



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Yıl: 2020 / Sayı: 2

Prof. Dr. H. Dilek Yılmazcan'a
Armağan



T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ

“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

Hukuk Fakültesi Dergisi

Sahibi / Owner _____

Maltepe Üniversitesi Adına Rektör
Prof. Dr. Şahin KARASAR

Editör / Editor _____

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ
Doç. Dr. Yıldırım SAK

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Director _____

Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Kapak ve Sayfa Tasarımı / Cover and Layout Design _____

Emre KIZMAZ

Yazışma Adresi / Editorial Office _____

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Marmara Eğitim Köyü 34857
Başbüyük Maltepe / İSTANBUL
Tel: 0216 626 10 50 / 2304
Faks: 0216 626 11 29

Yayıncı / Publisher _____

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN 1303-5630

e-ISSN 2687-2633

Basım Tarihi ve Yeri / Date and Place of Publishing _____

Eylül 2021

Vadi Grafik Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan ve yayımlandığı tarihten (2002) itibaren hakemli dergidir.

Yayın Kurulu / Board of Editors

Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yıldırım SAK, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bahadır APAYDIN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İ. Serdar KOYUNCU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Abdulhamid ONUŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Damla TİMUR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Betül ULUSOY, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Mehmet AKAD, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cemal Bali AKAL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ziya AKINCI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Vehbi Selim ATAERGİN, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Rona AYBAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. İlias BANTEKAS, Katar
Prof. Dr. Nur CENTEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Osman DOĞRU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Cem EROĞUL, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Malcolm D. EVANS, Birleşik Krallık
Prof. Dr. Öner EYRENCİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Ayferi GÖZE, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Alper GÜMÜŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pelin GÜVEN, Kocaeli/Türkiye
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap HELVACI, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Rayegan KENDER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Merih Kemal OMAÇ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, İstanbul/Türkiye

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, İzmir/Türkiye
Prof. Dr. Nihal SABAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Pervin SOMER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Oktay UYGUN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Samim ÜNAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yener ÜNVER, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Prof. Dr. Hamide ZAFER, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. İsa DÖNER, Kocaeli/Türkiye
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Sevtap METİN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Yıldırım SAK, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Ahmet YAYLA, İstanbul/Türkiye
Doç. Dr. Canan YILMAZ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, İstanbul/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN, Tekirdağ/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Rana İZCİ CONNELLY, Birleşik Krallık
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, İstanbul/Türkiye
Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY, Ankara/Türkiye
Dr. A. Bumin DOĞRUSÖZ, İstanbul/Türkiye
Dr. Akasya KANSU KARADAĞ, İstanbul/Türkiye

Derginin Amacı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli ve bilimsel bir dergidir. Derginin amacı, hukukun çeşitli alanlarına ilişkin özgün ve nitelikli akademik çalışmaların uluslararası yayıncılık ilkeleri ışığında yayımlanmasıyla gerek ulusal gerekse uluslararası literatüre katkı sağlamak, hukuk bilimine hizmet etmektir.

Derginin Kapsamı

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, amacına uygun olarak bilimsel nitelikteki çalışmaları yayımlamaktadır. Bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak akademisyenler, hukuk uygulayıcıları ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan bilimsel makaleler, karar incelemeleri, çeviriler vb. yayınlar hakem denetiminden geçirilerek Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaktadır.

MALTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergidir.
2. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009 yılından itibaren TÜBİTAK – ULAKBİM tarafından taranmaktadır.
3. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
4. Dergi'nin yazı dili Türkçe'dir. Bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir. Dergi'ye gönderilen yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, en az 150, en çok 200 kelimededen oluşan Türkçe ve İngilizce özetinin ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ve çalışma sahibinin izni ile birlikte gönderilmesi gerekir.
6. Çalışmalar, Yayın Kurulu'na bir nüsha çıktı ile birlikte CD'ye kaydedilerek veya hukukdergi@maltepe.edu.tr adresine elektronik ileti şeklinde gönderilmelidir. Çalışma sahibine ait iletişim bilgileri (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, telefon numarası, ORCID ID), çalışmanın son sayfasına eklenmelidir.
7. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen çalışmaların son kontrollerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle çalışmasını basıma verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının fazlalığı, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk incelemesi yapılan çalışmalar, değerlendirilmek üzere, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden yazarın unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme gönderilir. Hakemin “gözden geçirilmesi gerekmektedir” şeklinde değerlendirdiği çalışmaların Dergi'de yayımlanabilmesi için, yazarın hakem raporunda belirtilen değişiklikleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi Yayın Kurulu'na vermesi gerekmektedir. Bu halde, düzeltilmiş çalışmalar tekrar hakem denetiminden geçirilecektir.
9. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen çalışmaların yayımlanması uygun görüldüğü takdirde tüm yayın hakları Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne aittir. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. Yayımlanan çalışmalardan alıntı yapılması halinde kaynak gösterilmesi zorunludur. Çalışmanın tamamının kullanılması Dergi'nin iznine bağlıdır.
10. Dergi'de yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulu'nun çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
11. Dergi'de yayımlanan çalışmalar karşılığında yazarlara herhangi bir ücret ödenmez.

12. Dergi'ye yazı gönderenler Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkelerini kabul etmiş sayılırlar.
13. Dergi'ye gönderilen çalışmaların Dergi'nin belirlediği yazım kurallarına uygun olması gerekir.
14. Dergiye gönderilen çalışmalarda kaynakçaya yer verilmesi zorunlu olup, kaynakça Dergi Yazım Kurallarına uygun olarak düzenlenmelidir.
15. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergelerini esas almıştır.

Yazım Kuralları:

1. Yazı, word formatında, 1.5 satır aralığında, ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, öz gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünde ve Times (New Roman) karakterinde yazılmalıdır.
2. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. İzleyen başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir: Tüm başlıklar 12 punto olarak yazılmalıdır. Birinci derece başlıklar BÜYÜK HARF ile yazılmalı ve roma rakamı sırası ile (I., II., III., ...) numaralandırılmalıdır. İkinci, Üçüncü ve Dördüncü alt başlıklarda kelimelerin ilk harfi BÜYÜK HARFLE, devamı küçük harflerle yazılmalıdır. İkinci derece alt başlıklar alfabetik sıra içinde BÜYÜK HARF ile (A., B., C., ...) numaralandırılmalıdır. Üçüncü alt bölüm başlıkları sayma sayıları ile (1., 2., 3., ...), dördüncü alt bölüm başlıkları ise alfabetik sıra içinde küçük harf kullanılarak (a., b., c., ...) numaralandırılmalıdır. Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalıdır.

Yollamalar, Dipnot ve Kaynakça:

1. Yazar dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez.
2. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların metin içindeki yollamalarda yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

a) Tek yazarlı kitap:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 15.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 124.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 100.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 48.

f) Kurum Yayımları:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makale:

*** Dergide yer alan makale:**

Cem Akbıyık, *‘Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi’*, T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2012/1,Yıl: 2012, İstanbul, s. 214.

*** Armağanda yer alan makale:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, *‘İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?’*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul, 2000, s. 510.

h) İnternet kaynağı:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (erişim tarihi 22.11.2011), s. 6.

i) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, s. 123.

j) Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için:

Yazarın Soyadı/Kurum Adı, (Aynı yazara ait birden fazla ise) Eser adı, sayfa numarası.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, s. 45.

TÜSİAD, s. 56.

3. Kullanılan kaynaklar “Kaynakça” başlığı altında gösterilerek, aşağıdaki örneğe uygun şekilde düzenlenmeli ve alfabetik olarak sıralanmalıdır.

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

MALTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW PUBLICATION PRINCIPLES

1. Maltepe University Faculty of Law Review is a peer-reviewed and semi annually published journal since 2002.
2. Maltepe University Faculty of Law Review is recognized as a national journal in the National Law Database of TÜBİTAK – ULAKBİLİM since 2009.
3. All scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere.
4. The Review publishes articles written in Turkish or in foreign languages. In any language articles should contain Turkish and English titles, an abstract of 150-200 words and 5 keywords, both in Turkish and English.
5. Translations should be sent together with the original text and the permission of the author.
6. Articles are submitted to the Editorial Board either by a printed copy together with a copy saved on a CD or via e-mail to hukukdergi@maltepe.edu.tr. The author should indicate contact information (name, title, institution, address, e-mail address, telephone number, ORCID ID) on the last page of the article.
7. Author takes responsibility in submitting the article after having corrected all typing and grammatical errors. Editorial Board accepts the submitted article as a final text to be published. Editorial Board reserves the right to decline articles that have excessive typing and grammatical errors or that are incompatible with the academic writing criteria.
8. After being subject to a preliminary examination by the Editorial Board, articles are sent to the referee for an evaluation. In order to be published, articles that are evaluated as “should be revised” should be revised in accordance with the suggestions proposed in the Evaluation Report. Revised articles are sent to the referee for a re-evaluation.
9. Maltepe University Faculty of Law Review holds all publication rights of the articles that are approved by the Editorial Board. Authors consent to the on-line publishing of their articles. Any other publications using some parts of articles published in the Review as quotations should refer to the Review. Full text of the articles cannot be used without a permission from the Review.
10. The responsibility of the published articles belongs to the authors. All opinions in the articles cannot be attributed to the Maltepe University Faculty of Law Review.
11. Authors are not entitled to any payment for the published articles.
12. Having submitted their articles, authors accept the publication principles of the Review.
13. All articles should comply with the Writing Rules/ References and Footnotes of the Review.
14. All articles should contain a bibliography which complies with the Writing Rules/ References and Footnotes.
15. Maltepe University Faculty of Law Review is based on the directive of the “Publication Ethics Committee” (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) on ethical principles and rules.

Writing Rules:

1. Text should be written in Word format, Times New Roman character with 1,5 line spacing and 12 point size in the main section, in other sections (footnotes, abstract etc.) it should be written in 10 point size.
2. Introduction and conclusion of the Text should not be given a title number. The headings should comply with the numbering system as follows: All titles should be written in 12 point size. First titles should be written in all UPPERCASE letters and should be numbered in Roman numerals (I., II., III., ...). In the second, third and fourth degree subtitles, the first letter of each word should be in UPPERCASE letters, others should be written in lowercase letters. Second degree subtitles should be numbered in alphabetical order with UPPERCASE letters (A., B., C., ...). The third sub-section headings should be numbered with counting numbers (1., 2., 3., ...) and the fourth sub-section headings with lowercase letters in alphabetical order (a., b., c., ...). All titles should be written in bold characters.

References, Footnotes and Bibliography:

1. All references should be shown in footnotes.
2. In order to maintain a textual integrity within the Review, authors should apply the below-mentioned citation methods.

a) Books with single author:

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 15.

b) Translated books:

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Trans. E. Kuşdil), 2th Edition, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, p. 25.

c) Books with two authors:

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Extended 9th Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, p. 124.

d) Books with three or more authors:

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 100.

e) Master or Doctorate Thesis:

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, p. 48.

f) Other Publications:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, p. 58.

g) Articles:

*** Journal Articles:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2012/1, 2012, İstanbul, p. 214.

*** Articles in Memoriams:**

Necip Kocayusufoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, p. 510.

h) Electronic Resources:

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (access date 22.11.2011), p. 6.

i) Edited Work:

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (ed.) *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, p. 123.

j) To make a second reference to the same resource:

Author's Surname/Name of the institution, (If cited more than one) Name of the work, page number.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, p. 45.

TÜSİAD, p. 56.

3. Resources used in the article should be listed in alphabetical order under the title "Bibliography" and should be as follows:

KAYAR, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

içindekiler / Content

>> Sunuş / Introduction

327 Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

>> Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı ve Eserleri

331 Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı

332 Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Eserleri

>> Kamu Hukuku / Public Law

341 Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu

The Issue of Binding Effect of Reasoning of the Constitutional Court Judgments

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

383 İşgal Altındaki Filistin Topraklarında (Ülkesinde) Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

Doç. Dr. Yıldırım SAK (Çev.)

447 Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması

Digital Services Tax Practice and Turkey

Arş. Gör. Özge MUTLU KAYA

479 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı

The Right to Property in Accordance with the Individual Application Decisions of Turkish Constitutional Court

Cansu DAĞ BEREKET

507 Suyun Bir İnsan Hakkı Olarak Değerlendirilmesi

Evaluation of Water as a Human Right

Arş. Gör. Ceren YOZGAT

547 Bir Kamu Hizmeti ya da Kamu Hizmetlerinin Tamamlayıcısı Olarak İdarenin Kamuoyunu Bilgilendirme Yükümlülüğü

Obligation of Administration to Inform the Public as a Public Service or as a Complement of a Public Services

Arş. Gör. Fatih İNAN

573 Temel Norm Üzerine

On the Basic Norm

Hans KELSEN - Arş. Gör. Hüseyin DENGİZ (Çev.)

579 Beyin-Makine Arayüzü Teknolojisi ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorular

Brain-Machine Interfaces and New Legal Challenges for Privacy

Av. Dr. **Başak OZAN ÖZPARLAK** - Av. **Sabire Sanem YILMAZ**

619 Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Değer Bıçme Yöntemi ve Zamanı

Time and Method of the Valuation in the Liquidation of the Regime of Participation in Acquired Property

Arş. Gör. **Abdulhamid ONUŞ**

653 Milletlerarası Ticarete Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği

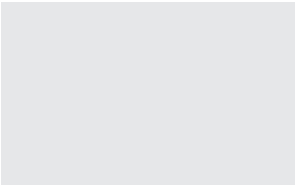
Feasability of Smart Contracts in International Trade

Arş. Gör. **Habil Arda KEL**

671 Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi

Cervical Evacuation Regarding Woman's Benefit

Av. **Helin Rojda İLALDI**



Sunuş

Introduction

Prof. Dr. Hanife Dilek Yılmazcan Hoca'mıza

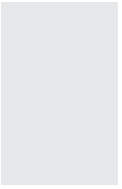
Değerli meslektaşım Prof. Dr. Hanife Dilek Yılmazcan'a Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak sevgi ve saygımızın göstergesi olan "Armağan" yayımlamanın mutluluğunu yaşıyoruz.

1987-2006 yıllarında Marmara Üniversitesi Maliye Bölüm Başkanı; 2005-2006 yıllarında Kırgızistan-Türkiye Manas Üniversitesinde İ.İ.B.F. Maliye Bölüm Başkanı; 2007 yılından itibaren de, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde -Kamu Hukuku Bölümü- Mali Hukuk Anabilim Dalı Başkanı; 2012-2013 yıllarında Kamu Hukuku Bölüm Başkanı ve Fakültemizde Dekanlık; 2008-2013 yıllarında Erasmus Koordinatörü olarak görevlerde bulunmuş; çok sayıda ödülleri, ulusal ve uluslar arası kitap ve makaleleri bulunan, uluslar arası birçok projede görev almış olan Prof. Dr. Yılmazcan, kıymetli bir bilim insanıdır.

Prof. Dr. Yılmazcan; bütün çalışmalarında titizlik göstermiş ve meslek etiği ilkelerine bağlı kalmıştır.

Diğer fakültelere olduğu gibi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesine de büyük katkıları olan ve halen bilimsel çalışmalarını sürdüren Prof. Dr. Yılmazcan'ın anısına yayımladığımız bu "Armağan"ın hukuk camiasına faydalı olmasını diliyor, Hocamızı bu vesile ile sevgi ve saygıyla anıyoruz.

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ
Dekan



Prof. Dr. H. Dilek Yılmazcan'ın
Hayatı ve Eserleri

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Hayatı

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN 25 Nisan 1953 tarihinde Çorum'un İskilip ilçesinde dünyaya geldi. İlkokul ve liseyi İskilip'te tamamladıktan sonra Marmara Üniversitesi İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nde İktisat eğitimine başladı. Eğitimini 1975 yılında birincilik derecesiyle tamamladı. Ardından İsviçre'de Neuchâtel Üniversitesi'nde Fransızca dil eğitimi gördü. Yurda döndükten sonra, Boğaziçi Üniversitesi'nde İktisat alanında yüksek lisans yaptı ve 1980 yılında "Externalities" başlıklı tezini sunarak mezun oldu.

Marmara Üniversitesi'nde Maliye Teorisi alanında doktora eğitimine başladı ve Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL'in asistanlığını üstlendi. 1986 yılında "Hazine Yönetimi" başlıklı doktora teziyle doktor unvanını aldı. Prof. Dr. Halil NADAROĞLU'nun başkanlığı döneminde Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye bölümünde Bütçe ve Mali Planlama anabilim dalı başkanı olarak yardımcı doçent unvanıyla çalışmaya başladı. Aynı üniversitede 1993 yılında doçent ve 1999 yılında profesör oldu.

1992-1997 yılları arasında Uluslararası Kamu Maliyesi Enstitüsü (IIPF - International Institute of Public Finance) üyesi olarak pek çok uluslararası bilimsel etkinliğe katıldı. 1997-1998 yılları arasında Türkiye Barbaros Lions Kulübü'ne başkanlık yaptı ve yönetim çevresinde uluslararası düzeyde birincilik elde etti, mükemmellik ödülü aldı. 2001 yılından itibaren Dünya Bankası'na bağlı Uluslararası Şeffaflık Derneği'nin Türkiye bölümünde (o zamanki adıyla Toplumsal Saydamlık Hareketi Derneği) başkan yardımcılığını üstlendi ve pek çok organizasyonda görev aldı. 2005 yılında Kırgızistan Manas Üniversitesi'nde Maliye bölüm başkanı olarak görevlendirildi ve dersler verdi. İstanbul Yüksek Ticaret ve Marmara Üniversitesi İİBF Mezunlar Derneği'nde ve İSTİVAK'ta yönetim kurulu üyeliği yaptı. ÇEKVA Çorum Eğitim ve Kültür Vakfı'nda aldığı görevi sürdürmektedir.

1972 yılında girdiği Marmara Üniversitesi'nden, tam 34 yıl sonra, 2006 yılında emekli oldu. 2007 yılında, 1999 yılından itibaren dersler verdiği Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kadrosuna katıldı. Vergi hukuku, mali hukuk, hukukçular için iktisat, Türk vergi sistemi, vergi politikası, bütçe hukuku gibi konularda çok sayıda ders verdi. Ulusal ve uluslararası düzeyde eserler yayımladı, tebliğler sundu, sayısız toplantıya başkanlık etti. 2012-2013 eğitim döneminde dekan vekili olarak görev yaptı. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Mali Hukuk anabilim dalı başkanı olarak görevine ve çalışmalarına devam etmektedir.

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın Eserleri

A. Kitaplar

1. H. Dilek Yılmazcan ve Murat Çiftçi, *Refah Devletinin Kurumsallaşma Süreci ve Ülke Grupları İtibarıyla İncelemeler*, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2002.
2. H. Dilek Yılmazcan, Yunus Kışalı ve Sadi Işıklılar, *Enflasyon Muhasebesi: Yöntemler ve Standartlar*, Türkmen Kitabevi, 2002.
3. H. Dilek Yılmazcan, *Avrupa Topluluğu Bütçe Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1999.
4. H. Dilek Yılmazcan, *Arz Yönlü İktisat ve Vergi Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1992.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Uluslararası Maliye Ders Notları*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1992.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Transfer Ödenekleri Politikası*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1991.
7. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'nin Dış Borçları ve Yönetimi (1970-1991 Dönemi)*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1991.

B. Kitap Bölümleri

1. H. Dilek Yılmazcan (katkıda bulunanlar arasında), *Covid-19 Salgınının Vergi Hukuku Alanındaki Etkileri*, Türkiye Bilimler Akademisi Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayını, 2020.
2. H. Dilek Yılmazcan ve Cansu Dağ, *Mali Düzenlemelerin Enerji Alanına Etkileri*, Güncel Maliye Tartışmaları - Prof. Dr. Ömer Faruk Batirel'e Armağan (Editörler: Ayşe Güner, Gülay Akgül Yılmaz ve A. Bumin Doğrusöz), Seçkin Yayınları, 2019.
3. H. Dilek Yılmazcan (Çeviri), *Türkiye'deki Vergilendirme Hakkında Majestelerinin Büyükelçilik Sekreteri Mr. Barron'un Raporu*, Osmanlı Maliyesi Hakkında İngiliz Raporları, (Derleyen: Nezh Varcan), Maliye Bakanlığı Yayını, 2000.

C. Makaleler

1. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Katma Değer Vergisi Uygulaması ve Avrupa Birliği ile Dolaylı Vergilerin Uyumlaştırılması*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2008.
2. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Mali Saydamlık*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2005.

3. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Kesiminde Yolsuzlukla Mücadele*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 127, 1999.
4. H. Dilek Yılmazcan, *Eğitime Katkı Payları ve Son Düzenlemeler*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 76, 1999.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Yolcu Beraberi Eşya İstisnasının Kişisel Tüketim İçin Alınan Mal ile Sınırlı Olduğu*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 75, 1999.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Emekli ve Yardım Sandıkları ile Sigorta Şirketlerince Yapılan Ödemeler*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 74, 1999.
7. H. Dilek Yılmazcan, *1990-1995 Yıllarında Dünya'da Askeri Harcamaların Eğilimi*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 12, 1999.
8. H. Dilek Yılmazcan, *Kara Para Aklama ve Uluslararası Mali Sistem*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 9, 1998.
9. H. Dilek Yılmazcan, *Yabancı Ülkelerin Türkiye'de Bulunan Konsoloslukları ve Diplomatlarla Yapılan Satışlarda K.D.V. İstisnası*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 65, 1998.
10. H. Dilek Yılmazcan, *Sanayileşmiş Ülkelerde Devletin Büyümesi, Kamu Açıkları ve Devlet Borçlanması*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 109, 1997.
11. H. Dilek Yılmazcan, *Okul, Dershane ve Kurslardaki Eğitim ve Öğretimde K.D.V.*, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 51, 1997.
12. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de ve Dünyada Servetin Vergilendirilmesi*, Marmara'nın Sesi Dergisi, Aralık 1995.
13. H. Dilek Yılmazcan, *Optimal Vergileme*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: I-II, 1992.
14. H. Dilek Yılmazcan, *Debt Management*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Prof. Dr. Mübeccel Kıray'a Armağan, Sayı: I-II, 1990.
15. H. Dilek Yılmazcan, *A View on Air Pollution and Energy*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: I-II, 1984.

D. Tebliğler

1. H. Dilek Yılmazcan ve Hasan Basri Çifci, *Yolsuzluk ve Makroekonomi Üzerindeki Etkileri*, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 2-4 Eylül 2020, İstanbul, Türkiye.
2. H. Dilek Yılmazcan ve Hüseyin Çakmak, *İklim Değişikliğinin Önlenmesinde Mali/İktisadi Araç Olarak: Karbon Emisyon Vergisi mi? Karbon Emisyon Ticareti mi?*, Uluslararası İşletme ve Pazarlama Kongresi, 29 Kasım-1 Aralık 2019, İstanbul, Türkiye.
3. H. Dilek Yılmazcan ve Cansu Dağ, *Financial Regulations in the Field of Energy Policies*, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 10-20 Haziran 2019, Taşkent, Özbekistan.

4. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Maliyesi Hukukunda Anayasal Beklentiler*, Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyumu, 1 Haziran 2012, İstanbul, Türkiye.
5. H. Dilek Yılmazcan, *Improving the Expenditure Management System*, Dünya Bankası ve Kore Kalkınma Enstitüsü Ortak Konferansı, 7 Aralık 2005, Seul, Güney Kore.
6. H. Dilek Yılmazcan, *Fiscal Transparency in Turkey, Fiscal Management Reform*, 6-8 Haziran 2005, İstanbul, Türkiye.
7. H. Dilek Yılmazcan, *Kamu Kesiminin Mali Disiplininin Bugünkü Durumu*, Türkiye VII. Vergi Kongresi, 16-17 Nisan 2004, İstanbul, Türkiye.
8. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Dış Borç Yönetiminin Koordinasyonu ve Yabancı Ülke Uygulamaları*, XVIII. Uluslararası Maliye Sempozyumu, 12-16 Mayıs 2003, Girne, Kıbrıs.
9. H. Dilek Yılmazcan, *Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları*, XIII. Uluslararası Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 2000, İstanbul, Türkiye.
10. H. Dilek Yılmazcan, *Vergilendirmede Devlet Vatandaş Uzlaşması*, Türkiye IV. Vergi Kongresi, 8-9 Mayıs 1998, İstanbul, Türkiye.
11. H. Dilek Yılmazcan, *Türkiye'de Mali Reform*, Maliye Bakanlığı Gelir Kontrolörleri Paneli, Mayıs 1996, Türkiye.

E. Diğer Eserler

1. H. Dilek Yılmazcan, *Vergi Ödeyen Vatandaşların Kamu Harcamaları Üzerindeki Hak ve Sorumlulukları*, Frederich Ebert Vakfı Yayını, 2000.
2. H. Dilek Yılmazcan, *Uygulanan Tasarruf Genelgelerinin Getirdikleri ve Göttürdükleri*, Frederich Ebert Vakfı Yayını, 2000.

F. Projeler

1. *Uluslararası Yerel Yönetimler Eğitim Programı*, Bişkek Belediyesi, TİKA ve Kırgızistan Cumhuriyeti Yerel Yönetim Ulusal Ajansı ortak projesi, 2006.
2. *Theoretical Structure of the Modular Training Program on Treasury, Debt and Risk Management*, Dünya Bankası, Hazine Müsteşarlığı ve Marmara Üniversitesi ortak projesi, Program Koordinatörlüğü, 1999.
3. *Principles and Techniques of Fund Raising*, Indiana Üniversitesi Filantropi Merkezi, 1997.



Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nden birincilikle mezun olduğu yıl, 1975.



Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN (sağdan üçüncü sırada) asistanken, Prof. Dr. Fehim ÜÇİŞİK ve Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK'in nişan töreninde İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nin akademik kadrosu ile birlikte.



1989. Avrupa Birliği Bütçe Brifinginde, Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN soldan ikinci sırada.



1993. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN doçentlik unvanını aldığında kutlama yemeğinde, hocaların hocası Prof. Dr. Halil NADAROĞLU, eski YÖK Başkanı Prof. Dr. Mehmet SAĞLAM, Marmara Üniversitesi eski rektörü Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL ve Prof. Dr. Turgay BERKSOY ile birlikte.



1993. Berlin IIPF Kongresi'nde Prof. Dr. Bedi Necmettin FEYZİOĞLU ve IMF Mali İşler Başkanı Prof. Dr. Vito TANZI ile birlikte.



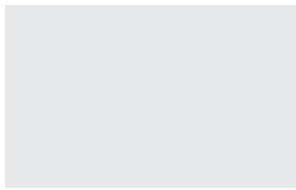
1998. XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ ve Prof. Dr. Bedi Necmettin FEYZİOĞLU ile birlikte.



2001. Günüşığında Kamu Yönetimi Sempozyumu'nda Prof. Dr. İl Han ÖZAY ile birlikte.



2013. Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN'ın dekan vekili olarak Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde organize ettiği Uluslararası Vergi Hukuku Sempozyumu'na İspanya ve Japonya'dan katılan konuklarla ve Prof. Dr. Ömer Faruk BATIREL ile birlikte.



Kamu Hukuku

Public Law

Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu

The Issue of Binding Effect of Reasoning of the Constitutional Court Judgments

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ^(*)

Öz:

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarının gerekçelerinin de hüküm kısmı gibi bağlayıcı olup olmadığı konusunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. AYM kendi kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir. Ancak AYM'ye bireysel başvurunun kabul edilmesi nedeniyle, bu başvuru üzerine verilen kararların gerekçelerinin bağlayıcı olup olmayacağı konusunda farklı değerlendirme yapılmaması gerektiği önemli bir husustur. AYM karar gerekçelerinin bağlayıcılığının kabul edilmesinin sakıncaları üzerinde durulmakla beraber, içtihatların değiştirilmesinin mümkün olması nedeniyle, düşünüldüğü kadar sakınca olmadığını kabul etmek gerekir. Kararın hüküm kısmı ile gerekçesinin birbirinden her durumda ayrılması söz konusu olmadığı gibi, hüküm kısmı ile gerekçenin birlikte yayımlanmasına ilişkin açık düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, bağlayıcılık bakımından, doğrudan hükmü etkileyen gerekçenin bağlayıcılığının kabul edilmemesinin izahı zor olacaktır. Ancak gerekçede yer alan her cümlenin, sözcüğün bağlayıcılığının kabulü de, hukuku durağanlaştırabilir. Ayrıca AYM kararında birden çok gerekçe olduğu ve bunlardan hangisinin bağlayıcı olacağı yönünde tereddütler bulunmakla beraber; çoğunluk görüşünün bağlayıcı olduğu gözetildiğinde, hüküm gibi gerekçenin de çoğunluk gerekçesinde yer alan görüşün bağlayıcılığı kabul edilecektir. Bu konuda da önemli bir tereddüt olmadığı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Anayasa Mahkemesi, Hüküm, Gerekçe, Bağlayıcılık, İptal Kararı.

Abstract:

There are two separate opinions in the doctrine regarding whether the reasonings of the Constitutional Court's (TCC) judgments are binding as well as the operative part of the judgment. The TCC postulates that the reasoning of their judgments are also binding. However, since individual applications to the TCC are accepted, it is important not to

^(*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3409-3781>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 18.05.2021.

Makale Kabul Tarihi: 09.07.2021.

evaluate the binding effect of reasonings of judgments regarding these applications differently. Although disadvantages of accepting TCC's judgments' reasonings as binding are discoursed, since legal precedents are able to be altered, it shall be accepted that there are not as much disadvantages as considered. In the meaning of bindingness, it would be hard to explain not to accept the binding effect of the reasonings which directly effects the judgment, as the operative part and reasoning in judgments are not separable in every case and express regulations towards publishing the operative part of the judgment and reasonings together are considered. However, acceptance of a justification's every word and sentence as binding may render law obsolete. Moreover, although there are several reasonings of a TCC judgment and there are doubts regarding which one will be binding; taking into account that the majority opinion is binding, majority's reasonings shall be accepted as binding as the judgment. It is considered that there is not a significant hesitation in this regard.

Keywords:

The Constitutional Court, Operative Part of the Judgment, Reasoning, Binding Effect, Annulment Judgment.

GİRİŞ

Öğretide AYM kararlarının gerekçesinin bağlayıcı olup olmadığı konusunda farklı görüş bulunmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, kendi karar gerekçesinin bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada konuyu, önce AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığına ilişkin yaklaşımı; sonra bağlayıcı olduğuna ilişkin görüşleri ve sonunda konuyla ilgili olarak kendi görüşümü gerekçeleriyle birlikte sunacağım.

Konuyla ilgili tartışmalar daha çok iptal kararlarının gerekçeleri üzerinden tartışılmış olmakla beraber, aslında AYM'nin tüm kararları yönünden, özellikle bireysel başvuru kararları ve bu kararlarda yer alan gerekçelerin de bağlayıcı olup olmayacağı konusunda değerlendirme yapılması gerekir.

Mahkeme kararları hüküm ve gerekçeden oluşmaktadır. Öğretideki yaklaşımlara göre hüküm, “her hükümde maddi veya hukuki mesele, gerekçe ve sonuç olmak üzere üç unsur vardır”.¹ Hüküm fıkrasının mahkûmiyet halinde, sanığa verilen sonuç cezayı ifade eder.² Gerekçeli kararın hüküm fıkrasına “uydurulması” gerektiğine işaret edilmektedir.³

Öğretideki gerekçe konusunda şu açıklamalar yapılmaktadır. Buna göre gerekçe, “mahkemenin yargılama boyunca yaptığı bütün incelemeleri ve hukuki de-

¹ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 752.

² Yenisey / Nuhoğlu, s. 754.

³ Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2016, s. 776.

ğerlendirmelerini bu kısımda açıklar. (...) Mahkeme gerekçede verdiği kararı hukuki ve maddi açıdan somutlaştırmalıdır”;⁴ “sonucun mantık yönünden dayanağıdır; yani kişiyi o sonuca götüren nedenidir. Başka bir anlatımla gerekçe, hükmün akla ve mantığa uygun biçimde açıklanmasıdır”;⁵ “bir kelime ile hükmün isabetli olarak verilmesini sağlar, hükmün verenin kendisini denetleyebilmesi bu sayede olur”.⁶ Gerekçesiz kararın adil yargılana hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir.⁷

Müller kararda gerekçe üzerinde dururken, “*Hukuk normunun karar normuna ve hukuken henüz karara bağlanmamış olayın karara bağlanmış hukuki bir olaya doğru somutlaştırılması, her ilişkinin nesnel uyumunu kanıtlamayı, resmen ilan etmeyi ve gerekçelendirmeyi gerekli kılar*” demektedir.⁸

AYM’nin gerekçeli karar hakkı konusunda çok sayıda içtihadı bulunmaktadır. Örneğin, “davanın esasına etki eden iddiaların değerlendirilmemesinin gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği”;⁹ “davanın sonucuna etkili delillerin değerlendirilmemesinin gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği”;¹⁰ “kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olan ve dosyaya sunulan” belgelerin dikkate alınmaması,¹¹ dava mahkemesince ileri sürülen bir iddianın temyiz mahkemesince de dikkate alınmaması hususları,¹² gerekçesizlik olarak kabul edilmiştir.

AYM, ilk derece mahkemesinin başvuru konusu eylemi somut olayla ilgisi olmayan bir madde kapsamında değerlendirmesinin gerekçeli karar hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹³ Görüldüğü gibi, kimi zaman, gerekçedeki açıklamalarla hüküm fıkrası birbiriyle uyuşmayabilir. Böyle bir durumda gerekçenin dikkate alınmaması düşünülemez.

AYM, gerekçeli karar hakkının ihlal edilmesini yeniden yargılama nedeni kabul etmektedir.¹⁴ Bu kararlar çoğaltılabilir.¹⁵

⁴ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 680-681.

⁵ Centel / Zafer, s. 773.

⁶ Yenisey / Nuhoglu, s. 755.

⁷ Centel / Zafer, s. 777.

⁸ Friedrich Müller, *Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri*, (çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), 1. Baskı, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 30.

⁹ AYM, B. No: 2014/12158, KT: 1.2.2017.

¹⁰ AYM, B. No: 2013/1015, KT: 8.4.2015.

¹¹ AYM, B. No: 2013/3672, KT: 30.12.2014.

¹² AYM, B. No: 2013/4495, KT: 17.7.2014.

¹³ AYM, B. No: 2014/1292, KT: 10.6.2015.

¹⁴ AYM, B. No: 2014/13062, KT: 30.3.2016.

¹⁵ Kararlarla ilgili bkz. *Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar*, (Haz. Akif Yıldırım), 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak

AYM'nin gerekçeli karar hakkına aykırı davranılmasını ihlal olarak nitelendirmesi, aslında gerekçeyle hüküm arasındaki bağlantıyı göstermektedir.

AIHM kararında, Sözleşmenin 6'ncı maddesinde kararların gerekçeli olduğuna yer verilmiş olmakla beraber, bu yükümlülüğün her iddiayı ayrıntılı bir yanıt vermenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılamayacağı; ancak, “mahkemelerin ve yargı yerlerinin verdikleri kararlarda yeterince gerekçe göstermeleri gerektiğini hatırlatır” denmektedir.¹⁶

Yargıtay içtihatlarında gerekçede nelerin bulunması gerektiğine işaret edilmektedir. Yargıtay kararına göre gerekçede yer alması gereken hususlar şöyledir: “Sanık hakkında tehdit suçundan kurulan hükümde; Anayasanın 141, CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanıkları, mağdurları, Cumhuriyet Savcısını ve herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine imkan verecek biçimde olması gerekir. Yargıtay'ın gerekçelerde tutarlılık denetimini yapabilmesi için; kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ile mağdur ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin, hangi anlatımın ne gerekçeyle diğerine üstün tutulduğunun açık olarak hükmün gerekçesine yansıtılması ve mahkemece ulaşılan vicdani kanı sonucunda sanığın hangi fiillerinin suç sayıldığı açıklandıktan sonra kabul edilen bu fiillerin hukuki nitelendirilmesinin yapılması, cezada artırım ve indirim gerektiren nedenlerin kanuni bağlamda tartışılması, bu hususlara uyulmayarak gerekçesiz hüküm kurulması”.¹⁷

AYM, bireysel başvuru incelemesinde, “Başvurucunun araştırılmasını ısrarla talep ettiği konular ve İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü kurduğu hususlar dikkate alındığında başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin Derece Mahkemesi kararlarında açıklanmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” demiştir.¹⁸

Projesi, Epamat Yay., Ankara, 2017, s. 159-208; *Bireysel Başvuruda Hukuk Davalarına İlişkin Kararlar*, (Haz. Murat Azaklı), 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Epamat Yay., Ankara, 2017, s. 1145-1275.

¹⁶ AIHM, Garcia Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, KT: 21.1.1999; Osman Doğru / Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar)*, Yüksek Yargı Kurumlarının Güçlendirilmesi Projesi, 1. Baskı, 1. Cilt, Council of Europe/Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012, s. 847-849.

¹⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2014/16959, K. 2017/27090, KT: 06/12/2017. Yargıtay hemen her karar için gerekçeyi zorunlu görmektedir: “Erteleme isteminin reddi halinde mahkemelerin yasal bir gerekçe göstermeleri zorunludur” (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 1976/3-4, 1976/3, 7.6.1976, Yayın Tarihi: 11.7.1976-15643).

¹⁸ AYM, B. No: 2015/11798, KT: 25/5/2017, para. 62; R.G.: 3/8/2017, Sayı: 30143.

Bu kararında AYM gerekçeli karar hakkı konusunda şuna işaret etmektedir: “Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamakta; tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gerekli olmaktadır”.¹⁹

I. AYM KARARININ GEREKÇESİNİN BAĞLAYICI OLMADIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞ

Öğretide AYM kararlarının gerekçesinin bağlayıcı olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.²⁰ Burada gerekçenin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşlerin ortak noktaları üzerinde durularak konuyla ilgili yaklaşımlar ortaya konacaktır.

Gerekçenin, Anayasanın yorumlanmasında AYM’nin, “yorum tekeline sahip olmadığı ve kanun koyucu gibi hareket edip edemeyeceği sorunlarıyla yakından ilgili” olduğu ifade edilmektedir.²¹ Öğretideki bir yaklaşıma göre, gerekçelerin bağlayıcılığının kabul edilmesi, içinden çıkılması imkânsız birçok soruna yol açmaktadır. Bu görüşe göre ilkin; mahkemenin birçok kararı, üyelerin değişik gerekçelerle çoğunluğa katılmaları biçiminde oluşmuştur. Bu durumda hangi gerekçeye itibar olunacaktır? İkincisi, “Anayasa Mahkemesinin birçok kararının gerekçesinde uzun felsefi, sosyolojik, tarihsel, siyasal tahliller yer almıştır. Bunların tümünün bağlayıcılığını kabul etmek, devlet hayatını, hatta 153’üncü

¹⁹ AYM, B. No: 2015/11798, KT: 25.5.2017, para. 49.

²⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 412; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 927-931; Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, 1. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 120; Yusuf Şevki Hakyemez, ‘Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 365-398; Ayhan Döner, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 215-233; Yaşar Tunç, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış’, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 47, Ankara, 2010, s. 29 vd.; Ayhan Döner, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II., Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 221; Zühtü Arslan, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Yorum Tekeli Yargısal Üstünlük ve Demokrasi’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II., Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 64; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 359; Yusuf Şevki Hakyemez, ‘Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu’, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt. II, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 383 vd.; Semih Batur Kaya, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, 1. Basım, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 233 vd.; İsmail Köküsarı, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2009, s. 232, 286; Özcan Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2012, s. 180.

²¹ Özbudun, s. 412.

maddeye göre ‘gerçek kişileri’ de bağladığına göre, fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokar”²²

Gerekçenin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşte, gerekçelerin yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi göreceği şeklindeki yaklaşıma yönelik olarak da, “toplumun doğal hukuki gelişimini dondurma tehlikesi taşımakta” olduğu da ifade ediliyor.²³

Nihayet, “Diğer yargı kollarının (adli, idari ve askeri yargı) bir üst temyiz mercii olmadığına göre, gerekçelerin diğer mahkemeler bakımından bağlayıcı kabul edilmesinin anlamı ve müeyyidesi ne olacak? Görülüyor ki, tek makul çözüm, kararların ancak hüküm fıkrasının bağlayıcılığının kabul edilmesidir” denilmektedir.²⁴

Gerekçenin bağlayıcı olmadığı yönündeki bir yaklaşıma göre, mahkeme kararının bağlayıcılığı “sadece hüküm fıkrası için geçerlidir. Kararın gerekçesi için bağlayıcı değildir”²⁵ Ancak bu yaklaşımda bağlayıcılık, diğer mahkemeler ile AYM arasında ayırım yapılmaksızın, “tüm diğer mahkeme kararlarının bağlayıcılığı gibi” ifade ile ortaya konmaktadır. Ancak bu yaklaşımda, “Hukuk sistemimizde, yasama organının Anayasanın bir maddesini, Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekilde yorumlamasını emreden bir hüküm yoktur. Eğer yasama organı, Anayasanın bir maddesini başka türlü yorumluyorsa ve bu yorum doğrultusunda bir kanun çıkarmışsa, bu kanun hakkında iptal davası açılmışsa, Anayasa Mahkemesi kanunu iptal ederek yasama organının yaptığı yorumu geçersizleştirebilir. Ancak bunun dışında başka bir şey yapması mümkün değil” denmektedir.²⁶

Zaten AYM’nin yasama organının gerekçesini anayasaya uygun bulmaması, önceden verdiği kararlardaki gerekçeleriyle çelişiyorsa, yeni yasayla ilgili iptal kararı vermesi, AYM’nin önceki karar gerekçesinin bağlayıcılığının kabul edilmesi sonucunu doğurur. Bunun istisnalarından biri, AYM’nin yorum biçimini, dolayısıyla gerekçesini değiştirmesidir. AYM, önceki kararında yer alan yorumundan farklı bir yorumla çıkarılan yeni yasayı Anayasaya aykırı bulmazsa, kendi içtihadında değişiklik yapmış olacaktır.

Ancak bence, “Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” (m.153/1) ve “iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez”

²² Özbudun, s. 412.

²³ Özbudun, s. 412.

²⁴ Özbudun, s. 413.

²⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 928; Benzeri yaklaşım için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2020, s. 453.

²⁶ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 929.

şeklindeki düzenlemeler karşısında, gerekçesi yazılmayan hükmün yayımlanmasının söz konusu olmadığına, yani bağlayıcılığı başlamayacağına (infaza geçilemeyeceğine) göre, hüküm ancak gerekçesiyle birlikte kesinlik kazanabilecektir.

AYM kararının gerekçesinin değil, hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu yönündeki bir başka yaklaşıma göre, “*Anayasa mahkemesi kararları birçok bölümden oluşur ve genellikle onlarca sayfa uzunluğundadır. (...) Anayasa Mahkemesi kararlarının, tüm mahkeme kararları gibi, sadece hüküm fıkrası bağlayıcıdır*”.²⁷

Bu görüşü ileri süren Gözler’e göre, “*Anayasa mahkemesi kararının bağlayıcı olması iptal kararı ile iptal edilen kanunun hukuki geçerliliğini yitirmesi demektir*”.²⁸ Yazar bu sonuca, Anayasanın 153’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, “iptal kararlarının Resmi gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar” düzenlemesine dayandırmaktadır. Yazara göre, “Adeta, doktrinin bir kısmına ve Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa mahkemesi kararları, yasama organına verilmiş emir ve talimatlardır. Yasama organı bu emir ve talimatlarla bağlıdır. Onların doğrultusunda hareket etmelidir. Kanımızca böyle bir bağlayıcılık anlayışı yanlıştır”.²⁹

Gözler’e göre, “*Anayasa Mahkemesi kararının bizzat Anayasa Mahkemesi için bağlayıcılığı da yine, Anayasa Mahkemesi kararının, gerekçesi için değil, hüküm fıkrası içindir*”.³⁰

AYM kararının bağlayıcılığının, bu mahkemenin kendisini de bağlayıp bağlamayacağı tartışma yaratabilir. Kural olarak AYM kararının mahkemenin kendisi için de bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir.³¹ Çünkü, Anayasanın 153/son maddesindeki düzenlemede AYM’nin kararının kendisini bağlamayacağı konusunda bir ayırım yapılmamaktadır. Ancak AYM kendi kararını değiştirebilir. Konuya buradan yaklaşıldığında, AYM kararının kendisini bağlayıcılığı, kararın içtihat değişikliği ile değiştirilmemesi kaydıyla şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü mahkemeler içtihatlarını değiştirebilirler.³²

²⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 929-930.

²⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 926.

²⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 926.

³⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 931.

³¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 931.

³² Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 932’de, “*Eğer Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi de bağlayıcı ise, bu gerekçe sadece yasama, yürütme organları ve diğer mahkemeler değil, bizzat Anayasa Mahkemesinin kendisi de bağlı olmalıdır. Bu ise, donmuş, statik bir hukuk sistemine yol açar. Bu şu anlama gelir ki, belirli bir tarihte Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararda kullanılan bir gerekçe ilebet tekrarlanacaktır. O halde, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında hiçbir zaman değişme ve gelişme olmayacaktır*” denmektedir. Yazar burada, AYM’nin kendi kararları arasında da “donmuşluk bir yana, asgari bir istikrar” olmadığını dile getirdiği gibi, ayrıca “*gerekçelerinde ileri sürdüğü görüşlerde, yaptığı yorumlarda ise istikrar olduğunu söylemek oldukça zordur*” demektedir.

Gözler, görüşünü açıklarken, Avusturya³³ ve Almanya'da³⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğuna ilişkin görüşlere de yollamada bulunmaktadır.³⁵

Bağlayıcılığın sadece hüküm fıkrasıyla ilgili olduğu, gerekçenin bağlayıcı olmadığını ileri süren bir diğer görüşe göre, “Eğer gerekçelerin de bağlayıcılığı olsaydı, o zaman heyet tarafından verilmiş olan bir kararın farklı gerekçeleri aynı anda uygulanmak gerekirdi ki bunun fiilen imkansız olduğu açıktır”.³⁶

Ancak bu görüşü savunan yazar, aynı zamanda, “gerekçenin amacı verilen hükme davanın taraflarını ikna etmek ve dolaylı olarak da bazı durumlarda pozitif hukuk düzenlemeleri yapacak olanlara fikir vermek, yol göstermektir” diyerek, gerekçenin bağlayıcı olmadığına işaret etmekle beraber, AYM kararının “gerekçesinden” yararlanılabileceğini; buna karşın AYM'nin “yorum kararının” parlamentoyu bağlamayacağını kabul etmektedir.

Bu yazara göre, aksinin kabulü, “işlevler ve yetkiler ayrılığı ilkesine aykırı” olacaktır.³⁷ Bu görüşü savunan yazar, Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” düzenlemesine dikkat çekerek, anayasa ve yasa da yer almayan bir yasağın, iptal kararının gerekçesinin bağlayıcılığının kabul edilmesi nedeniyle, yasa koyucunun öngörmediği “yeni bir uygulama” olacağına işaret etmektedir.

AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı konusunda, gerekçenin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüş sahiplerinin “argümanlarının”, aksini savunanlara oranla “oldukça zayıf kaldığı” şeklinde de bir görüş söz konusu.³⁸

Bu yazar, AYM kararının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu “peşinen kabul etmek mümkün değil”dir diyerek, “karar gerekçelerinin bağlayıcılığını savunanların temel argümanı ile ilgili bir aşamaya kadar katıldığı” bir hususu açıklamaya çalıştığını dile getirmektedir.³⁹

Yazara göre, “Anayasa yargısının mantığı gereğince, Anayasanın üstünlüğünün devamı açısından, yasamanın iptal edilen bir kanuna yönelik bir düzenlemesinde iptal kararlarının gerekçelerinin yol göstericiliği fevkalade önemli

³³ Peter Oberndorfer, ‘Avusturya Raporu’, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 1. Baskı, AYM Yayını, Ankara, 1988, s. 31.

³⁴ Wolfgang Zeidler, ‘Federal Almanya Raporu’, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 1. Baskı, AYM Yayını, Ankara, 1988, s. 61-62.

³⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 930-931.

³⁶ Erdoğan, s. 120.

³⁷ Erdoğan, s. 121.

³⁸ Hakyemez, s. 381.

³⁹ Hakyemez, s. 282-394.

dir. Bununla birlikte dikkate alma bağlamında karar gerekçeleri, yasama organı açısından en fazla aydınlatma veya yol göstericilik biçiminde bir işleve sahip olabilir”⁴⁰

Yazar, AYM kararlarının bağlayıcılığının (m.153/1), sadece hüküm kısmı için anlaşılması gerektiğini; kesinlikten kastın ise, “başka bir yargısal merciinin denetimine tabi olmaması anlamına” geldiğini; “gerekçe için bu biçimdeki bir kesinliğin söz konusu” olmadığını dile getirmektedir.⁴¹

AYM’nin kararlarının hem bağlayıcılığı, hem de kimleri bağlayıcılığı konusunda “muhatabın” kim olduğunda açıklık olmadığına ilişkin görüşler de dile getirilmektedir.⁴²

AYM karar gerekçelerinin diğer mahkemeleri bağlayıcı olmadığı da ileri sürülmektedir. Bu yaklaşımdan biri yargı,⁴³ diğeri öğretiden gelmektedir.⁴⁴

II. AYM KARARININ GEREKÇESİNİN BAĞLAYICI OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER⁴⁵

Bu başlık altında AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğuna ilişkin öğretilerdeki yaklaşım ile AYM’nin kendi kararlarındaki değerlendirmelerine yer verilecektir.

⁴⁰ Hakyemez, s. 282.

⁴¹ Hakyemez, s. 284; Benzeri yaklaşım için bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 920.

⁴² Hakyemez, s. 385; Benzeri yaklaşım için bkz. Turan Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 26, Ankara, 1993, s. 74.

⁴³ Danıştay 8. Dairesi, E. 1986/402, K. 1988/192; Danıştay’ın bu kararında, anayasanın yorumuna değil, yasanın yorumuna işaret edilmekte ve “yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği” denmektedir. Aktaran Ahmet İyimaya, *Siyaset Hukuku Sorunları*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 68-77 ve Hakyemez, s. 394.

⁴⁴ İyimaya, s. 68 vd.; Hakyemez, s. 394.

⁴⁵ Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 368 vd.; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Yay., Ankara, 2000, s. 151 vd.; Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, s. 69 vd.; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019, s. 561; Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Yargısının Bazı Sorunları’, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yay., İstanbul, 2004, s. 524 vd.; Servet Armağan, *Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, 1. Baskı, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967, s. 149; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 1996, s. 294; Attila Özer, *Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 248; Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 274-277; M. Merdan Hekimoğlu, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, 2. Baskı, Detay Yay., Ankara, 2004, s. 269-270; Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Yargısının Bazı Sorunları’, Bülent Tanör Armağanı, 1. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2004, s. 540; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 14. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2019, s. 380; Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa*

A. Öğretideki Yaklaşım

Bu görüşe göre, AYM kararının bağlayıcılığı, “sadece kararın hüküm fıkrasıyla sınırlı değildir. Gerekçeleri de bağlar. Çünkü Anayasa bir ayırım yapmadan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamaktadır. Kaldı ki bir mahkeme kararı, gerekçe ve hüküm fıkrasıyla bir hüküm oluşturur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin de bağlayıcılığı olduğunu kabul etmek gerekir”⁴⁶.

Gerekçenin bağlayıcı olduğunu savunan Teziç, AYM’nin önceki kararlarını hiç değiştiremeyeceği şeklinde anlaşılmasını gerektiğini, toplumun değişen koşullarına cevap verilebilmesi için kararın değişmesinin mümkün, hatta değiştirilmesinin gerekli olduğuna, yeni koşullara göre yeni içtihatların ortaya konmasına da işaret ediyor.⁴⁷ Bir yaklaşıma göre, AYM karar gerekçeleri kendisini de bağlayıcıdır.⁴⁸ Ancak, somut norm denetiminde, Anayasa’nın 152/son maddesindeki düzenlemede yer alan on yıllık denetim yasağının dikkate alınması gerekir.

Bir başka görüşe göre, gerekçe kararın zorunlu unsurudur. Anayasa’da, AYM kararlarının bağlayıcı olduğuna yer verilmekte; ancak, hüküm fıkrası ve gerekçe ayrımı yapılmamaktadır (m.153/son). Bu nedenle AYM kararının sadece hüküm fıkrası değil, gerekçesi de bağlayıcıdır.⁴⁹

Ancak yazarlardan biri ilk çalışmasında gerekçenin bağlayıcı olduğunu ifade etmekle beraber,⁵⁰ sonradan AYM’nin bir kararını dikkate alarak önceki fikrini değiştirerek, AYM’nin yasama ve yürütme organına direktifler verecek bir çerçeveye çizemeyeceğine işaret etmektedir.^{51,52}

Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 662 vd.

⁴⁶ Gören, s. 369; benzeri görüş Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 2007, s. 151.

⁴⁷ Teziç, Mecelle’de yer alan (m.39), “zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi yadsınamaz” düzenlemesine yollamada bulunuyor. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 24. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 258-260.

⁴⁸ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 561.

⁴⁹ Armağan, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, s. 149; Aliefendioğlu, s. 294; Turan Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Cilt: 2, Sayı: 1, 1994, s. 21; Aynı yönde bkz. Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, s. 74.

⁵⁰ Armağan, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, s. 149.

⁵¹ Servet Armağan, ‘Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1 ve K. 1989/12 No.lu ve 7.3.1989 Tarihli Kararının Tahlili ve Tenkidi’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Baskı, Beta Yay., Cilt: 2, İstanbul, 2001, s. 1136-1141; Hakyemez, s. 381.

⁵² AYM karar gerekçesinin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşlerin AYM’nin “2. Türban Kararı”nı (AYM, E. 1990/36, K. 1991/8, KT: 9.04.1991) örnek gösterildiği, “doktrinde gerekçelerin bağlayıcı olmadığı yönündeki görüşler, genellikle bu karar doğrultusunda ileri sürüldüğü” konusunda bkz. Boyar, s. 304.

AYM'nin bir yasayı iptal etmesi ile, yasanın bir başka yasa ile yürürlükten kaldırılmasının farkı olmadığına işaret eden Teziç, ancak, “*Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı hukuki gerekçelere dayandığı halde, yasama meclisinin kanunu ilga etmesi siyasi tercihlere dayanmaktadır*”⁵³ diyor.

Teziç, AYM'nin kararında kararda yer alan,⁵⁴ “*Yasama organının, iptal edilen kanunla aynı doğrultuda ve içerikte yeni bir düzenleme yapamayacağını ileri sürmesi hukuken isabetli bir bakış açısı değildir. Zira Anayasa Mahkemesi 'zamanın ve şartların değişmesi ile, aynı konuda, içtihat değişikliklerine gidebilmiştir. (...) Öte yandan Anayasa da, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını değiştirebileceğini öngörmektedir. Şöyle ki, 152. maddenin son fıkrası 'Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz' ifadesiyle, bir anlamda içtihadını değiştirebilme olanağını teyid etmektedir*” diyor.⁵⁵

Özer de gerekçenin bağlayıcılığını, Anayasa'nın 153/1'inci maddesinde yer alan, “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*” düzenlemesine dayandırmaktadır.⁵⁶

Yıldırım da Anayasa'nın 153/1'inci maddesindeki düzenlemenin, gerekçenin de bağlayıcı olduğunun pozitif temeli olduğuna işaret etmektedir.⁵⁷

Mahkeme kararlarının gerekçeleri, aslında davanın tüm taraflarının görüşlerinden hükümde esas alınanlarını ifade etmektedir. Bu nedenle, Kaboğlu'na göre, AYM'nin iptal kararında, “sav, savunma ve karar” üçlüsüne dayanan yargısal karar sürecinde gerekçe belirleyicidir.⁵⁸

AYM kararlarının bağlayıcılığının sadece kararın hüküm fıkrasıyla ilgili olmayıp gerekçeyi de kapsadığını savunan Sağlam'a göre, iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacak olması (m.153/1), iptal edilen hükmün Resmî Gazetede yayımlanmasıyla yürürlükten kalkması (m.153/3) ve bağlayıcılığın da

⁵³ Teziç, s. 259. Aynı sayfada, Anayasa'nın 153'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeyi de değerlendiren Teziç, “*Bu kuralın sevkediliş amacı, yasama organının iptal kararı sonrası aynı konuda yapabileceği düzenlemelerle bu kararları etkisiz hale getirebilecek yönde düzenleme yapmaması ya da iptal edilen kuralları tekrar yürürlüğe koymasını önlemektir*” demektedir.

⁵⁴ AYM, E. 1998/58, K. 1999/19, KT: 27.5.1999.

⁵⁵ Teziç, s. 260.

⁵⁶ Atilla Özer, *Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016, s. 593.

⁵⁷ Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, s. 73 vd. Ancak yazar, bu bağlayıcılık nedeniyle hukukun gelişemeyeceği yönünde sakıncalarına da işaret etmektedir (s. 77).

⁵⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 4. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2009, s. 406.

kararın yayımı ile başlaması (m.153/6), gibi kurallar, karar gerekçesinin en azından hükme dayanak teşkil eden bölümü ile bağlayıcı olacağını göstermektedir.⁵⁹

Aliefendioğlu da, hüküm fıkrası ile gerekçe bir bütün oluşturuyorsa, gerekçenin de bağlayıcı olduğunu kabul ediyor.⁶⁰

Bir başka yaklaşımda da; hüküm fıkrası ile yakın bağlantı içerisinde olan gerekçenin bağlayıcı olacağı üzerinde durulmaktadır. Yüksel'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yorum yöntemini uygulayabileceği kabul ediliyorsa, yorum kaydıyla anayasaya uygunluk kararının işlevsel olabilmesi için kararın temelindeki gerekçelerin bağlayıcı olması gerekir. Ancak gerekçenin tamamının değil, hüküm fıkrasıyla zorunluluk ilişkisi içinde bulunan gerekçe bağlayıcı olmalıdır".⁶¹

Boyar'a göre, "*Anayasa Mahkemelerinin kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı, Anayasa yargısının kendine özgü doğasından kaynaklanır*".⁶²

Boyar gerekçenin bağlayıcılığını birkaç yönden ele almaktadır.

Birincisi, AYM'nin verdiği kararın "hüküm fıkrası, bir cümleden oluşan ve anayasaya aykırılık talebin kabul edilip edilmediğini belirten kısımdır ve bağlayıcıdır. Ancak bu bağlayıcılığın hayata geçirilebilmesi, anayasaya uygunluk ya da aykırılık kararının niçin verildiğinin bilinmesine bağlıdır. Bu anlamda, AYM kararının uygulanabilmesi demek, gerekçenin hayata geçirilmesi demektir. Bütün Devlet organları, gerçek ve tüzel kişiler Anayasayla bağlı olduğu için, bu metnin en önemli yorumcusu olan AYM'nin kararları ile bağlıdırlar" sonucuna ulaşmaktadır.

İkincisi, gerekçenin, "AYM kararlarının temel meşruluk dayanaklarını göster"diğine; AYM'nin karar verirken, "hangi hak ve özgürlükleri nasıl koruduğunu ya da hangi devlet organlarının erkler ayrılığı ilkesine aykırı olarak diğerinin yetki alanına girdiğini gerekçesinde göster"diğine ve AYM'nin denetiminin "sadece anayasallık denetimini harekete geçiren organ ya da kişileri değil, herkesi bağladı"ğına işaret edilmektedir.

Üçüncüsü, "gerekçelerin yargılama faaliyetinin özünden kaynaklanan bir önemi" olduğuna; "Yargıcın temel işi hukuku yorumlamaktır. (...) Yorum, yargılama sürecinin esaslı unsurudur. (...) AYM bizim sistemimizde yalnızca davanın

⁵⁹ Fazıl Sağlam, 'Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi', Anayasa Yargısı 13, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1996, s. 58.

⁶⁰ Aliefendioğlu, s. 196 vd.

⁶¹ Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 195-196. Benzeri görüş için bkz. Emin Memiş, *Anayasaya Uygun Yorum*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 147.

⁶² Oya Boyar, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 302.

tarafı hakkında sonuç doğuracak şekilde karar vermez; *erga omnes* etki doğuran kararlar verir. Dolayısıyla kararların yalnızca hüküm fıkrasının değil; gerekçe bölümünün de bağlayıcı olması anayasa yargısının doğası gereğidir”.⁶³

Kelsen modeli anayasa yargısının geçerli olduğu ülkelerde, mahkeme kararının gerekçe ile hüküm fıkrası arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.⁶⁴

Ancak Oder, anayasa yargıcının yorum yöntemlerini kullanırken, “gerçek bir gerekçelendirme yükümlülüğü” altında olduğuna işaret etmektedir.⁶⁵ Yazara göre, gerçek gerekçelendirmeden kastedilen husus, gerekçenin “sonuca ulaştıran aşamaların açık, nesnel, doğruluğu sınanabilir ve sağlam kanıtlardan oluşmasına bağlıdır”. Yazar hukuk devleti ile gerekçe arasında kurduğu bağı ortaya korken, “kendisi kanıtlanmaya muhtaç, soyut, öznel, vardığı sonuçla kendini kanıtlamaya çalışan ya da vardığı sonucun aşamalarını göstermeyen gerekçeler hukuk devletinin beklediği gerekçelendirme yükümlülüğü ile bağdaşmaz”.⁶⁶

Ergül konuyla ilgili olarak kararların gerekçesiz yazılmaması, hatta karşıoyların da gerekçeli olmasına dikkat çekerek, “karar gerekçelerinin de hukuki bir değer olduğu” ve bağlayıcılığın “kaçınılmaz bir biçimde gerekçeyi de” kapsadığını kabul etmektedir.⁶⁷

Karan’a göre, “AYM kararlarının bağlayıcılığının kabulü ile birlikte kararların gerekçelerinin hüküm fıkralarından soyutlanarak bağlayıcı olmadığının kabulü mümkün gözükmemektedir”.⁶⁸ Karan ayrıca, AYM kararının hüküm fıkrası ile gerekçesi arasında karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bir ayırım yapılamayacağına işaret etmektedir.⁶⁹ Karan, AYM kararının gerekçesinin hükme esas alınan kısmının bağlayıcı olacağını belirtmektedir.⁷⁰ Ayrıca Karan, Anayasa’nın 153/son maddesinden hareketle, bu maddede, “hüküm fıkraları veya gerekçelerinin bağlayıcılığına ilişkin bir ayırma” gidilmediği üzerinde de durarak görüşünü güçlendirmektedir.⁷¹

⁶³ Boyar, s. 302-303.

⁶⁴ Boyar, s. 304.

⁶⁵ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 307.

⁶⁶ Oder, s. 307’de yorum ile gerekçe arasındaki bağı işaret ederken, “gerekçelendirmedeki kanıtlama aşamalarında yorum ortaya çıkar” demektedir.

⁶⁷ Ozan Ergül, *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 117.

⁶⁸ Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, Onikilevha, İstanbul, Ekim 2018, s. 109.

⁶⁹ Karan, s. 108.

⁷⁰ Karan, s. 107.

⁷¹ Karan, s. 108.

B. AYM'nin Kararına Göre Kararın Gerekçesi Bağlayıcıdır

Bu konuda AYM kararlarında gerekçenin de bağlayıcı olduğuna karar vermiştir.

AYM kararında gerekçenin bağlayıcılığını şu şekilde açıklamıştır: *“Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Üstelik, yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü, kararlar gerekçeleriyle genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması gerekir”*.⁷²

AYM kararında, bir yasanın Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilebilmesi, iptal edilen önceki yasayla “aynı” ya da “benzer nitelikte” olmasına bağlıdır. İki yasanın “aynı” ya da “benzer nitelikte” olup olmadığının saptanabilmesi için öncelikle, aralarında “özdeşlik” bu bağlamda “anlam ve nitelik” ile “teknik, içerik ve kapsam” yönlerinden benzerlik olup olmadığının araştırılması- na işaret etmektedir.

Ancak, kısa sürede olmasa da; AYM'nin içtihat değiştirme yasağına ilişkin açık pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷³

Dolayısıyla AYM'nin içtihatlarının değişmezliğinden söz edilemeyecektir. Bu nedenle AYM, çok eski kararının birinde de dile getirdiği gibi, önceden veril-

⁷² AYM, E. 2007/5, K. 2007/18, KT: 7.2.2007; AYM'nin benzeri başka kararları var: AYM, E. 2001/24, K. 2001/356, KT: 5.12.2001; AYM, E. 2000/8, K. 2003/104, KT: 26.12.2003; AYM, E. 2000/14, K. 2000/21, KT: 13.09.2000; AYM, E. 1999/38, K. 1999/45, KT: 25.11.1999; AYM, E. 1998/43, K. 1999/44, KT: 25.11.1999; AYM, E. 1998/58, K. 1999/19, KT: 27.05.1999; AYM, E. 2000/45, K. 2000/27, KT: 5.10.2000; AMKD, Sayı: 36, Cilt: 2, s. 772-796.

⁷³ Bülent Nuri Esen, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 206, Ankara, 1966, s. 40'da, “bir kanun hükmünün ‘Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki dava ve itirazın evvelce Anayasa Mahkemesi tarafından red edilmiş olması’ yeniden yapılacak bir ‘itirazın esas yönünden incelenerek yeniden karara bağlanmasına engel’ olmaz ise de, redde dair olan eski kararın değiştirilmesi o kararda ‘varılan sonuçlarda değişiklik yapılmasını gerektiren bir hal ve şart’ bulunmasına bağlıdır (26.1.1965-64/43, 65/5). Şu halde, Anayasa Mahkemesince verilmiş iptal isteminin reddi kararında ileri sürülen görüşün değiştirilmesini gerektirecek yeni bir sebep varsa, mahkeme, eski kararını değiştirebilecektir (5.6.1964-64/15/45)” denmektedir.

miş iptal isteminin reddi kararında ileri sürülen görüşün değiştirilmesini gerektirecek yeni bir sebep varsa, eski kararını değiştirebileceğini kabul etmiştir.⁷⁴

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Her iptal davasında gerekçenin bağlayıcılığından söz edilemez ise de, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin istikrar bulan içtihadında belirtildiği gibi, çoğunlukla gerekçe “anayasanın yorumu konusunda açıklamalar ihtiva ettikleri ölçüde bağlayıcı güce” sahip olacaktır. Ayrıca, yasa hükmünün, mahkeme kararında yer alan “gerekçelerden çıkan anlam çerçevesinde anayasaya uygun” olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵

Alman anayasa yargılaması hukukunda, “bağlayıcı etkinin, Anayasanın koruyucusu ve en önemli yorumcusu olarak” Alman AYM'nin “işlevinin gerektirdiği ölçüde var olduğu kabul edilmektedir”.⁷⁶ Ancak Alman hukukunda sadece “esasa” ilişkin kararların bağlayıcılığı kabul edilmekte, buna karşın “usuli kararların herhangi bir bağlayıcılığı”nın olmadığına işaret edilmektedir.⁷⁷ Alman hukukunda yerleşik içtihatlarla göre AYM'nin kararı, “anayasanın yorumuna ilişkin ifadeler içerdiği takdirde kararlarının ‘dayandığı gerekçeler’de bağlayıcılıktan yararlanır”.⁷⁸

Ancak Alman AYM içtihatlarında, hangi hususların gerekçeye dayanak oluşturacağı da kabul edilmiştir. Buna göre, “Bağlayıcı etki, yalnızca karar beyanı ve ilgili karar nedenlerini kapsamakta olup, karar gerekçesini açıklamak amacıyla mahkemenin genellikle ayrıntılı açıklamalarla ortaya koyduğu tek tek her ifadeye içine almamaktadır”.⁷⁹ Bir başka deyişle karara (hükme) esas alınacak, “göz ardı edilemeyecek”, “mantık silsilesi” gereğince “somut sonuca ulaşma yolunda göz ardı edilemeyecek her hukuki gerekçe karara dayanak oluşturur”.⁸⁰

⁷⁴ AYM, E. 1964/15, K. 1964/45, KT: 5.6.1964 tarihli karar: “Arhavi Asliye Hukuk Mahkemesince itiraza konu yapılan 6830 sayılı İstimplâk Kanunu'nun 20'nci maddesindeki (Ve mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilemez) hükmü de, 4753 sayılı Kanunun, yukarıda sözü geçen ve Anayasa'nın 31'inci ve 114'üncü maddelerine aykırı bulunmadıklarına karar verilmiş olan hükümleriyle aynı nitelikte bulunmuş ve o kararda açıklanan sebepler bu hüküm için de uygun olup; ortada söz konusu kararda belirtilmiş olan görüşün değiştirilmesini gerektiren başkaca yeni bir sebep de bulunmamış ve böylece Anayasa'ya aykırı olmadığı belli edilen bir kanun hükmü yanında Anayasa'nın 8'inci maddesinin zedeleneceği düşüncesine de yer verilmemek gerekmiş olduğundan itirazın reddine karar verilmek gerekir” (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1964-45-nrm.pdf> Erişim Tarihi: 23.4.2021).

⁷⁵ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 561.

⁷⁶ Kanadoğlu, s. 274.

⁷⁷ Kanadoğlu, s. 274.

⁷⁸ Kanadoğlu, s. 275.

⁷⁹ Aktaran Kanadoğlu, s. 275.

⁸⁰ Kanadoğlu, s. 275.

Bir başka açıdan ise, “genel hukuk kuralı ile somut karar arasındaki gerekçelendirme ilişkisinin dışında kalan hukuki görüşler karara dayanak oluşturmaya” çağrı için,⁸¹ bunların bağlayıcılığından da söz edilemeyecektir.

Alman AYM’nin istikrar bulan içtihadına göre, bir kararın temelindeki gerekçeler anayasanın yorumu konusunda açıklamalar içerdiği ölçüde bağlayıcıdır.⁸²

Diğer bir husus ise, anayasaya uygun yorum halinde gerekçenin bağlayıcı olmasının kabul edilmesidir. Alman AYM bu görüştedir.^{83,84}

Federal Almanya Raporunda,⁸⁵ “Federal Anayasa Mahkemesi kararları da aynen diğer mahkemelerin kararları gibi kesinlik içinde oluşmaktadır. (...) Kesin hüküm karar gerekçesinin içerdiği hüküm öğelerinde değil, yalnızca karar beyanına ilişkindir. (...) Bağlayıcı etki, yalnızca karar beyanını ve ilgili karar nedenlerini kapsamakta olup, karar gerekçesini açıklamak amacıyla mahkemenin genellikle ayrıntılı açıklamalarla ortaya koyduğu tek tek her ifadeyi içine almaktadır” görüşü yer almaktadır.

Fransa Anayasa Konseyine göre gerekçeler, “kararın zorunlu desteği oldukları ölçüde kararın bağlayıcılığı kuralından yararlanırlar”.⁸⁶ Fransa’da Anayasa Konseyi kararının kesin hüküm niteliği, “kararın zorunlu desteği olduğu ölçüde” gerekçeyi içerdiğine işaret edilmektedir.⁸⁷ Dolayısıyla yargıçların, AYM kararlarının gerekçelerine, yani yorumuna göre uygulamak yükümlerinden söz etmek gerekir.

IV. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜM

A. Anayasadaki Düzenlemelere Göre

Anayasa’daki düzenlemelere göre, “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” (m.141/3) ve “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesin-*

⁸¹ Kanadoğlu, s. 275.

⁸² Bakır Çağlar, ‘Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları’, Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara, 1986, s. 193.

⁸³ Kanadoğlu, s. 275.

⁸⁴ Bu yaklaşıma Hakyemez, bizde AYM’nin sadece iptal ve red kararı vermeye yetkili olduğu, kimi kararlarında yorumlu red kararı verse de bizde AYM’nin yorumlu red kararı vermesinin kabul edilmediğine işaretlerle, koşullu olarak katılmaktadır. Bkz. Hakyemez, s. 393.

⁸⁵ Zeidler, s. 61 vd.

⁸⁶ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 193; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 561.

⁸⁷ Bkz. Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 193, Dipnot: 111.

dir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” (m.153/1).⁸⁸ AYM kararı gerekçesiyle birlikte yayımlanır.⁸⁹

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan iptal kararı verilirken, “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” düzenlemesi dikkate alındığında, anayasa ve yasada yer almayan bir yasağın, iptal kararının gerekçesinin bağlayıcılığının kabul edilmesi nedeniyle, yasa koyucunun öngörmediği “yeni bir uygulama”ya yol açabileceğine ilişkin yaklaşım,⁹⁰ gerekçenin bağlayıcılığının yerinde olmadığına işaret etse de; her iptal kararı ister istemez yeni bir uygulamaya işaret edecektir: iptal edilen yasa hükmü uygulanmayacaktır.

Anayasada yer alan, “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” (m.153/2) düzenlemesi dikkate alındığında, gerekçenin bağlayıcılığının kabul edilmesinin “yeni bir hüküm” olarak nitelenmesidir. Oysa AYM'nin kararı ile ilgili yasa hükmü iptal edildiği (yürürlükten kalktığı) için, zaten zorunlu olarak yeni bir durum ortaya çıkacaktır.

Anayasamızda mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunda iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Birincisi, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” (m.138/son). İkincisi, AYM kararlarının, “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağla”masıdır (m.153/son).

⁸⁸ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda da kararların gerekçeli olmasına yer verilmiştir. Buna göre; “Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230'uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir” (5271, m.34/1); “Karşı oya tutanakta yer verilir; gerekçesi de tutanakta gösterilir” (5271, m.224/2).

5271 sayılı Yasada, yasa koyucu, “hukuka kesin aykırılık hâller” başlığı altında, 289/1'inci maddede, “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır” düzenlemesini kabul ederken, “Hükümün 230'uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi”nin (5271, m.289/1-g) hukuka kesin aykırılık hallerinden biri olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, mahkeme kararının/hükümün gerekçesinin bağlayıcı olmayacağının kabul edilmesi halinde, anayasa ve yasadaki bu düzenlemelerin anlamı kalmayacaktır. Çünkü, gerekçesiz karar veya hükümden söz edilemeyeceğine göre, gerekçenin her koşulda bağlayıcı olmayacağını kabul etmek de mümkün değildir.

Ayrıca yasada taraflara hükümün gerekçesinin de tebliği kabul edilmiştir. Buna göre, “Hüküm, temyiz eden Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanamamışsa; hükümün temyiz edildiğinin bölge adliye mahkemesince öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir” (5271, m.293/2).

⁸⁹ “İptal ve itiraz başvuruları sonucu verilen gerekçeli kararlar Resmî Gazetede hemen yayımlanır” (6216, m.66/8).

⁹⁰ Erdoğan, s. 121.

Anayasadaki bu düzenlemelerden anlaşıldığı gibi, “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*” (m.153/1) hükmüne yer verildiği halde, diğer mahkeme kararları için açıkça böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak elbette diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi, AYM’nin tüm kararları da “gerekçeli” (m.141/3, 153/1) ve “bağlayıcı” olacaktır (m.153/son, 138/son).

Görüldüğü gibi, Anayasa’nın 138/son ve 153/son maddelerindeki düzenlemelerde farklı bir husus yer almaktadır. Anayasa’nın 153/son maddesinde “gerçek ve tüzel kişileri” bağlayıcılıktan söz edilirken, 138/son maddede böyle bir hükme yer verilmemiştir.⁹¹

Kesin olan karar, “gerekçe” ile “hükmün” birlikteliğinden ibarettir. Bu birliktelikten dolayı hüküm ile gerekçeyi, gerekçenin hükmün oluşumundaki yakın bağlantılı kısımları bakımından hüküm gibi bağlayıcı kabul etmek gerekir.

Fakat anayasa koyucu, AYM’nin her kararını değil, özellikle “iptal kararı”nın gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağına yer vermiştir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararının Muhatabı

Anayasadaki düzenlemeler dikkate alındığında diğer mahkemeler ile AYM kararlarının muhataplarının ortak ve ayrışan yönleri bulunmaktadır. Diğer mahkemelerin kararları bakımından bağlayıcılık; Devlet organlarına hitap etmektedir: “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” (m.138/son).

Buna karşın AYM kararlarının muhatapları daha geniş tutulmuştur: AYM kararları, “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*” (m.153/son).

Bu açık düzenleme karşısında; AYM kararlarının hem bağlayıcılığı, hem de kimler için bağlayıcı olduğu, başka bir deyişle “muhatabın” kim olduğu konusunda bir açıklık olmadığına ilişkin görüşlere⁹² katılmak mümkün gözükmemektedir. Anılan maddedeki bağlayıcılığın yasama, yürütme ve yargı organlarına, idare makamlarına, gerçek ve tüzel kişilere yönelik olduğu açıktır.

Kuşkusuz gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcılıktan ne anlaşılması gerektiği konusu tartışmaya açık gibi gözükse de, bu kişilerin de AYM kararlarını hüküm ve gerekçeleriyle birlikte gözetmeleri gerekecektir. Bu kişiler AYM kararına, bu kararların içeriği dikkate alındığında, kendilerini ilgilendiren kısımları bakımından uyacaklardır. Eğer özel ve tüzel kişiler AYM kararlarına uygun davranmazlarsa, davranışları ile ilgili olarak Devlet organlarıncaya yapılacak işlemlerde bu hususun gözetilmesi gerekecektir.

⁹¹ Aynı yönde bkz. Karan, s. 98.

⁹² Hakyemez, s. 385; Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı’, s. 74.

Çünkü, AYM kararlarının bağlayıcılığında kendilerine işaret edilen kimse-lerin (Devlet organları veya özel/tüzel kişilerin), kararlar ilgileri oranında kendilerinden beklenen davranışlar vardır. İlgililerin bu kararları gözetmeleri gerekecektir. Çünkü, bir ülkedeki yargı bütündür. AYM kararları herkesi bağlayıcı olduğuna göre, bu bağlayıcılığın kontrolü her zaman AYM tarafından yapılmaz; özel/tüzel kişilerin yaptıkları işlemler/eylemler/fiiller, başkalarının haklarına zarar veriyorsa, hukuk Devleti'nde, bunların, Devlet'in bir organı tarafından denetlenerek veya soruşturularak/kovuşturularak, nihayetinde bir karar verilecektir. İşte bu karar üzerine gerekirse konu bireysel başvuru yoluyla yine AYM'nin önüne bir şekilde götürülebilecektir.⁹³

Çünkü, AYM kararı kişileri de bağlayıcıdır (m.153/son). Ancak kişileri bağlayıcılık bakımından, özel kişiler arasında ortaya çıkacak özel hukuk ilişkilerinde, adliye mahkemeleri tarafından uyuşmazlıkların AYM kararına uygun yorumlanmasını gerektirmektedir. Adliye mahkemelerinin AYM kararını yorumlaması, özel kişiler arasındaki ilişkileri doğrudan değil, dolaylı ve yata y etkiler.⁹⁴

C. AYM'nin Yorum Tekeli Konusu

Gerekçenin bağlayıcılığı konusunda değerlendirme yapılırken, AYM'ye yorum tekeli verilemeyeceği üzerinde durulmaktadır. Oysa, her kurum ve her insan anayasayı istediği gibi yorumlar. Ancak, bir konuyla ilgili olarak baktığı davada AYM'nin verdiği kararın bağlayıcılığının Anayasada kabul edilmesi karşısında (m.153/son), o konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin yorum tekeli kabul etmekten başka çare var mı?

AYM'nin yorum tekeli sözü, aslında olan değil, olması gereken hukuk bakımından savunulabilir ise de, pozitif hukuktaki düzenleme karşısında, savunulamaz bir yaklaşımdır.⁹⁵ Çünkü, AYM'nin kararı bağlayıcı ise, farklı yorum yapılabilir, karar usulünce eleştirilebilir, ancak karara bağladığı dava dosyalarıyla ilgili konularda yorum tekeline sahip olmadığı söylenemez. Söylenirse, o zaman yargı kararının keyfi eleştiriler ve uyulmaması gerektiği yönünde yetkililerden talepler gelir. Böyle bir durumda, karara güven sarsılır ve bundan hukuk devleti, herkes zarar görür.

Kuşkusuz yasaların yorumu ilke olarak derece mahkemelerinin görev ve yetkisindedir. Aynı şekilde, Anayasa'nın 138'inci maddesinin birinci fıkrasının

⁹³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 930'da, kişilerin işleminin AYM'nin denetimine tabi olmadığına işaret edilmekte, ancak yazar yine de, bu işlemler hakkında, "adli, idari, askerî yargı mercileri karar verir" demektedir.

⁹⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 103'te, anayasanın bağlayıcılığı konusunda özel kişiler bakımından "dolaylı yatay etki"ye işaret etmektedir.

⁹⁵ AYM'nin yorum tekeli olamayacağı konusunda bkz. Zühtü Arslan, 'Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi', Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 59-86; Hakyemez, s. 389. Bkz. Boyar, s. 305'te, "AYM, Anayasanın yorumu konusunda, münhasır yetkiye sahiptir" deniyor.

daki düzenleme gereğince ilk derece mahkemeleri de Anayasa'nın yorumunu yaparlar. Ancak, anayasanın bağlayıcılığı konusunda son sözü söyleme yetkisi AYM'ne aittir.

D. Hüküm ile Gerekçenin İç İçe Oluşu

Mahkemelerin kararlarının gerekçeleri kimi halde hükmün bağlayıcılığının da gerekçesi olmaktadır. Buradaki ölçünün kaçırılmaması gerekir. Eğer hüküm içerisinde ayrıca gerekçeye yer verilmişse, bu halde geniş gerekçenin bağlayıcı olmasına gerek yoktur. Ancak, hüküm sadece bir cümleden ibaret ise, bu hükmün gerekçesinde yer alan ve hükmü doğrudan etkileyen gerekçe kısmının bağlayıcılığını kabul etmek gerekir. Çünkü, gerekçe, hükmün dayanağı olup, bu dayanağın hukuki çerçevesi dikkate alınmazsa, hüküm tek başına anlam ifade edemeyebilir. Öyleyse, hükmün gerekçesinin tamamının bağlayıcılığından söz edilemeyeceği gibi; hükmün hiçbir biçimde bağlayıcı olmadığından da söz edilemez. Çünkü, hükmün gerekçesinde yer alan ve hükme esas olan kısmın bağlayıcılığını kabul etmek gerekir.⁹⁶ Örneğin, düşünciyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin bir mahkeme kararının (AYM, AİHM, Yargıtay vs.) sadece hüküm kısmının bağlayıcılığını kabul edersek, gerekçede yer alan hangi hususların düşünciyi açıklama özgürlüğünü ihlal ettiğini belirleyemeyiz. Yani gerekçenin üstünü kapatarak hükmü değerlendiremeyiz. O nedenle hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunda kuşku olmamakla beraber, karar gerekçesinde yer alan ve bizi hüküm fıkrasındaki sonuca ulaştıran tespitlerin (gerekçenin) bağlayıcı olmadığından söz edilemez.

AYM'nin önemli anayasal ilkeleri hüküm fıkrasında açıklığa kavuşturması genellikle mümkün olamaz. Bunlar ancak gerekçede somutlaştırılabilir. İşte bu anayasal ilkelerin gerekçelere dönüştürülmeleri halinde, diğer normların yorumuyla bağlantı içerisinde olup olmadıkları dikkate alındığında, kararın sonucunu (hüküm) belirleyici oldukları ölçüde gerekçeler bağlayıcılığa sahiptirler.⁹⁷

AYM kararlarının hüküm fıkraları, bazen hiç açıklama yapılmasını gerektirmeyecek kadar açık olabilir. Bu tür durumlarda, ayrıca aynı hususun gerekçede

⁹⁶ Çelebi'nin aktardığına göre, Alman literatüründe, “anayasa şikayetine ilişkin kararların da objektif etkiye sahip olduğu ve bütün kamu organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağladığı konusunda bir tartışma olmamakla birlikte, kararın sadece sonuca doğrudan etkili gerekçelerinin mi (ratio decidendi / tragende Gründe), yoksa sadece hüküm fıkrasının mı bağlayıcı olduğu ve diğer hukuki tespit ve değerlendirmelerin (obiter dicta) ne ölçüde diğer organlar tarafından dikkate alınması gerektiği konusunda uzun yıllardır sürdürülen ve üzerinde mutlak olarak uzlaşılammış bir tartışma yürütülmektedir”; Ece Göztepe Çelebi, *Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 33, 2016, s. 97.

⁹⁷ Alman AYM kararlarının “somut olayı aşacak biçimde bağlayıcı bir etki gösterdiğini belirtirken” şunlara işaret etmektedir: “Hüküm fıkrasından ve kararın dayandığı gerekçelerden çıkan ilkelerin, anayasanın yorumu sözkonusu oldukça mahkemeler tarafından gelecekteki tüm olaylarda dikkate alınması gerektiğine”. Aktaran Kanadoğlu, s. 276-277.

yazılmasına ihtiyaç duyulmayabilir ve gerekçenin bağlayıcılığını savunmanın da gereği olmaz. Ancak, anayasada yer alan bir kavramın içeriğinin doldurulması (açıklanması) söz konusu ise ve bu açıklamadan hareketle hükme ulaşılmışsa, hüküm gibi gerekçenin de bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, gerekçenin tamamının bağlayıcı olup olmadığıdır. Elbette hüküm gerekçesinde yer alan her kavramın, deyim, ifadenin, açıklamanın bağlayıcılığından söz edilemez. Gerekçenin noktasına ve virgülüne kadar bağlayıcılığından söz etmemek gerekir. Çünkü gerekçenin tümüyle bağlayıcılığının kabul edilmesi, “fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokar”.⁹⁸

AYM’nin yukarıda belirttiğimiz kararlarda yer alan, “yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır”⁹⁹ ifadesi dikkate alındığında, gerekçelerde yer alan ve iptal kararı verilmesinde en önde gelen hususun/hususların gerekçe olarak bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekir. Çünkü, gerekçenin bağlayıcı olmadığını kabul eden görüş ile gerekçenin tümüyle bağlayıcı olduğuna ilişkin görüşün ikisini de, hükmü doğrudan etkileyen gerekçenin bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekir biçiminde değerlendirmek gerekir.

Gerekçenin hiçbir biçimde bağlayıcı olmadığını kabulü halinde, demokrasinin “hukuk devleti önlemleri ile mükemmelleştirilmesinden” söz etmek güçleşir.¹⁰⁰

Ancak, Mahkeme’nin gerekçe başlığı altında değindiği her hususun bağlayıcı olması gerektiğini savunmak da mümkün değildir. Zira kimi açıklamalar kararın esasına ilişkin olmadığı gibi, hukukilik de taşımamaktadır. Dolayısıyla gelecekte verilecek kararlar bakımından da bağlayıcı olma niteliğinden uzaklaşmaktadır.¹⁰¹

Konuya bireysel başvuru kararları açısından yaklaşıldığında, norm denetimine oranla daha fazla sorun söz konusu olabilir. Bireysel başvuru kararlarında, “sadece gerekçelerin ne oranda bağlayıcı olduğu değil, aynı zamanda kararların başvuruçunun ötesine geçen ‘objektif’ bir etkisinin olup olmadığı ve nihayetinde kararın gereklerini yerine getirme konusunda kimin asli muhatap olduğu sorusu da ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede öncelikle normatif düzenlemelere bakılması gerekir. Sonrasında ise Anayasa Mahkemesi’nin hukuk düzeni içindeki yeri ve işlevi doğrultusunda kararların muhataplarının kim olduğu sorusuna yanıt aranmalıdır”.¹⁰²

Çelebi’ye göre, “*Norm denetiminde salt hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğunu ileri süren görüşlere yöneltilebilecek en önemli eleştiri, bazen sadece bir ya da birkaç sözcük ya da bağlacın iptalinden ibaret olan kararların içeriğinin, gerek-*

⁹⁸ Özbudun, s. 412.

⁹⁹ AYM, E. 1998/58, K. 1999/19, KT: 27.05.1999; AYM, E. 2000/45, K. 2000/27, KT: 5.10.2000.

¹⁰⁰ Gören, s. 278.

¹⁰¹ Çelebi, s. 96.

¹⁰² Çelebi, s. 97.

*çe olmaksızın anlaşılabilir olmasıdır. Öte yandan Mahkeme'nin gerekçe başlığı altında değindiği her hususun bağlayıcı olması gerektiğini savunmak da mümkün değildir. Çünkü bazı açıklamalar kararın esasına ilişkin olmadığı gibi, hukukilik de taşımamakta, dolayısıyla gelecekte verilecek kararlar bakımından da bağlayıcı olma niteliğinden uzaklaşmaktadır”.*¹⁰³

AYM'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlar bakımından da bağlayıcılık vardır.¹⁰⁴ Çelebi'ye göre, “AYM'nin bireysel başvuru kararları da tıpkı Mahkeme'nin diğer kararları gibi şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip genel bağlayıcı niteliğe sahiptir”.¹⁰⁵

Ancak AYM'nin verdiği iptal kararı üzerine, “tekrar yasağı” kapsamında, yasama organının o konuda yeniden yasa çıkarmasının Mahkeme kararlarını etkisizleştirme anlamına geldiği yönünde tespit edilerek bulunarak çıkarılan yasa hükümlerini tekrar iptal etme yolunu seçtiği kararları var.¹⁰⁶

Ancak, AYM kararlarının gerekçesinin hem tutarlı, hem de istikrarlı olması gerekir.¹⁰⁷

Ceza ve ceza usul hukuku bakımından gerekçenin bağlayıcılığı önemlidir. Çünkü, ceza hukuku ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin gerekçe olmaksızın, hüküm fıkrasının anlaşılması kolay değildir.

E. Ölçü Norm Yönünden

Diğer yandan anayasaya uygunluk denetiminde ölçü normun anayasanın kendisi olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak kimi ülke anayasalarında, anayasa dışında da ölçü normlara yer verildiği görülmektedir.¹⁰⁸

Örneğin İspanya Anayasası'nın 10/2'nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Anayasa tarafından tanınan temel haklar ve hürriyetlerle ilgili ilkeler İnsan

¹⁰³ Çelebi, s. 96-97.

¹⁰⁴ Ergül, s. 120'de, haklı olarak, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararının gerekçesine yeniden yargılama yapan mahkemenin uyması gerektiğine işaret edilmektedir.

¹⁰⁵ Çelebi, s. 100.

¹⁰⁶ Örneğin AYM'ne göre, “Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen yasalara kimi durumlarda sınırlı da olsa geçerlilik sağlayacak yasal düzenlemeler yapılmamasını gerektirir.” (AYM, E. 2000/14, K. 2000/21, KT: 13.9.2000).

¹⁰⁷ “AYM kararlarının bağlayıcılığı ve icrası, son kertede kararların ikna edici gücüne, yani gerekçelerinin tutarlı ve istikrarlı olmasına bağlıdır. Öncelikle derece mahkemeleri, bunun yanı sıra yasama ve yürütme organları ancak bu koşullarda AYM kararlarına uymayı seçeceklerdir. AYM'nin kendisi bu koşulları sağlayamadığı sürece, kararların icrasına ilişkin zorlayıcı normatif düzenlemelerin etkili olamayacağı açıktır” (Çelebi, s. 113).

¹⁰⁸ Örneğin, İspanya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovak Federal Cumhuriyeti, Bulgaristan gibi ülkelerin anayasalarında, AYM'nin yasanın anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde sadece anayasanın değil, o ülkelerin taraf oldukları sözleşmelere de uygunluk denetimi kabul edilmiştir. Bkz. Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 500; Özbudun, s. 382; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, s. 96-101.

Hakları Evrensel Bildirgesi'ne ve bu konuda İspanya'nın onay verdiği uluslararası antlaşmalar ve sözleşmelere uygun olarak yorumlanır". Bu ve benzeri düzenlemeler, bu arada 1982 Türk Anayasası'nda yer alan, "Dünya milletler ailesinin şerefli bir üyesi olarak" (Başlangıç, 2. paragraf), "hukuk devleti" (m.2), "insan haklarına saygılı" devlet (m.2), "insan haklarına dayalı" devlet (m.14/1), herkesin "kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere" sahip olması (m.12/1), "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler" (m.15/1), herkesin "adil yargılanma hakkına sahip" olması (m.36/1), yargıçların "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kannatlerine göre" hüküm vermeleri (m.138/1), "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar (...) hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine" başvurulmaması (m.90/son, ikinci cümle) ve anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen antlaşmaların yasa gücünde olması yanında, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri"nin esas alınması (m.90/son, son cümle) birlikte düşünüldüğünde, tüm mahkemelerin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin hükümlerini dikkate almaları gerekir.

Kuşkusuz, AYM karar verirken Anayasa'yı dikkate alıyor, çünkü AYM iptal davası ile somut norm denetimi yapmasında, ilgili normun anayasaya uygunluğunu denetlemekte (m.150, 152), sözleşmeye uygunluk denetimi yapmamaktadır. Ancak, bireysel başvuru incelemesinde sadece anayasaya uygunluk denetimi yapılacağına ilişkin açıkça sınırlayıcı düzenleme getirilmemiştir (m.148/3). Buna karşın, bireysel başvuruda sözleşmeye veya AİHM kararlarına uygunluk denetimi yapılacağına da yer verilmemiştir. Anayasada sadece, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir" denmektedir. AYM bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarında, ihlal kararını anayasanın ilgili hükmüne aykırı işlem yapıldığı gerekçesiyle vermektedir.¹⁰⁹

Dolayısıyla, özellikle bireysel başvurunun kabul edilmesi üzerine (m.148/3) AYM'nin AİHS ile Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilgili değerlendirmelerinde hem AİHS hükümlerini, hem de AİHM kararlarını da dikkate alması karşısında, AYM'nin çoğu kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığından söz edilemez.¹¹⁰ Yani AYM kararlarının gerekçelerine AİHM karar

¹⁰⁹ Örneğin, AYM, B. No: 2017/32052, KT: 8.10.2020; R.G.: 30.12.2020, Sayı: 31350. Burada AYM, AİHS'nin 5'inci maddesi ve bu maddeyle ilgili olarak AİHM kararlarına yer vermiş; ancak Anayasa'nın 19'uncu maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹¹⁰ AYM'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarının neredeyse tamamında AİHM kararlarına yer verdiği ve AİHM kararının gerekçesini olduğu gibi aldığı ve kendi gerekçesini de bu kararların gerekçeleri doğrultusunda oluşturduğunu görmekteyiz. Örneğin, AYM, B. No: 2017/26740, KT: 16.12.2020.

gerekçelerini alarak kendi gerekçesini hukuki olarak güçlendirmektedir. Ancak bu durumu, AİHM kararlarının gerekçelerinin AYM'ni mutlaka bağlayıcı olduğu şeklinde anlayamayız. Çünkü, AYM başvuruları, ister anayasaya uygunluk denetiminde olsun, ister bireysel başvurularda, anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmektedir.

AYM'nin ihlal kararlarının çoğunda yer alan gerekçeler, AİHM'nin karar gerekçesiyle özdeş olduğu gibi, kendi oluşturduğu gerekçelerde de, ihlalin varlığını ortaya koyduğuna göre, gerekçelerin bağlayıcı olmadığını söyleyemeyiz. Çünkü, gerekçelerde bir konunun/kurumun/hakkın açıklaması (tanımlaması) yapılmaktadır. Bu açıklamayı yok sayarak AYM kararının sadece hüküm kısmının bağlayıcı olduğunu kabul edip, hatta gerekçenin ilgililere (parlamento veya mahkemelere) “yol gösterici” olduğunu söylemek veya kabul etmek, yeni yasa hazırlanırken bildiğini okumak şeklinde anlaşılmaya elverişlidir.

AYM'nin kararının gerekçesine AİHM kararının gerekçesini alması ve kararını bu kararlara uygun vermesi dikkate alındığında, AYM'nin kendisinin de AİHM kararlarının gerekçeleriyle bağlı hissetmesinden başka bir şey değildir. Çünkü, AİHM, AİHS'ni yorumluyor ve bu yorumda kavramlara/kurumlara verdiği anlam sözleşmeye üye ülkelerde bağlayıcı olmaktadır. Üye ülkelerin sözleşme hükmüne uyma mecburiyetleri yanında (AİHS, m.1 ve Başlangıç); AİHM kararlarının bağlayıcılığını da kabul ettikleri pozitif temeli olan bir husus (AİHS, m.46). Ancak elbette AİHM kararlarının gerekçeleri AYM'yi bağlayıcı değil. Çünkü, AYM başvuruları, anayasaya uygunluk denetiminde “anayasaya”; bireysel başvurularda da, anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediği noktasından, yine anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmektedir.

Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü normun anayasa olduğunda kuşku olmamakla beraber; her hukuki sorunun çözümünde anayasa yanında, kimi ülkelerde anayasa dışında birtakım ölçü normlar belirledikleri; kimi ülkelerde ise, anayasada açıkça anayasa dışında ölçü norma yer verilmediği halde yargı kararlarıyla ölçü normların oluşturulduğu görülmektedir.¹¹¹

Kimi anayasalarda¹¹² veya yargı kararlarında anayasa hükümleri dışında ölçü norm kabul edilmesi,¹¹³ bana göre aslında pozitif hukuk ile doğal hukukun bağ-

¹¹¹ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 500.

¹¹² Örneğin, kimi anayasalarda pozitif anayasa metinleri yanında, hukukun genel ilkelerine, hatta yazılı olmayan bir anayasa hukukunun varlığının kabul edildiği görülmektedir. Özellikle Fransa, Federal Almanya, İtalya ve İsviçre Anayasaları. Bkz. Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi Bir Çalışma Taslağı*, 1. Baskı, BFS Yay., İstanbul, 1989, s. 136 vd.; Koboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 97-101; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 500-503.

¹¹³ Türk AYM'nin bir çok kararında şu hususlara hukukun genel ilkeleri arasında yer vermiştir: devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünün kabulü, iyi niyet ilkesi, sözleşmeye bağlılık (ahde

daştırılmasını amaçlamaktadır. Çünkü, anayasa dışında kalan normlardan pozitif olanlarına yollamada bulunulmasında da pozitif hukuktan hareket edilmektedir. Oysa, yazılı olmayan haklara yollamada bulunulması halinde doğal hukuk ilkesinin de ölçü norm olarak değerlendirilebileceğini göstermektedir.

Dolayısıyla bu düzenleme ve içtihatlarla kabul edilen durumlar karşısında, AYM kararının gerekçesi zenginleşmekte ve gerekçe hükme dönüşmektedir. Bu gibi durumlarda gerekçenin bağlayıcı olmayacağını kabul etmek mümkün değildir.

F. Her Kararın Gerekçesi Bağlayıcı mı?

AYM karar gerekçelerinin tümünün bağlayıcı olduğu söylenemez.¹¹⁴ Ancak, karar gerekçelerinin hiçbir zaman bağlayıcı olamayacağı da söylenemez.¹¹⁵ Örneğin, işkencenin tanımını yapan bir gerekçenin, sadece hüküm kısmının bağlayıcılığını kabul edip, hangi fiillerin işkence sayılacağına ilişkin gerekçedeki açıklamaların bağlayıcı olmayacağı söylenemez. Veya, bir temel hakkın kullanımını sağlayan tebligat işleminin nasıl yapılması halinde yasa yoluna başvurma hakkının etkin kullanılabilmesine işaret eden gerekçenin bağlayıcı olmayacağını nasıl kabul edebiliriz.¹¹⁶

vefa), kazanılmış haklara saygı, yasaların kamu yararına dayanması ilkesi, yasaların geriye yürümezliği, kesin hükme saygı, Devlet'e güven, yeni kurallara aykırı olan önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi, genel kural ile özel kural çatışmasında özel kuralın öncelikli uygulanması ilkeleri gibi. Bu hususta derli toplu değerlendirme için bkz. Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 505-506.

¹¹⁴ Kanadoğlu, s. 277'de haklı olarak, "AYM kararında yer alan tüm görüş ve yorumların bağlayıcı olduğunu ileri sürmek de doğru bir yaklaşım olmasa gerek. (...) (B)jinlerce sayfayı aşan AYM kararlarında, hüküm fıkralarında varılan sonuçla herhangi bir ilgisi olmayan açıklamaların yer alması kaçınılmaz bir olgudur. (...) tüm yorum ve görüşlerin bağlayıcı olduğunun savunulması sakıncalı durumlara yol açabilecektir" diyor.

¹¹⁵ Örneğin, AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğuna ilişkin açık düzenleme bulunmadığı yönündeki görüşlerde, "iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz" hükmünün (m.153/1) dikkate alınmaması gibi.

¹¹⁶ Örneğin AYM yakın tarihli bir kararında şunlara işaret etmiştir: "*Somut olayda başvuru, Mahkemece gerek kısa kararda gerekse gerekçeli kararda gösterilen on beş günlük süreye uyarak temyiz talebinde bulunmuş ancak Yargıtay sürenin on beş gün değil de on gün olduğu gerekçesiyle başvuru temyiz istemini reddetmiştir. Oysa mahkemelerin kanun yolunu ve süresini ilgili kanun ve içtihatlarla uygun olarak taraflara doğru gösterme yükümlülüğü altında olduğu dikkate alındığında başvuru ilk derece mahkemesi kararında gösterilen süreyi esas almasının makul görülmesi gerekmektedir*" (para. 48); "*Anayasa Mahkemesinin önceki başvurularında ortaya koyduğu, yukarıda özetlenen ilkeler dikkate alındığında kanun yolu sürelerinin sade olduğunun söylenemeyeceği bir sistemde ilk derece mahkemesince gösterilen temyiz süresine, hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde güvenerek hareket eden başvuru temyiz talebinin süreden reddedilmesiyle haksız yere yüklenen külfetin ölçülü olmadığı ve başvuru mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır*" (AYM, B. No: 2017/34763, KT: 11.2.2021, para. 49; R.G.: 15.4.2021, Sayı: 31455). AYM bu

Ancak, AYM kararının gerekçesinin istisnası olmaksızın bağlayıcı olmadığı yaklaşımının bizi nerelere götürebileceği üzerinde de durmak gerekir. AYM'nin verdiği bir ihlal kararı üzerine dava mahkemesi yargılamanın yenilenmesine gerek olmadığına ilişkin gerekçesine şunları yazmıştır: “Anayasa Mahkemesi kararı ilk derece mahkemesinin *görev ve yetki alanına* müdahalede bulunmuştur. Zira yargılamanın durması ve infazın durması talepleri daha önce başvuru avukatlarınca Yargıtay 16. ve 17. Ceza Daireleri önünde ileri sürülmüş ve reddedilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yargılama yapılması ve durma kararı verilmesi gerektiği şeklindeki kararı yerindelik denetimi niteliğindedir”.¹¹⁷

Dava mahkemesinin ilk kararıyla ilgili olarak verilen ihlal kararının gerekçesi ile hüküm kısmının birlikte okunması gerekmektedir. Çünkü, AYM'nin ihlal kararı ve gerekçesi (içeriğine katılmıyorsa da), bağlayıcı olduğu halde, dava mahkemesi yukarıdaki gerekçesinden anlaşıldığı üzere, AYM kararı doğrultusunda işlem yapmamıştır. Neticede konuyu ikinci kez inceleyen AYM Genel Kurulu yine ihlal kararı vermiştir.¹¹⁸ Görüldüğü gibi bu son karar öncesi kararda yer alan gerekçeler iyi incelenmiş olsaydı, bağlayıcılığı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi işlemi yapılması gerekecekti.

G. AİHM Kararıyla İlgili Değerlendirme

AİHM'nin ihlal kararlarının içi hukukta gereğinin yapılması zorunludur (AİHS, m.46). AYM de, yerinde olarak, AİHM'nin ihlal kararının iç hukukta gereğinin yapılıp yapılmadığını denetlemeye kendisini yetkili görmüştür. AYM'ye göre, AİHM'nin ihlal kararının gereğinin yapılmaması, sözleşmeyle güven altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir biçimde korunamadığı anlamına gelmektedir.

kararında “Açıklanan gerekçelerle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” demek (para. 50) suretiyle, önceki kararlarında yer alan ilkesel yorum ve değerlendirmelerinin gerektiğine işaret etmiştir.

¹¹⁷ Aktaran AYM, B. No: 2020/32949, KT: 12.1.2021, para. 40/ii.

¹¹⁸ “Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkında verdiği hak ihlali ve ihlalin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması ve yargılamada durma kararı verilmesi gerektiği yönündeki kararına rağmen ilk derece mahkemesinin Anayasa'nın sözüne açıkça aykırılık oluşturacak ve kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını engellemeye yönelik anayasal güvenceleri işlevsiz hâle getirecek şekilde yargılamanın yenilenmesine yer olmadığına ve mahkûmiyet hükmünün aynen infazına karar vermesi (bu kararın itiraz sonucunda da kaldırılmamış olması) nedeniyle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” (AYM, B. No: 2020/32949, KT: 12.1.2021, para. 135).

AYM, AİHM kararının iç hukukta yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine dava mahkemesince yapılan yorumu değerlendirirken şuna işaret etmiştir: “AİHM kararında yer verilen gerekçelerin başvuru konusu davaya uygulanamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yani AYM, zımni de olsa AİHM tarafından verilmiş bir ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturacağını kabul etmiş ancak AİHM kararında yer verilen gerekçelerin önündeki davaya uygulanamayacağı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar vermiştir”.¹¹⁹ Bu kararında AYM, yargılamanın yenilenmesi davasına bakan mahkemenin yorumunu, “öngörülemez ve oldukça katı bir yorum olup ihlalin uygun ve yeterli bir biçimde giderilmesini oldukça zorlaştırmakta ve AİHM tarafından verilen ihlal kararının sonuçlarını etkisiz bırakmaktadır” biçiminde değerlendirerek, Anayasa’nın 17’nci maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²⁰

Bilindiği gibi, AİHM kararı, iç hukukta verilen bir mahkeme kararının temyiz incelemesi olmadığından bozma kararı verme şeklinde değildir. Ancak AİHM kararı taraf ülke için doğrudan bağlayıcı olmakla beraber, ihlal kararının gereğinin nasıl yapılması gerektiği konusunda her ülkede ihlalin niteliği de gözetilerek farklı uygulamadan söz etmek mümkün ise de, bizim hukukumuzda AİHM’nin ihlal kararı yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir (5271, m.311 ve; 6100, m.377/1-e; 2577, m.53/1-ı).

AYM kararlarının gerekçelerinin hüküm kısmında yer almaması, gerekçenin bağlayıcı olmadığını göstermez.¹²¹ Çünkü, mahkemelerin kararlarının gerekçelerinin hüküm fıkrasından farklı yerde yazılacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak, mahkemeler, gerekçeyi yazdıktan sonra sonuca ulaşırlar. Bu sonuç belirtilen gerekçeyle birlikte değerlendirilebilecek bir husustur.

H. Hangi Gerekçenin Bağlayıcı Olacağı Sorunu

AYM kararlarındaki gerekçelerde muhalefet şerhlerine de (karşı oylara da) yer verildiğine göre, hangi gerekçeye itibar edileceği, dolayısıyla hangi gerekçenin bağlayıcı olacağı konusundaki eleştirilere gelince;¹²² mahkeme kararlarının

¹¹⁹ AYM, B. No: 2013/2750, KT: 17.2.2016, para. 76.

¹²⁰ AYM, B. No: 2013/2750, KT: 17.2.2016, para. 82-83.

¹²¹ Hakyemez, s. 385’te, AYM, “karar gerekçelerinin bağlayıcı olduğu hususuna da, yine kararlarının gerekçesinde yer vermektedir; hüküm kısmında değil” demekte. Ayrıca aynı yönde bkz. Sami Selçuk, ‘Başörtüsünde ‘Sanal Yasak’tan ‘Gerçek Yasak’a Gerileme mi’, Radikal, 04.02.2008.

¹²² Birden çok gerekçeden hangisine itibar edileceği konusunda soru için bkz. Özbudun, s. 412; Hakyemez, s. 386-387’de, AYM’nin bir kararında üç farklı gerekçe görüşüne işaret edilmekte ve “üç gerekçe bağlayıcı sayılacak mı?” dendiğinden sonra; “Eğer bu soruya olumsuz cevap verilirse, bu üç gerekçeden en fazla üye sayısına sahip görüş mü bağlayıcı olacaktır? Bu biçimdeki soruların varlığı bile, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığının

heyet halinde verilmesi nedeniyle karşı oy yazılması hukukumuz bakımından doğaldır. Çünkü, 6216 sayılı Kanun'un 66/7'nci maddesindeki düzenlemeye göre, *“Kararlar, inceleme veya yargılamaya katılan başkan ve üyeler tarafından imzalanır. Muhalif kalanlar, kararda muhalefet nedenlerini İçtüzükte belirtilecek süre içinde yazılı olarak teslim ederler. Kararlar ilgililere bu şekliyle tebliğ olunur”*.

5271 sayılı CMK'nın 34/1'inci maddesindeki düzenlemeye göre de, *“Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230'uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir”*.

Bu düzenlemeler karşısında ve uygulamadan da anlaşıldığı gibi, AYM'nin çoğunluğu ile azınlık görüşünün gerekçeleri farklıdır. Asıl bağlayıcılıkta dikkate alınacak husus, AYM kararında yer alan çoğunluk veya oybirliği halinde verilen kararlardaki gerekçelerdir. Karşı oyların gerekçeleri ayrıca yazılacağı için, bunların bağlayıcılığından söz edilemeyecektir. Çünkü, karşı oy gerekçesi çoğunluğun gerekçesine ve dolayısıyla da çoğu kez de çoğunluğun vardığı hükme yöneliktir. Azınlıkta kalanlar, hükmün doğru olduğu, ancak farklı gerekçeyle bu sonuca ulaşılmalı dese bile, hükme varmadaki çoğunluğun gerekçesinin esas alınması gerekecektir.

Gerekçelerin bağlayıcılığı, yukarıda belirttiğimiz gibi, hüküm fıkrasını doğrudan etkiliyorsa kaçınılmaz olup, bu durumun her kararda ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir. Ancak gerekçelerin bağlayıcılığının, “statükocu sonuç doğuracağı” elbette herkes tarafından kabul edilebilir. Ancak, gerekçenin açıkça hükmün oluşmasında önemli bir katkısı varsa, etkilemesini doğal karşılamak gerekir. Zaten, AYM kendi içtihadını zaman içerisinde değiştirebilir, değiştirebilmekte de. Yabancı ülke Yüksek Mahkemelerinin de zaman zaman toplumda karşılığı olmayan kararlar verdikleri olmaktadır. Demokrasinin olgunlaşması

ne derece yüzeysel bir değerlendirmenin sonucunda verilmiş, hukuksal ve mantıksal açıdan fevkalade sorunlu görüş olduğunu gözler önüne sermektedir” deniyor.

Oysa yukarıda açıkladığımız biçimde AYM'nin karar vermedeki oylama biçimine göre, “Genel Kurul ve bölümler kararlarını katılanların salt çoğunluğuyla alır. Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur” (6216, m.65/1); “Anayasa değişikliklerinde iptale, siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu aranır” (6216, m.65/2) ve “Oylamaya en kıdemsiz üyeden başlanır” (6216, m.65/3).

Yüce Divan sıfatıyla bakılan davalarda ise, “Genel Kurul, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir” (6216, m.57/1). Yürürlükteki “kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir” kavramı 5271 sayılı CMK ve ilgili diğer yasaları işaret etmektedir.

Yine Siyasi Partilerin kapatılması davalarıyla ilgili olarak da, “Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, 5271 sayılı Kanunun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden Genel Kurulca incelenir ve kesin karara bağlanır” (6216, m.52/2) denmektedir.

gibi, içtihatların istikrar bulması da bir süreçtir. Mahkemelerin verdikleri kararlar arasında kimileri toplumun bir kesimini şu veya bu şekilde rahatsız edebilir. Bu tür kararlardan yola çıkılarak kurumsal olgunlaşmanın önünün kesilmemesine özen gösterilmesi gerekir.

AYM'nin her gerekçesinin bağlayıcılığından söz edilemeyeceğine yukarıda işaret etmiştik. Örneğin, gerekçede yer alan ve hükmü etkilemeyen fazladan yazılmış hususların bağlayıcılığından söz edilemeyecek; buna karşın, gerekçede anayasa hükmü olduğu gibi yazılmış ve hüküm bu gerekçeye dayandırılmış ise, bu gerekçe zaten anayasa metni ile örtüştüğü için bağlayıcı olacaktır.

Kimi gerekçede bir hakkın etkin kullanımını sağlayan yorum/açıklama söz konusu ise, burada gerekçenin bağlayıcı olmadığından söz edilemez. Örneğin AYM bir kararında iddianın ispatı konusunda iddiacının ispatlaması gerektiğine karar verdi.¹²³ Bu kararda yer alan gerekçenin veya yasa yoluna başvurma süreciyle ilgili bir belirleme söz konusu ise,¹²⁴ ilkesel olan bu belirlemelerin (gerekçelerin) bağlayıcı olmadığından söz edilemez.

I. AYM Kararının Kendisini Bağlaması Sorunu

Öğretide; AYM kararlarının kendisini de bağlaması konusu üzerinde durulmaktadır.¹²⁵ Elbette haklı nedenler ve gerekçeler varsa AYM kararının kendisini bağlamaması gerekir. Çünkü, AYM'nin bugünkü çoğunluğu değişeceği için, yeni

¹²³ AYM, B. No: 2013/6932, KT: 06.01.2015; R.G.: 9.5.2015, Sayı: 29350. Bu karara konu davada AYM, işçinin aldığı hekim raporuna rağmen, işverenin işçinin raporuna itiraz etmesinde, işçinin hasta olduğuna ilişkin raporuna rağmen, adli mahkemede işçiyi “işverenin iddialarının aksini ispatlamak zorunda bırakan kabul” kararını; “Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” demiştir. Oysa temyiz incelemesinden geçen kararda; işçinin hasta olduğuna ilişkin raporu olduğu halde, hasta olmadığını işverenin ispatlaması gerekirken, ispat yükü tersine çevrilerek, işçiye yüklenmiştir. Bu durumda “gerekçe” ile “hüküm” arasında bağlantı bulunduğundan, başka bir nedene değil, mevcut gerekçeye göre hükmün hukuka aykırılığı gözetildiğinde, hükümle birlikte gerekçenin de bağlayıcılığı vardır. Çünkü, bu gerekçe benzeri olaylar bakımından da bağlayıcı olacaktır. Hukuku başka türlü istikrara/güvene kavuşturmak kolay değildir.

¹²⁴ AYM, B. No: 2018/2784, KT: 10.2.2021, para. 40-41; R.G.: 2018/2784, Sayı: 31412. Bu kararda dava mahkemesince, “usulüne uygun tefhim yapılmadığı hâlde istinaf süresinin tefhimden başlatılmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği” iddiası var. AYM'ye göre, “Mahkemenin kısa kararının usul hükümlerine uygun olarak tefhim edilmemesine rağmen istinaf süresini tefhim tarihinden başlatarak istinaf başvurusunun süre yönünden reddine karar veren Bölge Mahkemesi kararının kanuni dayanağının bulunmadığı”na ve açıklanan gerekçelerle “Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar” verilmiştir. Burada da, gerekçedeki açıklamalar çerçevesinde adil yargılanma hakkı ihlal edildiği için, bu somut dava bakımından da gerekçe bağlayıcıdır.

¹²⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 932; Hakyemez, s. 387; Konuyla ilgili değişik yaklaşımlar konusunda bkz. Ergül, s. 11 vd.; Karan, s. 99 vd.

çoğunluğun farklı karar vermesi doğaldır. Ancak AYM'nin içtihatlarını sık değiştirmesinin istikrar ve güveni sarsacağına da kuşku yoktur.¹²⁶

Ancak AYM'nin içtihat değiştirmesi, insan hakları konusundaki gelişmeler ve dinamizm gözetildiğinde, mümkün ve zamanla gerekli de olmaktadır. Bence insan haklarının dinamik olması dikkate alındığında, hakları etkili (kullanılabilir, yararlanılabilir) kılan yorum yönteminin kabul edilmesi gerektiğinden, içtihatların bu hususları gözeterek ve gerekçesi gösterilerek değiştirilmesi en uygun yol olarak düşünülmelidir.¹²⁷

Ancak AYM kararının iç ve dış etkisinden söz edilerek, iç etkinin; AYM üyeleri kararını verip imzaladıktan sonra kendisinin kararına dokunamaması bakımından bağlayıcılığından söz edilebilir.¹²⁸ Böyle bir bağlayıcılığın kabul edilmesi, AYM'nin içtihat değişikliğine gidemeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu nedenle, demokratik hukuk devletinde dönüşümü sağlayacak olan da içtihat de-

¹²⁶ Nitekim AYM'nin “demokratik toplum” kavramını değerlendirirken, aynı yıl ilk kararında; “Hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması bakımından Anayasanın açıkça belirttiği durumlardan biri de Anayasanın 119., 120., 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü hallerle sıkıyönetim ve savaş hallerinde yapılabilecek sınırlamalardır. Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur” şeklinde 1982 Anayasası'ndaki demokratik toplum (AYM, E. 1985/21, K. 1986/23, KT: 6.10.1986) olarak değerlendirirken; AYM, aynı yıl kısa bir süre sonra verdiği kararında ise, “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin ögelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır” (AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, KT: 26.10.1986) diyerek, ilk kararında 1982 Anayasasındaki demokratik topluma işaret ederken, sonraki kararında “evrensel demokratik ölçütleri” yansıtmıştır. Aynı değerlendirme için bk. Özbudun, s. 117; Benzeri değerlendirmeler için bkz. Ergül, s. 125 vd. Ergül, sürekli içtihat değişikliğini yerinde bulmamakta ve haklı olarak içtihat değişikliği için “iyi sebepler” olmasına işaret etmektedir (s. 312).

¹²⁷ AİHM'nin Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararında, “Sözleşme'nin hakları teorik ve kâğıt üstünde bırakabilecek şekilde değil ama pratik ve etkili kılacak tarzda yorumlanması ve uygulanması büyük bir önem taşımaktadır” denmektedir. Bkz. Ergül, s. 126.

¹²⁸ Karan, s. 99.

ğişimi olduğu için, içtihatlarının mahkemenin kendisini bağlamasını kabul etmek doğru olmaz.¹²⁹

Kural olarak AYM kararının mahkemenin kendisi için de bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir.¹³⁰ Çünkü, Anayasanın 153/son maddesindeki düzenlemede kararının kendisini bağlamayacağı konusunda bir ayırım yapılmamaktadır. Ancak AYM kendi kararını değiştirebilir. Konuya buradan yaklaşıldığında, AYM kararının kendisini bağlayıcılığı, kararın içtihat değişikliği ile değiştirilmemesi kaydıyla şekilde anlaşılması gerekir. Çünkü mahkemeler içtihatlarını değiştirebilirler.¹³¹

Diğer bir husus, AYM gerekçesinin bağlayıcılığını toplumun neredeyse tamamını benimsemiş durumda. Bu konuda kime sorsanız kararın gerekçesini bir görelim demektedir. Nitekim AYM bir çok kararında, kendi kararının bağlayıcılığına yönelik eleştirilere cevap verirken, haklı olarak kararının bağlayıcılığını dile getirmektedir.¹³²

Örneğin AYM, somut norm denetimi sonucu, 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verdi.¹³³ Kararın hüküm kısmı bu kadar; ancak kararın Anayasa'nın 34'üncü maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmesindeki gerekçelere bakıldığında, konunun neredeyse tüm boyutlarının ele alındığını ve gerekçede yer alan hususların, yasama organını tümüyle bağladığından söz edilemese de (farklı düşünce olabileceği veya somut durumlara göre yetkililerin seçenekler arasında tercih yapmalarının mümkün olduğu gözetilerek), karar sonucuna götüren kısımlarının bağlayıcı olmadığı söylenemez.

AYM'nin bir karar gerekçesinde,^{134,135} "*Gösteri yürüyüşünün yapılacağı güzergâh belirlenirken trafik düzeninin etkilenip etkilenmediği hususunun da göz*

¹²⁹ Ancak, AYM'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünü inceleyememesi, bu süre içerisinde verdiği ret kararıyla bağlı olduğunu gösteren bir örnektir. Bkz. Aliefendioğlu, s. 295.

¹³⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 931.

¹³¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 932'de, eğer AYM kararlarının "gerekçesi de bağlayıcı ise", gerekçenin "sadece yasama, yürütme organları ve diğer mahkemeler değil, bizzat Anayasa Mahkemesinin kendisi"ni de bağlayıcı olmalıdır demek ve devamla, böyle bir bağlayıcılığın "donmuş, statik bir hukuk sistemine yol açma" çağını belirten yazar, AYM'nin kendi kararları arasında da "donmuşluk bir yana, asgari bir istikrar" olmadığını dile getirdiği gibi, ayrıca "gerekçelerinde ileri sürdüğü görüşlerde, yaptığı yorumlarda ise istikrar olduğunu söylemek oldukça zordur" demektedir.

¹³² Bkz. Yukarıda II/B başlığı altındaki açıklamalar ve orada geçen AYM kararları.

¹³³ AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10/9/2020; R.G.: 18.11.2020, Sayı: 31308.

¹³⁴ AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10.9.2020, para. 15; R.G.: 18.11.2020, Sayı: 31308.

¹³⁵ AYM'nin E. 2020/12, K. 2020/46, 10.9.2020 günlü kararında yollamada bulunduğu kararları için bkz. AYM, E. 2014/101, K. 2017/142, KT: 28.9.2017, para. 51; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, B. No: 2013/3924, KT: 6.1.2015, para. 119; *Dilan Ögüz Canan*, B. No: 2014/20411, KT: 30.11.2017, para. 41; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17.2.2016, para. 69.

önünde bulundurulması, haklar arasında denge kurulabilmesi bakımından gerekli ise de trafik düzeninin aksamamasına mutlak bir üstünlük tanınması, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aleyhine orantısız bir şekilde bozulması sonucunu doğuracaktır. Zira Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da işaret edildiği üzere toplantı ve gösteri yürüyüşünün başkalarının günlük yaşamlarını bir miktar zorlaştırması kaçınılmaz olup demokratik toplumda bu hakkın kullanılmasının gündelik yaşamı bir miktar zorlaştırmasının hoşgörüsüyle karşılanması gerekir”¹³⁶

AYM, bu kararında (AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10.9.2020) hakların kullanımları bakımından aralarında üstünlük olup olmadığına da yer verdiği gerekçesinde, *“Yürüyüşün yapılacağı mekânın belirlenmesinde başkalarının hak ve özgürlüklerine mutlak bir üstünlük tanınması durumunda, sadece belirli yerler gösteri yürüyüşü güzergâhı olacak, geri kalan yerler ise mutlak olarak yasaklanmış alan sayılacaktır. Oysa bazı durumlarda gerçekleştirilecek yürüyüşlerin muhataplarını etkileyebilmesi bakımından düzenlendiği mekânın, seçilen güzergâhın büyük bir önemi bulunmaktadır. Demokratik bir toplumda zorlayıcı bir neden bulunmadıkça kişilerin gösteri yürüyüşünü düzenleyecekleri mekânı seçebilmeleri gerekir”¹³⁷*

AYM bu kararının gerekçesinde ayrıca (AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10.9.2020), bu özgürlüğün kullanımında, “trafik düzeninin aksamaması ölçütünün dikkate alınmayacağı”nın söylenemeyeceğine; “gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi nedeniyle trafiğin aksaması gündelik yaşamı aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırıyorsa anayasal ilke ve kurallara uygun davranılması şartıyla söz konusu hakkın sınırlanması”nın mümkün olduğuna; “İtiraz konusu kuralda ise zorlaştırmanın boyutuna yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmezsizin şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi kategorik olarak yasaklanmakta” olduğuna; dolayısıyla “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına getirilen sınırlama zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlama olarak değerlendirilemeyeceğine işaretlerle, itiraz konusu kuralın (2911, m.22/1) Anayasa’nın 13. ve 34. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.¹³⁸

Bu gerekçeler arasında kesinlik ifade eden hususların bağlayıcılığı göz ardı edilemez. Örneğin, “İtiraz konusu kuralda ise zorlaştırmanın boyutuna yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmezsizin şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşünün kategorik olarak yasaklanma”nın yerinde olmadığına ilişkin gerekçenin bağlayıcılığını kabul etmek gerekir.

¹³⁶ AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10/9/2020, para. 15; R.G.: 18.11.2020, Sayı: 31308.

¹³⁷ AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10/9/2020, para. 16; R.G.: 18.11.2020, Sayı: 31308.

¹³⁸ AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10/9/2020, para. 17; R.G.: 18.11.2020, Sayı: 31308.

AYM kararının gerekçesinin bağlayıcılığı ile hukukun dondurulacağı ileri sürülmektedir. Oysa bir anayasa değişikliği gerçekleştirildiğinde, yeni normun yorumu yeni bir durum yaratacağı için, gerekçenin bağlayıcılığının somut olay bakımından olumsuzlukları söz konusu ise, değişiklik üzerine yeni bir yorum ve gerekçe ortaya konacağı için, içtihatla hukukun dondurulduğundan söz edilemez. Kaldı ki; yukarıda açıklandığı üzere, AYM kendi içtihadını günün koşullarına göre değiştirebilir.

Tüm bunlara rağmen yasama organının, AYM'nin gerekçesindeki tereddütleri aşacak yeni gerekçeyle yasa düzenlemesi yapması halinde, AYM'nin içtihadında değişiklik yapması da mümkündür. Günümüzde hukuk devleti, yargı yapımı hukuk ile demokrasinin bir arada yaşatıldığı devlet olmaktadır.¹³⁹

İ. AYM Kararının Diğer Mahkemeleri Bağlaması

AYM karar gerekçelerinin diğer mahkemeleri bağlayıcı olmadığına ilişkin yargı organı¹⁴⁰ ve öğretilerdeki görüşlere gelince,¹⁴¹ her yargı organının kararı bağlayıcıdır. Ancak, her yargı organı kendi görev ve yetkisi içerisinde karar verir; aynı konuda AYM'nin kararı diğer yargı organlarını bağlar. Bu yaklaşım, AYM'nin karar ve gerekçesini diğer yargı organlarına dikte ettirmek değildir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (YİBK) ile ilgili düzenlemeye göre, “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar” (2797, 45/5). Bu bağlayıcılık benzeri konularla ilgilidir ve YİBK'na konu yasa değiştirilmiş olursa veya YİBK usulünce değiştirilirse, artık bunların da süresiz olarak bağlayıcılığından söz edilemez.¹⁴²

J. Bireysel Başvuru Kararları Yönünden

Yukarıdaki görüşlerin çoğu AYM'nin iptal kararları ve bu kararların gerekçeleri ile ilgilidir. Ancak hukukumuzda, 2010 yılında Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen düzenlemeyle getirilen bireysel başvuru kararlarıyla ilgili değerlendirme yapmak da gerekmektedir.

¹³⁹ Çağlar, Anayasa Bilimi Bir Çalışma Taslağı, s. 170'de maddi hukuk devletinin, yargıçlar devleti ve demokrasinin yeni bir sentezi olduğuna işaret etmektedir.

¹⁴⁰ Danıştay 8. Dairesi, E. 1986/402, K. 1988/192; Danıştay'ın bu kararında, anayasanın yorumuna değil, yasanın yorumuna işaret edilmekte ve “yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği” denmektedir. Aktaran İyimaya, s. 68-77 ve Hakyemez, s. 394.

¹⁴¹ İyimaya, s. 68 vd.; Hakyemez, s. 394.

¹⁴² 2797 sayılı Yargıtay Kanunundaki düzenlemeye göre (m.45/3) YİBK'larının değiştirilmesi mümkündür. bu düzenlemeye göre, “İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır”. Bu düzenleme zamana ayak uydurma ve içtihatların dondurulmasının engellenmesi için kabul edilmiştir.

Öğretide, haklı olarak, AYM'nin bireysel başvuru kararları açısından konunun "biraz daha fazla sorunu içinde barındır"dığına işaret edilmekle beraber,¹⁴³ bireysel başvuru sonucunda verilen kararlar ile bu kararların gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda iptal kararları için söylenenlerden farklı değerlendirme yapılmasını haklı kılacak bir neden bulunmamaktadır.¹⁴⁴

Bireysel başvuru kararlarında, "sadece gerekçelerin ne oranda bağlayıcı olduğu değil, aynı zamanda kararların başvuru sahibinin ötesine geçen 'objektif' bir etkisinin olup olmadığı ve nihayetinde kararın gereklerini yerine getirme konusunda kimin asli muhatap olduğu sorusu"nun da ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.¹⁴⁵

Ancak, konuyla ilgili olarak, "öncelikle normatif düzenlemelere bakılması, sonrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin hukuk düzeni içindeki yeri ve işlevi doğrultusunda kararların muhataplarının kim olduğu sorusuna yanıt aranması" gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.¹⁴⁶

AİHM kararlarında, özellikle tutuklama veya tutukluluğun sürdürülmesinde gerekçenin yetersiz bulunması nedeniyle ihlal kararı verilmektedir. AYM de bireysel başvuru incelemelerinde yetersiz gerekçeden veya gerekçeli karar hakkından hareketle ihlal kararları vermektedir. Bu nedenle, hukukumuzda kararların gerekçeli verilmesi zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler karşısında, sadece hüküm fıkrasından hareket edip, gerekçeyi göz ardı ederek verilecek kararın hukuki değerinin olmadığı sonucuna varmak gerekir. Gereksizlik veya yetersiz gerekçe ihlal nedeni kabul edildiğine göre, bu tür ihlal kararları bakımından, hükümle birlikte gerekçenin de bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu pozitif hukukta kabul edildiğine göre, yasa hükümlerinin somut olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi ancak gerekçenin denetimiyle mümkündür. Mahkeme kararı ancak gerekçeli ise, "denetim yollarında gerçek bir inceleme yapılabilir", buna karşılık gerekçesiz ise, "incelenecek bir karardan söz etmek mümkün olmayacaktır".¹⁴⁷

¹⁴³ Çelebi, s. 97.

¹⁴⁴ Çelebi, s. 96'da şu açıklama yapılmaktadır: "Burada öncelikle sorulması gereken soru, Anayasanın 153. maddesinin bireysel başvuruyu da kapsayacak biçimde değiştirilmemiş olmasının, AYM'nin bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ve kesinliği konusunda farklı bir yorumu zorunlu kılıp kılmadığıdır. Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir. Zira 5982 sayılı kanunla Anayasayı değiştiren anayasa koyucu, bireysel başvuruya ilgili esas ve usule ilişkin düzenleme yetkisini yasa koyucuya bırakmış, ama genel ilkelerde bir değişiklik yapıldığına dair aksi yönde bir irade belirtmemiştir. Dolayısıyla Resmi Gazete'de yayınlanmış olup olmamasından bağımsız biçimde Anayasa Mahkemesi'nin istisnasız bütün kararları AY madde 153/son ve 138/son uyarınca kesin ve bağlayıcıdır".

¹⁴⁵ Çelebi, s. 97.

¹⁴⁶ Çelebi, s. 97.

¹⁴⁷ Mehmet Öncü, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama (II): 'Gerekçeli Karar Hakkı'', Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz - Ağustos 2015, İstanbul, s. 2.

AİHM, tutuklulukla ilgili olarak verdiği kararlarda örneğin, basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verildiği, itiraz bakımından etkili bir başvuru yolunun olmadığı, silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı, “yargı organının hukuki nitelikte olmadığı”, yargılamada makul sureye riayet edilmediği, yargılama boyunca tutukluluğun sürdürüldüğü gerekçeleriyle AİHS’nin 5’inci maddesinin 3 ve 4’üncü fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁴⁸

SONUÇ

Mahkemelerin kararlarının hüküm kısmının bağlayıcılık olduğu konusunda öğretide farklı görüş bulunmamaktadır. Ancak, karar gerekçesinin bağlayıcılığı konusunda iki farklı görüş olmakla beraber, her bir görüş içerisinde de farklı değerlendirmeler mevcuttur.

AYM içtihadında, kendi kararının gerekçesinin bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. Öğretideki bir kısım görüş AYM içtihadı gibi düşünürken; bir kısmı gerekçenin hiçbir biçimde bağlayıcı olmadığını yaklaşımında.

Ancak iki farklı yaklaşımdan, gerekçenin tamamıyla bağlayıcı veya hiçbir kısmıyla bağlayıcı olmadığı şeklindeki bölünmede, her iki yaklaşımda da katılmadığımız noktalar bulunmaktadır.

Gerçekte, AYM kararının gerekçesinin hiçbir biçimde bağlayıcı olamayacağına ilişkin yaklaşımda mahkemeye güvensizlikten söz etmek mümkün. Zira bu yaklaşımda olan yazarlar arasında AYM’nin anayasayı yorumunun da bağlayıcı olmadığına ilişkin görüşler ağırlıktadır.

Buna karşın gerekçenin hiçbir ayırım yapılmaksızın bağlayıcı olacağı şeklindeki genellenmenin de yerinde olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü, kural olarak mahkeme kararı (hüküm kısmı) bağlayıcı olup, hükmün o şekilde kurulmasını sağlayan, güçlendiren, hüküm kısmından ayrılmayacak kadar sıkı bağlantı içerisinde olan, gerekçesi olmaksızın hüküm kısmının anlamsız kalabileceği hallerde de gerekçenin bağlayıcı olmayacağı söylenemez.

Anayasa’nın bir hükmünün yorumlanması, anlamlandırılması ve sonra hüküm verilmesinde, yorumu içeren gerekçeyi bağlayıcılık bakımından dışarıda bırakmak mümkün değildir. Örneğin, AİHM’nin kararlarında da gerekçelere bakılmakta, bu gerekçelerden hareketle kavramlara açıklık getirilmektedir. Özellikle bireysel başvuru kararlarında AYM, AİHM içtihatlarına yollamada bulunarak kendi gerekçesini güçlendirmektedir. AYM kararlarında AİHM kararlarının

¹⁴⁸ AİHM, *Şeyhmus Uğur ve Diğerleri/Türkiye*, 2. Daire, B. No: 1968/07 ile birleştirilen 23 dava dosyası, KT: 19.10.2010. Ayrıca birleştirilen altı Başvuru ile ilgili de aynı gerekçelerle ihlal kararı verilmiştir. *Ulu ve Diğerleri/Türkiye*, 2. Daire, KT: 7.12.2010. Özellikle karar gerekçeleri ve somut olaylarla ilgili olarak bkz. İbrahim Şahbaz, ‘AİHM’nin Türkiye’de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları’, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2012, Ankara, s. 45 -78.

gerekçelerine yollamada bulunulması dikkate alındığında, AYM kararlarının iç hukukta gerekçelerinin tümünden bağlayıcı olmadığı söylenemez.

Gerekçede yer alan hususlar kararın hüküm kısmını doğrudan etkiliyorsa, gerekçenin de bağlayıcılığını kabul etmek gerekir. Buna karşın gerekçede hüküm kısmıyla ilgili olmayan, hüküm kısmını etkilemeyen hususlar varsa, bu hususların bağlayıcılığında söz edilmemeli. Ancak gerekçede yer alan birden çok anlatım, değerlendirme, cümle, kavrama yer verilmiş ise, bunlardan yine doğrudan hükme esas alınan kısımların bağlayıcılığının kabul edilmesi; diğer kısımların bağlayıcı olmayacağı kabulü gerekir. Örneğin, karar gerekçesinde tarihsel bir değerlendirme yapılmış, kimi olaylar açıklanmış olur ve bunların hüküm kısmıyla doğrudan bağlantısı olmazsa, bağlayıcılıktan söz edilmemeli.

Ancak gerekçede, anayasada yer alan ve açıklanması (yorumlanması) gereken bir kavram yorumlanmış, buna dayalı olarak da hüküm verilmişse, bu halde de gerekçenin bağlayıcılığının kabulü gerekir. Örneğin AYM, kararında hukuk devletinin tanımını yapmış ve neticede incelenen konuda bu açıklaması doğrultusunda hüküm vermişse, bu gerekçenin bağlayıcı olmadığı söylenemez. Çünkü gerekçe mahkemeyi öyle bir hüküm vermeye götürdüğüne göre, sadece iptal veya ihlal kararının hüküm kısmının bağlayıcılığının kabul edilmesi doğru olmaz. AYM'ye göre, "Anayasa'nın kurmayı hedef tuttuğu demokratik hukuk devletinin temeli ve teminatı adalettir";¹⁴⁹ "genel hukuk esasları, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen prensiplerdir".¹⁵⁰

AYM'ye göre, "*Kanun koyucunun, bu görevi yerine getirirken, sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasa'nın ilkeleri ile bağlı olduğu aşikârdır. Emeklilik hakkından yoksun bırakmayı öngören söz konusu hüküm, genel hukuk esaslarından ve hatta hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramını zedelemekle birlikte yukarıda açıklandığı gibi sosyal güvenlik ilkesini de kayıtlamaktadır*".¹⁵¹

Görüldüğü gibi AYM'nin karar gerekçelerindeki açıklamaların bağlayıcılığı kabul edilmez ve ilgililer için sadece hüküm kısmının bağlayıcı olduğu kabul edilirse, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü, insan hakları konusunda yeterince gelişme elde edilemez.

AYM çok yakın tarihli bir kararında, başvurucuya copla vurulması ve darbenin etkisiyle parmağının kırıldığı iddiası ile açılan davada; sanığın fiilinin sabit görülerek hakkında verilen hapis cezası ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının

¹⁴⁹ AYM, E. 1963/99, K. 1964/38, KT: 13.5.1964.

¹⁵⁰ AYM, E. 1963/166, K. 1964/76, KT: 22.12.1964.

¹⁵¹ AYM, E. 1963/138, K. 1964/71, KT: 11.12.1964; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1964-71-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 14.5.2021).

geri bırakılmasına karar (HAGB) verilmesi (5271, m.231); bu karara karşı yapılan itirazın reddedilmesi üzerine bireysel başvuru incelemesinde ihlal kararı verirken şu gerekçeye yer vermiştir: “Anayasa’nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır”¹⁵².

Görüldüğü gibi bu kararda, suçun Anayasa’nın 17’nci maddesindeki kişi dokunulmazlığını ihlal ettiği gerekçesine yer verilmiştir. AYM’nin bu kararında, sadece hüküm kısmının bağlayıcılığı kabul edilirse, hangi fiille ilgili ve hangi gerekçeyle sonuca ulaşıldığını görmek mümkün olmayacaktır. Oysa, bu kararda ve benzeri kararlarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231’inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağını ancak gerekçeden öğrenebileceğiz. Dolayısıyla gerekçenin bağlayıcılığı dikkate alınarak insan bedenine yönelik ve kamu görevlisinden kaynaklanan fiille ilgili durumlarda HAGB kararı verilmemesi gerektiği ilgililer tarafından dikkate alınabilecektir. AYM’nin bu kararında, benzeri olaylarla ilgili olarak AİHM karar gerekçelerinin de dikkate alındığı görülmektedir.

AYM Genel Kurulu cinsel saldırı suçundan HAGB kararı verilmesinin hukuka uygun olmadığına ilişkin gerekçesinde şunlara işaret etmiştir: “(...) Mahkemenin, ceza tayini ve HAGB hususunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu halde verdiği kararlar bu yetkisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi vermiştir. Olaya özgü koşullar (...) nedeniyle başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına dair verilen kararın, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varılmıştır (...) Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin pozitif yükümlülüğünden usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır”¹⁵³.

¹⁵² AYM, *Elif Aydın Dost Kararı*, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. *Cezmi Demir ve Diğerleri*, para. 127; *Şenol Gürkan*, B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

¹⁵³ AYM, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

Görüldüğü gibi bu karar gerekçesinin bağlayıcı olmadığını kabul ettiğimiz takdirde, sadece hüküm kısmının bağlayıcılığını kabul edersek, örneğin bu karardaki hüküm kısmı, “B. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna oybirliğiyle, C. Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine” ilişkin kısmın bağlayıcılığını kabul etmiş olacağız. Bu Oysa bu şekilde yazılmış hüküm kısmını gerekçeden ayırdığımız takdirde, anlamlı olmayan bir durumla karşı karşıya kalınacaktır.

AYM kararında birden çok gerekçe olduğu, bu gerekçelerden hangisinin bağlayıcı olacağına ilişkin eleştiriler de bulunmaktadır. Bu yöndeki eleştiriye gelince; AYM’nin oyçokluğu ile verdiği kararlarında, karara katılmayan üyenin karşı oyundaki görüşü azınlıkta kaldığı için, bu görüşün bağlayıcılık bakımından gerekçede değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü, oyçokluğu ile verilen kararlarda, hem esasa ilişkin karşı oy, hem de hükmü doğru bulmakla beraber çoğunluğun gerekçesine karşı oy kullanan üyenin (üyelerin) gerekçelerinin bağlayıcılığa etkilerinden söz edilemez. Eğer somut kararlar bakımından, gerekçenin bağlayıcılığı kabul ediliyorsa, bu gerekçe hükme esas alınan çoğunluğun gerekçesinden başkası olamaz.

AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı daha çok iptal kararlarıyla ilgili olarak tartışılmış ise de, yukarıda verdiğimiz örnek olayda olduğu gibi, bireysel başvuru kararları bakımından da aynı değerlendirmenin yapılması gerekir.

AYM’nin Yüce Divan yargılamasında verdiği kararlar bakımından, adli yargı mahkemelerinin kararları gibi bağlayıcılığından söz etmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- ARMAĞAN**, Servet, “*Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1 ve K. 1989/12 No.lu ve 7.3.1989 Tarihli Kararının Tahlili ve Tenkidi*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt: II, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 1136-1141.
- ARMAĞAN**, Servet, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, 1. Baskı, Cezaevi Matbaası, İÜ Yayını (No: 1245), İstanbul, 1967.
- ARSLAN**, Zühtü, “*Anayasa Mahkemesinin ‘Yorum Tekeli’, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi*”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, ss. 59-86.
- ATAR**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar*, Hazırlayan: Akif Yıldırım, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Ankara, 2017, ss. 159-208.
- Bireysel Başvuruda Hukuk Davalarına İlişkin Kararlar*, Hazırlayan: Murat Azaklı, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Ankara, 2017, ss. 1145-1275.
- BOYAR**, Oya, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>; Erişim Tarihi: 14.5.2021).
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2016.
- ÇAĞLAR**, Bakır, “*Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara, 1986, ss. 163-195.
- ÇAĞLAR**, Bakır, *Anayasa Bilimi Bir Çalışma Taslağı*, 1. Baskı, BFS Yay., İstanbul, 1989.
- ÇELEBİ**, Ece Göztepe, “*Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 33, 2016, ss. 93-118.
- DOĞRU**, Osman / **NALBANT**, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar)*, Yüksek Yargı Kurumlarının Güçlendirilmesi Projesi, 1. Baskı, Council of Europe/Avrupa Konseyi ve T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012.
- DÖNER**, Ayhan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereğeslerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, ss. 215-233.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- ERGÜL**, Ozan, *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ESEN**, Bülent Nuri, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 206, Ankara, 1966.
- GÖREN**, Zafer, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2020.
- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
- HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki, “*Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, ss. 365-398.
- HEKİMOĞLU**, M. Merdan, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısını Hukuki Boyutları*, 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.
- İYİMAYA**, Ahmet, *Siyaset Hukuku Sorunları*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 4. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2009.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 14. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2019.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- KANADOĞLU**, O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004.
- KARAN**, Ulaş, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, Ekim 2018.
- KAYA**, Semih Batur, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, 1. Basım, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, On İki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- MEMİŞ**, Emin, *Anayasaya Uygun Yorum*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- METİN**, Yüksel, *Anayasanın Yorumlanması*, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.
- MÜLLER**, Friedrich, *Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri*, (çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), 1. Baskı, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009/2, İstanbul, 2009.
- OBERNDORFER**, Peter, “*Avusturya Raporu*”, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, AYM Yayını, Ankara, 1988, ss. 1-37.
- ODER**, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2010.
- ÖNCÜ**, Mehmet, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama (II): Gerekçeli Karar Hakkı*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz - Ağustos 2015, ss. 83-144.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- ÖZBEY**, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2012.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZER**, Atilla, *Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016.

- ÖZER**, Attila, *Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- SAĞLAM**, Fazıl, “*Anayasa Yargısının Bazı Sorunları*”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 524-550.
- SAĞLAM**, Fazıl, “*Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 13, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1996, ss. 43-76.
- SELÇUK**, Sami, “*Başörtüsünde ‘Sanal Yasak’tan ‘Gerçek Yasak’a Gerileme mi*”, Radikal Gazetesi, 04.02.2008.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, “*AİHM’nin Türkiye’de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları*”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2012, ss. 45 -78.
- ŞİRİN**, Tolga, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 24. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2020.
- TUNÇ**, Yaşar, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bakış*”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 47, 2010, ss. 29-39.
- YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016.
- YILDIRIM**, Turan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 26, 1993, ss. 69-80.
- YILDIRIM**, Turan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Cilt: 2, Sayı: 1, Mart 1994, ss. 19-25.
- ZEIDLER**, Wolfgang, “*Federal Almanya Raporu*”, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, AYM Yayını, Ankara, 1988, s. 61 vd.

Kararlar

AİHM Kararları:

- AİHM, Garcia Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, KT: 21.1.1999.
- AİHM, Şeyhmus Uğur ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 1968/07 KT: 19.10.2010.
- AİHM, Ulu ve Diğerleri/Türkiye, KT: 7.12.2010.
- AİHM kararları için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22%22%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}}> (Erişim Tarihi: 31.05.2021).

AYM Kararları:

- AYM, B. No: 2014/12158, KT: 1.2.2017.
- AYM, B. No: 2013/1015, KT: 8.4.2015.
- AYM, B. No: 2013/3672, KT: 30.12.2014.

- AYM, B. No: 2013/4495, KT: 17.7.2014.
 AYM, B. No: 2014/1292, KT: 10.6.2015.
 AYM, B. No: 2014/13062, KT: 30.3.2016.
 AYM, B. No: 2015/11798, KT: 25/5/2017.
 AYM, B. No: 2017/34763, KT: 11.2.2021.
 AYM, B. No: 2020/32949, KT: 12.1.2021
 AYM, B. No: 2013/2750, KT: 17.2.2016.
 AYM, B. No: 2017/32052, KT: 8.10.2020.
 AYM, B. No: 2017/26740, KT: 16.12.2020.
 AYM, B. No: 2013/3936, KT: 17.2.2016.
 AYM, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018.
 AYM, B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015.
 AYM, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018.
 AYM, E. 1990/36, K. 1991/8, KT: 9.04.1991.
 AYM, E. 1998/58, K. 1999/19, KT: 27.5.1999.
 AYM, E. 2007/5, K. 2007/18, KT: 7.2.2007.
 AYM, E. 2001/24, K. 2001/356, KT: 5.12.2001.
 AYM, E. 2000/8, K. 2003/104, KT: 26.12.2003.
 AYM, E. 2000/14, K. 2000/21, KT: 13.09.2000.
 AYM, E. 1999/38, K. 1999/45, KT: 25.11.1999.
 AYM, E. 1998/43, K. 1999/44, KT: 25.11.1999.
 AYM, E. 2000/45, K. 2000/27, KT: 5.10.2000.
 AYM, E. 1964/15, K. 1964/45, KT: 5.6.1964.
 AYM, E. 2020/12, K. 2020/46, KT: 10.9.2020
 AYM, E. 1963/138, K. 1964/71, KT: 11.12.1964.
 AYM, E. 1963/166, K. 1964/76, KT: 22.12.1964.
 AYM, E. 1963/99, K. 1964/38, KT: 13.5.1964.
 AYM Kararları için bkz. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>) (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

Yargıtay Kararı:

- Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı**, E. 2014/16959, K. 2017/27090, KT: 06/12/2017. Yargıtay Kararları için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 31.05.2021).

İşgal Altındaki Filistin Topraklarında (Ülkesinde) Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları

Legal Consequences of the Constuction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

Doç. Dr. Yıldırım SAK (Çev.)*

ULUSLARARASI ADALET DİVANI**

2004

9 Temmuz 2004

2004

9 Temmuz

Genel Liste

No. 131

Danışma Görüşü***

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisi.

Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrası - Şart'ın 96. maddesinin 1. fıkrası - Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisi - Genel Kurul'un faaliyetleri.

Genel Kurul'un danışma görüşü talep ettiği ES-10/14 sayılı kararının kabulüne neden olan olaylar.

Genel Kurul'un Şart çerçevesindeki yetkilerini aşarak tasarrufla bulunduğu iddiası - Şart'ın 24. maddesi ile 12. maddesinin 1. fıkrası - Şart'ın 12. maddesinin 1. fıkrasının yorumuna ilişkin Birleşmiş Milletler (BM) uygulaması - Genel Kurul yetkisini aşmamıştır.

Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturumunda kabul edilen danışma görüşüne ilişkin talebi - Oturumun 377 A (V) ("Barış için Birlik") kararı çerçevesinde toplanması - İlgili kararın koşulları - Takip edilen usul.

* Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: yildiraysak@maltepe.edu.tr

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7570-617X>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Çeviri Gönderim Tarihi: 22.05.2021.

Çeviri Kabul Tarihi: 01.08.2021.

** <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Son Erişim: 22.05.2021)

*** Metinde üç nokta ile (...) işaretlenen ve Görüş'te esasa ilişkin olmayan kısımlar çevrilmemiştir (Ç.N).

Meselenin gereken açıklıktan yoksun olduğu iddiası - Meselenin soyut karakterde olduğu varsayımı - Meselenin siyasal görünimleri - Genel Kurul'un böyle bir talepte bulunmasına neden olduğu düşünülen etkenler ve görüşün doğuracağı muhtemel sonuçlar - Meselenin 'hukuki' niteliğinin etkilenmemesi.

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine sahip olduğu.

* *

Divan'ın bir görüş verip vermeyeceğine ilişkin alacağı kararda sahip olduğu takdir yetkisi.

Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrası - Alakadar devletin muvafakatinin yokluğunun bir ilgisinin olup olmadığı - Meselenin sadece İsrail ile Filistin arasındaki iki taraflı bir mesele gibi ele alınmayacağı ve BM ile doğrudan ilgili olduğu - Görüş'ün İsrail ile Filistin arasındaki anlaşmazlığın müzakere edilerek ulaşılan siyasal çözümüne etkileri - İsrail Filistin anlaşmazlığının yalnızca bir yönüne ilişkin sorun - Divan'a sunulan bilgi ve delillerin yeterliliği - Görüş'ün etkinliği - Kanun, hukuka aykırı bir işlemde sağlanacak faydayı korumaz (nullus commodum capere potest de sua injuria propria) - Görüş Genel Kurul'a hitap eder, başka herhangi bir birime ya da bir devlete değil.

Divan'ın takdirini bir danışma görüşü vermeme yönünde kullanması için herhangi bir (zorlayıcı, gerektirici) sebep yoktur.

* *

Doğu Kudüs ve çevresi de dahil olmak üzere, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının 'hukuki sonuçları' - Sorunun kapsamı - Talebin, duvar inşasının işgal altındaki Filistin ülkesinde kalan bölüm ile sınırlı olması - 'duvar' kelimesinin kullanımı

Tarihsel arka plan.

Duvarın nitelendirilmesi.

* *

Uygulanacak hukuk.

Birleşmiş Milletler Şartı - 2625 (XXV) sayılı Genel Kurul Kararı - Kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi ile ülke kazanmanın geçersizliği - Halkların kendi kaderini tayin hakkı.

Uluslararası insancıl hukuk - 1907 Dördüncü La Hey Sözleşmesi'ne ek düzenlemeler - 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi - Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgal altındaki Filistin ülkesinde uygulanabilirliği - İnsan hakları hukuku - Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi - Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi - Çocuk Hakları Sözleşmesi - Uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ilişkisi - İnsan hakları belgelerinin ülke dışında uygulanabilirliği - Bahsedilen insan hakları belgelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilirliği.

* *

İsrail'in uluslararası hukuku ihlal ederek işgal altındaki Filistin topraklarında tesis ettiği yerleşim yerleri - Duvar inşası ve getirdiği rejimin kalıcı olma riski barındıran bir oldu bitti yaratır - De facto ilhak sayılabilecek riskli durum - Duvar inşasının Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının kullanımına ciddi bir engel teşkil etmesi ve İsrail'in bu hakka riayet yükümlülüğünü ihlal etmesi.

İlgili uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinin olaya uygulanabilirliği - Mülklerin yıkılması ve mülklere el koyulması - İşgal altındaki Filistin ülkesinde yaşayanların dolaşım/hareket serbestisinin kısıtlanması - Çalışma, sağlık, eğitim ve asgari bir yaşam standardı hakkının kullanılmasına koyulan engeller - İşgal altındaki Filistin ülkesindeki demografik değişiklikler - Uluslararası insancıl hukukun askeri gereklilikleri gözetilen hükümleri - İnsan hakları belgelerinde güvence altına alınan hakları ve bu haklardan sapmaları içeren hükümler - Duvar inşası ve getirdiği rejim ulusal güvenlik ya da kamu düzeni veya hut da askeri gerekliliklerle mazur gösterilemez - İsrail'in uluslararası insancıl hukukun ve insan hakları belgelerinin uygulanabilir hükümleri çerçevesindeki yükümlülüklerinin ihlali.

Meşru müdafaa - Şart'ın 51. maddesi - İsrail'e yapılan saldırıların yabancı bir devlete atfedilemezliği - Duvar inşasına gerekçe olarak gösterilen tehdidin İsrail'in kontrolü altındaki bir bölgeden (ülkeden) gelmesi - 51. maddenin olayla ilgili olmaması -

Zaruret hali - Uluslararası teamül hukuku - Şartları - Duvar inşasının İsrail'in menfaatlerine aykırı olduğu belirtilen tehlikeyi bertaraf etmenin yegâne seçeneği olmaması.

Duvar inşası ve getirdiği rejim uluslararası hukuka aykırıdır.

* *

İsrail'in yükümlülüklerini ihlal etmesinin hukuki sonuçları.

İsrail'in uluslararası sorumluluğu - İsrail'in duvar inşa etmek suretiyle ihlal ettiği uluslararası yükümlülükler uygun davranma yükümlülüğü - İsrail'in ihlale son verme yükümlülüğü - Duvar inşası çalışmalarını derhal durdurma, duvarı derhal yıkmaya ve verilen zararların tazminine ilişkin olanlar saklı kalmak kaydıyla, duvar inşası ile ilgili yasal ve düzenleyici işlemleri derhal iptal etme ya da etkisiz kılma yükümlülüğü - İsrail'in, duvar inşasından etkilenen bütün gerçek ve tüzel kişilerin diğer zararları tazmin yükümlülüğü.

İsrail'in dışındaki devletler için hukuki sonuçlar - İsrail'in ihlal ettiği bazı yükümlülüklerin herkese karşı ileri sürülebilir olma (erga omnes) nitelikleri - Hiçbir devletin duvar inşasının neden olduğu hukuka aykırı durumu tanımaması ve duvar inşasının neden olduğu hukuka aykırı durumun devamına yardım etmeme ya da katkı sağlamama yükümlülüğü - Şart'a ve uluslararası hukuka riayet eden bütün devletlerin, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kul-

lanması önünde bir duvar inşası nedeniyle oluşabilecek her türlü engelin ortadan kaldırılmasını sağlama yükümlülüğü - Şart'a ve uluslararası hukuka riayet eden ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf bütün devletlerin, İsrail'in bu Sözleşme'de tertip edilen uluslararası insancıl hukuka uymasını temin etme yükümlülüğü - Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi başta olmak üzere, BM'nin, duvar inşasından ve getirdiği rejimden kaynaklanan hukuka aykırılığa bir son verilmesi için, bu danışma görüşünü hesaba katarak, daha fazla ne yapılabileceğinin dikate alması gereği.

* *

Duvar inşası daha genel bir bağlam içinde ele alınmalıdır - İsrail ve Filistin'in uluslararası insancıl hukuka itina göstererek riayet etmesi - Özellikle 242 (1967) ve 338 (1973) başta olmak üzere, ilgili tüm Güvenlik Konseyi kararlarının iyi niyetle yerine getirilmesi - "Yol Haritası" - Uluslararası hukuk temlinde ve bölgedeki herkesin barış ve güvenliği için, en kısa sürede, bir Filistin devletinin kurulması ve ağırlaşmış sorunların müzakereler yolu ile çözülmesi için lazım gelen çabaların teşvik edilmesi gereği.

DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Başkan Yargıç SHI, Başkan Yardımcısı Yargıç RANJEVA, Yargıçlar GUILLAUME, KOROMA, VERESHCHETIN, HIGGINS, PARRA-ARANGUREN, KOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, ELARABY, OWADA, SIMMA, TOMKA ve Katip COUVREUR'dan oluşan Divan'ın,

İşgal altındaki Filistin topraklarında (ülkesinde) duvar inşasının hukuki sonuçlarına ilişkin Danışma Görüşü:

1. Divan'dan hakkında danışma görüşü talep edilen soru BM Genel Kurulu'nun (bundan sonra "Genel Kurul") 8 Aralık 2003 tarihli Onuncu Acil Özel Oturumunda ES-10/14 sayılı kararı ile düzenlenmiştir. Danışma görüşü için talep edilen soruya ilişkin Genel Kurul kararı, aslı Divan kalemine sonradan sunulmuş, 8 Aralık 2003 tarihli ve Divan kalemine 10 Aralık 2003 tarihinde ulaşan faks ile BM Genel Sekreteri tarafından Divan'a iletilmiştir. ... ES-10/14 sayılı Karar aşağıdaki gibidir:

"Genel Kurul,

21 Ekim 2003 tarih ve ES-10/13 sayılı kararını teyit ederek,

BM Şartının ilkelerinin rehberliğinde,

Uluslararası hukukun kuvvete başvurarak ülke kazanmanın kabul edilemeyeceğine ilişkin yerleşik ilkesinin farkında olarak,

Uluslar arasında dostane ilişkileri geliştirmenin, BM şartının ilke ve amaçlarından olan eşit haklar ilkesine ve halkların kendi kaderini tayin ilkesine riayete dayandığının da farkında olarak,

Filistin’i biri Arap diğeri Yahudi olmak üzere iki devlete ayıran, 29 Kasım 1947 tarih ve 181(II) sayılı kararında dahil olduğu, ilgili Genel Kurul kararlarını *akılda tutarak*,

Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturum kararlarını da *akılda tutarak*,

Bunlara ilaveten, 22 Kasım 1967 tarih ve 242 (1967) sayılı, 22 Ekim 1973 tarih ve 338 (1973) sayılı, 3 Temmuz 1969 tarih ve 267 (1969) sayılı, 25 Eylül 1971 tarih ve 298 (1971) sayılı, 22 Mart 1979 tarih ve 446 (1979) sayılı, 20 Temmuz 1979 tarih ve 452 (1979) sayılı, 1 Mart 1980 tarih ve 465 (1980) sayılı, 30 Haziran 1980 tarih ve 476 (1980) sayılı, 20 Ağustos 1980 tarih ve 478 (1980) sayılı, 18 Mart 1994 tarih ve 904 (1994) sayılı, 28 Eylül 1996 tarih ve 1073 (1996) sayılı, 12 Mart 2002 tarih ve 1397 (2002) sayılı ve 19 Kasım 2003 tarih ve 1515 (2003) sayılı olanlar da dahil olmak üzere, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarını da *akılda tutarak*,

Cenevre Sözleşmelerine ek I numaralı protokol ile Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin, Doğu Kudüs dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilirliğini *teyit ederek*,

Kara Savaşındaki Kural ve Teamüllere ilişkin 1907 Kara Savaşları Kural ve Teamüllerine ilişkin Lahey Sözleşmesi’ne ek Düzenlemeleri *akılda tutarak*,

Sözleşme’nin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanmasına ilişkin önlemlerin alınması için 15 Temmuz 1999 tarihinde Cenevre’de toplanan Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Yüksek Akit Taraflar Konferansını *memnuniyetle karşılayarak*,

5 Aralık 2001 tarihinde Cenevre’de yeniden toplanan Yüksek Akit Taraflar Konferansı’nın kabul ettiği Bildiri’ye desteğini *ifade ederek*,

Yerleşim faaliyetlerinin tamamen durdurulmasını isteyen ve özellikle, Doğu Kudüs dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin hukuka aykırı ve barışa ve ekonomik ve sosyal gelişmeye engel olduğuna ilişkin BM kararlarını *akılda tutarak*,

İsrail tarafından işgal gücü olarak işgal altındaki Doğu Kudüs’ün nüfus yapısını ve statüsünü değiştirmek için gerçekleştirilen tasarrufların hukuken geçersiz, hükümsüz ve batıl olduğunu *akılda tutarak*,

Filistin Kurtuluş Örgütü ile İsrail Devleti arasında Orta Doğu barış süreci çerçevesinde yapılan anlaşmaları *not ederek*,

1949 Ateşkes Hattı’ndan (Yeşil Hat) sapmak suretiyle ve Filistin topraklarının ve kaynaklarının tahrip ederek ve el koyarak, Doğu Kudüs ve çevresi de dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında, işgal gücü

sıfatıyla İsrail tarafından bir duvar inşasının başlatılması ve devam ettirilmesinden, korunması gereken binlerce sivilin hayatının inkıtaa uğratılmasından ve uluslararası toplumun böyle bir duvarın inşasına yekvücut olarak karşı çıktığının vurgulanmasından *derin endişe duyarak*,

Bölgede barışın tesisi ve İsrail-Filistin anlaşmazlığının çözümüne ilişkin beklentiler ve duvarın planlanan bölümlerinin sivil Filistin nüfusu üzerinde daha fazla tahrip edici etkisinden de *derin endişe duyarak*,

İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün, 1967’den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumuna ilişkin 8 Eylül 2003 tarihli raporunu ve özellikle de bu raporun duvar ile ilgili kısmını *memnuniyetle karşılayarak*,

İlgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde ihtilafın, 1949 Ateşkes Hattına dayalı ve barış ve güvenlik içinde yan yana yaşayan iki devletli bir çözüm ile nihayete erdirilmesi gerekliliğini *teyit ederek*,

ES-10/13 sayılı karar çerçevesinde sunulan Genel Sekreterin Raporunu *takdirle karşılayarak*,

İşgalci güç sıfatı ile İsrail’in uluslararası hukuka uymayı reddetmeye devam etmesi karşısında inşa ettiği duvar ve onun kötü etki ve sonuçlarının yarattığı zorlukların zamanla daha da arttığını *göz önünde tutarak*,

BM Şartının 96. maddesine göre ve Divan Statüsü’nün 65. maddesi uyarınca, Uluslararası Adalet Divanı’ndan aşağıdaki soruya cevaben acilen bir danışma görüşü vermesi için talepte bulunmaya *karar vermiştir*:

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ile birlikte uluslararası hukukun bütün kural ve ilkeleri ve ilgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları ışığında, işgalci güç İsrail’in, Genel Sekreterin raporunda tanımlandığı ve işaret edildiği şekliyle Doğu Kudüs ve çevresini de içeren işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları nelerdir?”

Genel Kurul’un bu kararına, ES-10/14 sayılı kararda atıf yapılan ES-10/13 sayılı Genel Kurul kararı mucibince hazırlanan, Genel Sekreter’in 24 Kasım 2003 tarihli raporunun onaylı İngilizce ve Fransızca metinlerini içeren bir mektup da eklenmiştir.

2. Divan kalemi 10 Aralık 2003 tarihli bildirimlerle, Statünün 66. maddesinin 1. Paragrafı uyarınca, Divan’ın yetkisini kabul eden bütün devletlere danışma görüşü talebini bildirmiştir.
3. İsrail hükümeti 11 Aralık 2003 tarihli bir bildirimle danışma görüşü talebi ve izlenecek usul ile ilgili kendi pozisyonunu Divan’a bildirmiştir.

4. Divan, 19 Aralık 2003 tarihli ara kararı ile, Statünün 66. maddesinin 2. fıkrası gereğince kendisinden istenen danışma görüşüne ilişkin soru ile ilgili tüm yönleri içeren bilgilendirmeyi BM ve üye devletlerine temin etme kararı almış ve Statünün 66. maddesinin 4. fıkrası gereğince de, kendisine yapılacak yazılı beyanlar için 30 Ocak 2004 tarihini belirlemiştir. Divan aynı ara kararla, ES-10/14 sayılı kararın ve Genel Sekreterin görüş talebine ekli raporunun ışığında ve Genel Kurul'un danışma görüşü talebini destekleyen Filistin'i özel statülü gözlemci üye olarak kabul ettiğini dikkate alarak, Filistin'in de aynı tarihe kadar kendi yazılı beyanını Divan'a sunabileceğine karar vermiştir.
5. Aynı ara kararla Divan, Usul Kurallarının 105. maddesinin 4. fıkrası gereğince, BM ve üye devletlerin, yazılı beyanda bulunup bulunmadıklarına bakmaksızın, sözlü beyanlarını sunmaları için açık duruşma yapmaya karar vermiş ve açılış duruşması için 23 Şubat 2004 tarihini belirlemiştir. Aynı ara kararla ve yukarıda (4. paragrafta) izah edilen nedenlerle, Divan Filistin'in de duruşmalarda yer alabileceğine karar vermiştir. Divan BM'yi, üye devletleri ve Filistin'i eğer duruşmalara katılacaklarsa, bunu en geç 13 Şubat 2004 tarihine kadar Kalem'e bildirmeye davet eder. (...)
6. Arap Ligi ve İslam Konferansı Örgütünün sunduğu talepler hakkında hükme varan Divan, Statünün 66. maddesine göre, bu örgütlerin danışma görüşü istenen soru hakkında bilgilendirilmeleri yanında, Divan'ın 19 Aralık 2003 tarihli ara kararında belirlediği süre içinde yazılı beyanlarını sunmalarına ve duruşmalara (sözlü aşamalara) katılmalarına karar vermiştir.
7. Statünün 65. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri meseleyi aydınlatabilecek dokümanları Divan'a iletmıştır.
8. Divan'ın teşkili ile ilgili 30 Ocak 2004 tarihli ara kararında Divan, ..., Yargıç Elaraby'nin bu davada görev almasına herhangi bir engel olmadığına karar vermiştir.
9. Divan'ın yazılı beyanların sunulmasını karara bağladığı süre içinde, Gine, Suudi Arabistan, Arap Ligi, Mısır, Kamerun, Rusya Federasyonu, Avustralya, Filistin, Birleşmiş Milletler, Ürdün, Kuveyt, Lübnan, Kanada, Suriye, İsviçre, İsrail, Yemen, Amerika Birleşik Devletleri, Fas, Endonezya, İslam İşbirliği Teşkilatı, Fransa, İtalya, Sudan, Güney Afrika, Almanya, Japonya, Norveç, Birleşik Krallık, Pakistan, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, İrlanda (kendi adına ve Avrupa Birliği adına), Kıbrıs, Brezilya, Namibya, Malta, Malezya, Hollanda, Küba, İsveç, İspanya, Belçika, Palau, Mikronezya Federal Devletleri, Marşal Adaları, Senegal, Kore Demokratik Cumhuriyeti beyanlarını sunmuştur. Beyanların alınması üzerine, Kayıt Memuru kopyalarını Birleşmiş Milletler ve üye devletlerine, Filistin'e, Arap Ligi'ne ve İslam Birliği Teşkilatı'na iletmıştır.
10. Divan kalemi, özellikle sözlü beyanların gerçekleştirilmesi ile ilgili alınan önlemler başta olmak üzere birçok bildirimde bulunmuştur. (...)

11. Divan Usul Kurallarınının 106. maddesine göre, sözlü beyanların sunulması safhasından önce, yazılı beyanların aleniyetinin sağlanması için kamuya açılmasına karar vermiştir.
12. 23-25 Şubat 2004 tarihleri arasında yapılan duruşmalarda, Divan sözlü beyanları aşağıdaki sıra ile almıştır:

Filistin

: H.E. Mr. Nasser Al Kidwa, Filistin'in BM nezdindeki Daimi Gözlemcisi, Büyükelçi,

Ms Stephanie Koury, Müzakere Destek Birimi, Danışman,

Mr. James Crawford, S.C., Whewell Uluslararası Hukuk Profesörü, Cambridge Üniversitesi, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Georges Abi-Saab, Uluslararası Hukuk Profesörü, Lisansüstü Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Vaughan Lowe, Chichele Uluslararası Hukuk Profesörü, Oxford Üniversitesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Jean Salmon, Onursal Uluslararası Hukuk Profesörü, Université libre de Bruxelles, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat;

Güney Afrika

: H.E. Mr. Aziz Pahad, Dışişleri Bakanlığı Delegesi, Heyet Başkanı

Yargıç M. R. W. Madlanga, S.C.;

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti : Mr. Ahmed Laraba, Uluslararası Hukuk Profesörü;

Suudi Arabistan Krallığı

: H.E. Mr. Fawzi A. Shobokshi, Suudi Arabistan Krallığı'nın New York'taki Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi ve Büyükelçi, Heyet Başkanı;

Bangladeş Halk Cumhuriyeti

: H.E. Mr. Liaquat Ali Choudhury, Bangladeş Halk Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi;

- Belize* : Mr. Jean-Marc Sorel, Profesör, Paris I Üniversitesi (Panthéon-Sorbonne);
- Küba Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Abelardo Moreno Fernández, Dışişleri Bakan Yardımcısı;
- Endonezya Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Mohammad Jusuf, Endonezya Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi, Heyet Başkanı;
- Ürdün Haşimi Krallığı* : H.R.H. Büyükelçi Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini, Ürdün Haşimi Krallığı'nın New York'taki Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi, Heyet Başkanı;
Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Ürdün Haşimi Krallığı'nın Kıdemli Hukuk Müşaviri;
- Madagaskar Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Alfred Rabeloson, Madagaskar Cumhuriyeti'nin Cenevre'deki Birleşmiş Milletler Ofisi ve Uzman Kuruluşlardaki Daimi Temsilcisi, Heyet Başkanı;
- Malezya* : H.E. Datuk Seri Syed Hamid Albar, Malezya Dışişleri Bakanı, Heyet Başkanı;
- Senegal Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Saliou Cissé, Senegal Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi, Heyet Başkanı;
- Sudan Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Abuelgasim A. İdris, Sudan Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi;
- Arap Birliği* : Mr. Michael Bothe, Hukuk Profesörü, Hukuk Timi Başkanı;
- İslam Konferansı Örgütü* : H.E. Mr. Abdelouahed Belkeziz, İslam Konferansı Örgütü Sekreteri,
Ms. Monique Chemillier-Gendreau, Kamu Hukuku Profesörü, Paris Üniversitesi VII-Denis Diderot, Danışman.

*

* *

13. Bir danışma görüşü talebi Divan’a ulaştığında, Divan ilk önce görüş veremeye yetkili olup olmadığını, sonra da, eğer böyle bir yetkisi varsa, bu yetkisini kullanmamasını gerektirecek herhangi bir sebebin olup olmadığını dikkate almalıdır (bkz. *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)* s. 232, parag. 10).

* *

14. Bu nedenle Divan öncelikle Genel Kurul’un 8 Aralık 2003 tarihinde talep ettiği danışma görüşünü vermeye yetkili olup olmadığı sorununa hitap edecektir. Bu anlamda Divan’ın yetkisi, “Divan, BM Şartı gereğince ya da Şart’ın hükümlerine uygun olarak danışma görüşü talep etmeye yetkili kılınmış her organın talebi üzerine her türlü hukuki sorun için görüş verebilir” şeklindeki kendi Statüsü’nün 65. maddesinin 1. paragrafına dayanır. Divan bu hususa daha önce de temas etmiştir:

“Danışma görüşü talep edecek organın Şart çerçevesinde bunu yapmaya yetkili olması ve talebin bir hukuki sorun için söz konusu olması koşulu ile hukuki sorunun görüş talep eden organın (Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul dışında) faaliyet alanı içinde olması koşulu, Divan’ın yetkisinin ön koşullarıdır.” (*BM İdare Mahkemesinin 273 sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1982*, s. 333-334, parag. 21).

15. Danışma görüşü talebinin, bu talebi yapmaya yetkili bir organ ya da kuruluştan geldiği hususunda Divan ikna olmalıdır. Önündeki başvuruya ilişkin olarak Divan, danışma görüşü isteyen Genel Kurul’un ‘Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi Uluslararası Adalet Divanı’ndan herhangi bir hukuki soruna ilişkin olarak danışma görüşü vermesi için talepte bulunabilir’ hükmüne yer veren Şart’ın 96. maddesinin 1. fıkrası mucibince görüş istemeye yetkili olduğunu kaydeder.
16. Her ne kadar yukarıdaki hüküm Genel Kurul’un ‘herhangi bir hukuki sorun’ ile ilgili görüş isteyebileceğini ifade ediyorsa da, Divan zaman zaman hakkında danışma görüşü istenen talebin konusu ile Genel Kurul’un faaliyetleri arasında irtibat olması gerektiğine dair bazı emareler sunmuştur (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, U.A.D. Raporları 1950*, s. 70; *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, U.A.D Raporları 1996 (I)*, sayfa 232 ve 233, parag. 11 ve 12).
17. Divan önündeki davada da aynı şekilde hareket edecektir. Divan, Şart’ın kapsamı içinde yer alabilecek “her türlü soru ya da sorun” ile ilgili, Şart’ın 10. maddesinin Genel Kurul’a yetki verdiğini, 11. maddenin 2. paragrafının da “bir BM üyesi tarafından uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesine ilişkin önüne getirilen sorularda” Genel Kurul’u özellikle yetkili kıldığını ve Genel Kurul’un bu hükümlerde belirlenen koşullara göre tavsiyelerde bulunabileceğini dikkate alır. Aşağıda açıklanacağı gibi, Genel Kurul işgal

altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının, (...), uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğunu dikkate alır.

*

18. Bu davadaki yetki ile ilgili ortaya çıkan diğer sorunlara eğilmeden önce, Divan, Genel Kurul'un, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki sonuçlarına ilişkin danışma görüşü talebini havi ES-10/14 sayılı kararın alınmasından önceki safahatın tanımlanmasının bir zorunluluk olduğu kanaatinde dir.

19. Bahse konu kararın kabul edildiği Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturumu, ilk defa, 7 ve 21 Mart 1997 tarihlerinde işgal altındaki Filistin topraklarındaki bazı İsrail yerleşimleri ile ilgili kendisine sunulan iki karar taslağının Güvenlik Konseyi'nce bir daimi üyenin olumsuz oyları sonucu reddedilmesini takiben toplanmıştır (bkz. sırasıyla S/1997/199 ve S/PV.3747 ve S/1997/241 ve S/PV.3756). Akabinde, Arap Grubu sözcüsü, 31 Mart 1997 tarihli mektupla, işgal altındaki Doğu Kudüs ve diğer Filistin topraklarında meydana gelen hukuka aykırı İsrail eylemlerini tartışmak amacıyla, Genel Kurul'un 377 A (V) sayılı Barış için Birlik kararının çerçevesinde özel bir oturumla toplanmasını talep etmiştir (Katar Daimi Temsilcisi tarafından Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine hitaben verilen 31 Mart 1997 tarihli mektup, A/ES-10/1, 22 Nisan 1997, Ek). BM üyelerinin çoğunluğunun bu talebi desteklemesi üzerine, Genel Kurul'un Onuncu Özel Acil Oturumunun ilk toplantısı 24 Nisan 1997'de toplandı (bkz. A/ES-10/1, 22 Nisan 1997). Ertesi gün ES-10/2 sayılı karar kabul edildi; Genel Kurul böylece,

“işgalci güç olarak İsrail'in uluslararası hukuku sürekli ihlal etmesi, ilgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarına ve taraflar arasında varılan antlaşmalara uymaması, Orta Doğu barış sürecini tehlikeye atmış ve uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturmuştur”

kanaatine ulaşmış ve Doğu Kudüs ve diğer işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuka aykırı İsrail eylemlerini ve özellikle de bu topraklarda yerleşim inşasını kınamıştır. Onuncu Özel Acil Oturuma geçici olarak ara verilmiş ve daha sonra 11 kez daha toplantı yapılmıştır (15 Temmuz 1997, 13 Kasım 1997, 17 Mart 1998, 5 Şubat 1999, 18 Ekim 2000, 20 Aralık 2001, 7 Mayıs 2002, 5 Ağustos 2002, 19 Eylül 2003, 20 Ekim 2003 ve 8 Aralık 2003 tarihlerinde).

20. (...)

21. 27 Ekim 2003 tarihinde, Genel Kurul,

“İsrail'in, 1949 Ateşkes Hattı'ndan ayrılarak inşa edilen ve ilgili uluslararası hukuk kuralları ile bağdaşmayan ve Doğu Kudüs ve çevresini de kapsayan işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın durdurulması ve yıkılmasını (parag. 1)”

talep eden ES-10/13 sayılı kararı kabul etmiştir.

Genel Kurul, 3. paragrafta,

“ilki bu Kararın birinci paragrafına uygun olarak sunulacak rapor olmak üzere, Karara uyumun periyodik olarak raporlamasını...”

Genel Sekreterden istemiştir.

Onuncu Acil Özel Oturum geçici olarak dağılmış ve Genel Kurul’un ES-10/13 kararı gereğince hazırlanan Genel Sekreterin raporu (bundan sonra “Genel Sekreterin Raporu” şeklinde anılacaktır) yayınlanmıştır (A/ES-10/248).

22. Bu arada 19 Kasım 2003 tarihinde Güvenlik Konseyi ‘İsrail Filistin Sorunu-na İki Devletli kalıcı Çözüm için Dörtlü İnisiyatife dayanan Yol Haritası’nı teyit eden’ 1515 (2003) sayılı kararı kabul etmiştir. Dörtlü, BM, Rusya, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu karar,

“ tarafları barış ve güvenlik içinde beraberce yaşayacakları iki devletliliği gerçekleştirmeye ve Dörtlü ile işbirliği içinde Yol Haritasındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye *çağırılmaktadır.*”

Ne “Yol Haritası” ne de 1515 (2003) sayılı karar, duvar inşası ile ilgili herhangi bir özel düzenleme içerir. Güvenlik Konseyi bu girişimde duvar inşasını ele almamıştır.

23. On dokuz gün sonra, 8 Aralık 2003 tarihinde, Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturumu, Arap Ligi Devletleri adına Arap Grubu Sözcüsünün yeni talebi gereğince ve ES-10/13 sayılı karar çerçevesinde çalışmalarına yeniden başladı (Kuveyt Daimi Misyonu’nun (Elçiliği’nin) geçici maslahatgüzarı tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Başkanına hitaben verilen 1 Aralık 2003 tarihli talep, A/ES-10/249, 2 Aralık 2003). Bu tarihte yapılan toplantıda, iş bu danışma görüşünün talep edildiği ES-10/14 sayılı karar kabul edildi.

*

24. ES-10/14 sayılı kararın alınmasına neden olan olaylar zincirinin hatırlanmasından sonra, Divan şimdi bu dosyada söz konusu olan yetki sorunlarına hitap edecektir. İlk olarak, Güvenlik Konseyi’nin Filistin meselesini de içeren Orta Doğu sorununu aktif bir şekilde ele alması karşısında İsrail, Genel Kurul’un işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki neticelerine ilişkin danışma görüşü talep etmesinin yetki aşımı olduğunu iddia etmiştir.

25. Divan Genel Kurul’un danışma görüşü talebinin konusunun Şart’a göre onun yetkisi dahilinde olduğunu belirtmiştir (Parag. 15-17). Öte yandan Şart’ın 12. maddesinin 1. paragrafı şu hükmü ihtiva eder:

“Güvenlik Konseyi herhangi bir anlaşmazlık ya da durum ile ilgili olarak Şart’a göre ona verilen görevleri yerine getirdiği sürece, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi talep etmedikçe bu anlaşmazlık ya da durum ile ilgili herhangi bir tavsiye kararı alamaz.”

Danışma görüşü talebi, kendi başına, “bir anlaşmazlık ya da durum ile ilgili” bir Genel Kurul “tavsiyesi” değildir. Bununla birlikte bu başvuruda, Genel Kurul’un ES-10/14 sayılı kararının kabulünün, 12. maddeye uygun olmadığı gerekçesiyle, yetki aşımına karşılık geldiği iddia edilmiştir. Bu nedenle Divan, BM uygulaması ve ilgili metinleri dikkate alarak söz konusu maddenin anlamını ortaya koymanın uygun olacağı kanaatindedir.

26. Şart’ın 24. maddesine göre, ‘uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesinden öncelikle Güvenlik Konseyi sorumludur’. Bu anlamda Güvenlik Konseyi, örneğin ‘VII. Bölüm hükümleri çerçevesinde emirler yayınlayarak Devletlere bu emirlere uyulması için açık bir yükümlülük’ yükleyebilir ve bunların ‘zor kullanarak uygulanmasını sağlayabilir’ (*Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962, s. 163*). Bununla birlikte Divan, 24. maddenin yetkinin öncelikle (Güvenlik Konseyi’ne ait olduğu (Ç.N)) ama münhasır olmadığını ifade ettiğini vurgulamıştır. Şart’ın 14. maddesine göre Genel Kurul diğer yetkileri yanında, çeşitli hallerde barışçıl düzenlemeleri içeren önlemler hakkında tavsiyede bulunma yetkisini haizdir:

“Bu maddedeki yegâne sınırlama madde metninde de atfı yapılan, Güvenlik Konseyi’nin gündemindeki meselelerde onun talebi olmaksızın Genel Kurul’un tavsiyede bulunamayacağına ilişkin hükmü ihtiva eden 12. maddedeki sınırlamadır.” (*U.A.D. Raporları 1962, s. 163*.)

27. BM uygulamaları dikkate alındığında, başlangıçta hem Genel Kurul hem de Güvenlik Konseyi 12. maddeyi, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin sorunlar Konsey’in gündeminde kaldıkça, Genel Kurul’un tavsiyede bulunamayacağı şeklinde yorumlamış ve uygulamıştır. Bu nedenle, dördüncü oturumunda Genel Kurul Endonezya sorununa ilişkin tavsiyelerde bulunmayı reddederken, diğerleri yanında, meselenin Güvenlik Konseyi’nin gündeminde olmasına dayanmıştır (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, Dördüncü Oturum, Ad Hoc Siyasi Komite, Toplantıların Özet Kayıtları, 27 Eylül-7 Aralık 1949, 56’ncı Toplantı, 3 Aralık 1949, s. 339, parag.*). Öte yandan Konsey de Genel Kurul’un ele alabilmesini sağlamak için bir çok konuyu gündeminden çıkarmıştır (Örneğin, İspanyol meselesine ilişkin (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, İlk Sene: İkinci Seri, No. 21, 79. Oturum, 4 Kasım 1946, s. 498*), Yunanistan sınıрыyla bağlantılı olaylarda (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, İkinci Sene, No. 89, 202. Oturum, 15 Eylül 1947, s. 2404-2405*) ve Tayvan Adası (Formosa)’na ilişkin (*Güvenlik*

Konseyi'nin Resmi Kayıtları, Beşinci Sene, No. 48, 506. Oturum, 29 Eylül 1950, s. 5)). Güvenlik Konseyi 31 Ocak 1951 tarihinde kendisinin ele aldığı Kore meselesini, Genel Kurul tarafından ele alınmasını sağlamak için, gündeminden çıkartmıştır (Güvenlik Konseyi'nin Resmi Kayıtları, Altıncı Sene, S/PV. 531, 531. Toplantı, 31 Ocak 1951, s. 11-12, parag. 57).

Bununla birlikte 12. maddenin bu yorumu zamanla değişime uğramıştır. Genel Kurul henüz Güvenlik Konseyi'nin gündeminde yer alan ve haklarında herhangi bir karar alınmamış, 1961 yılında Kongo meselesi ile ilgili (1955 (XV) ve 1600 (XVI) sayılı kararlar) ve 1963 yılında Portekiz'in kolonilerine ilişkin (1913 (XVIII) sayılı karar) tavsiye kararlarını almaya kendisini yetkili görmüştür. Peru'nun Genel Kurul'un yirmi birinci oturumunda yönelttiği bir soruya cevap verirken, BM Hukuk Müşavirliği, Genel Kurul'un 12. maddedeki 'Güvenlik Konseyi'nin işlevini yerine getirirken' ifadesini 'Güvenlik Konseyi'nin o an işlevini yerine getirirken' anlamında şeklinde yorumladığını teyit etmiştir (Genel Kurul, Yirmi Üçüncü Oturum, Üçüncü Komite, 1637. Oturum, A/C.3/SR.1637, parag. 9). Divan, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ile ilgili olan konuları aynı şekilde ele alma yönünde zamanla artan bir eğilimin olduğunu tespit etmiştir (Örneğin, Kıbrıs, Güney Afrika, Angola, Güney Rodezya ve yakın zamanda Bosna Hersek ve Somali ile ilgili konular). Bu konuların uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin boyutlarının Güvenlik Konseyi, insani, sosyal ve ekonomik boyutlarının ise daha geniş bir pencereden bakan Genel Kurul tarafından ele alınması sık karşılanır bir durum olmaya başlamıştır.

28. Divan, Genel Kurul'un gelişmekte olan ve kabul gören uygulamalarının Şart'ın 12. maddesinin 1. paragrafına uygun olduğunu dikkate alır.

Bu nedenle Divan, Genel Kurul'un Divan'dan danışma görüşü talep ettiği ES-10/14 sayılı kararı almasıyla Şart'ın 12. maddesi 1. paragrafına aykırı davranmadığını mütalaa etmektedir. Divan, Genel Kurul'un bu talepte bulunmakla yetkisini aşmadığı sonucuna varır.

29. Bununla birlikte Divan önünde, vaki görüş talebinin kararlaştırıldığı Onuncu Acil Özel Oturumun dayanağı olan 377 A (V) sayılı kararın esaslı koşullarını yerine getirmediği öne sürülmüştür. Bu anlamda, ilk olarak 'Güvenlik Konseyi'nin bu tartışmalı konuda Divan'a bir danışma görüşü almak için talepte bulunması gerektiğine dair bir karar taslağını hiçbir zaman ele almadığı ve bu sorunun asla Güvenlik Konseyi gündemine getirilmediği belirtilmiştir; dolayısıyla Genel Kurul'un danışma görüşü talebinin dayanağı Güvenlik Konseyi'nin işlem yapmaması olamaz. İkinci olarak, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ES-10/14 sayılı kararı kabul etmeden önce, 'Yol Haritası' isimli 1515 (2013) sayılı kararı kabul ettiğinden, onun uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesine ilişkin sorumluluğu devam etmektedir; dolayısıyla

Genel Kurul Güvenlik Konseyi yerine geçerek hareket edemez. Öte yandan, Onuncu Acil Özel Oturumun özellikle ‘art arda devam eden toplantılar’ şeklinde yapılması ve Genel Kurul’un normal oturumları ile aynı anda gerçekleştirilmesi, Onuncu Acil Özel Oturum için izlenen usulün geçerliliğini de sorgulanır hale getirmiştir.

30. Divan, 377 A (V) sayılı kararın ilgili bölümüne dikkat çeker:

“[d]aimi üyelerin oybirliğini sağlayamaması nedeniyle, Güvenlik Konseyi’nin, saldırı, barışın bozulması ya da barışın tehdit altında olması hallerinin herhangi birinin gerçekleştiği durumlarda, birincil derecede uluslararası barış ve güvenliği tesis etme sorumluluğunu yerine getirmemesi halinde, Genel Kurul’un meseleyi alınacak kolektif önlemler için gereken tavsiyeleri kararlaştırmak amacıyla derhal dikkate alacağı...”

Bu kararla getirilen usul iki koşula bağlıdır: Bir saldırının gerçekleşmesi ya da barışın bozulması veya barışın tehdit altında olduğu bir durumun söz konusu olması ve daimi üyelerin birinin ya da daha fazlasının olumsuz oyu nedeniyle, Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin tesisine dair birincil derecedeki sorumluluğunu yerine getirmemesi. Dolayısıyla Divan, Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturumunun toplanması ve özellikle de Genel Kurul’un danışma görüşü talep etmeye karar verdiği an ile ilgili olarak bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmelidir.

31. Divan, 18 ile 23’üncü paragraflar arasında bahsedilen olayların akışını dikkate alarak, Güvenlik Konseyi’nin, 1997’de Onuncu Acil Özel Oturumun toplandığında, bir daimi üyenin olumsuz oy (veto) kullanması nedeniyle işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimleri ile ilgili karar alamadığını ve ES-10/2 (yukarıda 19. paragraf) sayılı kararda ifade edildiği gibi, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olduğunu tespit etmiştir.

Divan, Onuncu Acil Özel Oturumun, Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihinde işgal altındaki Filistin topraklarında İsrail tarafından inşa edilen duvar ile ilgili karar taslağının bir daimi üyenin olumsuz oyu nedeniyle reddetmesinin ertesinde, 20 Ekim 2003 tarihinde 1997 yılında ele alınmış (bkz. Filistin ve İsrail temsilcilerinin beyanları, A/ES-10/PV.21, s. 2 ve 5) aynı konu için toplandığını hatırlatır. Divan, Güvenlik Konseyi’nin, 377 A (V) sayılı kararda ifade edildiği gibi, bir kez daha karar almada başarısız olduğunu dikkate alır. Güvenlik Konseyi duvar inşasını hiçbir şekilde tartışmadığı ve konu ile ilgili olarak herhangi bir karar da almadığı için Divan, 20 Ekim 2003 ile 8 Kasım 2003 arasında durumda herhangi bir değişiklik olduğunu düşünmemektedir. Bu nedenle Divan, 8 Kasım 2003 tarihine kadar, Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihli veto edilen kararını tekrar ele almadığı görüşündedir. Böylece bu dönemde Onuncu Acil Özel Oturum 377 A(V) kararına uygun olarak yeniden toplanmış ve şu an Divan’ın önündeki meseleyi ele alabilmiştir.

32. Divan, Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturum sürecinde, toplanacak Oturumun ele aldığı konu ile ilgili ve bir şekilde yetkisi dahilinde olan -Divan'dan görüş talep etmeyi de içerecek- bir kararı alabileceğini de vurgular.
33. Divan, Onuncu Acil Özel Oturuma dair ileri sürülen diğer usuli hatalarla ilgili olarak, Oturumun Nisan 1997 ve onu izleyen 11 kez yeniden birleşimine karşılık gelen peşisiralığının, Genel Kurul'un talebinin geçerliliği ile ilgisinin olmadığını dikkate alır. (...)
34. Divan, İsrail'in Onuncu Acil Özel Oturumun Genel Kurul'un devam eden düzenli birleşimleri ile aynı anda toplanmasını uygun olmadığı iddiasını not eder. Divan, Genel Kurul'un düzenli ve özel oturumlarının aynı anda toplanmasının alışıldık bir durum olmadığını, bununla birlikte, vaki görüş talebini içeren kararı bu nedenle geçersiz kılacak bir BM düzenlemesinin bulunmadığı kanaatinde dir.
35. Nihayet, Onuncu Acil Özel Oturum Genel Kurul İç Tüzüğü'nün Kural 9(b)'ye göre toplandığı görülmüş ve ilgili toplantılar da kurullara uygun olarak gerçekleştirilmiştir. Divan'ın 21 Haziran 1971 tarihli, *Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) sayılı kararına karşısında Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları*'na ilişkin Danışma Görüşü'nde de belirttiği gibi,
- “Birleşmiş Milletler'in bir organının, organın iç tüzüğüne uygun olarak çıkarıldığı bu organın Başkanı tarafından ilan edilmiş kararları, karine olarak geçerli olarak kabul edilmiş sayılır” (*U.A.D. Raporları 1971*, s. 22, parag. 20).

Yukarıdaki belirtilenler ışığında, Divan bu davada söz konusu karinenin yürütüldüğüne ilişkin bir neden görememektedir.

36. Divan şimdi, Genel Kurul'un danışma görüşü talebinin Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 96/1 ve Adalet Divanı Statüsü madde 65/1 anlamında “*hukuki bir soru*” içermediğine ilişkin olarak ileri sürülen yargı yetkisi ile alakalı iddiayı ele alacaktır. Bu bağlamda, iddia edildiği üzere, bir sorunun söz konusu maddelerin amaçları kapsamında “*hukuki soru*” olarak değerlendirilebilmesi için makul derecede spesifik nitelikte olmalıdır, aksi takdirde Divan'ın cevabına konu olması mümkün değildir. Bu danışma görüşü talebiyle ilgili olarak, Divan'ın iki sebepten dolayı bu sorunun hukuki anlamını belirlemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.

Öncelikle, duvar inşasının “*hukuki sonuçları*” ile ilgili bir sorunun ancak iki türlü yorumlanabileceği ve bunların her birinin, Divan'ı, Divan için yasaklanmış olan yollara sürükleyeceği ileri sürülmüştür. Sorulan soru öncelikle duvar inşasının hukukuz olduğunu belirlemek ve daha sonra bu hukuksuzluğun doğurduğu

hukuki sonuçları üzerine görüş bildirmesi talebi olarak yorumlanabilir. Bu davada yargılama yetkisi ve yerindelik konusuna ilişkin çeşitli gerekçelerle, Divan'ın sorulan soruya yanıt vermeyi reddetmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargı yetkisi açısından, eğer Genel Kurul, Divan'ın, son derece karmaşık ve hassas bir konu olan, duvar inşasının hukukiliği hakkında görüş belirtmesini talep ediyorsa, bunu açıkça istemesi gerektiği öne sürülmüştür. (*Türk-Yunan Nüfus Mübadelesi, Danışma Görüşü, 1925, U.D.A.D., Seri B, No 10, s. 17*). Talebin ikinci muhtemel yorumunun, Divan'ın, duvar inşasını hukuka aykırı olarak varsayması ve bu varsayım ışığında hukuka aykırılığın sonuçları hakkında görüş bildirmesi yönünde olacağı öne sürülmüştür. Hukuk dışılığın niteliği belirlenmeden, hukuk dışılığın sonuçlarının belirlenmesinin mümkün olmadığı, böyle bir sorunun tartışmaya açık bir varsayım olacağı ve bu önermeden hareketle sorulmuş bir soruya da Divan'ın görüş vermeyi reddetmesi gerektiği öne sürülmüştür.

Öte yandan, sorulan sorunun yanıltıcı ve soyut karakterinden dolayı da “*hukuki soru*” niteliği taşımadığı iddia edilmiştir. Özellikle bu bağlamda, soru, hukuki sonuçları itibarıyla meselenin hangi makam üzerindeki etkilerinin belirlenmesi gerektiğini belirtmemiştir. Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in başka organları, üye devletler, İsrail, Filistin veya yukarıdakilerin farklı kombinasyonları ya da farklı makamlar gibi.

37. Genel Kurul'un talebinin niteliği konusundaki eksiklik ve bu durumun, meselenin “hukuki niteliği” üzerindeki etkisi ile ilgili iddialar hakkında, Divan, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmesi (bundan böyle “Dördüncü Cenevre Sözleşmesi”) ve konuyla alakalı Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarına da içeren uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerini göz önüne alarak bu sorunun mevcut olgusal bir durumdan kaynaklanan hukuki sonuçlara yönelik olduğunu gözlemlemektedir. Böylece Genel Kurul'un sorusu, Divan'ın Batı Sahra hakkında verdiği danışma görüşünde yer alan “...*hukukilik çerçevesinde şekillendirilmiş ve uluslararası hukuk sorunlarını gündeme getirmiştir*”; soru doğası gereği hukuka dayalı bir cevaba açıktır, hatta bu soruya hukuka dayanmayan bir cevap verilemez. Divan'ın görüşüne göre soru, hukuki bir nitelik taşımaktadır (bkz. *Batı Sahra, Danışma Görüşü, U.A.D., 1975, s. 18, parag. 15*).

38. Divan, bir sorunun hazırlanmasındaki netlik eksikliği unsurunun, Divan'ı yargı yetkisinden mahrum bırakmayacağına işaret eder. Daha ziyade, bu belirsizlik, yorum aşamasında bazı esasların açıklanmasını gerekli kılar ve buna benzer açıklamalar Divan tarafından sıklıkla yapılmaktadır.

Geçmişte, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve mevcut Divan bazı davalarda sorulmak istenen meselenin lafzının isabetli olmadığını (*1 Aralık 1926 Tarihli Yunan-Türk Antlaşması'nın Yorumlanması (Nihai Protokol, Madde IV), Danışma Görüşü, 1928, U.D.A.D. Seri B, No: 16 (I), s. 14-16*) ya da hukuki nitelikte bir

soru sorulmadığını gözlemlemiştir (*DSÖ ve Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Antlaşma'nın Yorumu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1980*, s. 87-89, parag. 34-36). Divan bir davada “Divan’a gelen sorunun, görünüşte talihsiz şekilde belirsiz olduğunu” belirtmiştir. (*BM İdare Mahkemesinin 273 sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1982*, s. 348, parag. 46)

Sonuç olarak, Divan’ın sıklıkla soruların anlamını genişletmesi, yorumlaması ve hatta yeniden formüle etmesi gerekmiştir. (bkz. yukarıda atf yapılan üç danışma görüşü, bunlara ek olarak *Jaworzina, Danışma Görüşü, 1923, U.D.A.D., Seri B, No. 8; Güney Batı Afrika Komitesi Tarafından Başvurucuların Duruşmalarının Kabul Edilebilirliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1956*, s. 25; *Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 157-162)

Mevcut durumda, Divan, önceki meselelerde yaptığı gibi “mevcut ilke ve kuralları belirleyecek, yorumlayacak, uygulayacak” ve böylece ortaya atılan soruyu hukuka göre yanıtlayacaktır. (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag.)

39. Mevcut durumda Genel Kurul, Divan’dan duvar inşasından kaynaklanan “hukuki sonuçları” belirtmesini talep ediyorsa, ‘hukuki sonuçlar’ teriminin kullanımı zorunlu olarak söz konusu yapıların uluslararası hukukun belirli kurallarını ve ilkelerini ihlal edip etmediğini değerlendirilmesini kapsar. Böylece, Divan’a, öncelikle kuralların ve prensiplerin varlığının belirlenmesi, akabinde inşa edildiği güzergâh boyunca bu duvarın bu kural ve prensipleri ihlal edip etmediğinin belirlenmesi için başvurulmuştur.
40. Divan, sorulan sorunun soyut niteliğinin yargılama yetkisi üzerinde engel teşkil etmeyeceği kanısındadır. Konunun yetki ile ilgili olmadığı, daha tali meseleler ilgili olduğu hallerde bile, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* davasında, Divan sorunun soyut şekilde ifade edilmemesi gerektiği iddiasının “hiçbir gerekçesinin olmadığını” kabul eden bir tutumu ve “Divan’ın soyut olsun olmasın hukuki bir sorun hakkında danışma görüşü verebileceğini” benimsemiştir (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 236, parag. 15’de, *Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Üyeliğe Kabulünün Koşulları (Şart’ın 4. maddesi), Danışma Görüşü, 1948, U.A.D. Raporları 1947-1948*, s. 61’e atfen; *BM İdare Mahkemesinin Tazminat Kararlarının Etkisi, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1954*, s. 51; ve *Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 27, parag. 40). Her halükarda Divan, duvar inşasının hukuki sonuçlarıyla ilgili ortaya atılan sorunun soyut olmadığını ve dahası sonuçların kimleri etkileyeceğinin de Divan tarafından belirlenmesi gerektiği kanısındadır.

41. Dahası, Divan, yargılama için ileri sürülen, sorunun “siyasi” niteliği nedeniyle herhangi bir yargı yetkisi olmadığı görüşünü kabul edemez. Divan, bu açıdan içtihatları göz önüne aldığı anda, hukuki bir sorunun siyasi yönlerinin de olabileceğini kabul etmektedir;

“doğası gereği, uluslararası alanda birden çok sorunun olması, sorunun hukuki karakterini ya da kendi Statüsü tarafından Divan’a sağlanan yetkiyi kaldırmaz” (*BM İdare Mahkemesinin 158 Sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1973*, s. 172, parag. 14). Siyasi yönü ne olursa olsun, Divan, yargılama görevini, yani uluslararası hukukun kendisine yüklediği yükümlülükleri göz önünde bulundurarak, devletlerin olası davranışlarının hukukiliğini değerlendirmekle yükümlü olduğunu reddedemez (*krş. Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Üyeliğe Kabulünün Koşulları (Şart’ın 4. maddesi), Danışma Görüşü 1948, U.A.D. Raporları 1947-1948*, s. 61-62; *Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Kabulünde Genel Kurul’un Yetkisi, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 6-7; *Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 155).” (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 13).

Divan, *DSÖ ve Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Antlaşma’nın Yorumu* ile ilgili danışma görüşünde şunu vurgulamıştır:

“Siyasi düşüncelerin ön plana çıktığı durumlarda, uluslararası bir örgütün, tartışmalı konuyla ilgili uygulayacağı hukuki ilkelere ilişkin olarak, Divan’dan danışma görüşü alması özellikle gerekebilir.” (*U.A.D. Raporları, 1980*, s. 87, parag. 33)

Ayrıca Divan, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* hakkındaki danışma görüşünde bu durumu teyit etmiştir:

“*Soruya ilham kaynağı olabilecek siyasi motifler veyahut danışma görüşünde ortaya çıkabilecek siyasi imalar Divan’ın yargı yetkisinin tesisine alakalı bir durum değildir.*” (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 13)

Divan, mevcut yargılamada aksini kararlaştıracak herhangi bir unsurun bulunmadığını gözlemlemiştir.

*

42. Buna göre, Divan, Genel Kurul’un 10/14 sayılı Acil Oturum kararı ile talep ettiği danışma görüşünü vermek üzere yargı yetkisine sahiptir.

**

43. Bununla birlikte mevcut yargılamada Divan’ın, Genel Kurul’un talebinin Divan’ın yargısal işlevine aykırı ve bu işlev ile bağdaşmayan spesifik unsurlar içermesi nedeniyle yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

44. Geçmişte Divan birçok kez, yargılama yapılabilmesi için gerekli şartları yerine getirmiş olsa dahi danışma görüşü vermeyi reddetme hakkına sahip olduğunu Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Divan, Birleşmiş Milletler Antlaşması gereğince ya da bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir." cümlesine dayandırmıştır (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234-235, parag. 14). Bununla beraber, Divan, danışma görüşü talebi halinde verilecek görüşün, "Örgüt faaliyetlerine katılmak anlamına geldiği ve ilke olarak reddedilmemesi gerektiği" kanaatinde-dir (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, Birinci Safha, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 71; ayrıca bkz.; örneğin, *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Hukuk Sürecinden Bağımsızlığına İlişkin Ayrım, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1999 (I)*, s. 78-79, parag. 29). "Birleşmiş Milletler'in birincil yargı organı" olarak sorumlulukları göz önüne alınırsa (Birleşmiş Milletler Şartı 92. madde), Divan prensip olarak danışma görüşü taleplerini reddetmemelidir. Divan ancak içtihatlarına uygun olarak "zorlayıcı nedenler" olması durumunda görüş vermeyi reddedebilir. (*Birleşmiş Milletler'in Belirli Masrafları (Şart'ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 155; ayrıca bkz.; örneğin, *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Hukuk Sürecinden Bağımsızlığına İlişkin Ayrım, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1999 (I)*, s. 78-79, parag. 29)

Mevcut Divan, takdir yetkisini kullanarak, hiçbir danışma görüşü talebini geri çevirmemiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliğine* ilişkin görüş talebindeki ret sebebi Divan'ın yargılama yetkisinin olmamasından kaynaklanmıştır, yargılamaya uygun olmama ile bir ilişkisi yoktur. (bkz. *U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 235, parag. 14). Divan'ın selefi Daimi Adalet Divanı, sadece bir kez cevap verilmemesi gerektiği kanısına varmıştır (*Doğu Karelya'nın Durumu, Danışma Görüşü, 1923, U.D.A.D. Seri B, No. 5*) ve bu ancak,

"Davanın çok özel koşullarında, hali hazırda var olan bir sorun ve sorunun taraflarından birinin ne Milletler Cemiyeti'ne ne de Daimi Divan'a üyeliğinin bulunmaması sebebiyle muhalefeti ve davaya dahil olmayı reddinden..." (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 235-236, parag. 14) kaynaklanabilir.

45. Divan'ın yargı yetkisini kullanması konusunda her defasında "zorlayıcı sebep" ölçütüne atıfta bulunulması, Divan'ı görevinden alıkoymak için geçerli bir sebep olamaz. Divan, bu durumda kendine sunulan tüm argümanları içtihadı ışığında ayrıntılı olarak inceleyecektir.

46. İlk argüman, talebin İsrail ve Filistin arasında sürmekte olan tartışmalı bir konuyla alakası nedeniyle İsrail'in yargı yetkisine dair bir rızasının bulunmaması ve bu nedenle Divan'ın yargı yetkisini kullanılmaması gerektiği üzerinedir. Bu görüşe göre, Genel Kurul'un ortaya attığı sorunun konusu, "İsrail- Filistin sorununun ayrılmaz parçaları, terörizm, güvenlik, sınırlar, yerleşimler, Kudüs ve diğer ilgili konulara ilişkindir." İsrail, Divan tarafından veya başkaca zorlayıcı yargılama yöntemi ile bu anlaşmazlığın çözülmesine asla rıza göstermediğini vurgulamıştır. Aksine, İsrail tarafları bu konuların çözümü için müzakere kararı aldıklarını ve tahkime başvurmak konusunda anlaşma yapmaya karar verdiklerini iddia etmektedir. Buna göre, Divan, diğer hususların yanı sıra Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Doğu Karelya'nın Durumu*'na ilişkin kararını emsal olarak görüş vermeyi reddetmesi gerektiği iddia edilmiştir.
47. 1950 tarihli kararında Divan, alakadar devletin rızasının ancak çekişmeli davalarda bir gereklilik olduğunu, danışma görüşü için rızanın bir bağlayıcılığı olmadığını mütalaa etmektedir. 1950 tarihli bir Danışma Görüşünde Divan, bu durumu şöyle açıklar:

"Anlaşmazlığın tarafı olan devletin rızası, çekişmeli davalarda, Divan'ın yargı yetkisinin temelini oluşturmaktadır. Devletler arasında halen devam eden hukuki bir sorun ile ilgili olsa bile danışma usulünde durum farklıdır. Ayrıca, Divan'ın cevabı danışma görüşü niteliği taşır ve bağlayıcılığı yoktur. Birleşmiş Milletler üyesi olsun olmasın hiçbir devlet Birleşmiş Milletler'in atacağı adımlara yardımcı olunması için istenen bir danışma görüşünün verilmesini engelleyemez. Divan görüşü, devletlere değil, onu isteme (talep etme) hakkı olan organa verilir. Birleşmiş Milletler'in bir organı olan Divan'ın cevabı, örgütün faaliyetlerine katılma anlamını taşır ve ilke olarak reddedilemez." (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, Birinci Safha, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 71; ayrıca bkz. *Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 24, parag. 31).

Buradan hareketle, danışma görüşü taleplerinde, Divan, bazı özel hallerde, yargı yetkisinin olmadığı gerekçesiyle görüş beyan etmeyi reddetmemiştir. Bununla birlikte Divan bazı alakadar devletlerin Genel Kurul'un danışma görüşü talebini yargılamaya uygunluk bağlamında incelemiştir. Divan, 1950 kararını yorumladığı *Batı Sahra* hakkındaki danışma görüşünde bu durumu, "eğer, incelenen davanın koşullarında, yargılamaya uygun olmama değerlendirmesi Divan'ı görüş vermeyi reddetme sorumluluğu altına sokuyorsa, rıza yokluğunun bu nedenle görüş vermemenin gerekçesi olabileceği kabul edilir" şeklinde açıklamıştır. Divan şöyle devam etmiştir:

“Bazı durumlarda... ilgili devletin rızasının olmaması, danışma görüşü verilmesinin Divan’ın yargısal karakteriyle bağdaşmaz hale gelmesine neden olabilir. Danışma görüşü verme, bir devletin tarafı olduğu anlaşmazlıkların, rızası olmaksızın, yargısal çözümlere tabi tutulmasına müsaade etmek ile yükümlü tutulamayacağı ilkesinin dolanılması ile sonuçlanması, bu durumun bir örneğidir.” (*Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 25, parag. 32-33.)

Bu ilkenin *Batı Sahra*’da uygulanmasında Divan, gerçekte bir hukuki ihtilaf bulunduğunu ve bunun Genel Kurul görüşmeleri sırasında ve Genel Kurul’ün üzerine eğildiği konularla ilgili bir ihtilaf olduğunu tespit etmiştir. İhtilaf ikili ilişkiler bazında bağımsız olarak ortaya çıkmamıştır. (*ibid.*, s. 25, parag. 34.)

48. Divan danışma görüşü verilmesine ilişkin öncelikle, İsrail ve Filistin’in, İsrail’in duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları hakkında radikal olarak farklı görüş bildirdiğini gözlemlemiştir. Bununla birlikte Divan’ın belirttiği gibi “*Hukuki konulardaki görüş ayrılıkları, hemen her danışma sürecinde var olmuştur.*” (*Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 24, parag. 34).
49. Ayrıca Divan, Genel Kurul’un talebinin konusunun İsrail ve Filistin arasında yalnızca ikili bir mesele olarak görülebileceğini kabul etmemiştir. Uluslararası barış ve güvenlikle ilgili sorunlarda Birleşmiş Milletler’in yetki ve sorumlulukları göz önüne alındığında, Divan, duvar inşasının Birleşmiş Milletler’i doğrudan ilgilendirmesi gerektiği düşüncesindedir. Birleşmiş Milletler’in bu sorumluluğu Filistin’le ilgili Bölünme ve Manda Kararı’na dayanmaktadır (bkz. aşağıda parag. 70-71). Bu sorumluluk Genel Kurul tarafından “uluslararası meşruiyete uygun olarak, sorunun tüm yönleriyle tatmin edici bir şekilde çözümüne kadar, Filistin meselesinde kalıcı bir sorumluluk olduğu” belirtilmiştir (Genel Kurul’un 57/107 sayılı ve 3 Aralık 2002 tarihli kararı). Örgütün kurumsal çerçevesinde bu sorumluluk, ilgili birçok Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararının kabulü ve özellikle Filistin halkının vazgeçilmez haklarının gerçekleştirilmesine yardımcı olmak üzere kurulan çeşitli yan kuruluşların oluşturulması ile yerine getirilmiştir.
50. Divan’ın önündeki talebin amacı, Genel Kurul’un görevini doğru bir biçimde yerine getirebilmek için kendisine yardımcı olacağını düşündüğü görüşün Divan’dan alınmasıdır. Görüş, özellikle doğrudan doğruya Birleşmiş Milletler ile ilgili ve ikili anlaşmazlıktan daha geniş bir önemi haiz bir sorun hakkında talep edilmiştir. Bu koşullar içerisinde Divan, kararın yargısal çözüme muvafakat etme ilkesine aykırı olacağı görüşünde değildir ve takdirini görüş bildirmenin reddedilmesi şeklinde kullanamaz.

*

51. Divan şimdi, yargılama yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiği fikrini desteklemek amacıyla, bu dava sürecinde gündeme getirilen bir başka tartışmaya yönelecektir. Bazı katılımcılar, Divan'ın duvarın yasallığı ve yapımının hukuki sonuçları üzerine bir danışma görüşü vermesinin İsrail-Filistin çatışmasına siyasi ve müzakere edilmiş bir çözümü engelleyebileceğini savunmuştur. Özellikle, böyle bir görüşün, İsrail ve Filistin'in sözü edilen çeşitli aşamalardaki belirli yükümlülükleri yerine getirmesini öngören “Yol Haritası” (bkz. yukarıda parag. 22) planını zayıflatabileceği iddia edilmiştir. Talep edilen görüş, iddiaya göre, “Yol Haritası”nda öngörülen müzakereleri zorlaştırabilir niteliktedir ve bu nedenle Divan takdir yetkisini kullanmalı ve konuyla ilgili cevap vermeyi reddetmelidir.

Bu, Divan'ın geçmişte de birkaç kez üzerinde durmak zorunda kaldığı bir taleptir. Örneğin, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* görüşünde Divan şunu özellikle belirtmiştir:

“Bu davada Divan'dan gelebilecek cevabın silahsızlanma müzakerelerini olumsuz bir şekilde etkileyebileceği ve bunun Birleşmiş Milletler'in menfaatlerine uygun olmayabileceği belirtilmiştir. Divan, vereceği danışma görüşü ne olursa olsun Genel Kurul'da konuyla ilgili devam eden tartışmalarla bir irtibatı olacağını ve konuyla ilgili müzakerelerde ek bir unsur olarak yer alacağını farkındadır. Bunun da ötesinde, danışma görüşünün etkisi takdire bağlı olarak değişir. Divan tam aksi durumları da tecrübe etmiştir ve bunlardan birini tercih etmeye yarayacak açık ve kesin ölçütler yoktur (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 17; ayrıca bkz. *Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 37, parag. 73).

52. Bu davadaki katılımcılardan biri, Divan'ın talebe cevap vermesi halinde, şu unsurların özellikle göz önünde bulundurulmasını talep etmiştir:

“[B]arış sürecinin iki temel unsuru: Kalıcı statü meselelerinin müzakereler yoluyla çözülmesinin temel ilke oluşu ve barış sürecinin başarılı olabilmesi için tarafların güvenlik sorumluluğunu yerine getirmesinde geçiş (ara) dönemine olan ihtiyaç”.

53. Divan, Güvenlik Konseyi tarafından 1515/2003 sayılı kararda onaylanan “Yol Haritası”nın (bkz. yukarıda parag. 22) İsrail-Filistin ihtilafının çözümü için müzakere edilebilir bir çerçeve oluşturduğunun bilincindedir. Bununla birlikte, Divan görüşünün bu müzakereler üzerinde ne gibi etkisi olabileceği belirsizdir: mevcut katılımcılar bu konuda birbirinden farklı görüş bildirmişlerdir. Divan, bu durumu, yargılama yetkisini kullanmayı reddetmek için güçlü bir sebep olarak görmemektedir.

54. Bazı katılımcılar, sunulan dava konusunun duvar inşasıyla sınırlı olduğunu, bunun İsrail- Filistin meselesinin sadece bir yönü olduğunu ve bu sorunun

meselenin anlaşılması için yetersiz olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, Divan, bu durumun sorulan soruyu yanıtlamayı reddetmesi için bir neden olarak görmediğini belirtmiştir. Divan, duvar sorununun büyük bir bütünün parçası olduğunun farkındadır ve vereceği görüşün sonuçlarını dikkate alacaktır. Aynı zamanda, Genel Kurul'un Divan'a sorduğu soru, duvar inşasının hukuki sonuçları ile sınırlıdır ve Divan, diğer konuları yalnızca gerekli görüldüğü ölçüde inceleyecektir.

55. Bazı katılımcılar, Divan'ın bir karar verebilmek için ihtiyacı olduğu maddi vakıalara ve delillere sahip olmadığı ya da bunların yeterli olmadığı iddiasıyla, Divan'ın yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiğini de öne sürmüştür. Ayrıca, İsrail, *Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu* Danışma Görüşü'ne atıfta bulunarak ihtilafta olan tarafların görüşlerinin dinlenmeden konuyla alakalı bir danışma görüşünün verilemeyeceğini öne sürmüştür. İsrail, Divan'ın talep edilen görüşü vermeye karar vermesi halinde, bunun anlaşmazlığın temel unsurlarına ilişkin varsayımsal ve spekülatif bir karar olacağı görüşündedir. Daha spesifik olarak ise, İsrail, Divan'ın duvarın inşasının güvenlik açısından sağlayacağı faydayı, işlevselliğini ve Filistin Halkı üzerindeki etkilerini göz önünde bulundurmadan karar veremeyeceğini öne sürmüştür. Çekişmeli davada dahi zaten zor olan bu görev, özellikle de İsrail tek başına gerekli bilgilerin çoğuna sahip olduğu ve esasa değinmeyi onaylamadığını belirttiği için, bu danışma usulünde daha da karmaşık hale gelecektir. İsrail, mevcut davada açıklığa kavuşturulamayacak olan somut olaylarla karşı karşıya olan Divan'ın takdir yetkisini kullanması ve bu danışma görüşünü vermeyi reddetmesi gerektiği görüşündedir.

56. Divan, eldeki delillerin tavsiye niteliğinde görüş sunmaya yeterli olup olmadığı sorusunun her davada ayrıca kararlaştırılması gerektiği düşüncesindedir. *Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu (U.A.D. Raporları 1950, s. 72)* ve *Batı Sahra Görüşü'nde*, Divan'a göre, davanın şartları çerçevesinde belirleyici olan husus,

“Divan'ın yargısal karakterine uygun olan durumlarda bir görüş bildirmesi için gerekli olan şeyin, tartışılan bir soru üzerinde hukuki bir sonuca varmayı temin edecek yeterli bilgi ve delile sahip olup olunmadığının tespiti”dir. (*Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975, s. 28-29, parag. 46*).

Örneğin, Doğu Karelya'nın Statüsüne ilişkin davada, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, diğer unsurların yanı sıra, “her iki tarafın da dinlenmeden bir sorunun ortaya atıldığı” gerekçesiyle soruya bir görüş vermektan kaçınma kararı almıştır. (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu (U.A.D. Raporları 1950, s. 72; bkz. Doğu Karelya'nın durumu, U.D.A.D., Seri B, No. 5, s. 28*). Öte yandan, *Batı Sahra Görüşü'nde* olgulara yönelik kanıt niteliğinde geniş bir dosya olduğu gözlemlenmiştir (*U.A.D. Raporları 1975, s. 29, parag. 47*).

57. Mevcut davada Divan, Genel Sekreter'in detaylı bir raporuna sahiptir. Bu rapor sadece duvarın güzergahıyla ilgili değil aynı zamanda bu duvarın inşasının Filistin Halkı üzerindeki olumsuz sonuçlarını da içeren niteliktedir. Dosya, özel raportörler ve Birleşmiş Milletler'in yetkili organları tarafından yapılan yerinde ziyaretlere dayanan çeşitli raporlar bulundurmaktadır. Genel Sekreter, Divan'a ayrıca, rapor içeriğini güncelleyen yazılı bir bildiri daha sunmuştur. Dahası, diğer birçok katılımcı, Genel Kurul'un sorduğu soruyla ilgili bilgileri içeren yazılı ifadelerini Divan'a sundu. İsrail'in yazılı beyanında, yargılama ve yerindelik konularıyla sınırlı olmakla birlikte, İsrail'in güvenlik açısından endişeleri de dahil olmak üzere diğer konularda gözlemleri ve ekleri Divan'a sundu. Bu belgeler ve eklerin birçoğu İsrail Hükümeti tarafından kamuya açılmıştır.
58. Divan, Genel Kurul'un talep ettiği danışma görüşünü vermek için yeterli bilgi ve delile sahip olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, başkalarının bu gerçekleri önel veya siyasi bir şekilde değerlendirebileceği ve yorumlayabileceği iddiası, bir mahkemenin yargı görevinden vazgeçmesi için bir argüman olamaz. Dolayısıyla mevcut davada, Divan'ın talep edilen görüşleri beyan etmeyi reddetmesi için zorlayıcı bir sebep teşkil edecek herhangi bir bilgi eksikliği bulunmamaktadır.

*

59. Bazı katılımcılar, yazılı ifadelerinde, Divan'ın, herhangi bir fayda yaratmayacağı gerekçesiyle duvarın inşa edilmesinin hukuki sonuçları hakkında görüş bildirmekten kaçınması gerektiği yönündeki argümanlarını da öne sürmüşlerdir. Divan'ın danışma görüşlerinin, örgütün gelecekteki eylemleri için ihtiyaç duyan bir organın veya ajansın etkinleştirilebilmesi için bir araç olarak görülmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Ayrıca Genel Kurul, İsrail'in inşaa ettiği duvarı zaten hali hazırda hukuk dışı saymakta, inşaatın durdurulup yıkılması gerektiğini savunmaktadır. Bu açıdan Genel Kurul'un Divan'ın görüşüne ihtiyacı yoktur. Bununla birlikte çıkması muhtemel bir danışma görüşünü Genel Kurul'un nasıl kullanacağı da belli değildir.
60. Divan'ın içtihatlarından anlaşılacağı üzere, danışma görüşleri, talep eden organlara, eylemlerinde kendileri için gerekli olan hukuki gerekçeyi sağlamakla görevlidir. *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine Dair Çekince Hakkındaki Görüşü*'nde Divan, "Danışma görüşü için yapılan bu talebin amacı, Birleşmiş Milletler'in kendi eylemleri konusunda rehberlik etmektir." demiştir. (*U.A.D. Raporları 1951*, s. 19.). Aynı şekilde Divan, *Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları Görüşü*'nde şunları belirtmiştir: "Talep Birleşmiş Milletler organı tarafından kendi kararlarına atıfta bulunularak ileri

sürülmüştür ve bu kararların sonuçları ve etkileri hakkında Divan'dan yasal tavsiye istemektedir.” (U.A.D. Raporları 1971, s. 24, parag. 32). Divan bir başka meselede, verdiği danışma görüşüyle “Genel Kurul’u Batı Sahra’nın sömürgeci arındırılmasının ileri adımları için hukuki niteliğe haiz unsurlar” sunmuştur. (Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975, s. 37, parag. 72).

61. Divan, Genel Kurul’un duvarla ilgili tavsiye niteliğindeki görüşünü ne şekilde kullanacağını açıklığa kavuşturmadığı iddiasıyla ilgili olarak, şu an üzerinde durulan olay ile benzer yönleri sahip olan, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* hakkındaki danışma görüşündeki şu ifadeleri hatırlatır: “Bazı Devletler, Genel Kurul’un, Divan’dan Danışma Görüşü istemesinin nedenlerini net bir şekilde Divan’a açıklamadığını beyan etmiştir. Yine de, Divan’ın, Genel Kurul’un görevlerini yerine getirmesi için bir danışma görüşüne ihtiyacı olup olmadığını sorgulama gibi bir yetkisi yoktur. Genel Kurul, bir danışma görüşünün kendi ihtiyaçları için yararlı olup olmadığına karar verme hakkına sahiptir.” (U.A.D. Raporları 1996 (I), s. 237, parag. 16).
62. Divan, görüşünün faydasız olabileceğine dayanarak, ortaya atılan soruyu cevaplamayı reddedemez. Divan, Genel Kurul’un yerine geçerek, bu görüşü talep eden organın istediği görüşün yararlılığına ilişkin değerlendirme yapamaz. Buna ek olarak Divan, herhangi bir olayda, Genel Kurul’un kendi kararının, bütün muhtemel sonuçları hakkında bir saptama yapmış olmadığı görüşündedir. Divan’ın görevi, ancak duvar inşasının hukuki sonuçlarını kapsamlı bir şekilde tespit etmek iken, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi daha sonra Divan’ın kararından başkaca sonuçlar çıkartabilir.

*

63. Son olarak, Divan, mevcut yargılamada danışma görüşü verilmesinin yargılamaya uygunluğuna ilişkin ileri sürülen bir başka argümana değinecektir. İsrail, Filistin’in, İsrail ve İsrail Halkı’na karşı şiddet eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunu, duvarı bahane ederek Divan’a taşımasının bir çözüm getirmeyeceğini ileri sürmüştür. Böylece, İsrail, çekişmeli davalarda ve danışma görüşlerinde geçen *nullus commodum capere potest de sua injuria propria* (Kanun, hukuka aykırı bir işlemde sağlanacak faydayı korumaz) deyimine atıfta bulunmuştur ve bu nedenle, iyi niyet ve “temiz el” ilkesinin, Divan’ın Genel Kurul’un talebini reddetmesi için zorlayıcı bir sebep olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir.
64. Divan, bu argümanın yerinde olmadığı görüşündedir. Daha önce de vurgulandığı gibi, danışma görüşünü talep eden organ Genel Kurul’dur ve görüş, belirli bir Devlete ya da varlığa değil Genel Kurul’a verilecektir.

* *

65. Yukarıdakilerin ışığında Divan, Genel Kurul tarafından yöneltilen soruyla alakalı olarak görüş verme yetkisine sahip olduğuna ve (bkz. yukarıda parag. 42) ve takdir yetkisinin kullanılması suretiyle görüş vermemeye *-zorlayıcı bir sebep* var olmadığından- gerek olmadığı sonucuna, varmıştır.

*

* *

66. Divan, şimdi Genel Kurul’un ES-10/14 sayılı kararında belirtilen soruya değinecektir. Divan soruyu bir kez daha aşağıdaki gibi ortaya koyar:

“Genel Sekreterin raporunda belirtildiği gibi, 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Sözleşmesi dahil uluslararası hukuk kural ve ilkeleri ile ilgili Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını dikkate alarak; Doğu Kudüs’ün çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında İsrail’in işgal gücü olarak duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları nelerdir?”

67. Paragraf 82’de açıklandığı gibi bahse konu “Duvar” karmaşık bir yapı olduğu için, bu terim fiziksel anlamı içine hapsedilemez. Ayrıca, gerek İsrail (çit) gerek Genel Sekreter (bariyer) tarafından kullanılan diğer terimlerin fiziksel anlamı ile alınması doğru olmaz. Bu nedenle Divan bu Görüşte Genel Kurul tarafından kullanılan terminolojiyi kullanmayı tercih etmiştir.

Divan ayrıca, Genel Kurul’un talebinin “Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında” inşa edilen duvarın hukuki sonuçlarıyla ilgili olduğunu da belirtir. Aşağıda açıklandığı gibi (bkz. aşağıda parag. 79-84), Divan, kompleksin İsrail topraklarının bazı kısımlarında inşa edilen ya da inşa edilmesi planlanan kısımlarına ilişkin olarak, inşanın hukuki sonuçlarını incelemesi için kendisinden bir talepte bulunulmadığı düşüncesindedir.

68. Genel Kurul’un sorusu, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Ancak Divan’ın Genel Kurul’a bu sonuçları sunabilmesi için, öncelikle bu duvarın inşasının uluslararası hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir. (Bkz. yukarıda parag. 39). Bu nedenle Divan, duvar inşasının hukuki sonuçlarından önce bu tespiti yapacaktır.
69. Bu tespitin yapmak için Divan ilk önce ilgili ülke parçasının (ilgili toprakların) statüsüne dair kısa bir analiz yapacaktır; daha sonra bu ülke içinde tamamlanmış ya da devam eden inşa işlerini tanımlayacaktır. Akabinde de, uygulanacak hukuku tespit edip, herhangi bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır.

* *

70. Filistin, Osmanlı İmparatorluğu'nun bir parçasıydı. Filistin, Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Milletler Cemiyeti tarafından, Milletler Cemiyeti Misakı madde 22/4 çerçevesinde, "A" sınıfı olarak Büyük Britanya'nın mandası altına verildi. Madde 22/4:

"Daha önce Türk İmparatorluğuna bağlı bulunan topluluklar, bir Manda'nın yardım ve yönetsel tavsiyelerine bağlı bir şekilde ve kendi kendilerini yönetebilecekleri zamana kadar, bağımsız uluslar olarak varlıklarını geliştirdikleri aşamaya ulaştıklarında geçici olarak tanınabilir."

Divan, *Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü*'ne ilişkin Danışma Görüşü'nde, genel olarak mandadan söz ederken, "Manda, ilgili ülkede yaşayanlar ve genel olarak insanlığın menfaati için, uluslararası bir kurum ve varlık olarak medeniyetin kutsal bir emaneti olarak yaratılmıştır (*U.A.D Raporları 1950*, s. 132)" şeklinde beyanda bulunmuştur. Divan bu anlamda, "iki ilke olağanüstü derecede önemlidir: İlhak edilememesi ilkesi ve 'medeniyetin kutsal emaneti' olan (ve kendi kendini yönetecek durumda olmayan) halkların gelişimi ve iyi bir durumda bulunmasını ifade eden ilke" (*ibid.*, s. 131) şeklinde karar vermiştir.

Manda altındaki Filistin'in ülkesel sınırları, çeşitli belgelerle, özellikle de doğu sınırına ilişkin 16 Eylül 1922 tarihli İngiliz Bildirisi ve 20 Şubat 1928 Anglo-TransÜrdün Anlaşması gibi belgelerle belirlenmiştir.

71. 1947 yılında Birleşik Krallık, 1 Ağustos 1948'de manda altındaki bölgelerin tahliyesini bitireceğine dair niyetini bildirdi ve daha sonra bu tarihi 15 Mayıs 1948 olarak revize etti. Bu arada Genel Kurul'da 29 Kasım 1947'de Filistin'in gelecekteki idaresine ilişkin 181 (II) sayılı, biri Arap diğeri Yahudi olmak üzere iki bağımsız devlete ve Kudüs şehri için de uluslararası özel bir rejim oluşumuna dayalı bir çözüm içeren ve "Birleşik Krallık ve diğer tüm Birleşmiş Milletler üyelerine ülkeyi paylaşım planını benimsemesini ve uygulamasını tavsiye eden" kararı kabul etti. Filistin'deki Arap nüfusu ve Arap devletleri bu planı dengeli olmadığını iddia ederek reddetti; İsrail ise 14 Mayıs 1948'de Genel Kurul kararına binaen bağımsızlığını ilan etti ve akabinde İsrail ve bazı Arap devletleri arasında silahlı çatışma başladı ve paylaşım planı uygulanmadı.

72. 62 (1948) sayılı ve 16 Kasım 1948 tarihli kararla, Güvenlik Konseyi, "Filistin'in her yerinde bir ateşkes ilan edilmesine" karar verdi ve çatışmanın son bulması için bir anlaşma meydana getirmek üzere taraflara çağrıda bulundu. Karara uygun olarak Birleşmiş Milletler'in arabuluculuğu ile 1949'da İsrail ve diğer komşu devletler arasında genel ateşkes antlaşmaları akdedildi. Özellikle İsrail ve Ürdün arasında 3 Nisan 1949 tarihinde Rodos'ta imzalanan antlaşma bunlardan biridir. Anlaşmanın V. ve VI. maddeleri İsrail ve Arap kuvvetleri arasındaki ateşkes sınırlarını belirleyen hattı tespit ediliyordu (Haritalarda kullanılan renk sebebiyle daha sonra sıklıkla "Yeşil Hat" denilmiştir; bundan böyle "Yeşil Hat" olarak anılacaktır). III. maddenin 2. Paragrafı'nda, "Her iki tarafın askeri ya da paramiliter unsurları, her

ne amaçla olsun, ateşkes sınır hattının ötesine geçmeyecek ya da onu aşmayacaktır” hükmü yer almıştır. VI. maddenin 8. paragrafında “Bu hükümlerin, taraflar arasında nihai bir politik anlaşmaya halel getirecek şekilde yorumlanmayacağı” kabul ve taahhüt edildi. Ayrıca “Sözleşme’nin V. ve VI. maddelerinde tanımlanan ateşkes sınır hattının, gelecekteki ülkesel düzenlemeler veya sınır çizgileri ya da tarafların bunlarla ilgili iddialara halel getirmeyeceği” ifade edildi. Ateşkes sınır hattı, taraflarca mutabık kalmacak tashihiyle tabidir.

73. 1967 çatışmasında, İsrail kuvvetleri, İngiliz mandasının üzerine kurulduğu bütün Filistin ülkesini işgal etmiştir (Yeşil Hattın doğusuna uzanan, Batı Şeria olarak bilinen yer dahil).
74. Güvenlik Konseyi, kuvvete başvurarak ülke kazanımının kabul edilemeyeceğini vurgulayan ve “İsrail silahlı kuvvetlerinin çatışmalarda işgal edilen topraklardan geri çekilmesi” ve “Tüm iddia ve saldırganlıkları sona erdirmeye” çağrısını içeren 242 (1967) sayılı ve 22 Kasım 1967 tarihli kararı oybirliğiyle kabul etmiştir.
75. 1967’den bu yana, İsrail söz konusu topraklarda Kudüs şehrinin statüsünün değişimini amaçlayan bazı önlemler almıştır. Güvenlik Konseyi, fetih yoluyla ülke kazanma ilkesinin kabul edilemezliğini birkaç örnekle hatırlattıktan sonra, bu önlemleri kınadı ve 25 Eylül 1971 tarihli 298 (1971) sayılı kararıyla, son derece açık bir biçimde bu durumu teyit etmiştir:

“İsrail tarafından Kudüs Şehrinin statüsünü değiştirmek amacı ile gerçekleştirilen arazi ve mülklerin kamulaştırılması, nüfus transferi ve işgal edilen bölgeleri kendisine dahil etmeyi amaçlayan mevzuat dahil olmak üzere tüm yasama faaliyetleri ve idari faaliyetler tamamen geçersizdir ve mevcut durumu değiştirmez.”

Daha sonra, İsrail’in, Kudüs’ü İsrail’in “tam ve birleşik” başkenti olarak ilan eden 30 Temmuz 1980 tarihli Temel Kanunu kabul etmesini müteakip, Güvenlik Konseyi, 20 Ağustos 1980 tarihli ve 478 (1980) sayılı kararıyla, bu kanunun kabulünün uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve “işgalci güç İsrail tarafından Kutsal Kudüs şehrinin niteliğini ve statüsünü değiştiren ya da değiştirmeyi amaçlayan tüm yasal ve idari önlem ve tasarrufların hükümsüz ve geçersiz” olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Güvenlik Konseyi, ‘Temel Kanunun’ ve bu kanun gereğince, Kudüs’ün niteliğini ve statüsünü değiştirmeyi amaçlayan İsrail’in diğer tüm eylemlerinin tanınmamasına karar vermiştir.

76. Bu gelişmeleri takiben, İsrail ile Ürdün arasında 26 Ekim 1994 tarihinde bir barış antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşma ile “1967’de İsrail askeri idaresi altında olan ülkelerin statüsüne halel gelmeksizin ve “Ek 1 (a) da gösterilen manda idaresi altındaki sınır tanımına göre”, iki ülke arasındaki sınır tespit edilmiştir (Madde 3, parag. 1-2). İlgili haritalar Ek 1’de belirtildi ve “1967’de İsrail askeri idaresi altındaki ülkelerle” ilgili olarak da, çizilen hattın Ürdün’le idari sınırı teşkil ettiği eklemiştir.

77. Nihayet, 1993'ten beri İsrail ile Filistin Kurtuluş Örgütü arasında taraflara çeşitli yükümlülükler yükleyen bazı anlaşmalar imzalanmıştır. Bu anlaşmalar *öncelikle*, İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında askeri otoritele-
rinin ve sivil idaresinin yürüttüğü bir takım yetki ve sorumlulukların devrini
gereklemiştir. Bu devirlerden bazıları yapıldı ancak sonradan meydana ge-
len olaylar neticesinde, devirler kısmi ve sınırlı olarak kalmıştır.
78. Divan, 18 Ekim 1907 tarihli Dördüncü Lahey Sözleşmesi'ne ek Kara Savaş-
ları Kural ve Geleneklerine İlişkin Düzenlemeler'in (bundan sonra "1907
Lahey Düzenlemeleri" olarak anılacaktır) 42. maddesine yansıyan uluslara-
rası örf ve adet hukuku çerçevesinde (bkz. aşağıda parag. 89), fiilen düşman
ordusunun otoritesi altında bulunan ülke işgal altında sayılır ve işgal ancak
böyle bir otoritenin tesis edildiği ve kullanıldığı yerleri kapsadığını belirt-
miştir.

Yeşil Hat (bkz. yukarıda parag. 72) ile Filistin Mandası'nın doğu sınırları
arasında bulunan ülke parçaları 1967'de İsrail ile Ürdün arasındaki silahlı çatış-
malar sırasında İsrail tarafından işgal edilmiştir. Uluslararası örf ve adet hukuku-
na, bunlar İsrail'in işgalci güç statüsünü haiz olduğu işgal altındaki topraklardır
(ülkelerdir). Sonradan bu topraklarda meydan gelen olaylarla ilgili, yukarıda 75
ila 77. paragraflarda açıklandığı üzere, durumu düzeltmek için hiçbir şey yapıl-
mamıştır. Bütün bu topraklar (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki topraklar olarak
kalmış ve İsrail işgalci kuvvet statüsünü devam ettirmiştir.

79. İsrail'in, Genel Sekreterliğin raporunda tanımlanan yapıları inşa ettiği ya da
inşa etmeyi tasarladığı topraklar (ülkeler) esas itibariyle bu topraklardır. Di-
van bizatihi bu rapora dayanarak, bu yapıları ele alıp nitelendirecektir. Bu
raporun yayımlanmasından sonra meydana gelen gelişmeler için de, Divan,
Genel Sekreterlik tarafından raporu tamamlaması amacıyla ek olarak hazırlan-
an BM Yazılı Beyanındaki tamamlayıcı bilgilere atıfta bulunacaktır (bun-
dan sonra "Genel Sekreterlik Yazılı Beyanı" olarak anılacaktır).

80. Genel Sekreterliğin Raporu, "orta ve kuzey Batı Şeria'dan gelen sızmaları
engellemek amacıyla İsrail hükümetinin 1996'dan beri planlar yaptığını"
(parag. 4) belirtmektedir. Bu rapora göre, bu nevi bir plan ilk kez Tem-
muz 2001'de İsrail Kabinesi tarafından onaylanmıştır. Daha sonra 14 Nisan
2002'de, Kabine, Batı Şeria'nın 3 bölgesinde 80 km uzunluğunda, İsrail'in
tanımıyla "güvenlik çiti"ni oluşturmaya yönelik kararı onaylamıştır.

Proje, İsrail kabinesi 23 Temmuz 2002'de (Kudüs'ü de içerecek şekilde)
Batı Şeria'da devam eden çitin inşasını ilk bölümünü onayladığında daha ileri
bir evreye geçmiştir. 14 Ağustos 2002'de İsrail, Salem (kuzey Cenin) kontrol
noktasından Elkana'daki yerleşimlere kadar geçerli olacak, Batı Şeria'nın ku-
zeyinde 123 kilometre boyunca uzanan bir kompleks inşa etmek amacıyla, Faz
A'daki çalışmalar (yapılar) için "çit"i, bir hat olarak kabul etmiştir. Faz B yapıları

Aralık 2002’de kabul edilmiştir. Bu faz, Salem kontrol noktasının doğusundan Bet Şean’a doğru Yeşil Hattın kuzey kısmından Ürdün Vadisine kadar uzanan 40 kilometrelik bir uzunluğa ulaşmıştır. Dahası, Genel Sekreterliğin raporuna göre İsrail Kabinesi, 1 Ekim 2003’de, “Batı Şeria boyunca 730 kilometrelik bir devam hattını içeren” yeni bir güzergâh daha kabul etmiştir. 23 Ekim 2003’de, tamamlanan ve planlanan bölümleri gösteren bir harita İsrail Savunma Bakanlığı web sitesinde yayınlanmıştır. Bu harita üzerindeki ayrıntılara göre, bazı büyük yerleşim yerlerini içine alan ve devam eden Faz C Kudüs ile Elkana’daki A aşaması inşaatının kuzeybatı ucunu içeren “güvenlik çiti”ni bağlayacaktır. Aynı haritaya göre, “güvenlik çiti” Kudüs yakınındaki Har Gilo yerleşim yerinden 115 kilometre boyunca uzanarak Hebron’un (Faz D) güneydoğusundaki Carmel yerleşim yerine bağlanacaktır. Savunma Bakanlığı belgelerine göre, bu alandaki inşaatların bitiş tarihi 2005’tir. Son olarak, Rapora göre İsrail, Ürdün Vadisinden batıya doğru bir “güvenlik çiti” inşasını planlamaktadır.

81. Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre bu işin ilk bölümü (Faz A), 150 kilometre mesafeye kadar genişleyebilmekte olup 31 Temmuz 2003 tarihinde bittiği ilan edilmiştir. Yaklaşık 56.000 Filistinlinin yerleşim bölgelerine yerleştirileceği rapor edilmiştir. Bu fazda, 19.5 kilometre tutan iki bölüm Kudüs etrafında inşa edilmiştir. Kasım 2003 tarihinde Nazlat Isa Baqa al-Sharqiya yerleşim yerinin batısında bulunan Yeşil Hat civarında yeni bir bölge inşaatı başladı ve bu inşaatın bitimine yakın Ocak 2004 tarihinde Genel Sekreter yazılı beyanını sunmuştur.

Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre Faz B adı altında yürütülen işlemler Ocak 2004 tarihinde hala işlemdeydi. Böylece Yeşil Hat’ın yakınından veya üzerinden al-Mutilla üzerinden geçen bu uzatmanın ilk bölümü 2004 Ocak tarihinde neredeyse bitmişti. İki eklenen bölüm tam bu noktada sapmaktadır. Ürdün sınırına kadar doğuya uzanan inşaat 2004 Ocak tarihinde başlamıştır. Yeşil Hat’tan Taysir köyüne geçmesi planlanan ikinci bölümün inşaatı daha yeni başlamıştı. Fakat Birleşmiş Milletler bu bölümün inşaa edilemeyeceği şeklinde bilgilendirilmiştir.

Dahası Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre, Kudüs’ün Güneydoğusunda bulunan Nu’man köyüne doğru bulunan Elkena yerleşkesine yakın bölgede A fazının bitine bağlanacak C fazının inşası Aralık 2003 tarihinde başlamıştır. Bu bölüm 3 kategoriye ayrılmaktadır. C1 basamağında *öncelikle* Rantis ve Budrus köylerinin arasında planlanan 40 kilometrelik inşaatın yaklaşık 4 kilometresi tamamlanmıştır. C2 basamağında ise “Ariel Salient” diye adlandırılan bölgeyi saracak Batı Şeria’ya doğru uzanan 52.000 İsraili yerleşimciyi birleştirecektir. C3 basamağındaysa iki büyük bariyerin inşası üzerinedir. Bunlardan biri Kuzey-Güney yönünde Rantis ve Budrus arasında inşası devam eden C1 basamağına paralel uzanmaktadır diğeri ise Doğu-Batı yönünde inşaa halinde olan bir Otoyol

olan Highway 45'e yakın bir tepenin parçası olacaktır. Bu iki bariyer tamamlandıktan sonra 22.000 Filistinlinin barınacağı ve 24 topluluğun yaşayacağı iki yerleşim yeri oluşacaktır.

Ayrıca Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına göre El-Azariye kenar köyünü Kudüs'ten ayıran ve Abu Dis'i ikiye bölen bir yol üzerinde Kudüs belediyesi sınırlarının Güneydoğusunda 2003 Kasım ayında yeni inşaatlar da başlamıştır.

25 Şubat 2004 tarihinde Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına göre A fazının ve B fazının büyük kısmını kapsayan yaklaşık 190 kilometrelik bir inşaat bitmiştir. Faz C kapsamında Merkez Batı Şeria'nın ve Kudüs'ün belirli bölgelerini kapsayan inşaatlar da başlamıştır. Batı Şeria'nın Güneydoğusu için planlanan Faz D inşaatları henüz başlamamıştır.

İsrail Hükümetinin açıklamasına göre bahsi geçen güzergâh ve ilgili programlar değişebilir. Örneğin Şubat 2004 tarihinde Baqa al Sharqiya kasabasının 8 kilometre yakınındaki bir bölüm yıkılmıştır ve duvarın tasarlanan uzunluğu kısaltılmıştır.

82. Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına ve rapordaki bilgilere göre yapılması planlanan ya da biten inşaat, aşağıdaki özellikleri havi bir kompleks ile sonuçlanmıştır ya da sonuçlanacaktır:

(1) Elektronik sensörlü bir çit:

(2) Bir hendek (4 metre derine kadar inmesi düşünülmektedir):

(3) İki şeritli asfalt devriye yolu:

(4) İz sürme yolu (Ayak izlerini bulmak üzere tasarlanmış çite paralel giden kum kaplı bir yol)

(5) Sitenin girişine yapılacak altı bobinden oluşan bir dikenli tel deposu

Sözü geçen kompleksin genişliği 50 ila 70 metredir ve bazı belirlenen bölgelerde 100 metreye kadar çıkabilecektir. Büyük bariyerler de bu yapıya eklenebilecektir.

Genel Sekreterlik raporunu sunduğu vakit kompleksin yaklaşık 180 kilometresi bitmişti ya da inşaat halindeydi (8.5 kilometrelik beton duvar dahil). Bunlar genel olarak Filistinlilerin yoğun yaşadığı merkezlere yakındır veya İsrail'e dayanmaktadır. (Mesela Kalkilya ve Tulkarim civarı ya da Kudüs'ün belli bir bölümü)

83. Genel Sekreterliğin raporuna göre Duvarın bitmiş veya inşaa halinde olan kısmın en Kuzey bölümü bazen Yeşil Hattan sapmaktadır. Bununla beraber güzergâhının büyük bir kısmı işgal altındaki bölgeden geçmektedir. Duvar bazı yerlerde Filistinli nüfusunun yoğun olduğu yerleşimlerini çembere alacak şekilde 7.5 kilometreye kadar Yeşil Hattan sapmaktadır. Tulkarim'in 1-2 kilometre batısında Yeşil Hattın İsrail bölgesine doğru bir esneme vardır. Öte

yandan başka yerlerde ise planlanan yol Doğuya doğru 22 kilometreye kadar sapmaktadır. Kudüs baz alındığında var olan yapılar ve planlanan yol Yeşil Hattın ciddi anlamda ilerisindedir ve hatta bazı bölgelerde İsrail tarafından belirlenen Kudüs Belediyesi'nin dahi sınırlarını aşmaktadır.

84. Genel Sekreterlik raporuna göre söz konusu güzergâh temel alındığında yaklaşık 975 kilometre karelik alan (ya da Batı Şeria'nın yüzde 16.6'lık bölümü) Yeşil Hat ve duvar arasında kalmaktadır. Bu bölge 237.000 Filistinliye ev sahipliği yapmaktadır. Eğer duvar tamamen planlandığı şekilde inşaa edilseydi, 160.000 Filistinli, Rapor'da kuşatma altında yaşam şeklinde tasvir edilen, neredeyse tamamen çembere alınmış topluluklar halinde yaşayacaktı. Planlanan hat sonucu yaklaşık 320.000 İsraili (180.00'i Doğu Kudüs'te olmak üzere) Yeşil Hat ve duvar arasında yaşayacaktır.
85. Son olarak belirtilmelidir ki, duvarın inşası yeni bir idari rejimin kurulmasına neden olmuştur. Böylece İsrail Savunma Güçleri (IDF, "İSG") Yeşil Hat ve Batı Şeria arasında kalan bölgeyi "Kapalı Alan" ilan eden bir emir çıkartmıştır. İsraili yetkililerin izni olmadan veya İsrail tarafından çıkarılan kimlik kartı bulunmadan bu bölgenin sakinleri artık burada yaşayamaz ve bu bölgeye dışardan giriş yapılamaz. Genel Sekreterlik raporuna göre sakinlerin çoğuna kısıtlı süreye dayanan oturma izinleri verilmiştir. İsrail vatandaşları, İsraili kalıcı sakinler ve Geri Dönüş Yasasına göre İsrail'e göç etmeye uygun bulunan insanlar bu bölgede kalabilir ve izne ihtiyaç duymadan özgürce giriş çıkış yapabilirler. Kapalı Bölgeye erişim sadece seyrek olarak ve kısa süreli açılan kapılar aracılığıyla yapılabilmektedir.

* *

86. Divan şimdi, İsrail'in aldığı tedbirlerin hukuken geçerliliğini değerlendirirken uluslararası hukukun kurallarını ve ilkelerini belirleyecektir. Bu kurallar ve ilkeler Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ve diğer bazı antlaşmalarda, teamül uluslararası hukukta ve Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından Şart'a uygun olarak kabul edilen ilgili kararlarda bulunabilir. Bununla birlikte, İsrail Filistin bölgesinde insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinin uygulanabilip uygulanamayacağına dair şüphelerini belirtmiştir. Divan şimdi bu sorulara hitap edecektir.
87. Divan ilk olarak, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, ilk olarak şunu hatırlatmaktadır:
- "Bütün üyeler uluslararası ilişkilerinde, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler'in amaçlarına uygun olmayan herhangi bir şekilde güç kullanma tehdidinden veya güç kullanımından kaçınırlar."

24 Ekim 1970 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen 2625 sayılı ve “Devletler Arasında İşbirliği ve İyi İlişkilere dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonu” başlıklı karar uyarınca “Kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma sonucundaki toprak kazanımlarının hukuka aykırı olarak kabul edileceği” vurgulanmıştır. Divan’ın *Nikaragua ve Nikaragua’daki Askeri ve Paramiliter Eylemler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)* davasındaki kararında belirttiği gibi, Şart’ta yer alan kuvvet kullanımına ilişkin ilkeler örf ve adet hukukunu yansıtır (bkz. *U.A.D Raporları 1986*, s. 98-101, parag. 1 87-190): kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma sonucundaki toprak kazanımlarının geçersizliği kuralı da aynı şekilde örf ve adet hukuku kuralıdır.

88. Divan ayrıca halkların kendi kaderini tayin etme ilkesinin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde teminat altına alındığını ve Genel Kurul tarafından 2625 (XXV) sayılı kararda yukarıda bahsi geçtiği üzere “Her devlet, insanları (kararda atf yapılan) kendi kaderini tayin etme hakkından mahrum bırakacak her türlü cebri hareketten kaçınmak yükümlülüğü altındadır.” ilkesine uygun olarak teyit edildiğini not etmiştir. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin ortak maddesi olan 1. madde, herkes için kendi kaderini tayin hakkını teyit eder ve taraf devletlere Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin hükümlerine uygun olarak bu hakkın farkındalığını desteklemek ve bu hakka riayet etmek görevini yükler.

Divan, 1971’de “uluslararası hukukta kendi kendini yönetemeyen bölgelere ilişkin” gelişmelerin, “Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde teminat altına alındığını vurgular ve kendi kaderini tayin etme ilkesini bütün (bu özellikteki bölgeler) bölgeler için uygulanabilir hale getirdiğini hatırlar”. Divan, devamla, “söz konusu gelişmelerin, Milletler Cemiyeti Şartı’nın 22. maddesinin birinci paragrafındaki “halkların kendi kaderini tayini” kutsal görevine ilişkin nihai amaç üzerinde hiçbir kuşku bırakmadığını” ifade etmiştir (*Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararına karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 31, parag. 52-53). Divan bu ilkeye içtihadında birkaç yerde atf yapmıştır (*ibid*; ayrıca bkz. *Batı Sahra, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1975*, s. 68, parag. 162). Divan gerçekten de halkların kendi kaderini tayin hakkının günümüzde *erga omnes* nitelik taşıdığını açıkça ifade etmiştir (Bkz. *Doğu Timor (Portekiz v. Avustralya), Karar, U.A.D. Raporları 1995*, s. 102, parag.).

89. Uluslararası insancıl hukuka göre, Divan ilk olarak İsrail’in Lahey Tüzüğü’nün eklendiği 1907 Dördüncü Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmadığını belirtir. Bu düzenlemeler, o zaman var olan “savaşın genel yasalarını ve gerekçelerini gözden geçirmek için” hazırlanmıştır. Bununla birlikte, o günden bu yana, Uluslararası Nürnberg Askeri Divanı, Sözleşme’de belirtilen kuralların tüm uygar

uluslar tarafından kabul edildiğini ve bu kuralları savaş yasalarına ve teamülleri-ne ilişkin beyan edici olarak gördüklerini tespit etmiştir (Nürnberg Uluslararası Askeri Divanı'nın kararı, 30 Eylül ve 1 Ekim 1946, s. 65). Divan, savaşan askerlerin askeri operasyonlardaki hak ve görevlerini incelerken aynı sonucu vardı. (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 256, parag. 75) Divan, Lahey Tüzüğü'nün hükümlerinin Divan önündeki yargılama süreçlerinde tüm katılımcılar tarafından kabul gören teamül hukukunun bir parçası haline geldiğini düşünmektedir.

Divan ayrıca Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 154. maddesine göre, bu Sözleşme'nin Lahey Tüzüğü'nün ikinci ve üçüncü kısımlarını destekleyici olduğunu gözlemlemiştir. Tüzüğü'nün "Düşman devletin ülkesi üzerinde askeri otorite" ile ilgili üçüncü kısmı, mevcut olayla özellikle alakalıdır.

90. İkincisi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ile ilgili olarak bu davalarda katılımcılar tarafından farklı görüşler dile getirmiştir. İsrail, katılımcıların büyük çoğunluğun aksine, işgal altındaki Filistin topraklarında Sözleşme'nin uygulanabilirliğini tartışmıştır. Özellikle, Genel Sekreterliğin Raporunun "İsrail Hükümetinin Hukuki Durumunun Özeti" başlıklı 1 No.lu Ekinin 3. paragrafında, İsrail'in, "Ürdün ve Mısır'ın ilhaktan önce egemen olduğu toprakların tanınmadığına" işaret ederek ve "Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde, bir Yüksek Sözleşmeci tarafının toprakları olmadığı" çıkarımını yaparak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin "işgal altındaki Filistin ülkesi için uygulanabilirliğini" kabul etmediği ifade edilmiştir.

91. Divan Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 6 Temmuz 1951'de İsrail tarafından onaylandığını ve İsrail'in buna taraf olduğunu hatırlatır. Ürdün de 29 Mayıs 1951'den bu yana taraf olmuştur. İki devlet de (Sözleşmeye, (Ç.N.)) mevcut dava ile ilgili herhangi bir çekince koymamıştır.

Ayrıca, Filistin 7 Haziran 1982 tarihli bildiri ile Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ni uygulamak üzere tek taraflı bir taahhütte bulunmuştur. İsviçre, tevdi devleti olarak, tek taraflı taahhüdü geçerli kabul etti. Ancak nihayetinde "tevdi mahalli olarak, Filistin Kurtuluş Hareketi'nin 'Filistin Devleti' adına [14 Haziran 1989 tarihli] Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olma talebinin "bir katılım belgesi olarak düşünülebileceği" hususunda karar verecek konumda olmadığını belirtmiştir.

92. Ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama kapsamını belirlemek amacıyla, 12 Ağustos 1949 tarihli dört Sözleşmenin ortak ikinci maddesi hatırlanmalıdır:

"Barış zamanında yerine getirilmesi gereken şartlara ek olarak mevcut Sözleşme, iki veya daha fazla Yüksek Sözleşmeli Taraf arasında ilan edilmiş tüm savaş hallerinde veya diğer tüm silahlı çatışmalarda, savaş hali bir tarafça kabul edilmese bile uygulanmalıdır.

Yine Sözleşme, söylenen işgal hiçbir silahlı direnişle karşılaşmamış olsa bile Yüksek Sözleşmeli bir tarafın bölgesinin kısmen veya tamamen işgal edildiği tüm durumlarda uygulanmalıdır.

Çatışmadaki Devletlerden biri mevcut Sözleşmeye taraf olmasa bile, taraf olan Devletler karşılıklı ilişkilerinde Sözleşmeyle bağlı kalacaktır. Taraf Devletler, taraf olmayan Devlet Sözleşme hükümlerini kabul eder ve uygularsa, bu Devletle ilişkilerinde Sözleşme ile bağlı olacaktır.”

93. 1967’de Batı Şeria’nın işgalinden sonra, İsrail yetkilileri 3 numaralı emri yayınladılar. Emrin 35. maddesine göre;

“Askeri Divan adli işlemlerle ilgili olarak, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerine başvurmalıdır. Bu emir ve bahsi geçen sözleşme arasında çatışma olması halinde sözleşme esas alınacaktır”.

Daha sonra, İsrail yetkilileri, birçok durumda, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin insani hükümlerini, işgal altındaki topraklarda genel olarak uyguladıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, yukarıdaki paragraf 90’da kısaca hatırlatılan İsrail’in tutumuna göre, bu sözleşme o topraklarda hukuki olarak uygulanır değildir; zira, 2. maddenin 2. paragrafı uyarınca, sözleşmeye ancak silahlı bir çatışmada yer alan bir taraf devletin egemenliğine giren toprakların işgal edilmesi durumunda başvurulur. İsrail, Ürdün’ün hiç kuşkusuz 1967’de Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin bir tarafı olduğunu ve İsrail ile Ürdün arasında bir askeri çatışma oluşmaya başladığını açıklamakta, ancak çatışma ertesinde İsrail tarafından işgal edilen toprakların bu çatışmadan önce Ürdün’ün egemenlik alanı içerisinde olmadığı belirtmektedir. Bu açıklamadan, bu Sözleşme’nin hukuki ve tam olarak söz konusu topraklarda uygulanabilir olmadığı sonucuna varılır. Ancak diğer dava katılımcılarının büyük çoğunluğuna göre, 2. maddesinin 1. paragrafına göre Ürdün orada 1967 öncesinde haklara sahip olsa da olmasa da Dördüncü Cenevre Sözleşmesi o topraklarda uygulanabilir.

94. Divan şunu hatırlatacaktır: 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesinde ifade edilen uluslararası örf ve adet hukuku kuralına göre, bir antlaşma, içeriğindeki hükümlere verilen olağan anlamlara uygun olarak gaye ve amaçlarının ışığı altında iyi niyetle yorumlanmak zorundadır. 32. Maddeye göre:

“31. maddenin uygulanmasından kaynaklanan anlamı teyit etmek ya da 31. maddeye göre yapılan yorum, ... anlamı muğlak ve anlaşılmasız kılıyorsa ya da... açıkça belirsiz ya da makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, anlamı tespit etmek için, antlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve akdedildiği koşullar dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir. (Bkz. *Petrol Platformları (Iran İslam Cumhuriyeti ve ABD)*, *İlk İtiraz*,

Karar, U.A.D. Raporları 1996 (II), s. 812, parag. 23; bkz. benzer karar, Kasikili/Sedudu Adası (Batvsana/Namibya), U.A.D. Raporları 1999 (II) Raporları, s. 1059, parag. 18 ve Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik (Endonezya/Malezya), Karar, U.A.D Raporları 2002, s. 645, parag. 37).

95. Divan'a göre, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk paragrafı anlamında, bu Sözleşme iki şart yerine geldiğinde uygulanabilir: Silahlı bir çatışma var olduğunda (savaş hali tanınmış olsun veya olmasın); ve bu çatışma iki sözleşmecî taraf arasında doğmuş ise. Eğer bu iki şart karşılandıysa, özellikle Sözleşme taraflarından birinin çatışma sırasında işgal ettiği herhangi bir bölgede uygulanır.

İkinci maddenin ikinci paragrafının amacı, birinci paragrafta açıklandığı üzere, sözleşme taraflarından birinin egemenliğinde olmayan toprakları hariç tutarak, sözleşmenin uygulama kapsamını kısıtlamak değildir. Sadece şunu açıklığa kavuşturmaya yöneliktir: İşgal çatışma boyunca herhangi bir silahlı direnişle karşılaşmasa bile, sözleşme hala uygulanabilir haldedir.

Bu yorum, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin taslağını hazırlayanların, işgalci gücün herhangi bir şekilde elinde bulundurduğu sivillerin koruması niyetini yansıtır. 1907 Lahey Düzenlemeleri'ni hazırlayanlar bölgede yaşayanları korumakla ilgili oldukları kadar toprağı işgal edilmiş bir devletin haklarını korumakla da ilgilirken, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ni hazırlayanlar ise, Sözleşme'nin 47. maddesinde belirtildiği gibi, işgal altındaki ülkenin statüsü ile ilgilenmeksiz, sivillerin savaş sırasında korunmasını garanti altına almaya çalışmıştır.

Söz konusu yorum Sözleşme'nin *hazırlık çalışmaları* ile de teyit edilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, yeni Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanması amacıyla, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (ICRC) altında toplanan Hükümet Uzmanları Konferansı, yeni Sözleşmelerin, "taraflarca bir savaş hali olarak tanınsa da tanınmasa da" ve "ülkelerin herhangi bir savaş hali olmadığı hallerde bile işgal edilmesi durumunda" her türlü silahlı çatışmaya uygulanabilir olmasını tavsiye etmiştir. (*Savaş Kurbanlarını Koruma Sözleşmelerinin incelenmesi için Hükümet Uzmanları Konferansı'nın Çalışması Üzerine Rapor, Cenevre, 14-26 Nisan 1947, s. 8*) Dolayısıyla, 2. maddenin 2. paragrafının yazarlarının, bu paragrafı sözleşmeye eklerken, uygulanma kapsamını kısıtlama niyetleri yoktur. 1939'da Bohemya ve Moravia'nın Almanya tarafından işgali gibi savaşız işgal vakalarını dikkate alıyorlardı.

96. Divan ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, 15 Temmuz 1999 tarihli konferanslarında bu yorumu onayladığını belirtmiştir. "Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabilirliğini tekrar teyit ettikleri" bir bildiri yayınladılar. Sonradan 5 Aralık 2001'de, taraf devletler, 1949 Dördüncü Ce-

nevre Sözleşmesi'nin 1. paragrafına özellikle atıfta bulunarak, “Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabilirliğini” bir kez daha teyit ettiler. Ayrıca, konferansa katılan taraf devletlere, çatışmanın taraflarına ve işgalci güç olarak İsrail Devleti'ne kendi yükümlülüklerini hatırlattılar.

97. Dahası, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin yürütülmesine ilişkin özel konumu gereği ve konvansiyonun 142. maddesi uyarınca taraflar tarafından “her zaman tanınmak ve saygı duyulması” gerekirken Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne riayet edecek olan Divan da, Sözleşme'ye sunulacak yoruma ilişkin kendi görüşünü ifade etmiştir. 5 Aralık 2001 tarihli bir deklarasyonda, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin, Doğu Kudüs dahil olmak üzere, 1967 yılından bu yana İsrail Devleti tarafından işgal edilmiş olan bölgelere hukuken uygulanabilir olduğunu her zaman doğruladığını hatırlatmıştır.

98. Divan Genel Kurul'un kararlarının birçoğunda aynı sonuca hükmettiğini kaydeder. Bu yüzden 10 Aralık 2001'de ve 9 Aralık 2003'de 56/60 ve 58/97 sayılı kararlarla,

“12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin toprakları ve 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen Arap bölgelerine uygulanabilirliğini” tekrar teyit etti.

99. Güvenlik Konseyi, kendi adına, 14 Haziran 1967'de 237 numaralı kararda (1967) “Savaş Tutsaklarına Dair Cenevre Sözleşmesi'nden doğan tüm yükümlülüklerin, çatışmada yer alan bütün taraflar tarafından yerine getirilmesi gerektiği” sonucuna vardı. Sonradan, 15 Eylül 1969'da Güvenlik Konseyi 271(1969) sayılı kararıyla, İsrail'e askeri işgale uygulanacak Cenevre Sözleşmeleri ve uluslararası hukuk hükümlerine harfiyen uyması için” çağrıda bulundu.

On yıl sonra Güvenlik Konseyi, İsrail'in 1967'den beri işgal edilen Filistin ve diğer Arap topraklarında yerleşim kurma politikaları ve uygulamalarını inceledi. 22 Mart 1979 tarih ve 446 sayılı kararda Güvenlik Konseyi, bu yerleşimlerin “yasal bir geçerliliğinin” bulunmadığı kanaatine vardı ve “bir kez daha 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin Kudüs'ün de dahil olduğu, 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen Arap topraklarında uygulanabilir olduğunu teyit etti”. Güvenlik Konseyi, Sözleşme vasıtasıyla “*bir kez daha* İsrail'e, işgalci güç olarak, (Sözleşme'ye) harfiyen uy” çağrısında bulunuldu.

20 Aralık 1990'da, Güvenlik Konseyi 681 sayılı kararında (1990) İsrail Hükümeti'ne 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen bütün topraklarda Dör-

düncü Cenevre Sözleşmesi'nin hukuka uygun ve tam olarak uygulanabilirliğini ve sözleşme hükümlerine titizlikle uymayı kabul etmesi için çağrıda bulundu. Konsey söylenen Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletler, işgalci güç İsrail tarafından Sözleşme'nin 1. maddesine uygun olarak Sözleşme kapsamındaki yükümlülükler için saygının sağlanması için tekrar çağrıda bulundu.

Son olarak, 18 Aralık 1992 tarih 799(1992) ve 18 Mart 1994 tarih 904(1994) sayılı kararları ile Güvenlik Konseyi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgal altındaki topraklarda uygulanabilirliğine ilişkin tutumunu teyit etti.

100. Divan, nihayet, İsrail Yüksek Mahkemesinin 30 Mayıs 2004 tarihli bir kararında şunları kaydettiğini belirtti:

“Refah'taki [İsrail Savunma Gücü] askeri operasyonları, sivilleri etkiledikleri ölçüde, 1907 Kara Savaşları Kural ve Teamüllerine İlişkin Dördüncü Lahey Sözleşmesi'ne ve 1949 tarihli Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne tabidir.”

101. Yukarıdaki hususların ışığında Divan, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin silahlı çatışma durumunda iki veya daha fazla Yüksek Sözleşme Tarafları arasında işgal altındaki topraklarda uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir. 1967 silahlı çatışması başladığında İsrail ve Ürdün bu Sözleşme'ye taraftı. Bu nedenle Divan, çatışmadan önce Yeşil Hattın doğusunda kalan ve çatışma sırasında İsrail tarafından işgal edilen ve önceki açık ve net statüleri ile ilgili herhangi bir soruşturmaya gerek olmayan Filistin topraklarında uygulanabileceği sonucuna varmıştır.

102. Taraflar Divan önündeki yargılamada, İsrail'in taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanıp uygulanamayacağı hususunda da farklı şekilde düşünmektedir. Genel Sekreter'in raporunun Ek 1'ine göre:

“4. İsrail, imzaladığı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olduğunu reddetmektedir. İnsancıl hukukun Batı Şeria ve Gazze Şeridi'ndeki gibi bir çatışma durumunda koruma sağladığını, oysaki insan hakları sözleşmelerinin, barış zamanında vatandaşların kendi Hükümetinden korunmasını amaçladığını ileri sürmektedir.”

Divan yargılamasında bu sorunu dile getiren diğer taraflar, yukarıdaki görüşün aksine, iki Sözleşme'nin de işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olduğunu iddia etmektedir.

103. İsrail, 19 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesini ile aynı tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini ve ayrıca 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni, 3 Ekim 1991 tarihinde onaylamıştır. İsrail bu üç belgeye taraftır.

104. Bu metinlerin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olup olmadığını belirlemek amacıyla, Divan öncelikle uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi ve daha sonra insan hakları belgelerinin ülke dışında uygulanabilirliği konusunu ele alacaktır.
105. Divan bu sorunlardan ilkinde, 8 Temmuz 1996 tarihli *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* Danışma Görüşü'nde, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile ilgili olarak değinme fırsatı bulmuştur. Yargılama sırasında bazı devletler, "Sözleşme, barış zamanında insan haklarının korunmasına yöneliktir, ancak muharebe sırasında yaşamın hukuka aykırı olarak izalesine ilişkin sorunlar silahlı çatışmaya uygulanacak hukuka tabiidir" argümanını ileri sürmüşlerdir (*U.A.D Raporları 1996 (1)*, s. 239, parag. 24).
- Divan, bu argümanı reddetti:
- "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin koruması, ulusal olağanüstü durumlarda bazı yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen Sözleşmenin 4. maddesinin uygulanması dışında, savaş halinde sona ermez. Bununla birlikte, yaşama hakkına riayet askıya alınabilecek yükümlülüklerden değildir. İlke olarak, kişinin keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmama hakkı çatışmalar sırasında da uygulanır. Bununla birlikte, yaşamadan keyfi olarak yoksun bırakılmanın ne olduğu, çatışma yöntem ve araçlarını düzenlemek için özel olarak oluşturulmuş hukuk olan silahlı çatışma hukukuna göre belirlenir." (*Ibid.*, s. 240, parag. 25.)
106. Daha genel olarak Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde yer alan türden yükümlülüklerin askıya alınması hükümlerinin hanel gelmeksizin, silahlı çatışmalarda insan hakları sözleşmelerinin sunduğu korumanın sona ermediği kanaatindedir. Uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki ile ilgili olarak üç olası durum söz konusudur: Bazı haklar münhasıran uluslararası insancıl hukukun konusunu oluşturabilir, bazıları münhasıran insan hakları hukukunun konusu olabilir, ancak bazıları da uluslararası hukukun her iki dalının konusu olabilir. Divan önündeki soruya cevap verebilmek için, hem uluslararası hukukun bu iki dalını, yani hem insan hakları hukukunu ve hem de olaya uygulanacak özel kuralları havi (*lex specialis*) uluslararası insancıl hukuku dikkate almak zorundadır.
107. Geriye, söz konusu iki uluslararası Sözleşme ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yalnızca taraf Devletlerin ülkelerinde uygulanabilir olup olmadığı ya da söz konusu ülke parçalarının dışında da uygulanıp uygulanamayacağını, eğer uygulanabiliyorsa hangi şartlarla uygulanacağını belirlenmesi kalmaktadır.

108. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulama alanı bu Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanır ve şu şekildedir:

“İş bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, kendi ülkelerinde bulunan ve yetkisi altında olan herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer herhangi bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin, bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara riayet etmekle yükümlüdür.”

Bu hüküm sadece bir devletin ülkesi içinde ve o Devletin yetkisine tabi olan bireyleri koruma kapsamında olduğu şeklinde yorumlanabilir. Hüküm, bir devletin ülkesinde bulunan bireyler ve devletin ülkesi dışında olmakla birlikte onun yetkisine tabi olan bireyler şeklinde de yorumlanabilir. Divan şimdi, bu metne yüklenecek anlamı belirleyecektir.

109. Divan, devletlerin yetkisinin öncelikle ülkesel olduğunu ancak bu yetkinin bazen de ülke dışında kullanılabileceğini belirtir. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin konusu ve amacı dikkate alındığında, taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine ülke dışında da uymakla yükümlü olmaları doğaldır.

İnsan Hakları Komitesinin istikrarlı uygulaması da bu şekildedir. Öyle ki Komite, Sözleşme'yi devletin yetkisini yabancı devletin ülkesinde kullandığı durumlarda da uygulanabilir kılmıştır. Komite, Brezilya ya da Arjantin'de Uruguaylı ajanlar tarafından gerçekleştirilen tutuklama işlemlerinin geçerliliği hakkında - Sözleşme çerçevesinde (ÇN)- karar vermiştir (52/79 sayılı *Lopez Burgos v Uruguay*; 56/79 sayılı *Lilian Celiberli de Casariego v. Uruguay* davaları). Almanya'daki Uruguay Konsolosluğu tarafından pasaporta el koyma olayında da aynı sonuca varmıştır (106/81 sayılı *Montero v. Uruguay* davası).

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) Komitenin Sözleşme'nin 2. maddesi yorumunu doğrulamaktadır. Hazırlık çalışmalarında seçilen kelimeler, Sözleşme'yi yapanların, devletlerin kendi ülkeleri dışında yetki kullandıklarında yükümlülüklerinden kurtulmalarını amaçlamadıklarını göstermektedir. Sözleşme'yi yapanlar, ülke dışında bulunan kişilerin haklarını sadece vatandaşları oldukları ve yetkileri altında olmadıkları devlete karşı ileri sürmemelerini, ama ülkesinde buldukları devlete karşı da ileri sürmelerini amaçlamıştır (bkz. İnsan Hakları Komisyonu ilk taslağı tartışmaları, E/CN.4/SR.194, parag. 46 ve Birleşmiş Milletler, *Genel Kurulu Resmi Kayıtları*, 10. oturum, *Ekler*, A/2929, Bölüm II, Kısım V, parag. 4 (1955)).

110. Divan bu bağlamda, Sözleşme'nin uygulanabilirliğine ilişkin olarak, İsrail'in İnsan Hakları Komitesi önündeki beyanları ile aldığı tutumu ve Komitenin görüşünü dikkate alır.

İsrail 1998’de Komiteye raporunu hazırlarken Sözleşme’nin uygulanması için işgal altındaki topraklarda yaşayan bireylerin gerçekten İsrail’in yetkisine tabi olup olmadığı sorusunun üstesinden gelmek zorunda kaldığını belirtmiştir. (CCPR/C/SR.1675 parag. 21). İsrail “Sözleşme ve benzeri belgelerin doğrudan işgal altında olan topraklardaki mevcut duruma uygulanmadığı” şeklindeki tutumu benimsemiştir (*ibid*, parag. 27).

Komite, raporun incelenmesinden sonra yapılan nihai gözlemlerinde, İsrail’in takındığı tavırdan duyduğu endişeyi ifade etti ve “İsrail güvenlik güçlerinin işgal altındaki topraklarda yetkisini etkili bir şekilde kullanması kadar, (işgal altındaki) topraklarda uzun süren varlığına ve işgal altındaki toprakların gelecekteki durumuna yönelik belirsiz tavrına ve orada bulunan güvenlik güçlerinin etkin bir şekilde yargı yetkisini kullanması” işaret etti (CCPR/C/79/Add. 93 parag. 10). İsrail’in 2003’de, “Sözleşme’nin, onun kendi topraklarında ve özellikle de Batı Şeria ve Gazze’de uygulanmaz” anlamına gelen değişmeyen tutumu karşısında Komite sonuca varmıştır:

“Mevcut şartlar altında, işgal altındaki topraklarda, Taraf devletin (İsrail’in) yetkililerinin ve ajanlarının, Sözleşme’de düzenlenen hakların kullanımını etkileyen ve uluslararası hukuk prensipleri gereğince İsrail’in devlet sorumluluğu kapsamında olan devletin tüm eylemleri tahtında, Sözleşme’nin hükümleri işgal altındaki topraklarda yaşayan halkın yararı için uygulanır” (CCPR/CO/78/ISR, parag. 11).

111. Sonuç olarak Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin bir devletin kendi ülkesi dışında yetki kullanırken gerçekleştirdiği eylemler için uygulanabilir olduğunu düşünmektedir.

112. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, uygulama kapsamı açısından bir hüküm içermemektedir. Bu durum, Sözleşmenin garanti altına aldığı hakların esas itibarıyla ülkesel olması ile açıklanabilir. Bununla birlikte, Sözleşmenin hem bir devletin egemenliği altındaki hem de ülkesel yetkisini kullandığı ülkelere uygulanması da hesaba katılmalıdır. Örneğin 14. madde “Sözleşmeye taraf olduğu sırada kendi ana ülkesinde ve yetkisi altında olan diğer ülkelerde parasız ve zorunlu ilköğretimi sağlamamış olan” devletler için geçici tedbirleri hükme bağlar.

Bu bağlamda İsrail’in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’ne sunduğu rapordaki tutumu hatırlamak gerekir. İsrail, 4 Aralık 1998 tarihinde Komiteye gönderdiği ilk raporda “işgal altındaki topraklarda İsraili yerleşimcilerin Sözleşme’de yer alan hakları kullanımını gösteren istatistikleri” sunmuştu. Komite, İsrail’e göre, “aynı yetki bölgelerinde yaşayan Filistin halkının hem rapora hem de Sözleşme’nin korumasına dahil olmadığını” not etmiştir (E/C.12/1/Add. 27, parag. 8). Komite bu bağlamda, 19 Ekim 2002 tarihli başka bir rapor içinde yer alan “İsrail’in Sözleşme’nin onun ülkesel egemenliği ve yetkisine bağlı olma-

yan bölgeler için uygulanmayacağını ısrarla ileri sürmesi (Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden esinlenerek)" ile ilgili cevabından endişesini dile getirmiştir. İsrail'e göre, bu durum "uluslararası hukukta insan hakları ve insancıl hukuk arasındaki köklü ayırımı dayanır". İsrail şöyle devam etmiştir: "Batı Şeria ve Gazze, insan hakları irtibatından farklı ve bağlam olarak silahlı çatışmanın bir parçası ve bölümü olduğundan, Komitenin görevi Batı Şeria ve Gazze'deki olaylarla ilgili değildir (E/1990/6/Add.32. parag. 5). Bu gözlemler zımında, Komite, İsrail'in tutumu hakkındaki endişesini tekrarlamış ve "Tarafların Sözleşme yükümlülüklerinin etkin kontrolü altındaki tüm topraklara ve bütün halka uygulanacağını" yeniden teyit etmiştir (E/C.12/1/Add.90. parag. 15 and 31).

Yukarıda paragraf 106'da açıklanan sebeplerle Divan, İsrail'in bakış açısını kabul edemez. Buna ek olarak Divan, 37 yıldır İsrail işgali altında olan bölgelerin, İsrail'in işgalci güç olması hasebiyle ülkesel yargı yetkisine tabi olduğunu düşüncesindedir. İsrail bu temele dayanan yetkilerini kullanırken, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin hükümlerine tabidir. Ayrıca İsrail, yetkilerin Filistin otoritesine devredildiği alanlarda bu hakların kullanılmasını engellemek yükümlülüğü altındadır.

113.20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi ilgili olarak, söz konusu belgenin 2. maddesine göre, "Taraflar, kendi yargı yetkisinde bulunan her çocuğun Sözleşme'de belirtilen haklarına riayet edecektir ve bu hakları temin edecektir. Dolayısıyla bu Sözleşme işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir.

* *

114.Genel Kurul'un ortaya attığı soruya cevap verebilmek için gereken ilgili uluslararası hukuk kurallarını ve ilkelerini belirledikten ve özellikle işgal altındaki Filistin topraklarında uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun uygulanabilirliğini karara bağladıktan sonra, Divan şimdi, duvarın inşasının bu kuralları ve ilkeleri ihlal edip etmediğini tespit etmeye çalışacaktır.

*

115.Bu bağlamda, Genel Sekreterliğin raporuna ekli ve "Filistin Kurtuluş Örgütü'nün Özet Hukuki Konumu" başlıklı II sayılı Ek, "Bariyer'in inşası uluslararası hukuka aykırı bir ülke ilhaki" ve "Arazinin geçici olarak ilhak edilmesi, Filistin'in ülkesel egemenliğine ve nihai olarak Filistinlilerin kendi kaderini tayin hakkına müdahale" olduğunu dile getirir. Bu görüş, Divan'a sunulan yazılı ifadelerin bir kısmında ve duruşmalarda ifade edilen görüşlerde de yar aldı. *Öncelikle* iddia edildi ki:

“Duvar, Filistin halkına üzerinde kendi kaderini tayin hakkını kullanma yetkisi tanınan ülkeyi parçalamakta ve kuvvet kullanımı yolu ile ülke kazanılmasını yasaklayan hukuk ilkesini ihlaline neden olmaktadır.”

Bu anlamda, “duvarın güzergâhının işgal altındaki Filistin toprakları üzerindeki İsrail yerleşimlerini güçlendirmek suretiyle, Doğu Kudüs dahil, işgal altındaki Filistin topraklarının demografik yapısını değiştirmek üzere tasarlandığı” özellikle vurgulandı. Ayrıca duvarın, “Filistin halkına üzerinde kendi kaderini tayin hakkını kullanma yetkisi tanınan Filistin halkının haklarını kullanmaya yetkili olduğu ülkeyi/toprağı azaltmayı ve ayırmayı” amaçladığı iddia edildi.

116. İsrail, duvarın tek amacının Batı Şeria’dan kaynaklanan terörist saldırılarla etkili bir şekilde mücadele etmeyi amaçladığını iddia etmiştir. Ayrıca İsrail, Barikat’ın geçici bir önlem olduğunu defalarca belirtmiştir (bkz. Genel Sekreterin raporu, parag. 29). İsrail bu durumu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihli toplantısına katılan Daimi Temsilcisi vasıtasıyla, “Çitin İsrail devletine topraklar ekmediğini” ve İsrail’in “siyasi bir uzlaşmanın parçası olarak çitin yeniden konumlanması ya da sökülmesine, muazzam bir maliyette olsa da, hazır ve muktedir olduğunu” vurgulayarak ifade etti (S/PV. 4841, s. 10). İsrail Daimi Temsilcisi, bu görüşünü 20 Ekim ve 8 Aralık 2003 tarihlerinde Genel Kurul önünde yeniden ifade etti. Temsilci, 8 Aralık 2003 tarihinde Genel Kurul’da şunları ekledi:

“Terör bittiği anda çitler artık gerekli olmayacak. Çit bir sınır değil ve siyasi bir önem taşımıyor. Bölgenin hukuki statüsünü hiçbir şekilde değiştirmez”. (A/ES-10/PV.23, s. 6)

117. Divan hem Genel Kurul’un hem de Güvenlik Konseyi’nin Filistin ile ilgili olarak, “savaş yoluyla ülke kazanımının kabul edilemezliği” teamül kuralını zikrettiğini hatırlatır (bkz. yukarıda parag. 74 ve 87). Akabinde Güvenlik Konseyi, 22 Kasım 1967 tarihli 242 (1967) sayılı Kararı ile, bu kuralı aşağıdaki ifadelerle teyit etti:

“Şart’ın ilkelerinin yerine getirilmesi, aşağıdaki ilkelerin her ikisini de içerecek adil ve kalıcı bir Orta Doğu barışının kurulmasını gerektirir:

(i) Son çatışmada işgal edilen topraklardan İsrail silahlı kuvvetlerinin çekilmesi;

(ii) Karşılıklı iddiaların ve saldırıların sona erdirilmesi ve bölgedeki tüm devletlerin egemenlik, toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığı ile kuvvet kullanımı ya da kuvvet kullanma tehdidinden arınmış, belirlenmiş ve güvenliği temin edilmiş sınırlarla barış içinde yaşama hakkının tanınması ve kabul edilmesi. “

Aynı şekilde, Konsey İsrail’in Kudüs’ün statüsünü değiştirmek için aldığı önlemleri defalarca kınamıştır (bkz. yukarıda parag. 75)

118. Divan, halkların kendi kaderlerini tayin hakkına ilişkin ilke ile ilgili olarak, bir “Filistin halkının” varlığının artık bir sorun olmadığına dikkat çekmektedir. 9 Eylül 1993 tarihinde Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) Başkanı Sayın Yaser Arafat ve İsrail Başbakanı Sayın Yitzhak Rabin arasındaki mektup teatisi ile Filistin halkının varlığı İsrail tarafından tanınmış oldu. Bu yazışmada, FKÖ Başkanı “İsrail Devleti’nin barış ve güvenlik içerisinde var olma hakkını” tanıdı ve birtakım başka taahhütler verdi. Buna cevaben, İsrail Başbakanı FKÖ Başkanı’na, bahse konu taahhütler ışığında, “İsrail Devleti’nin FKÖ’yü Filistin halkının temsilcisi olarak tanımaya karar verdiğini” bildirmiştir. 28 Eylül 1995 tarihli Gazze Şeridi ve Batı Şeria’ya İlişkin İsrail-Filistin Geçici Antlaşması, Filistin halkına ve onun “meşru haklarına” birkaç kez atıfta bulunmuştur (Başlangıç, parag. 4, 7, 8; madde II, parag. 2; madde III, parag. 1, 3; madde 22, parag. 2). Divan, Genel Kurul’un da birçok kez tanıdığı kendi kaderini tayin hakkının bu haklardan bir olduğunu dikkate alır (Örneğin bkz. 22 Aralık 2003 tarih ve 58/163 sayılı karar).
119. Divan, duvarın İsrail Hükümeti tarafından belirlenen güzergâhın, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayan yerleşimcilerin yaklaşık yüzde 80’inin dahil olduğu bir “kapalı alan” kapsadığını belirtir (bkz. yukarıda parag. 85). Ayrıca, yukarıdaki paragraf 80’de bahsedilen haritanın incelenmesi sonucunda, duvarın (güzergâhının) kıvrımlı şeklinin, (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin bu alanda yer alması için tasarlandığı anlaşılmaktadır.
120. Divan, bu yerleşimlerle ilgili olarak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 49. maddesinin 6. fıkrasının “İşgalci Gücün, kendi sivil nüfusunun bir kısmının işgal ettiği topraklara taşıyamayacağı ya da transfer edemeyeceği” hükmüne dikkat çeker. Bu hüküm, sadece İkinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleştirilen sınır dışı ve zorla yerinden etme gibi önlemleri yasaklamaz ama aynı zamanda işgalci bir Gücün, kendi nüfusunun bir kısmının işgal edilmiş topraklara transferini organize etmek veya teşvik etmek için alınan önlemleri de yasaklar.

Bu açıdan, Divan’a sunulan bilgiler, İsrail’in 1977’den beri, işgal altındaki Filistin topraklarında yerleşimlerin kurulmasını içeren bir politika yürürlüğe koyduğunu ve işgal altındaki Filistin topraklarında yerleşimler kurulmasını sağlayan ve anılan Sözleşme’nin 49. maddesinin 6. fıkrasına aykırı uygulamalar geliştirdiğini göstermektedir.

Güvenlik Konseyi böylelikle bu tür politika ve uygulamaların ‘yasal bir geçerliliğe sahip olmadığı’ görüşünü benimsemiştir. Ayrıca, İsrail’i, “işgalci güç olarak” Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’ne “titizlikle uymaya” ve:

“Önceki önlemlerini kaldırmaya ve Kudüs dahil 1967’den beri işgal edilen Arap topraklarının demografik yapısını önemli derecede etkilemek

suretiyle ve coğrafi niteliğinde ve hukuki statüsünde değişikliğe neden olabilecek her türlü eylemden vazgeçmeye ve özellikle de, kendi halkını işgal altındaki Arap topraklarına transfer etmemeye” çağırıştır (22 Mart 1979 tarih ve 446(1979) sayılı karar).

Konsey, 20 Temmuz 1979 tarihli ve 452 (1979) sayılı ve 1 Mart 1980 tarih ve 465 (1980) sayılı kararlarındaki tutumunu teyit etti. Nitekim ikinci kararda, “İsrail’in nüfusunun bir bölümünü ve yeni göçmenleri işgal edilen topraklara yerleştirmesini” Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin “açık ihlali” olarak nitelendirmiştir.

Divan, (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin uluslararası hukuku ihlal ederek kurulduğuna karar vermiştir.

121. Divan, İsrail’in duvarın inşasının ülke ilhaki demek olmadığı ve inşanın geçici olduğuna ilişkin güvencesini not ederken (bkz. yukarıda parag. 116), yine de duvarın güzergâhının İsrail ve Filistin arasında gelecekte çizilecek sınıra zarar vereceğine ve İsrail’in yerleşkeler yoluyla erişim alanına ilaveler gerçekleştirmesine dair birtakım korkulara kayıtsız kalamayacağını ifade etmiştir. Divan, duvar inşası ve onun getireceği rejimin, kalıcı olabilecek bir “oldu bitti” yaratacağını ve bu durumun, duvarın İsrail tarafından yapılan resmi nitelendirilmesine rağmen, fiili ilhaka eşdeğer olacağını düşünmektedir.

122. Divan ayrıca, Genel Sekreterliğin raporuna göre, planlanan güzergâh Batı Şeria bölgesinin yüzde 16’sından fazlasını Yeşil Hat ve duvar arasındaki alanda dahil edeceğini hatırlatır. İşgal altındaki Filistin topraklarında yaşayan yerleşimcilerin yaklaşık yüzde 80’i, 320.000 kişi, 270.000’i Filistinli ile beraber, bu alanda yaşayacaktır. Buna ilave olarak duvarın inşasının bir sonucu olarak, yaklaşık 160.000 Filistinli daha neredeyse tamamen çevrelenmiş topluluklarda ikamet edecektir (bkz. yukarıdaki parag. 84, 85 ve 119).

Diğer bir deyişle, duvar için seçilen güzergâh, İsrail’in Kudüs ve yerleşim yerleri ile ilgili aldığı ve Güvenlik Konseyi’nin karşı çıktığı yasa dışı önlemlere geçit vermektedir (bkz. yukarıdaki parag. 75. ve 120). Ayrıca, duvarın inşası, aşağıda paragraf 133’de ayrıntıları ile açıklanacak olan Filistin halkının belli alanlardan ayrılmasına neden olduğu ölçüde, işgal altındaki Filistin topraklarının demografik yapısının daha da bozulması riskini yaratmaktadır. Bu duvarın inşası, inşa öncesinde alınan önlemlerle birlikte, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanmasını ciddi bir şekilde zorlaştırmakta ve bu nedenle, İsrail’in bu hakka riayet yükümlülüğünün bir ihlalini oluşturmaktadır.

*

123. Duvarın inşası uluslararası insancıl hukukun bazı hükümleri ve insan hakları belgelerine ilişkin birtakım sorunları da gündeme getirmektedir.
124. 1907 Lahey Düzenlemeleri ile ilgili olarak, Divan bu Düzenlemelerin çatışmalarla ve özellikle düşmanı yaralama, kuşatma ve bombalama araçlarıyla ilgili II. Bölümü'nü hatırlatır. III. Bölüm işgal altındaki topraklardaki askeri otoriteyle ilgilidir. Sadece III. Bölüm Batı Şeria'ya uygulanabilir ve bu nedenle Düzenlemenin II. Bölümünün 23. maddesinin (g) fıkrasının bu konuyla ilgisi yoktur.

Lahey Düzenlemeleri'nin III. Bölümündeki 43, 46 ve 52. maddeler işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir. Madde 43 işgalciye "uygulanmakta olan yasalara saygı göstererek, kamu düzenini ve yaşamı tesis etmek ve mümkün olduğunca, kamu düzeni ve yaşamı garanti almak için yetkisi dahilinde olan tüm önlemleri alma" görevi yüklemektedir. 46. madde özel mülklere "saygı gösterilmesi gerektiğini" ve özel mülklerin "el konulamaz" olduğunu ekler. Son olarak, 52. madde işgal ordusunun ihtiyaçlarının karşılanması için aynı taleplere ve hizmetlere belirli sınırlar dahilinde yetki verir.

125. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgalle sonuçlanan askeri operasyonlar sonrasında uygulanacak hükümleri arasında ayrıca bir ayrıma gidilmiştir ve hükümler işgal süresince geçerli olmaya devam etmektedir. 6. maddeye göre:

"İşbu Sözleşme 2. maddesinde değinilen anlaşmazlığın ya da işgalin başlangıcından itibaren uygulanacaktır.

İşbu Sözleşme'nin hükümleri, askeri operasyonlar bittikten sonra, çatışmaya taraf olanların ülkesinde uygulanmaz.

İşgal altındaki topraklarda ise, işbu Sözleşme'nin hükümleri, askeri operasyonların bittiği tarihten bir yıl geçtikten sonra uygulanmaz; bununla birlikte, işgalci güç, işgal süresince, böyle bir gücün böyle bir ülkede kullanacağı devlet fonksiyonlarını yerine getirmeye işbu Sözleşme'nin 1-12, 27, 29-34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61-77 ve 143. maddeleri gereğince devam edecektir.

Salıverilmeleri, geri gönderilmeleri ve yeniden yerleştirilmeleri bu tarihten sonra gerçekleşen koruma altındaki kişiler bu Sözleşme'den faydalanmaya devam edecektir."

1967'de Batı Şeria'nın işgallerine yol açan askeri operasyonlar uzun zaman önce sona erdiği için, sadece Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında zikredilen maddeleri işgal altındaki topraklarda uygulanabilir halde kalmaktadır.

126. Bu hükümler Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 47, 49, 52, 53 ve 59. maddeleridir.

47. maddeye göre:

“İşgal altındaki bir toprakta mukim himaye gören şahıslar, yine mevzuubahis toprakların işgali üzerine kurumlarda veya hükümette vuku bulacak herhangi bir değişiklik yüzünden, ne işgal edilen toprak makamlarıyla işgal eden devlet arasında addolunacak bir anlaşma ile, ne de işgal edilen toprağın şamil devletçe kısmen veya tamamen ilhaki dolayısıyla, hiçbir veçhile ve her ne suretle olursa olsun işbu Sözleşme’nin bahşettiği istifadelerden mahrum bırakılamazlar.”

49. maddeye göre:

“Himaye gören şahısların, işgali altındaki topraklardan işgalci devletin (gücün) kendi topraklarına veya işgal edilmiş olsun olmasın başka bir devletin topraklarına ferdi olarak veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri, her ne sebeple olursa olsun, yasaktır.

Mamafih, işgalci devlet, halkın emniyeti veya mücbir askerî sebepler icap ettirirse, muayyen bir işgal mıntıkasının kısmen veya tamamen tahliyesine tevessül edebilir. Tahliyeler, himaye gören şahısların buna mad-detten imkân olmadığı haller müstesna ancak işgal altındaki topraklarda yer değiştirmelerini intaç edebilir. Bu suretle tahliye edilen halk, bu mıntıkada muhasamat sona erer ermez tekrar yerlerine iade olunacaktır.

İşgalci devlet, bu tahliye ve nakillere tevessül ederken, himaye gören şahısların imkân nispetinde münasip tesisata kabul edilmelerini, yer değiştirmelerin memnuniyeti mucip sıhhat, hıfzıssıhha, emniyet ve iaşe şartları altında vuku bulmasını ve aynı aile efradının birbirlerinden ayrılmamalarını temin edecek surette hareket eyleyecektir.

Hâmi devlet; nakillerden ve tahliyelerden, vuku bulur bulmaz, haberdar edilecektir.

İşgalci devlet, halkın emniyeti ve mücbir askeri sebepler zaruri kılma-dıkça, himaye edilen şahıslar harp tehlikelerine bilhassa maruz mıntıkalarda alıkoyamaz.

İşgalci devlet, işgal ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez.”

52. maddeye göre:

“Hiçbir mukavele, anlaşma veya nizamname, hiçbir işçinin, gönüllü olsun olmasın, nerede bulunursa bulunsun, hâmi devletin mümessillerine müracaat ederek bu devletin müdahalesini istemek hakkını ihlâl edemez.

İşgal altındaki memleket işçilerinin işsiz kalmalarını veya çalışma imkânlarının tahdidini intaç ederek bunları şamil devlet hesabına çalışmaya mecbur eyleyecek her türlü tedbir memnudur.”

53. maddeye göre:

“Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların işgal devleti tarafından imhası, askerî harekât bu imhayı kesin olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.”

Son olarak, 59. maddeye göre:

“İşgal altındaki toprak halkı veya bu halkın bir kısmı kâfi derecede iâşe edilemiyorsa, şamil devlet bu halk lehine yapılacak yardım hareketlerini kabul eyleyecek ve elinden geldiği nispette kolaylaştıracaktır.

Gerek devletler gerek Beynelmilel Kızıllaç Komitesi gibi bir tarafsız insani teşekkül tarafından tevessül olunabilecek bu hareketler, bilhassa yiyecek, tıbbi maddeler ve giyecek sevkiyatından ibaret olacaktır.

Bütün Akit Devletler, bu sevkiyatın serbestçe müruruna müsaade edecekler ve himayesini temin eyleyeceklerdir.

Bununla birlikte, muhasım bir tarafın işgalinde bulunan bir toprağa gönderilen sevkiyatın serbestçe müruruna müsaade eden bir devlet, bu sevkiyatı muayeneye, sevkiyatın zamanlarını ve takip edeceği yolları tanzime ve şamil devletin istifadesinde kullanılmayarak muhtaç halkın yardımlarına tahsis olunacağına dair hâmi devletten kâfi derecede teminat almak hakkını haiz olacaktır.”

127. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de konu ile ilgili bazı hükümler içerir. Bunları daha ayrıntılı olarak incelemeyen önce, Divan Sözleşme’nin 4. Maddesinin, bazı koşullarla Sözleşme’nin bazı hükümlerinin askıya alınmasına müsaade etmesini inceleyecektir. İsrail, 3 Ekim 1991 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine aşağıdaki bildirgeyi göndererek bu madde gereğince yükümlülüklerinden sapma hakkını kullanmıştır:

“İsrail Devleti, kuruluşundan bu yana hem varlığı hem de vatandaşlarının yaşamı ve mülkleri üzerine sürekli tehdit ve saldırıların kurbanı olmuştur.

Bunlar insanların ölümüne ve yaralanmasına neden olan savaş tehditleri, fiili silahlı saldırılar ve organize terör eylemleri biçiminde vuku bulmuştur.

Yukarıdaki nedenlerle, Mayıs 1948’de ilan edilen olağanüstü hal o tarihten beri yürürlükte kalmıştır. Bu durum Sözleşme’nin 4(1). maddesi açısından bir olağanüstü hal oluşturur.

İsrail Hükümeti, sözü edilen 4. maddeye uygun olarak, devletin savunulması ve yaşamın ve mülkiyetin korunması için tutuklama ve gözaltı-

na alma yetkisini kullanmayı da içeren tedbirleri durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere almayı zorunlu telakki emiştir.

İsrail, bu önlemlerin herhangi birinin Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağdaşmadığı durumda ve o ölçüde, bu hükümden kaynaklanan yükümlüklerini askıya alır.”

Divan, yükümlülüklerin askıya alınması bildirimimin yalnızca kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ve yakalama ya da tutuklama alma hallerinde uygulanan kuralları ortaya koyan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesine ilişkin olduğunu belirtir. Sözleşme'nin diğer maddeleri bu nedenle, sadece İsrail topraklarında değil, işgal altındaki Filistin topraklarında da uygulanmaya devam eder.

128. 17. madde bunlardan biridir ve 1. fıkrası şöyledir: “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.”

12. maddenin 1. fıkrası da öyledir ve şu hükmü ihtiva eder: “Bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimse, o ülkenin sınırları içinde seyahat etme özgürlüğüne ve yerleşeceği yeri seçme hakkına sahiptir.”

129. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca hareket özgürlüğünün genel güvencelerine ek olarak Hristiyanlığın, Yahudiliğin ve Müslümanlığın Kutsal Yerlerine erişimin özel güvenceleri de hesaba katılmalıdır. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Hristiyan Kutsal Yerlerinin statüsü oldukça eskiye dayanmaktadır; o zamana ilişkin en son hükümler 13 Temmuz 1878 tarihli Berlin Antlaşması'nın 68. maddesindedir. 24 Temmuz 1922 tarihinde Britanya Hükümeti'ne verilen Filistin Mandası'nın 13. maddesi şöyledir:

“Filistin'de bulunan Kutsal Yerler ve dini yapılar ve bölgelerle ilgili olarak kamu düzeni ve görgü kurallarının gereklerini temin ederken, bunlara ilişkin mevcut hakları korunması ve Kutsal Yerlere, dini yapılar ve bölgelere ücretsiz erişimin güvence altına alınması ve ibadet özgürlüğü ile ilgili bütün sorumluluk Manda tarafından üstlenilir...”

Madde 13 ayrıca şunlar ifade eder: “bu Mandadaki hiçbir şey dokunulmazlığı garanti edilen ve tamamıyla Müslümanlara ait kutsal türbelerin inşa ve idaresine müdahale etme yetkisi verir şeklinde yorumlanamaz”

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, Genel Kurul, Filistin'in gelecek hükümetine ilişkin 181 (II) sayılı kararı kabul ederken, Paylaşım Planının bir bölümünün tamamını, Kutsal Yerlere, dini yapılara ve bölgelere ayırdı. Kutsal Yerler ile ilgili olan Bölümün 2. maddesi aşağıdaki gibidir:

“erişim, ziyaret ve transit geçiş özgürlüğü, mevcut haklara uygun olarak (Arap Devleti’nin, Yahudi Devleti’nin) ve Kudüs Şehri’nin tüm yerleşiklerine ve vatandaşlık konusunda ayırım yapmadan vatandaşlarına, yabancılara, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ve görgü kurallarının gerekliliklerine tabi şekilde yabancılar için de garanti edilecektir.”

Daha sonra 1948 silahlı çatışmasının ardından, Ürdün ile İsrail arasındaki 1949 Genel Ateşkes (Mütareke) Antlaşması, VIII. maddesiyle, “Antlaşmanın kapsamının genişletilmesi ve uygulanmasında iyileştirme yapmak amacıyla, Tarafların mutabık kalınan planlar ve düzenlemeler ile ilgili konuları sunabileceği” özel bir komitenin kurulmasını sağladı. Üzerinde önceden ilke anlaşmasına varılan bu konulardan biri de “Kutsal Yerler’e serbest giriş” oldu.

Bu taahhüt, esasen Yeşil Hattın doğusunda bulunan Kutsal Yerler ile ilgilidir. Bununla birlikte, bazı Kutsal Yerler bu Hattın batısında yer alıyordu. Bunlar, Zion Dağı üzerindeki Son Akşam Yemeği Odası ve Davut Mezarı idi. Genel Ateşkes Antlaşması’nı imzalarken İsrail, Ürdün’ün yaptığı gibi, Kutsal Yerlere erişim özgürlüğünü garanti altına aldı. Divan, İsrail’in bu taahhüdünün 1967’de kontrolüne geçen Kutsal Yerler için geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu taahhüt İsrail ve Ürdün arasındaki 1994 Barış Antlaşması’nın 9. maddesinin, “Taraflardan her biri dini ve tarihi önemi olan yerlere erişim özgürlüğü sağlayacaktır.” şeklinde daha genel olarak ifadesini bulan 1. fıkrasıyla tekrar teyit edilmiştir.

130. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne gelince; bu belge, konu ile ilgili bir dizi hüküm içermektedir: çalışma hakkı (madde 6 ve 7); aileye, çocuklara ve gençlere verilen koruma ve yardım (madde 10); yeterli yiyecek, giyecek ve konut dahil olmak üzere yeterli bir yaşam standardı hakkı ve “açlıktan uzak olma hakkı”(madde 11); sağlık hakkı (madde 12); eğitim hakkı (madde 13 ve 14).
131. Son olarak, 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 16, 24 ve 27, 28. maddelerinde benzer hükümler bulunmaktadır.

*

132. Divan’a sunulan bilgilerden ve özellikle Genel Sekreter’in raporundan, duvar inşasının, mülklerin yıkılmasına ya da mülklere el konulmasına yol açacağı ve bu itibarla Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 53 ve 1907 Lahey Düzenlemeleri’nin 46. ve 52. maddelerinin ihlaline neden olacağı görülmektedir.
133. Bu inşaat dolayısıyla, “Yeşil Hat” ve duvarın arasında bir kapalı alan kurulması ve bir yerleşim bölgesi oluşturması, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayanların dolaşım özgürlüğüne esaslı sınırlandırmalar getirmiştir (İsrail vatandaşları ve asimile olanlar hariç). Bu tür sınırlamalar en çok Kalkilya yer-

leşim alanı veya Kudüs şehri ve onun kenar mahalleleri gibi kentsel alanlarda belirgindir. Bu sınırlamalar, belli bölgelerde kapı sayısının az olması, açılma saatlerinin keyfi bir sınırlandırmaya tabi olması ile daha da ağırlaştırılmıştır. Örneğin, 1967'den beri İsrail işgali altında olan topraklarda insan hakları durumu üzerine İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörüne göre, 40.000 kişilik nüfusa sahip bir şehir olan Kalkilya, Duvar tarafından tamamen çevrilmiştir ve ikamet edenler tek bir askeri kontrol noktasından sabah 7 ile akşam 7 arasında giriş-çıkış yapabilmektedir. (Komisyon'un 1993/2 A sayılı ve "Filistin dahil İşgal Altındaki Arap topraklarında İnsan Hakları İhlalleri Sorunu" başlıklı kararınca hazırlanan 1967'den beri İsrail işgali altında olan topraklarda insan hakları durumu üzerine İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü John Dugard'ın Raporu, E/CN.4/2004/6.8 Eylül 2003, parag. 9)

Ayrıca, birtakım kaynaklarca doğrulandığı gibi, tarımsal üretim için ciddi sonuçlar ortaya çıkmıştır. İşgal Altındaki Toprakların Filistin Halkının ve Diğer Arap Halklarının İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştıran Özel Komiteye göre:

"Binlerce Filistinlinin hayata tutunmak için tek kaynakları olan seralar, zeytin ağaçları, su kuyuları, turunçgil ekinleri ve özel tarım arazileri gibi birçok mülkün, Batı Şeria'nın İsrail işgal güçlerince el konulmuş tahmini 100000 dönümlük en verimli tarım arazisi, duvar inşasının ilk aşamasında yok edilmiştir" (İşgal Altındaki Toprakların Filistin Halkının ve Diğer Arap Halklarının İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştıran Özel Komite Raporu, A/58/311, 22 Ağustos 2003, parag. 26).

Ayrıca, 1967'den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumu Özel Raportörü, "Duvarın İsrail tarafında kalan Filistin topraklarının çoğunluğunun verimli tarım arazileri ve bölgede büyük önem arz eden bazı su kuyularını barındırdığını", buna ek olarak "birçok meyve ve zeytin ağaçlarının bariyerin inşası esnasında yok edildiğini" belirtti. (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003, parag. 9). BM İnsan Hakları Komisyonunun Gıda Hakkı Özel Raportörü, duvarı inşa etmenin "Filistinlilerin tarım arazileri, kuyular ve geçim araçları ile bağlantısını kopardığını" belirtmiştir. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Özel Raportörü Jean Ziegler, "Gıda Hakkı", Ek, İşgal altındaki Filistin toprakları Misyonu, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, parag. 49). Dünya Gıda Programı tarafından yürütülen yakın tarihli bir incelemede, gıdaya ihtiyaç duyan 25.000 yeni insanın olduğu ve duvar inşasının yeterli ve güvenli gıdaya erişmeyi daha da zorlaştırdığı belirtildi (Genel Sekreterin raporu, parag. 25).

Ayrıca, duvarın inşası, halkın sağlık hizmetlerine, eğitim kurumlarına ve su kaynaklarına erişimindeki zorlukların artmasına neden olmuştur. Bu durum da değişik bilgi kaynaklarınca doğrulandı. Bu durum Genel Sekreterin raporunda, "Filistin Merkezi İstatistik Bürosu'na göre şimdiye kadar Barikat, 30 yöreyi sağ-

lık hizmetlerinden, 22'sini okullardan, 8'ini birincil su kaynaklarından, 3'ünü elektrik şebekesinden mahrum bıraktığı" şeklinde genel bir şekilde ifade etmektedir (Genel Sekreterliğin raporu parag. 23). 1967'den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumuna ilişkin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü, Duvar ile Yeşil Hat arasında kalan Filistinlilerin, arazilerinden, işyerlerinden, okullarından, sağlık kliniklerinden ve diğer sosyal hizmetlerden etkin bir biçimde mahrum kalacağını" ifade etmektedir (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003 parag. 9). Özellikle su kaynaklarıyla ilgili olarak, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Gıda Hakkına ilişkin Özel Raportörü, "Çitin inşasıyla İsrail'in batıya ait yeraltı su kaynakları tertibatını da (Batı Şeria'nın su ihtiyacını karşılayan kaynakların yüzde 51'ini) büyük ölçüde ilhak edeceğini" belirtmektedir (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, parag 51). Aynı şekilde, sağlık hizmetlerine erişim bakımından, Kalkiliya'nın çevresinin kuşatılması sonucunda buradaki bir BM hastanesinin iş yükünün yüzde 40 oranında azaldığı ifade edilmiştir. (Genel Sekreter raporu, parag. 24)

BM'nin verdiği rapora göre Kalkiliya'da 600 dükkan veya işletme kapatıldı ve 6000 ile 8000 arası kişi beldeyi terk etti. (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003, para. 10; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, para. 51) BM İnsan Hakları Komisyonunun Gıda Hakkına ilişkin Özel Raportörü de, "Duvarın/çitin, toplulukları topraklarından ve sudan başka bir geçim olanağı olmadan ayırmasıyla, bu bölgelerde yaşayan birçok Filistinlinin bölgeyi terk etmeye zorlanacağını" gözlemlemektedir (E/CN.4/2004/10/31 Ekim 2003, parag. 51). Bu bağlamda duvarın inşası önemli sayıda Filistinliyi yerleşim yerlerini seçme özgürlüğünden ciddi bir şekilde mahrum edecektir. Bununla birlikte Divan'a göre, duvarın inşası ve bununla bağlantılı rejim, hali hazırda kayda değer sayıda Filistinliyi belirli bölgelerden ayrılmaya mecbur etmiş olup, daha fazla duvarın inşa edilmesiyle devam eden bir süreç, yukarıdaki 120. paragrafta belirtilen İsrail yerleşkelerinin kurulması da eklenince, işgal edilen Filistin topraklarının demografik yapısını değiştirme eğilimindedir.

134. Özetle, Divan, ilgili rejimin duvar inşasının, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayanların (İsrail vatandaşları ve bunlara ilaveten asimile olanlar hariç) Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca garanti altına alınan hareket özgürlüğünün engellediği görüşündedir. Aynı zamanda Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen çalışma hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı ve yeterli yaşam standartlarına sahip olma hakkının kullanımına ilgili kişiler yönünden engel olmaktadır. Son olarak, duvarın inşası ve buna bağlı rejim, yukarıdaki 122 ve 133. paragraflarda belirtilen demografik değişikliklere katkıda bulunmakla, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinin 6. paragrafına ve yukarıda 120. paragrafta atıf yapılan Güvenlik Konseyi kararına aykırılık teşkil etmektedir.

135. Bununla birlikte Divan, uygulanabilir uluslararası insancıl hukukun hükümlerinin belirli koşullar altında askeri mecburiyetlerin hesaba katılması gerektirdiğini düşünmektedir.

Ne 1907 Lahey Düzenlemeleri'nin 46. maddesi, ne de Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 47. maddesi bu neviden hükümler içerir. Sözleşme'nin 49. maddesinin 1. paragrafı uyarınca yasaklanan zorla nüfus mübadelesi ve sınır dışı ile ilgili olarak, bu maddenin 2. fıkrası "halkın güvenliği ve zorunlu askeri nedenlerin gerektirmesi" durumunda bir istisna getirmektedir. Ancak bu istisna, işgalci gücün kendi sivil topluluğunu işgal ettiği bölgelere sürgün etmesi veya yerleştirilmesi yasağını düzenleyen 6. paragraf hakkında uygulanamaz. 53. maddeye göre, kişisel mülkiyetin yok edilmesini içeren bir "istisna, askeri operasyonlar tarafından kesinlikle yok edilmesi gereken yerlerde" istisna oluşturmaktadır. Özel mülkiyetin imhasına veya tahribatına ilişkin 53. madde ise, "askeri operasyonların bu tür bir tahribatı mutlaka gerekli kıldığı durumlarda" bir istisna ihtiva etmektedir.

Divan, bu metinler tarafından dikkate alınan askeri zorunlulukların, işgale varan askeri operasyonların nihai olarak sona ermesi sonrasında da işgal altındaki topraklarda kullanılabileceğini düşünmektedir. Ancak Divan, incelediği belgelerden, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 53. maddesindeki yasağa aykırı olarak gerçekleştirilen yıkımların, askeri operasyonların kesinlikle gerekli olması nedeniyle yapıldığına ikna olmamıştır.

136. Divan ayrıca bazı insan hakları sözleşmelerinin ve özellikle Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin, taraf devletlerin bazı durumlarda birtakım sözleşmesel yükümlülüklerinden sapmasına imkan veren hükümleri olduğunu gözlemleyerek bunları ele alacaktır. Divan, bununla birlikte, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca İsrail'in BM Genel Sekreterliği'ne ihtar ettiği bildirim, yalnızca Sözleşme'nin 9. maddesine, yani özgürlük ve güvenlik hakkına (bkz. yukarıda parag. 127) ilişkin olduğunu ve İsrail'in bu dokümanın diğer tüm hükümlerine riayet etmekle yükümlü olduğunu hatırlatır.

Dahası Divan, insan hakları sözleşmelerinin belirli hükümlerinin, bu hükümler kapsamındaki hakları niteleyen ibareler içerdiğini belirtir. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinde ise bu tür bir ibare bulunmamaktadır. Öte yandan, söz konusu belgenin 12. maddesinin 3. paragrafı, bu maddede garanti alınan dolaşım özgürlüğünün,

"ulusal güvenliğin, kamu düzeninin, kamu salığı veya ahlakının ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması için kanunla düzenlenen haricinde hiçbir sınırlamaya tabi olamayacağını ve sınırlamaların Sözleşme'de tanınan diğer haklarla uyum içerisinde olması gerektiğini" belirtmektedir.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne gelince, 4. madde aşağıdaki genel hükmü içermektedir:

“Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, Sözleşme'ye uygun olarak Devlet tarafından tanınan haklardan faydalanılması hususunda, bu hakları, hakkın özüyle uyumlu bir şekilde ve kanunla öngörülen sınırlamalara tabi olarak ve ancak demokratik bir toplumda genel esenliği arttırmak amacıyla kısıtlayabileceklerini kabul ederler.”

Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 3. paragrafı uyarınca öngörülen sınırlamaların, paragraf 1'de yer alan serbest dolaşım hakkına ilişkin istisnai bir hüküm içerdiğini gözlemlemektedir. Ayrıca bu sınırlamaların izin verilen amaçlara yönelmesi yeterli değildir; sınırlamaların bu amaçlara varmak için zorunlu olması gerekir. İnsan Hakları Komitesinin belirttiği gibi, sınırlamalar “orantılılık ilkesine uymak zorundadır” ve “istenilen sonucun elde edilebilmesi için kullanılabilir en az müdahaleci yöntem” olmalıdır (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 9, Genel Yorum No: 27 parag. 14) Eldeki bilgilere dayanarak, Divan bu şartların yerine getirilmediğini tespit etmiştir.

Divan ayrıca, İsrail'in duvar inşasının bir sonucu olarak, İsrail işgali altındaki bölgede yaşayan Filistinlilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının kullanılmasına getirilen sınırlamaların, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenen koşulu, yani sınırlamaların “yalnızca demokratik bir toplumda genel refahı artırmak amacıyla” uygulanması koşulunu karşılamakta başarısız olduğunu gözlemlemiştir.

137.Özetle Divan, incelediği belgelerden, İsrail'in duvar için seçtiği yolun güvenlik için gerekli olduğuna ikna olmamıştır. Seçilen güzergahı ile duvar ve onunla bağlantılı rejim, İsrail tarafından işgal edilen topraklarda yaşayan Filistinlilerin birtakım haklarını ağır bir biçimde ihlal etmiştir; bu güzergahın seçilmesi nedeniyle vuku bulan ihlaller, kamu düzeni ya da ulusal güvenliğin gerekleri ya da askeri mecburiyetler ileri sürülerek haklı gösterilmez. Bu nedenle, böyle bir duvarın inşa etmekle İsrail, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiştir.

138.Divan, bu nedenle, duvarın inşasının, İsrail'in üzerine düşen çeşitli uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı bir eylem olduğuna karar vermiştir. Genel Sekreter'in raporunun I sayılı ekinde, İsrail'e göre: “Bariyer inşası, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi, İsrail'in doğal meşru müdafaa hakkı ve Güvenlik Konseyi'nin 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı kararları” ile uyumludur. Daha spesifik olarak, İsrail'in Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi, 20 Ekim 2003 tarihli Genel Kurul'da, “Çitin, Şart'ın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı ile tamamen uyumlu bir tedbir olduğunu”; Güvenlik Konseyi kararlarına atıf yaparak, “Devletlerin terörist saldırılara karşı meşru müdafaaaya dayanan güç kullanmasının açıkça kabul edildiğini”,

dolayısıyla zorlama içermeyen amaca yönelik önlemleri kabul ettiğini ileri sürmüştür (A/ES-10/PV.21, s. 6).

139. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. Maddesi çerçevesinde:

“Bu Şart’ın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı saldırıya uğraması durumunda, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliği temin etmek üzere gerekli önlemi alıncaya kadar, saldırıya uğrayan Devletin doğal bireysel ya da ortak savunma hakkına hanel getirmez.”

Şart’ın 51. maddesi böylece, bir devletin başka bir devlete silahlı saldırısı halinde doğal bir hak olan meşru müdafaaı tanımlamaktadır. Ancak İsrail, kendisine yönelen saldırıların, bir başka yabancı devlete atfedilebilir olduğunu iddia etmemektedir.

Divan ayrıca işgal altındaki Filistin topraklarını İsrail’in kontrol ettiğini ve İsrail’in, duvarın inşasını meşrulaştırmak için öne sürdüğü tehditlerin dışardan değil, işgal altındaki topraklardan geldiğini ifade ettiğini not etmektedir. Bu suretle mevcut durum, 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarında öngörülenle farklıdır; dolayısıyla, İsrail, hiçbir koşulda ilgili kararlardan yola çıkarak meşru müdafaa hakkını kullandığı iddiasını ileri süremeyecektir.

Sonuç olarak Divan, 51. maddenin bu olayla alakası olmadığı kanaatine varmıştır.

140. Ancak Divan, İsrail’in duvar inşasına hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir zaruret hali olarak dayanıp dayanamayacağını dikkate almıştır. Bu bağlamda Divan, hakların garanti alınması ya da yükümlülüklerin askıya alınmasına dair hükümler içeren mevcut davada tartışılan bazı Sözleşmeleri dikkate almak zorundadır (bkz. yukarıda parag. 135 ve 136). Bu Sözleşmelerin hükümleri, [hakların garanti altına alınması ya da yükümlülüğün askıya alınması, (Ç.N.)] türünden durumları konu aldığından, tartışılan önlemler ya da kararların hukuka aykırılığını ortadan kaldırılmasına dayanak olacak şekilde, bu Sözleşmelerle ilgili olarak, uluslararası örf ve adet hukukunca da tanınan zaruret haline başvurulup başvurulamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bununlar birlikte, Divan bu soruyu dikkate almayacaktır. Divan’ın *Gabcikovo-Nagymaros Projesi (Macaristan-Slovakya)* davasında gözlemlediği gibi, “zaruret hali uluslararası örf ve adet hukukunca tanınan bir esastır” ve “yalnızca istisnai durumlarda uygulanabilir”; “kesin ve kat’i bir şekilde tanımlanmış koşulların bir arada gerçekleşmesi durumunda başvurulabilir; ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine tek başına ilgili devlet karar veremez” (*U.A.D Raporları 1997*, s. 40, parag. 51). Divan’ın ifade ettiği bahse konu şartlardan biri de, Uluslararası Hukuk Komisyonunun hazırladığı metinde kullandığı terimlerle, [hukuka aykırılığı söz konusu olan, (Ç.N.)]

eylemin, kaçınılmaz ve ağır bir tehlike karşısında Devletin temel bir çıkarını korumanın yegane yolu olarak” gerçekleştirdiği bir eylem olmasıdır (Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Nedeniyle Sorumluluğuna İlişkin Maddeler, m. 25; ayrıca bkz. İngilizce metindeki biraz farklı ifadeyle, Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’de eski m. 33). İncelediği belgeler ışığında Divan, seçilen yol boyunca gerçekleştirilen duvar inşasının, İsrail’in söz konusu inşa için gerekçe olarak gösterilen tehlikeye karşı çıkarlarını korumasının tek yolu olduğu konusunda ikna olmamıştır.

141. Bununla birlikte, İsrail’in kendi sivil halkına karşı sayısız ve hedef gözetmeksizin gerçekleştirilen ölümcül şiddet eylemine maruz kaldığı bir gerçektir. Vatandaşlarının hayatını korumak ve bu tehlikelere cevap vermek İsrail’in hem görevi hem de hakkıdır. Bununla birlikte alınan önlemler, ilgili uluslararası hukuk kurallarına uygun olmak zorundadır.
142. Sonuç olarak Divan, yukarıda 122-137. paragraflarda açıklanan nedenlerle, İsrail’in duvar inşasının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için meşru müdafaa veya zaruret hali zorunluluk haline dayanamayacağı kanaatinde. Bu nedenle Divan, duvar inşasını ve bağlantılı rejimi uluslararası hukuka aykırı bulmaktadır.

*

**

143. Divan, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına söz konusu duvarı inşa ederek ve bağlantılı rejimi kabul ederek İsrail’in tabi olduğu birçok uluslararası yükümlülüğü ihlal ettiği sonucuna varmıştır (bkz. yukarıda parag. 114-137) ve şimdi, Genel Kurul tarafından yöneltilen soruyu cevaplayabilmek için, bu ihlallerin sonuçlarını inceleyecektir.

**

144. Divan’a sundukları yazılı ve sözlü sunuşlarda birçok katılımcı, İsrail’in uluslararası hukuka aykırı şekilde duvar inşa etmesinin sadece İsrail için değil, diğer Devletler ve Birleşmiş Milletler için de hukuki sonuçlar doğurduğunu ileri sürmüşlerdir; İsrail ise yazılı beyanında duvar inşasının olası hukuki sonuçlarına ilişkin herhangi bir argüman ileri sürmemiştir.
145. İsrail’e yönelik hukuki sonuçlara ilişkin, ilk olarak, İsrail’in işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasını hemen durdurarak hukuka aykırı durumu sona erdirmesine ilişkin hukuki sorumluluğu ve durumun bir daha tekrarlanmayacağına ilişkin makul teminat ve güvenceler vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

İkinci olarak, İsrail'in kendi hukuka aykırı davranışından doğan zararı tazmin etmek yükümlülüğü altında olduğu iddia edilmiştir. Bu tazmin etme yükümlülüğünün öncelikle eski hale iade şeklinde olması gerektiği, diğer bir deyişle, işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın inşa edilmiş bölümlerinin yıkılmasının, inşaat ile ilgili hukuki işlemlerin iptalinin ve bu amaçla el koyulan ve kamulaştırılan gayrimenkullerin iadesinin gerektiği belirtilmiştir; tazmin, ayrıca, evleri veya tarım arazileri yok edilen kişiler için uygun bir ödemeyi içermelidir.

İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında inşa edilen duvar ve bağlantılı hukuki rejim nedeniyle, ayrıca, ihlal ettiği tüm uluslararası yükümlülüklerle uygun davranmak mecburiyetinde olduğu ileri sürülmüştür. Buna ek olarak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi uyarınca İsrail'in, duvarın planlanması, inşası ve kullanılması sürecinde uluslararası insancıl hukuku ağır şekilde ihlal ettiği ya da ihlal etmesi yönünde talimat aldığı iddia edilen kişileri aramak ve yargılamak zorunda olduğu ileri sürülmüştür.

146. İsrail dışındaki Devletlere yönelik sonuçlara gelince; Divan nezdinde tüm Devletlerin, duvarın inşası nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumu tanımamak, bu durumun korunması için yardım ve destekten kaçınmakla, iddia edilen ihlallerin sona ermesi için işbirliği yapmakla ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmesini temin etmekle sorumlu olduğu edilmiştir.

Dava sırasında bazı katılımcılar, ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin, Sözleşme'nin uygulanması için gerekli önlemleri almak zorunda olduğunu ve işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın inşası ve inşasının devam ettirilmesinin bu Sözleşme'yi ağır şekilde ihlal etmesi nedeniyle, bu ihlallerin faillerini yargılamak ya da iade etmekle yükümlü olduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca,

“Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, İsrail'in uluslararası hukuk normlarını ve ilkelerini, özellikle ... uluslararası insancıl hukuku açık ve sistematik şekilde ihlal ettiğini ve bu ihlallere son vermek için zaruri tüm önlemleri alması gerektiğini dikkate alması”

gerektiği ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un Divan tarafından verilecek danışma görüşünü tümüyle göz önünde bulundurması gerektiği beyan edildi.

* *

147. Divan, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında söz konusu duvarın inşasının ve bağlantılı rejimin, İsrail'in uluslararası hukuktan kaynaklanan birçok yükümlülüğüne aykırı olduğu sonucuna vardığından, İsrail'in bu çerçevedeki uluslararası hukuk sorumluluğunu araştıracaktır.

148. Divan şimdi, İsrail'e yönelik olanlar ile diğer Devletlere ve uygun olduğu ölçüde Birleşmiş Milletler'e yönelik birbirinden ayırarak, İsrail'in uluslararası hukuk ihlallerinin hukuki sonuçlarını inceleyecektir. Divan, önce ihlallerin İsrail için doğuracağı hukuki sonuçları inceleyerek başlayacaktır.

*

149. Divan, İsrail'in öncelikle işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası ile ihlal etmiş olduğu uluslararası yükümlülüklere uyma sorumluluğunu belirtir (bkz. yukarıda parag. 114-137). Bu sebeple İsrail, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkına ve uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna riayet etme yükümlülüğüne uymak zorundadır. Ayrıca 1967 Savaşı sonrası kontrolü altına giren Kutsal Topraklar'a erişim özgürlüğünü sağlamak zorundadır (bkz. yukarıda parag. 129).
150. Divan, İsrail'in aynı zamanda işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası nedeniyle doğan yükümlülüklerinin ihlaline bir son verme yükümlülüğü olduğunu belirtir. Uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan bir devletin bu eylemine son verme yükümlülüğü ile ilgili uluslararası hukuk kuralları çok açıktır ve Divan birçok olayda bu yükümlülüğün varlığını teyit etmiştir (*Nikaragua ve Nikaragua'daki Askeri ve Paramiliter Eylemler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)*, Esas, Karar, U.A.D. Raporları 1986, s. 149; *ABD'nin Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Çalışanları*, Karar, U.A.D. Raporları 1980, s. 44, parag. 95; *Haya de la Torre*, Karar, U.A.D. Raporları 1951, s. 82)
151. Buna göre İsrail, Doğu Kudüs ve çevresi de dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında inşa etmeye devam ettiği duvarın çalışmalarını derhal sona erdirmeye yükümlülüğü altındadır. Ayrıca Divan'ın bulgularına göre (bkz. yukarıda parag. 143) İsrail'in duvarın inşası ve buna bağlı rejim dolayısıyla ihlal ettiği uluslararası yükümlülükleri ve bu ihlallerin durdurulması, Doğu Kudüs ve çevresi dahil işgal altındaki Filistin topraklarında bulunan tüm yapıların derhal sökülüp kaldırılmasını gerektirir. Duvarın inşası ve ona bağlı rejimin kurulması ile ilgili, Filistin halkına tazminat veya başka bir şekilde onarım sağlanması ile ilgili aşağıdaki 153. paragrafta öngörülen yükümlülükler İsrail'in uymasını gerektirenler hariç, bütün yasama tasarrufları ve düzenleyici tasarrufların derhal yürürlükten kaldırılması veya yok sayılması gerekmektedir.
152. Dahası Divan, İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının öncelikle ve diğerleri yanında evlere, işyerlerine ve tarımsal işletmelere el koyulmasına ve onların tahrip edilmesine yol açtığını göz önünde tutarak, bütün ilgili gerçek veya tüzel kişiler için sebep olduğu zararları tazmin ile yükümlü olduğuna karar vermiştir. Divan, Daimi Uluslararası Adalet Divanı tarafından belirtilen uluslararası örf ve adet hukukunun temel tazmin şekillerini hatırlatır:
- “Gerçek hukuka aykırı eylem mefhumunda - uluslararası uygulama ile ve özellikle tahkim mahkemelerinin kararları ile kurulduğu görülen - asıl prensip, tazminin olabildiğince ilgili yasadışı eylemin sonuçlarını ortadan kaldırması ve eylem gerçekleşmeseydi yüksek ihtimalle için-

de bulunulacak durumu mümkün olduğunca tesis etmesidir. Eski haline aynen iade ya da bu mümkün değilse eski hale getirmenin maddi değeri oranında bir ödeme; kayıplardan dolayı maruz kalınan ve eski hale getirme veya tazminat ile giderilemeyen zararın, gerekmesi halinde karşılanması gibi ilkeler uluslararası hukuka aykırı bir eyleme yönelik tazminatın belirlenmesine hizmet eden ilkelerdir. (*Charzow'daki Fabrika, Esas, Karar No. 13, 1928, U.D.A.D., Seri A, No. 17, s. 47.*)

153. İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası amacıyla gerçek ya da tüzel kişilerden alınan toprak, meyve bahçeleri, zeytin yetiştirilen bölge ve diğer taşınmaz malların iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İadenin maddi olarak imkansızlığı ispatlanırsa, İsrail'in zarar görmüş olan kişilerin zararını karşılama yükümlülüğü vardır. Divan ayrıca, İsrail'in uygulanan uluslararası hukuk kuralları uyarınca gerçek ya da tüzel kişilerin duvarın inşası sonucu oluşan maddi zararını da karşılama yükümlülüğü olduğunu düşünmektedir.

*

154. Divan şimdi İsrail'in duvar inşası sonucunda meydana gelen uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin diğer devletler yönünden sonuçlarını dikkate almaktadır.

155. Divan, herkese karşı ve herkes tarafından ileri sürülebilecek bazı yükümlülükler dahil İsrail'in ihlal ettiği yükümlülükleri inceleyecektir. Divan'ın *Barcelona Traction* davasında belirttiği gibi, bu tür yükümlülükler doğası gereği "tüm devletleri ilgilendirir" ve "Bütün devletlerin, bu yükümlülüklerin içinde barındırdığı önemli hakların korunmasında hukuki menfaati bulunabilir" (*Barcelona Traction, Işık ve Enerji Şirketi, Kısıtlı, İkinci Aşama, Karar, U.A.D. Raporları 1970, s. 32, parag. 33*). İsrail'in ihlal ettiği *erga omnes* yükümlülükler, Filistin halkının kendini kaderini tayin etme hakkına riayet yükümlülüğü ve uluslararası insancıl hukuktan doğan birtakım yükümlülükleridir.

156. Bunların ilkiyle ilgili olarak, Divan *Doğu Timor* davasında, "Şart'tan ve Birleşmiş Milletler'in uygulamalarından gelişen halkların kendi kaderini tayin hakkının, *erga omnes* karakterde" olduğunu "çok açık bir şekilde" belirtmiştir (*U.A.D. Raporları, 1995, s. 102, parag. 29*). Divan ayrıca Genel Kurulun 2625 (XXV) sayılı kararındaki yukarıda bahsi geçen (bkz. parag. 88) ifadeleri hatırlatır:

"Her Devletin, Şart hükümlerine uygun olarak, ferdi olarak ve müştereken, eşit haklar ve kendi kaderini tayin etme ilkesinin gerçekleşmesine ve bu ilkenin uygulanması ile ilgili Şart'ın Birleşmiş Milletler'e tevdi ettiği sorumlulukların yerine getirilmesinde Birleşmiş Milletlere yardım etmek görevi vardır."

157. Uluslararası insancıl hukuk ile ilgili olarak, Divan “Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliğine İlişkin Danışma Görüşü”nde, “silahlı çatışmalarda uygulanan insancıl hukuk kurallarının büyük çoğunluğu insana saygıya dair ve ‘insanlığın temel değerleri’ ile ilgili..” ve “uluslararası örf ve adet hukukunun kendilerinden vazgeçilemeyecek ilkelerini teşkil ettiklerinden dolayı, onları içeren sözleşmeleri onaylamış olsunlar ya da olmasınlar, tüm devletlerce göz önünde bulundurulmaları gereken kurallar olduğunu” ifade ettiğini hatırlatır (*U.A.D Raporları, 1996 (1), s. 257, parag. 79*). Divan’a göre bu kurallar, yükümlükleri esasen *erga omnes* niteliğinde yükümlülükler haline getirir.
158. Divan ayrıca, dört Cenevre Sözleşmesi’nin de ortak hükmü olan, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından her koşulda işbu Sözleşme’ye riayet edeceklerini ve ona riayet edilmesini temin edeceklerini taahhüt ederler” hükmünü içeren 1. maddesini vurgular. Bu hüküm tahtında, Sözleşme’ye taraf her Devlet, belirli bir ihtilafın tarafı olsun veya olmasın, söz konusu belgelerin gereklerine uyulmasını sağlayacağına taahhüt eder.
159. Bahse konu hakların ve yükümlülüklerin niteliği ve önemi göz önünde tutulduğunda, Divan, tüm devletlerin Doğu Kudüs ve çevresi dahil işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının yol açtığı hukuka aykırılıkları tanınamamak yükümlülüğü altında olduğu görüşündedir; yine hiçbir devlet söz konusu inşa sebebiyle oluşan durumun sürdürülmesine ya da devamına herhangi bir katkı sağlamama yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Şartına ve uluslararası hukuka riayet eden bütün devletler, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanması önündeki duvar inşasının yol açtığı engellerin sona erdirilmesi için gerekenleri yapmalıdır. İlaveten, 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan ve Birleşmiş Milletler Şartına ve uluslararası hukuka riayet eden tüm devletler, İsrail’in Sözleşme’de düzenlenen uluslararası insancıl hukuka uymasını sağlama yükümlülüğü altındadır.
160. Sonuç olarak Divan, Birleşmiş Milletler’in ve özellikle de Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi’nin, işbu Danışma Görüş’üne gereken önemi vererek, duvar inşasının ve bağlı rejimin yol açtığı hukuka aykırılıklara sona erdirmek ve onları ortadan kaldırmak için gereken diğer tüm önlemleri dikkate almak zorunda olduğu görüşündedir.

*

* *

161. Divan, Birleşmiş Milletler Şart’ında belirlenen amaç ve ilkelere, özellikle de uluslararası barışın ve güvenliğin sürdürülmesi ve anlaşmazlıkların barışçıl yollardan çözülmesine verdiği önem anlamında, uluslararası barış ve güvenliğe teh-

dit oluşturmaya devam eden İsrail-Filistin ihtilafını sona erdirmek ve bölgede adil ve kalıcı bir barışı acilen tesis eden bir sonuca ulaşmak için, Birleşmiş Milletlerin çok daha fazla çaba göstermesinin ivedi ve zorunlu olduğunu vurgular.

162. Divan, İsrail tarafından işgal altındaki Filistin topraklarında inşa edilen duvarın uluslararası hukuka aykırı olduğu sonucuna varmış ve bu hukuka aykırılığa karşılık gelen hukuki sonuçları belirtmiştir. Divan, söz konusu inşanın daha genel bir bağlama oturtulmasını ifade etmenin kendisi için bir görev olduğunu belirtmek zorundadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1947 yılında 181 (2) sayılı kararının kabulüyle Filistin üzerindeki Manda'nın sona erdirmesinden bu yana, baskıcı önlemler, ayırım gözetmeyen şiddet eylemleri ve silahlı çatışmalar ardı ardına devam etmiştir. Divan hem İsrail'in hem de Filistin'in en önemli amaçlarından biri sivillerin yaşamını korumak olan uluslararası insancıl hukuk kurallarını titizlikle gözetmek yükümlülüğü olduğunu vurgular. Taraflar birbirlerine karşı hukuka aykırı eylemlerde bulundular ve tek taraflı kararlar aldılar; hâlbuki Divan'a göre, bu trajik durum ancak ilgili bütün Güvenlik Konseyi kararlarının özellikle de 242(1967) ve 338(1973) sayılı kararlarının iyi niyetle uygulanmasıyla sona erdirilebilir. Güvenlik Konseyi'nin 1515 (2003) sayılı karar ile kabul ettiği "Yol Haritası" bu amaca yönelik olarak başlatılan müzakerelerin en son ve güncel çabalarına karşılık gelir. Divan, işbu Görüşün muhatabı olan Genel Kurul'un dikkatini, bölgedeki herkesin barış ve güveliği için ve uluslararası hukuk temelinde, mevcut sorunlara hitap eden müzakere edilebilir bir çözüme ve İsrail ve diğer komşularla birlikte var olan bir Filistin Devletinin kurulmasına mümkün olan en kısa sürede ulaşılmasını teşvik edecek çabalara olan ihtiyaca çeker.

*

* *

163. Yukarıda açıklanan nedenlerle,

DİVAN,

(1) Oy birliğiyle,

İstene danışma görüşünü verme yetkisine *sahip olduğuna*;

(2) On dörde karşı bir oyla,

Danışma görüşü verilmesinin *kabulüne*;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka*;

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal*;

(3) Genel Kurul tarafından yöneltilen soruya aşağıdaki şekilde *cevap verilmesine*;

A. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in işgalci güç olarak, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak suretiyle, işgal altındaki Filistin topraklarında inşaa etmekte olduğu duvar ve bunla bağlantılı olarak oluşturduğu rejimin, uluslararası hukuka aykırı olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

B. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in, uluslararası hukuka karşı yaptığı ihlalleri sonlandırma yükümlülüğü altında olduğuna; ve yine Doğu Kudüs ve çevresi de dahil olmak üzere, işgal altındaki Filistin toprakları üzerinde devam eden duvar inşaatını derhal durdurma, mevcut yapıyı derhal sökerek bertaraf etme ve bu danışma görüşünün 151. paragrafı uyarınca mevcut tüm kanun ve düzenleyici tasarrufların feshetme veya geri çekme yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

C. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında inşaa ettiği duvardan dolayı ortaya çıkan tüm zararın karşılanması yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

D. On üçe karşı iki oyla,

Tüm Devletlerin, duvarın yapımından kaynaklanan yasadışı durumu tanınamak ve böyle bir inşaatın yarattığı durumu korumak için yardım ya da destek sunmamakla yükümlü olduğuna; ve yine 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan tüm devletlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'na ve uluslararası hukuka riayet etmek suretiyle, İsrail'in Sözleşme'de somutlaşmış uluslararası insani hukuk ilkelerine uymasını garanti altına alma yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç* Kooijmans, Buergenthal;

E. On dörde karşı bir oyla,

Birleşmiş Milletlerin, özellikle Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi nezdinde, duvar inşasının ve onunla bağlantılı rejimin yol açtığı yasadışı durumu sona erdirmek üzere mevcut Danışma Görüşünü de dikkate alarak, ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini düşünmesi gerektiğine;

LEHTE: *Başkan* Shi; *Başkan Vekili* Ranjeva; *Yargıçlar* Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

ALEYHTE: *Yargıç* Buergenthal;

karar vermiştir.

Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması

Digital Services Tax Practice and Turkey

Arş. Gör. Özge MUTLU KAYA^(*)

Öz:

Dijital ekonominin gelişmesiyle dijital hizmet sağlayan çok uluslu büyük şirketler ortaya çıkmıştır. Bu şirketler uluslararası alanda çok yaygın bir şekilde hizmet vererek çok büyük kazançlar elde ederken, vergi mevzuatındaki yetersizlik sonucu geliri elde ettikleri kaynak ülkesine vergi ödememektedirler. Bu da hem ekonomik anlamda ülkede faaliyet gösteren diğer firmalar için haksız rekabete hem de devletin vergi gelirlerinde azalmaya sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla bu şirketlerin kazançları devletler tarafından vergilendirilmek istenmiş ve buna ilişkin uluslararası alanda pek çok çalışma yapılmıştır. Dijital hizmetlerin vergilendirilmesi konusunda uluslararası bir kabul vardır. Ancak ortak bir çözüme ulaşılamaması nedeniyle bazı devletler kendi yetkilerini kullanarak dijital hizmet vergisini yürürlüğe koymuştur. Dijital hizmet vergisi Türkiye’de 7194 sayılı kanunla 2020 yılında yürürlüğe girmiş olup halen uygulanmaya devam etmektedir. Bu vergi ile devlete sağlanan gelir hayli yüksek olmakla birlikte; mevzuatta yer alan diğer vergi türlerinden farklı olan dijital hizmet vergisi gerek konusu gerek uygulanma biçimi gerekse idareye tanıdığı yetkiler bakımından tartışılmaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Dijital Hizmet Vergisi, Dijital Ekonomi, Dijital Vergi, Dengeleme Vergisi, Uluslararası Vergilendirme.

Abstract:

Because of the development of digital economy, large multinational companies providing digital services emerged. While these companies earn huge profits by serving widely in the international arena, as a result of the inadequate tax legislation they do not pay enough tax to the origin country where they earn their income. This leads to unfair competition for other companies operating in the country in economic terms and decreases the tax revenues of the state. Therefore, the earnings of these companies were required to be taxed by the states and many studies were carried out in the international field. There is an international recognition for the taxation of digital services. However, due to the inability to reach a consensus, some states have introduced digital service tax

^(*) Anadolu Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü.

E-posta: ozgemk@anadolu.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1969-5757>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 26.04.2021.

Makale Kabul Tarihi: 28.07.2021.

in their own jurisdiction. Digital service tax in Turkey entered into force in 2020 by Law No. 7194 and still continues to be implemented. Although the income provided to the state with this tax is quite high; digital service tax, which is different from other classical classification of taxes, continues to be discussed in terms of both its subject, the method of implementation and the power granted to the administration.

Keywords:

Digital Service Tax, Digital Service, Digital Economy, Digital Tax, Balance Tax.

GİRİŞ

Dijital hizmet, dijital ekonomi ile birlikte doğmuş bir kavramdır. Dijital ekonomi ise bilişim teknolojilerinin ekonomik hayatta kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, reklam, ticaret, ödeme, üretim ve tüketim alanlarında gerçekleşen dönüşüm sonrası ortaya çıkan ekonominin yeni bir alanı olarak tanımlanabilir.¹ Her ne kadar dijital ekonomi görece yeni olsa da ekonomiye dair her alanı etkilemektedir.² Bilişim ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmelerin hızını belirlerken hukuk sistemlerinin bu gelişmelere uyumlanması kaçınılmaz olmaktadır. Dijital ekonominin hızla büyümesi karşısında vergi hukukunun durumu ise bunun sadece bir örneğidir.³ Vergi hukukunda geleneksel ticaret anlayışına göre kurulmuş mevcut yapı dijital ekonomiyi kapsayamaz durumdadır. Dijital ekonominin fiziksel bir mekâna ihtiyaç duymayan yapısı, fiziki mekân ve sınırlara göre oluşmuş ve bu kapsamda hareket eden hukuk sistemleri için adeta bir meydan okumadır.⁴ Bu anlamda dijital ekonominin soyut nitelikte olduğu söylenebilir⁵ çünkü dijital hizmetler, IP tabanlı internetin altyapısını bağlayıp kullanabilmeyi gerektirdiğinden geleneksel fiilen sunulan somut fiziki hizmetlerden farklıdır.⁶ Bununla birlikte bu soyut yapı beraberinde çok geniş bir esnekliği de getirmekte ve uluslararası sınırlar teknolojik imkânlar sayesinde kolaylıkla aşılmaktadır. Sonuç olarak dijital hizmet veren şirketler dünyada giderek daha çok büyümektedir.

¹ Bekir Özcan, 'Türkiye'de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi Süreci ve Dijital Hizmet Vergisi Uygulaması: Örnek Ülke Uygulamaları ile Karşılaştırma', Vergi Raporu, Sayı: 250, Yıl: 2020, Ankara, s. 175.

² Ahmet Sağlı, 'Türkiye'de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi', 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).

³ Balca Çelener, 'Dijital Ekonomiyi Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2019/2, Yıl: 2019, İstanbul, s. 32.

⁴ Ibid.

⁵ Şahin Karabulut, 'Dijital Çağın Mali Yansımaları: Dijital Hizmet Vergisi', Maliye Dergisi, Sayı: 178, Yıl: 2020, Ankara, s. 270.

⁶ Kevin Williams / Samir Chatterjee / Matti Rossi / Alan Hevner, 'Design of emerging digital services: a taxonomy', European Journal of Information Systems, Sayı: 2008/17, Yıl: 2008, s. 506.

Dünyanın en değerli 10 şirketinden 7 tanesi teknoloji şirkettir ve bunların büyük kısmı Amerika Birleşik Devletleri (ABD) menşelidir.⁷ 2019 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret ve Gelişme Konferansı raporuna göre dijital ekonominin iki lider ülkesi Çin ve ABD'dir. Dünyanın 70 en büyük dijital platformunun piyasa değerinin %90'ı bu iki ülkede bulunmaktadır. Örnek olarak o tarih itibarıyla '7 süper platform' olarak nitelendirilen Microsoft, Apple, Amazon, Google, Facebook, Tencent and Alibaba toplam piyasa değerinin üçte ikisini oluşturmaktadır.⁸ Bu şirketlerin finansal büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda dijital ekonomi alanındaki faaliyetlerin vergilendirilmesinin vergi adaletinin sağlanması bakımından bir gereklilik olduğu kolayca anlaşılır. Nitekim bu alanda çok büyük bir kazanç söz konusudur ve bu gelirin vergilendirilmesi hem vergi adaletinin sağlanması hem de devlet vergi gelirlerinin korunması bakımından gereklidir.⁹ Dijital ekonomi her ne kadar küresel olarak gelişme aşamasında bir alan olsa da süreç içinde değerlendirildiğinde gelişiminin henüz başında olduğu söylenebilir.¹⁰ Dolayısıyla zaman içinde çok daha büyüyecek, gelişeceğini öngörmek zor değildir. Özellikle dünyada yaşanan Covid -19 pandemisiyle birlikte dijital hizmetlere olan talep, ihtiyaç ve bunun doğrultusunda meydana gelen arz çok ciddi miktarda artış göstermiştir. Bu kadar büyük hacme ve meblağa ulaşan faaliyetlerin devletlerce vergilendirilmek istenmesi vergi devletinin bir gereğidir. Üstelik bu uluslararası alanda kabul edilmiş bir gerekliliktir. Şu hâlde öncelikle dijital hizmet vergisinin (DHV) varlık sebebini incelemek (I) ve ardından Türkiye uygulamasını (II) tartışmak uygun olacaktır.

I. DİJİTAL HİZMET VERGİSİNİN VARLIK SEBEBİ VE NİTELİĞİ

Dijital Hizmet Vergisi uluslararası vergi alanında oldukça yeni bir vergi türü olmanın yanı sıra hukuki nitelik olarak klasik anlamda bilinen vergilerden biraz daha farklı düzenlenmiştir. Bu nedenle hukuki niteliğini değerlendirmeden (B) önce nasıl ortaya çıktığını ve geliştiğini (A) incelemek gerekir.

A. Dijital Hizmet Vergisinin Ortaya Çıkışı

İletişim teknolojilerinin gelişmesi ve yayılması sonucunda pek çok uluslararası dijital hizmet sunan şirket ortaya çıkmış ve bunlar herhangi bir maddi

⁷ Ahmet Sağlı, 'Türkiye'de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi', EY Bülten, 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁸ UNCTAD, *Digital Economy Report 2019 Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*, Cenevre, 2019, s. 15. Geçen zamanda rakamlar muhakkak güncelliğini yitirmiştir ancak dijital ekonominin piyasa değeri bu zamanda hiç şüphesiz artmış, bu konuda Amerikalı şirketler liderliğini sürdürmeye devam etmiştir.

⁹ Habip Demirhan, 'Dijital Hizmet Vergisinin Dünyadaki Uygulamaları ve Türkiye ile Karşılaştırmalı Analizi', *The Journal of Social Science*, Sayı: 7, Yıl: 2020, s. 85.

¹⁰ Özcan, s. 185.

varlıkları olmadan pek çok ülkede faaliyette bulunarak çok büyük meblağlarda gelir elde etmeye başlamıştır.¹¹ Bu dijital devlere örnek olarak Google, Facebook, Twitter, Instagram, Yandex, LinkedIn, Apple (Apple Store, Apple Music), Spotify, Youtube, Ps Store, Xbox Store, Amazon, Microsoft, Netflix, Yahoo, Airbnb, Uber, Booking, Ebay gösterilebilir.¹² Dijital hizmet sağlayan çok uluslu büyük şirketler ('DHŞÇUŞ') herhangi bir fiziki varlıklarının olmadığı ülkelerde uluslararası ticari faaliyet gösterebilmektedir.¹³ Bu sayılan dev şirketlerin faaliyet alanları dijital hizmet sağlamak¹⁴ olup bunlar çok uluslu olarak tüm dünyada hizmet vermek suretiyle ticari faaliyette bulunmaktadır. Bu anlamda DHŞÇUŞ geleneksel işletmelerden farklıdır çünkü bunların hizmet verebilmek için kaynak ülkesinde bir işyerine ihtiyaçları olmadığı gibi sağladıkları hizmet de fiziki bir şey değildir.¹⁵ DHŞÇUŞ diğer devletlerde herhangi bir yatırım yapmadan, iş merkezi açmadan sadece dijital hizmet vererek çok büyük kazançlar elde edebilmektedir.¹⁶ Dolayısıyla burada ortaya çıkan ekonominin de vergilendirilmesi gereklidir.¹⁷ Nitekim, DHV'nin amacı DHŞÇUŞ'un faaliyetlerinin vergilendirilmesidir.¹⁸ DHŞÇUŞ'a dair dünyadaki genel görüş, bunların hizmet sunduğu ve böylelikle gelir elde ettikleri ülkelerde yeterince vergi ödemedikleri, dolayısıyla vergi kaybına sebep oldukları şeklindedir. Bu nedenle güncel olarak pek çok devlet bu şirketleri vergilendirmenin yolunu aramaktadır.¹⁹ Zira bu şirketler hem maliyet bakımından fiziki işyerine sahip diğer işletmelere karşı önemli rekabet avantajına sahiptir hem de kaynak ülkesinde elde ettikleri gelirler kadar vergi ödememektedir.²⁰ İşte, DHV'nin temel çıkış sebebi DHŞÇUŞ'un dijital hizmet sağlayarak elde ettikleri gelirler üzerinden kaynak ülkede yeterince vergi ödemiye olmalarıdır.²¹

¹¹ Hakan Özdemir / Okan Atak, 'Yeni Bir Vergi: Dijital Hizmet Vergisi', Vergi Raporu, Sayı: 243, Yıl: 2019, s. 23.

¹² Numan Emre Ergin, 'Dijital Hizmet Vergisi', Vergi Algi, 2020, <https://vergialgi.net/dijital-hizmet-vergisi> (erişim tarihi: 24.3.2021).

¹³ Karabulut, s. 264.

¹⁴ Karabulut, s. 277.

¹⁵ Karabulut, s. 270.

¹⁶ Karabulut, s. 277.

¹⁷ Meral Fırat, 'Dijital Hizmet Vergisi Üzerine Bir Değerlendirme', Ünye İİBF Dergisi, Cilt 3 (1), Yıl: 2020, Ünye, s. 28.

¹⁸ Ahmet Sağlı, 'Türkiye'de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi', EY Bülten, 15 Temmuz 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).

¹⁹ Özdemir / Atak, s. 30.

²⁰ Özdemir / Atak, s. 23.

²¹ Emrah Akın, 'Dijital Vergiyle Covid-19 günlerinde tanıştık', Home Kpmg, 2020, <https://home.kpmg/tr/tr/home/gorusler/2020/07/dijital-vergiyle-covid19-gunlerinde-tanistik.html>, (erişim tarihi: 25.3.2021), s. 33.

Küreselleşme ve dijital ekonominin gelişmesi ile birlikte dünyada yeni iş modelleri gelişirken, ekonominin fiziki varlığa dayalı bir döneme ait olan hukuk kuralları bu gelişmeler konusunda yetersiz kalmıştır.²² Dijital ekonomi neredeyse tamamen sanal bir ortamda faaliyet gösterirken, vergi hukuku kuralları fiziksel varlık odaklıdır; bu nedenle hâlihazırdaki sistemin geleneksel kuralları dijital ekonomiye cevap verememektedir.²³ Dijital ekonomide güçlü olan çok uluslu firmalar vergisel bakımdan en avantajlı ülkelere yönelme eğilimindedir.²⁴ Bu şirketlerin merkezlerini kolaylıkla gelirlerin daha düşük vergilendirildiği ülkelere taşınması mümkündür.²⁵ Nitekim DHŞÇUŞ kârlarını artırmak için iş merkezlerini vergi bakımından avantajlı ülkelerde kurmayı tercih etmektedir ki bu husus Uluslararası Para Fonu'nun (IMF) 2018 yılında dijital ekonomiye dair hazırlanmış olduğu raporda vurgulanmıştır.²⁶

Bugün mevcut olan ve geleneksel olarak adlandırılabilir vergi sistemlerinde, mükellefin hukuken bir şekilde bağlı olduğu ve vergilendirilecek gelirin kaynağı olan ülkelerde vergilendirme, iç hukuk ve uluslararası anlaşma kuralları doğrultusunda belirlenen yetkiye göre yapılmaktadır. Buradaki genel olarak kullanılan temel kriter ise *daimî işyeridir*.²⁷ Daimî işyeri, geleneksel olarak vergi hukukunda vergilendirme yetkisinin dayandığı ve fiziksel temelli bir kavramdır ve günümüzde dijital ekonominin yapısından uzaktır. Bu nedenle halihazırdaki vergi sistemleri dijital ekonomiyi vergilendirme hususunda yetersiz kalmaktadır.²⁸

Dijital ekonomi bir yandan herhangi bir fiziksel mekân olmaksızın tüm dünyada faaliyet göstermekte, diğer yandan kullanıcıların yarattığı içeriklerle daha da büyümektedir. Bu sebeple, bu kurumların gelir elde ettiği ülkenin vergi sistemiyle aralarında bağ kurulamaması ve vergilendirilememeleri sonucunda, hem vergi matrahında önemli bir aşınma meydana gelmekte ve sisteme dahil olan kurumlar bakımından bir eşitsizlik oluşmakta, hem de ülke vergi gelirlerinin azalması sebebiyle ülkede refahın azalması sonucu doğacağı için kamuoyunda rahatsızlık

²² Balca Çelener, 'Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme', Mali Hukuk Dergisi, Cilt No: 15, Sayı: 178, 2019, s. 2228.

²³ Çelener, "Dijital Ekonomiyi Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği", s. 39.

²⁴ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2228.

²⁵ Karabulut, s. 270.

²⁶ Uluslararası Para Fonu (IMF), *Measuring the Digital Economy*, Washington D.C., 2018, <http://www.imf.org/external/pp/ppindex.aspx> (erişim tarihi: 23.3.2021), s. 15.

²⁷ Çelener, "Dijital Ekonomiyi Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği", s. 32.

²⁸ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2224.

oluşturmaktadır.²⁹ DHV'nin gelişimi uluslararası alanda ve Türkiye'de paralellik göstermiş, bu anlamda Türkiye uluslararası alandaki tartışma ve düzenlemeleri yakından takip etmiştir.

1. Uluslararası Alanda Dijital Hizmet Vergisinin Gelişimi

20. yüzyılın sonundan itibaren teknolojinin çok hızlı ilerlemesi sonucunda uluslararası vergi hukukunda, uluslararası vergi rekabeti, vergi cennetleri ve transfer fiyatlandırması gibi sorunlar baş göstermiştir.³⁰ Dijital ekonomideki gelişimin hızlanmasıyla bu sorunlara dijital ekonominin nasıl vergilendirileceği sorunu da eklenmiştir. Dijital ekonomi uluslararası alanda pek çok devleti ilgilendiren bir konu olduğu için gerek ülkeler gerekse uluslararası organizasyonlar bu sorunun çözümü için yöntem aramaya başlamışlardır.³¹ Dijital hizmetlerin maliyetleri düşüken kazançları çok yüksek olduğu için elde edildiği ülkelerde vergilendirilmesi gerektiğine ilişkin genel bir uluslararası kabul mevcuttur.³² DHŞÇUŞ faaliyet gösterdikleri ülkelerde gelir elde etmelerine rağmen herhangi bir fiziki varlık sahibi olmadıkları için o ülkede kurulu şirketlerle aynı şekilde vergilendirilmedikleri ve bunun da adaletsizliğe yol açtığı, bunun aynı zamanda kaynak ülkesinin vergi gelirlerinde azalmaya sebebiyet verdiği şeklinde eleştirilerle sıklıkla karşılaşmaktadır.³³ Bu eleştiriler son derece haklıdır ve çözüm bulunamadığı takdirde bu durum gelişmiş ülkelerin refah düzeyi ve gelir seviyesi ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki farkın daha da açılmasına sebep olacaktır. Bu şirketlerin vergilendirilmesi konusundaki temel sorunun kaynağı ise uluslararası vergi hukuku kurallarının dijital ekonomide verginin konusu olan işlemlere uyumlanamamasıdır.³⁴

Bu konuda uzun yıllardır önemli çalışmalar yapan uluslararası kuruluşlardan bir tanesi OECD, konuyu gündemine taşıyan diğer bir uluslararası topluluk ise Avrupa Birliği'dir (AB). Her ne kadar DHŞÇUŞ'un vergilendirilmesi konusunda AB ve OECD uzun süredir çalışıyor olsa da henüz uluslararası alanda uygulamaya geçmiş bir çözüme varılamamıştır³⁵ ve bu yüzden her ülke kendi uygulamasına karar vererek, ayrı ayrı düzenlemeler yapma yolunu seçmiştir.³⁶ Aslında, dijital

²⁹ Çelener, "Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği", s. 33.

³⁰ Karabulut, s. 270.

³¹ Fırat, s. 28.

³² Karabulut, s. 277.

³³ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2225.

³⁴ Çelener, "Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği", s. 34.

³⁵ Fırat, s. 28.

³⁶ Akın, s. 33; Karabulut, s. 264.

ekonomi tüm dünyada hâkim olduğu için ülkelerin tek tek kendi içlerinde uygulama yapmak yerine çok taraflı bir çözüm arayışı çok daha kapsamlı ve dengeli olabilir ancak, vergilendirme devletlerin egemenlik yetkisine sıkı sıkıya bağlı bir yetki olduğu ve her devletin menfaati birbirinden farklı olduğu için bunun gerçekleşmesi oldukça güçtür.³⁷ Dijital ekonominin vergilendirilmesine ilişkin ortak çözüm arayışlarında geleneksel vergi hukuku kurallarının güncellenmesi, yeni vergileme arayışları ve dolaylı vergiler getirilmesi gibi konular mevcuttur. Dijital ekonomi küresel boyutta ve çok hızlı büyüyen bir alan olduğu için bu alanda vergilendirmeye yönelik alınacak kararlar bu gelişmeyi engelleyecek nitelikte olmamalıdır. Bu yüzden meseleye çözüm aranırken onu çok taraflı ele almak, çözümün uzun vadeli ve dengeli olması açısından fayda sağlayacaktır.³⁸

OECD 2013 yılından bu yana matrah aşındırma ve kar aktarımı (BEPS) konusunda çalışmalar yapmakta ve eylem planları geliştirmektedir. Bunlardan 2015 yılında yayınlanan BEPS Eylem Planı 1 dijital ekonominin vergilendirilmesine ilişkindir. Bu eylem planı başta G20 ülkeleri olmak üzere yüzden fazla ülke tarafından desteklenmektedir.³⁹ Ancak tüm bu çalışmalara rağmen henüz OECD bünyesinde bugüne kadar dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda henüz ortak bir uzlaşa sağlanamamıştır.

AB de dijital ekonominin ve dolayısıyla DHŞÇUŞ'un kazancının vergilendirilebilmesi sorununu gündemine almış ve bu konuyu birlik bünyesinde çözme-yi hedeflemiştir. AB içinde farklı vergi politikalarının izlenmesi sonucunda bazı ülkeler (örneğin İrlanda ve Lüksemburg) vergi bakımından çok daha avantajlı olarak nitelenmektedir. Dolayısıyla fiziksel bir işyerine ihtiyaç duymayan dijital şirketler bu vergisel avantajlardan birlik içinde dahi yararlanmaktadır. Hal böyle olunca faaliyetin gerçekleştiği ülkelerde vergi kaybı oluşmakta ve bu şirketler yerleşik şirketlere göre çok daha az miktarda vergi öderken ticari hayattaki rekabet olumsuz etkilenmektedir.⁴⁰

OECD, G20 takvimi doğrultusunda dijital ekonominin vergilendirilmesine ilişkin çalışmalarını devam ettirirken, AB de bu alanda çalışmalara başlamış ve 21.3.2018'de AB Komisyonu, biri ortak bir dijital hizmet vergisine, diğeri ise önemli dijital varlığın kurumlar bakımından vergilendirilmesine ilişkin iki yö-

³⁷ Çelener, “Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği”, s. 34.

³⁸ Çelener, “Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği”, s. 35.

³⁹ OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 2015 Final Report*, 2015, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241046-en.pdf?expires=1617732133&id=id&accname=oid014567&checksum=D8514EBE33C79CA3ABC56F9E2F0B7566> (erişim tarihi: 23.3.2021), s. 15.

⁴⁰ Çelener, “Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği”, s. 35.

nerge teklifi sunmuştur.⁴¹ AB Komisyonunun bu teklifleri, üye ülkelerden dört tanesinin (İrlanda, Danimarka, Finlandiya ve İsveç) karşı oyuyla reddedilmiş ve böylece AB içinde dijital ekonomiye yönelik ortak bir vergilendirme fikri hayata geçememiştir.⁴² Bunun üzerine tasarıya destek veren ülkeler kendi vergilendirme yetkilerini kullanarak ayrı ayrı DHV uygulama fikrini benimsemişlerdir.⁴³ OECD ve AB bünyesinde dijital ekonominin vergilendirilmesi konusunda uluslararası ortak bir uzlaşmaya varılamayınca, bu amaçla müzakereler devam ederken vergi stopajı veya bir dengeleme vergisi gibi daha acil uygulamaya yönelik çözümler önerilmiştir. Bu önerilerden en çok rağbet gören ise bir dengeleme vergisi olarak DVH'nin uygulanmasıdır.⁴⁴ Dengeleme vergisi ile amaç ülke içinde ve dışında mal ve hizmet satışı yaparak gelir elde eden kurumların benzer ve dolayısıyla adil şartlarda vergilendirilebilmesidir.⁴⁵ Bununla birlikte, DHV'nin tek taraflı uygulanmasının kısa vadeli ve geçici bir çözüm olduğu kabul edilmektedir.⁴⁶

Macaristan'ın 2014 yılından bu yana dijital reklam gelirleri üzerinden aldığı vergi hariç, AB ülkeleri içinde DHV'yi yürürlüğe koyan ilk ülke Fransa'dır. Fransa dışında başka AB üyesi ülkelerde de (İspanya, İtalya, İngiltere, Avusturya, Macaristan, Polonya) bu vergi hali hazırda uygulanmaktadır. Ayrıca AB içinde bazı ülkelerde (Belçika, Çekya, Slovakya) bu vergi önerilmiş olup, bazılarında (İsviçre, Norveç, Letonya) ise DHV'nin uygulanma niyeti olduğu beyan edilmiştir.⁴⁷ Bu nedenle DHV'yi uygulamak konusunda Dünyada en önde yer alan bölgenin Avrupa olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁴⁸

DHV'yi kendi egemenlik yetkileri dahilinde uygulayan ülkeler Avrupa ile sınırlı değildir. Bugün başta Hindistan olmak üzere dünyanın çeşitli ülkelerinde, Latin Amerika'da (Paraguay, Uruguay) ve Afrika'da (Zimbabve, Kenya) DHV

⁴¹ Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence (COM/2018 147 final); Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services (COM/2018/0148 final) - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A148%3AFIN> (erişim tarihi: 23.3.2021).

⁴² Çelener, "Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği", s. 40.

⁴³ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2226.

⁴⁴ Özcan, s. 185.

⁴⁵ Özcan, s. 178.

⁴⁶ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2227.

⁴⁷ Elke Asen, 'What European OECD Countries are Doing About Digital Services Taxes', Tax Foundation, Washington D.C., 2021, <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/>, (erişim tarihi: 26.3.2021).

⁴⁸ Özdemir / Atak, s. 22.

uygulanmakta veya uygulanması teklif edilmektedir (Brezilya, Kanada, Yeni Zelanda).⁴⁹ Dolayısıyla DHV'nin sadece AB içinde değil pek çok dünya devleti tarafından kabul gören ve uygulanmaya konulan bir vergi türü olduğu ve bu devletlerce DHV'nin dijital ekonominin vergilendirilmesine bir çözüm olarak bakıldığı ileri sürülebilir.

DHV'nin siyasetteki yankıları vergi ile elde edilmek istenen gelirden fazla olmuştur. Daha görüşmeler esnasında bu konudaki çekinceleri dile getiren ABD Fransa'da kanunun yürürlüğe girmesini takiben sert eleştiriler yöneltmiştir.⁵⁰ ABD'ye göre dijital hizmet vergisi uygulayan 6 ülke ABD teknoloji şirketleri aleyhine ve diğer ülke şirketleri lehine karar almış ve bu yüzden uluslararası ticaret kuralları ihlal edilmiştir.⁵¹ ABD Ticaret Temsilciliğinin yaptığı açıklamaya göre DHV, ABD şirketlerine karşı ayrımcılığa sebep olmakta ve uluslararası ticaret prensipleriyle ters düşmektedir.⁵² Her ne kadar DHV aslında genel olarak DHSÇUŞ'un var olan kurullarla vergilendirilemeyen gelirlerinin vergilendirilmesi amacıyla geçici bir çözüm olarak önerilse de bu şirketlerin büyük çoğunluğunun Amerikalı olması nedeniyle ABD tarafından Amerikalı şirketlere karşı yapılan bir ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir. Bu da verginin siyasi tarafını ön plana çıkarmaktadır.⁵³ ABD yakın zamanda Fransa, İtalya, Avusturya, Hindistan, Türkiye ve İspanya için ithal ettiği mallar üzerine ek gümrük vergisi getirme tehdidini yinelemiş ve bunun DHV'ye misilleme olarak yapılacağı belirtilmiştir.⁵⁴ Bunun öncesinde, ABD Fransa ürünlerine %25 gümrük vergisi getirmiş ve uygulamasının 6.1.2021'de başlamasına karar vermişti.⁵⁵ Ancak dönemin iki ülke devlet başkanları Donald Trump ve Emmanuel Macron arasındaki 2020 Ocak

⁴⁹ Richard Asquith, 'Digital Services Tax DST Global Tracker', Avalara VAT Live, 2020, <https://www.avalara.com/vatlive/en/vat-news/digital-services-tax-dst-global-tracker.html> (erişim tarihi: 27.3.2021).

⁵⁰ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2238.

⁵¹ Sözcü, ABD'den dijital hizmetler vergisine misilleme tehdidi, 29.3.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmetler-vergilerine-misilleme-tehdidi-6340893/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵² Sözcü, ABD'den dijital hizmet vergisi açıklaması: prensiplere ters, 7.1.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmet-vergisi-aciklamasi-prensiplere-ters-6201143/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵³ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2234.

⁵⁴ Sözcü, ABD'den dijital hizmetler vergisine misilleme tehdidi, 29.3.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmetler-vergilerine-misilleme-tehdidi-6340893/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵⁵ ABD'den dijital hizmet vergisi açıklaması: prensiplere ters, Sözcü, 7 Ocak 2021: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmet-vergisi-aciklamasi-prensiplere-ters-6201143/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

ayı görüşmesinden sonra, ABD Fransa gümrük vergisi yaptırımlarını durdurma, Fransa ise DHV'yi askıya alma kararı almıştır. ABD bunu, “dijital hizmet vergisi üzerinde başarılı bir pazarlık tamamlanmıştır” şeklinde açıklarken⁵⁶ ancak OECD'nin varacağı ortak çözümü kabul edecek olsalar da o zamana kadar uygulamalar karşısında seçeneklerini değerlendireceklerini bildirmiştir.⁵⁷ Fransa ekonomi bakanı ise yaptığı açıklamada Fransa'nın 2021 yaz dönemine kadar kendisine Amerikalı müttefikleri Biden'ın OECD'nin tanımladığı çerçevede kabul edilen bir uluslararası dijital hizmet vergisine ikna olması için süre verdiğini, bu gerçekleşmediği takdirde Avrupa içinde başka bir çözüm arayacaklarını bildirmiştir.⁵⁸ Tüm bu tartışmalar, siyasi polemikler ve hukuki çözüm önerileri arasında belirtmek gerekir ki dijital ekonominin vergilendirilmesi konusunda devletlerin tek tek çözüm arayışlarının hem iş birliği olmadan yapılacağı için hem de vergilendirmenin şirket hasılatlarına yönelik olması nedeniyle uluslararası vergilendirme yapısına ve küresel ekonomik büyümeye zarar verme ihtimali mevcuttur.⁵⁹

2. Dijital Hizmet Vergisinin Türkiye’de Yürürlüğe Girmesi

Türkiye dijital ekonominin vergilendirilmesi konusunda uluslararası güncel gelişmeleri yakın takip eden ve gerekli düzenlemeleri öncelikle yapan ülkelerden biridir.⁶⁰ Türk vergi hukukunda Kurumlar Vergisi Kanunu (“KVK”) md.3/1’e göre “Kanunun 1’inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî veya iş merkezi Türkiye’de bulunanlar gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilirken”, md.3/2’ye göre “Kanunun 1’inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye’de bulunmayanlar, sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilirler.” Yani, maddenin ilk fıkrasında tam mükellef, ikinci fıkrasında ise dar mükellef tanımlanmıştır. Bununla birlikte md.3/3/a’da “Vergi Usul Kanunu hükümlerine uygun Türkiye’de iş yeri olan veya daimî temsilci bulunduran yabancı kurumlar tarafından bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla yapılan işlerden elde edilen ticarî kazançların” dar mükellefin kurum kazancından olacağı öngörülmüştür. Ayrıca Vergi Usul Kanunu (VUK) 156. maddesinde iş yeri “Ticari, sınai, zirai ve mesle-

⁵⁶ Sözcü, *Fransa Dijital Hizmet Vergisini Askıya Aldı*, 22.1.2020, <https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/fransa-dijital-hizmet-vergisini-askiya-aldi-5581966/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵⁷ Sözcü, *ABD’den dijital hizmetler vergisine misilleme tehdidi*, 29.3.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmetler-vergilerine-misilleme-tehdidi-6340893/> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵⁸ Capital, *Taxe Gafa: La France se donne jusqu’a l’été pour convaincre Joe Biden*, 2021 <https://www.capital.fr/entreprises-marches/taxe-gafa-la-france-se-donne-jusqua-lete-pour-convaincre-joe-biden-1390600> (erişim tarihi: 25.3.2021).

⁵⁹ OECD, s. 26.

⁶⁰ Ahmet Sağlı, *‘Türkiye’de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi’*, EY Bülten, 15 Temmuz 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).

ki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer' olarak tanımlanmıştır.

Şu hâlde yukarıdaki yasal düzenlemeler doğrultusunda bir kurumun Türkiye'deki kazancı üzerinden vergilendirilebilmesi için kanunda belirtilen dar mükellef veya tam mükellef şartlarını haiz olması ve en önemlisi bir işyerinin olması gerekir. Ancak VUK, KVK ve GVK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, bu kapsamda yer almayan dijital ekonomide yürütülen faaliyetlerin vergilendirilmesi mümkün değildir⁶¹ ve dolayısıyla dijital ekonomideki vergilendirme ihtiyacına mevcut olan vergi kanunları cevap vermekte yetersiz kalmaktadır.⁶² Nitekim DHŞÇUŞ'nin büyük bir kısmının Türkiye'de temsilcisi dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunların elde ettiği gelirler ve yürüttüğü faaliyetler kanun kapsamının dışında kalmakta ve bu sebeple Türkiye'de büyük meblağlarla gelir elde etseleler dahi Türk vergi hukuku mevzuatına göre vergilendirilememektedir.⁶³

Bunun önüne geçmek için, uluslararası alanda dijital ekonominin vergilendirilmesine dair ortak bir çözüm henüz bulunamadığından, uzlaşa sağlanan bir yol bulununcaya kadar Türkiye bu alanda faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin kendi ülkesinde elde ettiği hasılatları üzerinden vergilendirilmesine karar vermiş⁶⁴ ve buna ilişkin olarak 5.12.2019 tarihinde 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kabul edilerek 1.3.2020'de yürürlüğe girmiştir. Böylece 2020 yılından itibaren Türkiye'de bir dijital hizmet vergisi yürürlüğe konulmuştur. Dijital hizmet vergisi yeni bir vergi olup hedeflenen, Türkiye'de fiziki bir işyeri olmadığı için vergilendirilemeyen çok uluslu dijital şirketlerin gelirlerinin burada elde edilen kısmının vergilendirilmesidir.⁶⁵ Dijital hizmet vergisinin üzerinden alındığı gelirler genel itibariyle internet yoluyla yayınlanan reklamlar, ödeme hizmetleri, dijital satış gelirleri, danışmanlık ve finans hizmetleri vb. olarak sayılabilir.⁶⁶ Belirtmek gerekir ki yürürlüğe girdiği Mart 2020'den Ocak 2021'e kadar

⁶¹ Karabulut, s. 269.

⁶² Karabulut, s. 267.

⁶³ Onur Uçar / Cevat Tosun, 'Dijital Hizmet Vergisinin Anayasanın Vergilendirmeye Has İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi', Vergi Raporu, Sayı: 254, Yıl: Kasım 2020, Ankara, s. 23.

⁶⁴ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2228.

⁶⁵ Abdülkadir Kahraman, 'Dijital Hizmet Vergisi Ticareti Engeller mi?', Ekonomist, 22 Kasım 2019, <https://www.ekonomist.com.tr/abdulkadir-kahraman/dijital-hizmet-vergisi-ticareti-engeller-mi.html> (erişim tarihi: 24.3.2021).

⁶⁶ Özcan, s. 176.

olan 8 aylık dönemde toplanan dijital hizmet vergisi miktarı yaklaşık 951 milyon liradır.⁶⁷ Bu verginin Türk hukukundaki düzenlemesine ise ilerleyen bölümlerde detaylı olarak yer verilmiştir.

B. Dijital Hizmet Vergisinin Hukuki Niteliği

DHV'nin hukuki niteliği incelenirken öncelikle vergi türleri sınıflandırmasında nerede yer aldığına bakmak gerekir. İlk olarak, vergilerin konularına göre sınıflandırıldığı klasik ayırmada⁶⁸ DHV'nin gelir üzerinden mi alındığı yoksa bir tür harcama vergisi mi olduğu konusu tartışmalı bir husustur. Bunun yanı sıra verginin ekonomik faaliyetle olan ilişkisine göre yapılan dolaylı vergiler-doğrudan vergiler ayırımında⁶⁹ nerede yer aldığı ayrı bir husustur. Son olarak DHV'yi verginin ekonomik etkileri bakımından yapılan sınıflandırmaya göre incelemekte fayda vardır.

Verginin kaynağı veya konusu esas alınarak yapılan sınıflandırmada bir vergi eğer kişinin geliri üzerinden alınıyorsa gelir, eğer tüketime konu olan bir mal veya hizmet üzerinden alınıyorsa harcama/tüketim vergisi olarak nitelendirilir.⁷⁰ Verginin ekonomik faaliyetle olan ilişkisine göre yapılan sınıflandırmada ise konusu sürekli, mükellefi önceden belli ve matrahı devamlı olan vergiler dolaysız; konusu ve matrahı süreklilik göstermeyen ve mükellefi önceden belli olmayan vergiler ise dolaylı olarak nitelendirilmektedir.⁷¹ Buna göre gelir ve servet üzerinden alınan vergiler dolaysız, harcamalar üzerinden alınan vergiler ise dolaylı vergi olarak kabul edilir. Bu çerçevede DHV incelendiğinde, bunun bilinen klasik anlamda ne tam olarak gelir ne de bir harcama üzerinden alınmadığı kolaylıkla görülebilir. Diğer taraftan doğrudan-dolaylı vergi ayırımında DHV'nin doğrudan bir vergi olduğunu söylemek mümkündür çünkü DHV'nin konusu ve mükellefi önceden belli ve matrahı ise sürekli. Şu hâlde aslında DHV klasik ayırmada ve eşleşmede bir yere tam olarak uymamaktadır.

İlk olarak DHV, klasik anlamda gelir üzerinden alınan vergilerden farklı bir şekilde safi kazancı değil, kurumun faaliyetlerinden elde ettiği hasılatı sabit oranla vergilendirmektedir. Mükellefler ise hasılatı göre ve kanunda belirlenen sınırlar içinde belirlenmektedir.⁷² Hatta AB'deki ortak DHV teklifini reddeden

⁶⁷ Evrensel, *8 ayda toplanan dijital hizmet vergisi 951 milyon lirayı buldu*, 4.1.2021, <https://www.evrensel.net/haber/422789/8-ayda-toplanan-dijital-hizmet-vergisi-951-milyon-lirayi-buldu> (erişim tarihi: 27.3.2021).

⁶⁸ Hüseyin Şen / İsa Sağbaş, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Baskı, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016, s. 58.

⁶⁹ Şen / Sağbaş, s. 58.

⁷⁰ Şen / Sağbaş, s. 60.

⁷¹ Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998, s. 328-329.

⁷² Çelener, *"Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme"*, s. 2227.

ülkelerden İsveç, Danimarka ve Finlandiya, “gerçekten kazanç elde edilip edilmediğine bakılmaksızın sadece hasılat üzerinden yapılacak bir vergilendirmenin, vergilemeye ilişkin temel ilkelere aykırılık teşkil edeceği” konusunda gerekçe bildirmişlerdir.⁷³ Türk hukukundaki DHV uygulaması da yine verginin hasılat üzerinden alınması şeklinde düzenlenmiştir. Oysa hukukumuzda, gelirin kazanç ve iratların safi tutarı şeklinde hesaplanacağı düzenlenmiştir (GVK md.1). Dolayısıyla DHV’nin hesaplanması bu düzenleme ile örtüşmemektedir.

İkinci olarak, DHV işlem hacmi üzerinden alınmaktadır ve işlemler üzerinden alınan vergiler dolaylı vergiler olarak nitelendirilir; bu nedenle de gerçek geliri yansıtma ihtimali bulunmamaktadır.⁷⁴ Türkiye’de DHV, bütçe içinde vergi gelirleri sınıflandırılırken gelir üzerinden alınan vergiler kapsamında sayılmamış ve buna dair detaylı bir açıklama yapılmamıştır.⁷⁵ Dolayısıyla DHV’nin bütçe içinde diğer vergiler kapsamında yer aldığı düşünülebilir ve DHV’nin devlet tarafından gelir üzerinden alınan bir vergi olarak değerlendirilmediği söylenebilir. Diğer taraftan Kanun md.5/2 uyarınca “Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine geçen belgelerde ayrıca gösterilmez”. Şu hale kanun koyucu DHV’nin fatura ve bunun yerine geçen belgelerde gösterilmesini yasaklamıştır.⁷⁶ Bu ise bir doğrudan vergi özelliğidir. Burada amaç KDV’de olduğu gibi belirli bir meblağın doğrudan tüketiciye yansıtılmasını engellemek olsa da bu, uygulamada hedeflendiği şekilde gerçekleşmeyebilir. Nitekim Google yaptığı açıklamada 1 Kasım 2020’den itibaren Türkiye’de sunulan reklamlar için %5 oranında bir ‘yasal işletme maliyeti’ uygulanacağını duyurmuş,⁷⁷ dolayısıyla verginin yansıtılması bu tarih itibarıyla başlamıştır.

DHV, dijital ortamlarda sunulan hizmetlerin karşılığı olan kazancın vergilendirildiği bir vergi olarak tanımlanabilir.⁷⁸ Burada dijital hizmet veren şirketler bir hizmet karşılığı gelir elde ederler ancak bu bilinen, klasik anlamda fiziki ortamda sunulan bir hizmet değildir. Örneğin hukukumuzda Katma Değer Vergisi Kanunu 4. maddesinde hizmeti “Hizmet, teslim ve teslim sayılan haller ile mal

⁷³ Reuters, *Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firms’ turnover*, 1.6.2018, <https://www.reuters.com/article/us-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUSKCN1IW337> (erişim tarihi: 26.3.2021).

⁷⁴ Çelener, “*Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği*”, s. 50.

⁷⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı, *Ocak 2020 Gelirleri*, <https://www.hmb.gov.tr/ocak-2020-vergi-gelirleri> (erişim tarihi: 25.3. 2021).

⁷⁶ Funda Başaran Yavaşlar, ‘*Dijital Hizmet Vergisi*’, Vergi Sorunları, Sayı: 377, Yıl: 2020, s. 17.

⁷⁷ Sözcü, *Google’dan Türkiye’deki reklamlara yüzde 5 kesinti*, 1.9.2020, https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/google-dan-turkiyedeki-reklamlara-yuzde-5-kesinti-6017866/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber (erişim tarihi: 30.6.2021).

⁷⁸ Özdemir / Atak, s. 25.

ithalatı dışında kalan işlemlerdir. Bu işlemler; bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi, şekillerde gerçekleşebilir.” şeklinde tanımlamıştır. Dijital hizmet söz konusu olduğunda ise burada sayılan haller yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden vergi hukukunda “hizmet” kavramını gözden geçirmek, yeniden değerlendirmek gerekebilir. Buna karşılık KDV’de vergilendirilen konu, her bir işlemin ortaya çıkardığı katma değerken, DHV’de dijital hizmet kullanıcıların yaptığı işlemler sonucu hizmet sağlayıcı şirketin elde ettiği kazanç vergilendirilmektedir. Bir diğer deyişle, vergiyi doğuran olay kişilerin hizmetten faydalanmasıdır ancak vergilendirilen husus buradan elde edilen toplam hasılattır.

Türk hukukundaki düzenleme özelinde bakıldığında bir görüş DHV’nin hasılat üzerinden alındığını, bu yüzden gelir üzerinden alınan ve dolaysız bir vergi olduğunu ileri sürmektedir.⁷⁹ Diğer yandan DHV’nin konusu olan hasılatın kaynağı dijital işlemler için sunulan bir hizmet olduğu ve işlemler üzerinden alınan vergiler dolaylı vergiler olduğu için, bunun aslında dolaylı bir vergi olduğu ileri sürülmüştür. Hatta bu sebepten DHV sebebiyle çifte vergilendirmenin önlenmesi zor, vergi yükünün tüketiciye yansıtılması da büyük olasılık olarak değerlendirilmiştir.⁸⁰ DHV her ne kadar mükellefin hasılatı üzerinden hesaplanıp ödense de bunun tüketiciye yansımaları ve fiili mükellefin harcama vergilerinde olduğu gibi tüketici olma ihtimali çok yüksektir. Türkiye açısından değerlendirildiğinde ise bu ihtimalin gerçekleşmesi, hali hazırda zaten mevcut olan dolaylı ve doğrudan vergiler arasındaki dağılım neticesindeki adaletsizliği büyütecektir.⁸¹ Üçüncü bir görüş ise bu vergiyi brüt gelir vergisi ile muamele vergisinin karışımı olarak nitelendirmiştir.⁸² Kanaatimizce DHV’nin niteliğini belirlemek klasik vergi hukuku sınıflandırmasında oldukça güçtür. Her şeyden önce verginin konusu vergi hukuku kavramlarından çok daha geniş ve farklıdır. Buna ilaveten vergi salınırken, muhtemelen acil bir çözüm hedefiyle, vergilendirmenin temel ilkelerinden bir kısmı⁸³ göz ardı edilmiştir. Ancak mutlaka bir nitelendirme yapmak gerekirse -ki çifte vergilemeyi önleme anlaşmalarının kapsamı bakımından gereklidir-, verginin konusu bakımından gelir üzerinden alınan bir vergi olduğu kabul edilebilir. Ancak, her ne kadar verginin konusu hasılat olsa da hasılatı oluşturan dijital hiz-

⁷⁹ Karabulut, s. 277.

⁸⁰ Çelener, “Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği”, s. 50.

⁸¹ Çelener, “Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme”, s. 2236.

⁸² Bloomberg HT, *Hangi ülkede ne kadar dijital hizmet vergisi uygulanıyor?*, 6.1.2021, <https://www.bloomberght.com/dst-2272056> (erişim tarihi: 27.3.2021).

⁸³ Mali güce göre vergilendirme ve belirlilik ilkeleri buna örnek olarak gösterilebilir.

met kullanıcılarının yaptıkları işlemlerdir. Bu yaklaşım Türk vergi hukuku uygulaması bakımından uyumsuzluk yaratabilir çünkü DHV'nin gelir üzerinden mi alındığı yoksa bir tür harcama vergisi mi olduğu tartışmasında, eğer gelir üzerinden alındığı kabul edilirse, Türkiye'de işyeri olmayan dar mükelleflerin DHV'ye tabi olması Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'na (ÇVÖA) aykırılık oluşturur. ÇVÖA'da dijital hizmetten elde edilen gelirin nerede vergilendirileceği konusu da tartışmalıdır çünkü burada mükellefin fiziki bir işyeri yoktur. Sonuç olarak DHV'nin hukuki nitelik bakımından klasik vergi sınıflandırmasında bir yere oturmadığı ifade edilmelidir. Ancak zaman içinde gereklilikler ve doğabilecek uyumsuzluklar sonucunda buna dair gerekli değişiklik düzenlemelerin yapılacağı düşünülmektedir.

Vergilerin ekonomik etkilerine göre olan sınıflandırmada⁸⁴ DHV'nin tamamlayıcı bir vergi olduğu söylenebilir. DHV ile amaçlanan kaynak ülkesinde elde edildiği halde var olan kurallara göre vergilendirilmesi mümkün olmayan kazançların vergilendirilmesidir. Nitekim uluslararası platformlarda bir dengeleme vergisi olarak önerilmiştir.⁸⁵ Aynı zamanda DHV için öngörülen bunun geçici bir vergi olması ve dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda uzun vadede uluslararası ortak bir çözüm bulununcaya kadar bu vergi uygulanması hedeflenmiştir. Bunun sebebi de devletlerin ve hukuk sistemlerinin dijital dönüşümü eş zamanlı olarak takip edememesi ve uyumlaştırma gerçekleşinceye kadar yürütülen faaliyetlerin bir an evvel vergilendirilebilmesidir.⁸⁶

II. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA DİJİTAL HİZMET VERGİSİ

Türk hukukunda Dijital Hizmet Vergisi, 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ('Kanun') ile 5.12.2019 tarihinde kabul edilmiş ve 7/12/2019 tarih ve 30971 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Bununla birlikte verginin yürürlük tarihi 1.3.2020 olarak belirlenmiştir. Kanunda verilen yetkiye istinaden Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 20.03.2020 tarih ve 31074 Sayılı Resmî Gazetede Dijital Hizmet Vergisi Uygulama Genel Tebliği ('Tebliğ') yayınlanmış ve kanun uygulamasına dair detaylar burada düzenlenmiştir. Bu bölümde kanun sistematığı doğrultusunda vergiye dair düzenlemelere ve bunlara ilişkin eleştiriler ile olası uyumsuzluklara yer verilecektir.

⁸⁴ Şen / Sağbaş, s. 64-65.

⁸⁵ OECD, s. 116-117; Council of the European Union, *Council conclusions on 'Responding to the challenges of taxation of profits of the digital economy*, Brüksel, 2017 <https://www.consilium.europa.eu/media/37181/council-conclusions-on-digital-taxation-nov-2017.pdf> (erişim tarihi: 25.3.2021), s. 2.

⁸⁶ Özcan, s. 179.

A. Verginin Konusu

DHV konu bakımından çok kapsamlı olarak düzenlenmiş bir vergidir.⁸⁷ Kanun md.1 kapsamında verginin konusu için üç ayrı kategori öngörülmüştür. Her bir kategorinin neleri içerdiği ise Tebliğ’de detaylı olarak ve örnekleriyle açıklanmıştır.

Kanun md.1/1 “Türkiye’de sunulan aşağıdaki hizmetlerden elde edilen hasılat, dijital hizmet vergisine tabidir” şeklinde düzenlenmiş ve devamında bu hizmetler bentler halinde sayılmıştır. Ancak verginin konusunu açıklamaya geçmeden önce bu ifadede ne anlaşılması gerektiğini kanunda verilen tanımlar doğrultusunda ifade etmek gerekir. Buna göre dijital ortam, Kanun md.2’de “Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, çevrim içi faaliyetin gerçekleştirildiği her türlü ortam” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, arama motoru reklamları, bant reklamlar (banner), paylaşılan videoların oynatılmasından önce, izlenme esnasında veya sonrasında yayınlanan her türlü reklam, açılır pencere reklamları (pop-up), gazete, dergi vb. yayın organlarının sitelerinde veya yayın akışı sırasında yapılan reklamlar bu kapsamda yer alır (Tebliğ I/A/1). Kanun md.2/c’ye göre “Hasılatın elde edilmesi, hasılatın mahiyet ve tutar itibarıyla kesinlik kazanmış olmasını” ifade eder. Dolayısıyla hasılatın tamamı vergi konusu olup burada tahsil esası değil tahakkuk esası geçerlidir.⁸⁸ Kanun md.2/ç’ye göre ise “Hizmetin Türkiye’de sunulması, Hizmetin Türkiye’de sunulmasını, hizmetten Türkiye’de faydalanılmasını, hizmetin Türkiye’de bulunan kişilere yönelik gerçekleştirilmesini veya hizmetin Türkiye’de değerlendirilmesini ifade eder”. “Değerlendirmeden maksat, hizmetin karşılığını teşkil eden ödemenin Türkiye’de yapılması veya ödeme yurt dışında yapılmışsa, Türkiye’de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya kârından ayrılmasıdır. Şu kadar ki, dijital ortamda sunulan reklam hizmetinin Türkiye’de bulunmayan kişilere yönelik gerçekleştirilmesi durumunda hizmet Türkiye’de değerlendirilmiş sayılmaz” (Kanun md.2/ç). Tebliğ I/B’ye göre, “Hizmetin karşılığını teşkil eden ödemenin Türkiye’de yapılmasından kasıt, ödemenin Türkiye’deki hesaplardan yapılmasıdır. Ancak, ödeme yurt dışında yapılmışsa, Türkiye’de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya kârından ayrılması durumunda, ödeme Türkiye’de yapılmış sayılır.” Son olarak eğer Türkiye’de bulunan kullanıcılar ve bunların faaliyetlerinden dijital ortamda elde edilen veriler işlenirse veya bunlar başkalarına iletilirse burada da yine hizmetten Türkiye’de yararlanma sayılır.⁸⁹

⁸⁷ Akın, s. 33.

⁸⁸ Karabulut, s. 281.

⁸⁹ Çelener, “Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme”, s. 2232.

Her ne kadar kanunda belli başlı terimlerin ne ifade ettiği tanımlansa da tanımlar arasında, kanunda geçen dijital hizmet, kullanıcı, reklam kontrol ve performans ölçüm hizmetleri gibi kavramlar yer almamaktadır. Benzer şekilde bunlara dair Tebliğde de bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durum öğretilerde vergi hukukunda belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu savıyla eleştirilmiştir.⁹⁰ Kanaatimizce belirsizliğe alan bırakmamak adına Kanunda tanımlanmasa dahi bunlara daha sonra yayımlanan detaylı Tebliğ’de yer verilebilirdi.

Kanunda vergilendirilen birinci konu ‘Dijital ortamda sunulan her türlü reklam hizmetleridir’ ve md.1/1/a bendinde “Dijital ortamda sunulan her türlü reklam hizmetleri (reklam kontrol ve performans ölçüm hizmetleri, kullanıcılarla ilgili veri iletimi ve yönetimi gibi hizmetler ile reklamın sunulmasına ilişkin teknik hizmetler dâhil)” sayılmıştır. Burada madde kapsamının açıklanmasından evvel dijital ortamdan ne anlaşılacağına bakmak gerekir. Düzenleme içeriği ise Tebliğin belirtilen maddesinin (Tebliğ I/A/1) devamında “Söz konusu hasılatın, reklam verenin kendisi, reklam alanın acentesi veya aracılık hizmeti sunan diğer üçüncü kişilerden elde edilmesinin vergilendirmeye etkisi yoktur. Ayrıca, bu vergi uygulamasında, örneğin, reklama erişimin takip edilmesi suretiyle reklamın hedef kitleye ulaşip ulaşmadığının, istenilen etkiyi oluşturup oluşturmadığının veya reklamda değişikliğe ihtiyaç duyulup duyulmadığının ölçümlenmesi veya reklamın ulaştığı kullanıcıların yaş, cinsiyet, eğitim durumu ve benzeri özelliklerinin tespit edilerek raporlanması faaliyetleri Türkiye’de sunulan reklam hizmetleri kapsamında değerlendirilir” şeklinde açıklanmıştır.

Kanunda ikinci olarak vergilendirilen konu, md.1/1/b bendindeki düzenlemeye göre “Sesli, görsel veya dijital herhangi bir içeriğin (bilgisayar programları, uygulamalar, müzik, video, oyunlar, oyun içi uygulamalar ve benzerleri dâhil) dijital ortamda satışı ile bu içeriklerin dijital ortamda dinlenmesine, izlenmesine, oynanmasına veya elektronik cihazlara kaydedilmesine veya bu cihazlarda kullanılmasına yönelik dijital ortamda sunulan hizmetlerdir”. Bu maddenin açıklanması ise Tebliğ I/A/2’de ‘Dijital Ortamda Yapılan İçerik Satışları ve İçeriklerden Yararlandırmaya Yönelik Hizmetler’ kapsamında yapılmış ve bu kapsamda “Bilgisayar, tablet, cep telefonu, akıllı bileklik gibi elektronik cihazlarda kullanılan program, yazılım ve uygulamaların, sinema filmi, dizi, video, resim, fotoğraf, grafik, makale, dergi, gazete gibi görüntü, ses ve metin dosyası içeriklerinin, oyun konsolunda oynamaya mahsus olanlar dâhil olmak üzere, çevrim içi veya çevrim dışı oynanmasına bakılmaksızın her türlü dijital oyunların, oyun ek paketlerinin veya oyun kodlarının, çevrim içi oyunlarda kullanıcıya belirli bir bedel karşılığında oyunla ilgili uygulama veya paketlerin (ilave oynama hakkı, ilave oyun süresi, gibi) dijital ortamda satışı ve benzeri diğer içerik satışları ile bu içeriklerden yararlandırmaya yönelik dijital ortamda sunulan hizmetlerden elde edilen

⁹⁰ Uçar / Tosun, s. 35.

hasılatın vergiye tabi olacağı” açıklanmıştır. Ancak bunlar eğer DVD, usb bellek gibi fiziki kayıt araçlarıyla satış ve teslim yapılıyorsa DHV’ye tabi değildir.⁹¹

Verginin konusunu oluşturan üçüncü kategori ise Kanun md.1/1/c’ye göre “Kullanıcıların birbirleriyle etkileşime geçebilecekleri dijital ortamların sağlanması ve işletilmesi hizmetleridir (kullanıcılar arasında bir mal veya hizmetin satılmasına veya satılmasının kolaylaştırılmasına yönelik sunulan hizmetler dâhil)”. Bu kategori Tebliğ I/A/3’te detaylı şekilde açıklanmış ve örneklenmiştir. Buna göre “Kullanıcılar tarafından yazılı, görsel veya işitsel içerik paylaşılabilen ya da paylaşılan içeriklere ilişkin yorum yapılabilen ya da kullanıcıların birbirleriyle sair suretle etkileşime geçebildiği her türlü dijital ortamların sağlanmasından veya işletilmesinden; dijital ortamda, mal veya hizmet alım veya satımına; ödenenin, teslimatın veya iadenin garanti edilmesi ya da bunlara aracılık edilmesi gibi fonksiyonlar üstlenilmek suretiyle aracılık edilmesi ya da herhangi bir fonksiyon üstlenilmeksizin sadece mal veya hizmetin alım satımının kolaylaştırılması ya da satışa konu mal veya hizmetin bu ortamda ilan edilmesi veya bu ilana erişilebilmesi gibi hizmetlerden, elde edilen hasılat dijital hizmet vergisine tabidir. Dijital ortamda mal veya hizmet satışları dolayısıyla malı satan veya hizmeti ifa eden tarafından elde edilen hasılat verginin konusuna girmez. Şu kadar ki; işlemin mal veya hizmet satışı olarak değerlendirilmesi (mal veya hizmet satımına aracılık olarak değerlendirilmemesi) için mal veya hizmet satışından kaynaklı edimlerin bu kişiler tarafından yerine getirilmesi ile tüketici haklarının korunmasına ilişkin ilgili mevzuattan kaynaklanabilecek sorumlulukların bu kişilerde olması gerekir. Diğer taraftan, (E) işletmesinin imal ettiği tekstil ürünlerini veya (F) işletmesinin satın aldığı telefon aksesuarlarını kendi internet siteleri üzerinden satmaları dolayısıyla elde ettikleri hasılat verginin konusuna girmez.” Md. 1/1/c’de düzenlenen hizmetlere araç satışı için sağlanan dijital ortamlar, sanal mağaza üzerinden yapılan satışlara aracılık etmek sayılabilir.⁹²

Yukarıda açıklanan üç kategoriye ilave olarak Kanun md.1/2’de “Birinci fıkrada sayılan hizmetlere yönelik dijital ortamda dijital hizmet sağlayıcıları tarafından verilen aracılık hizmetlerinden elde edilen hasılatın da dijital hizmet vergisine tabi” olacağını öngörmüştür. Bunların neler olduğu ise Tebliğ I/A/4’te ‘Dijital Ortamda Hizmetlere Aracılık Hizmetleri’ başlığıyla açıklanmış olup buna göre “dijital ortamda sunulan; mağaza içinde mağaza, kullanıcıya ürün özelliklerini filtreleme ya da fiyat, marka, model ve benzeri bazında karşılaştırma ve sıralama yapma suretiyle yönlendirme gibi aracılık hizmetlerinden elde edilen hasılat verginin konusuna girer.”

⁹¹ Consulta, *Dijital Hizmet Vergisi 25 Soru 25 Cevap*, 2020, https://www.consulta.com.tr/media/2020/02/1581872609924_dijital-hizmet-vergisi.pdf (erişim tarihi: 23.3.2021).

⁹² Consulta, *Dijital Hizmet Vergisi 25 Soru 25 Cevap*, 2020, https://www.consulta.com.tr/media/2020/02/1581872609924_dijital-hizmet-vergisi.pdf (erişim tarihi: 23.3.2021).

Verginin konusunun özetle dijital hizmet sağlayıcıları tarafından dijital ortamda verilen aracılık hizmetleri sonucunda toplanan hasılat olduğu söylenebilir.⁹³ Ancak kanunda DHV için öngörülen konunun hayli geniş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bunun daha özgülenmiş bir yapı gözetilerek daraltılması ve böylece daha az gri alan bırakılması, DHV için gereken en acil değişikliklerden birisidir.⁹⁴

B. Verginin Mükellefi ve Sorumlusu

DHV'nin mükellefi ve sorumlusu Kanunun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun md.3/1'e göre "Dijital hizmet vergisinin mükellefi, dijital hizmet sağlayıcılarıdır" ve "Bunların, 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından tam mükellef olup olmaması, dar mükellefiyette söz konusu faaliyetleri Türkiye'de bulunan iş yeri veya daimî temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirip gerçekleştirmemesi dijital hizmet vergisi mükellefiyetine tesir etmez". Madde metninden çok net anlaşıldığı üzere bu kişilerin DHV mükellefiyeti bakımından dar veya tam mükellef olmasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla, bir şirketin işyeri ya da daimî temsilci olup olmaması DHV mükellefiyetine etkilemediği için DHV mükellefiyeti ile gelir vergisi ve kurumlar vergisi mükellefiyeti arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Bu sebeple dijital hizmet sağlayıcıları Türkiye'de gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olmasalar da DHV mükellefi olabilirler.⁹⁵

Verginin mükellefinin Kanun md.3/1'de dijital hizmet sağlayıcıları olduğu düzenlenmiştir. Kanun md.2'ye göre dijital hizmet sağlayıcıları ise "1'inci maddede sayılan hizmetleri sunanları" ifade eder. Her ne kadar madde metninden tüm dijital hizmet sağlayıcıları DHV mükellefiymiş gibi bir anlam çıksa da bunun önüne geçmek için Kanun 4. maddede muafiyet kapsamında iki farklı mükellefiyet eşiği belirlemiştir. Kanun md.4/1 uyarınca "İlgili hesap döneminden önceki hesap döneminde, 1'inci maddede sayılan hizmetlere ilişkin, Türkiye'de elde edilen hasılatı 20 milyon Türk lirasından veya dünya genelinde elde edilen hasılatı 750 milyon avrodan veya muadili yabancı para karşılığı Türk lirasından az olanlar dijital hizmet vergisinden muafır. Mükellefin, finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olması hâlinde, bu hadlerin uygulanmasında grubun verginin konusuna giren hizmetlere ilişkin elde ettiği toplam hasılat dikkate alınır." Burada geçen "Finansal muhasebe açısından konsolide grup" ise Kanun 2/1/d'de "Uluslararası Finansal Raporlama Standartları veya Türkiye Finansal Raporlama Standartları uyarınca konsolide finansal tablolarda yer alan tüm işletmeler" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla muafiyetin sona erip mükellefiyetin başlayabilmesi kanunda belirlenen her

⁹³ İbid.

⁹⁴ Akın, s. 34.

⁹⁵ Karabulut, s. 279.

iki eşğin birden aşılması gereklidir ve bu eşikler Uluslararası Finansal Raporlama Standartları veya Türkiye Finansal Raporlama Standartları doğrultusunda konsolide finansal tablolarındaki hasıllata bağlıdır.⁹⁶ Ayrıca bu husus Tebliğ I/Ç/1’de “Mükellefin, finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olması hâlinde, bu hadlerin uygulanmasında grubun verginin konusuna giren hizmetlere ilişkin elde ettiği toplam hasılat dikkate alınır. Finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olup olunmadığı ile gruba dâhil olan diğer üyeler; dijital hizmet sağlayıcısının Türkiye’de gelir veya kurumlar vergisi yönünden mükellefiyetinin bulunması halinde Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına göre, bu vergiler bakımından mükellefiyetinin bulunmaması halinde ise Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına göre tespit olunur.” şeklinde açıklanmıştır.

Kanun md.4/2’ye göre “İlgili hesap dönemi içerisinde birinci fıkrada yer alan hadlerin her ikisinin de aşılması hâlinde muafiyet sona erer ve hadlerin aşıldığı vergilendirme dönemini takip eden dördüncü vergilendirme döneminden itibaren dijital hizmet vergisi mükellefiyeti başlar. Söz konusu hadlerin aşılp aşılmadığının tespitinde, hesap döneminin üçer aylık dönemlerinin sonu itibarıyla ilgili hesap dönemi içinde elde edilen kümülatif hasılat dikkate alınır”.

Tebliğ I/C/1’de “Dijital hizmet sağlayıcılarının açıklanan muafiyet şartlarını taşımamaları ya da var olan muafiyetlerinin sona ermesi halinde, belirtilen süre içerisinde mükellefiyet tesis ettirmeleri gerekliliği ve, mükellefiyetin, Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı nezdinde elektronik ortamda tesis ettirileceği” düzenlenmiştir. Yine aynı madde doğrultusunda “dijital hizmet sağlayıcılarının, ilk kez verecekleri dijital hizmet vergisi beyannamesini vermeden önce, Gelir İdaresi Başkanlığının www.digitalservice.gib.gov.tr adresinde yer alan formu doldurmaları gerekir. Söz konusu formun elektronik ortamda doldurulup onaylanması üzerine, Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı nezdinde, dijital hizmet sağlayıcısı adına “Dijital Hizmet Vergisi Mükellefiyeti” tesis ettirilir. Bu kapsamdaki mükelleflerden ayrıca işe başlama bildirimini aranmaz. Mükellefiyet tesisi üzerine İnternet Vergi Dairesinde işlem yapılabilmesi için mükellefe kullanıcı kodu, parola ve şifre verilir. “Elektronik Hizmet Sunucularına Özel KDV Mükellefiyeti” bulunanlar mevcut kullanıcı kodu, parola ve şifreleriyle işlem yaparlar.”

Kanun ve Tebliğ mükellefiyeti yukarıda açıklandığı şekilde düzenlemiştir ancak DHV mükelleflerinin neredeyse tamamının yurt dışından olması ve çoğunun Türkiye’de temsilcisinin dahi bulunmaması verginin tahsilatını zorlaştıran ve tehlikeye düşüren bir etken olabilir. Bu nedenle kanun koyucu bu Kanun md.3/2’de çok geniş bir vergi sorumluluğu öngörmüştür. Buna göre “Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, iş yerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmama-

⁹⁶ Abdülkadir Kahraman, ‘Dijital Hizmet Vergisi Ticareti Engeller mi?’, *Ekonomist*, 22 Kasım 2019, <https://www.ekonomist.com.tr/abdulkadir-kahraman/dijital-hizmet-vergisi-ticareti-engeller-mi.html> (erişim tarihi: 24.3.2021).

sı hâlleri ile gerekli görülen diğer hâllerde Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanlar ile işleme ve ödemeye aracılık edenleri verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir”. Görüldüğü üzere bu vergide vergi sorumluluğu hayli fazladır.⁹⁷

C. Verginin İstisna ve Muafiyetleri

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere Kanunda vergi mükellefi çok genel olarak tanımlanmıştır ancak bu vergiye aslında kimlerin tabi olacağı Kanunun 4. maddesinde muafiyet ve istisnalar değerlendirilerek bulunur. Kanun 4. maddesinin ilk beş fıkrası muafiyete ilişkin hükümleri, altıncı fıkrası ise istisnaları düzenlemektedir.

Daha önce belirtildiği gibi vergi muafiyeti için ikili bir eşik öngörülmüş olup bu eşikler Türkiye’deki hasılat için 20 milyon lira ve üzeri, dünyada ise 750 milyon Avro ve üzeri olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme dünya uygulamaları ile paraleldir.⁹⁸ Belirlenen muafiyetle hedeflenen DHŞÇUŞ’u vergilendirirken daha küçük ölçekli olanları korumaktır.⁹⁹ DHV’nin konusunu oluşturan hizmetlerden hasılat sağlanması, DHV’yi doğuran olayın gerçekleşmesi anlamına gelir. Dolayısıyla aslında bu vergi için vergiyi doğuran olay sıklıkla gerçekleşmektedir ancak muafiyet eşiklerinin geniş olması dolayısıyla bunun büyük bir kısmı muafiyet kapsamında kalmaktadır.¹⁰⁰

Bir mükellefin hasılatı belirlenen eşiklerin her ikisini de aşmış muafiyeti ortadan kalktıktan sonra arka arkaya iki hesap dönemi boyunca bu eşiklerden herhangi birinin altında kalırsa mükellefin vergi muafiyeti, izleyen hesap döneminden itibaren tekrar başlar (Kanun md.4/3). Bununla birlikte Cumhurbaşkanına muafiyete dair sınırları “verginin konusuna giren hizmet türlerine göre ayrı ayrı veya birlikte sifıra kadar indirme veya üç katına kadar artırma” yetkisi tanınmıştır (Kanun md.4/4). Kanunda belirlenen eşiklerle ilgili olarak, Türkiye’nin ulusal kapsamdaki hasılatla ilişkin belirlediği eşiklerin dünya uygulamasının altında olduğunu ifade etmek yerinde olur. DHV’de asılan bir yandan DHŞÇUŞ’u vergilendirirken diğer yandan dijital ekonominin gelişmesini engellemek ve bu ikisi arasında dengeyi korumaktır. Her ne kadar amaç DHŞÇUŞ’un vergiden kaçınmalarını engellemek olsa da bunu yaparken yerel olarak büyümeye çalışan dijital şirketlerin büyümesine engel olunmamalıdır.¹⁰¹ Örneğin Avrupa Komisyonunun DHV önerisinde yer alan hasılat eşikleri, dünya genelinde 750 milyon avro ve

⁹⁷ Numan Emre Ergin, *Dijital Hizmet Vergisi*, Vergi Alğı, 2 Mart 2020, <https://vergialgi.net/dijital-hizmet-vergisi> (erişim tarihi: 24.3.2021).

⁹⁸ Akın, s. 33.

⁹⁹ Karabulut, s. 279.

¹⁰⁰ Uçar / Tosun, s. 25.

¹⁰¹ Çelener, “Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme”, s. 2234.

kaynak ülkesinde 50 milyon avro olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı salınacak yeni vergiyle birlikte yeni kurulan (start-up) ve gelişmekte olan (scale-up) şirketlerin üzerindeki vergi yükünü artırmamak ve onları ekonomik olarak zorlamamaktır.¹⁰² Türkiye’de ise ulusal eşğin düşük olması bunu zorlaştıracaktır.

Kanun md.4/6’da muafiyetlerin ardından DHV’nin istisnalarını düzenlemiştir. Buna göre “Telgraf ve Telefon Kanununun ek 37’nci maddesi kapsamında üzerinden Hazine payı ödenen hizmetler, Gider Vergileri Kanununun 39’uncu maddesi kapsamında üzerinden özel iletişim vergisi alınan hizmetler, Bankacılık Kanununun 4’üncü maddesi kapsamındaki hizmetler, Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanunun 2’nci maddesinde tanımlanan Ar-Ge merkezlerinde Ar-Ge faaliyetleri neticesinde oluşturulan ürünlerin satışı ile münhasıran bu ürünler üzerinden sunulan hizmetler ve Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunun 12’nci maddesi kapsamında yer alan ödeme hizmetleri” vergiden istisna edilmiştir.

İstisnalarla ilgili düzenlemenin yetersiz olduğuna dair öğretiler eleştiriler mevcuttur. Buna göre öncelikle grup şirketleri arasında yapılan işlemler DHV’den istisna edilmelidir. Fransa ve İngiltere’de grup şirketleri arasında yapılan işlemler DHV kapsamında tutulmuşken Türkiye’de bu düzenleme yapılmamıştır. Bunun yapılması Türk hukuku bakımından gereklidir.¹⁰³ Bir diğer tanınması gereken istisna önerisi ise tüzel kişiler arasında (business-to-business) yapılan işlemlere ilişkindir. Benzer şekilde, işletim sistemleri çok yaygın bir şekilde her türlü elektronik alanda (otomobil, beyaz eşya, vb.) kullanıldığı için DHV’den istisna olmalıdır. Son olarak, bir dijital hizmet eğer Türkiye ile birlikte başka bir ülkenin de DHV kapsamında yer alıyorsa, DHV kapsamında buna bir istisna tanınmadığı için bir çifte vergilendirme ortaya çıkar. Örneğin İngiltere buna ilişkin olarak, başka bir ülkeyle birlikte aynı anda İngiltere’de DHV kapsamında yer alan işlemlerden elde edilen hasılatın %50’si istisna kapsamına alınmıştır.¹⁰⁴

Kanunun ‘İstisna ve Muafiyetler’ başlıklı maddesinin son fıkrasında ise bunlar için bir sınır öngörülmüştür. Bu düzenleme ilginç ve alışılmışın dışında olmakla birlikte bunun kanun koyucu tarafından bir güvence önlemi olarak düşünüldüğü söylenebilir. Buna göre Kanun md.4/7’de “Dijital hizmet vergisine ilişkin istisna ve muafiyetler, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir. Diğer kanunlarda yer alan istisna veya muafiyet hükümleri bu vergi bakımından geçersizdir.” hükmü yer alır. Bu hüküm Tebliğ I/Ç/4’te ‘İstisna ve Muafiyetlerin Sınırı’ başlığı altında açıklanmıştır. “Bu

¹⁰² European Commission, *Fair Taxation of Digital Economy*, 21 March 2018, https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en, (erişim tarihi: 24.3.2021).

¹⁰³ Akın, s. 34.

¹⁰⁴ İbid.

kapsamda, söz konusu düzenleme ile, 7194 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce veya sonra diğer kanunlarla, bu Kanun dışında düzenlenmek suretiyle getirilmiş veya getirilecek olan istisnaların dijital hizmet vergisi açısından geçersiz olması sağlanmıştır. Örneğin, bir kurumun kuruluş kanununda gelirlerinin her türlü vergi, resim, harç, pay ve fondan muaf olduğuna dair hüküm bulunması, bu kurumun Kanunun konusuna giren hizmetleri dolayısıyla elde ettiği hasıllata dijital hizmet vergisi uygulanmasına engel teşkil etmez.”

D. Verginin Matrahı ve Oranı

DHV'nin matrahı, Kanunun “Verginin matrahı, oranı ve hesabı” başlıklı 5. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında “Dijital hizmet vergisinin matrahı, ilgili vergilendirme döneminde verginin konusuna giren hizmetler nedeniyle elde edilen hasıllattır. Hasıllatın döviz ile hesaplanması hâlinde döviz, hasıllatın elde edildiği tarihte geçerli olan Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden Türk parasına çevrilir. Verginin matrahından gider, maliyet ve vergi adı altında indirim yapılmaz. Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine geçen belgelerde ayrıca gösterilmez” şeklinde belirlenmiştir. Bunun yanı sıra Tebliğ II/A'ya göre “Sunulan dijital hizmetlere ilişkin vade farkı, fiyat farkı, kur farkı, faiz, prim gibi çeşitli gelirler ile servis ve benzer adlar altında sağlanan her türlü menfaat, hizmet ve değerler matraha dâhildir. Kanunun 5'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca verginin matrahından gider, maliyet ve vergi adı altında indirim yapılmaz. Buna göre, bir dijital hizmet vergisi mükellefinin verginin konusuna giren hizmetleri sunabilmesi için dijital hizmet vergisi mükelleflerinden ya da bu verginin mükellefi olmayanlardan yaptığı, verginin konusuna girsin girmesin, alımlar dolayısıyla katlandığı gider veya maliyetleri veya bunlara ilişkin ödediği vergileri dijital hizmet vergisi matrahından indirmesi mümkün değildir. Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine geçen belgelerde ayrıca gösterilmez”. Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere verginin matrahı gayrisafi olarak hesaplanmaktadır. Kanun md.6/7'ye göre “Dijital hizmet vergisi mükelleflerince ödenen dijital hizmet vergisi, bu mükellefler tarafından gelir ve kurumlar vergisine esas safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebilir.” Dolayısıyla DHV'nin gelir vergisi ve kurumlar vergisinde safi kazancın tespitinde gider olarak indirilmesi mümkündür ancak ödenecek vergiden indirilmesi mümkün değildir. Tüm bu matrah hesabına ilişkin düzenlemeler göz önüne alındığında, DHV'deki matrah hesabının mali güce göre vergilendirme ilkesiyle çeliştiği ileri sürülebilir. Zira, DHV'de matraha hasıllat esas alınırken kur farkı, faiz vb. ilave edilmesi ve hiçbir indirim yapılmasına izin verilmemesi gelirin safi olarak hesaplanmasına izin vermemektedir. Oysa, en azından doğrudan hasıllat elde etmek için hizmetin sunulması aşamasında yapılan giderlerin indirilmesine izin vermek gerekir.¹⁰⁵ Bunun yanı sıra DHV matrahı

¹⁰⁵ Altan Rençber, ‘Dijital Hizmet Vergisi İlk İzlenimler, Sorun ve Sorunsallar’, Vergi Sorunları, Sayı: 376, 2020, s. 32.

hesaplanırken hasılat yerine kazancın safi tutarının dikkate alınması şeklinde bir değişiklik yapılması, mali güce göre vergilendirme ilkesiyle uyumlu olacaktır.¹⁰⁶

Kanun md.5/3 ve md.5/4'e göre "Dijital hizmet vergisi oranı %7,5'tir" ve "Dijital hizmet vergisi, matraha oranının uygulanması suretiyle hesaplanır. Bu şekilde hesaplanan vergiden herhangi bir indirim yapılmaz". Bununla birlikte "Cumhurbaşkanı, üçüncü fıkrada belirtilen oranı, hizmet türleri itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte %1'e kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya yetkilidir" (Kanun md.5/5). Buna göre Türkiye'de DHV oranı dünya ortalamasının üzerinde belirlenmiştir. Nitekim dünyadaki DHV uygulamalarında oran genel olarak %1,5-%7,5 arasında değişmektedir.¹⁰⁷ Örnek olarak Avusturya'da %5, Fransa'da %3, Hindistan'da %2-%6, Macaristan'da oran %7,5 olarak belirlenmiştir. DHV oranı Türkiye kadar yüksek olan tek ülke Macaristan olmakla birlikte verginin uygulanması 31.12.2022'ye kadar ertelenmiştir.¹⁰⁸

Türkiye'de DHV'nin dünyadaki diğer uygulamalara göre daha yüksek tespit edilmesinin bazı sakıncaları olabilir. Bunlardan ilki, DHŞÇUŞ'un gelirlerini vergilendirmek bakımından hazine yararına olsa da verginin konusuna giren faaliyetleri Türkiye'de yerleşik olarak yürüten firmalar açısından yüksek bir maliyet ve dolaşısıyla rekabette dezavantaj oluşturacaktır.¹⁰⁹ Bu sebeple vergi oranının Türkiye'de yüksek olması bu sektörün yatırım ortamını olumsuz etkileyebilir.¹¹⁰ İkinci olarak, Türkiye'de diğer ülkelere nazaran oranı daha yüksek belirlenmiş DHV sayesinde kısa vadede yüksek bir vergi hasılatı elde edilebilir ancak uzun vadede vergiden kaçınma yolları artabileceği için bu hasılat da azalma gösterebilecektir.¹¹¹

E. Verginin Dönemi, Beyanı, Tarhı ve Ödenmesi

Verginin dönemi, beyanı, tarhı ve ödenmesine ilişkin hususlar Kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun 6/1'e göre "Dijital hizmet vergisinde vergilendirme dönemi, takvim yılının birer aylık dönemleridir. Ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı, hizmet türlerine ve mükelleflerin faaliyet hacimlerine göre birer aylık vergilendirme dönemi yerine üçer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir." Burada, 4. maddede düzenlenen hesap dönemi kavramıyla 6. maddede düzenlenen vergilendirme dönemi arasındaki farka dikkat çekmek gerekir.

¹⁰⁶ Uçar / Tosun, s. 40.

¹⁰⁷ Bloomberg HT, *Hangi ülkede ne kadar dijital hizmet vergisi uygulanıyor?*, 6.1.2021, <https://www.bloomberght.com/dst-2272056> (erişim tarihi: 27.3.2021).

¹⁰⁸ Elke Asen, *What European OECD Countries are Doing About Digital Services Taxes*, Tax Foundation, Washington D.C., 2021, <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/>, (erişim tarihi: 26.3.2021).

¹⁰⁹ Demirhan, s. 85.

¹¹⁰ Fırat, s. 32.

¹¹¹ Özcan, s. 186.

Kanun 4. maddede öngörülen “hesap dönemi”, verginin muafiyetine ilişkin eşikler hesaplanırken hasılat bakımından getirilmiştir ve Tebliğ 1/Ç/1’e göre “Hesap dönemi, takvim yılını ifade eder”. Ancak, vergilendirme dönemi mükellefiyetin başlangıcından itibaren takvim yılının birer aylık dönemleri olacak ve vergi buna göre hesaplanacak ve beyan edilecektir. Bununla birlikte “Hazine ve Maliye Bakanlığı, hizmet türlerine ve mükelleflerin faaliyet hacimlerine göre birer aylık vergilendirme dönemi yerine üçer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir” (Tebliğ III/A).

DHV’nin de Türk vergi sistemindeki pek çok vergi gibi beyan üzerine tarh edilmesi düzenlenmiştir. Ancak Kanun md.3/2’deki şartlar varsa bu beyan stopajla yükümlü vergi sorumluları tarafından yapılacaktır (Kanun md.6/2). “Mükellefler, bir vergilendirme döneminde vergiye tabi hasılat elde etmeseler dahi bu dönemlerle ilgili olarak beyanname vermek zorundadır” (Tebliğ III/B/1).

DHV’de beyanname dönemi, vergilendirme dönemini takip eden ayın son gününe kadar olup, ilgili vergi dairesi “katma değer vergisi mükellefiyeti bulunan hizmet sağlayıcıları için bu vergi bakımından bağlı buldukları vergi dairesi, bulunmayanlar bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek vergi dairesidir” (Kanun md.6/3, 4). Daha önce de belirtildiği gibi Tebliğe göre DHV beyannameleri elektronik ortamda verilecektir. Bunun yanı sıra Tebliğde HMB tarafından “dijital hizmet vergisini tarha yetkili vergi dairesinin Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı olması uygun bulunmuştur” (Tebliğ III/C/1).

DHV’nin vadesi, bir vergilendirme dönemine ait DHV beyanname verme süresidir (Kanun md.6/6). Ödenen DHV, mükellefler tarafından gelir ve kurumlar vergisine esas safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebilecektir (Kanun md.6/7).

DHV’nin beyanına ilişkin olarak Kanun md.6/8’de “Hazine ve Maliye Bakanlığı, dijital hizmet vergisi beyannamesinin ve eklerinin şekil ve muhtevasını belirlemeye, faaliyetin gereğini göz önünde tutarak mükellefin müracaatı üzerine veya resen tarh yerini tayin etmeye, mükellef veya vergi sorumlularına sadece vergiye tabi hizmetlerin sunulduğu dönemler için beyanname verilmeye, verginin beyan ve ödeme zamanı ile tahsiline ilişkin usul ve esasları belirlemeye, bildirim ve belgelendirme yükümlülüğü getirmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili” kılınmıştır. Buna istinaden Tebliğ III/E’de “Türkiye’de gelir ve kurumlar vergisi bakımından mükellefiyeti bulunmayan dijital hizmet vergisi mükelleflerinin Vergi Usul Kanunu uyarınca defter tutma zorunluluğu bulunmadığı ancak, vergi kapsamındaki hizmetlerin sunulmasından elde edilen hasılatla ilişkin tevsik edici tüm bilgi, belge ve elektronik kayıtlar, gerektiğinde ibraz edilmek üzere VUK hükümleri gereğince muhafaza edileceği; buna karşılık Türkiye’de gelir ve kurumlar vergisi bakımından mükellefiyeti bulunanların VUK hükümlerine uygun olarak işlem tesis edeceği” düzenlenmiştir.

Kanun madde 6'da ve buna ilişkin olarak Tebliğ III. Bölümde yapılan düzenlemelerle ilgili tartışılması gereken birkaç husus vardır. İlk olarak, düzenlemelere göre her mükellefin/sorumlunun kendi adına ayrı ayrı beyanname vermesi gereklidir. Ancak grup şirketleri söz konusu olduğunda bu durum çeşitli sorunlara yol açabileceği için, grup şirketleri için tek bir DHV yükümlülüğü getirilmesi ve tek beyanname verilebilmesine olanak tanınması yerinde olurdu.¹¹²

İkinci olarak tartışılan husus ise çifte vergilendirme sorununa ilişkindir. DHV'nin konusunu şirketlerin hasılatını oluşturması ve bunun ticari kazanç niteliğinde olması, bir matrah üzerinden iki vergi (hem gelir/kurumlar vergisi hem DHV) alınması ihtimalini doğurur. Bu ise çifte vergilendirmeye yol açarak, mülkiyet hakkına ve ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Her ne kadar Kanun md.6/7'de ödenen DHV'nin gelir vergisi matrahından gider olarak indirilmesine izin verilmiş olsa da bu durum, çifte vergilendirme etkisini azaltmakla birlikte tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenle eğer hüküm, ödenen DHV'nin ödenecek gelir vergisinden mahsubuna izin verecek şekilde yeniden düzenlenirse bu tartışma ortadan kalkacaktır.¹¹³

Son olarak bu konuda Tebliğ III/F'de 'Düzeltilme' başlığıyla düzenlenen hüküm incelemek yerinde olacaktır. Bu hükme göre "Sunulan dijital hizmetin iadesi mümkün bulunmadığından ve dijital hizmet vergisi hasılat üzerinden alınan bir vergi olduğundan dijital hizmetlere ilişkin hesaplanan verginin düzeltilmesi ve iadesi söz konusu değildir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen vergi hatası kapsamındaki düzeltme talepleri, mezkûr Kanun hükümlerine göre değerlendirilir". Dolayısıyla Tebliğ ile DHV'de vergi hatasına ilişkin olarak hata düzeltme imkânı ortadan kaldırılmıştır. Her ne kadar sonraki cümle genel hata düzeltme hükümlerinden yararlanma yolunun açık olduğunu belirtse de idarenin düzenleyici işlemiyle kanun tarafından verilen bir hakkın sadece fiili imkânsızlık sebebiyle engellenmesi vergi hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

F. Vergi Güvenliği

Kanun DHV'nin doğru ve zamanında beyan ve tarh edilip ödenmemesi ihtimaline karşı bir güvenlik mekanizması öngörmüştür. Kanun md.7/1'de "VUK kapsamına giren vergilere ilişkin beyanname verme ve ödeme yükümlülüklerini süresinde yerine getirmeyen bu Kanun kapsamındaki dijital hizmet sağlayıcılarına veya Türkiye'deki yetkili temsilcisine, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için dijital hizmet vergisini tarha yetkili vergi dairesi tarafından internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler kullanılarak VUK'da sayılan tebligat yöntemleri, elektronik posta veya diğer tüm iletişim araçları ile ihtarla bulunulabileceğini" düzenlemiştir. Bu ihtar aynı zamanda Gelir İdaresi Başkanlığının internet sitesinde ilan edilecektir.

¹¹² Akın, s. 34.

¹¹³ Uçar / Tosun, s. 40.

Eğer otuz gün içinde ihtarla uyularak yükümlüler yerine getirilmezse, hizmetlere erişimin engellenmesine HMB tarafından karar verilebilecektir. Bu karar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna gönderilerek erişim sağlayıcılarına bildirilecektir. (Kanun md.7/2). Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esasların belirlenmesiyle ilgili HMB'ye yetki verilmiştir (Kanun md.7/3). Dolayısıyla bu maddeyle birlikte HMB'ye yaptırım yetkisi verilmiştir. Buradaki yaptırım vergi kabahatlerinin sonucunda olduğu gibi bir para cezası değil, doğrudan erişimin engellenmesidir.¹¹⁴ Bu hüküm dolayısıyla HMB'nin alacağı bir karar doğrultusunda BTK tarafından dijital hizmete erişim engellenebilecektir. Ancak bu gerçekleştiği takdirde ticaretlerini internet siteleri üzerinden yapan mükellefler bakımından işyerlerine ulaşamama gibi bir sonuç doğacaktır ki bu sebeple bu şekilde erişimin engellenmesinin işyeri kapatma cezasına benzediği kabul edilmelidir.¹¹⁵ Bu hükmün amacı verginin ödenmesini güvence altına almaktır ancak hükmün düzenlenmesi bazı açılardan sorunludur. Öncelikle yargı kararına ihtiyaç olmadan, doğrudan idare tarafından verilebilecek bu cezanın uygulanması Anayasada düzenlenen çalışma özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiası ileri sürülebilir. Bunun yanı sıra bu hüküm de VUK mük. md.354'te düzenlenen ve 2004 yılında kaldırılan işyeri kapatma cezası ile benzerlik göstermektedir. Bu yetkinin ölçülülük ilkesi doğrultusunda tartışılması gerekir. Bir yandan bakanlığa tanınan yetki, bağımsız idari kuruluşlara tanınan yetki ile benzerlik taşımaktadır. Her ne kadar amaç vergi güvenliği olsa da başka vergilerin güvenliği için öngörülmeleyen bir yaptırımın burada pratik sebeplerle öngörülmesi eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle çelişebilir. Sayılan sebeplerle hükmün yeniden değerlendirilmesi ve vergi hukuku ilkeleri doğrultusunda yeniden uyarlanması yerinde olacaktır.¹¹⁶

III. DHV'NİN UYGULANMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Uluslararası platformda ortak fikir birliğine varılan husus, DHŞÇUŞ'un vergilendirilmesine ilişkin ortak bir çözüm bulunması talebidir. Ancak DHV olarak getirilen bu çözümün kısa vadeli ve geçici olması; kesin ve kalıcı bir çözüm üretilinceye dek bir ara model işlevi görmesi hedeflenmektedir.¹¹⁷ Bu hedefe yönelik olarak çalışmalar yoğunlaşırken bulunacak çözümün adil bir vergilendirmeyi de sağlaması dikkate alınmalıdır.¹¹⁸ O zamana kadar dünya devletlerinden bir kısmı kendi yetkilerini kullanarak DHV'yi yürürlüğe koymuş olup Türkiye de bunlar ara-

¹¹⁴ Dijital Hizmet Vergisi Dönemi Başlıyor, 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/dijital-hizmet-vergisi-donemi-basliyor/1746444> (erişim tarihi: 25.3.2021).

¹¹⁵ Uçar / Tosun, s. 36.

¹¹⁶ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2237.

¹¹⁷ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2238.

¹¹⁸ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2239.

sında öncelikle davrananlardan biridir. Ancak öncelikle davranmak aynı zamanda biraz aceleyi de beraberinde getirmiş, yürürlüğe giren verginin gerek hukuki düzenlemesi gerekse uygulanmasına ilişkin bazı çekinceler ve eleştiriler ortaya çıkmıştır.

Öncelikle, dijital ekonominin vergilendirilmesinin amacı, DHŞÇUŞ'un hizmet verdikleri ve bu sayede gelir elde ettikleri kaynak ülkede vergilendirilmesidir çünkü bu şirketler var olan vergi yasalarına göre vergilendirilememektedir. Ancak bu yapılırken Türkiye'de mükellef olup halihazırda vergi ödeyen diğer hizmet sağlayıcılarının kapsama alınması bu firmalar açısından rekabet bakımından önemli bir dezavantaj yaratabilir.¹¹⁹ DHV'nin amacının DHŞÇUŞ'un vergilendirilmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Kanunda muafiyet için belirlenen alt eşiğin düşük olduğu söylenebilir zira yerel şirketlerin, özellikle yeni piyasaya girmiş ve büyümekte olanların korunması ekonomi için verimli olacaktır. Bununla birlikte, DHV oranının yüksek olması, vergilendirilen dijital platformları kullanan ve bu sayede büyümeye çalışan firmaları olumsuz etkileyecektir.¹²⁰

İkinci olarak, DHV'nin hukuken tartışılması gereken yönlerinden diğeri belli ve sınırlı bir şirket grubunu hedef almasıdır. Bu hedef şirketler yani DHŞÇUŞ, bu vergi yükünü tüketiciye yüklerse ve fiili mükellef bu hizmetlerden yararlananlar olursa DHV çok daha tartışmalı bir hale gelecektir. Her şeyden önce tüketiciye yansıtılacak vergiler -her ne kadar devletin vergi gelirlerine katkısı çok daha kolay olsa da- adaletsiz vergilerdir. Her ne kadar DHV'nin sadece DHŞÇUŞ'a uygulanacağı hedeflense de bu vergi şirketler tarafından tüketicilere fiyat artışı şeklinde yansıtıldığı takdirde tüketiciler bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır.¹²¹ Ayrıca bu, verginin net, gayrisafi kurum kazancı üzerinden değil; hasılat üzerinden alınmasıdır. Zira bu şekilde şirket kar etmese dahi vergi ödenecektir.¹²² Bir şirketin aynı gelir üzerinden hem hizmet verdiği ülkede hem kendi ülkesinde vergilendirilmesi çifte vergilendirme sorununa yol açabilir.¹²³

Üçüncü olarak, dijital mal ve hizmetlerin teslimine dair takip zordur.¹²⁴ Vergilendirme yapılırken hem reklamların Türkiye'de olan kişilere yönelik olarak yapılmadığının tespiti, hem de bu kişilerin Türkiye'de olmadığına tespiti zor olacaktır çünkü IP adresine dayanarak yapılan tespitler VPN kullanılması halinde sağlıklı olmayacaktır. Bu nedenle DHV'nin teknik olarak uygulanması sorunlara yol açabilecektir.¹²⁵

¹¹⁹ Akın, s. 34.

¹²⁰ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2238.

¹²¹ Özdemir / Atak, s. 32.

¹²² Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2238.

¹²³ Fırat, s. 31.

¹²⁴ Karabulut, s. 267.

¹²⁵ Çelener, "Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme", s. 2238.

Son olarak Türkiye’de hali hazırda uygulanmakta olan %15 oranındaki internet reklam vergisine ilave olarak DHV getirilmiştir.¹²⁶ 18.12.2018 tarihli ve 476 no.lu CB kararı ile “yurtdışından reklam verenlere yönelik %15 gelir/kurumlar vergisi stopajı” düzenlenmiştir. Bu düzenleme bir ticari faaliyet olan reklam hizmeti üzerinden elde edilen gelire ilişkindir. Türkiye’nin tarafı olduğu ÇVÖA’da dar mükellefin Türkiye’de vergilendirilmesi işyeri bulunmasına ve kazancın burada sağlanmasına bağlıdır. Şu hâlde işyeri olmayan dar mükellef kurumlara yapılan reklam ödemelerinde kurumlar vergisi stopajı hesaplanırsa bu ÇVÖA’ya aykırı olur. Buna ilaveten bir de DHV alınırsa çifte vergilendirme tartışması doğacaktır.¹²⁷ Hali hazırdaki uygulamada dahi Türkiye’de sorumlu sıfatıyla %15 stopaj uygulayan şirketler bunu, çok uluslu şirketlere yansıtırken şirketler de buna karşılık %15 stopaj için dava yoluna başvurmaktadır.¹²⁸

SONUÇ

Dijital ekonominin vergilendirilmesi uluslararası vergi hukukunun en önemli ve güncel meselelerinden bir tanesidir. DHV’nin çıkış noktası ise uluslararası bir uzlaşma sağlanıp ortak bir çözüm bulununcaya kadar DHSCUŞ’un vergilendirilmesidir. Bu noktada, Türkiye de DHV’yi yürürlüğe koyan pek çok devlet gibi geçici bir uygulama olarak DHV’yi kabul etmiştir. Zira DHV bir tür dengeleme vergisi olup meseleye kalıcı bir çözüm olması zordur.

Dijital hizmet vergisi DHSCUŞ’u vergilendirmek ve hazineye gelir sağlamak amacıyla dünya örnekleriyle yakın zamanlı olarak Türkiye’de yürürlüğe girmiş olmakla birlikte gerek niteliğinin klasik vergilerin sınıflandırmasına uymaması gerekse -belki üzerinde çok uzun süre tartışılmadan yürürlüğe girdiği için- hukuki anlamda aykırılıklar ve uygulama zorlukları içermektedir. Elbette uygulama ve dünyadaki gelişmeler sonucunda zaman içinde eksiklikler giderilecek ve hukuka aykırılıklar ortadan kaldırılacaktır ancak bunun bir an evvel yapılması hem mükellefler hem de dijital hizmet sağlayıcıların lehine olacaktır. Diğer yandan bu eksikliklerin tamamlanması ve hukuka aykırılıkların giderilmesine gerek kalmadan DHV uygulamasından vazgeçilmesi de ihtimal dahilindedir. Zira DHSCUŞ’un vergilendirilmesi konusunda uluslararası arenada daha kalıcı çözümler önerilmektedir.

¹²⁶ Abdülkadir Kahraman, ‘*Dijital Hizmet Vergisi Ticareti Engeller mi?*’, Ekonomist, 22 Kasım 2019, <https://www.ekonomist.com.tr/abdulkadir-kahraman/dijital-hizmet-vergisi-ticareti-engeller-mi.html> (erişim tarihi: 24.3.2021).

¹²⁷ Ahmet Sağlı, ‘*Türkiye’de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi*’, EY Bülten, 15 Temmuz 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).

¹²⁸ İbid.

2021 yılı Mayıs ayında ABD yönetimi tarafından ‘küresel asgari bir kurumlar vergisi’ olması gerektiği ve böyle bir uygulamanın destekleneceği beyan edilmiş ve hemen sonra 2021 Haziran ayında Londra’da yapılan G7 zirvesinde, bu ülkelerin maliye bakanları küresel bir vergi reformu üzerinde anlaşmışlardır. Bu anlaşmanın dijital ekonominin vergilendirilmesine yönelik iki önemli noktası vardır. Bunlardan ilki, çok uluslu şirketlerin sınır ötesi işlemlerde, kârı elde ettikleri, müşterinin bulunduğu ve faaliyet gösterilen ülkede vergilendirilebilmesidir. Buna ilaveten, DHSÇUŞ’un kazanç elde ettikleri ülkelerde vergi yükümlülüklerini azaltmak için kullandıkları yasal boşlukların kapanması hedeflenmektedir. İkinci önemli başlık ise üzerinde anlaşmaya varılan küresel asgari kurumlar vergisidir. Diğer bir deyişle tüm dünyada kabul edilecek bir asgari kurumlar vergisi oranı (şu anda önerilen %15) konusunda uzlaşma sağlanmıştır. Bu konu uzun yıllardır OECD tarafından BEPS kapsamında çalışılmakta olup bununla amaçlanan çok uluslu şirketlerin sınır ötesi işlemlerde vergi düzenlemelerini ihlal etmesinin önüne geçmek ve matrah aşımını engellemektir. Küresel kurumlar vergisiyle birlikte vergi cenneti ülkelerin önemini yitirmesi hedeflenmektedir.

Sonuç olarak DHV Türkiye’de bir dengeleme vergisi olarak hatta biraz acele bir şekilde yürürlüğe girmiş olup tartışmalı olduğu hususlar muhakkaktır. Ancak küresel vergi reformunun hayata geçirilmesi halinde DHV’ye gerek kalmayacağı için çok uzun ömürlü bir vergi olmayacağı ileri sürülebilir. Buna karşılık bu reform hayata geçmez ve DHV uygulanmaya devam ederse bu kez başta ABD olmak üzere devletlerin karşılıklı olarak birbirine yaptırım amacıyla ek gümrük vergisi uygulamaları olabilir ki bu durum dünya ekonomisine çok daha büyük zarar verecektir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKIN**, Emrah, *Dijital Vergiyle Covid-19 günlerinde tanıştık!*, Home Kpmg, 23 Temmuz 2020, <https://home.kpmg/tr/tr/home/gorusler/2020/07/dijital-vergiyle-covid19-gunlerinde-tanistik.html> (erişim tarihi: 25.3.2021).
- ASEN**, Elke, *What European OECD Countries are Doing about Digital Services Taxes*. Tax Foundation, 25 Mart 2021, <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/> (erişim tarihi: 26.3.2021).
- ASQUITH**, Richard, *Digital Services Tax DST Global Tracker*. Avalara VATLive, 29 Ekim 2020: <https://www.avalara.com/vatlive/en/vat-news/digital-services-tax-dst-global-tracker.html> (erişim tarihi: 27.3.2021).
- BAŞARAN YAVAŞLAR**, Funda, *Dijital Hizmet Vergisi*, Vergi Sorunları, Sayı: 377, Şubat 2020.
- CONSULTA**, *Consulta Dijital Hizmet Vergisi 25 Soru 25 Cevap*, Şubat 2020, https://www.consulta.com.tr/media/2020/02/1581872609924_dijital-hizmet-vergisi.pdf (erişim tarihi: 23.3.2021).
- ÇELENER**, Balca, *Diğer Dijital Hizmet Vergisi Uygulamaları Karşısında Türk Dijital Hizmet Vergisi Kanun Teklifine İlişkin Bir Değerlendirme*, Mali Hukuk Dergisi, Sayı: 15 (178), s. 2223-2248, 2019.
- ÇELENER**, Balca, *Dijital Ekonomiye Vergilendirme Yolunda Somut Bir Adım: Dijital Hizmet Vergisinde Fransa Örneği*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16, s. 31-54, 2019.
- DEMİRHAN**, Habip, *Dijital Hizmet Vergisinin Dünyadaki Uygulamaları ve Türkiye ile Karşılaştırmalı Analizi*, The Journal of Social Science, Sayı: 4 (7), s. 73-86, 2020.
- ERGİN**, Numan Emre, *Dijital Hizmet Vergisi*, Vergi Algı, 2 Mart 2020, <https://vergialgi.net/dijital-hizmet-vergisi> (erişim tarihi: 24.3.2021).
- EUROPEAN COMMISSION**, *Fair Taxation of Digital Economy*, 21 March 2018, https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en, (erişim tarihi: 24.3.2021).
- FIRAT**, Meral, *Dijital Hizmet Vergisi Üzerine Bir Değerlendirme*, Ünye İİBF Dergisi, Sayı: 3 (1), s. 22-33, Haziran 2020.
- KAHRAMAN**, Abdülkadir, *Dijital Hizmet Vergisi Ticareti Engeller mi?*, Ekonomist, 22 Kasım 2019, <https://www.ekonomist.com.tr/abdulkadir-kahraman/dijital-hizmet-vergisi-ticareti-engeller-mi.html> (erişim tarihi: 24.3.2021).
- KARABULUT**, Şahin, *Dijital Çağın Mali Yansımaları: Dijital Hizmet Vergisi*, Maliye Dergisi, Sayı: 178, s. 263-288, 2020.
- NADAROĞLU**, Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998.
- OECD**, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 2015 Final Report*, 2015, (erişim tarihi: 23.3.2021).
- ÖZCAN**, Bekir, *Türkiye’de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi Süreci ve Dijital Hizmet Vergisi Uygulaması: Örnek Ülke Uygulamaları ile Karşılaştırma*, Vergi Raporu, Sayı: 250, s. 173-187, 2020.

- ÖZDEMİR**, Hakan / **ATAK**, Okan. *Yeni Bir Vergi: Dijital Hizmet Vergisi*, Vergi Raporu, Sayı: 243, s. 22-33, Aralık 2019.
- RENÇBER**, Altan, *Dijital Hizmet Vergisi İlk İzlenimler, Sorun ve Sorunsallar*, Vergi Sorunları, Sayı: 376, 2020, s. 27-35.
- SAĞLI**, Ahmet, *Türkiye’de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi*. EY Bülten, 15 Temmuz 2020, https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi (erişim tarihi: 25.3.2021).
- ŞEN**, Hüseyin / **SAĞBAŞ**, İsa, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016.
- UÇAR**, Onur / **TOSUN**, Cevat, *Dijital Hizmet Vergisinin Anayasanın Vergilendirmeye Has İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi*, Vergi Raporu, Sayı: 254, s. 22-41, 2020.
- ULUSLARARASI PARA FONU (IMF)**, *Measuring the Digital Economy*, Washington D.C, 2018 (erişim tarihi: 23.3.2021)..
- UN Development**, *Digital Economy Report 2019 Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*, United Nations, Cenevre, 2019.

Haberler

- 8 ayda toplanan dijital hizmet vergisi 951 milyon lirayı buldu*, Evrensel, Ocak 4 2021: <https://www.evrensel.net/haber/422789/8-ayda-toplanan-dijital-hizmet-vergisi-951-milyon-lirayi-buldu> (erişim tarihi: 27.3.2021).
- ABD’den dijital hizmet vergisi açıklaması: prensiplere ters*, Sözcü, 7 Ocak 2021: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmet-vergisi-aciklamasi-prensipilere-ters-6201143/> (erişim tarihi: 25.3.2021).
- Dijital Hizmet Vergisi Dönemi Başlıyor*, AA, 27 Şubat 2020: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/dijital-hizmet-vergisi-donemi-basliyor/1746444> (erişim tarihi: 25.3.2021).
- Fransa Dijital Hizmet Vergisini Askıya Aldı*, Sözcü, 22 Ocak 2020: https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/fransa-dijital-hizmet-vergisini-askiya-aldi-5581966/?utm_source=ilgili_haber&utm_medium=free&utm_campaign=ilgilihaber (erişim tarihi: 25.3.2021).
- Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firm’s turnover*, Reuters, 1 Haziran 2018, <https://www.reuters.com/article/us-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUSKCN1IW337> (erişim tarihi: 26.3.2021).
- Hangi ülkede ne kadar dijital hizmet vergisi uygulanıyor?*, Bloomberg HT, 6 Ocak 2021: <https://www.bloomberght.com/dst-2272056> (erişim tarihi: 27.3.2021).
- ABD’den dijital hizmetler vergilerine misilleme tehdidi*, Sözcü, 29 Mart 2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/abdden-dijital-hizmetler-vergilerine-misilleme-tehdidi-6340893/> (erişim tarihi: 25.3.2021).
- Taxe Gafa: La France se donne jusqu’a l’été pour convaincre Joe Biden*, Capital, 12 Ocak 2021, <https://www.capital.fr/entreprises-marches/taxe-gafa-la-france-se-donne-jusqua-lete-pour-convaincre-joe-biden-1390600> (erişim tarihi: 25.3.2021).
- Google’dan Türkiye’deki reklamlara yüzde 5 kesinti*, Sözcü, 1.9.2020, https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/googledan-turkiyedeki-reklamlara-yuzde-5-kesinti-6017866/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber (erişim tarihi: 30.6.2021).

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı

The Right to Property in Accordance with the Individual Application Decisions of Turkish Constitutional Court

Cansu DAĞ BEREKET^(*)

Öz:

“Mülkiyet hakkı”, Anayasa’da düzenlenmiş olmasının yanı sıra, Türkiye’nin taraf olduğu İHAS’a Ek Protokol 1’de yer alması bakımından ortak alan sınırları içerisinde kalmakta ve bu hakkın ihlaline ilişkin çok sayıda bireysel başvuru 2012 yılından itibaren Anayasa Mahkemesi önüne gelmektedir. Bu çalışma kapsamında öncelikle, İHAS düzenlemeleri yoğunlukta olmak üzere uluslararası alanda ve ulusal alanda mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelere ve bu hak ile ilgili sınırlamalara değinilecektir.

Çalışmanın ikinci ana başlığında ise Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla kendisine yapılan bireysel başvurular üzerine vermiş olduğu kimi kararlara, kabul edilebilirlik incelemesi ve esas yönünden inceleme temel ayrımlarında göz atılacak; böylelikle bireysel başvuru bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkını ele alış biçimi değerlendirilmeye gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Anayasa Mahkemesi, İHAM, Bireysel Başvuru, Mülkiyet Hakkı, Vergilendirme.

Abstract:

“The right to property” stays in the common area boundaries since it has been regulated not only in the Turkish Constitution, but also in the ECHR Additional Protocol 1 which Turkey is a contracting party. By this means a wide range of individual applications for breach claim of this right had been resorted to the jurisdiction of Turkish Constitutional Court since 2012. Within the scope of this study, first of all, international and national regulations (especially the ECHR regulations) regarding the right to property and the limitations of this right will be mentioned.

In the second part of the study, some of the decisions given by the Constitutional Court on the individual applications made with the claim of violation of the right to property

^(*) Doktor Adayı, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı.

E-posta: av.cansu.dag@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4547-2565>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 14.04.2021.

Makale Kabul Tarihi: 12.07.2021.

will be taken into consideration in the basic distinctions of admissibility examination and examination in terms of merits. Thus, in the context of individual application, the way the Constitutional Court handles the right to property will be evaluated.

Keywords:

Turkish Constitutional Court, ECHR, Individual Application, The Right to Property, Taxation.

GİRİŞ

Almanya ve Avusturya başta olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde uygulanan, İspanya ve Latin Amerika ülkelerinin büyük bölümünde “*ampora başvurusu*” adıyla nitelendirilen, Türkiye’de “*anayasa şikayeti*” olarak da bilinen bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin olağan kanun yollarıyla ortadan kaldırılamadığı ya da etkili bir çarenin bulunmadığı durumlar için öngörülen ikincil ve olağanüstü nitelikte hukuki bir çaredir.¹

Türkiye, bireysel başvuru yoluyla 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² ile Anayasa’nın 148. maddesine eklenen fıkralar vasıtasıyla tanışmıştır. Bu yeni kurumla hedeflenen amaç, insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruların Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından incelenerek iç hukuk yollarında çözüme bağlanması neticesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM ya da AİHM)’ne yapılacak başvuruların azaltılmasıdır.³ Nitekim AYM’ye yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi, ihlal edildiği iddia edilen hakkın İHAS’ın ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesine bağlı olup; Anayasa ve İHAS’ın ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilemeyecektir.⁴ Bunun yanı sıra bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin esasen kamu gücü tarafından ihlalleri bakımından öngörülmüş olup, kamu gücü-birey ilişkilerine yönelik “dikey etki” sağlamayı hedeflemektedir.⁵

¹ Selin Esen Arnwine, ‘*Anayasa Şikayeti*’, Çiğdem Kırcı/Aynur Yongalık (edt), *Anayasa Şikayeti-Verfassungsbeschwerde*, Ankara Hukuk Toplantıları 18 Mayıs 2009, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 267, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2010, s. 38.

² Bahsi geçen Kanun 7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmekle birlikte, 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış; 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe girmiştir.

³ Ece Göztepe, ‘*Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 95, Temmuz-Ağustos 2011, s. 14, 15.

⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 272.

⁵ Bununla birlikte, temel hakların bireyler arası ilişkilerde de dikkate alınması gerekeceğinden, aynı zamanda yatay etkisi de söz konusu olmaktadır. Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu,

Çalışmanın konusunu oluşturan “mülkiyet hakkı”, bahsettiğimiz ortak alan sınırları içerisinde kalmakta olup bu hakkın ihlaline ilişkin başvuruların 2012 yılından itibaren AYM nezdine taşınması mümkündür. Çalışmamızda ilk olarak mülkiyet hakkı kavramı, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile kararlar bağlamında ele alınacak olup ardından AYM’nin mülkiyet hakkı ile ilgili vermiş olduğu bireysel başvuru kararları değerlendirilecektir.

I. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMI

İnsanoğlu için varoluştan bu yana çok büyük öneme sahip olan mülkiyetin korunması ihtiyacı, mülkiyet hakkı kavramını doğurmuş; bu bağlamda mülkiyet hakkı da insan hakları hukukunun ilk ortaya çıktığı zamanlardan bu yana taşıdığı önemi koruyarak yaşama hakkı ve kişi hürriyetine ilişkin haklarla birlikte insan hakları mücadelelerine renk veren haklar arasında kendine yer bulmuştur.⁶ Ekonomik haklar grubuna dahil olan mülkiyet hakkı, tarihte burjuva devrimleriyle getirilen ilk haklar demeti içinde yer almış; bu hak burjuvazinin ve kapitalizmin yükselişe geçtiği dönemlerden itibaren anayasalarda çeşitli güvencelere bağlanmıştır.⁷ Mülkiyet hakkının korunması için sağlanan güvenceler ve mülkiyet hakkının kullanımına getirilen sınırlamalar, günümüzde de gerek uluslararası alanda gerekse Türk hukukunda ciddiyetle ele alınan hususlardır.

A. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı

Ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında mülkiyet hakkı İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB)’nde,⁸ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)’nde,⁹ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS)’nde¹⁰ ve Afrika

1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 523.

⁶ Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 1.

⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 183.

⁸ “*Universal Declaration of Human Rights*” olarak bilinen bu belge, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komisyonu tarafından Haziran 1948’de hazırlanmış; 10.12.1948 tarihinde Paris’te BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

⁹ “*European Convention on Human Rights*” olarak bilinen “*İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*”, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04.11.1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve 03.09.1953’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18.05.1954’te sözleşmeyi onaylamış; 28.01.1987’de bireysel başvuru hakkını tanımış; 28.01.1990’da ise Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.

¹⁰ “*San Jose Paktı*” olarak da bilinen “*American Convention on Human Rights*”, 22.11.1969 tarihinde San Jose/Kosta Rika’da kabul edilerek 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ)'nda¹¹ düzenlenmektedir.¹² Sayılanlar haricinde ise genel insan hakları sözleşmeleri mülkiyet hakkına yer vermemiştir.¹³

Yukarıda sayılanlar arasında mülkiyet hakkına ilk yer veren metin İHEB'dir. Bildirinin 17. maddesinde mülkiyet hakkı oldukça sade bir şekilde düzenlenerek tanınmıştır. Düzenlemeye göre;

“Madde 17- Mülkiyet Hakkı

1. Herkes tek başına ya da başkalarıyla birlikte mülkiyet sahibi olma hakkını haizdir.

2. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.”

San Jose Paktı olarak da bilinen Ame.İHS'de 21. madde mülkiyet hakkına ayrılmıştır. 3 fıkradan oluşan düzenlemenin¹⁴ ikinci fıkrasında hakkın sınırlandırılma şartları, üçüncü fıkrasında ise esasen angarya ve zorla çalıştırılma yasağı yer almaktadır.

Mülkiyet hakkı, AİHHŞ'nin ise 14. maddesinde tek fıkra halinde *“Mülkiyet hakkı güvence altına alınacaktır. Bu hakka sadece, kamusal ihtiyacın karşılanması için yahut topluluğun genel yararı için ve ilgili yasaların hükümlerine uygun olarak müdahale edilebilir.”* şeklinde düzenlenmektedir.

Mülkiyet hakkı bağlamında ele aldığımız en büyük öneme sahip uluslararası kaynağı ise İHAS oluşturmaktadır. Zira İHAS, bu sözleşmeye göre kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) aracılığıyla sayılan tüm belgeler arasında en

¹¹ *“African Charter on Human and Peoples' Rights”* olarak bilinen bu belge Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi tarafından 27.06.1981 tarihinde Nairobi/Kenya'da kabul edilerek 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹² İHEB'in Türkçe metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 3-23.;

Ame.İHS'nin Türkçe metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 5-23.;

AİHHŞ'nin Türkçe metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt III*, s. 229-251.; İHAS'ın Türkçe metni için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Council of Europe, Strazburg, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 01.03.2021).

¹³ Burak Gemalmaz, s. 3, 4.

¹⁴ *“Ame.İHS; Madde 21. Mülkiyet hakkı*

1. Herkes mülkiyetini kullanma ve mülkiyetinden yararlanma hakkına sahiptir. Yasa, bu kullanmayı ve yararlanmayı, toplumun çıkarlarına uygun olması koşuluna tabi kılabilir.

2. Hiç kimse, kamusal yarar yahut sosyal menfaat gerekçeleriyle ve yasa tarafından öngörülmemiş hallerde ve usullere/biçimlere göre adil bir tazminat ödenerek yapılması dışında, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

3. Bir kişinin bir başka kişi tarafından angarya ve herhangi bir başka biçimde sömürülmesi yasa ile yasaklanacaktır.”

etkin denetim mekanizmasına sahip belgedir. Ayrıca İHAM'a başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken son kanun yolu, çalışma konumuzda ele almakta olduğumuz Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoludur. Mülkiyet hakkı, İHAS'a Ek Birinci Protokolün "Mülkiyetin korunması" başlıklı 1. maddesi kapsamında şu şekilde korunmaktadır:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez."

Esas amacı, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin üzerinde mülkiyet kurdukları şeylerin devletlerin keyfi müdahalelerine karşı korunması¹⁵ olan bu madde ayrıca mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığını ve maddede belirtilen şartlar yarıncı sınırlanabileceğini¹⁶ de göstermektedir.

Gemalmaz'a göre, mülkiyet hakkına ilişkin bu madde İHAM içtihatları nezdinde ele alındığında, normatif olarak dört tane kuralın düzenlendiği göze çarpmaktadır. Bu kurallar şu şekilde sıralanabilir:¹⁷

"- Kural 1: Mülkiyete saygı (Protokol 1, m.1/1, ilk cümle)

- Kural 2: Mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (Protokol 1, m.1/1, ikinci cümle)

- Kural 3: Taraf devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi (Protokol 1, m.1/2)

- Kural 4: "Yukarıda belirtilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildir; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır."¹⁸

Öncelikle belirtilmelidir ki tüm İHAS sistemi için geçerli olan kavramların özerkliği ilkesi bu maddede de kendini göstermekte; mülkiyet hakkı ve bu hakkın

¹⁵ Aida Grgic / Zvonimir Mataga / Matija Longar / Ana Vilfan, *The Right to Property under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 10, Council of Europe, 2007, s. 5.

¹⁶ Osman Doğru/Atilla Nalbant, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 651.

¹⁷ Burak Gemalmaz, s. 22, 23.

¹⁸ İHAM, *Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80, 24.06.1986, § 106.

konusu ulusal hukuklar çerçevesinde belirlenen sınıflandırmalardan bağımsız ve oldukça geniş bir şekilde ele alınmaktadır. Öyle ki bu nedenle söz konusu madde literatürde “*malvarlığı hakları*” adıyla da anılmaktadır.¹⁹

Sözleşme ve içtihatlar uyarınca koruma altına alınan “*mal (property)*” kavramı, kişilerin sahibi oldukları şeyler kadar “*malvarlığına ilişkin değerler*”i de kapsamına almaktadır ki bu değerlere başvurucunun ilgili hakkın korumasından etkili şekilde yararlanabilmek bakımından “*meşru beklenti (legitimate expectation)*”sinin bulunduğunu ispat edebileceği her tür iktisadi kıymet dahildir. Taşınır veya taşınmaz mallarla sınırlı olmayan mülkiyet hakkının konusuna böylelikle somut ve soyut varlıklar, telif hakları, hisse senetleri, patentler, gayrimenkul sermaye iradı, emeklilik maaşları, müşteri çevresine sahip olma veya belirli bir mesleği icra etme hakkı gibi varlık ve değerler de girmektedir.²⁰ Nitekim İHAM da çeşitli başvurularda müşteri birikimi (goodwill), şirket hissesi, bağlayıcı ve icrai nitelikteki yargı kararıyla belirlenmiş borç, vergi iadesine ilişkin talep, başvurucunun işi için gerekli olan alkollü içki ruhsatı gibi varlıkları mal kapsamında değerlendirmiştir.²¹

İlgili maddede yer alan sınırlamalar esasen, mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilecek ekonomik ve sosyal politikaların uygulanmasında devletlerin sahip olduğu geniş takdir hakkına da işaret etmektedir. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin kendini belki de en çok hissettirdiği alan devletlerin vergileme yetkileridir. İHAM içtihatları nezdinde de devletlerin vergi belirleme ve vergi salma yetkilerine saygı duyulmakta ve bu hususta geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları kabulüyle²² yaklaşmaktadır. Ancak bu yaklaşım, İHAM’ın bu takdir yetkisinin kullanımıyla oluşan müdahalelerin meşruiyetini değerlendirmekten kaçındığı anlamına gelmemekte;²³ haksız, keyfi, ölçüsüz veya ayrımcı müdahaleler mülkiyet

¹⁹ Gamze Gümüşkaya, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 83, dn. 3.

²⁰ Jean-François Renucci, *Introduction to the European Convention on Human Rights-The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism*, Council of Europe, 2005, s. 51, 52.; Doğru/Nalbant, s. 651, 652.; Ayrıca bkz. İHAM, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd./Birleşik Krallık*, B. No: 44302/02, 30.07.2007, § 83.

²¹ Mal kapsamında değerlendirilen varlıkların ele alındığı karar örnekleri için bkz. Gümüşkaya, s. 83, 84, dn. 4.

²² Vergilendirme alanında devletlerin diğer alanlara nazaran daha geniş bir takdir yetkisi olduğuna dair Komisyon içtihadı, uzunca bir süre vergilendirmeye ilişkin davalarda mülkiyet hakkı yönünden kabul edilemezlik kararlarının verilmesine sebep olmuş; vergi davalarının İHAM’a taşınabilmesi 1995 yılında *Dosier/Hollanda* kararı (*Gasus Dosier ve Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No: 15375/89, 23.02.1995) ile mümkün hale gelmiştir. Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006, s. 44.

²³ Monica Carss-Frisk, *Mülkiyet Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, 2. Baskı, Council of Europe, 2003, s. 5, par. 4.

hakkının korumasının dışında bırakılmamaktadır.²⁴ Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler kapsamında İHAM'ın müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının tespitini sağlayan bir takım değerlendirme kriterleri bulunmaktadır. Bunları, “yasal zemin”, “meşru amaç”, “kamu yararı”, “adil denge” ve “ölçülülük testi” şeklinde sıralamak mümkündür.²⁵

Devletin koyduğu her vergi, o vergi miktarından malvarlığının yoksun kalması anlamına geleceği için vergilendirme de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale anlamını taşımaktadır. İHAM da artık esasına girmekte olduğu vergilendirme konulu mülkiyet hakkı başvurularında bu müdahalenin Sözleşme kapsamında meşru olup olmadığına bakmaktadır. Bunu yaparken ilk olarak müdahalenin meşru bir temele dayanıp dayanmadığını irdelemekte; toplumun genel yararı ile bireylerin hakları arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığını sorgulamakta; ardından ölçülülük ilişkisinin mevcudiyetini inceleme altına almakta; son olarak ise müdahalenin kişileri bireysel ve aşırı bir yüke maruz bırakıp bırakmadığını araştırmaktadır.²⁶

Mülkiyet hakkı bakımından devletlere yüklenen yükümlülüklerin değerlendirilmesinde İHAM, bu hakkın yüklediği negatif yükümlülüğün yanı sıra aynı zamanda pozitif yükümlülüğün de söz konusu olduğu görüşündedir. Devletlere bu hak bağlamında yüklenen pozitif yükümlülük, özel hukuk kişileri arasında çıkan mülkiyet ihtilaflarını odağına almakta ve bu ihtilaflar bakımından Devletlere hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturarak etkili hukuk yolları ihdas etme hususunda sorumluluk yüklemektedir.²⁷ Nitekim özel kişiler arasındaki mülkiyet ihtilafları açısından, çoğu zaman mülkiyet hakkına klasik müdahale biçimlerinden biri söz konusu olmamakla birlikte; mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülük, gerekli usulî güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlama ve bu suretle yargısal makamların özel kişiler arasındaki bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir karar vermesini temin etme sorumluluğunu kapsamaktadır.²⁸

²⁴ Gümüşkaya, s. 85.

²⁵ Pieter van Dijk ve diğerleri, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia Publishers, Oxford, 2006, s. 335, 336.

²⁶ Billur Yaltı Soydan, ‘Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı’, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 227, Temmuz 2000.; Yaltı, a.g.e., s. 49-51.

²⁷ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2011, s. 414.; Renucci, s. 52.

²⁸ “... This means, in particular, that the States are under an obligation to afford judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly any disputes between private persons.”. İHAM, *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No: 48553/99, 25.07.2002, § 96.

B. Mülkiyet Hakkına İlişkin Ulusal Düzenlemeler

Mülkiyet hakkıyla ilgili, Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şu şekildedir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Bu maddenin içerisinde mülkiyet ve miras hakkı tanınmakla birlikte hakka ilişkin özel sınırlama düzenlemesine yer verilmiş ve sınırlamanın ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir.

Sınırlamalar incelenirken ayrıca genel hüküm niteliğinde Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesini göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Hükme göre; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Söz konusu madde, 4709 sayılı Kanun'un²⁹ 2. maddesi ile 2001 yılında değiştirilmiş olup³⁰ mevcut düzenlemede genel sınırlama sebepleri ve sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılması yasağı kaldırılmıştır. 1961 Anayasası'nda bulunan öz kriteri yeniden madde metnine dahil edilmiş; demokratik toplum düzeninin gerekleri muhafaza edilmiş; ayrıca laik Cumhuriyetin gerekleri kıstası ve ölçülülük kriteri eklenmiştir.³¹

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar hususunda Anayasa ile İHAS'a Ek Protokol 1'i karşılaştırmak gerekirse, Anayasa'ya göre sınırlamalar kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılmak zorunda iken; Protokol sınırlamanın kamu yararı sebebiyle, yasada öngörülen koşullara ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabilece-

²⁹ 4709 sayılı ve 03.10.2001 kabul tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (R.G.: 17.10.2001-24556 Mükerrer).

³⁰ Değişiklikten önce madde şu şekildeydi:

"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

³¹ Saim Tuğrul, *Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması*, Kazancı, İstanbul, 2004, s. 133.; Kemal Gözler, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme', Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 59, Sayı 2001/4, s. 55, 56.

ğini öngörülmektedir. Ancak İHAM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak şekli değil maddi olarak ele almakta ve yasanın altında kalan düzenleyici işlemler ile istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul etmekte³² iken Anayasa ve AYM, tüm sınırlamaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek esasen İHAS'tan daha geniş bir koruma sağlamaktadır.³³ Ancak İHAM'a göre de her hukuk kuralı hukukiliği karşılamamakta; kuralın yasada öngörülen koşul olarak kabul edilebilmesi için belirli, açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekmektedir.³⁴

Mülkiyet ihlaline ilişkin önüne gelen başvurularda AYM'nin izlediği sistematik, İHAM'ın izlediği sistematik ile oldukça benzerdir. İlk olarak mülkiyet hakkına konu bir mal olup olmadığının tespiti yapılmakta; varsa müdahalenin mevcudiyeti araştırılmakta; müdahalenin tespiti halinde müdahale, kanunilik, meşru kamu yararı amacı ve ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır.

II. MÜLKİYET HAKKI KAPSAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

A. Kabul Edilebilirlik Bakımından

Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruya konu yapılan mülkiyet hakkı ihtilafları arasından *feragat nedeniyle düşme*³⁵ ve *süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik*³⁶ gerekçeleri, mülkiyet hakkı açısından ayrıca incelenmeye değer bir özellik taşımadıkları için bu çalışma kapsamında belirtilen gerekçeler üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmayacaktır.

³² Gümüşkaya., s. 117, 118.; Adnan Gerçek/Güneş Çetin Gerger/Çağatan Taşkın/Feride Bakar/Simla Güzel (Gerçek ve diğerleri), *Mükellef Hakları Türkiye Perspektifi ve Geliştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 114.; Ayrıca bkz. İHAM, *Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 02.08.1984, § 66-68.

³³ "..., *AIHM*, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. *Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, § 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır." AYM, *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/817, 19.12.2013, § 31; *Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/5367, 25.02.2015, § 71.

³⁴ Billur Yaltı, *'Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yeni Kararlarında "Çelişik Mevzuat" ve "Çelişik İchtihat"'*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 276, Eylül 2011.

³⁵ AYM, *Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/1210, 26.06.2014.

³⁶ AYM'nin adli tatile tabi olmaması nedeniyle süre aşımı kararı için bkz. AYM, *Turgut Tayyar Başvurusu*, B. No: 2013/7168, 15.10.2014.; karar düzeltme isteminin sonucunun taraflara bildirilmesi yeterli olup, ayrıca karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliğinin gerekmemesi nedeniyle gerçekleşen süre aşımı kararı için bkz. AYM, *Neriman Kongur ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/1557, 16.04.2013.

“*Kişi yönünden yetkisizlik*” gerekçesiyle kabul edilemez bulunan bir başvuruda, başvuru idareyle anlaşma sağlayarak alacağını tahsil etmesi ve tazminatın ödenmemesinden kaynaklanan maddi mağduriyetin tamamen giderilmesi sonucunda kamu mallarının haczedilmezliğine dair kanun hükümlerinden olumsuz etkilenme olasılığı kalmadığından mağdur sıfatının kaybedilmesi söz konusudur.³⁷ Diğer bir kişi yönünden yetkisizlik kararında ise başvuran Bilkent Üniversitesi’nin kamu tüzel kişiliğini haiz üniversite olması sebebiyle bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığına hükmedilmiştir.³⁸ Bu kararlarda da yine mülkiyet hakkı bakımından ayrıca incelenmeye değer bir husus bulunmamaktadır.

“*Zaman bakımından yetkisizlik*” kararları bakımından ise bu kararların verilme sebebi, şikayetlerin dayandığı mahkeme kararlarının ya da ihlal iddialarının, 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olması olduğundan, mülkiyet hakkı açısından ayrıca ele alınacak bir husus bulunmamaktadır.

Belirtilenler haricinde diğer kabul edilemezlik kriterleri, aşağıdaki başlıklarda yer almaktadır.

1. Mülkiyet Hakkının Değerlendirilmesine Gerek Görülmemesi

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruda mülkiyet hakkının “*ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemesi*” yönünde verdiği kararların ortak özelliği, ihtilafın çıkma sebebi ne olursa olsun aynı zamanda makul sürede yargılanma hakkının ihlali hususunun gündeme gelmesidir. Bu kararların birçoğu terör eylemleri nedeniyle yerleşim yerinin terk edilmesi sonucu doğan zararların karşılanması istemi ve kadastro tespitine itiraz davalarıyla ilgilidir. AYM, bu başvuruları incelerken; “*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*”nın³⁹ ya da “*makul sürede yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiği⁴⁰ sonucuna varmakla birlikte, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiaların esasının ayrıca değerlendirilmesine

³⁷ AYM, *Arman Mazman Başvurusu*, B. No: 2013/1752, 26.06.2014.

³⁸ Bu kararda Erdal Tercan karşı oy yazısı yazarak mülkiyet hakkı bakımından çoğunluğa katıldığını ancak adil yargılanma hakkı bakımından kamu gücü kullanılmadığından karara katılmadığını belirtmiştir. AYM, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, B. No: 2013/1430, 21.11.2013.

³⁹ Örneğin bkz. “*Başvurucunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış olmakla, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddianın esasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.*” AYM, *Cahit Tekin Başvurusu*, B. No: 2013/2744, 16.07.2014.

⁴⁰ Örneğin bkz. “*Başvurucular tarafından ayrıca, uzun süren yargılama nedeniyle taşınmazlardan yararlanamadıkları ve taşınmazlar nedeniyle sağlanan gelir desteklerinden istifade edemedikleri belirtilerek Anayasa’nın 35. maddesinde tanımlanan mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, somut yargılama bağlamında başvuru sahiplerinin makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiği yönünde yukarıda yer verilen tespitler ışığında, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddianın ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.*” AYM, *Sino Kaya ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/3839, 18.06.2014.

gerek görmemektedir. Özel kişiler arasındaki mülkiyet ihtilafları bakımından ise pozitif yükümlülüğe değinilerek, olayda başvuruçunun delillerinin ve iddialarının adil yargılanma hakkı çerçevesinde derece mahkemelerince ayrıntılı bir değerlendirilmeye tabi tutulup tutulmadığının incelenmesi yapılmıştır.⁴¹

“*Bu aşamada değerlendirmeye gerek görülmemesi*” gerekçesiyle verilmiş kararlarda ise ortak nokta, bulunulan süreçte mülkiyet iddiasının tartışmaya elverişli olmamasıdır. Kararlardan birinde,⁴² adil olmayan bir yargılamanın sonucundan hareketle mülkiyet iddiası tartışılmayacağından, mülkiyet iddiasının başvuruçuya bilirkişi raporuna itiraz edecek fırsatın verildiği adil bir yargılamada tartışılarak sonuca bağlanması ve bu karar üzerinden temyiz incelemesinin yapılması, dosyanın daha sonra AYM önüne getirilmesi gereğinden bahsedilmiştir. Bir başka kararda⁴³ ise, derece mahkemesi kararının gerekçesiz olması nedeniyle yargılamanın yenilenmesine karar verildiği, mülkiyet hakkının ihlali iddialarının yargılamanın yenilenmesi davasında değerlendirilebileceği yönünde gerekçe gösterilmiştir.

2. Açıkça Dayanaktan Yoksun Olma

Anayasa Mahkemesi'nin açıkça dayanaktan yoksun bulduğu başvuruların ağırlıklı çoğunluğunu, kanun yolu şikayeti niteliğindeki başvurular oluşturmaktadır. Nitekim bu başvurularda⁴⁴ AYM, “*derece mahkemesi kararının bariz takdir hatası veya açıkça keyfîlik de içermediği*” tespitlerinde bulunmuştur. Kamulaştırmada ilk derece mahkemelerinin bedel tespiti bakımından uyguladıkları yöntemlere ilişkin başvurularda⁴⁵ ise AYM; “*istikrarlı uygulanan yöntemin bilinebilir ve erişilebilir olması, içtihatın öngörülebilir olması*” tespitleri doğrultusunda başvuruların bedel tespitine ilişkin kısımlarını açıkça dayanaktan yoksun bulmaktadır.

Başvuruçuların iddialarını kanıtlamaya yönelik yeterli miktarda belge veya bilgi sunmaması,⁴⁶ mülkiyet hakkı kapsamına gelecekte yaşanmasını beklenen değer artışının sokulması,⁴⁷ kamulaştırma bedelinin başvuruçuya bedel tespitinin üzerinden çok uzun zaman geçmeden ödenmesi neticesinde enflasyonda yüksek oranda bir artış meydana gelmemesi ve orantısız ya da aşırı bir yük yüklenmemiş olması;⁴⁸ başvuruçunun mülkiyetinde bulunan mallarını terör dolayısıyla terk etme-

⁴¹ Örneğin bkz. AYM, *Mehmet Yavuz Başvurusu*, B. No: 2013/2995, 20.02.2014.

⁴² AYM, *Faik Gümüüş Başvurusu*, B. No: 2012/603, 20.02.2014.

⁴³ AYM, *İbrahim Şendil Başvurusu*, B. No: 2013/4495, 17.07.2014.

⁴⁴ Örneğin bkz. AYM, *Solmaz Erdiñ Başvurusu*, B. No: 2014/2713, 17.11.2014.

⁴⁵ Örneğin bkz. AYM, *Fikri Erdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/9032, 05.11.2014.

⁴⁶ Örneğin bkz. AYM, *Adnan Güzel Başvurusu*, B. No: 2014/2496, 25.02.2015.

⁴⁷ Örneğin bkz. AYM, *Mülayim Vural ve Ramazan Vural Başvurusu*, B. No: 2013/1675, 18.09.2014.

⁴⁸ Örneğin bkz. AYM, *A.Y.İ. Başvurusu*, B. No: 2013/252, 26.06.2014.

diğinin Danıştay'ın onaması sonucu kesinleşen mahkeme kararıyla tespit edilmiş olması,⁴⁹ kamulaştırmanın açık hukuki dayanağının ve meşru amacının bulunması ve bedelin mahkeme kararıyla, usulüne uygun tespit edilmesi⁵⁰ hallerinin yine bu kapsamda verilen kararların gerekçeleri arasında yer aldığı gözlemlenmektedir.

3. Başvuru Yollarının Tüketilmemiş Olması

Başvuru için tüketilmesi zorunlu tutulan kanun yollarından anlaşılması gereken olağan kanun yollarıdır. Başvuru konusu şikayet, bilgi ve deliller AYM'ye iletilmeden önce mutlaka yetkili yargısal ve idari mercilere usule uygun olarak iletilmeli; bu aşamalarda davanın ve başvurunun takibi için gerekli özen gösterilmelidir.⁵¹

Başvuru yollarının tüketilmemiş olduğuna hükmedilen başvurularda AYM'nin kararlarına dayanak gösterdiği gerekçelere göz gezdirmek gerekirse; yanlış tutulan tapu kadastro işlemlerinden dolayı devletin tazminat bakımından kusursuz sorumluluğu olmasına rağmen adli yargıda Hazine'den tazminat talep edilmemiş olması;⁵² derdest olan davada henüz esas hakkında bir karara varılmamış olması;⁵³ usulüne uygun şekilde temyiz yoluna başvurulmaması;⁵⁴ AYM önünde ileri sürülen ihlal iddialarının, derece mahkemesinde ve temyiz safhasında ileri sürülmemiş olması;⁵⁵ mülkiyet hakkına ilişkin yargılama hala derece mahkemesinde devam ediyor iken ihtiyati tedbir kararının esas davadan ayrı değerlendirilmeye tabi tutulamaması;⁵⁶ kamulaştırmamız el atma nedeniyle uğranıldığı iddia ettiği zararın tazmini amacıyla ayrı bir dava açılmaması veya karşı dava ile bu talebin ileri sürülmemesi⁵⁷ gibi gerekçeler karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte AYM kararlarında da altı çizildiği üzere başvurucudan sadece kağıt üzerinde kalan ve fiilen işlerliği bulunmayan bir hukuki yolu tüketmesi beklenmemektedir. Bu doğrultuda, hukuki veya fiili olarak etkili bulunmayan, hak ihlalinin sonuçlarını düzeltici vasıf taşımayan, öngördüğü olağan olmayan şekli koşullar nedeniyle uygulamada kullanılabilir ve erişilebilir olmaktan uzaklaşan başvuru yollarının tüketilmesi zorunlu görülmemektedir.⁵⁸

⁴⁹ Örneğin bkz. AYM, *Mehmet Cemal Sadak Başvurusu*, B. No: 2013/2666, 28.05.2014.

⁵⁰ Örneğin bkz. AYM, *Hayrettin Aktaş Başvurusu*, B. No: 2013/1205, 17.09.2013.

⁵¹ AYM, *İsmail Buğra İşlek Başvurusu*, B. No: 2013/1177, 26.03.2013, § 17.

⁵² Örneğin bkz. AYM, *Zeki Demirel ve Yusuf Demirel Başvurusu*, B. No: 2014/198, 20.11.2014.

⁵³ Örneğin bkz. AYM, *Yücel Mandacı Başvurusu*, B. No: 2013/7958, 19.11.2014.

⁵⁴ Örneğin bkz. AYM, *Mahmut Ekrem Erhun ve Colette Monique Jourovsky Erhun Başvurusu*, B. No: 2013/3588, 18.09.2014.

⁵⁵ Örneğin bkz. AYM, *Zeliha Taşkın ve Aysel Taşkın Başvurusu*, B. No: 2013/8485, 18.06.2014.

⁵⁶ Örneğin bkz. AYM, *Abdulkadir Aşan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/7565, 08.05.2014.

⁵⁷ Örneğin bkz. AYM, *Bayram Gök Başvurusu*, B. No: 2012/946, 26.03.2013.

⁵⁸ AYM, *Fatma Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2014/6577, 16.02.2017, § 39.

Benzer şekilde başvuranın lehine olan kesinleşmiş bir yargı kararının uygulanmadığı yönündeki şikayetlerde, başvuru- cunun AYM'ye başvurmadan önce ayrı bir icra takibi yapmasının veya dava açmasının beklenemeyeceği, ayrıca başka bir yolu tüketmesine gerek bulunmadığı da AYM tarafından dile getirilmektedir.⁵⁹

4. Konu Bakımından Yetkisizlik

Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetkisizlik kararlarında⁶⁰ genellikle mevcut bir mülkiyet hakkı olup olmadığını; meşru beklentinin ispatlanıp ispatlanmadığını; meşru bir beklentiye sevk edecek bir kanun hükmü veya yerleşik yargısal bir içtihat bulunup bulunmadığını incelemeye almaktadır.

Örneğin bir başvuruda,⁶¹ ücret gelirleriyle diğerlerinden aynı tarifede vergi alınmasını iptal eden AYM kararını dayanak yapan başvuru- cu, 2006-2009 yılları arasında fazladan alınan verginin iadesini talep etmiş; AYM ise söz konusu AYM iptal kararının, geçmişe dönük olarak vergi iadesi şeklinde alacak hakkı doğurucu bir etkiye sahip olmadığı gibi, bu konuda meşru beklenti oluşturmak bakımından da elverişli olmadığından bahisle konu bakımından kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Bir başka başvuruda⁶² AYM, Türk Yunan mübadelesi zamanında başvuru- cunun dedesine Safranbolu ilçesinde verilen iskân hakkının başvuru- cunun taşınmazın mülkiyetini kazanmasını sağlamadığından bahisle korunmaya değer bir menfaat doğurmadığı gerekçesiyle başvuru- nun konu bakımından kabul edilemezliğine hükmetmiştir.

Diğer bir somut olayda⁶³ ise başvuru- cunun hak iddia ettiği taşınmazın, kadastro tespitinden önce kesinleşen derece mahkemesi kararları ile kadim yayla niteliğinde olduğunun belirlendiği; kadastro tespit tutanağına istinaden tapu kaydı tutulmuş ise de, Yargıtayın yerleşik içtihatlarında taşınmazın hukuki dayanaktan yoksun ve geçersiz bir işlemle tapu kaydına bağlanması ile oluşan bu tescilin yok hükmünde kabul edildiğinden bahisle, korunmaya değer bir menfaat bulunmadığından konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir.

B. Esas Bakımından

Anayasa Mahkemesi esas bakımından bireysel başvuruları incelemeye alırken Anayasa ve İHAS'ta yer alan hükümleri birlikte değerlendirmekte ve ilintili İHAM içtihatlarından sıklıkla yararlanmaktadır. Nitekim AYM kararlarında da

⁵⁹ AYM, *Erol Aksoy Başvurusu* (2), B. No: 2016/11026, 12.12.2019, § 56, 58.

⁶⁰ Örneğin bkz. AYM, *Cemal Bayseferoğulları Başvurusu*, B. No: 2013/2264, 26.02.2015.

⁶¹ AYM, *Selçuk Emiroğlu Başvurusu*, B. No: 2013/5660, 20.03.2014.

⁶² AYM, *İhsan Vurucuoğlu Başvurusu*, B. No: 2013/539, 16.05.2013.

⁶³ AYM, *Cemile Ünlü Başvurusu*, B. No: 2013/382, 16.04.2013.

sıklıkla ifade ettiği üzere İHAM, ulusal mahkemelerin iç hukuku ve olayları yorumlarken yorumun İHAS değerleriyle uyumsuz ve keyfi olmaması, İHAM'ın yorumladığı şekilde İHAS bakımından en uygun yorumun tercih edilmesi gerektiğini⁶⁴ vurgulamaktadır. Bunun yanı sıra bireysel başvuru, kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen müdahaleler neticesinde oluşan hak ihlallerinin giderilmesi bakımından “*ikincil koruma mekanizması*” konumundadır ancak özel kişiler arası ilişkilerde gerçekleşen müdahalelerde de devlete atfedilebilecek sorumluluklar (pozitif koruma önlemleri)⁶⁵ bulunmaktadır.

Mülkiyet hakkına ilişkin olarak kullanılacak kıstasları AYM bir kararında⁶⁶ şu şekilde ifade etmektedir:

“Anayasa’da ve Sözleşme’de yer alan hükümler devlete mülkiyetin kullanımını veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır (Bkz. Depalle/Fransa [BD], B. No: 34044/02, 29/03/2010, § 85). Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır. Bunun yanında ölçülülük ilkesi gereği mülkiyetten yoksun bırakmada aranan tazminat ödeme yükümlülüğü, davanın koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı her durumda gerekmeyebilmektedir (Bkz. Jahn ve Diğerleri/Almanya [BD], B. No: 46720/99 72203/01 72552/01, 30/6/2005, § 117).”

Netice itibarıyla, daha önce belirttiğimiz üzere mülkiyet hakkının ihlaline dair önüne gelen başvuruda AYM'nin, müdahalenin varlığı tespit edildiği takdirde bu müdahalenin kanuni, meşru bir kamu yararı amacına sahip ve ölçülü olup olmadığını değerlendirdiğini belirtmek mümkündür. Kanunilik ölçütünü ise çoğunlukla hukuk devleti ilkesi ve alt ilkeleriyle birlikte ele almaktadır.

Hukuk devleti ilkesi AYM tarafından sadece mülkiyet hakkında yahut sadece diğer hak ve özgürlükleri konu alan bireysel başvurularda değil somut ve soyut norm denetimlerinde de sıklıkla kullanılmaktadır. Zira bu ilke, yasamanın ve yürütmenin üstün gücünü hukukla sınırlandıran bir yargı erkini gerekli kıldığı

⁶⁴ İHAM, *Pla ve Puncernau/Andora*, B. No: 69498/01, 13.07.2004.

⁶⁵ Pozitif yükümlülüğün kapsamını AYM bir kararında “*Devletin pozitif yükümlülükleri nedeniyle mülkiyet hakkı bakımından koruyucu ve düzeltici bazı önlemler alması gerekmektedir. Koruyucu önlemler mülkiyete müdahale edilmesini önleyici; düzeltici önlemler ise müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiili tedbirleri kapsamaktadır.*” şeklinde belirterek madencilik faaliyetleri neticesinde konutu zarar gören başvurucunun iddialarının esasını inceletme ve zararını giderme imkanı sunan etkili bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AYM, *Sabri Uhrağ Başvurusu*, B. No: 2017/34596, 29.12.2020, § 56.

⁶⁶ AYM, *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, B. No: 2012/1035, 17.07.2014, § 31.

için AYM'nin temel varlık sebebi olarak görülmektedir. İHAM, kanunilik ölçütü bağlamında “öngörülebilirlik”, “ulaşılabilirlik” ve “belirlilik” kriterlerini devreye sokmakta iken AYM kanunilik ilkesini halihazırda hukuk devleti ilkesinin alt ilkesi olarak kabul ettiği için sayılan bu kriterleri de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Bu nedenle mülkiyet hakkının konu edildiği bireysel başvuru kararlarında kanunilik incelemesi yapılırken sıklıkla hukuk devleti ilkesinin ve kanunilik kriterinin iç içe geçtiği; alt ilkelerin yorumlanmasında ve somut olaya uygulanmasında ise sıklıkla İHAM içtihatlarından yararlanıldığı gözlemlenmektedir.

Aşağıdaki başlıklarda belirtilen kıstaslar doğrultusunda çeşitli dava konularına yönelik AYM içtihatları ele alınmaktadır.

1. Kanunilik İlkesine ve Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesini; “kanunilik ilkesi”, “hukuki güvenlik ilkesi” ve bu ilkenin alt ilkeleri konumundaki “belirlilik” ve “öngörülebilirlik” ilkeleriyle birlikte bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmektedir. Bu nedenle kanunilik kriteri ele alınırken sıklıkla hukuk devleti ilkesine atıf yapılmaktadır. İlkeler olaya uygulanırken ise öncelikle şekli anlamda kanunun varlığı araştırılmakta; ardından kanun hükümlerinin ulaşılabilirlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerini sağlayıp sağlamadıkları değerlendirilmektedir.

Kanunilik ölçütü çerçevesinde ele alınan başvuru konularının başında yargı kararlarının uygulanmaması gelmektedir. Nitekim İHAM da kararlarında⁶⁷ yargı kararlarının icra edilmemesini veya icrasının geciktirilmesini mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul etmekte ve bu durumun adil yargılanma hakkının yanı sıra mülkiyet hakkını da ihlal ettiğini belirtmektedir. Benzer şekilde AYM, ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli kamu makamlarının bu kararın uygulanmasını engellemesi ya da kararın uygulanması için gerekli özeni göstermemesi durumlarında mülkiyet ihlalinin gerçekleştiği sonucuna varmaktadır.⁶⁸ Bu hallerde idarenin “hukuki ve fiili imkânsızlık hâlinin bulunduğu ve yargı kararının icra edilmesi önünde aşılabilir bir engel olduğunu somut bir biçimde” ortaya koyması beklenmekte; olağanüstü koşulların varlığı halinde dahi “en tatmin edici alternatif çözümler belirleyerek uygulamakla” yükümlü olduğu dile getirilmektedir.⁶⁹

Mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin yapılan başvurulardaki somut olaylarda bilhassa öngörülebilirliğin mevcudiyeti, hukuk devleti ilkesi ve kanunilik ilke-

⁶⁷ Örn. bkz. İHAM, *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 07.05.2002, § 40.

⁶⁸ Örn. bkz. AYM, *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2013/711, 03.04.2014, §§55-75.; *S.S. Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu*, B. No: 2015/14525, 10.10.2019, § 64.

⁶⁹ AYM, *Erol Aksoy Başvurusu (2)*, B. No: 2016/11026, 12.12.2019, § 82, 83.

si bağlamında yapılacak değerlendirmeler açısından büyük önem teşkil etmekte olup AYM'nin öngörülebilirliğin mevcut olmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verdiği iki önemli başvurudan bahsetmek gerekmektedir.

Birinci başvuruda,⁷⁰ bir okul kantinini okul aile birliğinden kiralayarak işleten başvuru, kira ödemesinden katma değer vergisi (KDV) tevkifatı yapıp sorumlu sıfatıyla beyanname vermediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edilmiştir. Başvuru, 3065 sayılı Kanun⁷¹ m.17/f.4/b.d uyarınca iktisadi işletmelere dâhil olmayan gayrimenkullerin kiralınmasında KDV'den istisna edildiğini, okul aile birliklerinin tüzel kişiliğinin ve iktisadi işletme niteliğinin bulunmadığını ileri sürerek Balıkesir Vergi Mahkemesi'nde dava açmış; davanın reddedilmesi üzerine Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurduysa da itirazı reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Başvuru ayrıca kendi durumuna benzer davalarda yargı mercileri tarafından farklı kararlar verildiğini belirtmektedir. AYM, önüne gelen bu başvuruda; öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerinden biri olarak gördüğü belirlilik ilkesine değinmiş ve bu ilkenin hukuki güvenlik ilkesiyle olan bağlantısını⁷² irdelemiştir. Ardından hukuki güvenlik ilkesinin, kuralların öngörülebilirliğini gerektirdiğinden bahisle öngörülebilirlik kavramını açmış⁷³ ve İHAM içtihatları nezdinde öngörülebilirliğin kapsamını⁷⁴ açıklamıştır. Somut olayda Balıkesir Vergi Mahkemesi'nin "*ilgili*

⁷⁰ AYM, *Murat Çevik Başvurusu* (5), B. No: 2013/3246, 16.12.2015.

⁷¹ 3065 sayılı ve 25.10.1984 tarihli Katma Değer Vergisi Kanunu (R.G.: 02.11.1984-18563).

⁷² "*Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey; belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idare için hangi müdahale yetkisini doğurduğunu kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp davranışlarını düzenleyebilir, ..."* § 36.

⁷³ "*Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez, ..."* § 37.

⁷⁴ "*Yasa kuralına yönelik olarak birden fazla yorumunun yapılabiliyor olması, tek başına kuralın AİHS'in aradığı anlamda "öngörülebilirlik" şartını karşılamada başarısız olduğu anlamına gelmez. Mahkemelerin görevi, kuralın günlük yaşamdaki uygulamaları dikkate alarak yoruma dair şüpheleri kesin olarak ortadan kaldırmaktır (Gorzelik ve diğerleri/Polonya, B. No: 44158/98, 17/2/2004, § 65). Yüksek mahkemelerin yasanın tutarlı bir şekilde uygulanmasında güvence olması göz ardı edilemez (Tudor Tudor/Romanya, B. No: 21911/03, 24/3/2009, §§ 29, 30; Ștefănică ve diğerleri/Romanya, B. No: 38155/02, 2/11/2010, §§ 36, 37). Ancak bu güvencenin gereğinin yerine getirilmesinde başarısız olunması, Sözleşme'ye Ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinin gerekliliklerine uygun olmayan sonuçlara neden olabilir (Păduraru/Romanya, B. No: 63252/00, 1/11/2005, §§ 98, 99)." § 39.*

mevzuatın yorumlanmasında, Danıştay ilgili dairelerinin yerleşik kararları ve diğer bölge idare mahkemeleri kararlarından farklı ve “öngörülemez” nitelikte bir değerlendirme yaparak” davayı reddettiği tespitinde bulunan AYM, netice olarak “...başvurucu hakkında yapılan yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “öngörülemez” nitelikte olması nedeniyle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” gerekçesiyle başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bir diğer kararda⁷⁵ ise; Türkiye İş Bankası A.Ş.’nin çalışanlarına çeşitli menfaatler sağlamak üzere kurulmuş olan Türkiye İş Bankası A.Ş. Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfı’na şubeleri itibarıyla yaptığı katkı payı ödemelerinin, vergi müfettişlerince yapılan vergi incelemesi sonucunda ücret olarak değerlendirilmesi dolayısıyla tarh edilen gelir vergisi ve damga vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezalarına karşı açtığı davanın reddi nedeniyle başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM, bir önceki kararlar benzer şekilde Anayasa m.13, 35 ve 73’te düzenlenen kanunilik ilkesini, “belirlilik”, “öngörülebilirlik” ve “hukuki güvenlik” ilkeleriyle birlikte ele almış ve vergilere ilişkin yasa kurallarının taşınması gereken nitelikleri belirtmiştir.⁷⁶ Bu kapsamda AYM somut olaya ilişkin ilgili kanun hükümlerini açık ve net nitelikte görmeyerek bu durumun öngörülebilirlik ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiş⁷⁷ ve “..., öngörülebilirliğin ancak 2013 tarihli Danıştay Daire kararlarıyla söz konusu olduğunun anlaşılması karşısında başvuru konusu vergilendirme işleminin ilişkin olduğu vergilendirme dönemi (2007 yılı) itibarıyla, Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanmadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya

⁷⁵ AYM, Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, B. No: 2014/6192, 12.11.2014.

⁷⁶ “..., Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin “açık ve anlaşılır” olmasını gerektirmekte olup, Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS’e göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir, ...” § 42.

“Mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalenin meşruiyetinin sorgulanabilmesi için, kanun tarafından öngörülmüş olma ölçütünün alt ölçütleri olan “ulaşılabilirlik” ve “öngörülebilirlik” ölçütlerinin sağlanıp sağlanmadığının, bir diğer deyişle kanuni dayanağın mülkiyet hakkı sahibi bakımından ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığının ve hak sahibinin hukuki güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.” § 50.

⁷⁷ “..., İlgili kanun hükümlerinin yorumuna ilişkin lehe ve aleyhe bu değerlendirmelerden, Banka tarafından Vakfa katkı payı ödenmesinde çalışanlarca menfaatin ne zaman elde edildiği hususunun kanun hükümlerinden açık ve net bir şekilde çıkarılamayacak olduğu anlaşılmakta olup, Danıştay tarafından ilgili kanun hükümlerinin bu şekildeki yorumunun başvuru açısından öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaştırılmasının zor olduğu görülmektedir, ...” § 58.

yargısal içtihatlarla giderilemediği, bu durumda başvuru tarafından 2007 yılında Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, vergi asılları bakımından varılan sonuç dolayısıyla vergi cezaları bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemeyerek, Vakfa yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesi nedeniyle...” mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aynı konulu Türkiye Sınai Kalkınma Bankası başvurusunda⁷⁸ ise AYM, 2013 yılından önceki vergilendirme dönemleri bakımından öngörülebilirliğin bulunmadığı gerekçesiyle bu dönemler bakımından mülkiyet hakkının ihlaline; katkı paylarının ücret olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten vergi inceleme raporunun tarihi olan 04.01.2013'ten sonraki vergilendirme dönemleri bakımından ise müdahalenin öngörülebilir olduğuna hükmetmiştir.

Her iki kararda da Anayasanın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı; 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesi ve 73. maddede yer alan verginin kanuniliği ilkesi ile birlikte değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ancak öngörülebilirlik kriterinin bu denli geniş yorumlanması, Danıştay nezdinde içtihat farklılıkları bulunan her kararın, bu kriterin mevcut sayılmaması nedeniyle ihlal gerekçesi oluşturması riskini beraberinde getirmektedir. Yasa kuralının öngörülebilirliği hususunda İHAM'ın yüksek mahkemelerin teşkil ettiği güvenceyi vurgulaması da göz önünde bulundurulduğunda, İçtihatları Birleştirme Kurulları'na bu doğrultuda büyük görev düştüğünü dile getirmek yanlış olmayacaktır.

Kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahisle AYM tarafından verilen mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin kararlarda önemli bir grubu da “kamulaştırmadan el atma”dan kaynaklanan ihtilaflar oluşturmaktadır. Keza bu kararlarda AYM yapmış olduğu tespitlerle kamulaştırmadan el atmanın ne olduğunu ve kamulaştırmadan farklarını belirtmek suretiyle bu uygulamanın taşınmaz sahipleri için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşıdığını ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiğini⁷⁹ belirtmektedir.

⁷⁸ AYM, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. Başvurusu (2), B. No: 2016/2760, 04.07.2019.

⁷⁹ “...Başka bir deyişle, kamulaştırmadan el atma, her ne olursa olsun, idare tarafından isteyerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye, kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır. İdareye resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, kişilere öngörülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi taşımaktadır. Söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence temin edecek ve gerektiği şekilde gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte değildir.” AYM, Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, B. No: 2013/1436, 06.03.2014, § 57.; Mustafa Asiler Başvurusu, B. No: 2013/3578, 25.02.2015, § 42.

“Anayasa'nın 35 ve 46. maddeleri taşınmaz mülkiyetine son verecek müdahalelerin yasal olmasını zorunlu tutmaktadır. Bu zorunluluk hukuk devletinin gereğidir. Anayasa'nın 46. maddesi hükmü ve 2942 sayılı Kanun gereği asıl olan kamulaştırma işlemi yapmak suretiyle idarenin taşınmazı iktisap etmesidir. Yöntem olarak Anayasa ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken, dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son

Kamulaştırmazsız el atmada mahkeme kararına dayanan bedelin belediye tarafından ödenmemesi, icra takibinin uzun sürmesi ve alacağa ulaşmada belirsizlik yaşanması hali de yine AYM tarafından mülkiyet hakkı ihlali olarak görülmektedir. AYM bu duruma ilişkin kararlarda⁸⁰ “Belediyenin, aleyhine verilen, kesinleşmiş ve infaz edilebilir yargı kararlarının infazını sağlamak için gerekli tedbirleri almamakla başvuranların mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiği ve dolayısıyla Anayasa’nın 36. maddesini etkili sonuçları bakımından konusuz bıraktığı”ndan bahisle adil yargılanma hakkının ihlalinin yanı sıra; idarenin dava sonucunda hükmedilen alacağı veya tazminatı ödememesi nedeniyle mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyete saygı ilkesinin ihlalinin de söz konusu olduğunu⁸¹ tespit etmektedir.

Esasen bir alacağın mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi için yargı kararına dayanması da bir şart olarak görülmemekte; kesin ve icra edilebilir nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Bu nedenle ilamsız icra takibinin kesinleşmesi üzerine konulan haczin, haciz konulan malların devlet malı sayıldığı gerekçesiyle kaldırılması nedeniyle yapılan bir başvuruda⁸² AYM mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kanunilik ölçütüne aykırılığın tespit edilmesi halinde AYM, meşru amaç ve ölçülülük kriterlerini değerlendirmeye gerek görmeyebilmektedir. Ülkeler arası karşılıklılık bulunmadığı gerekçesiyle kendisine mirasçılık belgesi verilmeyen başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapmış olduğu başvuruda;⁸³ müdahalenin öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmadığı tespitinde bulunan AYM, diğer kriterleri değerlendirmeye gerek görmeyerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

veren bir uygulama olan kamulaştırmazsız el atma yasalara uygun bir kamulaştırma ile aynı hukuki çerçevede içinde değerlendirilemez. İdarelere resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, taşınmaz sahipleri için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşımaktadır.” Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, AYM, B. No: 2013/1436, 06.03.2014, § 58.; Mustafa Asiler Başvurusu, AYM, B. No: 2013/3578, 25.02.2015, § 43.

⁸⁰ Örn. bkz. AYM, *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2013/711, 03.04.2014, § 54, 61, 74.

⁸¹ “Başvuruçuların, Mahkeme kararına dayalı ve mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilen alacaklarının tahsili amacıyla İdare aleyhine yaptıkları icra takibinin uzun sürmesi ve alacağa ulaşmada bir belirsizlik bulunması, Mahkemece verilen kararı, etkili sonuçları bakımından konusuz bırakmıştır.” *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, § 54.

⁸² AYM, *Anadolu Kayak İşletmeleri ve Turizm Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, B. No: 2016/6935, 04.07.2019, § 31-34.

⁸³ “...Bu hâliyle ilgili Kanun’un somut olayda belirli ve öngörülebilir bir şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mirasçılık belgesi verilmemesi suretiyle başvuruçuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmadığı değerlendirilmiştir. Varılan sonuca göre müdahalenin meşru bir amacının veya ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.” AYM, *Antoine Balit ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2017/16211, 02.06.2020, § 60.

2. Ölçülülük İlkesine Aykırılık ve “Meşru Kamu Yararıyla Haklı Gösterilemeyecek Şekilde Orantısız Yük”

Ölçülülük ilkesi literatürde ve içtihatlarda belirtildiği üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Öngörülen müdahalenin hedeflenen amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli olması “*elverişlilik*” ilkesini; müdahalenin zorunlu olması ve aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılamıyor olması “*gereklilik*” ilkesini; hakka yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge- nin gözetilmesi gereği ise “*orantılılık*” ilkesini ifade etmektedir. AYM, ölçülülük kriterini değerlendirirken çoğunlukla orantılılık ilkesi bağlamında değerlendirme yapmakta; başvurucu üzerine orantısız ve aşırı yük binip binmediğine ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin mevcut olup olmadığına bakmaktadır.

Ölçülülük ilkesi, cezai yaptırım gerektiren fiillerin yanı sıra idari yaptırım gerektiren fiiller bakımından da bir kriter olarak devreye sokulmaktadır.⁸⁴ Söz konusu yaptırımlara gecikme faizi ve gecikme zammı gibi telafi edici müesseseler de dahildir.

Asıl vergi alacağına dair tahakkuk işleminin yargı kararıyla iptal edilmesine rağmen fer’i alacak konumundaki gecikme faizinin tahsil yoluna gidilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla önüne gelen bir başvuruda⁸⁵ AYM, asıl alacağın mevcut olmaması halinde esasında bir kamu zararı da bulunmayacağından hareketle, olmayan kamu zararının giderimini sağlama amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edilmesinin başvurucuya orantısız bir külfet yükleyeceği tespitinde bulunmuş; Vergi İdaresinin, yargı kararıyla iptal edilen alacağa bağlı gecikme faizini kaldırmasını sağlayacak araçlara sahip olmasına rağmen bunları kullanmamasının da başvurucuya yüklenen külfeti ağırlaştırdığını belirtmiştir.

Vergi mükelleflerinin kendilerinden fazladan tahsil edilen vergilerin iadesine karar verildiği ancak faiz istemlerinin reddedildiği durumlar ile kamulaştırma bedellerine faiz ödenmemesine ilişkin ihtilaflarda AYM sıklıkla ölçülülük kriterini devreye sokmaktadır.

Başvuranın kendisinden fazla ve yersiz tahsil edildiğine yargı kararıyla hükmedilen gümrük vergisi ve KDV bedellerine amme alacaklarına uygulanacak faizin uygulanmasını talep ettiği bir başvuruda⁸⁶ AYM, “...*vergi adı altında tahsil*

⁸⁴ AYM, E. 2010/91, K. 2011/98 sayılı ve 09.06.2011 tarihli karar.

⁸⁵ AYM, *Erbakır Elektrolitik Bakır Mamülleri A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2015/3930, 23.10.2019, § 59-61.

⁸⁶ AYM, *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/28, 25.02.2015, § 45, 46, 52. AYM ayrıca bahsi geçen başvuruya konu davada uygulanan kanun hükmünü (4458 s. Kanun, m.216), yapılan bir itiraz başvurusunun neticesinde, E. 2013/104, K. 2014/96 sayılı ve 22.05.2014 tarihli kararıyla, Anayasa m.2 ve 35’e aykırı bularak iptal etmiştir.

edilen ve mahkemelerce fazla veya yersiz olduğuna karar verilen tahsilâtların iadesinde tahsilât ve iade arasında geçen sürede iade edilen bedelin enflasyon karşısında değerinde meydana gelen aşınmayı ve bu sürede bireylerin bu bedellerden yararlanamamaları nedeniyle meydana gelen zararlarını telafi etmek ve gerçek karşılığını ödeyebilmek amacıyla, bu bedellere faiz veya enflasyon farkı işletilmesi”nin mümkün olduğunu belirterek, başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için ödenen tutarların enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu gerekçelerle somut olayda “başvurucunun üzerine haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvuru hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu” sonucuna ulaşarak mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde hüküm tesis etmiştir.

AYM, kamulaştırma bedeline faiz işletilmediğinden bahisle önüne gelen ihtilaflarda, ölçülülük kriterini uygularken bedelin belirlendiği tarih ile ödendiği tarih arasında enflasyonda meydana gelen artışa ve bu artışın bedel üzerinde ne kadar aşınma yarattığına bakmaktadır. Başvurulardan birinde⁸⁷ bedel tespiti için esas alınan yıl ile ödemenin yapıldığı yıl arasında enflasyonda meydana gelen artışın %16,05 şeklinde gerçekleştiği, bu değer kaybının toplam kamulaştırma bedeline oranının %12,45 olduğu göz önünde bulundurularak “bu değer kaybının başvuru sahipleri üzerinde idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız bir yük oluşturduğu” gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. 2013/1444 başvuru numaralı kararda⁸⁸ ise enflasyon karşısında %4’ün altındaki değer kaybının makul görülebileceği, başvurucuya aşırı yük getirmeyeceği, ölçülü sayılabileceği gerekçesiyle ihlalin mevcut olmadığına hükmedilmiştir. Yine, 2012/1246 başvuru numaralı kararda,⁸⁹ değer aşınmasının kamulaştırma bedeline oranı %6,32 olmakla birlikte; ayrıca 1 yıl önce yapılan ödeme sayesinde başvuru sahibinin bu tutarı kullanma, tasarruf etme ve yatırıma dönüştürme imkânı ve avantajına sahip olduğu düşünüldüğünde yükün daha da hafifleyeceğinden bahisle başvuru esastan reddedilmiştir.

Hukuk devleti ve kanunilik kriterlerini ele alırken değindiğimiz kamulaştırmasız el atmada Belediyenin mahkemece hükmedilen taşınmaz bedelini ödemesini konu alan başvurularda, AYM kimi zaman ölçülülük ve orantılılık

⁸⁷ AYM, *Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/5367, 25.02.2015, § 96, 100. Benzer nitelikte kararlar için bkz. AYM, *Abdülkerim Babir ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/2550, 10.12.2014.; *Mustafa Ünlü Başvurusu*, B. No: 2013/735, 17.09.2014.; *Tülay Şahin Başvurusu*, B. No: 2013/1568, 08.05.2014.; *Nebahat Tanrıverdi Başvurusu*, B. No: 2012/1313, 06.03.2014.; *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/817, 19.12.2013.

⁸⁸ AYM, *Cavit Bağyapan Başvurusu*, B. No: 2013/1444, 04.11.2014.

⁸⁹ AYM, *Tahsin Erdoğan Başvurusu*, B. No: 2012/1246, 06.02.2014.

ilkelerini açıkça zikretmemekle birlikte bu ilkeleri göz önünde bulundurduğunu hissettiren tespitlerde bulunmakta;⁹⁰ kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengenin durumuna bakmaktadır. Kimi başvurularda ise ölçülülük değerlendirilmesi yapılırken hukuk devleti, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinden yola çıkılmaktadır.⁹¹ Kanuni düzenlemenin geriye yürütülmesi neticesinde hak sahipliğinin iptal edilmesini konu alan bir başvuruda⁹² AYM; müdahaleye dayanak hükümlerin açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir mahiyette olduğunun tespitini yapmakla birlikte, düzenlemelerin geriye yürütülmesinin öngörülebilirliğe aykırı olduğunu ilginç bir şekilde kanunilik ilkesi yerine ölçülülük ilkesini değerlendirirken dile getirmiş ve bu sebeple müdahaleyi ölçsüz bulmuştur.

Ölçülülük kriteri kapsamında ele alınan konulardan biri de kuşkusuz mülkiyet hakkını sınırlandıran tedbirlerdir. AYM'ye göre böylesi bir tedbirin ölçülü olabilmesi için gerek kapsam gerekse süre bakımından orantılı şekilde uygulanması; tedbiri uygulayan kamu makamlarının ivedi olarak ve özenli şekilde davranmaları gerekmektedir. Askeri alana komşu yerde imara izin verilmemesi,⁹³ tasarruf yetkisi kısıtlanan taşınmaz için tazminat ödenmemesi,⁹⁴ imar planında taşınmazın kamu hizmetine ayrılması ve kamulaştırılması gerekmesine rağmen yasal sürede kamulaştırılmaması,⁹⁵ ihtiyati tedbirlerin makul süreleri aşması⁹⁶ ve ceza soruşturması kapsamında uygulanan el koyma tedbirinin keyfi ve öngörülemez nitelikte olması⁹⁷ gibi pek çok durum bu bağlamda değerlendirilmektedir.

⁹⁰ “Ancak idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen alacak ve tazminatları ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilir. Bu durum, mahkeme kararıyla hükmedilen alacak ve tazminatları ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde kabul edilir.” AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, B. No: 2013/711, 03.04.2014, §70.; Halil Afşin ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2013/4824, 25.02.2015, § 78.

⁹¹ “Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz.” AYM, E. 2013/95, K. 2014/176 sayılı ve 13.11.2014 tarihli karar.; AYM, Cemal Taş ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 63.

⁹² AYM, İbrahim Yıldız Başvurusu, B. No: 2016/14176, 07.11.2019, § 49.

⁹³ Örn. bkz. Cemal Taş ve Diğerleri Başvurusu, § 66.

⁹⁴ Örn. bkz. AYM, Nail Çelik Başvurusu, B. No: 2017/18040, 03.11.2020.

⁹⁵ Örn. bkz. AYM, Hüseyin Ünal Başvurusu, B. No: 2017/24715, 20.09.2018.

⁹⁶ Örn. bkz. AYM, Şükri Karahasanoğlu Başvurusu, B. No: 2016/8346, 18.06.2020.

⁹⁷ Örn. bkz. AYM, Tuna Tunç Başvurusu, B. No: 2016/80432, 12.11.2019.

Sosyal güvenlik ödemelerinden kaynaklanan uyumsuzluklar da mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla AYM önüne taşınmakta ve ölçülülük kriteri bağlamında maysaya yatırılmaktadır. Sosyal güvenlik aylıklarının kesilmesi ve geriye dönük borçlandırma nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin yapılan başvurularda AYM ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirme yapmakta ve “sigortalıya atfedilecek bir kusurun bulunmaması, bütünüyle idarenin gözetimi ve denetimi altında gerçekleştirilen bir idari işlemde makul görülemeyecek kadar uzun bir süre sonra dönülmesi, hatanın yalnızca prim günlerinin hesaplanmasından kaynaklanması, eksik kalan gün sayısının oldukça az olması, sigortalının yaşı itibarıyla yeni bir sigortalılık talebinde bulunma imkânının kısıtlı olması ve bağlanan aylığın oldukça mütevazı olup sigortalının başkaca bir gelirinin tespit edilememesi” hallerinde aylıklı aylıklarının kesilmesinin ve ödenen aylıkların geri istenmesinin adil dengeyi kişiler aleyhine bozduğu⁹⁸ sonucuna ulaşmaktadır. Söz konusu ölçütleri uyguladıktan sonra iade edilen miktar bakımından mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilen durumlarda dahi ödemelerin iade yöntemi ayrıca ele alınmakta ve kişilerin kendileri için önemli bir meblağ teşkil edecek bu tutarları bir ay gibi kısa bir sürede geri ödemekle yükümlü kılınmalarını orantısız bir külfet⁹⁹ olarak görmektedir.

Mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkı arasında bulunan bağ, ölçülülük kriterinde de etkisini hissettirmektedir. Ödenmeyen vergi borcu için taşınmazına haciz konulan başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapmış olduğu bir başvuruda AYM; hacze dayanak kanun hükümlerinin (6183 s. Kanun¹⁰⁰ m.54, 62) açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğunun tespitini yaparak müdahalenin kanuna dayalı olduğunu belirtmiş; kamu alacağının tahsili için gerçekleştirilen taşınmaz haczinde kamu yararı bulunması sebebiyle meşru amaç bulunduğunu dile getirmiş ve son olarak ölçülülük kriteri bakımından somut olayı değerlendirmeye tabi tutmuştur. Netice itibarıyla başvuruçunun 6183 s. Kanun m.70 uyarınca haline münasip evinin haczedilemeyeceği yönündeki iddialarının *derece mahkemelerince değerlendirilmediği* tespit edilerek, bu nedenle müdahalenin ölçülü olmadığı¹⁰¹ kanaatine varılmıştır.

⁹⁸ AYM, *Ümmü Çakır Başvurusu*, B. No: 2015/18918, 28.11.2018., § 58, 59.; *Kemal Özcan Başvurusu*, B. No: 2017/18560, 12.02.2020, § 36.

⁹⁹ *Kemal Özcan Başvurusu*, § 41.

¹⁰⁰ 6183 sayılı ve 21.07.1953 tarihli Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (R.G.: 28.07.1953-8469).

¹⁰¹ “Sonuç olarak derece mahkemelerinin kararlarının mülkiyet hakkına ilişkin davanın sonucuna etkili olabilecek mahiyetteki iddia ve itirazlara cevap verecek nitelikte yeterli bir gerekçe içermediği tespit edilmiştir. Bu sebeple mülkiyet hakkının korunmasında usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla müdahalenin taşıdığı meşru amacın dayandığı kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil denge başvuruçusu aleyhine bozulmuş olup müdahale ölçülü değildir.” AYM, *Güven Bostan Başvurusu*, B. No: 2016/4293, 01.07.2020, § 58.

Somut olayın şartları doğrultusunda ispat yükü de ölçülülük kriteri bakımından değerlendirilebilmektedir. Gümrük alanında çıkan yangında zayi olan mallar için ödenen verginin iadesi isteğine ilişkin yapılmış bir başvuruda¹⁰² AYM, somut olayda kanıtlama yükümlülüğünün başvurucuya yüklenmesini olağandışı bir külfet olarak görmüş ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Anayasa ve İHAS'ın ortak koruma alanında kalan mülkiyet hakkı kişilerin temel haklarından olup mevcut mal, mülk ve varlıklar ile belli durumlarda, bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti"yi koruyan bir güvencedir. AYM ve İHAM içtihatları birlikte ele alındığında; AYM'nin mülkiyet hakkına dayalı bir başvuruyu ele alırken İHAM ile oldukça benzer bir sistematik izlediği; öncelikle mülkiyet hakkına konu teşkil edebilecek bir mal olup olmadığının, ardından ise mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin bulunup bulunmadığının incelendiği; müdahalenin tespiti halinde ise gerçekleşen müdahaleyi hukuk devleti ve kanunilik ilkeleri, meşru kamu yararı amacı ve ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmeye tabi tuttuğu görülmektedir.

"Yasada öngörülen koşullar"ı maddi anlamda ele alan İHAM'm aksine, kanunilik ilkesini şekli açıdan ele alan ve tüm sınırlamaların mutlak surette kanunla yapılmasını öngören Anayasa ve AYM'nin bu açıdan kişilere daha yüksek bir güvence sağladığı tespitinde bulunmak mümkündür. Özellikle vergilendirmeye ilişkin başvurularda Anayasa m.73'te düzenlenen vergilerin kanuniliği ilkesinin de değerlendirmeye dahil edilmesi, AYM'nin kanunilik ilkesini ayrı bir önem ve hassasiyetle ele aldığı göstergesidir. Öyle ki bireysel başvurulara ilişkin hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin incelik ve geniş bir şekilde ele alınarak gerekçe gösterildiği kararlara da sıklıkla rastlanmaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının ihlali şikayetiyle yapılan bireysel başvurularda AYM'nin kuralların ve olayların yorumunda İHAS ve İHAM felsefesinden uzaklaşmadığını; kararlarında İHAM içtihatlarını göz önünde bulundurduğunu; bireysel başvurunun getiriliş amacına uygunluk arz edecek şekilde Türkiye'ye karşı İHAM'a taşınacak ihtilafların azaltılması maksadıyla, bireysel başvurularda daha özgürlükçü bir tutum sergilediğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

¹⁰² "...henüz gümrük sahası içinde bulunan cep telefonlarının mevcudiyetini ve beyannameye uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü gümrük idaresindedir. İfaiye Müdürlüğü tarafından tutulan yangın raporu da nazara alındığında beyanname kapsamındaki cep telefonlarının meydana gelen yangında zayi olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün başvurucuya yüklenmesinin kamu makamlarının tutum ve yaklaşımlarını gözetmeyen, katı bir yaklaşım olduğu ve başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği sonucuna varılmıştır." AYM, Telpa Telekomünikasyon Ticaret A.Ş. Başvurusu, B. No: 2016/8880, 12.11.2019, § 57.

KAYNAKÇA

- CARSS-FRISK**, Monica, Mülkiyet Hakkı, *Mülkiyet Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No.lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları No: 4, 2. Baskı, Council of Europe, 2003.
- DIJK**, Pieter van ve diğerleri, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia Publishers, Oxford, 2006.
- DOĞRU**, Osman / **NALBANT** Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ESEN ARNWINE**, Selin, 'Anayasa Şikayeti', Çiğdem Kırca/Aynur Yongalık (edt), *Anayasa Şikayeti-Verfassungsbeschwerde*, Ankara Hukuk Toplantıları 18 Mayıs 2009, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 267, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2010, (s. 35-62).
- GEMALMAZ**, Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume IV-Birleşmiş Milletler Birinci Bölüm/United Nations First Part*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004.
- GERÇEK**, Adnan / **ÇETİN GERGER**, Güneş / **TAŞKIN**, Çağatan / **BAKAR**, Feride / **GÜZEL**, Simla, *Mükellef Hakları Türkiye Perspektifi ve Geliştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- GÖZLER**, Kemal, *Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 59, Sayı 2001/4, (s. 53-67).
- GÖZTEPE**, Ece, 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 95, Temmuz-Ağustos 2011, (s. 13-40).
- GRGIC**, Aida / **MATAGA**, Zvonimir / **LONGAR**, Matija / **VILFAN**, Ana, *The Right to Property under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No: 10, Council of Europe, 2007.
- GÜMÜŞKAYA**, Gamze, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- İHAM**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Council of Europe, Strazburg, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 01.03.2021).
- LEACH**, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2011.
- RENUCCI**, Jean-François, *Introduction to the European Convention on Human Rights-The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism*, Council of Europe, 2005.

- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- TUĞRUL**, Saim, *Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması*, Kazancı, İstanbul, 2004.
- YALTI SOYDAN**, Billur, 'Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı', Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 227, Temmuz 2000.
- YALTI**, Billur, 'Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yeni Kararlarında "Çelişik Mevzuat" ve "Çelişik İçtihat"', Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 276, Eylül 2011.
- YALTI**, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006.

Çalışmada Yer Verilen İHAM Kararları

- Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80, 24.06.1986.
- J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd./Birleşik Krallık*, B. No: 44302/02, 30.07.2007.
- Gasus Dosier ve Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No: 15375/89, 23.02.1995.
- Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No: 48553/99, 25.07.2002.
- Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 02.08.1984.
- Pla ve Puncernau/Andora*, B. No: 69498/01, 13.07.2004.
- Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 07.05.2002.

Çalışmada Yer Verilen AYM Kararları

- Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/817, 19.12.2013.
- Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/5367, 25.02.2015.
- Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/1210, 26.06.2014.
- Turgut Tayyar Başvurusu*, B. No: 2013/7168, 15.10.2014.
- Neriman Kongur ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/1557, 16.04.2013.
- Arman Mazman Başvurusu*, B. No: 2013/1752, 26.06.2014.
- İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, B. No: 2013/1430, 21.11.2013.
- Cahit Tekin Başvurusu*, B. No: 2013/2744, 16.07.2014.
- Sino Kaya ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/3839, 18.06.2014.
- Mehmet Yavuz Başvurusu*, B. No: 2013/2995, 20.02.2014.
- Faik Gümüş Başvurusu*, B. No: 2012/603, 20.02.2014.
- İbrahim Şendil Başvurusu*, B. No: 2013/4495, 17.07.2014.
- Solmaz Erdinç Başvurusu*, B. No: 2014/2713, 17.11.2014.
- Fikri Erdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/9032, 05.11.2014.

- Adnan Güzel Başvurusu*, B. No: 2014/2496, 25.02.2015.
- Mülayim Vural ve Ramazan Vural Başvurusu*, B. No: 2013/1675, 18.09.2014.
- A.Y.İ. Başvurusu*, B. No: 2013/252, 26.06.2014.
- Mehmet Cemal Sadak Başvurusu*, B. No: 2013/2666, 28.05.2014.
- Hayrettin Aktaş Başvurusu*, B. No: 2013/1205, 17.09.2013.
- İsmail Buğra İşlek Başvurusu*, B. No: 2013/1177, 26.03.2013.
- Zeki Demirel ve Yusuf Demirel Başvurusu*, B. No: 2014/198, 20.11.2014.
- Yücel Mandacı Başvurusu*, B. No: 2013/7958, 19.11.2014.
- Mahmut Ekrem Erhun ve Colette Monique Jourovsky Erhun Başvurusu*, B. No: 2013/3588, 18.09.2014.
- Zeliha Taşkın ve Aysel Taşkın Başvurusu*, B. No: 2013/8485, 18.06.2014.
- Abdulkadir Aşan ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/7565, 08.05.2014.
- Bayram Gök Başvurusu*, B. No: 2012/946, 26.03.2013.
- Fatma Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2014/6577, 16.02.2017.
- Erol Aksoy Başvurusu (2)*, B. No: 2016/11026, 12.12.2019.
- Cemal Bayseferoğulları Başvurusu*, B. No: 2013/2264, 26.02.2015.
- Selçuk Emiroğlu Başvurusu*, B. No: 2013/5660, 20.03.2014.
- İhsan Vurucuoğlu Başvurusu*, B. No: 2013/539, 16.05.2013.
- Cemile Ünlü Başvurusu*, B. No: 2013/382, 16.04.2013.
- Sabri Uhrağ Başvurusu*, B. No: 2017/34596, 29.12.2020.
- Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, B. No: 2012/1035, 17.07.2014.
- Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, B. No: 2013/711, 03.04.2014.
- S.S. Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu*, B. No: 2015/14525, 10.10.2019.
- Murat Çevik Başvurusu (5)*, B. No: 2013/3246, 16.12.2015.
- Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2014/6192, 12.11.2014.
- Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. Başvurusu (2)*, B. No: 2016/2760, 04.07.2019.
- Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu*, B. No: 2013/1436, 06.03.2014.
- Mustafa Asiler Başvurusu*, B. No: 2013/3578, 25.02.2015.
- Anadolu Kayak İşletmeleri ve Turizm Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, B. No: 2016/6935, 04.07.2019.
- Antoine Balit ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2017/16211, 02.06.2020.
- Erbakır Elektrolitik Bakır Mamülleri A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2015/3930, 23.10.2019.
- Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/28, 25.02.2015.
- Abdülkerim Babir ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2013/2550, 10.12.2014.
- Mustafa Ünlü Başvurusu*, B. No: 2013/735, 17.09.2014.
- Tülay Şahin Başvurusu*, B. No: 2013/1568, 08.05.2014.

- Nebahat Tanrıverdi Başvurusu*, B. No: 2012/1313, 06.03.2014.
Cavit Bağyapan Başvurusu, B. No: 2013/1444, 04.11.2014.
Tahsin Erdoğan Başvurusu, B. No: 2012/1246, 06.02.2014.
Halil Afşin ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2013/4824, 25.02.2015.
Cemal Taş ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2016/3316, 29.12.2020.
İbrahim Yıldız Başvurusu, B. No: 2016/14176, 07.11.2019.
Nail Çelik Başvurusu, B. No: 2017/18040, 03.11.2020.
Hüseyin Ünal Başvurusu, B. No: 2017/24715, 20.09.2018.
Şükrü Karahasanoğlu Başvurusu, B. No: 2016/8346, 18.06.2020.
Tuna Tunç Başvurusu, B. No: 2016/80432, 12.11.2019.
Ümmü Çakır Başvurusu, B. No: 2015/18918, 28.11.2018.
Kemal Özcan Başvurusu, B. No: 2017/18560, 12.02.2020.
Güven Bostan Başvurusu, B. No: 2016/4293, 01.07.2020.
Telpa Telekomünikasyon Ticaret A.Ş. Başvurusu, B. No: 2016/8880, 12.11.2019.
AYM, E. 2013/104, K. 2014/96 sayılı ve 22.05.2014 tarihli karar.
AYM, E. 2010/91, K. 2011/98 sayılı ve 09.06.2011 tarihli karar.
AYM, E. 2013/95, K. 2014/176 sayılı ve 13.11.2014 tarihli karar.

Suyun Bir İnsan Hakkı Olarak Değerlendirilmesi

Evaluation of Water as a Human Right

Arş. Gör. Ceren YOZGAT^(*)

Öz:

Suya erişim, insanların sağlıklı bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmesi için vazgeçilmez bir unsurdur. Nüfus artışı, iklim değişikliği, tarımsal ve endüstriyel üretimin artması ve su kirliliği gibi faktörlerin etkisiyle küresel su krizi endişe verici boyutlara ulaşmıştır. Bu sebeple, suyun en verimli şekilde değerlendirilmesi ve korunması için farklı çözüm yolları üretilmiştir. Çözüm olarak öne sürülen yöntemlerden biri, suyun -ekonomik bir meta olarak ele alınıp- özelleştirilmesidir. Özelleştirme uygulamaları sonucunda, suya belirli bir ücret karşılığında erişim sağlayan insanların suyu tasarruflu kullanacağı ve bu sayede de su kaynaklarının korunması amacına ulaşılacağı ileri sürülmüştür. Ancak çalışmada belirtilen örneklerde de görüleceği üzere özelleştirmenin gerçekleştirdiği ülkelerde suyun kalitesinde bir düşüş yaşanırken; su fiyatlarında ciddi bir artış yaşanmıştır. Bunun sonucunda da birçok insan suya erişim sağlayamamıştır. Yaşanan olumsuz tecrübeler sonrasında suyun bir insan hakkı olduğu görüşü önem kazanmıştır. Suyun bir insan hakkı olarak düzenlenmesi; suya erişimin hukuki olarak güvence altına alınmasını ve su kaynaklarının korunması için devletlerin bazı yükümlülükler altına girmesini sağlayacaktır. Bu çalışmada, açıklanan nedenlerle, suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerekliliği hususu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Küresel Su Krizi, Su Politikası, Suyun Özelleştirilmesi, Su Hakkı, Genel Yorum No. 15.

Abstract:

The global water crisis has reached alarming levels due to factors such as population growth, climate change, increase in agricultural and industrial production, and water pollution. For this reason, different solutions have been developed in order to use and protect water most efficiently. One of the methods suggested as a solution is the privatization of water. As a result of the privatization implementations, it has been claimed that people who gain access to water for a certain fee will use water economically, and thus the aim of protecting water resources will be achieved. However there is a decrease in the water quality in the countries where the privatization took place and there has been

^(*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: cerenyozgat@maltepe.edu.tr

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4699-8761>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 06.05.2021.

Makale Kabul Tarihi: 30.06.2021.

a serious increase in water prices. As a result of this, many people have not been able to access water. Due to the negative experiences, the view that water is a human right has gained importance. Regulation of water as a human right will ensure that access to water is legally guaranteed, and states take some obligations to protect water resources. For the reasons explained above, water should be accepted as a human right is examined in this study.

Keywords:

Global Water Crisis, Water Policy, Privatization of Water, Right to Water, General Comment No. 15.

GİRİŞ

Su, sadece insanlar için değil, bütün canlılar için yaşam kaynağıdır. MÖ 4000 yıllarında kurulan ilk medeniyetler, etrafında verimli toprakların olduğu Fırat ve Dicle nehirlerinin yakınlıklarına yerleşmiş; sulama kanalları oluşturarak tarımsal üretim ile geçimlerini sağlamıştır. Bundan binlerce yıl öncesine bakıldığında bile suyun ne kadar önem arz ettiğini, insanların hayatlarını suya göre konumlandığını ve geçimlerini suyu kullanarak sağladıklarını görmek mümkündür. Günümüzde su hâlâ aynı öneme sahiptir ancak bu konudaki farkındalık yeterli düzeyde değildir. “*Yeryüzünün yüzde 71’i sularla kaplı olmasına karşın bu suların sadece yüzde 3’ü kullanılabilir tatlı sudur. Üstelik bu tatlı suyun %75’i donmuş hallerde kutuplara yakın bölgelerde bulunmaktadır. İnsanların kullanmak amacıyla ulaşabileceği tatlı sular, dünyadaki su miktarının ancak yüzde 1’idir.*”¹ Bu bilgiler ışığında, su kaynaklarının korunması ve verimli kullanılması hususunun neden bir zorunluluk olduğu daha net anlaşılmaktadır.

Dünya nüfusunun artması ve buna bağlı olarak suyun kullanım alanlarının genişlemesi, küresel ısınmanın sebep olduğu iklim değişiklikleri sebebiyle su kaynaklarının kuruması ve su kirliliğinin kaygı verici boyutlara ulaşması sonucunda küresel bir su krizi gündeme gelmiştir. Bu krize farklı yöntemlerle çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Yöntemlerden biri suyun korunmasını ve en verimli şekilde kullanılmasını sağlayacağı öne sürülen, suyu ekonomik bir meta olarak ele alan özelleştirme. Öte yandan suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve bütün insanların suya erişiminin sağlanması hususunda devletlerin yükümlü olması gerektiği savunulmaktadır. Bu çalışmada, su krizine sebep olan unsurlar belirtildikten sonra; su krizine çözüm olarak ileri sürülen özelleştirme uygulamaları ve ardından suyun bir insan hakkı olarak değerlendirilmesi ayrıntılı olarak incelenecektir.

I. KÜRESEL SU KRİZİ

Son dönemlerde su krizi hakkında yapılan araştırmaların, akademik çalışmaların hızlı bir artış gösterdiği görülmektedir. Birleşmiş Milletler’in (BM) 2021

¹ Eşref Atabey, *Suyun Hikayesi*, 1. Baskı, Asi Kitap, İstanbul, 2018, s. 27.

yılında açıkladığı Su Kalkınma Raporu'na göre, 3 milyardan fazla insanın suya erişim olanağı bulunmamaktadır ve 2030 yılına kadar su kıtlığının %40 seviyelerine yükseleceği öngörülmektedir.² Ayrıca raporda, dünyadaki su kaynaklarının yönetimine verilen önemin artırılmasıyla suyun daha verimli kullanılması gerektiğine; suya erişimin temel bir insan hakkı olarak değerlendirilmesi için uygun teknolojik kaynaklara yatırım yapılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.³ Kirlilik, iklim değişikliği ve bugün gezegenin su verimi açısından risk bölgelerinde yaşayan insanların sayısını iki milyara çıkaran nüfus artışı yüzünden, dünya bir su krizi ile karşı karşıyadır.⁴ Dahası, yaşam tarzımızı değiştirmedığımız sürece, 2025 yılına geldiğimizde, dünya nüfusunun üçte ikisi su kıtlığı ile karşı karşıya kalacaktır.⁵ Ancak bu endişe verici gözlemlere rağmen küresel anlamda suyun korunması adına etkili tedbirler alınmamaktadır. Su kıtlığı, Dünya İzleme Enstitüsü'nün (Worldwatch Institute) ifadesiyle “*günümüzün en çok göz ardı edilen küresel sorunu*” olabilir.⁶ Bu krize çözüm olabileceği düşünülen yöntemleri incelemeyen önce, krize sebep olan unsurlara değinmek yerinde olacaktır.

A. Nüfus Artışı

Su krizini etkileyen unsurlardan ilki nüfus artışıdır. Birleşmiş Milletler'e göre dünya her yıl 80 milyon insana daha ev sahipliği yapmaktadır. Bu değişime paralel olarak da her yıl 64 metre küp daha suya ihtiyaç duyulmaktadır.⁷ Ancak belirtmek gerekir ki ihtiyaç duyulan su miktarı, artan nüfusla eşit oranda artış göstermemektedir. Yirminci yüzyılda dünya nüfusu üç katına çıkmasına rağmen su tüketimi yedi kat artmıştır.⁸ Artan nüfusun çeşitlenen tüketim tercihleri sebebiyle ihtiyaç duyulan su; nüfus artışının gerektirdiğinden çok daha fazla olmaktadır. 2050 yılına gelindiğinde, nüfusumuz üç milyar daha arttığında, sırf beslenmek için insanların su kaynaklarının %80 artması gerekecektir.⁹ Bu veriler göz önünde bulundurulduğunda suyu korumak ve en verimli şekilde kullanmak adına küresel çapta bazı önlemler alınması gerektiği çok açıktır.

Öte yandan, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) tarafından hazırlanan rapora göre, dünya genelinde

² UNESCO, *The United Nations World Water Development Report 2021: Valuing Water*, Paris, 2021, s. 12.

³ UNESCO, s. 1.

⁴ Maude Barlow, *Mavi Sözleşme: Küresel Su Krizi ve Su Hakkı Mücadelesi*, 1. Basım, (çev. B. Cezar), Yordam Kitap, İstanbul, 2008, s. 21.

⁵ Barlow, s. 21.

⁶ Barlow, s. 21.

⁷ UNESCO, *The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World*, Paris, 2009, s. 3.

⁸ Barlow, s. 21.

⁹ Barlow, s. 21.

yaklaşık 2 milyar 200 milyon kişinin hâlâ temiz içme sularına erişimi bulunmamaktadır.¹⁰ Birleşmiş Milletlerin “Değişen Dünyada Su” isimli raporuna göre ise 2100 yılında dünya nüfusunun yarısını Asya ve Afrika ülkelerindeki insanlar oluşturacaktır ve bu ülkeler daha şimdiden susuzluk riski altındadır.¹¹ Nüfus artışının, su krizinin artmasına etken olduğu doğru olsa da hâlihazırda suya erişimi olmayan nüfusun artması aslında su krizini -su kullanımındaki artış bakımından etkilemeyecektir; ancak bu durumdaki insanların hayatlarını sürdürebilmeleri imkânsızlaşacaktır.

B. Suyun Kullanım Alanlarının Artması

Suyun kullanım alanlarını; evsel su kullanımı, tarımsal su kullanımı ve endüstriyel su kullanımı olarak sınıflandırmak mümkündür. Dünyadaki toplam temiz ve tatlı suyun yaklaşık olarak %67’si tarımda, %23’ü endüstride ve %10’u konutlarda kullanılmaktadır.¹² Tarımsal kullanımdan sonra su, en çok endüstriyel alanda kullanılmaktadır; ortalama bir otomobil üretimi için 300-400 ton, 1 ton çelik üretimi için 240 ton, ham petrolün rafine edilmesi için 7 ton, 1 kg kumaş üretimi için 200 litre suya ihtiyaç duyulmaktadır.¹³ Sanayinin gelişmesiyle birlikte ve artan nüfusun talepleri doğrultusunda suyun endüstri alanında kullanımı ciddi bir artış göstermiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, nüfusun artması sadece bireysel kullanım bakımından su ihtiyacının artması anlamına gelmemektedir; aynı zamanda çeşitli tüketim ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için de su ihtiyacı doğmaktadır.

İnsanoğlu yeryüzünün insan ve diğer canlı yaşamı için gerekli olan kısmını üretildiğinden daha hızlı bir oranda tüketmekte ve yok etmektedir; Lester Brown’ın Eko-Ekonomi’de işaret ettiği gibi, ekonomistler ekonominin 1950 ila 2000 arasında yedi kat genişlemiş olmasından gurur duyarken, ekolojistler bunun yeryüzünün doğal sermayesinin israf edilmesi üzerine kurulduğunu görmektedir.¹⁴

Günümüzde tüketim, çoğunlukla yaşamsal ihtiyaçları karşılamaktan ziyade keyfi alışkanlıklar için gerçekleştirilmektedir. Giyim, kozmetik, teknoloji vb. alanlarda artan tüketim hızı doğaya geri dönüşü olmayan zararlar vermektedir. Dünya Su Konseyine göre bu alanda kullanılan su miktarı 1900’lerden bu yana neredeyse 20 kat artmıştır;¹⁵ hatta Belçika, İsviçre, Hollanda, Fransa gibi ülkeler-

¹⁰ UNICEF, *Progress on Drinking Water, Sanitation and Hygiene*, 2017, s. 4. <https://www.unicef.org/reports/progress-drinking-water-sanitation-and-hygiene> (Erişim tarihi: 10.01.2021).

¹¹ UNESCO, *The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World*, s. 3.

¹² Ulusal Sanayici ve İş Adamları Derneği (USİAD), *Su Raporu*, Ankara, 2007, s. 18.

¹³ USİAD, s. 18.

¹⁴ Cormac Cullinan, *Vahşi Hukuk*, (çev. M. Güneşdoğan), 1. Basım, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2014, s. 51.

¹⁵ World Water Council, *World Water Vision*, Earthscan Publications, London, 2000, s. 8.

de toplam su miktarının %80'i sanayide kullanılmaktadır.¹⁶ Bu çerçevede suyun kullanım alanlarının teknolojinin ve sanayinin gelişmesiyle orantılı olarak arttığı gözlemlenmektedir.

C. Su Kirliliği

Küresel su krizine sebep olan en önemli unsurlardan biri de kuşkusuz su kirliliğidir. Su kullanımında yüksek paylara sahip olan endüstriyel ve tarımsal kullanım alanları, su kirliliğini de ciddi oranda artırmaktadır. Sanayinin gelişmesiyle, üretim faaliyetlerinde kullanılan su; doğaya arıtılmadan atık su olarak dönmekte, bu da zaten kısıtlı olan yeraltı ve yer üstü sularının kirlenmesine yol açmaktadır.¹⁷ Tarımsal alanda da bilinçsizce yapılan zirai ilaçlama ve gübrelemeler sonucunda nitrat olarak yeraltı sularına karışan fazla azot suları kirletmektedir. Kanalizasyon suları ve fabrika atıkları da kirliliğe sebep olan diğer etkenlerdir.

Su kirliliğinin endişe verici boyutlara ulaştığı ülkelerden biri Hindistan'dır. *"Hindistan'daki ırmak ve göllerin %75'i içilemeyecek veya yıkanamayacak denli kirlidir."*¹⁸ 700 milyondan fazla Hintli -yani nüfusun üçte ikisi- yeterli nitelikte çevre temizliği hizmetlerinden yararlanamamakta ve her yıl beş yaşın altında 2.1 milyon Hintli çocuk kirli su yüzünden yaşamını kaybetmektedir.¹⁹ Latin Amerika ve Afrika'da da benzer örnekler olduğunu söylemek mümkündür.

*"Akarsular ve okyanuslar, kirlilik yükü ve kirlenme hızına bağlı olarak belli bir seviyeye kadar kirliliği arıtma özelliğine sahiptir."*²⁰ Bu sınır aşıldığında suda aşırı kirlilik ve bozulma başlamaktadır; akarsuların bu şekilde kirlenmesi sonucunda mevcut olan ekolojik denge bozulabilmekte, bitkiler ve hayvanlar da olumsuz yönde etkilenebilmektedir.²¹ Bu doğrultuda, insanlar tarafından çeşitli sebeplerle oluşan su kirliliğinin sadece insanları değil, tüm doğayı etkilediğini belirtmek de yerinde olacaktır.

D. İklim Değişikliği

İklim değişikliği aslında küresel ısınmanın bir sonucudur. Küresel ısınma, nüfusun artması ve buna bağlı olarak sanayileşmenin hızlanması sonucunda ortaya çıkan sera gazlarının atmosferde birikmesi ile meydana gelmektedir. Küresel

¹⁶ Ayşenur Ocak, *Bir Doğa ve İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019, s. 9'dan Knut Bourquain, *Freshwater Access from a Human Rights Perspective*, Martinus Nijhoff, Boston, 2008, s. 4.

¹⁷ Seda Özsoy, *Su ve Yaşam: Suyun Toplumsal Önemi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 56.

¹⁸ Barlow, s. 26.

¹⁹ Barlow, s. 26.

²⁰ Atabey, s. 111.

²¹ Atabey, s. 111.

ısınma sebebiyle aşırı sıcaklık, kuraklık, susuzluk, iklim değişikliği gibi tüm canlıların yaşamını olumsuz etkileyen olaylar yaşanmaktadır. Sıcaklıkların artmasıyla yeryüzündeki sular çok daha hızlı buharlaşmaktadır ve dünyanın yedek su deposu olarak nitelendirilen buzullar erimektedir.

ABD Ulusal Atmosfer Araştırmaları Merkezi'nin (NCAR) bildirdiğine göre; 1975 ile 2005 yılları arasında, yeryüzünde ciddi kuraklık çeken toprak alanların yüzdesi iki kattan fazla artmıştır.²² Avrupa, Asya, Kanada, Batı ve Güney Afrika ile Doğu Avusturalya'nın büyük kısmında yaygın kuraklık meydana gelmiştir; Nijerya'da her yıl iki bin kilometre kare çölleşmektedir.²³ Herhangi bir önlem alınmadığı sürece, iklim değişikliğinin sebep olduğu kuraklığın katlanarak artacağı ortadadır.

İklim değişikliğine ilişkin, uluslararası alanda bazı tedbirler alınmıştır. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (UNFCCC) iklim değişikliği sorununa karşı küresel tepki olarak 1992 yılında kabul edilmiş; neredeyse evrensel bir katılıma ulaşmıştır.²⁴ 2012 yılında Katar'da yapılan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansı'nda ise Kyoto Protokolü'nün 2020'ye dek uzatılması kararlaştırılmıştır.²⁵ 27 üyeli Avrupa Birliği ile Avusturalya ve diğer birçok sanayileşmiş ülkenin, karbondioksit salınımlarını, 2020'ye dek %20 azaltmasını öngören maddeyi kabul etmeleriyle anlaşmaya varılmıştır; ancak protokolde ABD, Çin ve Hindistan gibi atmosferi en çok kirleten ülkelerin imzası bulunmamaktadır.²⁶ İklim değişikliği ile mücadele kapsamında alınan tedbirler, dünyadaki bütün ülkeler tarafından hayata geçirilmediği sürece bu konuda önemli bir ilerleme kaydedilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

II. KÜRESEL SU POLİTİKASI

Nüfus artışı, iklim değişikliği, su kirliliği, suyun kullanım alanlarının artması gibi çeşitli etkenler sonucunda meydana gelen su krizinin ne şekilde önüne geçileceği hususunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Su, geçmişten günümüze birçok kültürde kutsal ve ortak (kamusal) bir mal olarak nitelendirilmiştir;²⁷ ancak son

²² Barlow, s. 39.

²³ Barlow, s. 39.

²⁴ BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. <https://iklim.csb.gov.tr/birlesmis-milletler-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-4362> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

²⁵ Kyoto Protokolü'ne taraf olan, Ek-B listesi dışındaki diğer ülkeler, Ek-dışı ülkeler olarak adlandırılmakta olup, bunların sera gazı emisyon azaltımı konusunda sayısal yükümlülükleri bulunmamaktadır. Protokol kabul edildiğinde BMİDÇS tarafı olmayan Türkiye, Protokolün Ek-B listesine dahil edilmemiştir. Dolayısıyla, ülkemizin sayısallaştırılmış emisyon sınırlandırma/azaltım taahhüdü bulunmamaktadır., Türkiye Dışişleri Bakanlığı, <https://www.mfa.gov.tr/kyoto-protokolu.tr.mfa> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

²⁶ Atabey, s. 463.

²⁷ Örneğin Osmanlı devletinin son dönemlerinde, özellikle Tanzimat döneminde, türlü içtihadı bir araya getiren ve yasa yerine kullanılan "Mecelle" kuralları uzun süre hüküm sürmüş ve su

zamanlarda küresel su krizinin bütün ülkelerin gündemine oturmasıyla birlikte; çözümün özelleştirme yoluyla mümkün olduğu iddia edilmeye başlanmıştır. Suyun özelleştirilmesini savunan bu görüş kapsamında, su ekonomik bir mal olarak nitelendirilmekte; diğer bütün mallar gibi ticari faaliyetlere konu olabilmektedir. Fakat, özelleştirme, devletin su kaynaklarını yönetme veya kamunun kullanımı için elinde tutma şeklindeki görevi açısından önemli sorunlar uyandırmaktadır.²⁸ Farklı ülkelerde uygulanan bu özelleştirme politikalarının ne gibi olumsuz sonuçlara yol açtığı, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca incelenecektir. Su gibi ikame edilmesi mümkün olmayan bir malın ekonomik bir mal olarak kabul edilmesi hâliyle birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Dünya su politikalarına ilişkin tarihsel sürece bakıldığında suyun kamu malından piyasa malına (meta haline gelmesi) dönüşmesinin 1980 sonrası küreselleşme politikalarıyla birlikte gerçekleştiği görülmektedir.²⁹

Tablo 1. Yıllara Göre Değişen Su Politikaları

Antlaşmalar ve Yıl	Su Politikaları
Stockholm Deklarasyonu (1972)	Suyun doğal kaynak olması ve korunması gerekliliği (su kamu malı)
Dublin Beyanı (1992)	Suyun ekonomik değeri olması, ekonomik mal olarak ele alınması
Rio Deklarasyonu ve Gündem 21 (1992)	Suyun doğal bir kaynak aynı zamanda sosyoekonomik bir mal olarak algılanması
Dünya Bankası Yaklaşımı	Suyun özelleştirilmesi ve kamunun su yönetiminden uzaklaştırılması

Kaynak: Aykan Mert, “IMF ve Dünya Bankası Su Politikaları, Çok Uluslu Şirketlerin Türkiye’deki Uygulamaları”, TMMOB 2. Su Politikaları Kongresi’ne sunulan bildiri, Ankara, 2006, s. 366.

A. Suyun Metalaşması

Suyun ekonomik bir mal olarak kabul edilmesi ve ticari hayatın bir parçası haline gelerek alım satıma konu olması, suyun metalaşması olarak tanımlanmak-

hukukunun oluşumunda etkin rol oynamıştır. Mecelle’nin 67. maddesi doğrudan su üzerindeki mülkiyetin kurallaştırılmasından bahsetmektedir. Bu hükümlerde, “suyun, ot ve ateş gibi hiç kimsenin malı olmadığı, tüm insanların bunda ortak olduğu” (m.1234) ve ‘yeraltında cereyan eden suların kimsenin mülkü olmadığı’ (m.1235) hükme bağlanmıştır., Zülküf Ayrangöl, *Küresel Kamusal Mallar ve Su Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2012, s. 157.

²⁸ James R. May / Erin Daly, *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, (çev. T. Şirin ve N. U. Orcan), 1. Baskı, Ekoloji Kolektifi Derneği, Ankara, 2018, s. 160.

²⁹ Aykan Mert, “IMF ve Dünya Bankası Su Politikaları, Çok Uluslu Şirketlerin Türkiye’deki Uygulamaları”, TMMOB 2. Su Politikaları Kongresi’ne sunulan bildiri, 2006, Ankara, s. 366.

tadır; bu kavramın temelinde, suyun canlı yaşamındaki önemine karşın sınırlı bir varlık olduğu ve bu nedenle verimli kullanılması gerektiği düşüncesi yatmaktadır.³⁰ Suyun niteliğine ilişkin bu kavramsal dönüşümün özelleştirme uygulamalarının hukuki zeminini teşkil ettiğini ifade etmek mümkündür.³¹ Bu görüşü destekleyen bazı uluslararası kurumlar sayesinde de özelleştirme uygulamaları kolaylıkla hayata geçirilmiştir.

1. Su Aktörleri

Küresel su krizi konusundaki farkındalık yakın zaman içinde artış göstermiş olsa da özel sektör uzun zamandır su kaynaklarına sahip olma çabası içinde olduğunu söylemek mümkündür. Özel şirketlerin farkına vardığı şey şudur: Temiz suyun tüketildiği bir dünyada, onu kontrol eden hem iktidarı hem de serveti kontrol edecektir.³² Günümüzde, birçok ülkede kentsel su hizmetleri özel şirketler tarafından sağlamaktadır. Suyun korunması ve verimli bir şekilde kullanılması için özelleştirme uygulamalarının yapılması gerektiği iddia edilmektedir; ancak detaylı bir şekilde incelendiğinde görüleceği üzere mevcut durum bu amaçtan oldukça uzaktır. Şöyle ki, dünya su tekelleri olarak kabul edilen Alman RWE, Suez ve Vivendi, Fortune Dergisi'nin 2010 yılında hazırladığı listede dünyanın en büyük 200 şirketi arasında yer almışlardır.³³ Dünya su piyasası, bu üç dev tekel dışında yeni su şirketlerine de yetecek kadar geniş bir hacme sahiptir; zira su piyasasının yıllık kârı, petrol sanayinin %40'ına ulaşmıştır ve dünya sularının henüz yalnızca %5'i özelleştirilmiştir.³⁴ Dolayısıyla aslında suyun özelleştirilmesi konusunda; insanların suya erişimi, su kaynaklarının korunması, sağlıklı bir çevre ve yaşam gibi kamusal menfaatlerden çok, özel şirketlerin kâr sağlaması hususu gündeme gelmektedir. Üstelik suyun özelleştirilmesine yönelik uygulamaları destekleyen birçok uluslararası kuruluş da vardır. Bu kuruluşlara Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu, Dünya Ticaret Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Dünya Su Konseyi örnek gösterilebilir.

a. Dünya Bankası

1944 yılında Uluslararası Para Sisteminin esaslarını belirleyen Bretton Woods anlaşması gereğince kurulmuş olan Dünya Bankası, özellikle gelişmekte olan ülkeler için vazgeçilmez finansman kaynağı olmuştur.³⁵ Dünya Bankası'nı Birinci

³⁰ Ocak, s. 16.

³¹ Ocak, s. 16.

³² Barlow, s. 53.

³³ Filiz Kartal, “Suyun Metalaşması Suyu Erişim Hakkı ve Sosyal Adalet”, TMMOB Su Politikaları Kongresi'ne sunulan bildiri, 2009, Ankara, s. 67.

³⁴ Kartal, s. 67.

³⁵ İlhan Öztürk, “Dünya Bankası Politikaları”, Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2006, İstanbul, s. 36.

Dünya ülkeleri kontrol etmektedir ve bu ülkeler yatırım yaptıkları miktarla doğru orantılı oy kullanma gücüne sahip olmaktadır.³⁶ “*Dolayısıyla, ABD (ve ardından Japonya, Almanya, Birleşik Krallık ve Fransa) her yıl yoksul ülkelere verilen yaklaşık 20 milyar dolar kredinin kime gideceği ve bu parayı alabilmek için yeri- ne getirmeleri gereken koşullarla ilgili kararlar üzerinde söz sahibidir.*”³⁷ Dünya Bankası, gelişmekte olan ülkelere kredi sağlamak, özel yatırımların desteklenme- si gibi amaçlara sahiptir. Ancak bazı özelleştirme uygulamalarına bakıldığında, Dünya Bankasının gücünü, Güney ülkelerinin pazarlarını Kuzey şirketlerine aç- mak amacıyla kullandığı görülmektedir.

Dünya Bankası, kendisini meydana getiren bazı kuruluşlar kanalıyla Güney ülkelerinde su hizmetlerinin özelleştirilmesini desteklemektedir: Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (*International Bank for Reconstruction*) ve Ulusla- rarası Kalkınma Ajansı (*International Development Association*), ülkelerin özel sektöre dayalı bir su dağıtım modeli benimsemeleri koşuluna bağlı olarak yoksul ülkelere (en yoksullara da avantajlı oranlardan) borç vermektedir.³⁸ Özelleştirme koşuluna bağlı olarak verilen krediler sonrasında, özelleştirme sözleşmelerinin devlet tarafından feshedilmeye kalkışılması durumunda ise Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklar Çözüm Merkezine (*International Centre for Settlement of Invest- ment Disputes - ISCID*) hükûmet aleyhine dava açılabilir. Bu kurumun verdiği kararlar incelendiğinde ise çoğunlukla sözleşmeyi fesheden ülkenin yük- sek miktarda tazminat ödemesine hükmedildiği görülmektedir.³⁹

b. Uluslararası Para Fonu

Uluslararası Para Fonu veya IMF (*International Monetary Fund*), global finansal istikrarı sağlamak, uluslararası ticareti kolaylaştırmak, istihdam artı- şı, sürdürülebilir ekonomik büyüme ve yoksulluğun azaltılmasını desteklemek amaçlarına yönelik çalışmalar yürüten ve 190 üye ülkeden oluşan, uluslararası bir örgüttür.⁴⁰ Uluslararası Para Fonu da Dünya Bankası gibi özelleştirme uygulama- larının en büyük destekçilerinden biridir ve diğer uluslararası finans kuruluşlarına benzer şekilde ülkelerle yapılan kredi sözleşmelerinde su hizmetlerinin özelleşti- rilmesini şart koşmaktadır.

c. Dünya Ticaret Örgütü

Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization*) mal, gıda, patent, entelek- tüel mülkiyet hakları ve hizmetleri içeren birtakım uluslararası ticari anlaşmaları yönetmek üzere 1995 yılında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın

³⁶ Barlow, s. 57.

³⁷ Barlow, s. 58.

³⁸ Barlow, s. 59.

³⁹ Barlow, s. 60.

⁴⁰ International Money Fund için bkz. <https://www.imf.org/en/About> (Erişim tarihi: 12.01.2021).

(GATT) devamı olarak kurulmuştur. Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması maddelerinde su bir mal olarak geçer. Bu anlaşmaya göre, bir ülke bir kere su ihracatı başlattıktan sonra, çevresel kaygılardan dolayı fikrini değiştiremez ve topraklarından çıkarılan suyun miktarını kısıtlayamaz.⁴¹ Dünya Ticaret Örgütü de suyu ekonomik bir mal olarak nitelendirmektedir. Bu doğrultuda DTÖ, üye devletlerin çevre hizmetleri, atık su arıtma, su borularının döşenmesi, yeraltı sularının değerlendirilmesi, sulama ve su taşıma gibi hizmetlerinin liberalleştirilmesini teşvik eden düzenlemeler yapmaktadır. Bu doğrultuda, BM'nin suyun özelleştirilmesini desteklediği, hatta bu konuda su şirketleriyle iş birliği içinde olduğunu ifade etmek mümkündür.

d. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler (*United Nations*), 1945'te kurulmuş uluslararası bir örgüttür. Birleşmiş Milletler, Tüzüğünde yer alan; barış ve güvenlik, iklim değişikliği, sürdürülebilir kalkınma, insan hakları, silahsızlanma, terörizm, insani yardım, sağlıkla ilgili acil durumlar, cinsiyet eşitliği, yönetim, gıda üretimi gibi 21. yüzyılda insanlığın karşı karşıya olduğu sorunlar konusunda harekete geçme yetkisine sahiptir.⁴² II. Dünya Savaşı sonrasında, ülkelerin bulunduğu durum sebebiyle barışın sağlanması ve tekrar böylesine yıkıcı olayların yaşanmaması adına BM'nin belirtilen hususlarda bazı yetkileri bulunmaktadır; ancak suyun metalaştırılması/özelleştirilmesi konusunda BM'nin kuruluş amacına uygun hareket ettiğini söylemek zordur. Daha önce belirtilen küresel su aktörlerinin (Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu gibi) ve büyük su şirketlerinin, suyun özelleştirilmesi konusunda başarılı olabilmesi ve kâr oranlarını artırması için BM'nin desteğini almaları büyük önem arz etmektedir. Yapılan düzenlemelere bakıldığında da küresel su aktörlerinin lehine BM tarafından birtakım adımlar atıldığı görülmektedir. 1992'de Dublin'de düzenlenen BM Konferansı'nda suyun "ekonomik değer" taşıdığı ve "ekonomik bir mal" olarak tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Konferans katılımcıları da insanlar suya bedel ödemediği için suyun israf edildiği konusunda hemfikir oldukları için israfı engellemek adına kullanım ücretinin gerekli olduğunu savunmuşlardır.⁴³ Burada dikkat çekici olan nokta ise Kuzey ülkelerindeki su israfının, güney ülkelerindeki su israfından daha fazla olmasına rağmen, çoğunlukla güney ülkelerinin su kaynaklarının özelleştirilmesidir. Amaç su israfının önüne geçmek olsaydı özelleştirme uygulamalarının Kuzey ülkelerinde yoğunlaşmış olması gerekirdi; ancak bunun aksine özelleştirme hareketlerinin yönünü şirketlerin kâr amacı güden su politikalarının belirlediği görülmektedir. Birleşmiş Milletler'in özelleştirme uygulamalarına olumlu bir

⁴¹ Barlow, s. 65.

⁴² United Nations, <https://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html> (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

⁴³ Barlow, s. 63.

yaklaşım sergilediğine dair bir diğer örnek de şudur: Ekim 2002’de düzenlenen suyla ilgili bir UNESCO konferansını Veolia ve Suez (en büyük su şirketlerinden ikisi) finanse etmiştir ve bu konferansın sonrasında hem BM hem de bu iki su şirketinin logolarını taşıyan bir rapor yayımlanmıştır.⁴⁴ Bu doğrultuda, BM’nin suyun özelleştirilmesini desteklediği, hatta bu konuda su şirketleriyle iş birliği içinde olduğunu ifade etmek mümkündür.

e. Dünya Su Konseyi

Dünya Su Konseyi (*World Water Council*), uluslararası çok paydaşlı bir platformdur. 1996 yılında, küresel su sorunları ile ilgili artan endişelere yanıt olarak, su uzmanları ve uluslararası kuruluşların girişimiyle kurulmuştur. Dünya Su Konseyi misyonunu, suyun verimli korunması, korunması, geliştirilmesi, planlanması, yönetimi konularında farkındalığı teşvik etmek olarak ifade etmektedir.⁴⁵ Şu ana kadar açıklanan bütün su aktörleri gibi, Dünya Su Konseyi de misyonunda belirtmediği farklı faaliyetlere dahil olmaktadır. Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler’in sponsorluğundaki bu kurum, nüfuzunu ve prestijini, dünyanın çeşitli yerlerindeki hükümetlere özel su hizmetlerini benimsetmek için kullanmaktadır.⁴⁶ Konsey üyelerinin çoğunluğunu özel sektördeki su şirketleri oluşturmaktadır. Konsey’in temel hedefi suyun kamu malı olarak nitelendirilmesinden ziyade, ekonomik bir metaya dönüştürülmesidir.

Dünya Su Konseyi, Marakeş’te yaptığı kuruluş toplantısından beri her üç yılda bir Dünya Su Forumu düzenlemektedir. “2000 yılında gerçekleşen Dünya Su Forumu’nda Dünya Su Komisyonu’nun -komisyonun su piyasasında hâkim olan üç büyük şirket (Suez, Vivendi, RWE) ile sıkı bağları olduğunu belirtmekte fayda var- yayımladığı bildiriye insanlığın karşılaştığı en ciddi sorun olarak su yönetimi gösterilmiş ve çözüm olarak suyun serbest piyasa ekonomisine açılması gerektiği ileri sürülmüştür.”⁴⁷ 2009 yılındaki Dünya Su Forumu ise İstanbul’da gerçekleşmiştir. Geçmişte bu organizasyonun İstanbul’da düzenlenecek olması bazı yazarlar tarafından suyun özelleştirilmesine yönelik bir adım olabileceğinden bahisle endişe ile karşılanmıştır.⁴⁸

2. Suyun Özelleştirilmesi

Suyun özelleştirilmesi ilk defa 1853 yılında Fransa’da Paris vilayetinin, bugün Vivendi adıyla bilinen Compagnie Générale de Eaux Su Şirketi ile 50 yıllık söz-

⁴⁴ Barlow, s. 64.

⁴⁵ World Water Council için bkz. <https://www.worldwatercouncil.org/en/vision-mission> (Erişim tarihi: 12.01.2021).

⁴⁶ Barlow, s. 70.

⁴⁷ Ocak, s. 28’den Peter Gleick ve diğ., ‘*The New Economy of Water: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water*’, Pacific Institute, California, 2002, s. 8.

⁴⁸ Korkut Boratav, “*Su Kavgaları: Sıra Türkiye’de mi?*”, *Cumhuriyet*, 5 Nisan 2006, s. 12.

leşme yapmasıyla gerçekleşmiştir; ardından Fransa'daki birçok belediye de su hizmetinin dağıtımını özel şirketlere devretmiştir.⁴⁹ Daha sonra, İngiltere'de Başbakan Margaret Thatcher'ın öncülüğünde başlayan özelleştirme politikaları, su kaynaklarına da yönelmiştir; ancak İngiltere'de özelleştirmeler, Fransa'dan farklı olarak, suların tamamen şirketlere satılması şeklinde gerçekleşmiştir.⁵⁰ Suyun ekonomik bir mal olarak kabul edilmesi ve özelleştirme uygulamaları sonucunda, maddi gücü yerinde olmayan bireylerin suya erişimi neredeyse tamamen ortadan kalkmaktadır. Suyun temel bir insan hakkı olduğu hiçe sayılarak gerçekleştirilen özelleştirme uygulamalarına bakıldığında; suya erişemeyen ya da çok yüksek ücretler karşılığında erişebilen insanların isyan ettiği görülmektedir. Dünya genelinde, özelleştirme uygulamaları incelendiğinde hep benzer bir senaryo ile karşılaşılmaktadır: Özel şirketler, kâr amacı güttükleri için su ücretlerinde ciddi bir artış yaşanmakta; insanların suya erişimi imkânsızlaşmaktadır. Suyun bir piyasa malı olduğunun kabul edilmesi sonucunda, ticari bir uygulama olan özelleştirmenin gündeme geldiği bazı ülkelerdeki örnekler üzerinden bu konuyu incelemek yerinde olacaktır.

a. Bolivya Örneği

1999 yılının Haziran ayında Dünya Bankası'na hazırlanan rapor çerçevesinde Bolivya-Cochabamba'daki su sistemleri özelleştirilmiştir; ilgili raporda, Bolivya devletinin su hizmetindeki fiyat artışlarını önlemeye yönelik ayırdığı kamusal ödenğin, bütçe için bir yük olduğu ve ülkenin borçlarının ödenmesi için özelleştirmeye gidilmesi gerektiği önerilmiştir.⁵¹ Ardından ülkedeki su kaynakları özel bir şirkete devredilmiştir. Özelleştirme sonrasında su ücretleri %300 oranında artmıştır, bunun üzerine halk hendekler kazarak yeraltı sularından, evlerinin çatılarına kovalar koyarak yağmur sularından yararlanmaya çalışmıştır; ancak özelleştirme yasaları çerçevesinde yaptıkları bu fiiller su şirketine karşı hırsızlık suçu oluşturduğu gerekçesiyle durdurulmuştur.⁵² Bu olanlar karşısında çok geçmeden milyonlar sokağa dökülmüş; isyan başka şehirlere de sıçrayarak büyümüş ve "Cochabamba Su Savaşları" olarak tarihe geçen direniş hükûmetin devrilmesine giden sürecin de kılıcımı olmuştur.⁵³ Direniş sonucunda özelleştirme yasaları geri çekilmiştir.⁵⁴

b. Arjantin Örneği

1993 yılında, Arjantin'in başkenti Buenos Aires'in suları 30 yıllığına özelleştirilmiştir; ardından suyun ücretlerinde (ilk on yılda %88 oranında) artış ya-

⁴⁹ Ocak, s. 28'den Gleick ve diğ., s. 8.

⁵⁰ Ocak, s. 29.

⁵¹ Tolga Şirin, "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3-4, Yıl: 2010, İstanbul, s. 137.

⁵² Ocak, s. 31.

⁵³ Ocak, s. 31.

⁵⁴ Ocak, s. 31.

şanmış ve suyun kalitesinde ciddi bir düşüş gerçekleşmiştir.⁵⁵ Suez Şirketi, atık su arıtma vaatlerini yerine getirmedeği gibi kentin kanalizasyonunun neredeyse %90'ını ırmağa boşaltmaya devam etmiştir.⁵⁶ Halkın bu duruma tepki göstermeye başlaması ve şirketin tavrını değiştirmemesi sonucunda yapılan otuz yıllık özelleştirme sözleşmesi feshedilmiştir; ancak fesihten sonra şirket, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne (ISCID) başvurarak tazminat talep etmiştir. Arjantin Hükümeti 405 milyon dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.⁵⁷ Özelleştirme uygulamaları sonucunda halkın uğradığı zarar telafi edilmeyip üstüne bir de su kirliliğine sebep olan, ve halkın suya erişimini neredeyse imkânsızlaştıran Suez şirketi lehine tazminata hükmedilmesi hayret vericidir.

c. İrlanda Örneği

İrlanda Uluslararası Para Fonu'ndan (IMF) yüksek miktarda kredi almak durumunda kalan ülkelerden birisidir. IMF, kredi ödemelerini garanti altına almak için ülkedeki su hizmetlerinin özelleştirilmesini ve gelirlerinin kendisine devredilmesini şart koşturmuş ve bu amaçla İrlanda'da *Irish Water* isimli bir şirket kurularak bütün hanelere su sayaçları takılmaya başlanmıştır; ancak suyun ekonomik bir metaya dönüştürülerek parayla satılmasına karşı çıkan halk, su faturalarını ödemeyi reddetmiştir.⁵⁸ Nihayet 2016 Eylül'ünde, 80 bin kişi sokağa dökülerek, suyun ücretlendirilmesini kabul etmeyeceklerini ilan etmiştir ve bu hareket, şimdiye kadar hiçbir AB ülkesinin gerçekleştiremediği ölçüde, su yönetimini demokratikleştiren ve suyun bir insan hakkı olarak görülmesini sağlayan gerçek bir halk hareketi olarak kabul edilmiştir.⁵⁹ Diğer örneklerde olduğu gibi, halkın suyun metalaşmasına karşı tavrı, burada da özelleştirme uygulamalarının sonlandırılmasını sağlamıştır.

III. SUYUN İNSAN HAKKI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Suyun bir insan hakkı olarak değerlendirilmesi aşamasında öncelikle insan haklarının oluşumu, içeriği ve sınıflandırılması gibi kavramlar belirtilecektir; ardından suyun insan hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunun incelenmesine geçilecektir.

⁵⁵ Barlow, s. 126.

⁵⁶ Barlow, s. 126.

⁵⁷ Investment Treaty News, *Tribunal largely adopts independent expert's damages findings in USD 405 million award to previous owners of an Argentine public utility company*, <https://www.iisd.org/itn/en/2015/11/26/tribunal-largely-adopts-independent-experts-damages-findings-in-usd-405-million-award-to-previous-owners-of-an-argentine-public-utility-company-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-sa-interagua/> (Erişim tarihi: 13.01.2021).

⁵⁸ Kriz ve İrlanda, <https://www.suhakki.org/2018/08/kriz-ve-irlanda/> (Erişim tarihi: 14.01.2021).

⁵⁹ İrlanda'da Kitleli Su Hakkı Eylemi, <https://www.suhakki.org/2016/09/irlandada-kitleli-su-hakki-eylemi/> (Erişim tarihi: 14.01.2021).

A. İnsan Hakları Kavramı

Hak, hukuken korunan menfaattir.⁶⁰ İnsan hakları ise, insanların sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu düşünülen; vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulmaz nitelikte olduğuna inanılan haklardır. İnsan hakları kavramı, tüm insanların hak ve saygınlık açısından eşit ve özgür olarak doğduğu anlayışına dayanmaktadır; bu sebeple insan haklarına ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm insanların sahip olduğu düşünülmektedir.⁶¹ Bu düşünce doğal hukuk akımından doğmuştur.⁶² Tarihte insan hakları konusunda çeşitli görüşler dile getiren ilk düşünürler olan sofistler, ilk kez görecelik kavramını ele alarak mevcut otoritenin dışında da doğrular olabileceğini savunmuşlardır.⁶³ Pozitif hukuktan ayrı ve ondan üstün nitelikte bir doğal hukuk düşüncesinin olduğunun ifade edildiği en eski yazılı kaynaklardan biri Sofokles'in Antigone adlı tragedyasıdır (MÖ 411). Antigone, erkek kardeşi Polyneikos'un gömülmesini yasaklayan Kral Kreon'a karşı, gömülme hakkının kutsal ve dokunulmaz bir hak olduğunu savunmuş⁶⁴ ve şöyle demiştir: *"Senin emirlerin tanrıların değişmez ve yazısız kanunlarından üstün değildir. Çünkü sen bir ölümlüsün. Onlar sadece dün ve bugün değişmez değildiler; onlar aynı zamanda sonsuza kadar güçlüdür, kimse onların ne zaman doğduklarını bilmez."*⁶⁵ İşte bu doğal hukuk anlayışına göre, pozitif hukukta düzenlenmemiş olsa bile insanların, bazı haklara (yaşam hakkı gibi) doğuştan sahip olduğu ileri sürülebilmektedir. İnsanlar bu haklara doğuştan sahip oldukları için devlet, kendisinin yaratmadığı, kendi varlığından önce ve üstün nitelikteki değerleri temsil eden doğal hakları ortadan kaldıramayacaktır; aksine bu hak ve özgürlükleri tanımak durumunda kalacaktır.⁶⁶

Doğal hukuk anlayışı doğrultusunda ileri sürülen insan hakları, felsefi anlamda uzun yıllardır mevcut olsa da pozitif hukuka geçmesi epey zaman almış ve zorlu bir mücadelenin sonucunda gerçekleşmiştir. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, doğal hukuk anlayışı çerçevesinde savunulmuş bazı hakları ilk defa yazılı olarak dile getirmiştir. Sonrasında da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 1948 yılında kabul edilmesiyle bütün insanların hür, haysiyet

⁶⁰ Menfaat teorisine göre, hak tanımı bu şekildedir., Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2013, s. 401.

⁶¹ Erol Çiçek, *"Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 80, Yıl: 2009, Ankara, s. 186.

⁶² Gözler, s. 406.

⁶³ Selim Kılıç / Abdullah Karataş, *"İnsan Haklarının Bir Bileşeni Olarak Su Hakkı"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, Yıl: 2018, Ankara, s. 42.

⁶⁴ Gözler, s. 407.

⁶⁵ Gözler s. 407'den Sophocles, *Antigone*, Satır 496-501.

⁶⁶ Gözler, s. 407.

ve haklar bakımından eşit doğduğu; ırk, cinsiyet, din, dil gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bazı haklara sahip olduğu ifade edilmiştir. Beyanname’de; yaşama hakkı, kişinin dokunulmazlığı, kölelik yasağı, işkence yasağı, ayrımcılık yasağı, özel hayatın gizliliği gibi günümüzde de temel insan hakları olarak kabul edilen haklar güvence altına alınmıştır.

1. Hakların Sınıflandırılması

İnsan haklarının pozitif hukuka geçmesiyle birlikte haklara ilişkin bazı sınıflandırmalar yapılmıştır. 1979 yılında Karel Vasak tarafından yapılan ayırma göre haklar; özgürlük, eşitlik ve kardeşlik ilkelerinin uzantısı olarak birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak insan hakları olarak adlandırılmıştır.⁶⁷ Bu doğrultuda; birinci kuşak haklar (kişisel haklar) özgürlük, ikinci kuşak haklar (ekonomik ve sosyal haklar) eşitlik, üçüncü kuşak haklar (dayanışma veya halkların hakları) ise dayanışma veya kardeşlik ilkelerinin siyasal hukuki uzantıları olarak değerlendirilmektedir.⁶⁸ Vasak’ın tasnifine yönelik, sadece birinci kuşak hakların insan hakkı olarak kabul edilebileceği; diğer hakların insan hakkı olarak nitelendirilemeyeceği gibi bazı eleştiriler getirilmiştir. “*Mustafa Erdoğan’ın net biçimde ortaya koyduğu bu yaklaşıma göre sosyal haklar, başka insanlara değil devlete yönelik talepler gibi görünmekle birlikte söz konusu mal ve hizmetlerin külfetleri, aslında vergiler, sübvansiyonlar vb. biçimlerle herkese yüklenmekte ve insanlar, hiç tanımadıkları, belki de sevmedikleri başka kişilerin yararını finanse etmeye zorlanmaktadır.*”⁶⁹ Bu sebeple ekonomik ve sosyal hakların insan hakkı olarak değerlendirilmesine karşı çıkan yazarlar vardır. Öte yandan, ikinci kuşak hakların uygulanabilmesi devletlerin ekonomik koşullarına bağlı olduğundan; evrensel düzeyde gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir (üçüncü ve dördüncü kuşak haklar için de aynı gerekçe geçerli olacaktır). Dolayısıyla bu haklar bakımından evrensellik koşulu sağlanamadığı için, bu görüş kapsamında, insan hakkı olarak değerlendirilmeleri mümkün olmamaktadır. Ancak burada önemli olan bir husus göz ardı edilmektedir: Birinci kuşak hakların hayata geçebilmesi için aslında ikinci kuşak hakların zaten elde edilmiş olması gerekir. İkinci kuşak hakların görmezden gelinmesi ve birinci kuşak haklardan hiyerarşik olarak da daha aşağıda konumlandırılması şahsi kanaatimce yerinde değildir. Anayurt’a göre de “*İnsan hakları, kendi içinde bölümlere ayrılabilir olsa dahi, devlet tarafından, öncelik itibarıyla bir sıraya konulmaması bireyler açısından önemlidir. Bu haklara getirilen öncelik sırası, haklar arasında hiyerarşik bir düzen oluşturacak ve bu sistematige bağlı olarak hakları güvence altına alırken birini diğerinden üstün*

⁶⁷ Aydın Turhan, “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2013, Malatya, s. 359.

⁶⁸ Turhan, s. 359.

⁶⁹ Şirin, s. 98’den Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s. 170.

*tutmak gerektiği yanılığını meydana getirecektir.*⁷⁰ İnsan haklarının farklı tasniflere tâbi tutulması; bu hakların birbirlerinden ayrılabilir nitelikte olduğu veya aralarında bir hiyerarşik ilişki bulunduğu anlamında yorumlanmamalıdır.

2. Su Hakkı Bir İnsan Hakkı mıdır?

Bir hakkın, insan hakkı olup olmadığı hususunda net bir sonuca varmak güçtür. Günümüzde halen, temel olarak kabul edilen bazı haklar dışında, insan haklarının içeriği, nitelikleri konusunda ortak bir sonuca varılamamıştır. Ancak yine de literatürde yeni haklara yönelik olan sınaama metotları kullanılarak belli bir değerlendirme yapmak mümkündür. James W. Nickel'in geliştirdiği metoda göre, mevcut hakların olumsuz biçimde etkilenmemesi için, yeni bir insan hakkından bahsederken ihtiyatlı davranmak gerekmektedir.⁷¹ Bu savdan hareketle Nickel, -farklı çıkış noktalarına sahip insan hakları savunucularının hepsinin kabul edeceğini iddia ettiği- bir sınaama metodu önermektedir ve yazarın önermesine göre, yeni bir hak ortaya konulurken, altı adımdan oluşan şu testin uygulanması gerekmektedir:⁷²

- *Mevcut olan ve devam eden bir tehdit var mı?*

Küresel su krizi, günümüzde çok ciddi boyutlara ulaşmıştır. Çalışmanın başında da ifade edildiği üzere, Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre 2 milyardan fazla kişi temiz içme suyuna erişim sağlayamamaktadır ve üstelik su kaynaklarımız; küresel ısınma, su kirliliği gibi sebeplerle günden güne azalmaktadır. Bu konuda herhangi bir önlem alınmazsa yakın bir zamanda su kıtlığının ve bununla bağlantılı olarak su savaşlarının bile gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. İnsanların hatta tüm canlıların yaşamlarını sürdürebilmesi için ihtiyacı olan suya ulaşamaması ciddi bir tehdit olarak nitelendirilmelidir.

- *Korunan değer önemli midir?*

Su hakkı aslında birçok farklı değer bakımından önemlidir. Temel olarak su, insanların

yaşamlarını devam ettirebilmeleri için gereklidir. Ayrıca, su kirliliği sebebiyle sağlık sorunları oluşmaktadır. Küresel su krizi, tarım ve hayvancılık sektörüyle uğraşan insanların işsiz kalmasına sebep olabilmektedir. Su kıtlığı oranının daha da artması sonucunda sanayi, turizm ve pek çok sektör aynı işsizlik sorununu yaşayabilecektir. Su hakkının bir insan hakkı olarak nitelendirilip küresel boyutta suyun korunması ve verimli bir şekilde kullanılması bu sebeple büyük önem arz etmektedir.

⁷⁰ Neslihan Aybike Ceylan, "Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Hakların Bütünlüğü İlkesi", Anasay Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 222'den Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, s. 48-49.

⁷¹ Şirin, s. 91'den James W. Nickel, 'Making Sense of Human Rights', 2nd ed., Blackwell Press, Oxford, 2007, s. 70-79.

⁷² Şirin, s. 91'den Nickel, s. 70-79.

- *Söz konusu hakkı evrensel olarak tanımlamak mümkün mü?*

Su hakkının evrensel olarak tanımlanması mümkündür. Çünkü su, bütün insanların dil, din, kültür vb. ayırt etmeksizin temel ve ortak ihtiyacıdır.

- *Daha zayıf bir tedbir etkili olabilir mi?*

Suyun insan hakkı olarak nitelendirilmemesi durumunda farklı tedbirler alınarak belli bir düzeyde fayda sağlanabilmektedir. Su hakkı pozitif hukukta düzenlenmemiş olsa da birçok ülkede yaşam veya çevre hakkının bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu şekilde suyun kalitesinin denetimi, herkese eşit miktarda dağıtımı, fiziksel ve ekonomik anlamda suya erişimin sağlanması gibi hususlarda hukuki koruma sağlanamamaktadır. Dolayısıyla bu güvencelerin sağlanabilmesi adına suyun bir insan hakkı olarak nitelendirilmesi zorunlu bir tedbirdir.

- *Getirdiği yükümlülükler kabul edilebilir nitelikte mi?*

Suya erişimin bir insan hakkı olarak düzenlenmesi durumunda elbette bu hakkın getirdiği bazı yükümlülükler olacaktır. Bu kapsamda öncelikle devlet, suyun bütün vatandaşlar için hem fiziksel hem ekonomik açıdan erişilebilir nitelikte olmasını sağlamakla yükümlü olacaktır. Ayrıca devletin, suya erişim hususunda dezavantajlı olan gruplar, mülteciler, azınlıklar aleyhine herhangi bir ayrımcılık yapılmaması hususunda da gerekli tedbirleri alması gerekecektir ve bu tedbirlerin de bir maliyeti olacaktır. Devletin temel gelir kaynağının vergiler olduğu düşünülürse; vatandaşlar tarafından finanse edilecek bir hizmetin kurulması zorunlu tutulabilecek midir? Diğer bir deyişle, maddi durumu zaten yerinde olup suya erişimde bu sebeple bir sorun yaşamayan insanlar; toplumdaki yoksul kesimin su erişimini sağlamak zorunda tutulabilecek midir? Hayek'e göre, "*Eğer herkesin daha iyi durumda olmasını istiyorsak, bunun yolu, arzu ettiğimiz şeylerin gerçekleşmesini hukuk yoluyla emretmek veya sahip olmaları gerektiğini düşündüğümüz şeyler üzerinde herkes için hukuki bir hak iddiası tanımak değildir; aksine, bu amaca en fazla, herkesin başkalarının da yararına olacak şeyleri mümkün olduğunca çok yapması için müşevvikler getirmek suretiyle yaklaşabiliriz.*"⁷³ Hayek'in düşüncesi su hakkı bağlamında ele alındığında, suya erişemeyen insanlara, gönüllü olarak yardım etmek isteyenlerin sorunu çözebileceği; devletin bu konuda hukuki tedbirler almasının doğru olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak suya erişemeyen kesim açısından bu durum, yaşamlarını sürdürebilmeleri için başkalarına bağımlı olmaları anlamına gelmektedir. Suya erişim imkânı olmayan insanların sadece toplumdaki gönüllü insanlardan yardım beklemek zorunda kalması, kanaatimce hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca suya ilişkin hiçbir tedbir alınmadan mevcut sistemin devam etmesi durumunda belli

⁷³ Friedrich A. Hayek, *Hukuk Yasama ve Özgürlük*, (çev. A. Yayla, M. Erdoğan, ve M. Öz), 1. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2007, s. 349-350.

bir süre sonra oluşacağı öngörülen telafisi imkânsız sonuçlar göz önünde bulundurulursa; su hakkının tanınmasının getireceği maddi külfetin eleştirilebilecek bir yönü kalmayacağı açıktır.

- *Ülkelerin çoğunluğunda uygulanabilir mi?*

Bu sorunun cevabı aslında bir öngöründen ibaret olacaktır. Çünkü teoride tartışılan bir hakkın, pozitif hukukta açıkça insan hakkı olarak yer alması durumunda ülkelerin çoğunluğunda uygulanıp uygulanmayacağını kesin olarak ifade edebilmek güçtür. Ancak yine de su hakkının içeriği itibariyle evrensel bir nitelik taşıdığı ve aslında bütün insanlar için gerekli olduğu düşünülürse ülkelerin çoğununda uygulanabileceği sonucuna varılabilecektir.

Bu metot uygulandığında su hakkının, bir insan hakkı olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak yine de birçok yazarın dikkat çektiği üzere su hakkı hâlâ bağlayıcı bir insan hakkı düzeyine ulaşabilmiş değildir.⁷⁴

3. Su Hakkının Aleyhine Olan Görüşler

Doktrinde bir görüş, suyun insan hakkı olmadığını savunmaktadır. Bu görüş temsilcilerinden Dennis ve Stewart'a göre su hakkı, insan haklarını konu alan temel metinlerde -örneğin İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nde- düzenlenmemiştir.⁷⁵ Bu nedenle bu hak pozitif temelden yoksun olup dava edilemez bir nitelik taşımaktadır.⁷⁶ Alexy'ye göre de su hakkından bahsedebilmek için her devletin yeterli kaynağının olması gerekir; oysaki her devletin yeterince kaynağı bulunmamaktadır.⁷⁷

Su krizinin çözümünü özelleştirme uygulamalarında görenler ise suyu ekonomik bir mal olarak nitelendirdikleri için suyun insan hakkı olarak kabul edilmesine karşı çıkmaktadır. Bu bakış açısına göre, su ekonomik bir mal olarak kabul edildiğinde, insanlar su kullanımı için belli bir ücret ödemek durumunda kalacak ve bu sayede su kullanımı kontrol altına alınmış olacaktır.

⁷⁴ Şirin, s. 97'den Michael J. Dennis and David P. Stewart, "Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health", American Journal of International Law, Vol. 98, 2004, s. 496-500.

⁷⁵ Nurten İnce, 'Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Dava Edilebilirliği', Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 4, Yıl: 2017, Van, s. 4'ten Dennis, Michael J. ve Stewart, David P., "Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?", American Journal of International Law, Vol. 98, 2004, s. 462-515.

⁷⁶ Özden Sav, "Su Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 68, Yıl: 2007, Ankara, s. 346.

⁷⁷ İnce, s. 4'ten Robert Alexy, "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", Lohmann, Georg / Gosepath, Stefan (Ed.), Philosophie der Menschenrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, s. 244-264.

Doktrinde suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesinin mevcut sorunları aşmaktan uzak olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüş temsilcilerinden Bakker'a göre, gıda hakkının tanınması bu sorunları ortadan kaldırmamıştır ve dünyamızda hâlâ birçok insan açlıktan ölmektedir; o halde su hakkı için mücadele verilmesi, hatta suyun anayasalarda tanınması bile mevcut sorunları çözemeyecektir.⁷⁸

4. Su Hakkının Lehine Olan Görüşler

Suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesini savunan bu görüş temsilcilerine göre, su ikame edilemez bir öge olduğu ve kaynakları kısıtlı olduğu için suya erişim piyasa koşullarına bırakılmamalıdır. Suyun korunabilmesi için hukuki olarak güvence altına alınması gerekmektedir. Uluslararası kuruluşlarda su hakkının vurgulu bir şekilde ele alınması ve sonuç bildirilerine yansımaları sadece tavsiye niteliğindedir ve bu tavsiyenin bir yaptırım gücüne dönüşme olasılığı çok düşüktür.⁷⁹ Bu nedenle, su hakkının öncelikle uluslararası hukuk metinlerinde açıkça belirtilmesi ve uluslararası deklarasyonlarda daha çok sözü edilir olması; sonrasında da ulusal düzeyde ülkelerin kendi anayasalarında ve yasalarında düzenlenmesi gerekmektedir.⁸⁰ Bu şekilde temel bir insan hakkı olarak suya erişim hakkı güvence altına alınacaktır ve bu hakkın engellenmesi, gereği gibi yerine getirilmemesi gibi durumlarda hukuki yaptırımlar söz konusu olacaktır.

Su hakkının, yaşam hakkı kapsamında ele alınmasının yeterli güvence sağlanmadığı gerekçesiyle ayrı bir hak olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürenler de vardır. Bu görüşe göre, yaşam hakkı; her insanın doğuştan sahip olduğu ve hiç kimsenin keyfi olarak müdahale edemeyeceği bir hak şeklinde hukuki metinlerde yer almaktadır. Yaşam hakkının bu şekilde düzenlenmesi, aslında bu hakkın dar bir biçimde yorumlaması gerektiğini ve hatta bu dar yorumdan su hakkının çıkmayacağını göstermektedir.⁸¹ Dolayısıyla suya erişim bakımından yeterli hukuki güvencenin sağlanabilmesi için bu hakkın bağımsız bir insan hakkı olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.

Suyun bir insan hakkı olarak düzenlenmesi; kadınların, çocukların, mültecilerin, dezavantajlı durumda bulunan insanların da korunmasını sağlayacaktır. Zira suyun bir hak olarak düzenlenmesi durumunda, devlet ayrımcılık gözetmeden herkese yeterli ve kaliteli düzeyde suyu sağlamakla yükümlü olacaktır. Bu da susuzluğa bağlı birçok olumsuz sonucun, hastalığın ve ölümün engellenmesini sağlayacaktır. Ayrıca çalışmanın başında bahsedilen özelleştirme uygulamalarının engellenmesi bakımından da suyun insan hakkı olarak kabul edilmesinin

⁷⁸ İnce, s. 4'ten Alexy, s. 244-264.

⁷⁹ Dursun Yıldız, "Su Hakkı Neden Öne Çıktı", USİAD Bildiren Dergisi, Sayı: 49, Yıl: 2012, İstanbul, s. 20-21.

⁸⁰ Yıldız, s. 20-21.

⁸¹ İnce, s. 5.

önemli olduğu kanaatindeyim. Evrensel düzeyde yaşamsal bir etkiye sahip olan suyun; ekonomik bir mal olarak nitelendirilmesi ve insanların sadece ücretini ödedikten sonra suya ulaşabilmesi kabul edilebilir değildir. Binlerce yıldır doğada var olan, insanların kullanımına açık olan bir kamusal varlığın metalaştırılması eşyanın tabiatına aykırıdır. Bu sebeplerle su hakkının doğal haklardan biri olarak hem uluslararası hem de ulusal metinlerde kabul edilmesi gerekmektedir.

B. Uluslararası Hukuk Bakımından Su Hakkı

Su hakkının uluslararası alanda ifade edilmesi aslında çok yeni bir gelişmedir. İnsan hakları açısından temel uluslararası metinler olarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsamında su hakkına yer verilmemesi; su hakkının pozitif temelden yoksun olması sebebiyle insan hakkı olarak nitelendiremeyeceği görüşünü savunanlar için önemli bir argüman teşkil etmiştir; ancak bu sözleşmeler detaylı olarak incelendiğinde zımnen de olsa su hakkını içerdikleri anlaşılmaktadır.

1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edildiğinde su hakkı açıkça bildiri metnine dahil edilmemiştir; bu eksiklik o zamanın dünyasının bağlamının günümüzden çok farklı olmasından kaynaklanmaktadır.⁸² Sömürgeciliğin halen baskın durumda olması ve suya erişim konusunda sorun yaşayan ülkelerin müzakere masalarında temsilcilerinin bulunmaması su hakkının düzenlenmemiş olmasının sebeplerinden biridir.⁸³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesinde "*herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refah için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı*" olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Her ne kadar Beyanname'de açıkça su hakkı düzenlenmemiş olsa da sağlık ve refah içinde yaşama hakkının yeterli ve kaliteli suya erişim imkânı olmadan gerçekleşmesi mümkün olmayacağından örtülü olarak su hakkının bu kapsama girdiği ileri sürülebilecektir.

Benzer şekilde, 1966 yılında düzenlenen Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde de özel olarak su hakkından bahsedilmemiştir. Ancak Sözleşme'yi hazırlayanlar tarafından suyun bugün içinde bulunduğu durum tahmin edilmiş olsaydı, su hakkının açıkça düzenlenmiş olacağını söylemek mümkündür. Sözleşmede her ne kadar su hakkı yer almıyorsa da yaşam hakkı, temel sağlık hakkı ve yeterli yaşam standardı gibi haklar tanımlanmaktadır; yeterli, güvenilir ve ödenebilir suya erişimin bu haklar bakımından zorunlu bir unsur olduğu açıktır.⁸⁴ 1976 yılında yürürlüğe giren BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

⁸² Catarina Albuquerque, "*On the Right Track: Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation*", OHCHR, 2012, s. 25.

⁸³ Albuquerque, s. 25.

⁸⁴ Eral Topçu, *Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 109'dan Peter Gleick, "*The Human Right to Water*", Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security, Oakland, 1999, V: 1, N: 5, s. 487-503).

Sözleşmesi'nin⁸⁵ 11. maddesinde devletlerin, herkese yeterli bir yaşam düzeyini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda, yeterli bir yaşam düzeyinin oluşabilmesi için bu suya erişimin ön koşul olduğu düşünüldürse zımnen su hakkının da güvence altına alındığı söylenebilecektir. Ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesi de devletlerin en yüksek sağlık standardını sağlamakla sorumlu olduğunu belirtmiştir. Sağlıklı bir kişinin günde en az 1.5 litre su içmesi gerekmektedir.⁸⁶ İnsan vücudunun %60 kadarı sudan oluşmaktadır ve vücut ağırlığının %15-20'si kadar su kaybı olursa sonucu ölümcüldür.⁸⁷ Dolayısıyla, sözleşmede düzenlenen en yüksek sağlık standardının sağlanması hakkının da zımnen suya erişim hakkını kapsadığı ifade edilebilecektir.

Su hakkının, bu şekilde uluslararası insan hakları sözleşmelerinde zımni olarak tanınmasının yanı sıra özellikle kadınlar, çocuklar ya da silahlı çatışma bölgesinde tutulan insanlar gibi nüfusun en hassas kısımları için garanti altına alındığı birçok uluslararası sözleşme mevcuttur.⁸⁸ Bu çerçevede su hakkına açıkça değinilmiş olan uluslararası metinleri ve konferansları kronolojik sırayla incelemek yerinde olacaktır.

1. Cenevre Sözleşmeleri

Uluslararası düzeyde su hakkı ilk kez, insancıl hukukun temel metinlerinden kabul edilen Cenevre sözleşmelerinde kendisine yer bulmuştur. 1950 yılında yürürlüğe girmiş olan Harp Mahpuslarına Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi'nin 20, 26, 29. ve 46. maddelerle Harp Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 85, 89, 127. maddeleri dikkate alındığında gerek mahpus gerekse de gözaltına alınan sivillerin içme suyu ihtiyaçları ile tuvalet, banyo gibi temizlik ihtiyaçlarının karşılanması zorunluluğu düzenlenmiş olup bu zorunluluğun yer değiştirme durumunda da devam edeceği belirtilmiştir.⁸⁹ 1977 tarihli Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunması ile İlgili Ek Protokol kapsamında da sivil nüfusun hayatta kalması için vazgeçilmez olan içme suyu şebekesi, arzı ve sulama çalışmalarına karşı yapılacak saldırılar yasaklanmıştır.⁹⁰

⁸⁵ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. <https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

⁸⁶ Atabey, s. 30.

⁸⁷ Atabey, s. 30.

⁸⁸ Topçu, s. 9.

⁸⁹ Cenevre Sözleşmesi metinleri için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp?redirect=0> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

⁹⁰ Topçu, s. 32.

2. Stockholm Deklarasyonu

1972 yılında BM tarafından, çevreyi koruma ve geliştirme yükümlülüğü çerçevesinde, Stockholm’da gerçekleştirilen İnsan Çevresi Konferansı sonrasında Stockholm Deklarasyonu⁹¹ açıklanmıştır. Bu deklarasyonda insan hakkı olarak su hakkı belirtilmemekle beraber “su dahil olmak üzere dünyanın doğal kaynaklarının korunması gerektiği” ifade edilmiştir.

3. Mar Del Plata Konferansı

1977 yılında gerçekleştirilen Mar Del Plata Konferansı’nda ise su ilk defa bir hak olarak ifade edilmiştir. Bu konferansın eylem planının önsözüne bakıldığında “*tüm halkların, gelişme aşaması, sosyal ve ekonomik koşulları ne olursa olsun tüm ulusların, temel gereksinimlerine eşit miktarda ve kalitede içme suyuna erişim hakkına sahip olduğu*”⁹² ifade edilmiştir. Ayrıca bu konferansta, Uluslararası İçme Suyu Temini ve Sağlık Koruma On Yılı’nın (1980-1990) ilan edilerek kentsel ve kırsal alanlara güvenilir içme suyunun temin edilmesi amaçlanmıştır.⁹³

4. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme ve Çocuk Hakları Sözleşmesi

Bu gelişmelerden sonra, suya erişim konusunda zorluklar yaşan bireyle-ye yönelik bazı uluslararası düzenlemeler yapılmıştır. Tek başına ev içi emeğe mahkûm edilen kadınlar ile fiziksel ve ehliyet açısından kısıtlama altında bulunan çocuklar bu zorluğu yaşayan öznelerin başında gelmektedir.⁹⁴ Kadınlar ve çocuklar, temiz su bulunmaması durumunda su temin etmek için kilometrelerce yol kat etmek zorunda kalmaktadır; eğer bu tercihte bulunmazlarsa ve bazen bu tercihe rağmen, salgın hastalık riski altında temizlik yapmaya mahkûm edilmektedirler.⁹⁵ Bu çerçevede, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme⁹⁶ (KKHTS) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi⁹⁷ (ÇHS) önem arz etmektedir.

BM tarafından 1979 yılında kabul edilen ve 1981 yılında yürürlüğe giren Türkiye’nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme’nin 14/2-h maddesine göre, “*Taraf devletler erkekler ile kadınlar ara-*

⁹¹ Deklarasyonun Türkçe çevirisi için bkz. http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/insan_cevresi.htm (Erişim tarihi 15.01.2021).

⁹² İnce, s. 7., United Nations Water Conference Resolutions <http://www.ielrc.org/content/e7701.pdf> (Erişim tarihi 15.01.2021).

⁹³ İnce, s. 7.

⁹⁴ Şirin, s. 113.

⁹⁵ Şirin, s. 113.

⁹⁶ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

⁹⁷ Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

sında eşitliği sağlamak üzere, kırsal alanda meydana gelen gelişmelere katılmaları ve bu gelişmelerden yararlanmaları için kırsal alanda yaşayan kadınlara karşı ayırimcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve bu kadınlara özellikle aşağıdaki hakları tanır; (...) h) Özellikle konut, sağlık, aydınlanma, içme suyu,⁹⁸ ulaşım ve iletişim hizmetleriyle ilgili yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlamakla yükümlüdürler.” Özellikle kırsal alanlarda sağlıklı suya erişim hususunda; kadınlar, birçok tehlike ile karşı karşıya kalmaktadır. Suya erişmek için uzun yolculuklar yapmalarının yanı sıra kadınların bu esnada kaçırılmaları, tecavüze uğramaları hatta öldürülmeleri bile söz konusu olabilmektedir.⁹⁹ Sözleşmede, kadınların içme suyuna erişiminin devlet tarafından sağlanması gereken bir hak olarak nitelendirilmesi önemlidir ancak; bu düzenleme yeterli değildir. Çünkü sadece içme suyu değil; temizlik, gıda gibi birçok alanda temiz ve kaliteli suya ihtiyaç duyulmaktadır. İlgili hükümde sadece içme suyundan yararlanma hakkından bahsedildiği için bu düzenlemenin kısıtlı bir güvence sağlandığını söylemek mümkündür.

BM tarafından hazırlanan Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24/2-c maddesine göre, “Taraf devletler temel sağlık hizmetleri çerçevesinde diğer şeylerin yanı sıra yeterli besleyici gıda ve temiz içme suyunun sağlanması yoluyla hastalıklar ve yetersiz beslenme ile mücadele etmelidirler.” Bu düzenlemeye çerçevesinde devletler, bu hakkın yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler; temel sağlık hizmetleri çerçevesinde yeterli besleyici gıdalar ve temiz içme suyunun sağlanması yoluyla hastalıklar ve yetersiz beslenme ile mücadele etmelidirler.

5. Yaşlılık İlkeleri

BM tarafından kabul edilen, bağlayıcı olmayan Yaşlılık İlkeleri¹⁰⁰ kapsamında yaşlı kişilerin de suya erişim hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.

6. Dublin Su ve Çevre Konferansı

1992 yılında, Dublin’de Su ve Çevre Konferansı düzenlenmiştir. İlk defa Dublin Bildirisi’nin 4. maddesinde su hakkının açıkça düzenlendiği görülmektedir. İlgili maddede “Suyun ekonomik değere sahip bir kaynak olduğu ve temiz su ve sağlık hizmetlerine ödenebilir bir fiyatla erişebilmenin tüm insanların temel hakkı olduğu” ifade edilmiştir. Ancak Dublin Bildirisi su hakkını açıkça tanımasına karşın, suya ekonomik bir değer atfetmesi ve suyu ekonomik bir mal olarak tanıması nedeniyle sonraki dönemde eleştirilere de konu olmuştur.¹⁰¹ Suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesi durumunda bütün insanların sağlıklı suya eşit

⁹⁸ Vurgu eklenmiştir.

⁹⁹ İnce, s. 7.

¹⁰⁰ The United Nations Principles for Older Persons, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OlderPersons.aspx#:~:text=1.,to%20other%20income%2Dgenerating%20opportunities> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

¹⁰¹ Topçu, s. 48.

bir şekilde erişiminin sağlanması güvence altına alınmaktadır. Ancak suya ekonomik bir değer atfedilmesi söz konusu olduğunda insanlar suya maddi imkânları elverdiği ölçüde bir erişim sağlayabilecektir, bu da suyun insan hakkı olarak güvence altına alınması amacıyla bir tezatlık oluşturmaktadır.

7. BM Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı

Dublin Konferansı ile aynı yıl düzenlenen BM Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı sonucunda kabul edilen Gündem 21'in 18. bölümünde "*tatlı su kaynakları temininin ve kalitesinin korunmasına*" yer verilmiştir.¹⁰² Konferansta su, ekonomik ve sosyal değeri olan bir meta olarak değerlendirilmiştir. Suyu kullananlardan uygun ücretler alınması telkin edilmiş, sürdürülebilir yönetim için her türlü planlama ve geliştirmede suyun tam maliyetinin esas alınması salık verilmiş ve suyun bir mal olduğu sıklıkla vurgulanmıştır.¹⁰³ Rio Konferansı'nda da Dublin Konferansı ile aynı minvalde hareket edildiği görülmektedir; suyun öncelikle bir ekonomik mal olduğunu vurgulanmıştır ve suyun insan hakkı olarak değerlendirilmesi hususu arka planda tutulmuştur.

Rio Konferansı sonrasında 1992 Dünya İkinci Uluslararası Su Konferansı Amsterdam Deklarasyonu, 1994 Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Eylem Planı, 2000 Yılı Lahey Su Güvenliği Bakanlar Deklarasyonu yayınlanmıştır; bu belgelerdeki hedefleri somutlaştırma çabası 2000 yılında BM Milenyum Kalkınma Hedefleri ile gündeme gelmiştir.¹⁰⁴

8. BM Milenyum Zirvesi

6-8 Eylül 2000 tarihlerinde 189 ulus temsilcisinin katılımıyla BM Milenyum Zirvesi düzenlenmiştir; bu organizasyonun sonucunda da Milenyum Deklarasyonu yayımlanmıştır. Deklarasyonda açlık, yoksulluk, kadın erkek eşitliği, salgın hastalıklar ve çevre sorunlarının üzerinde durulup bu sorunların çözülmesi kapsamında da suyun çok önemli bir role sahip olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca 2015 yılına kadar güvenli içme suyuna ve temel atık sistemine erişimi olmayan nüfusun oranının yarı yarıya azaltılması hedeflenmiştir.¹⁰⁵

9. Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi

2002 yılında Johannesburg'da yapılan Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi sonucunda uygulama planında suyla ilgili Milenyum Kalkınma Hedefi tekrar edilmiştir ve doktrinde, bu konferansın Dublin Konferansı'nın etkisinde kaldığı ileri sürülmüştür.¹⁰⁶ Çünkü burada da su bir ekonomik değer olarak nitelendirilmiştir.

¹⁰² Eral Topçu, "*Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*", İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Cilt: 26, Yıl: 2008, Ankara, s. 22.

¹⁰³ Şirin, s. 118.

¹⁰⁴ Topçu, "*Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*", İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, s. 23.

¹⁰⁵ Şirin, s. 119.

¹⁰⁶ İnce, s. 8.

10. Genel Yorum No. 15

Su hakkının bağımsız bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi 2002 yılında BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından yayımlanan Genel Yorum No. 15 ile gerçekleşmiştir. Genel Yorum No. 15'te yaşam hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı ve insanlık onuru başta olmak üzere Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve diğer sözleşmelerde yer alan hakların birlikte değerlendirilmesi sonucunda su hakkının varlığı kabul edilmiştir.¹⁰⁷ Komite'nin yorumları hukuken bağlayıcı olmasa da üye devletler bakımından yol gösterici ilkeler niteliğinde olduğundan önemlidir. Komite, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 11. ve 12. maddelerinde ifade edilen sağlıklı, elverişli yaşam standardının su hakkını zımnen içerdiğini kabul etmiştir. Bu doğrultuda “Herkesin, kişisel ve ev içi kullanımları için yeterli, güvenli, kabul edilebilir, fiziksel olarak erişilebilir ve karşılanabilir suya sahip olma” hakkı olduğunu öngörmüştür.¹⁰⁸

Komite, su hakkının unsurlarını “mevcudiyet, nitelik ve erişilebilirlik” olarak üç başlık hâlinde incelemektedir.¹⁰⁹ Mevcudiyet¹¹⁰ kavramından anlaşılması gereken ise sadece kişinin ihtiyaç duyduğu içme suyu değildir; kişisel sağlığı korumada, çamaşır yıkamada, yiyecek hazırlamada ihtiyaç duyulan su da mevcut olmalıdır. Suyun nitelikli olması ise, kullanılan suyun güvenli olması, insan sağlığını tehlikeye sokabilecek mikroorganizmalardan ve zehirli birtakım maddelerden arındırılmış olması koşullarına bağlıdır. Genel Yorum No. 15'te suyun kokusu, rengi ve tadı da niteliği etkileyen faktörler arasında belirtilmiştir.¹¹¹ Komite, suyun erişilebilirliğinde uygulanacak ilkeleri dört farklı başlık altında¹¹² incelemektedir:

1. *Fiziksel Erişilebilirlik:* Evin, okulun veya işyerinin yakında güvenilir ve yeterli suya erişim imkânının bulunması anlamına gelmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından suya erişim ve her bir kişi bakımından gerekli su miktarı şu şekilde somutlaştırılmıştır:¹¹³

¹⁰⁷ Genel Yorum 15 metni için bkz. <https://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,4538838d11,0.html> (Erişim tarihi: 15.01.2021).

¹⁰⁸ Genel Yorum No. 15, para. 2.

¹⁰⁹ Genel Yorum No. 15, para. 12.

¹¹⁰ Genel Yorum No. 15, para. 12-a.

¹¹¹ Genel Yorum No. 15, 12-b.

¹¹² Genel Yorum No. 15, para. 12-c.

¹¹³ Topçu, “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, s. 36.

Tablo 2. Suya Erişim ve Tüketim Miktarı

Hizmet Düzeyi	Uzaklık/Zaman	Olası Su Miktarı
Erişilemez	1 kilometreden daha fazla ya da su alıp gelme 30 dakikadan daha fazla	Çok düşük (sıklıkla günlük kişi başına 5 litreden daha az)
Temel Erişim	1 kilometre içinde / alıp getirme 30 dakika içinde	Yaklaşık olarak günlük kişi başına 20 litre
Orta Düzey Erişim	Suyun en azından bir musluk aracılığıyla sağlanması (ya da 100 metre içinde ya da toplam alıp getirme süresi 5 dakika)	Yaklaşık günlük kişi başına 50 litre
Optimal Erişim	Suyun ev içinde çok sayıda musluk aracılığıyla sağlanması	Yaklaşık günlük kişi başına 100-200 litre

Kaynak: Eral Topçu, 'Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı', *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, Cilt: 26, Yıl: 2008, Ankara, s. 36.

2. *Ekonomik Erişilebilirlik:* Komite'ye göre, su ve suyla ilgili diğer hizmetler herkes tarafından karşılanabilir olmalıdır. Bu doğrultuda ücretler sözleşmede yer alan hakların gerçekleştirilmesini tehlikeye atmayacak, makul bir seviyede olmalıdır.
3. *Ayrım Gözetmeme:* Su ve suyla ilgili hizmetlerin toplumdaki risk altındaki kesimler ve toplumun dışına itilmiş kesimleri herhangi bir ayrımcılığa maruz bırakılmadan, eşit bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Taraf devletler; kadınlar, çocuklar, azınlık grupları gibi bu haklara ulaşmakta zorluk çekebilecek kesimlere de pozitif ayrımcılık tanıyabilirler.¹¹⁴
4. *Bilgiye Erişilebilirlik:* Su ile ilgili meselelere ilişkin bilgileri araştırma, elde etme ve yayma hakkını içermektedir.

Genel Yorum No. 15'te su hakkının sahibi herkes olarak belirtilmektedir. Hatta gelecek kuşaklar bile bu hakkın sahibi olarak belirtilmiştir. Hakka erişimde zorluk yaşayabilecek gruplar ise ayrı ayrı belirtilerek bu kişiler lehine devletler tarafından bazı düzenlemeler yapılabileceği ifade edilmiştir. Genel Yorum No. 15'e göre, su hakkının yükümlüsü devlettir. Ancak, hakkın sadece devlet tarafından gerçekleştirilen dikey ihlallere karşı değil; aynı zamanda devlet dışında kalan diğer tüzel ya da gerçek kişilerin ihlallerine karşı da korunduğu görülmektedir.¹¹⁵ Bu çerçevede WHO, UNICEF, UNEF, UN-HABITAT, ILO UNEP ve Kızılay,

¹¹⁴ Genel Yorum No. 15, para. 12-c, 16.

¹¹⁵ Şirin, s. 146.

Kızılhaç gibi sivil toplum ve yardım kuruluşlarının suyun dağılımıyla ilgili sorumluluklarının olduğu kabul edilmiştir.¹¹⁶ Ancak bu kuruluşların sorumluluklarının tali olduğu, hakkın yerine getirilmesinde asıl sorumluluğun devlette olduğu açıktır.

Devletlerin, Genel Yorum No. 15 kapsamında; suya erişimi sağlama ve koruma, bu hakkın başkaları tarafından ihlal edilmesini engelleme, su israfını önleme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Genel Yorum No. 15'te devletin yükümlülüklerini ihlal etmesi iki farklı açıdan değerlendirilmektedir. Eğer taraf devlet, su hakkının gerçekleştirilmesi için mevcut kaynaklarını azami seviyede kullanmada isteksiz ise sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Ancak devletin, mevcut bütün kaynaklarını kullanmak için her türlü çabayı göstermesine rağmen, yükümlülüklerini yerine getirememesi durumunda imkânsızlık hali söz konusu olacağı için devletin yükümlülüklerini ihlal ettiği ileri sürülemezdir.¹¹⁷ Bütün devletlerin su kaynakları bakımından eşit imkânlarla sahip olmadığı göz önünde bulundurulduğunda bu şekilde bir düzenleme yapılması yerindedir.

Belirtilen bu uluslararası metin ve konferanslar dışında Marakeş, Lahey, Kyoto, Meksiko City ve İstanbul'da Dünya Su Forumları gerçekleştirilmiştir; bu forumlarda açıkça suyun bir hak olduğu belirtilmesine de Lahey'de suya erişimin bir ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.¹¹⁸ Ayrıca, 2016 yılında gerçekleştirilen BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nde ise herkesin suya erişimi 2030'a kadar gerçekleştirilmesi beklenen 17 hedef arasında yer almıştır.¹¹⁹ Herkes için suyun ve sıhhi koşulların erişilebilirliği ve sürdürülebilir yönetimin güvence altına alınması' başlığı altında ele alınan hedef kapsamında ise suya erişim, su kalitesinin artırılması ve su ekosistemlerinin korunması amaçlanmıştır.¹²⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nden günümüze kadar su hakkına değinilen uluslararası metinleri ve konferansları bu şekilde belirtmek mümkündür. Zaman içinde suya erişimin bir insan hakkı olarak nitelendirilmesi görüşü uluslararası hukuk mecralarında daha fazla dile getirilmeye başlanmıştır. Günümüzde, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 2002 yılında düzenlenen Genel Yorum No. 15, su hakkına ilişkin en temel metin niteliğindedir. Çalışmada da detaylıca anlatıldığı gibi Genel Yorum No. 15 kapsamında suya erişimin sağlanması konusunda hem devletin hem de bazı sivil toplum kuruluşlarını yükümlü olarak nitelendirilmesi, hak sahiplerinin herkes olarak belirtilmesi ve hakkın yerine getirilmesi hususunda asgari bazı koşulların oluşturulması oldukça

¹¹⁶ Genel Yorum No. 15, para. 60.

¹¹⁷ Genel Yorum No. 15, para. 41.

¹¹⁸ İnce, s. 10.

¹¹⁹ Ocak, s. 116.

¹²⁰ Ocak, s. 116.

olumlu adımlardır. Ancak yine de su hakkının var olan bir sözleşmeden yorum yoluyla türetilmesi yerine, su hakkının ihlal edilmesi durumunda ciddi yaptırımları içeren ve bağlayıcı nitelikte olan bir uluslararası metin ile düzenlenmesinin daha sağlam güvenceler getireceği kanaatindeyim.

C. Ulusal Hukuk Bakımından Su Hakkı

Uluslararası hukuk alanında su hakkı konusunda yaşanan bu gelişmeler ulusal hukuka da sirayet etmiştir. Doktrinde kabul gören düalist görüş çerçevesinde, uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirlerinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzeni oluşturmaktadırlar.¹²¹ Uluslararası hukukta kabul edilen kurallar ancak iç hukuka aktarıldığı takdirde geçerli olacaktır. Bu çerçevede su birçok ülkede su hakkı anayasal ve/veya yasal düzeyde güvence altına alınmıştır.

1. Su Hakkının Anayasal Düzeyde Korunması

Hakların üst düzeyde koruma altına alındığı hukuki metinler olan anayasalarda su hakkının yer bulmaya başlaması oldukça yenidir.¹²² Anayasa maddelerinin devletin tüm erklerini bağladığı göz önünde bulundurulursa, suyun anayasalarda düzenlenmesinin önemi daha net anlaşılacaktır. Su hakkının anayasada düzenlenmesi halinde suya erişimi engelleyen devlet erklerinin ve özel hukuk kişilerinin sorumluluğu gündeme gelecektir.¹²³

Anayasa metninin, su hakkına ilişkin sorunları çözmekte yetersiz kaldığına dair birtakım eleştiriler de bulunmaktadır; anayasaların suya ilişkin yönetim planının ayrıntılarının belirlenmesi için uygun araç olmadığı savunulabilir gözükse bile aşırı belirsiz düzenlemelerin de ekonomik ve politik aktörlere istediklerini uygulayabilecekleri boş bir alan bırakarak su kaynaklarının korunması görevini zorlaştıracağı ortadadır.¹²⁴ Anayasal su hakkı, kamusal tartışmayı hızlandırarak hakları ve sorumlulukları belirli hale getirmekte; hükûmete de herkesin temiz suya erişimini güvenceye alma görevini yüklemektedir.¹²⁵ Bu sebeple, su hakkına anayasalarında yer veren birçok ülke bulunmaktadır.¹²⁶ Ancak bu konuda belirtilmesi gereken husus şudur: Bazı ülkelerin anayasalarında korunan değer sadece (çevresel nitelikte) “su” iken bazılarında açıkça (bir insan hakkı olarak) “su hak-

¹²¹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 18.

¹²² Şirin, s. 121.

¹²³ Topçu, s. 180-181.

¹²⁴ May / Daly, s. 167.

¹²⁵ May / Daly, s. 159.

¹²⁶ Anayasalarında suyu bir insan hakkı olarak düzenleyen ülkeler: Uruguay, Bolivya, Ekvador, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Maldivler, Kenya, Nikaragua, Uganda, Güney Afrika ve Slovenya. Anayasalarında suyu bir insan hakkı olarak değil de farklı düzenlemelerle koruma altına alan ülkeler: Filipinler, Gambiya, Dominik Cumhuriyeti, Belçika, Nijer, Tunus, Kenya, Ekvador, Etiyopya, Zambiya, Kolombiya, Venezüella, Eritre, Gana, Guatamala., Ocak, s. 3.

kı” güvence altına alınmıştır. Su hakkını ilk kez anayasal bir hak olarak düzenleyen ülke Uruguay’dır. 2004 yılında yapılan değişiklikle Uruguay Anayasası’na eklenen su hakkı, şu şekilde düzenlenmektedir: “Çevrenin korunması bir genel çıkar konusudur... Su yaşam için gerekli olan doğal bir kaynaktır. İçme suyuna erişim ve sanitoryona erişim temel insan haklarını oluştururlar.”¹²⁷ Uruguay’dan sonra anayasalarında su hakkını düzenleyerek güvence altına alan başka ülkeler de olmuştur: Bolivya, Ekvador, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Maldivler, Kenya, Nikaragua, Uganda, Güney Afrika ve Slovenya gibi.¹²⁸

Vatandaşlarına, anayasalarında suyu insan hakkı olarak tanıyan ülkeler dışında, bazı anayasalarda su hakkından bahsedilmeyip, elverişli suyu sağlama devlete bir yükümlülük olarak getirilmiştir: Örneğin 1995 tarihli Etiyopya Anayasası’nın 90. maddesine göre, “Ülkenin kaynakları izin verdiği ölçüde, politikalar her Etiyopyalının kamusal sağlık ve eğitim, temiz su, konut, yiyecek ve sosyal güvenliğe erişimini sağlamayı amaçlamalıdır.”¹²⁹ Benzer şekilde, Gambia Anayasası’nın 216. maddesi devlete temiz ve güvenilir suya eşit erişime imkân sağlama yükümlülüğünü; 1994 yılında kabul edilen Panama Anayasası ise devlete sağlık alanında içme suyunu sağlamak için önlemler almak aracılığıyla bulaşıcı hastalıklarla mücadele yükümlülüğünü getirmiştir.¹³⁰

İnsan hakkına anayasalarında yer veren ülkelerin büyük çoğunluğu Güney Yarım Küre’de yer alan ve az gelişmiş ülkelerdir. Bu durumun temel sebebi, çalışmanın başında incelenen özelleştirme uygulamalarının bu ülkelerde gerçekleşmesi ve olumsuz sonuçların yaşanmış olmasıdır. Devletlerin suyu bir insan hakkı olarak anayasalarında düzenlemesi, bu hakkın korunması ve dava edilebilirliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak anayasada düzenlenmemiş olsa da su hakkının; yaşam hakkının bir parçası olarak veya sağlık, çevre hakları gibi sosyal haklarla ilişkilendirilerek içtihatlar yoluyla ulusal hukukta tanınması mümkündür.

2. Su Hakkının Yasal Düzeyde Korunması

Özellikle son yıllarda kabul edilen yasa ve politikalar, suyun bir hak olarak ele alınmasındaki gerekliliği ve haklılığı ortaya koymaktadır.¹³¹ Anayasalarında su hakkına yer veren ülkelerin, zaten bu hakkı detaylı bir şekilde yasalarla da düzenlenmesi gerekmektedir. Su hakkına anayasalarında yer vermemiş ülkelerin ise en azından yasal düzeyde birtakım güvenceleri belirlemeleri önem taşımaktadır. İspanya, Finlandiya, İsveç, Rusya Ukrayna, Cezayir gibi birçok ülkede su

¹²⁷ Ocak, s. 134.

¹²⁸ Ocak, s. 134.

¹²⁹ Topçu, “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, s. 25.

¹³⁰ Topçu, s. 25.

¹³¹ Ocak, s. 138’den Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), *Legal Resources for the Right to Water and Sanitation International and National Standards*, Geneva, 2004, s. 52.

hakkının yasal düzeyde güvence altına alındığı görülmektedir. Fransa’da da sivil toplum kuruluşlarının çabaları sonucunda, 2016 yılında, su hakkı yasal olarak düzenlenmiştir. İlgili yasa ile Fransa’daki herkese, özellikle dezavantajlı durumda olup suya erişimi olmayan veya suyun ücretini karşılayamayan kişilere yönelik su ve sanitasyon hizmetinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.¹³²

Türkiye’de su hakkı, anayasal düzeyde güvence altına alınmadığı gibi yasal olarak da su hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun mülkiyet ve irtifak hakkını düzenleyen 756. maddesinde “*yeraltı sularının kamu yararına olduğu*”, 760. maddesinde ise “*suların özel mülkiyet konusu bile olsalar diğer bireylerin temel ihtiyaçlarını karşılayabilmesine imkân verecek şekilde kullanılmasının gerekliliği*” gibi suya ilişkin bazı tali düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelere bakılarak aslında kanun koyucunun, suyun kamusal bir mal niteliğinde olduğunu kabul ettiği sonucuna varmak mümkündür. Suyun kamusal olarak nitelendirilmesi olumlu bir tutumdur; ancak Genel Yorum No. 15’te belirtildiği gibi nitelikli suya herkes tarafından erişimin eşit bir şekilde sağlanması hususunda devletin yükümlülüklerine ilişkin, yasal düzeyde de olsa ülkemizde herhangi bir düzenleme yapılmaması büyük bir eksikliklerdir.

D. Yargısal Faaliyetler Bakımından Su Hakkı

Su hakkı hem ulusal hem de uluslararası alanda birçok yargısal faaliyete konu olmuştur. Mahkemelerin yoksullar, kadınlar, azınlıklar, çocuklar ve hatta gelecek kuşaklar ve doğanın kendisi gibi siyasette yeteri kadar temsil edilemeyenlerin çıkarlarını koruyabileceğini, adil su dağıtımının ülkenin siyasi gündeminin en üst sıralarında yer almasını sağlayabileceğini; su kaynaklarının yönetiminde halkın bilgilendirilmesinin ve kamusal katılımın teminatı olabileceğini ve adaleti ulaştırılabilir hale getirebileceğini ifade etmek mümkündür.¹³³ Dolayısıyla, uluslararası yargı organlarının, anayasa mahkemelerinin ve diğer yüksek mahkemelerin suya erişim hakkını korumaya yönelik tutum sergilemeleri oldukça önemlidir. Bu kapsamda verilen yargı kararlarından bazılarını incelemek, su hakkına ilişkin hukuki düzenlemelerin yargısal alana etkisini anlamak adına yerinde olacaktır.

1. Ulusal Düzeyde Verilen Kararlar

Çalışmada belirtildiği gibi su krizinin küresel boyutta hissedilmesinin ardından birçok ülke, su hakkını yasal veya anayasal olarak güvence altına almıştır. Ayrıca bağlayıcı nitelikte olmasa da su hakkına değinen uluslararası düzenlemeler, ulusal mahkemelerin kararlarını da etkilemekte ve su hakkının içtihat yoluyla geliştirilmesini sağlamaktadır. Bu doğrultuda verilen kararların hepsini incelemek mümkün olmadığından farklı iki ülkede verilmiş kararlar üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

¹³² The Right to Water in France: the Bill has been adopted!, <https://www.endwaterpoverty.org/blog/right-water-france-bill-has-been-adopted> (Erişim tarihi: 16.01.2021).

¹³³ May / Daly, s. 169.

a. Coca-Cola Beverges Ltd. Şirketi Kararı

Plachimada’da bir fabrika kuran Coca-Cola Beverges Ltd. Şirketi, kendi arazisinden su çekmek üzere Panchayat Kurulu’ndan (köy düzeyinde seçilmiş bir heyet) su çekme motoru ruhsatı almıştır. Şirket 2000 yılında ticari üretime başlamıştır ve kullandığı hammadde sudur. Bu su ihtiyacının önemli bir kısmı yer altı sularından karşılanmıştır. İddialara göre şirket ruhsatını aldığı su çekme motorunun haricinde elektrikli pompalarla günde 1,5 milyon litre su çekmiştir. Bu sebeple su seviyesinde ciddi bir düşüş yaşanmış, evlerin önündeki kuyular kurumuş ve susuz kalan tarım ürünlerinin de kuruması sonucunda halk büyük sıkıntılar yaşamıştır. Bu olayların üzerine Panchayat Kurulu, kamu yararını koruma gerekçesiyle Coca-Cola Beverges Ltd. Şirketi’ne verilen endüstriyel lisansı yenilememe kararı almış; şirket de bu duruma itiraz etmiştir. Uyuşmazlık Kerala Yüksek Mahkemesi’nde incelenmiştir.¹³⁴ Mahkeme deniz suyu, ormanlar ve hava gibi tüm insanlar için son derece önemli olan doğal kaynakların özel mülkiyete konu olmayacağını; hatta bunların devlet tarafından korunması gerektiğini ve yer altından sınırsız su çıkarma işleminin Hindistan Anayasası’nın 21. maddesinde düzenlenen yaşam hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir.¹³⁵ Ayrıca Stockholm Deklarasyonu’nun “*Bugünkü ve gelecek nesiller için ihtiyaca göre özenli planlama veya yönetim ile dünyanın doğal kaynakları, hava, su, toprak, flora ve fauna dahil, özellikle de doğal eko sistemleri temsil eden örnekler korunmalıdır.*” şeklindeki 2. maddesini hatırlatarak dünyadaki kaynakların şimdi ve gelecek kuşak için korunması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemenin su hakkını yaşam hakkının bir parçası olarak görmesi ve Stockholm Deklarasyonu’na atıfta bulunarak su hakkını korumaya yönelik bir karar vermesi oldukça umut vericidir.

b. Dikili Belediyesi Kararı

Su hakkı kapsamında Dikili Belediyesi’ne ilişkin kararı incelemek yerinde olacaktır. Dikili Belediye Başkanı, her eve 10 metreküp suyu aşmayan kullanımların ücretsiz dağıtımını uygulamasını geliştirerek tasarruf sağlamayı amaçlamıştır. Ayrıca, belediye çalışanlarına %50 oranında indirimli tarife uygulanması ve su faturalarının geç yatırılması durumunda gecikme zamlarının affedilmesi gibi yenilikleri de hayata geçirmiştir.¹³⁶ Ancak, devlet hazinesinin zarara uğratıldığı düşüncesiyle Belediye Başkanı ve meclis üyeleri hakkında görevini kötüye kullanma ve kamu mallarını zarara uğratma gerekçesiyle ceza davası açılmıştır. Yaklaşık iki yıl süren dava sonunda, 2010 yılında, “*kamu zararı niteliğinde kabul edilebilecek bir zararın amaçlanmadığı, menfaat temin etme saik ve kastını ortaya koyabile-*

¹³⁴ Kerala High Court karar metni için bkz. <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-156025.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2021).

¹³⁵ İnce, s. 11.

¹³⁶ Arif Ali Cangı, *Dikili Örneği ve Suyu Erişim Hakkı, Suyu Hapseden HES’ler ve Korumayan Yasalar*, Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu Bildirileri, Diyarbakır, 2010, s. 67.

cek bir emare bulunmadığı, davaya konu tasarrufların neticesinde; kamu zararı oluşması yahut menfaat temini yahut kişilerin mağduriyetine yol açılması yasal unsurlarının da oluşmadığı” gerekçeleriyle tüm sanıkların beraatine karar verilmiştir.¹³⁷ Söz konusu davada, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin “Yaşama Standardı Hakkı” başlıklı 11. ve “Sağlık Standardı Hakkı” başlıklı 12. maddelerine ilişkin BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin yorumuyla (Genel Yorum No. 15) suya erişim hakkının kabul edildiği vurgulanmıştır.¹³⁸ Daha önce de belirtildiği gibi Sözleşme’ye taraf olan devletlerin, ücretsiz veya uygun ücretli su politikalarını uygulayarak görece daha yoksul hane halkları bakımından suya erişimin sağlanabilmesi adına gerekli birtakım tedbirleri alma yükümlülükleri vardır. Bu kararlar, halkın suya erişimini sağlamak adına idare tarafından yapılan uygulamaların suç teşkil etmediği; kamu yararı gözetilerek bu hizmetlerin yerine getirilmesinin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca suyun ticari bir meta olmadığı ve bir insan hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılan bu karar ile birlikte vatandaşların bağlı oldukları belediyelerden aynı uygulamayı talep etme hakkının doğduğunu söylemek de mümkündür.

2. Uluslararası Düzeyde Verilen Kararlar

Su hakkının uluslararası alanda farklı yargı faaliyetleri çerçevesinde de kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Bu çerçevede verilmiş olan yakın tarihli iki kararı incelemek yerinde olacaktır.

a. Urbaser v. Arjantin Kararı

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulan uluslararası bir kuruluştur.¹³⁹ 2016 yılında ICSID hakem heyeti tarafından incelenen Urbaser v. Arjantin uyuşmazlığında, yatırımcı şirketin, insan haklarını koruma yükümlülüğü olduğuna hükmedilmiştir. Urbaser S.A. ve Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa şirketleri Arjantin aleyhine, Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak 2007 yılında yatırım tahkimi davasını açmışlardır; dava ICSID tahkim kurallarına göre yürütülmüştür.¹⁴⁰ Davacılar Buenos Aires kentindeki su ve kanalizasyon hizmetlerini yürü-

¹³⁷ Cangı, s. 68.

¹³⁸ Cangı, s. 68.

¹³⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org/about> (Erişim tarihi: 20.01.2021).

¹⁴⁰ Betül Karagedik, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 75., ICSID Urbaser v. Arjantin karar metni için bkz. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf (Erişim tarihi: 20.01.2021).

ten bir Arjantin şirketinde hisse sahibidir ve Arjantin'in ekonomik kriz sebebiyle aldığı önlemlerin, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.¹⁴¹ Arjantin ise, şirketlerin su ve kanalizasyon sistemlerine yapması gereken yatırımı yapmadığını bu sebeple uluslararası hukuk kapsamında su hakkına dayanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia ederek bir karşı dava açmıştır.¹⁴² Bu kararın en önemli özelliği, uluslararası hukuk alanında yatırımcı şirketler için bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerinin olup olmadığının tartışılmasıdır. Tahkim heyeti, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen “yeterli bir yaşam standardı hakkı” ve 12. maddesinde düzenlenen “sağlık standardı hakkına” değinerek su hakkını BM Genel Yorum No. 15'i de dikkate alarak bir insan hakkı olarak değerlendirmiştir. Heyete göre, su hakkı kapsamında getirilen pozitif yükümlülük ilgili devlete aittir; bu bağlamda yatırımcının devlet vatandaşlarına içme suyu ve kanalizasyon hizmeti sağlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak hem devletin hem de özel hukuk kişilerinin su hakkını ve bağlantılı diğer hakları tahrip etmeyi amaçlayan faaliyetlerden kaçınma gibi bir negatif yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁴³

Her ne kadar bu incelemenin sonunda Arjantin tarafından ileri sürülen karşı dava reddedilmiş olsa da uluslararası hukukta su hakkı bakımından bir şirketin negatif yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi oldukça önemlidir. Kimi yazarlara göre ise heyetin, yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne sahip olduğuna ilişkin tespiti mevcut insan hakları hukuku ile bağdaşmamaktadır; bu sebeple de şimdiye kadar hiçbir hakem heyeti tarafından takip edilmemiştir.¹⁴⁴ Abel'e göre insan haklarına dayanan karşı davayı yatırım tahkiminde işlevsel hale getirebilmek için: Devletler insan haklarına ilişkin yükümlülükleri ulusal hukuklarına entegre etmeli ya da yatırım anlaşmalarına, yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümler eklemelidir.¹⁴⁵ Böylelikle de şirketlerin uluslararası hukuk bakımından insan hakları ile yükümlü olduğu ileri sürülebilecektir.¹⁴⁶ Urbaser kararında her ne kadar bu tartışmalar bir sonuca ulaşmamış olsa da su hakkı bakımından, uluslararası hukukta, şirketlerin de bazı yükümlülüklerinin olması gerektiği yönünde görüşlerin ileri sürülmesi önemli bir gelişmedir.

¹⁴¹ Karagedik, s. 76.

¹⁴² Karagedik, s. 76.

¹⁴³ Karagedik, s. 83.

¹⁴⁴ Markus Krajewski, 'A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application', Business and Human Rights Journal, Vol. 5, Issue. 1, 2020, s. 125.

¹⁴⁵ Patrick Abel, 'Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award', Brill Open Law, Vol. 1, Issue 1, 2018, s. 83.

¹⁴⁶ Abel, s. 83.

b. Ioane Teitiota Kararı

BM İnsan Hakları Komitesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetimini yapan yarı yargısal nitelikte bir organ olduğundan verdiği kararlar, bağlayıcı nitelikte değildir ve ihlali gerçekleştiren devleti uluslararası kamuoyu nezdinde sorumlu tutmayı sağlamamaktadır.¹⁴⁷ Ioane Teitiota adlı Kiribati uyruklu başvuru ve eşi, ülkelerini terk edip Yeni Zelanda'ya giderek sığınma başvurusu yapmışlardır; ancak sığınma başvuruları 25 Haziran 2013'te reddedilmiştir. Bu kararın ardından yaptıkları temyiz başvurusu da reddedilen ve sınır dışı edilen çift, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca yaşam haklarının ihlal edildiği iddiasıyla BM İnsan Hakları Komitesi'ne başvurmuştur.¹⁴⁸ Teitiota, iklim değişikliği, deniz seviyesinin yükselmesi ve tuzlu su kirliliği sebebiyle tatlı su kaynaklarının kıt hale geldiğini belirterek bu durumun kendisini Kiribati'deki Tarawa adasından Yeni Zelanda'ya göç etmeye zorladığını ifade etmiştir. Ayrıca, denizin etkilerinden korunmak için yapılan duvarların sürekli zarar gördüğünü belirten Teitiota iklim değişikliğinin koşulları gitgide daha da zorlaştıracağı düşüncesiyle ülkeyi terk etme gereği duyduğunu ileri sürmüştür.¹⁴⁹

Komite, Teitiota'nın arıtma suyuna erişim yokluğundan kaynaklı ciddi zarar göreceği iddiasına iklim değişikliği araştırmacısı John Corcoran'ın yazdığı bir rapordan alıntı yaparak Güney Tarawa'da yaşayan nüfusun %60'ının kamu kurumları tarafından sağlanan temiz suya erişiminin olduğunu ve buradan hareketle, başvuruçunun ülkesinde arıtma suyuna erişiminin olmamasıyla ilgili bir bulguya rastlanmadığını ifade etmiştir.¹⁵⁰ Başvuruçunun, suya erişiminin olmaması ya da suyun güvensiz olmasıyla ilgili yeterli bilgi sunmadığı için Komite tarafından, haysiyetli yaşam sürme hakkının bu açıdan ihlal edildiği sonucuna ulaşılamamıştır.¹⁵¹ Kararda suya erişimin olmadığı iddiası kabul edilmemiş olsa da temiz ve yeterli suya erişim hakkı, haysiyetli yaşam sürme hakkının bir parçası

¹⁴⁷ Barış Birol, *İklim Mülteciliği Mümkün mü? Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Ioane Teitiota Kararının Özet Çevirisi ve Değerlendirmesi*, <https://anayasagundemi.com/2020/01/24/forum-av-baris-birol-iklim-multeciligi-mumkun-mu-birlesmis-milletler-insan-haklari-komitesinin-ioane-teitiota-kararinin-ozet-cevirisi-ve-degerlendirmesi/> (Erişim tarihi: 21.01.2021).

¹⁴⁸ BM İnsan Hakları Komitesi, Ioane Teitiota karar metni için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en (Erişim tarihi: 21.01.2021).

¹⁴⁹ BM İnsan Hakları Komitesi, Ioane Teitiota Karar Metni, para. 2.1.

¹⁵⁰ Barış Birol, *İklim Mülteciliği Mümkün mü? Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Ioane Teitiota Kararının Özet Çevirisi ve Değerlendirmesi*.

¹⁵¹ Barış Birol, *İklim Mülteciliği Mümkün mü? Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Ioane Teitiota Kararının Özet Çevirisi ve Değerlendirmesi*; BM İnsan Hakları Komitesi, Ioane Teitiota Karar Metni para. 2.4.

olarak nitelendirilmiştir. Su hakkının, yaşam hakkının bir parçası olarak değerlendirilmesi olumlu bir gelişmedir; ancak su hakkı bakımından bu durumun yine de yeterli bir koruma sağlamadığını belirtmek yerinde olacaktır.

SONUÇ

Suyun, insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için vazgeçilmez bir ihtiyaç olduğu konusunda şüphe olmamasına rağmen; suya erişimin bir insan hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin hâlen tartışma konusu olması düşündürücüdür. Binlerce yıldır doğada var olan; insanlar, hayvanlar kısacası bütün canlılar tarafından -ücretsiz bir şekilde- kullanılan su, niteliği itibarıyla kamusaldır.

Günümüzde nüfus artışı, tüketim hızının artışına bağlı olarak üretimin çeşitlenmesi, iklim değişiklikleri, çevresel kirlilik gibi unsurlara bağlı olarak; su kaynakları kısıtlı hale gelmiş, suya erişim güçleşmiş hatta bazı ülkelerde imkânsızlaşmıştır. Bu duruma farklı şekillerde çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Suyun özelleştirilmesi gerektiğini savunanlara göre, suyun ücrete tabi ekonomik bir meta olarak kabul edilmesi; gereksiz su kullanımlarının önüne geçerek suyun etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Ancak bu durum, makalede de incelendiği gibi, amaçlananın tam tersi yönünde sonuçlar doğurmuştur. Ayrıca şunu da belirtmek yerinde olacaktır: Kişisel kullanım olarak ifade edilen içme suyu ve ev içi su tüketiminin, toplam su tüketimi içerisindeki payı yalnızca %8'dir.¹⁵² Dolayısıyla “Sebzeleri elde değil de su dolu bir kaptan yıkayarak yılda 18 ton su kurtarabilirsiniz.”, “Sifonunuzun içerisine, 1.5 litrelik su dolu pet şişeyi yerleştirerek yılda 2 ton su kurtarabileceğinizi biliyor muydunuz?” ya da “Çamaşır makinenizi haftada bir kez bile az çalıştırırsanız yılda 9 ton su tasarruf etmiş olursunuz.” türünden palyatif tutumlarla, bu sorun çözülmesi mümkün görünmemektedir.¹⁵³ Suyun ücretlendirilmesi sonucunda bireylerin suyu tasarruflu kullanacağı beklentisiyle su kaynaklarının korunması mümkün değildir. Çünkü, suyun nitelikli olarak kullanıldığı alan zaten haneler değil, endüstriyel ve tarımsal alanlardır.

Özelleştirme uygulamalarının sonucunda hem bireylerin yaşam kaynağı olan suya erişimi kısıtlanmış olmakta hem de su sorunu daha da büyümektedir. Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası alanda faaliyet gösteren güçlü aktörlerin suyun özelleştirilmesi uygulamalarını desteklemesi sonucu dünyanın birçok yerinde -özellikle Güney Yarım Küre’de ve ekonomik gücü iyi olmayan ülkelerde- suyun ekonomik bir mal olarak nitelendirilip özelleştirildiği görülmektedir. Bu örnekler incelendiğinde su ücretlerinin ciddi oranda artış gösterdiği, suyun kalitesinde düşüş yaşandığı ve suya erişim konusunda yoksul kesimlerin birçok sorun yaşadığı anlaşılmaktadır. Su, ekonomik bir meta olarak görülerek özelleştirme sürecine dahil edildiğinde şirketlerin bu faaliyet sonucu elde edeceği

¹⁵² Ocak, s. 16.

¹⁵³ Ocak, s. 16.

kâra öncelik verilmektedir. İnsanların suya erişim sağlayabilmesi veya mikroorganizmalardan, zehirli atıklardan arındırılmış sağlıklı su kullanabilmesi hususu ise önemsizleştirilmektedir. Suyun özelleştirilmesi, küresel su krizine çözümmüş gibi gösterilen ve sözde suyun korunmasını amaçlayan ancak, sadece özel şirketlerin kâr oranlarının artması ile sonuçlanan trajik bir uygulamadır.

Su, insanlar için yaşamsal öneme sahip olan, ikame edilemeyen ve kaynakları sınırlı olan doğal bir varlıktır. Suya erişimin piyasa koşullarına bırakılması bu sebeple mümkün değildir. Su kaynaklarını kontrol altında tutanların, suyun korunması, adil olarak dağıtılması ile bireysel, toplumsal ve endüstriyel amaçlarda doğru kullanılmasını sağlamak için gerekli adımları atmakla yükümlü olması gerekmektedir.¹⁵⁴

Suyun bir insan hakkı olarak kabul edilmesi; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş veya herhangi bir statü farkı gözetilmeden herkesin suya erişiminin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, insan haklarına ilişkin temel uluslararası metinlere bakıldığında, “yeterli bir yaşama düzeyine sahip olma”, “en yüksek sağlık standartlarından yararlanma” gibi hakların düzenlendiği görülmektedir. Yeterli ve sağlıklı bir yaşama sahip olabilmek için nitelikli içme suyuna ve kullanım amaçlı suya erişimin bir zorunluluk olduğu açıktır. Zaten, BM Genel Yorum No. 15 ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 11 ve 12. maddeleri yorumlanarak açık bir şekilde su hakkının kabul edildiği görülmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, Cenevre Sözleşmeleri kapsamında mahkumların, gözaltına alınanların temiz içme suyuna erişim hakkının olduğu, su kaynaklarına saldırıların yasaklandığı; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme ve Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında kadınların ve çocukların temiz içme suyuna erişim hakkının olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerin hepsi, su hakkının bir insan hakkı olarak değerlendirilmesi yönünde gerçekleşen olumlu adımlardır. Nitekim, bu sözleşmelerin ulusal hukuka da yansımaları olmuş, birçok ülkede su hakkı anayasal ve/veya yasal düzeyde güvence altına alınmıştır. Ayrıca ulusal ve uluslararası alanda birçok mahkeme ve yargısal niteliğe sahip organ tarafından da suya erişim, bir insan hakkı olarak kabul edilerek içtihatlar yoluyla korunmaktadır. Ancak, uluslararası sözleşmelerle veya mevcut insan haklarıyla su hakkı arasında bağlantı kurularak bu hakkın koruma altına alınması kapsamlı bir güvence teşkil etmemektedir.

Çalışmada incelendiği üzere su hakkına yer veren birçok hukuki metin mevcuttur; fakat, hâlâ münhasıran su hakkını konu alan, su hakkının içeriğini ve devlete getirdiği yükümlülükleri belirten, bağlayıcı nitelikte bir düzenleme ne ülkemizde ne de uluslararası alanda yapılmıştır. Bu eksikliğin giderilerek su hakkının bağımsız bir insan hakkı olarak kabul edilmesi; bağlayıcı ve yaptırım gücü olan hukuki düzenlemelerle hem ülkemizde hem uluslararası düzeyde ivedilikle hukuki hayata geçirilmesi gerekmektedir.

¹⁵⁴ May / Daly, s. 159.

KAYNAKÇA

- ABEL**, Patrick, “Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration Fallacies and Potentials of the 2016 IC-SID Urbaser v. Argentina Award”, Brill Open Law, Volume 1, Issue 1, 2018, ss. 61-90.
- ALBUQUERQUE**, Catarine, *On the Right Track: Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation*, United Nations, 2012.
- ATABEY**, Eşref, *Suyun Hikayesi*, 1. Baskı, Asi Kitap, İstanbul, 2018.
- AYKAN**, Mert, *IMF ve Dünya Bankası Su Politikaları, Çok Uluslu Şirketlerin Türkiye’deki Uygulamaları*, TMMOB 2. Su Politikaları Kongresi’ne sunulan bildiri, Ankara, 2006, ss. 365-376.
- AYRANGÖL**, Zülküf, *Küresel Kamusal Mallar ve Su Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2012.
- BARLOW**, Maude, *Mavi Sözleşme: Küresel Su Krizi ve Su Hakkı Mücadelesi*, (çev. Barış Cezar), 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2008.
- BİROL**, Barış, İklim Mülteciliği Mümkün mü? Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Ioane Teitiota Kararının Özet Çevirisi ve Değerlendirmesi, <https://anayasa-gundemi.com/2020/01/24/forum-av-baris-birol-iklim-multeciligi-mumkun-mu-birlesmis-milletler-insan-haklari-komitesinin-ioane-teitiota-kararinin-ozet-cevirisi-ve-degerlendirmesi/> (Erişim tarihi: 21.01.2021).
- BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. <https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Türkçe metni için bkz. <https://iklim.csb.gov.tr/birlesmis-milletler-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-4362> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- BM İnsan Hakları Komitesi, Ioane Teitiota karar metni için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en (Erişim tarihi: 21.01.2021).
- BORATAV**, Korkut, *Su Kavgalar: Sıra Türkiye’de mi?*, Cumhuriyet Gazetesi, 5 Nisan 2006.
- CANGI**, A. Ali, “Dikili Örneği ve Suyu Erişim Hakkı, Suyu Hapseden HES’ler ve Korumayan Yasalar”, Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu Bildirileri, Diyarbakır, 5-6 Kasım 2010, ss. 65-70.
- Cenevre Sözleşmesi metinleri için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp?redirect=0> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- CEYLAN**, N. Aybike, “Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Hakların Bütünlüğü İlkesi”, Anasay Dergisi, S. 2, 2017, ss. 217-226.
- CULLINAN**, Cormac, *Vahşi Hukuk*, (çev. Meral Güneşdoğmuş), 1. Basım, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2014.
- ÇİÇEK**, Erol, “Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 80, 2009, ss. 182-228.

- Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- Deklarasyonun Türkçe çevirisi için bkz. http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/insan_cevresi.htm (Erişim tarihi 15.01.2021).
- Genel Yorum No. 15 metni için bkz. <https://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,4538838d11,0.html> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- GÖZLER**, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2013.
- HAYEK**, Friedrich A., *Hukuk Yasama ve Özgürlük*, (çev. Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz), 1. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2007.
- ICSID**, Urbaser v. Arjantin karar metni, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf (Erişim tarihi: 20. 01. 2021).
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org/about> (Erişim tarihi: 20.01.2021).
- International Money Fund, <https://www.imf.org/en/About> (Erişim tarihi: 12.01.2021).
- Investment Treaty News, <https://www.iisd.org/itn/en/2015/11/26/tribunal-largely-adopts-independent-experts-damages-findings-in-usd-405-million-award-to-previous-owners-of-an-argentine-public-utility-company-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-sa-interagua/> (Erişim tarihi: 13.01.2021).
- İNCE**, Nurten, “*Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Davaya Edilebilirliği*”, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 4, 2017, ss. 1-19.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- KARAGEDİK**, Betül, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- KARTAL**, Filiz, *Suyun Metalaşması Suya Erişim Hakkı ve Sosyal Adalet*, TMMOB Kongresi'ne sunulan bildiri, Ankara, 2009, ss. 65-69.
- Kerala High Court, karar metni, <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-156025.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2021).
- KILIÇ**, Selim / **KARATAŞ**, Abdullah, *İnsan Haklarının Bir Bileşeni Olarak Su Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, 2018, ss. 37-60.
- KRAJEWSKI**, Markus, *A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, Business and Human Rights Journal, Volume. 5, Issue. 1, 2020, ss. 105-129.
- Kriz ve İrlanda, <https://www.suhakki.org/2018/08/kriz-ve-irlanda/> (Erişim tarihi: 14.01.2021).
- MAY**, James R. / **DALY**, Erin *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, (çev. T. Şirin ve N. U. Orcan), 1. Baskı, Ekoloji Kolektifi Derneği, Ankara, 2018.
- OCAK**, Ayşenur, *Bir Doğa ve İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019.

- ÖZSOY** Seda, *Su ve Yaşam: Suyun Toplumsal Önemi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- ÖZTÜRK**, İlhan, *Dünya Bankası Politikaları*, Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran, C. 3, S. 1, 2006, ss. 36-55.
- PAZARCI**, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- SAV**, Özden, *Su Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 68, 2007, ss. 343-359.
- ŞİRİN**, Tolga, *Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, 2010, ss. 86-168.
- The Right to Water in France: the Bill has been adopted, <https://www.endwaterpoverty.org/blog/right-water-france-bill-has-been-adopted> (Erişim tarihi: 16.01.2021).
- The United Nations Principles for Older Persons, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OlderPersons.aspx#:~:text=1.,to%20other%20income%2Dgenerating%20opportunities> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- TOPÇU**, Eral, “*Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*”, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, C. 26, 2008, ss. 14-40.
- TOPÇU**, Eral, *Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Türkiye Dışişleri Bakanlığı, <https://www.mfa.gov.tr/kyoto-protokolu.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).
- UNESCO**, *The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World*, 2009.
- UNESCO**, *The United Nations World Water Development Report: Valuing Water*, 2021.
- UNICEF**, Progress on Drinking Water, Sanitation and Hygiene, https://www.unicef.org/publications/files/Progress_on_Drinking_Water_Sanitation_and_Hygiene_2017.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2021).
- United Nations Water Conference Resolutions <http://www.ielrc.org/content/e7701.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2021).
- United Nations, <https://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html> (Erişim Tarihi: 12.01.2021).
- World Water Council, <https://www.worldwatercouncil.org/en/vision-mission> (Erişim Tarihi: 12.01.2021).
- YILDIZ**, Dursun, “*Su Hakkı Neden Öne Çıktı*”, USİAD Bildiren Dergisi, S. 59, 2012, ss. 20-23.
- YILDIZ**, Dursun, *USİAD Su Raporu*, Ankara, 2007.

Bir Kamu Hizmeti ya da Kamu Hizmetlerinin Tamamlayıcısı Olarak İdarenin Kamuoyunu Bilgilendirme Yükümlülüğü^(*)

Obligation of Administration to Inform the Public as a Public Service or as a Complement of a Public Services

Arş. Gör. Fatih İNAN^(**)

Öz:

Bu çalışmada, bir kamu hizmeti ya da bir kamu hizmetlerinin tamamlayıcısı olarak idarenin kamuoyunu, toplumu, vatandaşları bilgilendirme yükümlülüğü incelenecektir. Bu yükümlülük kimi zaman talebe bağlı kimi zaman ise talepten bağımsızdır. Fakat her halükârda bir ihtiyaçtır. Nitekim toplumun doğru bilgiye ulaşması birçok hukuki ve sosyal menfaatin temelinde yer almaktadır. Bunun yanında doğru, şeffaf ve güvenilir bilginin kamusal makamlardan sağlanabilmesi hukuk devletinin temel göstergelerinden biridir. Toplumda bu yönde var olan ihtiyacın 1982 Anayasası m.74/3'te düzenlenmiş bilgi edinme hakkı kapsamında karşılanması mümkündür. Fakat bilgilendirme yükümlülüğü, kişilerin bireysel olarak idareye yaptıkları başvurular karşısında idarenin bilgi verme yükümlülüğünden farklı bir boyuta sahiptir. Bu konudaki ilk fark bu yönde bir talebin beklenmesine gerek olmaması iken ikinci fark ise bilginin muhatabının niceliksel boyutuna ilişkindir. Bu tespitlerden hareketle çalışma kapsamında şu sorulara yanıt aranmaktadır; Bilgilendirme yükümlülüğünün faydaları nelerdir? Bu yükümlülük bağlamında karşımıza hangi usuller ve yöntemler çıkar? Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda ne tür yaptırımlar gündeme gelebilir?

Anahtar Kelimeler:

Kamuoyunun Bilgilendirilmesi, İdarenin Bilgilendirme Yükümlülüğü, Bilgilendirilme Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı.

^(*) Çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programında Prof. Dr. Cemil KAYA tarafından verilen İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı dersi kapsamında hazırlanan ödev üzerinde yapılan değişiklikler neticesinde meydana gelmiştir.

Görüş ve önerilerini paylaşarak makalenin gelişmesine katkı sunan meslektaşım Arş. Gör. Hasan Basri Çifci'ye teşekkür ederim.

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: fatihinan@maltepe.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7865-3082>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 06.05.2021.

Makale Kabul Tarihi: 24.05.2021.

Abstract:

In this study, as a public service or a complement to a public services obligation of the administration to inform the public, society and citizens will be examined. This obligation can be come up both in line with the demands of the persons and independently of the demand. But all aspect it is a need. As a matter of fact, society's access to accurate information is at the heart of many legal and social interests. In addition, the fact that accurate, transparent and reliable information can be obtained from public authorities is one of the basic indicators of the rule of law. This expectation of society can be the supply with scope of the right to obtain information regulated in 74/3 of the 1982 Constitution. However, obligation to inform society has a different dimension than the to provide information in individual applications to the administration. The first difference is that there is no need to expect a request in this direction, while the second difference is related to the quantitative dimension of the addressee of the information. Based on these determinations, we are looking for an answer these questions; What are the benefits of the obligation to provide information? In which situations and methods do we come across? What kinds of sanctions can be brought to the agenda if this obligation is neglected?

Keywords:

Informing the Public, The Administration's Obligation to Inform, Right to be Informed, The Right to Information.

GİRİŞ

Bugün idarenin tüm eylem ve işlemlerinde şeffaflık oldukça önemli bir konu haline gelmiştir. Nitekim açık ve demokratik bir toplumda şeffaflık, birçok meşru beklentiyle birlikte özellikle idarenin ve yöneticilerin hesap verebilirliği ve bunun dışında kamu düzeni için gereklidir. Şeffaflığın en önemli araçlarından biri olarak bireylerin bilgi edinme hakkı, 1982 Anayasası m.74/3'te "*Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*" şeklinde ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda (BEHK) düzenlenmiştir.

Bireyler bu düzenlemelere dayanarak idareden bilgi ve belge talep edebilir. İdarenin bilgi verme yükümlülüğü esas olarak BEHK kapsamında idareye yapılan başvurular üzerine başvuruyu yapan kişi ve başvuru konusu ile sınırlıdır. Fakat bu kapsamdaki bir yükümlülük kişilerin ve toplumun bilgi ihtiyacını karşılamak için yeterli değildir. Kimi hallerde idarenin tekelinde olan bilgi, konusu itibariyle bireyin ötesinde geneli ilgilendirir. Bu halde konunun kapsamına giren herkesin bilgi edinme ihtiyacı vardır ve bireysel olarak bilgi edinmek toplumsal ihtiyaçlar bakımından yeterli olmayacaktır.

İşte bu gibi hallerde idarenin kamuoyunu bilgilendirmesi, kamusal bir ihtiyaç ve yükümlülüktür. Okumakta olduğunuz çalışmada açık ve şeffaf bir toplumda idarenin yürüttüğü faaliyetlerde, toplumu doğru bilgilendirmek bakımından yükümlülükleri nelerdir, bu yükümlülükler nereden kaynaklanır, hangi usullerle yerine getirilir ve idarenin bu görevini ihmal etmesinin sonuçları nelerdir gibi sorulara cevap aranacaktır.

I. İDARENİN KAMUOYUNU BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ANLAMI, KAPSAMI VE FAYDALARI

A. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Anlamı ve Kapsamı

Sahip olduğu bilgileri açıklamak konusunda idareye bir ödevin yüklendiği sistemler ile bireylere idarenin elinde bulunan bilgileri talep etme hakkı tanınan sistemler arasında farklılıklar vardır. Re'sen bilgi verme yükümlülüğünün benimsendiği sistemlerde, bu yükümlülüğün kanundan kaynaklanması gerekmekte ve açıklanacak bilginin niteliği, içeriği, zamanı, yöntem ve usulleri genellikle idarenin takdirine bırakılmaktadır.¹

Buna karşılık bugün pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de bilgi edinme, Anayasa m.74/3 ve BEHK kapsamında tanınmış bir haktır. Bilgi edinme hakkı bilgi verme yükümlülüğünü de beraberinde getirir.² Buna bağlı olarak idarenin bilgi verme yükümlülüğü esas olarak BEHK kapsamında yapılan taleplerle sınırlı olarak kişinin bilgilendirilmesini ifade eder.³ Bu durum hakkın korunması ve işlevselliği bakımından önemli ve gerekli ise de bilgi edinme hakkının adeta “*sözlük anlamı*” ve yalnızca tek boyutudur.⁴

Gerçekten kimi hallerde kişilerin bilgi edinme ihtiyacı, idareye yapılan bireysel başvurular sonucunda başvuruyu yapan kişinin bilgilendirilmesi ile tatmin edilemez. Bu noktada bilgi edinme hakkının bir diğer boyutunu bilgilendirilme hakkı (right to be informed) oluşturur. Bu hak kişilerin çeşitli bilgi kaynaklarından bilgi alabilme hakkına işaret eden enformasyon hakkı olarak da adlandırılmaktadır. İdarenin esas olarak kendisi dışındaki enformasyon kaynaklarına engel olmamak gibi negatif ve bu alanı düzenlemek,⁵ denetlemek ve teşvik etmek gibi

¹ Tekin Akıllıoğlu, “*Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 3-4, Y. 1991, s. 9.

² İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s. 82.

³ Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 45; Taner Ayanoğlu, “*Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar*”, Liberal Hukuk Dergisi, S. 18, Y. 2004, s. 1530.

⁴ Aydın Gülan, “*İdare ve Ceza Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*”, Bilgi Edinme Hakkı Paneli, TBB Yayınları, No. 62, Ankara, 2004, s. 103; Dar ve Genel anlamda bilgi edinme hakkı tanımları için bkz. Cavidan Soykan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 2, Y. 2007, s. 65.

⁵ “...toplumun doğru bilgi edinme hakkı ve genel kamu yararı gözetilerek, kamuya sunulan hizmetin yansız, objektif biçimde yürütülmesi için düzenlenmesi gerektiği açıktır. Bir başka deyişle, radyo ve televizyon işletmeciliği düzenlenirken, basın özgürlüğünün toplumun doğru bilgilendirilmesi amacı doğrultusunda ve genel olarak kamu yararı zedelenmeden kullanılmasının sağlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır...” DİBK, E. 2001/1, K. 2001/4, Karar için bkz., İbrahim Gül, “*Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 545.

pozitif yükümlülüklerinden bahsedilse de⁶ doğrudan enformasyon kaynağı olma yükümlülüğü ikincil niteliktedir.

Buna karşılık toplumu ve kişileri ilgilendiren konularda idarenin bilgi verme yükümlülüğü birçok hukuki menfaatin temelini oluşturur. Özellikle toplumun genelini ilgilendiren konularda gizlilik ve buna bağlı olarak bilinmezlik toplumsal düzeni olumsuz etkiler. Gerçekten idarelerin yükümlülükleri enformasyon kaynaklarına engel olmamakla sınırlı görmek kamuoyunu yakından ilgilendiren birçok meselenin gün yüzüne çıkmasına engel olur.⁷ İdarenin sahip olduğu, kamuoyunu yakından ilgilendiren ve kişilerin işlemlerine esas teşkil eden bilgileri öğrenmek konusunda bir ihtiyaç vardır.⁸ Dolayısıyla bilgi edinme hakkı bireysel nitelikli bilgilendirmeden ibaret olamaz.

Bu noktada kişisel taleplerin yanında bir de idarenin doğrudan bilgi verme yükümlülüğünden bahsetmek gerekir. Buradaki fark verilecek bilginin ilgilendirdiği kişilerin sayısına ilişkindir. Bilgi edinme hakkı, idarenin kamuoyunu bilgilendirme konusundaki yükümlülüklerini irdelemek ve sağlamlaştırmakla gereği gibi tesis edilmiş olacaktır. Aksi bir kabul idarenin tek yanlılığının olumsuz etkilerini hafifletmek için ideal bir yol olamaz. Bilgi edinme hakkının bu boyutunu, bilgi verme yükümlülüğünden farkına işaret etmek ve kişilerin taleplerinden bağımsız idarenin doğrudan bir yükümlülüğünü ifade etmek için bilgilendirme yükümlülüğü olarak ifade edebiliriz.

İdarenin bilgilendirme yükümlülüğü iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın, kişinin kendi hakkında tesis edilecek ya da edilmiş işlemler konusunda bilgilendirilmesidir. Kişilerin hukuki statüsünü değiştiren işlemler, başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesi, idari yaptırımlarda savunma hakkını kullanabilmek için iddia ve ithamlar ya da sağlık hizmetlerinde yapılacak müdahalenin riskleri konusunda kişinin aydınlatılması gibi konularda kişilerin kendi durumlarına özel olarak bilgilendirilmesi söz konusudur. Bu gibi durumlarda idare doğrudan harekete geçse de yapılan bilgilendirme bireysel niteliktedir.

Buna karşılık bu çalışma kapsamında esas olarak üzerinde duracağımız idarenin bilgilendirme yükümlülüğünün ikinci türü ise kamusal menfaatleri yakından ilgilendiren konularda toplumun ya da en azından ilgilisi herkesin bilgilendirilmesidir. Örneğin yozlaşma/yoldan çıkma ihtimalinin yüksek olduğu konularda yapılacak işlemlerin her aşamasında kamuoyunun bilgilendirilmesi, toplumsal denetim bakımından olmazsa olmaz niteliktedir. Diğer yandan bazı hallerde idari

⁶ Sabahattin Nal, “Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 721.

⁷ Nal, s. 723.

⁸ Ramazan Şengül, “Avrupa Konseyi Belgelere Erişim Özgürlüğü Sözleşmesi Karşısında Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı”, Amme İdaresi Dergisi, C. 47, S. 3, Y. 2004, s. 92.

faaliyetlerin gereği gibi ve amacına uygun olarak yürütülebilmesi ancak kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi ile mümkündür.

Burada özel hukuk kişilerinin yürüttükleri faaliyetlere bağlı olarak toplumu bilgilendirmesi ya da idareye bilgi vermesi⁹ durumları da gündeme gelebilir. Örnek olarak gıdaların üzerinde yer alan etiketlerde gıdanın içeriğine ilişkin olarak bilgi verilmesi¹⁰ bu nitelikte yükümlülüktür. Fakat bu örneklerde idare her ne kadar özel hukuk kişilerini denetleyecek makam ise de doğrudan bilgi verme sorumlusu olmadığından konumuz dışında kalmaktadır.

B. Toplum Bilgilendirmenin Faydaları

İdarenin kamuoyunu bilgilendirmesinin faydaları konusunda yapılacak açıklamalarda ilk ve öncelikli olarak bilgi edinme hakkının açık ve şeffaf toplumun temelini oluşturduğunu hatırlatmak gerekir. Toplumda idareye güven idari işlemlerin kamuoyu denetime açılması ya da diğer bir deyişle kamuoyunun bilgilendirilmesi ile yakından ilgilidir. Bu durum esasında idarenin kişiler karşısındaki üstünlüğünün dengelenmesi araçlarından biridir. Nitekim idarenin kullandığı üstün yetkilerin nedenlerini/gerekçelerini açıklamak zorunda olması, bu yetkileri daha dikkatli kullanılmasına yol açar.

Yönetimde açıklık olarak adlandırılan ilke idarenin işlemlerinde, karar alma süreçlerinde ve faaliyetlerinde kendisini kamuoyunun denetimine açmasını ve bu yolla daha doğru, isabetli, faydalı ve şaibelerden uzak kararlar alabilmesine imkân tanır.¹¹ İdari işlemlerin henüz tesisi aşamasında kamuoyunun bilgilendirilmesi toplumun bu işlemlerden haberdar olmasına, idari faaliyetlerin toplumda tartışılmasına, kişilerin istek ve talepleri doğrultusunda kamuoyu oluşturarak idareyi ve yapılacak işlemi etkilemesine imkân verecektir. Dolayısıyla katılma hakkının doğru ve gerektiği gibi kullanılabilmesi kimi hallerde kamuoyunun kimi hallerde ise ilgililerin bilgilendirilmesine bağlıdır.¹²

Bilgi ve belgelerin açık olması, faaliyetlerin yürütülmesinde ve idari kararların alınmasında şeffaflık, idarenin kamuya hesap vermesi, idarenin saygınlığını ve idareye güveni tesis eder, geliştirir ve artırır.¹³ Bu bakımdan bilgi edinme

⁹ Örneğin 2872 sayılı Çevre Kanunu m.12.

¹⁰ Bkz. Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği m.5 ve GDO kullanılan ürünlerin ambalajında bu durumun belirtilmesi yer alması gereken etiketlerin özel olarak belirtilmesi mecburiyeti için Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik m.5/2 ve Gıdaların Etiketlenmesi m.14.

¹¹ Sait Güran, “Yönetimde Açıklık”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 3, S. 1-3, Y. 1982, s. 102-103; Şengül, s. 95.

¹² Örnek bir olay için bkz. Nuri Tortop, “İletişim ve Bilgi Edinme Hakkının Önemi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 37, S. 1, Y. 2004, s. 36.

¹³ Aslı Yağmurlu, “Bilgi Edinme Kanunu ve Halkla İlişkiler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, Y. 2007, s. 64.

hakkı idari faaliyetlerin kontrolü ve denetimi için gerekli ve etkili bir usuldür.¹⁴ Nitekim iletişim eksiklikleri kamusal faaliyetlerin gereği gibi sunulmasına engel olan ciddi bir faktördür.¹⁵ Açık bir yönetim anlayışı idarenin işlem ve eylemlerinin dürüst, adil ve eşit bir şekilde tesis edildiği konusunda kamuoyunda bir güven sağlayacak ve bu durum işlemlerinin etkisini ve istikrarını olumlu anlamda etkileyecektir.¹⁶

Bilgi edinme hakkı, yönetimde açıklık ve katılımcılık gibi ilkelerin gerçekten uygulanabilmesi için öncelikle idarede ve kamu görevlilerinde kök salmış kapalılık kültürünün ve açıklığa direncin ortadan kaldırılması gerekir.¹⁷ Bir hukuk devletinde vatandaşların haklara sahip olmasının yanında toplum lehine ciddi yükümlülükleri olan ve bunlara uyan bir idarenin varlığı oldukça önemlidir. Bilgi edinme hakkının gereken başarıya ulaşması da kişilerin bilgi edinme konusunda ne kadar imkân olduğunun yanında, idarenin bu konuda ne kadar yükümlülüğü olduğuyla yakından ilgilidir.¹⁸ Dolayısıyla şeffaflığı içselleştirmiş bir idare kişilerin başvurusuna gerek kalmaksızın kendi kendisini toplumun denetimine her daim açmalıdır.

Ayrıca kişilerin yapılacak işlemlerden haberdar olması kamusal imkân ve avantajlardan yararlanma konusunda eşit ve adil dağıtım için gereklidir. Dolayısıyla toplumun bilgilendirilmesi ikinci olarak kamusal faaliyetlere katılarak idareyi etkilemek, denetlenmek ve toplumsal imkanların eşit ve adil dağıtılması için gereklidir. Bunun yanında kamuoyunun bilgilendirilmesi ile kişilerin hak ve menfaatlerine göre iş ve eylemlerini tayin etmesine ve işlemlerin yol açacağı hukuki etkilere hazırlanmasına imkân verilir. Bu durum hukuk devletinin ön koşulu olarak konumlandırılan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine¹⁹ de uygun olacaktır.

Kişilerin kamu hizmetlerinin sunumunda bilgilendirilmesi halkın katılımını sağlayan demokratik ilkelere uygun, adil ve güvenilir bir uygulama imkânı sağlar.²⁰ Gerçekten katılımcılık ancak yeterli şekilde bilgi sahibi olmakla mümkün olabileceğinden bu iki hakkın birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.²¹ Bu

¹⁴ Sait Güran, “*Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu*”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 9, Y. 1992, 31.

¹⁵ Nuri Tortop, “*Kamu Yönetiminde Halkla İlişkilerin Önemi*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2003, s. 15.

¹⁶ Güran, “*Yönetimde Açıklık*”, s. 105.

¹⁷ Filiz Tufan Emimi / Çağlar Eren Ayaz, “*Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı: Büyükşehir Belediye Web Sayfaları Üzerinden Bir Değerlendirme*”, Journal of Awareness, C. 3, S. 1, Y. 2018, s. 18-19.

¹⁸ Sait Güran, “*Hak Arama*”, s. 34.

¹⁹ AYM, E. 2015/63, K. 2015/106, 25.11.2015, § 6.

²⁰ Tufan Emimi / Ayaz, s. 15.

²¹ Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu m.13’te yer alan “... *Hemşehrilerin, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilendirme ... hakları vardır...*” düzenlemesinde de bu duruma işaret ederek katılım ve bilgi edinmeyi birlikte zikredilmiştir.

yönü ile kamuoyunun bilgilendirilmesi hizmetlerin etkili ve verimli yürütülmesi bakımından oldukça önemlidir. Nitekim şehir içi toplu taşıma hizmetlerinin bile gereği gibi yerine getirilebilmesi için otobüs seferleri ve saatleri hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi olmazsa olmaz niteliktedir.

Diğer yandan kişilerin talep edecekleri bilgilerin ve belgelerin önceden alenileştirilmiş olması bu yönde yapılacak başvuruları azaltacak ve Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulamasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) m.6'da da vurgulandığı üzere, idarenin bu konudaki iş yükünü de ciddi ölçüde azalacaktır. Gerçekten bu durumda kişiler idareye ya hiç başvurmayacak ya da BEHK m.8 gereği idare bu gibi başvuruları karşı bilginin ne zaman ve nerede yayımlandığını açıklamakla yetinecektir. BEHK m.7/2 gereği ayrı ve özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz gerektirdiği için olumsuz cevaplanabilecek konularda önceden çalışılarak ortaya çıkan verilerin alenileştirilmesi de bu yöndeki ihtiyaçların karşılanması taleplerin reddedilmesine engel olur. Bu bakımdan idarelerin kendilerine yapılacak bireysel talepleri beklemeden kamuoyunu bilgilendirmesi bilgi edinme hakkının özüne uygun olacaktır.²²

Toplumun bilgilendirilmesi hakların etkin ve verimli kullanılması için önemlidir. Öncelikle bilgi edinme hakkının bireysel anlamda daha etkili kullanılabilmesi için idarenin alenileştireceği bilgiler bireysel talepler için gerekli genel bilgiyi sağlayacaktır. Yönetmelik m.6 ve 7'de bilgi edinme hakkının etkin kullanılabilmesi için alenileştirilmesi gereken bilgiler gösterilmiştir. Bunun yanında idari işlemlerin alenileştirilmesi hak arama hürriyeti bakımından idari işlemin tescilli aşamasında alenileştirme ise idari istikrar bakımından önemlidir.²³ Yine çevre hakkının, kamu hizmetlerine girme hakkının ve mülkiyet hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için toplumun bilgilendirilmesi gerekir.

Bazı durumlarda idarenin ağır tedbirlere başvurmadan önce ölçülü bir işlem tesis edilebilmesi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Nitekim yapılacak denetimin ve tedbirlerin esas amacı aykırılığın ortadan kaldırılması olduğuna göre ilgili kişilerin bilgilendirilmesi ve uyarılması ile tehdidin ortadan kalkması mümkün ise ilgililerin bilgilendirilmesi ölçülülük bakımından öncelikle tercih edilmesi gereken yoldur.²⁴

Dolayısıyla idarelerin bilgilendirme yükümlülüğünü sistemleştirmek, hizmetlerin yürütülüşünü kolaylaştıran, idarenin mali ve idari denetimine katkı su-

²² Can Azer, *Bilgi Edinme Hakkı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010, https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37330/can_azer.pdf?sequen, (erişim tarihi 30.04.2021), s. 164.

²³ Güran, "*Hak Arama*", s. 29.

²⁴ Örneğin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m.24/6'ya göre polis amiri hukuka aykırı bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmeden önce göstericileri bilgilendirmesi/uyarması gerekir.

nan, özellikle bilgi edinme hakkının etkin kullanılması için kişilerin ilk genel bilgiyi edinmesine imkân tanıyan ve diğer yandan yeterli şekilde bilgilendirildiğini hisseden kişilerin bilgi edinme başvurusu yapmasına engel olarak ortaya çıkabilecek iş yükünü azaltan ve kamusal faaliyetlerin sunumu bakımından önem arz eden bir konudur.

II. KAMUOYUNU BİLGİLENDİRME ARAÇLARI, YÖNTEMLERİ VE ŞEKİLLERİ

A. Kamuoyunu Bilgilendirme Araçları ve Yöntemleri

Bilgilendirme yükümlülüğü birçok farklı şekilde yerine getirilebilir. Özellikle genel düzenleyici işlemlerin kamuoyuna duyurulması yöntemlerinden ilki ve en alışlagelmiş, işlemin Resmî Gazetede yayınlanmasıdır.²⁵ Diğer yandan sadece genel düzenleyici işlemler bakımından değil; bir takım birel işlemler bakımından da işlemin Resmî Gazetede ilan edilerek alenileştirilmesi usulü öngörülmüş olabilir.

Resmî Gazeteye internet üzerinden kolaylıkla ulaşılabilmesi bu yöntemin elverişliliği bakımından bir avantajdır. Aleniyetin sağlanmasında teknolojik gelişmelerin kolaylaştırıcı ve imkânlar doğurucu etkisi yadsınamaz.²⁶ İnternet kullanım yaygınlaşması bu imkânın sıkça kullanılmasına imkân tanımaktadır. Nitekim Yönetmeliğin 6. maddesinde alenileştirilecek bilgi ve belgeler bakımından esas yöntem olarak bilgi iletişim teknolojilerini kullanmak gösterilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde ise kurumların internet sitelerine işaret edilmiştir. Gerçekten de bugün internet sayfaları, kamu kurum ve kuruluşlarınca yaygın olarak kullanıldığından, kamuoyunun bilgilendirilmesi için kullanışlı ve kolay bir yöntemdir.

Hatta bazı durumlarda kurumlar, yalnız kendi internet siteleri değil yasal dayanaklarla ya da reklam vermek suretiyle diğer internet sitelerini de kullanmaktadır. Fakat bilgi iletişim teknolojileri internet siteleri ile sınırlı değildir. Günümüzde kamu kurum ve kuruluşlarının yoğun olarak kullandıkları sosyal medya hesapları bu konuda bir diğer yöntem olarak gösterilebilir. Diğer yandan e-posta ya da kısa mesaj göndermek veya telefonla aramak gibi yöntemler de diğer iletişim teknolojileri olarak sık sık kullanılmaktadır.

İdarelerin kamuoyunu bilgilendirmek için çoğu kez kendisi dışındaki enformasyon kaynaklarını kullandıkları görülmektedir. Özellikle yazılı, görsel ve işitsel basın bu konuda oldukça elverişli bir imkân sunmaktadır. Bu kaynaklar internetin yaygın olarak kullanılmasından önce çok daha önemli olsa da, halen önemini sürdürmektedir. Örneğin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m.6/3 düzenlemesi bu konuda güzel bir örnek olarak “*Belirlenen toplantı ve*

²⁵ Örneğin bkz. Anayasa m.104/5, m.104/11, m.124/2 ve Yönetmelik m.6.

²⁶ Tuğba Asrak Hasdemir, “*Türkiye’de Kamusal İletişim ve Bilgi Edinme: 10 Yılın Ardından Panoromik Bir İnceleme*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 47, S. 3, Y. 2014, s. 126.

gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhı yerel gazeteler ile valilik ve kaymakamlık internet sitelerinden ilan edilerek ...” halka duyurması gerektiğini belirtmektedir.²⁷

Bunlara ilaveten idari makamlarca yapılan ve toplumu ilgilendirdiği için haber değeri taşıyan basın açıklamaları, herhangi bir zorlamaya gerek olmaksızın basın yayın organları gibi enformasyon kaynakları tarafından halka ulaştırılmaktadır. Bununla birlikte Basın İlan Kurumunun Teşkiline Dair Kanun m.37’de verilen yetki ile hazırlanan Resmi İlan ve Reklamlar ile Bunları Yayınlayacak Süreli Yayınlar Yönetmeliği kapsamında idarelerin ilan ve reklam verme imkanları ve basın yayın organlarının ise bunları yayınlama mecburiyeti bulunmaktadır.

Bunların yanında özellikle yerel ölçekte etkili konuların duyurulmasında ilan ve duyuru yapmak da oldukça sık kullanılan yöntemlerdendir. Bu konuda pankart hazırlamak, işlemi panoya asmak, açıklayıcı tabelalar yerleştirmek, trafikte düzenleme ve denetleme ve bilgilendirme amacı ile levhalar hazırlamak, yürütülen faaliyetlere ilişkin olarak broşürler hazırlamak ve dağıtmak²⁸ gibi basılı ve görsel yöntemler kullanılabilir. İşitsel ve görsel olarak davet üzerine veya genel katılıma açık toplantılar düzenlemek ya da eski fakat halen kullanılan bir yöntem olarak hoparlör ile duyurular yapmak da kullanılan sözlü ve işitsel yöntemlere örnek olarak gösterilebilir.

B. Kamuoyunu Bilgilendirme Yükümlülüğünün Görünüş Şekilleri

1. Bilgilendirme Yükümlülüğü ve İdarenin Takdirine Bırakılan Konular

Bazı konularda kamuoyunun bilgilendirilmesi idarenin takdirine bırakılmış, bazı konularda ise idare bilgilendirme konusunda yükümlü kılınmıştır. Mevzuatta kamuoyunu bilgilendirir, gerekli vasıtalarla duyurulur, alenileştirir gibi ifadelerin kullanılması idarenin bu konudaki bilgi ve belgeleri alenileştirme yükümlülüğü olduğunu gösterir. Nitekim yönetmeliğin bilgi verme yükümlülüğü kapsamında alınacak tedbirler başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasında bilgi edinme hakkının etkin kullanılabil-

²⁷ Benzer şekilde Atıksu Altyapı ve Eysel Katı Atık Bertaraf Tesisleri Tarifelerinin Belirlenmesinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 23/2. maddesinde de tarife ücretine ilişkin karar alınmadan önce halkın katılımına imkân vermek amacıyla atıksu altyapı yönetimleri ve evsel katı atık idareleri tarafından hazırlanan raporların yerel gazeteler ve diğer haber alma kaynakları kullanılarak duyurulması gerektiği belirtilmiştir. Yine m.23/4’ün “*Belediyeler ve Mahalli İdare Birlikleri ücret ve tarifelere ilişkin aldıkları meclis kararlarını diğer meclis kararları gibi duyururlar. Diğer atıksu altyapı yönetimleri ve evsel katı atık idareleri tarafından halkın atıksu ve evsel katı atık ücret ve tarifeler için görüş ve önerilerini değerlendirildikten sonra yerel gazeteler ve diğer haber alma kaynakları kullanılarak halka duyurulur*” şeklindeki düzenlemesi ile bu kez alınan karar hakkında halkın bilgilendirilmesi için benzer yöntemin kullanılması gerekliliğine işaret edilmiştir.

²⁸ Örneğin Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği m.9/4’e göre, “*Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar tarafından halkı bilgilendirmek amacıyla broşür dağıtmak, anket, seminer gibi çalışmalar Halkın Katılımı Toplantısından önce yapılabilir veya internet sitesinden yayınlanabilir*”.

mesi ve bilgi edinme başvurularından kaynaklanan iş yükünün en aza indirilebilmesi amacıyla kurum ve kuruluşların alenileştirmesi gereken bilgi ve belgeler sayılmıştır.

Buna göre idareler, “a) Görev ve hizmet alanlarına giren konulardaki bilgi veya belgelerin konularını ve bunların hangi birimde mevcut olduğunu ihtiva eden kurum dosya planlarını, b) Görev ve hizmet alanlarına giren konulardaki temel nitelikli karar ve işlemlerini, mal ve hizmet alımlarını, satımlarını, projelerini ve yıllık faaliyet raporlarını, c) Görev ve hizmet alanlarına giren konulardaki kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı veya diğer düzenleyici işlemlerin neler olduğunu, yayımlanmışsa hangi tarihli ve sayılı Resmi Gazetede yayımlandığını, görev ve hizmet alanlarıyla ilgili mevzuatın değişiklikleri işlenmiş halini, ...” kamuoyunun bilgisine sunmak zorundadır. Yine yönetmeliğin 6. maddesine göre idareler bunlara ilave olarak kesinleşen faaliyet ve denetim raporlarını kamuoyunun incelemesine açık hale getirmek zorundadır.²⁹

Diğer yandan çoğu düzenlemede, kamuoyunun bilgilendirilmesi idarenin takdirine bırakılmış, yapılan düzenleme ile idareye yol gösterilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde de buna örnek olacak şekilde alenileştirmesi idarenin takdirine bırakılan konular gösterilmiştir. Buna göre idarelerin ihtiyari olarak yayımlayabileceği bilgi veya belgeler, “a) Teşkilat yapısı, görevler, bütçe, gelir ve giderler hakkındaki bilgi veya belgeler; b) Personel sayısı ve statüleri hakkındaki bilgiler; c) Verilen hizmetlere ilişkin bilgiler; d) Karar alma, hizmet sunma ve politika oluşturma yöntemlerine ilişkin bilgiler; e) Kamuyu etkileyen kararlar ve gerekçeleri, politikalar, bunlar hakkında idare tarafından yapılan değerlendirmeler ve bu kararların alınmasına dayanak teşkil eden temel bilgiler ve veriler; f) Kayıt, dosyalama ve arşiv düzeninin tanıtımına ilişkin bilgiler; g) Şikâyet ve başvuruların yapılma usulü ve verileceği merci veya yetkili kişi hakkında bilgiler; h) İstatistiki veriler, araştırma raporları, makaleler ve diğer belgeler” şeklinde sayılmıştır.³⁰

İdarenin takdirine bırakılan konuların yönetmelikte sınırlı şekilde sayılması doğru bir yaklaşım değildir.³¹ Fakat takdire bırakılan konuların sınırlı sayılması

²⁹ Büyükşehir belediyelerinin internet siteleri üzerinde yapılan bir çalışmada yer alan verilerde, yönetmelikte mecburi olarak alenileştirilmesi gereken mal ve hizmet alım/satım konuları ile büyükşehir belediyelerinin görev alanlarına giren mevzuatın yayımlanması konularında gerekli özen gösterildiği görülsede; standart dosya planlarının, temel nitelikli kararların, denetim ve faaliyet raporlarının yayımlanması konusunda büyükşehir belediyelerinin aynı özeni gösterdikleri görülememektedir. Bkz. Tufan Emni / Ayaz s. 21.

³⁰ Büyükşehir belediyelerinin kendilerine Yönetmeliğin 6. maddesinde görev olarak verilen konulardaki bilgi ve belgeleri dahi alenileştirmeyi gereği gibi gerçekleştiremediği göz önünde bulundurulduğunda, takdirlerine bırakılan alanlarda daha fazla ihmalkâr davranışta bulunmaları sürpriz değildir. Nitekim büyükşehir belediyelerinin internet siteleri üzerinde yapılan idarelerin takdire bırakılan konularda da gerekli özeni göstermedikleri gözlenmiştir. Bkz. Tufan Emni / Ayaz, s. 22.

³¹ Kaya, s. 229; Azer, s. 164.

idarenin sayılan konular dışında bilgi veremeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. İdareler bu düzenlemede sayılan konuların dışındaki konularda da kamuoyunu bilgilendirebilir. Nitekim takdire bırakılan konuların sayılanlardan ibaret olduğunu kabul etmek için haklı bir neden yoktur. Yönetmeliğin 7. maddesinde sayılan hususlar örnek niteliğindedir. Dolayısıyla düzenleme yapılmamış herhangi bir konuda idarenin yürütülen faaliyetin niteliğinden kaynaklanan bilgi verme yükümlülüğü devam etmektedir.³²

Yönetmeliğin dışında da kimi hallerde idarenin toplumu bilgilendirmesi takdire bırakılmış kimi hallerde ise bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.58/4'e göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmî Gazetede ilan edilmesi yürürlük şartı olarak gösterilmiştir. Yine örneğin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m.6'ya göre belirlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü yerlerinin, kararı alan idari makamın internet siteleri ve yerel gazeteler vasıtası ile duyurması zorunludur. Diğer yandan bazı önemli konularda idarenin takdiri devam etmektedir. Örneğin Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik m.7'de sunulan bilgilerin kamuoyuyla paylaşılması komitenin takdirine bırakılmıştır. İnsan sağlığını yakından ilgilendiren bir konuda bilgilendirme yapıp yapmamayı idarenin takdirine bırakan bu düzenlemenin ve uygulamada toplumun bilgilendirilmemesi durumunda idarenin, kamuoyuna bilgi vererek toplum sağlığının korumaktan daha önemli ne gibi bir menfaat olduğu sorusuna muhatap olması pek muhtemeldir.

Bu konuda sonuçlarındaki farklılık nedeniyle ilginç bir örnek 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) m.413'te yer almaktadır. Vergi mükelleflerinin Gelir İdaresi Başkanlığı'ndan ya da bu hususta yetkilendirilmiş diğer kişilerden vergi uygulaması bakımından tereddütlü gördükleri konularda izahat talep etme hakları vardır. Gelir İdaresi Başkanlığı kişilerden gelen izahat taleplerini bireysel bağlamda (özelge ile) cevaplandırabileceği gibi bu konuda tüm mükellefleri aydınlatmak, soru işaretlerini gidermek ve uygulamaya yön vermek için genel nitelikli bir açıklama (sirküler ile) da yapabilir.

Özelge ile bireysel nitelikte cevap verilmesi yerine sirküler ile genele hitap edecek şekilde cevap vermenin tercih edilmesi durumunda, sirküler tüm mükellefler, müfettişler ve Gelir İdaresi Başkanlığı açısından bağlayıcı olacaktır.³³

³² Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. C. 2. Faaliyetin Niteliği Gereği Kamuoyunun Bilgilendirilmesi başlığı.

³³ Hasan Aykın, “Özelge mi, Sirküler mi İsterdiniz?”, <https://vergidosyasi.com/2017/01/22/ozelge-mukteza-mi-sirkuler-mi-istersiniz/>, (erişim tarihi 16.02.2020), s. 1; Bu örnekte idare sonraki işlemleri bakımından kendisini bağlamış olmaktadır. Nitekim sirkülere aykırı rapor düzenlenmesi durumunda tarhiyatın iptali gündeme gelecektir bkz. Selim Kaneti / Esra Ekmekçi / Gülşen Güneş / Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, 1. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 40.

Maddenin beşinci fıkrasında sirkülerin Gelir İdaresi Başkanlığı internet sitesinde yayımlanarak alenileştirileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla VUK m.369'da izahat talebinin sirküler ile karşılanması durumunda sirküler lehine daha geniş bir koruma sağlandığı görülmektedir.³⁴ VUK'ta bir nevi bilgi edinme başvurusu niteliğinde olan izahat taleplerinin karşılanması için özgelge veya sirküler çıkarmak arasında idareye takdir yetkisi bırakılmış fakat bu iki usulün sonuçları arasında ayırım yapılmıştır.

Dolayısıyla bu örnekten ilhamla idarenin kamuoyunu bilgilendirmesini sadece tek yanlı olarak değerlendirmemek gerekir. İdare kendisine yapılan bireysel başvurularda konu geneli ilgilendiriyorsa özel cevap vermek yerine, kamuoyuna yönelik bir açıklama yapmak takdirine sahip olmalıdır. BEHK'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi de uygulama bakımından yararlı olabilir. Diğer yandan BEHK'da ve yönetmelikte bu yönde bir düzenleme yer almasa da buna engel bir durumda da olmadığından, kendisinden bilgi ve belge talepleri konusunda başvuru yapılan idare, özel nitelikte olmayan geneli ilgilendiren konulardaki bireysel başvuruları aleni bir şekilde cevaplandırabilir.

2. İdari Usul Şartı Olarak Kamuoyunun Bilgilendirilmesi ve İdari Kararların Duyurulması

İdarenin kamuoyunu bilgilendirmesinin zamanı bakımından ikili bir ayırım yapmak mümkündür. İlk olarak idari kararların kamuoyunu bilgilendirmek amacı ile ilan edilmesi ya da diğer bir deyişle kamuoyunun idari kararlar konusunda bilgilendirilmesi mümkündür. Kanunların, milletlerarası anlaşmaların, düzenleyici işlemlerin duyurulması ve bu konuda yapılan değişikliklerin hem resmî gazetede hem de ilgili kamu kurumunun sitesinde yer alması gerekir.³⁵

İdari kararların duyurulması ya da mevzuatın ilan edilmesi şeklindeki bilgilendirmelerde, işlem hali hazırda tesis edilmiş olduğundan, vatandaşların bunlara karşı dava açmak dışında etki etme imkânı yoktur. Bu nedenle idarenin bu nitelikteki faaliyetleri daha ziyade mevzuatı ilan etmek olarak görülerek, bilgi verme yükümlülüğünden farklı değerlendirilmiştir.³⁶ Buna karşılık bu hallerde de kamuoyunun bilgilendirildiği inkâr edilemez. Gerçekten kararların duyurulması da geniş anlamda kamuoyunu bilgilendirmenin bir parçasıdır.³⁷ Nitekim idari kararların alenileştirilmesi kişilerin iş ve işlemlerini, davranışlarını sevk ve idare etmeleri, şeffaflık, idarenin denetimi ve idari istikrar bakımından önemli bir ihtiyaçtır.

³⁴ Aykın, s. 4.

³⁵ Bkz. Anayasa m.104/5, m.104/11, m.124/2 ve Yönetmelik m.6. Anayasa m.104/19'a göre kararnameler ve yönetmelikler, yayım bakımından özel bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girecektir.

³⁶ Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İÜHF Yayınları, No. 351, İstanbul, 1971, s. 161-162.

³⁷ Geniş anlamda bilgi edinme hakkı tanımını için bkz. Soykan, s. 65.

Yalnız cumhurbaşkanlığı kararnameleleri, yönetmelikler, tebliğler ve genelgeler gibi genel düzenleyici işlemler bakımından değil; kamuoyunu yakından ilgilendiren ve alenileştirilmesinde kamusal menfaatler bulunan diğer konularda da idareye görev verilmektedir.³⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda (2007)7 sayılı Üye Devletlere Tavsiye Kararı m.18/1'de, kişilerin bilgi sahibi olabilmesi için birel işlemlerin duyurulması gerekliliğinden ve bu duyurunun genele bildirim şeklinde de yapılabileceğinden bahsedilmiştir.³⁹ Bunun yanında Yönetmeliğin 6. maddesine göre genel veya birel işlem niteliğinde olması fark etmeksizin idarelerin temel nitelikli tüm karar ve işlemlerini alenileştirmesi mecburidir.⁴⁰

Diğer yandan idarenin yalnızca tek yanlı ve icrai işlemleri bakımından değil, kamusal menfaatler gereği idarenin özel hukuk kişileri ile yaptığı idari sözleşmelerin ya da özel hukuk sözleşmelerinin de kamuoyunun bilgisine sunulması gerekir. Gerçekten idarenin mal ve hizmet alımına ilişkin olarak özel hukuk kişileri ile yaptığı sözleşmeler ve bu sözleşmelere ilişkin şartların kamuoyu ile paylaşılması kamusal kaynakların ve imkanların kullanımı ve yapılan sözleşmelerin kamuoyunda denetlenmesi bakımından gerekli bir konudur.

Son dönemde özellikle kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütüldüğü durumlarda idarenin verdiği garantiler konusundaki gizlilik tartışılmaktadır. 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m.17/c düzenlemesinde gösterilen istisnaların dışındaki sözleşmeler Resmî Gazetede yayımlanarak kamuoyuna duyurulur. Yine yapılan sözleşmelerde hazine garantilerine ilişkin olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.49'a göre *"verilen garantiler kamu hesaplarına kaydedilip kamuoyuna gerekli bilgilerin sağlanması amacı ile tutulur"*. Dolayısıyla idarenin özel kişiler lehine verdiği hazine garantileri kamuoyu ile paylaşılmaktadır.

Buna karşılık 3996 sayılı Bazı Yatırım Hizmetlerinin Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da özel kişilere verilen talep garantilerinin kamuoyuna duyurulması konusunda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla idare kendisine bu konuda bir yükümlülük getirilmediği ge-

³⁸ Örneğin Cumhurbaşkanlığı Kararları, 4734 sayılı Kanun m.53/4 gereği ihaleden yasaklama kararları, Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik m.6/5; *"Bakanlık, izin verilen GDO ve diğer GDO'larla ilgili bilgileri Bakanlık internet sitesinde yayımlar"*.

³⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İyi İdare Konusunda (2007)7 sayılı Üye Devletlere Tavsiye Kararı m.18/1'e göre, *"Birel İşlemlerle ilgili olanlar işlem hakkında kesin ve kapsamlı bilgi sahibi olabilmeleri için idari işlemler duyurulur. Duyuru kişiye bildirim biçiminde olabileceği gibi genel bildirim biçiminde de olabilir"*. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, *"Bakanlar Komitesi İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı"*, Çeviren Onur Karahanoğulları, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, (erişim tarihi 16.02.2021).

⁴⁰ İdarelerin temel nitelikteki karar ve işlemlerinin ne olduğu ise tartışmaya açıktır.

rekçesi ile sözleşmeleri ticari sır kapsamında değerlendirilerek hizmetin yüklenicisi özel hukuk kişisine verilen talep garantilerini kamuoyuna açıklamaktan imtina etmektedir.⁴¹ Fakat bu konu her ne kadar idare tarafından açıklanmamış olsa da toplumun bilgi talebi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde verilen garantiler tartışılmaya devam etmektedir. Zira bu konudaki şeffaflık, hem vergi mükelleflerinin mali yükümlülükleri bağlamında faaliyetin denetimi⁴² hem de kayırmacılık ve yozlaşmanın engellenmesi bakımından önemlidir.

İdari kararların duyurulması kimi hallerde ise işlemin icrası aşamasında ya da öncesinde ölçülülük bakımından kişilerin uyarılması için önem arz edebilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda (2007)7 sayılı Üye Devletlere Tavsiye Kararı m.20/4'e göre, "...İşlemin uygulanmasına maruz kalan kişi, izlenen yöntem ve bunun gerekçesi hakkında bilgilendirilir. Zorla uygulama önlemleri orantılı olmalıdır".⁴³ Daha ağır tedbirlere ve müdahalelere başvurmadan önce kişilerin bilgilendirilmesi temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda devlete düşen pozitif yükümlülükler bakımından önemlidir. Bu kapsamda örneğin 2911 sayılı Kanun m.24/son gereği işlemin icrası aşamasına başlamadan polis müdahalesi öncesinde topluluğa dağılmaları aksi halde zor kullanılacağı konusunda uyarıda bulunması ölçülülük bakımından önemlidir.

Diğer yandan bazı durumlarda idarenin kararını değiştirebilmek veya işlemin denetimini kolaylaştırmak gibi nedenlerle kişilerin önceden bilgilendirilmesi bir usul şartı olarak gündeme gelmektedir. Açıklık ilkesi sadece bilgi alınması ile sınırlı da olmadığından özellikle idari faaliyetlere katılma ve bunların yürütülüşü hakkında bilgi sahibi olma da bu ilke kapsamındadır.⁴⁴ Bu gibi durumlarda kamuoyu oluşturularak taleplerinin idareye sunulması sayesinde birçok mesele henüz başlamadan çözülebilecektir.⁴⁵

Bu gibi hallerde ilgililerin bilgilendirilmesi, kamusal kaynakların, imkanları ve avantajların kullanılmasında tüm bireylerin eşit hak ve imkanlara sahip olması ve bu konuda denetimin sağlanabilmesi ile işleme vatandaşların katılmasına ve idareyi etkileyerek o işlemi değiştirmek için yeterli imkana sahip olması amaçlanmaktadır. Nitekim geleneksel anlayıştan farklı olarak bugün kamu kurumları ve vatandaşlar arasındaki ilişki tek yanlı ve sınırlı olarak değil; açıklık ve katılımcılık ilkeleri bağlamında idarenin hesap verebilirliğine dayalı olarak gerçekleşmektedir.⁴⁶

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. Hasan Basri Çifci, *Devlet Garantileri*, 1. bs., Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 120.

⁴² Çifci, s. 120.

⁴³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "*Bakanlar Komitesi İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı*", Çeviren: Onur Karahanoğulları, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, (erişim tarihi 16.02.2021).

⁴⁴ Akıllıoğlu, s. 2.

⁴⁵ Tortop, "*Halkla İlişkilerin Önemi*", s. 16.

⁴⁶ Tufan Emni / Ayaz, s. 14.

İlgisi olan her kişinin başvurabilmesi için kamu personel ilanlarının yeterli vasıtalarla kamuoyuna duyurulması, kamu kurum ve kuruluşlarının eşit ve adil bir ortamın ve rekabetin oluşturulabilmesi için mal ve hizmet alımı ilanlarının duyurulması ya da ÇED sürecinde halkın bilgilendirilmesi toplantısı düzenlenmesi⁴⁷ gibi özel ve aile hayatları üzerinde etkileri olabilecek konularda kişilerin karar aşamasında bilgilendirilmesi bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda esas işlemin tesisinde bir usul şartı, bir hazırlık işlemi olarak yer alan bu aşmaların eksikliği esas işlemin sakat olmasına neden olacaktır.

III. İDARİ FAALİYETLERDE KAMUOYUNUN BİLGİLENDİRİLMESİ

A. Halkla İlişkiler Faaliyeti Kapsamında Kamuoyunun Bilgilendirilmesi

Kamuoyunun bilgilendirilmesi meselenin en karmaşık noktasını idari faaliyetlerin bir uzantısı olarak kamuoyunun bilgilendirilmesi oluşturmaktadır. Bu konuda sistemli ve düzenli bir idari görevden bahsetmek zordur. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik m.5'te "*Kanuni sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla idare, sunduğu hizmetlere ilişkin bilgileri ve mevzuatı, basılı ve elektronik ortamda duyurur*" şeklindeki genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun gibi önceki bölümlerde gösterilen düzenlemelerde de idari faaliyetlere ilişkin konularda kamuoyunu bilgilendirme yükümlülüğü yer alsa da bu yükümlülüğün yöntem ve usulleri idareye terk edilmiş ve yükümlüğe aykırı davranılması durumunda ne olacağı meselesi yanıtsız bırakılmıştır. Buna karşılık bilgiye ulaşmanın ve iletişimin önem kazandığı ve kolaylaştığı bir çağda idari faaliyetlerin bilgi ve iletişime dayalı boyutu göz ardı edilemez. Gerçekten idari faaliyetlerin büyük bir kısmı iletişime ya da diğer bir deyişle kamunun istek, talep, beklentilerine ve bunların karşılanmasına ilişkindir.⁴⁸

Kamu kurumlarının yürüttükleri idari faaliyetlere ilişkin olarak kamuyu bilgilendirmesi bir yönü ile halkla ilişkiler kapsamında faaliyetin bir parçası olarak değerlendirilebilir.⁴⁹ Gerçekten halkla ilişkilerin tanıtma, tanıma ve bütünleştirme şeklinde sayılan üç evresinden birincisi halkın bilgilendirilmesi, kamuya açıklığın sağlanmasıdır.⁵⁰ Bu noktada kamuoyunu bilgilendirme kapsamında kamu hizmetlerine ilişkin yapılan açıklamaların büyük bir kısmı da halkla ilişkiler faaliyeti olarak görülebilir.

⁴⁷ ÇED sürecinde raporun bakanlığı sunulmasının ardından halkın görüş ve önerilerinin alınması için gerçekleştirilen halkın katılımı toplantısı bu konuda bir örnek olarak gösterilebilir. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği m.9'da halkın bilgilendirilmesi, görüş, öneri ve sorularının alınması için halkın katılımı toplantısı yapılması öngörülmüştür. Bu halk toplantının yapılacağına ilişkin olarak basın yoluyla bilgilendirilecektir.

⁴⁸ Akıllıoğlu, s. 1.

⁴⁹ Yağmurlu, s. 67.

⁵⁰ Yağmurlu, s. 67.

Bu nitelikteki iş ve işlemlerin ise idari etkileri sınırlı olsa da oldukça önemlidir. Zira yapılan çalışmalarda halkla ilişkilerin idare ve vatandaş arasında kurulması gereken köprü için önemine ve kamu hizmetlerin başarısındaki olumlu etkisine dikkat çekilmektedir.⁵¹ Halkla ilişkilerin hizmetin başarısı üzerindeki olumlu etkisi dikkate alınarak suçla mücadele gibi kapalılık gerekçelerinin daha haklı görülebileceği bir alanda dahi yürütülen faaliyetler bakımından gizliliğin belli bir seviyenin üstüne varmaması gerektiği belirtilmektedir.⁵²

Dolayısıyla halkla ilişkiler idarelerin yürüttüğü faaliyetlerin tamamlayıcı parçası olarak konumlandırılabilir.⁵³ Bu bakımdan da bilgilendirme yükümlülüğünün hizmetin içerisinde temel bir yere sahip olduğunu söylemek gerekir. Zira halkla ilişkiler faaliyeti, yürütülen hizmetlerin başarısı için olmazsa olmaz nitelikteki vatandaşların güvenini kazanmanın ve desteğini almanın en önemli yoludur.⁵⁴ Bu kapsamda halkla ilişkiler faaliyetinin iki yönlü yapısı, doğru bilgi verme mecburiyeti, inandırıcılık, süreklilik ve açıklık gibi özellikleri⁵⁵ idarenin iş ve işlemlerinde de dikkate alınmalıdır.

Bazı hallerde ise bilgilendirme halkla ilişkilere faaliyetine de yaklaşan toplumun bilinçlendirilmesi için gündeme gelmektedir. Özellikle kamu düzenin sağlanması ve devamlılığı için gerekli olan halk sağlığı, sosyal/ekonomik dezavantajları grupların hakları, kişisel haklarımız gibi konularda kamu spotları ya da insan hakları, kadın hakları, hayvan hakları ve çevresel duyarlılığın artırılması gibi konularda yürütülen toplumun bilgilendirilmesi yöntemine sıkça başvurulmaktadır.

B. Faaliyetin Niteliği Gereği Kamuoyunun Bilgilendirilmesi

Önceki bölümlerde kamuoyunun bilgilendirilmesi konusunda gösterilen örnek düzenlemelerin ortak noktası idarenin güçlü konumunu kişiler lehine dengeleme amacıdır. Kamuoyunu bilgilendirme anlayışının ve mecburiyetinin bir diğer amacı ise kural olarak şeffaflığın, yürütülen faaliyetin başarısına ve verimine olumlu katkı sağlayacağıdır. İletişim kanallarının açık olması ve idarenin işlem ve eylemleri hakkında vatandaşları bilgilendirmesi idari faaliyetlerin başarısı bakımından oldukça önemlidir.⁵⁶ Dolayısıyla idareye yapılan başvuruların dışında idarenin kamuoyunu yürüttüğü faaliyetler hakkında bilgilendirmesi hem

⁵¹ R. Cengiz Derdiman, “Kamu Yönetiminde Polis-Halk İlişkileri ve İşbirliği”, Türk İdare Dergisi, Y. 68/1996, S. 412, s. 142.

⁵² Derdiman, s. 144.

⁵³ Derdiman, s. 132.

⁵⁴ Örneğin polislerin halkın desteğini kazanması bakımından halka bilgi verilmesi gerekçeli işlem yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Derdiman, s. 142.

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Zeyyat Sabuncuoğlu, *İşletmelerde Halkla İlişkiler*, 9. bs., Alfa Aktüel, Bursa, 2008, s. 73-77.

⁵⁶ Yağmurlu, s. 63-64.

idari gücün dengelenmesi hem de yürütülen faaliyetin amacına hizmet etmesi bakımından önemlidir.

Toplumsal hayatın hızla gelişmesi ve değişmesi karşısında idarenin görev ve sorumlulukları da gelişir, değişir ve karmaşıklaşır. Bu kapsamda bilgilendirme bilinmezliklerle mücadelenin temelinde yer almaktadır. Özellikle 2019 yılında patlak veren salgın hastalıkla mücadele, kamuoyunun bilgilendirilmesi mecburiyetini ve doğru bilginin önemini gözler önüne sermiştir. Bu alanlarda idare, idari faaliyetleri gereği gibi yürütebilmek için keşmekeşin içerisinde yer alan vatandaşları en doğru şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür.⁵⁷ Hatta bu durum bazı hizmetler bakımından adeta hizmetin tamamlayıcısı olarak görülmeli ve yetersiz bilgilendirme nedeniyle hizmetin gereği gibi yürütülmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Hizmetlerin bir parçası olarak kamuoyunun uyarılması bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin Meteoroloji Genel Müdürlüğü'nün hava durumuna ilişkin uyarıları ve kamuoyunu bilgilendirmesi can ve mal kayıplarının engellenmesi bakımından gerekli ve önemlidir. Yine trafikte kişilerin bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesine ilişkin tabelalar yerleştirilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bu konunun kendisini gösterdiği önemli alanlardan bir diğeri suçla mücadelede çerçevesinde karşımıza çıkar. Son dönemde özellikle dolandırıcılık suçlarında Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ve İçişleri Bakanlığı'nın kişisel telefonlar vasıtasıyla vatandaşları doğrudan ve basın-yayın organları gibi enformasyon kaynakları vasıtasıyla kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik çalışmaları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kişilerin hukuki durumları üzerinde ciddi etkileri olan konularda kamuoyunun bilgilendirilmesi daha da önemli hale gelmektedir. Nitekim bazı konularda bilgilendirme yükümlülüğünün ihmal edilmesi kişilerin yaşam hakkının ihlal edilmesine dahi yol açabilir. Buna ilişkin AİHM'in İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu vs. Türkiye kararında ortaya koyduğu gibi hava durumu nedeniyle başlangıçtaki kararın değiştirilmesi ve fakat bu konuda ilgililerin uygun vasıtalarla bilgilendirilmemesi ile ortaya çıkan ölüm arasında bir illiyet bağından ve bu nedenle idarenin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.⁵⁸

Yine örneğin birçok kişinin özel hayatını sağlığını ve yaşam hakkını yakından ilgilendiren çevreye olumsuz etkileri olan konularda kamuoyunun bilgilendirilmesi bir yükümlük olarak gündeme gelmektedir.⁵⁹ Çevreye ilişkin konular

⁵⁷ Yağmurlu, s. 67.

⁵⁸ Olayda kar fırtınası nedeniyle okulların erken tatil edilmesine karar verilmiş fakat idare ne üzerine düşen diğer sorumlulukları gerçekleştirmiş ne de bu konu hakkında gerekli bilgilendirmeleri yapmıştır. Dolayısıyla meydana gelen ölüm olayından sorumluluğu tespit edilmiştir. Bkz. İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu vs. Türkiye, B. No. 19986/06, KT. 10.04.2012, § 41.

⁵⁹ Kaboğlu, s. 83-84.

gerçekten genellikle geniş kesimleri sağlık, yaşam hakkı, çevre hakkı gibi konular bakımından etkiyebilecek niteliktedir. Bu konulardaki bilgi eksikliğinin hiç ya da gereği gibi giderilmemesi idareye güveni sarsılmasına ve çevresel etkilerinin artmasına sebep olmaktadır.⁶⁰ Buna bağlı olarak ise çoğu kez temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesine sebep olmaktadır.

Öneryıldız vs. Türkiye davasında da AİHM ciddi sonuçlar meydana getirme tehlikesi barındıran çevresel bir meselede, diğer yükümlülüklerinin yanında başvuruçuları bu alanda yaşamının barındırdığı riskler konusunda üzerine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen can ve mal kayıplarında idari makamların sorumlu olduğunu ve bu nedenle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶¹ Nitekim idare tarafından yeterli şekilde bilgilendirilen kişiler, çevresel olumsuz etkiler barındıran konunun hayatları üzerinde etkilerini değerlendirme imkanına sahip olacaktır.⁶² Buna karşılık yetkili makamların bilgilendirme yükümlülüğü elbette bilebilecekleri konularla sınırlıdır⁶³ ve yeterli şekilde bilgilendirme durumunda bu yükümlülük sona erecektir.⁶⁴

Bazı hallerde kamuoyunun bilgilendirilmesi idarenin meseleye ön müdahalesi olarak değerlendirilebilir. Gıda Kolluğu konusunda bunun örneğini kolaylıkla görebilmekteyiz. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın gıdalarda sahtecilikle mücadele konusunda önemli bir yetkisi ve imkânı sahteciliği yaparak halk sağlığını riske atan işletmeleri ve onların ürünlerini ifşa etmektir.⁶⁵ Bakanlık bu nitelikteki

⁶⁰ Zerrin Toprak Karaman / Şermin Atak, "Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Korumacı Politikalara Etkisi", Türk İdare Dergisi, Y. 68/1996, S. 412, s. 114-116.

⁶¹ Öneryıldız vs. Türkiye, B. No. 48939/99, KT. 30.11.2014, § 108.

⁶² Di Sarno ve Diğerleri vs. İtalya, B. No. 30765/08, KT. 10.04.2012, § 107.

⁶³ AİHM Yetkililerin elinde başvuranın babasını Radyasyona karşı uyarmak/bilgilendirmek ya da başka tedbirler almak konusunda yeterli bilgi olmaması nedeniyle sorumlulukları olmadığına karar vermiştir. Bkz. LCB vs. UK, B. No. 14/1997/798/1001, KT. 09.06.1998, § 40-41; Ayrıca bkz. Öneryıldız vs. Türkiye, B. No. 48939/99, KT. 30.11.2014, § 101.

⁶⁴ Bilgilendirme yükümlülüğü gerekli uyarıların yapılmasıyla sona erse de diğer sorumluluklar devam edebilir. Örneğin Di Sarno ve Diğerleri vs. İtalya davasında mahkeme, devletin katı atık toplama hizmetini yerine getirmediğini ve yetkili makamların ilgililere kirli bölgede yaşamının getirdiği tehlikeler hakkında bilgi vermediğini tespit etmiştir. Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermişse de İtalyan makamların ilgilileri bilgilendirmiş olduğunu da ayrıca vurgulamıştır. Bkz. Di Sarno ve Diğerleri vs. İtalya, B. No. 30765/08, KT. 10.04.2012, § 113.

⁶⁵ **Şeffaflık ve gizlilik**

Madde 8 - (1) Bakanlık resmi kontrollerle ilgili faaliyetlerin üst düzeyde şeffaflık ile yürütülmesini temin eder. Bakanlık, Kanununun 31'inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan hükümler gözetilmek suretiyle,

Aşağıdaki bilgileri, Bakanlık resmi internet sitesinde duyurmak suretiyle kamuoyunun bilgisine sunar:

Onaylı ve kayıtlı işlemler,

Onayı askıya alınan işletmeler,

Onayı iptal edilen işletmeler,

ürünleri ifşa etmekle yetinmemekte; bu işletmelerin faaliyet iznini iptal etmekte, bu ürünlerin satışını ve dolaşımını yasaklamakta ve bu ürünleri toplatmaktadır. Fakat Bakanlığın piyasada yer alan tüm ürünleri toplaması belirli bir süre alacağından bu noktada acil bir eylem olarak kamuoyunun bilgilendirilmesi oldukça kritik öneme sahiptir. Nitekim günün iletişim olanakları herhangi bir fiziki hareketten daha hızlı bilgi hareketine imkân vermektedir.

Buna karşılık idarelerin özellikle beklenmeyen ve toplumun tamamını ilgilendiren konularda kamu düzeni üst başlığı altında “devlete güven” ve “panik yaratmama” gibi gerekçelerle çoğu kez ya gerçeği gizlendiği ya da tam olarak açıklanmadığı görülmektedir.⁶⁶ Bilgi edinme hakkının istisnaları arasında kamu düzeni yer almaktaysa da bu gibi hallerde hızlı karar verilmesi gerekmekte ve idareler bir esas kural olarak gizliliği tercih etmektedir. Ancak gizliliğin açıklık karşısında kural bir uygulama teşkil edecek kadar fazla yarar barındırdığı iddia edilemez. Nitekim çoğu durumda doğru bilgi kamu düzeni bakımından da hayattır.⁶⁷ Diğer yandan gerçeğin ortaya çıkması çok sürmemekte ve bu durum meseleyi daha da karmaşık hale getirmektedir.

Yönetmelikte ve diğer mevzuatta her ne kadar zorunlu olarak alenileştirilmesi gereken bilgi ve belgelerin dışındaki konuların idarelerin takdirine bırakıldığı anlaşılrsa da eğer yürütülen hizmetlerin niteliği gerektiriyorsa idarenin kamuoyunu bilgilendirmesini hizmetin bir gereği olarak kabul etmek gerekir. Bilgi edinme hakkının kişi bakımından bir sınırı da olmadığına göre kamu hizmetlerinin yürütülüşüne ilişkin konuların kamuoyuna belli aralıklarla paylaşılması BEHK m.1’de yer alan kanunun amacına da uygun olacaktır. Dolayısıyla ilgili konu geneli ilgilendiriyor ve BEHK m.5’te yer alan istisnalardan birini oluşturmuyorsa, idare kamuoyunu bilgilendirebilir. Eğer faaliyetin niteliği gerektiriyorsa, idare kamuoyunu bilgilendirmek zorundadır. Bu halde idarenin kamuoyunu bilgilendirmemesi hizmetlerin hiç, gereği gibi veya zamanında yerine getirilmemesi anlamına gelir.

C. Bilgilendirmenin Hukuki Sonuçları

İdari işlemlerin tesisi aşamasında bir idari usul şartı olarak kamuoyuna duyurulması gereken bilgilerin duyurulmaması idari işlemin şekil unsuru bakımından

Bakanlıkça faaliyeti durdurulan kayıtlı işletmeler,
Laboratuvar sonucuyla taklit veya tağriş yapıldığı kesinleşen gıda ve yemi üreten/ithal eden firmanın adı, ürün adı, markası, parti ve/veya seri numarası,
Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek şekilde bozulmuş, değiştirilmiş gıdaları üreten ve/veya satan firmanın adı, ürün adı, markası, parti ve/veya seri numarası,

⁶⁶ Karaman / Atak, s. 112.

⁶⁷ 14. Lui yanlış bilgi edinenlerin yanlış yargılara varacaklarını söylemiştir, bkz. Tortop, “İletişim ve Bilgi Edinme”, s. 36. Bunun gibi hiç bilgilendirilmemek gibi belirsizlik ya da yanlış bilgilendirilmek (manipüle edilmek) toplumsal hayat bakımından daha kötü sonuçların doğmasına yol açacaktır.

sakat olmasına ve işlemin iptal edilmesine neden olacaktır. İdari işlemlerin tesisinden sonra kamuoyuna duyurulmaması durumunda ise kimi hallerde dava zamanasını kimi hallerde ise işlemin yürürlük şartı bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir.⁶⁸ Bunların dışında yorum, açıklama, danışma/görüş belirtme ve uyarı-ikaz-hatırlatma şeklinde kamuoyunun bilgilendirilmesi amacı taşıyan ve fakat icrai nitelikte olmayan işlemlerin iptal davasına konu edilmesi ise mümkün değildir.⁶⁹

Diğer yandan hiç bilgilendirmemenin yanında örneğin bilgilerin topluca ve karışık bir şekilde verilmesi halinde bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelebilir. Örneğin kamu ihalelerinin diğer duyurularla karışık şekilde verilmesi bu kapsamda değerlendirilmeye müsait bir örnektir.⁷⁰ Bu gibi durumlarda art niyet aranır ve yapılan ihalenin iptal edilmesine sebep olabilir.

Yargıtay kararlarında idari yaptırıma konu olmuş bazı sınırlamaların yeterli vasıtalarla duyurulması konusu gündeme gelmiştir. Bir Yargıtay kararında Covid-19 salgın hastalığı ile mücadelede idarelerin 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülmemiş sınırlamalara karar verip veremeyeceği tartışılmıştır. Yargıtay idari makamların Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülmemiş olsa da durumun gerektirdiği sınırlamaları alabileceğine karar vermiştir. Buna karşılık alınan kararın halka uygun vasıtalarla duyurulması, kamuoyunun bu konu hakkında yeterince bilgilendirilmesi idarelerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak belirtilmiştir. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda ise kişilerin sınırlamaya aykırı davranışları nedeniyle tesis edilen idari yaptırımlar hukuka aykırı olacaktır.⁷¹

İdari yaptırımlar bakımından bu konudaki daha çarpıcı bir diğer örnek karayollarında hız denetimi yapılan alanlarda, bu denetim konusunda ilgililerin bilgilendirilmesi gerekliliği hakkındadır. Buna göre denetim yapılan alanlarda uyarıcı levhaların, bilgilendirici tabelaların yer almaması yürütülen faaliyetin amacına ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır.⁷² Nitekim trafikte hız sınırı getirilmesi ve bunun denetlenmesi ceza yazmak için değil; kişilerin can ve mal güvenliğini korumak içindir. Bu durumda idarenin bu konuda yeterli bilgilendirmeyi yapmaması tedbiri adeta gelir elde etmek aracı olarak gördüğü anlamına gelecek ve yürütülen faaliyetin amacına aykırı olacaktır.

⁶⁸ Örneğin bkz. 2911 sayılı Kanun m.6 ve 4734 sayılı Kanun m.58/4.

⁶⁹ Nuri Tortop, *Halkla İlişkiler*, 7. bs., Yargı Kitap ve Yayınevi, Ankara, 1998, s. 43; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 330-335.

⁷⁰ Tufan Emimi / Ayaz, s. 23.

⁷¹ Yarg. 19 CD., E. 2020/4354, K. 2020/14250, KT. 09.11.2020, <https://www.lexpera.com.tr>, (erişim tarihi 16.02.2021).

⁷² Yarg. 7 CD., E. 2014/2954, K. 2014/14281, KT. 08.07.2014, <https://www.lexpera.com.tr>, (erişim tarihi 16.02.2021).

İdarelerin kamuoyunu bilgilendirmemesi nedeniyle bir zararın ortaya çıkması halinde ise tam yargı davası gündeme gelir. İdarenin kusurlu sorumluluğundan bahsedebilmek için; hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya gereği gibi işlememesi nedeniyle idarenin kusurlu bir eyleminin veya işleminin varlığı ve bu kusurlu eylem veya işlem nedeniyle bir zararın ortaya çıkması gerekir.⁷³ Kanuni bir yükümlülüğünden kaynaklanan durumlarda ya da hizmetin niteliğinin gerektirdiği hallerde idarenin kamuoyunu bilgilendirmesi bir yükümlülüktür. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve buna bağlı olarak bir zarar ortaya çıkması durumunda hizmet kusurundan bahsedilebilir.

Fransız Danıştay'ı bir kararında kişilerin yanlış bilgilendirilerek yanıltılması nedeniyle zarara uğratılması durumunda idarenin sorumluluğunun gündeme geleceğini belirtmiştir.⁷⁴ Nitekim idarenin, elinde bulundurduğu bilgileri kamuoyu ile paylaşmaktan kaçınması ya da bu bilgileri istediği surette şekillendirerek kamuoyunu manipüle etmesi, kişilerin bilgi edinme hakkı ve bu kapsamındaki menfaatlerine engel olan ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir keyfiliktir.⁷⁵

Bu konu son dönemde kamuoyunda çokça tartışılan salgın hastalıkla mücadelede Sağlık Bakanlığı'nın kamuoyuna açıkladığı verilerde manipülasyon ve TÜİK verilerinin manipülasyonu gibi iddialar çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu gibi iddialar ve ortaya çıkan durumlar kamuoyunda geniş ölçüde tartışılmaktadır. Sağlık Bakanlığı'nın COVID-19 salgın hastalığı ile mücadelesinde kamuoyunu bilgilendirmesi ve yönlendirmesi hem salgının yayılım hızını yavaşlatmak ve sağlık sisteminin çökmesine engel olmak bakımından hizmetin yürütülüşünde önem kazanmış hem de kamuoyu için bir bilinmezlik teşkil eden bu durum karşısında bilgilenme ihtiyacının karşılanması bakımından adeta bir kamu hizmeti haline gelmiştir.

Bu durumda bakanlığın salgın hastalığın henüz başında kimi bilinmezlikler karşısında yanlış veya eksik yönlendirmesi durumunda bir kusuru olmadığından sorumluluğu da söz konusu olamaz. Fakat sonrasında turizm gelirleri ve ekonomi yönetimi gibi gerekçelerle hastalığa ilişkin verilerin gizlenmesi ya da manipüle edilmesi açıklanan rakamların gerçekte uyuşmaması gibi kamuoyunun güvenini sarsan ve sürecin yönetiminde bakanlığın sahip olması gereken saygınlığı azaltan bir durumu beraberinde getirmiştir.

Bu durum bile başlı başına eleştirilmesi gereken, iletişim ve yönetim açısından yanlış bir tercihtir. Nitekim bu konudaki bir güvensizlik sonraki faaliyetlerde iletişim bakımından da etkisini devam ettirecektir. Bilgi veren kaynağın güvenilirliği konusunda kuşku duyulması sonrasında bu kaynağın sağladığı bilgilere de

⁷³ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 7. bs., Turhan Yayınevi, Ankara, 2018, s. 475-482.

⁷⁴ Tortop, *Halkla İlişkiler*, s. 44.

⁷⁵ Musa Eken, "*Bilgi Edinme Hakkı*", İnsan Hakları Yıllığı - Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, C. 17-18, Ankara, 1995-1996, s. 64.

kuşku duyulmasına yol açar ve iletişimi engeller.⁷⁶ Bu durum ise kamusal faaliyetlerin gereği gibi sunulması önünde ciddi bir engeldir.

Buna karşılık açıklanan rakamlara göre az sayıda hasta olduğu konusunda kamuoyunda bir inanç oluşturulmasının kişileri tedbirsiz davranmaya sevk etmesi, bunun sonucunda hastalanan ve hatta hayatını kaybeden insanların olması idarenin hizmet kusurunun değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu durumda gerçek verilerin gizlenmesi nedeniyle yanlış bir kanı oluşturulması ve süreç içerisinde manipülasyonun ortaya çıkması nedeniyle güven ilişkisinin sarsılması dolayısıyla hizmetin gereği gibi işletilemediği söylenebilir. Fakat idarenin kusurlu sorumluluğu kapsamında yapılacak değerlendirmelerde en geçerli itiraz Sağlık Bakanlığı'nın açıklamaları ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağının tespitine ilişkin olacaktır.

Bu konuda yapılabilecek bir diğer değerlendirme ise TÜİK'in kamuoyuna açıkladığı resmi istatistiklerde kullanılan verilerin değiştirilmesi ve dolayısıyla istatistiklerin manipüle edildiği iddiaları hakkında yapılabilir. Resmi istatistiklerin üretilmesi ve kamuoyu ile paylaşılması 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu gereğince bir kamu hizmetidir. Bu konuda yetkili makam olarak TÜİK, bilgileri toplamak, ihtiyaç duyulan alanlarda istatistikler oluşturmak ve oluşturulan istatistikleri kamuoyu ile paylaşmak konusunda görevli kılınmıştır.

Kamuoyuna açıklanan resmi istatistikler kişilerin eylem ve işlemlerinin tesisinde kullanılmak için ihtiyaç duyulan ve birçok hukuksal işleme temel teşkil eden, verilerdir. Bu nedenle bu verilerin manipüle edilmesi, hizmetin gereği gibi işlemediğinden ve bu nedenle ortaya çıkacak zararlar nedeniyle idarenin hizmet kusurundan bahsetmek mümkündür. Fakat kurumun verileri ve bu veriler karşısında oluşturacağı istatistikleri derlemesi ve bu konuda yapacağı bilimsel ve teknik çalışmaların idarenin takdir alanına giren ve mahkemeler bakımından yerindelik denetiminin konusunu oluşturacağı iddia edilebilir.

Buna karşılık 5429 sayılı Kanunun kurumun görev ve yetkilerinin sayıldığı 18. maddesinde, kurum tarafından inceleme araştırma, değerlendirme gibi hususlarda yapılacak teknik araştırma ve çalışmaların uluslararası standartlar ile bilimsel ve teknik araştırmalara dayanması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁷ Bu durumda

⁷⁶ Tortop, "İletişim ve Bilgi Edinme", s. 32.

⁷⁷ **Türkiye İstatistik Kurumunun görev ve yetkileri**

MADDE 18 - Kurumun görev ve yetkileri şunlardır: ...

b) Program ile belirlenen istatistikî faaliyetlerin yürütülmesini organize etmek ve uygulanmasını sağlamak.

c) Resmî istatistiklerin üretimi sırasında kullanılacak istatistikî yöntemleri, tanımları, sınıflamaları ve standartları, **ulusal ve uluslararası normlara uygun olarak belirlemek.**

d) Ülkenin ekonomi, sosyal, demografi, kültür, çevre, bilim ve teknoloji alanları ile gerekli görülen diğer alanlardaki istatistiklerini derlemek, değerlendirmek, analiz etmek ve yayımlamak.

e) Resmî istatistik sonuçlarının **bilimsel ve teknik açıklamalarını yapmak...**

idarenin takdir yetkisine objektif bir sınır olan uluslararası standartlar ile bilimsel ve teknik araştırmalara dayanmayan kararlar ve uygulamalar nedeniyle bir zararın meydana gelmesi durumunda idarenin hizmet kusurundan bahsedilebilir.

Son olarak kamu görevlilerinin halka bilgi vermemek ya da yanıltıcı bilgi vermek gibi durumları ilgili kamu görevlisinin disiplin sorumluluğunu da gündeme getirebilir. Örneğin 7068 sayılı Kanun kapsamında “*Hizmet içinde resmi sıfatın gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak*” on altı ay uzun süreli durdurma disiplin cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.⁷⁸ Gerçekten idarenin kamuoyunu bilgilendirmesinin devlet ve vatandaş arasındaki güven bağı kuvvetlendirdiği göz önünde bulundurulduğunda buna aykırı davranılması kamu görevlisinin güven duygusunu sarsması anlamına gelebilir.

SONUÇ

Toplumsal tartışmalar çerçevesinde irdelenmesi ve denetlenmesi gereken, idare açıklama yapmadıkça kişilerin durumdan haberdar olamayacağı ve yürütülen faaliyetin amacı ve niteliği gereği kamuoyunun bilgilendirilmesinin olmazsa olmaz nitelikte olduğu konularda idare kendisine yapılacak başvuruları beklemeden kamuoyunu uygun ve yeterli yöntemlerle bilgilendirmelidir.

Bugün bir birey, vatandaş ve insan olarak haklarımız, yükümlülüklerimiz, beklentilerimiz ve yaşamımız bakımından önemli konularda doğru bilgiye ulaşmak oldukça zorlaşmıştır. Bu durumda idarenin kendisini, kararlarını, işlemlerini ve faaliyetlerini kamuoyu denetimine açması, sürekli denetim altında olması, kamuoyunu idari faaliyetler kapsamında bilgilendirmesi ve idari faaliyetlerin sunumunda bilgilendirme görevi kamu hizmetlerinin yürütülüşü ile yakından ilgili bir konudur.

İdarenin bu konudaki yükümlülükleri kimi durumlarda kamu hizmetlerinin tamamlayıcısı, kimi durumlarda ise bir kamu hizmeti olarak gündeme gelir. Özellikle kamusal kaynakların ve imkanların eşit ve adil kullanımı gibi konularda toplumsal bir denetim imkânı sağlaması bakımından kamuoyunun bilgilendirilme gerekliliğinin yasal temellere de kavuşmuş olması bunun en önemli göstergesidir. Bilgi vermenin talepten bağımsız, idarenin pozitif bir yükümlülüğü olarak kanuni temellerinin sağlanması ve geliştirilmesi gereklidir.

Kamuoyunu bilgilendirme bir idari yükümlülük olarak kabul edilmesi durumunda idari işlemin şekil ve amaç unsuru içerisinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca bu gibi durumlarda idarenin elindeki bilgi ve belgeleri paylaşmaması ya da gereği gibi paylaşmaması veya bunları manipüle etmesi hizmet kusuru olarak

⁷⁸ Bu husus 7068 sayılı Kanundan önce Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğünde yer alan “*meslek saygınlığını ve halkın güvenini sarsıcı faaliyette bulunmak*” disiplin suçu kapsamında değerlendirilebilirdi. Bkz. Derdiman, s. 150.

kabul edilebilecektir. Dolayısıyla bu kapsamda bir yandan idarenin özellikle idari yaptırımlar konusunda kamuoyunu yeterince bilgilendirmeden işlem tesis etmesi işlemi hukuka aykırı hale getirecek, diğer yandan özellikle bir kamu hizmeti olarak yürütülen ya da bir kamu hizmetinin tamamlayıcısı olarak görülen durumlarda kamuoyuna bilgi vermekten kaçınılması ya da bilgilerin manipüle edilmesi idarenin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. İkinci durumda idarenin yanında bilgilerin manipüle edilmesinde dahli olan kamu görevlilerinin de hem hukuki hem disiplinler hem de cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU**, Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 3-4, Y. 1991, s. 1-12.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar / **SEZGİNER**, Murat / **KAYA**, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 10. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ASRAK HASDEMİR**, Tuğba, “Türkiye’de Kamusal İletişim ve Bilgi Edinme: 10 Yılın Ardından Panoramik Bir İnceleme”, Amme İdaresi Dergisi, C. 47, S. 3, Y. 2014, s. 111-144.
- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ**, “Bakanlar Komitesi İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı”, Çeviren Onur Karahanoğulları, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>, (erişim tarihi 16.02.2021).
- AYANOĞLU**, Taner, “Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Liberal Hukuk Dergisi, S. 18, Y. 2004, s. 1529-1540.
- AYKIN**, Hasan, “Özelgemi, Sirküleri mi İstersiniz?”, <https://vergidosyasi.com/2017/01/22/ozelge-mukteza-mi-sirkuler-mi-istersiniz/>, (erişim tarihi 16.02.2020).
- AZER**, Can, *Bilgi Edinme Hakkı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010.
- ÇİFCİ**, Hasan Basri; *Devlet Garantileri*, 1. bs., Onikilevha, İstanbul, 2020.
- DERDİMAN**, R. Cengiz, “Kamu Yönetiminde Polis-Halk İlişkileri ve İşbirliği”, Türk İdare Dergisi, Y. 68/1996, S. 412, s. 131-153.
- EKEN**, Musa, “Bilgi Edinme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı - Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan, C. 17-18, Ankara, 1995-1996, s. 61-75.
- GÜL**, İbrahim, “İdare ve Ceza Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı”, Bilgi Edinme Hakkı Paneli, TBB Yayınları, No. 62, Ankara, 2004, s. s. 100-109.
- GÜLAN**, Aydın, “İdare ve Ceza Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı”, Bilgi Edinme Hakkı Paneli, TBB Yayınları, No. 62, Ankara, 2004, s. s. 100-109.
- GÜRAN**, Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 9, Y. 1992, s. 23-41.
- GÜRAN**, Sait, “Yönetimde Açıklık”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 3, S. 1-3, Y. 1982, s. 101-112.
- KABOĞLU**, İbrahim, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.
- KANETİ**, Selim / **EKMEKÇİ**, Esra / **GÜNEŞ**, Gülşen / **KAŞIKÇI**, Mahmut, *Vergi Hukuku*, 1. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARAMAN**, Zerrin Toprak / **ATAK**, Şermin, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Korumacı Politikalara Etkisi”, Türk İdare Dergisi, Y. 68/1996, S. 412, s. 111-129.
- KAYA**, Cemil, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- KUBALI**, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İÜHF Yayınları, No. 351, İstanbul, 1971.

- NAL**, Sabahattin, “*Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 s. 709-733.
- SABUNCUOĞLU**, Zeyyat, *İşletmelerde Halkla İlişkiler*, 9. bs., Alfa Aktüel, Bursa, 2008.
- SOYKAN**, Cavidan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 2, Y. 2007, s. 63-74.
- ŞENGÜL**, Ramazan, “*Avrupa Konseyi Belgelere Erişim Özgürlüğü Sözleşmesi Karşısında Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 47, S. 3, Y. 2004, s. 91-110.
- TAN**, Turgut, *İdare Hukuku*, 7. bs., Turhan Yayınevi, Ankara, 2018.
- TORTOP**, Nuri, “*İletişim ve Bilgi Edinme Hakkının Önemi*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 37, S. 1, Y. 2004, s. 29-44.
- TORTOP**, Nuri, “*Kamu Yönetiminde Halkla İlişkilerin Önemi*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2003, s. 151-167.
- TORTOP**, Nuri, *Halkla İlişkiler*, 7. Bs., Yargı Kitap ve Yayınevi, Ankara, 1998.
- TUFAN EMİNİ**, Filiz / **AYAZ**, Çağlar Eren, “*Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı: Büyükşehir Belediye Web Sayfaları Üzerinden Bir Değerlendirme*”, Journal of Awareness, C. 3, S. 1, Y. 2018, s. 13-26.
- YAĞMURLU**, Aslı, “*Bilgi Edinme Kanunu ve Halkla İlişkiler*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, Y. 2007, s. 63-79.

Temel Norm Üzerine^(*)

On the Basic Norm

Hans KELSEN^(*)

Arş. Gör. Hüseyin DENGİZ (Çev.)^(***)

Benden, Saf Hukuk Kuramı'ndan bahsetmem istendi. Bu kısıtlı süre içerisinde Saf Hukuk Kuramı'nı tüm yönleri ile ele almak mümkün olmadığı için kuramın en karakteristik problemini, yani temel normu tartışmayı öneriyorum.

Saf Hukuk Kuramı, tıpkı diğer hukuk kuramları gibi, işe hukuk kavramını tanımlayarak başlar. Saf Kuram, hukuku bir normlar topluluğu veya normlar sistemi olarak, yani normatif bir düzen olarak tanımlar. Peki, norm nedir? Norm özel bir anlamdır; gerçekte yapılmama ihtimali de taşıyan bir şeyin olması veya yapılması gerektiği anlamına gelir. Normların, düşünsel normlar (yani mantıksal normlar) ve eylemsel normlar (yani ahlâk ve hukuk normları) olmak üzere farklı türleri vardır.

Hukuk normlarına göre, kişiler belirli koşullar altında belirli bir şekilde davranmalıdır. Birinin belirli bir şekilde davranmasının gerekmesi, bu davranışın emredildiği, bu davranış için izin veya yetki verildiği anlamına gelir. Keza, bir hukuk normu bir emir, izin veya yetkilendirmedir. Böyle bir norm, bir bireyin başka bir bireyin davranışına bilinçli olarak yönelen iradi eyleminin anlamı olabilir. Söz gelimi, norm, bir irade eylemiyle yaratılıyor veya konuluyorsa, bu norm pozitif bir normdur deriz. İnsan iradesiyle yaratılan bir normlar sistemi olarak hukuk, pozitif hukuktur. Saf Hukuk Kuramı, bir pozitif hukuk kuramıdır.

Normun yaratıldığı eylem ile eylemin yarattığı norm birbirinden ayrılmalıdır. Örneğin, bir yasama eylemi ile o eylemin yarattığı kanun veya tüzük birbirinden farklı şeylerdir. Eylem bir olgu, norm ise bu olgunun anlamıdır. Bir normun yaratıldığı eylem, gerçekten uzay-zamanda var olur ve dolayısıyla nedensellik

^(*) **California Law Review**, Vol. 47, No. 1. (Mar., 1959), pp. 107-110'dan faydalanılarak çevrilmiştir. Yayımlama için derginin izni alınmıştır. Online erişim için bkz.: <http://links.jstor.org/sici?sici=0008-1221%28195903%2947%3A1%3C107%3AOTBN%3E2.0.CO%3B2-1>, Erişim Tarihi 11.05.2021.

^(**) Siyaset Bilimi Profesörü, Emeritus, California Üniversitesi, Berkeley.

^(***) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

E-posta: dengizhuseyin24@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2978-414X>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Çeviri Gönderim Tarihi: 11.05.2021.

Çeviri Kabul Tarihi: 12.06.2021.

yasasına göre bu eylem üzerinde belirli nedenlerin etkisi vardır. Eylemin varlığı, doğal bir olgunun varlığıdır. Bir normun yaratıldığı eyleme atıfta bulunan ifade, “olan”dır. Norm, bir olgu değil, olgunun anlamı olduğundan, varlığı da bir olgunun varlığından farklıdır. Normun varlığı geçerliliğidir. Belli bir davranışı emreden, davranışa izin veren veya davranış için yetkilendiren bir normun geçerli olduğunu söylemek, bu davranışın gerçekten gerçekleştiği veya gelecekte gerçekleşeceği anlamına gelmez. Normun geçerli olduğunu söylemek, davranışın gerçekleşmesi gerektiği; yani, kişilerin normun emrettiği, izin verdiği veya yetki verdiği gibi davranması gerektiği anlamına gelir. Bir normun geçerliliğine atıfta bulunan ifade, “olması gereken”dir.

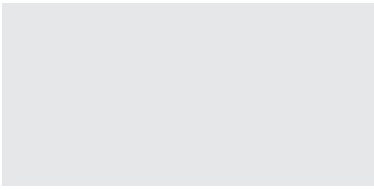
Bu durumda şu soru ortaya çıkıyor: Belirli bir normun geçerliliğinin nedeni nedir; neden belirli bir norma uygun davranmalıyız? Bu sorunun cevabı asla bir “olan” ifadesi yani olgularla ilgili bir ifade olamaz. Sadece bir “olması gereken” yani bir norm ifadesi olabilir. Başka deyişle, bir normun geçerliliğinin nedeni asla bir olgu olamaz; buna normun yaratıldığı irade eylemi de dâhildir. Geçerlilik nedeni sadece başka bir norm, daha yüksek bir norm olabilir. “Olan”dan “olması gereken”in ve benzer şekilde bir “olması gereken”den “olan”ın çıkarılmayacağı ve çıkarılamayacağı, temel bir mantıksal ilkedir. Bu ilkeyi bir örnek ile açıklayalım: Bir baba çocuğuna okula gitmesini emrederse, çocuk sorabilir: Neden okula gitmeliyim? Eğer baba “Çünkü baban öyle yapmanı emrediyor.” derse, yani eğer baba okula gitmesi için bir norm dile getirdiğini belirtirse, çocuğun sorusunu cevaplamamış olur. Çocuğun sorusunun doğru cevabı şudur: Çünkü babanın emirlerine uymalısın. Buradan çıkan sonuç şöyledir: Baba tarafından verilen emrin (yani normun) geçerliliğinin nedeni, babanın normu dile getirmesi değildir. Babanın dile getirdiği normun geçerliliğinin nedeni, “Bir çocuk babasının emirlerine uymalıdır.” normudur. Bu norm ile baba, çocuğuna belirli bir davranışı emreden normlar çıkarmaya yetkilendirilmiştir. Normun geçerliliğinin nedeni, Tanrı’nın Sina Dağı’nda verdiği On Emir’de yer alan bir norm olarak düşünülebilir. On Emir’in geçerlilik nedenini, yani On Emir’e neden itaat etmeliyiz sorusunu yöneltecek olursak, olağan cevap şudur: Çünkü On Emir, Tanrı tarafından emredilmiştir. Fakat bir olguya atıfta bulunan bu cevap doğru değilken, bir norma işaret eden doğru cevap şu şekildedir: “Çünkü Tanrı’nın emirlerine uymalıyız”. Bu norm söz konusu olduğunda, geçerliliğinin nedenini aramayı reddedip, tartışılmaz (*self-evident*) bir norm olarak kabul ediyoruz. Tanrı, en yüksek norm-yaratıcı otorite olarak kabul edildiğinden, (Tanrı’nın norm koyma yetkisinin normatif temeli olan) bu norm, Tanrı’dan daha üstün bir otoritenin irade eylemiyle yaratılmış olamaz. Dolayısıyla, Tanrı tarafından konulan normları, ahlâki-dini bir sistemin diğer normlarının geçerlilik nedeni olarak düşünersek, bu pozitif bir norm değil, düşüncemizde önvarsayılan bir normdur. Bu, ahlâki-dini düzenin temel normudur.

Pozitif bir hukuk düzeninin geçerliliğinin nedenini soracak olursak; nihayetinde örf âdeti veya yasama organını, genel normları (adli ve idari organlara kişisel normlar oluşturma yetkisi veren genel normlar) çıkarması için yetkilendirilen, tarihsel olarak ilk anayasaya varırız. Bu normların geçerli olduğu varsayımı, Kurucu Babalara (*Fathers of the Constitution*) diğer tüm hukuki işlevlerin temeli olan normları oluşturmak için yetki veren, bir normun önvarsayılmasını gerektirir. Bu norm, Anayasanın geçerliliğinin nedenidir ve dolayısıyla Anayasaya uygun olarak oluşturulan hukuk düzeninin temel normudur. Bu, belirli bir kişinin iradesiyle yaratılan değil, bizim hukuki düşüncemizde (*juristic thinking*) önvarsayılan bir normdur. Çünkü hukuki pozitivizmin bakış açısı, Kurucu Babaları en yüksek hukuki otorite olarak kabul etmeyi ve onlar tarafından çıkarılan normlara uymamızı emreden daha yüksek, örneğin Tanrı veya Doğa gibi insanüstü otoriteleri reddetmeyi gerektirir.

Pozitif hukukun geçerliliğinin nedenini temsil eden temel normun, bir pozitif hukuk normu olmaması dolayısıyla Saf Hukuk Kuramı, bir tür doğal hukuk kuramı olarak yorumlanmıştır. Ancak bu yorum hatalıdır. Çünkü doğal hukuk kuramına göre, pozitif, yani insan yapımı hukukun geçerliliğinin nedeni, insan yapımı bir kanun değil, insanüstü bir kanun koyucu olan Doğadan kaynaklanan Doğa kanunlarıdır. Bununla birlikte, pozitivist bir hukuk kuramı olan Saf Hukuk Kuramı ile hukuki pozitivizme karşı çıkan doğal hukuk kuramı arasında önemli bir fark daha vardır. Doğal hukuk kuramına göre, insan yapımı olmayan doğal hukuk, pozitif (insan yapımı) hukuka geçerlilik vermekle kalmaz, aynı zamanda pozitif hukukun içeriğini de belirler. Böylece, içeriği doğal hukuka uymayan hiçbir kanun geçerli olamaz; dolayısıyla da hukuk olamaz. Ancak şu var ki, tek bir doğal hukuk kuramı yoktur. Birçok farklı ve hatta birbiriyle çelişkili doğal hukuk kuramı vardır. Dolayısıyla, bunlardan biriyle çelişmeyecek ve geçersiz sayılmayacak bir pozitif hukuk düzeni mümkün değildir. Locke'un doğal hukuk kuramına göre, sadece demokratik bir hükümet biçimi "doğal"dır; bu nedenle otokratik karaktere sahip bir hukuk düzeni adaletsiz ve geçersizdir. Ancak Filmer'in doğal hukuk kuramına göre, doğal olan sadece otokrasi ve özellikle mutlak monarşidir. Demokratik bir toplumsal düzen doğaya aykırıdır; bu nedenle adaletsizdir ve kişiler üzerinde bağlayıcılığı yoktur. Cumberland'a göre ise doğal olan kişisel mülkiyettir; kolektif mülkiyet doğal hukuka aykırıdır. Bu nedenle adil ve haklı olan kapitalist hukuk sistemidir. Morelly ise aksi görüştedir; ona göre, sadece kolektif mülkiyet doğaya karşılık gelir; bu nedenle komünizm adil ve geçerli bir hukuk düzenidir.

Fakat Saf Hukuk Kuramı'na göre, pozitif bir hukuk düzeninin, kendi temel normuna uymaması ve bu sebeple geçersiz olması imkânsızdır. Çünkü hukuk düzeninin geçerliliğinin nedeni olan temel norm, bu düzenin normlarının içeriğini belirlemez; sadece normların yaratımı ile ilgilidir. Pozitif bir hukuk düzeninin

normlarının içeriği sadece insanların iradi eylemleriyle belirlenir. Yani, Kurucu Babalar ve doğrudan veya dolaylı olarak Anayasa ya da örf adet (insan eylemleri ile oluşturulmuş ve anayasa tarafından kanun yaratıcı bir olgu olarak kabul edilmiş olması şartı ile) tarafından tayin edilen organlar ile belirlenir. Anayasaya uygun surette oluşturulmuş pozitif bir hukuk düzenine ait normların hiçbiri, içeriği o düzene ait olmayan bir norm ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılamaz. Saf Hukuk Kuramı'nın temel normu, demokratik-otokratik, kapitalist-sosyalist, adil-adaletsiz olması fark etmeksizin, herhangi bir pozitif hukuk düzeninin geçerliliğinin nedenidir. Bu, hukuki pozitivismin özüdür ve doğal hukukla olan çatışmanın kaynağıdır. Ve Saf Hukuk Kuramı, hukuki pozitivism kuramıdır.



Özel Hukuk
Private Law

Beyin-Makine Arayüzü Teknolojisi ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorular

Brain-Machine Interfaces and New Legal Challenges for Privacy

Av. Dr. Başak OZAN ÖZPARLAK^(*)
Av. Sabire Sanem YILMAZ^(**)

Öz:

Nörobilim alanındaki gelişmeler her gün bizi şaşırtmaya devam ederken, yapay zekâ ve iletişim teknolojilerindeki ilerlemeler ile 20. yüzyıldan beri ulaşılmaya çalışılan bir amaca bugün artık daha yakınız: Beyin makinasının kendisini bilgisayara çevirmek. Böylece Parkinson'dan MS'e pek çok rahatsızlığın tedavisi belki de mümkün hale gelecek ve iletişimin fiziki sınırları da ortadan kalkabilecektir. Beyin-makine arayüzü teknolojisi, potansiyel faydaları yanında, hukuki açıdan tartışılması gereken riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu makalede beyin makine arayüzü teknolojisinin gelişimi ile bir hukuki kavrama da dönüşmeye başlayan nörodata (beyin makine arayüzü sürecinde elde edilen veri) açısından mahremiyeti yeniden ele alarak, "dolaysız, sürekli, akışkan ve durdurulamayan" veri akışı çağında beyin makine arayüzleri açısından veriye dair çeşitli sorular sorulmuştur. Yeni iletişim teknolojileri ile desteklenecek ve uygulama alanları artacak olan beyin makine arayüzü teknolojisinin geliştirilmesi aşamasından başlayarak insan otonomisine ve mahremiyete saygılı bir hukuki çerçevenin çizilmesi gerektiğini savunduğumuz bu çalışmanın temel amacı ise beyin makine arayüzleri ve mahremiyet hakkı kesişiminde yapılacak hukuki çalışmalara temel bir kaynak olmasıdır.

Anahtar Kelimeler:

Beyin-Makine Arayüzü, Teknoloji ve Hukuk, Mahremiyet, Veri Koruma, İnsan-Makine Etkileşimi.

Abstract:

The developments in neurosciences continue to surprise us everyday, with the advances in the AI and communication technologies, we are now closer to the goal that has been tried to be achieved since the 20th century: Turning the brain machine

^(*) İstanbul Barosu Avukatı; Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Misafir Öğretim Görevlisi.
E-posta: basak@ozan.av.tr.
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6861-4290>.

^(**) Muğla Barosu Avukatı.
E-posta: sanemyilmaz@sanemyilmaz.av.tr.
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3693-7386>.

Hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 05.04.2021.
Makale Kabul Tarihi: 12.06.2021.

into a Computer. Thus, the treatment many diseases from Parkinson's to MS might be possible and the physical boundaries of communication will be eliminated. The Potential benefits of technology will come with its legal side effects that must be discussed. Here, reconsidering the privacy regarding neuradata (data obtained through brain machine interfaces) which is also becoming a legal concept with the developments of brain machine interface technology is underlined. In the era of "ubiquitous and unstoppable" data flow, we asked several questions about data in terms of brain machine interfaces. The main purpose of this study, in which we argue that a legal framework respecting human autonomy and privacy should be drawn starting from the development phase of the brain-machine interface technology, which will be supported by new communication technologies and whose application areas will increase, is to be a basic resource for the legal studies to be carried out at the intersection of brain machine interfaces and privacy rights.

Keywords:

Brain-Machine Interfaces, Technology and Law, Privacy, Data Protection, Human-Machine Interaction.

GİRİŞ

Evrenin gizemlerini, gözlerimizi gökyüzüne çevirerek çözmeye çalışıyoruz. Öte yandan, teknoloji geliştikçe, keşfettiklerimiz sadece dış uzay ile sınırlı kalmıyor. Kafatasımızın içinde, hala onlarca sırrı ile keşfedilmeyi bekleyen beynimiz, bilimsel çalışmaların göz bebeği olmaya devam ediyor. Büyük teknoloji şirketlerinin odak noktalarından biri haline gelen nöro bilim alanındaki çalışmalar hem zihinsel hastalıkların tedavisini hem de düşüncelerimiz ile bilgisayarlara veya yapay uzuvlarımıza komut verebileceğimiz yeni bir iletişim türünü muştulamakta: Beyin-makine arayüzleri. Yapay zekâ konusundaki çalışmaları ile 5G ve ötesindeki yeni iletişim teknolojileri alanındaki gelişmelere bağlı olarak giderek ivme kazanması beklenen beyin-makine arayüzü alanındaki çalışmaların vaatlerinin yanında, çok geç olmadan çözülmeyi bekleyen hukuki risklerinin başında mahremiyete ilişkin yeni sorular ve sorunlar gelmektedir.

Bir ilk adım niteliğindeki bu çalışmada, beyin makine arayüzü teknolojisinin mahremiyete dair potansiyel riskleri konusunda hukukçuların dikkatini çekmeyi ve bu alanda yapılacak yeni çalışmalar için bir temel çizebilmeyi hedeflemekteyiz. Makalede, öncelikle beyin makine arayüzü teknolojisine dair bilgilendirmeye yer verilmiştir. İlerleyen bölümlerde ise, mahremiyet ve güvenlik açısından bu teknoloji ile ortaya çıkabilecek risklere dikkat çekilerek, özellikle verinin bir mülkiyet hakkı olarak kabulünün bu anlamda bireyler açısından daha fazla riske yol açabileceği görüşü vurgulanmıştır.

I. BEYİN MAKİNE ARAYÜZLERİ

A. İnsanın Kendini Aşma İhtiyacının Bir Yansıması Olarak Beyin Makine Arayüzleri (BMA)

Gözlerimizi; kirlenmiş ve çoraklaşmaya başlamış dünyamızdan Mars'a çevirdiğimizde, kızıl ve yüzeyi çorak bir başka gezegen ile karşılaşırız. Gördüğümüz bu kızıl gezegen, belki de eskiden dünyamız gibi, yaşama elverişli ve sulaktı. Ona dünyadan baktığımızda, kendi gezegenimizin yaşanmaz hale gelmesi halinde yeni bir hayat kuracağımız umut vaad eden topraklar görüyoruz. Yoksullaşıp çoraklaşan ise sadece gezegenimiz değil. Nitelik ve nicelik yönünden engin veri setleri ile besleyip geliştirdiğimiz yapay öğrenme¹ sistemleri karşısında, zevk ve alışkanlıklarımızı verilerimize dayalı olarak tahmin eden algoritmik sistemlerin önerileri ile giderek birbirine benzeyen ve kendi görüşlerimize uygun içerikler ile zihnimizi besliyoruz. “Yankı Odaları” (*echo chambers*) olarak adlandırılan bu olgu Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi (PACE) tarafından 2020 yılında düzenlenen “Yapay Zekânın Demokratik Yönetimi İhtiyacı” başlıklı raporunda, bireylerin yalnızca kendi düşünce ve tercihleri ile örtüşen içerikler ile karşılaştıkları, böylece mevcut görüşlerinden farklı fikirlere erişemedikleri, eleştirel düşünme becerilerini körelten, entelektüel bir izolasyon ortamı olarak nitelendirilmiştir.² Raporda, demokrasinin zedelenmemesi için yankı odalarının engellenmesi gerektiği belirtilmiştir.³

Otonom ve akıllı sistemlerin, bilinçten yoksun bugünkü seviyelerine baktığımızda belki de bir zamanlar Dünya gibi zengin bir yaşama ev sahipliği yapmış olmasında muhtemel olan⁴ Mars'ın bugünkü çorak haline baktığımız andaki gibi kendi geleceğimizi görüyoruz. Giderek bilişsel kapasitelerini artırmaya başladığımız makineler karşısında, zihinlerimiz giderek çölmeye başlamaktadır. Fransız düşünür André Gorz'un ileri sürdüğü gibi robotlar fiziken ve zihnen insandan daha güçlü olmaya başladığında, türümüzün sürekliliğini sürdürmek, belki de bir gün makineler (ya da robotlar) ile birleşmek (*teknolojik tekillik*)⁵ sayesinde müm-

¹ Yapay Öğrenme hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Ethem, Alpaydın, *Yapay Öğrenme*, 1. Baskı, Tellekt Yayınları İstanbul 2020.

² PACE, “*Need for Democratic Governance of AI*”, s. 10.

³ PACE: “*Need for Democratic Governance of AI*”, 24.09.2020, <https://pace.coe.int/en/files/28742/html> (Erişim Tarihi: 12.5.2021), s. 9 vd.

⁴ Bu fikri destekleyen çalışmalardan biri için bkz.: Nina L. Lanza / Roger C. Wiens / Raymond E. Arvidson vd. “*Oxidation of Manganese in an Ancient Aquifer, Kimberley Formation, Gale Crater, Mars*”, *Geophysical Research Letters*, 43/14, 28.06.2016, 7275-7780, <https://doi.org/10.1002/2016GL069109> (Erişim Tarihi: 12.5.2021).

⁵ İnsan ve makinenin gelecekte “bir” olacağı fikrini tanımlayan “Teknolojik tekillik” kavramının ayrıntılı incelemesine dair bir çalışma için bkz: Ray, Kurzweil, *İnsanlık 2.0: Tekillığe Doğru Biyolojisini Aşan İnsan* (çev. Mine Şengel), 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2016.

kün olabilecektir.⁶ Bugün dahi, akıllı teknolojiler ile geliştirilen yapay uzuvlarını kullanan bireyler, Donna Haraway'ın “*Siborg Manifestosu*” isimli çalışmasında cansız makine ile organizmanın sınırlarını yıkan bir siberetik organizma gibi, Gill Haddow tarafından “*gündelik hayattaki siborglar*” (“*Everyday Cyborgs*”) olarak nitelendirilmektedir.⁸

Bir adım daha ileri giderek, bedenimizin bir uzvu gibi yanımızdan ayırmaksızın kullandığımız akıllı telefonlarımız, bugün her birimizi çoktan birer siberetik organizmaya dönüştürmüştür denilebilir.

Düşüncenin sınırsızlığı karşısında bedenın sınırlarına hapsolmuş olan insanların bir kısmı için; yaşlanmanın durdurulması, hastalanmamak ve nihayet ölümsüzlük⁹ her çağda peşinden koşulan bir ideal olmuştur. İnsanın pençeleri, keskin dişleri devasa bir bedeni olmasa da vahşi doğadaki yaşamı sırasında dahi, tüm bu aksesuarlara sahip canlılara rağmen varlığını sürdürebilmesinin pek çok nedeninden biri de belki de hızla değişen koşullara adaptasyonunu sağlayan zihinsel becerisidir. 20. yüzyılın son on yılında Max-Neef, insan haklarının temelini oluşturan evrensel insan ihtiyaçlarını sıralamış ve yakın gelecekte bunlara eklenecek yeni bir insan ihtiyacı olarak “*insanın kendini aşması*” (*transcendence*) ihtiyacının ortaya çıkacağını öngörmüştür.¹⁰ Özellikle insan geliştirme teknolojilerinin ve beyin ile makine arasındaki iletişiminin geliştirilmesine yönelik çalışmaların son 20 yılda bilgisayardaki artan gelişmeye paralel olarak hız kazanması,¹¹ bu öngö-

⁶ Bu yönde bkz: André, Gorz, *Maddesiz*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011. Aynı yönde: Michio, Kaku, *The Future of Humanity*, Great Britain: Penguin, 2018. Bu konuda felsefi bir inceleme için bkz: Can Batukan, *Robo-tizm*, 1. Baskı, 6:45 Yayınları, İstanbul, 2017.

⁷ Donna, Haraway, “*A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century*”, *Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature* içinde, Routledge, 149-181, New York, 1991.

⁸ Gill Haddow / Emma, King / Ian Kunkler / Duncan McLaren, “*Cyborgs in the Everyday: Masculinity and Biosensing Prostate Cancer*”, *Science as Culture*, Taylor&Francis, Londra, 2015, 484-506, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4894087/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).

⁹ Ölümsüzlük arayışında beynin makineye aktarılması çalışmalarına yönelik kuşkular için bkz: Cem, Say, *Yeni Dünya Yeni Ağ*, 1. Baskı, Destek Yayınları, İstanbul, 2020, s. 182-185.

¹⁰ Bu öngörünün yer aldığı çalışma için bkz: Manfred, Artur Max-Neef, *Human Scale Development*, 1. Baskı, Apex, New York, 1991, s. 27-28.

¹¹ Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi (PACE), “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, 24 Eylül 2020, <https://pace.coe.int/en/files/28722/html> (Erişim Tarihi: 17.5.2021), s. 6.

Ayrıca; Neuralink şirketinin son çalışmalarında, beynine implant yerleştirilen bir şempanzenin beyin sinyalleri ile video oyunlarını çalıştırabildiğine yönelik güncel bir gelişme için bkz: Ben Gilbert, “*Elon Musk says Neuralink implanted a chip in a monkey's brain, and now he 'can play video games using his mind'*”, 1 Şubat 2021, <https://www.businessinsider.com/elon-musk-neuralink-monkey-plays-video-games-using-his-mind-2021-2?r=US&IR=T&op=1> (Erişim Tarihi: 12.5.2021).

rüyü doğrular niteliktedir. BMA teknolojisinde son yıllarda kaydedilen aşamalar, IEEE¹² ve Avrupa Konseyi'nin¹³ 2020 yılında bu konuda raporlar hazırlamasının da temel nedenidir. Ayrıca IEEE nezdinde BMA teknolojisini kapsayan bir Nöro Etik Çerçevesi metni düzenlenmesi için çalışmalar başlamıştır.¹⁴

ABD'de bulunan Columbia Üniversitesi Biyoloji Fakültesinden Prof. Dr. **Rafael Yuste** tarafından kurulan **Nöro Haklar İnisiyatifi**; farklı alanlardan ve farklı ülkelerden araştırmacılar ile birlikte nöro hakların ilkesel çerçevesini oluşturmak için çalışmalara başlamıştır.¹⁵ Söz konusu inisiyatif, Şili'de nöro hakların yasal bir düzenleme haline gelmesi için Şili Senatosu, Şili Bilim Bakanlığı ve Pontificia Universidad Catholica ile iş birliği yapmıştır. Böylece **Şili**, BMA teknolojisindeki gelişmeleri dikkate alarak nöro haklar konusunda yasal bir çerçevenin adını atan ilk devlet olmuştur.¹⁶ 7 Ekim 2020 tarihinde, Senato üyesi Guido Girardi'nin desteği ile Nöro Haklar İnisiyatifi¹⁷ tarafından hazırlanan beş temel hak çerçevesinde nöro hakların anayasaya eklenmesi teklif edilmiş, **Nöro Koruma Yasası** isimli bu regülasyon teklifi 16 Aralık 2020 tarihinde Şili Kongresi'nde destek bulmuştur.¹⁸ Anılan yasanın önümüzdeki yıllarda Şili'de yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Anılan yasa kapsamındaki haklar; kişisel kimlik hakkı, hür irade hakkı, zihinsel mahremiyet hakkı, insan kapasitesini artıran teknolojilere eşit erişim hakkı ve ayrımcılık ile önyargıya karşı korunma hakkıdır.¹⁹

İnsan geliştirme çalışmaları kavramı; “insan sonrası” (*posthuman, posthümanizm*)²⁰ ve/veya “insan ötesi” (*transhuman, transhümanizm*) durumlarını kapsayacak şekilde, “insanın ‘normalin ötesi’nde geliştirilmesini ve ‘normal’ olarak algılanan insan öncesi/sonrası durumların, teknomedikal ve biyoteknolo-

¹² IEEE, “Standards Roadmap: Neurotechnologies for Brain-Machine Interfacing”, <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/presentations/ieee-neurotech-for-bmi-standards-roadmap.pdf> (Erişim Tarihi 12.5.2021).

¹³ Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi (PACE), “The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?”.

¹⁴ IEEE, Neuroethics Framework, http://brain.ieee.org/wp-content/uploads/sites/52/2020/03/ieee_brain_neuroethics_framework_double-sided-031920.pdf (Erişim Tarihi: 17.5.2021).

¹⁵ Columbia Neuro Rights Initiative, <https://nri.ntc.columbia.edu/projects> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).

¹⁶ Avi Asher-Schapiro, “Out of my mind: Advances in brain tech spur calls for ‘neuro-rights’”, 29 Mart 2021, Reuters, <https://www.reuters.com/article/us-global-tech-lawmaking-analysis-trfnd-USKBN2BL1RH> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).

¹⁷ Columbia Neuro Rights Initiative.

¹⁸ Columbia Neuro Rights Initiative.

¹⁹ Columbia Neuro Rights Initiative.

²⁰ Posthümanizm konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz: Başak, Ağin, *Posthümanizm Kavram Kuram Bilim-Kurgu*, 1. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020.

jik gelişme ve/veya müdahalelerle değiştirilip dönüştürüldüğü, insan bedeninin gittikçe teknoloji/makine ile iç içe geçtiği” geniş kapsamlı bir alandır.²¹

Beyin Makine Arayüzleri (*Brain Machine Interfaces - BMA*) ya da bir başka adı ile Beyin Bilgisayar Arayüzleri (*Brain Computer Interfaces - BCI*), bir bilgisayarın veya başka bir dijital cihazın doğrudan insan beyni ile nöral sinyaller aracılığı ile iletişim kurmasını sağlayan teknolojileri tanımlamaktadır. BMA teknolojisinin temel amacı, “*canlı organizmalardaki nöronlardan bilgi elde ederek, bu bilgiyi yapay cihazlara aktarmaktır.*”²² Kaslarımızı kullanmaksızın beyin sinyalleri ile çevremizdeki makineleri kontrol edebilme fikri, amaçsız bir çılgınlık olmayıp özellikle Alzheimer ve Parkinson gibi nörolojik hastalıkların tedavisinde veya önlenmesinde de umut vaat eden bir sistemin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Bu tür bir ara yüzle yapay uzuvlarını hareket ettirerek kullanan bireyler için de BMA teknolojisi büyük bir umuttur.

BMA sadece sağlık bilimleri alanında değil, çalışma ilişkilerinde ağır ve tehlikeli işlerde güvenliği sağlamak, robotik cihazları kontrol etmek, artırılmış gerçeklik deneyimlerini geliştirmek için de çok çeşitli vaatlere sahiptir. BMA sistemleri; beyin aktivitesinin, bilgi çıkarmak için gerçek zamanlı olarak işlenmesi ve ardından bu bilgilerin dış dünyada kullanıcıya geri bildirim olarak bir eylem veya uyarıcı oluşturmak için kullanılmasına dayanmaktadır.²³ 1964 yılında Dr. Grey Walter, bir hastanın beyninin motor bölgesine bağladığı elektrotlar yardımı ile fiziksel bir hareket olmaksızın sadece beyin sinyalleri ile bir slayt projektörünü başlatılabilmesini mümkün kılan denemesi ile BMA teknolojisinin uygulanmasını ilk kez başaran kişi olmuştur.²⁴

Doğal iletişime bir alternatif olarak, sinir ve kaslara bağlı olmaksızın kullanıcının niyeti ile ilgili beyin aktivitesinin ölçüp kaydedilmesi ve Beyin Makine Arayüzü uygulaması için gereken kontrol sinyallerine dönüştürülmesine dayanan²⁵ bu teknoloji hem bir iletişim devrimi hem de sağlık başta olmak üzere pek çok alanda önemli faydaları olacak bir buluştur denilebilir. Öyle ki, BMA tek-

²¹ Melike Şahinol / Gülşah Başkavak, “*Türkiye’de Biyomedikalizasyon: Sağlıkın Dijitalleşmesi ve Öz-Takip Pratikleri*”, Türkiye’de STS Bilim ve Teknoloji Çalışmalarına Giriş (der. Aydan Turanlı, Arsev Umur Aydınoglu, Melike Şahinol), İstanbul Teknik Üniversitesi (İTÜ), İstanbul, 2020, 103-119, s. 104.

²² IEEE, “*Standards Roadmap: Neurotechnologies for Brain-Machine Interfacing*”, s. 11.

²³ IEEE, “*Standards Roadmap: Neurotechnologies for Brain-Machine Interfacing*”, <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/presentations/ieeen-neurotech-for-bmi-standards-roadmap.pdf> (Erişim Tarihi: 9.3.2021), s. 1.

²⁴ Bernhard Graimann / Brendan Allison Z./Gert Pfurtscheller, “*Brain Computer Interfaces: A Gentle Introduction*”, *Brain-Computer Interfaces: Revolutionizing Human-Computer Interaction* içinde (Editör: Bernhard Graimann, Brendan Z. Allison, Gert Pfurtscheller), 1-29, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, s. 2.

²⁵ Graimann / Allison / Pfurtscheller, s. 3.

nolojisinden yararlanılarak, beyin-beyin Arayüzleri ile iki beyin arasında bilgi aktarımı da ilerleyen yıllar da sarsıcı bir gerçek olarak karşımıza çıkabilecektir.²⁶

Yeni bir iletişim devrimi olarak da tanımlanabilecek olan BMA sistemleri konusunda araştırma ve geliştirme çalışmaları bir yandan tüm hızı ile sürerken; Neuralink, Emotive, Next Mind, Kernel olmak üzere BMA çalışmalarına odaklanan şirketlerin yanı sıra, büyük teknoloji şirketleri arasında da bu alanda devasa yatırımlar yapanlar bulunmaktadır.²⁷ Örneğin Facebook 2017 yılında kamuoyuna duyurduğu *Building 8 Programı* kapsamında “sessiz konuşma iletişimi” olarak adlandırılan, zihinden mesaj yazmaya olanak veren bir teknik geliştirmeye başladığını şu sözlerle belirtmişti: “Birçok düşünceniz var ve sadece bazılarını paylaşmayı seçiyorsunuz. Bu, paylaşmaya karar verdiğiniz kelimeleri beyninizin konuşma merkezine göndererek kodunu çözmekle ilgilidir. Sesinizin hızı ve esnekliği ve metnin gizliliği ile iletişim kurmanın bir yoludur. Bunu, uygun ölçekte üretilebilen müdahaleci-olmayan,²⁸ giyilebilir sensörlerle yapmak istiyoruz”.²⁹ Neuralink şirketinin kurucu Elon Musk ise 2021 yılında katıldığı bir yayında yaptığı bir açıklamada, insan beynine yerleştirilecek çipler ile beyin sinyalleri ile iletişim devrinin başlayacağını ve böylece önümüzdeki beş ila on yıl arasında dünya dillerinin ortadan kaybolacağını öngördüğünü belirtmiştir.³⁰

Beyin Makine Arayüzü iletişiminde dört temel unsur bulunmaktadır. Bunlar sırası ile; beyin aktivitesinin doğrudan kaydedilmesi, kullanıcıya geri bildirimde bulunulması, bu geri bildirim eş zamanlı olması, kullanıcının bir görevin BMA ile tamamlanmasına yönelik zihinsel iradesi.³¹ Bunlardan ilki olan, beyin

²⁶ Kontrol talimatlarının, beyin mikro-elektrik uyarımı yoluyla kablosuz olarak fare siborguna (başına EEG bağlanmış canlı bir fareye) gönderilmesi ile fare siborglarının, karmaşık bir labirente bir navigasyon görevini tamamlamak için insan zihni tarafından sorunsuz ve başarılı bir şekilde yönlendirilebileceğine yönelik çalışmanın raporu için bkz: Shaomin Zhang / Sheng Yuan / Lipeng Huang, vd, “Human Mind Control of Rat Cyborg’s Continuous Locomotion with Wireless Brain-to-Brain Interface”, Scientific Reports Nature Research, Şubat 2019, 9(1):1321, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6361987/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).

²⁷ Google, doğrudan BMA konusunda olmasa da nörobilim ve yapay zekâ kesişiminde araştırma ve geliştirme çalışmalarını, 2014 yılında satın aldığı DeepMind bünyesinde gerçekleştirmektedir: <https://www.deeppmind.com/about> (Erişim Tarihi: 12.5.2021).

²⁸ BMA söz konusu olduğunda teknik bir terim olarak “müdahaleci olmayan” (*non-invasive*) ile kastedilen, beyne cerrahi bir müdahaleye gerek olmaksızın beyin sinyallerinin çözülmesidir.

²⁹ FACEBOOK: <https://about.fb.com/news/2017/04/f8-2017-day-2/> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).

³⁰ Rojoef Manuel; “Neuralink Brain Chip Will End Language in Five to 10 Years, Elon Musk Says”, Science Times, 28 Mayıs 2021, <https://www.sciencetimes.com/articles/31428/20210528/neuralink-brain-chip-will-end-language-five-10-years-elon.htm> (Erişim Tarihi: 14.06.2021). Elon Musk’ın bahsi geçen açıklamayı yaptığı podcast yayını dinlemek ve çözümlemesini okumak için bkz: Joe Rogan Experience #1169 Elon Musk, <https://joeroganexperience.io/elon-musk-1169/> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).

³¹ Graimann / Allison / Pfürtscheller, s. 3.

aktivitesinin kaydı ise *invasive* (müdahaleci) (örneğin, beyne cerrahi müdahale edilerek kafatasının açılması ve korteksin üzerine elektrotlar yerleştirilmesi veya beyin veya vücuda implantlar yerleştirilmesi ile) veya *non-invasive* (müdahaleci olmayan) girişimler ile (örneğin, başın dışına yerleştirilen sensörler ile elektrik aktivitesinin ölçülmesi ile) gerçekleştirilebilmektedir.³²

Öte yandan teknolojinin her geçen gün ilerlemesi ile beyin sinyallerini farklı şekillerde kaydedip çözecek farklı teknikler de geliştirilmeye devam etmektedir. Böylelikle, müdahaleci olmayan beyin aktivitesi kaydının zayıf yönlerinin güçlendirilmesi ve müdahaleci olan yolun cerrahi risklerinin bertaraf edilmesi belki de mümkün olacaktır. Ekim 2020’de *Wired*’da yayınlanan bir makalede belirtildiği gibi; stentler üzerine elektrotların monte edilmesi ile beyne giden bir kan damarından geçirilmesini içeren yeni bir yöntem ile damarlar kullanılarak BMA sisteminin geliştirilmesine yönelik araştırmalar başarılı sonuçlar vermeye başlamıştır.³³ Ayrıca; *Elektrokortikografi* (ECoG) ile doğrudan beynin yüzeyine yerleştirilen bir elektrot ağının aldığı sinyallerin akıllı spektral işlenmesi ile, motor korteksin dudakları, çeneyi ve dili kontrol eden kısmındaki hareketi metne ve hatta konuşmaya çevirmek için kullanılabilir.³⁴

BMA teknolojisi ile ilgili yeniliklerin başka örnekleri de var: **Facebook**’un 2019’da satın aldığı CTRL laboratuvarlarına geliştirilen ve bilekteki nöronlardan motor sinyalleri almayı amaçlayan yöntem ile **Kernel**’in, beyin aktivitesini algılamak için kafada işlevsel yakın kızılötesi spektroskopisi kullanması yöntemi gibi.³⁵ **Neuralink** şirketi ise beynin, motor hareketleri kontrol eden bölgesine mikron ölçekli ipler yerleştirip elektrotları *Link* adını verdikleri implanta bağlamayı, böylece bireylerin gittikleri her yerde bir bilgisayarı veya mobil cihazı kontrol etmelerine olanak veren, bir çeşit nöral implant tasarladıklarını belirtmişlerdir.³⁶

³² Graimann / Allison / Pfurtscheller, s. 6-8.

³³ Araştırmada; boğazdaki damardan stent uçlu bir tel geçirilerek, beynin birincil motor korteksine yakın bir damar duvarına elektrotlar sokulup insanların beyinleri hareket etme niyetlerini gösterdiğinde algılamaya başlamış ve bu sinyaller, deneklerin göğüslerine cerrahi olarak yerleştirilmiş bir kızılötesi verici aracılığıyla kablosuz olarak bir bilgisayara gönderilmiştir. Felçli iki kişinin böyle bir cihazı nasıl sadece beyin kontrolü ile çevrimiçi ortamda metin göndermek için kullandığına dair araştırma için bkz: Thomas J. Oxley / Peter E. Yoo / Gil S. Rind, vd, “*Motor Neuroprosthesis Implanted with Neurointerventional Surgery Improves Capacity for Activities of Daily Living Tasks in Severe Paralysis: First In-Human Experience*”, *Journal of NeuroInterventional Surgery* 2021/13, 102-108, <https://jn.is.bmj.com/content/13/2/102> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).

³⁴ Adam Rogers, “*New Way to Plug a Human Brain Into a Computer: via Veins*”, *Wired*, 29.10.2020, <https://www.wired.com/story/a-new-way-to-plug-a-human-brain-into-a-computer-via-veins/> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).

³⁵ Rogers.

³⁶ NEURALINK: “*Interfacing with the Brain*”, <https://neuralink.com/approach/> (Erişim Tarihi: 9.2.2021).

BMA teknolojisi, başta sağlık alanında olmak üzere vaatleri ve potansiyel faydalarının yanında, çok çeşitli etik ve hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Bireylerin, düşünceleri ile çevrelerindeki yazılım veya donanımları kontrol edebilmeleri aynı zamanda paradoksal olarak, başkaları tarafından kontrol edilebilir olma hissi ve riskini de doğurmakta ve bir “kontrol paradoksu” yaratabilmektedir.³⁷ Örneğin; beyin implantlarının uğrayabileceği siber saldırılar sonucunda ortaya çıkabilecek veri ihlallerinden kimin sorumlu olacağı³⁸ gibi yeni hukuki soru ve sorunlara yanıt arayışları hukukun BMA alanındaki yeni gündem başlıklarından sadece biridir.³⁹ Biz ise bu makalenin sınırları kapsamında, BMA sistemlerini kullanan bireylerin mahremiyetine ilişkin ortaya çıkabilecek soru ve zorlukların birkaçını ele almayı ve bu alanda ileride yapılacak hukuki araştırma ve çalışmalar için genel bir çerçeve oluşturmayı amaçladık.

B. BMA Tasarımında Şeffaflık ve Yasal Sınırlandırma

Avrupa Konseyince oluşturulan Yapay Zekâ Ad Hoc Komitesi⁴⁰ (Committee Ad Hoc on Artificial Intelligence- CAHAI) tarafından hazırlanan “*Yapay Zekâ Sistemlerine Dair Regülasyona Doğru*” (“*Towards Regulation of AI Systems*”) başlıklı çalışmanın Etik İlkelerine ilişkin II. bölümünde de belirtildiği gibi, Yapay Zekâ teknolojilerinin tek yönlü olarak değil, BMA sistemleri gibi, farklı alanlardaki üretim ve kullanımlarını da kapsayacak şekilde etik açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹ Yani, Yapay Zekâ sistemlerinin kullanıldıkları farklı alanlar, Yapay Zekâ stratejilerinde ve etik değerlendirmelerde göz önüne alınmalıdır. Nitekim bu husus, Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi (PACE) tarafından hazırlanan “*Beyin-Bilgisayar Arayüzleri: Yeni Haklar mı Yoksa Temel Özgürlüklere Karşı Yeni Tehditler mi?*” başlıklı raporda da açıkça dile getirilmiştir.⁴²

³⁷ Melike Şahinol: “*My Cyborg Performance As a Techno-Cerebral Subject*”, Modified Living As a Cyborg (der. Chris Hables Gray, Heidi J. Figueroa-Sarriera ve Steven Mentor) içinde, 197-211, Routledge, 2020, s. 207.

³⁸ Bu sorular, Birmingham Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yürütülen “Everyday Cyborgs 2.0” başlıklı bir araştırma projesi ile çözümü aranan ve BMA kapsamında yanıtlanması gereken temel sorulardan bir kaçıdır. Söz konusu proje hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: BIRMINGHAM UNIVERSITY: Everyday Cyborgs Research Project, <https://www.birmingham.ac.uk/research/artslaw/projects/everyday-cyborgs.aspx> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).

³⁹ Başak Ozan Özparlak: “*Yapay Zekâ ve Hukuk*”, Sağlık Bilimlerinde Yapay Zekâ (der. Melih Bulut, Murat Gezer, vd.) içinde, 2019, Çağlayan Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, s. 236-237.

⁴⁰ Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI) Kuruluş ve Görevlerine dair bkz: <https://rm.coe.int/cahai-2020-2021-rev-en-pdf/16809fc157>(Erişim Tarihi: 20.2.2021).

⁴¹ CAHAI, Council of Europe Study DGI (2020)6, Towards Regulation of AI Systems, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a> 2020, s. 57.

⁴² PACE, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, s. 3.

Bu nedenle, CAHAI tarafından, kontrolsüz bırakılması halinde onarılamayacak zararlara neden olabilecek bazı yapay zekâ sistemleri ve uygulamaları için tümünden yasaklama veya sınırlama getirilebilecek “kırmızı çizgiler” çizilebilecek alanlar arasında BMA teknolojisinin de yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Zira aşağıda aktardığımız CAHAI Kırmızı Çizgilerinin çerçevesine giren unsurların tümü, aynı zamanda BMA teknolojisinde kullanılacak Yapay Zekâ sistemleri ile de ortaya çıkabilecek unsurlardır:

CAHAI Kırmızı Çizgileri:⁴³

- Yüz tanıma ve diğer biyometrik tanıma biçimlerinin ayırım gözetmeksizin kullanımı
- **Yapay Zekâ destekli kitlesel gözetim** (yüz / biyometrik tanıma ve aynı zamanda konum hizmetleri gibi yapay zekâ izleme ve / veya tanımlama biçimleri, **çevrimiçi davranış** vb.)
- Kişisel, fiziksel veya **zihinsel izleme**, değerlendirme, profil oluşturma, puanlama ve biyometrik ve davranış tanıma yoluyla dürtmek
- Yapay Zekâ destekli Sosyal Puanlama
- **Saklı Yapay Zekâ** sistemleri ve derin sahtecilikler (*deep fakes*), **İnsan-Yapay Zekâ ara yüzleri**

CAHAI, yukarıda sayılan unsurları barındıran türde teknolojilere; ulusal güvenlik amaçları veya tıbbi tedavi veya teşhis, kanıtı dayalı, gerekli ve orantılı olacak şekilde ve yalnızca kontrollü ortamlarda ve (geçerliyse) sınırlı bir süre için izin verilebileceğini belirtmiştir.⁴⁴

Bunların arasında özellikle zihinsel izleme ve gizli yapay zekâ sistemleri ve insan-yapay zekâ arayüzleri konumuz açısından önemlidir. Özellikle, bu tür teknolojilerin üretim ve kullanımının insan haklarına aykırı sonuçlar vermemesi için insan haklarına ve hukukun genel ilkelerine ilişkin denetime elverişli olacak şekilde şeffaf olmaları gerekmektedir. Bu açıdan özellikle yukarıda türleri açıklanan BMA teknolojilerinin müdahaleci olmayan (non-invasive) niteliğe sahip kullanımı dikkat çekicidir.

AB Komisyonunca oluşturulan Yapay Zekâ Yüksek Uzman Heyetinin “Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Rehber” raporunda şeffaflık ilkesine uygunluk için, bireylerin bir insan ile mi yoksa bir Yapay Zekâ sistemi ile mi etkileşimde olup olmadıklarını bilmeleri gerektiğinin altı çizilmiştir.⁴⁵ Etik Rehberde “**saklı Yapay Zekâ sistemleri**” (“*covert AI*”) olarak nitelenen sistemler ile muhatap olunması halinde,

⁴³ CAHAI, Towards Regulation of AI Systems, s. 35-36.

⁴⁴ CAHAI, Towards Regulation of AI Systems, s. 35-36.

⁴⁵ HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 2019, <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation> (Erişim tarihi: 16.3.2021), s. 34.

makine ve insan kavramlarının karışması ile insan olmanın anlamının kavramsal olarak yitirilmesine dahi yol açabileceği ve bu nedenle bu riski taşıyan sistemlerin dikkatli bir etik değerlendirmeden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

AB Komisyonu tarafından 21 Nisan 2021’de kamuoyu ile paylaşılan **AB Yapay Zekâ Regülasyon Teklifinde**⁴⁶ ise, 3. maddede yer alan tanımlar, teknoloji tarafsız bir anlayışla, ileride ortaya çıkacak olan yeni teknolojileri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Teklif kapsamındaki Yapay Zekâ sistemleri hem bağımsız hem de bir başka ürünün bileşeni olan Yapay Zekâ sistemlerini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Teklifte risk temelli bir yaklaşım benimsenmiştir.

Yapay Zekâ Regülasyon Teklifinde, **“kabul edilemez risk”** (**“unacceptable risk”**) kategorisinde sayılan bazı Yapay Zekâ sistemlerinin yasaklanması öngörülmüştür. Bu statüdeki sistemlerden biri bireylerin manipüle edilmesine yönelik olup, bunun Yapay Zekâ sistemleri ile desteklenen BMA teknolojisi tarafından gerçekleştirilmesi halinde AB pazarına giremeyecek veya hizmete sunulamayacaktır. Teklifin 5. Maddesinde sayılan bu tür **manipülatif sistemler**, **“kişilerin bilincinde olmadıkları sübliminal teknikler ile manipüle edilerek veya çocuklar ve engelliler gibi belirli risk grubunda olan kişilerin zayıflıklarından yararlanılarak, davranışlarını kendilerine veya farklı kişilere fiziksel veya psikolojik zarar verecek şekilde bozma potansiyeli taşıyan”** nitelikte ise kabul edilemez risk kategorisinde sayılacaktır.

Öte yandan, bu nitelikte olmayan ve Yapay Zekâ ile desteklenen BMA sistemlerinin, AB Yapay Zekâ Tüzük Teklifi kapsamında sayılan **Yüksek Riskli (High-Risk) Yapay Zeka Sistemi** niteliğinde olması da mümkündür. Bu durumda ise; BMA sistemlerinin bir bileşeni olarak yüksek riskli kategoride Yapay Zekâ sistemi kullanılması ve Komisyon Teklifinin AB Hukukunda yasalaşması halinde, söz konusu BMA Sistemi, teklifte yüksek riskli Yapay Zekâ sistemleri için öngörülen yasal zorunlulukların yerine getirilmesi halinde AB pazarına konulabilecek veya hizmete sokulabileceklerdir.

BMA sistemlerini kullanan bireylerin, etkileşimde oldukları bireyler tarafından fark edilmelerini sağlayacak bir tasarımın şeffaflık ilkesi gereğince gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Aksi halde, hukuki olarak ne tür risklere maruz kaldığının farkında olmayan bireyler açısından mahremiyetin korunmasına dair mevcut yasal yollar bir anlam ifade etmeyecektir. Bu açıdan gerek veri koruma kurallarının kapsamının BMA teknolojisini de kapsayabilecek şekilde güncellenmesi, gerekse de CAHAI’nin belirttiği üzere bireylerin mahremiyetini ölçsüz ve orantısız şekilde riske atacak BMA kullanımının sınırlandırılması gerekmektedir.

⁴⁶ AB KOMİSYONU, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

Ayrıca, gizli BMA sistemlerinin kullanımına izin verilmemeli, süreç denetlenebilir ve şeffaf olmalıdır. Bunu sağlamak için ise, dışarıdan sıradan bir eşya gibi (örneğin gözlük, kulaklık ve genel olarak aksesuar) olarak algılanacak BMA tasarımı engellenmeli, bu tür BMA aksesuarlarını diğerlerinden ayıracak tasarım özellikler eklenmeli, böylece BMA sistemleri dışarıdan anlaşılabilir olmalıdır. Hatta görme yetisini kaybetmiş bireylerin dahi çevrelerinde bu sistemlerin kullanıldığını fark etmelerine olanak sağlayacak tasarımların yapılması gerekmektedir. Ancak bu şekilde, tasarımdan itibaren güvenlik ve tasarımdan itibaren gizlilik kurallarının BMA için de uygulanabilmesi için önemli bir adım atılmış olabilir. Aksi halde yakın gelecekte, “robot olduğunu gizleyebilecek androidlerin ve sayborgların aramızda olabileceğine emin olabiliriz.”⁴⁷

II. BEYİN MAKİNE ARAYÜZLERİ TEKNOLOJİSİ VE MAHREMİYETİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

Bireyler, gündelik hayatlarının hemen hemen her alanında, giderek teknik yönlerini anlamakta zorlandıkları teknolojileri kullanmaktadır. Bu nedenle, birçok kullanıcı için akıllı cihazlarla etkileşim ve genel olarak ağa bağlı hizmetlerin etkilerinin anlaşılması zorlaşmaktadır.⁴⁸ Bu zorluk, yeni teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanılması sırasındaki mahremiyet ile ilgili açıkların, kullanıcılar tarafından farkında olunmasını da güçleştirmektedir.⁴⁹ Öte yandan bu mahremiyet açıkları hayatlarımızı giderek daha fazla etkilemektedir. Örneğin, Covid-19 salgını sırasında Almanya ve Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde hastanelere karşı gerçekleştirilen siber saldırılar **siber güvenliğin**, artık fiziksel güvenlik ile eşdeğer olduğunu göstermiştir.⁵⁰

BMA konusundaki çalışmalar sürerken araştırma geliştirme aşamalarında mahremiyet ve güvenliğe dair ne tür önlemler alınması gerektiği veya denetim mekanizmaları ise belirsizdir. Siber alanda verinin güvenliği için gerekli olan kriptografi gibi teknik önlemlerin BMA açısından da uygulanması gerekmektedir. Ancak BMA sistemlerinde kullanıcıların BMA sürecinde edinilen veriye ki-

⁴⁷ Batukan, s. 25 (Batukan, ‘siborg’ yerine ‘sayborg’ kelimesini kullanmayı tercih ettiğini özel olarak belirttiğinden, olduğu gibi alıntılanmıştır).

⁴⁸ Leyla Keser Berber, *Kurumsal Güven Bağlamında Güven Hizmet Sağlayıcı (Trust Service Provider), Güven Hizmetleri ve Karşılıklı Tanıma Sorunu*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 8-9.

⁴⁹ Mahremiyetin, özellikle Yapay Zeka etkisi ile yerini giderek şeffaflığa bırakması ile insan davranışlarının ne şekilde etkileenebileceği konusunda bkz: Joanna J. Bryson, “*Artificial Intelligence and Pro Social Behaviour*”, Collective Agency and Cooperation in Natural and Artificial Systems içinde, 281-306, http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-15515-9_15 (Erişim Tarihi: 17.5.2021), özellikle s. 296 vd. Bryson burada kişilerin hayatlarının giderek şeffaflaşmasının, kontrol sahiplerine (ister aile ister devlet olsun) daha fazla kontrol verdiğinin altını çizmektedir.

⁵⁰ ABC News, “*German hospital hacked, patient taken to another city dies*”, 17 Eylül 2020, <https://abcnews.go.com/International/wireStory/german-hospital-hacked-patient-city-dies-73069416> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

min, hangi koşullarda erişebileceğini belirleme tercihleri olmadığından mahremiyetleri üzerinde yeterli kontrolleri olduğunu söylemek mümkün değildir.⁵¹ BMA sürecinde insan beyninden elde edilen veri olan **nöro verilerin** (sinir sistemine dair verilerin) kullanıcıların bilgisi dışında işlenmesini önlemek için kullanıcıların özel gizlilik tercihlerinin tanımlanması, kullanıcıların gizliliği koruyan önerilerde bulunan kullanıcı dostu sistemlerin tasarımı ve tüm BMA sürecinin her ülkede geçerli olan veri koruma yasasıyla uyumlu olması önerilmektedir.⁵²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi'nde yer alan Mahremiyet Hakkı, Yapay Zekâ gibi veriden beslenen teknolojiler ile birlikte düşünüldüğünde, hukuki tartışma, daha çok veri koruma kuralları ve ayrımcılık çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. Oysa mahremiyet, aynı zamanda, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi diğer temel insan haklarının da garantisini sağlayan ve veri koruma kurallarının kapsamına sığmayan bir temel haktır.⁵³ Örneğin GDPR 4. maddesinde; *“Bir gerçek kişinin fiziksel, psikolojik ya da davranışsal özelliklerinden olan ve yüz görüntüsü veya daktiloskopik (parmak izi) gibi bu kişinin benzersiz şekilde kimlik tespitini veya bu kimlik tespitinin doğrulanmasını sağlayabilen ve belirli teknik işlemler sonucu elde edilen kişisel veri”* olarak tanımlanan biyometrik verinin bu tanımdan yola çıkılarak sadece bir kimlik tanımlama ve kimlik doğrulama aracı olduğu düşünülebilir. Ancak biyometrik veriler, online mülakatlarda adayın yüzünün tanımlanması ile işe alım görüşmelerinde,⁵⁴ online derslerde öğrencilerin video, ses gibi verilerinin işlenmesi ile sınıf içi halleri gibi davranışlarının da analiz edilmesine ve bu analizlere dayalı olarak uzun vadeli kararlar alınmasında kullanıldığına tanıklık ediyoruz.⁵⁵ Bu durum, **Avrupa Konseyi Yapay Zekâ Fizibilite Çalışmasında**⁵⁶ da açıkça belirtilmiştir.

BMA sistemlerinin bireyler tarafından kullanılması sırasında işlenecek veriler, düşünce ve hareketlerimizi mümkün kılan sinir sistemimize ait nöro verilerdir. Bu özelliklerinden dolayı nöro veriler hem fiziksel hem psikolojik hem de davranışsal özelliklerimizi bir arada bulundurmakta olduğundan, GDPR kapsamında biyometrik veri olarak

⁵¹ Sergio López Bernal / Alberto Huertas Celdrán / Gregorio Martínez Pérez, vd, *“Security in Brain-Computer Interfaces: State-Of-The-Art, Opportunities, and Future Challenges”*, J.ACM, 2020, <https://doi.org/10.1145/3427376> (Erişim Tarihi: 10.3.2021), s. 26.

⁵² Bernal López, vd. s. 26.

⁵³ CAHAI, *Towards Regulation of AI Systems*, s. 26.

⁵⁴ İşe alımda biyometrik veri kullanımının yaratabileceği ayrımcılık ile ilgili olarak bkz: Ozan Özparlak, Başak, *“İşe Alımda Ayrımcılık ve Yapay Zekâ Sistemleri”*, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka (der. Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk) içinde 223-274, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 241 vd.

⁵⁵ CAHAI, *Towards Regulation of AI Systems*, s. 27. Aynı yönde: Sandra Wachter, *“Data Protection in the Age of Big Data”*, Nature Electronics Volume 2, 2019, s. 6-7.

⁵⁶ CAHAI, *Feasibility Study*, 2020, <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da> (Erişim Tarihi: 10.3.2021), s. 8 ve aynı sayfada yer alan 28 Numaralı dipnot.

değerlendirilmelidir. Başta sadece belirli alanlarda kullanılacak BMA sistemleri, yeni nesil kablosuz teknolojilerin (5G ve ötesinde 6G gibi)⁵⁷ uygulamaya geçmesi ile bugünkü akıllı telefonlarımızın kullanım alanı gibi geniş ve sürekli olabilecektir. Bu ise, sürekli bir biyometrik veri işlenmesi ile hayatımızı sürdürmek anlamına geleceğinden, bireylerin mahremiyet ve otonomi haklarına ilişkin riskler artacaktır.

Gerek Avrupa Birliği Hukuku'ndaki GDPR gerekse de hukukumuzdaki KVKK) tarafından verinin işlenmesinin hukuki temelini oluşturan ilgili kişinin veri işlenmesine vereceği onay yönünden de BMA teknolojisi yeni sorular gündeme getirecektir. Çünkü bu teknoloji ile kişisel veri, kişisel olmayan veri ayrımı ile sağlık verisi ve diğer veri arasındaki ayrıma dayalı hukuki çerçeve bugünkünden daha da tartışmalı hale gelecektir.

Sağlığın veriye indirgenmesine dair Ada Lovelace Enstitüsü'nün 2020 yılında yayınladığı "Data Will See You Now" başlıklı rapora göre bugün dahi "**her veri, sağlık verisidir**" denilebilir.⁵⁸ Bu tespit, kişilere özgü her türlü veriden bu kişiler ile ilgili sağlık durumlarına dair çıkarımların yapılabilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Kaldı ki; BMA sistemlerinin kullanılması sırasında edilecek nöro veri, pek çok konuda veriyi içerebilecekse de bu verinin öncelikle bireyin nöral sağlığına (sinirsel sağlığına) ilişkin bir olduğu herhalde tartışmasız olacaktır. GDPR 8. maddesi ile KVKK 6. maddesinde düzenlenen özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılan sağlık verisinin işlenebilmesi, ilgili kişinin bu yönde açık rızasının bulunmasına bağlıdır. Bu durumda, BMA aracılığı ile edinilen verilerin işlenebilmesi ancak BMA kullanan bireyin açık rızasının bulunması ile mümkün olabilecektir. O nedenle ilgili kişi ve veri sorumlusu kavramları da bulanıklaşmaktadır. Ayrıca verinin aktarımı ile ilgili yasal düzenlemelerin (KVKK m.8) BMA teknolojileri ışığında yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir.

Veri işlenmesinin hukuki temeli olarak ilgili kişinin rızasının özellikle güç dengesi bozuk hukuki ilişkiler bakımından daha sorunlu olacağını düşünüyoruz. Özellikle **işçi/işveren** arasındaki ilişkide işçinin işverene olan ekonomik bağımlılığı nedeni ile verilerinin işlenmesine dair vereceği rızanın ne kadar özgür iradesine dayalı olduğu halihazırda hukuken tartışmalıdır.⁵⁹ BMA sistemleri ile çalışanların izlenmesinin işçiden alınacak rıza ile gerçekleştirilmesi halinde, toplanacak verinin

⁵⁷ Yeni nesil kablosuz teknolojilerin konu ile bağlantısı için bkz: aşağıda s. 20.

⁵⁸ ADA LOVELACE INSTITUTE, "Data will see you now: Datafication and boundaries of health", Ekim 2020, <https://www.adalovelaceinstitute.org/report/the-data-will-see-you-now/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021), s. 4. Aynı yöndeki görüş için bkz: Charlie Warzel, "All Your Data is Health Data", The New York Times, 13 Ağustos 2019, <https://www.nytimes.com/2019/08/13/opinion/health-data.html> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).

⁵⁹ Bu konuda örnek bir karar için bkz: Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "İşverenin, işçisine ait kişisel verileri ve özel nitelikli kişisel verileri; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden ve hukuka aykırı işlemesi" hakkındaki 20/05/2020 tarihli ve 2020/404 sayılı Karar Özeti: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404> (Erişim Tarihi: 22.3.2021).

niteliği nedeni ile daha da adaletsiz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Çalışanların stres, dikkat ve odaklanamama durumlarını ölçen bazı giyilebilir BMA sistemleri, ticari ürün olarak satışa geçmiştir.⁶⁰ Bu sistemlerin kullanımı genel geçer olmamalı, biyometrik veri ile işyerine girişlerdeki gibi ancak amaca uygun, zorunlu ve üst düzey güvenlik riski taşıyan faaliyetlerin sürdürülmesinde başka bir şekilde önlem alınmasının mümkün olmadığı haller ile sınırlı olarak ve veri koruma kurallarının öngördüğü hukuki, teknik ve idari önlemlere uyularak uygulanmalıdır.

Uzaktan çalışma sırasında önemli bir sorun olan işyerlerindeki verilerin siber güvenliği açısından ise BMA kullanımı hem bu sistemi kullanan çalışanların fiziki/psikolojik güvenliğine hem de işyerlerinin veri koruma kurallarına uyumu ve güvenliğine yönelik büyük bir risk oluşturacaktır.

A. Kimin Mahremiyeti: Senin Mahremiyetin, Benim Mahremiyetim

Yapay Zekâ ve BMA teknolojilerinin insanların makinalar üzerindeki haki-miyetini tamamen ortadan kaldırmasına mı yol açacağı yoksa bu teknolojilerin insanların hayatının kolaylaşmasını mı sağlayacağı ikilemi uzun yıllardır gündemdedir. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı'nın "Geleceği Doğru İnşa Etmek"⁶¹ adlı raporunda bu teknolojilerin fayda ve zararlarının, insan hakları temelinde bir yaklaşım ile ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

İnsan haklarına ciddi zarar verme tehlikesi olan BMA teknolojilerinin ayırim-cılık, düşünce özgürlüğü gibi temel haklar açısından doğuracağı riskler mahremiyet alanını kapsıyor. Ancak burada "**kimin mahremiyeti?**" sorusu daha da önem kazanıyor. BMA teknolojilerinin yaygınlaşması sonucu, kişisel verinin sahibinden dijital cihazlar aracılığı ile edinilmek yerine, beyin sinyalleri ile sınırsız bir veri aktarılması sırasında bir kişiden öğrenilen birçok kişinin verisinin mahremiyetini de içermesi de söz konusu olacağından, bu durumun nasıl bir veri koruma stratejisi gerektireceği, önemli bir soru olarak karşımızdadır. PACE raporunda, nöro verinin veri koruma mevzuatı kapsamında fakat, özel bir kategori olarak korunması gerektiği belirtilmiştir.⁶² Raporda, **organ ticaretine** getirilen sınırlamaların analogi yolu ile nöro veri hakkında da uygulanabileceğinin altı çizilmiştir.⁶³

Bu bağlamda GDPR düzenlemesine bakıldığında, "veri öznesi" hakkında doğrudan bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak tanımlar kısmında "kişisel veri"

⁶⁰ EMOTIV, <https://www.emotiv.com/workplace-wellness-safety-and-productivity-mn8/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).

⁶¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Getting the future right - Artificial intelligence and fundamental rights", 29.01.2021 tarihli rapor, <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/getting-future-right-artificial-intelligence-and-fundamental-rights-summary> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

⁶² PACE, "The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?", s. 4.

⁶³ PACE, "The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?", s. 4.

tanımı içerisinde; veri öznesi, kişisel verileri işlenen kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi olarak belirtilmiştir. KVKK'da ise veri öznesi, “kişisel verileri işlenen gerçek kişi” anlamında “ilgili kişi” olarak nitelendirilmiştir (KVKK m. 3/1). Veri korumasında bir veri sorumlusunun her zaman var olduğu tezinden hareket ederiz. Ancak BMA teknolojilerinde veri sorumlusunun aynı zamanda veri sahibinin kendisi olduğunu söylemek kafa karıştırıcı olsa da tam olarak böyledir.

BMA teknolojisi ile çok önemli hassas veriler açığa çıkarılabilir. Örneğin, pin numaraları, tarih bilgileri, siyasi düşünce, dini inanç vb. gibi.⁶⁴ Üstelik bu veriler diğer verilere oranla benzersiz ve bir kişinin diğerinden kesin surette ayrılmasını sağlayan veriler olarak nitelendirilir. BMA teknolojisinin amacının sadece kişinin tanımlanması olmadığını da göz önünde bulundurduğumuzda kişisel veri tanımının yeniden yapılması muhtemel görünmektedir. Avrupa Adalet Divanı tarafından *Breyer* davasında⁶⁵ dinamik IP adresinin dahi kişisel veri olarak tanımlanması henüz çok taze iken, BMA sistemlerinden edinilen verilerinin mahremiyet alanı kapsamında kişisel veri olarak tanımlanması gerekecektir. Bu durumda, anonimleştirme tekniğinin nasıl uygulanması gerektiği veya uygulanıp uygulanamayacağı şüpheli olabilecektir.⁶⁶

Veri sahibi, mahremiyet alanının tamamen işgal edilmesine rıza gösterirken, nöro verilerinin aktarıldığı sırada sızan, üçüncü kişilere ait kişisel verilerin mahremiyetine dair riskler ortaya çıkabilir. Bir nöro verinin diğer bir kişinin hastalığının tedavisinde ya da ihtiyaç alanında kullanılması ile nöro verilerin aktarma grubu dışındaki kişilere aktarılması gündeme gelecektir. Veri koruma kuralları ise net tanımlamaların yapılması ve sorumluluk alanlarının belirlenmesi açısından BMA teknolojisi bakımından yetersiz kalmaktadır. Beyin nöro verilerinin işlenmesinin yasallığına dair GDPR'da veya KVKK'da açık bir düzenlemenin olmaması veri korumasında mahremiyetin kimin mahremiyeti olduğu konusunda soru işaretleri yaratmaya devam edecektir. Burada veri sahibi, veri sorumlusu, veri işleyen üçüncü kişi, veri aktarımı, münhasıran otomatik sistemlerce veri işlenmesi gibi kavramların yeniden ele alınması gerekebilir. Bir başka seçenek ise; PACE Raporunda yeni tür insan hakkı olarak kabul edilebileceği belirtilen, zihinsel mahremiyetin dahil olacağı **nöro haklar**⁶⁷ çerçevesinde mevcut tanımların nöro veriler için de geçerli olacağına mevzuata eklenmesidir. Çünkü, anılan

⁶⁴ Alessandro Datto, “Brain Computer Interface: a Data Protection Perspective”, Tilburg University, Law School, 2018, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146398> (Erişim Tarihi: 12.3.2021), s. 25.

⁶⁵ AVRUPA ADALET DİVANİ, C-582/14 Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178241&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=575343> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).

⁶⁶ Datto, s. 34.

⁶⁷ PACE, “The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?”, s. 4.

raporda da belirtildiği üzere, nöro veri kullanımı ile insanın iç ve dış dünya arasındaki ilişki temelden değişecektir.⁶⁸

BMA sistemlerinden bağımsız olarak da günümüzün veri koruma kuralları ile çizilen hukuki çerçeveye bireylerin mahremiyetlerini korumalarına yetmiyor. *Wachter*, bu yetersizliğin temel nedenlerinden birinin GDPR gibi veri koruma kurallarının verinin toplanması aşamasına yoğunlaşarak verinin hukuka uygun elde edilmesinden sonra ne amaçla kullanılacağına yeterince odaklanılmaması olduğunu belirtmektedir.⁶⁹ BMA kullanımında nöro verinin toplanması ile yapay cihazların çalıştırılması sürecinde verinin giriş ve çıkış aşamaları sürekli bir döngü içerisinde olmakta ve verinin toplanmasından sonraki süreç ile bu verinin kullanımı süreçleri iç içe geçmektedir. Bu nedenle *Wachter*'in bu tespiti BMA sistemleri açısından daha da önem kazanmaktadır.

Öte yandan, mahremiyetimizi çeşitli kutuları tıklamak suretiyle çerezlere onay vermemeyi seçerek korumamızı salık veren kurallar, okunacak sayfalarca kullanıcı sözleşmeleri veya tıklanacak onlarca kutucuğun gölgesinde adeta bir **'onay illüzyonu'** yaratmışlardır. Bu durum, *Daniel Solove* tarafından aynı başlığı taşıyan bir makalesinde de ***mahremiyet paradoksu miti (privacy paradox)***⁷⁰ olarak adlandırılmaktadır. Şöyle ki; *Solove*'ye göre aslında bireylerin niyetleri (mahremiyete önem verip onu korumayı istemek) ile davranışları (örneğin internette çerezlere onay verip geçmek) arasında bir çelişki değil, ***çelişki miti*** vardır diyor *Solove*, bu çelişki gibi görünen durumun gerçekte veri koruma kuralları ile mahremiyetin bireylerin kendi yönetimlerine bırakılması ile ortaya çıkan bir durum olduğunu ve yasaların bu nedenle gerçekçi ve doğru tasarlanmamış olduğunu altını çizer.⁷¹ Bu durumda, en bilgili mahremiyet taraftarları dahi, kutu tıklamaya indirgenen mahremiyetlerini korumak için yeterince zamana sahip değiller. Bu durum, bankacılık sistemindeki konut kredileri konusundaki *bırakınız yapsınlar; bırakınız geçsinler* anlayışının yol açtığı 2008 ekonomik krizinin bir benzerinin, veri kontrolü ve mahremiyet hakkı elinden alınmış insanın 'var olma krizi' olarak karşımıza çıkmasına neden olabilecektir.

Bu mahremiyet paradoksu, BMA sistemleri gibi bireyler tarafından anlaşılması karmaşık teknolojilerin çalışma hayatı, sağlık, eğitim gibi alanlarda yaygın şekilde kullanılması ile daha fazla önem kazanabilir. Bireyler; çalışma hayatı, sağlık, eğitim gibi alanlarda BMA kullanmak durumunda kaldıklarında paylaşmak durumunda kalacakları nöro verilerinin işlenmesine dair rızayı ne şekilde vereceklerdir? Anlık sinirsel işlevlerimiz ile çalıştıracığımız BMA sistemleri için

⁶⁸ PACE, "The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?", s. 4.

⁶⁹ *Wachter*, s. 6-7.

⁷⁰ Bu çalışma için bkz: *Daniel Solove*, "The Myth of the Privacy Paradox", *George Washington Law Review* 1 2021, s. 6-8, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3536265> (Erişim Tarihi: 14.3.2021).

⁷¹ *Solove*, s. 47 vd.

alınacak rızada zamansızlık, teknik karmaşıklık gibi unsurlar rızanın verilip verilmemesinin başat bir mahremiyet koruması kalkanı olmasını daha da güçleştirecektir.

Ne teknik eksiklikler ve yetersizlikler ne de zamansızlık, bu hukuki çerçevede mahremiyetimizi korumamızın önündeki tek ve en büyük engeller değildir. Mahremiyetin en büyük düşmanı, günümüzde **üç boyutlu yoksulluktur**: ekonomik, sosyal⁷² ve sağlık açısından yoksulluk. Bunları sırasıyla birer örnekle açıklarken, bu durumun BMA sistemlerinin etik ve hukuki denetim olmadan geliştirilmesi ve kullanımı ile çok daha büyük birer riske dönüşecekleri de anlaşılacaktır.

Mahremiyetin birinci düşmanı, **ekonomik yoksulluktur**. İnsanlar arasındaki **eşitsizlik** bir uçurum misali artmaktadır. Özellikle kendisi ve ailesinin yiyecek ve barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılama endişesindeki bireyler için “veri” kavramı “Mars’a yerleşmek” fikrinden daha soyut ve anlamsızdır. Oysa, kitlelere bir türlü kazandırılmayan mahremiyet, ekonomik durumlarını da etkilemektedir. İşe alım, kredi başvurusu gibi ihtiyaçlarında rızası veya rızası dışında bireylerden edinilen verilere dayanılarak yapılan çıkarımlar ile kararlar alınmaktadır.

Günümüzde, insan kaynaklarından, sigorta sektörüne dek pek çok farklı alanda kullanılmak üzere, çocukların dahil her bireyin verisi data brokerlarınca alınıp satılmaktadır. Örneğin; IEEE Otonom Akıllı Sistemlerde Etik Uyumlu Tasarım Rehberinde⁷³ **çocukların online eğitim verilerine** 2018 yılı itibari ile 14 data broker şirketinin sahip olduğunu ortaya çıkaran Fordham Üniversitesi’nin araştırmasına atıf yapılarak⁷⁴ çocukların online eğitim verilerinin ticari amaçla kullanılmasının önlenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁵ Verinin bir meta gibi alınıp satılmasına olanak veren bu sistemde verinin ekonomik bir değeri vardır. Ancak barınma ve gıda gibi temel ihtiyaçlarını zorlukla karşılayabilen bireyler için verinin değeri herhalde yaşamsal olarak algılanamayacaktır. Burada özellikle, insani yardım kuruluşlarınca, yardım yapılan bireylerden toplanan verinin ne şekilde kullanıldığı veya Afrika’nın kitlesel dijital gözetim uygulamaları için adeta bir

⁷² Solove tarafından ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar ile mahremiyetin zorunlu takası da “mahremiyet paradoksu miti” kapsamında değerlendirilmiştir, bkz. Solove, s. 35-36.

⁷³ IEEE, *Ethically Aligned Design, First Edition*, 2018, <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/other/ead1e.pdf> (Erişim Tarihi: 16.5.2021), s. 118.

⁷⁴ Anılan araştırmaya dair makale için bkz: N. Cameron Russell / Joel R. Reidenberg / Elizabeth Martin / Thomas Norton, “*Transparency and the Marketplace for Student Data*”, Virginia Journal of Law and Technology, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3191436>.

⁷⁵ Çocuk verilerinin korunmasına dair güncel bir çalışma için bkz: Murat Volkan Dülger / Cansu Ceren Kahraman / Simay Yalçın, “*GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi*”, 2021, https://www.academia.edu/45170685/GDPR_ve_KVKK_Bak%C4%B1m%C4%B1ndan_%C3%87ocuklar%C4%B1n_Ki%C5%9Fisel_Verilerinin_Korunmas%C4%B1_ve_Konuya_%C4%B0li%C5%9Fkin_Kurul_Karar%C4%B1n%C4%B1n_De%C4%9Ferlendirilmesi (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

deney sahasına dönüştürülmesine⁷⁶ yönelik tartışmalar örnek gösterilebilir. Bu açıdan özellikle geliştirme aşamasındayken BMA sistemleri gibi yeni teknolojilerin etik değerlendirmelerinin testleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi önemlidir.

Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesi'ni 2018 yılında güncelleyen 108+ Sözleşmesi'nin 'Denetim Otoriteleri' (*'Supervisory Authorities'*) başlıklı 15. maddesinde belirtildiği üzere, bireylerin kişisel verilerinin işlenmesi ile ilgili hak ve özgürlüklerinin etkili bir şekilde korunması için, ulusal devletler tarafından bağımsız ve tarafsız denetim otoritelerinin yetkilendirilmesi gereklidir.⁷⁷ Bu maddede nitelikleri belirtilen bağımsız denetim otoritelerinin önemi, BMA sistemlerinde veri işlenmesi sırasında daha da ortaya çıkacaktır.⁷⁸

Mahremiyetin ikinci düşmanı olan ve **“sosyal yoksulluk”** olarak nitelendirilebileceğimiz olgu ise, bireylerin mahremiyetlerini korumak veya sosyalleşme olanaklarından mahrum kalmak arasında seçim yapmak zorunda kalmalarını ifade eder. Sosyal medyada hesabı bulunmayanların, arkadaş veya mesleki gruplarının dışında kalmaları gibi, yakın zamanda bu durumun bir benzeri artırılmış gerçeklik (AR) platformları için söz konusu olabilecektir. Arkadaş ve iş toplantıları, sosyalleşme, eğitim ve oyun uygulamalarında BMA sistemlerinin kullanılması ile Artırılmış Gerçeklik platformlarında kullanıcı deneyiminin artırılması amaçlanmaktadır. Ancak bu uygulamaları BMA ile kullanacak bireylerin ya mahremiyet risklerinden haberdar olmamaları ya da haberdar olsalar da aile, arkadaş ve iş yaşamlarının sosyalliğinden mahrum kalmamak için bu riskleri göz ardı etmek durumunda kalmaları söz konusu olacaktır. Bu nedenle şimdiden BMA sistemlerinin mahremiyet ve güvenlik çerçevesi mevcut veri koruma kurallarından farklı bir mantık ile çizmeli ve verinin kontrolünün bireylerde kalması sağlanmalıdır.

Mahremiyetin bu konu kapsamında ele alacağımız üçüncü ve en büyük düşmanı ise **“sağlık yoksulluğu”**dur. Türkçe'de en yalın şekilde *“canının derdinde olmak”* deyişiyle ifade edilebilecek bir durumdaki bir bireyin (örneğin artık kullanamadığı elini BMA ile yeniden kullanma şansı bulacak bir ressam veya bir mutfak şefinin) ilk tercihi ne mahremiyet ne de güvenlik olacaktır. Bu açıdan özellikle kronik hastalıkların öz takibinde giderek artan şekilde kullanılmaya başlanan ve hastaların hayatını kolaylaştıran dijital takip sistemlerinin bir sonraki

⁷⁶ Amy Hawkins, *“Beijing's Big Brother Tech Needs African Faces”*, Foreign Policy, 24 Temmuz 2018, <https://foreignpolicy.com/2018/07/24/beijings-big-brother-tech-needs-african-faces/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).

⁷⁷ Avrupa Konseyi, *Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Olarak Bireylerin Korunmasına Dair 108+ Sayılı Sözleşme*, <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1> (Erişim Tarihi: 16.5.2021), s. 28 vd.

⁷⁸ Aynı yönde bkz: PACE, *“The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?”*, s. 4.

aşaması olarak BMA büyük bir öneme sahiptir. Şöyle ki; bireylerin hem kendilerinin hem de çevresindekilerinin yaşamlarını etkileyen kronik hastalıkların zorunlu gündelik takiplerinin kolaylıkla yönetimini sağlayan dijital teknolojilerin (örneğin öz-takip cihazlarının)⁷⁹ ilerlemesinde BMA olumlu anlamda etkili olabilir. Bu açıdan tıpkı BMA ile yapay uzuvlarını hareket ettirip yeniden hayata aktif şekilde katılabilecek bireyler gibi, kronik hastaların da gündelik hayatlarını kolaylaştıracak BMA sistemlerinin yeterince mahrem ve güvenli olmaması halinde dahi bu teknolojiyi kullanma eğiliminde veya zorunluluğunda olacakları olasıdır.

Bu nedenle BMA sistemleri henüz geliştirilme aşamasındayken, mahremiyeti korumak için başka bir hukuki çerçeveye ihtiyacımız var. Bu hukuki çerçeve, sadece teknik önlemleri değil, politik ve sosyal önlemleri de içermelidir. Bu açıdan 2021’de Avrupa Birliği nezdinde ortaya çıkan, biri olumlu diğeri riskli iki önemli gelişmenin altını çizmek önemlidir. Bunlardan ilki, şirketlerin tedarik zincirleri dahil olmak üzere, insan ve çevre haklarına aykırılıklarına dair sürekli şekilde etki değerlendirme analizlerinin yapılmasının ve denetlenmesinin bir zorunluluk olarak yaptırıma bağlanması yönündeki önerinin Mart 2021 tarihinde AB Parlamentosu’nda kabul edilmesidir.⁸⁰ Bu konu henüz bir AB mevzuatı niteliği kazanmamış olsa da şirketlerin insan ve çevre haklarından ihlallerinin caydırıcı yaptırımlar ile düzenlenmesi yönünde önemli bir adım atılmıştır. İkinci gelişme ise, henüz tasarı aşamasında bulunan **Data Governance Act (Veri Yönetişimi Kanunu’dur)**.⁸¹ Avrupa Veri Koruma Otoritesi’nin Data Governance Act ilgili yayınladığı görüşlerinde de belirttiği gibi, GDPR’ın kazanımlarını silebilecek nitelikte muğlak ve GDPR sistemine aykırı hükümler ve tanımlar barındıran⁸² ve **veri bağış/fedakarlığını (data altruism)** odağına alan bu tasarının yasalaşması, BMA ve yaklaşan Artırılmış Gerçeklik yaygın uygulamaları göz önüne alındığında, Shoshana Zuboff’un deyiimi ile “*Gözetim Kapitalizmi*”nin⁸³ resmi ilanı niteliğinde olma riskini taşımaktadır.

⁷⁹ Şahinol / Başkavak, s. 108.

⁸⁰ AB PARLAMENTOSU, Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, 10.3.2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html (Erişim Tarihi: 17.3.2021).

⁸¹ 25 Kasım 2020 tarihinde taslağı yayınlanan Data Governance Act (Veri Yönetimi Kanunu) taslak metni için: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767> (Erişim Tarihi: 17.3.2021).

⁸² EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Data Governance (Data Governance Act), 10.3.2021, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032021-proposal_en (Erişim Tarihi: 17.3.2021).

⁸³ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, 1. Baskı, Profile Books, 2019.

Veri Yönetişimi Kanunu'nu tasarısının GDPR'a aykırı ruhunu simgeleyen en temel niteliği, Avrupa Veri Koruma Otoritesi tarafından da altı çizilen, veri sahibinin temel hakkının verisini paylaşması olduğunun belirtilmesidir. Oysa, verinin paylaşımı yerine hangi koşullarda verinin işlenebileceğinin altı çizilmesi, mahremiyet korumasına ve veri koruma ilkelerine daha uygun olacaktır.⁸⁴

B. Verinin Hukuki Niteliği: Mülkiyetten Ötesini Düşünmek

Nobel Tıp ödüllü Dr. Alexis Carrel *İnsan Denen Meçhul* kitabında insanın yeniden inşa edilmesi başlığı altında şu satırlara yer verir: *“Teknoloji, bilimsel zekayı takip ederek değil hatalı metafizik kavramlarını takip ederek insanı inşa etmiştir. Bu doktrinleri geride bırakma zamanı gelmiştir. Bugün çektiğimiz hataya neden olan Galileo'nun dahiyane fikrinin yanlış yorumlanmasıdır. Galileo, bildiğimiz gibi nesnelerin ölçülebilir birincil özellikleri ile yani boyutları ve ağırlıkları ile ölçülemeyen ikincil özelliklerini yani şeklini, rengini, kokusunu ayırt etmiştir. Yani nicel olan ile nitelik olan birbirinden ayrılmıştır. Düşüncenin varlığı, kan serumunun fiziko-kimyasal dengesi kadar temeldir. Organik yapı ve fizyolojik mekanizmalar, zevkten, acıdan ve güzellikten çok daha büyük bir gerçekliğe büründü. Bu hata medeniyetimizi bilimin galibiyetine ve insanınsa çöküşüne neden olan bir yola soktu.”*⁸⁵

Dr. Alexis Carrel bu satırları 1935 yılında kaleme alırken henüz zihnimizin teknoloji devleri tarafından ele geçirilmeye çalışıldığı bir dünyada değildik. Teknoloji devlerinin amaçlarının insanın maddi ve manevi çıkarı olmadığı sinyallerini aldığımızdan bu yana duygularımızın makineler tarafından ve bu sa- yede diğer bireyler, şirketler ve devletler tarafından okunabilecek olması daha da önemli hale gelmeye başlamıştır.

Veri koruma ilkelerine göre nöro-unsurlar da kişisel veridir ve veri koruma yasalarında açıkça düzenlenmemiş olsa da korumadan yararlanır. GDPR m.4 kişisel verinin ve verilerin ne olduğunu tanımlamış, ölçülebilir unsurlar kadar ölçülemeyen unsurları da tanımlanabilir bir kişiye ulaştırdığında kişisel veri olarak kabul etmiştir.⁸⁶ Sinirsel yani nöro-veriler, fiziksel, zihinsel, fizyolojik faktörlerden birine bizi taşıyabilir ve kişisel veri niteliğini elbette kazanabilir.⁸⁷ Nöro-verilere dair tehlike diğer kişisel verilerin işlenmesinden daha hassas ve önemlidir. Temel nedenlerinden biri ve belki de en önemlisi bu verilerin sınırlanamamasıdır. Sinirsel aktivitelere dair verilerimiz bir makine tarafından işlenirken doğrudan akar ve burada kontağı kapatmak gibi bir durum söz konusu değildir. Basit olarak

⁸⁴ EDPB-EDPS Joint Opinion, s. 9, 10.

⁸⁵ Alexis Carrel, *İnsan Denen Meçhul*, The Kitap, 1. Basım, 2019, s. 161.

⁸⁶ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 51.

⁸⁷ Lahiru Bulathwela, *“Brain Implants, GDPR and AI”*, <https://aphaia.co.uk/en/2020/10/09/brain-implants-gdpr-and-ai/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).

anlatmak gerekir ise iletişim verinizi verdiğiniz bir şirkete, araç plaka numaranızı vermek istemeyebilirsiniz ve bu noktada iradenizi belirtirsiniz. Nöro-verileriniz konusunda beynin hangi verileri paylaştığı konusunda kontrol insanda değildir.⁸⁸

Bizi “*bedenlerin interneti*”⁸⁹ kavramına götüren beyin bilgisayar arayüzleri / nöro-datalar “*nöroteknolojik tehditleri*”⁹⁰ Avrupa Konseyi tavsiye kararları ya da AB Regülasyonları ile şimdilik çözemeyecek durumdadır. Kafa derisinin altına veya üstüne yerleştirilen elektrotlar ve diğer sensörler vasıtası ile beynimizin içerisinden geçen düşüncelerin saniyede bir kalp atışlarımız gibi verdiği sinyallerin kaydedileceğini düşünmek ve bu durumun temel hak ve hürriyetlerimizi ihlal edeceği bir sistem hukukla nasıl imtihan edilecektir? Dışarıdan gerçekleşecek müdahaleler ile beynimizin verdiği sinirsel tepkilerin bize ait olduğu ya da bizi ifade ettiği ileri sürülebilecek midir?⁹¹ Tıbbi implantlar, giyilebilir her cihaz gibi nöro-datalar da AİHS m.8 anlamında özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir. Daha da ileri giderek mevcut düzenlemelerin bu verilerin korunmasında yeterli gelmeyeceği ve yeni zihinsel haklar kategorisi oluşturulması gerekliliği ortaya çıkacaktır. Örneğin, “*zihinsel bütünlük hakkı*”.⁹²

Sadece yapay zekâ teknolojilerindeki ilerlemeler değil, aynı zamanda yeni nesil kablosuz iletişim teknolojileri ile de gelişmeye devam edecek olan BMA teknolojisi ile yaygın bir kablosuz zekâ çağı anlamına gelen altıncı nesil (6G) kablosuz iletişim teknolojisinde BMA sistemleri ile insan da ağı bir parçası haline gelecektir.⁹³ Bu noktada, **Oulu Üniversitesi** koordinasyonunda kurulan uzman çalışma grupları tarafından hazırlanan ve 2020’de yayınlanan 6G Raporlarından biri olan 6G çağında güven, güvenlik ve mahremiyete dair unsurlara yer veren raporda belirtildiği gibi verinin bireyin kendi kontrolünde olabileceği bir güven ağı yaratabilmek daha önem kazanacaktır.⁹⁴ Bu güvenin sağlanması ise, güvenilene

⁸⁸ Lahiru Bulathwela.

⁸⁹ Dieter Decraene, “*Brain-Computer Interfaces and fundamental rights: Food for Thought*”, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/brain-computer-interfaces-and-fundamental-rights-food-for-thought/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).

⁹⁰ Decraene.

⁹¹ Decraene.

⁹² Decraene. İlk olarak, BMA sistemleri, beyin-bilgisayar birleşmelerinin rıza dışı kullanımına karşı korumayı gerektiren bilişsel özgürlüğe dikkat çekilmesini gerektirir. Dahası, bireye nörolojik verileri (yani zihinsel mahremiyet) üzerinde hakimiyet sağlanmalıdır. Olası bir zihinsel bütünlük hakkı, sinirsel süreçlerin kötü niyetli olarak değiştirilmesini hafifletebilir. Son olarak, BMA’ların beyin stimülasyonunun potansiyel yan etkilerine neden olduğu tartışılabilir. Dolayısıyla kişinin kendi kimliğini algılaması, yeni bir psikolojik süreklilik hakkı kapsamında ek korumayı hak eder.

⁹³ Mika Ylianttila / Raimo Kantola / Andrei Gurtov / Lorenzo Mucchi / Ian Oppermann / Robert Abbas, Başak Ozan Özparlak, *6G White Paper: Research Challenges for Trust, Security and Privacy*, 2020, https://www.researchgate.net/publication/342978148_6G_WHITE_PAPER_RESEARCH_CHALLENGES_FOR_TRUST_SECURITY_AND_PRIVACY (Erişim Tarihi: 17.3.2021), s. 15, 16.

⁹⁴ Yukarıdaki dipnot.

sorumluluklar yüklenmesi ve güven kişiye haklar tanınması ile mümkün olabilir.⁹⁵ BMA sistemlerinin bireyler tarafından kabul görmesi ve sağlık başta olmak üzere faydalarından yararlanılabilmesi de bu teknolojiye güven duyulması ile, güvenin tesisi ise sistemin şeffaflığının sağlanması ile mümkün olabilecektir.⁹⁶

İnsanların yaşam kalitesini arttırmak için araç olarak kullanılan nöral implantlar, bilimkurgu olmaktan çıktıkça yasal zeminde izahı kolaylaşmaktadır. BMA, insan beyninden nöral sinyaller vasıtasıyla veri elde etmek olduğuna göre⁹⁷ verinin hukuki niteliği belirlenirken veri koruma yasalarına göre değerlendirme yapılması gerekir. Mülkiyetten öte farklı haklarla ilişkili olan bu alanın, yukarıda değindiğimiz zihinsel bütünlük hakkı gibi haklarla yakın ilişkili olacağı gözlemlenecektir. İnsan ile ilgili doğrudan ve dolaylı olarak niteleyebileceğimiz veriler bir yana, nöro verileri, yani insan beyninin doğrudan hiçbir kaynağa takılmadan akan verileri, daha farklı konumlandıracağımız anlamını taşıyor. Bu kapsamda iki kavram ön plana çıkabilecektir: “kendi verilerini işleme hakkı” ile “kendi kararlarını etkileyecek ya da iradesini ortadan kaldıracak kararlar alma hakkı”.

Nöro verilerin elde edildiği anda işlenmesi ve özel yöntemler uygulanarak farklı formlara dönüştürülmesi mümkündür. Bu nedenle; özne ile süje arasındaki bağlantının kesilmesi konuyu veri koruma yasalarının dışına çıkarmaktadır. Ele alınması gereken konu, nöro verilerin hangi amaca konu edileceği ile ilgilidir. Örneğin bilimsel amaçlar için kullanılan nöro veriler ile nöro pazarlama sektöründe kullanılacak olan nöro verilerin tabi olacağı rejim arasında farklılıklar bulunmaktadır. Nöro verilerin benzersiz olması ve doğrudan fikir ve hareketlerimizi etkilemesi, veri sahibinin kendi kaderini tayin hakkını tamamen ortadan kaldırma tehlikesini beraberinde getirmektedir.

PACE Raporunda da belirtildiği üzere, BMA kullanımı bireyin iç dünyası ve bilinçaltı ile dış dünya arasındaki ilişkiyi temelden değiştirme potansiyeline sahiptir.⁹⁸ Bu nedenle insan hakları ve insan onuruna karşı öngörülemeyen ve kendine has tehditler barındırmaktadır.⁹⁹ Veri sahibinin zihninin dokunulmazlığını ortadan kaldıran uygulamalar ile birlikte dokunulmazlığına ilişkin yasal çerçevenin bir kez daha ifade edilmesi gerekecektir. Yeni nesil insan hakları olarak; bilişsel özgürlük, zihinsel mahremiyet gibi nöro hakların (neurorights) tanımlanması mevcut yasaların BMA teknolojileri bağlamındaki eksikliklerini tamamlamak için bir başlangıç olabilir.¹⁰⁰

⁹⁵ Keser Berber, s. 6.

⁹⁶ PACE, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, s. 4.

⁹⁷ Datto.

⁹⁸ PACE, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, s. 4.

⁹⁹ PACE, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, s. 4.

¹⁰⁰ PACE, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, s. 4.

AB’de verinin fikri mülkiyetinin çerçevesine dair tartışmalar kapsamında, anonimleştirilmiş verilerin sahibinin verinin üreticisi olarak belirleneceği karara bağlanmış olsa da, bu çözüm yolunun nöro veriler için de bir çırpıda uygulanması mümkün değildir. Nöro verilerin anonimleştirilmesi işlemi tam anlamı ile sağlanamadığında mülkiyet hakkının bu alanda geçerli olması bizi mülkiyet ötesi bir hakka doğru taşıyabilir.¹⁰¹ Birden fazla paydaşın yer aldığı bir ortamda mülkiyetin kime ait olduğunu belirlemenin güç olması gibi, verinin gerçek sahibinin veri işleme için verdiği açık rızayı geri alması durumunda mülkiyet hakkının devamı ile ilgili nasıl bir yol izleneceği bugün için belirsizdir. Genel kanı, açık rızanın geri alınması durumunda bir verinin tamamen imha edilmesi işlemi ile bütün bir veri setinin bozulacağı yolundadır. Bu nedenle de burada fiili olarak kullanılamaz hale gelen bir haktan bahsedilecektir. Ayrıca, veri sahibinin haklarının kısıtlanmasının mülkiyet hakkı bağlamında geçerli olup olmayacağı da tartışılabilir. Esasında 2017 yıllarının başlarında Avrupa Komisyonu’nun Ortak Araştırma Merkezi tarafından yayımlanan raporda, veri kurallarının veri sahibine tam bir mülkiyet hakkı vermediği, veri üzerinde tasarrufunu sınırladığını belirtilmiştir.¹⁰² Raporu göre, veri işlemenin yasal nedenlerinin fazlalığı, mülkiyet hakkının sadece çıplak mülkiyet vasfı ile veri sahibinin elinde bulunduğunun göstergesidir.¹⁰³

Kanada’da görülen *Geophysical Service Inc. V. Encana Corp.*¹⁰⁴ davası, verilerin fikri mülkiyet hakları ile ilgili önemli davalardan biridir. Burada yargıç, verileri; alan verileri ve işlenen veriler olarak ikili ayrıma tabi tutmuştur. Bir taraftan davacının tamamen sistemleri kullanılarak işlenebilen ham veriler mevcutken diğer tarafta da veri sahiplerinden işlenen veriler bulunmakta idi. Yargıç, sismik verilerin bir sanat eseri ürünü olabileceğini düşünüyordu, veriler mükemmel şekilde derlenmişti. Nöro verilerin benzersiz içerikleri ve kişileri benzersiz tanımlama özelliği düşünüldüğünde, bu veriler üzerinde derleme yapmanın ya da işlemenin mümkün olup olmayacağı tartışması, veri sahipliği haklarının tanımlanmasını ve yeni bir mülkiyet rejiminin gelişmesini tetikleyebilir.

Büyük Verinin olanaklarından yararlanılırken, verinin sadece ekonomik değil aynı zamanda politik bir güç olması ve ağıın büyüklüğü, cihaz çeşitliliği,

¹⁰¹ Ivan Stepanov, “Introducing a property right over data in the EU: the data producer’s right - an evaluation”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 34:1, 65-86, DOI: 10.1080/13600869.2019.1631621 <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1631621> (Erişim Tarihi: 12.3.2021).

¹⁰² Nestor Duch-Brown / Bertin Martens / Frank Mueller-Langer, “*The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*” (European Commission Joint Research Center, Digital Economy Working Paper 2017-01), s. 13 vd. <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc104756.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.3.2021).

¹⁰³ Duch-Brown / Martens / Mueller-Langer, s. 13 vd.

¹⁰⁴ Alberta Court of Queen’s Bench 2016 ABQB 230 Karar ile ilgili bu değerlendirme için bkz: Teresa Scassa, “*Data Ownership*”, https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.187_2.pdf, s. 9 vd. (Erişim Tarihi: 10.3.2021).

saldırı tespit sistemlerindeki yetersizlikler gibi nedenler, özellikle hassas nitelikteki verilerin korunmasına yönelik önlemler alınmasını gerektirmektedir.¹⁰⁵ Nöro verinin mahremiyeti sadece özel hayatın gizliliğinin korunması açısından değil, düşünce ve ifade özgürlüğü ve ayrımcılık ile mücadele için de gereklidir.

C. Düşünce Özgürlüğü İçin Mahremiyet (Caydırıcı Etki)

Düşünce özgürlüğü insanın zihni üzerindeki egemenlik hakkıdır ve bu hakkın ayrılmaz parçası, dikkat, hafıza, rasyonel düşünce ve kişinin kendi zihinsel işlevlerini kontrol etme özel becerisidir.¹⁰⁶ BMA sistemleri söz konusu olduğunda, bireylerin seçim hakkına, özgür iradesine zarar gelmemesini sağlamak düşünce ve ifade özgürlüğü için gereklidir.¹⁰⁷ Nörodata oluşturmak için beyin sinir uçlarındaki faaliyetlerin tam olarak ölçülmesi ve düşüncenin tahmin edilmesi amaçlandığına göre caydırıcı etki düşünce özgürlüğü için mahremiyet noktasında toplanmaktadır. İnsanların zihinsel süreçlerini çözmenin mümkün olacağı bir dünyaya giden yolda düşünce özgürlüğü ciddi zarar görecektir. Sosyal medya, insanların dikkatini dağıtan, zihinlerini kontrol altına almak için bağımlılık derecesinde koruyan ürünler tasarlarlarken davranış bilimlerinden yararlanmakta ve bu konuda iç görüleri çözmeye çalışmaktadır.¹⁰⁸ Burada zihnin dış müdahalelere hazırlıksız ve zayıf olarak tasarlanmaması ve yasal düzenlemelerin bu fenomenler ışığında yapılmamış olması düşünce özgürlüğünün varlığı açısından gelecekte bu hakkın tanınması açısından riskleri beraberinde getirmektedir.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19/1. maddesinde ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 19. maddesi gereğince düşünce özgürlüğünün kısıtlanması hiçbir şekilde mümkün değildir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Dijital İletişimde Şifreleme ve Anonimleştirme Özel Raporu'nda (A/73/348) nörolojik müdahalelerin, beyin yıkama programlarının, bireyi tasarlamaya yönelik her faaliyetin, kısacası bireyin kendi kaderini tayin hakkına yönelik her saldırının Sözleşme'nin 19/1. maddesini ihlal ettiğini ifade eder.¹⁰⁹ Yapay zekâ ile desteklenen sistemlerde fikirlerin özgürce yayılması ve erişim kolaylığı, bir taraftan farklı düşüncelerin gelişmesini sağlarken, bir taraftan

¹⁰⁵ Ramazan Terzi / Şeref Sağıroğlu / M. Umut Demirezen, "Büyük Veri ve Açık Veri Temel Kavramlar", Büyük Veri ve Açık Veri Analitiği (der. Şeref Sağıroğlu / Orhan Koç) içinde, 13-30, 1. Basım, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, s. 23.

¹⁰⁶ Simon Jones MacCarthy, "The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century", 2019, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2019.00019/full> (Erişim Tarihi: 22.02.2021).

¹⁰⁷ Giovanni Buttarelli, "Inviting New Perspectives in Data Protection", 31.07.2019, https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/inviting-new-perspectives-data-protection_en (Erişim Tarihi: 22.3.2021).

¹⁰⁸ MacCarthy.

¹⁰⁹ BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, *Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, 29 Ağustos 2018, s. 11.

da özgür düşüncüyü baskılayan ve insanların başkaları gibi düşüncelerini sağlayan bir yapıyı beraberinde getirebilir.

ABD eski başkanı Obama, 2013 yılında Başkanlık Biyoetik Araştırma Komisyonu'nda yaptığı konuşmada, Komisyonu birtakım sorularla baş başa bırakmıştır. Bu sorulardan en önemlisi; nörolojik veriler ile kişilerin damgalanmasının ve ayrımcılığa maruz kalmasının beraberinde getireceği sorunların ahlak problemi içerisinde ve ceza adaleti sistemi içerisinde nasıl yer alacağı ile ilgilidir.¹¹⁰

Yeni insan hakları kavramlarının içerisinde yer alan kişilerin nöro-teknolojileri kullanma hakkı¹¹¹ bir yandan da kişilerin bu teknolojilerin rızasız kullanımı ve zararlarından korunma hakkı ile dengelenir. Kişinin kendi bilincini ve elektrokimyasal düşünce süreçlerini kontrol etme hakkı ve özgürlüğü, AİHS m.10'da yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının yeni biçimidir.

D. Ayrımcılık ile Mücadele İçin Mahremiyet

GDPR ve KVKK hükümlerini, sadece kişisel verinin ne olduğunu, hassas veri kavramını ve veri koruma yöntemlerini teknik olarak düzenleyen bir düzenleme olarak okumadan önce her maddenin, içerisinde saklı olan “insan onuru”, “ayrımcılık yasağı” ilkelerini nasıl bağırıldığını duymak gerekiyor. Veri koruma kurallarının gerektirdiği tüm koşulları yerine getirilse dahi “temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldıran” hiçbir veri işleme faaliyeti yasal veri işleme faaliyeti olarak adlandırılmayacaktır. Veri işlemeyi yasal hale getirmek için türlü çeşit yolları dolanan özellikle büyük teknoloji şirketleri, “insan onuru” için hem fikir olmadıkça ve veri koruma faaliyetinin önce teknik değil, doğuştan insana sıkı sıkıya bağlı hakların korunması ile ilgili olduğu evrensel bir mutabakata kavuşmadıkça, ayrımcılık ile mücadele ve insan onuru kavramı mahremiyet ihlalleri ile giderek daha fazla risk altına girecektir. İnsanın dijital çağda tanımı, gereksinimleri, akıl yürütme yöntemi gibi birtakım durumlar değişse de ayrımcılık yasağı, insan onurunun korunması ilkeleri mahremiyet şemsiyesi altında değişmez olarak yerini koruyacaktır.¹¹²

Kant'tan sonra insanın rasyonel özerkliğine ve kendi kaderini tayin hakkına, diğer bir deyişle otonomisine daha çok değinilen dünyada, ayrımcılık yasağının ihlali insanın kendi kaderini tayin hakkının önünde Copernicus'un heybeti gibi durur.¹¹³ Ayrımcılık yasağı ya da insan onurunun, mahremiyet hakkı ile garanti altına alınması sağlanabilirse, bu bağlamda bir ademi merkezîyetçilikten değil, herkesin

¹¹⁰ Marcello Ienca / Roberto Andorno, “Towards new Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology”, Life Sci Soc Policy 13, 5 (2017). <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1> (Erişim Tarihi: 23.02.2021).

¹¹¹ Ienca/Andorno.

¹¹² Luciano Floridi, “On Human Dignity as a Foundation Right to Privacy”, Springer, Online Yayın: 26 Nisan 2016, s. 308 <http://fra.europa.eu/en/charterpedia/article/1-human-dignity> (Erişim Tarihi: 14.03.2021).

¹¹³ Floridi, s. 309.

kendi çevresi içerisinde etkilenen hak zerreciklerinden bahsederiz ve bu bağlamda insan onurunu merkeze yerleştirmemiz doğru bir ölçekleme yapmamızı sağlar. O zaman ayrımcılık yasağını ihlal etmeye çalışan sistem, insan onurunu, yani salt senin veya benim hakkımı değil, kolektif olarak bizim, insanlığın haklarını ihlale kalkışmış sayılabilir. Böylece, daha etkili bir hukuki koruma çizilmesi gerekliliği ortaya çıkmış olacaktır. Böylece, verinin bir mülkiyet hakkı olarak değil, bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesi¹¹⁴ gelişen teknolojilerin ve özellikle BMA sistemlerinin ortaya çıkaracağı riskler ile daha uyumlu bir hukuki nitelendirir.

Veri koruma yasaları da tam bu ekseninde temel hak ve hürriyetlerin korunmasına keskin bir yollama yaparken istisna kabul etmemiş ve İnsan Haklarının Korunması Sözleşmesi'ne sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. BMA teknolojisi de veri koruma alanında özel hak kategorisi arasında yerini alacağından ve yakın zamanda düzenlemeler arasında parlayacağından, ayrımcılık yasağı ve insan onurunu ilkelerini hazmetmiş bir şekilde tasarlanmalıdır ve sonradan ortaya çıkacak olan ihlaller de çok iyi öngörülmelidir.

E. Nöro-Güvenlik

Bundan yaklaşık 20 yıl önce, bir arkadaşınız rüyasında cep telefonunun 'hack'lendiğini gördüğünü anlatsaydı, en iyi ihtimalle bu rüyayı fantastik bulur ve gülerdiniz. O yıllarda cep telefonları internete bağlı değildi ve en hızlı iletişim yolu SMS'lerdi. Bugün ise telefonunuzun virüs koruması olmasını tercih ederseniz çünkü cebimizdeki bilgisayar, masamızdakinden daha güçlü olup içindeki pek çok uygulama ve veri ile siber kırılganlığı daha yüksektir. İnternet tasarlanırken de bugünkü mahremiyet ve güvenlik endişelerini herhalde tahmin etmek mümkün değildi. Şimdi ise henüz çok uzağında olduğumuzu düşündüğümüz BMA sistemlerinin kullanımının yaygınlaşmasından önceki bu aşamada, internetten öğrendiklerimizi bir tarihi ders olarak kendimize rehber etmenin yararlı olacağı bir eşikteyiz.¹¹⁵ Çünkü ancak rüyamızda görebileceğimizi sandığımız **nöro-hack**, beyin-makine arayüzlerinin yaygınlaşması ile karşı karşıya kalabileceğimiz bir gerçeklik olabilir. Araştırmacıların ve doktorların erişebileceği bu arayüzlere, yetkisiz ve kötü niyetli üçüncü kişilerin veya suç örgütlerinin de erişimi mümkün olabilecektir.¹¹⁶ Bu tür bir saldırı ile, anılarımız, politik görüşlerimiz ve nöral bozukluklar hakkındaki bilgilerimizin çalınarak, manipülasyon, fidye veya başka bir amaçla kullanılabilir.¹¹⁷

¹¹⁴ Verinin mülkiyet değil, kişilik hakkı olduğu görüşü için ayrıca bkz.: Küzeci, s. 73 vd.

¹¹⁵ Tamara Denning / Matsuoka Yoky / Kohno Tadayoshi, "Neurosecurity: Security and Privacy for Neural Devices", Neurosurg Focus, Volume 27, Temmuz 2009, DOI: 10.3171/2009.4.FOCUS0985, s. 2.

¹¹⁶ Marc Goodman, *Future Crimes*, Corgi Books, 2015, s. 483.

¹¹⁷ Tamara Bonaci / Ryan Calo / Howard Chizeck, "App Stores for the Brain: Privacy & Security in Brain-Computer Interfaces" (23 Mayıs 2014), IEEE International Symposium on Ethics in Science, Technology and Engineering, içinde, 1-7, 2014. <https://ssrn.com/abstract=2788104> (Erişim Tarihi: 15.3.2021), s. 1-2.

BMA sistemlerinin güvenliğine ilişkin Oxford, Cenevre, California ve Berkeley Üniversitelerinden araştırmacılar tarafından 2012 yılında yapılan çalışmada, ucuz bir beyin bilgisayar arayüzü olan bir oyun cihazı aracılığı ile deneklerin EEG sinyalleri analiz edilerek hangi verilerin kredi kartı bilgisi, ikametgâh veya PIN numaraları ile ilgili olduğu belirlenebilmiştir.¹¹⁸ BMA süreçlerinde ortaya çıkabilecek siber saldırılar amaç ve yöntem olarak oldukça çeşitli olabilir. Örneğin veri ele geçirmek veya geri dönüşü olmayacak şekilde kullanıcıya fiziksel bir zarara yol açmak amacıyla saldırı gerçekleştirilebilir. Saldırı çeşitlerine örnek olarak ise belirli bir nöral tepki oluşturmak amacıyla kullanıcılara kötü niyetli duygusal veya motor uyarıların sunumu veya kullanıcıların **duygu durumlarında değişikliğe** neden olabilecek kötü niyetli sinirsel uyarımlar göndermek gösterilebilir.¹¹⁹

Siber güvenliğin temel bileşenlerinden olan *bütünlük* (bilgilerin üretildiği andan itibaren yetkisiz olarak değiştirilmesine veya yok edilmesine karşı koruma), *gizlilik* (verinin erişimi ve açıklanmasına ilişkin kısıtlamaların korunması, kişisel gizliliği ve özel bilgilerin korunması), *kullanılabilirlik* (veri veya bilgilerin erişilebilir olması) ve *güvenlik* (BMA açısından fizyolojik, psikiyatrik ve psikolojik açılardan güvenlik) unsurlarının BMA sistemlerinin geliştirilmesi ile yavaş da olsa şekillenmeye başlanan **nöro güvenlik (neurosecurity)** için de kıyasen ölçüt olarak kullanılması gerekir.¹²⁰

BMA sürecinde, siber güvenlik açıkları, kasten beyin sinyallerinin manipülasyonuna dahi yol açabilecek olmalarından dolayı birincil öneme sahiptir. Bu nedenle IEEE tarafından bu konuda bir evrensel standart olmayışı, verinin güvenliği, korunması ve şifrelenmesi dair teknik standartların yaratılması ve bunlara uygun tasarımın hukuken zorunlu tutulması gerektiği belirtilmektedir.¹²¹ BMA sistemi kullanılan yapay uzuvların, derin beyin stimulatorlerinin veya bilişsel fonksiyon artırma uygulamalarının güvenliği için nöro-güvenliğin önemi bireyler için çoğu kez hayati olacaktır.¹²²

Siber suçların nereden kaynaklandığı çoğu kez belirlenemediğinden, uyumsuzluk çözümlerinde en önemli sorunlardan bazıları; BMA'da da olası bir siber saldırıdan kimin sorumlu olacağını belirlemek ve ardından uygulanacak hukuku saptamak olacaktır. Çünkü; bir siber saldırının kim veya kimler tarafından ger-

¹¹⁸ Ivan Martinovic / Doug Davies / Mario Frank / Daniele Perito / Tomas Ros / Dawn Song, “On the Feasibility of Side-channel Attacks with Brain-Computer Interfaces”, Proceedings of the 21st USENIX Conference on Security Symposium, 34-46, USENIX Association, 2012, <https://www.usenix.org/conference/usenixsecurity12/technical-sessions/presentation/martinovic> (Erişim Tarihi: 17.3.2021).

¹¹⁹ López, vd. s. 26.

¹²⁰ López, vd. s. 26.

¹²¹ IEEE, “Standards Roadmap: Neurotechnologies for Brain-Machine Interfacing”, s. 9.

¹²² Denning / Yoky / Tadayoshi, s. 3.

çekleştirildiğinin tespitinin zorluğu karşısında sorumluları belirlemek bir yana; siber saldırının etkilerinin ortaya çıktığı yer, saldırının kaynaklandığı yer veya sızan verinin depolandığı varsa bulut bilişim sisteminin sunucularının bulunduğu yerin farklı olması uygulanacak hukukun belirlenmesini de zorlaştıracaktır. Öte yandan, BMA teknolojileri ilerledikçe, beyinlerimizin de siber saldırılara hedef olabileceği gerçeği karşısında belki de yeni hukuk dallarından nöro-güvenlik ve nöro-hukukun da alanı genişleyecek ve tıp ile hukukun en önemli kesişim alanlarından biri olarak karşımıza çıkacaktır.¹²³

Nöro güvenlik açısından kullanıcılara farkındalık eğitimi verilmesi elbette önemli bir önlemdir. Ancak bu önlemin etkili olduğu durumlar, kullanıcıların kötü niyetli nöro uyarıların farkında olduğu haller ile sınırlıdır. Kullanıcıların kötü niyetli uyarıların varlığından haberdar olmadığı durumlarda saldırıların önlenmesi ise teknik olarak BMA'lara eklenecek harici uyarı sistemleri ile azaltılabilir.¹²⁴ Ancak teknik önlemlerin etkili yasalar ve sosyal-politik önlemler ile de desteklenmesi gerekmektedir.

2019/881 sayılı Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu olarak bilinen, AB Ağ ve Bilgi Güvenliği Ajansı ve Sertifikasına dair Tüzük, 7 Haziran 2019 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmış ve 27 Haziran 2019'da yürürlüğe girmiştir.¹²⁵ Anılan Tüzük uyarınca “Dijital Tek Pazar” hedefi doğrultusunda tüm AB üye ülkelerinde geçerli olması planlanan ve başta zorunlu olmayacak olan ortak bir siber güvenlik sertifikasyon sistemi kurulması hedeflenmektedir. Bu sertifika sistemi ile her türlü (sağlık alanında kullanılanlar dahil olmak üzere) bilgi ve iletişim teknolojisi (ICT) cihazlarının, servis ve işlemlerinin siber güvenlik sertifikasına sahip olmaları sağlanacaktır. AB hukuku, üye devletlerin hukukundan üstün nitelikte olduğundan, üye devletleri bağlayıcıdır. Siber sertifikasyon sisteminin ileriki yıllarda özellikle yüksek riskli (sağlık ve ulaşım gibi) alanlarda kullanılacak yapay zekâ ve BMA sistemleri için zorunlu olması mümkündür. Avrupa Komisyonu'nun yapay zekâ sistemlerine dair 2020 yılında yayınladığı Whitepaper'da, yapay zekâ sistemlerinin kullanıldığı sektöre veya uygulamasının yaratacağı etkiye göre “yüksek riskli” olup olmadığına karar verilmesi ve yüksek riskli kabul edilen bu sistemler ile ilgili daha katı bir denetim ve yaptırım mekanizmasının yasal olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹²⁶ AB Komis-

¹²³ Ozan Özparlak, “Yapay Zekâ ve Hukuk”, s. 238.

¹²⁴ López, vd. s. 10.

¹²⁵ 7.6.2019 tarihli ve L151/15 Sayılı AB Resmî Gazetesi, 17 Nisan 2019 tarihli ve 2019/881 sayılı, ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) ve bilgi ve iletişim teknolojileri siber güvenlik sertifikasyonuna dair Tüzük (Cybersecurity Act), L_2019151EN.01001501.xml (europa.eu) (Erişim Tarihi: 10.3.2021).

¹²⁶ AB KOMİSYONU, *Whitepaper on Artificial Intelligence*, 2020, commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (europa.eu) (Erişim Tarihi: 16.3.2021), s. 17.

yonu, özellikle siber zafiyetten kaynaklanacak zararlarda hukuki sorumluluğun ne şekilde düzenleneceğine dair bir hukuki belirsizlik bulunduğu da altını çizmiştir.¹²⁷ Bu nedenle, Yapay Zekâ sistemleri ile desteklenen BMA teknolojisinin de sağlık alanında kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, kişinin bilişsel mahremiyeti ve güvenliğine dair riskler ve siber saldırı halinde BMA kullanan ve çevresindeki bireylerin uğrayabileceği riskler göz önüne alındığında yüksek risk statüsünde sayılması gerekir.

Ayrıca, AB Siber Güvenlik Kanunu¹²⁸ çerçevesinde uygulanacak olan siber güvenlik sertifikasyonunun BMA sistemleri için zorunlu olması da yerinde olacaktır. Ülkemiz açısından da özellikle 2020-2023 Yılları için yayınlanan Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi çerçevesinde bu tür teknolojiler için siber güvenlik sertifikasyonunun zorunlu tutulmasına ilişkin yasal düzenlemeler yerinde olacaktır. Ne şekilde düzenlenecek olursa olsun; bireyler için giderek karmaşıklaşan ancak bir yandan da gündelik hayatın ayrılmaz parçası haline gelen yeni teknolojileri de kapsayan veri koruma kurallarının “açık, belirli ve anlaşılır”¹²⁹ olması gerekmektedir.

III. YASALAR KİMİN İÇİN? HUKUKU YENİDEN TASARLAMAK

Nöro güvenlik, verinin mahremiyeti ve güvenliğinin düşünce özgürlüğünün ve özgür iradenin korunmasını da içerdiğini kanıtlayan yeni bir savunma sahasıdır. “Robotik sistemlerin giderek otonomisinin artırılmasına uğraşılırken, insanın otonomisi giderek azalmakta mıdır?” gibi sorular esasen sadece tek başına yeni teknolojilerin doğurduğu şüpheden değil, aynı zamanda yapay bir büyüme sanısına kapılmış ekonomik modelin de adaletsizliğinden kaynaklanmaktadır. İnsanın tarih boyunca kendi türü dahil gezegende var olan canlıların tümünü **mülkiyet unsuru** var sayarak yok etme pahasına “gelişmesi”nin bugüne dek en büyük faydalarından dünya nüfusu göz önüne alındığında sınırlı sayıda insan yararlanmıştı. Yarattığımız yapay “şeyler” arasında kendi yaratıcısının sonunu getiren *Frankenstein*'a en çok benzeyeni, insanlar arasındaki doğal olmayan eşitsizliklerdir. Bugün, büyük veri teknolojileri ile mücadele edilememesi karşısında, yarın BMA gelişip yaygınlaşmasının yaratacağı en büyük risklerden biri, bireyler ile aralarında sadece ticari ilişkiler bulunan ve giderek politik güce de sahip olmaya başlayan büyük teknoloji şirketlerini frene basmaya teşvik edecek yasal düzenlemeler bulunmaması olacaktır.

Bu açıdan uluslararası şirketlerin insan hakları ve doğaya zarar veren faaliyetleri konusunda uluslararası hukuk sorumluluğunun etkili mekanizmalar ile des-

¹²⁷ AB KOMİSYONU, *Whitepaper on Artificial Intelligence*, s. 12 vd.

¹²⁸ AB Cyber Security Act (Siber Güvenlik Kanunu): 2019/881 sayılı Tüzük.

¹²⁹ Mehmet Bedii Kaya, “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge*”, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (der. Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili) içinde, 33-68, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 64.

tekleme gerekmektedir. CAHAI tarafından yayınlanan Fizibilite Raporu'nda da belirtildiği gibi belki de artık sadece devletler için bağlayıcı olan insan haklarına ilişkin yaptırımların uluslararası şirketleri de taraf yapacak şekilde yeniden tasarlanması gerekmektedir.¹³⁰

AB Parlamentosu tarafından bu konuda önemli bir adım atılarak, tedarik zincirlerinde şirketlerin insan hakları ve doğaya zarar veren uygulamalarında sorumluluklarına ilişkin hukuki bir çerçeve çizilmesi gündeme getirilmiştir.¹³¹ Bu gelişme, BMA gibi insanın özünü dönüştürme potansiyeline sahip teknolojilerin geliştirilmesi ve uygulanmasında etik ilkelerin ve insan dahil olmak üzere tüm doğal yaşamın yararının gözetilmesi için oldukça önemli bir adımdır. Hem bu teknolojilerin risklerinin azaltılması hem de başta sağlık olmak üzere farklı alanlarda insan hayatını kolaylaştıracak yararlarından sadece ayrıcalıklı kesimlerin değil tüm canlıların yararlanmasını sağlamak için, tekelleşmenin engellenmesi ve gelir/fırsat eşitsizliğinin onarılabilmesi için gerekli ekonomik, sosyal ve politik adımların atılması büyük önem taşımaktadır.

Bir an için politika ve teknolojinin ne kadar ilgili olduğu sorusu akıllara gelebilecekse de bu soruya en etkili yanıt, İkinci Dünya Savaşı'nda saklıdır. Sonradan muhafazakâr politikaların kurbanı olan Alan Turing'in geliştirdiği makine ile savaşın beklenenden erken bitmesi ve savaşların kaderinin teknoloji ile dönüşebileceğinin devletler tarafından keşfedilmesi ile 1945'ten beri bilim siyasetle zaten iç içedir.¹³² Bugüne dek zorlu koşullara bireysel ve kolektif zekâsı ile adapte olmayı başaran insan neslinin türünü devam ettirebilmesi artık insan topluluklarındaki ve tüm ekosistemdeki çeşitliliği koruması ile mümkün olabilecektir.¹³³ Bu ise, hür iradenin ve bireysel bağımsızlığın önemli koşullarından biri olan mahremiyetin korunmasına yönelik politik önceliğin yasalar ile somutlaştırılması ile mümkün olabilir.¹³⁴ Evimize her gün hırsız girmiyorsa bunun nedeni, teknik olarak bunun imkânsız olması değil, caydırıcı yasalar ile engellenmiş olmasıdır. BMA sistemlerinin faydalarından yararlanırken, mahremiyet hakkının ihlal edilerek istenmeyen sonuçların ortaya çıkması da teknik olarak mümkündür. Bunun engellenmesi ise caydırıcı yasal düzenlemelerin tasarlanması ve etkin şekilde uygulanması ile mümkün olabilir. Bu bağlamda örneğin, AB Yapay Zekâ Regülasyonu Teklifindeki, pazara giriş şartı için Yüksek Riskli Yapay Zekâ sistemlerine dair öngörülen koşullar ile bu çalışmada atıf yapılan Avrupa Konseyi çalışmaları yol gösterici olabilir.

¹³⁰ CAHAI, *Feasibility Study*, 2020, <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da> (Erişim Tarihi: 10.3.2021), s. 25-26.

¹³¹ AB PARLAMENTOSU, *Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, 10.3.2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html (Erişim Tarihi: 17.3.2021).

¹³² Eric Hobsbawn, *Kısa 20. Yüzyıl* (Çev. Yavuz Alogan), Sarmal Yayınevi, 1996, s. 623.

¹³³ Bryson, s. 299.

¹³⁴ Bryson, s. 299.

SONUÇ

Sadece sağlık bilimleri alanında değil, çalışma ilişkilerinde ağır ve tehlikeli işlerde güvenliği sağlamak, robotik cihazları kontrol etmek, artırılmış gerçeklik deneyimlerini geliştirmek için de çok çeşitli vaatlere sahip olan Beyin Makine Arayüzleri (BMA) sistemleri; beyin aktivitesinin, bilgi çıkarmak için gerçek zamanlı olarak işlenmesi ve ardından bu bilgilerin dış dünyada kullanıcıya geri bildirim olarak bir eylem veya uyarıcı oluşturmak için kullanılmasına dayanmaktadır. Kablosuz iletişim ve yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmelere paralel şekilde ilerlemeye devam eden BMA teknolojisindeki gelişmeler öngörülebilir veya öngörülemez hukuki ve etik soruları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada bu sorulardan mahremiyete ilişkin olanlardan bir kısmını, bu konuda yeni araştırmalar yapacak olanlar için gündeme getirmeyi amaçladık. Verinin kontrolünün bireyin kendisine verilmesinin öneminin daha da ortaya çıkacağı BMA sistemlerinde, verinin mülkiyet hakkı mı yoksa kişilik hakkı mı olduğu tartışması daha da önem kazanacaktır.

Bir gün ekranın başına geçip baktığınızda kendinizden birçok kişi görüp, size benzeyen bu kişilerin hiç açıklamak istemediğiniz bir düşüncüyü açıkladığını, sizin giyinmek istemediğiniz bir tarzda giyinişinizi utandırdığını düşünün. Çok ileri gitmiş olabiliriz. Biraz geri alıp bilgisayar başında fareyi aslında siz politik yazıları okumak üzere sağa hareket ettirmeye ve tam o noktaya götürmeye çalışıyorsunuz ancak fare sizi bir bahis sitesine yönlendirdi ve açmak istemediğiniz bir bağlantıyı yüzlerce kez tıkladı. Tam da bahsetmek istediğimiz bunun çok daha ötesinde beynimizin bize ait olup olmadığını ispat konusu yapacak olan bir dünyanın kapımıza dayanmış olması ve kendine yasal bir zemin aramasıdır.

Hastalıkların tedavisi, zaman yönetimi gibi amaç ne olur ise olsun, sınırın aşılması ve insan onuru ile çatışmanın üst düzeyde yaşanacağı bir dünya hayali toplumun ruhsal hastalıklarının tırmanmasına da yol açabilir. Daha adil bir düzenin kurulmasından öte toplumsal sınıfların daha da derin ayrışacağı biçimde nöral yapılara müdahale edilmesi, insanlığı geri dönülemez yollara sürükleyebilecektir. Tüm bu teknolojik gelişmelerin içerisinde Kant'ın bahçelerinde gezmek rüyalarımızı teğet geçecek ve engizisyon mahkemeleri de Galileo'nun varoluşunda çoktan hayalet olarak kalmaya devam edecektir.

CAHAI'nin kırmızı çizgileri tam da “insan onuru”, “kendi kaderini tayin hakkı” gibi ilkelerin tam bir koruma altında olması üzerine açıklanmış ve tüm yapay zekâ sistemlerini üreten ve kullanan şirketler ve devletler bu sağduyuya sahip olmaya davet edilmiştir. Nöral yapılardan akan veri, BMA teknolojisi ile kaydedilirken mevcut veri koruma kuralları (GDPR ve KVKK hükümleri gibi) üzerinden bir engele takılacak mıdır? İşte tam da burada KVKK veya GDPR düzenlemesinin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Düzenlemeye ilave yapmak da yeterli olmayacaktır çünkü BMA teknolojisi ile veri işlemenin özne-

sinden itibaren, sahipliği, vücudu, başı ve sonu baştan aşağı değişecektir. En masum şirketlerden, çok uluslu küresel şirketlere kadar aynı mevzuatın süzgecinden geçtiğini düşünür isek, BMA'lar için belki de başlı başına bir düzenleme yapmak ve öngörüyü en üst düzeyde tutmak doğru tercih gibi görünüyor. Veriyi ana kaynağından, veri sahibinin sızdıracağı kadar öğrenmek kavramından, veri sahibinin kontrolü dışında bir sisteme dönüştürmek, başta işaret ettiğimiz olası bir soruna bizi yeniden götürüyor: “Yapay büyüme sınırları ile robotların kontrolünde, insanın zayıf otonomisiyle” dolu bir dünya. BMA teknolojisinin yararları yanında eşitsizliğin gittikçe büyümesi ve sosyal adaletsizlik içerisinde sadece belli bir zümreye üstünlük sağlayacak şekilde uygulanabilecek olması, olası riskleri de artırmaktadır.

Demokrasinin ve hukuk devletinin giderek zayıflaması, oy kaygısını, vahşi yönetimlerin BMA teknolojisi ile bireyleri daha yönetebilir kılacak şekilde tasarlanması sonucunu da doğurabilir: Otomasyon bir insan bedeninde tasarlanabilir. Doğası gereği her şey amacının dışına çıkıyor diyerek, yasa koyucuların yüzyıllar önce muazzam dengeyi yasalarda bulmuş olması asla tesadüf değildir.

Şu an sadece dışarıdan müdahalelerle yönetilen sınır uçlarımızın basit bir modelle kıyafet seçimimiz ya da kişiselleştirilmiş reklamlarla bir tıkla bizi tatile çıkarması ve profileme yapması, yarın geri dönülemez bir şekilde gen bilgilerimiz dahil olmak üzere kişisel varlığımızın derin sınırlara yerleşecek teknolojilerin kötüye kullanılmaları için bir an önce yasal düzenlemelerin, multidisipliner ekiplerle konsensüse varılarak yapılması gerekiyor.

Bu bağlamda gerek GDPR gerekse de KVKK'da özel nitelikli veri kategorisinin ayrıştırılıp, yeni bir çerçeve yasada ayrıntılı düzenleme bulması ve BMA sistemlerinin de burada yerini alması gerekiyor. Nöro veri, bu ayrık düzenlemede hassas kişisel veri kategorisinde daha özel veri koruma kuralları ile bezenecektir.

Son olarak, tanımlamalara veya alışıldık, klasik yaklaşımlara sıkışıp kalmak nöro veri ve BMA teknolojisinin olası hukuki riskleri ile mücadelede sonuç vermeyecektir. Genel anlamda yapay zekâ teknolojisinin kullanımından doğan sorumluluk çerçevesini mevcut yasal düzenlemeler ile her alanda çözemediğimiz gibi, BMA sistemlerinde de sonuç farklı değildir. Robotu geliştirmek için insanı robotlaştırmak, bizi farklı kavramlar ve bu kavramları yeni hukuk normlarına yerleştirmek ile meşgul edecektir.

BMA dünyasında, mülkiyet kavramı artık bildiğimiz mülkiyet kavramı değildir, kişi kavramı da bildiğimiz kişi kavramı olmaktan uzaklaşacaktır. Belki alt-ben gibi alt kişilik tanımı gündeme gelecektir. Hangi veri işlemenin otomatik hangisinin insan kontrolünde olduğunun dahi sınırlarının bulanıklaştığı bir çağa doğru yaklaşırken, var olan kuralları geliştirmekte olan teknolojilere uygun şekilde dönüştürmek ya da buna uygun şekilde yorumlamaya çalışmak gerekmektedir.

Hukukun üstünlüğü, insan ve çevre hakları ile demokrasinin sürdürülebilmesi için ise veri koruma hukukunun etkinliğini veri temelli ekonomide güçlendirecek rekabet kurallarına ve uluslararası şirketlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin yeni düzenlemelere de ihtiyaç vardır.

Mahremiyetin, veri koruma kuralları çerçevesine sığmayan, yeni teknolojiler ile yeni tartışmalar yaratan temel bir hak olduğunun kabulünün giderek daha önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu çalışma ile ana hatları aktarılmaya çalışılan BMA bağlamında mahremiyete ilişkin ortaya çıkacak hukuki meseleler ile ilgili yeni çalışmalar yapılması oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- AB CYBER SECURITY ACT** (Siber Güvenlik Kanunu), 17 Nisan 2019 tarihli ve 2019/881 sayılı Tüzük: 7.6.2019 tarihli ve L151/15 Sayılı AB Resmî Gazetesi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0881&from=EN> (Erişim Tarihi: 10.3.2021).
- AB DATA GOVERNANCE ACT** (Veri Yönetimi Kanunu) Taslak Metin, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767> (Erişim Tarihi: 17.3.2021).
- AB KOMİSYONU**, Proposal for a Regulation Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).
- AB KOMİSYONU**, Whitepaper on Artificial Intelligence, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- AB PARLAMENTOSU**, Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, 10.3.2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html (Erişim Tarihi: 17.3.2021).
- ABC NEWS**, “German hospital hacked, patient taken to another city dies”, 17 Eylül 2020, <https://abcnews.go.com/International/wireStory/german-hospital-hacked-patient-city-dies-73069416> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).
- ADA LOVELACE INSTITUTE**, “Data Will See You Now: Datafication and Boundaries of Health”, <https://www.adalovelaceinstitute.org/report/the-data-will-see-you-now/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- AĞIN**, Başak, *Posthümanizm Kavram Kuram Bilim-Kurgu*, Siyasal Kitabevi, 1. Basım, 2020.
- ALPAYDIN**, Ethem, *Yapay Öğrenme*, Tellekt Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- ASHER-SCHAPIRO**, Avi, “Out of My Mind: Advances in Brain Tech Spur Calls for ‘Neuro-rights’”, 29 Mart 2021, Reuters, <https://www.reuters.com/article/us-global-tech-lawmaking-analysis-trfn-idUSKBN2BL1RH> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).
- AVRUPA ADALET DİVANI**, C-582/14 Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178241&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=575343> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- AVRUPA KONSEYİ**, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI) Kuruluş ve Görevleri, <https://rm.coe.int/cahai-2020-2021-rev-en-pdf/16809fc15> (Erişim Tarihi: 20.2.2021).
- AVRUPA KONSEYİ**, Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Olarak Bireylerin Korunmasına Dair 108+ Sayılı Sözleşme, <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).
- BATUKAN**, Can, *Robo-tizm*, 6:45 Yayınevi, İstanbul, 2017.
- BIRMINGHAM UNIVERSITY**, Everyday Cyborgs Research Project, <https://www.birmingham.ac.uk/research/artslaw/projects/everyday-cyborgs.aspx> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).

- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 29 Ağustos 2018.
- BONACI**, Tamara / **CALO**, Ryan / **CHIZECK**, Howard, “*App Stores for the Brain: Privacy & Security in Brain-Computer Interfaces*”, IEEE International Symposium on Ethics in Science, Technology and Engineering, 1-7, Mayıs 2014. <https://ssrn.com/abstract=2788104> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).
- BRYSON**, Joanna J., “*Artificial Intelligence and Pro Social Behaviour*”, Collective Agency and Cooperation in Natural and Artificial Systems, s. 281-306, http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-15515-9_15 (Erişim Tarihi: 17.5.2021).
- BULATHWELA**, Lahiru, “*Brain Implants, GDPR and AI*”, <https://aphaia.co.uk/en/2020/10/09/brain-implants-gdpr-and-ai/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- BUTTARELLI**, Giovanni, “*Inviting New Perspectives in Data Protection*”, 31.07.2019, https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/inviting-new-perspectives-data-protection_en (Erişim Tarihi: 22.3.2021).
- CAHAI** Kuruluş ve Görevleri, <https://rm.coe.int/cahai-2020-2021-rev-en-pdf/16809fc157> (Erişim Tarihi: 20.2.2021).
- CAHAI**, Council of Europe Study DGI (2020)6, Towards Regulation of AI Systems, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a> (Erişim Tarihi: 20.02.2021).
- CAHAI**, Feasibility Study, 2020, <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da> (Erişim Tarihi: 10.3.2021).
- COLUMBIA NEURO RIGHTS INITIATIVE**, <https://nri.ntc.columbia.edu/projects> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).
- DATTO**, Alessandro, *Brain Computer Interface: a Data Protection Perspective*, Tilburg University Law School, 2018, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146398> (Erişim Tarihi: 12.3.2021).
- DECRAENE**, Dieter, “*Brain-Computer Interfaces and fundamental rights: food for thought*”, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/brain-computer-interfaces-and-fundamental-rights-food-for-thought/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- DENNING**, Tamara / **YOKY**, Matsuoka / **TADAYOSHI**, Kohno, “*Neurosecurity: Security and Privacy for Neural Devices*”, Neurosurg Focus, Volume 27, Temmuz 2009, DOI: 10.3171/2009.4.FOCUS0985 (Erişim Tarihi: 15.3.2021).
- DUCH-BROWN**, Nestor / **MARTENS**, Bertin / **MUELLER-LANGER**, Frank, “*The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*” (European Commission Joint Research Center, Digital Economy Working Paper 2017-01), <https://ec.europa.eu/jrc/en/sites/default/files/jrc104756.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.3.2021).
- DÜLGER**, Murat Volkan / **KAHRAMAN**, Cansu Ceren / **YALÇIN**, Simay, “*GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi*”, 2021, https://www.academia.edu/45170685/GDPR_ve_KVKK_Bak%C4%B1m%C4%B1ndan_%C3%87ocuklar%C4%B1n_Ki%C5%9Fisel_Verilerinin_Korunmas%C4%B1_ve_Konuya_%C4%B0li%C5%9Fkin_Kurul_Karar%C4%B1n%C4%B1n_De%C4%9Ferlendirilmesi (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

- EDPB-EDPS**, Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Data Governance (Data Governance Act), 10.3.2021, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032021-proposal_en (Erişim Tarihi: 17.3.2021).
- EMOTIV**, <https://www.emotiv.com/workplace-wellness-safety-and-productivity-mn8/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS**, “*Getting the Future Right - Artificial Intelligence and Fundamental Rights*”, 29.01.2021 tarihli rapor, <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/getting-future-right-artificial-intelligence-and-fundamental-rights-summary> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).
- FACEBOOK**, <https://about.fb.com/news/2017/04/f8-2017-day-2/> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- FLORIDI**, Luciano, *On Human Dignity as a Foundation Right to Privacy*, Springer, Online Yayın: 26 Nisan 2016, s. 308, <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/1-human-dignity> (Erişim Tarihi: 14.03.2021).
- GILBERT**, Ben, “*Elon Musk says Neuralink implanted a chip in a monkey’s brain, and now he ‘can play video games using his mind’*”, 1 Şubat 2021, <https://www.businessinsider.com/elon-musk-neuralink-monkey-plays-video-games-using-his-mind-2021-2?r=US&IR=T&op=1> (Erişim Tarihi: 12.5.2021).
- GOODMAN**, Marc, *Future Crimes*, Corgi Books, 2015.
- GORZ**, André, *Maddesiz* (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.
- GRAIMANN**, Bernhard / **ALLISON**, Brendan Z. / **PFURTSCHELLER**, Gert, “*Brain Computer Interfaces: A Gentle Introduction*”, *Brain-Computer Interfaces: Revolutionizing Human-Computer Interaction içinde* (Editör: Bernhard Graitmann, Brendan Z. Allison, Gert Pfurtscheller), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, s. 2.
- HADDOW**, Gill / **KING**, Emma / **KUNKLER**, Ian / **MCLAREN**, Duncan, “*Cyborgs in the Everyday: Masculinity and Biosensing Prostate Cancer*”, *Science as Culture*, Taylor&Francis, Londra, Ekim 2015, 2;24(4), s. 484-506, doi: 10.1080/09505431.2015.1063597, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4894087/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).
- HARAWAY**, Donna, “*A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century*”, *Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature*, Routledge, New York, 1991, s. 149-181.
- HAWKINS**, Amy, “*Beijing’s Big Brother Tech Needs African Faces*”, *Foreign Policy*, 24 Temmuz 2018, <https://foreignpolicy.com/2018/07/24/beijings-big-brother-tech-needs-african-faces/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE**, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 2019, <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- HOBSBAWN**, Eric, *Kısa 20. Yüzyıl*, (Çev. Yavuz Alogan), Sarmal Yayınevi, 1996.
- IEEE**, *Ethically Aligned Design*, First Edition, 2018, <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/other/ead1e.pdf> (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

- IEEE**, *Standards Roadmap: Neurotechnologies for Brain-Machine Interfacing*, <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/presentations/ieee-neurotech-for-bmi-standards-roadmap.pdf> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).
- IENCA**, Marcello / **ANDORNO**, Roberto, “Towards new Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology”, *Life Sci Soc Policy* 13, 5, 2017, <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1> (Erişim Tarihi: 23.2.2021).
- JOE ROGAN EXPERIENCE**, Podcast #1169 Elon Musk, <https://joeroganexperience.io/elon-musk-1169/> (Erişim Tarihi: 14.6.2021).
- JONES**, MacCarthy Simon, *The Autonomous Mind, The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century 2019*, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2019.00019/full> (Erişim tarihi: 22.02.2021).
- KAKU**, Michio, *The Future of Humanity*, Great Britain, Penguin, 2018.
- KAYA**, Mehmet Bedii, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge”, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (der. Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili) içinde, 33-68, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- KESER BERBER**, Leyla, *Kurumsal Güven Bağlamında Güven Hizmet Sağlayıcı (Trust Service Provider), Güven Hizmetleri ve Karşılıklı Tanıma Sorunu*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU**, “İşverenin, işçisine ait kişisel verileri ve özel nitelikli kişisel verileri; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden ve hukuka aykırı işlemesi” hakkındaki 20/05/2020 tarihli ve 2020/404 sayılı Karar Özeti, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404> (Erişim tarihi: 22.3.2021).
- KURZWEIL**, Ray, *İnsanlık 2.0: Tekilliğe Doğru Biyolojisini Aşan İnsan* (çev. Mine Şengel), Alfa Yayınları, Birinci Baskı, 2016.
- KÜZECİ**, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Oniki Levha, 4. Baskı, İstanbul, 2020.
- LÓPEZ**, Bernal Sergio / **CELDRÁN**, Alberto Huertas / **PÉREZ**, Gregorio Martínez / **BARROS**, Michael Taynnan / **BALASUBRAMANIAM**, Sasitharan, “Security in Brain-Computer Interfaces: State-Of-The-Art, Opportunities, and Future Challenges”, *J.ACM*, 2020, <https://doi.org/10.1145/3427376> (Erişim Tarihi: 10.3.2021).
- MANUEL**, Rojoef, “Neuralink Brain Chip Will End Language in Five to 10 Years, Elon Musk Says”, *Science Direct*, 28 Mayıs 2021, <https://www.sciencetimes.com/articles/31428/20210528/neuralink-brain-chip-will-end-language-five-10-years-elon.htm> (Erişim Tarihi: 14.06.2021).
- MARTINOVIC**, Ivan / **DAVIES**, Doug / **FRANK**, Mario / **PERITO**, Daniele / **ROS**, Tomas / **SONG**, Dawn, “On the Feasibility of Side-channel Attacks with Brain-Computer Interfaces”, *Proceedings of the 21st USENIX Conference on Security Symposium*, 34-46, USENIX Association, 2012, <https://www.usenix.org/conference/usenixsecurity12/technical-sessions/presentation/martinovic> (Erişim Tarihi: 17.3.2021).
- MAX-NEEF**, Manfred Artur, *Human Scale Development*, New York: Apex, 1991

- NEURALINK**, “*Interfacing with the Brain*”, <https://neuralink.com/approach/> (Erişim Tarihi: 9.2.2021).
- OXLEY**, Thomas J. / **YOO**, Peter E. / **RIND**, Gil S., “*Motor Neuroprosthesis Implanted with Neurointerventional Surgery Improves Capacity for Activities of Daily Living Tasks in Severe Paralysis: First In-Human Experience*”, *Journal of NeuroInterventional Surgery* 2021;13:102-108; <https://jn.is.bmj.com/content/13/2/102> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).
- OZAN ÖZPARLAK**, Başak, “*İşe Alımda Ayrımcılık ve Yapay Zekâ Sistemleri*”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ* (der. Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk), 223-274, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2021.
- OZAN ÖZPARLAK**, Başak, “*Yapay Zekâ ve Hukuk*”, *Sağlık Bilimlerinde Yapay Zekâ* (der. Melih Bulut, Murat Gezer, vd.), Çağlayan Yayınevi, Birinci Baskı, İstanbul, 2019.
- PACE**, “*Need for Democratic Governance of AI*”, 24.09.2020, <https://pace.coe.int/en/files/28742/html> (Erişim Tarihi: 12.5.2021).
- PACE**, “*The Brain-Computer Interface: New Rights or New Threats to Fundamental Freedoms?*”, 24 Eylül 2020, <https://pace.coe.int/en/files/28722/html> (Erişim Tarihi: 17.5.2021).
- ROGERS**, Adam, “*New Way to Plug a Human Brain Into a Computer: via Veins*”, *Wired*, 29.10.2020, <https://www.wired.com/story/a-new-way-to-plug-a-human-brain-into-a-computer-via-veins/> (Erişim Tarihi: 9.3.2021).
- RUSSELL**, N. Cameron / **REIDENBERG**, Joel R. / **MARTIN**, Elizabeth / **NORTON**, Thomas, “*Transparency and the Marketplace for Student Data*”, *Virginia Journal of Law and Technology*, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3191436> (Erişim Tarihi: 17.5.2021).
- SAY**, Cem, *Yeni Dünya Yeni Ağ*, Destek Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- SCASSA**, Teresa, *Data Ownership*, https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.187_2.pdf (Erişim Tarihi: 10.3.2021)
- SOLOVE**, Daniel, “*The Myth of the Privacy Paradox*”, *George Washington Law Review* 1, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536265 (Erişim Tarihi: 14.3.2021).
- STEPANOV**, Ivan, “*Introducing a property right over data in the EU: the data producer’s right - an evaluation*”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 34:1, 65-86, DOI:10.1080/13600869.2019.1631621, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1631621> (Erişim Tarihi: 12.3.2021).
- ŞAHİNOL**, Melike / **BAŞKAVAK**, Gülşah, “*Türkiye’de Biyomedikalizasyon: Sağlıkın Dijitalleşmesi ve Öz-Takip Pratikleri*”, *Türkiye’de STS Bilim ve Teknoloji Çalışmalarına Giriş* (der. Aydan Turanlı, Arsev Umur Aydınoglu, Melike Şahinol), 103-119, İstanbul Teknik Üniversitesi (İTÜ), İstanbul, 2020.
- ŞAHİNOL**, Melike, “*My Cyborg Performance As a Techno-Cerebral Subject*”, *Modified Living As a Cyborg* (der. Chris Hables Gray, Heidi J. Figueroa-Sarriera ve Steven Mentor) içinde, 197-211, Routledge, 2020.

- TERZİ**, Ramazan / **SAĞIROĞLU**, Şeref / **DEMİREZEN**, M. Umut, “*Büyük Veri ve Açık Veri Temel Kavramlar*”, Büyük Veri ve Açık Veri Analitiği: Yöntemler ve Uygulamalar (der. Şeref Sağiroğlu/Organ Koç), 1. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, s. 13-29.
- WACHTER**, Sandra, “*Data Protection in the Age of Big Data*”, Nature Electronics Volume 2, 6-7, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3355444 (Erişim Tarihi: 16.5.2021).
- WARZEL**, Charlie, “*All Your Data is Health Data*”, The New York Times, 13 Ağustos 2019, <https://www.nytimes.com/2019/08/13/opinion/health-data.html> (Erişim Tarihi: 16.3.2021).
- YILMAZ**, Sabire Sanem, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YLIANTTILA**, Mika / **KANTOLA**, Raimo / **GURTOV**, Andrei / **MUCCHI**, Lozenzo / **OPPERMANN**, Ian / **ABBAS**, Robert, **OZAN ÖZPARLAK**, Başak, *6G White Paper: Research Challenges for Trust, Security and Privacy*, 2020, https://www.researchgate.net/publication/342978148_6G_WHITE_PAPER_RESEARCH_CHALLENGES_FOR_TRUST_SECURITY_AND_PRIVACY (Erişim Tarihi: 17.3.2021).
- ZHANG**, Shaomin / **YUAN**, Sheng / **HUANG**, Lipeng, vd: “*Human Mind Control of Rat Cyborg’s Continuous Locomotion with Wireless Brain-to-Brain Interface*”, Scientific Reports Nature Research, Şubat 2019, 9(1):1321. Doi: 10.1038/s41598-018-36885-0, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6361987/> (Erişim Tarihi: 15.3.2021).
- ZUBOFF**, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, 2019.

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Değer Bıçme Yöntemi ve Zamanı

Time and Method of the Valuation in the Liquidation of the Regime of Participation in Acquired Property

Arş. Gör. Abdulhamid ONUŞ^(*)

Öz:

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda katılma alacağının belirlenebilmesi için tasfiyeye konu olan ve çeşitlilik arz eden tüm mallara değer biçilmesi gerekmektedir. Tasfiyeye konu malların değerinin değer biçmede esas alınacak olan yönteme ve değer biçme zamanına göre değişkenlik göstermesi tasfiye sırasında her bir mal bakımından o mala ilişkin değer biçme yönteminin ve değer biçme zamanının belirlenmesini gerekli kılar. Bu çalışmada 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu mallara ilişkin olarak belirlenmiş olan değer biçme yöntem ve zamanı doktrindeki görüşler ve yargı kararları doğrultusunda incelenmiş, konuya ilişkin kendi görüşlerimiz ortaya koyulmuştur. Çalışmamızın ilk bölümünde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde değer biçme yöntemi, ikinci bölümünde ise edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde değer biçme zamanı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Mal Rejiminin Tasfiyesi, Sürüm Değeri, Gelir Değeri, Katılma Alacağı.

Abstract:

In order to determine the participation asset as a result of the liquidation of the regime of participating in acquired properties, all goods subject to liquidation and having diversity must be valued. The fact that the value of the goods subject to liquidation varies according to the method to be taken as basis and the time of appraisal, makes it necessary to determine the method of appraisal and the time of appraisal for each property during liquidation. In this study, the valuation methods and time determined for the goods subject to liquidation in the liquidation of the regime of participation in the acquired goods in the Turkish Civil Code numbered 4721 were examined in line with the opinions and in the

^(*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: abdulhamidonuss@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0299-482>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.05.2021.

Makale Kabul Tarihi: 26.07.2021.

doctrine and judicial decisions, our opinions on the subject were presented. In the first part of our study, the method of valuation in the liquidation of the regime of participation in acquired property, and in the second part, the time of valuation in the liquidation of regime of participation in acquired property is examined.

Keywords:

Regime of Participation in Acquired Property, Division of Matrimonial Property, Market Value, Earning Value, Participation Asset.

GİRİŞ

Edinilmiş mallara katılma rejimi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda¹ (TMK) yasal mal rejimi olarak düzenlenmiştir (TMK m.202). Kanun koyucu bu rejimin tasfiyesinde aynı bir paylaşım öngörmemiştir. Tasfiyenin tamamlanmasıyla birlikte eşlerden biri diğerine karşı yalnızca katılma alacağı elde etmektedir (TMK m.236/I). Bu bakımdan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesiyle de eşlerin katılma alacağının tespiti amaçlanmaktadır.

Kanun koyucu TMK m.236/I hükmünde her bir eşin katılma alacağının diğer eşe ait artık değer yarısı olduğunu belirtmiştir. Eşlere ait artık değer nasıl tespit edileceği ise TMK m.231/I hükmünde düzenlenmiştir. TMK m.231/I hükmü şu şekildedir:

“Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır.”

Bu hükümden anlaşılacağı üzere edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin tamamlanabilmesi için çeşitli malvarlığı unsurlarına değer biçilmesi ve biçilen bu değerler üzerinden kanunun öngördüğü hesaplamaların yapılması gerekmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin tarafların anlaşması yoluyla yapılması halinde bu hesaplamaların yapılmasına gerek kalmayacak olsa da ülkemizde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi genellikle mahkemeler tarafından gerçekleştirilmekte, tasfiyenin tarafların anlaşması yoluyla yapılmasına nadiren rastlanmaktadır. Bu nedenle bu hesaplamalara ilişkin kanun hükümlerinin nasıl uygulanacağının anlaşılması önem taşımaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi genellikle mahkemeler tarafından gerçekleştirildiği için tasfiyenin tamamlanması da uzun bir zaman almaktadır. Bu süreçte tasfiyeye konu malların değeri değer biçmede esas alınacak yöntemle göre değişiklik göstereceği gibi, bu malların durumunda ve değerinde de değişiklikler yaşanacaktır. Bu bakımdan tasfiyeye konu her bir mal bakımından o mala hangi değer biçme yöntemi benimsenerek değer biçileceğinin, o malın hangi andaki durumunun değer biçmede esas alınacağı ve o mala hangi anda değer biçileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹ RG 08.12.2001, S. 24607.

Kanun koyucu TMK m.232-235 hükümlerinde bu hususlara ilişkin olarak çeşitli düzenlemelerde bulunarak bazı ölçütler belirlemiştir. Çalışmamızda bu düzenlemeler kanun sistematığına uygun şekilde incelenerek değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. TASFİYEDE DEĞER BIÇME YÖNTEMİ

A. Sürüm Değeri (TMK m.232)

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu malın değerinin belirlenmesi, değer bıçmenin amacına, yöntemine ve değer bıçmede dikkate alınan kriterlere göre değişkenlik gösterir. Gerçekten de bir malın vergi değeri, sermaye değeri, gelir değeri, kira değeri gibi farklı kriterler göz önüne alınarak hesaplanan, buna bağlı olarak da birbirinden farklı olan birçok değerinin bulunması mümkündür.² Eşlerin tasfiyeye konu mallarının değerinin belirlenmesinin değer bıçmenin amacına ve yöntemine göre bu şekilde değişkenlik göstermesi, mal rejiminin tasfiyesi sırasında bu malların hangi değerinin tespit edilmesi gerektiği hususunda tereddütlerin yaşanmasına neden olur. Bu tereddütlerin ortadan kaldırılması için ise tasfiyede ölçü alınacak değer belirlenmesi gerekir. Kanun koyucu bu gerekliliği öngörmüş ve “*değer belirlenmesi*” başlıklı TMK m.232 hükmünü düzenlemiştir. TMK m.232 hükmü şu şekildedir:

“Mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değeri esas alınır”

Bu hükümle birlikte kanun koyucu tasfiyeye konu malların değerinin belirlenmesinde değer bıçme yönteminin kural olarak sürüm değeri olduğunu hüküm altına almıştır. Bu bakımdan TMK m.232 hükmünün düzenleme amacı tasfiyeye konu malların değerlerinin belirlenmesinde ölçü alınacak değeri belirlemek³ ve böylece tasfiyede malların değerinin belirlenmesinde ortaya çıkabilecek sorunları engellemektir. Nitekim hükmün gerekçesinde⁴ de bu hükümle mallara değer bıçilmesi konusunda kesin bir ölçü konulmak istendiği ifade edilmiştir.

² Heinz Hausheer / Ruth Reusser / Thomas Geiser, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften (Artikel 181 - 195a ZGB), Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Artikel 196 - 220 ZGB), Bern 1992, Art. 211, N. 5; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Madde Açıklamalı - İlgili Yargıtay Kararları - Çözümlü Tasfiye Örnekleri ve Bilirkişi Raporları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 247.

³ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 5.

⁴ TMK m.232 hükmünün madde gerekçesi şu şekildedir: “*Madde İsviçre Medenî Kanununun 211 'inci maddesini karşılamaktadır. Maddeye göre mal rejiminin tasfiyesinde değerlendirme yapılırken malın sürüm (rayıç) değerini esas alınacaktır. Böylece bu konuda tasfiye sırasındaki sürüm değerlerin esas alınacağına hükme bağlanması suretiyle kesin bir ölçü konulmak istenmiştir.*” <https://0214uf202-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1#>, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

1. TMK m.232 Hükümünün Hukukî Niteliği

Mal rejiminin tasfiyesi sırasında malların sürüm değerinin esas alınacağı düzenlendiği TMK m.232 hükmünün hukukî niteliğinin tespiti önem taşıyan bir konudur. Zira bu kuralın emredici nitelikte olduğunun tespiti halinde tarafların bu kurala aykırı olarak yapacakları düzenlemeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır (TBK m.27). Bu nedenle taraflarca yapılacak düzenleme, söz konusu emredici hukuk kuralının uygulanmasını engellemeyecektir.⁵ Buna karşılık bu kuralın yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunun tespiti halinde, bu kural yalnızca taraflarca aksine düzenleme yapılmadıkça uygulama alanı bulacak ve tarafların yedek hukuk kuralına aykırı olarak yapacakları düzenlemeler geçerli olacaktır.⁶

Doktrinde eşlerin mal rejiminin tasfiyesi sırasında malların sürüm değerinden farklı bir değerinin esas alınacağı hususunda kendi aralarında anlaşmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁷ Buna göre eşlerin bu yöndeki anlaşması önceden mal rejimi sözleşmesiyle yapılabileceği gibi mal rejiminin sona ermesinden sonra herhangi bir şekilde tabi olmadan da yapılabilir.⁸

TMK m.232 hükmünün amacı tasfiyeye konu malların değerlerinin belirlenmesinde ölçü alınacak değeri belirlemek olduğuna göre, kanaatimizce de bu ölçünün eşler tarafından belirlenmesi mümkün olmalıdır. Zira her iki durumda da mal rejiminin tasfiyesinde malların değerlerinin belirlenmesinde ölçü alınacak değer belirlenmiş olacaktır. Bu bakımdan TMK m.232 hükmünün emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Eşlerin bu konuda herhangi bir anlaşma yapmadıkları durumlarda ise mahkemece TMK m.232 hükmü uygulanmaya devam edecektir.⁹

Önemle belirtmeliyiz ki, eşlerin TMK m.232 hükmünde belirtilen sürüm değeri yerine farklı bir değer esas alınacağı konusundaki anlaşmalarını eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelememesi gerekir (ZGB Art. 216, TMK m.237/II).¹⁰ Diğer yandan gelir değerinin düzenlen-

⁵ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 284; O. Gökhan Antalya / Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş - Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 375 vd.

⁶ Oğuzman / Barlas, N. 301; Antalya / Topuz, s. 375 vd.

⁷ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 7; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, N. 644; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185 - 281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 371; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 273, dpn. 359.

⁸ Zeytin, N. 644; Gümüş, s. 371.

⁹ Zeytin, N. 644; Gümüş, s. 371.

¹⁰ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 7; Zeytin, N. 644; Gümüş, s. 371.

diği TMK m.233 hükmünün uygulama alanına giren durumlarda eşlerin anlaşması değil, bu hükümler uygulanacaktır.¹¹

2. Sürüm Değeri Kavramı

Türk Medeni Kanunu'nun 232. maddesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerinin esas alınacağı düzenmiş, buna karşılık hükümde sürüm değeri kavramına ilişkin bir tanımlamada bulunulmamıştır. Sözlük anlamı itibariyle bir malın sürüm değeri onun rayicini ifade etmektedir.¹² Nitekim hükmün gerekçesinde¹³ sürüm değeri ifadesi yanında onun eş anlamlısı olarak rayiç değer ifadesi de kullanılmıştır. Ancak hükmün gerekçesinde de bu kavramların ne anlama geldiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Böylelikle, kanun koyucu sürüm değeri kavramından ne anlaşılması gerektiğini doktrine ve mahkeme kararlarına bırakmıştır.

Doktrinde bir hukuk kuralında yer alan bir kavramın açıklanmasında diğer hukuk dallarındaki düzenlemelerden ve uygulamalarından yararlanılabileceği kabul edilmektedir.¹⁴ Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona erdiği (TMK m.225/I) hallerde mirasın paylaşılması ve mal rejiminin tasfiyesi hükümlerinin art arda uygulanacağı göz önüne alındığında burada tasfiyeye konu mallar için ortak bir değerlendirmenin yapılması gerekir.¹⁵ Bu bakımdan sürüm değeri kavramının açıklanmasında medeni hukukun diğer dallarından biri olan miras hukuku hükümlerinden yararlanılabilir.

Bu noktada miras paylaşımının nasıl yapılacağı düzenlendiği hükümler arasında yer alan TMK m.657¹⁶ hükmü önem taşır. Zira bu hükmün ikinci fıkrasında tarımsal taşınmazlar haricindeki diğer taşınmazların sürüm değerine göre özgüleneceği düzenlenerek burada da sürüm değeri kavramına yer verilmiştir.

¹¹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 7. Gelir değeri aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşağıda I. B.

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5be89a50a9dcf4.18194272, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021). Adalet Komisyonu raporunda rayiç değer ifadesinin toplumdaki her bir birey tarafından bilinen ve kabul edilen bir ifade olduğu ifade edilerek bunun yerine sürüm değeri ifadesinin kullanılması eleştirilmiştir. www.lexpera.com.tr, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

¹³ <https://0214uf202-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/mevzuat/gerekciler/turkmedeni-kanunu-madde-gerekceleri/1#>, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

¹⁴ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 209, N. 11; Zeytin, N. 645; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 218.

¹⁵ Alexandra Jungo, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art, 1-456 ZGB, 3. Auflage, Schukthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 211, N. 2; Zeytin, N. 645.*

¹⁶ TMK m.657/I hükmü şu şekildedir: “*Taşınmazlar, paylaşmanın yapıldığı zamandaki gerçek değerleri esas alınarak mirasçılara özgülenir.*” Hükmün ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Tarımsal taşınmazlar gelir değerine, diğer taşınmazlar sürüm değerine göre özgülenir.*”

Hükümde her ne kadar yalnızca taşınmazlardan bahsedilse de doktrinde taşınır ve haklar bakımından da sürüm değerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁷ Bunun sonucunda birçok mal hem mirasın paylaşılmasına hem de mal rejiminin tasfiyesine konu olacağından hem TMK m.232 hükmünde hem de TMK m.657 hükmünde belirtilen sürüm değeri kavramının anlamının ortak olması gerekir.

Doktrinde TMK m.657/II hükmünde belirtilen sürüm değeri kavramının malın piyasadaki satışlarda sahip olacağı değer anlamına geldiği kabul edilirken,¹⁸ TMK m.232 hükmünde belirtilen sürüm değerine ilişkin ise birbiriyle uyum içinde olan çeşitli tanımlamalarda bulunulmuştur. Bu tanımların tamamına burada yer vermek mümkün olmasa da bazıları örnek olarak belirtebiliriz:

Hausheer, Reusser, Geiser¹⁹ sürüm değerinin bir malın devredilmesinde normal şartlar altında ve olağan ilişkilerde sahip olacağı değer olduğunu ifade etmiştir. Sarı'ya²⁰ göre "*sürüm değeri kavramı ile; herhangi bir malvarlığı unsurunun, serbest piyasadaki olağan mübadele (değişim) değeri kast edilmektedir.*". Şıpka/Özdoğan'²¹ göre ise "*sürüm değeri, bir malın değerlendirileceği ana göre normal piyasa değeridir.*"²²

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bir malın sürüm değerinin o malın devredilmesinde piyasada sahip olduğu tahmini değer olduğunu ifade etmiştir.²³

Yukarıdaki tanımlar doğrultusunda TMK m.232 hükmünde bir malın sürüm değeriyle kastedilenin tasfiyeye konu olan malın serbest piyasada ve normal şartlar altında sahip olduğu değer için ifade edilmesi olduğu sonucuna varabiliriz.

3. TMK m.232 Hükümünün Uygulanma Alanı

TMK m.225 ve devamı hükümlerinde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin nasıl gerçekleştirileceği, diğer bir deyişle bu süreçte hangi iş veya işlemlerin yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümler aynı zamanda mal rejiminin tasfiyesi sürecinin kapsamını da oluşturmaktadır.

¹⁷ Claudia Wehinger / Rahel Reich, *OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3., überarbeitete Auflage, 2016; Art. 617, N. 1.

¹⁸ Wehinger, Reich, Art. 617, N. 3.

¹⁹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 12.

²⁰ Sarı, s. 218. Benzer bir tanım için bkz. Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Schukthess Juristische Medien AG, 2015, § 32, N. 64.

²¹ Şükran Şıpka / Ayça Özdoğan, *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 385; Şıpka, s. 248.

²² Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N. 1214; Zeytin, N. 648.

²³ BGE 107 III 40 E. 2.3. İsviçre Federal Mahkemesi'nin sürüm değerine ilişkin bu tanım ile uyum içinde olan diğer sürüm değeri tanımları için bkz. BGE 125 III 6; 115 Ib 408 E. 2c; 113 Ib 39 E. 2a.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu mallara değer biçilirken kural bu malların sürüm değerinin esas alınmasıdır.²⁴ Bu bakımdan mal rejiminin tasfiyesi kapsamında yapılacak işlemlerde bir mala değer biçilmesi gerektiğinde bu işleme konu mala değer biçilirken hangi değer esas alınacağı ayrıca belirtilmemiş olsa da temel kural gereği o mala sürüm değeri üzerinden değer biçilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Somut bir şekilde belirtmek gerekirse, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi kapsamında edinilmiş malların değerinin belirlenmesinde, TMK m.226/II hükmüncü paylı mülkiyete konu eşya üzerinde eşlerden birinin payının belirlenmesinde, TMK m.227/I hükmüncü değer artış payı alacağının belirlenmesinde, TMK m.229 hükmüncü eklenecek değerlerin miktarının belirlenmesinde, TMK m.230/III hükmüncü denkleştirme miktarının belirlenmesinde,²⁵ TMK m.240 hükmüncü sağ kalan eşe tanınacak intifa ve oturma hakkının değerinin belirlenmesinde sürüm değeri üzerinden hesaplama yapılacaktır.²⁶ Para borcu dışındaki borçlara da değer biçilmesi gerektiği ve burada sürüm değerinin esas alınması gerekir.²⁷ Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, yabancı para borçlarına da sürüm değeri üzerinden değer biçilmelidir.²⁸

Kişisel mallara kural olarak değer biçilmez. Ancak değer artış payı alacağı ile denkleştirme miktarının belirlenmesinde kişisel mallara da değer biçilir.²⁹

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu mallara değer biçilirken kural bu malların sürüm değerinin esas alınması olduğu için mal rejiminin tasfiyesi kapsamında bir mala değer biçilirken sürüm değerinden başka bir değer esas alınması ancak bunun bir kanun hükmüyle açıkça düzenlenmesi halinde mümkün olacaktır. Bu kapsamda TMK m.233 hükmünün uygulama alanı bulunduğu durumlarda tarımsal işletmelere değer biçilirken bunların gelir değeri esas alınacaktır (TMK m.233/I). Benzer şekilde, değer artış payı alacağının miktarı belirlenirken katkıda bulunulan mal daha önce elde çıkarılmış ise, diğer eşe ödenecek alacak hakkaniyete göre belirlenecektir (TMK m.227/II). TMK m.230/III kapsamında bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa ve katkıda bulunulan mal daha önce elden çıkarılmışsa denkleştirme hakkaniyete göre yapılacaktır (TMK m.230/III).

²⁴ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 6; Tuor / Schnyder / Schmid / Jungo, § 32, N. 64; Dural / Ögüz / Gümüş, N. 1214; Sarı, s. 220; Gümüş, s. 371.

²⁵ Burada katkıda bulunulan malın tasfiye anında henüz elden çıkmamış olduğu durum kastedilmektedir. Katkıda bulunulan malın tasfiye anından önce elden çıkması durumunda denkleştirmenin hakkaniyete göre yapılacağı TMK m.230/III hükmünde ayrıca belirtilmiştir.

²⁶ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 6; Şıpka, s. 249; Şıpka / Özdoğan, s. 389; Zeytin, N. 640.

²⁷ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 6; Jungo, Art. 211, N. 10; Acar, s. 276; Sarı, s. 226; Şıpka, s. 249.

²⁸ Jungo, Art. 211, N. 10; Acar, s. 276, 279.

²⁹ Jungo, Art. 214, N. 1; Gümüş, s. 374; Şıpka, s. 248; Ayrıca bkz. Acar, s. 272.

Değer artış payı alacağıнын veya denkleştirmenin miktarı hakkaniyete göre belirlenirken malın elden çıkarıldığı andaki sürüm değeri, elden çıkarılmamış olsaydı tasfiye anındaki tahmini sürüm değeri ve katkının, yapıldığı tarih itibarıyla malın sürüm değerine oranı dikkate alınacaktır.³⁰

4. Sürüm Değerinin Tespiti

a. Genel Olarak

Edinilmiş mallar katılma rejiminde eşlerin tasfiyeye konu taşınmazlarının, alacaklarının, sınırlı ayni haklarının, ticari işletmelerinin ve daha birçok mallarının bulunması mümkündür. Buna karşılık hâkimin mal rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu olan tüm bu malların sürüm değerini tespit edebilmesi mümkün değildir. Zira bu malların sürüm değerinin tespiti teknik bir konudur.³¹ Yargıtay kararlarında³² hâkimin sürüm değerinin tespitinde gerek görmesi halinde uzman bilirkişi veya bilirkişilerde yardım alınabileceğini belirtmektedir. Nitekim uygulamada da malların sürüm değerinin tespiti için mahkemelerce bilirkişiler görevlendirilmektedir. Doktrinde de bilirkişilerin görüşüne başvurulabileceği ifade edilmektedir.³³

Tasfiyeye konu malların sürüm değerinin tespiti teknik bir konu olsa da bu malların sürüm değerinin tespitinde hangi hususların göz önüne alınacağıнын belirlenmesi hukukun konusu oluşturmaktadır.³⁴ Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda bilirkişinin bir taşınmazın değerine ilişkin olarak uygulamış olduğu hesaplama yöntemine katılmanın mümkün olmadığını belirterek bu rapora dayalı olarak kurulan hükmü bozmuştur.³⁵ Bununla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nda tasfiyeye konu malların sürüm değerinin hangi hususların göz önüne alınmasıyla belirleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde sürüm değeri belirlenirken benzer malların edinilmesinde ödenen bedellerin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.³⁶

³⁰ Sarı, s. 211, 279; Zeytin, N. 464, 559. Zeytin ayrıca malın elden çıkarılması sonucu onun yerine geçen bir (ikame) değer var ise, o değer de esas alınabileceğini belirtmiştir. Zeytin N. 464, 559.

³¹ Sarı, s. 220; *Acabey* de mal rejiminin tasfiyesinde yapılacak hesaplamaların epey karmaşık olduğunu ifade etmektedir. M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İzmir, 1998, s. 141, s. 141, dpn. 294.

³² Yarg., 8. HD., E. 2017/17287, K. 2018/9218, T. 13.3.2018, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021); Yarg., 8. HD., E. 2017/16903, K. 2018/9216, T. 13.3.2018, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021); Yarg., 8. HD., E. 2015/18993, K. 2017/11510, T. 26.9.2017, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

³³ Sarı, s. 220.

³⁴ Gümüş, s. 371.

³⁵ Yarg. 8. HD. E. 2016/11982, K. 2018/17470, T. 17.10.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

³⁶ Zeytin, N. 648; Sarı, s. 218.

İsviçre Federal Mahkemesi³⁷ de vermiş olduğu bir kararda bir malın sürüm değeri belirlenirken kural olarak öncelikle bu malın niteliklerine benzer nitelikteki malların serbest piyasadaki işlemlerde sahip olduğu değere bakılacağını ve bu değer göz önünde tutularak malın sürüm değeri belirleneceğini belirtmiştir.³⁸ Bir malın sürüm değerini belirlemek için uygulanan bu yönteme “*istatistiki metot*” adı verilmektedir. Federal Mahkeme’ye göre bu metodun uygulanması için piyasadaki değerleri ölçüt alınacak mal ile sürüm değeri tespit edilecek malın özelliklerinin aynı olmasına gerek yoktur. Ancak her iki mal arasındaki farklılıklar sürüm değerinin azaltılmasında ve artırılmasında etkili olacaktır. İstatistiki metot en doğru sonucu ise, sürüm değeri tespit edilecek mala benzer yapıdaki malların çok fazla sayıda piyasada bir tasarrufun konusu haline geldiğinde verecektir.

TMK m.1/III hükmünce hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve mahkeme içtihatlarından da yararlanacağı göz önüne alındığında kanaatimizce hâkimin sürüm değerinin tespiti konusunda karar verirken gerek doktrin gerekse İsviçre Federal Mahkemesi tarafından açıklanan bu yöntemi kullanması yerinde olacaktır.

Bu noktada eşlerin çeşitli sebeplerle bir mala ödedikleri yüksek veya düşük bedellerin yahut eşler tarafından gerçek değer gizlenerek gösterilen değer bu malın sürüm değerinin belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağını değerlendirilmesi gerekir. Zira mal rejiminin devamı süresince eşlerin günlük yaşamlarında bir veya birden çok malı çeşitli sebeplerle düşük veya yüksek bir değer karşılığında elde etmesi mümkündür.

Gerçekten de bir eş, satıcı ile arasındaki akrabalık, dostluk, arkadaşlık gibi kişisel ilişkileri sebebiyle bir malı oldukça düşük bir değer karşılığında elde edebilir. Benzer şekilde, bir eş, bir malı çok beğenmesi, özel ilgi duyması, acil ihtiyacı olması gibi sebeplerle o malı oldukça yüksek bir bedel karşılığında da elde edebilir. Diğer yandan bir mal, taraflarca daha az harç veya vergi ödenmesi veya genel anlamda tarafların daha avantajlı bir konuma sokulması amacıyla edinildiği değer altında veya üstünde edinilmiş gibi de gösterilmiş olabilir. Özellikle taşınmaz satışlarında bu duruma çok sık rastlanmaktadır.

Yukarıda sürüm değeri kavramının tanımına ilişkin açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere sürüm değeri bir malın belirli bir devir işlemi esas alınarak belirlenen değeri değil, o malın serbest piyasada normal şartlar altında sahip olacağı değerdir. Bu bakımdan eşlerin belirli bir devir işleminde bir mala ödedikleri yüksek veya düşük bedellerin ve eşler tarafından gerçek değer gizlenerek gösterilen değer bu malın sürüm değerinin belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir.³⁹

³⁷ BGE 115 Ib 408.

³⁸ Aynı görüşte: Isabelle Nuspliger, *OFK - Orell Füssli Kommentar*, ZGB Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 211, N. 1; Sarı, s. 218.

³⁹ Nuspliger, Art. 211, N. 1; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 12; Jungo, Art. 211, N. 2; Sarı, s. 218; Şıpka, s. 248; Zeytin, N. 647; Şıpka / Özdoğan, s. 387.

b. Belirli Malvarlığı Unsurları Bakımından

Eşlerin tasfiyeye konu mallarının sürüm değerinin tespitinde hangi hususların göz önüne alınacağını her bir mal için teker teker belirlemek mümkün olmasa da tasfiyeye konu malvarlığı değerlerini belirli kategorilere ayırarak (örneğin taşınmazlar, alacaklar gibi) bunların sürüm değerinin tespitinde hangi hususların göz önüne alınabileceğini belirtmek mümkündür. Bu başlık altında taşınmazların, alacakların, sınırlı ayni hakların ve ticari işletmelerin sürüm değerinin tespitinde göz önüne alınabilecek hususları inceleyeceğiz.

Taşınmazların değerinin belirlenmesinde söz konusu taşınmazın özellikleri örneğin büyüklüğü, bulunduğu yer, imar durumu, kira getirisi, üzerinde bir yapı bulunup bulunmadığı gibi hususlar dikkate alınacaktır.⁴⁰ Bir örnekle açıklamak gerekirse aynı büyüklükte olan iki taşınmazdan Nişantaşı’da bulunan ve imar durumunda herhangi bir sorun olmayan taşınmazın sürüm değeri, Şile’de imara açılmamış bir bölgede bulunan taşınmazın sürüm değerinden daha fazla olacaktır. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda bir taşınmazın sürüm değerinin belirlenmesinde taşınmazın tüm özelliklerinin, değerini artıracak veya azaltılacak hususların ve çevre taşınmazların durumunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁴¹

Alacaklarda ise bunların nominal değeri esas alınır.⁴² Buna karşılık alacağın ifa edilmeme riski de bulunduğundan, bu durumun da değer belirlenmesinde göz önüne alınması gerekir.⁴³ Bu bakımdan aynı miktarda olan ve ifa edilmeme riski bulunmayan alacağın sürüm değeri, ifa edilmeme bulunan alacağın sürüm değerinden daha fazla olacaktır.

Sınırlı aynî haklarda bu hakkın süresi,⁴⁴ devredilip devredilemeyeceği⁴⁵ hususları ve buna bağlı olarak bunlardan yararlanmanın sağlayacağı kıymet bunlarının değerinin belirlenmesinde dikkate alınır.⁴⁶ Örneğin aynı taşınmaz üzerinde 30 yıllığına tesis edilecek ve devredilebilir nitelikte olan üst hakkının sürüm değeri, 5 yıllığına tesis edilen ve devredilemeyen üst hakkının sürüm değerinden farklı olacaktır. Elbette sınırlı ayni hakların bir taşınmaz üzerinde kurulduğu durumlar-

⁴⁰ Sarı, s. 219; Zeytin, N. 649; Ayrıca bkz. Gümüş, s. 372.

⁴¹ Yarg. 8. HD. E. 2013/18689, K. 2014/152, T. 14.01.2014, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 08.05.2021).

⁴² Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 20; Heinz, Hausheer, Regina, Aebi-Müller *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, Art. 211, N. 17; Zeytin, N. 651; Şıpka, s. 250, dpn. 230; Gümüş, s. 372.

⁴³ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 20; Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 17; Zeytin, N. 651; Şıpka, s. 250, dpn. 230.

⁴⁴ Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 13; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 17; Şıpka, s. 249, dpn. 229; Gümüş, s. 372.

⁴⁵ Şıpka, s. 249, dpn. 229.

⁴⁶ Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 13; Sarı, s. 219; Zeytin, N. 650.

da bu taşınmazın konumu, imar durumu büyüklüğü gibi hususlar da söz konusu sınırlı aynı hakkın sürüm değerinin tespitinde dikkate alınacaktır.

Ticari işletmelerin değerinin belirlenmesinde öncelikle mal rejiminin tasfiyesi sonucu işletmenin işletilmeye devam edip etmeyeceğinin belirlenmesi gerekir.⁴⁷ Eğer ticari işletme işletilmeye devam edilecekse bunun faaliyet değeri, devam etmeyecekse tasfiye değerinin belirlenmesi gerekir.⁴⁸ Faaliyet değerinin belirlenmesinde yalnızca işletmede bulunan belirli malların değil, işletmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi söz konusudur.⁴⁹ İşletmenin faaliyet değerinin belirlenmesinde geleceği dönük bir değer tahmininde bulunulur. Bu tahmin yapılırken daha önceki yıllarda elde edilen gelirler göz önüne alınarak bunlardan yararlanılabilir.⁵⁰

B. Gelir Değeri (TMK m.233)

Kanun koyucu TMK m.233/I hükmünde belirli hallerde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu olan malların sürüm değerine göre değil, gelir değerine göre değerlerinin belirleneceğini düzenlemiştir. TMK m.233/I hükmü şu şekildedir:

“Bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bunların gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanır.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu TMK m.233/I hükmünün uygulama alanına giren durumlar bakımından tasfiyeye konu malların sürüm değerinin esas alınacağı kuralından (TMK m.232) ayrılan bir düzenleme getirmiştir.

1. TMK m.233 Hükmünün Düzenlenme Amacı ve Hukukî Niteliği

a. Düzenlenme Amacı

TMK m.233 hükmünün madde gerekçesinde -belirli şartların da gerçekleşmesiyle- tasfiyede tarımsal işletmeler bakımından gelir değerinin esas alınmasının temelinde hangi düşüncenin yer aldığına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.⁵¹

⁴⁷ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 19; Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 13; Zeytin, N. 650.

⁴⁸ Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 13; Zeytin, N. 650.

⁴⁹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 19; Zeytin, N. 650; Gümüş, s. 372.

⁵⁰ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 211, N. 19; Hausheer / Aebi-Müller, Art. 211, N. 13; Zeytin, N. 650.

⁵¹ TMK m.233 hükmünün madde gerekçesi şu şekildedir: “Madde İsviçre Medenî Kanununun 212’nci maddesini karşılamaktadır. Maddenin birinci fıkrası, bir bütün olarak özgülenecek bir tarımsal işletme söz konusu olduğunda değer artışından alınacak pay ve katılma alacağının, bunların gelir değerine göre hesaplanacağını öngörmektedir. Eşlerden biri, bir tarımsal işletmeyi

Kanaatimizce hükmün düzenlenme amacı belirlenirken tasfiyede malların sürüm değerinin esas alınacağına ilişkin kuraldan (TMK m.232) ayrılarak gelir değerinin uygulanacağını düzenleyen TMK m.233 hükmünün uygulama alanının yalnızca tarımsal işletmeler ile sınırlı olmasından yola çıkılabilir. Zira mal rejiminin tasfiyesine birçok malın konu olabilmesi mümkün olmakla birlikte kanun koyucu bu mallar arasında yalnızca tarımsal işletmeler bakımından istisnai bir düzenleme yer vermiştir.

Doktrinde TMK m.233/I hükmünün düzenlenmesinin tarım politikasının bir gereği olduğu kabul edilmektedir.⁵² Buna göre bu hükmün düzenlenmesinin amacı tarımsal işletmelerin bir bütün olarak işletilmeye devam etmesini sağlamaktır.⁵³ Bu amaca ulaşmak için de hükümde tarımsal işletmelerin değerinin belirlenmesinde bunların sürüm değeri yerine çoğu zaman sürüm değerinden daha düşük çıkacak bir değer olan gelir değerinin esas alınacağı düzenlenmekte ve böylece ilk planda bu işletmeleri işletenler mali anlamda korunmakta ve buna bağlı olarak da tarımsal işletmelerin bütünlüğü ve işletilmeye devam etmesi sağlanmaktadır.⁵⁴ Tarımsal işletmelerin ekonomik bütünlüğü katılma alacağıının ve değer artış payının ödenmesi bakımından TMK m.239/I hükmünde ayrıca korunmuştur. Buna göre, borçlu olan eş borcunu ayın olarak ödemek istediğinde tarımsal işletmenin ekonomik bütünlüğünü oluşturan malları işletmeden ayırmak suretiyle borcunu ifa edemeyecektir.⁵⁵ Bu yönüyle TMK m.233/I ve m.239/I hükümleri tarımsal işletmelerin ekonomik bütünlüğünün sağlanması amacıyla hizmet ederek birbirini tamamlayan hükümlerdir.

b. Hukukî Niteliği

Bir hukuk kuralın emredici nitelikte olduğunun tespiti halinde tarafların buna aykırı olarak yapacakları düzenlemeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağını (TBK m.27); buna karşılık bu kuralın yedek hukuk kuralı niteliğinde ol-

bizzat işletmeye devam ettiği veya böyle bir tarımsal işletmenin sağ kalan eşe ya da altsoyundan birine bir bütün olarak özgülediğinde, tarımsal işletme için değer artışından bu kişinin atacağı pay ve katılma alacağı bu tarımsal işletmenin gelir değeri esas alınarak hesaplanacaktır. Maddenin ikinci fıkrası tarımsal işletmenin malik veya mirasçılarına, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının veya katılma alacağıının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını isteme yetkisini tanımıştır. Maddenin üçüncü fıkrası bu gibi hâllerde değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin olan miras hukukunun ilgili hükümlerinin de amaca elverişli olduğu oranda uygulanacağını öngörmüştür.”
<https://0214uf202-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1#>, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

⁵² Hausheer / Reusser / Geiser, Art.212-213, N. 18; Nuspliger, Art. 212, N. 6; Jungo, Art. 212-213, N. 2; Şıpka, s. 233; Zeytin, N. 655.

⁵³ Sarı, s. 221; Karş. Nuspliger, Art. 212, N. 1.

⁵⁴ Sarı, s. 221.

⁵⁵ Karş. Dural / Öğüz / Gümüş, N.1239.

duğunun tespiti halinde, tarafların buna aykırı olarak yapacakları düzenlemelerin geçerli olacağı ve bu sebeple de bir kanun hükmünün hukuki niteliğinin tespiti- nin önem taşıdığını yukarıda TMK m.232 hükmünün hukuki niteliğini incelerken açıklamıştık.⁵⁶ Bu açıklamalar bu başlık altında hukuki niteliğini incelediğimiz TMK m.233/I hükmü bakımından da aynı şekilde geçerliliğini korumaktadır.

Doktrinde bir hukuk kuralının kamu düzenine, kamu yararına, genel ahlaka, kişilik haklarına veya zayıfların korunmasına ilişkin olduğu durumlarda o kuralın hukuki niteliği itibariyle emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷

TMK m.233/I hükmü, -bu hükmün düzenlenme amacına ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalarda belirttiğimiz üzere- tarım politikasının bir gereği olarak tarımsal işletmelerin bir bütün olarak işletilmeye devam etmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Hüküm özelde tarımsal işletmeyi işletenler ve buna bağlı olarak onların altoyolarını mali anlamda korumakla birlikte genelde tarım politikasına uygun olarak tarımsal işletmelerin işletilmeye devam etmesi ve tarımsal ürünlerin üretiminde devamlılığın sağlanması korunarak hüküm kamu yararına hizmet etmektedir.⁵⁸ Kamu yararına ilişkin olduğu tespit edilen TMK m.233/I hükmü bu bakımdan emredici hukuk kuralı niteliğindedir.⁵⁹ Bu durumun bir sonucu olarak eşlerin veya eşlerden biri ile diğer eşin mirasçılarının TMK m.233/I hükmünün uygulama alanına giren bir durumda değer bıçmede gelir değerinden farklı bir değer esas alınacağına ilişkin yapacakları sözleşme hiçbir hukuki sonuç doğurmayacak ve burada da değer bıçmede gelir değeri esas alınacaktır.

Belirtmeliyiz ki, TMK m.233/I hükmünün emredici hukuk kuralı niteliğinde olması bu hükmün sözü ile belirlenen anlamına göre her durumda uygulanacağı anlamına gelmez. Diğer bir deyişle bu hüküm tarımsal işletmelerin değerinin belirlenmesinde her durumda gelir değerinin esas alınacağı anlamına gelmez. Zira bir hükmün emredici hukuk kuralı niteliğinde olması ile o hükmün uygulama alanı birbirinden farklı anlamlar taşır. Şöyle ki, bir hükmün emredici hukuk kuralı niteliğinde olması, tarafların buna aykırı olarak yapacakları düzenlemelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağına işaret ederken, hükmün uygulanma alanı o hükmün sözü ve özü ile birlikte yorumlanmasıyla belirlenir (TMK m.1/I).

Bu bilgiler ışığında, kanaatimizce TMK m.233/I hükmü, tarımsal işletmeyi işleten malikin veya sağ kalan eş ya da altoyunun mal rejiminin tasfiyesinde tarımsal işletmeye sürüm değeri üzerinden değer bıçilmesi durumunda dahi bu

⁵⁶ Bkz. yukarıda I. A. 1.

⁵⁷ Oğuzman / Barlas, N. 291 vd.; Antalya / Topuz, s. 375 vd.

⁵⁸ Hausheer / Reusser / Geiser, Art.212-213, N. 18; Gümüş, s. 374; Şıpka, s. 256.

⁵⁹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art.212-213, N. 18; Gümüş, s. 374; Zeytin, N. 661. TMK m.233 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağını belirtmek suretiyle örtülü olarak: Şıpka, s. 256.

işletmeyi sürdürebilecek mali duruma sahip oldukları durumlarda uygulanmamalıdır. Zira her ne kadar hükmün sözünden bu yönde bir anlam çıkarılamasa da bu hükümle tarımsal işletmeye sürüm değeri yerine gelir değeri üzerinden değer biçilmesindeki amaç (hükmün özü) bu kişilerin mali durumunu koruyarak tarımsal işletmenin işletilmesine devam edilmesini sağlamaktır. Bu bağlamda, bu kişilerin tarımsal işletmeye sürüm değeri üzerinden değer biçilmesi durumunda dahi bu işletmeyi sürdürebilecek mali duruma sahip oldukları durumlarda TMK m.233/I hükmünün uygulanması bu hükmün düzenlenme amacına ters düşmektedir.

2. Gelir Değeri Kavramı ve Gelir Değerinin Tespiti

Kanun koyucu sürüm değeri kavramında olduğu gibi, gelir değeri kavramına ilişkin olarak da bir tanımlamada bulunmamıştır. *Zeytin*'e göre gelir getiren bir malvarlığı unsurunun gelir değeri ile, o malvarlığının devamlılık gösteren net gelirleri üzerinden hesaplanan sermaye değeri kastedilmektedir.⁶⁰ *Şıpka/Özdoğan*'a göre ise gelir değeri, tarımsal arazideki tarım türüne göre, arazinin verimliliği ile işletme için gerekli taşınırın da dikkate alınmasıyla ortaya çıkan değerdir.⁶¹

Gelir değerine ilişkin olarak TMK m.233 hükmünde bir tanımlama bulunmasa da Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik (TAM-DİY) m.4/g hükmünde gelir değerine ilişkin olarak bir tanım yapılmıştır. Buna göre, tarımsal gelir değeri “*tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpımı sonucu hesaplanan değer*” olarak ifade edilmiştir.

Gelir değerinin nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak doktrinde çeşitli yöntemler ileri sürülmüştür. *Şıpka*, uygulamada tenkis davaların bilirkişilerin tarımsal arazilerin kendi değeri ile ürün değerini hesaplamak suretiyle gelir değerine ulaştıklarını ve bu yöntemin artık tarımsal işletmeler için de uygulanabileceğini belirtmiştir.⁶² *Zeytin* ise bu konuda iki farklı yöntemin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bunlardan birinci yöntemde göre gelir değeri, tarımsal işletmenin ortalama net gelirinin yüz ile çarpılması ve sermayeleştirme oranına bölünmesiyle, ikinci yöntemde göre ise arazinin net gelirinin kapitalizasyon oranına bölünmesiyle elde edilir.⁶³

Kanaatimizce gelir değerinin tanımının yapıldığı Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik hükümleri gelir değerinin tespitine ilişkin olarak da uygulama alanı bulacaktır.⁶⁴ Zira TMK m.233/III hükmünde, tarımsal işletmelere değer biçilmesine ilişkin olarak miras hukuku hükümlerine atıf yapılarak bu hükümlerin tarımsal işletmelere değer biçilmesinde kıyas yoluyla uy-

⁶⁰ *Zeytin*, N. 655.

⁶¹ *Şıpka / Özdoğan*, s. 391; *Şıpka*, s. 252.

⁶² *Şıpka*, s. 252.

⁶³ *Zeytin*, s. 293-294.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. *Zeytin*, s. 294.

gulanacağı düzenlenmiştir. TMK m.233/III hükmünde atıf yapılan miras hukuku hükümlerine bakıldığında TMK m.657/II hükmünde tarımsal taşınmazların gelir değerine göre özgüleneceği, TMK m.658 hükmünde ise mirasçılarının bu değer üzerinde uzlaşamaları halinde değeri sulh hâkiminin belirleyeceği düzenlenmiştir. TMK m.233/III hükmünün atıfta bulunduğu miras hukuku hükümlerinde tarımsal arazilere değer biçilmesine ilişkin olarak detaylı bir düzenleme yer almadığından, söz konusu hükümlerde belirtilen tarımsal taşınmazlara ilişkin gelir değerinin tespitinde, bu tespit nasıl yapılacağına düzenlendiği Tarımsal Araçların Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik hükümlerinin uygulama alanı bulunması gerekir. Nitekim “amaç” kenar başlıklı TAMDİY m.1 hükmünde yönetmeliğin amaçları arasında tarımsal arazilerin değerlendirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yer almaktadır.

“Tarım arazilerinin değerlendirilmesi” başlıklı TAMDİY m.5 hükmüne göre tarımsal arazinin gelir değeri, değerlemenin yapılacağı tarihte arazinin en elverişli koşullarda işletilmesi durumunda elde edilebilecek yıllık ortalama net gelirine göre hesaplanacaktır (TAMDİY m.5/I). Yıllık ortalama net gelirin nasıl bulunacağı ise TAMDİY m.5/III hükmünde açıklanmıştır. Buna göre:

“Değerleme yapılan yıl içinde çiftçi eline geçen ürün fiyatlarıyla ürünlerin son beş yıllık verim ortalamaları çarpılarak araziden elde edilen yıllık ortalama gayrisafi üretim değeri hesaplanır. Değerleme yapılan üretim dönemi için Bakanlık İl ve İlçe Müdürlüklerince belirlenecek bölgede yetiştirilen hakim ürünler için yapılan ortalama yıllık üretim masraflarının yıllık ortalama gayrisafi üretim değerinden çıkarılması sonucu, arazinin yıllık ortalama net geliri tespit edilir...”

Bu şekilde tespit edilen yıllık ortalama net gelir yirmi yıl ile çarpıldığında tarımsal arazinin gelir değeri belirlenmiş olacaktır (TAMDİY m.5/III).

Gelir değerinin düzenlendiği TMK m.233 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle mal rejiminin sonra erdiği anda tarımsal işletmenin var olması gerekir. TMK m.233/I hükmünde tarımsal işletme kavramının ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Buna karşılık 5488 sayılı Tarım Kanunu’nun⁶⁵ “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesinin (i) bendinde tarımsal işletme kavramı tanımlanmıştır. Hüküm şu şekildedir:

“Tarımsal işletme: Üretim faktörlerini kullanarak; bitkisel ve/veya hayvansal ve/veya su ürünlerinin üretimi için tarımsal faaliyet yapan veya söz konusu tarımsal faaliyete ilave olarak işleme, depolama, muhafaza ve pazarlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan işletmeyi ifade eder.”

İstisnai bir düzenleme olan TMK m.233/I hükmünün uygulanmasında önemli rolü olan tarımsal işletme kavramının bir kanun hükmüyle tanımlanması, hük-

⁶⁵ RG 25.04.2006, S. 26148.

mün uygulanma alanının belirlenmesi konusundaki tereddütleri önleyecek olması bakımından kanaatimizce yerinde olmuştur.⁶⁶

TMK m.233 hükmünün uygulanabilmesi için aynı zamanda eşlerden birinin malik olarak bu işletmeyi bizzat işletmeye devam etmesi veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin bu tarımsal işletmenim kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olması gerekir. Malikin mal rejiminin sona ermesinden sonra da tarımsal işletmeyi bizzat işletmesi fiili bir durumdur. Hâkim bunun gerçekleşip gerçekleşmediğine delil durumuna göre karar verecektir. Sağ kalan eşin veya altsoyundan birinin bu işletmenin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olup olmadığı ise TMK m.659 hükmüne göre belirlenmekteydi. Zira bu hükümde sağ kalan eşin veya altsoyunun bu hakka sahip olabilmesi için gerekli olan şartlar belirtilmekteydi. Buna göre, tarımsal işletmenin ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip olması şartıyla işletmeye ehil mirasçılardan birine istemde bulunulması şartıyla özgülenebilmekteydi. Buna karşılık “*Tarımsal İşletmenin Özgülenmesi*” başlığı altında düzenlenen TMK m.659-668 hükümleri 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un⁶⁷ 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalkan bu hükümlerin düzenlediği konular aynı Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na⁶⁸ eklenen m.8A - 8K hükümleri arasında en baştan düzenlenmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda doktrinde sağ kalan eşin veya altsoyundan birinin tarımsal işletmenin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olup olmadığı artık Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.8A - 8K hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmiştir.⁶⁹ Kanaatimizce Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun ilgili hükümleri burada doğrudan değil kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Zira yürürlükten kalkan TMK m.659-668 hükümleri tarımsal işletmelerin özgülenmesini düzenlerken, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun ilgili hükümleri tarım arazilerinin özgülenmesini düzenleme altına almaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tarımsal işletmenin malikinin ölmesi ile sona ermesi halinde tarımsal işletmenin sağ kalan eşin veya altsoyundan birisi-

⁶⁶ TMK m.233 hükmünün uygulanması bakımından tarımsal işletme kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu önem taşıdığı için kanaatimizce tarımsal arazinin değerlendirilmesine ilişkin olarak miras hukuku hükümlerine atf yapılan TMK m.233/III hükmünde tarımsal işletme kavramı bakımından da Tarım Kanunu’na atf yapılması yerinde olurdu. Benzer bir durum olarak, sulu arazi-kuru arazi ayrımının önem taşıdığı kadaströ faaliyetlerinde sulu arazi-kuru arazi ayrımı için 3402 sayılı Kadaströ Kanunu m.14/II hükmü ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na atf yapılmıştır.

⁶⁷ RG 15.5.2014, S. 29001.

⁶⁸ RG 19.07.2005, S. 25880.

⁶⁹ Zeytin, s. 301.

ne özgülenmemesi; mal rejiminin ölüm dışı bir sebeple sona ermesi halinde ise tarımsal işletmenin malikinin işletmeyi bizzat işletmeye devam etmemesi durumunda TMK m.233/I hükmünün uygulanma şartları gerçekleşmeyeceği için mal rejiminin tasfiyesinde tarımsal işletmeye gelir değeri üzerinden değil, genel kural olan sürüm değeri üzerinden değer biçilecektir.⁷⁰

3. TMK m.233/II Hükmünün Anlamı

Kanun koyucu TMK m.233/I hükmünde mal rejiminin tasfiyesinde belirli şartlar altında tarımsal işletmelerin değerinin hesaplanmasında gelir değerinin esas alınacağını düzenlemiş, TMK m.233/II hükmünde ise şu şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir:

“Tarımsal işletmenin maliki veya mirasçıları, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının veya katılma alacağıının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını isteyebilir.”

Hükmün metninden tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artış payı ve katılma alacaklarının belirlenmesinde, tarımsal işletmenin TMK m.231/I hükmüne göre gelir değeri üzerinden değil, sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını isteme haklarının olduğu anlamı çıkmaktadır. Diğer bir deyişle kanun koyucu tarımsal işletmenin değerinin belirlenmesinde ölçüt alınacak değerin (sürüm değeri veya gelir değeri) seçilmesi konusunda tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının bir seçim hakkı tanımıştır.

Doktrinde *Gümüş*'e göre,⁷¹ tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının TMK m.233/II hükmüne dayanarak bu yönde bir talepte bulunması yalnızca tarımsal işletmenin sürüm değerinin gelir değerinden daha az olduğu durumlarda beklenebilecektir. Zira tarımsal işletmenin gelir değerinin sürüm değerinden yüksek olduğu durumlarda, tarımsal işletme sürüm değeri üzerinden hesaplanırsa tarımsal işletmenin maliki veya mirasçıları diğer eşe daha az değer artış payı ve katılma alacağı ödeme imkânına sahip olacaklardır.

Buna karşılık kanaatimizce, istisnai olarak tarımsal işletmenin gelir değeri sürüm değerinden fazla ise tarımsal işletmenin bütünlüğü ve işletilmeye devam etmesinin sağlanması için düzenlenmiş olan TMK m.233/I hükmü uygulanarak tarımsal işletmeye gelir değeri üzerinden değer biçilmesi hükmün amacına aykırı bir uygulama teşkil eder. Bu nedenle burada TMK m.233/I hükmü değil, genel kural olan TMK m.232 hükmü uygulanarak tarımsal işletmeye (somut durumda gelir değerinden daha düşük olan) sürüm değeri üzerinden değer biçilmelidir.⁷²

⁷⁰ Sarı, s. 220-221.

⁷¹ Gümüş, s. 157.

⁷² *Zeytin*'in tarımsal arazilerin gelir değerinin sürüm değerinden az olması durumunda onların bölünmeden varlığını koruyabilmesi için onlara sürüm değeri üzerinden değer biçilmesi gerektiğini belirtmesinden anlaşıldığı üzere yazar da bu görüşü savunmaktadır. *Zeytin*, s. 295.

Hükümün sözünden bu şekilde bir anlam çıkmakla beraber hükümde düzenlenmek istenen hususun tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarına tarımsal işletmeye değer biçilmesinde sürüm değeri ile gelir değeri arasında bir seçim hakkı tanımak olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira TMK m.233/II hükmünün gerekçesinde, bu hükmün İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 212. maddesinin ikinci fıkrasını karşıladığı belirtilmektedir. Buna karşılık ZGB Art. 212 hükmü ile TMK m.233/II hükmünün anlamı birbiriyle örtüşmemektedir.

Şöyle ki, ZGB Art. 212 hükmü (TMK m.233/II hükmünün aksine) tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarına diğer eşe karşı ileri sürecekleri değer artış payı veya katılma alacaklarının hesaplanmasında tarımsal işletmenin değerinin sürüm değerine veya gelir değerine göre belirlenmesi hususunda bir seçim hakkı tanımamıştır. Aksine, bu hüküm gereğince tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, diğer eşe karşı değer artış payı ve katılma alacağı ileri sürebilmeleri için öncelikle tarımsal işletmenin değerinin sürüm değeri üzerinden hesaplanması ve bu halde dahi malikin veya mirasçılarının değer artış payı ve katılma alacağı haklarının olması gerekir.⁷³

Her iki hüküm arasındaki farkı somut olarak ortaya koymak adına durumu bir örnekle açıklayalım: (A)'nın malvarlığında edinilmiş mal niteliğinde olan sürüm değeri 500 bin Türk Lirası (TL), gelir değeri ise 100 bin TL olan bir tarımsal işletmesi; (B)'nin malvarlığında ise edinilmiş mal niteliğinde olan 200 bin TL parası bulunsun.

(A)'nın (B)'ye karşı olan katılma alacağı $200/2=100$ bin TL olacaktır. (B)'nin (A)'ya karşı olan katılma alacağı ise TMK m.233/II hükmünün uygulanması durumunda (A)'nın tarımsal işletmesinin değeri gelir değeri üzerinden hesaplanacağından $100/2=50$ bin TL olacaktır. Sonuç olarak her iki alacak takas edilecek ve (B), (A)'ya 50 bin TL ödeme borcu altında olacaktır (TMK m.236/I).

Buna karşılık aynı örnekte ZGB Art. 212/II hükmü uygulansaydı katılma alacağının hesaplanmasında -TMK m.233/II'den farklı olarak- (A)'nın tarımsal işletmesi öncelikle sürüm değeri üzerinden hesaplanacak ve bu durumda (B)'nin (A)'ya karşı olan katılma alacağı $500/2=250$ bin TL olacaktır. Bu alacak (A)'nın (B)'ye karşı olan katılma alacağı $200/2=100$ bin TL ile takas edildiğinde (A)'nın (B)'ye karşı ileri sürebileceği katılma alacağı bulunmayacağından ZGB Art.212/II gereği (A), (B)'den katılma alacağı talebinde de bulunamayacaktır.

Doktrinde Zeytin TMK m.233/II hükmünün metni ile ZGB Art. 212/II hükmünün metni arasındaki farklılığın sebebi Art.212/II hükmünün çevirisinin hatalı olarak yapılmasına bağlamakta ve hükme mehz kanundaki anlamının verilemediğini ifade etmektedir.⁷⁴ TMK m.233/II hükmünün gerekçesinde, bu hükmün İs-

⁷³ Acabey, s. 144.

⁷⁴ Zeytin, N. 655, 666. Erdem de ZGB m.212/II hükmündeki "nur" ifadesinin "ancak", "en fazla" olarak yorumlanarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 309, dpn. 551.

viçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 212. maddesinin ikinci fıkrasını karşıladığının belirtilmesi ve gerekçede bu farklılıktan söz edilmemesi bu görüşü destekleyici bir argüman olarak ileri sürülebilir.

Yukarıda örneklerle açıkladığımız üzere TMK m.233/II hükmünden çıkan anlama göre, TMK m.233/I hükmü sayesinde tarımsal işletmesi sürüm değeri yerine gelir değeri üzerinden hesaplanarak hâlihazırda bir kere korunmuş olan tarımsal işletmenin maliki veya mirasçıları, değer artış payı veya katılma alacaklarına ilişkin olarak diğer eşten talepte bulunurken de tarımsal işletmenin gelir değeri üzerinden hesaplanmasının avantajından faydalanabilecektir. Ancak hükme bu şekilde verilecek olan anlam menfaatler dengesine ve hakkaniyete (TMK m.4) aykırı sonuçlar doğurabilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce tarımsal işletmenin gelir değerinin istisnai olarak sürüm değerinin üzerinde olduğu durumlarda TMK m.233 hükmü yerine TMK m.232 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşılık tarımsal işletmenin sürüm değerinin gelir değerinin üzerinde olduğu durumlarda TMK m.233/II hükmü menfaatler dengesine ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği için hükmün bu sonuçları engellemek için düzenlenen⁷⁵ mehz kanun metnine uygun olarak yorumlanması yerinde olacaktır.⁷⁶

4. Özel Haller

TMK m.233 hükmünde gelir değeri genel olarak düzenlendikten sonra TMK m.234 hükmünde “*özel haller*” başlığı altında özel hallerin gerektirdiği takdirde hesaplanan değer uygun bir miktarda artırılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde bu hükmün uygulanması suretiyle ortaya çıkan artırılmış değeri ifade etmek üzere “*özel hal değeri*”, “*hakkaniyet değeri*”, “*takdiri değer*” gibi ifadeler kullanılmaktadır.⁷⁷

TMK m.234 hükmü ile, tarımsal işletmelerin sürüm değeri yerine (çoğunlukla sürüm değerinden daha düşük bir değer olan) gelir değeri üzerinden değer biçilmesi sonucunda hakkaniyete aykırı bir katılma alacağı hesabının ortaya çıkaracağı olum-

⁷⁵ Nuspliger, Art. 212, N. 3; Acabey, s. 144. *Şıpka*, TMK m.233/II hükmünün mevcut haliyle düzenleme amacının TMK m.233/I hükmü sayesinde tarımsal işletmesi sürüm değeri yerine gelir değeri üzerinden hesaplanarak hâlihazırda bir kere korunmuş olan tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, değer artış payı veya katılma alacaklarına ilişkin olarak diğer eşten talepte bulunurken de tarımsal işletmenin gelir değeri üzerinden hesaplanmasının avantajından faydalanmasını önlemektir. *Şıpka*, s. 256.

⁷⁶ Karş. *Şıpka*, s. 256; Erdem, s. 309 ve s. 309 dñn. 551.

⁷⁷ *Gençcan*, özel hal değeri kavramını, *Kılıçoğlu* ve *Şıpka* hakkaniyet değeri kavramını, *Acar* ise takdiri değer ifadesini tercih etmektedir. Bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 316; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 53; Ahmet Kılıçoğlu, *Katkı - Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tahliller)*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 139; *Şıpka*, s. 255; *Acar*, s. 282.

suz sonuç öngörülmüş ve bu sonuçların hesaplanan değer için uygun bir miktarda artırılmasıyla giderilmesi amaçlanmıştır.⁷⁸ Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar⁷⁹ TMK m.234 hükmünün yalnızca TMK m.233 hükmünün (gelir değerinin) değil, TMK m.232 hükmünün (sürüm değerinin) uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuçların giderilmesi için de düzenlendiği görüşündedirler.

TMK m.234 hükmünde değer artırımını için özel hallerin bulunması şart koşulmuş olsa da özel hal kavramına ilişkin bir tanımlamada bulunulmamıştır. Bu yönüyle TMK m.233 hükmünde bir hüküm içi boşluk söz konusudur. Hükümün ikinci fıkrasında ise bazı haller belirtilerek özellikle bunların özel hallerden sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, tarımsal işletme kendisine ait olan eşin mali durumu ve bu eşin yaptığı yatırımlar özel hallerdir (TMK m.234/II). Hükümde kullanılan “*özelliikle*” ifadesinden açıkça anlaşılacağı üzere özel haller yalnızca bu sayılanlardan ibaret değildir.⁸⁰ Nitekim hükmün gerekçesinde de bu hallerin yalnızca örnek olarak sayıldığı ayrıca belirtilmiştir.⁸¹ Bu bakımdan hâkim, hükümde özel hal olarak belirtilen haller dışındaki bir hali de özel hal olarak nitelendirebilir. Kanun koyucunun özel hal kavramına ilişkin bir tanımlamada bulunmamış olması sebebiyle hükümde örnek olarak sayılan özel haller hâkime bunun dışındaki diğer hallerin özel hal olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda takdir hakkını kullanırken (TMK m.4) yol gösterici nitelikte olacaktır.⁸²

Kanun hükmünce özel hal olarak kabul edilen sağ kalan eşin geçim koşullarına göre artırım yapıp yapılmayacağı hususunda eşin evlilik süresince içinde bulunduğu hayat standardı ölçü alınır.⁸³ Ancak artırımın üst sınırı her hâlükârda değer biçmede sürüm değerinin esas alınması halinde eşin elde edeceği değer olarak kabul edilmektedir.⁸⁴ Hükümde yalnızca mal rejiminin ölüm sebebiyle sona

⁷⁸ Nuspliger, Art. 213, N. 1; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 213, N. 64; Zeytin, N. 672; Şıpka, s. 255; Gümüş, s. 374.

⁷⁹ Acar, s. 282; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 139.

⁸⁰ Tuor / Schnyder / Schmid / Jungo, § 32, N. 64; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, s. 139; Dural / Ögüz / Gümüş, N. 1218; Acabey, s. 144-145; Acar, s. 282; Gümüş, s. 373-374; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 510.

⁸¹ TMK m.234 hükmünün madde gerekçesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: “*Maddenin ikinci fıkrası özel durumlara örnek niteliğinde olmak üzere sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar ve bu eşin mali durumlarını saymıştır. Bunlar göz önünde tutulmak suretiyle hesaplanan değer gerektiğinde uygun bir miktarda artırılabilir.*” [https://0214uf2zm-y-https-www-lexpera-com-tr-proxy2.marmara-elibrary.com/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1/madde-234_\(Çevrimiçi\), \(Erişim Tarihi: 10.05.2021\).](https://0214uf2zm-y-https-www-lexpera-com-tr-proxy2.marmara-elibrary.com/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1/madde-234_(Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).)

⁸² Şıpka, s. 255; Şıpka / Özdoğan, s. 392.

⁸³ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213, N. 76; Zeytin, N. 673.

⁸⁴ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213, N. 75; Zeytin, N. 672.

ermesi hali dikkate alınarak sağ kalan eşin geçim koşulları özel hal olarak belirtilse de bu hükmün boşanan eş bakımından da uygulanabileceği düşünülmektedir.⁸⁵

Tarımsal işletmelere TMK m.233/I hükmünce gelir değeri üzerinden değer biçildiği için tarımsal işletmenin alım değerinin bir eşin edinilmiş mallarından karşılanması ve bu değer gelir değerinden yüksek bir değer olması durumunda tarımsal işletmenin maliki olan eşin edinilmiş malının değeri azalmış olur. Değer azalmasının önemli ölçüde fazla olması durumunda hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkar. Kanun koyucu tarımsal işletmenin alım değerini özel haller arasında sayarak bu hususa işaret etmiştir.⁸⁶

Tarımsal işletme kendisine ait olan eşin mali durumu özel haller arasında sayılan bir diğer husustur. Buna göre tarımsal işletme kendisine ait olan eş, tarımsal işletmesi için gelir değerinden daha yüksek bir değer hesaplanması durumunda da işletmesini rahatlıkla sürdürebilecek durumdaysa bu durumda da hâkimin gelir değerini uygun bir miktarda artırabileceği savunulmaktadır.⁸⁷

TMK m.234 hükmünün, TMK m.233 hükmünce belirlenen gelir değerinin artırılmasının yanında TMK m.232 hükmünce belirlenen sürüm değerinin artırılmasında da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre,⁸⁸ TMK m.234 hükmü hem TMK m.232 hükmünce belirlenen sürüm değerinin hem de TMK m.233 hükmünce belirlenen gelir değerinin artırılmasında uygulanabilir. Buna karşılık diğer görüşe göre,⁸⁹ TMK m.232 hükmüne göre belirlenen sürüm değerinin bu hükme dayanılarak artırılması mümkün değildir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda bir aracın sürüm değerinin tespitine ilişkin olarak somut olayda TMK m.234 hükmünün uygulama alanı bulup bulmadığının mahkemece araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁰ Bu karardan anlaşılacağı üzere Yargıtay, TMK m.234 hükmünün TMK m.232 hükmünce belirlenen sürüm değerinin artırılmasında da uygulanabileceği görüşündedir.

Kanaatimizce TMK m.234 hükmünün yalnızca TMK m.233 hükmünce belirlenen gelir değerinin artırılmasında uygulanabileceği yönündeki görüşün üstün tutulması gerekir. Nitekim, bu görüş kanunun sistematığı ile de uyum içindedir.

⁸⁵ Nuspliger, Art. 213, N. 3; Hausheer / Aebi-Müller, Art. 213; N. 6; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213; N. 77; Zeytin, N. 672; Gümüş, s. 374.

⁸⁶ Nuspliger, Art. 213, N. 3; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213; N. 78; Zeytin, N. 673; Gümüş, s. 374-375.

⁸⁷ Nuspliger, Art. 213, N. 3; Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213, N. 80; Zeytin, N. 674; Gümüş, s. 375.

⁸⁸ Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 53; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 139; Acar, s. 282.

⁸⁹ Şıpka / Özdoğan, s. 393.

⁹⁰ Yarg., 8. HD., E. 2012/13656, K. 2013/7997, T. 27.05.2013, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 11.05.2021).

Şöyle ki, kanunun sistematüğinde, sürüm değeri bir numaralı başlık altında düzenlenirken (1. Sürüm değeri), gelir değeri iki numaralı başlık altında düzenlenmiş (2. Gelir değeri) ve bu başlık “genel olarak” (a. Genel olarak) ve “özel haller” (b. özel haller) şeklinde iki ayrı alt başlık altında düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanunun sistematüğinde özel haller, sürüm değerinden ayrı olarak, gelir değeri başlığı altında düzenlenmiştir. Özel hallerin düzenlendiği TMK m.234/II hükmünde özel hal olarak sayılan “tarımsal işletmenin alım değeri”, “tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar veya mali durumu” halleri de bu hükmün özel olarak tarımsal işletmeler için uygulanacak olan gelir değerinin artırılmasında uygulanmak üzere düzenlendiğine işaret etmektedir.

Kanun koyucu özel hallerin değerlendirilmesinde olduğu gibi, özel hallerin gerektirdiği hallerde hesaplanan değer artırılmasında da “uygun bir miktar artırabilir” demek suretiyle hâkime bu konuda da bir takdir yetkisi (TMK m.4) tanımıştır.

TMK m.233 hükmünde her ne kadar hesaplanan değer artırılmasında miktar bakımından bir üst sınır çizilmemiş olsa da doktrinde hâkimin hesaplanan değerdeki yapacağı artırımın üst sınırının sürüm değeri olduğu ileri sürülmektedir.⁹¹

Kanaatimizce TMK m.233 hükmünce hesaplanan gelir değerinin, özel hallerin gerektirmesi sebebiyle artırılmasının üst sınırının sürüm değeri olarak belirlenmesi yerine, üst sınırın tarımsal işletmenin işletilmesine devam edilmesini engellemeyecek en yüksek değer olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Zira kanun koyucu TMK m.233 hükmünde genel olarak başlığı altında tarımsal işletmelerin gelir değeri üzerinden hesaplanmasını düzenleyerek bu hükmün esas olarak uygulanması gerektiğini belirtmiş; TMK m.234 hükmünde ise bu hükmün katı şekilde uygulanmasında ortaya çıkacak olumsuzlukları bir ölçüde azaltmayı amaçlamıştır. Bu doğrultuda değerlendirildiğinde, TMK m.233 hükmünce hesaplanan gelir değerinin, özel hallerin gerektirmesi sebebiyle sürüm değerine kadar artırılması kimi zaman tarımsal işletmenin işletilmesine devam edilmesini engelleyebilir. Bu ise tarımsal işletmenin gelir değerine göre hesaplanmasını düzenleyen TMK m.233 hükmünün düzenlenme amacına aykırı olur.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, hesaplanan değerde TMK m.234 hükmüne göre artırım yapılabilmesi için hâkimden bu yönde bir talepte bulunulmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Doktrinde bu hükmün uygulanabilmesi için bu yönde hâkimden talepte bulunulmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir.⁹² Diğer bir deyişle hâkim, özel halin bulunduğunu re’sen dikkate alarak hesaplanan değeri artıramaz.

⁹¹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-213, N. 70; Şıpka, s. 255; Zeytin, N. 676; Şıpka / Özdoğan, s. 393.

⁹² Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 212-212, N. 73; Gümüş, s. 375.

II. TASFİYEDE DEĞER BİÇME ZAMANI

Kanun koyucu, tasfiyeye konu mallara değer biçilirken hangi anın esas alınacağına ilişkin olarak TMK m.235 hükmünde bir düzenleme getirmiştir. Hükmün birinci fıkrasında mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan edinilmiş mallar bakımından değer biçme anı belirlenirken, hükmün ikinci fıkrasında eklenecek değerler ilişkin TMK m.229 hükmüne konu mallar için değer biçme anı belirlenmiştir. Ancak katılma alacağının tespitinde değer artış payı alacağının ve denkleştirme miktarının ve edinilmiş mallara ilişkin borçların da hesaba katılması gerekir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu mallara değer biçme anı hangi an olursa olsun daima göz önünde tutulması gereken önemli bir husus, bu mallara edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği andaki durumları esas alınarak değer biçilmesi gerektiğidir.⁹³ Tasfiyede eşlerin gerek kişisel mallarının gerekse edinilmiş mallarının, mal rejiminin sona erdiği andaki durumlarına göre ayrılacağına ilişkin TMK m.228/I hükmü bu durumun hukuki dayanağıdır. Yargıtay kararlarında da malların mal rejiminin sona erdiği andaki nitelik, seviye ve aşamaya göre değerlendirileceği belirtilerek bu hususun altı çizilmektedir.⁹⁴ Buna karşılık Yargıtay'ın TMK m.228/I hükmüne atıf yaparak bu durumun altını çizdiği kararlardan birinde buna rağmen tasfiyeye konu mala mal rejiminin sona erdiği andaki durumuna göre değil de bu malın devredildiği tarihteki (TMK m.235/II) durumuna değer biçilmesi gerektiğini belirtmesi hatalı olmuştur.⁹⁵

A. Mal Rejiminin Sona Erdiği Sırada Mevcut Bulunan Edinilmiş Mallar Bakımından

Mal rejimi eşlerden birinin ölümüyle veya eşlerin başka bir mal rejimini kabul etmeleriyle sona erebileceği gibi mahkemece evliliği iptaline, evlenmenin boşanma sebebiyle sona ermesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesiyle de sona erebilir (TMK m.225). Mal rejiminin sona ermesi yukarıda belirtilen hallerde kendiliğinden gerçekleşir. Diğer bir deyişle eşlerin bu hallerde mal rejiminin sona ermesi için ayrıca bir talepte bulunmasına veya bu konuda anlaşmaya varmalarına gerek yoktur. Buna karşılık mal rejiminin sona ermesine bağlı olarak yapılacak mal rejiminin tasfiyesi için tarafların anlaşması, bunun mümkün olmaması halinde ise mahkemeye başvurulması gerekir.

⁹³ Acabey, s. 144; Acar, s. 280.

⁹⁴ Yarg. 8. HD. E. 2016/11982, K. 2018/17470, T. 17.10.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2018/10380, K. 2018/14370, T. 26.06.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 13.05.2021; Yarg. 8. HD. E. 2016/2959, K. 2018/12961, T. 22.05.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

⁹⁵ Yarg. 8. HD. E. 2016/11982 K. 2018/17470 T. 17.10.2018, www.hukukturk.com (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

Bu bakımdan mal rejiminin sona ermesi ile mal rejiminin tasfiyesinin yapılması arasında çoğu kez bir zaman farkı bulunur. Bu zaman farkı kısa olabileceği gibi uzun da olabilir. Ülkemizde mal rejiminin tasfiyesi genellikle mahkeme kararıyla gerçekleştiğinden zaman farkı da genellikle uzun olmaktadır.

Mal rejiminin sona erdiği an ile tasfiyenin anı arasında uzun bir sürenin geçmesi halinde bu süre içinde tasfiyeye konu malların değerinin düşmesi veya artması da kaçınılmazdır. Bu durumda tasfiyede tasfiyeye konu mallara hangi andaki sürüm değerine göre değer biçileceği sorunu karşımıza çıkar.

Kanun koyucu TMK m.235/I hükmünde mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan edinilmiş malların tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağını düzenleyerek bu konuda tasfiye anını tercih etmiştir.

Kanun koyucunun edinilmiş malların mal rejiminin sona erdiği andaki değerleri yerine tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağını düzenlemiş olması kanaatimizce yerinde olmuştur. Gerçekten de tasfiyeye konu mallar mal rejiminin sona erdiği andaki değeriyle hesaba katılsaydı tespit edilen Türk Lirası cinsinden değer alım gücü tasfiye anına kadar aradan geçen zamanda enflasyona bağlı olarak önemli ölçüde düşecekti. Ayrıca tasfiye anında malın değerinin artmasına rağmen malın mal rejiminin sona erdiği andaki düşük değerinin hesaba katılması veya tasfiye anında malın değerinin düşmesine rağmen malın mal rejiminin sona erdiği andaki yüksek değerinin hesaba katılması eşlerden birinin veya diğerinin aleyhine sonuç doğuracaktı.⁹⁶ Ayrıca tasfiye sırasında geçmişteki bir anın (mal rejiminin sona erdiği anı) malların değerinin belirlenmesinde esas alınması değer tespitinde de zorluklar yaşanmasına sebep olacaktı.

Kanun koyucu tasfiye anını ölçüt almakla tasfiyeye konu malların güncel değerleri üzerinden hesaba katılmasını ve böylelikle mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiyeye konu malların değerinde yaşanan artış ve düşümlere her iki eşin birlikte katlanmasını tercih etmiştir.⁹⁷

TMK m.235/I hükmündeki tasfiye anı ölçütünden tasfiyeye konu malların güncel değerleri üzerinden hesaba katılacağı anlaşılmalı birlikte tasfiye anı ile tam olarak hangi anın kastedildiğinin belirlenmesi gerekir. Hükümde bu konuda açıklık bulunmamasıyla birlikte burada tasfiyenin sona erdiği, tamamlandığı anın kastedildiği kabul edilmektedir.⁹⁸ Bu anın somut olaydaki tasfiyenin gerçekleştirilme şeklinde göre belirlenmesi gerekir. Eşler kendi aralarında veya bir eş ile diğer eşin mirasçıları arasında tasfiye sırasında bir anlaşma ile tasfiye anı belirlenebileceği gibi doğrudan katılma alacağının miktarı da belirlenebilir. Bu halde

⁹⁶ Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 40; Acar, s. 274; Şıpka, s. 257; Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 274.

⁹⁷ Nuspliger, Art. 214, N. 1; Jungo, Art. 214, N. 1; Sarı, s. 223, 225; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 137; Zeytin, s. 285; Acar, s. 275-276; Karş. Gümü, s. 375.

⁹⁸ Öztan, s. 479; Şıpka, s. 258.

birinci durumda tasfiye anı tarafların üzerinde uzlaştıkları an, ikinci durumda ise anlaşmanın yapıldığı tarih olacaktır.⁹⁹ Buna karşılık tarafların bu yönde bir anlaşması yoksa tasfiye mahkeme kararıyla gerçekleşecektir. Bu durumda doktrindeki hâkim görüş, tasfiye anının mahkeme tarafından verilen tasfiye kararı tarihi olacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹⁰¹ Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, tasfiye anı mahkeme tarafından son yapılan keşif ve bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihtir.¹⁰²

Tasfiyenin mahkeme kararıyla gerçekleşmesi durumunda tasfiye anı mahkemenin tasfiye kararını verdiği tarih olarak kabul edildiği için teorik olarak tasfiyeye konu mallara kararın verileceği tarihte değer biçilmesi ve aynı gün kararın verilmesi gerekir. Buna karşılık tasfiyeye konu mallara değer biçilmesi teknik bir konu olduğu için uygulamada değer biçme işlemi bilirkişiler aracılığıyla yapılmaktadır. Yargıtay'da kararlarında değer biçme işleminde bilirkişilerden yardım alınabileceğini, hatta bazı kararlarında alınması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.¹⁰³ Bilirkişinin tasfiyeye konu mallara değer biçtiği raporun yargılama sürecinde taraflara sunulması, tarafların rapora itirazda bulunması, raporun ve itirazların hâkim tarafından incelenmesi ve genel olarak ülkemizdeki yargılama süreleri düşünüldüğünde bilirkişinin tasfiyeye konu mallara değer biçtiği tarihte mahkemenin tasfiye kararını vermesi mümkün görünmemektedir. Doktrindeki yazarlar bu durumu göz önüne alarak hükmün uygulanmasında tasfiyeye konu mallara değer biçilmesinin “karara en yakın tarihte” yapılması gerektiği görüşünü savunmuşlardır.¹⁰⁴ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹⁰⁵

⁹⁹ Sarı, s. 222; Gümüş, s. 375; Şıpka, s. 258.

¹⁰⁰ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 214, N. 10; Hausheer / Aebi-Müller, Art. 214, N. 5; Nuspliger, Art. 214, N. 1; Jungo, Art. 214, N. 2; Dural / Öğüz / Gümüş, N. 1219; Sarı, s. 222; Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 222; Acar, s. 274; Gümüş, s. 375; Şıpka, s. 259; Erdem, s. 309.

¹⁰¹ Yarg. 8. HD. E. 2019/5851, K. 2019/11251, T. 11.12.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 14.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2016/20532, K. 2019/771, T. 23.01.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 14.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2016/11982, K. 2018/17470, T. 17.10.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 14.05.2021).

¹⁰² Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 42. Yazar ilgili eserin bir başka yerinde mahkeme kararına dayanan tasfiyede tasfiye anı için düşünülebilecek olan en son anın mahkeme kararının verildiği tarih olduğunu ifade etmiştir. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 137.

¹⁰³ Yarg. 8. HD. E. 2019/6000, K. 2019/10813, T. 02.12.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2019/5567, K. 2019/10676, T. 28.11.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2018/10380, K. 2018/14370, T. 26.06.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

¹⁰⁴ Dural / Öğüz / Gümüş, N. 1219; Acar, s. 276; Sarı, s. 223; Gümüş, s. 375; Zeytin, s. 185; Erdem, s. 309.

¹⁰⁵ Yarg. 8. HD. E. 2019/5567, K. 2019/10676, T. 28.11.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2019/4622, K. 2019/10918, T. 04.12.2019, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2016/11982, K. 2018/17470, T. 17.10.2018, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

Hâlihazırda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin başkanlığını yürüten *Gençcan*,¹⁰⁶ hâkim karar aşamasına geldiğinde bilirkişiden tasfiyeye konu mallara değer biçilmesini talep ederken kararı vereceği tarihi hesap ederek bilirkişiye bunu bildirmeli ve bilirkişiden bu tarihe göre değerlendirme yapmasını istemelidir. Bu görüş doktrinde bazı yazarlar tarafından da desteklenmektedir.¹⁰⁷ Ayrıca doktrinde hâkimin bilirkişi raporundan sonra karar tarihine kadar geçen sürede malların değerinde yaşanan değişimleri de değer belirlenmesinde kendisinin takdir edebileceği belirtilmektedir.¹⁰⁸ Kanaatimizce değer tespitinin gelecekteki bir tarihin esas alınarak yapılması durumunda belirlenecek değerler "tahmini" değerler olacağı için tespit bilirkişinin raporu hazırladığı sırada mevcut olan değerler üzerinden yapılması daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte hâkimin mesleki tecrübesine dayanarak karar vereceği tarihi öngörüp bilirkişiye bildirmesi ve bilirkişinin mevcut değerlerde karar tarihine kadar ne gibi değişimler beklediğini gerekçeli olarak açıklamasının hâkime rapordan karar tarihine kadar geçen sürede malların değerinde yaşanan değişimleri takdir ederken yardımcı olacaktır. Rapor tarihi ile karar tarihi arasında malların değerini önemli ölçüde etkileyecek bir gelişmenin olması durumunda ise tekrar bilirkişiden değer tespiti istenmesi yerine olacaktır.¹⁰⁹

B. Eklenerek Değerler, Denkleştirme, Değer Artış Payı ve Borçlar Bakımından

TMK m.235/II hükmünce edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanacaktır. Bu hükümde edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanlar ifadesiyle kastedilen TMK m.229 hükmünde düzenlenmiş olan eklenecek değerlerdir. Buna karşılık Yargıtay kararına konu olan bir olayda yerel mahkeme TMK m.229 kapsamına giren bir taşınmaz devri işlemine ilişkin olarak taşınmaza değer biçilmesinde devir tarihindeki değerinin esas alınacağına hükmetmiş, ancak Yargıtay burada taşınmazın tasfiye kararı tarihindeki değerinin esas alınması gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.¹¹⁰ Yerel mahkemece TMK m.235/II hükmüne uygun olarak verilmiş olan kararın Yargıtay tarafından kanuna aykırı bir gerekçe ile bozulması hatalı olmuştur. Bu karar *Zeytin*¹¹¹ tarafından da eleştirilerek, bu yönde bir kararın yalnızca malın

¹⁰⁶ Gençcan, s. 314.

¹⁰⁷ Şıpka, s. 261.

¹⁰⁸ Gümüş, s. 375; Bilirkişi raporu ile karar tarihi arasında uzun bir sürenin geçmesi durumunda değer artış ve azalışlarının göz önüne alınması gerektiği yönünde: Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 42; Acar, s. 280.

¹⁰⁹ Durum ve koşullara göre gerektiğinde bilirkişiden yeni bir rapor talep edilebileceği yönünde: Gümüş, s. 375.

¹¹⁰ Yarg. 8. HD. E. 2015/7311, K. 2016/15935, T. 22.11.2016, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 13.05.2021).

¹¹¹ Zeytin, N. 634.

muvazaalı olarak elden çıkarılması ve buna rağmen malı elden çıkaran eşin mal üzerinde fiili olarak tasarrufta bulunmaya devam ettiği istisnai durumlarda kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Denkleştirme miktarı ve değer artış payı bakımından öncelikle bunların düzenlendiği özel hükümlere bakılması gerekir. Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme TMK m.230 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre denkleştirme iki şekilde gerçekleşebilir. Birinci ihtimal TMK m.230/I hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir:

“Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir.”

Bu hükme göre denkleştirme miktarının tespiti kolaydır. Zira hükümdeki “ödenmiş” ifadesinden de anlaşılacağı üzere burada çoğu zaman parasal bir miktarın ödenmesi söz konusudur. Tasfiye anında da denkleştirme talebinde ödenecek olan bu miktardır.

Denkleştirmede ikinci ihtimal ise TMK m.230/III hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir:

“Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.”

Bu hükme göre denkleştirme miktarının tespit edilebilmesi için katkıda bulunan malın değerinin iki farklı zamanda tespit edilmesi gerekmektedir. İlk olarak katkıda bulunulan malın katkıda bulunulduğu andaki değerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonra ise tasfiye zamanındaki değerinin tespit edilmesi gerekecektir.¹¹²

Değer artış payı ise TMK m.227 hükmünde düzenlenmiştir. TMK m.227/I hükmü şu şekildedir:

“Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır.”¹¹³

¹¹² Katkıda bulunulan malın daha önce elden çıkmış olduğu durumda denkleştirme miktarının hakkaniyete göre nasıl belirleneceğini daha önce açıklamıştır. Bkz. yukarıda I. A. 3.

¹¹³ Katkıda bulunulan malın daha önce elden çıkmış olduğu durumda diğer eşe ödenecek alacağın hâkim tarafından hakkaniyete göre nasıl belirleneceğini yukarıda açıklamıştık. Bkz. yukarıda I. A. 3.

Bu hükme göre değer artış payı miktarının tespitinde de tıpkı TMK m.230/III hükmünce denkleştirme miktarını tespit ederken uygulanacak olan yöntem uygulanacaktır. Buna göre ilk olarak katkıda bulunulan malın katkıda bulunulduğu andaki değerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonra ise tasfiye zamanındaki değerinin tespit edilmesi gerekecektir. Ancak burada katkıda bulunulan malda bir değer azalması söz konusu olursa katkının yapıldığı andaki değeri ne ise o değer değer artış payı olarak istenebilecektir.

Denkleştirme ve değer artış payına ilişkin açıklamalardan anlaşılacağı üzere kanun koyucu bunların miktarının tespit edilebilmesi için bir oranlama yapılması gerektiğinde katkıda bulunulan malın değerinin belirlenmesi anı olarak tasfiye anını esas almıştır. Bu bakımdan gerek değer artış payına ilişkin TMK m.227/I hükmünün gerekse denkleştirmeye ilişkin TMK m.230/III hükmünün TMK m.235/I hükmüyle uyum içinde olduğu görülmektedir.¹¹⁴

Borçlar bakımından değer biçme anı konusunda bir ayırım yapılması gerekir.¹¹⁵ Borç Türk Lirası cinsinden bir para borcu ise borcun hâlihazırdaki değeri kendiliğinden belli olduğundan işin niteliği gereği değer biçme ve dolayısıyla değer biçme anının belirlenmesine gerek kalmaz.¹¹⁶ Buna karşılık para borcu dışındaki borçlara da değer biçilmesi gerektiği ve değer biçme anının TMK m.235/I hükmünce belirlenen tasfiye anı olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁷ Yabancı para borçları bakımından da aynı kuralın geçerli olması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür.¹¹⁸ Kanaatimizce mal rejiminin sona erdiği andan tasfiye anına kadar tasfiyeye konu mallardaki değer artışı ve azalmalarına birlikte katlanan eşlerin Türk Lirası cinsinden para borcu dışındaki borçlar bakımından da aynı kurala tabi olması gerekir.

C. Mal Rejiminin Sona Ermesinden Sonra Tarafların Malvarlığından Çıkan Mallar Bakımından

Mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiye anına kadar çoğu zaman uzun bir sürenin geçeceği göz önüne alındığında mal rejiminin sona erdiği anda eşlerin malvarlıklarında bulunan tasfiyeye konu malların tasfiye sırasında malvarlığında bulunmaması söz konusu olabilir. Tasfiyeye konu olan ancak tasfiye anında eşlerin malvarlığında bulunmayan bu mallara hangi anda değer biçileceği, bu durumda da TMK m.235/I hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

¹¹⁴ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 214, N. 7; Şıpka da burada TMK m.227/I ve m.230/III hükmü gereğince TMK m.235/I hükmünün uygulanacağını belirtmiştir. Şıpka, s. 258.

¹¹⁵ Para borcu dışındaki borçlara ve hatta yabancı para borçlarına bunların sürüm değeri üzerinden değer biçilmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Bkz. yukarıda I. A. 3.

¹¹⁶ Acar, s. 275; Karş. Jungo, Art. 211, N. 10.

¹¹⁷ Sarı, s. 216, 226; Acar, s. 276; Şıpka, s. 249; Şıpka / Özdoğan, s. 389.

¹¹⁸ Jungo, Art. 211, N. 10; Acar, s. 278-279; Şıpka / Özdoğan, s. 397.

Doktrinde bir görüşe göre,¹¹⁹ mal rejiminin sona ermesinden sonra ve tasfiye anından önce tasfiyeye konu malın ivaz karşılığında elden çıkarılması söz konusu malın tasfiye anındaki değeriyle hesaba katılacağına ilişkin TMK m.235/I hükmü uygulama alanı bulmaz. Burada elde edilen ivazın hesaba katılması gerekir.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre,¹²⁰ mal rejiminin sona ermesinden sonra ve tasfiye anından önce tasfiyeye konu malın ivaz karşılığında elden çıkarılması TMK m.235/I hükmünün uygulanmasını engellemez. Sadece elden çıkarılan malın, mal rejiminin sona erdiği haliyle tasfiye anında da ilgili eşin malvarlığında mevcut olduğu varsayılır ve buna göre tasfiye anındaki değeri hesap edilir.

Yargıtay, uygulaması da bizim katıldığımız görüş yönündedir.¹²¹ Örneğin Yargıtay, tasfiyeye konu taşınmazın mal rejiminin sona ermesinden sonra ve tasfiyeden önce tasfiyeye konu bir taşınmazın üçüncü kişiye devredilerek elden çıkarıldığı bir olayda TMK m.235/I hükmünün uygulanması gerektiğini, burada devir anında yerine geçen değer veya devir anındaki rayiç değer göz önüne alınamayacağını açıkça belirtmiştir.¹²²

Mal rejiminin sona ermesinden sonra ve tasfiye anından önce tasfiyeye konu malın eşlerin malvarlığında bulunmamasının sebebi tasfiyeye konu malın bağışlanmasından veya tüketilmesinden de kaynaklanabilir. Bu durumda da bu mallara hangi anda değer biçileceği, bu TMK m.235/I hükmünün burada uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş,¹²³ burada TMK m.235/II hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ve tasfiyeye konu mala bağışlandığı veya tüketildiği anda değer biçilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre,¹²⁴ burada da bağışlanan veya tüketilen malın tasfiye anında da ilgili eşin malvarlığında mevcut olduğu varsayılır ve buna göre tasfiye anındaki değeri hesap edilir.

¹¹⁹ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 214, N. 9; Nuspliger, Art. 214, N. 2; Jungo, Art. 214, N. 3; Gümüş, s. 376; Karş. Acar, s. 279.

¹²⁰ Sarı, s. 224-225; Şıpka, s. 263; Zeytin, N. 623; Şıpka / Özdoğan, s. 394; Karş. Acar, s. 279.

¹²¹ Yarg. 8. HD. E. 2014/15723, K. 2015/7176, T. 30.03.2015, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 15.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2012/11612, K. 2013/7826, T. 23.05.2013, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 15.05.2021); Yarg. 8. HD. E. 2012/7064, K. 2013/3553, T. 14.03.2013, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

¹²² Yarg. 8. HD. E. 2012/11612, K. 2013/7826, T. 23.05.2013, www.hukukturk.com, (Çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

¹²³ Hausheer / Reusser / Geiser, Art. 214, N. 9; Gümüş, s. 376-377; Nuspliger, Art. 214, N. 2.

¹²⁴ Sarı, s. 224-225; Şıpka, s. 263; Zeytin, N. 624; Şıpka / Özdoğan, s. 394.

SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde kural olarak tasfiyeye konu mallara değer biçilirken bu malların sürüm değeri esas alınacaktır (TMK m.232). Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenleme getirmesinin amacı tasfiyeye konu malların değerlerinin belirlenmesinde ölçü alınacak değeri belirlemek ve böylece tasfiyede malların değerinin belirlenmesinde ortaya çıkabilecek sorunları engellemektir.

TMK m.232 hükmünde bir malın sürüm değeriyle kastedilen tasfiyeye konu olan malın serbest piyasada ve normal şartlar altında sahip olduğu değer para cinsinden ifade edilmesidir. Tasfiyeye konu olan ve çeşitlilik arz eden malların her birinin parasal karşılığını tespit etmek uzmanlık gerektiren teknik bir iştir. Bu nedenle Yargıtay kararlarında hâkimin değer biçmede konunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden yardım alabileceği belirtilmektedir. Uygulamada da değer biçme işlemi bilirkişiler yardımıyla yapılmaktadır. Somut olarak bir mala değer biçilmesi teknik bir iş olsa da tasfiyeye konu mallara değer biçmede hangi yöntemin esas alınacağı ve değer biçme işlemi sırasında hangi hususların dikkate alınması gerektiği meselesi hukukun konusudur oluşturmaktadır. Bu nedenle doktrinde hem genel olarak hem de somut bazı malvarlığı unsurları bakımından değer biçmede dikkate alınması gereken hususlar ortaya koyulmakta, Yargıtay da değer biçilirken uygulanan metodun hukuki denetimini yapmaktadır.

Kural, tasfiyeye konu mallara değer biçilirken bu malların sürüm değerinin esas alınması olsa da bazı durumlarda bu kurala istisna getirilmiştir. Değer artış payı ve denkleştirme miktarının tespiti bakımından katkıda bulunulan mal tasfiye anından önce elde çıkarılmış ise değer artış payı ve denkleştirme miktarı hakkaniyete göre belirlenecektir.

Tasfiyeye konu mallara değer biçilirken bu malların sürüm değerinin esas alınacağına ilişkin kuralın bir diğer istisnası (belli şartlar altında) tarımsal işletmelere değer biçilmesinde gelir değerinin esas alınacağına ilişkin TMK m.233/I hükmüdür. Çoğu zaman sürüm değerinden daha düşük bir değer olan gelir değerinin tarımsal işletmelere değer biçilmesinde esas alınmasının amacı tarım politikası gereği tarımsal işletmelerin varlığını sürdürebilmesini sağlamaktır. Hüküm bu yönüyle kamu yararına ilişkin olduğu için emredici hukuk kuralı niteliğindedir. TMK m.233/I hükmü tarımsal işletmelerin varlığını sürdürebilmesi amacıyla düzenlenmiş olduğundan kanaatimizce tarımsal işletmenin gelir değeri sürüm değerinden fazla ise TMK m.233/I hükmü değil, genel kural olan TMK m.232 hükmü uygulanmalı ve tarımsal işletmeye sürüm değeri üzerinden değer biçilmelidir.

Gelir değeri kavramı Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m.4/g hükmünde, tarımsal işletme kavramı ise Tarım Kanunu m.3/i hükmünde tanımlanmıştır. Gelir değerinin tespiti Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m.5 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Gelir değerine ilişkin TMK m.233/II hükmünün anlamı ile hükmün mehz kanundaki karşılığı olan ZGB Art. 212/II hükmünün anlamı farklıdır. TMK m.233/II hükmünün sözünden çıkan anlama göre TMK m.233/I hükmü sayesinde tarımsal işletmesi sürüm değeri yerine gelir değeri üzerinden hesaplanarak ekonomik anlamda korunan tarımsal işletmenin maliki veya mirasçıları, değer artış payı veya katılma alacaklarına ilişkin olarak diğer eşten talepte bulunurken de tarımsal işletmenin gelir değeri üzerinden hesaplanmasını talep edebileceklerdir. Buna karşılık ZGB Art. 212/II hükmüne göre tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, diğer eşe karşı değer artış payı ve katılma alacağı ileri sürebilmeleri için öncelikle tarımsal işletmenin değerinin sürüm değeri üzerinden hesaplanması ve bu halde dahi malikin veya mirasçılarının değer artış payı ve katılma alacağı haklarının olması gerekir. Kanaatimizce, TMK m.233/II hükmünün mehz kanundaki karşılığı olan ZGB Art. 212/II hükmüne göre yorumlanması menfaatler dengesine ve hakkaniyete daha uygundur.

TMK m.233 hükmünde gelir değeri genel olarak düzenlendikten sonra TMK m.234 hükmünde “*özel haller*” başlığı altında özel hallerin gerektirdiği takdirde hesaplanan değer için uygun bir miktarda artırılabilmesi düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında bazı özel haller örnek olarak sayılmıştır.

TMK m.234 hükmü ile tarımsal işletmelerin sürüm değeri yerine (çoğunlukla sürüm değerinden daha düşük bir değer olan) gelir değeri üzerinden değer biçilmesi sonucunda hakkaniyete aykırı bir katılma alacağı hesabının ortaya çıkaracağı olumsuz sonuç öngörülmüş ve bunun giderilmesi amaçlanmıştır. Doktrinde bu hükmün değer biçmede sürüm değerinin esas alındığı durumlarda da uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu görüşü desteklemiştir. Hâkimin bu hükme göre yapacağı artırımın üst sınırının sürüm değeri olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce üst sınırın tarımsal işletmenin işletilmesine devam edilmesini engellemeyecek en yüksek değer olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

TMK m.235/I hükmünde mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan edinilmiş malların tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağını düzenlenmiştir. Kanun koyucu tasfiye anını ölçüt almakla tasfiyeye konu malların güncel değerleri üzerinden hesaba katılmasını ve böylelikle mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiyeye konu malların değerinde yaşanan artış ve düşümlere her iki eşin birlikte katlanmasını tercih etmiştir. Tasfiye anı ile kastedilen tasfiyenin sona erdiği, tamamlandığı andır. Bu anın somut olarak hangi an olduğu tasfiyenin gerçekleştirilme şeklinde göre belirlenir.

Eşler kendi aralarında veya bir eş ile diğer eşin mirasçıları arasında tasfiye sırasında bir anlaşma ile tasfiye anı belirlenebileceği gibi doğrudan katılma alacağının miktarı da belirlenebilir. Bu halde birinci durumda tasfiye anı tarafların üzerinde uzlaştıkları an, ikinci durumda ise anlaşmanın yapıldığı tarih olacaktır.

Tarafların bu yönde bir anlaşması yoksa tasfiye mahkeme kararıyla gerçekleşecektir. Bu durumda, teorik olarak tasfiye anı mahkeme tarafından verilen tasfiye kararı tarihidir. Yargıtay da bu görüştedir. Ancak uygulamada değer biçmenin karar günü yapıp kararın verilmesi mümkün olmayacağı için hükmün uygulanmasında tasfiyeye konu mallara değer biçilmesinin “karara en yakın tarihte” yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

TMK m.235/II hükmünce edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanacaktır. Bu hükümde edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanlar ifadesiyle kastedilen TMK m.229 hükmünde düzenlenmiş olan eklenecek değerlerdir.

Denkleştirme miktarı ve değer artış payı bakımından öncelikle bunların düzenlendiği özel hükümlere (TMK m.227, 230) bakılması gerekir. Bu hükümlerde kanun koyucu bunların miktarının tespit edilebilmesi için bir oranlama yapılması gerektiğinde katkıda bulunulan malın değerinin belirlenmesi anı olarak tasfiye anını esas almıştır. Bu bakımdan gerek değer artış payına ilişkin TMK m.227/I hükmünün gerekse denkleştirmeye ilişkin TMK m.230/III hükmünün TMK m.235/I hükmüyle uyum içindedir.

Türk Lirası cinsinden bir para borcu dışındaki borçlara değer biçilmesi gerektiği ve değer biçme anının TMK m.235/I hükmünce belirlenen tasfiye anı olduğu kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre yabancı para borçları bakımından da aynı esas geçerli olmalıdır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiye anına kadar geçen zamanda tasfiyeye konu malın ivazlı olarak elden çıkarılması, bağışlanması veya tüketilmesi durumunda TMK m.235/I hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre tüm bu hallerde TMK m.235/I hükmü uygulanacaktır. Diğer bir görüşe göre, burada TMK m.235/I hükmü uygulanmaz. İvazlı devirlerde devir anında elde edilen ivaz, bağışlama ve tüketilmede ise malın bunların gerçekleştiği andaki değeri hesaba katılır. Yargıtay malın ivazlı olarak devredilmesi durumunda TMK m.235/I hükmünün uygulanması yönünde karar vermektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde tasfiyeye konu mallara değer biçme anı hangi an olursa olsun, bu mallara edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği andaki durumları esas alınarak değer biçilir.

KAYNAKÇA

- ACABEY**, M. Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İzmir, 1998.
- ACAR**, Faruk, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- ANTALYA**, O. Gökhan / **TOPUZ**, Murat, *Medeni Hukuk, Giriş - Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan / **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ERDEM**, Mehmet, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185 - 281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- HAUSHEER**, Heinz / **AEBI-MÜLLER**, Regina, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- HAUSHEER**, Heinz / **REUSSER**, Ruth / **GEİSER**, Thomas, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften (Artikel 181 - 195a ZGB), Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftbeteiligung (Artikel 196 - 220 ZGB), Bern 1992.
- JUNGO**, Alexandra, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art, 1-456 ZGB, 3. Auflage, Schukthess Juristische Medien AG, 2016.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. (Edinilmiş Mallar)
- KILIÇOĞLU**, Katkı - *Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tahliller)*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021. (Katılma Alacağı)
- NUSPLİGER**, Isabelle, *OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar*, 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **BARLAS**, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÖZTAN**, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- SARI**, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SİPKA**, Şükran / **ÖZDOĞAN**, Ayça, *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- SİPKA**, Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Madde Açıklamalı, Yorumlu - İlgili Yargıtay Kararları - Çözümlü Tasfiye Örnekleri ve Bilirkişi Raporları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- TUOR**, Peter / **SCHNYDER**, Bernhard / **SCHMID**, Jörg / **JUNGO**, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Schukthess Juristische Medien AG, 2015.

WEHİNGER, Cladua / **REİCH**, Rahel, *OFK - Orell Füssli Kommentar; ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2016.

ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

Elektronik Kaynakça

www.hukukturk.com

www.lexpera.com.tr

www.kazanci.com

Milletlerarası Ticarete Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği

Feasability of Smart Contracts in International Trade

Arş. Gör. Habil Arda KEL^(*)

Öz:

Blokzincir teknolojisi, günümüz dünyasında devrime sebep olacak, günlük yaşantıyı tamamen değiştirecek yeni bir teknoloji olarak nitelendirilmektedir. Blokzincir teknolojisi, kriptografik temellere dayanan ve yapılan işlemlerin, merkezi bir kuruluş yerine işlemin yapıldığı mecrayı kullanan bütün katılımcılara dağıtık olarak saklandığı bir teknolojiyi ifade etmektedir. Blokzincir teknolojisi ile hayatımıza müdahil olan bir başka yenilik ise akıllı sözleşmelerdir. İlk defa 90'lı yıllarda ortaya atılan akıllı sözleşme kavramı, uygulanmasında yatan güven ve maliyet problemlerini blokzincir teknolojisi ile aşmaya başlamıştır. Akıllı sözleşmeler, sözleşmesel hükümlerin bilgisayar kodu olarak hazırlandığı ve şartların gerçekleşmesiyle kendiliğinden ifa edilen sözleşmeleri tanımlamaktadır. Günümüz pratiğinde akıllı sözleşmeler, blokzincirler üzerinde kodlanan ve kural olarak blokzincir dışında gerçekleşen olaylara duyarsız yazılımlardır.

Her geçen gün hayatımızda daha fazla yer kaplayan blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmeler, uluslararası ticaret uygulamalarında da kendilerine yer bulmaktadır. Bu kapsamda birçok büyük liman blokzincir teknolojisini ve akıllı sözleşmeleri bünyesine entegre ettiği gibi akreditif işlemleri gibi süreçler de bu teknolojiler ile uyumlu hale getirilmektedir. Ancak bu yaygınlaşma, uluslararası ticaret uygulamalarında devrimsel yeniliklere ve araçlara duyulan ihtiyacın ortadan kalkmasına sebep olmayacaktır. Bunun temelinde, akıllı sözleşmelerin blokzincir dışındaki olaylara duyarsızlığı, akıllı sözleşmelere ilişkin gizlilik ve güvenlik tartışmaları, yasal düzenleme eksiklikleri gibi problemler yatmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Blokzincir, Akıllı Sözleşmeler, Güven, Aracı Üçüncü Kişi, Uluslararası Ticaret.

Abstract:

Blockchain technology, which is deemed as a new technology that will revolutionize today's world, refers to a technology that is based on cryptography and is distributed

^(*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: habilardakel@maltepe.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0840-0506>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 26.04.2021.

Makale Kabul Tarihi: 02.08.2021.

to all participants using the platform where the transaction is made, rather than a central institution. Another innovation widespreading with blockchain technology is smart contracts. The smart contract concept, which was first introduced in the 90's, has started to overcome the trust and cost problems in its implementation with blockchain technology. Smart contracts are the contracts in which contractual terms are prepared as computer code and are self-fulfilling upon the fulfilment of the relevant conditions. Today, smart contracts are software coded on blockchains and, in principle, insensitive to events occurring outside the blockchain.

Blockchain technology and smart contracts find a place in international trade practices. In this context, many major ports integrate blockchain technologies and smart contracts. Moreover, processes such as letter of credit has gradually become more suitable for application of these technologies. However, problems such as insensitivity to events outside the blockchain, privacy and security issues, and regulatory deficiencies regarding smart contracts will prevent the revolution and disappearance of intermediaries in international trade.

Keywords:

Blockchain, Smart Contracts, Trust, Intermediary Third Party, International Trade.

GİRİŞ

Her geçen gün gelişmeye devam eden ve günlük hayatımızı değiştiren teknoloji, uluslararası ticareti de etkisi altına almaktadır. Bu kapsamda uluslararası ticaret süreçleri geçmişten günümüze ciddi değişikliklerden geçmiş, daha işlevsel ve hızlı hale gelmiştir. Günümüz teknolojisinde devrim yapacağı düşünülen inovasyon olarak blokzincir görülmektedir. Nitekim bu devrimin uluslararası ticareti de etkileyip etkilemeyeceği merak konusudur, bilhassa blokzincir sistemleri üzerinde çalışan akıllı sözleşmelerin sınır ötesi işlemlerdeki birçok problemi çözeceği düşünülmektedir.

Bu çalışma kapsamında akıllı sözleşmelerden hareketle blokzincir teknolojinin uluslararası ticaret uygulamalarında bir devrime sebep olup olmayacağı ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle blokzincir teknolojisi incelenmiş, akıllı sözleşmelerin bu teknoloji sayesinde nasıl uygulamada kullanılmaya başlandığı ele alınmıştır. Teknik açıdan konu ele alındıktan sonra bu teknolojinin uluslararası ticaret sektöründe güncel kullanımlarına değinilmiştir. Nihai olarak akıllı sözleşmelerin günümüz uygulamalarında bir devrime sebep olup olmayacağı noktasındaki görüşümüz belirtilmiştir.

I. AKILLI SÖZLEŞME KAVRAMI

Akıllı sözleşme kavramı ilk olarak bilgisayar uzmanı ve hukukçu olan *Nick Szabo* tarafından literatüre kazandırılmıştır. *Szabo* tarafından yapılan tanımlamaya göre akıllı sözleşmeler, bir sözleşmenin hükümlerini ifa eden ve bilgisayar

sistemleri temeline dayanan işlem protokolleridir.¹ İlerleyen yıllarda bu kavramı tekrardan ele alan *Szabo* akıllı sözleşme kavramında yer alan “akıllı” ifadesinin herhangi bir yapay zeka kullanımı ima etmediğini,² sadece kağıt üzerinde akdedilen klasik sözleşmelere göre daha işlevsel olmaları dolayısıyla bu sıfatı kullandığını belirtmiş; akıllı sözleşmeleri de dijital ortamın diliyle ifade edilen, tarafların yükümlülüklerini yerine getirirken hükümlerine uygun davrandığı protokolleri de kapsayan taahhütler bütünü şeklinde nitelendirmiştir.³ Bu taahhütler bütününün temel amacı, ortaya koymuş oldukları algoritmaya dayalı otomatik sistemlerle sözleşmelerin kendiliğinden ifa edilmesini sağlamak, sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmesinde karşılaşılan ve kötü niyet ya da hata sonucunda ortaya çıkan ifa problemlerini minimize etmek ve güvenilir araçlara duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmaktır.⁴ Bu özelliklerini dikkate aldığımızda günlük hayatımızda kullandığımız ve çevremizde bulunan satış otomatları, akıllı sözleşmelerin en ilkel hali olarak örnek gösterilebilir.⁵ Satış otomatları, programlanma amaçları

¹ Nick Szabo, *Smart Contracts*, 1994, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses-/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi 28.01.2021); Konstantinos Christidis / Michael Devetsikiotis, “*Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*”, IEEE Access, C. 4, 2016, s. 2296; Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 15 ve 38.

² Ecem Kirkit, “*Akıllı Satış Sözleşmelerinin Kuruluşu ve İfası*”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 6, 2016, s. 153; Argun Karamanlioğlu, “*Concept of Smart Contracts - A Legal Perspective*”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 35, 2018, s. 33; Kadir Berk Kapancı, “*Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerinde Değerlendirmeler*”, Emine Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 138; Ece Su Üstün, *TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler: Blokzincir Teknolojisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 47; Çağlayan Aksoy, s. 93.

³ Nick Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (Erişim Tarihi 28.01.2021); Kapancı, s. 131; Üstün, s. 47-48; Damla Beril Çubukçu, *Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5.

⁴ Szabo, *Smart Contracts*.

⁵ Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*; Kirkit, s. 152; Mesut Serdar Çekin, “*Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, 2019, s. 323; Kapancı, s. 115 ve 136; Mete Tevetoğlu, “*Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2021, s. 198; Üstün, s. 47; Çubukçu, s. 6; Çağlayan Aksoy, s. 16 ve 75. Karamanlioğlu, otomat yöneticisinin müdahalesinin mümkün olması, kullananın insan olması sebebiyle insan müdahalesinin var olması ve sözleşmesel hükümleri otonom şekilde ifa etmediği gerekçeleriyle bu örneklemeyi hatalı bulmaktadır; Karamanlioğlu, s. 33-34. Ancak bu eleştirilerin yerinde olmadığı kanaatindeyim. Öncelikle yeterli işlem gücü elde edilmesi halinde blokzincir üzerinde kurgulanmış akıllı sözleşmelere de müdahale teorik olarak mümkündür. Akıllı sözleşmeler, kendiliğinden ifa edilecek şekilde blokzincir üzerinde kodlanmış olsa bile hem kodlama aşamasında hem

kapsamında bedel karşılığında tüketiciye ürün ya da hizmet sunmaktadır. Bu durumda sözleşme klasik şekilde kağıda imza atılmasıyla değil, bedelin ödenmesi neticesinde satış otomatının anlayacağı bir dilde bilgisayar ortamında kurulmakta ve dışarıdan herhangi bir müdahale ya da katkı gerektirmeksizin otomatik olarak ve kendiliğinden ifa edilmektedir.

Akıllı sözleşmeler, yukarıda belirtildiği üzere kavramsal olarak 90'lı yıllardan itibaren tartışılmasına rağmen amaçlanan işlevlerin güvenilir şekilde yerine getirilmesini sağlayacak ve ifayı otomatik hale getirecek teknolojik bilgi birikimi olmadığı⁶ için geniş bir uygulama alanı bulamamış ve dolayısıyla yaygınlaşamamıştır. Ancak Bitcoin isimli kripto paranın ortaya çıkışı sonucunda toplum tarafından ilgi odağı haline gelen blokzincir teknolojisi ile birlikte akıllı sözleşmeler de yaygınlaşmaya başlamıştır. Şöyle ki blokzincir teknolojisi, sunmuş olduğu imkanlar kapsamında hem güvenilir bir üçüncü kişiye/aracıya duyulan ihtiyacın kapsamını oldukça daraltmış hem de akıllı sözleşmeler kapsamında öngörülen yükümlülüklerin düşük maliyetle ve hızlı bir şekilde ifasını mümkün kılmıştır.⁷ Bu çerçevede, günümüz pratiğinde popüler olan ve kullanım alanı günden güne yaygınlaşan akıllı sözleşmeleri daha iyi kavramak adına öncelikle blokzincir teknolojisini ele almak gerektiği kanaatindeyiz.

A. Blokzincir Teknolojisi

Kriptografi teknolojilerine ilişkin araştırmalar çerçevesinde 1900'lerin ikinci yarısında teorik olarak tartışılmaya başlanmış olmasına rağmen blokzincir teknolojisinin ilk somutlaştığı örnek, kimliği hala belirsiz olan *Satoshi Nakamoto* isimli kişi ya da grubun 2008 yılında yayınlamış olduğu makale sonrasında ortaya çıkan Bitcoin olmuştur.⁸ İlgili makalesinde *Nakamoto*, güven yerine kriptografik

de sözleşme ilişkisine girme aşamasında insan etkeni mevcuttur. Nihai olarak, karmaşık bir sözleşme olmamakla beraber otomatlar da öncesinde kodlandıkları satım sözleşmesini otonom olarak ifa etmektedirler (benzer yönde bkz. Tevetoğlu, s. 201). Bu kapsamda otomatların, akıllı sözleşmelerin ilkel hali olarak örnek gösterilebileceği kanaatindeyim.

⁶ Cemal Araalan, “Akıllı Sözleşmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 163, 2020, s. 503; Çağlayan Aksoy, s. 16.

⁷ Karamanlıoğlu, s. 31; Çekin, s. 323.

⁸ Marco Iansiti / Karim R. Lakhani, “The Truth About Blockchain”, Harvard Business Review, 2017, <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain> (Erişim Tarihi 28.01.2021); Burcu Yıldız, “Dijital Dönüşüm Sürecinde Blok Zincir Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler”, 2019, https://www.researchgate.net/publication/337171422_DIJITAL_DONUSUM_SURECINDE_BLOK_ZINCIRI_TEKNOLOJISI_ve_AKILLI_SOZLESMELER (Erişim Tarihi 21.01.2021), s. 3; Fatih Bilgili / M. Fatih Cengil, “Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi”, TicaretKanunu.net, 2019, <http://www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blockchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/> (Erişim Tarihi 21.01.2021), s. 2; Suna Özyüksel / Mustafa Ekinci, “Blok Zinciri Teknolojisinin Dış Ticarete Etkisinin Örnek Projeler Çerçevesinde İncelenmesi”, İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 84; Araalan, s. 505.

kanıtlara dayanan bir elektronik ödeme sistemi kurularak tarafların, banka gibi bir güvenilir üçüncü kişiye gerek kalmaksızın birbirleriyle doğrudan işlem yapmalarının mümkün kılınması gerektiğini, böylelikle üçüncü kişilerin müdahil olduğu klasik sanal ödeme sistemlerinden kaynaklanan masraf artışları gibi olumsuzluklardan kaçınılabileceğini savunmuştur.⁹ Bunun metodu olarak ise mükerrer harcamayı önlemek için bir merkezî kuruluş belirlemeyip işlemlerin kamuya açık şekilde gerçekleştirilmesini ve eşler/kullanıcılar arasında dağıttık bir ağ üzerine kaydedilmesini önermiştir.¹⁰

Bitcoinin arkasındaki teknoloji olan blokzincir, dijital verileri barındıran bir defterin bütün katılımcılara dağıtılmasına¹¹ imkân veren bir teknoloji olarak nitelendirilebilir.¹² Bu kapsamda blokzincir için iktisadi işlemlerin ya da sanal ortamda bir karşılığa sahip olan her türlü hususun kaydedildiği dağıtılmış bir veritabanı tanımı yapılabilir.¹³ Blokzincir teknolojisinin temelinde kriptografi yatmaktadır; blokzincir üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemler şifrelenerek yapılmakta, belirli bir veri büyüklüğüne ulaşana kadar şifrelenen işlemler belirli bir yerde toplanmakta ve nihayet, hedeflenen büyüklüğe ulaştıktan sonra da yine kendine has bir şekilde şifrelenen bloğu oluşturmaktadır.¹⁴ Her yeni blok, kendisinden önce zincire eklenmiş olan bloğa has olan şifrelemeyi de bünyesinde bulundurmaktadır.¹⁵ Bu çerçevede blokzincir, şifrelenen blokların zincir misali birbirine bağlanıp bir veritabanı oluşturduğu¹⁶ ve bu veritabanının bütün kullanıcılara dağıttık şekilde saklandığı bir sistem olarak da nitelendirilebilir.¹⁷ Belirtilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere blokzincir teknolojisinde temel olarak merkezî bir veri depolayıcısı yoktur; blokzincir üzerindeki veriler, bütün katılımcılara dağıtılarak kayıt

⁹ Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi 28.01.2021), s. 1; Araalan, s. 505.

¹⁰ Nakamoto, s. 8.

¹¹ Han Luo / Moumita Das / Jun Wang / Jack C. P. Cheng, “Construction Payment Automation Through Smart Contract-Based Blockchain Framework”, 36th International Symposium on Automation and Robotics in Construction, Banff Alberta, 2019, s. 2.

¹² Coşkun Genç, “Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Geleceği Hakkında Değerlendirme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 4, 2020, s. 147.

¹³ Tanash Utamchandani Tulsidas, “Smart Contracts from a Legal Perspective”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universitat d’Alacant, 2018, s. 5; Araalan, s. 505.

¹⁴ Çekin, s. 321; Üstün, s. 22.

¹⁵ Gökhan Aktaş, “Akıllı Sınır Yaklaşımı Çerçevesinde Blok Zinciri Teknolojisinin Gümrük İşlemlerinde Potansiyel Kullanım Alanları”, Gümrük Ticaret Dergisi, C. 5, S. 14, 2018, s. 22; Bilgili / Cengil, s. 3; Çekin, s. 322; Yıldız, s. 3; Melih Sefa Yavuz, “Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme”, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 4, S. 1, 2019, s. 17; Üstün, s. 22.

¹⁶ Nakamoto, s. 2; Özyüksel / Ekinci, s. 83; Çağlayan Aksoy, s. 21.

¹⁷ Kirkit, s. 148; Aktaş, s. 22; Bilgili / Cengil, s. 2; Çağlayan Aksoy, s. 20.

altına alınmaktadır.¹⁸ Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse blokzincir teknolojisi sayesinde merkezî bir kurumun takdirine tâbi veri monarşisi düzeninden, herkesin veriyi elinde bulundurduğu bir veri demokrasine geçiş mümkün hale gelmektedir.¹⁹

Blokzincir sisteminde güven, klasik sistemlerin aksine merkezî bir güven kuruluşunun varlığından ya da karşı tarafa beslenen duygudan değil,²⁰ işlem kayıtlarının tamamının bütün katılımcılar ile kriptografik olarak paylaşılmasından kaynaklanmaktadır.²¹ Blokzincir sisteminde bir değişiklik yapılmak istendiğinde bu değişiklik, belirli bir sayıda katılımcı tarafından doğru olup olmadığı hususunda teste tâbi tutulmaktadır.²² Her bir blok, kendisinden önceki bloğa ait özel şifreyi de barındırdığı göz önüne alındığında blokzincir yapısını bozmak isteyen katılımcı, bütün katılımcılara dağıtık şekilde depolanan blokzincir kayıtlarındaki bütün blokların özel şifresini de değiştirmek zorunda kalacaktır.²³ Kötü niyetli müdahalelerin zorluğunun bilincinde olan katılımcılar blokzincir sistemine güven duymaktadır.²⁴ Bu özelliği ile blokzincir, aynı zamanda merkezî kuruma ya da güvenilir üçüncü kişi araçlarına²⁵ duyulan ihtiyacı da ortadan kaldırmaktadır.²⁶

Blokzincir, türleri açısından iki ana başlık ve ikişer alt başlık olacak şekilde dört kategoriye ayrılabilir. Blokzincir türleri, temel olarak kamuya açık ve özel²⁷ olmak üzere ikiye ayrılabilir. Kamuya açık olan blokzincir türleri, internet bağlantısına ve doğru yazılıma sahip herkesin erişimine açıktır. Kamuya açık blok zincir türlerine bitcoin ve ethereum gibi kriptoparalar örnek gösterilebilir.²⁸ Özel blokzincir türleri ise herkesin erişimine açık olmayan, gizlilik ve güvenlik konularında daha hassas işlemler için kullanılan ve sadece belirli katılımcıların erişebildiği blok zincir türleridir.²⁹ Kamu kurumlarında kullanılan intranet, sa-

¹⁸ Araalan, s. 506; Kapancı, s. 114; Çubukçu, s. 13.

¹⁹ Shermin Voshmgir / Valentin Kalinov, “Blockchain: A Beginners Guide”, BlockchainHub Berlin, 2017, <https://blockchainhub.net/blockchain-technology/> (Erişim Tarihi 28.01.2021), s. 10; Çekin, s. 320; Bilgili / Cengil, s. 3.

²⁰ Tevetoğlu, s. 196-197.

²¹ Luo / Das / Wang / Cheng, s. 2; Araalan, s. 506; Özyüksel / Ekinci, s. 85; Çağlayan Aksoy, s. 52.

²² Aktaş, s. 22; Çekin, s. 322; Özyüksel / Ekinci, s. 85; Genç, s. 147; Üstün, s. 23; Çağlayan Aksoy, s. 44.

²³ Karamanlıoğlu, s. 35; Aktaş, s. 23-24; Kapancı, s. 143-144; Çağlayan Aksoy, s. 25.

²⁴ Üstün, s. 33; Çubukçu, s. 44.

²⁵ Genç, s. 147.

²⁶ Kapancı, s. 115; Tevetoğlu, s. 196; Üstün, s. 30 ve 33; Çubukçu, s. 11 ve 32; Çağlayan Aksoy, s. 53-54.

²⁷ Aktaş, s. 24; Luo / Das / Wang / Cheng, s. 2; Bilgili / Cengil, s. 4; Yavuz, s. 18; Kapancı, s. 115; Üstün, s. 36; Çubukçu, s. 14; Çağlayan Aksoy, s. 28.

²⁸ Tulsidas, s. 6; Çekin, s. 321; Özyüksel / Ekinci, s. 87; Araalan, s. 507; Çağlayan Aksoy, s. 29.

²⁹ Tulsidas, s. 6; Çekin, s. 321; Araalan, s. 507.

dece kurum çalışanlarına erişim izni vermesi açısından özel blokzincir türlerine benzetilebilir.³⁰ Hem kamuya açık hem de özel blokzincir türleri, kendi içlerinde izin gerektirmeyen ve izin gerektiren olarak ikiye³¹ ayrılabilir. İzin gerektirmeyen blokzincir türlerinde katılımcı, ağa katıldıktan sonra zincire yeni blok eklemek için herhangi bir onaya gereksinim duymazken izin gerektiren blokzincir türlerinde katılımcı, ağa yeni blok eklemek için yetkili kişilerin onayına gereksinim duymaktadır.³²

B. Blokzincir Teknolojisi Üzerinde Çalışan Akıllı Sözleşmeler

Bölümün girişinde ifade edildiği üzere akıllı sözleşmelerin uygulanabilir hale gelmesi için sözleşme taraflarından bağımsız fakat bütün katılımcıların güvenini haiz ve aynı zamanda ekonomik bir sistem gerekmektedir.³³ Blokzincir teknolojisi; bütün işlemlerin tüm katılımcıların sistemine dağıtık olarak kayıt altına alınması ile bağımsız ve güvenilir bir sistem olma, ciddi bir masraf yükü çıkarmaması dolayısıyla da ekonomik olma şartlarını taşımaktadır.

Blokzincir teknolojisi üzerinde çalışan akıllı sözleşmeler, sözleşmesel hükümler şeklinde hazırlanmış yazılımlar aracılığıyla taraflar arasında kendiliğinden, üçüncü kişiye ihtiyaç duymaksızın gerçekleşen işlemleri ifade etmektedir.³⁴ İşlevinden yola çıkarak bir tanım yapılmak istenirse akıllı sözleşmeler, otomatik icra özelliği sayesinde müdahaleye kapalı olup kendi kendini ifa edebilen ve merkezî olmayan, dağıtık mutabakat sistemine dayanarak hükümler konulmasına izin veren sanal sözleşmeler olarak nitelenebilir.³⁵ Bu çerçevede akıllı sözleşmelerin, satış ya da kira gibi bir sözleşme türü değil, bir sözleşme akdetme metodu olduğu ifade edilebilir.³⁶ Dolayısıyla akıllı sözleşmeler, bitcoin ya da ethereum gibi kriptoparaların transferine ilişkin basit işlemler için hazırlanabileceği gibi bir şirket yapısının tamamen blokzincire taşındığı otonom dağıtık şirketin³⁷ kurulması ve yönetilmesi için de kullanılabilir.³⁸ Akıllı sözleşmeler, blokzincir sisteminin

³⁰ Özyüksel / Ekinci, s. 87.

³¹ Kapancı, s. 115.

³² Tulsidas, s. 6; Çekin, s. 321; Yıldız, s. 7; Araalan, s. 507.

³³ Çekin, s. 323.

³⁴ Kirkit, s. 152; Karamanhoğlu, s. 33 ve 37; Bilgili / Cengil, s. 5; Yavuz, s. 22; Çekin, s. 323; Kapancı, s. 115 ve 134; Tevetoğlu, s. 196; Çubukçu, s. 5; Çağlayan Aksoy, s. 46.

³⁵ Lin William Cong / Zhiguo He, “Blockchain Disruption and Smart Contracts”, 2018, <http://www.zhiguohe.com/uploads/1/0/6/9/106923057/bdsc.pdf> (Erişim Tarihi 31.01.2021), s. 11; Araalan, s. 503; Çubukçu, s. 30 vd.

³⁶ Çağlayan Aksoy, s. 63.

³⁷ Detaylı bilgi için bkz. <https://lawofthelevel.lexblogplatformthree.com/wp-content/uploads/sites/187/2017/07/WhitePaper-1.pdf> (Erişim Tarihi 31.01.2021).

³⁸ Çekin, s. 323; Tevetoğlu, s. 201.

çalışma prensipleri gereği, bu sisteme bir kere işlendikten sonra değiştirilemez³⁹ nitelik kazanmaktadır.⁴⁰

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere akıllı sözleşmeler, kağıt üzerine yazılıp altına imza atılan bir belge değil, blokzincir üzerinde saklanan ve işlem gören bir koddur. Bu nedenle akıllı sözleşmelerin, bilgisayar diline uygun olan “şu olursa bunu yap (*if/then*)”⁴¹ şeklinde hazırlanması gerekmektedir. Bu şekilde hazırlanan bir akıllı sözleşme, kural olarak, tarafların ya da üçüncü bir kişinin müdahalesine gerek kalmaksızın,⁴² şartlar gerçekleştiğinde edimlerin ifa edilmesini otomatik olarak gerçekleştirebilir.⁴³ Bazı hallerde akıllı sözleşmede belirlenen şartların sağlanıp sağlanmadığının teyidi, dış dünya ile doğrudan etkileşime giremediği için dış dünyadan gelecek bir girdiye ihtiyaç duyuyor olabilir ve bu girdiler “ulak (*oracle*)” olarak isimlendirilen araçlar tarafından sağlanabilir.⁴⁴

Akıllı sözleşmelerin işleyişini ve özelliklerini somut olarak ortaya koyabilmek adına bir araç kiralama örneğinin⁴⁵ ele alınmasında fayda olacaktır. A şahsı, aracını günlük bir ethereum olacak şekilde kiraya vermeyi planlamaktadır. Bu çerçevede, A şahsı akıllı anahtara sahip aracını ethereum blokzincirinde tanımlamış, “if/then” mantığına uygun olarak blokzincir üzerinde bir akıllı sözleşme hazırlamıştır; 10 gün içinde kendi hesabına gerekli bedeli aktaracak hesap sahibinin, belirtilen 10 günlük süreyi aşmayacak şekilde bedelini ödediği süre boyunca aracın anahtarına sahip olacağını ve aracı kullanabileceğini belirtmiştir. Blokzincir teknolojisine uygun olarak tanımlanmış olan bu akıllı sözleşme, zincire işlendiği andan itibaren değiştirilemez ve müdahale edilemez şekilde kamuya paylaşılmıştır. Yayım tarihinden sonraki üçüncü günde ilanı gören B şahsı, beş ethereum ödemiştir. Akıllı sözleşmelerin otonom karakteri neticesinde ödeme ile birlikte B şahsı, blokzincir katılımcıları tarafından akıllı sözleşme şartlarını gerçekleştirdiğinin teyit edilmesi sonrasında, A şahsının herhangi bir hareketi ya da anahtar teslimi gerekmez beş günlüküne aracın akıllı anahtarına ve aracı kullanma yetkisine sahip hale gelmiştir. Beş günlük sürenin dolması sonrasında araca ve anahtarına ilişkin bütün yetkiler kendiliğinden A şahsına geri dönecek ve B’nin araç üzerindeki hakimiyeti son bulacaktır.

³⁹ Üstün, s. 30.

⁴⁰ Yıldız, s. 9; Çubukçu, s. 33.

⁴¹ Kapancı, s. 115 ve 134; Tevetoğlu, s. 204; Çubukçu, s. 6; Çağlayan Aksoy, s. 90.

⁴² Karamanlioğlu, s. 32; Kapancı, s. 131.

⁴³ Araalan, s. 503; Üstün, s. 31 ve 49; Çubukçu, s. 40; Çağlayan Aksoy, s. 13. Çağlayan Aksoy, s. 294-295; Yazar, akıllı sözleşmelerin otomasyon özelliği sayesinde sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşeceğinin bir beklenti olmaktan çıkarak kesin bir hal aldığını ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Kapancı, s. 142.

⁴⁴ Karamanlioğlu, s. 37; Çekin, s. 323; Araalan, s. 514; Üstün, s. 55; Çubukçu, s. 37; Çağlayan Aksoy, s. 59.

⁴⁵ Yıldız, s. 9. Yazarın vermiş olduğu örnek, tarafımca geliştirilerek kullanılmıştır.

Yukarıdaki örnekte akıllı sözleşme, dışarıdan herhangi bir müdahaleyi gerektirmeksizin bütün işlemi gerçekleştirmiştir. Ancak günümüz şartlarında B şahsı, kiralamaya konu aracın gerçekten A şahsına ait olup olmadığını akıllı sözleşmeden ve ethereum blokzinciri üzerinden öğrenemez, bunun mümkün olabilmesi için araç sahipliğini gösteren noter kayıtlarının da ethereum blokzincirine aktarılması gerekir. Bu çerçevede, günümüzde aracın A şahsına ait olduğunu gösterir girdinin akıllı sözleşmeye eklenmesi bir “ulak (“*oracle*”)” örneği teşkil edecektir. İkinci bir ulak örneği, kira bedelinin Türk lirası olarak tespit edildiği ihtimalde gözlemlenebilir. Blokzincir üzerinden, ancak ilgili blokzincir üzerinde işlem gören kripto paraların transferi mümkündür. Bu nedenle Türk lirası para transferleri, akıllı sözleşmenin bulunduğu blokzincir üzerinden değil, klasik bankacılık sistemi üzerinden gerçekleştirilecektir. Blokzincir dışında gerçekleştirilen işlemlerin farkında olmayan akıllı sözleşme, bankacılık sistemi kullanılarak gerçekleştirilen para transferini tespit edemeyecek ve dolayısıyla sözleşme hükümlerini icra edemeyecektir, meğerki bir “ulak (“*oracle*”)” tarafından belirtilen paranın kiraya verenin banka hesabına aktarıldığı bildirilmiş olsun.

II. ULUSLARARASI TİCARETE AKILLI SÖZLEŞMELER

A. Güncel Uygulamada Akıllı Sözleşmeler

Uluslararası ticaret süreçleri, hem çok sayıda aktör (ihracatçı, ithalatçı, sigortacı, banka, gümrük idaresi, lojistik vb.) içermesi hem de ciddi eşya, para, veri ve belge trafiği gerektirmesi dolayısıyla zamansal ve parasal açıdan ciddi masraflara sebep olmaktadır.⁴⁶ Bu masrafları azaltmak isteyen taraflar, gelişen ve değişen teknolojiye kayıtsız kalamamaktadır. Bu kapsamda hem blokzincir teknolojisi hem de akıllı sözleşmeler uluslararası ticaretin tarafını teşkil eden işletmelerce kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, Rotterdam Limanı, ABN Amro ve Samsung iş birliği ile yürütülen proje kapsamında Güney Kore’den yola çıkan bir konteyner, blokzincir teknolojisi üzerinden takip edilerek Rotterdam limanına ulaşmış ve böylelikle blokzincir üzerinden gerçekleştirilen ilk sevkiyat olarak kayıtlara geçmiştir.⁴⁷

Bu kapsamda yine Rotterdam Limanı’nda, “Akıllı Liman” projesi ile blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmeler deniz taşımacılığına entegre edilmiş,⁴⁸ böylelikle malların taşınma koşulları, kalkış ve varış bilgileri şeffaf, hızlı ve güvenilir şekilde ilgili taraflarla paylaşılmaya başlanmıştır.⁴⁹ Benzer şekilde Antwerp Li-

⁴⁶ Aktaş, s. 19.

⁴⁷ Özyüksel / Ekinci, s. 91.

⁴⁸ “How Rotterdam is Using Blockchain to Reinvent Global Trade”, 2019, <https://www.portofrotterdam.com/en/news-and-press-releases/how-rotterdam-is-using-blockchain-to-reinvent-global-trade> (Erişim Tarihi 31.01.2021).

⁴⁹ Özyüksel / Ekinci, s. 88.

manı, T-Mining isimli blokzincir start-up firması ile geliştirdiği proje kapsamında menşei sertifikası gibi belgeleri blokzincir teknolojisi üzerinden aktarmayı, akıllı sözleşmeler aracılığıyla belge akışını otomatik hale getirmeyi planlamaktadır.⁵⁰

Akıllı sözleşmelerin kullanıldığı bir başka örnek olan, teknoloji devi IBM ile denizcilik devi Maersk tarafından başlatılan blokzincir temelli küresel ticaret platformu TradeLens projesi kapsamında kullanıcılar, uluslararası ticaret kapsamında kullanılan belgeleri dijitalleştirerek sisteme yükleyip birbirleriyle paylaşabilmekte ve akıllı sözleşmeler aracılığıyla güvenli şekilde gümrük izni gibi çeşitli süreçleri otomatikleştirebilmektedir.⁵¹

Uluslararası ticaret açısından önem arz eden konulardan olan ödeme sistemlerinde de blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin etkisi gözlemlenmeye başlanmıştır. Bu çerçevede yaygın şekilde kullanılan ödeme yöntemi olan akreditifin blokzincir üzerinden gerçekleştirilmesi için araştırmalar yapılmaktadır. Akreditif, uluslararası ticaretin doğasından kaynaklanan ödeme ve teslimat risklerini azaltıcı nitelikte olsa da evrak işlemlerinin yoğunluğu ve sürelerin uzunluğu dolayısıyla karmaşık bir hal alıp kendine has risklerle karşılaşılmasına yol açmaktadır. Blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin kullanılmasıyla akreditif sürecinde karşılaşılan risklerin en aza indirilebileceği, işlemlerin daha güvenilir ve taraflar arasında eş zamanlı ve daha süratli olacak şekilde gerçekleştirilebileceği düşünülmektedir.⁵² Nitekim, 2018 yılında ilk defa blokzincir teknolojisi üzerinden bir akreditif işlemi gerçekleştirilmiştir.⁵³ Söz konusu akreditif, global gıda firması olan Cargill tarafından, Arjantin'den Malezya'ya gerçekleştirilen soya fasulyesi sevkiyatı için HSBC tarafından düzenlenmiştir. Akreditif işleminin tarafı olan HSBC ve ING bank yetkilileri, normal şartlarda beş ila on gün aralığında süren işlemlerin blokzincir teknolojisi sayesinde 24 saat içerisinde tamamlandığını ifade etmişlerdir.⁵⁴ Ülkemiz bankaları da blokzincir teknolojisi ile dış ticarete ödeme garantisi vermeye başlamıştır. Blokzincir teknolojisinin ülkemiz bankacılık sektöründe kullanımında öncü sıfatını haiz İş Bankası, 2020 ve 2021 yılları

⁵⁰ "Antwerp Blockchain Pilot Pioneers With Secure and Efficient Document Workflow", 2018, <https://www.portofantwerp.com/en/news/antwerp-blockchain-pilot-pioneers-secure-and-efficient-document-workflow> (Erişim Tarihi 31.01.2021); Özyüksel / Ekinci, s. 90.

⁵¹ Sanne Wass, "Maersk and IBM Go Live With Global Blockchain Trade Platform TradeLens", Global Trade Review, 2018, <https://www.gtreview.com/news/fintech/maersk-and-ibm-go-live-with-blockchain-supply-chain-platform-tradelens/> (Erişim Tarihi 31.01.2021); Özyüksel / Ekinci, s. 90.

⁵² Yavuz, s. 23-24. Çubukçu, s. 102; Yazarın uluslararası ticarete kullanılan teminat mektuplarının akıllı sözleşmelere aktarılması halinde sürecin hızlanacağına ilişkin yorumu, akreditifler için de geçerli kabul edilebilir.

⁵³ Özyüksel / Ekinci, s. 95.

⁵⁴ Ryan Browne, "HSBC says it's made the world's first trade finance transaction using blockchain", CNBC, 2018, <https://cutt.ly/Pkf8Gwd> (Erişim Tarihi 01.02.2021).

içerisinde gerçekleştirmiş olduğu işlemlerde akıllı sözleşmeler üzerinden dış ticarete ödeme garantisi vermiştir.⁵⁵ Ticaretin finansmanında blokzincirin kullanımı kapsamında bankalar sadece müstakil işlemlerle yetinmemekte, kendi aralarında çeşitli platformlar kurarak süreci hızlandırmaya ve kolaylaştırmaya çalışmaktadır. Kendilerini temsil eden bankalar aracılığıyla bu platformlara üye olan ihracatçı ve ithalatçılar, yaptıkları işlemleri blokzincir üzerine kaydetmekte ve akıllı sözleşmeler aracılığıyla ödemeleri garanti altına almaktadırlar.⁵⁶

B. Akıllı Sözleşmeler Uluslararası Ticaret Uygulamalarına Devrim Getirecek mi?

Blokzincir teknolojisinin, dolayısıyla akıllı sözleşmelerin, yaygınlaşacağını belirtenlerin savlarından birisi işlem güvenliğini sağlayacak bir üçüncü kişiye olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya, sistemin sağladığı güven ortamında aracısız olarak işlem yapmaya imkân vereceğidir.⁵⁷ Nitekim bu kapsamda birçok kişi, blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin yaygınlaşması sayesinde banka, noter ya da avukat gibi araçlara olan ihtiyacın ortadan kalkacağını düşünmektedir.⁵⁸ Ancak birçok sebepten ötürü akıllı sözleşmelerin yaygınlaşması aracı kullanımını ortadan kaldırmayacaktır. Öncelikle, birinci bölüm başlığı altında ifade edildiği üzere akıllı sözleşmeler blokzincir teknolojisi üzerinde çalışmaktadır ve sadece blokzincir üzerinde saklanan verileri otonom şekilde tespit edip işlem yapabilir. Başka bir ifade ile tarafların dış dünyada gerçekleştirdikleri bir işlem, sanal ortamda bulunan akıllı sözleşmeyi tetiklemeyecek ve dolayısıyla işlemlerin kendi kendine gerçekleşmesi-ne, sözleşmesel taahhütlerin kendiliğinden ifasına sebep olmayacaktır, meğerki bir ulak aracılığıyla dış dünyadan blokzincire gerekli müdahale yapılmış olsun.⁵⁹

Somutlaştırmak adına, ithalatçı firmanın bedeli ödemesi sonrasında ticarete konu mallara ilişkin belgelerin el değiştirmesini öngören bir akıllı sözleşme örneği ele alınabilir. Ödemenin bankacılık sistemi üzerinden yapılması halinde, tüm bankacılık sisteminin blokzincire taşınmadığı günümüzde, blokzincir üzerinden bu ödeme tespit edilemeyecek ve dolayısıyla akıllı sözleşme tetiklenmeyecektir.⁶⁰

⁵⁵ “İş Bankası, Blockchain Teknolojisiyle Dış Ticarete Ödeme Garantisi Veren İlk Türk Bankası Oldu”, 2020, <https://www.isbank.com.tr/bankamizi-taniyin/is-bankasi-blockchain-teknolojisiyle-dis-ticarete-odeme-garantisi-veren-ilk-turk-bankasi-oldu> (Erişim Tarihi: 02.08.2021); “İş Bankası’ndan Blokzinciri Teknolojisiyle Bir İşlem Daha”, 2020, <https://bctr.org/is-bankasindan-blokzinciri-teknolojisiyle-bir-islem-daha-19832/> (Erişim Tarihi: 02.08.2021); “İş Bankası’ndan Blokzinciri Teknolojisi ile Dış Ticarete Bir İlk Daha”, 2021, <https://bctr.org/is-bankasindan-blokzinciri-teknolojisi-ile-dis-ticarete-bir-ilk-daha-22389/> (Erişim Tarihi: 02.08.2021).

⁵⁶ Özyüksel / Ekinci, s. 96-97.

⁵⁷ Szabo, “Smart Contracts”; Nakamoto, s. 1; Araalan, s. 50.

⁵⁸ Christidis / Devetsikiotis, s. 2296; Aktaş, s. 25; Yavuz, s. 26; Üstün, s. 61; Çubukçu, s. 103.

⁵⁹ Üstün, s. 64; Çubukçu, s. 49-50.

⁶⁰ Çubukçu, s. 104.

Akıllı sözleşmenin tetiklenebilmesi için ulak olarak ifade edebileceğimiz blokzincir dışı müdahaleye gereksinim söz konusu olacaktır. Bu müdahaleyi yapma yetkisinin ithalatçı ya da ihracatçıya verilmesi, klasik usullerle gerçekleştirilen sözleşme ilişkilerinde söz konusu olan güven probleminin tekrardan yaşanmasına sebep verecek ve dolayısıyla güven işlevini yerine getirecek bankalara veyahut başka bir üçüncü kişi aracılığıyla duyulan ihtiyacın devamı söz konusu olacaktır.

Örnekteki problemin, bankacılık sistemindeki bilgilerin blokzincire taşınarak aşılabilmesi düşünülebilir. Ancak bilindiği üzere blokzincir teknolojisi, kayıtların tamamının kural olarak bütün katılımcılara dağıtıldığı bir sistemdir.⁶¹ Bu durumda bütün banka kayıtlarının blokzincire taşınması hem ticari sır hem de kişisel veri niteliğindeki finansal verilerin aynı banka sistemini kullanan herkesin erişimine ve incelemesine açılması anlamına gelecektir. Her ne kadar blokzincir teknolojisinin temelinde yatan kriptografi dolayısıyla hesap sahiplerinin kimliklerinin ve finansal bilgilerinin tespit edilemeyeceği iddia edilebilecek olsa da gelişen teknolojisi karşısında bu anonimliğin ne kadar daha devam edebileceği tartışılması gereken bir diğer husus olarak karşımıza çıkacaktır.⁶² Bir diğer çözüm yolu olarak ödeme yükümlülüklerinin kriptopara olarak belirlenmesi ve böylece blokzincir dışına çıkmadan işlemlerin yapılması ileri sürülebilir. Ancak kriptoparalar, yasal olarak yetkilendirilmiş merkez bankası gibi ulusal bir kurum tarafından çıkarılmadığı ve ulusal para birimleri karşısında konvertibilitelere sahip olmadığı için para olarak değerlendirilemez.⁶³ Gerçekten de kriptoparalar, serbest piyasa şartları kapsamında kendilerine özel borsalarda her an değişen, herhangi bir para birimi karşısında sabit olmayan değerlerle işlem görmektedirler. Kıyas yoluyla açıklamak gerekirse bir sözleşme bedelinin kriptopara ile belirlenmesi, borsalarda işlem gören hisseler ile mal satın alınmasına benzetilebilir. Çok yüksek meblağlarla işlem yapılan uluslararası ticarete sözleşme bedellerinin bu derece değişken değerler üzerinden gösterilmesi altından kalkılmaz hasar ve zararlara yol açabilir. Örneğin anlaşma anında edim karşılığı olarak belirtilen kriptoparanın itibari para karşılığının 100 milyon dolar olduğu bir sözleşmenin ödeme anında, sözleşmede kararlaştırılan kriptopara miktarının itibari para karşılığı 1 milyar dolar ya da 100 milyar dolar haline gelmiş olabilir. Bu derece yüksek bir riski herhangi bir ithalatçı ya da ihracatçı almayacağı göz önüne alındığında bu çözüm önerisinin de işlevsiz olacağı fark edilecektir.

⁶¹ Luo / Das / Wang / Cheng, s. 2; Yavuz, s. 17; Genç, s. 147.

⁶² Kapancı, s. 149; Üstün, s. 35 ve 65. Üstün, s. 29; Ayrıca çok güçlü bir anonimlik, ticari hayatın sağlıklı işleyişine ket vurabilecek bir husustur. Akıllı sözleşmeler sayesinde sözleşmelerin ifası aşaması açısından güven çıkmazı aşılabile de sözleşmenin kurulma aşamasında hala daha güven temel kriter olmaya devam edecektir. Nitekim sözleşme ön görüşmelerine başlanması için dahi belirli bir güven seviyesi gerekmektedir; Tevetoğlu, s. 197.

⁶³ Asuman Turanboy, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 35, S. 3, 2019, s. 48 ve 61.

Tüm bunlara rağmen gelişen teknoloji sayesinde belirtilen engellerin aşılması durumunda dahi aracı kavramı ortadan kalkmayacak, sadece farklı unvana sahip yeni araçlar sürece müdahil olacaktır. Şöyle ki uygun bir blokzincir sisteminin kurulması halinde bankalar süreçten dışlanabilir ancak bu durum, akıllı sözleşmeler açısından yetkinliğe sahip mühendis ve avukatların olaya dahil olmasını zorunlu kılacaktır.⁶⁴ Akıllı sözleşmelerin, değiştirilemez⁶⁵ şekilde blokzincire işlendiği göz önüne alındığında bu alanda yetkin araçlara ihtiyacın ne derece yüksek olacağı tekrardan fark edilecektir.

Blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin uluslararası ticaret uygulamalarında devrimsel değişiklik yapmasına bir diğer engel ise yasal düzenleme eksikliğidir. Bilindiği üzere günümüzde uluslararası ticaret, bankalardan devlet kurumlarına kadar birçok farklı katılımcı tarafa sunulan belgeler üzerinden ilerlemektedir. Gerekli yasal değişiklikler ve düzenlemeler yapılarak ilgili süreçlerin sanal ortamda yapılabilmesi mümkün kılınmadıkça akıllı sözleşmelerin yaygın şekilde kullanılması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, akıllı sözleşmelerin umulan şekilde etkili ve yaygın kullanımı için yasal düzenlemelerin, küresel olarak yeknesak şekilde yapılması gerekmektedir;⁶⁶ aksi takdirde her ülke pratiğinde farklılaşmalar görülebilecek ve bu nedenle akıllı sözleşmelerin yaygınlaşması sektöre uğrayacaktır.

Yukarıda değinilen gerekçelerle akıllı sözleşmelerin, uluslararası ticaret uygulamalarında devrimsel bir değişikliğe sebep olmayacağı kanaatindeyiz. Devletlerin ortak çabası sonucunda ikinci engelin aşılması mümkün olsa da ilk engelin aşılması, günümüz teknolojik imkanları ile bakıldığında pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmeler sayesinde birçok sürecin eskisine göre daha hızlı şekilde gerçekleşeceğini, ancak süreçlerin özünün ve taraflarının değişmeyeceğini düşünmekteyiz. Nitekim bir önceki alt başlık altında incelenen güncel uygulamalar da bizim savımızı desteklemekte, çalışmaların devrimsel yeni usuller ortaya çıkarmak yerine var olanları daha verimli hale getirmeye yoğunlaştığı görülmektedir.

SONUÇ

İlk defa Nick Szabo tarafından ileri sürülen akıllı sözleşme konsepti, blokzincir teknolojisinin somut olarak ortaya çıkmasıyla beraber daha popüler hale gelmiştir. Şifre temelli bir teknoloji olan blokzincir, akıllı sözleşmelerin güvenilir ve ekonomik bir şekilde uygulanmasına imkân veren bir teknoloji olarak değer-

⁶⁴ Araalan, s. 513; Kapancı, s. 140 ve 149; Tevetoğlu, s. 204; Çubukçu, s. 35-36 ve 117-118.

⁶⁵ Blokzincir sistemi üzerinde çalışan akıllı sözleşmelerin en önemli avantajı olarak gösterilen bu değiştirilemezlik, mücbir sebep haller, sözleşme hükümlerinde değişiklik, uyarılma davaları gibi hallerde dezavantaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı yönde bkz. Tevetoğlu, s. 204-205.

⁶⁶ Yavuz, s. 27.

lendirilmektedir. Blokzincir üzerinde çalışan akıllı sözleşmeler, sözleşmesel taahhütlerin bilgisayarların anlayacağı bir şekilde kod olarak hazırlanması ve blokzincire eklenmesi sonucu ortaya çıkan, kural olarak dışarıdan herhangi bir müdahale gerektirmeksizin yükümlülükleri otomatik olarak ifa eden yazılımlardır.

Akıllı sözleşmeler, yeni gelişen bir teknoloji olmasına rağmen günlük hayatta kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda uluslararası ticarete de hem finansman hem de dokümantasyon süreçleri için akıllı sözleşmeler ya kullanılmaya başlanmış ya da kullanılması amacıyla araştırma ve geliştirme süreçleri devam etmektedir. Ancak sağladığı kolaylığa rağmen akıllı sözleşmeler; gizlilik açısından taşıdığı riskler, aracıya duyulan ihtiyacı ortadan kaldıramaması ve yasal düzenleme noksanlıkları dolayısıyla devrim niteliğinde bir değişim gerçekleştirmekten uzaktır. Akıllı sözleşmelerin, var olan süreçleri ve tarafları devrimsel şekilde değiştirmek yerine, güncel hallerinden daha güvenilir ve hızlı bir şekilde devam etmesi noktasında katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ**, Gökhan, “Akıllı Sınır Yaklaşımı Çerçevesinde Blok Zinciri Teknolojisinin Gümrük İşlemlerinde Potansiyel Kullanım Alanları”, *Gümrük Ticaret Dergisi*, C. 5, S. 14, 2018, s. 18-31.
- ARAALAN**, Cemal, “Akıllı Sözleşmeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 163, 2020, s. 502-515.
- BİLGİLİ**, Fatih / **CENGİL**, M. Fatih, “Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi”, *TicaretKanunu.net*, 2019, <http://www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blockchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/> (Erişim Tarihi 21.01.2021).
- CHRISTIDIS**, Konstantinos / **DEVETSİKİOTIS**, Michael, “Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things”, *IEEE Access*, C. 4, 2016, s. 2292-2303.
- CONG**, Lin William / **HE**, Zhiguo, “Blockchain Disruption and Smart Contracts”, 2018, <http://www.zhiguoh.com/uploads/1/0/6/9/106923057/bdsc.pdf> (Erişim Tarihi 31.01.2021).
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇEKİN**, Mesut Serdar, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 1, 2019, s. 315-341.
- ÇUBUKÇU**, Damla Beril, *Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GENÇ**, Coşkun, “Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Geleceği Hakkında Değerlendirme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 4, 2020, s. 147-153.
- KAPANCI**, Kadir Berk, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerinde Değerlendirmeler”, Emine Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 113-154.
- KARAMANLIOĞLU**, Argun, “Concept of Smart Contracts - A Legal Perspective”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 35, 2018, s. 29-42.
- KİRKİT**, Ecem, “Akıllı Satış Sözleşmelerinin Kuruluşu ve İfası”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 6, 2016, s. 145-166.
- LUO**, Han / **DAS**, Moumita / **WANG**, Jun / **CHENG**, Jack C. P., “Construction Payment Automation Through Smart Contract-Based Blockchain Framework”, 36th International Symposium on Automation and Robotics in Construction, Banff Alberta, 2019.
- ÖZYÜKSEL**, Suna / **EKİNCİ**, Mustafa, “Blok Zinciri Teknolojisinin Dış Ticarete Etkisinin Örnek Projeler Çerçevesinde İncelenmesi”, *İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1, 2020, s. 82-101.
- TEVETOĞLU**, Mete, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2021, s. 193-208.

- TULSIDAS**, Tanash Utamchandani, “*Smart Contracts from a Legal Perspective*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universitat d’Alacant, 2018.
- TURANBOY**, Asuman, “*Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 35, S. 3, 2019, s. 47-62.
- ÜSTÜN**, Ece Su, *TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler: Blokzincir Teknolojisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAVUZ**, Melih Sefa, “*Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme*”, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 4, S. 1, 2019, s. 15-29.
- YILDIZ**, Burcu, “*Dijital Dönüşüm Sürecinde Blok Zincir Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler*”, 2019, https://www.researchgate.net/publication/337171422_DIJITAL_DONUSUM_SU-RECINDE_BLOK_ZINCIRI_TEKNOLOJISI_ve_AKILLI_SOZLESMELER (Erişim Tarihi 21.01.2021).

Elektronik Kaynakça

- “*Antwerp Blockchain Pilot Pioneers With Secure and Efficient Document Workflow*”, 2018, <https://www.portofantwerp.com/en/news/antwerp-blockchain-pilot-pioneers-secure-and-efficient-document-workflow> (Erişim Tarihi 31.01.2021).
- BROWNE**, Ryan, “*HSBC says it’s made the world’s first trade finance transaction using blockchain*”, CNBC, 2018, <https://cutt.ly/Pkf8Gwd> (Erişim Tarihi 01.02.2021).
- “*How Rotterdam is Using Blockchain to Reinvent Global Trade*”, 2019, <https://www.portofrotterdam.com/en/news-and-press-releases/how-rotterdam-is-using-blockchain-to-reinvent-global-trade> (Erişim Tarihi 31.01.2021).
- IANSTITI**, Marco / **LAKHANI**, Karim R., “*The Truth About Blockchain*”, Harvard Business Review, 2017, <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain> (Erişim Tarihi 28.01.2021).
- “*İş Bankası, Blockchain Teknolojisiyle Dış Ticarete Ödeme Garantisi Veren İlk Türk Bankası Oldu*”, 2020, <https://www.isbank.com.tr/bankamizi-taniyin/is-bankasi-blockchain-teknolojisiyle-dis-ticarete-odeme-garantisini-veren-ilk-turk-bankasi-oldu> (Erişim Tarihi: 02.08.2021).
- “*İş Bankası’ndan Blokzinciri Teknolojisiyle Bir İşlem Daha*”, 2020, <https://bctr.org/is-bankasindan-blokzinciri-teknolojisiyle-bir-islem-daha-19832/> (Erişim Tarihi: 02.08.2021).
- “*İş Bankası’ndan Blokzinciri Teknolojisi ile Dış Ticarete Bir İlk Daha*”, 2021, <https://bctr.org/is-bankasindan-blokzinciri-teknolojisi-ile-dis-ticarete-bir-ilk-daha-22389/> (Erişim Tarihi: 02.08.2021).
- NAKAMOTO**, Satoshi, “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi 28.01.2021).
- SZABO**, Nick, “*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*”, 1996, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (Erişim Tarihi 28.01.2021).

- SZABO**, Nick, “*Smart Contracts*”, 1994, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses-/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi 28.01.2021).
- VOSHMGIR**, Shermin / **KALINOV**, Valentin, “*Blockchain: A Beginners Guide*”, BlockchainHub Berlin, 2017, <https://blockchainhub.net/blockchain-technology/>, (Erişim Tarihi 28.01.2021).
- WASS**, Sanne, “*Maersk and IBM Go Live With Global Blockchain Trade Platform TradeLens*”, Global Trade Review, 2018, <https://www.gtreview.com/news/fintech/-maersk-and-ibm-go-live-with-blockchain-supply-chain-platform-tradelens/> (Erişim Tarihi 31.01.2021).

Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi

Cervical Evacuation Regarding Woman's Benefit

Av. Helin Rojda İLALDI^(*)

Öz:

Bu çalışmada rahim tahliyesi kadınının menfaati yönünden ele alınmıştır. Bu nedenle çalışma kapsamında rahim tahliyesine ilişkin kuralların kadının kişilik haklarına müdahale halleri ve tamamen elinden alındığı haller üzerinde durulacaktır. Kadınların bedenleri üzerinde rahim tahliyesi yapılması kimi durumlarda onların hayati tehlike yaşamalarına neden olmaktadır. Zira, rahim tahliyesine başvurmak isteyen kadınların çoğunluğu bu işlemi sağlıklı koşullar altında yaptırmaktadır. Öte yandan, kadının asıl görevi “annelik” yapmak olmalıdır. Toplumsal olarak da kadının üstlenmiş olduğu annelik görevinin sonlandırılması kadının kişilik haklarına karşı bir sınırlandırma teşkil edeceği açıktır. Bu nedenle, rahim tahliyesi gerçekleştirmek isteyen kadının kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunmasına karar vermesinin engellenmesinden ziyade toplumda bu durumların önüne geçebilecek gebeliğin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasında fayda bulunmaktadır. Böylece kadın; gerek bedeni üzerinde serbestçe tasarruf etmiş olacak gerekse de insan hakları bağlamında kişilik haklarına uygun davranılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Rahim Tahliyesi, Kürtaj, Kadın Hakları, İnsan Hakları, Kadın ve Özerklik.

Abstract:

In this study, it was mentioned that the cervical evacuation process should be evaluated in the context of benefit of the woman. The main aim of the study is to pay attention to the fact that the rules regarding cervical evacuation are sometimes interfered with the personal rights of women and sometimes completely taken away from them. That intervention endangers the lives of women. Because women take to unhealthy conditions in order to carry out cervical evacuation. In our country, the duty assigned to women in general is the concept of “motherhood”. The concept of motherhood given to women constitutes a constraint against women's personal rights. Instead of preventing the woman who wants to cervical evacuation from making a decision about her own body, pregnancy precautions should be increased by addressing the situation earlier. In that way, the woman; will act autonomously on the body, and a practice in line with human rights will be implemented.

Keywords:

Abortion, Curretage, Women Rights, Human Rights, Women and Autonomy.

^(*) 1 Numaralı İstanbul Barosu Avukatı.

E-posta: helinrojdailedi@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6410-1519>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 22.01.2021.

Makale Kabul Tarihi: 17.05.2021.

GİRİŞ

Bu çalışma rahim tahliyesinin kadının menfaati bakımından değerlendirilmesi yönünde ortaya çıkan birtakım çatışmalara yer vermektedir. Hukuken rahim tahliyesi yapılarak cenini almak işlemi, aslen bir “hak” olarak görülmektedir. Dini açıdan bakıldığında rahim tahliyesini, cinayet olarak nitelendiren bir grup bulunmakta iken, etik açıdan bakıldığında ise kadının kendi bedeni üzerinde özerklik ilkesi kapsamında özgürce tasarrufta bulunabileceği görüşü ile karşılaşmaktayız. Çalışmamızda dini düşüncelere yer vermeyip, yalnızca Türk Hukuku ve Etik İlkeler kapsamında rahim tahliyesini tartışacağız.

Sözlük anlamı ile rahim tahliyesi, “döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi” olarak tanımlanmaktadır.¹ Bir diğer ifadeyle rahim tahliyesi, gebeliğin bilerek ve isteyerek sonlandırılması, ceninin tıbbi müdahalede bulunularak yok edilmesidir.² Rahim tahliyesi konusu etik, ahlak ve hukuk gibi birçok farklı alanda uzun zamandır tartışılan bir konu olmuştur. Tartışmaların temelinde çatışmakta olan iki haktan söz edilebilecektir. Bunlardan ilki, annenin kendi bedeni üzerindeki söz hakkı, diğeri ise ceninin yaşam hakkıdır. Türk hukukunda kürtaj ile ilgili temel düzenleme, 1983 tarihli 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan 7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin tüzüktür. Kanunda belirtilen durumların dışında yapılan gebeliğe son verme işlemi kural olarak hukuka aykırı olacak ve cezai sorumluluk doğuracaktır. Konu ile ilgili mevcut düzenleme Türk Ceza Kanunu’nda yer alan “çocuk düşürme” ve “çocuk düşürtme” suçları başlığı altında düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda; rahim tahliyesi, gebeliğin sonlandırılması, kürtaj, küretaj (Fransızca curetage kelimesinden dilimize yerleşen), çocuk düşürme ve düşürtme gibi birçok farklı tabir ile karşımıza çıkabilmektedir. NPHK’da çalışmamızla ilgili terime “gebeliğin sona erdirilmesi” şeklinde yer verilirken; “*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesinin İlişkin Tüzük*”te “rahim tahliyesi” olarak yer verilmiştir. Öte yandan TCK’ya baktığımızda “çocuk düşürme” ve “çocuk düşürtme” terimlerinin kullanıldığını görmekteyiz. Mevzuatımızda herhangi bir birlik olmadığı gibi ifadelerin her biri doğru kabul edilecektir. Çalışmamızda ise hukuki bir dil olduğunu ve amacına uygunluk bakımından daha net anlaşılacağını düşündüğümüzden tercih ettiğimiz terim “rahim tahliyesi” olmuştur.

Türk Hukuku’nda mevcut normlara göre rahim tahliyesi için birtakım sınırlandırmalar vardır. Bu da kimi durumlarda kadınları sağlığa elverişsiz koşullarda rahim tahliyesine yönlendirerek hayatlarının tehlikeye atmaktadır. Kanunun rahim tahliyesini sınırlamış olması istemli biçimde “düşürülen” ceninlerin sayısını arttırmanın yanında, siyasi sebeplerle insan bedenini kullanılmış hale getirmektedir. Do-

¹ Türk Dil Kurumu sözlüğü, (sozluk.gov.tr, E.T. 19.05.2020).

² Nejdet Şatır, *Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 224.

ğurganlık yetisi kadında bulunduğundan, uygulanan biyopolitika en çok kadın haklarını ihlal ederek, kadının bedenini siyasetin bir parçası haline getirmiş olmaktadır.

I. RAHİM TAHLİYESİ UYGULAMASINDA YASAL SÜREÇ VE KOŞULLAR

Tarihin her döneminde kadının doğurganlığı ataerkil yapı tarafından birtakım denetlemelere tabi tutularak kısıtlanmıştır. Bu nedenle rahim tahliyesi konusu tarihin ilerleyen dönemlerinde de tartışılmaya devam edilecektir. Öyle ki kadının doğurganlığının bulunduğu müddetçe, onun rahim tahliyesi arzusu da hep var olacaktır. Öte yandan, ataerkil toplumda rahim tahliyesi ile ilgili denetlemelerin son bulmayacağı kanısındayız çünkü ataerkil toplumda sürmekte olan kadın bedeni üzerinde sahip olmaya çalışılan hakimiyet son bulmadıkça denetleme de son bulmayacaktır. Bu gerekçelerle de rahim tahliyesi ile ilgili tartışmalar dünyanın herhangi bir noktasında söz konusu olmaya devam edecektir. Kadının bedeni üzerinde kültürel ve siyasal baskıların somutlaştığı noktalardan biri de rahim tahliyesinin hak olmaktan çıkarılması ya da kısıtlanmasıdır. Oysa ki kadınların istediği sayıda çocuk sahibi olmaya hakkı bulunmaktadır.³

A. Rahim Tahliyesinin Tarihsel Gelişimi

Rahim tahliyesinin uygulamaları günümüzdeki yerini alması uzun yılları bulmuştur. Zira, rahim tahliyesini yasalarında özgür kılan ülkeler zamanla artmış, ülkemiz de rahim tahliyesine ilişkin mevzuat kapsamını genişleterek bu ülkeler arasına ismini yazdırmıştır.

1. Karşılaştırmalı Hukukta Rahim Tahliyesi

Girişte tanımlı yapılmış olan “Rahim Tahliyesi” kelimesinin yalnızca tıbbi bir işlem olarak algılanması doğru olmayacaktır. Kürtaj tıbben uygulanan bir yöntem olduğu kadar psikolojik, dini, etik etmenleri de içerisinde barındırdığı için global anlamda tartışılmıştır. Rahim tahliyesine bakış açısı ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Kimi ülkelerde farklı biçimlerde kısıtlanırken, bu işleme izin veren ülkeler olduğu gibi tamamen kısıtlayan ülkelerin varlığı da günümüzde mevcuttur. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, rahim tahliyesinin yasal olduğu ülkeler ile yasaklayan ülkeler arasındaki farkın çok düşük oluşudur. Rahim tahliyesini yasal sayan ülkelerin, yasak olan ülkelere oranı neredeyse aynıdır.⁴ Bu veriye dayanarak rahim tahliyesinin kısıtlandığı veya yasaklandığı ülkelerde bu işlemin sağlığa ve uygunsuz lokasyonlarda ve hukuk dışı biçimlerde yapıyor oluşu üzerinde durulması gereken bir konudur.

Dünya üzerinde çok yüksek oranda tercih ediliyor olsa da bu işlemin yasal olarak uygulandığı ülkeler ile yasak olan ülkelerin oranlarının çok yakın olduğunu belirtmiştik. Dünya üzerinde böylesine ses getirmiş bir tıbbi işlemin yasal olarak tanınmasına

³ Helsinki Yurttaşlar Derneği, *Kadının El Kitabı Yasalardaki Hakkımız*, Çağın Matbaacılık, İstanbul, 2006, s. 17.

⁴ Nazan Moroğlu, *Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler*, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul 2012, s. 25.

fırsat veren ilk ülke Sovyetler Birliğidir. Sovyetler Birliği rahim tahliyesi uygulamasını 1920’li yıllarda yasal olarak tanımıştır. Uygulamanın yasal hâle getirilmesiyle birlikte Sovyetler Birliği’nde rahim tahliyesini yaptıran kadın sayısı 1934 yılına gelinceye kadar 700.000 sayısına ulaşmıştır. Ancak zamanla sayının çok fazla artmasının da etkisiyle Sovyetler Birliği, rahim tahliyesi uygulamasına ilişkin olarak birtakım önlemler almaya gitmişse de başarılı olamadığından 1936 yılında yasada yapılan değişikliklerle rahim tahliyesini birtakım şartlara bağlayarak önemli ölçüde kısıtlamıştır.

Sovyetler Birliği’nin ardından rahim tahliyesini yasalaştıran ülke İzlanda olmuştur. 28 Ocak 1935’te kabul edilen kanun ile bebeği dünyaya getirmek annenin sağlığı ile ilgili ciddi riskler içeriyorsa rahim tahliyesi gerçekleştirilebilir. Düzenlemeyle getirilen diğer bir koşul ise gebelikte 28. haftanın geçilmemesi koşuluyla bu işlemin yapılabilir olmasıdır. İzlanda’nın yasal olarak uygulamaya geçtiği rahim tahliyesi Batı Avrupa’da birçok ülke tarafından örnek alınarak yasalarına dahil edilmiştir. Rahim tahliyesinde İzlanda’yı takip eden Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.)’dir. A.B.D.’de rahim tahliyesinin yasalaştırılması 1973 yılında mümkün olmuştur.⁵ A.B.D.’nin rahim tahliyesinin yasal olduğunu kabul etmesinin ardından, zaman içerisinde sınırlamalar getirilerek işlemi zorlaştırma konusunda birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Her eyalette bir başka sebep öne sürülerek rahim tahliyesi imkânsız hale getirilmeye çalışılmıştır. Bugün A.B.D.’nin 50 eyaletinin 40’ünde rahim tahliyesi yaptırmak belirli bir süre sınırlaması dışında annenin sağlığını tehdit etmedi müddetçe yasal kabul edilmemektedir.

Geçmişte rahim tahliyesi bakımından A.B.D.’yi ilk takip eden ülke Fransa olmuştur. Fransa 1920’de rahim tahliyesini yasaklamış ve hatta bu işlemi illegal biçimde gerçekleştiren kadınları idam etmiştir. 1942’li yıllarda rahim tahliyesini “devlete karşı suçlar” kapsamında nitelendirerek, uzun yıllar boyunca sert bir tutum sergilemiştir. A.B içinde bulunan ülkelerin 31 tanesi hiçbir koşul ve sebep aramaksızın rahim tahliyesinin mümkün olabileceğini söylüyor. Bu ülkelerde rahim tahliyesi tamamen yasal hale getirilmiştir.

Avrupa Birliğine bağlı ülkeler arasında yalnızca Malta Adası’nda rahim tahliyesi uygulaması tamamen yasaklanmıştır. Kıbrıs Rum Kesimi’nde ise yalnızca tecavüz durumlarının ardından rahim tahliyesi uygulaması yasal kabul edilmektedir.

Daha muhafazakâr tutum sergileyen ülkelerden bahsetmek gerekirse, Suudi Arabistan, İsrail ve Tayland gibi 54 ülke daha rahim tahliyesine sadece anne veya fetüsün sağlığının tehlikede olduğu durumlarda yasal kabul etmektedir. Fakat daha da katı bir tutum benimsemekte olan ülkeler de mevcuttur. İran, Suriye, Afganistan’ın da aralarında bulunduğu 68 ülkede rahim tahliyesi hiçbir sebep kabul edilmeksizin yasaklanmıştır.⁶

⁵ İstanbul Tabip Odası, E- bülten, *ABD’de Kürtaj ve Yasalar*, Eylem Delikanlı, Birgün Gazetesi, İstanbul, 2012, s. 1.

⁶ Çağla. Özel / Burcu. Gülseren Özcan Büyüktanır, *Uluslararası Türk - Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu*, 1. Basım, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2014, s. 12.

2. Türk Hukuku'nda Rahim Tahliyesi

Rahim tahliyesine ilişkin ilk düzenlemeye Cumhuriyet Dönemi'nde çıkarılan 1926 tarihli 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. Mülga TCK'da “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında bulunan “Çocuk Düşürme ve düşürtme” düzenlemesi uyarınca rahim tahliyesi uygulamasının bir suç olduğu hükme bağlanmıştır. Madde uyarınca kendi rızası ile çocuğunu düşüren ya da düşürmesine razı olan kadın için altı aydan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Bunun yanısıra annenin rızası ile çocuğu düşürten kimse için de fiili yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir.

Mülga TCK'nın 472. maddesinde kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için çocuk düşüren kimsenin cezasında indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümde kanun koyucu şeref ve namus kavramlarını içeren durumlarda toplumdaki erkek otoritesine dayanan “*bir tür toplumsal örgütlenme düzeni*”nden yola çıkarak kadını bir namus objesi olarak görmüş olması nedeniyle ki bu suçu işleyen kimseye verilecek cezasından indirim uygulanması gerektiğini öngörmüştür. Ancak, bunun için kadının şeref ve namus sahibi bulunmasının yanısıra bunları kurtarmaya yönelik bir çabanın gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşın, öğretilde, şerefin kişilere sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, hamile kadının kendisini şerefsiz olarak görmediği bir durumdan dolayı bunun ailesinin şerefine bir leke sayılamayacağı nedenleriyle bu hükme yönelik eleştiriler yöneltmiştir.⁷

Mülga TCK'nın rahim tahliyesine yönelik hükümleri kadının kişilik haklarına karşı büyük ölçüde ihlal oluşturmak ve yasa yapıcının bu hükmü koymadaki amacının kadının değerinin azaltılmaya çalışılmasına yönelik bir fikirden kaynaklandığının ifade etmek mümkündür. Kanunun çıkarıldığı dönemde kadın toplum olarak adeta metalaştırılmaktadır. Kadın bedeninin metalaştırılması, aşağılanması ve sömürülmesi kavramları bedene saygı bağlamında değerlendirilmesi gereken kavramlardır.⁸ Mülga TCK kapsamındaki hüküm ve toplumda oluşturulan algı, kadını toplumdan soyutlayan ve yalnızca namus kavramını yaşatmak adına kullanılan bir canlı haline getirmekte ve böylece kadının “birey” kavramından uzaklaştırılması sağlanmaktadır.⁹ Bahsi geçen düzenleme yaklaşık 40 yıl boyunca uygulama alanı bulmuş ve dolayısıyla ülke nüfusunda da düzenli bir biçimde yükseliş gözlemlenmiştir.¹⁰ Nüfus artışının

⁷ Sibel Can, Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2015, s. 96.

⁸ Esra Koç / Esra Güçlüer, Helsinki Yurttaşlar Derneği, *Kadın Yurttaşın El Kitabı*, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul 1999, s. 19.

⁹ Aydeniz Alışbah Tuskun, *Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Biçilen Roller ve Kadınların Adalete Erişiminde İstanbul Barosu'nun Rolü*, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslek İçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2013, s. 9.

¹⁰ Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 1963- 1967, Ocak 1963, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/9/plan1.pdf>, E.T. 09.05.2020.

istenmesinin ve planlanmasının ekonomik nedenlerle yapılmasına karşın beklenilen aksine ekonomiye katkısının olmasından daha çok nüfus artışının bir sonucu olarak yeni düzenlemelere gidilerek bir nüfus politikası oluşturulmuştur. Öte yandan, çocuk nüfus oranı azaldığında ekonomiye katkısı olacağı düşüncesi de hâkim olmuştur. Bu düşüncenin ardından birtakım önlemler alınmıştır. Gebeliği önleyen ilaç veya malzemelerin temin edilebilir hale gelmesi, sağlık çalışanlarının gebeliği engellemek konusunda bilgilendirilmesi gibi birtakım önlemler alınmıştır. Dolayısıyla kadına, kendisine ait bir alan bırakılmadığını söylemek mümkündür. Ülkemizde daha sonraki zamanlarda rahim tahliyesi uygulamasıyla birlikte nüfus artışının tahmin edilen ekonomik beklentiyi karşılamaması sonucunda fikir değişikliğine gidilmiştir. Beklenti karşılanamayınca bir kalkınma planı oluşturulmuştur.¹¹ Bahsi geçen “*Kalkınma Planı*”nın “*Plan Hedefleri ve Stratejileri*” isimli son başlığı altındaki düzenlemenin ülke nüfusunun çok hızlı bir artışının sonucunda getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Bu Kalkınma Planı’nın ilgili kısımları incelendiğinde, amacının nüfusta o dönemde mevcut olan artışı daha aza indirmek olduğunu görebilmekteyiz. “*Kalkınma Planı*” ile gündeme gelen ilaç ve malzemeler de dikkat çekmiştir.¹² Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde günümüzde yasal olarak ülkemizin benimsemiş olduğu rahim tahliyesi normlarından bahsedilecek ve koşulları tartışılacaktır.

a. Rahim Tahliyesine İlişkin Mevzuat Değişiklikleri

Rahim tahliyesi 1983 yılında kabul edilmiş olan “*Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*”¹³ ile kadınlara gebeliğin 10. haftasına kadar herhangi bir sebebe dayanmaksızın güvenli koşullarda gebeliği sonlandırma hakkı sunulmuştur.¹⁴ Bu düzenlemeye göre 10. haftayı aşan gebelikler yalnızca annenin hayatını riske atıyorsa, diğer bir deyişle tıbbi bir gereklilik olduğu halde rahim tahliyesi mümkün olabilecektir.

Rahim tahliyesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanun¹⁵ da (TCK) ise “çocuk düşürme” veya “çocuk düşürtme” başlığı altında düzenleme altına alınmış ve “*Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*”unda oldukça kısıtlı şartlara bağlanan rahim tahliyesine ilişkin hükümlerin ihlali müeyyideye bağlanmıştır. Bununla birlikte TCK’nın çocuk düşürtme başlıklı 99. maddesinde kadın eğer bir suç sonucunda gebe kalırsa, 20 haftaya kadar rahim tahliyesi yapılabileceği belirtilmiştir (TCK, 99/6). TCK’da rahim tahliyesinin aşamaları tek tek sayılarak ihlalleri halinde farklı müeyyideler öngörülmüştür. Öte yandan, TCK’nın 99. maddesinin 5. fıkrası uyarınca 10 haftayı aşılmamış olan bir gebelikte kadının rızası mevcut olsa

¹¹ Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 1963- 1967, Ocak 1963, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/9/plan1.pdf>, E.T. 09.05.2020.

¹² Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 1963- 1967, Ocak 1963, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/9/plan1.pdf>, E.T. 09.05.2020.

¹³ R.G. 27/5/1983 tarih ve 18059 sayılı.

¹⁴ Kemale Aslanova, *Sağlık Hukuku Ders Notları*, 2. Basım, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 49.

¹⁵ R.G. 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı.

dahi çocuğu düşürten yetkisiz bir kişiye yaptırım uygulanabilecektir. TCK ayrıca, yetkisiz kişiler tarafından 99. madde kapsamındaki düzenlemelerin ihlali halinde cezanın yarı oranında arttırılmasını öngörmüştür (TCK, md.99/5). TCK’da belirtilen bu düzenlemenin, gebeliğin rahim tahliyesi yoluyla sonlandırılmasının suç sayılması ve sayılmaması düşüncelerinin her ikisinin de göz önünde bulundurulacak hakların dengelenmesine yönelik bir görüşün hâkim olduğunu söylemek mümkündür. Düzenleme bu görüş çerçevesinde ele alınarak sürenin öngörülmesi, tahliyenin aşamalara göre yaptırıma konu olması ve kriminolojik nedenlere bir model belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Bu modellere göre gebeliğin sonlandırılmasında 10. haftaya kadar gebe olan kadının rızası yasal kabul edilmektedir. Öte yandan, gebe olan kadının ya da ceninin hayatının tehlikeye girmesine neden olacak bir durum olmasında ise, herhangi bir süre öngörülmezsizin rahim tahliyesi yapılması yasal kabul edilmektedir. Eğer kadının bir suçun sonucunda gebe kalması söz konusu ise rahim tahliyesi için uyulması gerekli süre 20 hafta olarak belirlenmiştir. Bu hallerde, TCK anlamında gebe olan kadının eşinden rıza alınmasının gerekmemesi nedeniyle, suçun oluşması için kadının hamile kalmasına neden olan erkeğin rızasının alınması koşulu bulunmamaktadır.¹⁶

b. Hukukumuzda Rahim Tahliyesinin Koşulları

Çalışmamızın 1. Bölümünün II. Kısımında açıklanmış olan şart ve koşulları daha düzenli ve sistematik bir biçimde toparlamak gerekirse; “*Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*”un 2. maddesine (3 ve 4. fıkralarına) göre, gebeliğin sona erdirilmesi devletin denetim ve gözetimi ile yapılmaktadır. Emredici kural mahiyetindeki bu düzenleme uyarınca “*Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez.*”

2827 numaralı “*Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*”da;¹⁷ Rahim tahliyesinin gerçekleştirilmesi gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya temyiz kudretine sahip olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlı kılınmıştır. Gebeliğin sona erdirilmesinde izinleri ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekmektedir. Ortada sağlığı tehdit etmekte olan kanamalı bir durum mevcutsa hastanın yalnızca kendi onayının alınması yeterli görülmektedir.¹⁸ On haftayı geçmiş olan gebenin karnındaki embriyonun ölmüş olduğu durumlarda hekimler kurulundan çıkacak onay sonucu rahim tahliyesi yapılır.¹⁹ Anne karnındaki bebeği yaşamdan kopartmak için rahim tahliyesinden başka işlem bulunmamaktadır. Halk arasında çeşitli ilaç ve en-

¹⁶ Candan Yılmaz, *İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3321.

¹⁷ R.G. 27/5/1983 tarih ve 18059 sayılı.

¹⁸ Battal Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 123.

¹⁹ Mehmet Emin Özgül, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 126.

jeksiyonların mevcut olduğu konuşulsa da bu iğnelerin tıp biliminde ve yasalarında bir geçerliliği bulunmadığından sağlığa zararlı olduğunu söylemek mümkündür. Zira, “*Hasta Hakları Yönetmeliği*”ne göre gebe kadının rızasının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilmiş ve belirtilen yetkililerin dışındakiler, araçlar ve ilaçlar rahim tahliyesinde kullanılamaz.²⁰

Fakat kanaatimizce, uzun yıllardır global bir problem ve tartışma haline gelmiş olan rahim tahliyesinin kısıtlanması veya yasaklanması kadınları yalnızca yasadışı ve sağlığa zararlı rahim tahliyesine yönlendirecektir. Bu durumun sebebi kimi zaman isteğe bağlı iken, kimi zaman ekonomik ya da ideolojik olabilmektedir. Bunun yanında önemle belirtmek gerekir ki, kadının nüfus planlaması gibi geliştirilen bir takım projelerin temel öznesi olması insan haklarına da aykırıdır. Kaldı ki, nüfus planlaması gebeliği hiç gerçekleştirmemek ile, başka bir deyişle önleyerek ve tedbir olarak sağlanmalıdır. Rahim tahliyesinin kısıtlanması veya yasaklanması bir nüfus politikası olmamalıdır. Öte yandan kadına kendi bedeni üzerinde karar verebilme özgürlüğü tanınmaması da tartışılması gereken bir başka önemli konudur. Bu konulara ilgili başlık altında çalışmamızda yer verilmiştir.

3. Rahim Tahliyesinde Sürelerin Değerlendirilmesi

Rahim tahliyesi, anne ve evlilik birliğinde ise anne ile birlikte eşinin rızası ile isteğe bağlı olarak 10 hafta içerisinde gerçekleştirilmektedir. Fakat rahim tahliyesi her zaman isteğe bağlı hallerde yapılmayıp kimi zaman bir suça bağlı olarak talep edilirken; kimi zaman sağlık problemi halinde istenebilmektedir.

a. İsteğe Bağlı Olması Halleri

Geçmişten günümüze tüm zamanlarda istenmeyen gebelikler elbette yaşanmış, kimi kadınlar istemediği halde doğum yapmış, kimi kadınlar tıbbi olmayan yöntemler ile kendi sağlıklarını tehlikeye atarak embriyonun vücudundan atılmasını sağlamıştır. Bunun yanında kadının yaşamış olduğu ülkenin yasaları bakımından rahim tahliyesi yasal ise şartların oluşturulduğu hallerde güvenli ortamlarda rahim tahliyesi gerçekleştirilebilmiştir. Rahim tahliyesini gerçekleştirmek isteyen kadının yasalarla sınırlandırılması, acele karar vermek zorunda bırakmasından dolayı onun fikirlerine saygı duymamak olarak yorumlamak mümkündür. Kadının henüz bir çocuk doğurmaya hazır olmadığını fark etmesi, henüz evlilik birliğini sonlandırdığı eski eşinden bir çocuk dünyaya getirmek istememesi, bazı psikolojik ya da ekonomik sebepler rahim tahliyesinin isteğe bağlı olduğu hallerine örnek olarak gösterilebilir.

NPHK’un 5. maddesindeki gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükme göre gebeliğin 10. haftası doluncaya kadar annenin de sağlığı herhangi bir tehlikeye girmediği halde isteğe bağlı olarak rahim tahliyesi gerçekleştirilebilecektir. Buna göre mevzuatta isteğe bağlı rahim tahliyesine belirli koşullarda izin verilmektedir. Bu koşullar, tahliye işleminin gebeliğin ilk 10 haftalık kısmıyla sınırlı olması ve bunun tıbbi bir

²⁰ Fehim Üçışık, *Sağlık Hukuku*, 4. Basım, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2017, s. 44.

gereklilik olmaması gerektiğidir. Kanaatimizce, burada üzerinde durulması gereken konu kanunun belirtilen 10 haftalık sürenin temelidir. Aydın (2012)'a göre on haftadan sonraki dönemlerde cinsiyet tayini yapılabildiği için sırf bu nedenle gebeliğe son verilmek istenebileceği ve bu nedenle isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması süresinin bu hâliyle korunması gerekmektedir.²¹ Dolayısıyla kanun koyucu bu süreyi toplumun ataerkil yapısından dolayı ceninin cinsiyetinin öğrenilmesinden önceki evreden yola çıkarak belirlemiştir. Ebeveynlere istedikleri cinsiyete sahip olmayan embriyoyu yasal olduğu takdirde yalnızca cinsiyeti sebebi ile rahimden tahliye edebilecek imkânın tanınması insanı değerlere ve etiğe ters düşecektir. Öğretideki süreye ilişkin bir başka görüşe göre ise, gebeliğin tam anlamıyla belirli olabilmesi çoğunlukla 10. haftaya kadar mümkün olmamaktadır.²² Bu nedenle de çoğu kadın kanunun sunmuş olduğu isteğe bağlı rahim tahliyesi imkânından faydalanamamaktadır. Rahim tahliyesi için sağlanması mecburi olan sağlık koşulları "*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*"te belirtilmiştir. Buna göre rahim tahliyesini yapmaya yetkili kişiler dışındakiler bu işlemi gerçekleştirememektedir. Bu hükümde rahim tahliyesi yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ve yeterlilik belgesine haiz pratisyen hekimler tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmıştır

b Anomali Halinde Rahim Tahliyesi

NPHK'un 5. maddesinde yer alan hükme göre gebelik süresi 10 haftayı geçtiği takdirde, gebelik ancak annenin hayatını tehdit ediyorsa veya doğacak çocuk için ağır maluliyetler içeriyorsa sona erdirilebilmektedir. Bahsi konu hükme göre mevzuatımızda 10 haftaya kadar olan gebeliklerde isteğe bağlı rahim tahliyesi yapılması açısından kural olarak herhangi bir kısıtlama bulunmamakla birlikte, bu süre geçtikten sonra isteğe bağlı rahim tahliyesi yapılamamakta ancak belirli koşullar altında bu işlemin yapılabilmesi mümkün olmaktadır. "*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*"te belirtilen listede yer alan şartlara bağlı olarak isteğe bağlı rahim tahliyesinin söz konusu 10 hafta aşıldıktan sonra dahi gerçekleşebileceğini hüküm altına alınmıştır. Zira, kimi anomaliler biyolojik olarak gebeliğin 10. haftasından sonra fark edilmekte dolayısıyla hükümle birlikte rahim tahliyesinin 10. haftadan sonra da gerçekleştirilebilmesine olanak sağlanmıştır.²³ İlgili tüzükte belirtilmiş olan anomalilerin ise on sekiz yahut yirminci haftaya gelmeden fark edilmesi mümkün görülmemektedir.²⁴ Anomali fark edildikten sonra rahim tahliyesinin mümkün ol-

²¹ Sabahattin Aydın, 'Kürtaj Yasağında Kim Nerede?', Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, 2012, s. 28.

²² Muhtar Çokar, Kürtaj, 1. Basım, Babil Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 218.

²³ Zariye Şenocak, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 42.

²⁴ İsmail Dölen, 'Tıbbî Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?' 1-2 Kasım V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 35-40, Malatya, 2013, s. 35.

ması için heyet raporu gerekmektedir. Bu halde, ilgili tıp hekimi objektif bulgulara dayanan gerekçeli bir rapor hazırlamakta ve rahim tahliyesi bu rapora bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Rahim tahliyesi ile ilgili tüzükte,²⁵ rahim tahliyesinin hangi hallerde yapılabileceği hüküm altına alınmışsa da uygulama bakımından yeterli bulunmamaktadır.

c. Cinsel Saldırı Durumunda Rahim Tahliyesi

Günümüzde pek çok küçük yaşta kadın evlilik birliği içerisinde ya da bundan bağımsız olarak cinsel saldırıya maruz kalmakta ve biyolojik olarak bunun sonucunda gebelik meydana gelebilmektedir. Bu halde, bu gebeliğin devamını istememe hakkının kadına tanınması gerekmektedir.²⁶ NPHK’da cinsel saldırıya uğranması halinde rahim tahliyesi yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda TCK’da konuya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. TCK’nın 99. maddesinde yer alan hükme göre “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rıza olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.” TCK’da yer alan bu hükümlerle ilgili düşünülmesi gereken bir nokta şudur ki; kişinin cinsel saldırı suçunun mağduru oluşunun belirlenmesi ile konuya ilişkin hukuki sürecin 20 hafta içerisinde sonlanmayacak olmasıdır. Hal böyle olunca kanunun uygulanması imkansızlaşmakta ve hakkın yerini bulmadığı ifade edilebilecektir. Bu durum yine çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinmiş olduğumuz, hukuka ve tıbbi yöntemlere aykırı olarak uygulanan rahim tahliyesi uygulamasını kişiye başka çare bırakmayarak mecbur kılmış olmaktadır.²⁷ Mağdurun hayatı bir kez daha tehlikeye girmiş olmakta ve bir kez daha haklarına karşı bir saldırı meydana gelmiş olmaktadır. Kanaatimizce, bu konu ile ilgili düzenlemelerin günümüz hukuk sisteminin ihtiyaçlara cevap vermediği dikkate alınarak yapılması gerekmektedir

II. ETİK İLKELER VE KADININ HAKLARI BAKIMINDAN RAHİM TAHLİYESİ

“Etik” doğru davranışlarda bulunmak, doğru bir insan olmak ve değerler hakkında düşünme pratiğidir. Etik terimi Yunanca “kişilik, karakter” anlamına gelen “ethos” sözcüğünden türemiştir. Rahim tahliyesine ilişkin olarak etikle uyumlu olmadığı bazı hususlar bulunmaktadır. Çeşitli etik ilkeler başlıklarında aşağıda kısa bir değerlendirme yer almaktadır.

²⁵ R.G. 18.12.1983/18255, E.T: 02.05.2020.

²⁶ Gülen Sinem Tek, Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri-II. 103-130. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 114.

²⁷ Nevzat Alkan, *Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler*, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, 220-228, s. 223; Çokar, s. 219.

Rahim tahliyesinin ülkemizde 10 haftaya kadar yapılabilmesi mümkün görülmüştür. Herhangi bir endikasyon halinde ise süreye tabi olmaksızın gerçekleştirilen bir işlemdir. Tıp etiğinde büyük ölçüde tartışma yaratan konulardan birisi isteğe bağlı rahim tahliyesinin uygulanmasında yaşanan etik sorunlardır. Rahim tahliyesi kararını vermek bu bebeği taşıyan gerek kadın için, eğer evliyle gerekse de eşi için çeşitli sebeplerle alınması oldukça güçtür. Gebelikte herhangi bir anomalie rastlandığında verilen karar çoğu zaman rahim tahliyesinin gerçekleştirilmesi yönündedir.²⁸ Bu eğilim bir noktada anne karnındaki fetüsün haklarına ihlal etmektedir. Gerçekleştirilen rahim tahliyesinin tıp etiğine uygun düşüp düşmediği sorusunun cevaplanırken temel etik ilkelerden yararlanılmaktadır.²⁹

A. Özerklik İlkesi Bakımından

Bu konuya girmeden önce özerkliğin tanımını yapmak gerekirse, Alman filozof İ. Kant'ın tanımından bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Kant'a göre özerkliğin tanımı kişinin kendi kendini kontrol edebilmesi ve akla dayalı ussal karar verebiliyor olma yeteneği ve yeterliliğini haiz olabilmeyi ifade etmektedir.³⁰ Kant'ın özerkliği tanımlayış biçimine katılmakla birlikte özerklikten söz edebilmek için kişinin tam anlamıyla sahici fikrinin ortaya liberal anlamda serilebiliyor olmasının gerektiğini de belirtmememiz gerekmektedir. Çalışmamız bakımından tartışılan husus ise, gebe kadının normlar çerçevesinde rahim tahliyesine ilişkin özerkliğinin, diğer bir deyişle iradesinin sınırlandırılıyor olmasıdır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsedildiği üzere ülkemizde isteğe bağlı rahim tahliyesine ilişkin tartışılmakta olan sınırlandırılmalar bulunmaktadır.³¹ Kadının kendi bedeni üzerinde tek başına karar veremiyor olması gerek süre bakımından sınırlandırılmasıyla gerekse eşinin rızasının alınmasının gerekiyor olmasından kaynaklanmaktadır.³²

Kadının gebe oluşuna ilişkin ortaya çıkabilecek tüm tıbbi riskler hekimi tarafından belirtildikten sonra kadının kendi bedeni ile alakalı konularda özgürce karar verebiliyor olması gerekmektedir.³³ Bu hak özerklik ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir.³⁴ Öte yandan, yalnızca hukuka uygun olarak rızasının geçerli

²⁸ İsmail Dölen, *'Viabilite Altı Gebeliklerin Sonlandırılması ve Etik'*, Kadın Doğum Dergisi, Ankara, 2003, s. 2.

²⁹ Özel / Özcan Büyüktanır, s. 4.

³⁰ Aslı Yazıcı, *"Kantçı ve Feminist Etik Kuramlarda Bireysel Özerklik Tartışması"*, Kaygı Yayınları, Bursa, 2008, s. 11.

³¹ Bknz.; Hukukumuzda Rahim Tahliyesinin Koşulları bölümü.

³² Gürkan Sert, *Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları*, 1. Bası, Turap Tanıtım Yayınları, İstanbul, 2012, s. 93.

³³ Rabia Babaloğlu. Kürtaj Yapmama Hakkı, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi. (24), 42-43, 2012, s. 42; Hasan Petek, *Sağlık Hukuku*, Ankara: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 61.

³⁴ Engin Kurt / Yusuf Tunca, *Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İkilemlere Bir Bakış*, Haseki Tıp Bülteni, Galenos Yayınevi, İstanbul, Kasım 2015, s. 58.

sayıldığı alanlarda bu rızasının aranması gerekeceğinden bunun dışında kadın tarafından rahim tahliyesi konusunda gösterilen rızaların tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği kabul edilmektedir. Ayrıca hekim tarafından özerklik ilkesi bakımından etik olmayacak ya da tıpta geçerliliği bulunan prensiplerden dolayı gebeliğin sonlandırılmasını kabul etmeme hakkına da saygı duyulmasının gerekeceği öğretilerinde savunulmaktadır.³⁵ Burada üzerinde durulacak konu, fetüsün menfaati korunmaya çalışılırken, kadının kararları bakımından kadının özerkliğinin de ihlal ediliyor olmasıdır. Kendi bedeni üzerinde karar verebilme hakkı olarak tanımlanan kadının özerklik hakkı ile anne karnındaki embriyonun yaşayabilecek olmasının ihtimaline bağlı oluşacak kişilik hakkı karşı karşıya kalmaktadır. Diğer bir deyişle, embriyonun kişilik haklarının ne zamandan itibaren ortaya çıktığının tespiti tartışılmalıdır. Embriyonun bu hakkının korunması yolundaki temsilcileri anne ve ilgililer olacağından, fetüs adına verilecek bu karar onun menfaatine olmalıdır. Fakat, hekim tarafından kadının rızasının alınmadan ya da geçersiz rızayla yapılacak müdahaleler hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygunluğu ya da kadının yararı dikkate alınarak yapılmış olmasında dahi bu durum değişmeyecektir.³⁶

Bir görüşe göre gebe kadının kendi doğurganlığı hakkında karar verebilmesi hakkının elinden alınması temel bir hakkının elinden alınması anlamına gelecektir. Gebe kadının karnında bulunan fetüs kadının vücudunun bir parçasıdır ve dolayısıyla kadın kendi vücudu ile ilgili tek başına karar verebiliyor olması gerektiğinden ülkemizde rahim tahliyesinin isteğe bağlı olarak gerçekleştirilebilmesi yalnızca 10 haftaya kadar mümkün görülmektedir.³⁷ Zira, kişinin tıba uygun düşecek ölçüler dahilinde kendi bedeniyle ilgili karar verebilmesi en temel özgürlüklerden birisi olarak kabul edilmektedir.³⁸ Öte yandan kanımızca; kadının istemli olarak karnındaki canlıyı düşürebileceğini varsaydığımızda, onu rahim tahliyesinden uzaklaştırıyor olmak amaca uygun düşmeyecektir. Burada temel olarak korunması gereken mevzu kişinin beden en ruhen ve sosyal olarak tam bir iyilik hali ise, bu sınırlandırmalar konuluş amacıyla örtüşmemektedir. Çünkü uygulamada rahim tahliyesinden mahrum bırakılan kadın sağlığa elverişsiz ortamlarda yetkisiz kişiler tarafından bu işlemi yaptırabilmektedir.

Tıp bilimine göre insan onuruna ve özerkliğine saygı duymak bu bilimin vazgeçilmez bir ilkesidir.³⁹ Bu ilkeye göre inanç ve değerler dikkate alınır ve has-

³⁵ Alper Uyumaz / Yasemin Avcı, “*Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 7 Sayı: 1 Yıl 2016, s. 620.

³⁶ Petek, s. 70.

³⁷ Helsinki Yurttaşlar Derneği, Kadın Yurttaşın El Kitabı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1999, s. 19.

³⁸ Müge Ürem, ‘*Kadın Vücudu ve Etik*’, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 80.

³⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 123.

tanın seçme hakkına saygı duyulur, bu husus hekim tarafından da savunulmaktadır. Fakat hukuki normların tıp etiğine uygun düşmediğini açıkça görebilmekteyiz ki bu husus kişinin temel özgürlüğünün kısıtlanması olarak ifade edilebilir

B. Zarar Vermeme ve Yararlı Olma İlkeleri Bakımından

Zarar vermeme ilkesi Hipokrat Yemini'nin özünde mevcut bulunan tıp etiğinin temel ilkelerindedir. Hipokrat'a göre tıbbın ilk kuralı "önce zarar verme" ilkesidir. Hekimin hastaya bakarken ilk gözetmesi gereken husus, eskisinden daha iyi bir hale getiremeyecekse hastaya zarar vermemek olmalıdır. Bu insan hayatının korunması gerektiğini ve değerli oluşunu gösteren bir ilkedir. Hekimler, hastalarına gereksinimleri doğrultusunda bilim ve teknolojinin olanaklarından faydalanarak tıbbi bir hizmet sunmalıdırlar. Bu nedenle, hekimlerin hastalarına en az zararlar en doğru tıbbi yararlar sunmaları gerektiğini ifade edebiliriz.⁴⁰

Yararlı olma ilkesi ise zarar verme ilkesi ile beraber düşünülmesi gereken, tüm diğer etkenler görmezden gelinerek yalnızca hastaya yararlı olma düşüncesini amaç edinen bir ilkedir. Bu ilkeye göre her hasta eşit haklara sahiptir. Fakat zararın engellenmeye çalışılması yahut iyilik halinin arttırılmaya çalışılması mutlak bir yarar sağlayabileceği gibi, kimi zaman da yarar - zarar dengesinin yarar lehine arttırılması durumu da söz konusu olabildiğini söyleyebiliriz. Mutlak yararlılık ilkesi hekimden mükemmel davranış beklemektedir ve bu durum uygulamada mümkün görülmemektedir. Zarar ve yararın dengelenmesi ise soyut bir kavramdır. Olaylara göre değişkenlik arz etmesi dolayısıyla nesnel bir kanıt bulunmamaktadır.

Zarar vermeme ve yararlı olma ilkeleri gebelik boyunca tüm sürece hâkim olan ilkelere riayet ederek kadını her türlü zarardan koruma yükümlülüğü altına girmiştir.⁴¹ Mevzuatta yer alan isteğe bağlı rahim tahliyesinin 10 hafta ile sınırlı oluşunun yanında, herhangi bir anomali halinde bu süre genel olarak aşıldığından, işlemin yapılabilmesi ancak heyet raporu ile mümkün olabilmektedir.⁴² Rahim tahliyesi ile gebeliğin sonlandırılması işlemi kadının yararına iken, diğer yönden fetüsün zararına kabul edilmektedir.⁴³ Bu noktada zarar vermeme ve yararlı olma ilkesi kapsamında her iki canlının da korunması gerektiği savunulmaktadır. Çünkü cenin, annenin vücudunda bulunup serbestçe çıkarılabilecek bir organ değildir, yaşama belirtisi gösteren bir varlıktır.⁴⁴ Tam bu

⁴⁰ Sibel Erkal İlhan / Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, 1. Basım, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 38.

⁴¹ Yılmaz, s. 6.

⁴² Didem Altın, *Fetal Anomali Nedeniyle Terminasyon Önerilen Gebeliklerde Ailenin Kararında Etkili Olan Faktörler*, Uzmanlık Tezi, İstanbul, 2019, s. 167.

⁴³ Hakeri, s. 852.

⁴⁴ Hakeri, s. 858.

noktada hekim kadının özerkliği ve ceninin korunan hukuksal değeri açısından etik anlamda bir ikileme düşülmektedir.⁴⁵ Bunun sebebi, etik açıdan değerlendirildiğinde yararlı olma ilkesinin zarar vermeme ilkesinin üzerinde yar almasıdır.⁴⁶ Öğretide yer alan başka bir tartışma konusu ise hekimin yaşamı koruma yükümlülüğü ile rahim tahliyesinin bağdaşıp bağdaşmadığıdır.⁴⁷

Uygulamada 10 haftayı geçilmiş gebeliklerde; hekimler kendileri hakkında ortaya çıkabilecek hukuki sorumluluk yerine, ancak fetüste bir anomali mevcutsa ilgili heyet raporu ile kanuna uygun bir biçimde rahim tahliyesi yapmaktadırlar. Bu sayede hem fetüs bakımından korunan hukuksal değer zarar görmemekte, hem de hekimin sorumluluğu ortaya çıkmamaktadır. Bunun yanısıra NPHK'nın 5. maddesi uyarınca müdahalesinde aciliyet bulunan gebe kadının tespiti halinde, müdahale öncesi rapor alınmasına imkân bulunmadığı durumlarda rapor olmasa da hekim tarafından gebelik sonlandırılabilir.⁴⁸ Öte yandan, hekimler tarafından kişilerin hayati tehlikede buldukları sırada bunun önlenmesi kapsamında yapılan gebeliğin sonlandırılmasına yönelik işlemler hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir.⁴⁹

C. Adalet İlkesi Bakımından

Adalet en geniş anlamda hak ve hukuka uygun olanın gözetilmesidir. Adalet felsefi açıdan da adil olanı bulma tartışmasıdır. Adalet, insanlar arasındaki ilişkiyi düzenli bir biçimde sürdürebilmek için önce toplumsal düzenin sağlanmasını amaçlayan fakat zorunlu olmayan bir davranış biçimidir.⁵⁰ Tıp biliminde ise adalet ilkesi bakımından mutlak anlamda eşitlik mümkün değildir. Bu durumda, bütün insanların eşit sağlık koşullarına sahip olmaları gerekmektedir. Yalnızca belirli bir ülkede yaşayan bireylerin sağlık hizmeti bakımından o ülkedekilerle eşit olanaklara sahip olabilmesini sağlamaktır. Adalet kavramı; etik, rasyonalizm, hukuki, dini hakkaniyeti de kapsayan birden fazla konuya uzanmaktadır.⁵¹ Adalet kavramı kültürler bakımından farklılık arz etmektedir.

Rahim tahliyesi ile gebeliğin sonlandırılmasında mevcut olan etik tartışmalardan biri de fetüsün birey olup olmadığıdır. Fetüsün hangi aşamada birey olarak kabul edileceği, henüz yaşamda bulunmayanı insan ya da birey olarak nitelendi-

⁴⁵ Şeref Görkey, 'Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar', In: Hatemi H, Doğan H, editörler. Medikal Etik, Yüce Yayınları; İstanbul, 200, p. 80-109.

⁴⁶ Gülay Yıldırım, - Selim Kadioğlu, "Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramlar", C.Ü. Tıp Fakültesi Dergisi 29 (2): 7-12, Sivas, 2007, s. 79.

⁴⁷ Yılmaz, s. 8.

⁴⁸ Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, İstanbul: Beta Yayınevi, 1985;

⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 321.

⁵⁰ Hans Kelsen, 'Adalet Nedir?', TBB Yayınları, 2013, s. 107.

⁵¹ Cahit Özen, 'Adalet ve Tıp', Dergi Park, C. 8, S. 1, Ankara, 1951, s. 409.

receksek adalet ilkesine göre rahim tahliyesi mutlak anlamda yasak olmalıdır.⁵² Rahim tahliyesi sonuç olarak fetüsün yaşamını, yaşayabilme ihtimalini sona erdirmiyor olması nedeniyle fetüs açısından bir yarardan söz edilememektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesinde “Herkesin yaşama ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 2. maddesinde ise “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır.” şeklindeki hükme yer verilmiştir.⁵³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca düzenleme altına alınan “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi” (MSHS)ne göre de yaşam hakkı sözleşmenin 6/1. maddesinde “Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.” şeklinde belirtilmiştir. Anayasa’nın 17. maddesinde yaşam hakkına ilişkin olarak “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz” denilmektedir. Anayasa, AİHS, MSHS insan yaşamının korunması hususunda temel hükümler içermektedir. Yaşam hakkı hukuk tarafından korunmaktadır, hiç kimse keyfi olarak yaşam hakkından mahrum bırakılamamaktadır.

Kanaatimizce, MSHS’de yer alan yaşam hakkına ilişkin hükümde yer alan “doğuştan” kelimesiyle, kanun koyucunun, bu hükmün yalnızca doğmuş olan canlılar bakımından uygulama alanı bulmasını istediğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla burada adalet ilkesi kapsamında yaşam hakkı yerine özerlik ilkesinin dikkate alınması gerektiği hususunda tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Başka bir seçeneğin bulunmadığı hallerde, çatışan iki ilkeden birisinin seçilmesi kaçınılmazdır. Eğer bir ilkeyi çiğnemek kaçınılmaz ise, seçilmesi gereken, eylemin amacı doğrultusunda en az zarar verecek şekilde gerçekleştirilmelidir.

Tıp etiği bakımından adalet ilkesi değerlendirildiğinde ise fetüsün yaşamını sona erdirmeye durumu ona zarar vermek olarak nitelendirilebilir. Çünkü her canlının bir yaşam hakkı olduğu unutulmamalıdır.⁵⁴ Adalet ilkesine göre, fetüsün kadının bir parçası olması yaşama ihtimalinin görmezden gelinmesine sebep olmamalıdır. Diğer bir husus ise fetüsün bu aşamada acı çekme yetisine sahip olup olmadığıdır.⁵⁵ Singer’e göre canlının menfaatlara sahip olabilmesi için olması gereken kavram acı ve haz duyma yeteneğidir ve bu durum fetüsün statüsünü belir-

⁵² Kelsen, s. 107.

⁵³ https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad2YasamHakki.pdf, E.T: 10.05.2020.

⁵⁴ Osman Doğru, *Yaşam Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 1.

⁵⁵ Funda Kaya, *Peter Singer’in Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 106.

lemektedir. Rahim tahliyesinin ahlaki açıdan değerlendirilebilmesi ile fetüsün acı hissetme yeteneğini hangi aşamada haiz olduğunun tespit edilmesi için fizyolojik ve nörolojik gelişmelere bakılmalıdır.⁵⁶ Singer'e göre fetüs en erken 18. haftadan sonra hissetme yeteneğine haiz olacaktır. Buna göre, 18. haftaya kadar rahim tahliyesi yapmanın adalet ilkesine ters düşmeyeceğini ifade etmek mümkündür.

D. İnsan Hakları Bağlamında Rahim Tahliyesi

İnsan hakları, tüm insanların sahip olduğu, ırk, etnik köken, soy, din, dil ve cinsiyet ayrımı olmaksızın doğuştan var olduğu kabul edilen ve devlet karşısında korunması gereken haklardır. İnsan haklarının birden fazla ilkesi bulunmaktadır ve bu ilkelere göre bir kısmına göre rahim tahliyesine ilişkin değerlendirme yapmak mümkündür.

1. Kadının Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

Kadının kendi geleceğini belirleme hakkı yasamızda açık bir şekilde düzenlenmemekle beraber ülkemizdeki uygulamalar bakımından yukarıda belirtilen özerklik ilkeleri göz önünde bulundurulmaktadır. Anayasanın 17. maddesi özerklik ilkesiyle ilgili olup maddede herkesin yaşama hakkının bulunduğu belirtilmekte ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı güvence altına alınmaktadır. Madde hükmü yorumlandığında buradan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının varlığından söz edilebilecektir. Kişi hasta da olsa kendi geleceğiyle ilgili bağımsız karar verme hakkına sahiptir. Tıbbi uygulamalarda onun bu hakkına saygı duymak gerekecektir. Özerklik ilkesi, kişinin kendisi hakkındaki kararları bağımsız bir şekilde verebilmesi ile ilgilidir. Buna göre, kişilerin bedensel bütünlüğüne ilişkin tıbbi müdahaleler gerçekleştirildiğinde bunların hukuka uygunluklarından bahsedilebilmesi için kişilerin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bu tıbbi müdahaleye rızasının bulunması koşulu vazgeçilemez bir şart niteliğine sahiptir.⁵⁷

Kadının rahim tahliyesinde kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşama hakkını ve onurunu koruyan bir haktır. Bu bağlamda kadının kendi hakkında karar verebilmesi, verdiği bu kararı kimsenin rızasına bağlanmaksızın özgürce uygulayabilmesi yalnızca kendi geleceğini belirleme hakkının varlığı halinde gerçekleşebilecektir.⁵⁸ Bir kişinin üremesi hakkında nihai bir karar verebilmesi özgürlük, mahremiyet gibi başka birçok kavramı da içerisinde barındırmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce bu konu hakkında bireyin özgürce karar verebiliyor olması gerekmektedir. Fetüs he-

⁵⁶ Kaya, s. 110.

⁵⁷ Arif Barış Özbilen, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 12 (24), 99-124, 2013, s. 100.

⁵⁸ Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 9.

nüz hukuken kişilik kazanmamış olsa da elbette yaşam hakkı gibi mutlak bir hakkının söz konusu olması gerekecektir. Rahim tahliyesi talep eden kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı ile ceninin sahip olduğu / olacağı yaşam hakkı çatışmaktadır. Bu çatışmada hangi hakkın diğerine nazaran daha üstün tutulacağı öğretide tartışmalara yol açmıştır. Öğretideki bir görüşte, kimsenin bir başka kimseyi hayatta tutabilmek adına fedakârlık yapmak zorunluluğu içerisinde olmadığı belirtilirken; diğer bir görüşte ise, rahim tahliyesinin isteğe bağlı olarak yapıldığı durumlarda ceninin haklarının ihlal edildiği savunulmaktadır.⁵⁹

2. Ceninin Yaşam Hakkı

Anayasa ile güvence altına alınan yaşam hakkı kişinin sahip olduğu en temel ve mutlak bir haktır. Yaşama hakkı, hakların başta geleni olduğu için, savaş, sıkı yönetim ve olağanüstü hallerde bile durdurulamaz yok edilemez.⁶⁰ Rahim tahliyesinin gerçekleştirilebilmesi için gebeliğe son verilmesine bağlı olarak ceninin yaşam hakkı gündeme gelecektir. Fakat burada bu konunun tartışılabilmesi için ceninin hakkının ihlal edilmesi açısından ilk önce ceninin bir hakkının olup olmadığı saptanmalıdır. Medeni Kanun'un 28. maddesinde kişiliğin çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı ve ölümlle sona ereceği ifade edilmektedir. Ayrıca maddede çocuğun hak ehliyetini sağ doğmak kaydıyla, ana rahmine düşmesinden itibaren başlayarak elde edeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kişiliğin sağ ve tam doğumundan itibaren başladığı düzenlenmiş olsa da yasa koyucu ceninin durumunu özel bir yere koymuştur.⁶¹ Bu hüküm karşısında henüz sağ olarak ve tamamen doğmamış bulunduğundan ceninin hak ehliyeti olmadığı açıktır, fakat ceninin kişilik hakkını ne zaman haiz olacağı rahim tahliyesi bakımından tartışılan bir husustur.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre ceninin kişilik haklarına sahip olabilmesi için sağ olarak doğmuş olması kanunen şart olarak öngörüldüğüne göre sağ olarak henüz doğmamış olan bir ceninin kişilik hakkından söz etmek doğru olmayacaktır.⁶² Bu nedenle, gebeliğin sonlandırılmasında ve ceninin yaşama hakkının yasal düzenleme altına alınması gerekmektedir. Öte yandan, korunması gereken menfaat sağ olarak hayatta olan kadının menfaati olmalıdır. Zira, beden sağlığı kadar ruh sağlığının da önemli olduğu insan bedeni bakımından; istenmeyen bir gebeliği rahim tahliyesi ile sonlandıramamak kişinin ruh sağlığını önemli ölçüde etkileyecektir.⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen

⁵⁹ Tacir, s. 18.

⁶⁰ İlker Hasan Duman, *İnsan Haklarına Saygılı Devlet*, 1. Basım, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 116.

⁶¹ Uyumaz ve Avcu, s. 582.

⁶² M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 14. Baskı İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 15.

⁶³ Almanya'da yürürlükte bulunan mevzuata göre problemlerli gebeliklerin kadının beden ve ruh sağlığı yönüyle tehlikeye düşürmesi hallerinde gebeliği sonlandırılabilir. Bkz. Uyumaz ve Avcu, s. 582.

Boso v. İtalya⁶⁴ davasında babanın vermiş olduğu dilekçesinde, annenin geçirmiş olduğu rahim tahliyesinden önce rızasının alınmamış olması problem teşkil edeceğini belirtmiştir. Fakat AİHM verdiği kararında, rahim tahliyesinin kadının özel yaşamı ile yakından ilgili oluşu sebebi ile kadının haklarının üstün tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Kararda ceninin yaşam hakkına değinilmemekle beraber, babanın başvurusu da reddedilmiştir.⁶⁵ Bir başka açıdan değerlendirmek gerekirse Bruggemann ve Scheuten - Almanya davasında AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde rahim tahliyesinin bir hak olduğu ileri sürülmüş, ancak bu istem AİHM tarafından rahim tahliyesinin sadece annenin özel hayatını ilgilendiren bir mesele olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁶⁶ Dolayısı ile AİHM annenin vücudunda gelişen varlığın haklarını tanımış ve rahim tahliyesi ile gebeliğe son verme işleminin yalnızca kadının / annenin özel yaşamına ilişkin bir mesele olmadığını beyan etmiştir.⁶⁷

III. KADININ RAHİM TAHLİYESİNE YÖNELİK HAKLARININ HUKUKİ SINIRI

A. Kadının Evli Olması Halinde Eşinden Rıza Alınması

NPHK'un "*Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin*" başlığı altında düzenlenen 6. maddesinin 2. fıkrasında "*4'üncü maddenin ikinci ve 5'inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aramlacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.*" şeklindeki hüküm uyarınca *evli kişilerin* rahim tahliyesini gerçekleştirebilmelerinde eşin rızası önkoşul olarak öngörülmektedir. Madde metninde belirtilen bu durumlar rahim tahliyesinin isteğe bağlı ve sorunlu gebelikler nedeniyle yapıldığı durumlarda geçerli olmaktadır. TCK'nın 99. maddesinde belirtilen "*çocuk düşürme*" suçu nedeniyle gerçekleştirilen soruşturmalarda yalnızca kadın tarafından verilecek izin yeterli olacak ve başka bir kimsenin izninin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Mevzuata göre gebe kadın kural olarak ilk 10 haftayı aşmayan süre içerisinde rahim tahliyesini gerçekleştirebilmektedir.⁶⁸ "*Kural olarak*" lafzıyla belirtilmesinin nedeni, kadının bu konuda kimi durumlarda bedeni üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaması ve evlilik birliği içerisinde ise eşin rızasının alınmasının koşul olarak öngörülmesidir⁶⁹ "*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*"ün 15. maddesinde bu rızanın yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Fakat bu hükme riayet edilmemesinin neticesinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bahsi geçen tüzükte

⁶⁴ Boso v. Italy, App. No. 50490/99, ECHR 2002-VII E.T. (www.hudoc.echr.coe.int, Erişim Zamanı, 22.11.2020).

⁶⁵ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 208.

⁶⁶ Bruggemann ve Scheuten - Almanya, App. No: 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli komisyon raporu.

⁶⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 209.

⁶⁸ Üçışık, s. 44.

⁶⁹ Aslanova, s. 48.

yer alan düzenleme, başta Anayasa olmak üzere, pek çok norm ile çelişmektedir. AY m.17/2'ye göre “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Ülkemizce de kabul edilen “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nin⁷⁰ 5/1. maddesinde ise “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” hükmüne yer verilmiştir.⁷¹ Buna göre gerek Anayasa gerekse de uluslararası antlaşmalar bakımından tıbbi müdahale yalnızca kişinin rızasına bağlanmış ve kural olarak tıbbi müdahale için bir başkasının rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak bu düzenlemelerin kadının kendi bedeni üzerindeki hakimiyeti ve özgür iradesi ile karar verebilme hakkını sınırlandırdığını da belirtmemiz gerekmektedir.

Sonuç olarak rahim tahliyesini gerçekleştirmek isteyen ve evlilik birliği içerisinde bulunan kadının, eşinin rızası bulunmadığında kendi fikri ve iradesi tek başına hiçbir tıbbi ve hukuki sonuç doğurmayacaktır. Zira rıza alınması meselesi bu bağlamda Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve hatta yurttaşlık haklarına da aykırılık teşkil etmektedir. NPHK'un hem kadın hakları hem de hasta hakları dikkate alınarak düzenlenmesi gerekmektedir. Mülga Medeni Kanun ve Mülga Türk Ceza Kanunu kadın aleyhine düzenlemeler içerirken, yeni yürürlüğe giren Medeni Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nda kadının menfaatine aykırı olacak düzenlemelere yer verilmemiştir. Dolayısıyla NPHK'un yeniden gözden geçirilerek düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında TCK'da rahim tahliyesine ilişkin hükümde eşin rızasından bahsedilmemiştir.⁷²

Rahim tahliyesine ilişkin eşin rızası kapsamında değerlendirebileceğimiz diğer bir düzenleme ise “Hasta Hakları Yönetmeliği” (HHY) dir. HHY m.24 uyarınca “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.” Bu yönetmelik bakımından da yapılacak olan rahim tahliyesinde yalnızca kadının rızası aranmakta iken, NPHK'da yer alan düzenlemenin de yeniden ele alınması gerekmektedir. Öte yandan, böyle bir düzenlemenin varlığı hekimi tıp etik ilkelerine aykırı davranmaya zorunlu kılabileceğini söylemek mümkündür. Düzenlemenin getirdiği sonuç, kadının evli olması onun bedeni hakkında tek başına karar verebilmesinden feragat edişine sebep olmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca iradenin sınırlandırılması değil, insan hakları bakımından da birçok ilkenin ihlali söz konusu olmaktadır

B. Ülkemizde Rahim Tahliyesi Uygulaması

Günümüzde nüfusun düzenlenmesinde rol oynayan biyopolitikadan söz etmek mümkündür. Biyopolitika nüfusu ekonomik bir kaynak olarak gören, insan

⁷⁰ 5013 sayılı Kanunla yasalaştırılmış ve 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı R.G. ile yayımlanmıştır.

⁷¹ Emel Badur, ‘Eşin Rızası’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Aralık 2013, s. 109.

⁷² Yener Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, İstanbul 2009, s. 173-231.

bedenini de siyasete dâhil eden bir iktidar biçimi olarak ifade edilmektedir. Bu konuda özellikle kadınlar dikkati çekmektedir zira doğurganlığa sahip bulunmaktadır. TBMM’de hekimlerin rahim tahliyesine ilişkin işlemleri reddetme hakkı konusu görüşülmeden doğrudan Sağlık Bakanlığı aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hekimlerin rahim tahliyesini reddetme hakkı birçok devlet hastanesinde rahim tahliyesi hizmetinin alınmasını engeller hale getirmiştir. Fakat belirtilmelidir ki, elbette hekimin hasta seçme hakkı bulunmaktadır.⁷³ Fakat rahim tahliyesinin vicdani ret kapsamına dahil edilerek, hastane performans sisteminde de rahim tahliyesinin puanının düşürülmesi, rahim tahliyesine erişimi büyük ölçüde sınırlamıştır. Bunun sonucunda ise rahim tahliyesi büyük ölçüde hekimin inisiyatifine kalmaktadır. Devlet hastanelerinde rahim tahliyesinin neredeyse imkânsız hale getirilmesi kadınları yüksek ücretli polikliniklere ya da daha da vahimi sağlığa elverişsiz ortamlarda yetkisiz kişilerce yapılacak rahim tahliyesine yönlendirmektedir.

“*Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı*”nın yapmış olduğu bir araştırmada, rahim tahliyesinin gerçekte yasal olarak uygulanmasından ziyade hastanelerce yasak kategorisinde görüldüğü tespit edilmiştir. Bu çalışmaya göre İstanbul’da bulunan 37 kamu hastanesinin yalnızca 1 tanesi isteğe bağlı rahim tahliyesini 10 haftaya kadar; diğer 2 tanesi ise 8 haftaya kadar gerçekleştirmektedir. Kadın Sığınakları ve Da(ya)nışma Merkezleri Kurultayı Bileşeni 12 kadın örgütü, buldukları illerdeki hastanelerde aynı konuda bir araştırma yapmıştır. Bu araştırmanın sonucunda ortaya çıkan verilere göre 156 kamu hastanesinin yalnızca 9’unda rahim tahliyesi hizmeti sunulmaktadır. 76 hastanede ise rahim tahliyesi hiçbir koşulda gerçekleştirilmemektedir.

Bu veriler bizler için yalnızca rakamlardan ibaret görülmemelidir. Burada önemli görülmesi gerekli husus rahim tahliyesinin fiilen imkânsız hale getirilmesidir. Araştırma raporlarında rahim tahliyesinin yapılmamasına gerekçe olarak hekimin rahim tahliyesi yapma rızasının bulunmadığı ve hastane koşullarının elverişsiz olduğu beyan edilmiştir.

Devlet bu uygulaması ile rahim tahliyesini fiilen imkânsız hale getirerek nüfusun artmasına katkı sağlamaktadır. Diğer taraftan, ülkede doğurganlık düzeyini arttırmak genç nüfusu çoğaltmak anlamına geldiğinden bunun kalkınma planına katkı sağlayacağı düşünülmüş olabilir.

SONUÇ

Makalemizin temel amacı rahim tahliyesine ilişkin mevcut düzenlenmelerin kadının haklarının hukuken ve etik olarak hangi durumlarda kısıtlandığına ve bazı durumlarda tamamen elinden alındığına dikkat çekmektir. Kadına (insana)

⁷³ Hakeri, s. 112.

verilmesi gereken değer “anne” olma kavramı ile sınırlandırılmıştır. Çalışmamızın genelinde anlatmaya çalıştığımız temel konu kadının haklarının birden fazla bağlamda ihlal ediliyor oluşudur. Diğer taraftan, kadının psikolojik veya ekonomik durumu göz önünde bulundurulmaksızın mevzuatta yer alan hükümlerin sıkı uygulanmasının sonucu olarak kadına yönelik hak ihlalleri oluşmaktadır.

Çalışmamızda yer verilmemiş olmakla birlikte, rahim tahliyesinin engellenmeye çalışılmasının bir sebebi de ülkede hâkim olan dini Müslümanlık oluşudur. Zira, İslam dininde rahim tahliyesinin yapılması yasaklanmıştır. Kanaatimizce, gebelik oluşuktan sonra ceninin alınmasını engelleyip kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme özgürlüğünü kısıtlamaktansa, gebelik önlemlerini arttırarak, toplumun bilinçlendirilmesiyle dinin arzu edilen amaçlarına ulaşılmış olunacaktır. Bu şekilde insan hakları bağlamında var olan ilkeler ihlal edilmeyecek, tıp etiği de gereği gibi işlerken hukukun üstünlüğünü hissetmek de kolaylaşacaktır.

Türkiye’de birçok ülkede mevcut olan uygulama gibi evli kadınlar bakımından rahim tahliyesinde eşin rızası aranmaktadır. Bu konu insan hakları ve kadın hakları bakımından tartışmalar yaratmıştır. Kadının kendi bedeni üzerinde özgürce karar verebilme hakkı ile annenin karnındaki fetüste babanın da anne kadar söz hakkı olması gerektiğini söyleyen görüşler mevcuttur. Bunun yanısıra annenin bedeni üzerinde özerkçe davranabilmesi ile ceninin yaşam hakkı da çatışan konulardır. Her iki tartışmada da ortak konu annenin bedeni üzerinde özerkçe hareket edebilmesi / edememesidir.

Ek: 1

İl	İlde Bulunan Kamu Hastanesi Sayısı	İsteğe Bağlı Kürtaj Yapan Hastane Sayısı	Gerekçeli Kürtaj Yapan Hastane Sayısı	Kürtaj Yapmayan Hastane Sayısı	Ulaşılamayan / Cevaplamayan Hastane Sayısı
Adıyaman	6	-	2	1	3
Ankara	30	3	10	12	5
Antalya	13	-	10	3	-
Bursa	14	-	2	9	3
Çanakkale	11	-	5	6	-
İstanbul	37	2	18	12	5
İzmir	22	4	3	15	-
Mersin	10	-	2	7	1
Muğla	9	-	5	3	1
Muş	7	-	2	5	-
Urfa	13	-	3	5	5
Van	12	-	3	4	5
Toplam	184	9	65	76	28

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- ALKAN**, Nevzat, ‘Cinsel Saldırı Halinde Kürtaj Yasa Tasarısı Üzerine Ölçütler’, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli, İstanbul, 2013.
- ALTIN**, Didem, Fetal Anomali Nedeniyle Terminasyon Önerilen Gebeliklerde Ailenin Kararında Etkili Olan Faktörler, Uzmanlık Tezi, İstanbul, 2019.
- ASLANOVA**, Kemale, Sağlık Hukuku Ders Notları, 2. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.
- AYDIN**, Sabahattin, Kürtaj Yasağında Kim Nerede? Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, 2012.
- BABALIOĞLU** Rabia. Kürtaj Yapmama Hakkı, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi. (24), 42-43, 2012.
- BADUR**, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Aralık 2013.
- CAN**, Sibel, Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2015.
- ÇOKAR**, Muhtar, Kürtaj, İstanbul, Babil Yayıncılık, 2008.
- DELİKANLI**, Eylem, İstanbul Tabip Odası, E- Bülten, ABD’de Kürtaj ve Yasalar, Birgün Gazetesi, 4 Temmuz 2012.
- DOĞRU**, Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 5, Yaşam Hakkı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Temmuz 2018.
- DÖLEN**, İsmail, ‘Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?’, 1-2 Kasım V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2013.
- DÖLEN** İsmail, ‘Viabilite Altı Gebeliklerin Sonlandırılması ve Etik’, Kadın Doğum Dergisi, 2003.
- DUMAN**, İlker Hasan, İnsan Haklarına Saygılı Devlet, İnkılap Kitabevi, 1. Bası, İstanbul, 1997.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- ERKAL İLHAN**, Sibel, Hasta ile İlişkilerde Etik Ögeler, Ankara Üniversitesi, Açık Ders.
- GÖRKEY**, Ş., ‘Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar’, In: Hatemi H, Doğan H, Editörler. Medikal Etik. İstanbul: Yüce Yayınları; 2001.
- HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Helsinki Yurttaşlar Derneği**, Kadının El Kitabı Yasalardaki Hakkımız, Çağın Matbaacılık, İstanbul, 2006.
- KARAMAN**, Funda, Türk Hemşireler Derneğine Göre Hemşirelerin Etik İlkeleri ve Sorumlulukları, İstanbul Gelişim Üniversitesi Hemşirelikte Etik Dersi.
- KAYA**, Funda, Peter Singer’ın Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- KELSEN**, Hans, ‘Adalet Nedir?’, (Çevirmen: Ali Acar), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz 2013.

- KOÇ**, Esra / **GÜÇLÜER**, Esra, Helsinki Yurttaşlar Derneği, Kadın Yurttaşın El Kitabı, İletişim Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1999.
- KURT**, Engin / **TUNCA**, Yusuf, Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İkilemlere Bir Bakış, Haseki Tıp Bülteni, Galenos Yayınevi, İstanbul, Kasım 2015.
- MOROĞLU**, Nazan, Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli İstanbul 2012.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler, 14. Baskı İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014.
- ÖZBİLEN**, Arif Barış. (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 12 (24), 99-124.
- ÖZEL**, Çağla / **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu Gülseren, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Ankara 2014.
- ÖZEN**, Cahit, ‘Adalet ve Tıp’, Dergi Park, C. 8, S. 1, 1951.
- ÖZGÜL**, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- PETEK**, Hasan, Sağlık Hukuku, Ankara: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- SERT**, Gürkan, Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları, 1. Bası, Turap Tanıtım Yayınları, İstanbul, 2012.
- ŞATIR**, Nejdet, Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2015.
- ŞENOCAK**, Zariife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- TACİR**, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK**, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.
- TEK**, Gülen Sinem, Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerin-deki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri-II. 103-130. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 114.
- TUSKAN, AYDENİZ**, Alisbah., Toplumsal Cinsiyet, ‘Toplumda Kadına Biçilen Roller ve Kadınların Adalete Erişiminde İstanbul Barosu’nun Rolü’, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezinin Meslekiçi Eğitim Seminer Programı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2013.
- UYUMAZ**, Alper / **AVCI**, Yasemin, Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 7 Sayı: 1 Yıl, 2016.
- ÜÇİŞİK**, Fehim, Sağlık Hukuku, 4. Basım, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2017.
- ÜNVER**, Yener, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 6, S. 2, İstanbul 2009.

- ÜREM**, Müge, Kadın Vücudu ve Etik, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.
- YAZICI**, Aslı, Kantçı ve Feminist Etik Kuramlarda Bireysel Özerklik Tartışması, Kaygı Yayınları, 2008.
- YILDIRIM**, Gülay / **KADIOĞLU**, Selim, 'Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramları', C.Ü. Tıp Fakültesi Dergisi 29 (2), Sivas 2007.
- YILMAZ**, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- YILMAZ**, Candan, İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3311-3324.
- YURTCAN**, Erdener. Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul: Beta Yayınevi, 1985.

Kararlar ve Online Kaynaklar

- Bruggemann ve Scheuten - Almanya, App. No: 6959/75, 12 Temmuz 1977 Tarihli Komisyon Raporu.
- www.hudoc.echr.coe.int Boso V. Italy, App. No. 50490/99, Echr 2002-VII.
- www.anayasa.gov.tr E.T. 05.05.2020.
- <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20planlar/Attachments/9/Plan1.Pdf> Kalkınma Planı (Birinci Beş Yıl) 1963-1967, Ocak 1963.
- http://www.sbb.gov.tr/Wp-Content/Uploads/2018/10/Birinci_Bes_Yillik_Kalkinma_Plani-1962-1967.Pdf.
- https://www.anayasa.gov.tr/Files/İnsan_Haklari_Mahkemesi/El_Kitaplari/Arhsmad2yasamhakki.Pdf.
- http://www.unicankara.org.tr/Doc_Pdf/Metin133.Pdf
- <https://s.duhnet.tv/Q/S/Stats/Docs.Min.Html?A=Redirect&V=1.0.0&S=0.7098480789645691&U=Ahr0chm61y93d3cuy25udhvay5jb20vmjawos90yxjpahrllmj1z-3vulzaxlz1413rhcmldogguynvndw4umjgub2nhay81mta4ndeumc9pbmrlc5odg1s>
- https://www.anayasa.gov.tr/Files/İnsan_Haklari_Mahkemesi/El_Kitaplari/Arhsmad2yasamhakki.Pdf.
- http://www.unicankara.org.tr/Doc_Pdf/Metin133.Pdf.
- <https://www.tjod.org/Kadin-Hastaliklari-Ve-Dogum-Hekimligi-Acisindan-Tibbi-Etik-Konulari/>.
- <https://sendika63.org/2012/06/Amerikada-Kurtajin-Kisa-Tarihi-Prochoice-68346/>
- <https://www.businessinsider.com/Abortion-Rate-Reached-Lowest-Level-Since-1973-7-Charts-Show-2019-9>
- <https://t24.com.tr/Yazarlar/Dilara-Gurcu/Fransada-Kurtaj-Hakki-Tehlikeye-Mi-Giriyor,16510>.
- <https://tr.euronews.com/2018/05/03/Avrupa-Da-Kurtaj-En-Kat-Ve-En-Liberal-Ulkeler>.
- https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/56803/mod_resource/content/0/Konu%202-Hasta%20ilişkinde%20etik%20öğeler.pdf
- https://gavsispanel.gelisim.edu.tr/Document/fkaradagli/20200403202650360_c9fcfe8f-0812-40ed-99df-d02d3404a23d.pdf.