan sözleşmeyi ayakta tutmaya ilişkin bir hüküm çıkarmak da mümkün gözükmemekteydi<sup>10</sup>. Böylece orantısızlığın giderilmesi fikri uzun bir müddet olması gereken hukuk olarak varlığını devam ettirdi.

Sözleşmenin tamamen iptalinin yanında orantısızlığın giderilmesinin de sömürülen açısından bir seçenek olarak değerlendirilmesi hususu da esas olarak İsviçre Federal Mahkemesinin 26.06.1997 tarihli kararı ile güçlü bir şekilde dile getirilmiş ve yargı mercii tarafından benimsenmiştir<sup>11</sup>. Kararın gerekçesinde, bir sözleşmenin hukuka aykırılığının sonucunun kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik olmasına bakılmaksızın yaptırımın sadece sözleşmenin ilgili kısmına etkili olması gerektiği ve zarar gören tarafın yaptırımın hükmünün amacını aşacak şekilde sözleşmenin tamamının iptaline icbar edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Kalkan'a göre sömürme bilinci aşırı yararlanmanın şartlarından biri değildir. Aksinin kabulü durumunda tecrübesizlik halinde hile, zor durumda kalma halinde ise korkutma ile aşırı yararlanma arasında yarışma söz konusu olur (Kalkan, a.g.e., s. 131).

<sup>9</sup> Kalkan, s. 144; Elbir, Gabin, s. 189.

<sup>10</sup> Elbir, Gabin, s. 192; Elbir, Gabinin Müddeti, s. 201 – 203; Kocayusufpaşaoğlu, s. 494; Kalkan, 151.

<sup>11</sup> BGE 123 III 292; kararın içeriği ve detaylı bir incelemesi için bkz. Buz, Gabin, s. 60 vd.

<sup>12</sup> Buz, Gabin, s. 62; Kocayusufpaşaoğlu, s. 496.

Doktrindeki hâkim görüşün İsviçre’de yargı tarafından da desteklenmesinin sonucunda benimsenen bu görüş TBK’da da kendisine yer bulmuştur<sup>13</sup>. Bu doğrultuda TBK m. 28’de sömürülen tarafa iki seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre sömürülen taraf durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini (i) ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini (ii) isteyebilmektedir.

Kanunda düzenlenen haklardan birincisi, sözleşmenin tamamen iptal edilmesi, yani sözleşmenin kural olarak geriye dönük olarak sona erdirilmesidir. İkinci hak ise, sömürülen tarafa sözleşmeyi ayakta tutma imkânı sağlamaktadır. Böylece sözleşmenin orantısızlığa sebebiyet veren kısmı iptal edilmekte, geri kalan kısmı ayakta durmaktadır. Bu sebeple doktrinde bu hak kısmi iptal olarak da adlandırılmaktadır<sup>14</sup>. Bu niteliğiyle orantısızlığın giderilmesi talebi TBK m. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü hâlinde borçluya tanınan uyarılma talebi ile ciddi benzerlikler arz etmektedir<sup>15</sup>. TBK m. 28 uyarınca bu haklar hâliyle sadece sömürülen tarafa tanınmaktadır.

Aşırı yararlanma sonucunda sömürülen tarafa tanınan bu seçimlik haklar kural olarak ivazlı tüm sözleşme türleri için söz konusu olabilmektedir. Maddi hukuk açısından sözleşme niteliğindeki sulh de hâliyle aşırı yararlanma hükümlerine tâbidir. Bununla birlikte sulhün, usûli işlem niteliği dikkate alınarak, tıpkı irade bozukluklarında olduğu gibi, aşırı yararlanma açısından da ayrı bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Böylece maddi hukukun aşırı yararlanmaya bağladığı sonuçların çifte karakterli bir işlem olan sulhe ne şekilde tesir ettiğinin, sulhte sömürülen tarafın TBK m. 28’de öngörülen haklardan ne şekilde istifade edebildiğinin ortaya konulması, sulhün usûli işlem yönüne dikkat edilmesini lüzumlu kılmaktadır.

### C. Sulhün Aşırı Yararlanma Sonucu Gerçekleşmesi

Mahkeme önünde yapılan sulh de diğer maddi hukuk sözleşmeleri gibi aşırı yararlanma sonucu akdedilmiş olabilir. Öte yandan sulhün karakteristiğinden kaynaklı bazı sebeplerle sulhteki aşırı yararlanma kendine özgü nitelikler barındırmaktadır. Keza sulhün çifte karakter taşıması ve özellikle yargılamaya son verici nitelikte olması, sulhte aşırı yararlanmanın ileri sürülmesi açısından dikkat edilmesi gereken bir noktayı arz etmektedir.

<sup>13</sup> TBK m. 28 Gerekçesi: “Öte yandan, öğretide ileri sürülen görüşlere uygun olarak, aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu bir sözleşmede zarar görenin, her zaman sadece sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulması yerine, oransızlığın giderilmesini istemek suretiyle sözleşmeyle bağlılığını sürdürmesi olanağı da tanınmıştır.”

<sup>14</sup> Pierre Engel, *Traité Des Obligations En Droit Suisse*, Stämpfli Verlag, 1997, s. 306; Haluk Nami Nomer, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanına Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 637 – s. 649 (s. 639); Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Kalkan, s. 149; Eren, s. 476.

<sup>15</sup> Yine de bu iki kurum arasında ciddi farklılıklar bulunduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Aşırı yararlanma ile aşırı ifa güçlüğü’nün karşılaştırması için bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 213-219; Selmani Okumuş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 52 – 54.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Fransız Medeni Kanunu'nda bunun hilafına ilginç bir örneğe rastlamaktayız. CCFr'in 2052. maddesinin 18 Kasım 2016'da ilga edilen ikinci fıkrasında, irade sakatlıklarının ya da aşırı yararlanmanın sulhe tesir etmeyeceği düzenlenmişti. Bunun yanında, yine CCFr'in Art. 1168'de, kanunda aksi düzenlenmemişse akdi orantısızlığın sözleşmenin iptali için ileri sürülemeyeceği hükmü de dikkate şayandır. Bu hüküm CCFr Art. 2052/2'nin ilgasından sonra da muteberdir. Bununla beraber taşınmaz satışı gibi kanunda düzenlenmiş istisnai hâller için bu ilgadan sonra sulh sözleşmesinde aşırı yararlanmadan bahsetmek mümkün hâle gelmiştir<sup>16</sup>. Fransa'da kural olarak aşırı yararlanmanın sulhten dışlanması sebebi, sulhün doğası gereği genellikle karşılıklı ödünler sonucu meydana getirilmesidir<sup>17</sup>.

Gerçekten de sulhe baktığımızda bir uyuşmazlığın çözümlenmesi hedeflendiğinden iki tarafın da fedakârlıkta bulunması bu sözleşme tipinin karakteristiği olarak gözümüze çarpmaktadır<sup>18</sup>. Ancak karşılıklı fedakârlığın aşırı orantısızlık ile arasındaki ilişkiyi tersinden okumak da mümkündür. Şöyle ki, mahkeme önündeki bir uyuşmazlığın sulhle çözümlenmesi hâlinde eğer taraflardan biri hiçbir fedakârlıkta bulunmamışsa bu durum aşırı orantısızlık için işaret teşkil edecektir<sup>19</sup>. Yine de taraflardan birinin hiçbir fedakarlıkta bulunmamış olması tek başına objektif unsurun varlığını göstermez. Nihayetinde orantısızlığa ilişkin incelemenin esas odağında karşılıklı edimler olacaktır. Hali hazırda sulhe konu uyuşmazlıkta taraflardan birisinin talepleri fahiş nitelikteyse, pekâlâ fahiş talepte bulunan tarafın ciddi bir fedakarlıkta bulunması, karşı tarafın ise herhangi bir fedakârlık göstermemesi söz konusu olabilir.

Bu noktada sulhün, yargılamaya intikal etmiş bir arka planının olması aşırı yararlanma açısından kendisini diğer sözleşmelerden ayrı bir yere konumlandırmaktadır. Edimler arası orantısızlığın incelenmesinde de edimlerin karşılaştırılmasının yanında taraflarca verilen ödünlere kıyası da aynı şekilde fikir verebilecektir.

Burada sulh açısından dikkat çekici bir husus da vekil aracılığıyla yapılan sulhlerin aşırı yararlanma ile olan ilişkisidir. Sulh aynı zamanda bir usûli işlem olduğundan HMK m. 74 uyarınca özel yetkiyi haiz vekil tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Vekil vasıtasıyla gerçekleştirilen bir sulh söz konusu olduğunda ise aşırı yararlanmanın sübjektif unsuru tartışmalı hâl olacaktır. Yargıtay'ın vekil aracılığıyla yapılan sözleşmelerde aşırı yararlanma iddiasının dinlenmeyeceğini yönündeki içtihadı dikkate değer niteliktedir<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Louis Thibierge, "Transaction", Dalloz Repertoire de Droit Civil, Octobre 2020, n. 46; Morgane Reverchon-Billot, "Transaction", Dalloz Repertoire de Droit Civil, Octobre 2020, n. 78 (Dalloz.fr).

<sup>17</sup> Reverchon-Billot, n. 78.

<sup>18</sup> Uluşan, s. 153; Ansay, s. 153; Önen, s. 28.

<sup>19</sup> Önen, s. 176.

<sup>20</sup> "Somut olayda, ilk temlikin vekil aracılığıyla yapıldığı, gabin iddiasının dinlenmeyeceği, ilk temlikte gabin iddiası dinlenmeyeceğinden devam eden temlikte muvazaa yönünden bir inceleme yapılmasına da gerek olmadığı açıktır, "Yargıtay 1. HD 26.06.2018 T. 2015/10859 E. 2018/11504 K. (Kazancı); "Davaya konu taşınmaz temlikinin davacıların miras bırakanının vekili tarafından gerçekleştirildiği tartışmasızdır. Hemen belirtmek gerekir ki vekil aracılığı ile yapılan temlik tasarruflarda gabin



Teorik açıdan bakıldığında sömürülen tarafın vekille temsil edildiği bir davada da düşüncesizlik ve deneyimsizlik nedeniyle aşırı yararlanmadan bahsetmek mümkündür. Neticede vekilin, özel ilgi ve bilgisinin olmadığı teknik ve ticari konulara ilişkin olarak sulh sözleşmesindeki orantısızlığı kontrol etmesini beher uyuşmazlıkta beklemek doğru değildir. Bununla birlikte Yargıtay'ın vekil aracılığıyla yapılan temliklerde aşırı yararlanma iddiasını kabul etmeme yönündeki içtihadını belirli yönleriyle sulh açısından dikkate almak doğru olacaktır. Ancak uygulama yönünden bakıldığında, vekilin sözleşmeye ilişkin sorunları en azından hukuki bakış açısıyla inceleyip bilgi ve görgüsüyle beraber sözleşme hükümlerini değerlendirmesi ve göze çarpan riskler konusunda müvekkilini de uyarması beklenmelidir. Kaldı ki sulh sözleşmesinin doğası gereği arka planda hali hazırda bir uyuşmazlığın bulunması sebebiyle de vekilin tarafların edimlerinin niteliği konusunda bilgi sahibi olması diğer sözleşmelere nazaran daha kolaydır.

Zor durumda bulunduğu hâllerde vekilin çok da fazla yapabileceği bir şey olmayabilir. Öte yandan bazı istisnaî hâllerde de vekilin müvekkilin düşüncesizliğine yeterli şekilde tesir edememesi ve müvekkilin talimatıyla bağlı olması sebebiyle aşırı orantısızlığa şahit olmasına rağmen müvekkilinin ısrarlı talimatı sonucu sulhü gerçekleştirmesi söz konusu olabilir. Böyle bir örnekte ise, vekilin sulhün şartlarının tayinine etkisi ile sömürülen tarafın içinde bulunduğu durumu birlikte ele almak gerekmektedir<sup>21</sup>.

Açıkladığımız bu özgün durumlar, aşırı yararlanmanın dermeyan edilmesi ve tespitine ilişkindir. Bununla beraber kural olarak diyebiliriz ki, sulh her ne kadar sözleşme özgürlüğüne tabii olsa da usûl kurallarının yanında sözleşme serbestisine maddi hukuk kurallarınca getirilen sınırlamalara da tabidir. Dolayısıyla sulh aşırı yararlanma sebebiyle geçersiz hâle gelebilir.

Sulh özelinde hâkimin değerlendirmesinden bahsedecek olursak, hâkim öncelikli olarak sulhün şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapacaktır. Burada, sulhe konu uyuşmazlığın aşırı yararlanmadan kaynaklanması ile sulhün aşırı yararlanma teşkil etmesi arasındaki farka vurgu yapmak gerekmektedir. Birinci durumda davacı, aşırı yararlanma iddiasıyla bir dava açmıştır, ancak yargılama sırasında taraflar sulh olmuşlardır. Bu durumda salt sulhe konu uyuşmazlığın aşırı yararlanmadan kaynaklandığı iddiasıyla sulh için de aşırı yararlanmadan bahsetmek mümkün değildir. Böyle bir durumda sulhte aşırı yararlanmanın objektif şartlarının varlığının tespiti açısından tarafların gerçekleştirdikleri ödümler arasındaki dengeye bakılacaktır. Ancak

---

*hukuksal nedenine dayanılmaz. Öteden beri hiç sapma göstermeksizin kararlılık kazanmış yargısal uygulama bu doğrultudadır.*" Y, 1. HD, 10.12.1991, E. 1991/569, K. 1991/14334 (Erarslan Özkaya, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 504); Y, 1. HD, 26.6.2015, E. 2014/6386, K. 2015/9310 (Lexpera).

<sup>21</sup> Federal Mahkeme düşüncesizliği kabul ettiği bir olayda noterin ikazına rağmen kendisi ile evlenme vaadinde bulunan genç kadına taşınmaz devreden yaşlı adam açısından sübjektif unsurun söz konusu olduğu ifade edilmiş ve aşırı yararlanmanın varlığına hükmedildiği görülmektedir: BGE 61 II 36 (Kocayusufpaşaoğlu, s. 486); Yargıtay'ın bir kararında, vekil eliyle yapılan bir taşınmaz devri işlemi vekilin bedele karışmaması ve parayı almaması gerekçe gösterilerek devreden tarafın tecrübesizliğinin gabine yol açtığına karar verilmiştir: Y, 1. HD, 14.2.1990, E. 1989/6194, K. 1990/1026 (Özkaya, s. 105).

sübjektif şartların varlığı açısından son derece ihtiyatlı yaklaşmak gerekecektir. Teoride geniş anlamda aynı uyuşmazlık içinde iki defa üst üste aşırı yararlanmaya maruz kalınması mümkün gözükmemektedir. Ancak hali hazırda karşı tarafın kendisini sömürdüğü iddiasında bulunan bir kişinin sulhü gerçekleştirirken artık karşı tarafın niyetinden ve aşırı orantısızlık durumundan haberdar olması beklenmelidir. Keza sulh de tarafların serbest iradeleriyle gerçekleştirdiği bir işlem olduğundan, aşırı yararlanma iddiasında bulunan tarafın pekâlâ sulh olmayıp davaya devam etme imkânı da mevcuttur. Dolayısıyla daha önce aşırı yararlanma sebebiyle dava açan tarafın, karşı tarafla sulh olduktan sonra geniş anlamda aynı uyuşmazlık için tekrardan bu iddiada bulunması somut olaya göre hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.

## II. SULHTE AŞIRI YARARLANMANIN SONUÇLARI

### A. Genel Olarak

Kanun koyucunun sulhte aşırı yararlanma durumunu özel bir hükümle HMK m. 315/2’de düzenlediğinden yukarıda bahsedilmiştir. Buna göre, sulhte aşırı yararlanmanın mevcut olduğu hâlde sulhün iptali istenebilmektedir.

Konuya ilişkin asıl hassas mesele TBK m. 28 ile HMK m. 315/2’de arasındaki uyumu sağlama noktasında kendisini göstermektedir. Şöyle ki, TBK’da aşırı yararlanmanın mağduruna tanınan seçimlik haklardan olan orantısızlığın giderilmesi talebine, HMK m. 315/2’de yer verilmediği görülmektedir. Bu durumda sulhe karşı aşırı yararlanmanın ileri sürüldüğü hâllerde TBK m. 28’deki tüm seçimlik hakların kullanılmasının mümkün olup olmadığını irdelemek gerekmektedir. Başka bir deyişle, HMK m. 315/2 hükmünü sınırlı bir şekilde, iptal hakkına inhisar şekilde mi yorumlamak gerekmektedir yoksa sulhte aşırı yararlanma hâlinde de bunu ileri süren tarafa iptalin yanında orantısızlığın giderilmesi imkânını da sağlamak mümkün müdür?

Bu noktada ilk olarak, kanun koyucunun HMK m. 315/2’deki lafzının yani, sulhte aşırı yararlanma hâlinde sadece iptal hakkından bahsetmesinin bilinçli bir tercih olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. 16.04.2008 tarihinde TBMM’ye sunulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na baktığımızda Tasarı’nın ilk hâlinde gabin terimine yer verildiği görülmektedir. Sonrasında ise, Adalet Komisyonunun 02.09.2009 havale tarihli raporunda Türk Borçlar Kanunu ile terim uyumunun sağlanması için terim olarak aşırı yararlanmanın benimsendiği ifade edilmiştir. Ancak terim birliğinin sağlanması dışında hüküm birliğinin sağlanması hususunda herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi, bu konuda bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

Hükmün gerekçesine baktığımızda ise, sulhün iptali konusunda güdülen amacın borçlar hukuku bağlamında aşırı yararlanma için öngörülen sonuçları sulh için de tanımak olduğuna yönelik bir açıklama gözümüze çarpmaktadır<sup>22</sup>. Bu açıklamadan

<sup>22</sup> HMK m. 315/2 Gerekçesi: “İkinci fıkrada, tüm sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların iradelerini sakatlayan, hata, hile ve ikrah gibi bir sebebin varlığı durumunda veya sulh sözleşmesindeki hükümlerin, zor durumda olan taraf için gabin teşkil ettiği hâllerde, söz konusu sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyen tarafın, borçlar hukukundaki kurallar çerçevesinde, sulhün iptali için dava açması mümkündür. Ortada mahkemece verilmiş bir hüküm bulunmadığından, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi de mümkün olmadığından, kesin hüküm niteliğindeki sulhün, iradeyi sakatlayan sebeplere veya gabine dayanılarak iptali için ayrı bir dava açılması gerekecektir.”

anlaşılan, kanunkoyucunun hükmün hazırlanışında sulhün çifte karakterinin gözetilmiş olduğudur ve buna bağlı olarak da sulhün iptalinde Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmasını amaçladığıdır. Dolayısıyla HMK m. 315/2'nin gerekçesine baktığımızda kanun koyucunun orantısızlığın giderilmesini dışlamak konusunda bilinçli bir tercihi olduğu yönünde bir tespit yapılamamaktadır.

Maddenin lafzına dönecek olursak, sulhün iptali kavramı esas olarak orantısızlığın giderilmesini de karşılayabilecek nitelikte geniş olarak yorumlanmaya elverişlidir. Yukarıda da kısaca ifade ettiğimiz veçhile orantısızlığın giderilmesi seçeneği doktrinde aynı zamanda kısmi iptal olarak da adlandırılmaktadır<sup>23</sup>. Doktrinde *NOMER'in* ifadesiyle TBK m. 28'de tanınan her iki hak da niteliği itibarıyla iptal hakkıdır. Birincisinde, sözleşme tümüyle iptal edilirken; ikincisinde, sözleşmenin kısmi iptali ve akabinde doğan boşluğun giderilmesi söz konusudur<sup>24</sup>. Bununla birlikte eBK'nın yürürlükte olduğu dönemde dahi salt BK m. 21'in amacından yola çıkarak, iptal hakkından neşet edecek şekilde orantısızlığın giderilmesi imkânının tanınması gerektiği fikirlerini görmekteyiz<sup>25</sup>.

HMK m. 315/2'ye döndüğümüzde maddenin lafzında bahsedilen "iptal edilebilir" ifadesini kısmen ya da tamamen olarak genişletmek ve böylelikle sulhte aşırı yararlanma hâlinde orantısızlığın giderilmesi yolunu açmak prensipte mümkün kabul edilmelidir<sup>26</sup>. Dolayısıyla sulhte aşırı yararlanmaya bağlanan ve sömürülen tarafın seçimlik hak kullanımına bağlı olan iki sonuç olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi, HMK m. 315/2'de açık olarak zikredilen, sulhün tamamen iptalidir. İkincisi ise, sulhün kısmen iptali yani sulhteki orantısızlığın düzeltilmesidir.

Sulhte aşırı yararlanmanın bu iki hükmü birbirleriyle birçok noktada benzerlik göstermektedir. Bununla beraber özellikle bu taleplerin hâkim tarafından değerlendirilmesi ve bunlara bağlanacak sonuçlar yönünden her iki durumu da ayrıca ele almak gerekmektedir.

## **B. Sulhün İptali**

### **1. İptal Hakkının İleri Sürülmesi**

Sulhün iptali konusunda esas itibarıyla kanun koyucu aşırı yararlanma ile irade bozukluğu hâllerini tek bir potada değerlendirmiştir. Bundan dolayıdır ki sulhte aşırı yararlanmanın ileri sürülmesinin diğer irade bozukluklarını ileri sürmekten herhangi bir farkı olmadığını ifade edebiliriz. Keza sulhün niteliğinden kaynaklanan ve sulhün iptalinin dermeyan edilmesi yoluna sirayet edilen tartışmalar aşırı yararlanma yönünden de geçerlidir.

HMK m. 315/2'nin gerekçesine bakıldığında sulhün iptali için müstakil bir dava açılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu düşüncenin sebebi ise sulhün kesin hüküm gibi sonuç doğurmakla birlikte esasında ortada bir hüküm olmaması nedeniyle

<sup>23</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Çavdar, s. 442; Eren, s. 476; Kalkan, s. 154; Nomer, s. 639.

<sup>24</sup> Nomer, s. 640.

<sup>25</sup> Buz, Gabin, s. 65; Tekinay vd., s. 466.

<sup>26</sup> Harika Koltaş, Sulhte Yargısal Yükümlülük ve Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 108.

yargılanmanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecek olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesine baktığımızda diğer çifte karakterli işlemler olan feragat ve kabulde de aynı kanaatin söz konusu olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce sulhün iptalinin tıpkı kabul ve feragatin iptalinde olduğu gibi iki temel yol ile ileri sürülmesi mümkündür. Bunlardan birincisi, Kanun'un gerekçesinde de bahsedildiği gibi müstakil bir dava açılmasıdır. İkincisi ise, sulhün aşırı yararlanma sebebiyle iptalinin mevcut dava içinde ileri sürülmesidir. Her ne kadar TBK m. 28'de bir sözleşmenin aşırı yararlanma sebebiyle iptali için beyan sistemi kabul edilmiş ve beyanın karşı tarafa iletilmesi yeterli görülmüşse de, sulhün usûli işlem yönü dikkate alındığında bu iptal beyanının dava yoluyla dermeyan edilmesi zaruridir<sup>27</sup>.

Kural olarak sulh ile beraber dava sona ermekte ve sulh kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Sulh durumunda mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar vermektedir (HMK m. 315/1). Her iki hâlde de mahkeme davadan el çektiğinden kural olarak sulhe karşı yapılacak bir itirazda dosyayı yeniden ele alması mümkün değildir. Bu nedenledir ki, sulhün iptali için müstakil dava yolu öngörülmüştür.

Sulhün kesin hüküm etkisi yönünden ise mahkemenin sulhe göre karar vermesi ya da vermemesi yönünden bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Eğer mahkeme sulh içeriğini tutanağa geçirirse bu durumda sulh hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm etkisi barındıracaktır<sup>28</sup>. Sulh içeriğinin tutanağa geçirilmediği durumda ise her ne kadar sulh tutanağın ekinde yer alacak olsa da (HMK m. 154/4) mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verecek, sulh maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir<sup>29</sup>.

Sulhün iptali için açılacak davanın niteliğinin tayini hususu tartışmaya gebedir. Bizim de daha önce kabul ettiğimiz görüşe göre, sulhün ve hatta feragat ile kabulün iptali için açılacak dava menfi tespit davası niteliğindedir. Bu görüşe göre, çifte karakterli işlemin iptalini isteyen taraf esas olarak sulh, kabul ya da feragatin hükümsüz olduğunun tespitini istemektedir<sup>30</sup>.

Kanaatimizce davanın niteliğini tespit ederken çifte karakterli işlemlerin maddi hukuk yönüne ayrıca dikkat etmek gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu işlemler için sağlanan iptal hakkının esas olarak maddi hukuk karakterinden kaynaklandığı ortadadır. Bu sebeple ilk olarak iptal hakkının niteliğini tespit etmek

<sup>27</sup> Önen, s. 186-188; Sulh, tıpkı diğer çifte karakterli işlemlerde olduğu gibi yargılamaya son veren bir işlemdir. Öte yandan kesin hüküm gibi de sonuç doğurmaktadır. Davada iki taraflı değil esas olarak mahkemenin de dahil olduğu üçlü bir ilişkinin mevcut olduğu göz önüne alındığında (Karslı, a.g.e, s. 196) sulh yalnız taraflar değil aynı zamanda mahkeme için de sonuç doğurmaktadır. Öyle ki mahkeme sulh ile sona eren bir uyuşmazlığı tekrardan ele alamaz, alırsa kesin hüküm itirazı ile karşılaşır.

<sup>28</sup> Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 144.

<sup>29</sup> İyilikli, s. 145.

<sup>30</sup> Koç, s. 212; Önen, s. 188; Feragat yönünden bkz. Leyla Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 452; Kabul yönünden bkz. İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 148; Soy, s. 168.

gerekir. Doktrinde, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma sebebiyle tanınan iptal hakkı bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir<sup>31</sup>. İptal hakkının karşı tarafın rızasına gerek duymadan kullanılabilmesi, şarta bağlı yapılamaması, kullanmak ile tükenmesi ve hak düşürücü süreye bağlanmış olması bu kanaati doğrulamaktadır<sup>32</sup>.

Çifte karakterli işlemler açısından baktığımızda da iptal hakkının kullanımı ile birlikte söz konusu işleme bağlı sonuçlar ortadan kalkmaktadır. İptal hakkını kullanan tarafın talebi esas olarak geçersizliğin tespiti değil, geçersizliğe ilişkin mahkemeden bir karar verilmesi, dolayısıyla mahkemece geçersizliğe bağlı yeni bir durum yaratılması talebidir. Nitekim iptal hakkının hak düşürücü süreye bağlandığı düşünülüğünde de burada esas olarak maddi hukuktan kaynaklı bir hakkın kullanımı söz konusudur. Bu hak kullanılmadığı müddetçe söz konusu işlem geçerli kalacaktır. Halbuki tespit davasında bir hakkın dava yoluyla ileri sürülmesi söz konusu değildir. Tespit davasının işlevi bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit etmekten ibarettir<sup>33</sup>. İptal hakkının kullanılmadığı durumda ise sulhün ya da diğer çifte karakterli işlemlerin geçersizliğinden bahsetmek mümkün değildir.

Bu sebeple de yukarıda ifade ettiğimiz, sulhün ya da diğer çifte karakterli işlemlerin iptali davasının menfi tespit davası niteliğinde olduğu görüşümüzden rücu etmiş bulunmaktayız. İptal hakkının hukuki niteliği ve sulhün iptalinin ancak dava yoluyla ileri sürülebileceği gözetildiğinde, sulhün iptali davasının inşai dava (HMK m. 108) hüviyetinde olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>34</sup>.

Sulhün aşırı yararlanma sebebiyle iptali davasını açma hakkı sadece sömürülen tarafa tanınmıştır. Dolayısıyla bu davanın davacısı sömürülen taraf olacaktır. İptal davasında hak düşürücü süre söz konusudur. Sömürülen taraf bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Bu süreler geçtikten sonra açılan davanın ise, hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle reddi gerekmektedir<sup>35</sup>.

Diğer taraftan sömürülen tarafın sulhün iptalini talep ettiği durumda sömüren tarafın karşı dava yoluyla orantısızlığın giderilmesi yönünde talepte bulunmasını tartışmak gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, iptal hakkının kullanıldığı

---

<sup>31</sup> Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar (Yenilik Doğuran Haklar), Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 191 vd.; İbrahim Gül, İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 128; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1; 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 118; Pierre Tercier vd., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 250; Kocayusufpaşaoğlu, s. 436; Tekinay vd., s. 465, dn. 5b; Sarı, s. 1036; Beşir Acabey, "Aşırı Yararlanma", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 109 – 119 (s. 115 – 117).

<sup>32</sup> Gül, s. 129 vd.

<sup>33</sup> Baki Kuru - Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 69.

<sup>34</sup> Diğer usul sözleşmelerinin iptali için açılan davaların da inşai dava olduğu hakkında bkz. Elif İrmak Büyük, Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 60-62.

<sup>35</sup> Karş. HMK m. 142

durumlarda karşı taraf aşırı orantısızlığın giderilmesini teklif ederek sözleşmeyi ayakta tutma imkânını haizdir<sup>36</sup>.

Sulhün iptali davası için gidilebilecek diğer bir yol ise sulhe konu uyuşmazlıkla aynı dava konusunu havi şekilde tekrardan dava açılmasıdır. Bu durumda davacı taraf taleplerini terditli olarak ileri sürmektedir. Davacı öncelikle aşırı yararlanma nedeniyle sulhün iptali talebinde bulunmaktadır. İkinci olarak ilk talebin kabulüne bağlı olarak önceki dava ile aynı talebin kabulünü istemektedir. Bu durumda mahkeme öncelikle sulhün iptali hususunu ön sorun olarak (HMK m. 163) inceleyecektir. Eğer sulhün iptaline ilişkin şartlar mevcut değilse bu hâlde dava reddedilecektir<sup>37</sup>.

Sulhün aşırı yararlanma sebebiyle iptalinin diğer bir yolu ise sulh nedeniyle henüz sona ermemiş derdest davada bu iddianın ileri sürülmesidir. Bu ihtimalde sulh akdedildikten sonra sömürülen taraf hâkim tarafından sulhe dayanılarak karar verilmesinden önce, başka bir deyişle, aşırı yararlanma sonucu akdedildiğini ileri sürdüğü sulhün akdedilmesi ile sulh doğrultusunda karar verilmeye kadar olan safhada, aşırı yararlanma sebebi ile beyanın geçersiz olduğunu aynı dava içerisinde ileri sürebilme imkânına sahiptir. Bu durumda sulhün iptali için müstakil bir dava açılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>38</sup>.

Sulhün iptali konusunda yapılacak inceleme sulhte aşırı yararlanma iddiasına konu olayda TBK m. 28'deki şartların mevcut olup olmadığı yönünden gerçekleşecektir. Bu bakımdan tamamen maddi hukuka ilişkin bir inceleme söz konusudur. Aşırı yararlanmaya ilişkin incelemenin sulh bakımından özellik arz eden yönü ise aşırı yararlanmanın salt sulhün içeriği yönünden değil, aynı zamanda karşılıklı fedakârlıklar yönünden de incelemeye tabi tutulacak olmasıdır. Esas olarak fedakârlıkların aşırı orantısız olması sulhte aşırı yararlanmanın objektif unsurunun gerçekleşmesinde tek başına yeterli değildir<sup>39</sup>. Bununla beraber yukarıda da belirttiğimiz veçhile özellikle taraflardan birinin hiçbir fedakârlıkta bulunmadığı, yani sulhün adeta bir kabul ya da feragat hüviyetine büründüğü hâllerde fedakârlık arasındaki aşırı orantısızlık aşırı yararlanmanın objektif unsuruna işaret edebilecektir.

## 2. Sulhün İptalinin Sonuçları

İptal sonucunda taraflar arasındaki davayı sona erdiren sulh ortadan kalkmış olacaktır. Sulhün aşırı yararlanma nedeniyle iptaline karar verilmesi hâlinde ilginç bir

<sup>36</sup> Buz, Gabin, s. 69.

<sup>37</sup> Feragat yönünden aynı görüş için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.IV, 6. Bası, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 3647; Akyol Aslan, s. 450.

<sup>38</sup> Kuru, s. 3791; "Davalı vekili tarafından sulh-feragat-ibra başlıklı belgeye karşı itirazda bulunulduğundan, Mahkemece İstanbul 15. İcra Dairesinin 2015/1671 esas sayılı takip dosyasını getirtilerek, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hâllerinin olup, olmadığını araştırarak sulh protokolünün geçerli olup, olmadığına karar verilmesi gerekirken, sulh protokolüne, davalı vekilinin 07.11.2018 tarihli dilekçesinde belirttiği sebepler ile, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hâllerinin olup, olmadığını araştırmadan "...dava dışı sulhe ilişkin 09.06.2015 tarihli sulh-feragat-ibra başlıklı belge sunulmuş ise de, duruşmada taraflarca sulh protokolünün kabulü yönünde ortak bir beyanda bulunulmadığı, davalı tarafça dava dışı sulhün kabul edilmediği..." gerekçesi ile değer verilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y, 9. HD, 25.2.2020, E. 2020/572, K. 2020/2981 (Lexpera).

<sup>39</sup> Koltaş, s. 108.

hukukî durum ortaya çıkacaktır. Bu durumun hem iptale konu sulh yani anlaşma açısından hem de sulh ile sona ermiş bulunan dava yönünden sonuçları bulunmaktadır.

Usûl hukuku açısından baktığımızda ise sulhün iptali ile birlikte sulh sebebiyle sona eren uyuşmazlığın yeniden canlanması söz konusu olacaktır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, sulhün iptali ile birlikte artık eski davaya devam edilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak, açık bir kanuni düzenleme bulunmadığından sulhün iptalini müteakip yapılacak başvuru yolu ve bu başvuru karşısında mahkemenin izleyeceği usûl hakkında kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Kanaatimizce bu hâlde, sulhle sona eren davaya bakan mahkeme, yapılacak müracaat üzerine tarafları davet ederek eski davaya kaldığı yerden devam edecektir<sup>40</sup>. Kanaatimizce burada bahsedilen müracaat, tarafların duruşmaya gelmemesi sonucu dosyanın işlemiden kaldırılmasının akabinde bir ay içinde yapılan ve herhangi bir harç ödenmesini gerektirmeyen müracaata benzetilebilir (HMK m. 150/4). Davanın kaldığı yerden devam etmesini isteyen taraf sulhün iptaline ilişkin kararı mahkemeye ibrazla bu talebini iletebilecektir.

Sulhün iptaline ilişkin verilen karar inşai hüküm niteliğinde olacaktır. Bu suretle eğer sulhe üçüncü kişiler de tarafsız verilecek hüküm bu kişiler açısından da etkili olacaktır. Sulhün iptali kararının inşai hüküm olmasının diğer bir etkisi ise, inşai sonuç doğurması için şekli anlamda kesinleşmesinin gerekmesidir<sup>41</sup>. İnşai hükmün şekli anlamda kesinleşme sonucu etki göstereceği kuralı düşünüldüğünde hüküm kesinleşinceye kadar sulh varlığını sürdürecektir. İptal kararı kesinleşmeden sulhün kesin hüküm etkisi kaybolmayacağından önceki davaya bakan mahkemenin bu sırada dosyayı tekrar ele almasına imkân yoktur. Kanaatimizce böyle bir durumda dosyanın tekrar açılması ve sulhün iptali davasının bekletici mesele yapılmasına imkân bulunmamaktadır.

İptal hükmünün etkisine baktığımızda sulhün ani edimleri yönünden sulh geriye dönük olarak hükümsüz olacaktır. Bu hâl HMK m. 108/3'ü istisnasını teşkil etmektedir<sup>42</sup>. Sürekli edimler için ise bu kuralın istisnası söz konusudur. Sürekli edimler yönünden iptal kararının verilmesiyle birlikte sulh ileriye etkili olarak sona erecektir<sup>43</sup>.

Sulhün iptali sonuçlarını aynı zamanda mahkemenin sulhe göre karar verip vermemesine göre de değerlendirmek yararlı olacaktır. Sulh, her iki hâlde de kesin hükmün yerine geçmiş olacaktır. İptal kararı ise, kesin hüküm değerindeki sulhü ortadan kaldıracaktır. Bu noktada ilginç olan husus ise, mahkemenin sulhe göre karar verdiği hâlde ortada bir mahkeme kararının da mevcut olmasıdır. Bu hâlde yargılamaya nihayet veren sulhün kendisi değil mahkeme kararı olmaktadır<sup>44</sup>. Bu durumda ise iptal

<sup>40</sup> Önen, s. 189; Soy, s. 169; Akyol Aslan, s. 452; Ermenek, s. 148.

<sup>41</sup> Üstündağ, s. 337; Ramazan Arslan vd., Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 303; Murat Atalı vd., Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 302; Büyük, s. 188.

<sup>42</sup> İnşai hükmün geriye etkili olması, hüküm doğurması için gereken kesinleşme kuralını etkilememektedir (Üstündağ, s. 337).

<sup>43</sup> Kalkan, s. 154; Kocayusufpaşaoğlu, s. 443.

<sup>44</sup> Süha Tanriver, Medeni Usul Hukuku Cilt I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1077; Kuru, s. 3762; Soy, s. 145.

kararı hem çifte karakterli işlem olan sulhü hem de aslında mahkemenin sulhe göre verdiği kararı ortadan kaldırmaktadır. Kanaatimizce bu durum kesin hükmün istisnalarından birini teşkil etmesi yönünden dikkat çekicidir.

### C. Sulhteki Orantısızlığın Giderilmesi

#### 1. Orantısızlığın Giderilmesi Talebinin İleri Sürülmesi

TBK m. 28/1'de sömürülen taraf lehine öngörülen orantısızlığın giderilmesi talebi, iptal konusunda sulhü diğer çifte karakterli işlemlerden daha özel bir yere konumlandırmaktadır.

Sulhteki orantısızlığın giderilmesi talebi de tıpkı iptal beyanında olduğu gibi yenilik doğuran bir hakkın kullanımını teşkil etmektedir. Bu hak, iptal hakkından farklı olarak, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir<sup>45</sup>. Ancak yukarıda *NOMER'in* zikrettiği yönden baktığımızda, sözleşmenin iptali yönünden bozucu, iptal sonucu doğan boşluğun doldurulması yönünden ise değiştirici yenilik doğuran niteliktedir<sup>46</sup>.

TBK m. 28 bakımından aşırı yararlanma sonucu akdedilmiş sözleşmedeki orantısızlığın giderilmesi hakkının ileri sürülmesi için sömürülen tarafın beyanı yeterli kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Sulh açısından ise tekrardan sulhün çifte karakterini dikkate alarak yorumda bulunmak gerekmektedir. Bu noktada ise yukarıda kısaca bahsettiğimiz mahkemenin sulhe göre karar verip vermemesi hususu önem arz etmektedir. Mahkemenin sulhe göre karar verdiği hâlde orantısızlığın giderilmesi talebine konu sözleşme hükümleri aynı zamanda mahkeme kararı hüviyeti taşımaktadır. Böyle bir durumda ise sömürülen tarafın değiştirilmesi talebi yalnızca sulhü değil aynı zamanda sulhe göre verilen mahkeme kararını da kapsamaktadır. Hâl böyleyken mahkemenin sulhe göre karar verdiği durumda orantısızlığın giderilmesi talebinin ancak dava yoluyla ileri sürülebileceği tartışmasızdır.

Mahkemenin sulhe göre karar vermediği durumda da elimizde usûli işlem niteliğini haiz ve kesin hüküm gibi özellik gösteren bir sulh bulunmaktadır. Aynı şekilde bu sulhün de İİK m. 38 bağlamında icra edilebilirlik yönünden bir farkı bulunmamaktadır. Söz konusu sulhteki orantısızlığın değiştirilmesi durumunda ise sadece çifte karakterli bir işlem olan sulhün içeriği değişecek, mahkeme kararının içeriğinde herhangi bir değişme yaşanmayacaktır. Neticede yargılamanın sona ermiş olması durumu devam etmektedir.

Aksi yönden baktığımızda ise bu yöndeki sulh de usûli işlem niteliğini haiz olduğundan bu sulhün yarattığı etkiyi sonlandırmak ancak dava yoluyla mümkün olabilir. Keza orantısızlığın giderilmesi talebinin yenilik doğurucu etkide bulunması için de sömürülen tarafın bu yöndeki beyanı yeterli değildir. Böyle bir beyanın sulhün kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırmaya kâfi gelmesi mümkün değildir. Keza HMK m. 315/2'de iptalin dava yoluyla dermeyan edilebileceğinin ifade edildiğini ve orantısızlığın giderilmesi talebinin de kısmi iptal niteliğinde olduğunu da göz ardı etmemek

<sup>45</sup> Acabey, s. 114.

<sup>46</sup> İptal hakkının hem bozucu hem de değiştirici niteliği barındırdığı hakkında bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 194.

<sup>47</sup> Buz, Gabin, s. 68.



gerekmektedir. Bu bakımdan orantısızlığın giderilmesi talebinin her hâlükârda HMK m. 108/3 uyarınca inşai dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi aşırı yararlanma sebebiyle sömürülen tarafa tanınan orantısızlığın giderilmesi imkânı ile aşırı ifa güçlüğü kurumu (TBK m. 138) arasında benzerlik bulunmaktadır. Esas olarak aşırı yararlanma ve aşırı ifa güçlüğü kurumlarının her ikisi de sözleşmede edimler arasındaki dengesizliğe taalluk etmektedir. Aradaki temel fark ise aşırı yararlanmanın sözleşme öncesi, aşırı ifa güçlüğü ise sözleşme sonrasında oluşan dengesizliğe işaret etmesidir<sup>48</sup>. Bunun dışında ise her iki kurumun şartları arasında önemli farklar olmakla birlikte, hükümleri açısından da benzerlik kurmak mümkündür. Bu bakımdan aşırı yararlanmada orantısızlığın giderilmesi talepli dava bir bakıma uyarlama talepli bir davadır.

Sulhteki orantısızlığın giderilmesi talebini tıpkı iptalde olduğu gibi sadece sömürülen taraf ileri sürebilecektir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, böyle bir dava karşısında sömüren tarafın karşı dava yoluyla, özellikle sulhün hükümlerini değiştirildiği hâlde durumu bilseydi hiç sulhte bulunmayacağını beyan ederek sulhün tamamen iptalini talep etmesi de mümkün değildir<sup>49</sup>. Böyle bir durumda sömüren tarafa hukukî himaye sağlanması beklenmemelidir. Aksinin kabulü halinde orantısızlığın giderilmesinin sağladığı yararların bertaraf edilmesine zemin hazırlayacağı gibi orantısızlığa sebep olan tarafa aşırı yararlanmanın hükümlerinden hükmün amacına yani güçsüz tarafın çıkarını koruma gayesine aykırı biçimde kurtulma imkanı verecektir.<sup>50</sup>

Sömürülen tarafın, orantısızlığın giderilmesi talebini HMK m. 24'te zikrolunan tasarruf ilkesine ve m. 194'te düzenlenen iddiayı somutlaştırma yükümlülüğüne uygun şekilde ileri sürmesi gerekmektedir. Sömürülen tarafın, dava dilekçesinde sadece aşırı yararlanmanın şartlarını açıklaması yeterli olmayıp, aynı zamanda orantısızlığın ne şekilde ve hangi oranda giderilmesi gerektiğini de ifade etmesi gerekir. Dava dilekçesinin zorunlu unsuru olan (HMK m. 119/1-ğ) talep sonucu sadece orantısızlığın giderilmesi talebini değil aynı zamanda mahkemece verilecek inşai hükme konu edilen, edimdeki indirim ya da artırımın oranı da gösterilmelidir. Örneğin, davacı tarafın zor durumda kalarak bir taşınmazını 100.000 TL'ye sattığı ihtimâlde, davacı taraf sadece orantısızlığın giderilmesini değil, aynı zamanda uyarlama sonucu tayin edilmesini beklediği taşınmazın gerçek satış bedelini de talep sonucunda belirtmelidir. Bu durum, orantısızlığın giderilmesi talebinin kural olarak beyan esasına dayanmasıyla da uyumludur. Şöyle ki, sulh dışında bir sözleşmede ileri sürülecek orantısızlığın giderilmesi talebinin beyan ile inşai etki doğurması yani sözleşmedeki edimi değiştirmesi için hâliyle edimin uyarlanmış hâlini de içermesi gerekir. Aksi durumda sömürülenin beyanı edimi değiştirmemekte, sadece edimin değişimi için karşı tarafa öneri (TBK m. 3) getirmektedir. Bu hâl ise yenilik doğuran hak niteliğine aykırıdır.

<sup>48</sup> Rona Serozan, "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 1013 – 1030 (s. 1018).

<sup>49</sup> Kalkan, s. 154; Acabey, s. 117; Buz, Gabin, s. 71; Sarı, s. 1038.

<sup>50</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Sarı, s. 1038.

Sulhte orantısızlığın giderilmesi talebinin iptal talebiyle beraber terditli olarak ileri sürülmesi mümkündür. Her ne kadar TBK m. 28 sömürülen tarafa seçimlik hak tanımış olsa da maddenin lafzında belirttiği gibi bu hakların durumun özelliğine göre kullanılması gerekmektedir. Aksi hâlde TMK m. 2 bağlamında hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabilecektir<sup>51</sup>. Bu bağlamda eğer sömürülen taraf, talebinin durumun özelliğine uygun olup olmadığı konusunda emin değilse talebini terditli olarak ileri sürebilecektir (HMK m. 111).

## 2. Mahkemenin Sulhte Orantısızlığın Giderilmesi Talebini Değerlendirmesi

Sulhteki orantısızlığın giderilmesi talebi karşısında mahkeme, iptal talebine nazaran daha girift bir durumla karşılaşmaktadır. Nitekim bu talep karşısında mahkemenin aşırı yararlanmanın şartları dışında incelemesi gereken başka meseleler bulunmaktadır.

Mahkemenin aşırı yararlanmanın objektif ve sübjektif şartlarının varlığına kanaat getirdiği durumda incelemesi gereken ikinci husus somut olaya ilişkin çözümün saptanmasıdır. Mahkeme orantısızlığın giderilmesi talebinin somut olaya uygun olup olmadığını değerlendirmelidir. Özellikle bedelin artırılmasının talep edildiği hâllerde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı önem arz etmektedir. Doktrinde OĞUZMAN/ÖZ'ün savunduğu görüşe göre, bedel artışının talep edildiği durumlarda eğer sömürülen tarafın artışa göre ödeme yapma durumu mevcut değilse, bu hâlde hâkim artırma yoluyla orantısızlığın giderilmesi seçeneğini geçersiz saymalıdır<sup>52</sup>. Kanaatimizce böyle bir çözüm yolu, özellikle taleple bağlılık ilkesi gözetildiğinde sömürülen taraf açısından olumsuz sonuçlara yol açacaktır. Sömürülen tarafın sadece orantısızlığın giderilmesini talep ettiği ortamda eğer hâkim salt sömürülenin maddi durumu sebebiyle orantısızlığın durumun gereğine uygun olmadığı kanaatine varırsa, bu hâlde taleple de bağlı olduğundan iptal kararı veremeyecektir. Böylece davacı taraf aşırı yararlanmanın tüm şartları mevcut olsa dahi davanın reddi ile karşılaşacaktır. Kanaatimizce bu tür bir hâlde hâkim dürüstlük kuralına aykırı bir durum olmadığı müddetçe sömürülen tarafın talebine uygun karar vermelidir<sup>53</sup>. Eğer sömürülen taraf, salt sömürülen tarafı güç durumda bırakmak adına edimin bedelinin artırılmasını talep ediyorsa, bu hâlde TMK m. 2 gereği talebi TBK m. 28'e uygun olsa dahi kanun nezdinde korunmayacaktır.

Uyarılmanın yapılması konusunda tartışmalı konumdaki diğer bir husus, edimin hangi seviyeye kadar uyarlanacağıdır. Orantısızlığın giderilmesi talebinin incelenmesi konusunda mahkeme her şeyden önce taleple bağlılık ilkesi ile de sınırlanmıştır (HMK m. 26)<sup>54</sup>. Örneğin, sömürülen tarafın 100.000 TL'ye aldığı bir malın bedeli için 60.000 TL'ye varan bir indirim talep ettiği durumda mahkeme malın rayicini 50.000 TL olarak tespit etse dahi taleple bağlılık ilkesi gereği bedelin 60.000 TL'ye indirilmesine karar verebilecektir. Bunun dışında doktrindeki ağırlıklı görüş, uyarlamaya temel olarak

<sup>51</sup> Sarı, s. 1037; Nomer, s. 642.

<sup>52</sup> Oğuzman - Öz, s. 137.

<sup>53</sup> Nomer, s. 643.

<sup>54</sup> Nomer, s. 643; Kocayusufpaşaoğlu, s. 496.

edimin rayiç bedelinin dikkate alınması gerektiği yönündedir<sup>55</sup>. Başka bir deyişle, orantısızlığın makul seviyede değil, mümkün olan en objektif şekilde, tam olarak giderilmesi amaçlanmalıdır. Bu durum, kurumun cezai ve caydırıcı yönüne de uygunluk arz etmektedir.

Sömürülen tarafın iptal talebi karşısında mahkemenin re'sen müdahale ederek sözleşmeyi ayakta tutabilmesi hususu da yine taleple bağıllık ilkesi nazarından bakılması gereken bir durumdur. Doktrinde *NOMER*, orantısızlığın giderilmesinin aynı zamanda kısmi iptal anlamına gelmesinden bahisle mahkemenin sadece iptal talebinin mevcut olduğu bir hâlde dahi durumun gereğine göre kısmi iptal kararı verebileceğini ifade etmektedir<sup>56</sup>. Her ne kadar kısmi iptalden bahsedilmişse de burada bir eda talebinin kısmen kabulüne benzer bir durum söz konusu değildir. Mahkemenin tarafların bu yönde herhangi bir talebi olmadan tamamen iptal yerine kısmen iptale, yani orantısızlığın giderilmesine karar verdiği durumda, tarafın talebine aykırı olarak bozucu değil, değiştirici inşai bir karar verilmiş olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce karşı dava yoluyla sömüren tarafından iptale karşı uyarılama talebinin ileri sürülmediği bir hâlde hâkimin sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışması taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Davacının terditli olarak her iki seçimlik hakkını ileri sürdüğü noktada ise mahkeme TBK m. 28/1'de bahsedilen, durumun gereğine uygunluk denetimini yapabilecektir. Böyle bir hâlde, sömüren tarafın sübjektif durumunun biraz daha geniş şekilde dikkate alınabileceğini söyleyebiliriz. Ancak her hâlükârda öncelik sömürülen tarafın menfaatinin korunması olmalıdır.

### 3. Sulhte Orantısızlığın Giderilmesinin Sonuçları

Sulhte aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu durumda sömürülen tarafın seçmiş olduğu hakka bağlı olarak orantısızlığın giderilmesi farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bununla birlikte ilginç bir şekilde, sulhte orantısızlığın giderilmesi hâlinde ortaya çıkan meseleler, sulhün tamamen iptaline göre daha sınırlı ve kolay çözülebilir niteliktedir.

İlk olarak, sulhün iptalinin aksine, sulhteki orantısızlığın giderilmesine karar verildiği durumda sulhle sona ermiş bulunan uyuşmazlığın ihyası söz konusu değildir. Dolayısıyla iptalden kaynaklanan, yargılamanın yeniden başlamasından kaynaklı, yukarıda ifade ettiğimiz sulhün iptalini müteakip yapılacak müracaat ile bu müracaat neticesinde mahkemenin sulh ile sona eren yargılamayı yeniden başlatmak için yapacağı usûli işlemlere yönelik sorunlar gündeme gelmeyecektir.

Bunun yanında, sulhün uyarlanması hâlinde de çifte karakter kendini gösterecektir. Maddi hukuk yönünden yeni bir sözleşme mevcut olacak ve bu sözleşme uyarlanmış edimlerle birlikte ayakta kalmaya devam edecektir. Usûl hukuku yönünden ise, tıpkı iptalde olduğu gibi, mahkemenin sulhe göre karar verip vermemesine göre inceleme yapmak doğru olacaktır. Mahkemenin sulhe göre karar vermediği hâlde mesele bulunmamaktadır. Önceki davada sulh nedeniyle verilen karar verilmesine yer

<sup>55</sup> Buz, Gabin, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Sarı, s. 1035; Okumuş, s. 178; aksi yönde, Yavuz, s. 173.

<sup>56</sup> Nomer, s. 643.

olmadığına dair karar sulhün uyarlanmasından etkilenmeyecektir. Bununla birlikte, mahkemenin sulhe göre karar verdiği durumda sulhün uyarlanmasına ilişkin karar tıpkı iptal kararı gibi etki gösterecektir. Önceki davada mahkemenin sulhe göre karar verdiği ihtimâlde sulhe yapılacak müdahale ile uyarlama hükmü aynı zamanda önceki davada verilen kararı ortadan kaldırıp onun yerine geçmiş olacaktır. Böylelikle önceki kararın etkisini ortadan kaldırmakla beraber yerine yeni bir inşai hüküm tesis edecektir.

Her ne kadar mahkeme sulh kararı yönünden değiştirici inşai bir hüküm vermiş olsa da bu yeni inşai hükmün sulh niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Her şeyden önce bu ihtimalde yargılama bir taraf usuli işlemi olan sulh ile değil, mahkeme işlemi olan hüküm ile sona ermektedir. Nitekim ortada HMK m. 315/1'deki tanıma uygun şekilde, aşırı yararlanma davasına bakan mahkeme önünde yapılmış bir sulh yoktur. Aynı şekilde mahkemenin vermiş olduğu bu uyarlama kararının sulh gibi kesin hüküm özelliği gösterdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Keza bu karara karşı usûli sakatlıkların yanında başta aşırı yararlanmanın şartlarının mevcut olmadığından bahisle maddi hukuk sebepleriyle de kanun yoluna başvurulması söz konusu olabilecektir. Halbuki yargılamanın sulh ile sona erdiği durumda sulhün kesin hüküm etkisi taşıması nedeniyle kural olarak maddi hukuka dayalı sebeplerle kanun yoluna başvuru mümkün değildir.<sup>57</sup>

Böyle bir durumda ise kesin hükmün istisnasını teşkil eden, son derece sıra dışı bir durum göze çarpmaktadır. Öyle ki, kesin hüküm niteliğindeki sulh ve hatta buna göre verilen mahkeme kararı, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir yargı yoluna, hatta herhangi bir kanun yolu incelemesine tabi olmaksızın, kararı veren mahkeme ile aynı derecedeki başka bir mahkeme tarafından değiştirilmiş olmaktadır.

## SONUÇ

Sulhün aşırı yararlanma hükümlerine tâbi olacağı hususu usûl kanunumuz tarafından tanınmış olmakla birlikte aşırı yararlanmanın sonuçları bakımından diğer irade bozuklukları ile aralarında bir fark gözetilmediği, aşırı yararlanmanın yaptırımını iptal hakkına yer verildiği görülmektedir. Oysaki aşırı yararlanmaya ilişkin olarak sömürülene Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre iptal hakkının yanında edimler arasındaki orantısızlığı giderme hakkı da tanınmıştır.

<sup>57</sup> Bu kuralın istisnası olarak irade bozukluğu ve aşırı yararlanma iddialarının kanun yolu başvurusunda ileri sürülmesi hususu Yargıtay tarafından yakın dönemde verdiği bazı kararlar ile kabul edilmiş bulunmaktadır: "Ne var ki, davacının feragat beyanının hukuken geçerli bir iradeye dayanmadığı belirtilerek karar temyiz edildiğine göre; HMK'nın 311. maddesinin "İrade bozukluğu hâllerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir." şeklindeki ikinci cümlesi gözetilerek davacının feragat iradesinin geçerli olup olmadığı hususunun incelenebilmesi ve sonucuna göre bir karar verilebilmesi için hüküm bozulmalıdır." Yargıtay 1. HD 8.7.2020 T. 2017/2884 E. 2020/3603 K. ; "Yapılacak iş, davacıya temyiz dilekçesinde belirttiği iradesinin sakatlandığı iddialarına dair delillerini bildirmesi için önel vererek, iş kazası sonucunda sürekli iş göremez hale gelen davacının nasıl olup da tazminat taleplerinden feragat ettiğini, feragat aşamasına hangi şartlarda geldiğini, feragat dilekçesi aşamasında hata. hile veya korkutma gibi irade fesadına konu eylemlerin olup olmadığını etraflıca araştırılarak tüm deliller bir arada değerlendirilip çıkacak sonuca göre bir karar vermektir." Yargıtay 21. HD 9.2.2015 T. 2014/26798 E. 2015/1993 K. (Lexpera).

HMK m. 351/2'deki düzenlemenin lafzına karşın sulh için orantısızlığın giderilmesini bir seçenek olarak dışlamaya gerek bulunmamaktadır. Şöyle ki, orantısızlığın giderilmesi hakkının aynı zamanda kısmi iptal olarak yorumlandığı gözetildiğinde sulh ile TBK m. 28'de öngörülen seçimlik haklar arasında uyum sağlamak mümkündür. Bu bağlamda sulhte aşırı yararlanmanın mevcut olduğu durumda hem sulhün iptali hem de sulhteki edimler arası orantısızlığın giderilmesi seçimlik olarak gündeme gelecektir.

Sulhe karşı aşırı yararlanma sebebiyle gerçekleşecek muhalefet, sulhün usûli işlem yönü sebebiyle ancak dava yoluyla mümkün olmaktadır. Öte yandan aşırı yararlanmanın dava yoluyla ileri sürülmesi için iki farklı yol izlenebilir: Müstakil bir dava açılabilmesi gibi, henüz sulh sebebiyle karar verilmemişse aynı dava içinde aşırı yararlanma ileri sürülebilir. Açılacak müstakil dava ise doktrindeki hâkim görüşün aksine menfi tespit davası değil, inşai dava niteliğindedir.

Sömürülen tarafın talebi doğrultusunda sulhün iptal edilmesi ya da sulhün uyarlanması hâllerinde usûl hukuku açısından farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Sulhün iptalinin, sulh ile sona eren uyuşmazlığın ihyasına neden olması usûl hukuku açısından en çok göze çarpan sonuçtur. Uyarlama hâlinde ise uyarlanan sulhün uyuşmazlığı sona erdirme etkisi devam etmektedir. Ancak sulhe bağlı olarak maddi ve usûl hukuku açısından ortaya çıkan diğer sonuçlarda uyarlama doğrultusunda değişiklikler meydana gelmektedir.

Sonuç itibarıyla sulh, bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu için aşırı yararlanma hükümlerine tıpkı diğer sözleşmeler gibi tabidir. Bununla birlikte aşırı yararlanmanın ileri sürülmesi ile aşırı yararlanmanın sonuçları bakımından sulhün usûli işlem yönü etkisini göstermekte ve bu hususlarda diğer maddi hukuk sözleşmelerinden farklılaşmaktadır.

**KAYNAKÇA**

Acabey, Beşir, “Aşırı Yararlanma”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 109 – 119.

Akyol Aslan, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Ansay, Sabri Şakir, “Sulh”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944/2, s. 200 – 209

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Buz, Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1998/4, s. 53 – 82 (Gabin).

Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).

Büyük, Elif Irmak, Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Çavdar, Pelin, “İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı’nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2019/1, s. 434 – 449.

Elbir, Halit Kemal, “Gabinin Müddeti ve Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1951/1-2, s. 196 – 206 (Gabinin Müddeti).

Elbir, Halit Kemal, Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul 1951 (Gabin).

Engel, Pierre, Traité Des Obligations En Droit Suisse, Stämpfli Verlag, 1997.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Ernst, Wolfgang, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf Für Einen Neuen Allgemeinen Teil, Herausgeber: HUGUENIN, Claire/ HILTY, Reto, Schulthess, 2013

Gül, İbrahim İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Kalkan, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

- Karahasan, M. Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt, Beta Yayınları, 2003.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Koç, Evren, Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları (Medeni Usul Hukukunda), İstanbul 2010.
- Koltaş, Harika, Sulhte Yargısal Yükümlülük ve Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.
- Kurşat, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında İle Kavramı, Kazancı, İstanbul 2003
- Kurşun, Ali Suphi, "Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/2, s. 189 – 213.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.IV, 6. Bası, Demir Demir, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Tespit Davaları, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Nomer, Haluk Nami, "Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanına Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 637 – s. 649.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1; 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Okumuş, Selmani, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Özkaya, Erarslan, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Reverchon-Billot, Morgane, Transaction", Dalloz Repertoire de Droit Civil, Octobre 2020.
- Sarı, Suat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler", Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1026 – 1041.
- Serozan, Rona, "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 1013 – 1030.
- Soy, Ayşe, Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Şahan, Seçkin, Medeni Usul Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Tanriver, Süha, Medeni Usul Hukuku Cilt I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Thibierge, Louis, “Transaction”, Dalloz Repertoire de Droit Civil, Octobre 2020.

Ulusan, İlhan, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1971/7, s. 125 – 203.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Yavuz, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.



## İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİNİN USÛL HUKUKUNUN BAZI KURUMLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Dr. Öğretim Üyesi Yalçın BOSTANCI\*\*

Arş. Gör. Tunahan ÇETİNEL\*\*\*

### ÖZ

İş sağlığı ve güvenliğinin amacı, iş kazası ve meslek hastalıklarını ortadan kaldırmak ya da olabildiğince azaltmaktır. Zira, iş kazası ve meslek hastalığı hem bireysel hem de kamusal birçok olumsuz sonuca neden olur. İşveren, iş kazası ve meslek hastalığının neden olduğu zararlardan kusuru oranında sorumludur. İşçi, bu zararların tazminini, işverenden talep edebilir. Bu çalışmada, söz konusu tazminat talepleri usûl hukuku bağlamında incelenmektedir. Bu çerçevede, usûl hukukuna ilişkin ilkeler, görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin usûl hukuku kuralları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve tahkim konuları ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İş kazası ve meslek hastalığı, tazminat, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tahkim, görevli ve yetkili mahkeme.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29/04/2021

Kabul Edildiği Tarih: 31/05/2021

\*\* KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

E-Mail: yalcin@bostancihukuk.com

ORCID: 0000-0003-0574-1935

\*\*\* KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı

E-Mail: tunahan.cetinel@karatay.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8842-7786

## EVALUATION OF COMPENSATIONS ARISING FROM WORK ACCIDENT AND OCCUPATIONAL DISEASES IN TERMS OF SOME INSTITUTIONS OF PROCEDURAL LAW

### ABSTRACT

The purpose of occupational health and safety is to eliminate or reduce occupational accidents and diseases as much as possible. Because occupational injuries and occupational disease cause many negative consequences both individually and publicly. The employer is responsible for the damages caused by work accident and occupational disease at the rate of its fault. The worker may demand compensation for these damages from the employer. This study examines how the aforementioned claims are reflected in the procedural law. The framework of this review consists of the principles of procedural law, procedural law rules regarding the authorized and competent court, alternative dispute resolution methods and arbitration issues.

**Keywords:** Occupational injuries and occupational disease, alternative dispute resolution methods, arbitration, authorized and competent court.

## GİRİŞ

İş sağlığı ve güvenliği, işyerinde yürütülen iş nedeniyle meydana gelebilecek risk ve tehlikeleri öncelikle ortadan kaldırmayı ya da olabildiğince azaltmayı hedefleyen, meslekî anlamda risk ve tehlikelerin çalışanların, müşterilerin, ziyaretçilerin ve halkın sağlığına zarar vermesine engel olmayı amaçlayan, önleme ve koruma nitelikli bilimsel çalışmalar olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Devletin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar oluşturup işverenlerin bu kurallara uymasını temin etmesi, öncelikle Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi gereğindedir. Ayrıca, Anayasa'nın 17'nci, 50'nci, 56'ncı ve 60'uncu maddeleri de çalışanın iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik temel hükümlerdendir. Söz konusu hükümlerin, daha ayrıntılı olarak ele alınması ve gereğinin yerine getirilmesi amacıyla, 4857 sayılı İş Kanunu 77 vd. maddelerinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri ilga eden 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla, ülkemizde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli sistemin işverenler tarafından kurulması ve mevzuatta öngörülme dahi zamana göre değişen teknolojik ve teknik gereksinimlerin yine işverenler tarafından yerine getirilmesi ödevi, kanun düzeyinde, pozitif hukukumuzda yerini almış bulunmaktadır<sup>2</sup>. Ayrıca, bu ödev, Türk Hukuku uygulamasında yargı tarafından verilen kararlarda da vurgulanmaktadır<sup>3</sup>. Bunlardan başka, işverenin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri alması iş ilişkisindeki işçiye gözetme borcunun bir

<sup>1</sup> Halûk Hâdî Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Konya, 2020, s. 7; Sami Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 72; Celaleddin Baykın, İş Kazası ve Meslek Hastalığında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2019, s. 3; Murat Şen, İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı, Tarihsel Gelişimi ve Dayanakları, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Haziran 2015, s. 128. İş sağlığı ve güvenliği hukuku ile ilgili detaylı bilgi için bkz. İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

<sup>2</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 409-418; Nuri Çelik - Nurşen Canıklıoğlu - Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 366-367.

<sup>3</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 12.11.2020 tarihli, 2020/7594 esas sayılı kararı, "Anayasanın 17. maddesinde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmü getirilerek yaşama hakkı güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu birtakım hükümler getirilmiştir. ... Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve iş yerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür. ... Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.", (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

gereğidir<sup>4</sup>. Nitekim, bu husus, Anayasa'nın 17'nci maddesinden ve ayrıca TBK.m.417/II ile İSGK.m.4'den açıkça anlaşılmaktadır<sup>5</sup>.

Çalışma hayatında, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira, söz konusu yükümlülüklerin amacı, çalışanların korunması, üretim ve işyeri güvenliğinin sağlanmasıdır<sup>6</sup>. Aksi durumda, iş sağlığına ilişkin önlemlerin alınmaması meslek hastalığına, iş güvenliğine ilişkin önlemlerin alınmaması ise iş kazalarına neden olabilir. Bunların sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralanmaların, şüphesiz bireysel, duygusal ve sosyal sonuçları vardır. Bunlardan başka, iş kazası ve meslek hastalığı hem işveren hem de ülke açısından maliyet getiren olaylardandır. Dolayısıyla, iş kazası ve meslek hastalığının ekonomik sonuçları da bulunmaktadır. Bu sonuçlardan kamusal anlamda en önemli olanı, iş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkardığı iş gücü ve verim kaybıdır. İş kazası ve meslek hastalıklarının bireysel ve kamusal anlamda meydana getirdiği bu olumsuzlukların bertaraf edilmesi amacıyla hukuk düzeni, işveren ve çalışanlara birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Ayrıca, hukuk düzeni, söz konusu yükümlülüklerin uyulmamasına, işveren ve çalışan bakımından ayrı ayrı yaptırımlar bağlamıştır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri uymamasının, özel hukuk bakımından üç ayrı yaptırımı olduğu ifade edilebilir<sup>7</sup>. Bunlardan birincisi, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Buna göre, çalışan, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kaldığında bazı şartların da varlığı durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak suretiyle kendini koruyabilir. Özel hukuk yaptırımlarından ikincisi, çalışanın iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkıdır. Buna göre, çalışanların talep etmelerine rağmen işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, çalışanın bildirimlessiz fesih hakkı bulunmaktadır. Çalışan lehine verilen bu iki hak, işveren açısından hiç şüphesiz bir yaptırımı ifade etmektedir. Özel hukuk kapsamında değerlendirilen bu iki yaptırım, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer almaktadır. İşverene ilişkin özel hukuk yaptırımlarının üçüncüsü ise, işverenin tazminat sorumluluğudur. Bu çalışmada, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri uymaması nedeniyle meydana gelen tazminat sorumluluğunun,

<sup>4</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 411; Sümer, İş Sağlığı, s. 105; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 79.

<sup>5</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2020 tarihli, 2020/7594 esas sayılı kararı, "İşveren, gözetme borcu gereği, çalıştırdığı işçileri, iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için iş yerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır. ... Yasa koyucu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığını 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir. ... Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve iş yerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.", (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

<sup>6</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 8; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 58-59.

<sup>7</sup> İşverene ilişkin olarak cezaî, idarî ve hukukî yaptırımlar bulunmaktadır. Bu yaptırımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Sümer, İş Sağlığı, s. 195-271; Sümer, Halûk Hâdî, İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S. 131, Temmuz 2017, s. 92-103; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 255-378; Solak, Serdar, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2020, s. 152-223.

usûl hukukuna yansımaları, temel ilkeler, görev ve yetki, dava şartları bağlamında incelenmeye çalışılmaktadır. Bundan başka, usûl hukuku bakımından yapılan değerlendirmede, dünyada ve ülkemizde giderek artan bir yargılama olarak tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk ve uzlaştırma da dikkate alınmaktadır. Bu inceleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu başta olmak üzere hukukumuzda yeni sayılabilecek 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yer alan ilgili hükümler çerçevesinde yapılmaktadır. Ayrıca, inceleme yapılırken yargı mercilerinin, iş yargılamasına ilişkin olarak son zamanlarda vermiş olduğu ilke kararı niteliğindeki içtihatları da göz önünde bulundurulmaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığının tanımlarını ve unsurlarını ortaya koyup, işverenin ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hangi durumlarda, ne ölçüde sorumlu olduğunun sınırlarını belirlemek, çalışmanın konu bütünlüğünün sağlanması açısından önem arz etmektedir. Ayrıca bunlardan doğan tazminat taleplerinin neler olduğunun çerçevesinin çizilmesinin de usûl hukuku bakımından değerlendirmenin bir gereğidir. Bu nedenle, çalışmanın birinci bölümünde, bu hususa çalışmanın kapsamı çok fazla genişletilmeden kısaca da olsa değinilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri, usûl hukukunun ilgili kurumları bakımından değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Nihayet, son bölümde, bu değerlendirmeye varılan sonuçlara yer verilmektedir.

## **I. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMLARI İLE BUNLARDAN DOĞAN TAZMİNATLAR**

### **A) İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMLARI**

#### **1- İş Kazası Kavramı**

Türk Hukukunda, iş kazası kavramının tanımı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yapılmaktadır<sup>8</sup>. Bundan başka, öğretide genel olarak kabul edilen bir tanım da mevcuttur. Bu tanıma göre, iş kazası, sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada, gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedensel veya ruhsal olarak zarara uğratan bir olaydır<sup>9</sup>.

İş kazası kavramının unsurlarını, bireysel iş hukuku anlamında iş kazası ve sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olmak üzere iki kısma ayırarak belirlemek gerekmektedir. Zira, bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazası ile sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazası, işverenin sorumluluğu bakımından birbirlerinden farklıdır. Bu farklılığı ortaya koyabilmek amacıyla, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasının unsurları ile bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasının unsurları belirtilmelidir.

<sup>8</sup> İSGK.m.3/1/g' e göre iş kazası, "işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı" ifade etmektedir.

<sup>9</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 90; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 513. Öğretide kısa ve öz biçimde yapılan bir tanıma göre, iş kazası, işin yarattığı rizikoların neden olduğu tüm kazalardır. Bkz. Yalçın Bostancı, Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş, C.8, S. 1, 2005, s. 50.

Sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasının unsurları, SSGSSK.m.13'de sayılmaktadır. Bu madde, iş kazasının tanımına yer vermeyip, bir kazanın hangi durumlarda sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılacağı ve dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigortalıya ya da ölümü durumunda, hak sahiplerine hangi durumlarda sosyal sigorta yardımlarının yapılacağını düzenlemektedir<sup>10</sup>. Buna göre, ilk olarak, kazaya uğrayan kişi sigortalı olmalıdır. İkinci olarak, sigortalı kanunda sayılan hallerden birinde kazaya uğramalıdır. Üçüncü olarak, sigortalının, bedensel ya da ruhsal olarak zararının meydana gelmiş olması gerekmektedir. Son olarak, sigortalının uğradığı kaza ile meydana gelen kaza arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasının, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasının unsurlarına ek olarak bir unsuru daha vardır<sup>11</sup>. Buna göre, işverenin sorumlu olabileceği bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasında, meydana gelen kaza ile işçinin gördüğü iş arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir<sup>12</sup>. Daha açık bir ifade ile, işyerinde meydana gelse bile, işçinin görmüş olduğu işle ilgisi olmayan bir kaza, bireysel iş hukuku anlamında iş kazası değildir. Fakat bu iş, sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası olarak kabul edilebilmektedir<sup>13</sup>. Bunun sonucunda, işçiye ya da ölümü durumunda hak sahiplerine, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sosyal sigorta yardımları yapılmaktadır.

Sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazası ile bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasının unsurları dikkate alındığında, bireysel iş hukuku anlamındaki her iş

<sup>10</sup> Bu unsurlar hakkında daha geniş ve detaylı bilgi için bkz. Sümer, İş Sağlığı, s. 90-98; Bostancı, İş Kazası, s. 48-83; İpek Kocagil, İş Kazasından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S. 1, Haziran 2011, s. 171-223; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 512-534.

<sup>11</sup> Öğretide, bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasının unsurları incelenirken zarar gören kişiyi ifade etmek üzere "sigortalı" kavramı kullanıldığı görülmektedir. Bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasında, sigortalı yerine iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan kişiyi ifade etmek üzere "işçi" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilebilir.

<sup>12</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 424; Sümer, İş Sağlığı, s. 208-213; Bostancı, İş Kazası, s. 74; Kocagil, Tazminatlar, s. 190. Söz konusu uygun nedensellik bağı, bazı durumlarda kesilebilir. Bu durumlar, işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin tam veya ağır kusuru ve zorlayıcı nedendir. Uygun nedensellik bağının kesildiği durumlarda, işverenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Bkz. Sümer, İş Sağlığı, s. 211-213; Süzek, İş Hukuku, s. 427. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 02.11.2020 tarihli 2020/7340 esas numaralı kararı, "İşvereni, zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluktan kurtaracak olan durum, eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesidir. Kusursuz sorumlulukta olduğu gibi kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Uygun illiyet bağının kesildiğinin ispatı halinde, işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. (HGK, 20/03/2013 tarih, 2012/21-1121 Esas, 2013/386 Karar)", (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

<sup>13</sup> Öğretide, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasında kaza ile sigortalının gördüğü iş arasında illiyet bağının bulunması konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Daha isabetli olduğu düşünülen bir görüşe göre, iş kazası ya da meslek hastalığı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yer alan durumlardan birinde gerçekleşmişse, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yükümlülüğünün doğması bakımından illiyet bağı kurulmuş sayılmaktadır. Başka bir deyişle, sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazasında, kaza ile sigortalının gördüğü iş arasında illiyet bağı bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Bu görüş için bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 424-426; Bostancı, İş Kazası, s. 90; Kocagil, Tazminatlar, s. 190-191.

kazasının, sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası olduğu görülmektedir<sup>14</sup>. Fakat, her sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasının, bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazası olduğu söylenemez. Başka bir deyişle, bir kazanın, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olmasıyla, o kazadan işverenin sorumlu tutulabilmesi farklı şeylerdir<sup>15</sup>. Dolayısıyla, her iş kazasından işveren sorumlu olmamaktadır.

İşverenin iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için, iki şart birlikte gerçekleşmelidir<sup>16</sup>. Bunlardan birincisi, bireysel iş hukuku anlamındaki bir iş kazasının meydana gelmiş olmasıdır. Bu şartlardan ikincisi ise, işverenin, kural olarak, kazanın meydana gelmesinde kusurunun olmasıdır<sup>17</sup>. Başka bir deyişle, bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazası, işverenin iş güvenliği önlemlerini gereği gibi almaması nedeniyle meydana gelmişse, iş kazasından işveren sorumlu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu esası benimsemektedir<sup>18</sup>. Bunun yanında, işçi, bireysel iş hukuku anlamında bir iş kazasına uğradığında, hiç şüphesiz Sosyal Güvenlik Hukuku tarafından sağlanan sosyal sigorta yardımlarından da

<sup>14</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 209.

<sup>15</sup> Bir kazanın, iş kazası olması ile o iş kazasından işverenin sorumlu tutulabilmesi durumları, uygulamada birbirine karıştırılmaktadır. Bu tespit için bkz. Bostancı, İş Kazası, s. 78-79.

<sup>16</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 208; Baykın, Destekten Yoksun Kalma, s. 49.

<sup>17</sup> Öğretide, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun hukukî niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Daha isabetli bulunan görüşe göre, söz konusu sorumluluğun hukukî niteliği kusurlu sorumluluktur. Zira, kusursuz sorumluluk, ancak kanunda açıkça belirtilen durumlarda işlerlik kazanması gereken bir kurumdur. Hem 4857 sayılı İş Kanunu'nda hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işverenin kusursuz sorumlu olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, TBK.m.66'da adam çalıştırmanın ve TBK.m.71'de, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından işverenin kusursuz sorumluluğunun düzenlenmesi, Türk Hukukunda kural olarak işverenin kusurlu sorumluluk esasına göre sorumlu olduğunu doğrulamaktadır. Zira, işverenin kural olarak kusursuz sorumlu olduğu esası benimsenmiş olsaydı istisna olarak kusursuz sorumlu olduğu TBK.m.66 ve TBK.m..71 hükümleri getirilmezdi. Sorumluluğun hukukî niteliği hakkında açıklamalar ve bu görüşler için bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 416-417; Sümer, İş Sağlığı, s. 207; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 387-398; Volkan Güneş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukukî Niteliği Üzerine Etkileri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014. Öğretide, aksi bir görüş olarak, işverenin, iş kazasından doğan sorumluluğunun kusur sorumluluğu olarak kabul edilmesinin, kanunun özü terk edilerek sözüne bağlı kalınması anlamına geldiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Alper Uyumaz - Kemal Erdoğan, İnşaat Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluk, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2, Aralık 2015, s. 76.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2014 tarihli 2013/4701 esas sayılı kararı, "İşverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksanz bulundurmakla yükümlü olduğu, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. İş kazalarında işverenin sorumluluğu, kusur sorumluluğu esasına dayanır. İşverenin, kendisine bağımlı olarak çalışan işçisini koruma ve gözetme borcuna aykırı hareket etmesi sonucunda iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçi, tüm zararlarının tazminini talep etme hakkına sahiptir." (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, 24.11.2020); Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2020 tarihli 2020/8254 esas sayılı kararı, "Öte yandan objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştüremez. Çünkü, bazı istisnalar dışında işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Ancak Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesi, Anayasa ve 6331 sayılı Kanun hükümleri objektifleştirilmiş kusur sorumluluğu ilkesi gereğince işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir.", (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

faydalanmaktadır<sup>19</sup>. Sosyal Güvenlik Kurumu, işçiye ya da ölümü durumunda hak sahiplerine yaptığı bu ödemeleri, kusuru oranında işverene rücu etmektedir<sup>20</sup>. Bu durum, bireysel anlamdaki iş kazalarının, aynı zamanda sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası olmasından kaynaklanmaktadır.

## 2- Meslek Hastalığı Kavramı

Meslek hastalığı kavramının tanımı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer almaktadır<sup>21</sup>. Ayrıca, öğretide de meslek hastalığına ilişkin tanımlar yapılmaktadır. Bir tanıma göre, meslek hastalığı, sigortalının yaptığı işin yürütülmesinden veya yapılan işin niteliğinden dolayı tekrarlanan nedenlerle ortaya çıkan ve sigortalının bedensel ya da ruhsal olarak hastalanmasına yol açan durumlardır<sup>22</sup>.

Meslek hastalığı kavramının unsurları ise SSGSSK.m.10'da yer almaktadır. Buna göre, ilk olarak hastalığa yakalanmış kişinin sigortalı olması gerekmektedir. İkinci olarak, hastalık, işin niteliği veya işin yürütüm şartlarına bağlı olarak ortaya çıkmalıdır. Üçüncü olarak, sigortalı, bedensel ya da ruhsal bir zarara uğramış olmalıdır. Dördüncü olarak, sigortalının uğradığı zarar ile meslek hastalığı arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>23</sup>.

İş kazasında, nedensellik bağına ilişkin olarak, meslek hastalığının, işin niteliği veya işin yürütüm şartlarından dolayı meydana gelmesi unsurunun olduğu görülmektedir. Bundan başka, belirtilmelidir ki, işverenin ve Sosyal Sigorta Kurumu'nun sorumluluğuna ilişkin olarak, iş kazasında yapılan açıklamalar meslek hastalığı bakımından da geçerli olmaktadır.

Günümüzde, COVID-19 küresel salgını (pandemi) yaşanmaktadır. Dünya genelinde, başta sağlık olmak üzere, sosyal yaşam, ekonomi, ticarî ilişkiler ve eğitim gibi alanlarda etkisini oldukça güçlü bir şekilde hissettiren ve birçok değişime neden olan bu salgın, hukuk alanında bazı değişim ve sonuçlara yol açmaktadır. Söz konusu değişimler çerçevesinde hem dünya hem de ülkemiz hukuk sistemlerinde, pandeminin hukuk alanında da nasıl karşılık bulacağına ilişkin bilimsel çalışmalar yapılmaktadır. Bu bilimsel çalışmalarla, uygulamada pandemi nedeniyle oluşan sorunlara çözüm aranmakta ve nasıl hareket edileceği konusunda uygulayıcılara yol gösterilmektedir. Açıklanan nedenle, bu çalışmada COVID-19'un iş kazası ya da meslek hastalığı mı olduğuna da değinmek gerekir. Öğretide SÜMER tarafından ileri sürülen görüşe göre, işçinin, sosyal

<sup>19</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 218; Süzek, İş Hukuku, s. 413.

<sup>20</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işverene açtığı rücu davalarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Bingöl, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortalılarında İşverenin Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2020; Nurşen Caniklioğlu - Serkan Bingöl, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarında Yargılamaya İlişkin İlkeler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S. 1, 2020, s. 31-49.

<sup>21</sup> İSGK.m.3/1/1' e göre meslek hastalığı, "meslekî, risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı" ifade etmektedir.

<sup>22</sup> Bingöl, Sigortalardan İşverenin Sorumluluğu, s. 40. Bundan başka yapılan tanımlar için bkz. Sümer, İş Sağlığı, s. 99; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 551-553.

<sup>23</sup> Meslek hastalığının unsurları ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Sümer, İş Sağlığı, s. 98-101; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 551-554.



güvenlik hukuku anlamında iş kazasını düzenleyen SSGSSK.m.13'de yer alan durumlardan birinde COVID-19'a yakalanmış olması bir iş kazasıdır. Sağlık çalışanları açısından ise işlerinin yürütümü sırasında virüs kapmış olmaları halinde bu durum bir meslek hastalığı olarak kabul edilmelidir<sup>24</sup>. Bununla birlikte söz konusu kabulde dahi işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işverenin kusurlu olması gerekir.

Konu ile ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2020/12 sayılı Genelgede, "COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık sigortası kapsamında provizyon alınması gerekmektedir." ifadelerine yer verilerek söz konusu durumu hastalık olarak değerlendirilmiştir. Konuyu sadece sağlık hizmet sunucuların yapacağı işlemler bağlamında değerlendirmek yetersiz kalacağından iş kazasının ve meslek hastalıklarının unsurları dikkate alınarak her somut olay açısından değerlendirme yapılmasının daha doğru olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

## B) İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNATLAR

### 1- Genel Olarak

İş kazası ve meslek hastalığı, işçinin ya da yakınlarının, maddî ve manevî zarar görmesine neden olan olaylardandır. Bunun doğal bir sonucu olarak, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan işçinin ya da ölümü durumunda hak sahiplerinin uğradığı zararın, kim tarafından, ne şekilde karşılanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

İşçinin, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda uğradığı zararlar, Sosyal Güvenlik Kurumu ve işveren tarafından tazmin edilir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, işçiye yapacağı ödemeler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve buna ilişkin olarak çıkarılan diğer mevzuat uyarınca yapılmaktadır. Bu ödemelerin, işçiye ya da ölümü durumunda hak sahiplerine yapılabilmesi için, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasının ya da meslek hastalığının meydana gelmiş olması gerekli ve yeterlidir<sup>25</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu, işçiye, öncelikle, SSGSSK.m.63 uyarınca sağlık yardımlarını yapmaktadır. Ayrıca, Sosyal Güvenlik Kurumu, işçiye, SSGSSK.m.18-19 uyarınca, geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik geliri olarak nitelendirilen parasal yardımları yapmaktadır. Eğer, işçi iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda öldüyse, hak sahiplerine, SSGSSK.m.20 uyarınca yardımlar yapmaktadır. Bu yardımların kapsamına, cenaze ödeneği, evlenme ödeneği ve hak sahiplerine bağlanan gelirler girmektedir. Belirtmek gerekir ki, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan bu ödemeler, götürü nitelik taşıdığından çoğu kez işçinin uğradığı zararın tamamını tazmin

<sup>24</sup> Hâlûk Hadi Sümer, İşçinin İşyerinde Yakalandığı COVID-19 Hastalığı İş Kazası Mıdır?, Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Konya 2020, s. 111-132. Bu konu için ayrıca bkz. Hekimler ve Hemşireler COVID-19 Olduğunda İş Kazası Mı Meslek Hastalığı Olarak Mı Değerlendirilmelidir?, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu, <http://ankarabarusu.org.tr/>, 30.05.2021; COVID-19 ilişkili İş Kazası Ve Meslek Hastalığı, <https://www.solunum.org.tr/TusadData/userfiles/file/COVID-BILDIRIM-3420.pdf>, 30.05.2021; Ammar Yasir Korkusuz, Çalışma Hayatında Covid-19 Pandemisine Maruz Kalanların Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Arşiv, C. 22, S. 2, s.673-693.

<sup>25</sup> Bingöl, Sigortalardan İşverenin Sorumluluğu, s. 54; Sümer, İş Sağlığı, s. 90; Süzek, İş Hukuku, s. 413.

etmeye yetmemektedir<sup>26</sup>. Ayrıca, Sosyal Güvenlik Kurumu, işçinin uğradığı manevî zararı tazmin etmemektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, tazmin edilmeyen zararlardan sorumluluk ise, kusurlu olarak iş kazası veya meslek hastalığına neden olan işverene aittir.

İş kazasına ya da meslek hastalığına uğrayan işçi ya da hak sahipleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı ödemeler dışında kalan maddî zararlarını ve ayrıca manevî zararını hem öğreti hem de Yargıtay kararlarıyla kabul edildiği üzere, kusurlu olan işverenden talep edebilir<sup>27</sup>. Burada ifade edilmelidir ki, SSGSSK.m.21 uyarınca, Sosyal Güvenlik Kurumu da işçiye ya da hak sahiplerine yaptığı ödemeleri, açacağı rücu davasıyla, kusuru oranında işverenden talep edebilmektedir<sup>28</sup>.

Bazı durumlarda, mevzuat gereğince, işçiler ya da hak sahipleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'na, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlarına ilişkin talepte bulunamamaktadır. Bu durum, öncelikle, SSGSSK.m.6 uyarınca, söz konusu Kanunun kapsamı dışında kalan işçilerde görülmektedir. Ayrıca, SSGSSK.m.97 uyarınca, işçiler ya da hak sahipleri, hak kazandıkları yardım ve gelirleri *beş yıl* içinde kurumdan talep etmezlerse, söz konusu talepler zamanaşımına uğramaktadır. Bu durumda, işçiler Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan talep edemedikleri tazminat taleplerini, *on yıllık* zamanaşımı süresince, doğrudan işverene yöneltebilmektedirler<sup>29</sup>. On yıllık zamanaşımının başladığı tarih, zararın meydana çıkıp, belli olduğu tarihtir<sup>30</sup>. Öte

<sup>26</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 413. Bu yardım ve gelir kalemleri ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Bingöl, Sigortalardan İşverenin Sorumluluğu, s. 54-95;

<sup>27</sup> Sümer, İş Sağlığı, s218; Süzek, İş Hukuku, s. 413. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 01.03.2010 tarihli ve 2009/9636 esas sayılı kararı, "Bu özelliği göz önünde tutulduğunda, "iş kazası sigortasından bağlanan gelirin" maddi zararın sigorta primleri işverenden alınmak suretiyle Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmak amacına yönelik bir ödeme niteliğinde olduğu sonucuna varılır. Bu nedenle söz konusu gelir, işverenin genel hükümlere göre sorumlu olduğu" tazminat "kavramı içinde yer alır. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan zararın giderilmesi istemine ilişkin olarak açılan tazminat davaları nitelikçe sigortaca karşılanmayan zararın giderilmesi istemini amaçlamaktadır." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

<sup>28</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 02.11.2020 tarihli ve 2019/3182 esas sayılı kararı, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. Anılan madde ile davalının Kurumun rücu alacağından sorumluluğu ancak kusurunun varlığı halinde mümkündür." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 05.12.2020).

<sup>29</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 414; Orhan Rüzgar - H. Yunus Taş, İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Dora Yayıncılık, Bursa 2018, s. 134.

<sup>30</sup> Rüzgar/ Taş, İş Mahkemeleri, s. 134. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.01.2020 tarihli ve 2017/1081 esas sayılı kararı, "İş kazası hâlinde alacağın doğduğu zaman ise alacağın yani hakkın doğduğu andır. İş kazasına dayalı tazminat davalarında zamanaşımına tabi olan hak işçinin kaza nedeniyle uğradığı zararları karşılamak için tazminat davası açabilme hakkıdır. Bu hak ise iş kazasıyla birlikte doğmaktadır (Akın, L.: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 283). Bu durumda iş kazası hâlinde TBK'nın 149. (BK 125.) maddesinde belirtilen "on yıllık" zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi kural olarak iş kazasının meydana geldiği tarihtir (Akın, s. 283; Kaplan, s. 154; Kılıçoğlu, M.: Tazminat Hukuku, İstanbul 2005, s. 464; Güneren, A.: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 1268; Çelik, A. Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 584;

yandan, TBK.m.72/1 uyarınca, tazminat talebi, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanmalıdır.

İşverenin tazminat sorumluluğu, öğretilerde daha isabetli bulunan görüşe göre, hem sözleşmeden doğan (akdî) sorumluluktan (TBK.m.417/III) hem de haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanmaktadır<sup>31</sup>. Bu nedenle, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinde, sebeplerin yarışması (telâhuku) söz konusudur. İşverene yöneltilecek bu tazminat taleplerinin kaynağı olarak, sözleşmeden doğan sorumluluğun (TBK.m.112) kabul edilmesi, işçinin daha lehine olmaktadır<sup>32</sup>. Zira, işçi, sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğunun aksine (TBK.m.50), işverenin kusurunu ispat yükü altında değildir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, işveren, kusursuz olduğunu ispat yükü altındadır (TBK.m.112). İşçinin tazminat talebinin, sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmasının daha lehine olmasının ikinci bir nedeni ise, zamanaşımı yönündendir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi, TBK.m.146 uyarınca *on yıldır*. Haksız fiil sorumluluğunda ise zamanaşımı süresi, TBK.m.72 uyarınca *iki yıldır*. Bu nedenlerle, hâkim, önüne gelen iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinde, TBK.m.60 uyarınca, aksi işçi tarafından talep edilmiş olmadıkça, işçinin zararını en iyi şekilde giderim olanağı tanıyan sözleşmeden sorumluluğa ilişkin hükümlere işlerlik kazandırmalıdır. Zira, hâkimin bu şekilde hareket etmesi hem kanunî bir ödev hem de HMK.m.33'de yer alan ve usûl hukukuna egemen olan, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulanması ilkesi (*iura novit curia*) gereğince. Ayrıca, işçinin uğradığı zarar hesaplanırken, sözleşme sorumluluğuna dayanılmış olsa bile, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminatlar, TBK.m.114/II uyarınca, haksız fiil hükümlerine göre hesaplanmalıdır<sup>33</sup>.

---

*Hukuk Genel Kurulunun 15.05.2015 tarihli ve 2013/21-2216 E.,2015/1349 K. sayılı kararı.*”, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 05.12.2020).

<sup>31</sup> M. Kemal Oğuzman, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1986, C.34, S. 1-4, s. 339; Süzek, İş Hukuku, s. 422; Sümer, İş Sağlığı, s. 218; Kocagil, Tazminatlar, s. 179.

<sup>32</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 422. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, söz konusu sorumluluğun sözleşmeden doğduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2020 tarihli ve 2020/7594 esas sayılı kararı, “Yukarıda yapılan bu açıklamalardan sonra 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığı olarak çağdaş yaklaşımla düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasında; “İşveren, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerde iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü” olacağı belirtilerek, İş Kanununun 77/1. maddesiyle bütünlük sağlandığı gibi 3. fıkrasında; “İşverenin yukarıdaki hükümler dahil kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi” olduğu hükme bağlanmak suretiyle, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda tartışmalar sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.”, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

<sup>33</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 422.

## 2- Maddî Tazminat

4857 sayılı İş Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle, işçinin malvarlığında meydana gelen zararı tazmin etmeye yönelik bir hüküm, bulunmamaktadır. Bu nedenle, işverene karşı açılacak olan maddî tazminatlar hakkında, TBK.m.49 hükmü esas alınmaktadır<sup>34</sup>. Buna göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, bu tazminatın miktarı uğranılan zarar kadar olmaktadır<sup>35</sup>. Başka bir deyişle, Anglo-Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddî tazminat konusunda, Türk Hukuku'nda uygulanmamaktadır<sup>36</sup>.

Öncelikle, iş kazası ya da meslek hastalığına uğrayan işçinin malvarlığındaki *eşyaya ilişkin bir zararı* söz konusu olabilir<sup>37</sup>. Örneğin, işçinin, araç trafığında, bireysel iş hukuku anlamında bir iş kazası geçirmesi mümkündür. Bu durumda, meydana gelen zarar, kusurlu olan işveren tarafından TBK.m.49 uyarınca tazmin edilmelidir.

İşçi, uğradığı iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda *bedensel zarara* da uğrayabilir. Bedensel zarar, işçinin *vücut bütünlüğünün ihlâlinin yanında ruh bütünlüğünün* ihlâlini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır<sup>38</sup>. Örneğin, işçinin geçirmiş olduğu iş kazasından kaynaklı yaygın anksiyete bozukluğu, panik atak ya da panik bozukluk gibi psikolojik bir hastalığa yakalanması durumunda, bedensel zararının meydana geldiğini kabul etmek gerekir.

İşçinin malvarlığında azalmaya neden olan bedensel zarar kalemlerinden bazıları, bedensele zarara ilişkin özel bir hüküm olan TBK.m.54'de yer almaktadır. Bunlar, *tedavi giderleri, çalışılmayan dönemde uğranılan kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden kaynaklanan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan kayıplardır*<sup>39</sup>. İşçi, TBK.m.54'de sayılan bu bedensel zarar kalemlerinden başkaca zararının da olduğunu ispatladığı takdirde, o zararın tazminini de işverenden talep edebilmektedir. Zira, söz konusu zarar kalemleri,

<sup>34</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 218; Süzek, İş Hukuku, s. 429; Kocagil, Tazminatlar, s. 194.

<sup>35</sup> Söz konusu bu tazmine, öğretide "*tam tazmin ilkesi (Alles oder Nichts – Prinzip)*" denilmektedir. Tam tazmin ilkesinin katılığını yumuşatmak isteyen kanun koyucu, TBK.m.51 ve 52'de düzenlenen tazminatın belirlenmesi indirilmesi başlıklarında, hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 786; M. Kemal Oğuzman – Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2015, Vedat Kitapçılık, s. 115.

<sup>36</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 429. Cezalandırıcı tazminat konusunda detaylı bilgi için bkz. M.Tarik Gülerüz - Ayça Zorluoğlu Yılmaz, Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 149, 2019, s. 325-362.

<sup>37</sup> Eşyaya ilişkin tazminat için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 761-763; Oğuzman – Öz, Borçlar Genel, s. 110-113.

<sup>38</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 766; Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, s. 94; Süzek, İş Hukuku, s. 429; Sümer, İş Sağlığı, s. 218.

<sup>39</sup> İşçinin talep edebileceği zarar kalemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 766-782; Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, s. 93-113; Süzek, İş Hukuku, s. 429-432; Sümer, İş Sağlığı, s. 218-233; Kocagil, Tazminatlar, s. 195-202.

maddede sınırlı sayıda olacak biçimde (tahdîdî-*numerus clausus*) değil, örnekseme (tadâdî) yoluyla yer almaktadır<sup>40</sup>.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işçinin ölümü söz konusuysa, bu takdirde, işçinin yakınlarının talep edebilecekleri tazminata ilişkin zarar kalemleri, TBK.m.53'te yer almaktadır. Buna göre, *cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar (destekten yoksun kalma tazminatı)* işçinin yakınları tarafından talep edilebilir<sup>41</sup>. Bu madde uyarınca tazmini talep edebilecek zarar kalemleri de kanunda örnekseme yoluyla sayılmaktadır. İşçinin yakınları, bu zarar kalemlerinden başkaca zararının da olduğunu ispatladığı takdirde, o zararın tazminini de işverenden talep edebilmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda meydana gelen zararlar, genellikle ileriki zamanlarda da meydana gelebilecek zararlardır<sup>42</sup>. Başka bir deyişle, söz konusu zararlar meydana gelmeleri bakımından ani bir olgu değil, süreklilik arz eden olgulardandır. Bundan başka, iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda meydana gelen zararlar, kişi, ihtimâl ve olaydaki kusur gibi değişkenler olduğu için, hesaplanması oldukça güç olan zararlardır<sup>43</sup>. Örneğin, iş kazası sonucunda parmakları yaralanan bir nakkaşın durumunda, parmaklarını ne zaman, hangi ölçüde kullanacağı ya da kullanamayacağı hususları belli değildir. Bununla birlikte, nakkaşın yaşı, kazadan önceki sağlık durumu ve piyasa koşullarında iş yapma kabiliyeti de dikkate alınması gereken değişkenlerden sadece bazılarıdır. Ayrıca, nakkaşın, hassas el hareketleri gerektiren mesleği gereğince, uğradığı zararın daha da çok olması söz konusudur.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararların hesaplanmasında kullanılacak olan yöntemler, mevzuatta yer almamaktadır. Söz konusu zararların, matematiksel hesaplar gerektirmesi, yaşam tablosu değerlerine<sup>44</sup> ihtiyaç duyulması ve birçok değişkeni içermesinden dolayı, bu zararların hesaplanmasında Yargıtay içtihatlarında

<sup>40</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 219.

<sup>41</sup> İşçinin ölümü durumunda yakınlarının talep edebileceği zarar kalemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 766-782; Oğuzman - Öz, Borçlar Genel, s. 93-113; Süzek, İş Hukuku, s. 429-432; Sümer, İş Sağlığı, s. 218-233; Kocagil, Tazminatlar, s. 194-195.

<sup>42</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 429.

<sup>43</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 429.

<sup>44</sup> İşçinin kaza ya da hastalık tarihinden itibaren geriye kalan muhtemel yaşam süresini belirlemek için kullanılan tablolardır. Detaylı bilgi için bkz. Bingöl, Sigortalardan İşverenin Sorumluluğu, s. 173-174. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 14.01.2020 tarihli 2018/1444 esas sayılı kararı, "Gerçek zarar miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Sigortalı veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH2010 tablosunun bakiye ömrün belirlenmesinde esas alınması gerekecektir.", (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

belirtilen esaslar dikkate alınmaktadır<sup>45</sup>. Meslekte kazanma gücü kaybı (maluliyet oranı), iş görebilme çağının ve yaşam süresinin belirlenmesi, ücretinin belirlenmesi ve tarafların kusur durumu ve hakkaniyete etkisi, tarafların ve işçinin ekonomik durumu gibi esaslar, bunlardan bazılarıdır. Yargıtay bu esasları uygulamak suretiyle, işçinin uğradığı zararı gerçeğe en yakın biçimde belirlemeye çalışmaktadır<sup>46</sup>.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararın hesaplanmasında dikkate alınacak bir hüküm de öğretilerde tartışmalara neden olan TBK.m.55/1'dir. Bu hükme göre, bedensel zararlar ve diğer maddî zararlar, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine ve sorumluluk hukukunun ilkelerine göre belirlenir. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Sosyal güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan ve ayrıca, karşılansa bile işverene rücu edilemeyen tazminat miktarından işveren sorumlu olmaktadır<sup>47</sup>. Ayrıca, bu hüküm uyarınca, ölüme yol açmayan bedensel zararlara ve destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminatta, işverenin hafif kusurlu olması durumunda bile hâkimin hakkaniyet düşüncesi ile hesaplanan tazminatta indirim ya da artırım yapma (TBK.m.52) olanağı da bulunmamaktadır<sup>48</sup>.

İşverenin, işçiye ödeyeceği maddî tazminat belirlenirken, sosyal güvenlik yardımlarından kendisine rücu edilebilecek olan miktarın indirilmesi, tazminatın işçi için bir zenginleşme aracı olarak kullanılmamasıyla da ilgilidir<sup>49</sup>. Öte yandan, hâkim tarafından bu indirimin yapılabilecek olması için sosyal güvenlik giderlerinin belirlenmesinin gerekmesi, mahkemenin, iş kazası veya meslek hastalığına ilişkin

<sup>45</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2020 tarihli ve 2020/8254 esas sayılı kararı, "Ayrıca maddi tazminatın saptanmasında; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan ve asgari ücretle her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 03.12.2020).

<sup>46</sup> Bu esaslar hakkında açıklamalar hakkında bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 430-432; Sümer, İş Sağlığı, s. 221-227; Kocagil, Tazminatlar, s. 196-202.

<sup>47</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 760.

<sup>48</sup> Maddî tazminat zarar kadar olduğundan, hâkimin zaten artırma yapamayacağını ve hükmün, hâkimin azaltma yapamayacağına ilişkin olduğu görüşü için bkz. Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, s. 110. Bu hüküm, bazı bakımlardan öğretilerde eleştirilmektedir. Bkz. Süzek, s. 436; Murat Inceoğlu - Meliha Sermin Paksoy, Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55), Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 1383-1412.

<sup>49</sup> Kocagil, Tazminatlar, s. 205.

dosyanın Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan resmî yollarla talep edilmesini de zorunlu kılmaktadır.

### 3- Manevî Tazminat

Manevî tazminat, bir kişinin hukuka aykırı bir fiille kişilik haklarının zarar görmesi durumunda, bu zarara karşılık olarak verilen tazminattır<sup>50</sup>. Başka bir deyişle, manevî tazminat, manevî zararın tam olarak yerine getirilmesi değilse de bir ölçüde dengelenmeye çalışılmasıdır. Manevî zarar ise, bedensel ya da ruhsal anlamda zarar görenin, kendi iç dünyasında yaşadığı elem, keder ve ıstırap gibi manevî hislerden dolayı meydana gelen zarara karşılık gelmek üzere kullanılan bir kavramdır<sup>51</sup>. Manevî tazminat, Türk Hukukunda, hem bedensel zararlardan (TBK.m.56) hem de kişilik haklarına verilen zararlardan (TBK.m.58) kaynaklanarak talep edilebilir.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda bedensel zarara uğrayan işçi, şartları varsa maddî tazminatın yanında manevî tazminat da talep edebilmektedir. Öte yandan, işçinin ölümü ya da ağır bedensel zararların varlığı durumunda şartları varsa, işçinin yakınları da *işverenden* manevî tazminat talep edebilmektedir (TBK.m.56/II). Hemen belirtmelidir ki, manevî tazminat, *Sosyal Güvenlik Kurumu* tarafından ödenecek bir tazminat değildir.

İşçinin ya da yakınlarının, işverenden manevî tazminat talep edebilmeleri için kural olarak işverenin kusurunun bulunması şarttır<sup>52</sup>. Öğretide, istisna olarak, işverenin kusurunun bulunmadığı bazı durumlarda da iş kazasından doğan manevî tazminattan sorumlu olabileceği kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Bunlar, kusursuz sorumluluk hâlleri<sup>54</sup> ile iş kazasının "*feci*" şekilde gerçekleşmesi, uzun süren ve çok acı veren ameliyatlara ya da tedavilere, işçide oluşan maluliyet oranının yüksekliği gibi özel durumlardır<sup>55</sup>.

Manevî tazminatın ödenip ödenmemesi ve ödenecekse miktarının ne olacağını belirlenmesi oldukça güç bir durumu ifade eder. Zira, kişinin iç dünyasında meydana gelen acı, keder, utanma, ıstırap gibi manevî hislerin rakamsal olarak karşılığının ne olduğunun kesin olarak belirlenmesi olanaksızdır<sup>56</sup>. Bu durumun doğal bir sonucu

<sup>50</sup> Sümer, İş Sağlığı, s. 234; Eren, Borçlar Genel, s. 802; Esasen, manevî zarar, karşılığında aynı ya da nakdî bir ödeme yapılmak suretiyle tam manasıyla karşılanabilecek bir şey değildir. Bundan dolayı, öğretide, manevî tazminatın işlevi hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerde, manevî tazminatın, tatmin edici, telâfi edici, cezalandırma, caydırma ve denkleştirme gibi birtakım işlevlerinin olduğu belirtilmektedir. Söz konusu işlevlere, Yargıtay da zaman zaman kararlarında vurgu yapmaktadır. Bu işlevler hakkında detaylı bilgi için bkz. Osman Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S. 3, 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 233-238; Eren, s. 806-809.

<sup>51</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 445; Sümer, İş Sağlığı, s. 234.

<sup>52</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 813; Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 711; Süzek, İş Hukuku, s. 447.

<sup>53</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 447; Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, s. 260.

<sup>54</sup> Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, s. 272.

<sup>55</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 447.

<sup>56</sup> Bu yüzden, TBK.m.58'de kanun koyucu, "*hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir. Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 710.

olarak, manevî tazminatın zarar görenin tatmin edilmesine, acısının bir nebze de olsa hafifletilmesine hizmet ettiği ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Manevî tazminatın, bu özellikleri nedeniyle varlığında ya da miktarının belirlenmesinde, hâkimin takdir yetkisinin belirleyici özelliği en üst seviyededir<sup>58</sup>. Öte yandan, zarar görenin ne miktarda tazminat talep edebileceği de oldukça belirsiz ve öngörülemeyen bir nitelik taşır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu hükmedilen manevî tazminatlar, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi için caydırıcı olarak kullanılabilir<sup>59</sup>. Yargıtay da bazı kararlarında, manevî tazminatın caydırıcılık işlevine vurgu yapmaktadır<sup>60</sup>. Bu manevî tazminatın miktarı, insan yaşamının ve beden bütünlüğünün kaybına önem veren yükseklikte olması gerekir.

Yukarıda aktarılan görüşte, manevî tazminatın yüksek olmasıyla korunmak istenen değerler, hiç şüphesiz hukukun en üst seviyede koruması gereken değerler olarak kabul edilmelidir. Ancak, bu değerlerin korunmasında manevî tazminatın çok yüksek miktarlarda olmasının bir araç olarak kullanılmasının, kasıtlı, ağır kusurlu ve hatta hafif kusurlu işverenler açısından olmasa da bazı özel durumlarda, kusursuz olarak sorumlu tutulan işveren açısından hakkaniyete uygun olup olmadığı konusu üzerinde titizlikle durmak gerekir. Zira, kusuru olmayan bir işverene, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanması nedeniyle caydırıcı olması için verilen yüksek miktardaki manevî tazminat, somut olay adaleti açısından manevî tazminat kurumunun amacını aşar nitelikte sonuç doğurabilir. Örneğin, iş kazası ya da meslek hastalığından, bazı özel durumlarda, kusursuz olarak sorumlu tutulan işveren, ekonomik geleceği sarsıcı ve işletmesinin malî durumunu düzeltmez bir duruma getirilebilir. Bu nedenle, sadece iş kazalarını önleme düşüncesinden hareket ederek, yüksek seviyede manevî tazminata hükmedilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Böyle bir düşüncenin, iş sağlığı ve güvenliğinin, işletmelerin kapanmasının önüne geçmek suretiyle ülke ekonomisini koruma amacıyla da tutarlı olduğu kabul edilebilir.

<sup>57</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 445; Sümer, İş Sağlığı, s. 234.

<sup>58</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 818.

<sup>59</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 448.

<sup>60</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 02.11.2020, E.2020/8254, K.2020/6194, “... bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.(HGK 23.6.2004,13/291-370) Manisa ili ... ilçesinde bulunan Eynez yeraltı maden ocağında 13/05/2014 tarihinde meydana gelen yargılamaya konu iş kazasının 301 kişinin ölümüne ve 486 kişinin yaralanmasına yol açtığı, son yüz yılın en büyük iş kazalarından birisi olan bu iş kazasının yalnızca iş kazasına uğrayanlarda veya kazalılarının yakınlarında değil toplumun tamamında derin bir üzüntü meydana getirdiği, bu kapsamda ... maden kazası gibi toplumu derinden etkileyen facialarda hüküm altına alınan manevi tazminat tutarları değerlendirilirken manevi tazminatın caydırıcılık unsurunun öne çıkması gerektiği kabul edilmelidir.” (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, Erişim Tarihi: 03.12.2020).



## II. TAZMİNAT TALEPLERİNİN BAZI USÛL HUKUKU KURUMLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A) USÛL HUKUKUNUN BAZI İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1- Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi Karşısında TBK.m.55/I

Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, bedensel zararlara ve destekten yoksun kalmaya ilişkin hesaplanan maddî tazminatın, hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmasının ya da azaltılmasının mümkün olmadığına ilişkin emredici nitelikte bir hüküm yer almaktadır. Öncelikle, söz konusu hükmün konulmasındaki amacı belirlemek üzere, Adalet Komisyonu'na verilen önergeyi dikkate almak gerekmektedir<sup>61</sup>. Öğretide, önerge dikkate alınarak yapılan bir değerlendirmede, söz konusu düzenlemenin, hâkimin salt hakkaniyeti gerekçe göstererek, tazminat miktarında keyfî indirim ya da arttırmalarda bulunamamasının amaçlandığı ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

Önergede açıkça belirtildiği üzere, kanun koyucunun, TBK.m.55/I'nin son cümlesinde yer alan hükümde, hâkimin TMK.m.4 uyarınca olan takdir yetkisinin ve ayrıca TBK.m.50 vd. maddeleri uyarınca olan hakkaniyete göre tazminatı belirleme yetkisinin ortadan kaldırılmasını amaçladığı ifade edilebilir<sup>63</sup>. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, hâkimin, oldukça karmaşık ve teknik hesaplar gerektiren maddî zararın hesaplanması için başvurduğu aktüerya bilirkişisinin oy ve görüşündeki miktar üzerinde hiçbir değişiklik yapamadan tazminata hükmetmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır<sup>64</sup>. Bu nedenle, bu hükmün gereksiz olduğunu kabul etmekle beraber, hükmün amacının hâkimin keyfî karar vermesini engellemek olduğu görüşünün isabetli olmadığı düşünülmektedir.

Söz konusu hüküm, öğretide, maddî hukuka ilişkin olarak, hâkimin takdir yetkisini kısıtladığı ve hâkime hakkaniyete göre tazminat vermesine ilişkin hükümler olan TBK.m.50, 51 ve 52'ye aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>65</sup>. Hatta, bu hükmün, kanundaki boşluk doldurma yöntemleri kullanılarak uygulanmaması yönünde

<sup>61</sup> "Tasarının 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, hâkim, genel takdir hakkı (TMK m.4) yahut hakkaniyet (818 sayılı BK m.43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyecektir. Tazminat, azlığından bahisle takdireen arttırılamayacak, çokluğundan bahisle takdireen indirilemeyecektir. Zarar görenin hafif kusuru ile müzyakaya düşme (yoksullaşma)nin bir arada gerçekleşmiş olması (Tasarının 52/II, 818 sayılı BK m.44) hâli ve Tasarının m.52/I hükmündeki özel hâller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle "çokluk indirimi/hakkaniyet indirimi yahut azlık arttırımı/hakkaniyet arttırım" yolu kapatılmıştır... Tazminatın önleyici işlevi, kriterlere ve verilere uygun olarak belirlenen sonuca (miktar), alacaklı ve borçlu dışında bir özne tarafından dokunulmamasına bağlıdır. Bu, hâkim de olsa...", İnceoğlu - Paksoy, s. 1392.

<sup>62</sup> İnceoğlu - Paksoy, s. 1394.

<sup>63</sup> Bu yöndeki görüş için bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 437; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. 1, Ankara 2016, s. 936.

<sup>64</sup> Bir görüşe göre, bu durum, "...hâkimi, bilirkişi raporuyla hüküm arasında bir aracı haline getirir ki; böyle bir anlayışın, hukuk devleti ve onun ayrılmaz bir unsurunu teşkil eden yargı bağımsızlığı ilkesiyle (AY m.2; m.138) bağdaştırılamayacak olması sebebiyle, kabulü mümkün değildir.", Tanrıver, Usûl, s. 938.

<sup>65</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 438.

dahi görüşler ileri sürülmektedir<sup>66</sup>. Yargıtay da son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında, TBK.m.55/I hükmünün hâkimin hakkaniyete uygun bir indirim yapmasına engel olmayacağına yönelik kararlar vermektedir<sup>67</sup>.

Anayasa Mahkemesi, TBK.m.55/I hükmünün anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin olarak verdiği kararda, söz konusu hükmü anayasaya aykırı bulmamıştır<sup>68</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu karara ilişkin olan dayanaklarından biri, söz konusu hükmün mülkiyet hakkını koruyan bir düzenleme olmasıdır<sup>69</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu karara ilişkin dayanaklarından diğeri ise, hâkimin tazminat miktarını bu hükme rağmen serbestçe değerlendirebiliyor olmasıdır<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 438.

<sup>67</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 26.02.2019 tarihli ve 2018/6577 esas sayılı kararı, "...öte yandan davacı eşin ... evlilik dışı birlikteliğinden çocuklarının dünyaya geldiği de dikkate alınarak, bu davacının maddi tazminat alacağından yapılan evlenme olasılığı indiriminin az olduğu da gözetilerek, hakkaniyete uygun bir miktarda evlenme olasılığı indirimi yapılması, ... Mahkemece, maddi tazminatın hesabında açıklanan bu hususlara dikkat edilmeksizin karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Aynı kararda yer alan karşı oy yazısı için bkz. "...somut olayda, TBK' nun 55. maddesinde açıklanan indirim yasağı nedeniyle davacı eşin tazminatından hakkaniyet indirimi yapılamayacağı gibi, tazminattan indirim koşullarını açıklayan TBK' nun 52. maddesinin de uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Yüksek Özel Daire Sayın Çoğunluğunun bozma ilamındaki, davacı eşin tazminatından hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine ilişkin kısmına yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı katılmıyoruz." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 10.12.2020).

<sup>68</sup> Bu karar için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019, E.2019/34, K.2019/97, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başvurusu.

<sup>69</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019, E.2019/34, K.2019/97, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başvurusu, "...Tazminatın amacı zararın tazmin edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle tazminat, zarar görenin zenginleşmesi veya zarar verenin cezalandırılması sonucuna yol açmamalıdır. Dolayısıyla hesaplanacak tazminatın azami miktarı gerçek zarar ile sınırlıdır. Bu yönüyle kural, hesaplanan tazminatın yalnızca miktar gözetilerek azaltılamayacağını öngörmek suretiyle zarar görenin mülkiyet hakkı kapsamındaki meşru beklentisini korumaktadır. Öte yandan aynı nedenle tazminat miktarının artırılmamasına ilişkin kural fazla tazminat ödenmesini engellemek suretiyle, zarar verenin mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu nedenle, zarar veren ve zarar gören tarafların menfaatlerini adil bir şekilde dengeleyerek tarafların mülkiyet hakkının korunmasını amaçladığı anlaşılan kuralın zarar görenin veya zarar verenin mülkiyet hakkını sınırlandıran bir yönü bulunmamaktadır."

<sup>70</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 25.12.2019, E.2019/34, K.2019/97, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başvurusu, "...Tazminatın hesaplanabilmesi yerleşik yargı uygulamasında da kabul edildiği üzere hukuk bilimi dışında özel bilgi gerektirmektedir. Bu sebeple tazminat hesaplanması gereken davalarda mahkemeler bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verebilmektedir. Bilirkişinin görüşüne başvurulmasının hukuki dayanağı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesidir. Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde "Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir" denilmektedir. Ancak bilirkişinin görüşünün alınması, hâkimin bu görüşe bağlı kalarak karar vermesini zorunlu kılmamaktadır. Hâkim diğer delillerle birlikte bilirkişi görüşünü de serbestçe değerlendirme ve gerektiğinde bu görüşe itibar etmeme yetkisine sahiptir. Nitekim anılan Kanun'un 282. maddesinde "Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir" kuralına yer verilerek bilirkişinin görüşünün bağlayıcı olmadığı ve hâkim tarafından serbestçe değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hâkimin destekten yoksun kalma zararı ile bedensel zararın varlığı hâlinde maddi tazminatın hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunu da diğer deliller ile birlikte serbestçe değerlendireceği açıktır. Bu itibarla kuralın hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini ihlal eden bir yönü

Hâkimin, maddî zararın hesaplanması için başvurduğu aktüerya bilirkişisinin raporundaki miktar üzerinde hiçbir değişiklik yapamadan tazminata hükmetmesi durumu, usûl hukuku bakımından değerlendirildiğinde, HMK.m.282’de yer alan temel bir kurala da aykırılık oluşturmaktadır<sup>71</sup>. Sözü geçen kurala göre, hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirmelidir. İşaret edilen hükümden de anlaşıldığı üzere, bilirkişi oy ve görüşü, usûl hukukuna göre takdirî delil niteliğindedir<sup>72</sup>. Takdirî delil niteliğinde olan bilirkişi oy ve görüşünde yer alan miktarda hâkimin değişiklik yapamaması, başta Anayasa’nın 138’inci maddesindeki hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır<sup>73</sup>. Ayrıca, söz konusu durumun, yargı fonksiyonunun ruhuna aykırı olduğu da ifade edilebilir.

Usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilme ilkesidir (HMK.m.198). Bu ilke, takdirî deliller açısından işlerlik kazanan bir ilkedir<sup>74</sup>. Hâkim, bu ilke gereğince, uyuşmazlığı çözerken tarafların sunduğu ya da kendisinin talep etmesiyle önüne gelen takdirî delillere kesin bir biçimde bağlı kalmadan ve fakat bağımsız ve tarafsız olarak o delilleri serbestçe değerlendirerek bir sonuca varır. Hiç şüphesiz, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ifadesi, hâkimin keyfî biçimde hareket etmesi anlamına gelmemektedir. Hâkim, bu delillere dayanmaktan vazgeçecekse, bunun dayanaklarını gerekçeli olarak kararında belirtmelidir<sup>75</sup>. Bu nedenlerle, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddî tazminatlarında, hâkim, takdirî delil niteliğinde olan bilirkişi oy ve görüşünü serbestçe değerlendirmeli ve bu delile dayanmayacaksa ya da tazminat miktarı konusunda bilirkişiden farklı bir görüşteyse, farklılığın nedenlerini gerekçeli olarak belirtmek suretiyle bir karar verebilmelidir.

Öte yandan usûl hukukuna egemen olan ilkelerden biri, tarafların eşitliği ilkesidir. İşçinin korunması ilkesi maddî hukuka ilişkin bir ilke olup, yargılama usûlü bağlamında mutlak olarak uygulanması mümkün olmamalıdır. Aksi bir uygulamanın sonucunda, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan *“tarafların eşitliği ilkesi”* zedelenecektir.

Sonuç olarak, TBK.m.55/1’in son cümlesinin Anayasa’nın 138’inci maddesine, TBK.m.50, 51 ve 52 hükümlerine, usûl hukukunda temel ilkeler konumunda bulunan *“hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi”* ve *“tarafların eşitliği”* ilkelerine ve HMK.m.282’ye aykırı bir hüküm olduğu ifade edilebilir. Kanun koyucunun, söz konusu düzenlemeyi yapmasının bir nedeninin, hâkimin manipüle edilerek, hâkimlerin tazminat miktarında keyfî olarak ve değişiklik yapabilmesi<sup>76</sup> ya da hesaplanan tazminat miktarında indirim yapabilmesi olasılığıdır. Başka bir deyişle, kanun koyucunun amacı,

---

*bulunmamaktadır. ... Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 17., 35. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”*

<sup>71</sup> Tanrıver, Usûl, s. 936; Süzek, İş Hukuku, s. 437.

<sup>72</sup> Hakan Pekcanitez - Oğuz Atalay - Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku, C.II, Ankara 2016, s. 1943-1946; Tanrıver, Usûl, s. 936; Ali Cem Budak / Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 286.

<sup>73</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 437; Tanrıver, Usûl, s. 936-939.

<sup>74</sup> Tanrıver, Usûl, s. 407-408; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 843.

<sup>75</sup> İnceoğlu - Paksoy, s. 1396; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 844; Tanrıver, Usûl, s. 409.

<sup>76</sup> İnceoğlu - Paksoy, s. 1395-1396.

işçinin korunması ilkesini zedeleyecek bir kararın çıkması olasılığını engellemektir. Ancak, söz konusu olasılığın, anayasaya, temel usûl hukuku ilkelerine ve kanunlara aykırı olarak bir düzenleme yapılarak engellenmesi hukuk sistemini zedelemektedir. Bu olasılık, hukuk sistemi içerisinde başkaca yollarla da önemli ölçü de engellenme olanağına sahip olabilir. Örneğin, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddî tazminat taleplerinde, özellikle ilk derece mahkemelerince, hesaplanan tazminat miktarının değiştirilebilmesine ilişkin bazı ölçütler, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay kararlarında kapsamlı ve detaylı olarak belirlendiği durumda, söz konusu olasılığın gerçekleşme riski de önemli ölçüde düşecektir. Öte yandan, ilke kararı niteliğinde olan Yargıtay kararlarının, hâkimlerin terfi kaygıları gibi nedenlerle verdiği kararlarda fiilen bağlayıcı olması<sup>77</sup>, bu öneriyi daha işlevsel hâle getirmektedir.

## 2- Çabukluk İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Yargılamaya ilişkin olarak evrensel bir ilke konumunda olan adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde, unsurlarıyla birlikte düzenlenmektedir<sup>78</sup>. Bu düzenlemeye göre, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri, mâkûl sürede yargılanma hakkıdır. Mâkûl sürede yargılanma hakkı, anayasal (Anayasa'nın 36'ncı ve 141'inci maddeleri) ve kanunî düzeyde Türk Hukukunda yer almaktadır. HMK.m.30'da düzenlenen "*usûl ekonomisi ilkesi*", yargılamaların mâkûl sürede ve gereksiz gider yapılmadan, düzenli bir biçimde yürütülmesini ve tamamlanmasını öngörmektedir. Bu nedenlerle, mâkûl sürede yargılanma hakkı, usûl hukukunun temel bir ilkesi olarak da kabul edilmektedir.

İş hukukuna ilişkin yargılamalarda, usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin yanında, dört ilkenin öne çıktığı ifade edilmelidir. Bunlar, basitlik, ucuzluk, işçi lehine yorum ve çabukluk ilkeleridir<sup>79</sup>. Zira, iş hukukuna ilişkin yargılamalar sonucunda verilecek olan karar, çoğunlukla işçinin ekonomik durumunu etkilemektedir. Bu nedenle, işçilerin ekonomik durularındaki belirsizliğin bir an önce giderilmesi ve işçinin yüksek yargılama giderlerine maruz bırakılmadan hak arama yollarını etkin biçimde kullanması önem taşımaktadır. Bu nedenle, adil yargılanma hakkının ve usûl ekonomisi ilkesinin, iş hukukuna ilişkin yargılamalardaki görünüm şekli, basitlik, ucuzluk ve çabukluk ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ve usûl ekonomisi ilkesinin mâkûl sürede yargılanma unsuru, iş hukukuna ilişkin yargılamalarda çabukluk ilkesi olarak ifade edilmektedir. İş kazası ve meslek kazasından doğan tazminat taleplerine ilişkin yargılamalarda, çabukluk ilkesinin önemi daha da artmaktadır. Zira, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu işçi ya yaşamını yitirmektedir ya da çalışma gücü kaybına uğramaktadır. Bu nedenle, işçinin ya da destekte bulunduğu yakınlarının uğradığı veya uğrayacağı zarar kalemleri, mahkeme tarafından bir an önce belirlenerek karara bağlanmalıdır. Zira, bu

<sup>77</sup> Rona Serozan, Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 42.

<sup>78</sup> AHİS. m.6'ya göre adil yargılanma hakkı, "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. ...*", ([https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), 01.01.2021).

<sup>79</sup> Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 272; Turgut, İş Yargılaması, s. 67-74.

tazminat miktarı, işçinin ve yakınlarının hayatlarını idame ettirebilmeleri için oldukça önem taşımaktadır.

Durum bu iken, iş mahkemelerindeki uygulamaya bakıldığında, çabukluk ilkesinin iyi bir seviyede işlerlik kazandığını söyleyebilmek mümkün değildir. Gerçekten, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen olaylar da bu tespiti doğrulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, iş kazası sonucu yaralanan işçinin, işverene karşı açtığı davanın 7 yıl 6 ay 10 gün sürdüğü görülmektedir<sup>80</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu süreyi mâkûl bir süre görmemiş ve mâkûl sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle, başvurucu işçiye tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruyu incelerken, gecikme nedenlerini titizlikle incelemiş ve bunları tespit etmiştir. Buna göre, dosyaya bakan hâkimlerin sıklıkla değişmesi (somut olayda dört defa), bilirkişi raporunun uzun süre beklenmesi (somut olayda dokuz ay), ceza mahkemesindeki davanın sonucunun bekletici mesele yapılması ve taraf vekilinin bazı duruşmalara katılmaması nedenleriyle yargılamanın uzadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, ceza mahkemesinin kararının bekletici mesele yapılmaması gerektiği yönünde görüşünü açıklamıştır. Bundan başka, Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki, *“yirmi bir kez duruşma yapıldığı ve bu duruşmaların aralarında üç ay bulunduğu”* ifadesi dikkat çekmektedir. Zira, bu durum, yapılan yirmi bir duruşmanın yirmisinde bir karara varılmadığını belli etmektedir<sup>81</sup>.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu bu kararda, isabetli olarak, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararını bekletici sorun yapmasının gereksiz olduğunu belirtmektedir. Zaten, bu kararda belirtilen husus, TBK.m.74'de de yer almaktadır. Fakat, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararını beklemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>82</sup>.

Somut olay dışında, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bu tespitlere ek olarak, Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurulmadan işverene yöneltilen davalarda, iş mahkemesinin dosyayı kuruma göndermesi ve kurumun bu incelemeyi tamamlaması

<sup>80</sup> Bu karar için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 23.01.2014, Başvuru Numarası: 2013/4701, Tefik Yıldırım Başvurusu.

<sup>81</sup> Bunun bir nedeni, hâkimlerin dosyayı okumaya vakit bulamayıp dosyayı okumak ve kontrol etmek amacıyla *“kontrol duruşması”* yapmaları olabilir. Bunun sonucunda, çok daha az sayıda duruşmada bitebilecek bir uyuşmazlık, onlarca duruşmadan sonra ancak karara bağlanmaktadır. Bu anlamdaki açıklamalar için bkz. Özkes, Muhammet, Bu Ortamda Adliyeler Niye Çalışıyor veya Gerçekten Çalışıyor mu?, <https://www.linkedin.com/in/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6/detail/recent-activity/> (24.12.2020).

<sup>82</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2019 tarihli ve 2016/5839 esas sayılı kararı, *“Dosya kapsamından meydana gelen kaza iş kazası olarak kabul edilerek SGK tarafından geçici iş göremezlik geliri ödendiği ve ... İş Mahkemesi'nde 2011/1256 esas sayılı dosyası ile SGK tarafından davalılar aleyhine rücu davası açıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre SGK tarafından rücuya tabii ödeme yapıldığı ve buna ilişkin açılan davanın devam ettiği anlaşıldığından eldeki dava ile ilgisi olması halinde iş mahkemesi davasının bekletici mesele yapılmasına karar verilmesi, iş mahkemesi kararı kesinleştiğinde sonucuna göre hesaplanan tazminattan mahsubu için ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması isabetli olmamıştır.”* (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 01.01.2021).

arasındaki geçen sürenin de yargılamayı uzatan bir neden olduğu ifade edilebilir. Bu sürenin, her dosyada değişmekle beraber, yaklaşık ve ortalama olarak üç ay olduğu ifade edilebilir<sup>83</sup>.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan davalarda yargılamayı geciktiren nedenlerden bazıları, yargı sisteminin kronikleşen sorunlarıdır. Hâkimlerin coğrafi yer teminatı olmaması sebebiyle sık sık yer değiştirmesi, bilirkişilerin dosyayı inceleme süreleri ve tarafların ya da vekillerinin duruşmaya katılmaması kronik sorunlardandır. Uygulayıcılar da bu durumu kanıksamış ve kabul etmiş gözükmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararların, çabuk bir şekilde karşılanması bakımından, öğretide, işçinin ya da yakınlarının, işverene başvurmadığı durumlarda mağdur olmaması bakımından getirilen bir öneri dikkate alınabilir. Bu öneriye göre, iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda ortaya çıkan zarar kalemleri (manevî zararlar hariç), birçok yabancı ülke hukukunda olduğu gibi, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmalıdır<sup>84</sup>. Kurum, daha sonra işverene kusuru oranında rücu etmelidir. Böylece, sosyal devlet ilkesinin bir gereği de yerine getirilmiş olur.

Bu öneri kabul edildiğinde, işçinin ya da yakınlarının işverene başvurmadan, manevî zarar dışındaki zararlarının karşılanması, mahkemeye göre oldukça hızlı şekilde gerçekleşmektedir. Böyle bir düzenlemenin, mahkemelerin iş yükünü azaltacağı, devletin işyerlerini daha sıkı biçimde denetlemesine neden olacağı ve işçi veya yakınlarının mağduriyetlerini gidereceği tahmin edilmektedir. Ancak, bu önerinin, ülkemizde uygulanması biraz güç görünmektedir. Zira, mevcut uygulamada, işçiye veya yakınlarına verilen sosyal sigorta ödenek ve yardımlarının toplamı, mahkemece işverenin ödemesine hükmedilen tazminat miktarının en iyi ihtimalde üçte biri oranında olmaktadır. Tüm zarar kalemlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılandığı olasılığa, devletin sorumluluğunun kapsamı oldukça artmış olmaktadır.

### 3- Tasarruf İlkesi Gereğince İhtiyarî Tahkim Şartının Konulabilmesi

Özel hukuktaki *irade serbestisi ilkesinin*, usûl hukukundaki yansımasını *tasarruf ilkesi* oluşturmaktadır<sup>85</sup>. HMK.m.24'de kanunî dayanağını bulan tasarruf ilkesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin yargılama sürecinin başlatılmasında, uyuşmazlık konusunun belirlenmesinde ve uyuşmazlığın sona erdirilmesinde taraf iradelerinin esas olmasını ifade eder<sup>86</sup>. Bu anlamda olmak üzere, taraflar, uyuşmazlık konusu hakkını dava edip etmemekte, dava ettikten sonra davalı ile yargılama içinde ya da dışında

<sup>83</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 22.09.2020 tarihli ve 2020/7591 esas sayılı kararı, "Yapılacak iş, davacılar iş kazasını Sosyal Güvenlik Kurumuna ihbarda bulunmak, olayın Kurumca iş kazası olarak kabul edilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumuna ve hak alanını etkileyeceğinden işveren aleyhine "iş kazasının tespiti" davası açması için önel verilmesi, tespit davası, bu dava için bekletici sorun yapılarak çıkacak sonuca göre; olayın Kurumca iş kazası olduğunun kabul edilmesi halinde ise davacının, geçirdiği iş kazasına ilişkin tüm tıbbi evraklar temin edildikten sonra, davacılar kurum tarafından bu kaza olayından dolayı gelir bağlanıp bağlanmadığı sorulduktan sonra bağlanmış ise bu gelirlere ilişkin ilk peşin sermaye değerleri dosyaya celp edilerek çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 01.01.2021).

<sup>84</sup> Bu görüş için bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 422-423.

<sup>85</sup> Tanrıver, Usûl, s. 350; Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 209; Atalı – Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 98.

<sup>86</sup> Tanrıver, Usûl, s. 350; Atalı - Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 98.

uzlaşmakta, arabulucuya gitmekte, sulh olmakta, açmış olduğu davadan feragat etmekte ve ayrıca, kanun yollarına başvurmakta ya da bunlardan feragat etmekte serbesttir<sup>87</sup>. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü sürecinde, tasarruf ilkesi kural olmakla birlikte, bu ilkenin istisnaları da vardır<sup>88</sup>.

Özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, tarafların iradeleriyle, yargısal usullere uymak suretiyle, devlet mahkemelerinin yerine, bir ya da daha fazla bağımsız ve tarafsız hakemden oluşan bir yapı tarafından, tarafları bağlayıcı bir şekilde karara bağlanmasına “*tahkim*” denilmektedir<sup>89</sup>. Tahkim, Türk Hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun on birinci kısmında düzenlenmektedir<sup>90</sup>.

Tahkimin, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde olup olmadığının öğretilerde tartışmalı olması bir tarafa bırakılırsa<sup>91</sup>, ülkemizde ve dünyadaki hukuk sistemlerinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle birlikte, uygulama alanının hızla genişlediği görülmektedir. Nitekim, dünyada ve ülkemizde birçok tahkim kurumları ve alternatif uyuşmazlık çözüm merkezleri kurulmaktadır<sup>92</sup>. Tahkimin hukuk sistemlerindeki bu gelişimini, devlet mahkemelerinin ağır işleyen ve yüksek maliyet getiren mekanizması da etkilemektedir. Bu durumda, tahkimin, ekonomik ve hızlı bir çözüm olanağına sahip olması, devlet mahkemelerinde uygulanacak maddî hukuk ve usûl hukuku kurallarının belirli olması karşısında, tarafların uygulanacak kuralları kendilerinin belirleme olanağına sahip olması ve ayrıca devlet mahkemelerinden çok daha iyi bir seviyede gizliliğe önem vermesi gibi özellikleri de etkili olmaktadır<sup>93</sup>.

Türk Hukukunda, tarafların, aralarında doğmuş ya da doğması muhtemelen olan uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesine ilişkin yaptığı tahkim sözleşmesi ya da temel sözleşmede yer alan tahkim kaydının hangi konularla sınırlı olduğu, HMK.m.408’de yer almaktadır. Buna göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli

<sup>87</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 783.

<sup>88</sup> Bu istisnalar için bkz. Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 792-795; Görgün - Börü – Toraman - Kodakoğlu, Usûl, s. 342.

<sup>89</sup> Kuru, Usûl, s. 659; Pekcanitez - Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2593-2594; Atalı – Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 725-726; Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 214; Asiye Şahin Emir, İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S. 2, 2020, s. 908-909; Görgün – Börü – Toraman - Kodakoğlu, Usûl, s. 767.

<sup>90</sup> Çalışmada tahkim kavramı, iç (millî) tahkim esas alınarak kullanılmaktadır.

<sup>91</sup> Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindedir. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 211. Öğretilerde ileri sürülen diğer görüşe göre tahkim, gerçek anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Pekcanitez - Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2600-2601, 2812-2813; Ekmekçi – Özekes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 11-12; Atalı – Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 765-766.

<sup>92</sup> ICC (International Chamber of Commerce- Milletlerarası Ticaret Odası) Tahkimi, Swiss Chambers’ Arbitration Institution, WIPO Arbitration and Mediation Center, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), TOBB Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ve KTO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi bu kuruluşlara örnek olarak verilebilir.

<sup>93</sup> Pekcanitez - Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2602-2603. Ülkemizde, bazı hukuk çevrelerinde, mahkemelerin artık tarihsel işlevini tamamladığını ve geleceğin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Ejder Yılmaz, Selçuk Hukuk Kongresi, 2020.

değildir. Öte yandan, tahkim sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber<sup>94</sup>, usûl hukuku sözleşmesi olarak, maddî hukuk sözleşmesi olarak ya da karma nitelikte bir sözleşme olarak nitelendirilse de “sözleşme” olmasından dolayı, Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmenin kurulmasına ilişkin kuralları dikkate alınması gerekir. Böylece, tahkim sözleşmesi, *irade fesadı hâlleri ve aşırı yararlanma* gibi geçersizlik nedenlerinin varlığı durumunda iptal edilebilir bir nitelik taşımaktadır<sup>95</sup>.

Ülkemizde, bireysel iş hukukunda tahkimin uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanacaksa hangi konularla sınırlı olduğuna ilişkin düzenlemelerin, İş Kanunu’nun 20’nci ve 21’inci maddelerinde yer aldığı kabul edilmektedir. Söz konusu maddelerden hareketle hem öğretide hem de Yargıtay uygulamasında, bireysel iş hukukundan doğan uyuşmazlıklardan sadece fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir neden olmadığı iddiası ve işe iade talebi nedeniyle tahkime başvurulabileceği kabul edilmektedir<sup>96</sup>.

Kanımızca, bireysel iş hukukuna ilişkin olarak tahkime elverişliliğin kapsamını daraltan bu kabul, isabetli değildir. Bir uyuşmazlık hakkında tahkime gidilip gidilemeyeceği o uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmaması ile ilgilidir. Tahkime elverişlilik, iç tahkim bakımından HMK.m.408’de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, taşınmazın aynına ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Söz konusu düzenleme, hem amaçsal olarak yorumlandığında, tahkime elverişliliğin kural, tahkime elverişsizliğin istisna olduğunun kabulü gerekir. Zira, düzenlemede tahkime elverişli olan uyuşmazlıklar sayılmamıştır. Bunun yerine, HMK.m.408’de tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar sayılmış ve bunların dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir. Türk Hukukunda, iç tahkime ilişkin olarak bir uyuşmazlığın, tahkime elverişli olmaması için öncelikle HMK.m.408’de sayılan uyuşmazlıkların kapsamında kalması ya da kanunlarda tahkime elverişli olmadığına yönelik açık bir düzenleme bulunması gerekir. Bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, HMK.m.408’deki taşınmazın aynına ilişkin ve tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklardan değildir. Yine, İşK.m.20 ve 21’de bireysel iş hukukuna ilişkin olarak tahkime gidilemeyeceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Söz konusu düzenlemelerde, özel olarak fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir neden olmadığı iddiası ve işe iade talebi ile ilgili olarak tahkime gidilebileceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, İşMK.m.20 ve 21’den hareketle, bireysel iş hukukuna ilişkin diğer uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Öte yandan, kamu düzeni ve zayıf

<sup>94</sup> Tahkim sözleşmesinin niteliği hakkında görüşler ve usûl hukuk sözleşmesi olduğu yönündeki görüş için bkz. Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul 2017, s. 64-81.

<sup>95</sup> Atalı – Ermenek - Erdoğan, *Usûl*, s. 730-731; Pekcanitez - Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, s. 2597-2598.

<sup>96</sup> Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, s. 246; Pekcanitez/ Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, s. 2640; Şahin Emir, *İş Hukukunda Tahkim*, s. 914-919; Nuri Çelik, *İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, s. 20-21; Köme Akpulat, *İş Mahkemeleri*, s. 218. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2012/45651 esas sayılı kararı, “*İş güvencesi hükümleri dışında, İş Kanunu’nda işçilik alacakları ile ilgili tahkim şartı öngörülmediğinden, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, açık yasa düzenlemesi dışında bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelge ile özel hukuk kurulu ve tahkim kurulu öngörmesi, iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır.*”, Şahin Emir, *İş Hukukunda Tahkim*, s. 918.



tarafın korunması gibi soyut kavramları gerekçe göstererek, tahkime elverişliliğin kapsamının daraltılması, tahkimin Türk Hukukundaki gelişme sürecine zarar vermektedir. Sonuç olarak, kanımızca, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir neden olmadığı iddiası ve işe iade talebi dışındaki bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüş isabetli değildir.

Mevcut düzenleme ve bu düzenlemenin öğretide ve uygulamada yorumlanması sonucunda, işçilerin, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerine ilişkin olmak üzere işverenle anlaşılabilir tahkim yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bu düzenlemenin ve yorumların isabetli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte, arabuluculuğa ilişkin HUAK.m.18/5 ve uzlaştırmaya ilişkin CMK.m.253/19'daki düzenleme ile açık bir çelişki içerisinde olduğu ifade edilmelidir. Zira, birçok çekinceye dolaylı zorunlu arabuluculuğa tâbi tutulmamış ve çözülmesine ilişkin olarak tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiş bir uyuşmazlığın, ihtiyarî arabuluculukta çözümlenebilmesi, ceza yargılamasında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan uzlaştırmaya zorunlu olarak tâbi tutulması ve uzlaştırma sonucunda tazminat konusunda anlaşılması durumunda, bu miktar hakkında dava açılmayacağına ilişkin düzenlenmesi bir çelişkidir. Bu durum, iş hukuku ve usûl hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi hukuk sisteminin mantıklı bir bütünlük oluşturmaya engel oluşturmaktadır.

Alman Hukukunda, Türk Hukukuna benzer şekilde, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilmesi oldukça sınırlandırılmıştır. Fakat Alman Hukukunda son dönemlerde ortaya çıkan bir görüş, yasal düzenlemeler getirilmek suretiyle bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime götürülmek suretiyle çözümlenebilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>97</sup>. Bu görüşe göre, tahkime götürülen söz konusu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk kuralları seçilirken dikkat edilmelidir. Zira, tahkime başvuru işçiyi koruma ilkesinin zedelenmesine yol açmamalıdır<sup>98</sup>. Öte yandan, ZPO § 1051'de yer alan hakemlerin kendi takdir yetkilerini kullanarak karar verebilmeleri kuralı da bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime götürüldüğü durumlarda uygulanmamalıdır<sup>99</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere hukuk sistemlerinde, bireysel iş hukukuna ve dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığından doğan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebilmektedir. Bu hukuk sistemlerinde, tahkime başvurunun zorunlu olarak kabul edildiği durumlar dahi mevcuttur. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde, bireysel iş hukukuna ilişkin tahkim uygulaması, öğreti tarafından eleştirilmektedir<sup>100</sup>. Söz konusu eleştirilerin merkezinde, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court*), tahkim kaydını (*arbitration clause*) bir süper sözleşme

<sup>97</sup> Heike Grothey-Mönch, Arbeitsgerichtliches Schiedsverfahren und Zivilrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, Göttingen 2019, s. 174.

<sup>98</sup> Heike Grothey-Mönch, Arbeitsgerichtliches, s. 180-181.

<sup>99</sup> Heike Grothey-Mönch, Arbeitsgerichtliches, s. 179.

<sup>100</sup> Elizabeth G Thornburg, Contracting With Tortfeasors: Mandatory Arbitration Clauses And Personal Injury Claims, 2004, s. 278; Thomas M Madden, Mandatory Pre-Dispute Arbitration: An Alternative Approach, 2019 MICH. ST. L. REV., s. 1079; Jean R. Sternlight, Disarming Employees: How American Employers Are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection, 2015., Scholarly Works, s. 1312.

(*Super Contract*)<sup>101</sup> olarak kabul edip, diğer sözleşmelerde olan geçerlilik şartlarına dahi bakmadan doğrudan uygulanması ve bunun sonucunda uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesinin geniş sonuçlarının olumsuz anlamda uygulamada yer bulmasına neden olması düşünceleri vardır.

Ülkemizdeki ve yukarıda değinilen ülkelerdeki durum birlikte değerlendirildiğinde, olması gereken hukuk bakımından bazı görüşler ileri sürülebilir. Öncelikle, bireysel iş hukukunda tahkim, mahkemelerin iş yükünün yoğunluğu ve mahkemelerdeki diğer kronik sorunlar nedeniyle uzun süren iş yargılamalarının neden olduğu olumsuz sonuçların azaltılması nedeniyle mevzuata girmiş bir kurumdur<sup>102</sup>. Fakat, tahkim, öğretinin ve uygulamanın İş Kanunu'nun 20'nci ve 21'inci maddelerine ilişkin yorumu nedeniyle, mahkemelerin iş yükünü azaltmamış ve kendisinden beklenen amacı gerçekleştirememiştir. İşçinin, işverene oranla, zayıf ve bilgisiz olması gibi olasılıklar nedeniyle iş hukukundaki işçiyi koruma ilkesi, tahkimin sınırlandırılmasında öne çıkmaktadır<sup>103</sup>. Ancak bu olasılıklar, tahkimin, bireysel iş hukukunda, neredeyse toptancı bir anlayışla uygulanmaması gerektiğine yönelik haklı bir gerekçe oluşturmamalıdır. Zira, tarafların usûl hukukundaki tasarruf ilkesi gereğince, tahkime başvurabilmeleri mümkün olmalıdır<sup>104</sup>. Ayrıca, tahkimin, hızlı sonuçlanan, gizlilik ilkesine riayet eden, tarafsız ve bağımsız bir yargılama prosedürü olması özelliklerinden, Türk Hukukunun faydalanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenlerle, *iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri dâhil olmak üzere bireysel iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların*, tahkim yoluyla (ihtiyarî tahkim) çözülmesine olanak sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan olumsuz sonuçtan, ülkemizin korunması amacıyla, tarafların seçeceği hakem mahkemesinin arızî (Ad-hoc) değil kurumsal hakem mahkemesi olması<sup>105</sup>, ihtiyarî tahkimin zorunlu tahkime çevrilmemesi<sup>106</sup>, tahkim

<sup>101</sup> Richard Frankel, The Arbitration Clause as Super Contract, 91 WASH. U. L. REV. 531 (2014), s. 587. Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesinin, tahkimi adeta bir "yargı canavarına" dönüştürdüğü benzetmesi için bkz. Thornburg, Mandatory Arbitration, s. 278-279.

<sup>102</sup> Şahin Emir, İş Hukukunda Tahkim, s. 918.

<sup>103</sup> Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 219.

<sup>104</sup> Bu yöndeki görüş için bkz. Aydemir, Tahkim Sözleşmesi, s. 46; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 60; Şahin Emir, İş Hukukunda Tahkim, s. 939. "*Tasarruf ilkesi, tahkimde de geçerlidir. Bu nedenle dava kendiliğinden açılmaz. Davanın olmadığı yerde hakim de yoktur, şeklinde ifade edilen bu ilke, tahkimde de geçerlidir.*" Bu cümle için bkz. Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2704. Bu cümleden hareketle, tasarruf ilkesinin, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda tahkime başvurmalarına olanak verdiği ileri sürülebilir.

<sup>105</sup> Kurumsal tahkimin, arızî tahkimden ayrılan yönleri için bkz. Pekcanitez - Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2612-2613.

<sup>106</sup> Tahkimin, hızlı, güvenilir ve devlet mahkemelerinin iş yükünü azaltma özelliklerinden dolayı, hukukî uyuşmazlıkların sadece bir kısmı bakımından dahi olsa toplumun tahkime gitme alışkanlığının kazandırılması ya da tahkimin ülkemizde benimsenmesini sağlama düşüncesiyle, zorunlu tahkim gibi bir uygulama olması düşünülebilir. Fakat, bu düşüncenin hayata geçirilmesi, ülkemizde, Amerika Birleşik Devleti'nde olduğu gibi tahkimin hak arama özgürlüğüne aykırı bir nitelik kazanması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, toplumda tahkimin benimsenmesinin, zorunlu tahkim uygulamasıyla değil, tahkime karşı toplumda var olan olumsuz görüşlerin ya da tahkim hakkında toplumun bilgi sahibi olmamasının önüne geçilmesiyle mümkün olmalıdır. Bu sonucun

yargılamalarında avukatla temsil zorunluluğunun<sup>107</sup> getirilmesi ve her ne kadar tahkimde tarafların uygulayabileceği kuralları kendileri seçebilecek olsa da iş hukukuna özgü olmak kaydıyla, iş hukukunun emredici kurallarına yargılama sürecinde riayet edilmesi gibi konulara dikkat edilmesi önerilebilir. Bundan başka, tahkim sözleşmesinin ya da tahkim kaydının, maddî hukuk bakımından geçerlilik şartlarının yokluğu durumunda iptal edilebilmesi de tahkimin, işçi bakımından koruyucu etkisinin artmasına neden olmaktadır<sup>108</sup>. İhtiyarî tahkimin bireysel iş hukuku açısından bu esaslarla kabul edilip uygulanması, tazminat taleplerinin, hakkaniyete uygun ve daha hızlı bir şekilde sonuca bağlanmasına neden olacağı tahmin edilebilir. Bu durumun, işçiyi koruma ilkesine de hizmet edeceği ifade edilebilir.

Son olarak, iş kazası ve meslek hastalığından doğan taleplerin zorunlu arabuluculuğa tâbi olmamasının, tahkime elverişli olmadığına işareti olduğu şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Bu görüşe karşılık olarak, tahkimin, hızlı, bağımsız ve tarafsız bir şekilde yargılama faaliyeti yürütmesi özelliği nedeniyle, klâsik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrıldığına dikkat çekilebilir<sup>109</sup>. Başka bir deyişle, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kural olarak tarafların menfaat dengesini sağlamaya çalışırken, tahkim yargılaması, hak temeline dayalı bir yargılama faaliyetidir. Bu özellik, tahkim yargılaması sonucunda, işçinin bir taraftan daha hızlı bir şekilde tazminat alacağına kavuşmasını sağlarken, diğer taraftan, özellikle vekille temsil zorunluluğunun kabul edildiği durumda, söz konusu tazminatın miktarını belirlemede hakkaniyete uygun şekilde hareket edileceğine işaret etmektedir. Kaldı ki, iş kazasından doğan taleplerde, ihtiyarî arabuluculuğa başvurmak mümkündür.

---

gerçekleştirilebilmesi için, devlet desteğiyle ve sivil toplumca, Adalet Bakanlığı, üniversiteler, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve diğer ticaret ve sanayi odaları gibi kurum ve kuruluşların, kitle iletişim araçları ile elverişli olan uyuşmazlıkların tahkime yönlendirilmesi konusunda bilgilendirilmesi ve yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu gereklerin yerine getirilmesinin, ihtiyarî tahkime yapılan başvuruyu artıracığı tahmin edilmektedir. Bu yönde bir görüş olarak, arabuluculuğa karşı oluşan dirençlerin aşılmasına ilişkin kapsamlı ve detaylı öneriler için bkz. Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, Yetkin Yayınevi, s. 172-181.

<sup>107</sup> Avukatla temsil zorunluluğu, karşılaştırmalı hukukta Almanya, Fransa ve Avusturya Hukuk sistemlerinde bulunmaktadır. Yargılamada, tarafların avukatla temsil edilmesi, adil yargılanma hakkına hizmet edeceği ifade edilebilir. Zira, tarafların hak ve menfaatlerinin hukuk eğitimi almış kişilerce savunulması, yargılama sürecinde, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde silahların eşitliği ilkesini gerçekleştirmeye katkıda bulunmaktadır. Ülkemizde, usûl hukukuna ilişkin ilkeler dikkate alındığında, özellikle tarafın yargılamadaki güçlü konumu ve dosya üzerinden işleyen bir sistemin bulunması karşısında avukatla temsil zorunluluğu, etkin bir hukuki himayenin temini bakımından önem taşımaktadır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Nazlı Gören Ülkü, Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S. 3-4, 2010, s. 309-325.

<sup>108</sup> Tahkim sözleşmesi ya da tahkim kaydının geçerliliği incelenirken, asıl sözleşmeden ayrılarak incelenir (HMK.422/I). Buna, tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliği (*seperability*) denilmektedir. Bkz. Aydemir, Tahkim Sözleşmesi, s. 103-113; Budak - Karaaslan, Usûl, s. 450.

<sup>109</sup> Şahin Emir, İş Hukukunda Tahkim, s. 937.

## B) GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1- Görevli Mahkeme

İş kazası ve meslek hastalığından doğan maddî ve manevî tazminat talepleri hakkında hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda başvurulması gereken ilk düzenleme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'dur. İşMK.m.5'de yer alan düzenlemeye göre, "5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'na veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına" bakmakla görevli mahkeme, iş mahkemesidir. Bu düzenleme uyarınca, iş mahkemelerinin görevi belirlenirken dikkate alınması gereken ölçütlerden ilki, uyuşmazlığın taraflarından birinin işçi olmasıdır. İkinci ölçüt, uyuşmazlığın taraflarından diğerinin işveren veya işveren vekili olmasıdır. Bu iki ölçüt, kişi unsuruna ilişkindir. Üçüncü ölçüt ise, işçi ile işveren veya işveren vekilinin arasındaki uyuşmazlığın, iş ilişkisinden ya da kanundan doğmasıdır. Bu son ölçüt ise, konu unsuruna ilişkindir<sup>110</sup>.

Bu düzenlemeden hareketle, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddî ya da manevî zarar, işçinin şahsında doğmuşsa, bu zararların tümünden doğan maddî ve manevî tazminat taleplerinde, iş mahkemelerinin görevli olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Fakat, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda, işçinin yakınlarının şahsında meydana gelen maddî ve manevî zararlara ilişkin tazminat taleplerinde görevli mahkeme konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur. Örneğin, işçinin ölümü durumunda, yakınlarının talep edeceği destekten yoksun kalma tazminatı ya da manevî tazminat talepleri, iş mahkemelerine mi genel mahkemelere mi yöneltilecektir?

Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, destekten yoksun kalma tazminatında, halefiyet ilkesi gereğince işçinin yakınları, işçinin yerine geçmektedir. Dolayısıyla, kişi unsuru yerine geldiğinden destekten yoksun kalma tazminatında görevli mahkeme, iş mahkemesidir. Fakat, işçinin yakınlarının uğradığı manevî zarar nedeniyle açılan manevî tazminat talepleri hakkında görevli mahkeme, genel mahkemelerdir<sup>111</sup>. Öğretilerde ileri sürülen başka bir görüşe göre ise, mevcut düzenlemeler karşısında, destekten yoksun kalma tazminatına ve işçinin yakınlarının talep edeceği manevî tazminata ilişkin davaların, iş mahkemelerinde görülmesi mümkün görünmemektedir<sup>112</sup>. Ancak, olması gereken hukuk bakımından, iş mahkemelerinin bu tür uyuşmazlıklarda daha fazla uzmanlığa sahip olması nedeniyle, bu tür uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesinin daha uygun olacağı ifade edilebilir.

<sup>110</sup> Bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Faruk Barış Mutlay - Melih Işık, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68/3, 2019, s. 579-634; Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 85-148; Polat Soyer, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2018, S. 57, s.24-25.

<sup>111</sup> Bu görüş için bkz. Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 92. Yazarın, bu görüşü için atıf yaptığı kaynak, 5521 sayılı kanun yürürlükte olduğu zamanda kaleme alınan bir eserdir.

<sup>112</sup> Mutlay - Işık, s. 597.

Öncelikle, destekten yoksun kalma tazminatının halefiyet ilkesi gereğince ölenin haleflerine geçeceği ve bu tazminatlarda görevli mahkemenin iş mahkemeleri olacağına ilişkin ortaya konulan görüş sonuca vardığı dayanak noktası bakımından isabetli bulunmamaktadır. Zira, destekten yoksun kalma tazminatı, ölen işçiden bağımsız, aslî bir taleptir<sup>113</sup>. Başka bir deyişle, destekten yoksun kalma tazminatını talep hakkı, ölen kişinin şahsında değil, yakınlarının şahsında doğmaktadır. Dolayısıyla, halefiyet ilkesi, destekten yoksun kalma tazminatında uygulanmamaktadır.

Kanımızca, iş kazası ve meslek hastalığından doğan diğer tazminat taleplerinde olduğu gibi destekten yoksun kalma tazminatına ve manevî tazminata ilişkin taleplerde de iş mahkemelerinin görevli olması gerektiği görüşü isabetlidir. Zira, hesaplanması son derece karmaşık olan tazminat kalemlerinde, uzmanlık mahkemesi olması nedeniyle iş mahkemelerinin bilgi ve deneyimi diğer mahkemelerden daha fazladır. Fakat, yukarıda ifade edilen son görüşün, İşMK.m.3 nedeniyle, bu tür uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesinin, kanuna ve görev kurallarının kamu düzeninden olması sebebiyle hukuka uygun olmadığı yönündeki kısmını isabetli bulmamaktayız. Zira, dava şartı arabuluculuğa ilişkin İşMK.m.3, “iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri” ifadesini ve yetkili mahkemeye ilişkin bir hüküm olan İşMK.m.6, “iş kazasından doğan tazminat talepleri” ifadesini kullanmaktadır. Kanununda kullanılan ifadeler dikkate alındığında, işçi ya da işçinin sadece halefiyet gereğince mirasçılar ile ilgili bir düzenleme yapılmak istenildiği anlaşılamamaktadır. Bu düzenlemelerden anlaşılan, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tüm tazminat taleplerinin düzenlenmek istenildiğidir. Bu hükümlere rağmen, iş kazasından doğan destekten yoksun kalma veya işçinin yakınlarının manevî tazminat taleplerine ilişkin yetkili mahkeme belirlenirken 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6’ncı maddesi dikkate alınmayacak mıdır? Kanımızca, söz konusu tazminatlar hakkında da 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun ilgili maddeleri uygulanmalıdır. Sonuç olarak, iş mahkemelerinin görevi, sadece, göreve ilişkin olan İşMK.m.5 hükmü dikkate alınarak belirlenmemeli, amaca uygun ve sistematik bir yorum yapılarak kanunun diğer maddeleriyle birlikte değerlendirilip belirlenmelidir. Zira, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda, işçinin yakınlarının açacağı davalara ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öyleyse, kanunda bu konuda bir boşluk bulunmaktadır ki, bu boşluk, TMK.m.1/1 uyarınca yorum yöntemleri ile doldurulur. Böyle bir değerlendirmeden anlaşılmaktadır ki, kanun, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinin tümünün (cenaze giderleri ve ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminat) iş mahkemelerinde görülmesini amaçlamaktadır. Öte yandan, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 101’inci maddesi gereğince, işçinin yakınlarının, Sosyal Güvenlik Kurumu’na karşı açacağı davaların (örneğin, ölüm aylığının miktarına ilişkin) da iş mahkemesinde görüleceği ifade edilmelidir. Bu durum, kanun koyucunun, iş kazası ya da meslek hastalığından doğan davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğini

---

<sup>113</sup> Baykın, Destekten Yoksun Kalma, s. 62.

amaçladığının başka bir göstergesidir. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, bu görüşte olduğunu ifade etmektedir<sup>114</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatına ve manevî tazminata ilişkin görevli mahkemenin hangisi olacağı sorunu, öğretide tartışmalara neden olsa da uygulamada çok fazla bir sorun yaşanmamaktadır. Bunun en önemli nedeni, HMK.m.110'da kanunî dayanağını bulan objektif dava birleşmesinde (kümülatif dava yığılması), taleplerden biri için uzmanlık mahkemesi görevliyken, diğer taleplere de o mahkemenin bakabilmesine ilişkin uygulamada genel olarak kabul gören bir görüştür<sup>115</sup>. Bu görüşün, isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, bu görüşün kabul edilmesiyle, örneğin, işçinin yakınlarının kıdem tazminatı, ölüm tazminatı ve diğer işçilik alacaklarının yanında destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminat gibi aslî taleplerinin tümünü birden aynı dava dilekçesinde ileri sürmesiyle, kıdem tazminatı için özel görevli mahkeme olan iş mahkemesi, diğer talepler için de görevli olmaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlara ilişkin davaların, iş mahkemelerinde görülebilmesinin bir sonucu, bu davalarda basit yargılama usûlünün uygulanmasıdır. Basit yargılama usûlünün uygulandığı davalarda, ikinci cevap dilekçelerinin olmaması nedeniyle iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı dava dilekçesinin verilmesiyle, savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ise, cevap dilekçesinin verilmesiyle başlamaktadır (HMK.m.319)<sup>116</sup>. Ayrıca, basit yargılama usûlünün uygulandığı davalar, HMK.m.320/III'de, "*Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını yukarıdaki fıkrada belirtilen duruşma hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkşi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir*

<sup>114</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 09.04.2019 tarihli ve 2016/9792 esas sayılı kararı, "*Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece kendiliğinden (re'sen) dikkate alınması zorunludur. Somut olayda, davacılar murisi müteveffanın ihale sureti ile davalı Belediyenin çöp toplama işini üstlenen ... Temz.İnş.Nak.Güv.Sistemleri San. ve Tic.A.Ş'de çalıştığı, olay tarihinde idaresindeki çöp kamyonu ile çöp toplama işini yapmakta iken kazanın gerçekleştiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Meydana gelen trafik kazası, bir iş kazası olup uyuşmazlık iş hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda mahkemece, iş mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek H.M.K. 114-115 maddeleri uyarınca görev nedeniyle davanın reddine (görevsizlik) karar verilmesi gereken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*" (e-uyar.com, 31.12.2020); Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin, 2019/5063 esas sayılı kararı, "*Zira, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu tabi kısmının kusura isabet eden pay oranında tazminattan düşülmesi gerekmekte olup, bunu yapacak uzman mahkeme iş mahkemesidir. Aksine yorum, başka bir ifadeyle özel uzmanlık gerektiren mahkemelerden bu davaların alınarak genel mahkemelere verilmesi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun ruhuna ve çıkarılış amacına aykırı olur. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre İş Mahkemeleri görevlidir. (Bkz. ..., Birol Soner, ..., ...- İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görev ve yetki, sh 48 vd.)"* (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 31.12.2020).

<sup>115</sup> Bu görüş için bkz. Kuru, Usûl, s. 215. Aksi görüş için bkz. Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 239; Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 84. Objektif dava birleşmesinde, bütün talepler açısından görevli mahkemenin aynı olması gerekliliği karşısında böyle bir çözüm tarzına katılamamaktayız.

<sup>116</sup> Rüzgar - Taş, İş Yargılaması, s. 116; Özgür Oğuz - Özge Doğa, Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, s. 301-306.

*aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir.*” hükmü yer almaktadır. İş mahkemelerinde ise, hükmün son cümlesi dikkate alınmak suretiyle bu süreye dikkat edilmediği belirtilmelidir<sup>117</sup>.

## 2- Yetkili Mahkeme

İş mahkemelerinde yetkili mahkeme belirlenirken, görevde olduğu gibi, dikkate alınması gereken ilk düzenleme, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’dur. İş mahkemelerinde yetkiyi düzenleyen İşMK.m.6/I’de öncelikle, genel yetkili mahkeme öngörülmüştür. Buna göre, söz konusu kanunun kapsamına giren tüm uyuşmazlıklarda, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Bundan başka, İşMK.m.6/III’de, iş kazasına ilişkin özel bir yetki kuralı getirilmektedir. Bu kurala göre, *“İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.”* Bundan başka, İşMK.m.6/V’de, iş mahkemelerinin yetkisi konusunda bu kanunda getirilen hükme aykırı olarak yetki sözleşmesi yapılamayacağı düzenlenmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan davalarda, yetkili mahkemenin, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, uygulamada ve özellikle, Yargıtay kararlarında tartışma konusu yapıldığı tespit edilememektedir.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6’ncı maddesinin, iş mahkemelerine ilişkin olmak üzere kesin bir yetki kuralı öngördüğü ifade edilmelidir<sup>118</sup>. Bu kesin yetki kuralıyla birlikte, iş kazasından doğan tazminatlarda yetkili mahkeme, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer, kazaya uğrayan işçinin yerleşim yeri, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ve mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemelerinin tümüdür. Fakat, kesin yetki kuralı gereği, bu mahkemelerden başka bir mahkemede dava açılırsa, hâkim, bu durumu re’sen göz önünde bulundurarak (HMK.19/I), yetkisizlik kararı vermelidir (HMK.m.19/III).

İş mahkemelerine ilişkin yetkinin kesin olduğuna işaret etmek için getirilen bir hüküm olan İşMK.m.6/V, dikkat çekici bir düzenlemedir. Zira, tarafların yetki sözleşmesi yapamayacağı ifadesiyle, sanki gerçek bir kişi ile diğer gerçek veya tüzel kişilerin yetki sözleşmesi yapamayacağı<sup>119</sup> ihtimalini göz ardı ediyormuş gibi hareket etmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle kastettiği, hiç şüphesiz, bir tarafın kamu tüzel kişisi diğer tarafın tacir olduğu veya bunların kendi aralarında yaptıkları yetki sözleşmeleri ile söz konusu hükme aykırı olarak yetkili mahkeme belirleyemeyecekleridir. Ancak, kesin yetki olduğunu belirtmek için, *“yetki sözleşmesi yapılamaz yerine”, “bu hükümde belirtilen yetki kuralları kesindir”* şeklinde bir ifade kullanılmış olsa daha isabetli olurdu.

Bundan başka, İşMK.m.6/III’de yer alan, *“... mahkemesi de yetkilidir”* ifadesinin, kesin olmayan yetkiye işaret ettiği zannedilebilir. Bu nedenle söz konusu fıkranın başına, *“birinci fıkrada belirtilen mahkemelerle birlikte”* ifadesi eklenmesi daha isabetli olabilir.

<sup>117</sup> Bunun nedenleri hakkında bkz. II, A, 2.

<sup>118</sup> Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 158. Yetkili mahkeme konusunda ayrıca bkz. Soyer, İş Mahkemeleri Kanunu, s.25-26.

<sup>119</sup> Yetki sözleşmesi, yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılabilir (HMK.m.17).

## C) DAVA ŞARTLARI İLE ARABULUCULUK VE UZLAŞTIRMA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1- Genel Olarak

Usûl hukukunda bir davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için dava şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>120</sup>. Dava şartları, HMK.m.114'de düzenlenmektedir. HMK.m.114'de düzenlenen bu dava şartlarına, genel dava şartları da denilmektedir. HMK.m.114/II'de, genel dava şartlarının yanında diğer kanunlarda yer alan başkaca dava şartlarının da olabileceği düzenlenmiştir. HMK.m.114'de sayılmayan ve fakat diğer kanunlarda düzenlenen dava şartlarına, özel dava şartları denilmektedir. Özel dava şartları da genel dava şartları gibi davanın esasına girilip karara bağlanması için gerekli olan şartlardır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde, bireysel ya da toplu iş hukukuna dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade davalarına ilişkin olmak üzere, özel bir dava şartı getirilmiştir<sup>121</sup>. Buna göre, bu tür davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Kanun koyucu, aynı maddede, dava şartı arabuluculuğun, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu, tespit ve tazminat taleplerinde uygulanmayacağını öngörmektedir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından doğan taleplerde, dava açılmadan önce, Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu, başvuruyu reddettiye ya da altmış gün içinde cevaplandırmadığından dolayı başvuru reddedilmiş sayılırsa, bu takdirde dava açmak mümkün hâle gelmektedir. Kanunda, açık bir ifade bulunmamakla beraber,

<sup>120</sup> Tanrıver, Usûl, s. 622; Budak - Karaaslan, Usûl, s. 157-173.

<sup>121</sup> İşMK.m.3/II ve HUAk.m.18/A/5'de yer alan düzenleme, öğretide bazı bakımlardan tartışılmalara neden olmaktadır. Bir görüşe göre, bu hükümlerde yer alan, "başkaca işlem yapmadan davanın usûlden reddedilmesi" düzenlemesi, usûl hukukunun dava şartı kurumuna uygun değildir. Zira, söz konusu düzenleme gereğince, görevsiz hatta yetkisiz bir mahkemede dava açılması durumunda, mahkeme, görev ve yetki incelemesi dahi yapmadan arabulucuya başvuru yapılmaksızın açılan davayı reddetmektedir. Bu durum, genel dava şartlarından sonra, özel dava şartlarının incelenmesi kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, uyuşmazlık önüne gelen mahkemenin yapması gereken ilk iş, o uyuşmazlık konusunda görevsiz ya da yetkisiz olup olmadığını incelemektir. Bkz. Ekmekçi/ Özekes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 156-158. Yargıtay da bir kararında bu görüşe uygun olarak karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.03.2019 tarihli ve 2019/520 esas sayılı kararı. Öğretideki başka bir görüşe göre, bu düzenlemeden anlaşılması gereken dava şartından farklı bir durumdur. Zira, mevcut uygulamada, UYAP üzerinden açılan davalarda, arabulucuya başvurulması seçeneği işaretlenmeden dava dahi açabilmek mümkün değildir. Mevcut düzenleme uyarınca, mahkeme, dava şartı arabuluculuğa başvuru yapılmaksızın açılan davayı, görev ve yetki dâhil olmak üzere hiçbir inceleme yapmadan doğrudan reddetmesi gerekir. Bkz. Atalı – Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 324, 770. Öğretide ileri sürülen ve kabul edilmesi gerektiği düşünülen bir görüşe göre, arabuluculuğa başvurulma şartının tamamlanabilir bir dava şartı olması gerektiğidir. Gerçekten, böyle bir görüş, usûl ekonomisi ilkesine de uygundur. Bu görüş için bkz. Ejder Yılmaz, Selçuk Hukuk Kongresi 2020. Son görüşün, sadece, dava açılmasından sonraki aşamalarında geçerli olması görüşündeki yazar için bkz. Budak - Karaaslan, Usûl, s. 474.



öğretide ve Yargıtay uygulamasında, kuruma başvuru zorunluluğunun özel bir dava şartı olduğu kabul edilmektedir<sup>122</sup>.

## 2- Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

### a) Dava Şartı Arabuluculuk

Arabuluculuk, HUAK.m.2/b'de yer alan tanıma göre, *“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* ifade etmektedir. Söz konusu maddede yer alan tanımdan, arabuluculuğun öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu anlaşılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, dünyada en fazla uygulanan türü olan arabuluculuk, iradîlik (sürecin başlatılmasında, devam ettirilmesinde ve anlaşılmasında), gizlilik ve çabukluk olmak üzere bazı temel özelliklere sahiptir<sup>123</sup>. Arabuluculuğun temel özelliklerinden biri, iradîlik olmasına rağmen, ülkemizde, iş hukukundan, ticaret hukukundan ve tüketici hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklar hakkında, dava şartı arabuluculuk kurumu getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında, arabulucuya başvurulmasının zorunlu hâle getirilmesi, öğretilerde tartışmalara neden olmaktadır. Bir görüşe göre, dava şartı arabuluculuk, hak arama özgürlüğüne ve arabuluculuğun ruhuna aykırı olması nedeniyle isabetli değildir<sup>124</sup>. Diğer bir görüşe ise, zorunluluğun, sadece arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk oturuma katılmak yönünden olması ve ayrıca, anlaşılabilmesi durumunda mahkemeye başvurma olanağının bulunması, dava şartı arabuluculuğun, iradîlik ve hak arama

<sup>122</sup> Köme Akpulat, İş Mahkemeleri, s. 292; Oya Turgut, İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Yüksek Lisans Tezi, Yayınlanmamış, Ankara 2019, s. 141. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2017 tarihli ve 2017/1204 esas sayılı kararı, *“...davacı tarafa 6100 sayılı HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca, 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7. maddesine üçüncü fıkraya eklenen düzenleme doğrultusunda, davaya konu istemi hakkında ...'na müracaat etmesi ve bu müracaat hakkında anılan yasal düzenleme uyarınca Kurum'un red iradesini gösterir işlem veya eyleminin olduğunun belgelenmesi için kesin süre ihtaratlı önel verilmeli, bu süre içerisinde dava şartı eksikliğinin tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmeli, Kurum'a müracaat ve müracaatın reddine dair Kurum işlem veya eylemine ilişkin dava şartının tamamlanması halinde ise davanın esasına girilerek, varılacak sonuca göre karar verilmelidir.”* (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 10.12.2020).

<sup>123</sup> Ekmekçi – Özekes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 27-35; Atalı – Ermenek - Erdoğan, Usûl, s. 768-780; Pekcanitez - Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2816-2824; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 52-57; Budak - Karaaslan, Usûl, s. 470; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 496-515; Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 15-51.

<sup>124</sup> Ekmekçi – Özekes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 137-150; Yeliz Yücel, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulmasının Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi Üzerine Bir İnceleme – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 60, s.1387. Bu görüşte olan bir yazara göre, dava şartı arabuluculuk, hak arama özgürlüğüne engel olmasa da onu güçleştirmektedir. Tanrıver, Arabuluculuk, s. 147. Bu yönde başka bir görüş için bkz. Soyer, İş Mahkemeleri, s. 26-34.

özgürlüğüne engel olmadığına işaret etmektedir<sup>125</sup>. Bu görüşe göre, dava şartı arabuluculuk, avukatlık ve diğer ilgili meslekler ve toplum tarafından arabuluculuğun benimsenmesine ve hakkında bilgi sahibi olunmasına katkı sağlamaktadır.

Dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin isabetli olup olmadığı bir tarafa bırakılırsa, bu düzenlemeler, şu anda ülkemizde uygulanmaktadır. Bu durumda, dava şartı arabuluculuk kurumunun, özellikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda<sup>126</sup> ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da olabildiğince azaltılması gerekmektedir. Zira, arabuluculuk, menfaatlerin dengelenmesi temelli bir yöntem olduğundan<sup>127</sup>, tarafların, malî bakımdan ve hak ve menfaatleri hakkında bilgi sahibi olmak bakımından eşit konumda olmaları önem taşımaktadır. İş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ise, işverene oranla işçi, hem malî bakımdan hem de genellikle, hak ve menfaatlerini bilme bakımından daha düşük konumdadır. Bu nedenle, iş hukukunda dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırabilmek için, taraflar arasındaki eşitsizliğin olabildiğince azaltılması gerekmektedir<sup>128</sup>. Buna ilişkin olarak ortaya konulabilecek ilk öneri, işçi bakımından avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesidir<sup>129</sup>. Bundan başka, bu tür uyuşmazlıklar hakkında kendine başvurulacak arabulucunun, tahkimdeki kurumsal hakem mahkemesine benzer şekilde, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda, devlet ve sivil toplum tarafından kabul görmüş kurumsal arabuluculuk merkezlerinin olması, bu konu bağlamında ortaya konulabilecek ikinci öneridir<sup>130</sup>. Üçüncü bir öneri olarak, arabuluculuk sürecinin sağlıklı yürütülemediği ihtimâllerde, irade fesadı ve aşırı yararlanma gibi durumlarda, anlaşma belgesi olsa bile, bu belgenin (mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle ilâm niteliği

<sup>125</sup> Yazıcı Tıktık, Gizlilik, s. 38-41; Eda Manav Özdemir, İş Mahkemeleri Kanununda Yer Alan Dava Şartı Arabuluculuğunun Temel İlkeleri, I. Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, s. 29-39.

<sup>126</sup> İş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesinin dört koşulu vardır. Bunlardan birincisi, kanuna, bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanan alacak/tazminat veya işe iade gibi uyuşmazlıkların iş ilişkisinden doğmasıdır. İkincisi, bu uyuşmazlıklar hakkında görevli mahkemenin iş mahkemesi olmasıdır. Üçüncüsü ise, tarafların işçi ile işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olmasıdır. Bu şartlar için bkz. Ercüment Özkaraca-Canan Ünal, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, s. 17-23.

<sup>127</sup> Ekmekçi – Özkes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 259.

<sup>128</sup> Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunması bakımından işçilerin durumu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 32-34. İş hukukunda işçiyi koruma ilkesi gereğince, dava şartı arabuluculuğun iş hukukunda uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Yücel, İş Hukukunda Arabuluculuk, s.1381-1387.

<sup>129</sup> Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 187. Arabulucunun tarafsızlığı ve işçinin korunması ilkeleri arasındaki dengenin sağlanması bakımından daha detaylı değerlendirmeler ve öneriler için bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 182-189.

<sup>130</sup> Bir Yargıtay kararına konu olan olayda bu önerinin önemi daha iyi anlaşılabilir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.06.2019 tarihli ve 2019/3694 esas sayılı kararı, "Somut uyuşmazlıkta arabulucunun davalı şirketin avukatı olarak görev yaptığı halde arabuluculuk görüşmeleri öncesinde davacı tarafı bu yönde bilgilendirdiği ortaya konulamamıştır. Anlaşma belgesinde bu yönde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Arabulucunun aynı zamanda diğer tarafın avukatı olduğu hususunda özellikle davacı tarafın açıkça bilgilendirildiğinin ve buna rağmen arabuluculuk görüşmelerine devam etmek istediğinin ispatı gerekir. Bu yönüyle ilgili mevzuat çerçevesinde arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren önemli hal ve şartların varlığı kabul edilmelidir." (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 10.12.2020).

taşıyanlar hâriç)<sup>131</sup>, geçerlilik şartlarını taşıyıp taşımadığı, iş mahkemelerince titizlikle incelenmeden karar verilmemelidir. Bu konuda, özellikle ilk derece mahkemelerinin etkin bir hukukî himaye sağlayabilmesi için, Yargıtay kararlarıyla bazı ölçütler getirilebilir.

### **b) İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminatlarda Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanmaması**

Dava şartı arabuluculuk hükümleri iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri hakkında uygulanmamaktadır (İşMK.m.3). Söz konusu düzenleme çerçevesinde hak sahipleri dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmaksızın doğrudan dava açabileceklerdir. Konu ihtiyarı arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulabilmektedir. Ancak kanun koyucu iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminatın hesabını da dikkate alarak dava şartı arabuluculuk kapsamına almamıştır. Arabuluculuk müessesesinin gelişimine bağlı olarak gelecek dönemde söz konusu talepler için de dava şartı arabuluculuk yolunun getirileceği düşünülmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu talebi açısından da dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmamaktadır. Uygulama açısından söz konusu durum eleştirilebilir niteliktedir. Sosyal Güvenlik Kurumu meslek hastalığı ve iş kazası ile ilgili olarak yaptığı sağlık yardımlarını, ödediği geçici iş göremezlik geliri ve sürekli iş göremezlik gelirini işverenden veya ilgili riske neden olan üçüncü kişilerden rücu davası yolu ile talep etmektedir. Söz konusu dava öncesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu konuyu incelemekte ve ortaya çıkan rapora göre ilgili rücu süreci başlatılmaktadır. Bununla birlikte muhataplar ilgili rücu durumundan dava dilekçesinin kendilerine tebliği ile haberdar olmaktadır.

Herhangi bir konuda dava yoluna gidilebilmesi için öncelikle uyuşmazlık olması beklenir. Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu taleplerinde ise muhataplar kurumun kendilerinden alacağı olduğunu dava ile anlayabilmektedir. Bu nedenle rücu talepli dava öncesinde işverene ve üçüncü kişiye yazılı bildirim zorunluluğu getirilmelidir. Muhatap belirtilen süre içinde ödeme yapmaz ise veya konuya ilişkin itiraz söz konusu

<sup>131</sup> Arabuluculuk sonucunda düzenlenen anlaşma belgesinin, ilâm niteliğinde belge sayılması, sadece mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle olan bir durum değildir. HUAK.m.18/4'e göre, "*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır.*" Bu nedenle, HUAK.m.18/4 hükmü uyarınca ilâm niteliğinde belge hükmünü kazanmış olan arabuluculuk tutanağında, irade fesadı ve aşırı yararlanma gibi durumlarda, iş mahkemesine dava açılmamaktadır. Bu durum, arabulucunun ve işverenin bir şekilde birlikte ettiği durumlarda, işçi bakımından sakınca oluşturabilir. Zira, böyle bir durumda, ilâm niteliği kazanmış olan belge hakkında iş mahkemesine dava açılmayacaktır. Bu nedenle, arabuluculuğun iş hukukunda uygulanmasına ilişkin esaslar hakkında ortaya konulan öneriler gerçekleştirilmeden, "*olması gereken hukuk bakımından*", HUAK.m.18/4 düzenlemesinin yürürlüğe girmesi isabetli bulunmamaktadır. Buna karşılık, mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle ilâm niteliğinde belge olan sözleşmenin, irade fesadı ve aşırı yararlanma gibi geçerlilik şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iş mahkemesinde dava yoluna gidilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak, bu durumda, icra edilebilirlik şerhini verecek mahkemenin, bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle, re'sen araştırma ve re'sen harekete geçme ilkelerine işlerlik kazandırarak, geçerlilik şartlarına ilişkin incelemeyi yapması gerekmektedir.

ise dava söz konusu olmalıdır. Dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin hak sahipleri ile ilgili olarak makul olarak kabul edilebilen tereddütler Sosyal Güvenlik Kurumu için bulunmadığından Kurumun rücu talepli davalarından önce arabuluculuk sürecinin dava şartı haline getirilmesi uygulamada ortaya çıkan çok sayıda sorunu ortadan kaldıracabilecek niteliktedir.

### c) İhtiyarî Arabuluculuğa Başvurulabilmesi

İş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerine ilişkin dava şartı arabuluculuğun uygulanmaması, tarafların ihtiyarî arabuluculuğa başvurmalarına engel değildir. İş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri hakkında, arabuluculuğa ihtiyarî olarak başvurulabilmesinde de tarafların eşitliğini sağlayabilecek öneriler önemini korumaktadır. Bundan başka, HUAK.m.18/5 hükmü, işçinin arabuluculuk sürecinde korunmasının ne derecede önemli olduğuna işaret eden önemli bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, arabuluculukta taraflar arasında anlaşılacak hususlar hakkında tekrar dava açılmaz. Meğer ki geçerlilik şartlarını taşıyor olsun. HUAK.m.18/5 gereğince, iş kazasından ve meslek hastalığından doğan tazminat miktarında, işveren ile işçi veya yakınlarının arabuluculukta anlaşması durumunda, işçi ya da yakınları, *iradelerinin fesada uğramış olması ve aşırı yararlanma* olasılığı dışında, tazminat miktarına ilişkin dava açmamaktadır. Böyle bir durum, arabuluculuğun iş hukukunda uygulanmasına ilişkin esasların yeniden gözden geçirilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Arabuluculukta anlaşılacak hususlar hakkında dava açılmaması kuralı (HUAK.m.18/5), öğretide tartışmalara yol açmış ve çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir. İlk olarak, *“dava açılmaz”* ifadesinin usûl hukukunda bir karşılığı olmaması nedeniyle, bu ifadenin bir dava şartı olup olmadığı konusunda tereddüt edilmiştir. Öğretideki baskın görüşe göre, bu ifade ile anlatılmak istenen bir dava şartı ya da ilk itiraz sebebi değildir. Zira, aynı kanunda, arabuluculuğa başvurunun *“dava şartı”* olduğu belirtilirken, HUAK.m.18/5’de bu ifadenin kullanılmaması, söz konusu hükümde bir dava şartı düzenlenmediğine işaret etmektedir<sup>132</sup>. Ayrıca, arabuluculuk sonucunda düzenlenen anlaşma belgesinin, irade fesadı ve aşırı yararlanma gibi geçerlilik şartlarını taşımadığı durumlarda iptal edilebilir olması da dava şartı kurumunun niteliğiyle bağdaşmamaktadır<sup>133</sup>. Bundan başka, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu hüküm, hukuken anlamlı olmayan ve usûl hukuku bilgisiyle anlamlandırılmayan bir hükümdür<sup>134</sup>. Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre ise, söz konusu hüküm, hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına (AİHS.m.6 ve Anayasa’nın 36’ncı maddesi) aykırı olmakla birlikte, Türk Hukukunda varlığını sürdürmektedir<sup>135</sup>. Bu hüküm gereğince, ilâm niteliği kazanmamış olan anlaşma belgesi hakkında dava açılırsa, bu belge, mahkeme dışı sulh niteliğindedir. Bu niteliği nedeniyle, ilam niteliğinde olmayan anlaşma belgesi hakkında dava önüne gelen mahkeme, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermelidir. Ancak, mahkeme dışı sulh niteliğinde olan anlaşma belgesinin, irade fesadı ve aşırı yararlanma gibi durumlarda

<sup>132</sup> Ekmekçi – Özkes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 113-115.

<sup>133</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 124.

<sup>134</sup> Ekmekçi – Özkes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 115.

<sup>135</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 120-125.

geçersizliği ileri sürülebilirdir. Zira, mahkeme içi sulh anlaşması bile bu durumlarda geçersiz kılınabilmektedir (HMK.m.315/1). Yine bu görüşe göre, ilâm niteliğini kazanmış olan anlaşma belgesi hakkında dava açılırsa, genel bir dava şartı olan hukukî yarar (HMK.m.114/1/h) yokluğundan, davanın usûlden reddedilmesi gerekir. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, bu görüşün isabetli olduğu ifade edilebilir. Zira, HUAK.m.18/5 hükmünü, usûl hukuku bakımından açıklayabilecek tek kurum, “mahkeme dışı sulh” olarak gözükmektedir.

Öğretideki bir görüş, söz konusu hükmü, iş hukukunun emredici kurallarının arabuluculukta bağlayıcı olup olmadığı bağlamında değerlendirmektedir<sup>136</sup>. Bu görüşe göre, arabuluculukta, iş hukukunun emredici kurallarının etkisiz duruma getirilmemesi gerekmektedir. Nitekim, HUAK.m.18/5 düzenlemesinde, işçinin aslında hak kazandığı bir alacaktan, arabuluculukta anlaşması nedeniyle dava açmak suretiyle talep edememesi, iş hukukunun temel ilkesi olan işçiyi koruma ilkesine, BK.m.420 ve İşK.m.32/6 emredici hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Zira, bu görüş, TBK.m.420’de yer alan “*haklardan vazgeçme yasağının*” sadece ibra sözleşmesi bakımından değil, işçinin haklarından vazgeçtiği tüm anlaşmalar bakımından geçerli bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Nitekim, bu husus, İşK.m.32/6 hükmünde, “*İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.*” cümlesi ile ayrıca ve açık olarak belirtilmektedir<sup>137</sup>.

İşçi ya da yakınlarının, işveren ile aralarında yapılacak mahkeme içi ya da mahkeme dışı sulh sözleşmesiyle, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminatlara ilişkin uyuşmazlıklar mahkeme önüne gidilmeden çözülebilmektedir<sup>138</sup>. Bu durum

<sup>136</sup> Ekmekçi – Özkes – Atalı - Seven, Arabuluculuk, s. 244-266. İş hukukundaki emredici maddî hukuk kurallarının arabuluculukta uygulanmayacağı ve HUAK.m.18/5 uyarınca dava açılması durumunda, davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedileceği yönündeki görüş için bkz. Talat Canbolat - Saim Ocak - Özgür Oğuz - Aybüke Karaca - Alper Bulur - Erol Koç, İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, s. 11; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara 2018, s. 52-53.

<sup>137</sup> Bu yönde bir karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 11.06.2019 tarihli ve 2019/3694 esas sayılı kararı, “*Dosya içindeki bilgi ve belgeler ile aynı mahiyette olan ve aynı gün temyiz incelemesine tabi tutulan dört dosya kapsamında, davacının arabulucuya usulüne uygun bir başvurusunun olmadığı, yapıldığı belirtilen görüşmelerin tutanakta geçen adresten farklı yerde gerçekleştiği, üç yüz kadar işçiyi aynı şekilde sırayla işyerinde belgelerin imzalatıldığı, anlaşma metninde yer aldığı halde davacı işçinin istifasına dair belgenin bulunmadığı, anlaşma belgesinin içeriğinin işçinin istifa ettiği/kıdem ihbar tazminatına hak kazanmadığı/kıdem tazminatının ödeneceği şeklinde çelişkiler içerdiği, sadece kıdem tazminatı ödenmesi öngörüldüğü halde diğer tazminat ve işçilik alacakları bakımından hakkın gerçekleşmediği veya karşılığının zamanında tam olarak ödendiği şeklinde sözcüklere yer verilerek Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinde aykırı şekilde ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava açma yasağı oluşturma yönünde çaba içine girildiği anlaşılmaktadır.*” (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr/, 10.12.2020).

<sup>138</sup> İş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminatların sulh ve ibra sözleşmeleri ile çözülebilmesine ilişkin olarak ileri sürülen görüşler ve Yargıtay’ın da bu tür uyuşmazlıkların sulh ya da ibra sözleşmesiyle çözülebilmesine ilişkin olarak verdiği kararlar için bkz. Mehmet Zahid Yener, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Sulh Sözleşmesi ve İbra Sözleşmesi ile Çözülmesi, Adalet Dergisi, 2020, S. 64, s. 531-564; Nazlı Çoban Sağlam, Uzlaştırmanın İş Kazalarından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarına Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2021/1, s. 374.

karşısında, öğretide yukarıda ifade edilen görüşler birlikte ele alındığında, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların, ihtiyarî arabuluculuk ile çözülmesinin hâli hazırda mümkün olduğu görülmektedir. Ayrıca mevcut durumda, ilâm niteliğinde olmayanların geçerlilik şartlarını taşıyamaması olasılığı hâriç olmak üzere, anlaşma belgesinde, mahkemece değişiklik yapılamamaktadır. Öte yandan, bir uyuşmazlığın tarafsız bir arabulucu ile çözülmesi, tarafların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile çözülmesinden, hakkaniyete daha uygun sonuçlar doğurabileceği de unutulmamalıdır.

İhtiyari arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaların geçerliliğinin tartışılması arabuluculuk mevzuatı dikkate alındığında pratik bir fayda sağlamamaktadır. Bununla birlikte söz konusu anlaşmalarda çalışanın veya yakınlarının korunmasına yönelik olarak tedbir alınmak istenirse çalışan tarafının arabuluculuk sürecinde avukatla temsil edilmesi zorunluluğu getirilebilir<sup>139</sup>. Aksi halde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklar ile ilgili olarak yapılan ihtiyari arabuluculuk süreçlerinin geçerliliği konusu sürekli olarak tartışılacak ve söz konusu tartışmalar arabuluculuk müessesesinin gelişimine zarar verecektir.

### **3- Uzlaştırmada Edimin İfası Konusunda Anlaşılması Olumsuz Bir Dava Şartı Mıdır?**

Uzlaştırma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile kanunda belirtilen bazı suçlarda, şüphelinin veya sanığın bir edimi yerine getirmeyi, mağdurun veya suçtan zarar görenin de bununla yetinmeyi kabul etmesi durumunda, soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesini; kovuşturma aşamasında davanın düşmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını sağlayan bir ceza muhakemesi kurumudur<sup>140</sup>. Uzlaştırmanın, hukukî niteliği itibarıyla alternatif çözüm yolu olduğu belirtilmelidir.

İşverenin iş kazasından sorumluluğu, sadece özel hukuk ve idare hukuku alanında değil, aynı zamanda ceza hukuku alanında da doğar. İşverenin cezaî sorumluluğunun ortaya çıktığı bir suç tipinde, CMK.m.19 uyarınca uzlaştırmaya başvurulmaktadır. Bu suç tipi, işverenin taksirle işçinin yaralanmasına sebebiyet vermesidir<sup>141</sup>. Başka bir anlatımla işçinin ölümü ya da kasten yaralanması durumlarında söz konusu hüküm uygulanmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, HUAK.m.18/5 hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. CMK.m.253/19'da, *“Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır”*, cümlesine yer verilmektedir. Buna göre, uzlaşma belgesinde,

<sup>139</sup> Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 32, 187.

<sup>140</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 151; Ayça İzmirlioğlu, Uzlaştırma Sonucunda İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davasının Açılmaması veya Açılmış Olan Davadan Feragat Edilmesinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 68, s.121-122; Çoban Sağlam, Uzlaştırma, s. 363.

<sup>141</sup> Çoban Sağlam, Uzlaştırma, s. 368.

belirli bir miktar paranın ödenmesi konusunda anlaşılması veya açıkça tazminat taleplerinden vazgeçilmesi durumunda, söz konusu hüküm uygulanmaktadır<sup>142</sup>.

İş kazası ve meslek hastalıklarından doğan özel hukuk karakterli tazminat taleplerinin, medenî usûl hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan dava şartı arabuluculuğa tâbi tutulmayıp, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan ve zorunlu olarak başvurulmuş (CMK.m.253/1) uzlaştırmada edim olarak belirlenebilmesi olanağı tanınmasının, hukukun sistemli bir bütünlük oluşturmasına engel teşkil eden bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir.

Mevcut düzenleme gereğince, uzlaşma belgesinin hukukî niteliğini ortaya koymak gerekmektedir. Öğretide bir görüş, bu belgenin hukukî niteliğini, sulh sözleşmesi olarak kabul etmektedir<sup>143</sup>. Diğer görüş, bu sözleşmenin ne sulh sözleşmesi ne de bir ibra sözleşmesi olmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, uzlaşma belgesi kendine özgü niteliğe sahip bir sözleşmedir. Aynı görüşe göre, uzlaşma belgesinin sulh sözleşmesi olmadığına ilişkin olmak üzere açıklanan nedenlerden biri, *“Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.”*, ifadesidir. Bu hüküm uyarınca, ilâm niteliğinde bir sulh sözleşmesi olamayacağından, uzlaşma belgesi sulh sözleşmesi niteliğinde değildir<sup>144</sup>. Bu görüşe karşı olarak, söz konusu ifadenin, uzlaşma belgesinin ilâm niteliğinde olmasından ziyade, şüphelinin edimi yerine getirmemesi durumunda, cebri icra yoluyla edimi elde etmesini kolaylaştırmak ve şüpheli olan işveren veya işveren vekili karşısında işçinin elini güçlendirmek amacıyla getirildiği görüşü ileri sürülebilir. Nitekim, uzlaşma belgesi, edimin yerine getirilmesi için beklenen sürede, ilâm niteliğine sahip değildir. Bu açıklamadan sonra, uzlaşma belgesinin usûl hukuku bakımından, *“mahkeme dışı sulh sözleşmesi”* olduğu ifade edilebilir<sup>145</sup>.

Uzlaşma belgesinin her şeyden önce bir *“sözleşme”* olması, onu, borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin genel kurallarına tâbi kılar. Bu nedenle, sözleşmelere ilişkin geçerlilik şartları, uzlaşma belgesinde de aranmalıdır. Bunun bir sonucu olarak, irade fesadı hâlleri ve aşırı yararlanma gibi sözleşmenin geçerliliğine etki eden şartlar, uzlaşma belgesinde dikkate alınmalıdır<sup>146</sup>.

Öğretide ileri sürülen, kanundaki ifadeden hareket eden görüşe göre, CMK.m.253/19’un, tazminat taleplerine ilişkin bir dava açma yasağı getirdiği ifade edilmektedir<sup>147</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğü ile usûl hukukunun temel bir ilkesi olan tasarruf ilkesi

<sup>142</sup> Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 374; Çoban Sağlam, Uzlaştırma, s. 368. Bu hükümlerle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. İzmirlioğlu, Uzlaştırma, s. 139-143.

<sup>143</sup> Gaye Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Metinler Kitabı, İstanbul 2018, s. 246-247.

<sup>144</sup> Bu görüşün ifade ettiği diğer nedenlerin, uzlaşma belgesinin sulh sözleşmesi olmamasına yönelik bir gerekçe oluşturmadığı ifade edilebilir. Bu nedenler için bkz. Çoban Sağlam, Uzlaştırma, s. 373-375.

<sup>145</sup> Arabuluculuktaki anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda ileri sürülen görüşlerin, uzlaşma belgesinin özel hukuka yansıyan kısmına uygulanabileceği ileri sürülebilir.

<sup>146</sup> İzmirlioğlu, Uzlaştırma, s. 144.

<sup>147</sup> Çoban Sağlam, Uzlaştırma, s. 351, 367.

karşısında, “*dava açma yasağı*” ifadesi isabetli görülmemektedir. Ayrıca, “*dava açılmaz*” ifadesinin usûl hukukunda bir karşılığı da bulunmamaktadır. Bu durumda, söz konusu düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Uzlaştırma sonucunda edimin ifası konusunda anlaşılması olmamasının, olumsuz bir dava şartı olduğu ifade edilebilir. Ancak, uzlaşma belgesinin aşırı yararlanma ya da irade sakatlıkları durumunda, geçersiz hâle gelmesi dava şartı kurumuyla bağdaşmamaktadır. Bunun sonucunda, edimin ifası konusunda anlaşılması olmamasının olumsuz bir dava şartı olduğu söylenememektedir<sup>148</sup>.

Kanımızca, uzlaşma belgesinin, mahkeme dışı sulh sözleşmesi olduğundan yola çıkarak, böyle bir durumda hak arama özgürlüğüne uygun olarak dava açılması ve uzlaşma belgesinin varlığı nedeniyle, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, CMK.m.253/19 düzenlemesinin, “*davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı*” verilebilmesine olanak tanıdığı ileri sürülebilir.

## SONUÇ

İş kazası ve meslek hastalığından doğan taleplerde, TBK.m.55/1’in uygulanması, maddî hukukta yer alan kurallara aykırı olmakla birlikte, usûl hukuku kurallarına da aykırılık oluşturmaktadır. TBK.m.55/1, Anayasa’nın 138’inci maddesinde yer alan hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine, HMK.m.198’de yer alan hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi ilkesine ve HMK.m.282/1’de yer alan bilirkişinin takdirî bir delil olması kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu hükmün konulmasına neden olan çekincelerin, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen ilke kararı niteliğindeki içtihatlar yoluyla getirilen ölçütlerle aşılması mümkündür. İlk derece mahkemelerinin, üst derece mahkemelerinin verdiği kararlara uyma eğiliminde olması tespiti, bu öneriyi daha işlevsel kılmaktadır.

İş mahkemelerinin görev alanı belirlenirken, dikkate alınması gereken düzenleme, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’dur. Bu kanunun ilgili hükümleri, sistematik ve amaca uygun yorumlar yapılmak suretiyle değerlendirildiğinde, destekten yoksun kalma ve işçinin yakınlarının açacağı tazminatlar dâhil olmak üzere, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinin tümüne ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olması yerinde olacaktır. Böyle bir sonuç, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların, özel görevli mahkeme tarafından uzman bir bakış açısıyla çözülmesi amacına daha uygun olmaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6’ncı maddesinde, iş mahkemelerine ilişkin olmak üzere kesin bir yetki kuralı öngörülmüştür. Bu kesin yetki kuralıyla birlikte, iş kazasından doğan tazminatlarda yetkili mahkeme, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer, kazaya uğrayan işçinin yerleşim yeri, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ve mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemelerinin tümüdür. Fakat, kesin yetki kuralı gereği, bu mahkemelerden başka bir mahkemede dava açılırsa, hâkim, bu durumu re’sen göz önünde bulundurarak

<sup>148</sup> Dava şartı olmadığına yönelik başka bir görüş için bkz. Baycık, İş ilişkisi, s.249-250; İzmirlioğlu, Uzlaştırma, s.143.



(HMK.19/I), yetkisizlik kararı vermelidir (HMK.m.19/III). Kanun koyucunun, İşMK.m.6/V hükmüyle kastettiği, hiç şüphesiz, bir tarafın kamu tüzel kişisi diğer tarafın tacir olduğu veya bunların kendi aralarında yaptıkları yetki sözleşmeleri ile söz konusu hükme aykırı olarak yetkili mahkeme belirleyemeyecekleridir. Ancak, kesin yetki olduğunu belirtmek için, “yetki sözleşmesi yapılamaz yerine”, “bu hükümde belirtilen yetki kuralları kesindir” şeklinde bir ifade kullanılmış olsa daha isabetli olurdu. Bundan başka, İşMK.m.6/III’de yer alan, “... mahkemesi de yetkilidir” ifadesinin, kesin olmayan yetkiye işaret ettiği zannedilebilir. Bu nedenle söz konusu fıkranın başına, “birinci fıkrada belirtilen mahkemelerle birlikte” ifadesi eklenmesi daha isabetli olabilir.

Tahkimin, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminatlar bakımından uygulanması, İşK.m.20 ve 21’in kanımızca yanlış bir yorumu sonucunda mümkün değildir. Bu yorumun yapılmasında, işçinin korunması ilkesini zedeleyecek bazı olasılıklar etkili olmuştur. Ancak, bu olasılıklar, tahkimin, bireysel iş hukukunda, neredeyse toptancı bir anlayışla uygulanmaması gerektiğine yönelik haklı bir gerekçe oluşturmamalıdır. Zira, tarafların usûl hukukundaki tasarruf ilkesi gereğince, irade etmeleri durumunda tahkime başvurabilmeleri mümkün olmalıdır. Öte yandan, HMK.m.408’deki düzenleme uyarınca, tahkime elverişliliğin kural, tahkime elverişsizliğin istisna olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca, tahkimin, hızlı sonuçlanan, gizlilik ilkesine riayet eden, tarafsız ve bağımsız bir yargılama prosedürü olması özelliklerinden, Türk Hukukunun faydalanması gerektiği kabul edilmelidir. Ayrıca, zarar kalemlerinin tümünün Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması önerisi, ülkemizde şu an için ekonomik gerçeklik bakımından uygulanmaya uzaktır. Bu nedenlerle, iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri dâhil olmak üzere bireysel iş hukukuna ilişkin tüm uyuşmazlıkların, tahkim yoluyla (ihtiyarî tahkim) çözülmesinde tereddüde yer vermeyecek düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemelerin yapılmasında, tarafların seçeceği hakem mahkemesinin arızî (Ad-hoc) değil kurumsal hakem mahkemesi olması, ihtiyarî tahkimin zorunlu tahkime çevrilmemesi, tahkim yargılamalarında avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi ve her ne kadar tahkimde tarafların uygulayabileceği kuralları kendileri seçebilecek olsa da iş hukukuna özgü olmak kaydıyla, iş hukukunun emredici kurallarına yargılama sürecinde riayet edilmesi gibi konulara dikkat edilmesi önerilebilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/5 hükmünde ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253/19 hükmünde yer alan “dava açılmaz” şeklindeki düzenlemeler, hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına (AİHS.m.6 ve Anayasa’nın 36’ncı maddesi) aykırıdır. Bundan başka hukuk sisteminin mantıklı bir bütün teşkil etmesi ilkesini de zedelemektedir. Ancak, bu maddeler iptal edilmediğinden, hâli hazırda uygulanmaktadır. Bu nedenle, her iki hükümde yer alan tazminat miktarında anlaşılmasını konu edinen anlaşma/uzlaşma belgeleri, usûl hukuku bakımından mahkeme dışı sulh niteliğindedir. Hâkim, söz konusu belgeler önüne geldiğinde, geçerlilik şartlarını taşıyamaması durumu hâriç, “esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı” vermelidir. Söz konusu hükümler olmasa da arabuluculuk ve uzlaştırma müesseselerinin niteliği gereği aynı konuda dava yoluna gidilmesinin dava açan açısından hiçbir pratik fayda getirmeyeceği açıktır. Arabuluculuk ve uzlaştırma müesseselerinin yaygınlaşması ve konu ile ilgili vurgu yapmak amacıyla “dava açılmaz” şeklinde hükümler getirildiği kanaatindeyiz.

Arabuluculuk müessesesinin ülkemizdeki gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, ilerleyen dönemlerde iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan taleplerin de dava şartı arabuluculuk uygulamasının kapsamına gireceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, uygulamada, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun rücu taleplerine ilişkin olarak işveren ya da üçüncü kişi söz konusu talepten dava yoluyla haberdar olmaktadır. Bu durum, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, işveren karşı bir davanın açılmış olması anlamına gelmektedir. Böyle bir sonuç, hukukî ve ekonomik bakımdan bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle rücu talepli dava öncesinde işverene ve üçüncü kişiye yazılı bildirim zorunluluğu getirilmelidir. Muhatap belirtilen süre içinde ödeme yapmaz ise veya konuya ilişkin itiraz söz konusu ise dava söz konusu olmalıdır. Dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin hak sahipleri ile ilgili olarak makul olarak kabul edilebilen tereddütler, Sosyal Güvenlik Kurumu için bulunmadığından Kurumun rücu talepli davalarından önce arabuluculuk sürecinin dava şartı haline getirilmesi uygulamada ortaya çıkan çok sayıda sorunu ortadan kaldıracak niteliktedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve tahkim hem dünyada hem de ülkemizde giderek yaygınlaşan usûl hukukuna ilişkin kurumlardır. Esasında, bu kurumların dünyadaki ve ülkemizdeki hukuk sistemine katkılarının olduğunu ve bunların artarak devam edeceğini belirtmek gerekir. Söz konusu kurumların aleyhinde, birçok görüş ve eleştiri ileri sürülmesinin de bu yaygınlaşmanın önüne geçemeyeceği tahmin edilmektedir. Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve tahkimin, gelecekteki süreçte, farklı hukuk dallarındaki gelişimini ve ilerleyişini sürdüreceği ileri sürülebilir. Ancak, bu kurumların gelişim sürecinde, farklı hukuk alanlarının kendine özgü ilke ve özelliklerine dikkat edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Bu nedenle, temelinde, taraflar arasındaki eşitlik, kuralların uygulanmasında serbestlik ve yürütülmesi sürecinde esneklik ilkelerini barındıran alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve tahkimin, özellikle bireysel iş hukukunda uygulanırken, batıda sanayi devriminden sonraki yüzyıllar içerisinde büyük haksızlıklar, acılar ve direnişler sonucunda oluşmuş iş hukuku ilke ve kurallarına dikkat edilmelidir.

### KAYNAKÇA\*

Ali Cem Budak / Varol Karaaslan: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2020.

Alper Uyumaz - Kemal Erdoğan: İnşaat Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluk, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2, Aralık 2015, ss. 39-80.

Asiye Şahin Emir: İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S. 2, 2020, ss. 905-946.

Ayça İzmirlioğlu: Uzlaştırma Sonucunda İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davasının Açılmaması veya Açılmış Olan Davadan Feragat Edilmesinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 68, ss.119-150.

Ayşe Akpulat Köme: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, Doktora Tezi, İstanbul 2018.

Ayşe Özkan Duvar: Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68/1, 2019, ss. 287-336.

Baki Kuru: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

Celeddin Baykın: İş Kazası ve Meslek Hastalığında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.

Cevdet İlhan Günay: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Çiğdem Yazıcı Tıktık: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Eda Manav Özdemir: İş Mahkemeleri Kanununda Yer Alan Dava Şartı Arabuluculuğun Temel İlkeleri, I. Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, ss. 29-39.

Elizabeth G. Thornburg: Contracting With Tortfeasors: Mandatory Arbitration Clauses And Personal Injury Claims, 2004, <http://www.law.duke.edu/journals/67LCPT Thornburg>, 23.12.2020.

Ender Gülver: İş Yargılamasında Görev. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.49, 2001, ss. 371-419.

Ercüment Özkaraca-Canan Ünal: Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, ss.16-41.

Erdem Özdemir: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Faruk Barış Mutlay - Melih Işık: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68/3, 2019, ss. 565-634.

---

\* Aynı yazarın birden fazla eserine veya aynı soyadı taşıyan farklı yazarların eserlerine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

Fatih Aydemir: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ankara 2017.

Gaye Baycık, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Metinler Kitabı, İstanbul 2018.

Hakan Pekcanitez - Oğuz Atalay - Muhammet Özekes: Medenî Usûl Hukuku, C.I, II, III, Onikilevha Yayıncılık, Ankara 2016 (Paragraf Yazarı, Pekcanitez Usûl).

Halûk Hâdî Sümer: İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Konya 2020 (Sümer, İş Hukuku).

Halûk Hâdî Sümer: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Konya 2019 (Sümer, İş Sağlığı).

Halûk Hâdî Sümer: İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S. 131, Temmuz 2017, ss. 92-103 (Sümer, İşin Durdurulması).

Hâlûk Hâdî Sümer: İşçinin İşyerinde Yakalandığı Covid-19 Hastalığı İş Kazası Mıdır?, Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Konya 2020, ss. 111-132 (Sümer, COVID-19).

Heike Grothey-Mönch: Arbeitsgerichtliches Schiedsverfahren und Zivilrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, Göttingen 2019.

İbrahim Aydın: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

İbrahim Ermenek: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.

İpek Kocagil: İş Kazasından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S. 1, Haziran 2011, ss. 171-223.

Jean R Sternlight: Disarming Employees: How American Employers Are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection, 2015., Scholarly Works, s. 935.

M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

M. Kemal Oğuzman: İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1986, C.34, S. 1-4, ss. 322-342.

M.Tarık Güteryüz - Ayça Zorluoğlu Yılmaz: Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 149, 2019, ss. 325-362.

Mehmet Zahid Yener: İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Sulh Sözleşmesi ve İbra Sözleşmesi ile Çözülmesi, Adalet Dergisi, 2020, S. 64, ss. 531-564.

Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan: Medenî Usûl Hukuku, 3.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020 (Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku).

Murat İnceoğlu - Meliha Sermin Paksoy: Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55), Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, ss. 1383-1412.

Murat Şen: İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı, Tarihsel Gelişimi ve Dayanakları, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Haziran 2015, ss. 117-142.

Mustafa Serdar Özbek: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Nazlı Çoban Sağlam: Uzlaştırmanın İş Kazalarından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarına Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2021/1, ss. 355-386.

Nazlı Gören Ülkü: Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S. 3-4, 2010, ss. 309-325.

Nuri Çelik – Nurşen Caniklioğlu - Talat Canbolat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 33. Baskı, İstanbul 2020.

Nuri Çelik: İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, ss. 17-30.

Nurşen Caniklioğlu - Serkan Bingöl: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarında Yargılamaya İlişkin İlkeler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S. 1, 2020, ss. 31-49.

Orhan Rüzgar - H. Yunus Taş: İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Dora Yayıncılık Bursa 2018.

Osman Gökhan Antalya: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S. 3, 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, ss. 221-250.

Oya Turgut: İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Yüksek Lisans Tezi, Yayımlanmamış, Ankara 2019.

Ömer Ekmekçi - Muhammet Özekes / Murat Atalı / Vural Seven: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Ömer Ekmekçi: Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 60.

Özgür Oğuz - Özge Doğa: Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, ss. 299-316.

Polat Soyer: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2018, S. 57, ss.21-47.

Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz - Sema Taşpınar Ayvaz - Emel Hanağası: Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Richard Frankel: The Arbitration Clause as Super Contract, 91 WASH. U. L. REV. 531 (2014), [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol91/iss3/4](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol91/iss3/4), (21.12.2020).

Rona Serozan: Hukukta Yöntem, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Sami Narter: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Sarper Süzek: İş Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

Serdar Solak: İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2020.

Serkan Bingöl: İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortalarında İşverenin Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2020.

Süha Tanrıver: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020 (Tanrıver, Arabuluculuk).

Şanal Görgün - Levent Börü - Barış Toraman - Mehmet Kodakoğlu: Medenî Usûl Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Talat Canbolat - Saim Ocak - Özgür Oğuz - Aybüke Karaca - Alper Bulur - Erol Koç, İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı

Süha Tanrıver: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016 (Tanrıver, Usûl).

Thomas M. Madden: Mandatory Pre-Dispute Arbitration: An Alternative Approach, 2019 MICH. ST. L. REV., ss.1033-1079.

Volkan Güneş: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Üzerine Etkileri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014.

Yalçın Bostancı / Halid Özkan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdiren Hal: "Uyuşmazlığın Kapsam Dışında Olduğunun Tespiti", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S. 1, Ankara 2014.

Yalçın Bostancı: Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş, C.8, S. 1, 2005, ss. 48-93, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>, (02.12.2020).

Yeliz Yücel: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulmasının Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi Üzerine Bir İnceleme – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 60, ss.1351-1398.

**RUSYA FEDERASYONU YARGI ÖRGÜTÜ VE TÜRKİYE RUSYA ARASINDA HUKUK  
ALANINDA ADLİ (HUKUKİ VE TİCARİ) İŞBİRLİĞİ ANLAŞMASI ÇALIŞMASINA YÖNELİK  
BİR ARAŞTIRMA \***

**Dr. Öğretim Üyesi Nazım AKSOY\*\***

**ÖZ**

Türkiye ile Rusya arasında 1997 yılında imzalanan hukuki, ticari ve cezai konularda adli yardımlaşma anlaşması 2002 yılında yürürlükten kalkmıştır. 2014 yılında ise cezai konularda karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi anlaşması imzalanmış ve 2017 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak bu anlaşmada yargı kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin her hangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu gelişmeler hukuk alanında genel anlamda olumlu adımların bir göstergesi olmakla birlikte yeterli görülmemelidir. Hukuki ve ticari alanlarda da benzer çalışmaların yapılması ve mahkemelerin aldığı kararların her iki ülkede tanınması ve tenfizi ülkelerin çıkarlarına uygun düşecektir. Bu bağlamda hukuki ve ticari konuların adli müzaheret anlaşmaları kapsamına alınması ve mahkeme kararlarının her iki ülkede aynı derecede geçerli olması için çalışmalar yürütülmelidir. Bunun için ise adı geçen ülkelerin mahkemelerinin bağımsızlığı, objektifliği ve mahkeme kararlarının hukuki açıdan güvenilirliğinin irdelenmesi gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Rusya Federasyonu, adli yardımlaşma, ticari ilişkiler, yargı örgütü, tanınma ve tenfiz.

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 07/02/2021

\*\* Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: naksoy@mehmetakif.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1835-7476

**THE JUDICIAL SYSTEM OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE RESEARCH ON AGREEMENT STUDIES JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL (CIVIL AND COMMERCIAL) MATTER BETWEEN TURKEY AND RUSSIA**

**ABSTRACT**

The legal civil, commercial and criminal matters treaty in legal assistance between the Turkey and the Russia signed in 1997 was abolished in 2002. In 2014, a mutual legal assistance and extradition agreement was signed in criminal matters and entered into force in 2017. However, this agreement does not contain any provisions regarding the recognition or enforcement of judicial decisions. Although these developments are an indication of positive steps in the field of law in general, they should not be considered sufficient. It will be in accordance with the interests of countries to do similar works in legal and commercial fields and to recognize and enforce the decisions of the courts in both countries. For this, it is necessary to examine the independence, objectivity of the courts of the aforementioned countries and the legal reliability of court decisions.

**Keywords:** Russian Federation, legal assistance, commercial relations, judicial organization, recognition and enforcement.



## GİRİŞ

14.1.2004 kabul tarihli ve 5066 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti İle Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile yayımı tarihinde yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî İşbirliği Anlaşması”nın 1’inci maddesi hükmüne göre:

*“İşbu Anlaşmanın amacı, bir Âkit Tarafın vatandaşlarının, diğer Âkit Tarafın adlî makamları önündeki hukukî ve ticarî işlemlerinde yasal korunması, her iki Âkit Tarafın, adlî makamlarınca, hukukî ve ticarî konularda karşılıklı adlî yardım sağlamak üzere işbirliği yapılması ve hukukî ve ticarî konularda mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hususlarını düzenlemektir”.*

Söz konusu düzenleme ile anlaşılacağı üzere, Azerbaycan mahkemelerinden alınan kararlar tıpkı Türk mahkemeleri tarafından alınan kararlar gibi resmi statüdedir. Rusya ile Türkiye arasında benzer bir durumun oluşması her iki ülke vatandaşları başta olmak üzere ülkelerin karşılıklı ikili ilişkilerinin gelişmesine büyük katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira özellikle de son yıllarda dünya ticaretinin merkezinin Çin başta olmak üzere Asya bölgesine kaydığı bilinmektedir. Bu bağlamda, ülkemiz açısından da tarihi ipek yolunun canlandırılması projesi<sup>1</sup> kapsamında Rusya ve diğer Asya ülkeleri ile ekonomik ilişkilerin güncellenmesi, bunun için ise öncelikle hukuki alt yapının iyileştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmada görüleceği üzere, şu ana kadar yapılmış cezai konulardaki anlaşmanın genişletilerek hukuki ve ticari ilişkileri de kapsamı durumunda, özellikle KOBİ’ler açısından faydalı olacaktır. Zira söz konusu ülkeler arasında sağlanacak olan bu yöndeki düzenleme ile, bir KOBİ’nin yabancı ülkede ticari faaliyetlerini sürdürmesi sırasında, kendi ülkesindeki kadar hukuki güvenliğe sahip olabilecektir. Dolayısıyla KOBİ’ler, tıpkı ülke içindeki gibi, ülke dışında da faaliyetlerini daha rahat bir zeminde sürdürmeleri sağlanmış olacaktır. Ayrıca, KOBİ’lerin büyük şirketler gibi uluslararası tahkim müesseselerine başvurudaki mali güçlük, yabancı ülkedeki hukuk düzenleri konusundaki bilgisizlik ve buna bağlı olarak güvensizlik, yabancı ülkedeki yargısal deneyimsizlik KOBİ’lerin dışa açılmalarında çekimser davranmalarının nedenleri arasında sayılabileceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan adli müzaheret anlaşmasının KOBİ’ler başta olmak üzere söz konusu ülkelerin ikili ticari ve diğer alanlardaki ilişkilerine önemli katkılar sağlayacağı düşüncesindeyiz. Bunun için ise, öncelikle adli müzaheret anlaşmasının tarafları olan ülkelerin birbirlerinin hukuk düzenlerine, dolayısıyla yargı sistemlerine güvenmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

Bilindiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Adalet Bakanları tarafından 1 Aralık 2014 tarihinde Ankara’da imzalan cezai konularda karşılıklı adli

<sup>1</sup> Yeni adıyla “Modern İpek Yolu” projesi, ilk defa 2013 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Başkanı Xi Jinping tarafından gündeme getirilmiştir. Bkz. Balcı Zeynep, “Çin’in Yeni “İpek Yolu” Projesi”, İnsamer-İHH İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, Ocak 2018, s. 3-4). Ayrıca İpek Yolu Zirvesi için 29 ülkenin devlet ve hükümet başkanları Pekin’de toplanarak ‘Bir Kuşak, Bir Yol: Ortak Refah İçin İşbirliği’ başlığıyla düzenlenen zirve, Çin’in Asya, Afrika ve Avrupa’da altyapı yatırımlarını öngören modern İpek Yolu projesi konusunda bkz. <https://www.dw.com/tr/modern-ipek-yolu-projesi-beklentiler-ve-ku%C5%9Fkular/a-38832963> (13.10.2020)

yardımlaşma ve suçluların iadesi anlaşması 2017 yılında onaylanarak yürürlüğe girmiştir<sup>2</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere, iki ülke arasında mahkemelerce alınan kararların güvenilirliği ve doğruluğu konusunda şüphe olmayıp bu kararlara istinaden her iki ülkenin yargı organlarının birbirlerine destek vermesi adı geçen anlaşma ile sağlanmıştır. Bu güvenin ve desteğin diğer hukuk alanlarına yayılması ve bunun yapılabilmesi için gerekli araştırmalar çalışmamızın konusunu teşkil etmiştir.

Çalışmada adı geçen ülkelerle sınırlı olmak üzere materyaller kullanılmıştır. Bu kapsamda Rusya'nın genel hatlarıyla yargı örgütü, mahkeme çeşitleri, yargı kararları, mevzuat hükümleri ve öğretilerdeki ilgili görüşler, pratikteki istatistiksel ve diğer veriler incelenmiştir. Çalışmanın hedefleri arasında, Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasında komşuluk ilişkilerinin hukuk alt yapısına yönelik ülkemizin hukuk reformuna en yakın zamanda bu programın da eklenmesi düşüncesi yer almaktadır. Zira son zamanlarda ABD ve AB ülkelerinin Türkiye ile ilgili stratejik tutumları, ayrıca tarihi ipek yolunun geliştirilmesine yönelik atılan adımlarda doğu bloku ülkeleri ve genel olarak Asya kıtasının ülkemize yönelik her geçen gün artan ilgisi gözlemlenmiştir. Bu bağlamda başta Rusya Federasyonu olmak üzere, Kafkaslar ve diğer Orta Asya'daki Türk Cumhuriyetleri ile de ekonomik ilişkilerin geliştirilmesinin en temel yolu sağlam hukuki zeminden geçtiği kanısındayız. Sağlam hukuk zeminin oluşturulması ülkelerimiz arasındaki ticari ilişkilerin gelişmesine ve yeni projelerin oluşturulmasına katkı sağlayacaktır.

Çalışmanın sonuç kısmında, her iki ülke arasında yargı alanında muhtemel işbirliği, mahkeme kararlarının her iki ülkenin mevzuatlarındaki tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri, Türkiye Azerbaycan arasında olan ikili ilişkilere benzer bir şekilde Rusya Federasyonu ile de hukuki ilişkilerin geliştirme potansiyeli konusunda elde edilen bulgulardan yola çıkılarak genel değerlendirme yapılmış ve uygulamaya yönelik öneriler sunulmuştur.

## I. RUSYA'NIN YARGI ÖRGÜTÜ

### A. Genel Olarak

Rusya'nın yargı örgütüne geçmeden önce kısaca ülkenin yapısı ile ilgili bilgilerin verilmesi gerektiği kanısındayız. Zira yargı örgütünün karmaşık yapısı Rusya'nın idari yapısıyla bağlantılı olduğunu düşünmekteyiz. Rusya Federasyonu Anayasası (RFAY) 12 Aralık 1993'te yapılan halk oylamasında kabul edilmiştir. Ülkenin federal yapısı RFAY'nin 3'üncü bölümünde 65-79'uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre ülke: 23 cumhuriyet, 9 kray (öncü bölge/ büyük il), 46 oblast (federal bölümler/ küçük il), 4 avtonom oblast (bağımsız/özerk bölge), 3 federal öneme sahip şehirler ve Yahudi Özerk Bölgesi olmak üzere 86 adet federal birime ayrılmıştır (RFAY m. 65). Sayılan bu birimlerden her federal bölümün kendi bağımsız anayasası, yöneticisi, parlamentosu ve yüksek mahkemeleri bulunmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> 08.03.2017 tarih ve 30001 sayılı RG.

<sup>3</sup> Metinde geçen kelimelerle ilgili aşağıda s. 8 vd. kısa bilgiler verilmiştir. Ayrıca daha detaylı bilgi için ise bkz. [http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin\\_federal\\_bölümleri](http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin_federal_bölümleri) (30.08.2020); Akhundova Jale, "Rusya'da Yerel Yönetimler: Mevcut Durum ve Sorunlar", Avrasya Etüdlere Dergisi, 2014/2, S. 46, s. 43. Federe bölümlerin 2014 yılında Kırım'ın ilhakının ardından Sivastopol ve Kırım Cumhuriyeti

Ülkenin federal bölümlerinin her birini Federal Meclis'in üst meclisi konumundaki Federasyon Meclisi'nde iki delege temsil eder (RFAY m. 95/2). Bu federal bölümler 8 federal bölge altında toplanmıştır. Ancak bu bölgeler idari bölümler olmayıp, federal hükûmetin farklı federal bölümlerdeki faaliyetlerini organize etmekten sorumlu olan birimler olarak nitelendirilmektedirler<sup>4</sup>. RF yargı örgütü RFAY ve 31.12.1996 tarihli ve 1 sayılı “Rusya Federasyonu Yargı Sistemine İlişkin Federal Anayasal Kanunu”na dayanmaktadır (RFYSİK m. 2). Rus yargı sistemine ilişkin açıklamalarımızın RFAY’na dayanan bu yapı çerçevesinde yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz<sup>5</sup>.

## B. Mahkemeler

### 1. Genel Olarak Mahkemeler ve Yargılama Aşamaları

#### a. Genel Olarak Mahkemeler/Adli Mahkemeler

Rusya’da yargı sisteminin birliği, örgütsel ve işlevsel bağlarla belirlenen çeşitli iç ilişkilerini öngörmektedir. Örgütsel bağlar yargı sistemine ilişkin mevzuatla sağlanmaktadır. İşlevsel bağlar ise yargılama usulüne ilişkin mevzuatla sağlanmaktadır. Örgütsel ilişkiler açısından mahkeme sistemi genellikle birimlere bölünmektedir. Yargı sisteminin birimleri altında, yargının tüm işlevlerini içeren aynı yetkinlikle donatılmış mahkemeler anlaşılmaktadır<sup>6</sup>. Rusya’da mahkemeler - gerçek ve tüzel kişiler ile devletin kurumlarının haklarını ve meşru çıkarlarını sağlama sisteminin ayrılmaz bir parçası olup, çeşitli ihtilafları ve kanuna aykırı durumları dikkate almak ve çözmek için tasarlanmış yargı organlarıdır<sup>7</sup>. Belirtilen yargı organları adli, idari ve cezai yargı makamları olarak Rusya Federasyonu (RF) adına ve çıkarlarına hükmetme hakkını icra

---

uluslararası arenada meşru sayılmamakla birlikte Rusya'nın federal bölümlerini oluşturmuştur. Kırım ilhaki ile ilgili geniş bilgi için bkz. Aras İlhan, “Avrupa Birliği'nin Kırım'ın İlhakına Bakışı: Rusya'ya Yönelik Yaptırımlar”, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, 2017, S. 53, s. 30 vd.

<sup>4</sup> Rusya Federasyonu'nun idari yapısıyla ilgili detaylı bilgi için RFAY m. 65-79, Türkçe bilgi için bkz. [http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin\\_federal\\_bölümleri](http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin_federal_bölümleri) (30.08.2020)

<sup>5</sup> RF'nin yargı sistemi Türkiye ile kıyasla daha karmaşık olarak farklılık arz etmektedir. Örneğin günümüzde Türkiye’de kapatılan askeri mahkemeler, Rusya’da garnizon mahkemeleri ile deniz kuvvetleri mahkemeleri olarak kendi arasında dahi ayrıma tabi tutularak faaliyet gösterdikleri görülmektedir. T.C. Anayasası'nın 142'nci madde hükmüne 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile getirilen Ek fıkraya göre: “*Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.*” Bkz. 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı R.G.; 23.06.1999 tarihli ve 1 sayılı “Rusya Federasyonu Askeri Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasa Kanunu”nun “Rusya Federasyonu askerî mahkemeleri” başlıklı 1'inci maddesinde belirtildiği üzere “*Bölge (deniz) askerî mahkemesi*” başlıklı 13'üncü ve “*Garnizon Askeri Mahkemesi*” başlıklı 21'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Мягкова Татьяна/ Мягкова Екатерина, Шпаргалка по правоохранительным органам (Yargı organları konusunda taktikler), Аллель Yayınları, Moskova, 2009, s. 20 vd.

<sup>7</sup> R.F'de yargı sisteminin işleyişine yönelik detaylı teknik bilgi için bkz. Поздняков Михаил, Практическая реализация принципа открытости правосудия в Российской Федерации (Rusya Federasyonu'nda yargı aleniliği ilkesinin pratik uygulaması), Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге (Avrupa Üniversitesi nezdinde Hukuk Uygulamasındaki Sorunlar Enstitüsü), Saint Petersburg, 2013, s. 35 vd.; Ayrıca bkz. <https://bzbook.ru/Shpargalka-po-pravookhraniteljnym-organam.10.html> (01.10.2020)

ederler. Bu konumlarından yola çıkarak, Rus yargı örgütü temel (ilk derece/birincil), orta (ikincil) ve yüksek mahkemeler olmak üzere üçlü ayrıma tabi tutulabilir<sup>8</sup>.

*i. Bölgesel Genel Mahkemeler:*

- Temel (ilk derece/birincil) - İl mahkemeleridir;
- Orta (ikincil) - Cumhuriyetlerin yüksek mahkemeleri, bölgesel mahkemeler, federal öneme sahip şehir mahkemeleri, özerk oblast (federal bölüm<sup>9</sup>) mahkemeleri ve özerk okruglar (oblastlardan daha özerk ama cumhuriyetlerden daha bağımlı federal bölümlerdir);

• Yüksek mahkeme- Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesidir (Верховный Суд РФ).

*ii. Askeri Mahkemeler<sup>10</sup>:*

- Temel (ilk derece/birincil) – Garnizon (Deniz) Askeri Mahkemeleridir;
- Orta (ikincil) - Bölge (Deniz) Askeri Mahkemeleri;
- Yüksek mahkeme - Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin Askeri Kurulu.

*iii. Tahkim Mahkemeleri:*

- Temel (ilk derece/birincil)- Rusya Federasyonu Subjelerinin (asli kurucu kuruluşları) Tahkim Mahkemeleridir;
- Orta (ikincil) - Bölge Tahkim Mahkemeleri;
- Yüksek mahkeme - Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi'dir<sup>11</sup>.

**b. Yargılama Aşamaları**

RF'de yargı aşamaları, yargılamanın amaçlarına dayanarak adalet işlevi gerçekleştiren mahkeme veya yapısal olarak alt biriminin faaliyetleri olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Temel (ilk derece/birincil) mahkemelerde ilk aşama, ceza mahkemelerinde ceza davasındaki mahkûmiyet veya beraat kararı ile hukuk mahkemelerinde veya tahkimde davanın kabul edilmesi veya reddedilmesi kararlarının alınması amacıyla esasa ilişkin davaya yönelik bir değerlendirmedir<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Поздняков, s. 35.

<sup>9</sup> Bir valisi ve yerel olarak seçilmiş bir meclisi bulunan en yaygın federal bölümlerdir. Genel olarak oblast merkezinin ismini alırlar. Toplam 46 adet bulunmaktadır. Birimlerle ilgili detaylı bilgi için bkz. [http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin\\_federal\\_bölümleri](http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nin_federal_bölümleri) (30.08.2020)

<sup>10</sup> 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırıldığından adı geçen mahkemeler çalışmamızın konusu dışında tutulmuştur.

<sup>11</sup> Поздняков, s. 36 vd. Tahkim mahkemeleri ayrı ve geniş bir alanda incelemesi gerektiğinden, genel hatlarıyla Rus yargı örgütünü içeren bu çalışmanın sınırlarını aşmaması için farklı bir çalışmaya konu edilmiştir.

<sup>12</sup> Коваленко Александр/ Мохов Александр/ Филиппов Пётр, Гражданский процесс: Учебник (Medeni Usul: Ders Kitabı), Инфра-М Yayınları, Moskova, 2008, s. 9.

<sup>13</sup> Лебедев Вячеслав, Судебная практика и развитие законодательства // Законодательство России в XXI веке: По материалам научно-практической конференции. (Yargı uygulaması ve mevzuatın geliştirilmesi// XXI'inci yüzyılda Rusya Mevzuatı: Bilimsel Uygulama Konferansı Materyaline Dayalı) Moskova, 2002, s. 42.

Rusya mevzuatına göre, ceza ve hukuk davaları, ilk aşama olarak, genellikle il mahkemeleri ve R.F. subjelerinin (asli kurucu kuruluşlarının) tahkim mahkemelerinde görülmektedir. Bunun yanı sıra, olayın ağırlığına göre ilk derece ve ikinci derece mahkemeler, en ağır davalar ise sık görülmemekle birlikte, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yüksek mahkemeler davalara bakmaktadırlar. Temyiz mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kararını iptal etmek veya onamak amacıyla dava dosyasını yeniden inceleyebilmektedir<sup>14</sup>. Türkiye'deki istinaf mahkemelerinde dosyaların tekrar baştan sona esas inceleme yetkisi ile temyiz incelemesindeki hukuki denetim yetkisi Rusya'daki bu mahkemelere her hangi bir ayırım yapılmadan tanınmıştır<sup>15</sup>.

Temyiz işlemleri genellikle ikinci kademe mahkemelerde görülmektedir. Temyiz incelemesi, 14.11.2002 tarihli ve 138 sayılı "*R.F. Hukuk Usulü Muhakemeleri Federal Kanunu*"nun<sup>16</sup> (RFHUMFK) "*Temyiz mahkemesinin yetkileri*" başlıklı 328'inci maddesi hükmüne göre tarafların veya 18.12.2001 tarih ve 174 sayılı "*R.F. Ceza Muhakemeleri Federal Kanunu*"nun<sup>17</sup> (RFCMFK) "*Temyiz hakkı*" başlıklı 389.1'inci maddesi gereği mahkûmun, beraat etmiş sanığın ve yasal temsilcilerinin, savcı ve (veya) yüksek savcının, mağdurun (müştekinin) ve yasal temsilcilerinin, temyiz mahkemesi kararı ile hakları ve meşru çıkarları etkilediği orandaki diğer kişilerin başvurusu üzerine başlamaktadır. Davanın temyiz kademesinde incelenmesi sonucunda ikinci dereceli üst mahkeme:

- İlk dereceli mahkemenin kararını değiştirmeden, temyiz başvurusunu reddetmesi;
- İlk dereceli mahkemenin kararını tamamen veya kısmen iptal ederek veya değiştirerek dava hakkında yeni bir karar vermesi;
- İlk dereceli mahkemenin kararını tamamen veya kısmen iptal ederek işlemleri feshetmek veya tamamen veya kısmen değerlendirilmeksizin başvuruyu inceleme dışı bırakması;
- Son olarak temyizden vazgeçerek, temyiz süresinin bitiminden sonraki başvurunun, süre aşımı dolayısıyla esas hakkında görüşmenin yapılamayacağı yönünde karar vermesi mümkündür (RFHUMK m. 328).

#### *i. İlk Derece Mahkemelerin İşleyişi*

İlk derece mahkemeleri, cezai ihtilaflarda davalıyı mahkûm etmek veya beraat etmek, hukuk ihtilaflarında veya tahkime ilişkin ihtilaflarda hak taleplerini yerine getirmeyi kabul etmek veya reddetmek amacıyla esasa ilişkin davaları inceleyen mahkemelerdir. İlk derece mahkemeleri, genel yargı mahkemeleri, RF'deki asli kurucu kuruluşların tahkim mahkemeleri, federal bölge tahkim mahkemeleri ve en yüksek

<sup>14</sup> Коваленко/ Мохов/ Филиппов, s. 10.

<sup>15</sup> Türkiye'de istinaf mahkemelerinin işleyişi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Taşpolat Tuğsavul Melis, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar", TBB Dergisi, 2018, C. 30, S. 134, s. 315.

<sup>16</sup> "Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" от 14.11.2002 N 138-ФЗ ГПК РФ Статья 328. Полномочия суда апелляционной инстанции.

<sup>17</sup> "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 18.12.2001 N 174-ФЗ.

tahkim mahkemeleridir<sup>18</sup>. İlk derece mahkemelerde davaların görülmesi esasen aşağıdaki mahkeme heyeti tarafından gerçekleştirilir:

- Tek hâkimle;
- Bölgesel veya ilgili mahkemelerde ve ayrıca RF Yüksek Mahkemesi'nde ağır suç olaylarında sanığın talebi üzerine 12 jüri üyesinin katılımı ile tek hâkimle;
- Ağır suçların ceza davalarında üç hâkimle;
- Tahkim sürecinde tek hâkim ve iki hakemle<sup>19</sup>.

#### ii. İkinci Derece Mahkemelerin İşleyişi

Bu aşamada Rus yargısı ile bariz bir farklılık arz eden Türk mahkemelerine öncelikle kısaca göz atalım. Türkiye'de üst mahkemeler<sup>20</sup> kendi içinde "İstinaf" ve "Temyiz" aşaması olarak ikili bir ayırımı tabi tutulmuştur. İstinaf yolu ile, bir davanın esasına ilişkin olarak ilk derece mahkemenin kararının daha yüksek bir mahkeme olan Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) veya Bölge İdari Mahkemesi (BİM) tarafından yeniden incelenmesi kast edilmektedir. Temyiz yolu ile, sadece hukuka uygunluk denetimi yapan ve Yargıtay veya Danıştay olarak adlandırılan üst mahkemeler kast edilmektedir<sup>21</sup>.

Rusya'da üst yargılama aşamasında ise, ihtilafa konu olan hukuki işlemlerin veya ceza davalarında ilk derecedeki mahkemenin adli işlemlerinin çözümünde, esasından tekrar incelemek suretiyle henüz kesinleşmemiş yargı kararının yasallığı ve gerekçesi denetlenmektedir<sup>22</sup>. RF mevzuatında temyiz aşaması "суд апелляционной инстанции" (court of appeal) olarak isimlendirilmektedir. "Court of appeal" aşamasında üst mahkeme henüz kesinleşmeyen ilk derecedeki mahkemenin kararını tekrar incelemektedir (RFHUMFK m. 320). Court of appeal aşamasında hâkim RFHUMFK m. 329'a göre kararını vermektedir. Buna göre "appeal hâkimi" ilk derece mahkemesinin kararının özetini ve gerekçelerini, başvuruda sunulan delilleri, davaya katılan kişilerin açıklamalarını, iddialarının kabul veya reddedilme nedenlerini yeniden inceler (RFHUMFK m. 329). Dolayısıyla Rusya'da üst aşama yargılama istinaf ve temyiz aşaması ayırım olmadan bir bütün olarak düzenlendiğini söyleyebiliriz.

Rusya'da temyiz mahkemeleri (court of appeal) RF'nin idari yapısına göre değişiklik göstermektedir. Buna göre temyiz mahkemeleri aşağıdaki şekilde verilmiştir (RFHUMFK m. 320.1):

- İl Mahkemeleri - Sulh Mahkemelerinin kararlarına karşı;

<sup>18</sup> Коваленко/ Мохов/ Филиппов, s. 88 vd.

<sup>19</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. [https://studopedia.ru/3\\_55118\\_ponyatie-suda-pervoy-instantsii.html](https://studopedia.ru/3_55118_ponyatie-suda-pervoy-instantsii.html) (Erişim: 30.09.2020)

<sup>20</sup> Özok Özdemir, "(İstinaf Mahkemeleri) "Bölge Adliye Mahkemeleri" ya da "Üst Mahkemeler" Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar", TBB Dergisi, 2006, S. 63, s. 19.

<sup>21</sup> Yargıtay'ın istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ile artık dosyaların sadece hukuka uygunluk denetimi yapacağı, diğer yetkilerin istinaf mahkemeleri tarafından kullanılması konusunda geniş bilgi için bkz. Tekdoğan Aydın, "Son Yasal Değişiklere Göre Hukuk Mahkemesinde İstinaf Yargı Yolu" Terazi Hukuk Dergisi, 2017, C. 12, S. 136, s. 81 vd.

<sup>22</sup> Коваленко/ Мохов/ Филиппов, s. 127 vd.

- Oblast (federal bölümlerdir) ve Kraylar (öncü bölge) mahkemeleri, Bölge Askeri Mahkemeleri - İl Mahkemeleri ile Garnizon Askeri Mahkemeleri'nin kararlarına karşı;

- RF Yüksek Mahkemeler Kurulları- Oblast (federal bölümlerdir) ve Kraylar (öncü bölge) mahkemeleri, Bölge Askeri Mahkemeleri'nin kararlarına karşı;

- RF Yüksek Mahkemeler Temyiz Kurulu– ilk derece sıfatıyla RF Yüksek Mahkemeler Kurulları'nın kararlarına karşı başvurulacak mercidir<sup>23</sup>.

RF hukukuna göre davanın temyiz mahkemesinde tekrar bakılması tarafların veya savcının temyiz başvurusuyla gerçekleşmektedir (RFHUMFK m. 320/2). Temyiz başvuruları temyiz mahkemesine gönderilmek üzere doğrudan yargılamayı yapan mahkemeye yapılmaktadır (RFHUMFK m. 321/1). Dolayısıyla bu başvurular bölgesel yetkili mahkemelere, bölge ve deniz kuvvetleri askeri mahkemelerine, RF Yüksek Mahkemesinin Ceza ve Hukuk Kurulları ile RF Yüksek Mahkemesinin Askeri Kurullarına ilk derece mahkemesi tarafından sunulmaktadır<sup>24</sup>.

Temyiz aşamasında adı geçen mahkemeler tarafından ilk derece mahkemesinin kararları eksiksiz olarak incelenir. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinde sunulan kanıtları ve ek olarak daha sonra temyiz aşamasında sunulan kanıtları değerlendirebilir. Şöyle ki, davaya katılan kişiye bağlı olmayan sebeplerden dolayı ilk derece mahkemesine gönderilmesinin imkânsızlığı temyize başvuran tarafından kanıtlanırsa, temyiz mahkemesi tarafından ek kanıtlar da kabul edilir ve mahkeme bu sebepleri geçerli olarak kabul eder. Yeni kanıtların kabul edilmesi üzerine, temyiz mahkemesi bir karar verir (RFHUMFK m. 327.1/1). Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinde görüşülmeyen yeni talepler temyiz mahkemesi tarafından kabul edilmez ve dikkate alınmaz (RFHUMFK m. 327.1/4; m. 328).

Temyiz aşamasında cezai yargılama RFCMK'nın 389.20'inci maddesine göre yapılmakta ve aşağıdaki şekilde kararlar alınmaktadır:

- İlk derece mahkemenin kararının değiştirilmemesi ve itirazların reddedilmesi;

- Mahkûmiyet kararının iptali ve beraat kararı ile dosyanın kapatılması;
- Beraat kararının kaldırılması ve mahkûmiyet kararının verilmesi;
- Mahkeme kararının değişikliği;
- Sulh mahkemesi veya diğer mahkemenin kararının tamamen veya kısmen iptali ile yeni bir kararın alınması (RFCMK m. 389.20).

Aynı kanunun devamında ceza davasının temyiz mahkemesi tarafından aşağıdaki değişikliklerin yapılmasının mümkün olduğu hükme bağlanmıştır:

- Hükümlü kişinin cezasının hafifletilmesi veya daha hafif bir suç ile yargılması;

<sup>23</sup> Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Коваленко/ Мохов/ Филиппов, s. 122, 199 vd.

<sup>24</sup> Bkz. Коваленко/ Мохов/ Филиппов, s. 122-124.

- Hükümlünün cezasının ağırlaştırılması veya daha ağır bir suçla yargılanması;
- Maddi ve manevi zararın tazminat miktarının azaltılması veya artırılması;
- RF Ceza Kanunu'nun 58'inci maddesinin gereklerine uygun olarak daha hafif veya daha ağır bir ıslah müessesine geçilmesi;
- Maddi delillerin, işlem masrafların ve diğer hususların çözülmesi (RFCMFK m. 389.26).

Türk- RF ceza yargılamaları kıyaslandığında benzer hükmün yer aldığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 307/5'inci madde hükmünde: “(5) *Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı şekilde yine CMK'nın 265'inci madde hükmünde:

“...(1) *Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez.*” şeklinde konu ifade edilmiştir.

Dolayısıyla Türk ceza yargılamasında “*aleyhte değiştirme yasağı*” ilkesi ile, sanığın temyize başvurarak yasal yollarının sonuna kadar korkusuz ve endişesiz bir şekilde giderek hakkını arayabilme imkanının tanınması amaçlanmıştır<sup>25</sup>. Benzer bir durum RF ceza mevzuatında da yer almaktadır. Şöyle ki, “*Ceza yargılaması sona eren sanıkların beraat veya mahkumiyet kararının sanığın aleyhine değiştirilmesi veya cezanın iptali*” başlıklı RFCMUFK'nin 389.24'ncü maddesi hükmüne göre:

“1. *İlk derece mahkemenin hükmü, sadece savcının önerisi veya mağdurun, özel savcının, yasal temsilcilerinin ve (veya) temsilcilerinin itirazı üzerine mahkûmun aleyhine değiştirilebilir.*

2. *İlk derece mahkemenin beraat kararı, sadece savcının önerisi veya mağdurun ve hukuk temsilcilerinin itirazı üzerine temyiz mahkemesi tarafından iptal edilerek tekrar bakılması için başka mahkemeye gönderilebilir*”.

Maddenin 1'inci fıkrası hükmünün aksine yorum yapıldığında, mahkûmun temyize başvurusu halinde kararın aleyhine değiştirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Zira madde hükmüne göre, “*sadece*” savcının önerisi veya mağdurun, özel savcının, yasal temsilcilerinin ve (veya) temsilcilerinin itirazı üzerine cezanın mahkûmun aleyhine değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır (RFCMUFK m. 389.24/1)<sup>26</sup>.

Bunun yanı sıra, maddi ve manevi zararın tazminat miktarının azaltılması veya artırılması konusunda RF ve Türk ceza yargılamasında farklı hükümler yer almaktadır.

<sup>25</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Kaymaz Seydi, “Ceza Yargılamasında Aleyhte Değiştirme Yasağı” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, S. 2, s. 1397-1399.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. Павлов Игорь, “К Вопросу О Раздельном Содержании Осуждённых” (Hükümlülerin ayrı tutulma sorunları sorununa yönelik) Журнал Вестник Кузбасского Института (Kuzbas Enstitüsü Habercisi Dergisi), 2012, S. 5 (13), s. 38 vd.



Rus ceza yargılamasında, yukarıda da görüldüğü üzere, tazminatla ilgili hüküm kural olarak verilebilmektedir (RFCMFK m. 389.26). Oysa Türk ceza mevzuatına göre, manevi tazminatla ilgili hüküm istisnai olarak verilebileceği içtihatla belirlenmiştir. Şöyle ki, tazminat davaları Borçlar Kanunu'nun kapsamına girmekle birlikte Yargıtay'ın 10'uncu Ceza Dairesi tarafından 16.04.2002 tarihli ve 2002/10443 Esas ve 2002/17001 sayılı kararında:

*“TCK. nın manevi tazminata ilişkin hükmüne göre, ceza mahkemesinin manevi tazminata hükmedebilmesi, işlenen fiilin şeref ve haysiyet değerini ihlal etmesine bağlı olup, söz konusu değerleri ihlal edebilen fiiller, genel ahlaka aykırı suçlar ile beden bütünlüğüne karşı işlenen fiillerdir. Bunların dışında kalan, şeref ve haysiyete dokunmayan fiillerden dolayı manevi tazminat talepleri için, Borçlar Kanununda belirtilen genel hüküm çerçevesinde hukuk mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir”* kararıyla oybirliği ile bozma kararı da ile bu duruma istisna getirilmiştir<sup>27</sup>.

Bunun gibi, Rus mevzuatına göre temyiz aşamasında taraflara, duruşmanın zamanı ile ilgili olarak tebligat yapılır. Bu süreçte duruşmalar hukuk davalarında video konferans şeklinde, ceza davalarında ise fiziki katılım söz konusu olmaktadır (RFHUMFK m. 327/1; RFCMFK m. 389.12). Türk hukukunda ise 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin yargılamalarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre Yargıtay'ın

<sup>27</sup> *“ÖZET: TCK. nın manevi tazminata ilişkin hükmüne göre, ceza mahkemesinin manevi tazminata hükmedebilmesi, işlenen fiilin şeref ve haysiyet değerini ihlal etmesine bağlı olup, söz konusu değerleri ihlal edebilen fiiller, genel ahlaka aykırı suçlar ile beden bütünlüğüne karşı işlenen fiillerdir. Bunların dışında kalan, şeref ve haysiyete dokunmayan fiillerden dolayı manevi tazminat talepleri için, Borçlar Kanununda belirtilen genel hüküm çerçevesinde hukuk mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir.*

*Karar: Hükmün esasını oluşturan kısa karardaki, maddi tazminat talebine ilişkin bölümün gerekçeli karara yazılmaması, mahallinde düzeltilebilir maddi hata kabul edilmiştir.*

*TCK. nın 516/ilk maddesi uyarınca, sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezanın yanı sıra para cezasına da hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde tartışılan delillere ve dosya içeriğine uygun gerekçeyle göre; yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine; ancak:*

*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8.6.1999 gün ve 146/153 sayılı kararında da açıklandığı üzere, TCK. nın manevi tazminata ilişkin 38. maddesine göre, ceza mahkemesinin manevi tazminata hükmedebilmesi, işlenen fiilin şeref ve haysiyet değerini ihlal etmesine bağlı olup, söz konusu değerleri ihlal edebilen fiiller, genel ahlaka aykırı suçlar ile beden bütünlüğüne karşı işlenen fiillerdir. Bunların dışında kalan, şeref ve haysiyete dokunmayan fiillerden dolayı manevi tazminat talepleri için, Borçlar Kanununun 49. maddesinde belirtilen genel hüküm çerçevesinde hukuk mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir. Böylelikle mahkemece sövme suçundan beraat kararı verilmesi karşısında, şeref ve haysiyeti çiğnediği kabul edilmeyecek olan ızzar suçundan manevi tazminata hükmedilemeyeceği gözetilmeksizin, yazılı biçimde manevi tazminata hükmedilmesi,*

*Yasaya aykırı, saniğin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı bozulmasına, 16.04.2002 gününde oybirliği ile karar verildi”. Karar için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-10-cd-e-2002-10443-k-2002-17001-t-16-04-2002/683462/>*

*(05.09.2020); Mala zarar verme suçu ile ilgili bkz. Ülkü Muhammet Murat, “5237 Sayılı TCK. 151-153. Maddelerinde Yer Alan Mala Zarar Verme Suçları” <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf> (05.09.2020)*

uygun görmesi halinde duruşma mümkündür (CMK m. 299/1)<sup>28</sup>. Eskiden Türk ceza yargısında CMK hükümleri uyarınca suçun mağdurunun Yargıtay'da duruşma yapılmasını istemesi mümkün değildi. Dolayısıyla duruşmalar, ancak sanık tarafının duruşma isteminde bulunması veya ilgili daire tarafından resen duruşmalı incelemeye karar verilmesi durumlarında duruşma mümkün olabilecekti. Konu sadece sanığa bu hakkın tanınmasının Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasında, "Hak arama özgürlüğü" başlığı altında "*Herkes, meşru vasıta*

*ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne aykırı olduğu gerekçesi ile eleştiriye neden olmuştur<sup>29</sup>. Sonuç itibarıyla, söz konusu hüküm 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 100 üncü maddesiyle "*uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir*" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 94'üncü maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Konuyla ilgili çeşitli Yargıtay kararları mevcuttur<sup>30</sup>. Örneğin: Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesi'nin "*CMK 299. Madde Duruşmalı İnceleme Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle; Temyiz edenin sıfatı, başvurunun süresi, kararın niteliği ve temyiz sebebine göre dosya incelendi, gereği düşünüldü; Temyiz talebinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi; Hükmolunan cezaların süresine göre şartları bulunmadığından sanık müdafinin duruşmalı inceleme isteminin CMK'nın 299. maddesi uyarınca REDDİNE,*" kararında duruşma talebi reddedilmiştir<sup>31</sup>. Yine, Yargıtay 2'nci Ceza Dairesi'nin "*... II-Sanık ... hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin incelenmesinde; 5271 sayılı CMK'nın 288. maddesinin "Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır." ve aynı Kanun'un 294. maddesinin ise; "Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. Temyiz sebebi ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir." şeklinde düzenlendiği de gözetilerek sanık müdafinin temyiz isteminin sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde üst sınırdan hüküm kurulduğuna ve yasal indirimlerin de*

<sup>28</sup> Bununla birlikte, Türk ceza yargısında davalarında temyiz incelemesinin murafaa aşamasına sanığın katılmasının kural olarak şart olmadığı, sanığın murafaada avukat aracılığı ile temsil edilmesinin, savunma hakkının korunması için yeterli görüldüğü ileri sürülmüştür. Bkz. Şen Ersan, "Sanığın Gıyabında Tasarruflar", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (Erişim: 09.12.2020) (Tasarruflar).

<sup>29</sup> Konuyla ilgili eleştiriler ve geniş bilgi için bkz. Şahbaz İbrahim, Ceza Yargılamasında Katılanın Temyiz Duruşmasında Yer Almaması, TBB Dergisi, 2004, S. 51, s. 94 vd.

<sup>30</sup> Bilindiğini gibi Türk yargı sisteminde 2016 yılından itibaren artık sadece temyiz aşaması değil, bu aşamadan önce istinaf yolu da benimsenmiştir. Dolayısıyla kararların hukuki denetimi artık Bölge Adli Mahkemeler veya Bölge İdari Mahkemeleri ile de denetlenmesi ve ancak şartlar varsa Yargıtay veya Danıştay'a gidilmesi öngörülmüştür. Konumuzun sınırlarını aşacağından dolayı bu hususlara çalışmada değinilmemiştir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Özen Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, S. 65 (4), s. 2332 vd.; Pehlivan Ali, "İstinaf Kanun Yolu ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, C. 21, Özel S., s. 973 vd.

<sup>31</sup> Karar için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin Esas: 2017/3975 Karar: 2018/483 Tarih: 27.02.2018 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (09.12.2020); Ayrıca bkz. Şahbaz, s. 94 vd.

*yapılmadığına ilişkin olduğu belirlenerek anılan sebeplere yönelik olarak ve 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 100 üncü maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 299/1. maddesi uyarınca resen duruşmalı inceleme yapılmasına yer olmadığına karar verilerek yapılan incelemede; Sanık hakkında katılana yönelik eylemi sebebiyle hırsızlık suçundan kurulan hükümdede herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmalı istinaf isteminin esastan reddine dair karar hukuka uygun bulunduğundan, sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, 5271 sayılı CMK'nın 302/1. maddesi uyarınca, usul ve yasaya uygun olan İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi'nin kararına yönelik TEMYİZ İSTEMİNİN ESASTAN REDDİ ile HÜKMÜN ONANMASINA, 01/03/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.” kararında temyiz istemi tamamen reddedilmiştir<sup>32</sup>.*

Hukuk davalarında duruşma ise 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soybağına ve kısıtlamaya ilişkin davalarla miktar veya değeri altmışbin Türk Lirasını aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasının talep edilmiş olması şartıyla mümkün olabileceği hükme bağlanmıştır (HMK m. 369/2)<sup>33</sup>. Dolayısıyla, Türk yargısında hukuk davalarının Yargıtay aşamasında temyiz incelemesinin kural olarak dosya üzerinden yapıldığı, istisnai hallerde ise taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde konuyla ilgili taleplerinin olduğu durumlarda ve belli şartta olduğunda ancak duruşmanın yapılabileceği hükme bağlanmıştır (HMK m. 369/2). Fıkranın devamında duruşma talebi doğrultusunda Yargıtay'ca belirli bir gün belli edilerek taraflara usulen davetiye gönderilir. Fıkra göre, duruşmanın, tebliğ tarihi ile duruşma günü arasında en az iki haftanın olması, duruşma giderinin eksik ödenmemesi gerektiği, bu şartların sağlanmadı durumlarda Yargıtay'ın incelemesini dosya üzerinde yapacağı hükme bağlanmıştır. (HMK md. 369/2) Konuyla ilgili Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin “*Bu nedenle; Tebligat Kanunu'nun ve HUMK'nın 435.-HMK'nın 369.maddesi gereğince duruşma giderinin eksik ödenmiş olması halinde verilen 7 günlük kesin süre içerisinde eksik duruşma giderinin tamamlanması, aksi halde duruşma isteminden vazgeçilmiş sayılıp dosya üzerinde inceleme yapılacağından, Temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması talebiyle Dairemize gönderilen dava dosyasında tebligat giderinin 9.00 TL'ye çıkartılmış olması karşısında gönderilen posta pulunun taraflara duruşma günü tebliği için yetersiz olduğu anlaşıldığından, ek 11,00 TL post pulunun daha dosyaya eklenerek gönderilmesi için dosyanın geri çevrilmesi gerekmektedir. Sonuç: Duruşma pulu noksanının ikmali için mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 27.06.2014 tarihinde oybirliği ile, karar verildi.” kararında temyiz istemi geri çevrilmiştir<sup>34</sup>.*

<sup>32</sup> Karar için bkz. Yargıtay 2'nci Ceza Dairesi'nin Esas: 2018/279 Karar: 2018/2113 Tarih: 01.03.2018 kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (09.12.2020)

<sup>33</sup> Yine anı şekilde Bölge Adliye Mahkemeleri'nde duruşma yapılmasına karar verildiği incelemenin ilk derece mahkemesinin uyguladığı yargılama usulü kapsamında olacağı ileri sürülmüştür. Koç Evren, İstinaf ve Kanun Yolları, TBB Eğitim Merkezi Meslek İçi Eğitim Seminerleri- 2, 2016, s. 21. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/554.pdf> (10.12.2020)

<sup>34</sup> Karar için bkz. Yargıtay 23'ncü Hukuk Dairesi'nin Esas: 2014/4499 Karar: 2014/4983 Tarih: 27.06.2014 kararı. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 10.12.2020); İstinaf mahkemelerinde duruşmaya ilişkin geniş

### iii. “Court of cassation” Aşamasında Mahkemelerin İşleyişi

RF mevzuatına bakıldığında temyiz aşamasının arkasından hemen “*суд кассационной инстанции*” (*court of cassation aşaması*) olarak üst mahkemenin, ilk derece mahkeme kararının kesinleştikten sonraki durumu ile ilgili incelenme olanağından söz edildiği görülmektedir (RFHUMFK m. 376/1). “*Court of cassation*” aşaması Türkiye’deki yargılamanın yenilenmesi (*iade-i muhakeme*) ile benzerlik arz eden aşama olduğu kanaatindeyiz. Zira Türkiye’de “*iade-i muhakeme*”, yani yargılamanın yenilenmesi, olağanüstü bir kanun yolu olduğundan, yalnızca kesinleşen mahkeme kararlarına (hükümlerine) karşı başvurulabilmektedir<sup>35</sup>. 28.11.2018 tarih ve 451 sayılı değişiklikle “*Court of cassation*” aşamasında yargılama işlemleri RFHUMFK’nın 376-390.1’inci madde hükümleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun’un 376’ıncı maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

*“1. Bu Kanun’un 377’inci maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunulan ve yürürlüğe giren adli kararlar, bu fıkra ile belirtilen şekilde, haklarının ve meşru çıkarlarının ihlal edilmesi durumunda, davaya katılan kişiler ile hakları ihlal olan diğer kişiler Court of cassation’a itiraz edilebilirler. Bu bölümün birinci fıkrasında belirtilen kişiler, haklarını ihlal eden kararın yürürlüğe girdiği günden önce bu Kanun’da belirtilen tüm diğer itiraz yollarının tüketmesi koşuluyla, Court of cassation’a başvuruda bulunabilirler.*

*2. Savcının söz konusu yargılamama sonucunda verilen karar sürecinde katılımın olması durumunda, bu Kanunun 377’inci maddesinin üçüncü bölümünde belirtilen kovuşturma makamlarının görevlileri de Court of cassation başvurabileceklerdir”* (RFHUMFK m. 376).

## 2. RF İdari Mahkemeler

Rusya’da adli ve idari yargı ayırımı söz konusu değildir. Dolayısıyla 08.03.2015 tarihli 21 sayılı Rusya Federasyonu İdari Yargılama Usulü Federal Kanunu’na (RFİYFK)<sup>36</sup> göre tüm mahkemeler idari davalara bakabilmektedir (m.11/1)<sup>37</sup>. Bu sonuca yine aynı Kanun’un 17/1’inci madde hükmünün atfı uyarınca ulaşmaktayız. Zira RFİYFK’ya göre: “*Sulh Hâkimi, zorunlu ödemelere ve cezaların tahsiline yönelik talep doğrultusunda mahkeme kararı için yapılan başvuruları işbu Kanun’un 11/1 hükmüne göre inceler.*”<sup>38</sup> Keza RFİYFK’nın 18’inci madde hükmüne göre:

---

bilgi için bkz. Albayrak Adem/ Arslan Cihat: Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 172 vd.

<sup>35</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Şen Ersan: “Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu Nereye Yapılır?” 06 Kasım 2018 <https://www.hukukihaber.net/yargilamanin-yenilenmesi-basvurusu-nereye-yapilir-makale,6209.html> (26.09.2020) (Yargılamanın Yenilenmesi)

<sup>36</sup> “*Российская Федерация Федеральный Закон Кодекс Административного Судопроизводства Российской Федерации*” от 08.03.2015 N 21-ФЗ

<sup>37</sup> Madde 11/1: 1. Bütün mahkemelerde idari işlem açıktır - “1. *Разбирательство административных дел во всех судах открытое*”. КАС РФ Статья 11/1.

<sup>38</sup> “*Мировой судья рассматривает заявления о вынесении судебного приказа по требованиям о взыскании обязательных платежей и санкций в порядке, установленном главой 11.1 настоящего Кодекса.*” КАС РФ Статья 17/1.(05.04.2016 tarih ve 103 sayılı – Federal Kanunla yapılan değişiklik)

*“Federal yasaların öngördüğü durumlar, ihlal edilmiş veya ihtilafli hakların korunması, vatandaşların özgürlükleri ve meşru çıkarları, kuruluşların hakları ve meşru çıkarları ile ilgili idari ve diğer hukuki ilişkiler alanındaki idari davalar askeri mahkemeler tarafından görülmektedir” (RFİYFK m. 18)<sup>39</sup>.*

Ayrıca söz konusu Kanun’un 19’uncu maddesinde il mahkemeleri, 20’nci maddede ise cumhuriyetin yüksek mahkemesi, kray, oblast, stratejik önemi haiz şehirlerin, özerk oblast ve bağımsız oblast ve okrug mahkemelerinin de idari davalarda görevlendirildiği hükme bağlanmıştır (RFİYFK m. 20). Aynı zamanda söz konusu Kanun’un 21’inci maddesi ile R.F. Yüksek Mahkeme’nin idari davalara da bakması konusunda görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Ancak buradaki görevlendirme geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. RFİYFK’nın 21’inci maddesinde *“Rusya Yüksek Mahkemesi’nin Görev Altındaki İdari Davalar”* başlığı altında 14 bent şeklinde görevler düzenlenmiştir. Buna göre:

*“R.F. Yüksek Mahkemesi aşağıda yer alan hallerde idari davaları ilk derece mahkemesi olarak incelemektedir:*

1) R.F. Cumhurbaşkanı, R.F. Hükümeti, Federal Yürütme Organları, R.F. Baş Savcılığı, R.F. Araştırma Komitesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin Yargı Dairesi, R.F. Merkez Bankası, R.F. Merkez Seçim Komisyonu, R.F. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Fonu ile Federal Zorunlu Sağlık Sigortası Fonu dahil bütçe dışı fonlar ve Devlet şirketleri kamu kuruluşu olarak tabi olduğu düzenleyici yasal işlemlerden kaynaklanan ihtilaflar; (madde 1.1, 15 Şubat 2016 tarihli Federal Kanun ile getirilmiştir).

2) R.F. Başkanı, R.F. Federal Meclisi Federasyonu Konseyi, R.F. Federal Meclisi Devlet Duma’sı, Rusya Federasyonu Hükümeti ve R.F.’de Yabancı Yatırımların Kontrolü için Hükümet Komisyonu’nun düzenleyici olmayan yasal işlemlerine yönelik ihtilaflar;

3) R.F. Hâkimleri Yüksek İhtisas Kurulu ile asli kuruluşlarının hâkimlerinin ihtisas kurullarının yetkilerinin askıya alınması ya da sona erdirilmesi hakkındaki kararları ile ve R.F. Yüksek Mahkemesi’ne şikâyet edilen diğer kararlarına ilişkin ihtilaflar;

4) Yüksek Sınav Komisyonu’nun hâkimlik mesleğine alımına yönelik yeterlilik sınavının kanuna uygun bir şekilde yapılması ile alakalı eylemlere (eylemsizliklere) kanuna aykırılık dolayısıyla, hâkim adayının yeterlik sınavını alınmasına izin verilmemesi nedeniyle belirtilen sınav komisyonu işlemlerine yönelik ihtilaflar;

5) Siyasi partiler ile ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarının, faaliyetlerinin durdurulması ve tasfiyeleri, R.F.’nin iki veya daha fazla asli (kurucu) kuruluşunda yerel dini örgütlere sahip merkezi dini örgütlerin tasfiyelerine ilişkin faaliyetlerin askıya alınması ve iptali;

6) Ürünlerinin R.F.’nin iki veya daha fazla asli (kurucu) kuruluşunda dağıtılması amaçlanan kitle iletişim araçlarının faaliyetlerinin sona erdirilmesi;

<sup>39</sup> “В случаях, предусмотренных федеральными законами, административные дела, связанные с защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций в сфере административных и иных публичных правоотношений, рассматриваются военными судами” КАС РФ Статья 18.

7) R.F. Merkez Seçim Komisyonunun (referandum, seçim seviyesine bağlı olmadan) kararlarına (kararlar alınmadan kaçınmalar) alt düzey seçim komisyonları, referandum komisyonları kararlarını destekleyen kararlar hariç olmak üzere itirazı;

8) R.F. Başkanlığı adaylık kaydının iptali, federal adaylar listesinin tescili, kayıtlı federal adaylar listesine dâhil bir adayın tescili ve ayrıca R.F. Devlet Duma'sının Federal Meclisi Milletvekili seçimi sırasında bölgesel bir aday grubunun çıkarılması;

9) R.F. referandumuna yönelik inisiyatif ve kampanya grubunun faaliyetlerinin sona erdirilmesi,

10) R.F. Merkez Seçim Komisyonunun feshi hakkında;

11) R.F. Anayasası'nın 85'inci maddesi uyarınca Rusya Devleti Başkanı tarafından, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesine sunulan R.F. federal hükümet organları ile Rusya Federasyonu asli devlet organlarının iktidarları arasında oluşan uyumsuzlukların çözümü;

12) Makul bir süre içinde yasal işlem yapma hakkının ihlali veya bölge mahkemeleri ve garnizon mahkemeleri hariç olmak üzere, genel yargı mahkemelerince hükmedilen kararların makul bir süre içinde icrasının ihlali durumlarında tazminata hükmedilmesi;

13) R.F. Savunma Bakanlığı'nın normatif olmayan yasal işlemleri ile federal yasaların askeri personelin hak ve özgürlükleri, yasal olarak korunan çıkarlarına, askeri eğitim alan vatandaşlara ilişkin askerlik hizmeti sağlaması konusunda çıkan ihtilaflar;

14) R.F. Baş Savcılığı ve R.F. Araştırma Komitesi'nin, Rusya Savunma Bürosu'nun askeri personelinin ve R.F. Araştırma Komitesi'nin askeri soruşturma organlarının askeri personelinin hak, özgürlük ve yasal olarak korunan çıkarlarına yönelik normatif olmayan yasal işlemlere ilişkin ihtilaflar" (RFİYFK m. 21).

Bununla birlikte, Rus idare hukukunda, Türk hukukunda da olduğu gibi, davalarda kural olarak alenilik ilkesi geçerlidir. Bu sonuca RFİYFK'nın 11'inci maddesinden ulaşılmaktadır. Söz konusu maddenin başlığı "*Davların Aleniliği ve Şeffaflığı*" şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmünde ise yargılamaların aleni olduğu, devlet sırrı veya ticari sır teşkil eden durumlar ile özel hayatın gizliliğini ihlal eden hallerde alenilik ve açıklık ilkesinin uygulanmayabileceği belirtilmektedir (RFİYFK m. 11/1-11b.) Rus idari yargısında işlemlerin aleniliği ve şeffaflığı prensibinin temelini RF Anayasası'nın 123'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "*Tüm mahkemelerde davalar açık olarak görülür*" hükmünden kaynaklandığı düşüncesindeyiz<sup>40</sup>. Zira benzer durum Türk hukukunda da yer almaktadır. Türk hukukunda da 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargımla Usulü Kanunu'nun (İYUK) 18'inci maddesine göre, duruşmaların açık olarak yapıldığı hükme bağlanmıştır (İYUK m. 18/1). Bunun temelini de tıpkı Rus hukukunda olduğu gibi Türk anayasasından kaynaklandığını belirtebiliriz. Zira 1982 Anayasa'nın 141'inci maddesinde de mahkemelerde duruşmaların herkese açık olduğu, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli idare

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Коропец Надежда, "Открытость Правосудия — Эволюция Принципа Гласности Судебного Разбирательства" (Yargın Şeffaflığı- Yargı Açıklığı İlkesinin Gelişim Evreleri), Kutafin Hukuk Devlet Üniversitesi Habercisi Dergisi, 2015, s. 151.

veya mahkemenin kararı ile, duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (AY m. 141/1)<sup>41</sup>.

Bunu yanı sıra, Rus idari yargısında Türk idari yargısından farklı olarak benimsenen temel ilke sözlülük ilkesidir. Diğer bir ifade ile, Türkiye'deki durumun aksine Rusya'da idari yargı davalarının sözlü olarak görülmesi bir kuraldır (RFİYFK m. 140). Oysa Türkiye'de süreç İYUK'a göre yazılı yürütülmektedir. Buna göre, "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*" (m. 1)<sup>42</sup>. Rusya'da RFİYFK'nın 140'ıncı maddesi hükmüne göre:

*"1. Bir idari davanın yargılanması, işbu Kanun'la aksi belirtilmedikçe, sözlü olarak yapılır. Duruşmalı yargılama süreçlerinde, duruşmanın zamanı ve yeri davanın tarafları ve diğer ilgililere mahkeme tarafından bildirilir.*

*2. Bu Kanuna göre belirtilen durumlarda, işbu Kanun'la 33'üncü bölümünde belirtilen basitleştirilmiş (yazılı) usulle duruşma olmadan idari yargılama işlemleri yapılabilir"* (RFİYFK m. 140).

Söz konusu Kanun'un 33'üncü bölümünde ise 4 madde halinde (m. 291-294) bu durumlar belirtilmiştir. Buna göre, idari davaların basitleştirilmiş (yazılı) bir prosedürde değerlendirilmesi:

*"İdari davaları basitleştirilmiş (yazılı) bir prosedürde değerlendirme olasılığı" (m. 291), "Basitleştirilmiş (yazılı) bir idari işlemin özellikleri" (m. 292), "Basitleştirilmiş (yazılı) prosedürde ele alınan bir idari dava hakkında karar" (m. 293) ve "Basitleştirilmiş (yazılı) prosedürde kabul edilen mahkeme kararına itiraz" (m. 294).*

Yine aynı Kanun'un 213'üncü madde hükmüne göre idari uyuşmazlıklarda mahkemelere başvurunun yapılmasından itibaren 2 ay, Yüksek Federal Mahkemelerde ise 3 ay içinde bakılması gerektiği belirtilmiştir (RFİYFK m. 213/1). Söz konusu Kanun'un 219'üncü maddesinde idari dava açma süresi düzenlenmiştir. Buna göre adı geçen kanunda aksi belirtilmediği sürece ihlale sebep olan işlemin öğrenilmesinden itibaren 3 aylık süre tanınmıştır. Dikkat edilirse işlemin yapıldığı andan itibaren denilmemekte, hakkın ihlalinin öğrenildiği andan itibaren denilmektedir. Dolayısıyla Rusya'da öğrenilme tarihi dikkate alınmakta ve bu süre 3 ay olarak belirtilmiştir<sup>43</sup>. Tabii bu kuralın kanuni istisnaları da vardır. Zira maddede aksine belirtilmediği sürece denilmiştir. Aksi ise aynı maddenin devamı hükümlerinde yer almaktadır. Örneğin RF'nin asli (kurucu) kuruluşunun en yüksek yetkilisinin (RF'nin kurucu kuruluşunun devlet güçlerinin en yüksek yürütme organı başkanı) veya belediye başkanının

<sup>41</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Öztürk Hacı Ömer, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara Üniversitesi Açık Erişim Sistemi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006, s. 29-30.

<sup>42</sup> Sözlü yargılamanın özelliklerinin de uygulanmasına yönelik değerlendirme için bkz. Kaplan Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 13, S. 1, s. 33 vd.

<sup>43</sup> RF idari hukukundaki sürelerle ilgili geniş bilgi için bkz. Басов Семен, Основные Положения Кодекса Административного Судопроизводства Российской Федерации (Rusya Federasyonu İdari Usul Kanunu Temel Hükümleri), RF Başsavcılık Akademisi Sant Peterburg Hukuk Enstitüsü Yayınları, Sant Peterburg, 2016, s. 28-43; Бутнева Мария, Административное Судопроизводство (İdari Yargı), Yaroslavl Devlet Üniversitesi Yayınları, Yaroslavl 2018, s. 26-34.

görevden alınmasına ilişkin kararlarda ilgili kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde dava açılması gerekmektedir. Dolayısıyla dikkat edildiğinde, metinde tebliğ tarihi denilmemekte işlemin yapıldığı tarih (*kararın verildiği tarih*) denilmektedir ve itiraz için öngörülen süre 10 güne indirilerek çok kısa tutulmaktadır (RFİYFK m. 219/2)<sup>44</sup>.

### 3. RF Ceza Mahkemeleri

#### a. Genel Olarak

Rusya Federasyonu'nda ceza mahkemelerine geçmeden önce, Rus adli kovuşturma mekanizması ile genel özelliklerine kısaca göz atmakta fayda vardır. Zira Rusya'nın yukarıda genel hatları ile incelenen idari mevzuatından daha öncesine dayalı, oturmuş ve kapsamlı iki kanunu vardır. Bunlar: 13.06.1996 tarihli ve 63 sayılı "*R.F. Ceza Federal Kanunu*" Ceza Kanunu (RFCFK) ve "*R.F. Ceza Muhakemeleri Federal Kanunu*"dur (RFCMFK). Rusya'da gerçek ve tüzel kişilerle, kamu kurum ve kuruluşların ihlal edilmiş haklarının ancak yargılama faaliyetleri ile korunduğu yukarıda ifade edilmişti<sup>45</sup>. İlgili yargı faaliyetleri bağlamında ceza davalarını değerlendirme ve çözme usulü, yani suçun ve cezanın tespiti mekanizması, RF Ceza Kanunu kapsamında önemli bir faaliyet olarak görülmektedir. Zira sosyal açıdan tehlikeli bir eylemin belirtilerinin varlığına ilişkin olarak başlatılan soruşturmalarda konunun aydınlatılması ayrı bir önem taşımaktadır. Dolayısıyla davalının suçluluğu veya masumiyeti sorununun cevabı mahkemenin bu süreçteki faaliyeti sonucunda nihai kararının verilmesi için gereklidir. Yargılama sonucunda suçun işlendiği yönünde kesin bulgulara ulaşıldığı takdirde ancak bir kişiye uygulanacak olan cezanın özel türü ve önlemleri belirlenmelidir.<sup>46</sup>

#### b. R.F. Ceza Mahkemesinin Özellikleri

Ceza davalarında kilit rolü mahkemeler üstlenmiştir. Bu bakımdan ceza mahkemesi Rus doktrininde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Rusya Federasyonu'ndaki ceza mahkemesi, bir ceza davasının içeriğini doğrudan inceleyen ve mevcut ceza yargılamalarına ilişkin mevzuatın öngördüğü şekilde ve şartlar altında nihai karar veren genel mahkemedir*"<sup>47</sup>. RF'de bir dizi yargı organı federal mevzuat düzeyinde kurulmuş ve oluşturulmuştur. İlgili sistemin analizinden yola çıkıldığında, Rusya'da, sadece ceza davalarına hasredilmiş ayrı bir yargı organının olmadığı sonucuna varmamız gerekir. Söz konusu yetkiler günümüzde sulh mahkemeleri ile genel mahkemelere tanınmıştır. Bu mahkemelerle kastedilen kentsel, bölgesel ve belirli kategorilerdeki diğer mahkemelerdir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, hukuk ve ceza davalarında yargılama usulünde farklılık vardır<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Басов, s. 54 vd.

<sup>45</sup> Вкз. yuk. s. 5 vd.

<sup>46</sup> Гриненко Александр, Уголовный процесс (Ceza süreci), 2. Baskı, Норма Yayınları, Moskova, 2009, s. 3, 15, 45.

<sup>47</sup> Ендольцева Алла/ Химичева Ольга/ Клещина Елена: Уголовно-процессуальное право- Уголовный процесс (Ceza Muhakemesi Hukuku- Ceza Muhakemesi Usulü), Юнити-Дана Yayınları, Moskova, 2017, s. 8.

<sup>48</sup> Гриненко, s. 288-289.

<sup>49</sup> Гриненко, s. 80 vd.



Bilindiği üzere ceza yargılaması nihai olarak ya mahkûmiyet ya da beraat kararı ile sonuçlanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, ceza yargılaması sürecinde, yani hem soruşturma hem kovuşturma aşamalarında, diğer hukuk davalarındaki süreçlerde olduğu gibi, mahkemeler objektifliğini korumak zorundadırlar. Dolayısıyla, ceza yargılamasında kanun koyucunun amacı, mahkemenin görevinin davalının cezalandırılması yönünde değil, tam aksine, gerekli koşulların sağlanarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin etkili ve adil usulle yargılanmalarını teminat altına almaktır<sup>50</sup>.

### c. Ceza Yargılamasından Sorumlu Hükümet Organları, Yetkilileri ve Özellikleri

R.F'deki modern ceza yargılaması faaliyeti ilkelerinden biri de, tarafların ihtilaf sürecinin temelinde rekabetçi yargısal işlemlerin uygulanmasıdır. Bunun için, soruşturma aşamasında sadece şikâyetçi tarafın değil, aynı zamanda savunmanın da sürece dâhil olma ihtiyacına özel dikkat çekilmelidir. Zira ceza soruşturmasında yargılama süresince şikâyetçi tarafın çıkarları savcı tarafından temsil edilmesine karşın, savunmanın çıkarları ancak ya sanığın/şüphelinin bizzat ya da bir vekili aracılığı ile korunabilmektedir<sup>51</sup>.

Savcı, Rusya Federasyonu ceza yargılama makamlarının bir memuru olup, Rusya Federasyonu'nun yürürlükteki federal mevzuatının normları ile cezai kovuşturmalara katılma yetkisine sahip olan kişidir (RFCMFK m. 37/1). RFCMFK<sup>52</sup> uyarınca savcı (прокурор) 37'inci maddenin 2'nci fıkrası uyarınca 16 bent ve maddenin devamında yer alan 5 paraf halinde sıralanan görevleri haizdir. Bu görevlerden başlıcaları şu şekilde özetlenebilir:

- Suç ihbarlarını alırken, kaydederken ve çözümlerken federal yasalara uygunluğunu doğrulanmak;
- Savcının ortaya çıkardığı ceza kanununun ihlaliyle ilgili konular hakkında ceza kovuşturması sonucunda ilgili materyalleri yargılama makamına göndermek için gerekçeli karar vermek;
- Soruşturma sırasında gerekli bilgilerin temini için ilgili yerlere yazılı talimatlar vermek;
- Emri altına çalışan soruşturma görevlisinin ceza kovuşturmalarına son verilmesi kararını onaylamak;
- Sunulan kanıtların değerlendirilmesinde yer almak;
- Duruşma sırasında ortaya çıkabilecek herhangi bir konuda görüş bildirmek;
- Mahkemeye, sanıkla ilgili olarak ceza hukukunun uygulanmasının gerekliliği ve yönlendirmeleri hakkında düşüncelerini bildirmek ve kanunen belirlenen diğer görevleri yeri getirmek (RFCMFK m. 37).

<sup>50</sup> Гриненко, s. 3 vd.

<sup>51</sup> Безлепкин, Борис: "Уголовный Процесс России" (Rusya'nın Ceza Süreci), Moskova 2004, Проспект Yayınları, 2. Baskı, s. 56 vd.

<sup>52</sup> "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" (УПК РФ) 18.12.2001 tarihli ve 174 sayılı (01.09.2019 tarihli değişikliklerin yürürlük tarihiyle); Rusya'da ayrıca savcılığı yönelik bir düzenleme de yer almaktadır. Bkz. 17.01.1992 tarihi ve 2202 sayılı Федеральный закон "О прокуратуре Российской Федерации" (R.F. Savcılık Hakkında Federal Kanun).

Ayrıca, vatandaşların haklarının ve meşru çıkarlarının korunmasını sağlama ihtiyacına dayanarak, savcının ceza davasını açma ve destekleme hakkı vardır. Savcıya ceza yargılaması usulü çerçevesinde verilmiş önemli diğer bir yetki de söz konusudur. Şöyle ki, davalı aleyhine başlatılan suçlamanın adli soruşturma sırasındaki yargılamanın herhangi bir aşamasında, savcı, mahkeme heyetinin karar için müzakere odasına geçinceye kadar, davalıya yönelik asılsız olduğu sonucuna dayanan, kovuşturmanın kapsamını ve içeriğini değiştirme amaçlı talepler ile ilgili suçlamaların reddedilmesi hakkıdır<sup>53</sup>.

Ceza muhakemesinin diğer bir tarafı savunmadır ve bu taraftaki zorunlu ve önemli katılımcısı - davalıdır. Belirtmek gerekir ki, masumiyet karinesi “*Презумпция невиновности*”(Prezumpsiya nevinnosti) Rus ceza hukukunda da benimsenmiş önemli ilkelerdendir (RFCMFK m. 14)<sup>54</sup>. Burada, özel literatürde de önemle belirtildiği gibi RFCMFK’nın m. 16/3’üncü fıkra hükmüne göre savunmacının (davalı tarafın) zorunlu katılımı, vatandaşların adli korumaya ilişkin anayasal haklarının sağlanmasının yanı sıra, sürece bizzat şahsen katılım imkânının tanınmış olması, sunulan delillerin araştırılması ve suçlamaların esasları hakkında açıklamalar da dâhil olmak üzere savunmacıya en önemli yasal hakların güvencesini teşkil etmesidir<sup>55</sup>. Buradan çıkan sonuç, davalının (şüphelinin) masumiyet karinesi gereği suçsuz olduğunu ispatlamasına gerek duyulmaması, tam aksine iddiacı tarafın iddiasını haklı çıkaracak delillerin mahkemeye ibrazının gerekliliğidir (RFCMFK m. 14/2). Rus mevzuatında (RF Anayasası m. 120 ve RFCMFK m. 17) delil serbestliği ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla davalıya, kendi haklarını ve menfaatlerini korumaya yönelik her türlü delil, dilekçe vb. taktik ve ayrıca profesyonel savunma hizmetlerinin (avukatlık hizmeti) tesis edilme hakları da tanınmıştır<sup>56</sup>.

Bunun dışında mevzuat gereği RFCMFK’nın 6’ncı bölümünde ceza yargılamasına katılanlar 37-45’inci maddeler arasında sıralanmıştır. Buna göre sırasıyla: Savcı (m. 37), soruşturmacı (следователь) (m. 38), soruşturma organı başkanı (m. 39), sorgu birimi (m. 40), sorgu memuru (41), mağdur (m. 42), özel iddiacı/davacı (m. 43), sivil davacı (m. 44) ve özel iddiacı/davacı temsilcileridir (45). Bu sayılanlardan Türk ceza yargılaması prosedürüne yabancı olan soruşturmacı (следователь)<sup>57</sup> ve soruşturma organı başkanı ile özel iddiacı ve sivil davacıdır. Bilindiği üzere, Türkiye’de ceza takibatları TCK’ya göre soruşturma ile kovuşturma aşamalarından oluşur. Soruşturma aşaması ile, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre; kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre ifade edilmektedir (TCK m. 2/e ve f.).

Soruşturmanın hazırlık aşamasında, tüm faaliyet ve işlemler savcının denetimi ve bilgisi dâhilinde yine savcılık tarafından yürütülmektedir. Soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu olan kişi Cumhuriyet savcısıdır. Savcı ya bizzat ya da emrindeki polis ve jandarma görevlilerine vereceği talimatla soruşturmayı yürüterek

<sup>53</sup> Ендольцева/ Химичева/ Клещина, s. 8 vd.

<sup>54</sup> Masumiyet karinesi ilkesinin içeriğini karakterize eden hükümler sistemi, RF Anayasası m. 49.

<sup>55</sup> Гриненко, s. 424.

<sup>56</sup> Безлепкии, s. 26 vd.

<sup>57</sup> RFCMFK m. 38.

tüm delillerin toplanmasını sağlar. Hazırlık soruşturması sonucunda deliller toplanır ve suçun işlendiğine dair yeterli kanıt ve kanaat oluştuğunda iddianame savcılık makamınca hazırlanır ve dosya ilgili ceza mahkemesine sunularak ceza davası açılır. Bununla da kovuşturma aşamasına geçilir (CMK m.175/1)<sup>58</sup>.

Rusya’da hazırlık aşaması, savcılık talimatı ile soruşturma organı amirliğince dosyaya atanan soruşturmacı/lar (следователь)<sup>59</sup> tarafından bağlı bulunduğu birim amirliğince (başkanlığı) yürütülmektedir. Soruşturmacı, RFCMFK ile öngörülen yetkiler çerçevesinde, bir ceza davasında ön soruşturma yürütmeye yetkili memurdur (RFCMFK m. 38/1). Soruşturmacı, soruşturma organı amirliğince kendisine yazılı olarak tevdi edilen işi yapmakla yükümlüdür. Soruşturmacı, gerekli durumlarda arama ve soruşturma eylemlerinin uygulanması konusunda soruşturma organının amirinin veya bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulan durumlar haricinde, soruşturma ve diğer usul işlemlerini bağımsız olarak yönlendirir (RFCMFK m. 38, f. 2, b. 3). Soruşturmacı yazılı talimat gereği faaliyetlerinin yerine getirilmesi, gözaltına alma, devir, tutuklama, diğer usul işlemlerinin yürütülmesi ve ayrıca yardım alma konusunda bağlayıcı olan yazılı talimatları verme hakkını haizdir (RFCMFK m. 38, f. 2, b. 4)<sup>60</sup>. Soruşturmacı, dosyanın mahkemeye gönderilmesi veya davaya son verilmesi hakkında amiri konumunda olan savcıyla farklı görüşte olduğunda, durumla ilgili gerekçeli görüşünü savcıya sunulmak üzere soruşturma organının başkanına verir (RFCMFK m. 38/3).

Bunun yanı sıra, Türk ceza yargısından farklı olarak RFCMFK’nın 43’üncü madde hükmü gereği “*özel iddiacı/davacı*” ve 44’üncü maddesi hükmü gereği “*sivil davacı*” kelimeleri ile karşılaşmaktayız. RFCMFK’nın 43’üncü maddesine göre “*özel iddiacı/davacı*” ile kastedilen, yine aynı Kanun’un 318’inci ve oradan da 20’inci maddesi hükmüne yapılan atıfla, madde hükmünde öngörülen durumlarda dava açan ve mahkemede açılmış ceza davasında savcılığa destek veren kişidir (RFCMFK m. 43). Söz konusu 20’inci madde hükmü incelendiğinde ise RFCMFK’nın 115’inci maddesinde yer alan “*kasıtlı bedensel zararlar*”, 116’ıncı maddesinde yer alan “*idari cezalar*” ve 128’inci maddesinde yer alan “*iftira*” suçlarında “*özel iddiacı/davacı*”nın, Türk ceza hukukundan farklı olarak<sup>61</sup>, direkt mahkemeye dava açma imkânının verildiği ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Hukukumuzda genel olarak suçlar re’sen soruşturulmak ve kovuşturulmaktadır. Bununla birlikte, bazı suçlar var ki bu suçlar re’sen takip edilmez ve soruşturmaya geçilebilmesi için suçtan zarar görenin müracaatı veya şikâyeti gerekir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak Mustafa, “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, 2008, S. 77, s. 282 vd.

<sup>59</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, soruşturma amirliği ve soruşturmacı eski doğu bloku ülkelerden örneğin Özbekistan’da, savcılığa bağlı olabileceği gibi, İçişleri Bakanlığı’na veya Milli Güvenlik Servisi’ne (Служба национальной безопасности- СНБ) bağlı da olabilmektedir. Her bir kuruluşun soruşturmacısı aynı niteliklere sahip olmakta ve eşit kuvvette nitelendirilmektedir. Zira her biri ceza yargılamasında gerekli araştırmaların yapılması için eşit oranda yetkilerle donatıldığı ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Тухташева Умида, Уголовный процесс Республики Узбекистан (Özbekistan Cumhuriyeti Ceza Usulü), Taşkent Devlet Hukuku Üniversitesi (ТГЮИ) Yayınları, Taşkent, 2007, s. 139.

<sup>60</sup> Гриненко, s. 70 vd.

<sup>61</sup> Zira Türk ceza hukukuna göre ceza davasını ancak Cumhuriyet Savcısı açar. Şöyle ki: “(1) *Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir*” (CMK m. 170/1); Rusya Federasyonu’nda suç kavramı ve konuyla ilgili detaylı bilgiler için bkz. Hüseyinoğlu Emin, “Suçun

Son olarak RFCMFK'nın 44'üncü madde hükmünde yer alan "sivil davacı" ile kastedilen, gerçek ve tüzel kişiler nezdinde meydana gelen zararın, aleyhine işlenen suçla doğrudan bağlantısı olduğuna yönelik gerekçeli inancın olması durumundaki davacıdır. Bir kişinin "sivil davacı" olarak tanımlama yetkisi, mahkeme kararıyla ve bir hâkimin talimatı ile soruşturmacı veya sorgu memuruna tanınmıştır. Bir "sivil davacı" ceza davasının yanı sıra hukuk davası açarak manevi zararının da giderilmesini isteyebilir (m. 44/1)<sup>63</sup>.

## II. RUSYA VE TÜRKİYE ARASINDA HUKUK ALANDA İŞBİRLİĞİ

### A. Genel Olarak

Bilindiği gibi uluslararası alanda devletler genel hukuku ile devletler özel hukuku ayrımı yer almaktadır. Çalışmamızda devletler özel hukukuna konu olan farklı ülkelerin gerçek ve tüzel kişilerinin birbirleri ile olan ilişkileri yer almaktadır. Devletler genel hukukunun konuları arasında sayılabilecek ve Türk-Rus ilişkileri bakımından epeyce gündemde olan S400 füze projesi, Türk Akım projesi, Ankara-Kars-Bakü demiryolu taşımacılığı projesi, Akkuyu Nükleer Güç Santrali projesi, vize muafiyetleri gibi anlaşmalar yer alsada bu alanda çıkabilecek ihtilafların sayıları parmakla sayılabilecek kadar fazla olmayacağı kanaatindeyiz<sup>64</sup>. Ayrıca devletler genel hukukunda resmi makamlar devrede olduğundan uluslararası ticaret ve diplomasi ile alakalı idari teamül kuralları gereği pek fazla ciddi boyutta ihtilafın yaşandığını söyleyemeyiz<sup>65</sup>. Oysa söz konusu ülkeler arasında özel statüdeki ilişkiler bakımından gerçek ve tüzel kişilerin, her iki ülke vatandaşlarının sayısının gün geçtikçe hızlı bir şekilde arttığı söylenebilir. Örneğin 2019 yılı Ocak - Ağustos döneminde ülkemize en çok ziyaretçi gönderen ülke sıralamasında Rusya Fed. %15,58 (4 831 341) ile birinci, Almanya %10,92 (3 384 199) ile ikinci, İngiltere (Birleşik Krallık) %5,97 (1 849 764) ile üçüncü sıradadır<sup>66</sup>.

Bunun gibi her iki ülke vatandaşları arasındaki evlilikler genellikle Türk erkek vatandaşlarıyla evlenen Rus kadınları oluşturmuş ve bu sayı 200 bine ulaşmıştır<sup>67</sup>. Rusya'da faaliyet gösteren çoğu inşaat şirketleri 1972 yılından günümüze kadar müteahhitlik firmalarımızca yurt dışında üstlenilen projelerin ülkelere göre dağılımına bakıldığında, Rusya Federasyonu %19,4'lük oranı ile birinci sırada olup 69.774.024.295

---

Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, 2018, C. 76, S. 1, s. 124 vd.

<sup>62</sup> Гриненко, s. 57 vd.

<sup>63</sup> Гриненко, s. 80.

<sup>64</sup> Türkiye-Rusya arasındaki anlaşmalar ile ilgili bkz. <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-rusya-siyasi-iliskileri.tr.mfa> (19.09.2020)

<sup>65</sup> "İdari teamül" kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yasin Melikşah, "Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2012, C. 15, S. 2, s. 31.

<sup>66</sup> İstatistik bilgileri için bkz. <https://yigm.ktb.gov.tr/TR-9851/turizm-istatistikleri.html> (30.09.2020)

<sup>67</sup> Rusya'da yabancılarla evlilikte Türkler hâlihazırda ilk sırada yer almaktadır. Türkiye'de bulunan Rus gelin sayısı, tam rakam tespiti olmasa bile, yaklaşık 200 bin olduğu düşünülmektedir. Mesela Antalya Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi sadece 2012 yılında, kentte 4576 Türkiye vatandaşının yabancılarla evlilik yaptığını duyurmuştu. En fazla evlilik yapılan ülke vatandaşları arasında 1414 kişi ile Rusya açık ara ön sırada. <https://haberrus.ru/life/2019/06/20/yabancilarla-evliliklerde-turkler-ilk-sirada.html> (30.09.2020)

ABD Doları ticaret hacmine sahiptir. Rusya’da Türk müteahhitlerine verilen iş alındı belgeleri açısından 2012 yılında 2,9 milyar iken 2018 yılında ise 3,9 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiştir<sup>68</sup>. Bununla birlikte, Türkiye ve Rusya arasında 1984’te imzalanan ve 1987’de yürürlüğe giren anlaşmaya göre Türkiye 25 yıl boyunca Rusya’dan gaz satın almayı taahhüt etmiş, buna karşılık verilen paranın yüzde 70’inin Rusya tarafından Türk şirketlerinin mal ve hizmetlerine ödenmesi öngörülmüştür<sup>69</sup>.

## B. Rus Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Rus mevzuatına göre yabancı mahkemelerin kararlarının tanınması ve tenfizi ancak ülkelerin konuyla ilgili uluslararası anlaşmanın varlığı ile mümkün olabilmektedir. Buna göre 31 Aralık 1996 tarihli ve 1 sayılı “Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanunu”nun<sup>70</sup> (RFYSHFAK) 6’ncı maddesinin 3’üncü paragrafı şu şekilde düzenlenmiştir: “Yabancı mahkeme kararlarının, uluslararası mahkeme ve tahkim kararlarının ülke topraklarındaki bağlayıcılığı Rusya Federasyonu’nun uluslararası sözleşmeleri ile belirlenmektedir” (RFYSHFAK m. 6/3).

Yabancı mahkemelerin kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin usulün ise 24.07.2002 tarih ve 95 sayılı “Rusya Federasyonu Tahkim Usulü Federal Kanunu”<sup>71</sup> (RFTU FK m. 241) ile yukarıda birçok kez zikredilen 14.11.2002 tarihli ve 138 sayılı “R.F. Hukuk Usulü Muhakemeleri Federal Kanunu” (RFHUMFK m. 409) ile gerçekleşmektedir. Her iki kanun incelendiğinde ihtilafların çözümü için belirlenen usulün benzer hükümler içerdiği anlaşılmaktadır. Burada önemli olan husus, ihtilafa düşen gerçek ve tüzel kişilerin ülkeleri ile Rusya’nın uluslararası anlaşmasının var olup olmamasıdır<sup>72</sup>. Buradan çıkan sonuç şu şekilde özetlenebilir, şayet ihtilafa düşen gerçek ve tüzel kişilerin ülkeleri ile Rusya arasında ihtilaf konusu alanda ikili işbirliği anlaşması yok ise, bu durumda ilgili ülkelerin mahkemelerin kararlarının tanınması ve tenfizi Rus hukuku açısından hiçbir hukuki geçerliliği olmayacaktır. Dolayısıyla hukuki ve ticari konularda, Türk yargı kararlarının Rus mevzuatına göre geçerli olabilmesi için adli işbirliği anlaşmasının imzalanması gerekecektir<sup>73</sup>.

Burada önemli diğer bir husus adli konular arasında özellikle ticari konuların da adli yardım anlaşması kapsamında alınmasıdır<sup>74</sup>. Zira tıpkı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 1’inci maddesinde geçen: “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir

<sup>68</sup> Rusya İnşaat Sektöründeki Gelişmeler ve Türk Firmaları, Şubat 2019, s. 8 <https://www.rtib.org/cmsuploads/in%C5%9Faat-rusya-1.pdf> (30.09.2020)

<sup>69</sup> Bkz. s. 9 <https://www.rtib.org/cms-uploads/in%C5%9Faat-rusya-1.pdf> (30.09.2020)

<sup>70</sup> “Федеральный Конституционный Закон О Судебной Системе Российской Федерации”.

<sup>71</sup> “Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации” от 24.07.2002 N 95-ФЗ

<sup>72</sup> Шебанова Надежда, “Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов” (Rus yargı uygulamasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi), Журнал Труды Института Государства и Права РАН (Rus Bilim Akademisi Devlet ve Hukuk Enstitüsünün Çalışmaları Dergisi), 2017, S. 1 (59), s. 27-28.

<sup>73</sup> Шебанова, s. 28.

<sup>74</sup> Bazen bir ülkenin özel hukuka ilişkin kabul ettiği bir konuda Türk hukukuna göre kamu hukukuna göre algılanması mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda konu alanların tespiti önem arz etmektedir. Bu yönde geniş bilgi için bkz. Aygül Musa, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 2011, C. 31, S. 2, s. 113.

*kural koyacak idiyse ona göre karar verir.” (TMK m.1/2) hükmüne benzer bir hüküm 30.11.1994 tarih ve N 51-FZ sayılı Rusya Federasyonu Medeni Kanunu’nda (RFMK) “Anlaşmanın Yorumlanması” başlıklı 431’inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “(1) Sözleşme şartları yorumlanırken mahkeme, anlaşmada yer alan kelime ve ifadelerin gerçek anlamını dikkate alır. Belirsizlik durumunda sözleşme şartlarının gerçek anlamı, diğer şartlar ve bir bütün olarak sözleşmenin anlamı ile karşılaştırılarak belirlenir. (2) Bu maddenin ilk bölümünde yer alan kurallar, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine izin vermiyorsa, tarafların gerçek ortak iradeleri, sözleşmenin amacı dikkate alınarak tespit edilmelidir. Bu durumda, sözleşmeden önceki görüşmeler ve yazışmalar, tarafların karşılıklı ilişkilerinde oluşturulan uygulama, adetler, tarafların müteakip davranışları dâhil olmak üzere ilgili tüm koşullar dikkate alınır.” hükmü yer almaktadır (RFMK m. 431)<sup>75</sup>. Dolayısıyla her ne kadar Rus hukukunda tıpkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) madde 19’da yer edinen “ticari iş” karinesinin bir benzer hükmü RFMK<sup>76</sup> da yer almasa da, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerin esas kaynak olduğu ve lafzi yorumun ilk yorum türü olduğu hükme bağlanmıştır (RFMK m. 431). Bununla da, bir ihtilafta tarafların tacir olması durumunda nasıl ki “ticari iş” karinesi gereği Türk hukukuna göre imzalanan sözleşme yorumlanacak ise Rus hukukunda da benzer bir durum söz konusu olacaktır. Zira adı geçen ülkeler arasında ticari alanda işbirliği anlaşmasının mevcudiyeti durumunda ihtilafın çözümlenme noktasında, Rus hukukunda da sözleşme hükümlerinin esas amacı doğrultusunda yoruma gidileceğinin ve ticari hükümlerin anlaşılması gerekeceği düşüncesindeyiz.*

Bununla birlikte, az önce bahsedilen RFTU FK m. 241 ile RFHUMFK m. 409’daki her iki düzenlemedeki benzerliğin sebebi ortak “köklere” dayandırılmasından kaynaklandığını ifade edebiliriz. Şöyle ki, söz konusu düzenlemeler 21 Haziran 1988’de “Yabancı Mahkeme ve Tahkim Kararlarının SSCB’de Tanınması ve Tenfiz Hakkında” SSCB Yüksek Kurul Başkanlığı Kararı’na dayandırılmaktadır. Bununla birlikte, RFHUMFK’dan farklı olarak, RFTU FK’da yabancı mahkeme kararın uygulanması federal kanunda bununla ilgili bir düzenlemenin olmasına bağlanmıştır (RFTU FK m. 241). Günümüzde, yalnızca konuyla ilgili sadece bir kanuni düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenleme 26 Ekim 2002 tarihli ve 127 sayılı “İflas Hakkında Federal Kanun”un<sup>77</sup> 1’inci maddesinin 6’ncı bendinde yer almaktadır. Buna göre:

<sup>75</sup> Türk kanun koyucu tarafından sözleşmenin yorumlanması ancak muvazaalı işlemlerin tespiti bakımından hükme bağlanmıştır. Buna göre: “D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler MADDE 19- Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” TBK m. 19/1. Öğretide sözleşmelerin yorumlanması hususunda TBK 19/1 hükmünün tek başına yeterli olmayacağı, bunun yanı sıra TBK m. 1 ve TMK m. 2 hükümlerinin de dikkate alınarak birlikte yorumlanmasının gerekeceği, bu hususların tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında olduğu gibi TBK’da da sözleşme yorumunda güven teorisine dayalı bir yorumun benimsenerek benzer bir şekilde yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yönde geniş bilgi için bkz. Özdoğan Nurcihan Dacı, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 8, S. 1, s. 37, dn 9.

<sup>76</sup> Kanun orijinal metni için bkz. [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/) (09.12.2020)

<sup>77</sup> Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" от 26.10.2002 N 127-ФЗ.

*“Yabancı mahkemelerin iflas (iflas) davaları ile ilgili kararlar, Rusya Federasyonu’ndaki uluslararası anlaşmalara uygun olarak Rusya Federasyonu bölgesinde kabul edilmektedir. Rusya Federasyonu’nun uluslararası anlaşmalarının yokluğunda, yabancı mahkemelerin iflas (iflas) davaları ile ilgili kararları, federal yasalar tarafından aksi belirtilmedikçe, Rusya Federasyonu topraklarında karşılıklılık temelinde tanınmaktadır”.*

Bu düzenlemeden yola çıkılarak, yabancı bir mahkeme kararının Rusya’da tanınmasının ancak uluslararası anlaşmada veya yürürlükteki mevzuatta belirtildiği takdirde mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır<sup>78</sup>.

Yabancı mahkemenin kararının tanınmasına ilişkin usulle ilgili Rus mevzuatında bu düzenlemenin dışında hiçbir hüküm yer almamaktadır. Yabancı mahkeme kararın tenfizi ise istisnasız olarak ancak uygun bir uluslararası sözleşmenin varlığına, yani “karşılıklılık temelinde” mümkün olabilmektedir. Bu hükümlerin dışında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin başka hükümler Rus mevzuatında öngörülmemiştir<sup>79</sup>.

### **C. Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarını Tanınması ve Tenfizi**

Yabancı ülke mahkemelerince verilmiş kararların Türkiye’de icra olunabilmesi, Türk mahkemelerince tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Bilindiği gibi Türkiye’de yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’la (MÖHÜK) düzenlenmiştir (m. 1/1). Bunun yanı sıra Türk hukukunda tanıma ve tenfiz davalarına ilişkin hükümleri barındıran diğer kaynaklar da mevcuttur. Bunlar arasında: 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri<sup>80</sup>; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun tenfiz davasında yetkili mahkemeye ilişkin 1360’nci madde hükmü<sup>81</sup>; Uluslararası antlaşmalar<sup>82</sup> ve T.C. Merkez Bankası I-M sayılı Genelgesi’nin tenfizle ilgili 44’üncü madde hükmü vardır<sup>83</sup>. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerle ilgili esas kaynak olan MÖHÜK’ün 2’nci bölümün 50’nci ve 58’nci maddeleriyle konu etraflıca düzenlenmiştir. Buna göre, tenfiz kararı:

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. Шебанова, s. 28.

<sup>79</sup> Шебанова, s. 28.

<sup>80</sup> Bkz. R.G. 29.4.2006/26153 ve R.G. 23.11.2006/26355.

<sup>81</sup> “c) Tenfiz hakkında

Madde 1360– (1) Bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, o deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde;  
a) Tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması veya  
b) Geminin serbest bırakılması için 1370 ilâ 1372 nci maddeler uyarınca yatırılmış teminatın, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunması şartıyla, yetkilidir”.

<sup>82</sup> Bkz. Çelikel Aysel vd., Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. 2, İstanbul 2005, s. 1349 vd.

<sup>83</sup> Bkz. R.G. 03.07.1991/20918 “Madde 44 - Hesap sahiplerinin şahsıyla ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri dışında alınmış bir karar veya ilam, Türk Mahkemeleri tarafından tenfizi sağlanmadıkça Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca işleme alınmaz.”

“(1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır<sup>84</sup>.

(2) Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir”(m. 50).

Tanıma ile ilgili hüküm ise şu şekildedir:

“(1) Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımadaki 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz.

(2) İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir.

(3) Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır.”(m. 58).

Tenfiz şartları ise şu şekildedir:

“(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.” (m. 54).

Dolayısıyla denilebilir ki, Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının sadece tanınmasında, tenfizde aranan tüm koşullar istenmekle birlikte “karşılıklılık” esası aranmamaktadır (58/1). Buna karşın, Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ile ilgili durum söz konusu olduğunda ise, tüm diğer şartlarla birlikte, Türkiye ile ilamı veren yabancı devlet arasında “karşılıklılık” esası da aranmaktadır (54/1-a)<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Doktrinde, yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilecek nihai kararlar neyin kastedildiği yönünde çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre, kararın resmi olarak dış devlet yasalarına göre kesin olarak verilmesi yeterli sayılmaktayken, diğer bir görüşe göre, resmi olarak kesinleştirme kararının yeterli olmadığı, buna ek olarak ayrıca bir kesinleştirme kararının verilmesi de aranmalıdır. Görüşler için bkz. Demir Gökyayla Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 40-41.

<sup>85</sup> Aynı yönde bkz. Ersen Perçin Gizem, “Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran, 2015, C. 1, S. 1, s. 64.



## SONUÇ

Bilindiği üzere, Türkiye'nin jeopolitik konumu gereği Rusya ile her geçen gün işbirliğinin geliştirilmesi anlamında devletler arasında çeşitli adımlar atılmaktadır. Keza hukuk alanında da her iki devletin benzer adımları atma niyetlerinde oldukları bilinmektedir<sup>86</sup>. Yukarıdaki verilerden yola çıkarak<sup>87</sup>, ülkemizdeki Rus vatandaşlarının sayısındaki artış doğal olarak özel hukuk ilişkileri bakımından ihtilafların da artması olasılığını artırabileceği düşüncesindeyiz. Türk Rus ilişkilerinin yargısal boyutu incelendiğinde, her iki ülkenin hukuk sistemlerinde maddi anlamda önemsenmeyecek derecede farklılıkların yer almasına karşın, şekli anlamda bariz farklılıkların yer aldığı görülmektedir. Örneğin Türkiye'deki gibi mahkemelerin idari, adli ve cezai ayırımı tabi tutulmaması, ceza yargılamalarında yargılama organlarındaki farklılıklar, idari yargılamanın Türk idari yargılamasından farklı olarak sözlü olması, yargı kararlarının denetimi aşamalarında Türkiye'deki gibi istinabe ve temyiz yolu ayırımının yer almaması vs. Ancak her ne kadar bu farklılıklar ülke hukuk sistemlerinde yer alsın da, bu farklılıkların adli yardım anlamında Türkiye ile Rusya arasında ciddi bir ayrılığı oluşturacağı kanaatinde değiliz. Zira "yargı bağımsızlığı", "aleniyet", "masumiyet karinesi" gibi uluslararası hukukun kabul ettiği köklü prensiplerin her iki ülke tarafından benimsendiği görülmektedir<sup>88</sup>.

Bunların yanı sıra, her ne kadar Rusya'da Türkiye'deki gibi adli ve idari mahkemeler ile ceza mahkemelerinin ayrı ayrı isimlendirilmemiş ve/veya görevlendirilmemiş olması da, bu mahkemelerin söz konusu ayırımı tabi tutulmadığı söylenemez. Çalışmada görüldüğü üzere, Rusya'da her bir yargı kolunun kendi mevzuatı vardır ve idari, adli ve cezai yargılamalar konusunda söz konusu tüm mahkemelerin iş bölümü planlı ve sistematik bir şekilde yapılmıştır.

Rusya'da mahkemelerin ayrı ayrı isimlendirilmemesi ve karmaşık yapı algısı oluşturması, çalışmanın başında da değinildiği üzere, ülkenin idari yapısından kaynaklanmaktadır. Rusya'da mahkemelerin ülkenin idari yapısına göre bölünmesi sonucunda ilk derece mahkemelerin tıpkı Türkiye'deki gibi her bölgede ve şehirde dava açılmasına olanak tanımıştır. Yargılamadaki farklılık kararlara itiraz aşamasında ortaya çıkmaktadır. Zira Türkiye'de mahkeme kararlarına itiraz aşaması özellikle 2016 yılından itibaren Yargıtay/ Danıştay (temyiz) ile Bölge Adliye ve İdari Mahkemeler (istinaf) olarak ayrılması ile birlikte, Rusya'da temyiz mahkemesi "суд апелляционной инстанции" yani "court of appeal" olarak isimlendirilmektedir. "Court of appeal"

<sup>86</sup> Dmitri Chirciu tarafından 13.05.2019 tarihli yazısında "Türkiye ile Rusya yargı alanında iş birliği geliştirmek istiyor" başlıklı yazısında, Yargıtay Başkanı Cirit "Hakimlerin daha iyi eğitilmesi ve daha iyi yargı sistemine kavuşturulması noktasında ortak projeler yapılabilir. Rusya Yüksek Mahkemesi ile birlikte çalışmak isteriz. Onlar da bizimle çalışmak istiyor." dedi. Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-ile-rusya-yargi-alaninda-is-birligi-gelistirmek-istiyor/1477392> (10.10.2020)

<sup>87</sup> Bkz. yuk. s. 24-25.

<sup>88</sup> Rusya'nın hukuk sisteminin temelleri de Roma Germen hukukuna benzer nitelikler göstermektedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Рассказов Леонид, "Сходство и различие российской правовой системы и романо-германской правовой семьи", (Rus hukuk sistemi ile Roma-Germen hukuk ailesi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar), Ленинградский юридический журнал, (Leningrad Hukuk Dergisi), 2013, S. 4, s. 82-84.

aşamasında üst mahkeme henüz kesinleşmeyen ilk derecedeki mahkemenin kararını tekrar incelemektedir. Buna göre “*appeal hakimi*” ilk derece mahkemenin kararının özetini ve gerekçelerini, temyiz başvurusuna sunulan delilleri, temyiz mahkemesinde davaya katılan kişilerin açıklamalarını, iddialarının kabul veya reddedilme nedenlerini yeniden incelemektedir. Dolayısıyla Rusya’da mahkeme kararlarına itiraz aşaması istinaf ve temyiz aşaması ayırımı olmadan bir bütün olarak düzenlenmiştir.

Son yıllarda her iki ülke arasında yaşanan stratejik gelişmelerin Türk ve Rus yargı sisteminde benzerlikler ile farklılıkların olmasına rağmen hukuk alanına da ivedilikle yansımaları gerektiği kanaatindeyiz. Zira sağlam temeller ancak her iki ülkenin sağlam hukuki ilişkileriyle sağlanabilecektir. Bu bağlamda önerimiz, her iki ülke kanun koyucusunun ortak hukuki zemin konusunda çalışmalarının hızlandırılması bakımından, ceza konularındaki mevcut adli yardımlaşmanın yanı sıra, hukukun diğer alanlarının da ivedilikle yardımlaşma anlaşmalarının kapsamına alınması yönündedir.

Adli yardımlaşma anlaşmasının ticari boyutunun da olması elzem bir husustur. Zira çalışmadan da anlaşılacağı üzere, Rus yargı kararlarının yorumlanmasında sözleşmelerin hâkimler nezdinde temel kaynak oluşturduğu ve ayrıca lafzi yorumun önemi küçümsenemeyecektir. Bu kapsamda, adli yardımlaşmada anlaşmasında ticari hususların yer almaması durumunda muhtemeldir ki, Rus hâkimi tarafından ihtilafların çözümünde ticari konular anlaşma kapsamı dışında tutulabilecektir. Bu riskin bertaraf edilmesi için de hukuki konularında yanı sıra ticari konularda da adli yardımlaşma anlaşması kapsamına alınması gerekecektir. Bu doğrultuda, ülkemizin son günlerde beyan edilen hukuk reformu sürecinde yakın komşular ile ilişkilerin geliştirilmesinde Türk-Rus ilişkilerinin de hukuki alt yapısına değinilmesine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla her iki ülkenin siyasi ve ekonomik dengelerin gözetilmesinin yanı sıra, ticari ilişkilerin geliştirilmesine yönelik hukuki alt yapı çalışmalarına ağırlık verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda çalışmamızın giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, başta Rusya Federasyonu olmak üzere Kafkaslar ve diğer Orta Asya’daki Türk Cumhuriyetleri ile de ekonomik ilişkilerin geliştirilmesinde sağlam hukuki zeminin oluşturulması gerekir. Bununla da ülkelerimiz arasında ticari ilişkilerin gelişmesine ve yeni projelerin oluşturulmasına katkı sağlanabilecektir.

Bu anlaşmalar kadar da diğer önemli husus olan ve yine çalışmanın başında da belirtildiği üzere, tıpkı 2004 yılında Azerbaycan ile Türkiye arasında imzalanan anlaşma gibi, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin de gündeme gelmesi gerekir. Tanıma ve tenfiz hususları aynı ikili anlaşmada olabileceği gibi farklı bir anlaşma ile de sağlanabilir. Dolayısıyla bu yöndeki çalışmalar, her iki ülke vatandaşlarının bir birleriyle olan gerek medeni gerek ticari ilişkilerinde devlet desteğini daha fazla hissettirecektir. Sonuç olarak da hukuken güvenli ortamlarla her iki ülkenin birbirleri ile olan ilişkilerine hem sosyal hem de ekonomik anlamda ciddi katkıların sağlanabileceği kanaatindeyiz.

**KAYNAKÇA**

Albayrak Adem/ Arslan Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Aygül Musa, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 2011, C. 31, S. 2, ss. 83-121.

Akhundova Jale, “Rusya’da Yerel Yönetimler: Mevcut Durum ve Sorunlar”, Avrasya Etüdüleri Dergisi, 2014/2, S. 46, ss. 39-58.

Albayrak Mustafa, “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlı Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, 2008, S. 77, ss. 281-306.

Aras İlhan, “Avrupa Birliği’nin Kırım’ın İlhakına Bakışı: Rusya’ya Yönelik Yaptırımlar”, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, 2017, S. 53, ss. 29-50.

Balcı Zeynep, “Çin’in Yeni “İpek Yolu” Projesi”, İnsamer-İHH İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, Ocak 2018, ss. 1-9.

Басов Семен, “Основные Положения Кодекса Административного Судопроизводства Российской Федерации” (Rusya Federasyonu İdari Usul Kanunu Temel Hükümleri), RF Başsavcılık Akademisi Sant Petersburg Hukuk Enstitüsü Yayınları, Sant Peterburg, 2016.

Безлепкин Борис, “Уголовный Процесс России” (Rusya'nın Ceza Süreci), 2. Baskı, Проспект Yayınları, Moskova, 2004.

Бутнева Мария, Административное Судопроизводство (İdari Yargı), Yaroslavl Devlet Üniversitesi Yayınları, Yaroslavl, 2018.

Çelikel Aysel vd., Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, C. 2, İstanbul, 2005.

Demir Gökyayla Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Гриненко Александр, Уголовный процесс (Ceza süreci), 2. Baskı, Норма Yayınları, Moskova 2009.

Ендольцева, Алла/ Химичева Ольга/ Клецина Елена, Уголовно-процессуальное право-Уголовный процесс (Ceza Muhakemesi Hukuku- Ceza Muhakemesi Usulü), Юнити-Дана Yayınları, Moskova 2017.

Ersen Perçin Gizem, “Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, C. 1, S. 1, ss. 61-86.

Hüseyinoğlu Emin, “Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2018, C. 76, S. 1, ss. 119-146.

Kaplan Gürsel, “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 13, S. 1, ss. 33-46.

Kaymaz Seydi, “Ceza Yargılamasında Aleyhte Değişirme Yasağı” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, S. 2, ss. 1397 – 1452.

Коваленко Александр/ Мохов Александр/ Филиппов Пётр, Гражданский процесс: Учебник (Medeni Usul: Ders Kitabı), Инфра-М Yayınları, Moskova, 2008.

Коç Evren, İstinaf ve Kanun Yolları, TBB Eğitim Merkezi Meslek İçi Eğitim Seminerleri - 2, 2016, ss. 17-28. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/554.pdf> (10.12.2020)

Коропец Надежда, “Открытость Правосудия —Эволюция Принципа Гласности Судебного Разбирательства” (Yargın Şeffaflığı- Yargı Açıklığı İlkesinin Gelişim Evremi), Kutafin Hukuk Devlet Üniversitesi Habercisi Dergisi, 2015, ss. 150-153.

Kurt Konca Nesibe, Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Hâkimlik Mesleğine Giriş Yaşı ve Yargı Sisteminde Etkinliğin Sağlanması İçin Bir Öneri, Seta Yayınları, İstanbul, 2016.

Лебедев Вячеслав, Судебная практика и развитие законодательства// Законодательство России в XXI веке: По материалам научно-практической конференции (Yargı uygulaması ve mevzuatın geliştirilmesi// XXI’inci yüzyılda Rusya Mevzuatı: Bilimsel Uygulama Konferansı Materyaline Dayalı), Moskova, 2002.

Мягкова Татьяна/ Мягкова Екатерина, Шпаргалка по правоохранительным органам (Yargı organları konusunda taktikler), Аллель Yayınları, Moskova, 2009.

Özen, Muharrem, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, S. 65 (4), ss. 2331-2388.

Özdoğan Nurcihan Dalcı, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 8, S. 1, ss. 33-52.

Özok Özdemir, “(İstinaf Mahkemeleri) “Bölge Adliye Mahkemeleri” ya da “Üst Mahkemeler” Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar”, TBB Dergisi, 2006, S. 63, ss. 19-28.

Öztürk Hacı Ömer, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Üniversitesi Açık Erişim Sistemi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006.

Павлов Игорь, “К Вопросу О Раздельном Содержании Осуждённых” (Hükümlülerin ayrı tutulma sorunları sorununa yönelik) Журнал Вестник Кузбасского Института (Kuzbask Enstitüsü Habercisi Dergisi), 2012, S. 5 (13), ss. 33-41.

Pehlivan Ali, “İstinaf Kanun Yolu ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı, ss. 965-995.

Поздняков Михаил, Практическая реализация принципа открытости правосудия в Российской Федерации (Rusya Federasyonu'nda yargı aleniliği ilkesinin pratik uygulaması), Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге (Avrupa Üniversitesi nezdinde Hukuk Uygulamasındaki Sorunlar Enstitüsü), Saint Petersburg, 2013.

Рассказов Леонид, “Сходство и различие российской правовой системы и романо-германской правовой семьи”, (Rus hukuk sistemi ile Roma-Germen hukuk ailesi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar), Ленинградский юридический журнал, (Leningrad Hukuk Dergisi), 2013, S. 4, ss. 76-84.

Şahbaz İbrahim, Ceza Yargılamasında Katılanın Temyiz Duruşmasında Yer Almaması, TBB Dergisi, 2004, S. 51, ss. 91-110.

Şen Ersan, “Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu Nereye Yapılır?” 06 Kasım 2018 <https://www.hukukihaber.net/yargilamanin-yenilenmesi-basvurusu-nereye-yapilir-makale,6209.html> (26.09.2020) (Yargılanmanın Yenilenmesi)

Şen Ersan, “Sanığın Gıyabında Tasarruflar”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (09.12.2020) (Tasarruflar)

Шебанова Надежда, “Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов” (Rus yargı uygulamasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi), Журнал Труды Института Государства и Права РАН (Rus Bilim Akademisi Devlet ve Hukuk Enstitüsünün Çalışmaları Dergisi), S. 1(59), ss. 22-43.

Таşполат Туғсавул Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, TBB Dergisi, 2018, C. 30, S. 134, ss. 313-354.

Tekdoğan Aydın, “Son Yasal Değişiklere Göre Hukuk Mahkemesinde İstinaf Yargı Yolu” Terazi Hukuk Dergisi, 2017, C. 12, S. 136, ss. 81-91.

Тухташева Умида, *Уголовный процесс Республики Узбекистан* (Özbekistan Cumhuriyeti Ceza Usulü), Taşkent Devlet Hukuku Üniversitesi (ТГЮИ) Yayınları, Taşkent, 2007.

Ülkü Muhammet Murat, “5237 Sayılı TCK. 151-153. Maddelerinde Yer Alan Mala Zarar Verme Suçları” <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf> (05.09.2020)

Yasin Melikşah, “Örf ve Adet Kuralları İle İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2012, C. 15, S. 2, ss. 29 – 44.

<https://yigm.ktb.gov.tr/TR-9851/turizm-istatistikleri.html> (30.09.2020)

<https://haberrus.ru/life/2019/06/20/yabancilarla-evliliklerde-turkler-ilk-sirada.html> (30.10.2020)

<https://www.rtib.org/cms-uploads/in%C5%9Faat-rusya-1.pdf> (30.09.2020)

[https://studopedia.ru/3\\_55118\\_ponyatie-suda-pervoy-instantsii.html](https://studopedia.ru/3_55118_ponyatie-suda-pervoy-instantsii.html) (30.09.2020)

[http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nın\\_federal\\_bölümleri](http://www.turkcewiki.org/wiki/Rusya%27nın_federal_bölümleri) (30.08.2020)

<https://bzbook.ru/Shpargalka-po-pravookhraniteljnym-organam.10.html> (01.09.2020)

<http://www.mfa.gov.tr/turkiye-rusya-siyasi-iliskileri.tr.mfa> (19.09.2020)

<https://legalbank.net/belge/y-10-cd-e-2002-10443-k-2002-17001-t-16-04-2002/683462/> (05.09.2020)

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-ile-rusya-yargi-alaninda-is-birligi-gelistirmek-istiyor/1477392> (10.10.2020)

[http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/) (09.12.2020)

KARAR İNCELEMESİ /  
REVIEW OF JUDGMENT

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ESASTAN İNCELEDİĞİ NORMLAR ÇERÇEVESİNDE**  
**TÜRK CEZA KANUNU'NUN ON ALTI YILI**  
**(Sixteen Years of Turkish Penal Code Within The Framework of Norms Reviewed on**  
**The Merit by The Constitutional Court)**

**Dr. Süleyman ÖZAR\***

## **GİRİŞ**

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birçok normu gerek iptal davasıyla gerekse itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nce esastan incelenerek test edilen maddelerin bir envanteri çıkarılarak, TCK'nın anayasal çerçeve karşısındaki 16 yıllık karnesinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, iptal ve esastan ret kararlarına yer verilecektir. Zira Anayasa sınavına giren maddelerin performansının bu kararlarla tespit edilebileceği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, ilk incelemede ya da 10 yıl yasağı nedeniyle veya ilgili düzenleme yürürlükten kalktığı için reddedilen başvurular, çalışmanın kapsamı dışındadır.

Çalışmamızda iptal kararlarının gerekçeleri özetle sunulmuştur. Esastan reddedilen davalarda ise Anayasa'ya aykırılık başvurusunun gerekçesine yer verilmiştir.

Bu çerçevede, birinci bölümde, iptal edilen maddeler hangi gerekçeyle iptal edildiğine göre belirlenen iki başlık altında incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki iptal kararına gönderme yaptığı veya önceki kararlar bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunduğu kararlar o kronolojiye uygun şekilde sıralanmıştır. İkinci bölümde ise esastan ret kararları, başvurunun dayandığı anayasal ilke veya kurala göre tasnif edilerek, temas ettikleri maddenin Kanun'daki sırasına göre listelenecektir. Çalışmanın sonuç kısmında bu norm denetimlerinin bir yansıması olarak TCK'da ele alınması gereken hususlar üzerinde durulacaktır.

## **I. İPTAL EDİLEN KURALLAR**

### **A- TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER YÖNÜNDEN VERİLEN İPTAL KARARLARI**

#### **1. Seçme ve Seçilme İle Diğer Siyasi Haklara İlişkin Hak Yoksunluğu (m. 53/1-b)**

Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen davada, TCK'nın "*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" kenar başlıklı 53. maddenin birinci fıkrasında sayılan hak yoksunluklarından, "*seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan*" mahrumiyet kuralı incelenmiştir. (8.10.2015, 2014/140 E., 2015/85 K.)

---

\* Hâkim, Londra Adalet Müşaviri  
E-Mail: suleyman.ozar@adalet.gov.tr  
ORCID: 0000-0003-0934-9594

Aşağıda görüleceği üzere aslında bu maddede tamamen ve doğrudan iptal edilen tek hüküm m. 53/1-b'deki “*diğer siyasi hakları kullanmaktan*” ibaresidir. Bunun dışında Yüksek Mahkeme; iptale konu düzenlemenin Kanun metninde bulunan bir başka hüküm yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vererek, anlaşılması zor, hatta iptal sonrası Kanun metnini belirlemenin bile kolay olmadığı bir karara imza atmıştır<sup>1</sup>.

Oy birliğiyle verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girmiştir. Bu karar sonucunda TCK'nın 53. maddesinin seçme ve seçilme hakkı bakımından uygulanabilirliği kalmamıştır. Artık bir suç nedeniyle seçme ve seçilme hakkından mahrumiyetin kapsamı Anayasa ve seçim kanunları çerçevesinde belirlenmelidir<sup>2</sup>.

Kararı şu şekilde özetlemek mümkündür:

**a.** Hapis cezasına mahkûm olanların seçme hakkından yoksun bırakılması, Anayasa'nın 67/5. maddesine aykırı bulunmuştur. Hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın kategorik bir şekilde kasten işlenen tüm suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet halinde seçme hakkına sınırlama getirilmesi, demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama olarak kabul edilmiştir.

**b.** Hapis cezasına mahkûm olanların seçilme hakkından yoksun bırakılması, Anayasa'nın 76/2. maddesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, her hapis cezasında seçilme hakkından mahrumiyet öngören bu kuralla Anayasal çerçevenin dışına çıkıldığı sonucuna varmıştır.

**c.** Hükümlü bile olsa herhangi bir kişinin herhangi bir nedenle ucu açık bir biçimde tüm siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılması (m. 53/1-b “*diğer siyasi hakları kullanmaktan*” ibaresi), ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunmuştur.

**d.** 53/1. maddede sayılan hak yoksunluklarının *hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar* devam etmesi kuralı (m.53/2), seçme ve seçilme hak yoksunluğu (m. 53/1-b) bakımından Anayasa'ya (m. 67/5, m. 76/2) aykırı bulunmuştur.

**e.** 53/1. maddede sayılan hak yoksunluklarının *hapis cezası ertelenmiş olan kişilere uygulanmaması* kuralı (m. 53/4), seçilme hak yoksunluğu (m. 53/1-b) bakımından Anayasa'nın 76/2. maddesine aykırı bulunmuştur. Anayasa'nın 76. maddesinde milletvekili seçilebilme yeterliğine sahip olabilmek için maddede belirtilen suçlardan “*hüküm giymemiş olmak*” koşuluna yer verilmiş, cezanın ertelenip ertelenmediğine bakılmamıştır. İptal edilen kuralda ise seçilme hakkı lehine bir genişletme söz konusu ise de, Mahkemeye göre bu genişletici değişiklikle de ancak Anayasa'da yapılacak bir değişiklikle mümkün olabilecektir.

<sup>1</sup> Ersan Şen, “TCK. m.53'ün İptali Tartışması”, [www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1677477-tck-m53un-iptali-tartismasi](http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1677477-tck-m53un-iptali-tartismasi) (Erişim Tarihi: 10.03.2021).

<sup>2</sup> Bekir Boğa, “Türk Ceza Kanununun Siyasi Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 16-17.



## 2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (m. 104/2)

Akdağmadeni ve Çorlu Sulh Ceza Mahkemeleri ile Sandıklı Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvuruları üzerine görülen dava sonucunda, TCK'nın "Reşit olmayanla cinsel ilişki" başlıklı 104. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (23.11.2005, 2005/103 E., 2005/89 K.)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104/2. maddesi, iptal kararından önce şu şekildeydi:

*"Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır."*

Kararda Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesinin eylemli değil, hukuksal eşitliği öngördüğünü hatırlatılmıştır. Nitelik ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaması, eşitlik ilkesinin doğal bir gereği olarak vurgulanmıştır.

Oy çokluğuyla (10/1) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girmiştir. İptal kararının üzerinden geçen dokuz senenin ardından 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile söz konusu fıkra yeniden düzenlemiş, ayrıca maddeye üçüncü fıkra eklenmiştir. Buna göre m. 104/2-3'ün mevcut hali şu şekildedir:

*"(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur."*

Görüldüğü üzere ikinci fıkrada ensest olarak tabir edilen fiil, reşit olmayanla cinsel ilişkinin bir nitelikli hali olarak öngörülmektedir. Üçüncü fıkrada ise istismara karşı açık ve daha kırılğan olan çocukların korunması amaçlanmaktadır<sup>3</sup>. Temel cezası altı aydan iki yıla kadar hapis olan suçun ensest şeklinin 10 yıldan 15 yıla kadar cezalandırılmasını hayli ağır ve ölçüsüz bulduğumuzu ifade etmeliyiz. Zira bu suçun mağduru 15-18 yaş grubunda olup da zorlama ya da saldırı olmaksızın cinsel ilişkiye giren çocuklardır. Ayrıca, özellikle iki tarafın da 15-18 yaş grubunda olduğu ensest fiillerinde hangi çözümün uygulanacağı da yeri gelmişken bu maddede açıkça düzenlenmeliydi<sup>4</sup>. Yine, her ikisi de on beş yaşını tamamlamış çocukların karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri halinde şikâyet üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki

<sup>3</sup> Değişikliklerin değerlendirildiği çalışmalar için bkz. Pınar Memiş Kartal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016, s. 2083-2100; Mehmet Nihat Kanbur, "18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, Sayfa: 97-144.

<sup>4</sup> Kartal, s. 2090.

suçunun oluştuğunu ve failin de erkek çocuk olduğunu kabul eden uygulamayı önleyecek şekilde bir değişiklik ihtiyacı da devam etmektedir<sup>5</sup>.

### 3. Resmi Evlenme Olmaksızın Dini Nikâhla Evlenmek (m. 230/5-6)

Pasinler Sulh Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, TCK'nın "*Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören*" başlıklı<sup>6</sup> 230. maddesinin 5 ve 6. fıkraları, Anayasa'nın 13, 20 ve 24. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (27.5.2015, 2014/36 E., 2015/51 K). Oy çokluğuyla (14/3) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girmiştir.

İptal edilen hükümler, dini nikâh yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırıyordu:

*"(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*

*(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir."*

İptale dayanak teşkil eden anayasal kurallar, kişilerin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı (AY. m. 20) ile din ve vicdan özgürlüğü (AY. m. 24) olmuştur. Dolayısıyla, bir hak ve özgürlüğe ceza kanunu müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı (AY. m. 13) açısından bir değerlendirme yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, demokratik bir toplumda aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerine cezai yaptırımlar bağlanması, kişi hakkına orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. Hatta kişilerin dini ya da resmi hiçbir nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak kabul edilmemişken, dini nikâh yaptırıp birlikte yaşamalarının ceza normuna bağlanması, bu ölçüsüzlüğü ortaya koyan bir örnek olarak ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Bu bağlamda, Türk Medeni Kanunu'nun resmi nikâhı yeterince koruduğu, bu korumanın kişileri resmi evliliğe yöneltebilecek elverişlilikte olduğu ifade edilmiştir. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak

<sup>5</sup> Mevcut düzenlemenin yanlış uygulandığına dair bir çalışma için bkz. İzzet Özgenç, "Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, Sayı: 4, s. 265-271.

<sup>6</sup> İptal edilen fıkralardan sonra *dinsel tören* ibaresinin madde başlığından çıkarılması gerekmektedir.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kıyaslamayı, iptal edilen hükümle korunan hukuksal değer bakımından yanlış temellendirdiği hakkında bir eleştiri için bkz; Coşkun Özbudak, "Anayasa Mahkemesi: Resmi Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 121, Kasım 2015, s. 104 vd. Mahkeme'nin kararını "ölçüsüzlük" temeline oturtmasını hatalı bulan görüş ve değerlendirme için bkz. Ali Hakan Evik, "Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Haziran 2020, s. 6-13.

suretiyle, itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlemin zaten alınmış olduğu tespitinde bulunulmuştur<sup>8</sup>.

#### 4. Suçu Bildirmeme (m. 278)

Genç Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, TCK'nın 278. maddesi, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. (30.6.2011, 2010/52 E., 2011/113 K.)

Türk Ceza Kanunu'nun iptal edilen "Suçu bildirmeme" başlıklı 278. maddesinde, işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmemek filli ceza normuna konu edilirken, ihbar edilmeyen suçun faili ile yakınlık durumuna ilişkin bir cezasızlık nedeni öngörülmemiştir. Nitekim yerel mahkeme, bu suçta yakın akrabalık durumunun hiçbir şekilde dikkate alınmadığı gerekçesiyle itiraz başvurusunda bulunmuştur. Mahkemenin dosyasında, çocuğun cinsel istismarını mağdurun annesi ve kardeşlerin bildirmemesinden dolayı "suçu bildirmeme" suçundan yargılama söz konusudur.

İptal kararında, Anayasa'nın 38. maddesindeki temel ilkelerden "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklindeki hüküm hatırlatılmıştır. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında kanun koyucunun, kişinin kendisini ve yasa da gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamayacağı belirtilmiştir<sup>9</sup>.

Karar oy birliğiyle verilirken, yürürlüğünün Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten altı ay sonraya bırakılmasına iki üye muhalif kalmıştır. Kanun koyucu, 2.7.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile bu maddeyi iptal kararına uygun şekilde yeniden düzenlemiştir. Buna göre, eskisinden farklı olarak maddenin dördüncü fıkrasıyla tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler, ceza sorumluluğu dışında tutulmuştur.

### B- HUKUK DEVLETİ VE CEZA ADALETİ YÖNÜNDEN VERİLEN İPTAL KARARLARI

#### 1. Nitelikli Cinsel İstismar (m. 103/2)

Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun<sup>10</sup> ile cezasının alt sınırı 8 yıldan 16 yıla çıkarılan cinsel istismara ilişkin hüküm, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (12.11.2015, 2015/26 E.-2015/100 K.)

<sup>8</sup> Karara ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Pınar Bacaksız, "Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 Tarih ve E: 2014/36 - K: 2015/51 Sayılı Kararının İncelenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, s. 395-401.

<sup>9</sup> Failin yakınları bakımından suçu bildirmeme ve Anayasa Mahkemesi kararının yansımaları açısından değerlendirme için bkz. Göksu Işık, Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2017, s. 169-172.

<sup>10</sup> Söz konusu Kanun ile cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlarda yapılan değişiklikler hakkında bir çalışma için bkz.; Handan Yokuş Sevük, "6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 119-145.

İptal edilen TCK m. 103/2 hükmü şu şekildeydi: *“Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”*

Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunması ve cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü bir yaptırımın olması gerektiğine dikkat çekmiştir. Hâkime olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen bu yaptırımın, her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Kararda bazı örnekler (akranlar arası cinsel ilişki, mağdurun evlenme yaşına eriştiğinde bu birlikteliğin evliliğe dönüşmesi)<sup>11</sup> dile getirilerek, bu gibi somut olaylarda adil denge gözetilemeyeceği, bu nedenle yaptırımın ölçüsüz olduğu belirtilmiştir.

Oy çokluğuyla (9/8) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucunun 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la yeniden düzenlediği 103/2. madde bugün şu şekildedir<sup>12</sup>: *“Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.”*

Görüldüğü üzere kanun koyucu, iptal kararındaki gerekçeleri tümüyle karşılayacak bir düzenleme ortaya koyabilmiş değildir. Yeni düzenleme de mağdurun yaşı (15 yaşını tamamlamamış) yönünden Mahkeme'nin önüne gitmiş, ancak Mahkeme bu iptal kararındaki gerekçeleriyle çelişerek o davada ret kararı vermiştir<sup>13</sup>.

## 2. Cinsel İstismar Mağdurunun Yaşı (m. 103/1-a)

Bafra Ağır Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, on beş yaşını tamamlamamış tüm çocuklara her türlü cinsel davranışın istismar olarak görülmesi Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (26.5.2016, 2015/108 E., 2016/46 K.)

TCK'nın 103. maddesinin iptale konu hükümleri şu şekilde idi:

*“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. (...) Cinsel istismar deyiminden;*

*a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, (...) anlaşılır.”*

Anayasa Mahkemesi, a bendinde yer alan *“...tamamlamamış...”* kelimesi yönünden 1. fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin iptaline karar vermiştir.

<sup>11</sup> Bu örnek üzerinden bir değerlendirme için; Fahri Gökçen Taner, “Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Cinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 124, Mayıs 2016, Sayfa: 221-246.

<sup>12</sup> 765 sayılı TCK'dan itibaren cinsel istismar düzenlemeleri için bkz. Remzi Özmen, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Yasal Evrimi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 126, Şubat 2017, Sayfa: 146-148

<sup>13</sup> Çalışmamızın ikinci bölümünde (C-6) yer verilen 15.5.2019 tarihli 2017/135 E. 2019/35 K. sayılı karar.

Mahkeme'nin TCK'nın 103/2. maddesini iptal ettikten sonra yürürlük için öngördüğü 1 yıllık süre içinde verilmiş olan bu kararda, önceki iptal kararının gerekçesine göndermede bulunulmuştur. Bu kapsamda, Anayasa'nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatı fark etmeksizin çocuğun korunması gerektiği düşüncesiyle, itiraz konusu kuralın bazen somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi karşılamayacak ölçüde ağır cezalara yol açabilecek bir niteliğe sahip olduğu kanaatine varılmıştır.

Oy çokluğuyla (7/6) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu, 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'la 103/1. maddeye şu cümleyi eklemiştir: *“Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.”* Tek başına bu cümlelerin Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerini karşıladığı sonucuna varabilmek mümkün değildir<sup>14</sup>.

### 3. İftirayla Adli veya İdari Yaptırıma Neden Olmak (m. 267/7)

Burhaniye Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, TCK'nın *“İftira”* başlıklı 267. maddesinin yedinci fıkrası, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (17.11.2011, 2010/115 E., 2011/154 K.)

Kanun'un iptal edilen 267/7. maddesi şu şekilde idi:

*“(7) İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi önce 267. maddenin beşinci fıkrası ile mukayese ederek test etmiştir. Bu suretle 5. fıkranın o vakit yürürlükte bulunan hali ile itiraza konu 7. fıkra arasındaki ceza dengesizliğine işaret edilmiştir. Örneğin, mağdurun hapis cezası almasına neden olan iftiracıya 20 gün hapis cezası verilebilecek iken, mağdura seçenek yaptırım uygulanması durumunda ise iftira edene 3 yıl hapis cezası verilebileceği ifade edilmiştir.

Kararda ayrıca, adli ve idari yaptırımların aynı kefeye konularak, her iki durum için de aynı cezanın öngörülmesi de *“adalet duygularını zedeleyen bir durum”* olarak betimlenmiştir.

Oy birliğiyle verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir. İptal edilen hükmün yerine ceza adaletine uygun şekilde yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla fail bir başkasına iftira atarak hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırıma neden olsa bile, 267/1. madde gereğince cezalandırılacaktır<sup>15</sup>. Bu durum ceza adaletine aykırı başka bir sonuca yol açmaktadır. Örneğin iftira atılan kişinin evinde arama işlemi yapılmışsa müfterinin cezası aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince yarı oranında artabilirken, mağdur iftira neticesinde

<sup>14</sup> Aynı yönde tespit ve değerlendirmeler için bkz. İnanç İşten, “Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 156 vd.

<sup>15</sup> Yargıtay 9. CD., 16.9.2014, 2013/15677 E., 2014/9195 K. (UYAP)

okuldan atılma gibi bir idari yaptırıma maruz kalmış ise müfteriye yalnızca temel ceza uygulanabilecektir<sup>16</sup>.

#### 4. İftirayla Süreli Hapis Cezasına Neden Olmak (m. 267/5)

Tavşanlı Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, iftiraya maruz kalan kişinin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde müfteriye, sebep olduğu bu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası verilmesine ilişkin kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (10.4.2013, 2013/14 E., 2013/56 K.)

TCK'nın 267. maddesinin beşinci fıkrası iptalden önce şu şekildeydi:

*“Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmün ceza adaletini suçun temel şekliyle ölçmüştür. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, başkasının hapis cezası almasına yol açan müfteri ise daha az ceza alabilecektir. İftiraya uğrayan kişinin kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde ortaya çıkan bu durumun, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu hükmün hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Oy birliğiyle verilen karar Resmi Gazete'de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Buna rağmen kanun koyucunun, bu iptal sonrası da herhangi bir düzenleme yapmaması yeni bir ceza adaletsizliğini ortaya çıkarmış durumdadır. İftiraya uğrayan kişinin yüksek cezaya mahkûm olması halinde faile suçun temel şeklinden ceza verilecek olması, 267. maddenin sistematığına ve hakkaniyete aykırıdır. TCK m. 267/5'e, iptal edilen ibareyle birlikte “ancak bu suretle verilecek ceza, yukarıdaki hükümler uyarınca tayin edilecek ceza miktarından az olamaz.” şeklinde bir cümle getirilerek, ceza adaletine uygun bir çözüm bulunabilecektir.<sup>17</sup>

#### 5. Yalan Tanıklıkla Süreli Hapis Cezasına Neden Olmak (m. 272/6)

Erciş Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Çocuk Mahkemesi sıfatıyla) itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, yalan tanıklığa maruz kalan kişinin süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yalancı tanığa sebep olduğu bu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası verilmesine ilişkin kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. (14.1.2015, 2014/116 E., 2015/4 K.)

TCK'nın 272. maddesinin altıncı fıkrası iptal kararından önce şu şekildeydi:

*“Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis*

<sup>16</sup> Ahmet Selçuk Sönmez, Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu, Yayınlanmamış Y.L. Tezi, Konya 2015, s. 151.

<sup>17</sup> Sönmez, s. 147.

cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İptale dayanak teşkil eden ilke yine hukuk devletinin bir yansıması olarak ceza adaleti ölçütü olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı, gerekçeleri bakımından daha önce iftiraya (m. 267/5) ilişkin verdiği iptal kararının simetrik devamı niteliğindedir.

Oy çokluğuyla (16/1) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu, iftira hükümlerine dair iptal kararları sonrasında olduğu gibi burada da yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Ortaya çıkan “hukuksal boşluk”, söz konusu fıkranın kendi içinde ve iftira suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri arasında uyumsuzluğa neden olmaktadır. Örneğin aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesine sebep olan fail bakımından herhangi bir ceza artırımını mevcut değildir<sup>18</sup>.

### **6. İnfaz Kurumuna Yasak Eşya Sokmak (m. 297/2)**

Hakkari Sulh Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava sonucunda, TCK'nın 297/2. maddesi, Anayasa'nın 2, 7, 11 ve 38. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. (7.7.2011, 2010/69 E., 2011/116 K.)

TCK'nın “İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” başlıklı 297. maddesinin iptalden önce ikinci fıkrası şu şekildeydi:

*“Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Kararda, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin “belirlilik” olduğunun altı çizilmiştir. Anayasa Mahkemesi, maddenin ilk fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına rağmen, ikinci fıkrada böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisinin idareye verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Yasak eşya konusunda hangi niteliklerin esas alınacağı hususunda açık ve belirgin tanımlara yer verilmemesinin; belirlilik, öngörülebilirlik ve suçun kanuniliği ilkeleri ile bağdaşmadığı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” hükmü de karara gerekçe olmuştur. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi anılan hükme aykırılık göstermektedir. Mahkeme, yürütmenin düzenleme yetkisini, “sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki” olarak tasvir etmektedir.

Ayrıca, Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasındaki “suçun kanuniliği” ile üçüncü fıkrasındaki “cezanın kanuniliği” ilkelerinin, yasaklanan eylemlerin ve yasak

<sup>18</sup> Batuhan Aktaş, Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 3, Ağustos 2020, s. 40.

eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesini zorunlu kıldığı hususu da vurgulanmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin önemli bir güvencesi olduğuna dikkat çekmektedir<sup>19</sup>.

Oy çokluğuyla (12/5) verilen karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu, 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'la ikinci fıkrayı iptal kararı doğrultusunda kanunilik ilkesine uygun şekilde somut ve belirli bir içerikle yeniden düzenlemiştir<sup>20</sup>.

## II. ANAYASAYA AYKIRI BULUNMAYAN KURALLAR

### A- KANUNİLİK VE BELİRLİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN YAPILAN BAŞVURULAR

#### 1. Sürücü Belgesinin Geri Alınması Süresinin Cezanın Tümüyle İnfazından İtibaren İşlemeye Başlaması (m. 53/6 ikinci cümle)

Yerel mahkeme, sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girmesinin ve sürenin de cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlamasının, cezanın ertelendiği veya adli para cezasının takside bağlandığı hallerde hükümlüye mahkeme kararında belirtilenden daha uzun süreli ceza uygulanması sonucunu doğurduğunu belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1.7.2015 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2015/4 E., 2015/61 K.)

#### 2. Cinsel Saldırı/İstismar Sonucunda “Beden Ve Ruh Sağlığının Bozulması” (Önceki m. 102/5, m. 103/6)<sup>21</sup>

Yerel mahkemeler, “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolünür” şeklindeki düzenlemede beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının belirsiz ve tanımsız olduğunu, özellikle mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 26.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/154 E., 2009/35 K.)

Aynı gün başka bir davada, benzer gerekçelerle ve bu defa cinsel istismar suçu bakımından yapılan itirazın da oy birliğiyle reddine karar verilmiştir. (2007/96 E., 2009/34 K.) Yine bu çerçevede, bir başka cinsel istismar yargılamasından doğan itiraz başvurusuna yönelik olarak da oy birliğiyle ret kararı verilmiştir. (7.5.2009 tarih, 2009/23 E., 2009/56 K.)

<sup>19</sup> Karara ilişkin bir inceleme için bkz. Süheyl Donay, “Anayasa Mahkemesi'nin TCK'nın 297/2. Maddesini İptal Eden Kararı Üzerinde Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 86, Sayı: 2, Mart 2012, s. 82-86.

<sup>20</sup> İptal kararının uygulamaya etkisi hakkında bkz.; Gökhan Taneri, “İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, s. 575 vd.

<sup>21</sup> Söz konusu maddeler 18.6.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'la değiştirilmiş, düzenlemelerin yeni halinde “beden ve ruh sağlığının bozulması” ölçütüne yer verilmemiştir. Değişikliğin anlamına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Sevük, s. 134-136.



### 3. Cinsel İstismarın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması (m. 103/1)

Yerel mahkeme, Anayasa'ya aykırılık itirazını sarkıntılık fiilinin yeterince açık ve belirli bir kavram olmadığı temelinde ileri sürmüş, kuralın belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, çocuklara yönelik vücuda temas içeren cinsel amaçlı her türlü davranışın en azından basit cinsel istismar olarak nitelendirilmesi gerektiği, sarkıntılığa ilişkin hükümlerin çocukların korunmasına yönelik anayasal ilkelerle bağdaşmadığı itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 15.5.2019 tarihinde oy çokluğuyla (9/5) itirazın reddine karar vermiştir. (2018/151 E.-2019/36 K.)

### 4. Reşit Olmayanla Cinsel İlişkinin Cezalandırılması (m. 104/1)

Yerel mahkeme, söz konusu maddede fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikâyeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğünü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğine göre ceza yaptırımının hukuka uygun olmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle, şikâyetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 26.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/17 E., 2009/33 K.)

### 5. Cinsel Taciz (m. 105/1)

Yerel mahkeme, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanımının yapıldığı, madde gerekçesinin yargı mercilerini bağlayamayacağını belirterek, kanunilik ve belirlilik ilkeleri yönünden bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 25.2.2010 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2008/55 E., 2010/41 K.)

### 6. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma (m. 123)

Yerel mahkeme, suç tipinde yer alan seçimlik hareketlerden "*hukuka aykırı başka bir davranış*" unsurunun, kişiden kişiye, toplumdan topluma ve hatta hâkimden hâkime değişebileceği; kuralın açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 7.9.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2016/44 E., 2016/153 K.)

### 7. Kişisel Veri (m. 136)

Yerel mahkeme, kanunda kişisel verilerle ilgili bir tanım veya sınırlandırma yapılmadığından, itiraz konusu kuralın suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkelerine uymadığını ileri sürerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2015/32 E., 2015/102 K.)

### 8. Ortak Mülkiyete Karşı Hırsızlık Suçu (m. 144/1-a)

Yerel mahkeme, *paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde* işlenen hırsızlık suçunun unsurlarının kanunda açıkça düzenlenmemesi nedeniyle kanunilik ilkesinin sağlanamadığını ve bu suretle maliklerin hukuk güvenliğini zedeleyen bir durumun ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Ayrıca, hırsızlık suçunun milletvekili seçilmeye engel olmak gibi ciddi sonuçları düşünüldüğünde, bu düzenlemedeki belirsizliğin kişinin geleceğinde de haksız sonuçlara yol açabileceği ifade edilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 13.5.2015 tarihinde oy çokluğuyla (14/2) itirazın reddine karar vermiştir. (2014/162 E., 2015/47 K.)

### 9. Uyuşturucu Suçunun Yer Yönünden Nitelikli Hali (m. 188/4-b)

Yerel mahkeme, Kanun'un 188/4. maddesinin (b) bendinde yer alan *"...sosyal amaçla toplu bulunulan bina ..."* ifadesinin yoruma açık olduğunu, farklı uygulamalara neden olabileceğini ileri sürerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 8.11.2018 tarihinde oy çokluğuyla (13/1) itirazın reddine karar vermiştir. (2017/179 E.-2018/106 K.)

### 10. Kullanmak İçin Uyuşturucu Suçunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Hükümlerinin Uygulanması (m. 191/9)

Yerel mahkeme, TCK'nın 191. maddesi kapsamında işlenen bir suçtan başlatılan soruşturmada kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verilirken, kovuşturma aşamasında suçun münhasıran madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin, kasıtları ve fiilleri aynı olan şahıslar hakkında sırf suç niteliğinin iddia makamı tarafından farklı değerlendirilmesi nedeniyle farklı ve daha aleyhe hukuki sonuçlar doğurduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 13.1.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2015/52 E., 2016/1 K.)

### 11. Mühür Koymaya "Yetkili Makam" (m. 203)

Yerel mahkeme, *"kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mührü"* bozma suçunda yer alan *yetkili makam* ibaresinin belirsiz olması nedeniyle idari makamlara çerçevesi belli olmayan, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanda düzenleme yapma imkânı sağlandığını belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 22.5.2013 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2012/77 E., 2013/66 K.)

### 12. "Doğal Olmayan Yoldan" Cinsel Davranışlara İlişkin Müstehcenlik Suçu (m. 226/4)

Yerel mahkeme, *"doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri depolamak"* suçundan bakmakta olduğu davada, düzenlemede geçen *"doğal olmayan yoldan"* ibaresinin yoruma açık ve belirsiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda, rıza dahilinde *doğal olmayan yoldan* yapılan

cinsel ilişkinin kendisi suç teşkil etmez iken, görüntülerinin bulundurulmasının suça yol açmasının çelişkili olduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1.4.2015 tarihinde oy çokluğuyla (12/4) itirazın reddine karar vermiştir. (2014/118 E., 2015/35 K.)

### **13. Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali (m. 233/1)**

Yerel mahkeme, aile hukukundan doğan bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünün kapsamına nelerin dâhil olduğunun ceza maddesinde açıkça ve net olarak düzenlenmediğini belirterek, kanunilik ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 24.5.2012 tarihinde oy çokluğuyla (10/6) itirazın reddine karar vermiştir. (2011/129 E., 2012/81 K.)

### **14. İrtikap Suçunda “Mağdurun Ekonomik Durumu” (m. 250/4)**

Yerel mahkeme, irtikap suçunda mağdurun ekonomik durumuna göre cezada indirim yapılabilmesinin objektif bir temele sahip olmadığı, ekonomik durumun kime ve neye göre uygulanacağı hususunun açık olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 9.4.2014 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2014/38 E., 2014/80 K.)

### **15. Başkasının Kimliğinin Kullanılması Eylemine İftira Cezası Verilmesi (m. 268)**

Yerel mahkeme, başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda açıkça bir cezai yaptırım belirlenmeyip iftira suçuna atıf yapılmasının, suçta ve cezada kanunilik ilkeleri ile çeliştiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 22.5.2014 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2014/3 E., 2014/95 K.)

### **16. 2.7.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile TCK'nın 277, 285 ve 288. Maddelerinde Yapılan Değişiklikler**

İptal davasını açan TBMM üyeleri, yeniden kaleme alınan “*yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*” başlıklı 277. maddede, suçun önceki halinde<sup>22</sup> maddi unsurlar arasında sayılan “*emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek*” gibi ibarelere yer verilmeyerek ve manevi unsurlarda da ciddi değişiklikler yapılarak failin saikine dair çok sayıda belirleme yapılmasıyla suçun oluşumunun neredeyse imkânsız hâle getirildiğini, ayrıca “*bir haksızlık oluşturma*” kavramının da belirsiz olduğunu ileri sürmüşlerdir.

<sup>22</sup> Düzenlemenin “*Yargı görevi yapanı etkileme*” başlıklı ilk hali şu şekildeydi: “*Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır*”

Anayasa Mahkemesi 4.7.2013 tarihinde oy birliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2012/100 E., 2013/84 K.)

6352 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle maddi unsurları daha belirli hale getirilen "gizliliğin ihlali" kenar başlıklı 285. maddeye yönelik olarak aynı başvuruda, düzenlemede sayılan maddi unsurların keyfi uygulamaya ve farklı yorumlara açık olduğu, elverişlilik kriterinin de soyut bir temele sahip olduğu, ayrıca suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin hükme yeni düzenlemede yer verilmediği, bunun ise suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi ile bu vasıtalar olmaksızın işlenmesini aynı düzeye indirmediği, oysa suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde korunan hukuki menfaat bakımından çok daha ağır bir tehlikenin ortaya çıktığı gerekçesiyle iptal talebinde bulunulmuştur.

6352 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle daha somut bir içeriğe kavuşturulan, yaptırımını da adli para cezası olarak değiştirilen<sup>23</sup> "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" başlıklı 288. maddeye ilişkin olarak da suçun belirsiz ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi 285 ve 288. maddeler bakımından da oy birliğiyle ret kararı vermiştir.

## **B- EŞİTLİK İLKESİ YÖNÜNDEN YAPILAN BAŞVURULAR**

### **1. Olası Kasıt (m. 21/2)**

Yerel mahkeme, olası kasıt düzenlemesinde bilinçli taksir ile ayırımın tam olarak ortaya konulmadığını, ceza indiriminin doğrudan kasıt ile olası kasıt arasında eşitsizlik oluşturduğunu ileri sürmüştür. Başvuruda ayrıca, ceza indiriminin sadece öldürme ve yaralama suçlarında uygulanabilmesinin yaşam ve vücut dokunulmazlığı aleyhine bir duruma neden olmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2005/107 E., 2009/23 K.)

### **2. Suça Teşebbüste Gönüllü Vazgeçme (m. 36)**

Yerel mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde öngörülen düzenlemenin, ülkenin farklı gelişmişlik düzeyine sahip bölgelerinde yaşayan ve aynı suçu işleyen kişiler bakımından farklı hükümlerin uygulanması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

<sup>23</sup> Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu daha önce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 288'de "Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar, savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmişti. 6352 sayılı Kanun ile bu suç şu şekilde değişikliğe uğramıştır: "Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır." Değişikliklere ilişkin karşılaştırmalı bir inceleme için Rezzan İTİŞGEN, "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 111, Mart 2014, Sayfa: 61-76

Anayasa Mahkemesi 3.1.2008 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2005/75 E., 2008/1 K.)

### **3. Çocuğu Suça Azmettirme Halinde Ceza Artırımı (m. 38/2)**

Yerel mahkeme, çocuğun suça azmettirilmesi halinde söz konusu maddede ceza artırımının sadece süreli hapis cezaları yönünden öngörüldüğü, artırımın süresiz cezalarda uygulanmaması nedeniyle eşitlik ilkesine uygun olmayan bir durumun ortaya çıktığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 3.2.2011 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2009/87 E., 2011/30 K.)

### **4. Kasten Yaralamada Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanmaması (m. 43/3)**

Yerel mahkeme, kasten işlenen çok daha ağır suçlarda uygulandığı hâlde, yaralama suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasının ceza adaletine uygun bir tercih olmadığı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca bu durumun diğer suçları işleyen kişilerle kasten yaralama faileri arasında eşitsizliğe neden olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2015 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2014/167 E., 2015/27 K.)

### **5. Seçenek 'Tebire' Uyulmaması Halinde Hapis Cezasına Dönülmesi (m. 50/6)**

Yerel mahkeme, itiraz konusu hükümde daha önce yer alan "yaptırımın" kelimesinin 26.2.2008 tarihli 5739 sayılı Kanun'la "tedbirin" olarak değiştirilmesi nedeniyle infaz rejiminde bir eşitsizliğin ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Bu kapsamda, hapisten çevrilmiş adli para cezasının ödenmemesi hâlinde zorlama hapsi söz konusu iken, diğer tedbirlerin yerine getirilmemesinde ise hapis cezasının infazına karar verildiği, bu durumun adli para cezaları ile seçenek tedbirlerin infazında uygulama farklılığı oluşturduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 31.10.2013 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2013/33 E., 2013/122 K.)

### **6. Hapis Cezası Ertelenen Hükümlünün Serbest Meslek veya Tacirliğe Devam Edebilmesi (m. 53/3 ikinci cümle)**

Yerel mahkeme, hapis cezasına mahkûmiyetin sonucu olarak uygulanan hak yoksunluklarından "...bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten" yoksunluk kuralının (m. 53/1-e), aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince uygulanmayabilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu kapsamda, devlet memuru olan hükümlü, ertelenen hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar görevini yerine getiremezken, serbest meslek erbabı veya tacir bir hükümlünün mesleğine hâkimin takdirine bağlı olarak devam edebilmesi karşısında, kamusal alanda görev yapan yurttaşların haklarının diğer yurttaşlara oranla daha fazla sınırlamaya maruz bırakıldığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oy çokluğuyla (10/1) itirazın reddine karar vermiştir. (2005/116 E., 2009/27 K.)

### **7. Tekerrür Halinde Seçimlik Cezada Hapis Cezasını Seçme Zorunluluğu (m. 58/3)**

Yerel mahkeme, tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmedilmesi zorunluluğu getiren kuralın adil bir sonuç doğurmadığını ileri sürmüştür. Bu çerçevede kimi zaman daha kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları tekerrür nedeniyle adli para cezasına çevirme ihtimali bulunmaz iken, daha uzun hapis cezası gerektirdiği halde adli para cezasına çevrilebilen suçların bulunduğu, bu durumun eşitliğe aykırı olduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/107 E., 2009/28 K.)

### **8. Bekletici Meselede Zamanaşımının Durması (m. 67/1)**

Yerel mahkeme, bakmakta olduğu davanın sonucunun kadastro mahkemesinde görülmekte olan bir başka davada çözülmesi gereken meselenin sonucuna bağlı olduğu ve bu nedenle 15.5.1996 tarihinde verilen durma kararından dolayı yargılamanın zamaşımı işlemeksizin halen devam ettiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının Anayasa'nın 141. maddesinin gereği olduğu ve söz konusu davada tarafların bir kusuru bulunmamasına karşın, devlete atfedilebilecek bir gecikme nedeniyle 1995 yılında işlendiği iddia edilen bir fiilden dolayı yargılamanın uzamasının adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca, aynı tarihlerde aynı suç için açılmış ve bekletici mesele söz konusu olmayan başka davalarda zamaşımı nedeniyle davanın düşmesi kararı verilebilirken, bakılmakta olan bu davanın sanıkları yönünden zamaşımından düşme kararı verilememesinin hakkaniyete, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ifade edilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 14/11/2019 tarihinde oy çokluğuyla (14/2) itirazın reddine karar vermiştir. (2019/85 E., 2019/88 K.)

### **9. Kamu Tüzel Kişilerinin Uzlaşma Kapsamında Olmaması (mülga m. 73/8)<sup>24</sup>**

Yerel mahkeme, uzlaşma uygulanabilmesi için suçtan zarar görenin "*gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi*" olması şartının, kamu tüzel kişilerine karşı işlenen suçları uzlaşma kapsamı dışında bıraktığı, bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/77 E., 2009/39 K.)

<sup>24</sup> İtiraz konusu düzenlemeyi ilga eden 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun'la, uzlaşma hükümleri tamamen CMK m. 253'e taşınmış, "*gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi*" şartına yeni düzenlemede de yer verilmiştir. Söz konusu kanunla getirilen yenilikler hakkında bkz.; Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmalarının Usûl ve Esasları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, Sayı: 4, 2007, s. 123-205.

### **10. Uzlaşma Kapsamındaki Suçlara Önödeme Uygulanmaması (m. 75/1)**

Yerel mahkeme, uzlaşma kapsamındaki suçların önödemeye tabi olmaması nedeniyle sanıkların cezalandırılabilmelerinde mağdurun uzlaşma hususunda ileri sürdüğü görüşün etkili olduğunu, bu suçların önödeme kapsamının dışına çıkarılmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine uymadığını belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 28.12.2017 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2017/140 E., 2017/177 K.)

### **11. Üvey Annenin Cinsel İstismarı Halinde Nitelikli Halin Öngörülmemesi (m.103/3)<sup>25</sup>**

Yerel mahkeme, cinsel istismar suçunun nitelikli hallerden biri olan, failin “üvey baba” olması kuralının eşitlik ve hakkaniyet ilkesine aykırı olduğunu, çocuğun etkin korunması amacına da uymadığını ileri sürmüştür. Bu kapsamda, suçun üvey anne tarafından da işlenebileceği, söz konusu düzenlemenin cinsiyete dayalı bir ayırım yaptığı, bu ayırımın yaratılış ya da işlevsel özelliklerden kaynaklanan haklı bir nedene de dayanmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy çokluğuyla (7/4) itirazın reddine karar vermiştir. (2008/93 E., 2009/41 K.)

### **12. Hürriyeti Tahdit Suçunda Etkin Pişmanlığın Sadece Soruşturma Öncesi Pişmanlık Durumunda Uygulanabilmesi (m. 110)**

Yerel mahkeme, itiraz konusu maddede yer alan etkin pişmanlık için mağdurun *soruşturmaya başlanmadan önce* serbest bırakılması şartının uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda, kişi hürriyeti aleyhine işlenen bu suç bakımından eylemin gerçekleştirilmesiyle birlikte soruşturmanın da başlayacağı, dolayısıyla mahkûmiyet halinde verilecek cezadan etkin pişmanlık nedeniyle indirim yapılmasının neredeyse imkânsız olduğu belirtilmiştir. Bu durumun kanundaki diğer etkin pişmanlık düzenlemelerine göre bu suç faileri aleyhine bir eşitsizlik doğurduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 28.1.2010 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2009/6 E., 2010/19 K.)

### **13. Köye veya Köylülerin Ortak Kullanımına Ait Taşınmaza Tecavüz Suçu (m. 154/2)**

Yerel mahkeme, köy tüzel kişiliğine ait veya köylünün ortak yararlanmasına terk edilen mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz mallara yapılan tecavüzlerin cezalandırılmasına ilişkin normun, ceza adaleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu kapsamda, belediye sınırları içinde yer alan aynı nitelikteki taşınmazlara yapılan tecavüzlerin 3091 sayılı Kanun gereğince ancak ikinci kez tecavüz hâlinde cezalandırılabildiği hatırlatılarak, Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

<sup>25</sup> Düzenlemenin 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile değişik mevcut halinde cinsel istismar suçunun üvey ana ve üvey kardeş tarafından işlenmesi halleri de cezayı artıran nedenler arasında sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi 14.1.2015 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2014/131 E., 2015/11 K.)

#### **14. Yağma Suçunun Şahsi Cezasızlık Halleri Dışında Tutulması (m. 167/1)**

Yerel mahkeme, “malvarlığına karşı suçlar” için ortak şahsi cezasızlık öngören düzenlemede yağma suçunun kapsam dışı bırakılmasının adalet ve eşitliğe aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda, özellikle hırsızlık suçuna benzeyen yağmada da suçun yakınlarla karşı işlenmesi halinde şikâyetten vazgeçmenin etkili olması gerektiği belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 22.6.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2016/3 E., 2016/124 K.)

#### **15. Tedavi ve Denetimli Serbestlik Tedbirine Kovuşturmada ve İnfazda Ayrı Sonuçlar Bağlanması (6.12.2006 tarihli, 5560 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişik m. 191/7)<sup>26</sup>**

Yerel mahkeme, uyuşturucu kullanan sanık hakkında kovuşturma aşamasında verilen tedavi ve denetimli serbestlik yükümlülüğüne uyulduğunda dava düşürülürken, infaz aşamasında bu yükümlülüğe uyulduğunda ise cezanın infaz edilmiş sayılmasının adil olmadığını ileri sürmüştür. İki ayrı fıkrafta aynı amaca yönelik olan bu düzenlemenin eşit koşullardaki sanıklar hakkında farklı hukuksal sonuçlara yol açtığı belirtilerek, Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 26.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2007/22 E., 2009/37 K.)

#### **16. Cezaevinden Firar Eden Hükümlüye Süre Tanınmaması (m. 292/1)**

Yerel Mahkeme; firar suçunda açık ceza infaz kurumundan izinli olarak çıkıp dönmeyen hükümlü ile doğrudan doğruya kurumda kaçan hükümlü arasında eşitliğe aykırı bir durumun olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur. Başvuruda, açık ceza infaz kurumundan izinli olarak ayrılan hükümlünün firar suçu için izin süresinin bitiminden itibaren iki gün süre tanınırken, doğrudan kurumdan firar eden hükümlüye ise hiç süre tanınmamasının adalete aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 27.12.2018 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2018/153 E.- 2018/119 K.)

#### **17. Cumhurbaşkanı Hakaret Suçu (m. 299)**

Yerel mahkemeler, yeni hükümet sistemi ile birlikte Cumhurbaşkanı'nın siyasi bir kişilik haline gelmesinin kaçınılmaz olduğunu, Cumhurbaşkanı'nın da TCK'nın 6. maddesi

<sup>26</sup> İtiraz konusu kuralları da içeren bu madde, 18.6.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle yeniden kaleme alınarak köklü değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda en önemli değişiklik, soruşturma evresinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması olmuştur. Maddenin önceki ve mevcut hallerinin karşılaştırılması ve 6545 sayılı Kanun'la getirilen muhakeme usulüne yönelik değerlendirme için bkz. Soner Hamza Çetin, “Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m.191)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016, Sayfa: 1353-1480.



gereğince kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında, farklı düzenleme yapılarak daha yüksek cezanın öngörülmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiğini, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağını, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali niteliği taşıdığını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, bu suç bakımından faile “*ispat hakkı*”nın tanınmamasının da eşitlik ilkesine uymadığı belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 14.12.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2016/25 E., 2016/186 K.)

## **C. CEZA ADALETİ VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ YÖNÜNDEN YAPILAN BAŞVURULAR**

### **1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (m. 23)**

Yerel mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun neticesi nedeni ile ağırlaşmış suçlara ilişkin 23. maddesinin, aynı konuyu düzenleyen “neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama” (m. 87/4) hükümleri ile çeliştiği görüşüyle itirazda bulunmuştur. Başvuruda, itiraz konusu kuraldaki “*en azından taksirle hareket edilmesi gerekir*” ibaresinin uygulama kabiliyetinin bulunmadığı, kanun hükümleri arasındaki bu çelişkiler ve uygulama zorlukları nedeniyle adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğabileceği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oybirliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/72 E., 2009/2 K.)

### **2. Haksız Tahrik İndirimi (m. 29)**

Yerel mahkeme, kasten adam öldürme suçlarında verilen müebbet hapis cezalarının haksız tahrik nedeniyle 12-18 yıla kadar indirilebilmesinin ceza adaletine uygun olmadığını belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2007/91 E., 2009/25 K.)

### **3. Zincirleme Suç Nedeniyle Ceza Artırımı (m. 43/1)**

Yerel mahkeme, zincirleme suç durumunda faile tek ceza verilmesi gerektiğine göre, bu ceza belirlenirken genel kurallara göre temel cezadan belirli bir oranda uzaklaşarak hüküm kurulması imkânı varken, ayrı bir düzenlemeyle ceza artırımı yapılmasının ceza adaletine uygun olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2015 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2014/161 E., 2015/26 K.)

### **4. Eşe Karşı Basit Yaralama Suçunun Takibinde Şikâyet Aranmaması (m. 86/3-a)**

Yerel mahkemeler, eşe karşı basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüdeki yaralamada mağdura şikâyetten vazgeçme hakkının tanınmamasının, aile içi şiddetin artmasına neden olduğunu, bu durumun aile birliğini bozduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurularda, evlilik olmaksızın birlikte yaşayan çiftler arasındaki basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamaların şikâyete bağlı olması nedeniyle eşit korumanın sağlanamadığı belirtilmiştir. Ayrıca çok daha nitelikli bir fiil olan cinsel saldırı

suçu, eşler arasında şikâyete tabi iken, basit yaralamanın re'sen takip edilmesinin ceza adaletine uygun olmadığı ifade edilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 3.1.2008 tarihinde oy çokluğuyla (7/4) itirazın reddine karar vermiştir. (2005/151 E., 2008/37 K.)

Aynı kural, yerel mahkemelerin başvurusu üzerine 11.6.2020 tarihinde bir kez daha esastan incelenmiş, gene oy çokluğuyla (13/3) itirazın reddine karar verilmiştir. (2019/2 E.-2020/28 K.)

### 5. Çocuk Evliliklerinin Nitelikli Cinsel İstismar Olması (m. 103/2)<sup>27</sup>

Yerel Mahkeme, çocuk evliliğine karşı tedbirler almak gerekmele birlikte, bir şekilde evlilik olmuş, aile kurulmuş ve hatta bu birlik içinde çocuk sahibi olunmuş ise nitelikli cinsel istismar cezasının artık çok ağır olacağı düşüncesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur. Mahkemeye göre, bu tarz ailelerde babanın ceza yaptırımına tâbi tutulması, ülkenin sosyal ve kültürel yapısıyla bağdaşmamakta, halen evli olan şahısların durumları için farklı bir yaptırım belirlenmedikçe kutsal aile kurumunu korumak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle cinsel istismar düzenlemelerinde adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözetilmediği, evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğun mağdur olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarihinde oy çokluğuyla (9/8) itirazın reddine karar vermiştir. (2015/43 E.-2015/101 K.)

### 6. Faili de Çocuk Olan Cinsel İstismara Ayrı Bir Sonuç Bağlanmaması (m. 103/2)

Dava, Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015, 2015/26 E.-2015/100 K. sayılı iptal kararından ardından 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen TCK 103/2 birinci cümlede, m. 103/1-a'da yer alan "On beş yaşını tamamlamamış..." çocuklar yönünden incelenmesi hakkındadır.

Yerel mahkeme, itirazında Anayasa Mahkemesi'nin önceki iptal kararındaki gerekçelerin<sup>28</sup> izinden giderek failin de çocuk olması halinde daha hafif bir ceza verilememesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânının bulunmamasının, ölçülü ve hakkaniyetli bir durum olmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda, çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel birlikteliklerde suçun mağduru ve failinin birbirine karıştığı, kimin fail kimin mağdur olduğunun belirlenemediği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi 15.5.2019 tarihinde oy çokluğuyla (9/5) itirazın reddine karar vermiştir. (2017/135 E.-2019/35 K.)

<sup>27</sup> İtiraz konusu kural, TCK m. 103/2'nin 2014'te 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki halidir: "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.". 6545 sayılı Kanun'la yaptırım "on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası" olarak değiştirilmiştir. 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun ile de söz konusu fıkraya "mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz." cümlesi eklenmiştir.

<sup>28</sup> Bkz. 1. bölüm B-1 numaralı karar.

### 7. Cinsel İstismarın Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi (m. 103/3-a)

Yerel mahkeme, cinsel istismar eyleminin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde cezanın yüksek oranda artırıldığını, bunun ise eylem ile ceza arasındaki orantıyı bozduğunu belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 26.5.2016 tarihinde oybirliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2015/108 E.-2016/46 K.)<sup>29</sup>

### 8. Tehdit Suçu (m. 106/1, 106/2-a)

Yerel mahkeme, bir kimseyi yaralamakla tehdit etmenin, onu gerçekten yaralamaktan daha ağır bir ceza gerektirdiği tespitiyle bu durumun suç ve ceza arasında olması gereken denge ve orantılılık ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Yine, basit yaralama şikâyete bağlı iken basit yaralamakla tehdit fiilinde şikâyetten vazgeçme halinde bile davanın düşmemesinin ölçülü olmadığı belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 30.9.2015 tarihinde oy çokluğuyla (15/2) itirazın reddine karar vermiştir. (2015/54 E., 2015/83 K.)

Aynı çerçevede itiraz başvuruları m. 106/2-a'daki *"iki yıldan beş yıla kadar"* ibaresi (10.4.2013, 2013/36 E., 2013/53 K.) ile *"silahla"* ibaresi yönünden (20.3.2013, 2013/5 E., 2013/46 K.) incelenmiş ve oy birliğiyle itirazların reddine karar verilmiştir.

### 9. Malvarlığı/Sair Kötülük Tehdidinin Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Halinde Re'sen Takip Edilmesi (m. 106/2-c)

Yerel mahkeme, birden fazla kişi ile birlikte sair tehdit suçunu işlediğinde, mağdur şikâyetçi olmasa bile sanıklara ceza verileceği, böylece daha vahim nitelikte olan hayata, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığa yönelik tehdit ile malvarlığına veya başka bir kötülüğe yönelmiş tehdidin aynı şekilde cezalandırılmış olacağı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 30.6.2011 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2010/68 E., 2011/114 K.)

### 10. Kamu Görevlisine Hakaret Suçu (m. 125/3-a)

Yerel mahkeme, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun cezasının bir yıldan az olamayacağına ilişkin kuralda, suç ile ceza arasında bir denge ve ölçülülük gözetilmediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 12.9.2012 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2012/78 E., 2012/111 K.)

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi bu davada, yerel mahkemenin başvurusunda öne sürdüğü bir başka itiraz kapsamında m. 103/1. maddeyi a bendindeki *on beş yaşını tamamlamamış* ibaresi yönünden iptal etmiştir. Açıklama ve gerekçe için çalışmamızın birinci bölümü 10 numaralı karara bakınız.

### **11. Hakaret Suçunda Şahsi Cezasızlık Nedeni Olarak Kasten Yaralama Eyleminde Teşebbüs/Tamamlanmış Suç Ayrımı Yapılmaması (m. 129/2)**

Yerel mahkeme, hakaret suçunun “*kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez*” şeklindeki düzenlemede kasten yaralama suçunun tamamlanmış olması ile teşebbüs aşamasında kalması yönünden bir ayrım yapılmamasının ceza adaletine uymadığını ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 26.7.2017 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2017/106 E., 2017/132 K.)

### **12. Konuttan Hırsızlık (m. 142/2-h)**

Yerel mahkeme, gece vakti konut dokunulmazlığını ihlal suretiyle hırsızlık ile aynı zaman dilimi ve aynı mekân içerisinde yapılacak yağma suçunun cezalarını karşılaştırmış, ilkinde daha hafif olması gereken cezanın konut dokunulmazlığının ayrıca cezalandırılması nedeniyle ölçüsüz olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca daha vahim neticeleri olan gece vakti konutta yağma suçuyla aynı miktarda ceza üst sınırının belirlenmesinin de ceza adaletiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2/5/2018 tarihinde oy çokluğuyla (16/1) itirazın reddine karar vermiştir. (2017/169 E., 2018/42 K.)

### **13. Konuttan Hırsızlıkta Konut Dokunulmazlığından da Ceza Verilmesi (m. 142/4)**

Yerel mahkeme, bina dahilinden yapılan hırsızlık suçunda konut dokunulmazlığından da cezalandırmayı öngören hükmün “bileşik suç” hipotezine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Bu kapsamda, hem hırsızlık suçundan hem de konut dokunulmazlığını ihlalden ceza verilmesinin, bir suç için bir ceza verilmesi ilkesinin ihlâli anlamına geldiği belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 24.3.2010 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2008/14 E., 2010/51 K.)

### **14. Gece Vakti Hırsızlık (m. 143)**

Yerel mahkeme, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın cezanın yarı oranında arttırılmasının suç ile ceza arasında gözetilmesi gereken dengeye uymadığını belirterek, ceza adaleti ve orantılılık ilkeleri doğrultusunda Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5.5.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2016/16 E., 2016/37 K.)

### **15. Yağma Suçunda Malın Değer Azlığı Nedeniyle Ceza İndirimi (m. 150/2)**

Yerel mahkeme, yağma suçuna ilişkin hükümlerde korunan hukuki değerini sadece mal varlığı olmadığı, kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğünün de korunduğunu belirterek, bu suçta malın değerinin azlığı nedeniyle ceza indirimi yapılmasının ceza adaletine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2005/120 E., 2009/40 K.)

**16. Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçunda Malın Değer Azlığı Ve Etkin Pişmanlığın Öngörülmemesi (m. 165)**

Yerel mahkeme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ile bu suça kaynaklık teşkil edebilecek hırsızlık suçu arasında yaptırım dengesizliği olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, hırsızlıkta suç konusu malın değerinin azlığı veya etkin pişmanlık halinde cezadan önemli ölçüde indirim yapılması, hatta kimi hallerde hiç ceza verilmemesi mümkün iken, suç eşyasının kabul edilmesi suçunda bu imkânların tanınmaması nedeniyle bu durumlarda suçun failinin asıl suçtan daha ağır bir ceza ile karşılaşabileceği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 26.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/19 E., 2009/32 K.)

Aynı gün başka bir davada, benzer gerekçelerle ve bu defa *etkin pişmanlık* kenar başlıklı 168. madde bakımından yapılan itirazın da oy birliğiyle reddine karar verilmiştir. (2007/46 E., 2009/36 K.)

**17. Karşılıksız Yararlanma Suçunda Etkin Pişmanlık İndirimi (m. 168/5)**

Yerel mahkeme, karşılıksız yararlanma suçunda kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık gösteren sanığın her koşulda ceza yaptırımına muhatap olmasının ceza adaletine uygun olmadığını ileri sürerek, kademeli ceza indiriminin öngörülmemesinin adil olmayan sonuçlara neden olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 7.9.2016 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2016/128 E., 2016/154 K.)

**18. Başkasının Banka Kartını Kullanmak Suçunun Cezası (m. 245/1)**

Yerel mahkeme, itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın (3-6 yıl) benzer nitelikteki suçların cezalarıyla kıyaslandığında yüksek olduğunu, o suçlara uygulanabilecek etkin pişmanlık hükümlerinin burada uygulanamamasının da cezayı suçla orantısız hale getirdiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/123 E., 2009/43 K.)

**19. Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Cezasında Yapılan Lehe Değişiklik (m. 257/1-2)**

İptal davasını açan TBMM üyeleri, 8.12.2010 tarihli 6086 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle görevi kötüye kullanma ve ihmal suçlarının cezalarının haklı bir neden olmaksızın indirildiğini, suç ve ceza arasında var olması gereken adil dengenin bozulduğunu, düzenlemenin daha önce cezası infaz edilmiş kişiler bakımından eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 22.12.2011 tarihinde oy birliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2011/17 E., 2011/171 K.)

## D. HUKUK DEVLETİ VE DEVLETİN TEMEL AMAÇ VE GÖREVLERİ YÖNÜNDEN YAPILAN BAŞVURULAR

### 1. Akıl Hastalarına Güvenlik Tedbirlerinin Etkili Uygulanamaması (m. 32/1, 57/1-5)

Yerel mahkeme, akıl hastalarının uygulamadan kaynaklanan sorunlar nedeniyle yeterli süre geçmeden ve tedavi edilmeden serbest bırakılmalarının toplum açısından tehlike yarattığı, bu durumun ise devletin temel amaç ve görevlerine, kamu yararı ve mağdur haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 14.11.2019 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2019/37 E., 2019/87 K.)

### 2. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırmada Gönüllülük Koşulu (m. 50/1-f)

Yerel mahkeme, sanığa kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olup olmadığının sorulmasının, hâkim için ihsas-ı rey anlamına geleceğini ve bu suretle hâkimin tarafsızlığı ilkesinin zedeleneceğini belirterek, Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 13.5.2010 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2009/18 E., 2010/65 K.)

### 3. Çocuklar Hakkında Seçenek Yaptırım Zorunluluğunun HAGB Uygulanması Halinde Geçersiz Olması (m. 50/3)

Yerel mahkeme, TCK'nın 50/3. maddesinde yer alan, "*fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanların*" kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrileceğine ilişkin düzenlemenin 5271 sayılı CMK'nın 231/7. maddesiyle çeliştiğini ileri sürmüştür. Bu kapsamda, CMK gereğince hükmün açıklanması geri bırakıldığında, çocuklar hakkındaki seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğunu uygulamanın mümkün olmadığı belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 12.3.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2009/17 E., 2009/47 K.)

### 4. Adli Para Cezalarında Ertelemenin Mümkün Olmaması (m. 51/1)

Yerel mahkemeler, adli para cezalarının erteleme kapsamı dışında bırakılmasının daha ağır nitelikteki suçlardan dolayı hapis cezası alanların cezasının ertelenebildiği göz önünde bulundurulunca ceza adaletine aykırı bir durum olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu çerçevede, adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu cezaların hapis cezasına çevrilmesi nedeniyle hâkimin özellikle ödeme gücü bulunmayan sanıklar hakkında karar verirken hapis cezası vermeye zorlandığı belirtilerek, hukuk devleti, eşitlik ve hak arama hürriyeti ilkeleri bakımından Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 19.2.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2007/69 E., 2009/26 K.)

### 5. Uzlaşmanın İkrara Bağlı Olması (mülga m. 73/8)<sup>30</sup>

Yerel mahkeme, uzlaşmanın failin suçu kabullenmesi şartına bağlanmasının savunma hakkını engellediğini ileri sürerek, sanığın kendi kendini suçlamasına ve psikolojik baskı altında kalmasına yol açan bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1.10.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/106 E., 2009/124 K.)

### 6. Gıyapta Hakarete İhtilat Şartı (m. 125/1 ikinci cümle)

Yerel mahkeme, kişilerin şeref ve saygınlığını korumak amacıyla getirilen düzenlemede hakaret teşkil eden söz ve davranışların ulaştırıldığı şahısların sayısının cezalandırma koşulu olarak öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 3.1.2008 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2006/136 E., 2008/3 K.)

### 7. Enerjinin Taşınır Mal Olarak Tanımlanması, Elektrik Hırsızlığı v. Sosyal Devlet İlkesi (mülga m. 141/2, mülga m. 142/1-f)<sup>31</sup>

Yerel mahkeme, kişilerin asgari elektrik ihtiyacını sağlamanın sosyal devlet olmanın bir gereği olduğunu ileri sürerek maddi durumu yetersiz vatandaşların söz konusu düzenleme kapsamında cezalandırılmasının sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir. Ayrıca, elektrik enerjisinin taşınır mal olup olmadığını belirleme yetkisi medeni hukuka aitken, Ceza Kanunu'nda "*ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır*" şeklinde tanımlama yapılmasının da hukuka aykırı olduğu belirtilerek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 24.5.2012 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2011/132 E., 2012/82 K.)

### 8. İmar Kirliliği Suçundan Etkin Pişmanlıkta Davanın Düşürülmesi (m. 184/5)

İptal davasını açan TBMM üyeleri, imar kirliliğine neden olma suçunda yapının imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, açılmış olan kamu davalarının kişilere savunma hakkı tanınmadan ortadan kaldırılmasına ilişkin hükmün hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 12.6.2008 tarihinde oy çokluğuyla (7/4) iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2004/92 E., 2008/119 K.)

### 9. Tedavi Olmaya Gelen Uyuşturucu Kullanıcısını İhbar Etme Yükümlülüğü Olmaması (m. 192/4)

İptal davasını açan TBMM üyeleri; uyuşturucu madde kullanan kişilerin tedavi için resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurmaları halinde ilgili kamu veya

<sup>30</sup> 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun'la uzlaşmada failin suçu kabullenmesi şartı kaldırılmıştır.

<sup>31</sup> 2.7.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'la her iki düzenleme de ilga edilmiştir. Aynı Kanun'un 83. maddesiyle TCK'nın 163. maddesine eklenen üçüncü fıkra, halk arasında "kaçak elektrik" olarak bilinen eylemleri "karşılıksız yararlanma" suçu haline getirmiştir. Bu değişikliğin yansımaları ve değerlendirme için bkz. Mehmet Faruk Koçak, "Karşılıksız Yararlanma Suçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s. 111 vd.

sağlık personelinin suçu bildirme yükümlülüklerinin ortadan kaldırılmasının devletin temel amaç ve görevlerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 11.7.2018 tarihinde oy birliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2017/32 E.-2018/81 K.)

### **10. Rızasıyla Alıkonulan Çocuğun Yaşı (m. 234/3)**

Yerel mahkeme, evi terk eden çocuğu rızasıyla alıkoyma suçunda mağdurun yaşının 15 ve altındakiler şeklinde öngörülmesi gerektiğini, zira 15-18 yaş grubu çocukların birçok hak ve özgürlüğü kullanabildiklerini, hatta iş hayatına dahil olabildiklerini belirterek Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2007/85 E., 2009/42 K.)

### **11. Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu Açma Suçu (mülga m. 263)<sup>32</sup>**

İptal davasını açan TBMM üyeleri, *“kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklindeki düzenlemede öngörülen cezanın caydırıcı olmadığını, laiklik ilkesinin gereğine aykırı olarak yasa dışı eğitim kurumu açılmasının toplumun önem verdiği ağır bir suç oluşturduğunu, bu nedenle bu suça verilecek cezanın, cezalandırmada güdülen amaca ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2005/79 E., 2009/38 K.)

### **12. Soruşturma Evresinde Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Fiilinin Suç Olmaktan Çıkarılması (m. 277/1)**

İptal davasını açan TBMM üyeleri, ceza muhakemesinin soruşturma evresinde yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs fiilinin suç olmaktan çıkarılmasıyla bu suçlarla etkin bir şekilde mücadelenin engellendiğini, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırma ve gerekirse kamu davası açma görevinin ortadan kaldırıldığını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 19.3.2015 tarihinde oy çokluğuyla (9/7) iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2014/146 E., 2015/31 K.)

### **13. Adalet Bakanı'nın Talep Yetkisi (m. 13/2)**

İptal davasını açan TBMM üyeleri; yurtdışında işlenen bazı suçlardan dolayı failin yargılanmasını, Adalet Bakanı'nın takdirine bırakan düzenlemenin hukuk devleti, eşitlik ve Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 5.3.2009 tarihinde oy birliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2005/79 E., 2009/38 K.)

<sup>32</sup> TCK'nın 263. maddesi, 17.4.2013 tarihli 6460 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle ilga edilerek, kanuna aykırı eğitim kurumu açmak eylemi suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu düzenlemeye karşı da iptal davası açılmış, Anayasa Mahkemesi 28.11.2013 tarihinde oy çokluğuyla (13/4) iptal talebinin reddine karar vermiştir. (2013/76 E., 2013/144 K.)



#### 14. Adalet Bakanı'nın Soruşturma İzni Yetkisi (m. 301/4)

Yerel mahkeme, “Devletin askeri teşkilatını alenen aşığılama” suçundan bakmakta olduğu dava kapsamında yaptığı itiraz başvurusunda, yürütmenin bir üyesine soruşturma izni yetkisi verilmesinin yargı bağımsızlığı ilkesine ve yargı güvencesine aykırı olduğunu, herhangi bir kamu görevlisine görevi nedeniyle hakaret suçları bakımından Cumhuriyet savcısına doğrudan soruşturma yetkisi verilmesine karşın aynı kamu görevlisinin içerisinde bulunduğu camiaya karşı suçun işlenmesi halinde bu suçun soruşturulmasının izne bağlanmasının çelişki doğurduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi 7.5.2009 tarihinde oy birliğiyle itirazın reddine karar vermiştir. (2009/25 E., 2009/57 K.)

3.6.2009 tarihli başka bir kararda, benzer gerekçelerle ve bu defa “Türkiye Cumhuriyeti Devletini alenen aşığılama” suçu bakımından yapılan itirazın da oy birliğiyle reddine karar verilmiştir. (2009/38 E., 2009/70 K.)

#### SONUÇ

345 maddeden oluşan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bugüne kadar 10 iptal kararına maruz kalmıştır. İptal kararlarının esastan ret kararlarına oranı yüzde 8'dir. Bu tablo, Anayasa Mahkemesi'nin, yasama organının suç ve ceza siyasetini belirleme yetkisini geniş yorumlama eğiliminin bir sonucu olarak görülebilir. Mahkeme'nin yasama fonksiyonuna yönelik mesafeli yaklaşımını yargısal aktivizmden kaçınılması adına anlamlı ve önemli bulduğumuzu belirtmeliyiz.

Ceza normlarına yönelik somut norm denetimlerinde, itirazların önemli bir kısmının açıklık ve belirlilik ilkeleri temelinde yükseldiği görülmüştür. Bu ilkeler bilindiği üzere kanunilik ilkesinin unsurları olup, bir bütün olarak hukuk güvenliği ilkesine hizmet ederler.

Hukuk güvenliği ilkesi, kanunların nitelikli olmasını gerektirmektedir<sup>33</sup>. Bir normun Anayasa'ya aykırı bulunmaması, onun nitelikli bir düzenleme olduğunu göstermeye tek başına yeterli değildir. Zira Anayasa Mahkemesi; suç ve ceza siyasetini, yasamanın bu siyaset doğrultusundaki takdirini denetleme mevkiinden genel olarak kaçınmaktadır<sup>34</sup>. Ayrıca, kanun tekniği veya sistematığe ilişkin çelişkilerin düzeltileceği yer de Anayasa Mahkemesi değildir.

Bu bağlamda, yerel mahkemelerin özellikle bazı itiraz başvurularında ileri sürdükleri görüş ve tespitler, hukuk politikalarının şekillendirilmesinde mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Hangi itirazların bu kapsamda olabileceği, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki oy dağılımından, karşı oylarda ileri sürülen görüşlerden, öğretilerdeki değerlendirmelerden ve son tahlilde kararların kamuoyundaki yansımalarından belirlenebilir. Örneğin, cinsel istismarda sarkıntılık kavramı, doğal olmayan yoldan cinsel davranışlara ilişkin müstehcenlik suçu, akranlar arası cinsel ilişki meselesi ve yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs fiilinin soruşturma evresi

<sup>33</sup> Hilal Düzenli, “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 1196.

<sup>34</sup> Düzenli, s. 1199.

bakımından suç olmaktan çıkarılması ile ilgili hükümlerin bu çerçevede yeniden ele alınması gerektiği kanısındayız.

Öte yandan, oy birliğiyle esastan ret kararı verilen bazı davaları takip eden süreçte ilgili hükmün -itiraz gerekçelerinde belirtilen doğrultuda- değiştirildiğine de tanık olunmuştur. Örneğin, cinsel saldırı/istismar sonucunda “beden ve ruh sağlığının bozulması” ölçütü, üvey annenin cinsel istismarı halinde nitelikli halin öngörülmemesi, uyuşturucu suçunda uygulanan tedavi ve denetimli serbestlik usulü, uzlaşmanın ikrara bağlı olması ve “kaçak elektrik” kullanmanın nitelikli hırsızlık suçu olması hakkında anayasal ölçütlerde bir sorun görülmemiş, ancak uygulamadaki sorunlar, öğretinin eleştirileri ve ceza hukukunun gerekleri çerçevesinde ilgili normlar kanun koyucu tarafından değiştirilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, “belirlilik”, başta Anayasa Mahkemesi kararları olmak üzere yargı kararları için de kritik önemde bir vasıftır. Yargı kararının bağlayıcılığı ve hüküm otoritesi her şeyden önce; o kararın açık ve anlaşılır olmasını, peşine soru işareti takmamasını, farklı tefsirlere alan açmamasını ve muhataplarına bir hukuk labirentinin içine girdiği hissini vermemesini gerektirir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında dil ve anlatım bakımından tatmin edici bir metnin ortaya konulmadığı görülmektedir. Siyasi haklardan yoksunluğa ilişkin düzenlemeyi iptal eden karar, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenle, söz konusu iptal kararına uygun biçimde ilgili maddenin yeniden yazılmasının öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkesine hizmet edeceği düşüncesindeyiz.

Anayasa Mahkemesi, hukuk boşluğunun oluşmaması için iptal kararının yürürlüğünü ertelediğinde, yasama organına düşen, iptal kararına uygun bir düzenlemeyi bir an önce çıkarmaktır. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir konuda aynı veya benzer içerikte bir yasal düzenlemede ısrar edilmemesi anayasal bir yükümlülüktür<sup>35</sup>. Bu çalışma özelinde baktığımızda, cinsel istismara ilişkin iptal kararlarında belirtilen gerekçeler karşısında kanun koyucunun bu yükümlülüğe uygun davrandığını söyleyebilmek güçtür. Yine, iftira ve yalan tanıklığa ilişkin iptal kararları sonrası herhangi bir düzenleme yapma ihtiyacının hissedilmemesi de iptal kararlarında vurgulanan ceza adaleti ölçütünü boşlukta bırakmaktadır.

Hukuk devletinde ceza normu; ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları gibi ölçütlerle belirlenen hukuk politikasına göre yapılırken, Anayasa'nın çizdiği çerçeve her defasında göz önünde bulundurulmalıdır. Hak ve özgürlüklere en ağır müdahale biçimi ceza yaptırımıdır. O halde Anayasa Mahkemesi'nin ceza normuna ilişkin denetimi ve bu kararlarda söyledikleri, anayasal bir devlette hak ve özgürlüklerin bugünü ve yarınları için hayati öneme sahiptir.

<sup>35</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 05.12.2001 tarih ve E:2001/24, K:2001/356 sayılı kararı.

**KAYNAKÇA**

Aktaş, Batuhan, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 3, Ağustos 2020.

Bacaksız, Pınar, “Anayasa Mahkemesi’nin 27.05.2015 Tarih ve E: 2014/36 - K: 2015/51 Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015.

Boğa, Bekir, “Türk Ceza Kanununun Siyasi Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2018.

Çetin, Soner Hamza, “Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m.191)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016.

Donay, Süheyl, “Anayasa Mahkemesi’nin TCK’nın 297/2. Maddesini İptal Eden Kararı Üzerinde Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 86, Sayı: 2, Mart 2012.

Düzenli, Hilal, “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 1196.

Evik, Ali Hakan, “Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Haziran 2020.

Işık, Göksu, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2017.

İşten, İnanç, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017.

İtişgen, Rezzan, “Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 111, Mart 2014.

Kanbur, Mehmet Nihat, “18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014.

Kartal, Pınar Memiş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016.

Koçak, Faruk, “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019.

Özbek, Mustafa, “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usûl ve Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, Sayı: 4, 2007.

Özbudak, Coşkun, “Anayasa Mahkemesi: Resmi Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 121, Kasım 2015.

Özgenç, İzzet, "Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Sayı: 4, 2020.

Özmen, Remzi, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Yasal Evrimi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 126, Şubat 2017.

Sevük, Handan Yokuş, "6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.

Sönmez, Ahmet Selçuk, Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu, Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi, Konya 2015.

Şen, Ersan, "TCK. m.53'ün İptali Tartışması", [www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1677477-tck-m53un-iptali-tartismasi](http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1677477-tck-m53un-iptali-tartismasi)

Taner, Fahri Gökçen, "Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 124, Mayıs 2016.

Taneri, Gökhan, "İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019.

Anayasa Mahkemesi kararları: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>