

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: **XII** - Sayı: **II** - Yıl: **Aralık - 2022**
Volume: **XII** - Issue: **II** - Year: **December - 2022**

KAMU HUKUKU

- Doç. Dr. **Hayri KESER**
Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü
- Doç. Dr. **Ahmet AKMAN**
Ali Himmet Berki'ye Göre Yargılama ve Hâkimlik
- Doç. Dr. **Ahmet Kürşat ERSÖZ**
Anayasa Mahkemesi'nin İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Bireysel Başvuruya Konu Kararlarının Değerlendirilmesi
- Dr. Öğr. Üyesi **Yılmaz YURTSEVEN**
Devlete İsyân Suçu Bağlamında “Kabakçı Mustafa” İsyanı ya da “Statüko ve Yeni”nin Çatışması
- Dr. Öğr. Üyesi **Gülsüm KAYA**
Uluslararası Hukukta Tanımama ve Güncel Sorunlar
- Dr. Öğr. Üyesi **Fatma Duygu BOZKURT**
Ormanların Korunması: Devletin Anayasal Sorumluluğuna İlişkin Bir Değerlendirme
- Dr. Öğr. Üyesi **Dilara YÜZER ELTİMUR**
İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları
- Dr. Öğr. Üyesi **Tuğrul ÇAKIR**
Uti Possidetis (Mevcut Sınırların Korunması) İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme
- Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet BAĞRIAÇIK**
Belirlilik İlkesi, Mahkemeye Erişim ve Etkili Başvuru Hakları Bağlamında Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi
- Dr. Öğr. Üyesi **Furkan KARARMAZ**
Toplumsal Çatışmalar ve Toplumsal Çatışmalarda Hukukun Rolü Hakkında İki Farklı Yaklaşım
- Dr. Öğr. Üyesi **Hatice TÜRKAY**
Güncel Gelişmeler Işığında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması
- Dr. Öğr. Üyesi **Nizamettin AYDIN**
Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi

ANTALYA 2022

- Dr. **Enver KAŞLI**
Acil Çağrı Merkezleri Aracılığıyla Suç İhbarı Yapılması
- Arş. Gör. Dr. **Cem Ümit BEYOĞLU**
Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara Dair Çözüm Önerileri
- Arş. Gör. **Ali BOYRACI**
Yargıtay 6. Ceza Dairesinin Yağma Suçunun Konusunu Oluşturan Malın Değerinin Az Olması Hâlinde Ceza İndirimi Öngören Hükmün (TCK m.150/2) Uygulanması ile İlgili İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi ve Hükme Yönelik Bazı Düşünceler
- Arş. Gör. **Seher SERTTAŞ**
Yargı Kararları Işığında Devlet Memuriyetine Yakışmayan Tutum ve Davranış Kavramının Değerlendirilmesi
- Arş. Gör. **Eymir ALBAL**
Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Köylü ve Kırsal Alanda Çalışan Diğer Kişilerin Tohum Hakkı
- Arş. Gör. **Alp Tolgahan SERTTAŞ**
Ceza Yargılamasında Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı Sorunu
- Arş. Gör. **Alparslan DERELİ**
Seri Muhakeme Usulünün Savunma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi
- Arş. Gör. **Ece TOPTAŞ**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi İkilemi: İfade Özgürlüğü ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası

ÖZEL HUKUK

- Dr. Öğr. Üyesi **Münevver Kübra BAKIRCI**
Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakışıyla Değerlendirilmesi
- Dr. Öğr. Üyesi **Belin KÖROĞLU ÖLMEZ**
Sigorta Sözleşmelerinde Ahlakı Aykırılık: Genelev Örneği
- Dr. Öğr. Üyesi **Kübra DEMİR**
İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu
- Dr. Öğr. Üyesi **Artür KARADEMİR**
İsviçre ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yıllık Ücretli İzin Hakkına Genel Bir Bakış ve Avans İzin Uygulaması
- Dr. Öğr. Üyesi **Burçin YAZICI**
İcra ve İflâs Kanunu m.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi
- Arş. Gör. Dr. **İpek B. ALDEMİR TOPRAK**
İnançlı İşlemden Kaynaklanan Tescile Zorlama Davası
- Arş. Gör. Dr. **Osman Levent ÖZAY**
Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınır Bağışlamasının Hükmü
- Arş. Gör. **Melih IŞIK**
Tasarrufun İptali Davasının (İİK m.277 vd.) Konusuz Kalması

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

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Adına Sahibi

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Melih İŞİK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Arş. Gör. Rahman İRİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

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

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncısı

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

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

ANKARA | Aralık 2022

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

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

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

Publisher

Akdeniz University Faculty of Law

Representative of the Publisher

Prof. Mehmet ALTUNKAYA

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Melih İŞİK

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Res. Asst. Rahman İRİ

Contact Information

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

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

Publisher

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

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Publication Location | Date

ANKARA | December 2022

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

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

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER
Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Andreas EICKER
Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nedim MERİÇ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Hayri KESER
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Karine MICHELET
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Loïc LEVOYER
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Esra CENKÇİ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

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

Prof. Dr. Arslan KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

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

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

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

Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Mali Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

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

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

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÖMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÖMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

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

a) Kitaba yapılan atıflarda;

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

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

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

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

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

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

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

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

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

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

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

Sonraki atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.

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

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

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Doç. Dr. Hayri KESER 411

Ali Himmet Berki'ye Göre Yargılama ve Hâkimlik

Doç. Dr. Ahmet AKMAN 439

Anayasa Mahkemesi'nin İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Bireysel Başvuruya Konu Kararlarının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ 457

Devlete İsyân Suçu Bağlamında "Kabakçı Mustafa" İsyanı ya da "Statüko ve Yeni"nin Çatışması

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN 479

Uluslararası Hukukta Tanımama ve Güncel Sorunlar

Dr. Öğr. Üyesi Gülsüm KAYA 499

Ormanların Korunması: Devletin Anayasal Sorumluluğuna İlişkin Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Duygu BOZKURT 527

İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları

Dr. Öğr. Üyesi Dilara YÜZER ELTİMUR 559

Uti Possidetis (Mevcut Sınırların Korunması) İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR 595

Belirlilik İlkesi, Mahkemeye Erişim ve Etkili Başvuru Hakları Bağlamında Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BAĞRIAÇIK 625

Toplumsal Çatışmalar ve Toplumsal Çatışmalarda Hukukun Rolü Hakkında İki Farklı Yaklaşım

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ 641

Güncel Gelişmeler Işığında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması

Dr. Öğr. Üyesi Hatice TÜRKAY 681

Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi Dr. Öğr. Üyesi Nizamettin AYDIN.....	711
Acil Çağrı Merkezleri Aracılığıyla Suç İhbarı Yapılması Dr. Enver KAŞLI.....	745
Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara Dair Çözüm Önerileri Arş. Gör. Dr. Cem Ümit BEYOĞLU.....	761
Yargıtay 6. Ceza Dairesinin Yağma Suçunun Konusunu Oluşturan Malın Değerinin Az Olması Hâlinde Ceza İndirimi Öngören Hükümün (TCK m.150/2) Uygulanması ile İlgili İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi ve Hükme Yönelik Bazı Düşünceler Arş. Gör. Ali BOYRACI.....	811
Yargı Kararları Işığında Devlet Memuriyetine Yakışmayan Tutum ve Davranış Kavramının Değerlendirilmesi Arş. Gör. Seher SERTTAŞ.....	845
Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Köylü ve Kırsal Alanda Çalışan Diğer Kişilerin Tohum Hakkı Arş. Gör. Eymir ALBAL.....	871
Ceza Yargılamasında Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı Sorunu Arş. Gör. Alp Tolgahan SERTTAŞ.....	905
Seri Muhakeme Usulünün Savunma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi Arş. Gör. Alparslan DERELİ.....	929
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi İkilemi: İfade Özgürlüğü ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Arş. Gör. Ece TOPTAŞ.....	973
ÖZEL HUKUK	
Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI.....	1005
Sigorta Sözleşmelerinde Ahlâka Aykırılık: Genelev Örneği Dr. Öğr. Üyesi Belin KÖROĞLU ÖLMEZ.....	1047
İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR.....	1075

İsviçre ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yıllık Ücretli İzin Hakkına Genel Bir Bakış ve Avans İzin Uygulaması

Dr. Öğr. Üyesi Artür KARADEMİR 1091

İcra ve İflâs Kanunu m.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Burçin YAZICI 1119

İnançlı İşlemden Kaynaklanan Tescile Zorlama Davası

Arş. Gör. Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK 1149

Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınır Bağışlamasının Hükmü

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY 1177

Tasarrufun İptali Davasının (İİK m.277 vd.) Konusuz Kalması

Arş. Gör. Melih IŞIK 1193

CONTENTS

PUBLIC LAW

The Procedural Scope of the Right to Life Under Jurisprudence of the Individual Application: Obligation of the Effective Investigation	
Assoc. Prof. Dr. Hayri KESER	411
Trial and Judgement According to <i>Ali Himmət Berki</i>	
Assoc. Prof. Dr. Ahmet AKMAN.....	439
Evaluation of the Decisions of the Constitutional Court Regarding the Liability of the Administration for Health Services	
Assoc. Prof. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ	457
The “Kabakci Mustafa” Revolt in the Context of the Crime of Rising to the State or the Conflict of “Status Quo and Modernization”	
Asst. Prof. Dr. Yılmaz YURTSEVEN	479
Non-Recognition in International Law and Contemporary Issues	
Asst. Prof. Dr. Gülsüm KAYA.....	499
Protection of Forests: An Assessment on the Constitutional Responsibility of the State	
Asst. Prof. Dr. Fatma Duygu BOZKURT.....	527
Artificial Intelligence Applications in the Context of the Protection of Human Rights	
Asst. Prof. Dr. Dilara YÜZER ELTİMUR	559
An Assessment on the Principle of Uti Possidetis	
Asst. Prof. Dr. Tuğrul ÇAKIR.....	595
Evaluation of a Council of State Decision with Legal Certainty, Access to the Court and Right to an Effective Remedy	
Asst. Prof. Dr. Ahmet BAĞRIAÇIK.....	625
Social Conflicts and the Law’s Role Regarding Social Conflicts: Two Different Approaches	
Asst. Prof. Dr. Furkan KARARMAZ	641
Restructuring of the United Nations Security Council in the Light of Current Developments	
Asst. Prof. Dr. Hatice TÜRKAY	681

Evolution of Classic Voting Method to Electronic Voting Methods	
Asst. Prof. Dr. Nizamettin AYDIN.....	711
Crime Reporting Via Emergency Call Center	
Dr. Enver KAŞLI.....	745
Proposed Solutions to the Structural Problems Identified in Constitutional Court Decisions of Individual Application	
Res. Asst. Dr. Cem Ümit BEYOĞLU.....	761
Evaluation of the Change of Practice of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal Regarding the Article of 150/2 of Turkish Penal Code Which Regulated a Remission in Case of the Value of the Property Which is the Subject of the Crime of Plunder is Low and Some Thoughts About the Article of 150/2 of Turkish Penal Code	
Res. Asst. Ali BOYRACI	811
Evaluation of the Concept of Attitude and Behavior in the Light of Judicial Decisions	
Res. Asst. Seher SERTTAŞ.....	845
Right to Seeds of Peasants and Other Persons Working in Rural Areas Under the Framework of International Law	
Res. Asst. Eymir ALBAL.....	871
The Problem of Impartiality of Public Prosecutor in Criminal Procedure	
Res. Asst. Alp Tolgahan SERTTAŞ.....	905
Evaluation of the Accelerated Procedure of Trial in Terms of the Right to Defense	
Res. Asst. Alparslan DERELİ	929
The Dilemma of Hate Speech in European Court of Human Rights Decisions: Freedom of Expression and the Prohibition of the Abuse of Rights	
Res. Asst. Ece TOPTAŞ	973
PRIVATE LAW	
Exemption in Terms of Private Law of Free Abandonment Practice	
Asst. Prof. Dr. Münevver Kübra BAKIRCI.....	1005
Immorality in Insurance Contracts: Brothel Example	
Asst. Prof. Dr. Belin KÖROĞLU ÖLMEZ.....	1047
Employee and Employer's Responsibility During Employment Contract Negotiations	
Asst. Prof. Dr. Kübra DEMİR	1075

An Overview of Annual Paid Leave and Advance Leave in Comparison with Swiss and German Law

Asst. Prof. Dr. Artür KARADEMİR..... 1091

Granting the Creditor Sales Authority in Accordance with a.111/A of the Execution and Bankruptcy Law

Asst. Prof. Dr. Burçin YAZICI..... 1119

The Case of Enforcement to Register in the Land Registry Caused by Fiduciary Transaction

Res. Asst. Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK 1149

Legal Consequences of Donation of Movables by Entrusted Possessor

Res. Asst. Dr. Osman Levent ÖZAY 1177

No Need to Adjudicate in Actio Pauliana

Res. Asst. Melih IŞIK..... 1193

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

BİREYSEL BAŞVURU İÇTİHATLARINDA YAŞAM HAKKININ USULİ BOYUTU: ETKİLİ SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ^(*)

Doç. Dr. Hayri KESER^(**)

Öz

Yaşam hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinde düzenlenen ve koruma altına alınan temel haklardan biridir. AİHS m.2'de birtakım istisnalar dışında kişinin yaşam hakkının hiçbir şekilde sona erdirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de içtihatlarıyla yaşam hakkının korunmasına ilişkin olarak devletin birtakım yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Bu yükümlülüklerden biri usuli yükümlülüktür. Bu yükümlülük yaşam hakkının sona ermesi sonucunda ölen kişinin yakınlarının etkili bir şekilde hesap sorabilmesini ifade etmektedir. Bu ise devletin etkili soruşturma yapabilmesiyle mümkün olmaktadır. 1982 Anayasasının 5 ve 17. maddeleri, yaşam hakkının korunmasını içermektedir. Devletin yaşam hakkını koruması usuli yükümlülükleri de gerektirmektedir. Çalışmada devletin bu etkili soruşturma yükümlülüğü inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yaşam Hakkı, Usul Yükümlülüğü, Etkili Soruşturma, Bireysel Başvuru, Pozitif Yükümlülük.

THE PROCEDURAL SCOPE OF THE RIGHT TO LIFE UNDER JURISPRUDENCE OF THE INDIVIDUAL APPLICATION: OBLIGATION OF THE EFFECTIVE INVESTIGATION

Abstract

The right to life is one of the fundamental rights regulated and protected in Article 2 of the European Convention on Human Rights. ECHR art. 2, except for some exceptions, it is stipulated that the right to life of a person can never be terminated. The European Court of Human Rights has also accepted with its jurisprudence that the state has certain obligations regarding the protection of the right to life. One of these obligations is the procedural obligation. This obligation refers to the ability of the relatives of the deceased to be held to account effectively. This is only possible if the state conducts effective investigations. Articles 5 and 17 of the 1982 Constitution include the protection of the right to life. The state's protection of the right to life also requires procedural obligations. In this study, this effective investigation obligation of the state has been examined.

Keywords

Right to Life, Procedural Obligation, Effective Investigation, Individual Application, Positive Obligation.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 18.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 24.08.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1163722.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.
E-posta: hayrikeser@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8209-1422>.



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

Extended Abstract

Fundamental rights and freedoms of individuals should be under the guarantee of the rule of law. Protecting the fundamental rights and freedoms of individuals is among the main objectives and duties of the state. In addition, Article 17 of the Constitution provides for the protection of individuals' right to life. Judicial organs are the guarantor of individual rights and freedoms and the principles of the rule of law. Authorized organs of the state should act in accordance with the rules of law, especially the Constitution, and the rights of persons whose fundamental rights and freedoms are restricted or prevented should be effectively protected.

The 1982 Constitution has undergone significant changes with the Law No. 5982 on the Constitutional Amendment dated 12.09.2010. A significant part of these changes were related to the judicial bodies. In addition, against the judicial decisions that became final after 23.09.2012, the individual remedy was accepted and the Constitutional Court was held liable to effectively protect human rights. The most rooted and most important function of the individual application, which is an expression of the state's obligation to protect human dignity, is to ensure the effective realization of fundamental rights and freedoms.

In addition to making legal regulations for the protection of fundamental rights and freedoms, the state also has duties to ensure and supervise the effective implementation of these regulations. With the right of individual application accepted in the Constitution, it is checked whether the state effectively protects the fundamental rights and freedoms of individuals. Fundamental rights and freedoms regulated in the Constitution are within the scope of the European Convention on Human Rights (ECHR) and its Additional Protocols within the scope of the Constitutional Court's (AYM) supervision. In determining this scope, the Constitutional Court is heavily influenced by the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights in terms of concept and method. The "effective investigation obligation", which will be examined in this article, is a concept that emerged from the case law of the ECtHR and adopted by the Constitutional Court. Our main subject within the scope of the article is to what extent the concept of effective investigation obligation and its related elements manifest themselves in the Constitutional Court's decisions in terms of the right to life.

In the ECHR, the right to life is regulated in Article 2 of the convention. The provision of the article titled right to life is as follows:

1. Everyone's right to life is protected by law. No one's life can be deliberately put to an end, except for the execution of this sentence, which has been sentenced by the court, for an offense punishable by the law with the death penalty.
2. The death shall not be deemed to have resulted in a violation of this article if the death occurred as a result of the use of force not exceeding what is absolutely necessary in one of the following situations:
 - a) Ensuring the protection of a person against unlawful violence;
 - b) to carry out the proper arrest of a person or to prevent the escape of a person who has been duly detained;
 - c) The suppression of an insurrection or rebellion in accordance with the law.

Article 5 of the Constitution regulates the "main aims and duties of the State". Accordingly, Article 5 of the Constitution is responsible for protecting the independence and integrity of the Turkish nation, the indivisibility of the country, the Republic and democracy, and ensuring the welfare, peace and happiness of individuals and society. In addition, it is to try to remove the political, economic and social obstacles that limit the fundamental rights and freedoms of the person in a way that is incompatible with the social state of law and the principles of justice, and to prepare the necessary conditions for the development of the material and spiritual existence of the person. contains the provision.

In Article 17 of the Constitution, the right to life is regulated under the title of "inviolability, material and spiritual existence of the person" as follows; "(1) Everyone has the right to life and the right to protect and develop their material and spiritual existence. (2) Except for medical obligations and the cases written in the law, the physical integrity of the person cannot be touched; cannot be subjected to scientific and medical experiments without his consent. (3) No one shall be subjected to torture or persecution; No one shall be subjected to a punishment or treatment incompatible with human dignity". The right to life, as in the ECHR, is not regulated in an absolute way.

GİRİŞ

Bireylerin temel hak ve hürriyetleri hukuk devletinin güvencesi altında olmalıdır. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması, devletin temel amaç ve görevleri arasında yer almaktadır. Ayrıca Anayasanın 17. maddesi, kişilerin yaşam hakkının korunmasını öngörmektedir. Kişi hak ve hürriyetleri ile hukuk devleti ilkelerinin teminatı yargı organlarıdır. Devletin yetkili organları başta Anayasa olmak üzere hukuk kurallarına uygun davranmalı, temel hak ve hürriyetleri kısıtlanan veya engellenen kişilerin hakları etkin bir şekilde korunmalıdır¹.

1982 Anayasası, 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerin önemli bir kısmı yargı organları, özellikle de Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kuruluşu ve görev ve yetkileri ile ilgilidir². Ayrıca 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen yargı kararlarına karşı, bireysel yolu kabul edilmiş ve AYM, insan haklarını etkin şekilde korumakla yükümlü tutulmuştur. Devletin, insan onurunu koruma yükümlülüğünün bir ifadesi olan bireysel başvurunun en köklü ve en önemli işlevi, temel hak ve hürriyetlerin etkili bir biçimde hayata geçirilmesini sağlamaktır³.

Temel hak ve hürriyetlerin korunması için yasal düzenlemeler yapmanın yanı sıra, devletin bu düzenlemeleri etkin şekilde uygulanmasını sağlama ve denetleme görevleri de bulunmaktadır. Anayasada kabul edilen bireysel başvuru hakkı ile devletin kişilerin temel hak ve hürriyetlerini etkin bir şekilde koruyup korumadığı denetlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin (AYM) denetim kapsamına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ek Protokolleri kapsamında olup Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetler girmektedir. Bu kapsamın belirlenmesinde, Anayasa Mahkemesi kavram ve yöntem hususunda AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından yoğun biçimde etkilenmesine yol açmaktadır. Bu makalede incelenecek olan “etkili soruşturma yükümlülüğü” de AİHM içtihatlarından doğmuş ve AYM tarafından benimsenmiş bir kavramdır. Makale kapsamında asıl konumuz ise etkili soruşturma yükümlülüğü kavramının ve ilgili unsurlarının AYM kararlarında yaşam hakkı bakımından kendini ne ölçüde gösterdiğidir.

¹ Seçkin, Mehmet Beyhan, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2016): 419.

² Hakyemez, Yusuf Şevki, “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789487>, E. T. 1.5.2022, 387.

³ Kaya, Köroğlu, “Yakalama ve Gözaltı Sırasında Oluşan Hak İhlallerine Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı”, *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi*, S. 1, Y. 1, C. 1, (2013): 139.

I. YAŞAM HAKKI

İnsanın doğup, doğal koşullarda mümkün olabildiğince yüksek refah düzeyinde hayatını sürdürerek, doğal nedenlerle ölümüne kadar geçen süreye yaşam denmektedir. Bu sürecin devlet tarafından güvence altına alınması, bu güvenceye aykırı hareketlere karşı kişinin devletten yardım isteme hakkı ve bu hakların devlet tarafından etkin bir şekilde korunması, kollanması ve gerçekleştirilmesini talep hakkı bütünüyle yaşama hakkının kapsamını oluşturmaktadır⁴. Yaşam hakkı, kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünü koruyabilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi hakkı olarak da ifade edilmektedir. İnsan haklarının en kutsalı ve dokunulmazı olarak nitelendirilen yaşam hakkı, öldürülmeme hakkını da içermektedir⁵. Nitekim yaşama hakkı, bu kapsamda kişinin dört durumda korunmasını gerektirmektedir. Bunlar, kişinin kendisine, topluma, devlete ve ideolojik nedenlerle yaşam hakkına saldıranlara karşı korunmasıdır⁶.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE YAŞAM HAKKI VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yaşam Hakkı

Yaşam hakkının anayasalarda düzenlenişi, 18. yüzyıla kadar uzansa da uluslararası metinlerde yerini ancak Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra almıştır. Örneğin; 1948 yılında Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesi; “Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.” hükmünü ihtiva etmektedir. Yine BM bünyesinde 1966 yılında kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesinde yaşam hakkı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir⁷.

⁴ Akyazı, Güner - Onur Tatar, *Yaşam Hakkı ve Ölüm Cezası, AİHM'in Ölüm Cezası Hakkındaki Yorumu*, Ankara Barosu İHK Yay., Ankara, (Haziran 2002): 7.

⁵ Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku (Kavram - Uygulama - Hak ve Ödevler)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013): 397.

⁶ Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, (Ankara: S.B.F. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, 1980): s. 16; file:///C:/Users/au/Downloads/Ya%C5%9Fam%20Hakk%C4%B1%20ve%20Boyutlar%C4%B1.pdf.; Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku (Kavram - Uygulama - Hak ve Ödevler)*, 397; Yaşam hakkı, can emniyeti ve vücut bütünlüğünün masun olmasıdır. Bkz., Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015): 282.

⁷ 1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.
2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir.
3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde, bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılabilir.
4. Ölüm cezasına mahkûm olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir.

BM bünyesinde kabul edilen bu uluslararası metinlerde yer alan düzenlemelere benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de yaşam hakkını düzenleyen başka bir uluslararası metin olmuştur.

AİHS’de yaşam hakkı, 2. maddede düzenlenmiştir. Yaşam hakkı kenar başlıklı madde hükmü şu şekildedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

Yaşam hakkının Sözleşmede düzenlenen ilk temel hak olması, Sözleşmenin bu hakka verdiği önemin bir göstergesidir. Nitekim AİHM, yaşam hakkını en önemli haklardan biri olarak tanımlamıştır. Kişinin yaşam hakkı, korunmaz ve keyfi müdahalelere açık olursa, diğer hakların hiçbir önemi kalmayacaktır⁵. AİHM’in yaşam hakkının ihlaline ilişkin başvurularda ayrıntılı bir inceleme yaptığı görülmektedir. AİHM, konuyla ilgili ilk ihlal kararını 1996 yılında kamu otoritelerinin ölümcül güç kullanımına ilişkin Andreas ve Pareskevoula Andronicou ve Yiolanda Constantinou/ Kıbrıs başvurusunda vermiştir⁶. Daha sonraki yıllarda ise özellikle Türkiye aleyhine açılan davalarla AİHM’in yaşam hakkına ilişkin içtihatları zenginleşmiştir.

Yaşam hakkı doğumla başlamaktadır. Yaşam hakkı, henüz doğmamış çocuğa uygulanmamaktadır. AİHS’de yaşam hakkının ne zaman başlayacağı hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Komisyon, mutlak bir nitelik taşımamakla birlikte, ceninin Sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkının sahibi olarak gösterilen herkes tabirinin dışında kalacağını, annenin yaşam ve sağlığının korunması için isteğe bağlı gebeliğe son verilmesini yaşam hakkının örtülü bir sınırı olarak nitelendirmektedir¹⁰.

5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez; hamiye Kadınların ölüm cezaları infaz edilemez.

6. Bu maddedeki hiçbir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.

⁸ Korff, Douwe, *Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, (Strasbourg-2006): 6.

⁹ Andreas ve Pareskevoula Andronicou ve Yiolanda Constantinou/ Kıbrıs, B. No. 25052/94, 9/10/1997.

¹⁰ Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku (Kavram - Uygulama - Hak ve Ödevler)*, 399.

Yaşam hakkının AİHS'in 2. maddesinde birtakım istisnaları bulunsa da AİHM istisnaları dar, hürriyetleri ise geniş yorumlamaktadır. Yaşam hakkının korunması konusunda ise katı bir yaklaşım sergilemektedir. Ayrıca madde hükmünde yer alan istisnalar konusunda titiz davranmaktadır. Diğer taraftan AİHS'de yaşam hakkı olağanüstü rejimlerde dahi askıya alınamayan asli haklardan birisi olarak nitelendirilmektedir. Yaşam hakkının bu önemine rağmen Sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkının birtakım istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre; bireylerin yasadışı şiddete karşı korunması, tutuklunun kaçmasının önlenmesi ve bir ayaklanmanın yasal olarak bastırılması durumlarında devlet, bireylerin yaşamlarına son verebilecektir. Ancak böyle bir durumda devletler yaşam hakkının ihlaline yol açmamak için mutlak zorunluluk şartını göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Başka bir ifadeyle devletin yaşam hakkını sona erdirecek müdahalesinin orantılı olması şartı aranmaktadır¹¹.

2. Yaşam Hakkı Kapsamında Devletin Yükümlülükleri

Yaşam hakkı bakımından devletin pozitif ve negatif olmak üzere iki tür yükümlülüğü bulunmaktadır. Negatif yükümlülük, devletin ve kamu görevlilerinin kişi hayatına son veremeyeceğine dair yükümlülüğü ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle negatif yükümlülük, şartları oluşmadan Sözleşmede öngörülen meşru amaçlar dışında kişinin yaşam hakkının ihlal edilmemesi emrini içermektedir. Şayet devlet ve kamu görevlilerinin meşru fiilleri sonucunda ölüm gerçekleşir ise AİHS'in 2. maddesinde yer alan istisnalar kapsamında devletin negatif yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilmeyecektir¹².

Pozitif yükümlülük ise devletin yaşam hakkını korumaya yönelik önleyici tedbirler almasını gerektirmektedir¹³. Yaşam hakkı hukuk düzeni tarafından etkin bir şekilde korunmalıdır. Yaşam hakkının başta anayasa olmak üzere mevzuatta korumaya yönelik düzenlemelerin varlığı gerekli olmakla birlikte devletin bu yönde pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiği sonucu da ortaya çıkmamaktadır. Devletin fertlerin yaşam hakkını korumaya yönelik mevzuatı etkin bir şekilde uygulaması gerekmektedir.

AİHM, yaşam hakkının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu içtihat yolu ile kabul etmiştir. AİHM içtihatları kapsamında devletin yaşam hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet, yaşam hakkını koruma hususunda önleyici ve caydırıcı cezai tedbir-

¹¹ Duvan, Ayşe Özkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 2 (2018): 662 (Devletin Yükümlülüğü); Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku (Kavram - Uygulama - Hak ve Ödevler)*, 408-409; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 283.

¹² Duvan, *Devletin Yükümlülüğü*, 663.

¹³ Turabi, Selami, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015): 228.

ler, ateşli silahların kullanılmasına ilişkin tedbirler, kamu sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirler almalıdır. Ayrıca intihar ve ötenaziye ilişkin gözaltı, tutuklu ve hükümlülere yönelik tedbirlerin alınması ve usuli yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Devlet, yaşam hakkının korunması için yasal düzenlemeler yapmalıdır. Sözleşme kapsamında devletin ilk pozitif yükümlülüğü, yaşam hakkını korumaya yönelik ceza hukuku yaptırımlarını yürürlüğe sokmaktır. Devletin temel görevi, kişinin yaşam hakkının ihlaline yönelik eylemleri caydırıcı somut bir ceza mevzuatı oluşturmak, ihlalleri caydırmak, önlemek ve cezalandırmak için etkili soruşturma ve kovuşturma mekanizmalarını oluşturmak ve yaşam hakkını güvence altına almaktır¹⁴. Devletin başkalarının suç unsuru teşkil eden tutumları nedeniyle yaşamı tehdit altında olan kişileri korumak için önleyici tedbirler almak yönünde pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Devletin yaşam hakkını korumaya yönelik alacağı tedbirler ağır ve altından kalkılamayacak şekilde olmamalıdır. Her tehdit için mutlaka bir tedbirin öngörülmüş olması Sözleşme kapsamında şart koşulmamaktadır. AİHM'e göre; yetkililerin şahıs ya da şahısların yaşamlarının üçüncü kişilerin suç fiilleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ve makul bir açıdan bakıldığında yetkileri dahilinde söz konusu tehlikeyi bertaraf etmek için kuşkuya yer bırakmayacak şekilde önlem almadıklarının ortaya konulması gerekmektedir. AİHM, pozitif yükümlülük kapsamında polisin suçu caydırmak ve önlemek amacıyla yetkisini kullanırken, suç tahkikatı yaparken ve suçluları adalete teslim ederken meşru olarak kısıtlama getiren kanuni prosedüre ve AİHS'in 5. ve 8. maddesindekiler de dahil, diğer güvencelere uygun davranmalıdır¹⁵.

AİHS'in 2. maddesi kapsamında devletin bir diğer yükümlülüğü ateşli silah kullanımına ilişkin birtakım önlemler almasına ilişkindir. AİHM'e göre devletler, ilgili uluslararası standartlar ışığında, kolluk kuvvetlerinin güç ve ateşli silah kullanabileceği sınırlı durumları tanımlayan uygun bir yasal ve idari çerçeve oluşturmalıdır¹⁶. Yaşam hakkının ihlaline yönelik soruşturmanın usulü konusunda devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁷. Polislerin görevleri sırasında silah kullanımına ilişkin olarak yeterli ve etkili önlemler alınmalıdır¹⁸. AİHM'e göre polis operasyonlarda ateşli silahları son çare olarak kullanmalı¹⁹; kişiye ateş edilmeden önce mutlaka uyarı ateşi yapılmalıdır²⁰. AİHM, ateşli silahların kullanımına ilişkin olarak devletlerin tedbir alma yükümlülüğüne ilişkin olarak, Kolluk Görevli-

¹⁴ Krivova/Ukrayna, B. No. 25732/05, 9/11/2010.

¹⁵ Opuz/Türkiye, B. No. 33401/02, 9/06/2009.

¹⁶ Giuliani ve Gaggio/İtalya, B. No. 23458/02, 24/03/2011.

¹⁷ McKerr / Birleşik Krallık, B. No. 28883/95.

¹⁸ Makaratzis/Yunanistan [GC], B. No. 50385/99, 20/12/2004.

¹⁹ Bakan/Türkiye, B. No. 50939/99, 12/06/2007.

²⁰ Kallis ve Androulla Panayi/Türkiye, B. No. 45388/99, 27/10/2009.

leri Tarafından Güç ve Ateşli Silah Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Temel İlkelerine atıfta bulunmaktadır²¹. Söz konusu ilkeler, kolluk kuvvetlerinin ateşli silah kullanımını gösteren sınırlı durumları tanımlamakta ve bu noktada alınacak yasal tedbirlere ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır.

Devlete Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında yüklenen bir diğer yükümlülük kamu sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Buna göre devlet, bireylerin ister özel ister kamu olsun sağlık kuruluşlarından etkin bir şekilde faydalanabilmelerini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür²². Buna göre devlet hastanelerinin bakmakla yükümlü olduğu bir hastaya bakılmaz veya gerekli tedavi uygulanmazsa bu durumda Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali gündeme gelebilecektir. Yine hastaların tedavilerinde kullanılacak ilaçların teminini sağlamak da devletlerin yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecektir²³. Devletlerin kamu sağlığına ilişkin yükümlülüğü sadece gerekli tedavi imkânlarının sağlanmasıyla sınırlı değildir. Ayrıca çevre kirliliğine karşı tedbirlerin alınması²⁴, tehlikeli endüstriyel faaliyetlerin kontrol altında tutulması gibi hususlarda devletin 2. madde kapsamında yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵.

Devletin 2. madde kapsamındaki bir diğer pozitif yükümlülüğü ise intihar ve ötanaziye ilişkindir. Buna göre devlet, intihar ve ötanaziye yönelik birtakım tedbirler almalıdır²⁶. Özellikle ötanazide kişinin bu kararı almasına etki eden tüm nedenler araştırılmalıdır. Kişinin kendi hür iradesi teminat altına alınmalıdır²⁷. Devlet, kişilerin intihar eylemlerine karşı gerekli önlemleri almalı, sorumluların cezalandırılmasına yönelik yasal düzenlemeleri yapmalı ve gerekli tedbirleri almalıdır. Önleyici tedbirlerin alınması, yasal düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması durumunda gerçekleşecek intihar eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğu doğmayacaktır. Örneğin, cezaevinde herhangi bir kötüye kullanma ve suistimal olmadan bir açlık grevi yapılmış ve bunun neticesinde ölümler gerçekleşmişse devletin 2. madde kapsamında pozitif yükümlülüğünün ihlal edildiği ileri sürülemeyecektir²⁸. Devletler, özellikle intihar vakalarında durumu sakinleştirmeye veya fiziksel olarak bu intiharı engellemeye çalışmalı ve gerektiğinde tıbbi yardımda bulunmalıdır.

²¹ Atıman/Türkiye, B. No. 62279/09, 2/09/2014; Makaratzis/Yunanistan [GC], B. No. 50385/99, 20/12/2004; Huohvanainen/Finlandiya, B. No. 57389/00, 6/11/2011; Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Polis Etiği Kuralları Hakkında (2001) 10 Sayılı Tavsiye Kararı bulunmaktadır. Ayrıca iç hukukumuzda Polis Vazife Salahiyet Kanunu'nun 16. maddesi polise zor ve silah kullanma yetkisi tanımaktadır.

²² Calvelli ve Ciglio/İtalya [GC], B. No. 32967/96, 17/01/2002.

²³ Panaitescu/Romanya, B. No. 30909/06, 10/4/2012.

²⁴ Kemaloğlu ve Kemaloğlu/Türkiye, B. No. 19986/06, 10/04/2012.

²⁵ Oneryıldız/Türkiye [GC], B. No. 48939/99, 30/11/2004.

²⁶ Haas/İsviçre, B. No. 31322/07, 20/01/2011.

²⁷ Haas/İsviçre, B. No. 31322/07, 20/01/2011.

²⁸ Horoz/Türkiye, B. No. 1639/03, 31/03/2009.

Sözleşmenin 2. madde kapsamında devletin bir diğer yükümlülüğü ise tutuklu ve hükümlüler ile gözaltında olanların korunmasıdır. Devlet, bu tür hürriyetlerinden yoksun kişilere kendileri ya da üçüncü kişiler tarafından gelecek öngörülebilir zararları önlemekle yükümlüdür²⁹. Devlet, bu noktada önleyici bir takım yasal tedbirler almasının yanında somut olaylarda da kişinin yaşam hakkına gelebilecek zararlara karşı da derhal müdahale edebilecek durumda olmalıdır. Gözaltında, tutuklu ya da hükümlü olanlara karşı devletin yükümlülüğünün kapsamına bu kişilerin sağlık sorunlarının tedavi edilmesi de girmektedir³⁰. AİHM, cezaevlerinde ölen kişilerin ölüm sebeplerinin soruşturma makamları tarafından detaylı bir şekilde araştırılması hususunda karar vermektedir³¹.

AİHS 2. madde kapsamındaki devletin bir diğer yükümlülüğü usuli yükümlülüktür. Devletin usuli yükümlülüğü, yaşam hakkı sona eren kişinin yakınlarının yaşam hakkının sona ermesinde sorumlu olanlardan hesap sorabilme ihtiyacının karşılanmasını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, yaşam hakkının ihlal edilmesinde devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Çalışmamızın esasını teşkil eden bu yükümlülük aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

B. TÜRK ANAYASA YARGISINDA DEVLETİN USULİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE YAŞAM HAKKI

Anayasa Mahkemesi tarafından yaşam hakkına ilişkin korunan değere bakılarak, kişileri doğal olmayan yollardan ölüme götüren eylemler dikkate alınarak olaylar incelenmekte, bu bağlamda yaşam hakkına yönelen fiil sonucunda kişi ölmesede dahi, yaşam hakkı ile ilgili anayasal korumanın varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir. Fakat burada, mağdurun vücut bütünlüğüne yaralama kastıyla vuku bulan eylemler ile öldürme kastıyla yaşam hakkına yönelik eylemler ayırt edilmelidir. Kişilere karşı gerçekleşen eylem, ölüm sonucunu doğuracak etkinlikte gerçekleşmiş ise inceleme yaşam hakkı kapsamında, aksi takdirde vücut bütünlüğünün ihlali yönünde olacaktır³².

²⁹ Keller/Rusya, B. No. 26824/04, 17/10/2013.

³⁰ Anguelova /Bulgaristan, B. No. 38361/97, 13/06/2002.

³¹ Geppa/Rusya, B. No. 8532/06, 3/02/2011.

³² AİHM, şimdiye kadar verdiği birçok kararda yaşam hakkına veya fiziksel bütünlüğe kasten zarar verilmemesi hâlinde etkili bir yargı sistemi oluşturma yönündeki pozitif yükümlülüğünün her durumda muhakkak cezai yargı yoluna başvurmayı gerektirmediğini ve bu türden bir yükümlülüğünün her türlü sorumluluğun ortaya konulmasını ve hukuki nitelikte tazminat tedbirlerinin alınmasını sağlayan -tek başına ya da ceza mahkemelerine başvurma imkânı ile birlikte- hukuk mahkemelerine başvurma olanağı sunması hâlinde yerine getirilebileceğini ifade etmiştir. AİHM ayrıca disiplin tedbirlerinin de öngörülebileceğini kabul etmiştir (Calvelli ve Ciglio/İtalya [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002, §51; Mastromatteo/İtalya [BD], B. No: 37703/97, 24/10/2002; Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004; Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz [BD], B. No: 56080/13, 19/12/2017). Açıklama için bkz. Neriman Yonat, B. No: 2018/33554, 15/6/2021; Yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise etkili bir yargısal sistem kurma yönündeki pozitif yükümlülük -istisnaları bulunmakla birlikte- her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir.

Yaşam hakkının korunmasına yönelik temel Anayasal hükümler, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. madde ile kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını ve yaşam hakkını koruyan 17. maddelerde yer almaktadır. Bu yönüyle devlet, sadece kasıtlı ölümleri engellemekle değil, aynı zamanda kendi yetki alanı içerisindeki kişilerin yaşam hakkını korumayı da amaçlamalıdır. Yaşam hakkını korumaya yönelik hukuksal ve idari yapı oluşturulmalıdır. Yaşam hakkını koruyan hukuksal düzenlemelerin yanında bu düzenlemelerin etkin bir şekilde yaşama geçirilmesi gerekmektedir. Yaşamı tehdit altında bulunan kişilerin korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır³³.

Anayasanın 5. maddesi “Devletin temel amaç ve görevleri”ni düzenlemektedir. Buna göre Anayasanın 5. maddesi “Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamakla görevlidir. Ayrıca kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmünü ihtiva etmektedir.

Anayasanın 17. maddesinde yaşam hakkı: “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir; “(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz”. AİHS’de de olduğu gibi yaşam hakkı, mutlak bir şekilde düzenlenmemiştir. Anayasa madde 17/4’e göre “meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen Devletin temel amaç ve görevleri öldürme fiilleri” yaşam hakkının istisnalarını oluşturmaktadır. Bireyin maddi ve manevi varlığı korunmalıdır. Bireyin beden bütünlüğü kadar ruh sağlığı, onur ve haysiyeti korunmalıdır. Kimseye işkence yapılmamalıdır.

Bu temel hükümler doğrultusunda yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olduğu olaylardan haberdar olan soruşturma makamları derhal harekete geçmeli, maddi gerçeği ortaya çıkarmalı, sorumluları tespit etmeli ve sorumluların yarılanması sağlanmalıdır. Delillerin toplanması ve muhafazası hususunda azami gayret sarfedilmelidir. Soruşturmanın etkili olabilmesi için soruşturmadan sorumlu olanların ve soruşturmayı yürütenlerin bağımsızlığına hassasiyet gösterilmeli-

³³ Keser, Hayri, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022): 107, 5.

dir³⁴. Soruşturma makamları, tanık ifadeleri, adli tıp raporları, otopsi gibi olayla ilgili tüm delillerin toplanması için azami gayret göstermelidir. Yaşam hakkının ihlaline yol açan sebepler ve sorumluların belirlenmesini engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınılmalıdır³⁵. AYM, devletin soruşturma yükümlülüğü hususunda Anayasanın 5. maddesi ile 17. maddesini birlikte yorumlamaktadır³⁶.

Türk hukuku özelinde yaşam hakkının usul boyutunu değerlendirmek istersek AYM'nin yakın tarihli bir kararına değinmek faydalı olabilir. Güvenlik güçlerince güç kullanımı sonucu meydana gelen ölüm olayı hakkında etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak AYM Genel Kurulu, yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edilmediğine oyçokluğuyla karar vermiştir³⁷. Karar ihlal olmadığı yönünde olsa da yazılan karşı oy gerekçeleri, genel olarak yaşam hakkının usul boyutu ile ilgili oldukça açıklayıcıdır. Nitekim soruşturma ya da kovuşturmanın gerektirdiği yeterlilik boyutu, her olayın niteliğine göre değişiklik gösterebilmektedir³⁸. Bu anlamda, örneğin şüpheli ölüm olaylarında devletin yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü olmadığı gibi, ölüm olayının gerçekleştiği şartların ve varsa sorumluların tespitine engel olmadığı sürece, Anayasanın 17. maddesi uyarınca yürütülecek soruşturmalarda soruşturma makamlarının olayın gelişimi ve deliller konusunda ölenin yakınlarının bütün iddialarını ve taleplerini karşılama zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak yine de Anayasa hükmünün gerektirdiği ölçüde etkili bir soruşturma yürütüldüğünün kabul edilebilmesi için şüpheli bir ölüm olayı hakkındaki ceza soruşturmasının, kovuşturma aşamasında ise karar verme safhası da dahil olmak üzere kovuşturmanın tamamının kanunla yaşamı koruma yönündeki pozitif yükümlülüğün gereklerine uygun olması zorunludur³⁹.

³⁴ Keser, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, 5.

³⁵ Karan, Ulaş, "Yaşam Hakkı", Editör: Sibel Inceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme İçinde, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013): 132.

³⁶ Cem Sarıgülük ve Diğerleri [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021; Ayrıca Anayasa m.5 ve 17'ye ek olarak, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasının "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; ..." kısmı gereğince de değerlendirme yaptığı karar için bkz. Şehap Korkmaz ve Diğerleri, B. No: 2017/7592, 26/5/2022.

³⁷ Cem Sarıgülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021.

³⁸ Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan eziyet yasağının maddi ve usul boyutlarının ihlal edildiğine, ve karar örneğinin eziyet yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için polis memuru H.E. hakkında yeniden yargılama yapılmak üzere Kayseri 3. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği karar için bkz. Şehap Korkmaz ve Diğerleri Başvuru Numarası: 2017/7592, 26/5/2022; Ayrıca bkz. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından ihlaline karar verildiği, Yıldız Cingöz, B. No: 2019/16011, 19/1/2022.

³⁹ Cem Sarıgülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, M. Emin KUZ (karşı oy); Ayrıca bkz. Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B. No: 42942/02, 8/4/2008; Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015.

Sonuç olarak AYM karşı oy yazılarından şu tespitleri çıkarabiliriz.

- a) Öncelikle devletin hem negatif hem pozitif yükümlülüğü bulunduğu ve aynı zamanda ihlalin kolluk güçlerinden ya da kamu görevlilerinden kaynaklandığı olaylarda, kamu gücünün kullanımı sonucu gerçekleşen ölümlerde yükümlülüğün usuli boyutu daha da göze çarpmaktadır⁴⁰.
- b) Yargılamanın sonucuna etkili olup olmadığından bağımsız olarak yeterli gerekçe olmaksızın yargılama yerinin değiştirilmesi ve gerekçelendirilmemesi mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında “*haklı*” şüpheye neden olabilir. Davanın nakline ancak istisnai şartlarda, yargılamanın sağlıklı yürütülebilmesi için zorunlu olan durumlarda başvurulmalıdır. Zira keyfi nitelikteki nakil kararları bir yandan tarafların yargılamaya etkili katılımını engelleyebilecek, diğer yandan da yargılamaya müdahale edildiği görünümünün ortaya çıkmasına neden olabilecektir⁴¹.
- c) Yürütülen soruşturmanın ya da kovuşturmanın etkili olabilmesi için makul bir özen ve süratle yürütülmesi ve sonuçlandırılması gerekir. Böylece hem başvuruçuların hem de toplumun hukukun üstünlüğüne bağlılığını sürdürmesi sağlanabilir. Ayrıca bu durum hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kaldığı görünümü verilmesinin engellenmesi bakımından önemlidir⁴². Anayasa Mahkemesince yargılamanın beş yıl üç ay üç gün sürdüğü bir başvuruda “başvuruya konu ceza yargılamasının daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olunan önemli rolün zarar görmesine neden olabilecek şekilde makul bir özen ve süratle yürütülmediği” sonucuna varılmıştır⁴³. Her olay kendi içinde değerlendirilse de bahsettiğimiz olay bakımından da benzer sonuç çıkarılır. Yani olaya ilişkin görüntülerin ve diğer delillerin toplandığı, soruşturma evresinin bir buçuk ayda tamamlandığı tek sanıklı ve karmaşık olmayan bir davada da altı yıla yaklaşan yargılama süresinin makul olduğu söylenemez⁴⁴.

⁴⁰ Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015; Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, Engin YILDIRIM (karşı oy); “Kolluk görevlilerinin silahlı güç kullanması sebebiyle meydana gelen ölüm olaylarında ödenen tazminatla mağduriyetin giderildiği itirazlarını da değerlendiren AİHM, devletin sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün bulunduğunu (örn. olarak bkz. Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015) ve aksinin kabulünün bazı durumlarda kamu görevlilerine fiili bir dokunulmazlık sağlayarak öldürmeye ilişkin genel yasakların uygulamada etkisiz kalmasına yol açacağını hükme bağlamaktadır örnek olarak bkz. Özcan ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 18893/05, 20/4/2010.” Açıklama için Bkz. Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, M. Emin KUZ (karşı oy).

⁴¹ “*Kuşkusuz bozma üzerine dava Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından görülmeye devam etseydi de Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği karar verilebilirdi. Ne var ki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi “olgu” olduğu kadar “algı” meselesidir.*” açıklama için bkz. Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, Zühtü ARSLAN (karşı oy).

⁴² Fahriye Erkek ve Diğerleri, B. No: 2013/4668, 16/9/2015.

⁴³ Fatma Akın ve Mehmet Eren, [GK], B. No: 2017/26636, 10/11/2021.

⁴⁴ Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, Zühtü ARSLAN (karşı oy).

d) Özellikle yaşam hakkı ihlallerini gerçekleştiren kamu görevlilerinin cezasız kalmalarına ya da gerektiği gibi cezalandırılmamalarına yol açan uygulamalar, caydırıcılığı sağlayamadığı için etkili ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünü açıkça zedelemektedir. Söz konusu caydırıcılık hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği görünümünün önlenmesi açısından oldukça önemlidir. Diğer yandan yaşam hakkının söz konusu olduğu bir yargılamanın sonunda hükmedilen adli para cezasının meydana gelen netice ile orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bir olayda ağır suç meydana getiren eyleme karşılık yetersiz cezaya hükmolunması, benzer olaylarda caydırıcılığın sağlanması için devletin etkili bir ceza soruşturması yürütme konusundaki yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelebilecek ve “idarenin kolluk görevlisini koruma ve kollama güdüsüyle hareket ettiğinin bir işareti olarak da algılanabilecektir”⁴⁵.

Kamusal düzeni sağlamakla görevli kişilerin Anayasal ve kanuni sınırların dışına çıkması da hukuk devletinde kabul edilmemektedir. Özellikle meydana gelen ölüm olayı ile hükmedilen ceza arasında açık bir orantısızlık olmamalı, sanığın cezasız kalmasını sağlayacak yargısal sürecin yaşanmaması gerekmektedir. Devletin yaşam hakkını koruma ve ihlal etmeme, toplumun adalete olan güvenini sağlama ve bunları hukuki sınırlar içerisinde yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin yukarıda örnek aldığımız karara yönelik karşı oy gerekçelerine bakıldığında AYM’nin AİHM ve AYM’nin yerleşik içtihatlarından farklı karar verdiği hususunda tereddütler oluşmakta ve AİHM’e başvuru yapıldığı takdirde Türkiye aleyhine sonuç çıkacağı hususunda bir anlayış ortaya çıkmaktadır⁴⁶.

II. YAŞAM HAKKI KAPSAMINDA DEVLETİN ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yaşam hakkını düzenleyen 2. madde bağlamında devletlerin usul yükümlülüğünden (*procedural obligation*) bahsedilmektedir. Etkili soruşturma kavramını, suç şüphesinin soruşturma makamları tarafından öğrenilmesinden itibaren maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla aktif bir şekilde araştırma yapılarak elde edilmesi mümkün olan delillerin tamamının ortaya konulması ve sorumluların saptanması şeklinde tanımlamak doğru olacaktır. Etkili soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak ve kamu görevlileri-

⁴⁵ Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, Zühtü ARSLAN (karşı oy); Bkz. Cem Sarısülük ve Diğerleri, [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, M. Emin KUZ (karşı oy).

⁴⁶ Keser, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, 70.

nin ya da kurumların karıştığı olaylarda bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır⁴⁷.

Usul yükümlülüğü çerçevesinde devletin doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma mekanizmasına sahip olması gerekmektedir⁴⁸. Ölüm sonucuna devlet sebep olmasa bile, yaşam hakkının ihlaline ilişkin etkin bir soruşturma yapılmamışsa devletin sorumluluğu doğacaktır. Aksi durumda devletin öldürmeyi yasaklamasının ve yaşamı koruma taahhüdünde bulunmasının bir anlamının kaldığı söylenemez⁴⁹. Soruşturma yükümlülüğü, doğal olmayan nedenle meydana gelen tüm ölüm olayları bakımından mevcuttur. Soruşturma yükümlülüğü, ölüme kim sebebiyet vermiş olursa olsun (devlet görevlileri, üçüncü kişiler ve hatta kişinin kendisi) uygulanır. Yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, ölüm olayı nasıl meydana gelmiş olursa olsun, (kasıtlı şiddet sonucu, kasıtlı olmayan tehlikeli faaliyetler sırasında meydana gelen kazalar, tıbbi ihmal, doğal afet) yine uygulama alanı bulmaktadır⁵⁰.

Ölüm nedeni ve koşulları, bir insanın veya bir kuruluşun eylem ya da ihmalinin olabileceğine işaret ediyorsa devletin sorumluların belirlenmesi, gerekirse sorumluların yargılanması ve yaptırım uygulanması hususunda gerekli süreci başlatması gerekmektedir. Yaşam hakkı ihlal edilen kişinin yakınlarının ölüm nedeniyle uğradıkları zararlar giderilmelidir. Yaşam hakkının ihlal edilmesine ilişkin sürecin etkili soruşturma ve kovuşturma ile yürütülmesi gerekmektedir. Burada önemli olan bir diğer husus etkili soruşturma yükümlülüğünün sadece cezai tedbirlerin alınması ile sınırlı olmadığıdır. Burada cezai tedbirlerin de ötesinde yaşam hakkının ihlaline yönelik olarak kişinin yakınlarının başvurabileceği her yolun etkili soruşturma yükümlülüğünün kapsamına girdiği de söylenebilir. Dolayısıyla etkili soruşturma yükümlülüğünün, sonuçlarla değil araçlarla ilgili bir yükümlülük olduğu sonucu da çıkarılabilir.

⁴⁷ Aktaş/Türkiye, B. No. 24351/94, 24/04/2003; Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan [BD], B. No. 43577/98, 06/07/2005.

⁴⁸ AİHM, devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğünü şu şekilde ifade etmektedir: Mahkeme, Komisyon gibi, sadece kendisini dikkate almakla sınırlamaktadır ki devlet makamları tarafından kullanılan ölümcül gücün tekrar gözden geçirilmesi için bir prosedürün olmaması nedeniyle hiç kimsenin devlet görevlileri tarafından keyfî bir şekilde öldürülemeyeceği gibi genel hukukî bir yasak, uygulamada, etkisiz olacaktır. Bu madde uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, devletin Sözleşme'nin 1. maddesinde "*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve hürriyetleri tanır*" şeklinde bir genel görevi ile okunduğunda bireylerin, *inter alios* [diğer kişiler arasında], devlet görevlileri tarafından güç kullanımı sonucunda öldürüldükleri durumlarda bir takım etkin resmi soruşturma sekinin bulunmasını gerektirmektedir". Bkz., McCann ve Diğerleri/İngiltere, B. No. 17/1994/464/545, 27/09/1995. Kararın Türkçe çevirisi için bkz., Korff, *Yaşam Hakkı*, 8.

⁴⁹ Doğru, Osman, *Yaşama Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, (Ankara: 2018): 296.

⁵⁰ Keser, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, 107.

AIHM'e göre, etkili ve eksiksiz bir soruşturmada söz edilebilmesi için soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması gerekir. Ayrıca kamuoyunun güvenini korumak ve yasadığı eylemlere her türlü hoşgörü gösterildiği ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan ivedilik ve gerekli özen gösterilmelidir. Soruşturma usul yükümlülüğü, maddi yükümlülüğkten ayrı bir yükümlülük haline geldiği için⁵¹, bir başvuruda maddi yükümlülüğün ihlal edildiği ileri sürülmemiş olsa bile, sadece etkili soruşturma yapılmadığı iddiası ileri sürüldüğünde, Mahkeme usul yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini inceleyebilir⁵².

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesine 2013 yılında üçüncü bir fıkra eklenmiştir. "*Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılır*". Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Cumhuriyet savcısınca soruşturmanın sonucunda verilebilecek takipsizlik kararının, etkin bir soruşturma yapılmadan verildiğine hükmedilmesi durumunda, kanunda belirtilen süre içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılması, savcı için kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir⁵³. Kovuşturma evresinin hazırlığı niteliğinde olan soruşturma evresinde suç haberinin maddi gerçekliği araştırılmakta ve olaya ilişkin deliller toplanmaktadır. Kovuşturma evresine geçilip geçilmeyeceğine ilişkin karar, araştırma faaliyetleri neticesinde, soruşturma evresinin sonunda verilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, soruşturma evresinde, savcının etkin bir rol üstlenmesi hususuna büyük önem verilmiştir. Bu evrede gerçekleştirilecek ve hâkim kararına ihtiyaç duyulan haller dışındaki tüm işlemler konusunda kolluk, savcının yardımcısı konumunda olup savcı asıl yetkili ve görevli kişidir. Savcının soruşturma işlemlerinin tamamından, en baştan itibaren haberdar olmasına özen gösterilmelidir⁵⁴. Bir soruşturmanın ne zaman etkili olduğuna karar vermek için yararlanılabilecek mutlak geçerli bir işlemler listesi içtihatla mevcut değildir. Bununla beraber, AIHM ve AYM soruşturmanın etkililiğini ortaya koyabilecek belirli kıstaslar üretmiştir. Etkili bir soruşturmanın olmazsa olmaz beş koşulu şunlardır:

⁵¹ Armani da Silva/İngiltere, B. No. 5878/08, 30/03/2016.

⁵² Kalicki/Polonya, B. No. 46797/08, 08/12/2015; Durmaz/Türkiye, B. No. 3621/07, 13/11/2014.

⁵³ Güleç, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, (2014): 1393-1394. (Takipsizlik Kararı).

⁵⁴ Güleç, *Takipsizlik Kararı*, 1394.

- (1) Soruşturmanın başlaması: soruşturma makamı şikâyeti öğrendiğinde veya şikâyetin konusu kendisine yeterince açıklıkla sunulduğunda, soruşturmayı başlatmalıdır.
- (2) Soruşturma organlarının bağımsızlığı: şikâyeti soruşturacak olan soruşturma organları, soruşturulan kişi veya kuruluşlardan bağımsız olmalıdır.
- (3) Soruşturmanın etkililiği: soruşturma, maddi gerçekleri ortaya çıkarmaya dönük olma anlamında etkili olmalıdır.
- (4) Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması: soruşturma organları soruşturmanın her aşamasında gerekli özeni ve titizliği göstermeli ve soruşturma yeterince hızlı yapılmalıdır.
- (5) Soruşturmanın şeffaflığı ve kamu tarafından denetimi: soruşturma, şeffaf ve kamu denetimine açık olmalıdır. Bu ilkeler aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir⁵⁵.

B. ETKİLİ SORUŞTURMANIN KOŞULLARI

1. Soruşturmanın Başlaması

Yaşam hakkı ihlallerine ilişkin soruşturmaların ana hedefi, yaşam hakkını koruyan iç hukuk hükümlerinin, özellikle de devlet kurumlarının veya görevlilerinin karıştığı iddia edilen ölümlerin meydana geldiği olaylarda bu kişi ya da kurumların sorumluluklarının tespit edilmesi için etkili bir biçimde uygulanmasını teminat altına almaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde ne tarz soruşturmaların yürütüleceği olaylara göre farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, olaydan haberdar olduktan sonra soruşturma makamları kendi kanunlarına uygun olarak hareket etmek zorundadırlar⁵⁶.

Mahkeme içtihatları ile soruşturmanın etkin bir şekilde sürdürülmesinin kabulü için ilk olarak şüpheli bir ölüm olayında resmi soruşturmanın re'sen başlatılması gerekmektedir⁵⁷. Soruşturma makamları, ölenin yakınlarının resmi bir şikâyette bulunmalarını veya soruşturmanın yürütülmesine katılmalarını beklememelidirler⁵⁸. Hatta mağdurun özel olarak herhangi belli birinden şikâyetçi olmadığını ifade etmesi de soruşturmanın kapatılmasına/açılmamasına gerekçe oluşturmamalıdır⁵⁹. Olaydan haberdar olduğunda re'sen soruşturmaya başla-

⁵⁵ Cem Sarısülük ve Diğerleri [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021, Engin YILDIRIM (karşı oy), §5; Ayrıca bkz. Deveci, Ali, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, *Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), (Kayseri: 2014): 52. (Soruşturma Yükümlülüğü).

⁵⁶ Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 1, Sayı 3, 2002, s. 149.

⁵⁷ Ergi/Türkiye, B. No: 23818/94, 28/07/1998.

⁵⁸ Doğru, Osman- Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2013): 23. (Önemli Kararlar).

⁵⁹ Toptaniş/Türkiye, B. No. 61170/09, 30/08/2016.

mak dış faktörlere bağlı olamayacağına göre bir sonuç yükümlülüğüdür ya yerine getirilir ya yerine getirilmez ya ifa edilir ya ihlal edilir. Öte yandan, bu sonuç yükümlülüğünün ifası, bazı özen yükümlülüklerinin ifa edilmesini gerektirir; durumdan haberdar olan makamlar soruşturma merciini haberdar etmelidir ve durumdan haberdar olur olmaz soruşturma mercii derhal soruşturmaya başlamalıdır. Soruşturmanın re'sen ve derhal başlatılması mecburiyetinin altında yatan mantık, süratle harekete geçilerek kanıtların kaybolmasının önüne geçilmesi ve olay hala taze iken tanıkların ifadelerine başvurulabilmesinin sağlanmasıdır⁶⁰.

Nitekim hukukumuzda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcıları bir suçun işlendiğine dair izlenim edindiklerinde doğrudan araştırma yapmaya başlama görevine sahip olduklarından bu yükümlülük yasal nitelik de taşımaktadır⁶¹. AYM'nin Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri kararında da yaşam hakkı konusunda etkili bir soruşturmada bahsedilebilmesi için şikâyet ya da ihbarın gerekli olmadığı, resmi görevlilerin derhal soruşturma başlatması gerektiğine hükmedilmiştir⁶². Bununla birlikte devletin sahip olduğu re'sen soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesi; bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği, başvurunun sahip olduğu iddialarını idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁶³.

2. Soruşturma Organlarının Bağımsızlığı

Etkili bir soruşturma için soruşturma ve soruşturmacı bağımsız olmalıdır⁶⁴. Yani soruşturmayı gerçekleştiren kişiler ile soruşturulanlar arasında bir alt-üst veya mesleki ilişki bulunmamalıdır. Bu husus özellikle ölüm olayına karışmış kamu görevlileri açısından önemlidir. Etkin soruşturma yapılması bakımından bağımsız olması beklenenler sadece soruşturma makamları olan hakimler, savcılar ve kolluk görevlileri olmayıp, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında görev alan ve bu nedenle sorumluluğu bulunan herkeştir⁶⁵.

⁶⁰ Doğru ve Nalbant, *Önemli Kararlar*, 23; "Bununla birlikte, 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler "yetkililere imkânsız ya da orantısız bir külfet getirmeyecek şekilde yorumlanmalıdır". "Yetkililerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiklerinin iddia edilmesi durumunda (...); yetkililerin, belirli bir birey ya da bireylerin yaşamına karşı üçüncü bir kişinin suç oluşturan eylemlerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir risk bulunduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği ve makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu riskin ortadan kaldırılması için alınması beklenebilecek ve yetki alanlarına giren önlemleri almadıkları [Mahkemeyi] tatmin edici şekilde ortaya konulmalıdır" (Osman/İngiltere)" https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_TUR.pdf, (T.C. Adalet Bakanlığı, 2015, gayri resmi çeviri).

⁶¹ Soruşturmanın mecburiliği ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014): 102.

⁶² Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri, B. No. 2012/752, 17/09/2013.

⁶³ Zeki Güngör, B. No: 2013/8491, 31/3/2016.

⁶⁴ Ergi/Türkiye, B. No. 23818/94, 28/07/1998.

⁶⁵ Deveci, *Soruşturma Yükümlülüğü*, 59; Karan, *Yaşam Hakkı*, 132.

AİHM, Oğur/Türkiye kararında, soruşturmacının şüpheli askerler ile aynı emir-komuta zincirinde yer almasının soruşturmanın bağımsızlığını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁶. Benzer şekilde AYM, Mehmet Deniz'in kolluk tarafından öldürülmüş olduğu iddiasına ilişkin olarak olayda şüpheli kişinin mensup olduğu Erciş Emniyeti'nin soruşturmayı yürütmesini soruşturmanın bağımsızlığı ilkesine aykırı bulmuştur⁶⁷. Kamu görevlilerinin bir kişinin yaşamına hukuka aykırı biçimde son vermelerine ilişkin ileri sürülen iddialarla ilgili yürütülecek soruşturmaların etkili sayılabilmesi için soruşturma ile görevli olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olması ön plana çıkmaktadır⁶⁸. Bu durum, hiyerarşik ve kurumsal bağlantı olmamasını ve soruşturma uygulamasının da bağımsızlığını gerektirmektedir⁶⁹. Bağımsızlık, aynı zamanda soruşturmacının özen yükümlülüğünü de içermektedir. Savcılık soruşturmasında olayın taraflarından biri olan jandarmalarca hazırlanan raporun olduğu gibi kabul edilmesi⁷⁰ veya kamu görevlilerinin saldırılara karışabilme ihtimalinin tamamen göz ardı edilmesi⁷¹ veyahut kararda başkaca deliller dikkate alınmadan ve tanıklar dinlenmeden şüpheli askerin ifadesinin temel alınması konuları örnek olarak verilebilmektedir. Soruşturma makamlarının bağımsızlığı kurumsal veya hiyerarşik bağımsızlığın yanında tarafsızlığı da içermektedir⁷². Tarafsızlık, soruşturma makamlarının olaylara ve yargılamanın taraflarına önyargılardan uzak, nesnel bir bakış açısı ile yaklaşmalarını gerektirmektedir⁷³. AYM, soruşturma organlarının bağımsızlığı hususunda adil yargılanma hakkının unsuru olan tarafsız hâkim ilkesine paralel bir inceleme yapmaktadır. Yargı sistemi, kurumsal açıdan tarafsız bir izlenim göstermelidir⁷⁴. Kanuni veya kurumsal bağımsızlık tartışmaya açık olduğunda soruşturmanın bağımsız bir şekilde yürütülüp yürütülmediğine ilişkin Mahkemenin daha sıkı bir inceleme yapması gerekmektedir. Bir soruşturmanın bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin bir sorun ortaya çıkması halinde, ihtilafli konunun soruşturmanın etkililiğini ve yaşam hakkının ihlalinin meydana geldiği koşulları aydınlatma ve sorumluları cezalandırma imkanını ne ölçüde tehlikeye soktuğu ele alınmalıdır⁷⁵.

⁶⁶ Oğur/Türkiye, B. No: 21954/93, 20/05/1999.

⁶⁷ İpek Deniz ve Diğerleri, B. No. 2013/1595, 21/4/2016.

⁶⁸ Karan, *Yaşam Hakkı*, 132.

⁶⁹ Shanaghan/İngiltere, B. No. 37715/97, 4/05/2001; Kelly ve Diğerleri/İngiltere, B. No. 30054/96, 4/05/2001; Neškoska/Makedonya, B. No: 60333/13, 21/01/2016; Aliyev ve Gadzhziyeva/Rusya, B. No. 11059/12, 12/07/2016; Malik Babayev/Azərbaycan, B. No. 30500/11, 1/06/2017.

⁷⁰ Ergi/Türkiye, B. No. 52/1997/836/1042, 9/06/1998.

⁷¹ Yaşa/Türkiye, B. No. 63/1997/847/1054, 2/09/1998.

⁷² Cemil Danişman, B. No. 2013/6319, 16/7/2014.

⁷³ Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nunoğlu, Aysel, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: 2006): 305.

⁷⁴ Meral Eşikli, B. No: 2013/7586, 04/11/2015.

⁷⁵ Doğru, *Yaşam Hakkı*, 307.

3. Soruşturmanın Etkililiği

Soruşturmanın etkililiği, ölüm olayına ilişkin bütün kanıtların toplanması ve elde edilen kanıtlar ışığında sorumluların tespiti ile cezalandırılmasına yol açacak nitelikte ve yeterlilikte olmasını ifade etmektedir. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, (araç) vasıta yükümlülüğüdür⁷⁶. Etkili soruşturma yükümlülüğünün amacı, yaşam hakkını koruyan yasal düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması ve sorumlu kişilerin hesap verirliliğinin sağlanmasıdır. Etkili soruşturma, doğal olmayan ölümler ve hatta yaşam hakkına yönelik müdahale sonucu kişi ölmesi dahi gerçekleşmelidir⁷⁷.

Hangi delillerin toplanacağı ve ne tarz soruşturmanın yürütüleceği, olaylara göre farklılık gösterebilir. Bununla birlikte hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, olaydan haberdar olunduktan sonra kamu görevlileri, kendi yargısal yetkileri içerisinde hareket etmelidirler. Kamu görevlileri, yaşam hakkının korunması konusunda özensizlik, eksiklik ya da ihmal göstermemelidir⁷⁸. Aksi durumun oluşması halinde yaşam hakkının usuli boyutunun ihlali ortaya çıkabilmektedir.

Soruşturmanın etkili olabilmesi için gerçek suç failleri ortaya çıkarılmalı ve yargılanmaları sağlanmalıdır. Yargı organları, kişinin yaşamını tehlikeye atan ya da sonlandıran faillerin cezasız kalmasına olanak sağlayacak tutumlardan kaçınmalıdır⁷⁹.

AYM'nin bireysel başvuru içtihatlarında somutlaştığı üzere, gerekli tüm tedbirlerin alınmadığını gösteren eksiklikler, kalabalık bir bölgede gerçekleşen ölümden yalnızca bir tanığın ifadesinin alınması şeklinde ortaya çıkabildiği gibi⁸⁰, elinde atış artığına rastlanan tanığın şüpheli olarak ikinci ifadesinin alınması için çağrılmasına rağmen kollukça getirilmemesi şeklinde de olabilmektedir⁸¹. Ayrıca maktulü öldüren kurşunun ateşlendiği silahı ortaya çıkaracak balistik incelemenin yapılmaması⁸², otopsiyle ölümün yalnızca tıbbi sebebinin ortaya konup maddi koşulların önemsenmemesi⁸³ veya otopsinin olası kötü muameleye ilişkin tek delili oluşturacağı soruşturmada yüzeysel bir biçimde yapılması⁸⁴ da AYM'nin bireysel başvuru içtihatlarında yeterli çabanın gösterilmediğine ilişkin örnekler arasında yer almaktadır. Mahkeme, yakın tarihli başka bir olayda kazanın meydana geldiği an ile sonrasında kolluk tarafından tutulan tutanak ve düzenlenen belgelerdeki

⁷⁶ Doğru ve Nalbant, *Önemli Kararlar*, 24.

⁷⁷ Karan, *Yaşam Hakkı*, 131.

⁷⁸ Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 3, (2002): 149.

⁷⁹ Karan, *Yaşam Hakkı*, 132.

⁸⁰ Akkoç/Türkiye, B. No: 22947/93 ve 22948/93, 10/10/2000.

⁸¹ Doğan Demirhan, B. No: 2013/3908, 06/01/2016.

⁸² Oğur/Türkiye, B. No. 21594/93, 20/05/1999.

⁸³ Fahriye Erkek ve Diğerleri, B. No. 2013/4668, 16/9/2015.

⁸⁴ Tanlı/Türkiye, B. No: 26129/95, 10/04/2001.

olay saatinin uyuşmamasına ve ayrıca yine olay saati ile hastane giriş saatlerinin arasındaki şüpheli sayılabilecek farka rağmen iddiaların araştırılmamasını, bu iddianın herhangi bir şekilde karşılanmamasını soruşturmanın derinliği ve ciddiyeti üzerinde şüphe uyandıracak önemli bir eksiklik olarak nitelendirmiştir⁸⁵.

Uyuşmazlığın taraflarının kalabalık olduğu davalarda soruşturmanın etkili olabilmesi için büyük çaba sarf edilmelidir. Örneğin, Aralık 1989 tarihli komünizm karşıtı gösterilerin şiddetle bastırılmasından sonra AİHM, Romanyalı yetkililerin etkili bir soruşturma yürütmediği sonucuna varmıştır. Aynı olaylar çerçevesinde, başvuranların oğlunun hükümet karşıtı gösterilerde hayatını kaybetmesi ile ilgili davada Mahkeme, yüzlerce insanın eleştirilen ceza yargılamalarında zarar gören taraflar olarak müdahil olduğu göz önünde bulundurulduğunda, etkin soruşturma yapılmaması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiği ile ilgili tespitlerinin geniş kapsamlı bir sorunla ilgili olduğunu belirtmiştir. Kararının icrası bağlamında da kuşkusuz, ülke çapında genel önlemlerin alınmasının gerekli olduğunu da eklemiştir⁸⁶.

Yaşam hakkını ihlal eden fiilin özel bir saikle yani ırkçı ya da ayrımcı bir saikle işlenmesi durumunda soruşturma makamları daha dikkatli ve titiz davranmalıdır. AİHM, kamu makamlarının şiddet olaylarını soruşturur iken, eylemin altında ırkçı bir saikin olup olmadığını bulmak ve nefret duygularının ya da etnik kökene dayalı, ön yargıların olayda rol oynayıp oynamadığının tespit edilmesi için makul tüm önlemlerin alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁸⁷.

4. Soruşturmanın Makul Bir Özen ve Hızla Yapılması

Soruşturma işlemleri, yaşam hakkının ihlalinin ardından makul bir hız ve özenle yürütülmelidir. Soruşturma makamlarının makul hızla hareket etmemesi halinde delil toplamanın imkânsızlaşmasının yanında, kovuşturmanın zamanasını engeline takılması ve sorumluların hiçbir zaman belirlenememesi ve cezalandırılmaması gibi sorunlara yol açabilmektedir.

Makul özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı her davanın kendine özgü koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. Bu yükümlülük, daha çok soruşturma sürecinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak her türlü delilin zamanında ve eksiksiz olarak toplanmasını gerektirmektedir⁸⁸.

⁸⁵ Yıldız Cingöz, B. No: 2019/16011, 19/1/2022.

⁸⁶ AİHM, Romanya'da Aralık 1989 tarihinde yapılan hükümet karşıtı protestoların engellenmesi sırasında yaşanan ölüm olayının başvuruçuları olan Elena ve Nicolae Vlase'nin oğullarının ölümü üzerine etkili etkili bir soruşturma yürütülmemesi sebebiyle Sözleşmesi'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. 21 December 1989 ve Diğerleri/Romanya, B. No. 33810/07 ve 18817/08, 24/05/2011, açıklama için bkz., https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_TUR.pdf, E. T. 1.5.2022.

⁸⁷ Karan, *Yaşam Hakkı*, 133.

⁸⁸ Deveci, *Soruşturma Yükümlülüğü*, 90.

AİHM, ölümcül güç kullanımına ilişkin soruşturmalarda kamu makamlarının hızlı hareket etmesi, herhangi bir hile ya da kanuna aykırı bir eyleme hoşgörü gösterilmemesi, kamuoyunun hukuk devleti ilkesine bağlılığının sağlanması ve güven ortamının sürdürülmesini temel unsur olarak görmektedir⁸⁹.

5237 sayılı CMK'nın "Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" başlıklı 160⁹⁰ ve "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" başlıklı 161. maddelerinde soruşturmanın makul özen ve hızla yapılmasına dair hükümler içermektedir. Her iki madde de Cumhuriyet savcılarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik yetki ve görevleri belirtilmekte ve bu suretle makul sürede soruşturmayı sonuçlandırması beklenmektedir.

Soruşturmanın makul süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği, etkin soruşturma yükümlülüğünün zaman boyutunu oluşturmaktadır. Bu gereklilik AİHS'in 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturan, davanın makul bir süre içerisinde görülmesi hakkı ile benzerlik göstermektedir⁹¹. AİHM, soruşturma süresinin makul olup olmadığına ilişkin sabit bir üst sınır belirlememiş, sürenin makul olup olmadığı her olayın kendi şartları çerçevesinde incelenmesini tercih etmiştir. Bu nedenle bir dava için makul olarak bulunan bir süre başka bir dava açısından makul kabul edilmemektedir. Ancak genellikle sekiz yıl ve üzeri süreler mutlak olarak makul süre sınırının ihlali olarak kabul edilmektedir⁹².

AYM, makul hıza ilişkin kesin bir süre sınırı çizmemiş, soruşturma makamlarının belirli engellerle karşılaşabileceğini kabul ederek ivediliğin somut olayın koşullarına göre inceleneceğini belirtmiştir⁹³. Bu kapsamda, sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen ve on beş ay süren⁹⁴ veya biyolojik inceleme, iletişim kayıtlarının incelenmesi gibi teknik ve zaman gerektiren işler içeren ve bu sebeple iki yıl yedi ay süren⁹⁵ soruşturmaların makul sürede tamamlanmış

⁸⁹ Karan, *Yaşam Hakkı*, 132-133.

⁹⁰ 5237 Sayılı CMK 160. madde: "Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi; (1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (2) Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."

⁹¹ Inceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2005): 370.

⁹² Inceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 373.

⁹³ Deniz Yazıcı, B. No. 2013/6359, 10/12/2014; AYM, başvuruların oğullarının cezaevindeki intiharının sorumlularının belirlenmesi için yeterli çaba gösterilmediği gerekçesiyle Anayasa madde 17'nin usuli boyutunu ihlal eder nitelikte bulmuştur. Nejla Özer ve Müslim Özer, B. No. 2013/3782, 21/4/2016.

⁹⁴ Nejla Özer ve Müslim Özer, B. No. 2013/3782, 21/4/2016.

⁹⁵ AYM, kolluk güçlerinin başvuruların yakınının intihar ettiği yönünde önyargıyla hareket ederek yeterli delil toplamaları sebebiyle Anayasa madde 17'nin gereklerinin karşılanmadığını belirtmiştir. Bkz., Fahriye Erkek ve Diğerleri, B. No. 2013/4668, 16/9/2015.

olduğu kabul edilmiştir. AYM, ifadelerin ölümden dört ay sonra tamamlanabilmesini, ölüme dair tıbbi raporun ancak bir buçuk yıl içinde hazırlanmasını, soruşturma izninin validen iki yıl dokuz ay sonra istenmesini ve tümüyle üç yıl üç ay içinde inceleme yapılmasına yer olmadığı kararını soruşturmanın makul hız ve özendeye yürütülme ölçüte uygun olmadığına karar vermiştir⁹⁶.

Gösterilmesi gereken makul hız sadece soruşturmanın sonuçlanması anına kadar geçerli olan süreci değil, yargılamanın tümüyle sonuç doğurmaya elverişli hız ve özenle yürütülmesi sürecini de içermektedir. AYM, idari davanın on beş yıl sürmesi hususunda makul hızın gösterilemediği kanısındadır⁹⁷. Yine AYM, herhangi bir karışıklık içermemelerine karşın, Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Başvurusunda 5 yıl 10 ay 11 gün⁹⁸, Salih Ülgen ve Diğerleri Başvurusunda 6 yıl 7 ay 6 gün⁹⁹, Gürkan Kaçar ve Diğerleri Başvurusunda 9 yıl¹⁰⁰ ve Mehmet Karadağ Başvurusunda da 10 yıl 9 ay¹⁰¹ süren yargılamaları makul hızda sonuçlanmadığı kanaatine ulaşmıştır.

AYM, Filiz Aka Başvurusunda ise ikinci temyiz sürecinin uzunluğuna dikkat çekmiş ve sekiz yılı aşan soruşturma ve kovuşturma süreci dolayısıyla yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰². AYM, başvuruçuların, yakınlarının 1999 yılında Ulucanlar Cezaevine yapılan operasyon sırasında güvenlik görevlilerince öldürüldüğünden bahisle yaptıkları Hüseyin Çat ve Diğerleri Başvurusunda¹⁰³, yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Kararda “Devam etmekte olan ceza yargılamasında altı müşteki, altmış dokuz mağdur ve yüz altmış bir sanık olması, olayın ciddiyeti ve karmaşıklığı nedeniyle dosyanın ilerlemesinde güçlükler yaşanması kaçınılmaz kabul edilse bile bu soruşturma ve kovuşturma sürecinin yaklaşık 15 yıl 8 ay devam etmesinin, öldürücü güç kullanılmasıyla ilgili bir soruşturmada halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi ilkesiyle bağdaşmadığı değerlendirildiğinden soruşturmanın hızlı ve yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır.” gerekçesine yer verilmiştir.

5. Soruşturmanın Şeffaflığı ve Kamuoyu Tarafından Denetimi

Yaşam hakkının ihlaline yönelik soruşturmaların etkili olabilmesi için kamuoyu denetimine yer verilmelidir. Hesap verilebilirliğin sağlanmasında soruş-

⁹⁶ Turan Uytun ve Kevzer Uytun, B. No. 2013/9461, 15/12/2015.

⁹⁷ Doğan Demirhan, B. No. 2013/3908, 6/1/2016.

⁹⁸ Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya, B. No. 2013/1280, 28/5/2014.

⁹⁹ Salih Ülgen ve Diğerleri, B. No. 2013/6585, 18/9/2014.

¹⁰⁰ Gürkan Kaçar ve Diğerleri, B. No. 2014/11855, 13/9/2017.

¹⁰¹ Mehmet Karadağ, B. No. 2013/2030, 26/6/2014.

¹⁰² Filiz Aka, B. No. 2013/8365, 10/6/2015.

¹⁰³ Hüseyin Çat ve Diğerleri, B. No. 2013/8475, 21/5/2015.

turmanın veya sonuçlarının kamuoyu denetime açıklığı ön plana çıkmaktadır. Ayrıca, ölenin yakınlarının meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde, kendilerinin soruşturmaya katılımı sağlanmalıdır¹⁰⁴.

Hesap verilebilirliğin temini için soruşturmanın ve sonuçlarının kamuoyunun denetimine açıklığına özen gösterilmelidir. Ceza soruşturmasının etkililiğinin sağlanması için soruşturma makamlarınca tutulan tutanaklar ve diğer soruşturma belgeleri kamuoyuna açıklanmalıdır. Soruşturma belgelerinin açıklanmasının özel kişilere veya başka soruşturmalara zarar vermesi durumunda kamuoyu denetimine mahkeme tarafından sınırlama getirilebilir¹⁰⁵. Kamuoyu denetimin derecesi vakadan vakaya değişebilir ve bazı hallerde ilgili açıklığın sınırlandırılması da kaçınılmaz olabilmektedir. Ancak, yaşam hakkı ihlal edilen kişinin ailesinin ve yakınlarının soruşturma sürecine katılmaları sağlanmalıdır¹⁰⁶. AİHM'ne göre şikayetçinin kamuya açıklığın asgari ölçütü olarak, soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılması sağlanmalıdır¹⁰⁷. Bu yükümlülük soruşturmanın aşamalarından haberdar olma ve gerekçeli karar verilmesi gibi sonuç yükümlülüğü niteliğindeki yükümlülüklerle birlikte özen yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.

Yaşam hakkı ihlal edilen kişinin ailesinin ve yakınlarının/mağdurların soruşturmanın her aşamasında her bilgiye erişebilmeleri mümkün değil ise de¹⁰⁸ AİHM içtihadında, maktulün ailesinin soruşturma işlemlerinden haberdar edilmemesi ya da geç haberdar edilmesi¹⁰⁹, ailenin soruşturma¹¹⁰ ve yargılama belgelerine erişememesi¹¹¹, aileye otopsi ve balistik inceleme raporlarının kopyalarının verilmemesi¹¹² hallerini yaşam hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

AYM kanıtlama sorununu, “*somut olayın gelişimine ilişkin başvurusunun iddiaları ile soruşturma kapsamında elde edilen bulgu ve ulaşılan sonuçlar arasında farklılık*” olarak tanımlamıştır¹¹³. AYM, esas olarak olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesinin idari ve yargısal makamların ödevi oldu-

¹⁰⁴ Hugh Jordan/ İngiltere, B. No. 24746/94, 4/05/2001; Karan, *Yaşam Hakkı*, 132.

¹⁰⁵ Karan, *Yaşam Hakkı*, 132.

¹⁰⁶ McKerr/İngiltere, B. No. 28883/95, 4/05/2001; Hugh Jordan/ İngiltere, B. No. 24746/94, 4/05/2001; Paul ve Audrey Edwards/İngiltere, B. No. 46477/99, 14/03/2002; AİHM, McShane/İngiltere, B. No. 43290/98, 28/05/2002; Tahsin Acar/Türkiye, B. No. 26307/95, 2/04/2003; Cobrazu/Romanya, B. No: 6978/08, 25/06/2013.

¹⁰⁷ Şenol, Cem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013): 155-157.

¹⁰⁸ Ramsahai ve Diğerleri/Hollanda, B. No. 52391/99, K. T. 18 Mayıs 1999; Velcea ve Mazare/Romanya, B. No. 64301/01, 1/12/2009; Papapetrou ve Diğerleri/Yunanistan”, B. No. 17380/09, 11/07/2011.

¹⁰⁹ Trufin/Romanya, B. No. 3990/04, 20/10/2009.

¹¹⁰ Anık ve Diğerleri/Türkiye”, B. No. 63758/00, 05/06/2007.

¹¹¹ Oğur/Türkiye, B. No: 21954/93, 20 /05/1999.

¹¹² Adalı/Türkiye, B. No. 38187/97, 31/03/2005.

¹¹³ Nesrin Demir ve Diğerleri, B. No. 2014/5785, KT. 29.09.2016.

ğunu¹¹⁴ vurgulamaktadır. AYM'nin soruşturma ve yargılama makamların yerine geçecek şekilde delilleri değerlendirmesi söz konusu değildir. Ancak AYM yetkili mercilerin değerlendirmelerine tamamen bağlı değildir. AYM, kesin ikna edici bulgulara dayanarak farklı bir değerlendirmede de bulunabilir¹¹⁵.

AYM, soruşturma kapsamında ölüm olayının nedenini aydınlatmak için gerekli adımların zamanında atılmadığı, 2003 tarihli AİHM kararında da bu yönde tespitler bulunmasına rağmen sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması konusunda gerekli özenin gösterilmediği, soruşturmanın çok uzun bir süre sonuca yönelik hiçbir işlem yürütülmeksizin rutin yazışmalarla sürüncemede bırakıldığı, bu durumun daha da ötesinde herhangi bir kesin sonuca ulaşılmasını engelleyecek bir şekilde zamanaşımı nedeniyle dosya hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği bir olayda, soruşturmanın Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yeterlilik ve hızda bir inceleme içermediği sonucuna ulaşmıştır¹¹⁶.

AYM, soruşturmanın şeffaflığı ve kamuoyu denetimi konusunda AİHM içtihatları ile uyumlu karar vermelidir.

SONUÇ

Devletin negatif yükümlülüğü, ayırım gözetmeksizin ülkesinin sorumluluk çevresinde yaşayan kişilerin yaşam hakkını ihlal etmemektir. Yükümlülüğün istisnaları, Anayasanın 17/son maddesinde ve AİHS'in 2. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu anlamda istisnalar dar yorumlanmalı, hürriyetler ise geniş yorumlanmalıdır. Kamu görevlileri, devletin kendisine tanıdığı tüm imkanlarını seferber etmesine ve yasal mevzuatın tüm gereklerini yerine getirmesine rağmen istisnalar kapsamında yer alan eyleme son veremiyor ise kuvvete başvurması zorunlu hale gelmişse, ölçülülük¹¹⁷ ilkesi çerçevesinde hareket etmelidir.

Devletin pozitif yükümlülüğü, yaşam hakkını korumak için koruyucu önlemler alınması, etkili mevzuata sahip olunması, mevzuatı etkili bir şekilde uygulayacak adli ve idari birimlerin oluşturulmasıdır. Bireylerin yaşamının tehdit altında olması ve bu tehditlerin devlet tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması halinde daha ciddi koruyucu tedbirler alınmalıdır. Pozitif ve negatif yükümlülüklerin güvencesi olarak devletin soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kamu makamları ölümle sonuçlanan tüm adli vakıalarda, olaya resen el koymalı, hızlı, özenli, etkili ve çok yönlü bir soruşturma yapmalı, hesap verilebilirliğin sağlanması anlamında tüm aşamaların kamuoyu denetimine

¹¹⁴ Murat Atılğan, B. No. 2013/9047, KT. 07.05.2015.

¹¹⁵ Nesrin Demir ve Diğerleri, B. No. 2014/5785, K. T. 29.09.2016.

¹¹⁶ İsak Tepe, B. No. 2014/4038, KT. 16.06.2016, §80.

¹¹⁷ Ölçülülük ilkesi için bkz., Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002).

açık olmalı, yasal haklarını kullanabilmeleri açısından ölenin yakınlarının gerekli ölçüde sürece katılımları sağlamalı, soruşturma makamları, kişisel ve kurumsal anlamda tarafsız ve bağımsız hareket etmelidir. Soruşturma sonucunda dava açılması halinde, işlenen suç ile orantılı, hakkaniyete uygun ve caydırıcı cezalandırma yoluna gidilmelidir. AİHS ve Anayasanın sadece sözüne değil, özüne uygun davranılması gerekmektedir.

AİHS ve Anayasada güvence altına alınan kişilerin yaşam hakkının korunmasına büyük önem verilmelidir. Devlet, yaşam hakkının korunması için kendisinden beklenebilecek her türlü önlemi almalı, buna rağmen yaşam hakkına karşı müdahalede bulunulması halinde etkili soruşturma yürüterek, maddi gerçeği araştırmalı ve sorumluların yargılanmasını sağlayacak mevzuatı oluşturmalıdır. AYM, bireysel başvuru yolu ile kendisine intikal ettirilen başvuruları titizlikle incelemeli ve temel hak ve hürriyetler lehine yorum yapmalıdır. Yaşam hakkının korunmasına yönelik temel ilkelerin yargılama makamları tarafından göz önünde bulundurulması hayati bir öneme sahiptir. Hukuki uyumsuzluğu çözmekle yükümlü derece mahkemelerinin AYM kararlarını göz önünde bulundurması hukuki istikrar ve öngörülebilirlik açısından büyük önem taşımaktadır. AYM'nin yaşam hakkı konusunda belirlemiş olduğu temel ilkelerin hayata geçirilmesi, hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunmasını da sağlayacaktır. Aynı zamanda yaşam hakkı konusunda temel ilkelerin uygulanması uzun yargılama süreçlerinin de önüne geçecektir. Temel hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunması devletin tazminat ödemesini de engelleyecektir. Yaşam hakkının korunmasına yönelik içtihatların istikrar kazanması, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve AİHM'de aleyhine açılan davaları azaltacağı gibi ihlal kararı verilmesini de engelleyecektir.

Yaşam hakkının yargılama makamları tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanması hak ve adaletin tecelli etmesi hususunda da büyük fayda sağlayacaktır. Özellikle AYM ve AİHM'e başvuru yapmayan kişilerin temel hak ve hürriyetleri de korunmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyazı, Güner ve Onur Tatar. “Yaşam Hakkı ve Ölüm Cezası, AIHM’in Ölüm Cezası Hakkındaki Yorumu”. *Ankara Barosu İhk Yay*, S. 7-64 (Haziran 2002).
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Deveci, Ali. “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”. *Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), Kayseri: 2014.
- Doğru, Osman. *Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5*. Ankara: 2018.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, İstanbul: Legal Yayınevi C. 1, 2013.
- Duvan, Ayşe Özkan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24, S. 2 (2018): 660-681.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Güleç, Sesim Soyer. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, Özel Sayı (2014): 1393-1464.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. “2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti.”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789487>, E.T. 1.5.2022, S. 387-406.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2005.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku (Kavram - Uygulama - Hak ve Ödevler)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Karan, Ulaş. “Yaşam Hakkı”. Editör: Sibel İnceoğlu. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme İçinde*, İstanbul: Beta Yayınları, (2013): 115-135.
- Kaya, Köroğlu. “Yakalama ve Gözaltı Sırasında Oluşan Hak İhlallerine Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı”. *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi*, 1, C. 1, Y. 1 (2013): 122-143.
- Keser, Hayri. *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Korff, Douwe. *Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları*, No. 8, Strasbourg, 2006.
- Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. 1, S. 3, 2002.

- Savcı, Bahri. *Yaşam Hakkı ve Boyutları*. Ankara: S.B.F. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, (1980): 16-29.
- Seçkin, Mehmet Beyhan. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2, (2016): 419-439.
- Şenol, Cem. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m.172/3)*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Turabi, Selami. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.

ALİ HİMMET BERKİ'YE GÖRE YARGILAMA VE HÂKİMLİK(*)

Doç. Dr. Ahmet AKMAN(**)

Öz

Elbistan'da doğan Ali Himmet Berki, 1882-1976 yılları arasında yaşamıştır. Aslen Antalya'ya bağlı Akseki ilçesinin Unulla köyündendir. 1909 yılında Medresetü'l-kudât'tan birincilikle mezun olmuştur. Meslek hayatı içerisinde Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde hukukçu olarak çeşitli görevler üstlenmiştir. Osmanlı döneminde kadılık ve Şer'iyye ve Evkaf Vekâleti bünyesindeki fetva heyetinde üyelik ile Medresetü'l-kudât'ın ahkâmü'l-arâzî hocalığını yapmıştır. Cumhuriyet dönemi Asliye hukuk hâkimliği, Temyiz mahkemesi üyeliği ve bu mahkemede daire başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Ali Himmet Berki, İslâm ve Osmanlı hukuku ile Türk hukuku alanlarında eserler kaleme almış ve aynı zamanda yargı görevi icra etmiş az sayıdaki hukukçulardandır. Bu çalışmada İslâm ve Osmanlı hukukuna dair çok sayıda eseri olan Berki'nin "İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi" adlı eseri kapsamında yargılama ve hâkimlik mesleğine ilişkin görüşlerini ele alacağız. Ali Himmet Berki'ye göre yargı, "insanların şiddetle muhtaç olduğu en mühim bir merci, cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli olan bir müessesedir". Hâkimler hangi surette atanırsa atanırlar, toplumun vekilidirler. Hâkimler devlet başkanı velayetle ve onun adına hareket etmeyip, toplumun velayeti ve adına hareket ederler. Devlet başkanının azli ve başka türlü görevden ayrılması hâkimin görevini sona erdirmez. Berki, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına vurgu yapar. Hâkimler âmme velayetle hareket ettikleri için taraflar bu emir ve hükümlere uymak ve gereğini icra ile mükellefler. Kabul ve gereğini yerine getirmezlerse cebren icra edilir. Hâkimlerin içtihadı dayalı olarak verdikleri hükümleri de bu kabildendir. İslâm hukuk tarihinde yargı, farz ve Allah'a imandan sonra değerli bir görev olarak kabul edilmiştir. Hâkimin ilmi kabiliyet ve yetkinliği de son derece önemli olmakta ve içtihat vasfına sahip olması ise evliyyet şartı olarak kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İslâm Hukuku, Yargı, Yargılama, Hâkim, Hüküm.

TRIAL AND JUDGEMENT ACCORDING TO ALİ HİMMET BERKİ

Abstract

Ali Himmet Berki has born in Elbistan and lived between 1882-1976. He is originally from Unulla village of Akseki district of Antalya. He graduated from Medresetü'l-kudât in 1909 with the first degree. In his life, he took in charge various tasks as a lawyer in the Ottoman and Republic of Turkey. During the Ottoman term, he worked as a judge and as a member of the Board of İftâiyye in the Şer'iyye and Evkaf Ministry, and served as a land law teacher of the Medresetü'l-kudât. He served as a member of the Civil Judgeship of First Instance in the Republic period and as a Head of Department in the Court of Appeal. Ali Himmet Berki is one of the few lawyers who wrote works

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169570.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslâm Hukuku Anabilim Dalı / Konya-Türkiye. E-posta: aakman@erbakan.edu.tr, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8697-1662>.



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

in the fields of Islamic and Ottoman law and Turkish law and also served as a judge during those periods. In this paper, we will discuss the views of Berki, who has a large number of works on Islamic and Ottoman law, on the judging and the profession of judge within the scope of his work "*İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi*". According to Ali Himmet Berki, the judiciary is "*the most important authority that people desperately need, an institution that should be kept sacred in the community administration*". No matter how the judges are appointed, they are the representatives of the society. Judges do not act with the custody of the head of state and on behalf of him, but act on behalf of the society and the custody of the society. Dismissal of the head of state and departure from office in any other way does not terminate the duty of the judge. Berki, emphasizes the impartiality and independence of judges. Since judges act with public guardianship, their judgments must be followed. The parties to the case are obliged to accept and enforce these judgments. If they do not accept and fulfill the requirements, they are enforced. Their *ijtihad*s are also like this. In the history of Islamic law, judgment has been accepted as an obligation and a valuable duty after belief in Allah. The professional ability and competence of the judge is also extremely important, and having the qualifications of *ijtihad* is accepted as a prerequisite.

Keywords

Islamic Law, Jurisdiction, Trial, Judge, Judgment.

Extended Abstract

Ali Himmet Berki, who is from the village of Unulla in the Akseki district of Antalya, graduated from the *Medresetü'l-kudat*, which trained judges in the Ottoman Empire. He is an Ottoman and republican jurist. Berki, who worked in the field of education as a faculty member and performed various judicial duties in both terms, rose to the position of head of the department at the Supreme Court. He made important decisions during his judicial duty and left extremely valuable exemplary decisions and good practices to lawyers. He has signed many books and articles in the field of law. Among the topics covered are; the law of foundations, legal history, philosophy, methodology, and principles of interpretation, and judgeship is at the forefront. He thinks that Islamic legal methodology can contribute to human legal systems and tries to contribute to the formation and development of the reasoning ability of the jurist by showing the application of the principles of Islamic law to a different legal system. In his work, which deals with the issues of judiciary and judgeship in Islamic law in depth, he focuses on the essentials of the need for the judiciary in societies. In a society, there is a definite need for a force that will protect the weak, separate right from wrong, and punish the guilty. Therefore, judicial duty is one of the most important duties that people desperately need. For this reason, it is a necessary function that requires attention in its implementation. Due to this feature, no community or state has stayed away from it throughout history. From the earliest periods of Islamic legal history, we see that there are many principles and practice-oriented texts on the subject.

The judiciary is one of the main powers that a state should have, along with the legislature and the executive. This task must be performed in a certain balance with other powers. The judicial power intervenes and delivers the rights to their owners. Judges are the representatives of society and act on their behalf. The decision of the judge is at the level of the order and judgment of the public. Since the judges act with public custody, their orders and provisions must be followed. If the parties do not accept and fulfill these provisions, they will be subject to forced execution. The judiciary can find and apply the existing laws in order to resolve the conflict, as well as put forward their decisions by jurisprudence in order not to nullify the issue in places where there is no law. In the resolution of disputes, the customs and traditions established in the society shed light on the judge's decisions, with the priority being the written rules of law. When the methodology of Islamic law and article 1 of the Turkish Civil Code is examined, the issue becomes clearer in this context. For this reason, it is thought that the judge should know the customs and traditions of the people.

Berki finds it extremely important that the judge has the qualifications of *ijtihad* with his scientific ability and competence. In addition, he sees being clean and away from all kinds of bad behavior. In the relevant section of the *Mejelle* (article 1792), it is regulated that the judge should be the right decision maker, strong understanding, correct direction, reliable, dignified and strong-willed. Finally, it focuses on the judge having the ability to solve legal problems and the knowledge of the trial procedure. The ability to apply the provisions of the law to the events in the case is also very important. During the trial, Caliph Omer's letters on the subject are mentioned. In these letters. With these letters, it is possible to have important information about how the judge will conduct the trial with the principles

of the trial procedure. Among these principles the most striking points are; understanding the claims and accusations of the parties well, treating the parties equally in the courthouse, the plaintiff's bringing evidence, the defendant's oath, directing the parties to peace whenever possible, substituting evidence for the parties, reversing the wrong decisions during the trial, providing the conditions of testimony and avoiding false witnessing. There are issues such as shouting, sulking and taking care to stay away from wrath and anger during the trial. It should be underlined that all these principles significantly emphasize the independence and impartiality of the judge. As a conclusion all these principles can be found in the classical period in comparison with the contemporary understanding of law in Ali Himmet Berki's narrative and they were applied properly in the Ottoman Empire.

GİRİŞ

1882-1976 yılları arasında yaşayan Ali Himmet Berki Elbistan'da doğmuştur. Kendisi gibi hukukçu olan babası da o dönemde burada kadılık görevini yapmaktaydı. Ali Himmet Berki aslen Akseki'nin Unulla köyündendir. Orta tahsilini Antalya'nın Akseki İlçesinin İbradı Rüştüyesinde tamamlamış ve sonra İstanbul'a gelmiş ve 1909 yılında Fatih dersiâmi olan Tokatlı Kemerlizâde Mehmed Şakir'den icazet almıştır. Kadı yetiştiren Medreset-ul Kudât'tan mezun olan Ali Himmet Berki, 1913'te Medresetü'l-Kuzât'ta Ahkâm-ı Arazi (toprak hukuku) hocalığı ile görevlendirilmiştir.¹ İlâmat odası mübeyyizliği² görevi sonrası Amasya, Tokat ve Ankara (1915-1922) kadılıklarına getirilmiştir. Şeriye ve Evkaf Vekâletindeki Heyet-i İftaiye görevi sonrası 1925 yılında İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi başkanlığı görevini ifa etmiştir. Cumhuriyet döneminde Temyiz Mahkemesinde daire başkanlığı yapmış ve nihayet 1950 yılında da emekli olmuştur.³

Ali Himmet Berki, İslâm ve Osmanlı hukuku ile Türk hukuku alanlarında eserler kaleme almış ve aynı zamanda yargı görevi icra etmiş az sayıdaki hukukçulardandır.⁴ Berki'nin çok sayıda kitap ve makalesi bulunmaktadır. Bunlar arasında vakıflar hukuku alanında çok sayıda kitap ve makalesinin olduğundan özellikle bahsetmek gerekir. Hukuk mantığı ve tefsir isimli kitabı genç hukukçular için hukuk nosyonunun oluşmasında son derece değerlidir. Usûl-i fikhın (İslâm hukuk metodolojisi) beşerî hukuk sistemlerine katkı verebilme imkânı ve kanunları yorumlama noktasında hukukçulara yapabileceği katkılar bu kitapta ele alınan en temel hususlardandır. Bu çerçevede fıkıh usulündeki ilkelerin farklı bir hukuk sistemine nasıl uygulanabileceğini görmek hukukçudaki muhakeme yeteneğinin oluşmasında son

¹ Ahmet Dağ, "Ali Himmet Berki'nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması", *Ali Himmet Berki Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke, (Ankara: TDV, 2019), 119-120.

² İlâmat Odası: Tanzimat sonrası Fetvahâne'de oluşturulan ve Şer'iyye mahkemelerinden doğrudan veya temyiz yoluyla gelen ilam ve hüccetlerin incelendiği yerdir. Ali Himmet Berki, *İslam Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962), 84; Ayrıca bkz. Talip Ayar, "Osmanlı Devlet Teşkilatında Fetvâ Eminlerinin Görevleri", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 38, (2012), 408.

³ Ahmet Hamdi Furat, "Ali Himmet Berki (1882-1976)", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 6, (2005), 505; Şakir Berki, "Ali Himmet Berki", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1992, 5, 509.

⁴ Dağ, "Ali Himmet Berki'nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması", 120.

derce etkili olacaktır.⁵ Açıklamalı Mecelle, İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal ve yine bu çalışmada yararlandığım yargılama ile alakalı *İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi* (İslâm'da Kaza, Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii) isimli eserinin özellikle belirtilmesi gerekir. Ayrıca Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından basılan 250 Hadis, Hz. Muhammed ve Hayatı gibi eserleri de ilgi alanlarının çeşitliliğini ifade etmek açısından önemlidir.⁶

Ali Himmet Berki, İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi adlı eserinde öncelikle “kaza”nın (yargı) lügat ve ıstilahî tanımını yapar. Kaza kavramı sözlük anlamı itibariyle kat’ ve fasl eylemek, yani bir işi çözerek nihai şeklini vermek anlamındadır. Terim olarak ise, taraflar arasında meydana gelen dava ve nizâyı usulüne uyarak hal ve fasletmek demektir. Berki’ye göre yargı; “*insanların şiddetle muhtaç olduğu en mühim bir merci, cemiyet idaresinde mukaddes tutulması gerekli olan bir müessesedir. İnsanlar arasında ihtilaf ve husumetin meydana gelmesi beşerin yaratılışı gereğidir. Bu sebeple yargı gibi zayıf koruyacak, haklıyı haksızdan ayırarak, zulüm ve cinayeti korkutacak ve tecziye edecek bir kuvvete kesin olarak ihtiyaç vardır.*”⁷ İslâm hukukunda yargı fonksiyonu *hüküm* ve *kaza* kelimelerinden türeyen *hâkim* ve *kâdî* terimleri ile ifade edilir.⁸ İslamiyet yargıya layık olduğu önemi vermiştir. Hz. Muhammed, ‘bir saatlik adalet altmış sene nafîle ibadetten hayırlıdır’ buyurmuşlardır.⁹ Hz. Muhammed, kaza (yargı) ile emir olunmuş ve özellikle Medine döneminden itibaren yargı fonksiyonu daha aktif olarak yerine getirilmiştir.¹⁰

Nitekim Kur’an-ı Kerim’de peygamberlerin yargı görevini üstlendiği ve Hz. Davud’a da Cenâb-ı Hak’tan adalet temelinde yargılama yapmak ile emir buyurulduğu beyan olunmuştur.¹¹ Yargı görevi o derece önemlidir ki, düşman istilası altında bile olsalar Müslümanların işlerini görmek ve aralarındaki ihtilafları çözmek maksadıyla içlerinden yönetici ve kadî atamaları ve Cuma namazı kıldırması için hatib ve imam seçmeleri yerine getirilmesi gerekli bir emirdir.¹² Doktrinde hâkim ataması yapılmayan yerlerde yaşayanların kendi aralarındaki ihtilafları çözmek için hâkim görevlendirmesi yapabileceğine dair görüşler vardır.¹³

⁵ Fatih Yücel, “Fıkıh Usûlünün Medenî Kanununun Yorumlanmasına Katkısı -Ali Himmet Berki’nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde-”, *Diyanet İlmî Dergi*, 57 (2021), 603.

⁶ Furat, “Ali Himmet Berki (1882-1976)”, 507 vd.; Ayşe Esra Şahyar, “Ali Himmet Berki’nin “250 Hadis Terceme ve İzahı” Adlı Eseri Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Ali Himmet Berki Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke, Ankara: TDV (2019), 206.

⁷ Berki, *İslâm’da Kaza*, 5.

⁸ Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* (Ankara: DİB Yayınları, 2020), 43.

⁹ Zeylaî, Abdullah b. Yusuf, *Nasbû’r-Raye*, thk. Muhammed Avvâme (Beirut: Müessesetü’r-Reyyân 1997/1418), 4, 67.

¹⁰ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 78.

¹¹ es-Sâd, 38/26; Ayrıca Hz. Süleyman (a.s) ilgili olarak Enbiya Suresi, 21/78; Neml Suresi, 27/16; Bkz. Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku* (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955), 36.

¹² Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 36, 38.

¹³ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 173.

I. YARGI GÜCÜNÜN MAHİYETİ

Yargı, yasama ve yürütme ile birlikte bir devletin sahip olması gereken güçler ayrılığı kapsamındaki anayasal erklerden bir tanesidir. Yargı fonksiyonu temelde izharî bir fonksiyondur. Hukuk tarafından insanlara tanınan hak ve hürriyetler çekişme konusu olunca, yargı gücü devreye girerek hakları sahiplerine teslim eder. Hâkimler bunun için var olan nas ve kanunları bulup uygulayabileceği gibi, nas olmayan yerlerde içtihat ederek, meseleyi hükümsüz bırakmayarak, kararlarını ortaya koyarlar.¹⁴ Bu durum esasen Türk Medeni Kanunu'ndaki norm boşluğunun hâkim tarafından doldurulması hükmüne de benzemektedir.¹⁵ Berki'ye göre, hiçbir insanın bir başkası üzerinde velayet ve tasarruf hakkı bulunmadığından, bu hak yani yargı hakkı âmme velayetini elinde bulunduran topluma aittir ki, bu aynı zamanda yargı gücü demektir. Hangi surette atanmış olurlarsa olsun, hâkimler toplumun vekili olup, devlet başkanı velayetiyle ve onun adına hareket etmeyip, toplum adına hareket ederler. Hâkimin kararı kamunun emir ve hükmü derecesindedir. Hâkimlerin karar ve içtihatlarına devlet başkanlarının müdahale etmeyeceği anlayışı uygulamada yerleşik bir hâle gelmiştir. Devlet başkanlarının aleyhlerine davalar açılmış ve farklılık gözetilmeksizin diğer insanlar gibi muhakeme edilmişlerdir. Hâkimler, İmam Ebu Yusuf'un Halife Harun Reşid'i hasmı Hristiyan olan bir davada yargılayıp aleyhine hüküm verdiği gibi, kendisini tayin eden devlet başkanını da yargılayabilmektedir.¹⁶ Hâkimler kendilerini atayan devlet başkanı velayetiyle ve onun adına değil, müslümanlar nâmına hareket ederler. Devlet başkanları ile aralarında var kabul edilen vekalet ilişkisine rağmen, normal vekalet ilişkisinden farklı olarak, devlet başkanının vefatı veya azledilmesi ile onun atadığı hâkimlerin görevi sona ermez. Yani devlet başkanının azli veya başka türlü görevden ayrılması hâkimlerin de azlini gerektirmez. Devlet başkanının hâkimi azletmesi de gerçekte kendisine değil, âmmeye izafe edilir.¹⁷ Devlet başkanının adâlet vasfını kaybetmesi veya vücudunda görevini sürdürmeye mâni noksanlıklar meydana gelmesi hâlinde '*ehlü'l-hal ve'l-akd*' tarafından azledileceğini İslâm hukukçuları kabul etmişlerdir. Azil sonucunu doğuran bu şekildeki görevden alınma genellikle "hal" kelimesi ile ifade edilmiştir.¹⁸ Hâkimler dev-

¹⁴ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 44; Melikşah Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 151.

¹⁵ Türk Medeni Kanunu (TMK), md.1.

¹⁶ İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar* (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1992/1412), 5, 376; Nevin Ünal Özkorkut, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 01 (2008), 231.

¹⁷ Kâsânî, *Bedai'*, 7, 16; Berki, *İslâm'da Kaza*, 7; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahâtı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 8, 247; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı (OSAV), 1997), 296; A. Refik Gür, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, Haz. M. Nihat Aryol, 2. Basım (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017), 98.

¹⁸ Fahrettin Atar, "Azil", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1991, 4, 326; M. Âkif Aydın, "Hal", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, 15, 218; Hüseyin Çeliker,

let başkanını değil müslümanları temsil etmekte olup, bu itibarla sahip oldukları kamu velâyetine binâen, emir ve hükümlerine uyulması gerekir. Onların verdiği hükümler kamunun verdiği hükümler mertebesindedir. İlgililer ve davanın tarafları bu hükümleri kabul etmezler ve gereğini yerine getirmezlerse cebren icra ve infaza tâbi tutulurlar. İslâm hukuk tarihinde yargı, farzlar ve Allah'a imandan sonra gelen değerli bir görev olarak kabul edilmiştir.¹⁹

Kadı ile müftü arasındaki fark da belirtilen bu özellikten doğmuştur. Kadı velayet-i âmmeyi haiz olduğu için kendisine arz edilen olayı araştırarak, niha-yetinde sabit olduğu şekliyle hüküm verir. Hâkimin hüküm verme sorumluluğu mevcuttur.²⁰ Müftü ise hadiseyi tahkik ile meşgul olmayıp, kendisine anlatıldığına göre meselenin hükmünü beyan eder.²¹ Bu beyan esasında sırf ilmîdir. İlgililer isterlerse kabul ederler; etmezlerse mahkemeye müracaat ederler.²² Berki yargı yetkisinin bir kamu meselesi olduğunu önemle vurgulamaktadır.²³ Bu sebeple kamu makamından kendisine bu yetkinin verilmiş olması gerekir. Fetva verme konusunda ise böyle bir izin ve yetkilendirmeye gerek yoktur. Gerekli ilmi yetkinliğe sahip olan herkes fetva verebilir.²⁴ Gerçekte bu yetkinliğe sahip olma ve verilen fetvaların ilmi karakteri tarihten günümüze tetkik ve kontrol edilegelmiştir. Bu denetim de halkı yanlış fetvalardan korumak içindir. Günümüzde bu çerçevede müftülüğe resmiyet verilmesi de halkın hukukunu korumak için gerekli olmuştur.

II. HÂKİM OLMA ŞARTLARI

Berki, hâkim olmak için kişinin âkil ve mükellef olmasını, Müslümanlar üzerine hükmedebilmek için Müslüman olmasını, a'ma, dilsiz ve ağır derecede sağır olmamasının şart olduğunu ifade eder.²⁵ İslâm ülkesinde yaşayan gayri-

"İslâm Hukuku'nda Devlet Başkanlığı", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 26, 26-27 (Eylül 2008), 295.

¹⁹ Berki, *İslâm'da Kaza*, 8, 9; Mustafa Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 27 (Temmuz 2016), 45.

²⁰ A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993), 77; Melikşah Aydın, "İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık", *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 26(1), 2022, 463.

²¹ Fahrettin Atar, "İftâ Teşkilatının Ortaya Çıkışı", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul 1985, 40; Seda Örsten, *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, 64.

²² Muhammed Hamidullah, *İslâm'ın Hukuk İlimine Katkıları*, Ed. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 2005, 38, 45.

²³ Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 53.

²⁴ İsmail Hakkı İzmirli, *Kitabü'l-İftâ ve'l-Kaza* (İstanbul: Evkaf Matbaası, 1336/1337), 22; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 45; Mehmet Abay, *İslâm Hukukunda Fetvâ*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010, 3 vd.

²⁵ Berki, *İslâm'da Kaza*, 19-20; Bkz. Mehmet Aykanat, "Engellilerin Hâkimlik Yapması Tartışmalarına Osmanlı Hukukundan Bir Bakış", *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 42 (Nisan 2020), 156 vd.; Ayrıca Bkz. Ebu'l-Hasan el-Mâverdi, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye İslâm'da Hilafet ve Devlet Hukuku*, Çev. Ali Şafak (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1396/1976), 75.

müslim vatandaşların (*zımmî*) ve vatandaş olmayanların (*müste'men*) davalarının Müslüman hâkimler tarafından görülme imkânı yanında, özellikle kişi ve aile hukuku ihtilaflarında kendi yargı düzenlerine de sahip olmuşlardır.²⁶ Hâkim olmak için ayrıca afif (ıffetli) ve muhsan (evli, hür ve müslüman) bir kadın veya erkeğe zina isnat edip de bu nedenle kendisine *hadd-i kazîf* cezası icra edilmemiş bulunmak da gereklidir.²⁷ Hâkimin ilmi kabiliyet ve yetkinliği ve içtihat vasfına sahip olması son derece önemli olmakla birlikte, *evleviyet* şartı olarak kabul edilmiştir. Hâkimin halkın muâşeret usullerini, örf ve adetlerini bilmesi ve her türlü töhmetten temiz ve uzak olması da kemal ve evleviyetin şartıdır.²⁸

Burada aynı konudaki Mecelle hükümlerinden bahsetmek yerinde olacaktır. Mecelle'nin 16. Kitabının başlığı '*Kitabü'l-Kaza*' olup, bunun ilk faslı da 'hâkimin evsâf-ı beyanındadır.' Bu faslın ilk maddesinde hâkimin sahip olması gereken nitelikler belirtilir. "Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır".²⁹ Burada hâkimin doğru karar verici, anlayışı kuvvetli, istikameti düzgün, güvenilir, ağırbaşlı, vakur ve iradesi güçlü olması gerektiği belirtilmektedir. Hâkimin nitelikleri çok veciz bir şekilde açıklandıktan sonra, hâkimin hukuki meselelere ve yargılama usûlüne vâkıf ve ayrıca hükümlerin dosyadaki olaylara tatbik (kanun maddelerini olaylara uygulama) kabiliyetinin varlığı üzerinde durulur.³⁰ Nihayet Mecelle hâkimin temyize tam muktedir olmasını düzenleyerek, temyiz gücüne vurgu yapar ve küçük, bunamış, görme engelli ve tarafların konuşmalarını işitemeyecek kadar sağır olan kimselerin yargılama yapmasını doğru bulmaz.³¹ İslâm hukukunda hâkimlik için şahitlik ehliyetine sahip olmanın gerekliliği üzerinde durulur.³² "Şahadete ehil olmayan Zeyd kazaya ehil olmaz" fetvası da bu görüşü destekler mahiyettedir.³³

Berki, yargılamada hüküm sebebi olacak delillerin şehadet, ikrar, yemin, yeminden kaçınma (*nükûl*) ve kat'î karine olduğunu belirtir. Karineler, varlığı bilinmeyen vâkıalar hakkında sonuç elde edilmesine yarayan belirtilerdir. Berki,

²⁶ Berki, *İslâm'da Kaza*, 20; Bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 365; M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Baskı, İstanbul: Beta, 2019), 144, 150; Halil Cin/Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı (Konya: Sayram Yayınları, 2008), 166; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 73; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 147; MAA, md.1794; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4, 3240.

²⁷ En-Nur, 24/4.

²⁸ İbn Âbidin, *Reddül-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*, 5, 365; İzmirli, *Kitabü'l-İftâ ve'l-Kaza*, 12; Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 39, 40; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 162; Muhammed Mustafa ez-Zuhaylî, *et-Tanzîmü'l-Kazai fi'l-Fıkhil-İslâmî*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1980/1400, 60.

²⁹ MAA, md.1792; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4, 3235 vd.; Muhammed Hâlid, *Maksad-ı Kânûn*, İstanbul: Matbaa-i Âmire 1306, 29.

³⁰ MAA, md.1793; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4, 3239.

³¹ MAA, md.1794; Bkz. A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 52.

³² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2. Baskı (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 4, 3240; Bilmen, *İstilahât*, 8, 210 vd.

³³ Menteşzâde Abdürrahim, *Fetâvâ-yi Abdürrahim* (İstanbul: Dar'ü't Tıbaatü'l Âmire, 1243), 414.

kat'î karineyi kesinlik (*yakîn*) ifade eden delil olarak tanımlar ve bunu bir misalle açıklar. Tamamen yanan bir evin içinden yangın esnasında gelen feryat sesinden sonra kimse çıkmamışsa o kişinin de yandığına hükmedilir.³⁴ Türk hukukunda da hâkimin takdiri delillerinden olan fiili karineler dışındaki karinelere, aksi ispat edilebiliyorsa adi, edilemiyorsa kesin kanuni karine adı verilir. Bu sonuncusu, Mecelle'deki kat'î karineye benzer mahiyette kabul edilebilir.³⁵

III. YARGI ADABI

Fıkıh kitaplarında *edebü'l-kâdî* ve benzeri isimlerle başlıklandırılan konu, mahkemelerde cereyan eden yargılama usulünü ele almaktadır. Ali Himmet Berki bu meyanda Mecelle'nin *Kitabü'l-Kaza* babında düzenlenmiş olan bu konunun, temelde bazı hadis-i şeriflerden ve Hz. Ömer'in Basra kadısı Ebu Musa el-Eş'ari'ye yazdığı mektuptan çıkarımlar yolu ile ele alındığını ifade eder.³⁶ Hâkimin yargılamayı ne şekilde yürüteceği ve yargılama usulünün ele alındığı bu mektubun ele aldığı konular arasında; davanın taraflarının karşılıklı birbirlerinin haklarıyla ilgili ifade ve ikrarlarını iyi anlamak, yargı mahallinde taraflara eşit muamele, davacıya delilin davalıya da yeminin terettüp etmesi, sulhun câiz oluşu ve şartları, taraflara delil ikamesi için süre vermek, yargılama sırasında yanlış kararlardan dönmek, şahitliğin mahiyeti ve şartları ile yalan şahitlikten uzak durulması, meselelerin benzerleriyle kıyas edilmesi, yargılama esnasında gazap ve hiddetten, bağırıp çağırılmaktan, asık suratlı olmaktan sakınmak gibi hususlar bulunmaktadır.³⁷ Hâkim gerektiğinde yanlış karar ve kanaatlerinden dönebilmelidir. Mektupta yer alan sulh teklifinin Osmanlı Devleti'nde etkili bir uygulaması olarak, Şer'iyye mahkemesi kararlarını tetkik eden *Fetvahâne-i Âlî* bazı davaları sulhen çözüme kavuşturmak için mahalline geri gönderir ve bunun da gereği çoğunlukla yerine getirilirdi.³⁸ Hz. Ömer, Ebû Musa el-Eş'ari'yi hâkim tayin ederken, "... *verdiğin hükmü onu tekrar gözden geçirip doğrusunu bulduğun takdirde, Hakka dönmekten seni alıkoymasın. Hakka yönelmek haksızlıkta ısrardan daha iyidir.*" tavsiyesinde bulunmuştur.³⁹ Hz. Ömer dönemi özellikle divanların kurulması ve bunların görevleri dikkate

³⁴ Berki, *İslâm'da Kaza*, 22, dn. 14.

³⁵ MAA, md.1741; Berki, *İslâm'da Kaza*, 22; Bkz. Mâverdî, *Ahkâmü's-Sultâniyye*, 78; Gür, *Mecelle*, 79-80; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 334; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 302; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 182.

³⁶ Berki, *İslâm'da Kaza*, 24 vd.; Berki, "İslamda Kaza Tarihi", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. XVII (1969), 162 vd.; Bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 114; Bkz. Zeki Yaka, "Ali Himmet Berki'ye Göre İslâm'da Kaza", *Ali Himmet Berkî Kitabı*, Ed. Zeki Yaka-Ahmet Ögke (Ankara: TDV, 2019), 84 vd.

³⁷ Berki, *İslâm'da Kaza*, 25, 30; Serahsî, Ebu Bekir Şemsüleimme. *el-Mebsût* (Beyrut: Darü'l-Marife, 1993/1414), 16, 61; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkı'in* (Beyrut: Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1991/1411), 4, 174-175; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 22; MAA, md.1826.

³⁸ Berki, *İslâm'da Kaza*, 32; MAA, md.1826.

³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 16, 62; Alauddin Ebû Bekr b. Mesud el-Kâsânî, *Bedai'u's-Senâi' fi Tertibi's-Şerâi'* (Mısır: Matbaatü'l-Cemaliyye, 1328), 7, 9.

alındığında yargının icradan ayrılmaya başladığı özel bir dönem olarak görülür.⁴⁰ Hâkimin nitelikleri arasında tarafsızlık önemlidir.⁴¹ Hâkimin tarafsızlığı taraflara karşı ön yargılı olmaması, objektifliği, birini diğerine tercih etmemesi ve buna yol açabilecek davranışlardan uzak olmasını gerektirir. Bunun için hâkimin belli yakınlıklarının davalarına bakamaması,⁴² duruşmada şakalaşma yapmaması,⁴³ alenilik,⁴⁴ şahsi bilgi ve görmesine dayalı hüküm vermemesi,⁴⁵ hediye almaması,⁴⁶ evinde kabul etmemesi,⁴⁷ ziyafetlerine gitmemesi,⁴⁸ taraflara eşit muamele gereği onları eşit yerlerde oturtması⁴⁹ ve ihsâs-ı rey yasağına⁵⁰ riayet ve bütün bunlara dikkat ve hassasiyet göstermesi gereklidir. Bunlar hâkim tarafsızlığının teminatı sayılabilecek önemli prensiplerdir.⁵¹

IV. ÖRF VE ADET

Ali Himmet Berki, hâkimlerin karar verirken örf ve âdetin dikkate alınması gerektiği hususunun altını çizer. İslâm yargı tarihi boyunca hâkimler karar verirken Kur'an ve sünnetin kabul ettiği örf ve adetler ile diğer fer'i delilleri dikkate alagelmüşlerdir. Mecelle'nin ifadesiyle, "*Âdet muhakkemdir*".⁵² İslam teşri tarihi incelenirse birçok hâkim hükmünün ve müftü fetvasının örf ve adete dayandığı görülür. Berki'ye göre, şer'in kesin emir ve yasaklarıyla tezat içerisinde olmadıkları durumda örf ve âdet dikkate alınmalıdır. Örf, âdet ve teamül arasında zikre değer farklardan birisi, âdet ve teamülün amele taalluk etmesi, örfün sözde de olmasıdır. Berki ayrıca, örf ve âdetin devamlılığı ve yaygınlığı ile iyilik yönünde olmasını savunur.⁵³ Yine bu meyanda bir ilim veya belli bir sanat kolu ile iştigal edenler bir lafzı esas anlamının haricinde bir anlamda kullanırlarsa bu yönde bir örf meydana gelmiş olabilir. Mecelle de esasen bunu te'yit etmektedir. "*Âdetin delaletiyle mana-yı hakikî terk olunur.*"⁵⁴

⁴⁰ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 103.

⁴¹ Muhammed Hâlid, *Maksad-ı Kânûn*, 16.

⁴² MAA, md.1808.

⁴³ MAA, md.1795.

⁴⁴ MAA, md.1815; Bkz. Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 19.

⁴⁵ Buhari, "Ahkâm", 21; Berki, *İslâm'da Kaza*, 22; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 214.

⁴⁶ MAA, md.1796; Bkz. Mâverîdî, *Ahkâmü's-Sultâniyye*, 4.

⁴⁷ MAA, md.1798.

⁴⁸ MAA; md.1797.

⁴⁹ Bilmen, *Istilahât*, 8, 220; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 91.

⁵⁰ MAA, md.1815; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4, 3284.

⁵¹ Örnekler içi bkz. Berki, *İslâm'da Kaza*, 28; Fahrettin Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları (İFAV), İstanbul 2017, 45; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 95; Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", 51.

⁵² MAA, md.36; Bkz. Yasin Kurban, *Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi)* (Ankara: Seçkin, 2020), 98.

⁵³ Berki, *İslâm'da Kaza*, 44.

⁵⁴ MAA, md.40; Kurban, *Mecelle*, 104.

Gerçekte günümüz hukukunda da yazılı olmayan hukuk kuralları arasında örf ve âdet; toplumda uzun zamandan beri tekrarlanma yoluyla yerleşmiş bulunan ve toplumca uyulması zorunlu sayılan ve hatta bazen ne zamandan beri uygulan-dığı bilinmeyen ortak davranışlar olarak tarif edilir. Örf ve âdet normlarının, günümüz pozitif hukuktaki duruma da benzer şekilde, kat'i naslara aykırı olmaması gerekir.⁵⁵ Berki, İbn Kayyim'a referansla örfün hukuki değerini anlatmaya çalışır. Buna göre; örfte bulunamı hükümde dikkate almak, örften bir şeyin düştüğünü görünce de onu bırakmak gerekir. Kitaplarda nakledilen meselelerde sabit kalmamak adına başka muhitten bir şahıs gelip de müftüden fetva talep ederse onu kendi memleketinin örfüne getirmeğe çalışmamak ve gelen kişinin memleketinin örfünü sorup öğrenerek fetvasını ona göre vermek önemlidir.⁵⁶ Örf ve adetlerin ve de zaman ve mekanların farklılaşmasına rağmen, insanlara sadece kitaplarda yer alan nakillerle fetva veren, kendisini ve başkasını saptırır. Bu yapılan, bütün özellikleri itibariyle farklı olan hastaların sadece tıp kitaplarından birine bakarak aynı şekilde tedavi etmeye çalışmak gibidir. Gerçekte her ikisinin de cinayet olarak değerlendirilmesi gerekir. Hatta bu şekilde fetva verenin cinayeti diğerinden daha büyüktür. Misalde anlatılan cahil doktor ile müftü insanların bedenlerine ve dinlerine böylece zarar vermiş olurlar.⁵⁷

V. KADILARIN GÖREVLERİ

İbadet dışında yer alan ukûbat, muamelat ve ahvâl-i şahsiyyenin tamamı yargı konusu olabilir. Yargının gerçekte velayeti tefviz (görevin başkasına devri) nev'inden olduğu ve bu sebeple zamanla, mekanla ve bazı hususların istisnasıyla takyit olunabileceği ifade edilir. Bütün dava türlerinin görülmesi bir hâkime bırakılabileceği gibi belli bir tasnifle ve uygun şekilde görev farklılaşması yapılarak müteaddit hâkimlere de verilebilir. Bu sınırlandırma imkânı günümüzde görev, yetki ve mahkemeler arasındaki derece farklılıkları için bir mesnet oluşturmaktadır.⁵⁸

Hâkimlerin başlangıçtan beri asli görevleri yanında bazı noterlik (katib-i adl) ve beledî işler uhdelerinde bulunmuştur. Tanzimat sonrasında hâkimler daha çok yargı alanı ile irtibatlı olmuşlardır. Kadılar baktıkları davalara dair vermiş oldukları hüküm ve ilâmları sicillere kaydetmekle mükellef olmuşlardır. Kadılar görev yaptıkları yerlerde bazı idari meclislerde bulunmak yanında yeni teşkil olunan nizamîye mahkemelerine başkanlık etmek gibi bazı ilave ve geçici görevleri de uhdelerinde bulundurmışlardır.⁵⁹

⁵⁵ Berki, *İslâm'da Kaza*, 45-50.

⁵⁶ Berki, *İslâm'da Kaza*, 45; Bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkî'in*, 4, 175; Ahmet Yaman, *Fetva Usûlü ve Âdâbı* (İstanbul: M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017), 245.

⁵⁷ Berki, *İslâm'da Kaza*, 46.

⁵⁸ Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 41.

⁵⁹ Berki, *İslâm'da Kaza*, 58; Bkz. İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Kadı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1994), 41; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 82.

VI. KAZADA DERECE VE İSTİNAF

İslâm Hukuku'nda yargı tek dereceli olup, usûl-i meşrûasına (usûl ve esasa) uygun olarak hüküm verilen bir davanın istinaf suretiyle tekrar görülmesi caiz değildir. Usûle uygun yargılaması yapılan ve hükme ulaşılan bir davanın başka bir hâkime arz edilerek yeniden davanın görülmesini istemek hem maslahat hem de hükmün anlamıyla uyuşmaz.⁶⁰ Sadece verilen hükmün kanuna uygun olup olmadığı söz konusu edilebilir ki, bu da davayı yeniden görmek değil, hükmün şartlarına uygun olup olmadığını tespit etmektir, şeklinde görüşünü belirten Berki, temyiz mahkemesinin ise derece mahkemesi olmayıp bir kanun mahkemesi olduğunu, burada verilen hükümlerle sadece kanunlara uygunluğun denetlendiği hususunun altını çizer.⁶¹

Döneminde istinaf mahkemesi uygulamaları ile davaların uzatıldığını ve hatta davanın yeniden görülmesi esnasında doğru hükümler bile fesholunarak yanlış hükümler verildiği ifade edilir. Millet Meclisinin istinafi kaldırarak yargıyı bir dereceye hasretmiş olması da son derece olumludur. Ayrıca “*vaktiyle bu mahkemelere işi düşenler istinafin ne demek olduğunu bilirler*” şeklinde olumsuz izlenimini bariz biçimde yansıtır.⁶²

Berki, Abbasilerden itibaren ihdas edilen *kadilkudat* müessesesinin hâkim atamaları dahil yargı erkinin başı hâline gelmiş olduğunu,⁶³ bu müessesenin yargıyı siyasi ve idari makamlardan ayırmak düşüncesi ile ihdas edildiğini belirterek, erklerin ayrılığı ilkesinin varlığına klasik dönemlerden gönderme yapar.⁶⁴ İslâm hukuk tarihinde yargı fonksiyonun bağımsızlaşması Hz. Muhammed ile başlamış, gelişme bu yönde olmuş ve Abbasiler döneminde yargı erki önemli ölçüde kurumsal hâle gelmiştir. Devlet ve hükümet yetkililerinin yargıya müdahale etmemeleri yönünde güçlü bir gelenek zaman içerisinde oluşmuştur.⁶⁵ İslâm hukukunda hâkimlerin

⁶⁰ Bkz. MAA, md.1839; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4, 3354; Zuhaylî, *et-Tanzimü'l-Kazaî*, 98; Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyiz*, Matbaa-i Ebu'z-Ziya, Kostantiniyye 1312, 13; Mustafa Şen-top, *Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995, 25 vd.

⁶¹ Berki, *İslâm'da Kaza*, 60; Ayrıca Bkz. Aydın, “İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık”, 457; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 249; Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, 276; Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme* (İstanbul: Beyan Yayınları, 1996), 279; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 223; Hüseyin Çeliker, *İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2021, 151; Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyiz*, 18.

⁶² Berki, *İslâm'da Kaza*, 61; Ayrıca bkz. Abdurrahman Âdil, *Mahkeme-i Temyiz*, 18; Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)”, *Bellekten*, Cilt 65(244), (2001), 960.

⁶³ Hayreddin Karaman, *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi* (İzmir: İrfan Yayınevi, 1974), 132; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 71; Çeliker, *İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi*, 50.

⁶⁴ Berki, *İslâm'da Kaza*, 13, 64.

⁶⁵ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 55, 179.; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 95; Hamidullah, *İslâm'ın Hukuk İlimine Katkıları*, 45.

azledilmeleri için maslahatın şart olduğu görüşü kuvvetlidir.⁶⁶ Gerçekte devlet başkanının tasarrufu kamu yararı ve maslahata bağlıdır. Mecelle’de bu prensip; “*Raiyye yani tebe’a üzerinde tasarruf maslahata menuttur.*” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁷ Maslahat olmadığında bu tasarruf câiz olmamaktadır.⁶⁸

Osmanlıda bu kurumun yerini kazaskerler almıştır. Bunlar, ilki daha önde olmak üzere Rumeli ve Anadolu kazaskerlikleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. Hâkimler, Osmanlı Devleti’nde özlük işleri yönünden mahalli idarecilere değil, kazaskere bağlı olmuşlardır. Bu da bağımsızlıklarını güçlendirmiştir.⁶⁹ Kazaskerlerin en önemli görevi padişahın kanuni müşaviri olmak ve bunun dışında ganimet mallarının dağıtımına başkanlık etmek ve ordu mensupları arasında veya bunlar aleyhine ikame olunan hukuk ve ceza davalarına bakmak da vardır.⁷⁰ Halk arasında meydana gelen davalarla gayri menkule müteallik davaları görmek ise mahalli kadılara ait olmuştur. Hâkimlerin atama, teftiş ve azilleri ise kazaskerlik makamına ait olmuştur. Kadılar önceleri kazaskerlere, bunlar da Sadrazamlara bağlıydılar. Tanzimattan sonra ise Meşihat makamına bağlanmışlardır.⁷¹

VII. DİVAN

İslâm hukuk tarihi itibarıyla devlet reisi veya vezîr-i âzam başkanlığında toplanan ve divan adı verilen meclisler halkın şikayetlerini dinlemişlerdir. Bu meyanda Osmanlı’daki *Dîvân-ı Hümâyûn*’un bazı yargı yetkilerini de uhdesinde topladığı varittir. Berki, *Dîvân-ı Hümâyûn*’un sahip olduğu yargı yetkisi gereği önemli davaların divanda görüldüğü ve dava sahiplerinin divan huzuruna alınarak usulü dairesinde yargılama yapıldıktan sonra görülmesi hangi yargı yerine aitse onun tarafından hüküm verildiğini ve alelade davaların ise ait olduğu mahkemesine havale olunduğunu söyler.⁷² Divanın adalet bakımından iki yönünün dikkat çekici olduğunu belirtir. Bunlardan ilki, Divanın bu derece halkın meselesiyle meşgul olması, diğeri de istisnai durumlar dışında davanın görülmesi hangi hâkime ait ise tabîî hâkim ilkesine uygun olarak, kararların görevli ve yetkili hâkimler tarafından verilmesi hususudur. Bunlar hak ve adalet ile hâkimlerin istiklaline ne derece önem verildiğine delalet eder.⁷³

⁶⁶ Abdülkerim Zeydan, *Nizâmu’l-Kazâ fi’ş-Şeri’ati’l-İslâmiyye*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut 1989/1409, 91; Zuhaylî, *et-Tanzîmü’l-Kazâi*, 65, 70.

⁶⁷ MAA, md.58.

⁶⁸ Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 250; A. Refik Gür, *Kadılık Müessesesi*, 98.

⁶⁹ Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 125, 190.

⁷⁰ Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 140.

⁷¹ Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*, 50; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 163; Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 1437/2015), 112; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 157.

⁷² Berki, *İslâm’da Kaza*, 68-69; Bkz. Ahmet Mumcu, “Dîvân-ı Hümâyûn”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1994, 9, 431.

⁷³ Berki, *İslâm’da Kaza*, 69; Bkz. Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 146, 286; M Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 86.

Berki'ye göre, ahkâm-ı İslâmiyyede hâkimlerin kendilerine gelen davalarda gerektiğinde alanlarında bilgi sahibi olan kişilerle istişare etmeleri caiz olduğu gibi, tecrübe ve ilim sahibi müftülerden fetva talep etmeleri de caizdir. Bu durumda diğer üyelerin görüşleri istişari mahiyette olmaktadır. Bunlar hükmedecek hâkimin görüşüne uyabilir, uymadığında ise hâkim kendi reyî ile hükmedecektir. Bunlar esasen müşavir konumunda olmaktadırlar.⁷⁴ İslâm yargı tarihi itibarıyla klasik dönemlerden itibaren istişare mekanizmasını kuvvetlendirecek bilirkişilik ve şühudü'l-hâl gibi farklı imkânlar mevcut olmuş, bazı istisnalarla birlikte tek hâkim usulü yargılamada temel uygulama şekli olmuştur.⁷⁵ İslam yargı tarihinde hâkimlerin bağımsızlığına gösterilen önem bu noktadan görülebildiği gibi, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken hiçbir kimsenin emrinde olmadıkları ve tesirinde kalmadıkları, mahalli yöneticilerle hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmadıkları,⁷⁶ devlet başkanlarının, halifelerin yargılandığı, emirlerinin geri çevrildiği, şahitliklerinin kabul edilmeyebildiği ve halifenin tezkiyesinin yapıldığı varittir.⁷⁷ Berki bu noktada hâkimlerin bağımsızlığına güçlü şekilde vurgu yapmaktadır.

SONUÇ

Yargılama toplumsal bir varlık olan insanlar arasındaki ihtilafların çözümü konusunda en temel bir fonksiyondur. Ali Himmet Berki'nin de dediği gibi, “*İnsanlar arasında ihtilâf ve husûmet vuku'u beşerin yaratılışı icabıdır*”. Bir ihtilafın çözümsüz kalması kadar insanların kendilerine bırakılarak ihkâk-ı hakkın önünün açılması da bir o kadar toplum hayatını olumsuz etkileyecektir. Bununla ilgili olarak her türlü insan toplulukları ve dinler konudan uzakta kalmayarak, konuya ilişkin hükümler vaz' etmişlerdir. İslâm hukuk tarihi de klasik dönemden itibaren adalet çerçevesi içerisinde yargılamaya oldukça ehemmiyet vermiştir. Medine site devleti kuruluşundan itibaren yargı göreviyle ilgili olarak sadece Müslümanların kendi aralarında değil, diğer unsurları da ilgilendiren düzenlemeler yapılmış ve uygulamaya konu olmuştur. Hz. Muhammed ve dört halife döneminde diğer beldelere hâkimler gönderildiği gibi, Medine dışına çıkıldığında da bu yönde görevlendirmeler yapılmıştır. Bu dönemlerden itibaren yargılamada

⁷⁴ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 212; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 94.

⁷⁵ Berki, *İslâm'da Kaza*, 14; Ayrıca bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 250, 328, 342; Fendoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 264; Demir, *Osmanlı Mahkemesi*, 191; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 84; Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku*, 120; Melikşah Aydın, *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011), 215.

⁷⁶ Abdullah Demir, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (İzmir: Hazine Yayınları, 2010), 18; Melikşah Aydın, *Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, 68, 78; Çeliker, *İslâm Hukuku'nda Devlet-Yargı İlişkisi*, 148.

⁷⁷ İbn Âbidin, *Reddül-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*, 5, 376; Rifat Uslu, “İslam Yargı Hukukunda Hâkimlik Müessesesi”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7 (4) (2018), 70; Özkorkut, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, 231.

en temel unsur olan hâkimin niteliklerine ve yargılamada takip edeceği usule dair prensipleri görmek mümkündür. Bu ilkeler zaman içerisinde fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde, ayrıca bazı monografik eserlerde detaylı olarak ele alınmış ve nihayet Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de kanunlaştırmaya konu olmuştur. Mecelle’nin son dört kitabı ve özellikle sonuncu kitabı olan ‘kitabü’l-kaza’, dava süreçleri ve deliller ile hâkimler ve hüküm konusuna ağırlık vererek düzenleme getirmiştir. Ali Himmet Berki çalışmamızda temel aldığımız kitabında bütün bu anlatılanları klasik dönemden alarak, muasır hukuk anlayışı ile mukayeseli bir şekilde panoramik olarak günümüze getirmektedir. Özellikle hâkimin kamu adına yargılama yapıyor oluşu, bağımsızlığı ve giderek müesseseseleşen yargı erkinin bağımsızlığı konularında İslâm yargı tarihi açısından birçok görüş ve iddia ortaya koyması ve bunu da tarihsel sürece referansla ifade etmesi, muasır hukukla mukayesesi, görüşlerini bu yönlerden son derece önemli hâle getirmekte ve değerli kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Abay, M. *İslâm Hukukunda Fetvâ*. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010.
- Abdurrahman, Âdil, *Mahkeme-i Temyîz*. Matbaa-i Ebu'z-Ziya, Kostantiniyye 1312.
- Alauddin Ebû Bekr b. Mesud el-Kâsânî. *Bedaiu's-Senâi' fî Tertibi's-Şerâi'*. Mısır: Matbaatü'l-Cemaliyye, 1328.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 2017.
- Atar, F. *İslâm Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: DİB Yayınları, 2020.
- Atar, F. *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları (İFAV), 2017.
- Atar, F. "Azil". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1991, 4, 326-327.
- Avcı, M. "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği". *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 27 (Temmuz 2016), 33-58.
- Ayar, T. "Osmanlı Devlet Teşkilatında Fetvâ Eminlerinin Görevleri". *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 38, (2012), 403-421.
- Aydın, M. Â. *Türk Hukuk Tarihi*. 16. Baskı, İstanbul: Beta, 2019.
- Aydın, M. Â. "Hal". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1997, 15, 218-221.
- Aydın, M. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Aydın, M. *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011.
- Aydın, M. "İslâm Hukuku ve Antik İbrani Hukukunda Yargıçlık". *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 26(1) (2022), 451-467.
- Aykanat, M. "Engellilerin Hâkimlik Yapması Tartışmalarına Osmanlı Hukukundan Bir Bakış". *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 42 (Nisan 2020), 149-172.
- Bayındır, A. *İslâm Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 1437/2015.
- Berki, A. H. "İslamda Kaza Tarihi". *Ankara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII (1969), 153-167.
- Berki, A. H. *Açıklamalı Mecelle*. İstanbul: 2. Baskı, Hikmet Yayınları, 1979.
- Berki, A. H. *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955.
- Berki, A. H. *İslam Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi (İslâm'da Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii)*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962.
- Berki, Ş. "Ali Himmet Berki". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1992, 5, 509-510.
- Bilmen, Ö. N. *Hukukî İslâmiyye ve İstilahâtı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.

- Cin, H.; Akyılmaz, G. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Sayram Yayınları, 2008.
- Çeliker, H. “İslâm Hukuku’nda Devlet Başkanlığı”. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 26, 26-27 (Eylül 2008), 251-298.
- Çeliker, H. *İslâm Hukuku’nda Devlet-Yargı İlişkisi*. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2021.
- Dağ, A. “Ali Himmet Berkî’nin -Yaşadığı Çağın Ruhu Bağlamında Ahlak Düşüncesinin Anlaşılması”. *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke). Ankara: TDV, 2019, 119-140.
- Demir, A. *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*. İzmir: Hazine Yayınları, 2010.
- Ebu’l-Hasan el-Mâverdi. *el-Ahkâmü’s-Sultâniyye. İslâm’da Hilafet ve Devlet Hukuku* (Çev. Ali Şafak), İstanbul: Bedir Yayınevi, 1396/1976.
- Ekinci, E. B. “Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)”. *Bellekten*, Cilt 65(244), (2001), 959-1006.
- Fendoğlu, H. T. *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme*. İstanbul: Beyan Yayınları, 1996.
- Furat, A. H. “Ali Himmet Berki (1882-1976)”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 6 (2005), 503-514.
- Gür, A. R. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebül Yayınevi, 1993.
- Gür, A. R. *Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi* (Haz. M. Nihat Aryol). İstanbul: 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.
- Hamidullah, M. *İslâm’ın Hukuk İlmine Katkıları*. Ed. Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul 2005.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin. *Reddü’l-Muhtar ala’d-Dürri’l-Muhtar*. Beyrut: Darü’l-Fikr, 1992/1412.
- İbn Kayyim el-Cevziyye. *İ’lâmü’l-Muvakkî’in*. Beyrut: Darü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1991/1411.
- İzmirli, İ. H. *Kitabü’l-İfta ve’l-Kaza*. İstanbul: Evkaf Matbaası, 1336/1337.
- Kaşıkçı, O. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı (OSAV), 1997.
- Kurban, Y. *Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi)*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Menteşzâde Abdürrahim. *Fetâvâ-yi Abdürrahim*. İstanbul: Darü’t-Tıbaatü’l Âmire, 1243.
- Muhammed Hâlid. *Maksad-ı Kânûn*. İstanbul: Matbaa-i Âmire 1306.
- Mumcu, A. “Dîvân-ı Hümâyün”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul 1994, C. 9, 430-432.
- Ortaylı, İ. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Kadı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1994.
- Örsten, S. *Osmanlı Hukukunda Fetva*. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.

- Özkorkut, N. Ü. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 01 (2008), 225-242.
- Serahsî, Ebu Bekir Şemsüelimme. *el-Mebsût*. Beyrut: Darü’l-Marife, 1993/1414.
- Şahyar, A. E. “Ali Himmet Berkî’nin “250 Hadis Terceme ve İzahı” Adlı Eseri Üzerine Bazı Değerlendirmeler”. *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke), Ankara: TDV, 2019.
- Şentop, M. *Şer’iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl*. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995.
- Uslu, R. “İslam Yargı Hukukunda Hâkimlik Müessesesi”. *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7, sayı 4 (2018), 63-77.
- Yaka, Z. “Ali Himmet Berki’ye Göre İslam’da Kaza”. *Ali Himmet Berkî Kitabı*, (Ed. Dr. Öğr. Üyesi Zeki Yaka-Prof. Dr. Ahmet Ögke). Ankara: TDV 2019, 76-100.
- Yaman, A. *Fetva Usûlü ve Âdâbı*. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017.
- Yücel, F. “Fıkıh Usûlünün Medenî Kanunun Yorumlanmasına Katkısı -Ali Himmet Berkî’nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde-”. *Diyanet İlmî Dergi*, 57 (2021), 595-632.
- Zeydan, A. *Nizâmu’l-Kazâ fi’ş-Şeri’ati’l-İslâmiyye*. Müessesetü’r-Risâle, Beyrut 1989/1409.
- Zeylaî, Abdullah b. Yusuf. *Nasbü’r-Raye* (thk. Muhammed Avvâme). Beyrut: Müessesetü’r-Reyyân, 1997/1418.
- Zuhaylî, M. *et-Tanzîmü’l-Kazaî fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*. Dârü’l-Fıkr, Dımaşk 1980/1400.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURUYA KONU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ^(**)

Öz

Sağlık hakkı ulusal ve uluslararası hukukun da koruduğu en temel insan haklarından biridir. Zira sağlıklı olmayan, sağlık sorunları çözülemeyen bir kişinin diğer hakları ile ilgili güvencelerinin anlamı olmayacaktır. Yaşam hakkının bir alt ilkesi mahiyetinde olan sağlık hakkının, eşit ve adil şekilde hayata geçirilmesi görevi, idareye doğrudan Anayasa ile tevdi edilmiştir. Eğitim, güvenlik, adalet, ulaşım gibi sağlık da klasik kamu hizmeti başlıklarından birisini teşkil etmektedir. İdare bu görevini, bizzatı veya özel hukuk kişilerini yetkilendirmek suretiyle yürüteceği sağlık hizmetleri ile ifa etmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinde de belirtildiği üzere sağlık hizmetlerinin yürütülmesi idarenin görev alanına girmektedir. Bu kapsamda idare, Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan mali yeterlilik ve öncelik sırasına uygun olarak asli hizmet sunumunu gerçekleştirmek durumundadır. Ancak idare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini görürken çeşitli şekillerde kişilere zararlar verebilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında yaşanan aksaklıklardan dolayı meydana gelen zararları, idare tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. İdarenin gerek doğrudan kendisi gerekse de kendi gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yerine getirilen sağlık kamu hizmetinin ifasından dolayı sorumluluğu esastır. İdare, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idari eylem ve işlemleri çerçevesinde kişilere vermiş olduğu zararları tazmin etmek zorundadır.

Türkiye'de sağlık hizmetlerinin sunumunda kaynaklanan uyuşmazlık sayıları yıldan yıla sürekli artış göstermektedir. İdari yargıdaki derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların, vatandaşları tatmin etmemesi nedeniyle, 2012'de hukuk hayatımıza giren Anayasa Mahkemesi Bireysel başvuru kararlarının önemli bir başlığını bu nedenle idarenin sağlık hizmeti sunumu şikayetleri oluşturmaktadır. Bu makalede özetle, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararların içerikleri tespit ettiğimiz ayrıntılıklar yönünden tasnif edilerek, görüş ve düşüncelerimiz izaha çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sağlık Hakkı, Sağlık Hizmeti, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Adil Yargılanma Hakkı.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.11.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 28.09.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1023680.

Bu çalışma, Almanya/Würzburg Julius Maximilians Üniversitesi'nde 8-11 Kasım 2018 tarihleri arasında yapılan III. Uluslararası Türk-Alman İlişkileri Sempozyumu'nda "Sağlık Kamu Hizmetinde Hizmet Kusuru" başlığı ile sözlü sunum olarak tebliğ edilmiştir.

(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.
E-posta: kursatersoz@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0167-6876>.



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

EVALUATION OF THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT REGARDING THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FOR HEALTH SERVICES

Abstract

The right to health is one of the most basic human rights protected by national and international law. Because the assurances of a person who is not healthy and whose health problems cannot be resolved will have no meaning. The right to health, which is a sub-principle of the right to life, in an equal and fair manner has been entrusted to the administration directly by the Constitution. Health, such as education, security, justice and transportation, constitutes one of the classical public service titles. The administration carries out this duty with health services, which it will carry out by itself or by authorizing private legal persons. As stated in constitution m.56, the execution of health services falls within the scope of the administration. In this context, the administration has to perform the primary service provision in accordance with the financial adequacy and priority order in Article 65 of the Constitution. However, the administration may harm people in various ways while performing the public services that it is obliged to fulfill. For this reason, the administration is obliged to indemnify the losses incurred due to the disruptions experienced during the execution of health services. The responsibility of the administration for the performance of the health public service, which is carried out both directly by itself and by private individuals under its own supervision and control, is essential. As a requirement of the rule of law, the administration has to compensate for the damages it has caused to individuals within the framework of its administrative actions and transactions.

The number of cases arising from the provision of health services in Turkey is increasing from year to year. Due to the fact that the decisions of the courts of instance in the administrative jurisdiction do not satisfy the citizens, an important heading of the Individual application decisions of the Constitutional Court, which entered our legal life in 2012. It is therefore the complaints about the provision of health services by the administration. In this article, we will try to explain our opinions and thoughts by classifying the contents of the decisions of the Constitutional Court as a result of individual application in terms of the contradictions we have identified.

Keywords

Right of Health, Health Service, Constitutional Court, Individual Applicant, Right of Fair Trial.

Extended Abstract

The right to health is one of the most basic human rights protected by national and international law. Because the assurances of a person who is not healthy and whose health problems cannot be resolved will have no meaning. The right to health, which is a sub-principle of the right to life, in an equal and fair manner has been entrusted to the administration directly by the Constitution. Health, such as education, security, justice and transportation, constitutes one of the classical public service titles. The fact that the public service provision, which is the reason for existence and legitimacy of the administration, the classical title of health public service, the diversity in the form of presentation, the presentation object being "human" and the operations on "human" by "people", increase the importance of the concept of medical error.

The administration carries out this duty with health services, which it will carry out by itself or by authorizing private legal persons. As stated in constitution m.56, the execution of health services falls within the scope of the administration. Providing health service in a private hospital, polyclinic or practice does not prevent it from being a public service. The fulfillment of activities that are undoubtedly public service by private law persons is called virtual public service in administrative law.

In this context, the administration has to perform the primary service provision in accordance with the financial adequacy and priority order in Article 65 of the Constitution. However, the administration may harm people in various ways while performing the public services that it is obliged to fulfill. For this reason, the administration is obliged to indemnify the losses incurred due to the disruptions experienced during the execution of health services. The responsibility of the administration for the performance of the health public service, which is carried out both directly by itself and by private individuals under its own supervision and control, is essential. As a requirement of the rule of law, the administration has to compensate for the damages it has caused to individuals within the framework of its administrative actions and transactions.

Regarding health services, in the application of the Council of State, service defect inquiries are made, and for this purpose, an expert is applied in almost all health service files. In this sense, administrative behavior, damage, causal link, fault evaluation is made; Even if the specified conditions exist, it is evaluated whether the defect is "severe" or not. The Council of State cites the risky nature of health services as the reason for this characterization.

In the disputes arising from the provision of health services, in the evaluations to be made by the administrative judicial authorities, the technical aspects of the case, the patient rights rules, international regulations, the characteristics of the case, the qualifications of the health personnel and the development of the case, the fact that health is a technical issue and therefore the applied experts should also be informed about the health services. Therefore, it is necessary to decide whether the issue is evaluated with professional fanaticism or not, by paying attention to many facts.

The number of cases arising from the provision of health services in Turkey is increasing from year to year. Due to the fact that the decisions of the courts of instance in the administrative jurisdiction do not satisfy the citizens, an important heading of the Individual application decisions of the Constitutional Court, which entered our legal life in 2012. It is therefore the complaints about the provision of health services by the administration. In this article, we will try to explain our opinions and thoughts by classifying the contents of the decisions of the Constitutional Court as a result of individual application in terms of the contradictions we have identified.

GİRİŞ

İdarenin temel yükümlülüklerinden hatta var oluş gerekçelerinden birisi sağlık hizmetlerinin teminidir. İdare başta sağlık politikalarının belirlenmesi, sağlık hizmeti sunum araçlarının temin edilmesi, hizmetin etkin bir şekilde sunulması gibi sağlığın bütün aşamalarında asıl yetkili olan bir ünedir. İdarenin gerek doğrudan kendisi gerekse de kendi gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yerine getirilen sağlık kamu hizmetinin ifasından dolayı, sorumluluğu esastır. İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu, Türk İdare Hukuku sistematigi içerisinde "idarenin sorumluluğu" başlığı altında anlatılan ilke ve müesseseler bakımından belki de en fazla örnekleri görülebilecek kısımdır. Zira sağlık ve hukuk mahiyeti gereği, insana en fazla "dokunan" iki temel disiplindir.

İdarenin, var oluş ve meşruluk gerekçesi olan kamu hizmeti sunumunun, klasik başlığı olan sağlık kamu hizmeti, sunum biçimindeki çeşitlilik, sunum objesinin "insan" olması ve "insan" üzerindeki ameliyelerin, yine "insanlar" tarafından gerçekleştirilmesi, beraberinde tıbbi hata kavramının önemini artırmaktadır. İdare aygıtı, insan eliyle faaliyet gösterdiğinden, peşinen insan hatalarının sorumluluğunu, gerek anayasal düzlemdeki normlar gerekse de içtihatlar yoluyla üzerine almıştır. Hak bilinci geliştikçe, kişilerin idari ve yargısal başvuru yollarını kullanması, gitgide etkisine artırmaktadır. Bu artışa koşut bir şekilde de yargı organlarının verdikleri kararlar, "İdarenin Sağlık Hizmetleri Nedeniyle Sorumluluğu" konusundaki ilkeleri ortaya çıkarmaktadır. İdarenin Sağlık Hizmetleri Nedeniyle Sorumluluğu, Danıştay kararları ışığında ele alınmasına ilişkin olarak, idare hukukunun içtihadilik özelliği ve idarenin sorumluluğu konusunun da bu özelliğinin yansımalarının en iyi görüldüğü alandır.

Makalede Anayasa Mahkemesi Bireysel başvuru kararları ölçeğinde idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu ele alınacaktır.

I. SAĞLIK HAKKI

Sağlık teriminin hukuki anlamı, yalnızca hasta olmama durumunu değil; aynı zamanda “bedensel, zihinsel ve sosyal olarak tam bir iyilik hali”ni ifade ettiği kabul edilmektedir. Örneğin, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Anayasası ve 1978 Alma-Ata Bildirgesi, sağlığı “yalnızca hasta ya da sakat olmama değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyi olma hali” olarak tanımlamaktadır¹. Anayasamızın 56. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir”.

Sağlık bir hak olarak değerlendirilmesi gereken bir olgudur. En öz ifadesiyle sağlık hakkı “en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı” anlamına gelen bir insan hakkıdır². Sağlık hakkı, terim olarak kişi dokunulmazlığını, yaşam hakkını ihtiva etmesi yönüyle, negatif statü hakları kapsamı içerisine girmekte iken; sağlık ile ilgili ihtiyaçların sağlanması bireyin tek başına karşılama imkânının bulunmadığı gerçekliği karşısında, devletin müdahaleci olma rolü nedeniyle de pozitif statü hakları içerisindedir. Anayasamızda doğrudan sağlık hakkını düzenleyen somut bir madde bulunmamaktadır³. Ancak öğretilerde sağlık hakkının, Anayasamızın 56. maddesinde doğrudan olmasa da dolaylı olarak düzenlendiği; sağlık hakkının sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında yer almasının da etkisiyle, “sosyal haklar” sınıfı içerisinde yer aldığı kabul etmektedir⁴. Hatta bir görüşe göre sağlık hakkı, sosyal devlet ilkesinin merkezinde yer alan bir haktır⁵. Bize göre ise sağlık, bireysel ve toplumsal anlamları olan bir

¹ Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 69, S. 1, (2014): 167.

² Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *AÜHF* 59, S. 4, (2010): 713.

³ Korkut Kanadoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, *TBB* 15, (2015): 12.

⁴ Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, 168; Orhan Aldıkaçtı, “Sosyal Devlet”, *Anayasa Yargısı* 14, (1997): 80; M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, *İnsan Hakları Yıllığı* 7-8 (1985-1986): 62; Cahit Talas, “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”, *İnsan Hakları Yıllığı* 12, (1990): 86; Bülent Algan, *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 26- 27; Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (İstanbul: May Yayınları, 1978), 102; Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 5.

⁵ Andreas Spickhoff ve Udo Steiner, *Medizinrecht*, (Münih: 2018): 4. “... Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet bu ödevleri altına imza attığı “Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi”nin de bir gereği olarak yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır” D8.D, 28.11.2011, E. 2011/5155, K. 2011/6094.

kelimedir. Bu nedenle de hakların içerisinde kategorik olarak tam olarak bir alanın içerisine yerleştirilmeye müsait yapıya sahip değildir. Esasında önemli olan sağlık hakkının üç kuşak hak sınıfı arasında nereye konumlandırılabilceği değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında sağlık hakkına atıf yaparken şu ifadelerle yer vermiştir⁶: “... Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelmektedir. Yine Devlet, Anayasa'nın 17. maddesine göre, kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen nedenlerle sınırlanamaz”. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere aslolan sağlık hakkını, bütün hak kategorilerinin hem içinde hem de üzerinde olacak şekilde değerlendirmektir. Olması gereken ise bütün insan haklarını, bütüncül bir şekilde ele alarak değerlendirmeye konu etmek, Danıştay'ın ifadesi ile konuyu sağlık hakkı veya yaşama hakkı olarak ayrı ayrı değerlendirmek yerine “sağlıklı yaşama hakkı” olarak analiz etmektir⁷.

II. BİR KAMU HİZMETİ OLARAK SAĞLIK

İdarenin sağlık hukuku kaynaklı olarak sorumluluk kurallarına tabi tutulabilmesi için, idarenin sağlık ihtiyaçları karşısındaki rolü ve etkinliğinin, daha açık bir ifade ile de sağlığın kamu hizmeti boyutunu tartışmak gereklidir. Çünkü “Duguit”ın kamu hizmeti kavramını idare hukuku teorisinin merkezine oturtması ve hatta idare hukukunu ‘kamu hizmetleri hukuku’ olarak ifade etmesi⁸, kamu hizmeti kurumunun idare hukukundaki yeri ve önemini izah bakımından önemlidir. Kamu hizmeti, idare hukukunun temel kavramı olup, idare hukukundaki müesseselerin izahı bakımından da ölçü-referans norm niteliğindedir⁹.

⁶ AYM Kararı, 3.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105, R.G. 17.12.2014, S. 29208; Aynı yönde bkz. AYM Kararı, 11.7.2018, E. 2017/32, K. 2018/81, R.G. 14/11/2018, S. 30595.. AYM, vermiş olduğu bazı bireysel başvuru kararlarında ise sağlık hakkını sosyal haklar kategorisi içerisinde değerlendirmektedir. Bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2013/ 1943, 9.9.2015, §44; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/ 3747, 26.12.2018, §37.

⁷ Selman Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 2, (2016): 171; D15.D, 7.2.2018, E. 2017/323, K. 2018/1282.

⁸ Ali Ulusoy, “Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, (2004): 59; Gülan da kamu hizmeti başlığının idare hukuku disiplini içinde “kurucu unsur” niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İÜHF*, 56, S. 1-4, (1998): 102.

⁹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, (İstanbul: Ülke Kitapları, 2004), 11. Kamu hizmeti kavramının tanımı ve belirsizliği konusunu Çal şu cümlelerle ifade etmiştir: “... Kamu hizmeti zaman içerisinde

Kamu hizmetinin tanım olarak ne anlama geldiği konusunda uzlaşmış bir tanım olmasa da bizim tercih ettiğimiz öz ve aynı zamanda kapsayıcı tanım Gülan'ın tercih ettiği kullanımdır. Buna göre kamu hizmeti: “*Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir*”¹⁰.

Sağlığın, kamu hizmeti örneklerinin en belli başlıcası olduğu genel bir kavoldür. Eğitim, güvenlik, adalet, ulaşım gibi klasik kamu hizmeti başlıklarından birisi de sağlıktır. Sayılan örnekler, “anayasal kamu hizmeti” olarak ifade edilmektedir. Hatta Türkiye’de hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğunu tayin etme yetkisi yasama organına ait olmasına rağmen, sağlık, eğitim, adalet, güvenlik gibi anayasal ve klasik niteliği bulunan kamu hizmetlerine yasama organının kamu hizmeti niteliğinden çıkarabilme yetkisi verilmemiştir¹¹. İdare gerek bizzat kendisi gerekse de kendi gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri aracılığı ile sağlık kamu hizmetini sunmak zorundadır.

Anayasamızın 56. maddesinde “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. / Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir*” denilmektedir. Anayasanın bu ibaresinden sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve devletin de bizzat veya kendi gözetim ve kontrolünde olmak kaydıyla özel hukuk kişileri aracılığıyla sağlık kamu hizmetini yerine getireceği sonucu çıkarılabilir.

Sağlık hizmetlerinin sunulması konusunda idarenin asli görevli ve yetkili olduğu 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve birçok özel sağlık mevzuatında açıkça ifade edilmiştir¹². Anayasamızın 56. maddesi gereğince, 65. maddedeki sınırlandırmaya (mali yeterlilik ve öncelik sırası) uygun olarak asli hizmet sunumunu ger-

değişen, yaşamsal önemde günceli etkilemesine karşın, “belli belirsiz” sınırları hemen daima “sisler içinde” kalan bir kavram olagelmıştır” Sedat Çal, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, Erişim Tarihi: Ocak 18, 2019; <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>; Sedat Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, (Ankara: TOBB Yayınları, 2008), 24.

¹⁰ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı)* 1-3, (1988): 148.

¹¹ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 268. Aksi yöndeki görüşe göre: “... *Hâlbuki sağlık alanında yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu hususunda hukuki bir sonuca varmak, ancak bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde yasama organının ya da anayasa koyucunun iradesinin varlığı ile mümkündür. O halde bu iki iradeden birinin varlığı sağlık alanında yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu ortaya koyacaktır*” Bora Demir, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi*, (Ankara: AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011): 15.

¹² 3359 SK m.3/a: “*Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir*”.

çekleştirmek durumundadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmetlerinin sunulmasının kamu hizmeti olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir: “Anayasa'nın 5. Maddesi, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Bu nedenle Anayasa, kişiler için bir hak olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak devlete pozitif yükümlülük getirmektedir. Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak sağlık hizmetlerinin sunumunda yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında devleti, bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmuştur. (...) Zira sağlık hizmeti doğrudan yaşama hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olup bu hizmetin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Kişiler için bir hak olan bu hizmetten yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılması ve bu hizmetin daha iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması devletin Anayasa'dan kaynaklanan bir ödevidir. Dolayısıyla Anayasa'da devlete verilen görevlerin gereği olarak kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmeleri için genel sağlığın korunması amacıyla düzenlenen dava konusu kurallar demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır”¹³.

Devlet, sağlık hizmetlerini bizzat yerine getirebileceği gibi, kendi gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından da teminini sağlayabilir. Sağlık hizmetinin bir özel hastanede, poliklinikte veya muayenehanede verilmesi, kamu hizmeti niteliğinde olmasına engel değildir. Kamu hizmeti niteliği kuşkusuz bulunan faaliyetlerin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi, idare hukukunda virtüel kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır. Bir hizmetin virtüel kamu hizmeti niteliğinde sayılması halinde, hizmetin üzerinde “kolluk ötesinde bir içerik denetimi halinde cereyan ettiği”¹⁴ kabul edilecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU KAPSAMINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİ

Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla, Anayasa'mızda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla

¹³ AYM Kararı, 28.9.2017, E. 2016/125, K. 2017/143, R.G. 23.1.2018, S. 30310. Aynı yönde AYM Kararı, 28.1.2016, E. 2014/ 92, K. 2016/ 6, R.G. 3.3.2016, S. 29642; AYM Kararı, 5.3.2015, E. 2015/ 17, K. 2015/ 20, R.G. 19.6.2015, S. 29391. “... sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez.” AYM Kararı, 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, R.G. 24.12.2007 S. 26736.

¹⁴ Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, AÜSBFD 47, S. 3-4, (1992): 309.

Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa Mahkemesi için bu noktada önemli olan husus, yürürlükteki yargısal sistemin ihmale yönelik davranışlar ve tıbbi hatalar nedeniyle maddi ve manevi varlığa yapılan müdahalelerden doğan sorumluluğu hiçbir durumda belirsizlik içinde bırakmamaktadır¹⁵. Anayasa Mahkemesinin bu noktadaki görevi -ihlallerin önlenmesinde oynaması gereken rolün zayıflatılmaması için- derece mahkemelerinin temel hak olarak kategorize edilen Anayasa'nın 17. Maddesi kapsamında, derece mahkemeleri için öngörülen dikkatli ve özenli inceleme şartını ne ölçüde yerine getirdiğini incelemektir¹⁶. İzah edilen çerçevede Anayasa Mahkemesi, kasıt söz konusu olmaksızın hekim kusuru nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar gördüğü şeklindeki tıbbi hataya ilişkin şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında ele almaktadır¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dâhil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere erişimlerinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yer aldığı kabul etmektedir¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne yansıyan bireysel başvuruya ilişkin uyuşmazlıklarda, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğundaki problemler aşağıdaki başlıklar halinde tasnif edilerek, tartışılacaktır.

A. MAHKEME KARARLARININ GEREKÇESİZ OLMASI

Mahkeme kararları, tarafların iddia ve savunmalarının, diğer delillerle birlikte ele alınarak, belirli bir hukuksal varlığa ulaşıldığının açıklandığı metinlerdir. Bu çerçevede hâkimin maddi olguları, hukuk biliminin kurumları çerçevesinde değerlendirme yapması, ulaştığı çözümü tarafların da anlayacağı bir üslupta, gerçeklik ve hukukilik çerçevesinde izah etmesi gerekir¹⁹. Gereğçeli karar hakkı,

¹⁵ "Tıbbi ihmâl iddialarının söz konusu olduğu hâllerde devletin egemenliği altındaki kişilerin yaşamlarının korunması yönündeki pozitif maddi yükümlülüğü, ister kamu hastanelerinin ister özel hastanelerin hastaların yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almalarını sağlayıp sağlık çalışanlarının yüksek mesleki standartlara sahip olmalarını temin edecek etkili bir mevzuat oluşturmaktan ibarettir" AYM Kararı, Başvuru No: 2019/24231, 23.2.2022, §89.

¹⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/4086, 20/4/2016, §72; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5860, 1/12/2015, §57.

¹⁷ Yaşam hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarında makul derecede ivedilik ve özen şartının yerine getirilmesi, dolayısıyla derece mahkemelerinin bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede bir inceleme yapıp yapmadıklarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi şarttır. AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5860, 1/12/2015, §52; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/7528, 9/9/2015; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/474, 9/9/2015; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/9690, 11/5/2017; AYM Kararı, Başvuru No: 2019/24231, 23.2.2022.

¹⁸ Trocellier v. Fransa (k.k.), Başvuru No: 75725/01, 5/10/2006; İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye (k.k.), Başvuru No: 46156/11, 21/5/2013.

¹⁹ A. Kürşat Ersöz, "Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükmün Tesis Edilmesi", *Legal Hukuk Dergisi* 16, (2018): 4102.

yargılamada ileri sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir²⁰. Dilekçelerde ileri sürülen taleplerin ve dayanağı olan maddi olguların, talep sonucunu etkilemesi mutlak ise, mahkemenin zikredilen maddi olgulara ilişkin cevap vermemesi ya da tartışmaması, gerekçeli karar hakkının ihlalidir. Talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemesi kararlarının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilir²¹. Gerekçeli karar hakkı, AİHS m.6, AY m.36 gereğince Adil Yargılanma Hakkının alt başlıklarından birisi olarak değerlendirilir. Ancak tıbbi hatadan kaynaklanan tam yargı davalarında, mahkemelerin gerekçeli karar hakkını ihlal etmesi, “yaşam hakkı”nın ihlali sebebi sayılmıştır²².

Başvurucuların ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararları, yetersiz bularak yaptıkları kanun yolu müracaatlarında, AYM, kanun yolu incelemesi yapan merciin yargılamayı yapan mahkemeyle aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtmasını yeterli bulmaktadır²³. AYM'nin konu ile ilgili bireysel başvuru kararlarına göre, derece mahkemelerinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkânlarının etkili şekilde kullanılabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; ulaşılan sonuçlar yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır²⁴.

AYM, hastaneye ulaştıktan sonra kardeşine geç müdahale edildiğini iddia eden kişinin, ölümün geç müdahaleden kaynaklı olup olmadığını mahkeme kararında açıklığa kavuşturulmamasını hak ihlali saymıştır²⁵. Yine doktor tarafından hakarete uğradığını, zorunlu olarak kemoterapi odasına yatırıldığını, kendisine oda verildiğini söyleyen başvurunun iddialarının mahkemece araştırılmamasını da yaşama hakkının ihlali sebebi sayılmıştır²⁶. Konu ile ilgili örnek verebileceğimiz son kararlardan birisinde yemek borusunun mide ile bağlanamaması sonucu doğuştan gelen

²⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2995, 20/2/2014, §51.

²¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/8572, §56. Bilirkişi raporlarının iddiaları dikkate alacak şekilde alınması ve kararda tartışılmış olması yeterlidir. AYM Kararı, Başvuru No: 2015/12266, 26.12.2018, §40.

²² AYM Kararı, Başvuru No: 2015/ 2536, 4.7.2019, §79.

²³ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5486, 4/12/2013, §57.

²⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/9047, 7.5.2015, §45.

²⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/3640, 30.10.2018, §84.

²⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/ 2536, 4.7.2019, §79. “... başvurunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde tıp kurallarına göre öngörülebilir nitelikte komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası yönünden mahkeme kararlarında konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Üstelik başvurunun belirtilen iddia ve şikâyetleri, yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyettedir. Dolayısıyla yargısal makamlarca bu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır” AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14498, 19.10.2021.

bir bozukluk tanısı konulan hasta, doğal yollardan beslenemediği için damardan beslenmiş, ameliyatı yapılmıştır. Ancak beslenme sıvısı verilirken hastanın sağ elinde ciddi derecede şişlikler meydana geldiği için iki ayrı ameliyat geçirmiş ancak %51 oranında engellilik teşhisi konulmuştur. Dosyaya yerelde bakan İdare Mahkemesi davayı Adli Tıp Kurumu'ndan gelen bilirkişi raporuna istinaden reddetmiş, İstinaf Mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kararını kısmen kaldırmıştır. Kesin nitelikteki bu hükümdede, davacılar 50.000 TL manevi tazminat verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamdaki gerekçesinde: *“manevi tazmin ile amaçlananın sadece bir nebze olsun rahatlatma duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarma”* şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Daha sonra da *“beslenme sıvısının damardan verilmesi sırasında gerekli tedbirler alınmadığından davacının olay nedeniyle oluşan zararının karşılanması”* gerektiği belirtilmiştir. AYM ise: *“Bu zararın idarenin gerekli tedbiri almaması sonucunda ortaya çıktığı konusunda derece mahkemesinin kabulü ve tespitleri dikkate alındığında sadece manevi tazminat talebinin kabul edilmesinin ihlalin sonuçlarının giderilmesi bakımından yeterli olmadığı açıktır. Nitekim derece mahkemesince bir kusur tespitine yer verilmesine rağmen maddi tazminat talebinin reddi yönünden somut değerlendirme yapılmamış ve maddi zararın tazmin edilmesi konusundaki anayasal gereklilikleri gözetilen bir yaklaşım gösterilmemiştir. Dolayısıyla başvuru maddi zararlarının tazmin edilmesi yönündeki taleplerinin derece mahkemesince reddedilmesi nedeniyle ihlalin sonuçlarının giderildiğini söylemek güçtür. Bu nedenle somut olayın koşullarında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün gereğinin yerine getirildiğinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır”* kararını vermiştir²⁷. Mahkemenin aktardığımız kararında, derece mahkemelerinin içine düştüğü çelişkinin tespiti yapılmıştır. Söz konusu kararda, ilk derece mahkemesi, salt Adli Tıp Kurumu kararını gözeterek davacının taleplerini reddetmiş; Bölge İdare Mahkemesi ise hem kusur tespitini yapmış, hem de maddi zararın tazmini için gerekli olan illiyet bağını kuramamış fakat diğer taraftan da kusurluluğa yer vererek manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Sunulan uyuşmazlıkta idarece yürütülen sağlık hizmeti sonucunda, sağlam eli sakat kalan bir hastanın durumuna, bir mahkemenin hata yoktur, diğer mahkemenin hata vardır ama maddi tazminata yeterli değildir demesi ne hukuken ne de vicdanen kabul edilebilir değildir. Anayasa Mahkemesi'nin tespiti hukuki ve rasyonel olmakla birlikte bize göre, vakanın gerçekliği ve açıklığının derece mahkemelerince gözetilmemesi, davacının davayı açtığında aktardığı maddi olayın bilirkişi raporuna dahi hacet bırakmayacak anlaşılabilirlikte olduğu gözetilmeden karar verilmesi, adil yargılanma hakkının önemli alt başlıklarından birisi olan gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği tespitlerine de yer verilmesi gerekirdi. Bize göre mahkemelerin bu tutumu bariz takdir hatası içermektedir.

²⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/1571, 4/7/2022, §49.

B. YARGILAMALARIN UZUN SÜRMEŞİ

Maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının makul derecede dikkatli ve özenli inceleme şartının yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelerinin kendilerine yansıyan başvuruları, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle incelemesi yapması şarttır²⁸. Diğer yandan da Anayasa'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında da bahsedildiği üzere davaların en az giderle ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuca ulaştırılması yargının görevidir. Anayasa Mahkemesi tarafından makul sürede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olduğu kabul edilerek bir davadaki yargılama süresinin makul olup olmadığının tespitinde davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurusunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususların dikkate alınacağı belirtilmiştir²⁹.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarih, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır³⁰. İdari yargılama hukukunda ise özellikle idari eylemden doğan zararların tazmininde idareye yapılan müracaattan itibaren makul yargılanma süresi başlatılmaktadır³¹. AYM'nin sürenin başlangıcını, idareye müracaatın yapıldığı tarihten itibaren başlatması, İYUK m.13 başvurusunun "ön karar" olması niteliği ile de uygundur.

Yargılamaların çok uzun sürmesi, sağlık kurumlarında işlenen kusurlu eylemlerin bilinmesi, ilgili kurumlara ve sağlık personeline potansiyel kusurlarını giderme ve benzer hataların meydana gelmesini önleme imkânı vermesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu tür olaylara ilişkin soruşturma veya davaların süratli bir şekilde incelenmesi, sağlık hizmetlerinden faydalanan

²⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/8147, 14/4/2016, §57; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/18266, 25/1/2018, §32.

²⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2012/13, 2/7/2013, §34-64; AYM Kararı, Başvuru No: 2012/1198, 7/11/2013, §54-60; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/17485, 25/1/2018, §56. AİHM ise Bükler-Türkiye kararında idari yargıya konu uyumsuzlukla ilgili makul süre kriterini, davanın karmaşıklığı, başvuran ve ilgili yetkililerin davayı takibi ve ihtilafta başvuranın tehlikedeki çıkarlarını dikkate alarak tayin etmektedir (Bükler-Türkiye, Başvuru No: 29921/96, §33). İdari yargıda makul sürede yargılanma hakkının ihlali konusunda bkz. Sila Tatlıdil, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *TBB Dergisi* 143, (2019): 9-49. Bayram Keskin, "İdari Yargılamada Makul Süre Kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi", *İNÜHFD* 9, S. 2, (2018): 391-414.

³⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/14189, 25/10/2017, §76.

³¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/10703, 5.10.2017, §47.

tüm bireylerin güvenliği için son derece önemlidir³². AYM, yargılamaların çok uzun sürmesinin, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının usul yönünün ihlal edildiğini içtihat etmektedir³³.

Konuya örneklik teşkil eden bir kararına konu olayda tıbbi ihmal iddiasıyla başvuru tarafından zararlarının tazmin edilmesi istemiyle 1/4/2010 tarihinde İdareye başvurulmuştur. İdarenin başvuruların talebini reddetmesi üzerine başvurular, 14/6/2010 tarihinde İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılmışlardır. İdare Mahkemesi 14/2/2013 tarihinde davanın reddine karar vermiş, anılan karar temyiz ve karar düzeltme kanun yolu incelemelerinden sonra 21/2/2019 tarihinde kesinleşmiştir. Başvuruya konu davanın karmaşık bir nitelik arz etmediği ve başvuruların yargılamanın uzamasına hiç bir katkılarının olmadığı dikkate alındığında yargılamanın 9 yıla yakın bir sürede sonlandırılmasını Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir³⁴.

C. BİLİRKİŞİ RAPORLARININ YARGILAMAYA ETKİSİ

Tıbbi hataya ilişkin uyuşmazlıkların özü, tıp biliminin uygulanmasından kaynaklanan sorunlardır. Uyuşmazlıkların doğrudan tıp bilimini alakadar ediyor oluşu, mahkemelerin bilirkişilik kurumuna sürekli müracaat etmesini gerekli kılmaktadır. Ancak bilirkişi raporlarının yargılamaya olan etkisi, sadece tıbbi ihmal dosyalarında değil ülkemizdeki yargı uygulamasında genel manada sürekli tartışılmalı bir başlıktır. Özellikle bilirkişi raporlarının mahkeme gerekçelerini takdiri delil olmasının ötesine geçerek, hükmün esasını tayin etmesi ya da eksik incelemeye dayalı olarak tanzim edilmesine rağmen hüküm kurmaya elverişli kabul edilmesi, uzmanlığı için başvuru kişinin esasında uyuşmazlık konusu ile doğrudan bağlantısının olmamasına rağmen bu durumun göz ardı edilerek dosyanın tevdi edilmesi yönlerinden eleştiriye tabidir. Konumuz başlığı özelinde ise bilirkişilik müracaatının sıklıkla yapıldığı kurum, Adli Tıp Kurumu'dur.

1. Bilirkişilerin Uyuşmazlığın Özüne İlişkin Bilimsel Konularda Sessiz kalması ya da Mahkemelerin Bilirkişilere Dosyayı Aydınlatmaya Yardımcı Olacak Nitelikte Soru Yönelmemesi

Adli Tıp Kurumu³⁵ tarafından verilen ve derece mahkemesi tarafından hükme esas alınan raporda başvuru bacasında meydana gelen duyu kaybının il-

³² AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1943, 9/9/2015, §76.

³³ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/10703, 5.10.2017, §52.

³⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2019/16713, 2.3.2022, §61, 62. Aynı yönde AYM Kararı, Başvuru No: 2018/23753, 2.3.2022; AYM Kararı, Başvuru No: 2019/11174, 16.11.2021, §73.

³⁵ Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığı'na bağlı olması dolayısıyla bağımsız niteliği bulunmaması nedeniyle organizasyonel yönden; kararlarının çok uzun sürede açıklanması, konuyu değerlendiren kişilerin uzmanlık alanına yeterince dikkat edilmeden rapor hazırlanması, taraf iddialarını dikkate almadan karar vermesi yönlerinden de fonksiyonları bakımından eleştirilmektedir. Bkz. Gülay Çetin v. Türkiye Başvuru No: 44084/10, 5.3.2013, §148. Belirtilen kararda Adli Tıp Kurumu'nun bilimsel yönünden çok idari yönünün daha ağır bastığı ifade edilmektedir.

gili doktor ve hemşirenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı bakımından somut olaya özgü koşulların incelenmediği, enjeksiyonu gerçekleştiren kişinin kim olduğunun dahi belirlenmediği, aynı şekilde başvurucuya uygulanan enjeksiyonun yapım tekniği bakımından hatalı olup olmadığı konusunda herhangi bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda bilirkişi raporunda varsayımlara görüşlerden ziyade, somut olayda, olayın gerçekleşme tarzının irdelenmesi istenilmiştir³⁶. Benzer bir başka karardan daha örnek vermek gerekirse; “*ATK tarafından verilen ve derece mahkemesi tarafından hükme esas alınan raporda da ilk ameliyatı gerçekleştiren doktorun belirtilen beyanları ve Sivas Valiliği'nce yaptırılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda ikinci ameliyattan önce gastroskopi yapılması gerektiği yönündeki görüşe yer verildiği, dolayısıyla ATK'nun başvurucunun söz konusu iddiasından haberdar olduğu görülmektedir. Ancak ATK'nun söz konusu raporunda, ikinci ameliyattan önce gastroskopi yapılsaydı hastanın pangastritis olduğunun anlaşılacağı ve ikinci ameliyata gerek olmayacağı yönündeki iddiaya hiç bir yanıt ve açıklama getirilmemiş olduğu anlaşılmaktadır*” denilerek ATK raporu eleştirilmiş ve bu durum hak ihlali sebebi sayılmıştır³⁷. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporlarında başvurucuların iddialarıyla ilgili değerlendirmelerin yer almadığı fark edilmektedir. Çünkü sözü edilen raporlar başvurucuların babasının istenen ileri tetkikleri yaptırıp ilgili doktora geri dönüş yapmadığını ve bir başka merkeze başvurduğunu, bu merkezde gerekli acil tedavilerin yapıldığını, ilgili doktor tarafından yapılan tetkiklerin doğru olduğunu ve reçetenin teşhise uygun olduğunu açıklasa da;

- Semt Polikliniğinde yapılan muayene ve tetkiklerin başvurucuların babasına acil tıbbi müdahalede bulunulmasını gerektiren bir duruma işaret edip etmediği,
- Acil tıbbi müdahale gerektiren bir durum varsa başvurucuların babasının gerekirse donanımlı bir hastaneye sevk edilmemiş olmasının başvurucuların babasının ölümüne etki edip etmediği, bu bağlamda ihmalle ölüm arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı konusunda rapor alınmamasını Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul bozusunun ihlali olarak değerlendirilmiştir³⁸.

2. Bilirkişiyne Gidilmesi Talep Edilmesine Rağmen Reddedilmesi

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolu ile herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar veremez. Zira bilirkişi raporu ve benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir³⁹. Buna karşın Anayasa

³⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/9714, 11.12.2018, §43.

³⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/3747, 26/12/2018, §48.

³⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2019/24231, 23.2.2022, §93, 97.

³⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/9047, 7/5/2015, §43.

Mahkemesi'nin, başvurucunun yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporunun bir hükme ulaşırlık dikkate alınması talebinin reddi kararının da tarafların haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilip verilmediğini incelemesi gerekmektedir⁴⁰. Delillerin ve bilirkişi incelemesi de dâhil olmak üzere delillerin değerlendirilmesinde kullanılan araçların kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları kural olarak derece mahkemelerinin takdirinde olan bir husustur ve açık hata veya keyfîlik ihtiva etmemesi hâlinde Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz⁴¹. Bu bakımdan tıbbi ihmal iddiasıyla yapılan başvurularda yaşam hakkının usul boyutunun incelenmesi sırasında yapılması gereken iş, başvuruya konu edilen tam yargı veya tazminat davasının, ölümle neticelenen olayın seyrini ve sağlık personelinin olası sorumluluğunu aydınlatmaya imkân verip vermediğini belirlemektir⁴².

3. Bilirkişi Raporlarının Yazım Yöntemi ve Bilimselliği

Anayasa Mahkemesi'nin kural olarak bilirkişilerin vardığı sonuçları, mevcut tıbbi bilgilerden hareketle birtakım tahminlere yer vererek sahip olduğu bilimsel bakış açılarının doğru olup olmadığı yönünden irdeleme görevi bulunmamaktadır⁴³. Ancak raporun yazımında olayın özüne ilişkin konunun yeterince aydınlatılmaması, zarara sebebiyet veren olayın varlığı, ya da zararlar davranış arasındaki nedensellik bağının bilimsel yönlerden tartışılmaması, AYM tarafından bir eksiklik sayılmıştır. Bircan-Meryem Çelik Başvurusu'na ilişkin AYM'nin verdiği karar, konuya örneklik teşkil etmesi bakımından izaha değer niteliktedir. Olayda doğuma hazırlanma sürecinde anne Hastanede yaklaşık dokuz saat yatılı olarak kalmıştır. Bu süre zarfında diğer tetkikler yapılırken davacı, doğumun normal doğum mu sezeryan doğum mu yapılacağına karar verilebilmesi için görevli personel tarafından öncelikle bebeğin doğum ağırlığının tespitinin yapılması gerekirken, olayda yapılmadığını iddia etmiş ancak bilirkişi raporunda, davacının bu iddiasının doğruluğunu ya da zarar verici olaya etkisini dikkate almamıştır. AYM, bu durumun bilirkişi raporunda açıklanmaması eksiklik sayılmıştır⁴⁴.

⁴⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/4991, 20/6/2014, §§59, 60.

⁴¹ "Başvurucuların iddialarının, konusunda uzman bilirkişi heyeti tarafından dava dosyasındaki tüm beyanlar ve birinci başvurucuya ait tedavi belgelerine göre değerlendirildiği görülmüştür. Raporunda, birinci başvurucunun sağlık şikâyetlerinin doğuma bağlı oluşabilecek komplikasyonlar olarak kabul edilmesi gerektiği ve birinci başvurucuya yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu değerlendirilmesine yer verilmiştir. Buna göre derece mahkemesince yapılan yargılamada ve uzman bilirkişi raporunda yeterli somut bulgu ve tespitlere yer verilerek başvurucuların iddialarının ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı ve karşılandığı söylenebilir" AYM Kararı, Başvuru No: 2018/25890, 22.2.2022, §60.

⁴² Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2014/5101, 22/6/2017, §56. AİHM'in kendisi yönünden yaptığı benzer değerlendirmeler için bkz. Yirdem ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 72781/12, 4/9/2018, §46; Tülay Yıldız/Türkiye, Başvuru No: 61772/12, 11/12/2018, §55.

⁴³ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/8147, 14/4/2016, §65.

⁴⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/8572, §52. "... yeterli açıklıkta, somut, bilimsel, nesnel verilere dayanan bir incelemenin gerçekleştirilmesi ile mümkündür. Somut sürece bir bütün olarak bakıldığında

D. HÜKMEDİLEN TAZMİNAT MİKTARININ DÜŞÜK VEYA HAKKANİYETSİZ OLMASI

Davanın koşullarına göre belirlenen tazminat miktarı ile başvuruçuların uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığı görülmektedir. İdare Mahkemesi kararında bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik tespit edilmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin tazminat miktarlarının belirlenmesi konusunda derece mahkemelerinin takdir yetkisine müdahalesi söz konusu olamaz⁴⁵.

Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın ileri sürüldüğü tazminat ve tam yargı davalarında, derece mahkemelerinin Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği özende bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu özen yükümlülüğü, yaşam hakkı ile ilgili her davada mutlaka mağdurlar lehine bir sonuca varılmasını garanti altına almamaktadır⁴⁶. Diğer taraftan ilke olarak tıbbi hatalara ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan tazminat davasıdır. Tazminat yolunun sadece hukuken mevcut bulunmasının yeterli olmadığı bu yolun uygulamada da etkili olması gerektiği açıktır. Etkililikten söz edebilmek için ise tazminat yolunun hak ihlalini önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir *hak ihlalini tespit edip* uygun bir giderim sunabilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda tıbbi hata kaynaklı yaşam hakkı ihlalleri ile ortaya çıkan mağduriyetin giderildiğinden söz edilebilmesi için tazminat davasını karara bağlayan yargı mercilerinin öncelikle yaşam hakkı ihlalini açıkça ortaya koyması/hukuki sorumluluğu tespit etmesi ve bu durumu etkili bir giderim ile karara bağlaması gerekir. Bir başka deyişle salt giderimin (tazminata hükmedilmesi) varlığı, ihlalin tespit edilmemesi hâlinde yaşam hakkına ilişkin ihlalin/mağduriyetin ortadan kaldırıldığı anlamına gelmeyecektir⁴⁷.

Mağduriyetin giderilmesi, özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından ilgili açıısından uğradığı zararların devam edip etmediğine bağlıdır. Başvuruçulara sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı karan, söz konusu anayasal temel hak ve özgürlüğün ihlalinin niteliği göz önünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir. Bu çerçevede bir başvuruçunun mağdur sıfatı, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet ettiği durum için aynı zamanda idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir⁴⁸.

yemek borusundaki deliğin fark edilmesinin iki saat gibi bir süre sonra gerçekleşmesinin hayati anlamda gecikme sayılıp sayılmayacağı, bu gecikmenin ölüme etkisinin olup olmadığı, yemek borusundaki deliğe müdahale edilip edilmediği, iç organda delinme varken bu durum fark edilmeden kalp masajı yapılmasının ölüme katkısının olup olmadığı hususlarında somut, detaylı, aydınlatıcı, bilimsel gerekçeye dayalı bir açıklamanın söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu hususlara ilişkin yapılan açıklamanın soyut olduğu, bilimsel gerekçe ve aydınlatıcı açıklamadan/detaydan yoksun olduğu göze çarpmaktadır" AYM Kararı, Başvuru No: 2019/3627, 16.11.2021, §51.

⁴⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/10703, 5.10.2017, §40.

⁴⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/4086, 20.4.2016, §73.

⁴⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/161, 14.9.2021, §53.

⁴⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/841, 23.1.2014, §84.

E. AYDINLATILMIŞ ONAM VE TIBBİ VERİLERE ERIŞİM KURALLARININ DERECE MAHKEMELERİNCE GÖZETİLMEMESİ

Doktor ile hastası arasındaki ilişkinin güvene dayalı bir ilişki olduğu da gözetildiğinde doktorun hastaya bilgi sunma, bilgiyi anlaşılır kılma ve birlikte en doğru karara varacak şekilde süreci yönetme yükümlülüğü olduğu söylenebilir⁴⁹. Bir tedavi işlemi sırasında ya da sonrasında sağlık personelinin herhangi bir hatası olmaksızın hasta için istenmeyen sonuçların meydana gelme olasılığının her türlü tıbbi işlem için kaçınılmaz olduğunun öncelikle belirtilmesi gerekir. Hastalıktan koruma yöntemi veya tedavi işleminin anormal ve öngörülemes sonuçları, tıbbi işlemlerin risklerinden kaynaklanmaktadır⁵⁰. Tıbbi müdahale hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörülmektedir⁵¹. Rızanın en önemli istisnası ise tıbbi zorunluluk halidir. Hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hallerden biri olarak kabul edilen tıbbi zorunluluk kavramının ise genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir⁵².

Tıbbi verilere erişim konusundaki engeller, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dahil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere erişimlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi ("Özel ve aile hayatına saygı hakkı") kapsamı içerisinde yer aldığını kabul etmektedir⁵³. Tıbbi kayıtlardaki eksikliklere örnek olarak, doğum esnasında hastayı nöbeti

⁴⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2017/37430, 20.10.2021, §38.

⁵⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/5228, 20/3/2019, §53.

⁵¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/4077, 29/6/2016, §§55-56.

⁵² AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015, §56. "Bu itibarla birinci başvurucuya bir kaç saatlik zaman dilimi içerisinde yapılan tüm tıbbi müdahalelere karşın olumlu bir sonuç alınmaması üzerine bu kişinin rahminin alınmasına ilişkin tıbbi gereklilik, anılan süreç içerisinde oluşmuş ve tıbbi müdahaleye ilişkin muhtemel sonuçlar bildirilerek ikinci başvurucudan onam belgesini imzalaması talep edilmiştir. Dolayısıyla somut olayın koşulları gereğince tıbbi müdahalenin birinci başvurucu yönünden hayati önem arz ettiği ve bu müdahalenin acil olarak ortaya çıkan bir ihtiyacın sonucu olduğu objektif olarak belirlendiğinden, ikinci başvurucunun, işlemin olası sonuçları hakkında düşünerek ameliyata karar verilmesi için yeterli bir süre tanınmaması nedeniyle aydınlatılmış onamın geçerli olmadığı iddiası kabule şayan görülmemiştir" AYM Kararı, Başvuru No: 2018/25890, 22.2.2022, §66-68. Aynı yönde bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2019/11174, 16.11.2021, §65.

⁵³ Trocellier/ Fransa Başvurusu, Başvuru No: 75725/01, 5/10/2006; İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/ Türkiye, Başvuru No: 46156/11, 21/5/2013.

nedeniyle devralan Dr. O.D.'nin doğuma müdahale etmeme gerekçesinin tıbbi kayıtlara yansımaması ve bu hususun Mahkeme gerekçelerinde tartışılmamış olması eksiklik sayılmıştır⁵⁴.

AIHM'e göre taraf devletler, uygulanması planlanan tıbbi işlemin öngörülebilir sonuçları hakkında doktorların hastalara önceden bilgi vermelerini sağlayacak gerekli düzenleyici tedbirleri almak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak hastanın önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan öngörülebilir nitelikte bir riskin ortaya çıkması durumunda, ilgili devlet hastaya bilgi verilmemesinden doğrudan sorumlu tutulabilmektedir⁵⁵. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai haller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş; bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır⁵⁶. Normal şartlar altında, AYM açık ve bariz takdir hatası bulunmayan durumlarda, derece mahkemelerinin kararlarına müdahale etmezken, aydınlatılmış onam ilkesinin ihlali halinde, kararın yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak kabul etmektedir⁵⁷.

Tıbbi müdahalenin rızaya bağlı olmasının bir diğer istisnası zorunlu aşı uygulamalarıdır. Buna göre, Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AIHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç dikkate alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir⁵⁸.

⁵⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/8572, §55.

⁵⁵ Şerif Gecekuşu/Türkiye, Başvuru No: 28870/05, 25/5/2010.

⁵⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2084, 15/10/2015, §56; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/9690, 11.5.2017, §55.

⁵⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/9714, 11.12.2018, §47; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/97, 11.10.2018, §53.

⁵⁸ Boffa ve diğerleri San Marino Başvurusu, Başvuru No: 26536/95, 15/1/1998, §4.

F. İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NDA DÜZENLENEN SÜRELERİN HAK ARAMAYA OLAN ETKİSİNİN TARTIŞILMASI

İdari yargılama hukuku, idari uyumsuzlukların yargısal yollarla çözümlenmesini düzenleyen kurallar bütünüdür⁵⁹. Dolayısıyla bir çok usul hukuku müessesesinde olduğu gibi süreler konusunda da idari yargı disiplini kendine özgü bir sistem vardır. Bu çerçevede idari yargıdaki sürelerin temel özellikleri: Kanunla düzenlenmeleri, kamu düzenine ilişkin olmaları ve kendiliğinden dikkate alınmaz zorunda olunmasıdır⁶⁰. İdari yargıda sürelerin, katı usul kuralları ile çerçevelenmesinin ana gerekçesi, sürekli dava açılması ihtimalinin istikrar ve kamu düzeni açısından bir tehdit olarak görülmesidir⁶¹.

Tazminat sorumluluğunda asıl gayenin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında idare mahkemelerinde idareye karşı açılan tam yargı davalarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilmiştir⁶². İlâveten ilke olarak tıbbi hatalara ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolunun, hukuk veya idari tazminat davası yolu olduğu kabul edilmiştir⁶³. Bu kapsamda idari eylemden doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında İYUK m.13 kapsamındaki 1 ve 5 yıllık sürelerin, hak aramaya olan sınırlandırıcı etkisi tartışma konusu edilmektedir⁶⁴.

AİHM Rodoplu/Türkiye⁶⁵ kararı bu konuda örnektir. AYM, bu konuda 1 ve 5 yıllık sürenin neden yeterli olmadığına ilişkin açıklama ve ispat yükünü, başvurucuda aramaktadır⁶⁶. Her ne kadar İYUK m.13'teki süreler, 1 ve 5 yıllık süreler

⁵⁹ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukukla Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 24.

⁶⁰ İdari yargıdaki süreler ile ilgili bkz. Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2022), 255-264; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukukla Zorlanması*, 403-407; Bahattiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 692 vd.; Lütfi Duran, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)", *İÜHFD XI*, S. 1-2 (1945): 237; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 227.

⁶¹ D4.D, 20.06.1996, E. 1995/ 6183, K. 1996/ 2698.

⁶² AYM Kararı, Başvuru No: 20139116, 14.10.2015, §37.

⁶³ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2803, 21/1/2016, §78; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2839, 3/4/2014, §38.

⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlamalara tabi olabildiği, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellemesi gerektiği, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru amaçları arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceği, bu ilkelerden hareketle, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınılması gerektiği belirtilmektedir.

⁶⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 41665/02, 23/1/2007.

⁶⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/18578, 5/7/2017, §62.

olarak dikkate alınsa da, sürelerin eylemin “idariliğinin” öğrenilmesinden itibaren başlatılması gereklidir⁶⁷. Nitekim konuya örneklik teşkil eden bir kararında Anayasa Mahkemesi, 10/9/2001 ve 10/10/2001 tarihlerinde yapılan ameliyatlarının hatalı olduğundan ve söz konusu ameliyatlarda idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle başvurunun 7/11/2013 ve 2/1/2014 tarihlerinde idareye başvuruda bulunduğu belirtilmiştir. Yetkili Bölge İdare Mahkemesi, tazminat istemine 10/9/2001 ve 10/10/2001 tarihlerinde yapılan ameliyatların sebep olarak gösterildiğini vurgulamış ve söz konusu eylemler nedeniyle oluşan zararın giderilmesi istemiyle yapılan başvurunun bu tarihlerden itibaren beş yıl içinde yapılması gerekirken 2/1/2014 tarihli başvurunun reddi üzerine açılan davanın süresinde olmadığı kanaatine ulaşıldığını hüküm altına almıştır. Somut olayda başvurunun şikâyetleri özellikle 26/11/2000, 10/9/2001 ve 10/10/2001 tarihlerinde Dr. V.K.nın yaptığı ilk üç ameliyata ve ameliyat süreçlerine yönelik olmakla birlikte başvuru anılan ameliyatların ardından durumunun daha kötüye gittiğini ve ilk üç ameliyatın başarısız olduğunu ve yanlış uygulama yapıldığını Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde 2013 yılında yapılan operasyonlarda öğrendiğini belirtmiştir. Başvurucu ilk ameliyatlardan sonraki süreçte yaşadığı mağduriyet ve sıkıntılardan bahsetmiş, yanlış uygulamalar nedeniyle sağlığına kavuşamadığını, durumunun kötüleştiğini ve koltuk değnekleri kullanmak zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Başvurucu, ilk üç ameliyatından sonra şikâyetlerinin devam ettiğini, sürekli muayenelere gittiği ve söz konusu şikâyetleri kapsamında tekrar ameliyat olduğunu ifade etmiştir. Bu kapsamda başvurunun ameliyatlar sonrasında da tedavi sürecinin devam ettiği ve söz konusu sürecin 10/9/2001 ve 10/10/2001 tarihlerinde yapılan ameliyatlar sonrasında tamamlanmadığının Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde 2013 yılında yapılan operasyonlarda anlaşılması karşısında, doğrudan başvurunun ikinci ve üçüncü ameliyat tarihleri esas alınarak dava açma sürelerinin belirlenmesine ilişkin Bölge İdare Mahkemesi yorumunun başvurunun dava açmasını aşırı derecede zorlaştıran katı bir yorum olduğu değerlendirilmiştir⁶⁸.

SONUÇ

Türkiye’de sağlık ihtiyaçlarının karşılanması konusunda devlet idaresinin asıl görevli ve yetkili olduğu anayasal bir gerçekliktir. Her ne kadar sağlık kuruluşlarının özel nitelikli de olabileceği, ülkemiz açısından bir gerçek ise de, bu durum hizmetin kamusalılığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenle devlet kurumlarının sorumluluğu da idare hukukunun kendisine özgü olarak geliştirdiği, özgün kurallara göre belirlenecektir.

⁶⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/5235, 6.7.2017, §58, 59; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/2700, 7.2.2018, §51; “Tam yargı davaları, idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle, tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur” (bkz. D10.D, 28/3/2018, E. 2016/15634, K. 2018/1334).

⁶⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/12433, 23.2.2022.

Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak Danıştay uygulamasında, hizmet kusuru sorgulaması yapılmakta, bu amaçla da neredeyse bütün sağlık hizmeti dosyalarında bilirkişiye müracaat edilmektedir. Bu anlamda idari davranış, zarar, illiyet bağı, kusur değerlendirilmesi yapılmakta; belirtilen şartlar mevcut ise de kusurun “ağır” olup olmadığı değerlendirilmeye konu edilmektedir. Danıştay, bu nitelenmesine gerekçe olarak da sağlık hizmetlerinin riskli olması niteliğini göstermektedir.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, idari yargı mercilerinin yapacakları değerlendirmelerde, olayın teknik yönleri ile birlikte bu konudaki hasta hakları kuralları, uluslararası düzenlemeler, olayın özellikleri, sağlık personelinin nitelikleri ve olayın gelişme biçimi, sağlığın teknik bir konu olduğu ve bu nedenle müracaat edilen bilirkişilerin de sağlık personeli olduğu, bu nedenle konunun meslek taassubu ile değerlendirilip değerlendirilmediği gibi birçok olguya dikkat edilerek karar verilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Aldıkaçtı, Orhan. "Sosyal Devlet". *Anayasa Yargısı*, 14, (1997): 79-85.
- Algan, Bülent. *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Çal, Sedat. "Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler". Erişim Tarihi: Ocak 18, 2019, <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>.
- Çal, Sedat. *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*. Ankara: TOBB Yayınları, 2008.
- Demir, Bora. *Sağlık Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Yürütülmesi*. Ankara: AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Duran, Lütfi. "İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)". *İÜHFD*, XI, S. 1-2 (1945): 238-263.
- Ersöz, A. Kürşat. "Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükmün Teşis Edilmesi". *Legal Hukuk Dergisi*, 16, S. 189 (2018): 4095 - 4132.
- Gemalmaz, M. Semih. "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları". *İnsan Hakları Yıllığı*, 7-8, (1985-1986): 55-68.
- Gülan, Aydın. "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi". *İÜHFM*, 56, S. 1-4, (1998): 97-107.
- Gülan, Aydın. "Kamu Hizmeti Kavramı". *İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı)*, 1-3, (1988): 147-159.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2022.
- Kanadoğlu, Korkut. "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar". *TBBĐ*, 15, S. 119 (2015): 11-34.
- Karahançoğulları, Onur. *Kamu Hizmeti*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahançoğulları, Onur. *İdari Yargı İdarenin Hukukla Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Karakul, Selman. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, S. 2 (2016): 169-206.
- Keskin, Bayram. "İdari Yargılamada Makul Süre Kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi". *İÜHFD*, 9, S. 2 (2018): 391-414.
- Spickhoff, Andreas ve Steiner, Udo. *Medizinrecht*. Münih: 2018.
- Şahin, Adil. "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme". *AÜHFD*, 59, S. 4 (2010): 711-766.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

- Talas, Cahit. “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”. *İnsan Hakları Yıllığı*, 12, (1990): 83-90.
- Tan, Turgut. “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”. *AÜSBFD*, 47, S. 3-4 (1992): 307-324.
- Tanör, Bülent. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. İstanbul: May Yayınları, 1978.
- Tatlıdil, Sıla. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları”. *TBB Dergisi*, 143, (2019): 9-49.
- Temiz, Özgür. “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 69, S. 1, (2014): 165 - 188.
- Ulusoy, Ali. “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, BTHAE Yayınları, (2004): 59-79.
- Ulusoy, Ali. *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. İstanbul: Ülke Kitapları, 2004.

DEVLETE İSYAN SUÇU BAĞLAMINDA “KABAKÇI MUSTAFA” İSYANI YA DA “STATÜKO VE YENİ”NİN ÇATIŞMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN^(**)

Öz

İsyan (Hadd-i Bağy), İslam-Osmanlı Ceza Hukuku terminolojisinde kendilerince haklı bir nedene dayanan bir grubun, meşru devlet otoritesine karşı güç kullanarak yönetimi ele geçirmeye çalışmasıdır. Tanımdan hareketle isyan suçu, meşru devlet otoritesine karşı silahlı güç kullanılarak topluca işlenen had suçlarından sayılmaktadır. Had suçları, suç tanımı ve suça uygulanacak yaptırımın bizzat kanun koyucu (Şâri/Nass) tarafından öngörülmüş, kamu ve kişi haklarını ihlal eden ağır suçlar olarak kabul edilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu suçun unsurları; meşru siyasal otoriteye karşı olması, topluca işlenmesi, kuvvet kullanılması, isyancıların kendilerince haklı bir nedenle kalkışmada bulunmalarıdır. Suçun tanımlanması hususunda İslam hukukçuları arasında ciddi görüş ayrılıkları söz konusu olmakla birlikte, uygulanacak yaptırım konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kuşkusuz görüş ayrılıklarının ortaya çıkması, suçun daha çok siyasi bir suç olması, birden fazla suç eylemini içinde barındırabilmesi ve temel kaynaklar olan Kur'an ve Sünnet'te suça ilişkin doğrudan bir hükmün bulunmaması ile ilgilidir.

Hadd-i Bağy kimi zaman isyancıların, kimi zaman siyasal otoritelerin istismarına açık alan bırakan karma nitelikli bir suçtur. İsyancılar açısından genellikle siyasal otoritenin zulme sapması, adaletten uzaklaşması, hukuku çiğnemesi gibi iddialar öne sürülmüştür. Kimi zaman siyasal otorite, kendisine muhalif olan kişi ya da toplum katmanlarını susturmak amacıyla isyan suçunu devreye sokmaktan çekinmemiştir. Ancak nedenleri ve sonuçları açısından incelendiğinde isyan suçu kuşkusuz sıradan ve adi bir suç olarak değerlendirilemez.

İslam Hukuku'nun en gelişmiş ve kapsamlı uygulama alanı olan Osmanlı Devleti'nde siyasal otorite birçok kez isyanlarla sarsılmıştır. Hatta kimi zaman bu isyanlar bizzat siyasal otoritenin kendisi olan padişahı tahtından indirmekle kalmamış, canlarına da mal olabilmektedir. Kuşkusuz bu kalkışmaların en önemlilerinden biri 1807'de Sultan III. Selim'e yönelik olan ve “Kabakçı Mustafa İsyanı” adıyla tarihe not edilen kalkışmadır. Söz konusu kalkışma yalnızca sultanı tahtından indirmekle kalmamış, hayatını da elinden almıştır. Adaletten, Şeriat'ten sapma, zulme yönelme iddialarıyla biçimlenmiş bu kalkışma Osmanlı-Türk modernleşme tarihinin önemli kırılma noktalarından biri olmuştur.

1807 Kabakçı İsyanı'nı hem Osmanlı Ceza Hukuku bağlamında hem siyasal otorite-merkez-çevre çatışması olarak siyasal anlamda incelemeye çalıştığımız bu makalede temel amacımız, XIX. Yüzyıl Osmanlı-Türk modernleşmesinin hukuki, siyasi ve sosyolojik sorunlarını ortaya koyabilmektir.

Anahtar Kelimeler

Hadd-i Bağy, Osmanlı Ceza Hukuku, Siyasal Otorite, İsyan, Gelenek, Yenilik.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.10.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.12.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1189784.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü Hukuk Tarihi Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.

E-posta: yyurtseven@akdeniz.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3736-3510>.



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

THE “KABAKCI MUSTAFA” REVOLT IN THE CONTEXT OF THE CRIME OF RISING TO THE STATE OR THE CONFLICT OF “STATUS QUO AND MODERNIZATION”

Abstract

Rebellion (Hadd-i Bagy) is the attempt of a group based on a just cause in Islamic-Ottoman Criminal Law terminology to seize the government by using force against the legitimate state authority. Based on the definition, the crime of rebellion is counted as one of the hadd crimes committed collectively by using armed force against the legitimate state authority. Hadd crimes, the definition of crime and the sanction to be applied to the crime were foreseen by the lawmaker (Şârî/Nass) and were accepted as serious crimes that violate public and personal rights. As can be understood from the definition, the elements of this crime are; opposition to the legitimate political authority, collective action, use of force, and the rebels attempting with a justified reason. Although there is no serious difference of opinion among Islamic jurists regarding the definition of crime, there are different opinions about the sanction to be applied. Undoubtedly, the emergence of differences of opinion is related to the fact that the crime is more of a political crime, that it can contain more than one crime, and that there is no direct provision regarding crime in the Qur'an and Sunnah, which are the main sources.

Hadd-i Bagy is a mixed crime that sometimes leaves open space for the abuse of rebels and sometimes political authorities. In terms of the rebels, allegations such as the political authority's deviation from persecution, alienation from justice and violating the law were put forward. Sometimes, the political authority did not hesitate to use the crime of rebellion in order to silence the people or layers of society who were opposed to it. However, when examined in terms of its causes and consequences, the crime of rebellion cannot be considered as an ordinary and common crime.

In the Ottoman Empire, which is the most developed and comprehensive application area of Islamic Law, the political authority was shaken many times by rebellions. In fact, sometimes these revolts not only dethroned the sultan, who was the political authority himself, but also cost their lives. Undoubtedly, one of these attempts was occurred during the reign of Sultan III in 1807. It is an attempt against Selim and noted in history as the “Kabakçı Mustafa Rebellion”. The said that attempt not only dethroned the sultan, but also took his life away from him. This uprising, which was shaped by the claims of deviating from justice, from the Shari'a, and turning to oppression, became one of the important breaking points in the history of Ottoman-Turkish modernization.

Our main aim in this statement, which we try to analyze the 1807 Kabakçı Revolt both in the context of Ottoman Criminal Law and as a political authority-center-periphery conflict, is to address the XIX. Our purpose is to reveal the legal, political and sociological problems of the Ottoman-Turkish modernization of the 19th century.

Keywords

Hadd-i Bagy, Ottoman Criminal Law, Political Authority, Revolt, Tradition, Innovation.

Extended Abstract

Rebellion (Hadd-i Bagy) is the attempt of a group based on a just cause in Islamic-Ottoman Criminal Law terminology to seize the government by using force against the legitimate state authority. Based on the definition, the crime of rebellion is counted as one of the hadd crimes committed collectively by using armed force against the legitimate state authority. Hadd crimes, the definition of crime and the sanction to be applied to the crime were foreseen by the lawmaker (Şârî/Nass) and were accepted as serious crimes that violate public and personal rights. As can be understood from the definition, the elements of this crime are; opposition to the legitimate political authority, collective action, use of force, and the rebels attempting with a justified reason. Although there is no serious difference of opinion among Islamic jurists regarding the definition of crime, there are different opinions about the sanction to be applied. Undoubtedly, the emergence of differences of opinion is related to the fact that the crime is more of a political crime, that it can contain more than one crime, and that there is no direct provision regarding crime in the Qur'an and Sunnah, which are the main sources.

Hadd-i Bagy is a mixed crime that sometimes leaves open space for the abuse of rebels and sometimes political authorities. In terms of the rebels, allegations such as the political authority's deviation from persecution, alienation from justice and violating the law were put forward. Sometimes, the political authority did not hesitate to use the crime of

rebellion in order to silence the people or layers of society who were opposed to it. However, when examined in terms of its causes and consequences, the crime of rebellion cannot be considered as an ordinary and common crime.

In the Ottoman Empire, which is the most developed and comprehensive application area of Islamic Law, the political authority was shaken many times by rebellions. In fact, sometimes these revolts not only dethroned the sultan, who was the political authority himself, but also cost their lives. Undoubtedly, one of these attempts was occurred during the reign of Sultan III in 1807. It is an attempt against Selim and noted in history as the “Kabakçı Mustafa Rebellion”. The said that attempt not only dethroned the sultan, but also took his life away from him. This uprising, which was shaped by the claims of deviating from justice, from the Shari’a, and turning to oppression, became one of the important breaking points in the history of Ottoman-Turkish modernization.

Our main aim in this statement, which we try to analyze the 1807 Kabakçı Revolt both in the context of Ottoman Criminal Law and as a political authority-center-periphery conflict, is to address the XIX. Our purpose is to reveal the legal, political and sociological problems of the Ottoman-Turkish modernization of the 19th century.

The Ottoman Empire, which was established in the Assia Minor in the Middle Ages and turned into a typical New Age monarchy, faced with rebellions that threatened the existence and integrity of the state from time to time. An important part of these revolts are those carried out by the focal points within the state itself, some of which are directly involved by the masses of the people. However, especially in the XVIII. and the general character of the uprising movements that took the lead role of the civil-military bureaucracy in the 19th century is that these movements were actually a “status quo-innovation” conflict rather than a “center-periphery” conflict.

By the nature of the concept, demands for innovation are usually demands from the governed. However, in some traditional monarchies in world political history, this generalization does not fit well. For example, in traditional monarchies such as the Russian Tsardom, the Japanese Empire and the Ottoman Empire, the innovation movements did not appear as demands directed from the periphery to the center, as observed in European monarchies, but rather as movements from the center to the periphery. The power-oriented modernization movements, which express the center, faced negative reactions both by some centers within the state organization and by the mass of the people who constitute the governed. These reactions can often turn into an uprising against the political authority, as well as cost the lives of many people and those who form the government.

The equivalent of this type of uprising in the Ottoman Empire, where Islamic law had the original and most comprehensive application area, in Shari’a criminal law was the crime of rebellion against the state, which is considered to be within the scope of the crime of hadd, with the terminological name “hadd-i bagy”. The Ottoman political authority generally evaluated such attempts against itself within the scope of this type of crime and applied the sanctions envisaged by this crime.

In 1807, the Ottoman Sultan III. The Kabakçı Rebellion, which cost the lives of Selim and many people, is also seen as a typical “hadd-i bagy” action in the light of our study. The crime is complete in terms of its typology and elements. Both the reaction of the authority during the uprising and the trial process after it offers appropriate clues to evaluate this great upheaval as “hadd-i bagy”. As a result, the Kabakçı Rebellion of 1807 took its place in the history of Turkish law as a bagy crime movement carried out by circles representing the “status quo” against a legitimate political authority engaged in innovation movements.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti tarihinde XIX. Yüzyıl, önemli kırılma noktalarının patlak verdiği, ilerleme özlem ve çabaları ile çöküşün bir arada yaşandığı, oldukça “uzun” ve karmaşık bir yüzyıl olmuştur. Türk-İslam devlet geleneğinin en özgün ve uzun ömürlü uygulaması olan Osmanlı Devleti, selefleri olan Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinde olduğu gibi kuruluşundan itibaren İslam Hukuku’nu esas alan bir hukuk sistemi geliştirmiştir. Klasik İslam Hukuku olarak değerlendirebileceğimiz Şer’î Hukuk yanında, onun çizmiş olduğu sınırlar içerisinde gelişen ve kanunnamelerle kurumlaşan” Örfî Hukuk”, özellikle Şer’î

Hukuk'un boşluk bıraktığı alanlarda en geniş ve özgün uygulamalarını Osmanlı hukuk sistemi içerisinde ortaya koyabilmiştir. Kuşkusuz Örfi Hukuk Osmanlı Türkleri'nin bulunduğu bir hukukî pratik değildir. Abbasî İslam hukuk geleneğinin bir yansıması olarak ilk Müslüman-Türk devletlerinden başlayarak Selçuklu ve Osmanlı Devleti'nde oldukça geniş bir biçimde uygulanmıştır. Özellikle devlet yönetimi, malî hukuk ve ceza hukuku alanlarında Osmanlı Örfi hukuku oldukça gelişmiştir.

Osmanlı Devleti, biçimsel olarak klasik bir monarşik rejimdir. Ancak çağdaşları olan Batı monarşilerinden biraz daha farklı bir biçimde Osmanlı siyasal otoritesi kendisini “Şeriat” ve “Kanun” ile sınırlamıştır. Elbette burada Şeriat ile kastedilen İslam Hukuku, Kanun ise Örfi hukuktur. Otoritenin kaynağı ilahi olmakla birlikte onu kullanacak olan padişahın İslam öncesi Türk devlet geleneğinden gelen bir anlayışla hukuka (İslam öncesinde kut ve töreye) bağlılığı, onun iktidarını meşrulaştıracak en önemli olguların başında gelmektedir. Osmanlı devlet yönetiminde her ne zaman tahtta oturan padişaha yönelik bir eleştiri ya da kalkışma söz konusu olsa bu eleştiri sahipleri hep Şeriat, adalet ve örf gibi olgulara sığınmıştır. Elbette bu durum kimi zaman sistemden beslenen statükonun kullanımına ve istismarına da açık kapı bırakmıştır.

İslam ceza hukuku terminolojisinde -kimi tartışmalar olmakla birlikte- had suçları¹ kapsamında sayılan suçlardan biri olan ve meşru devlet otoritesine isyan suçu olarak kabul edilen “Hadd-i Bağy”, Osmanlı Devleti'nde kimi zaman yaşanan taht kavgaları, kimi zaman tahtta oturan padişaha karşı girişilen kalkışmalar gibi siyasal otoriteye yönelik kalkışma suçlarını içinde barındıran bir suç ve yaptırım tipidir. Devletin erken dönemlerinden itibaren zaman zaman görülen ve XIX. yüzyıl boyunca sıkça rastlanılan iç isyanlar ve taht tartışmaları Osmanlı Devleti'nde bu suç tipinin önemini artırmıştır.

Osmanlı Devleti XIX. Yüzyılın başlarında görüntü itibariyle hiç de iç açıcı olmayan bir durumdadır. Bitmez tükenmez savaşlar, isyanlar, büyük ve önemli toprak kayıpları, bozulmuş askeri, idari, mali ve bürokratik yapı, devleti ve Osmanlı toplumunu geri bırakırken, siyasi otorite olarak da önemli sorunlar yaşanmıştır. XVII. Yüzyılın sonlarında halen dünyanın en büyük güçlerinden biri olan bu devlet yüz yıl sonra yine bölgesel anlamda geniş bir coğrafyaya hükmeden önemli bir devlet olma özelliğini taşımakla birlikte, bu durumun sürdürülebilirliği o günlerin koşullarında pek de mümkün gözükmemektedir.

Avrupa dünyasında çok çetin ve kanlı çatışmaların yaşandığı, yoksulluğun, geri kalmışlığın, dinsel bağnazlığın ve engizisyonun yaşattığı karanlık dönemler, temelleri XIV. Yüzyılın sonlarında atılan Rönesans, ardından gelen Reform

¹ Had suçları; tipolojisi, unsurları ve uygulanacak yaptırımları bizzat asli kaynaklar olan Kur'an (Kitap), Sünnet ve İcma tarafından belirlenmiş olan, unsurları tamamlandığında mahkemenin takdir yetkisi bulunmayan, sınırlı sayıda (numerus clausus) suçlar ve cezalardır.

süreciyle birlikte aralanmaya başlanmış, söz konusu hareketlerin etkisiyle yeni bir çığır açılmış, insan ve düşünce kavramları yeniden değer kazanmıştır². Bu süreçlerin ardından yaşanan “Aydınlanma Devrimi” yüzyıllardır süren Avrupa Orta Çağı’nı geçmişin tozlu raflarına kaldırmıştır. Avrupalı denizci ulusların donattıkları filolarla açık denizlere açılıp coğrafi keşiflere başlamaları, buralardaki zenginlikleri Avrupa’ya taşımaları, görece zenginliği artırmıştır. Aydınlanma düşüncesinin ürünü olan bilimsel çalışmalar, XIX yüzyıl Avrupası’nı “Sanayi Devrimi”nin beşiği haline getirmiştir. Dolayısıyla, buhar makinesinin gücüyle işleyen çarkların kullanacağı hammaddeyi temin etmenin yolu olan sömürgecilik ve emperyalizm ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz, kimya terminolojisi ile bir çeşit “zincirleme reaksiyon” olarak adlandırabileceğimiz bu sürecin bedeli oldukça kanlı çatışmalarla ödenmiştir.

Batı dünyası bunları yaşarken Osmanlı Devleti, yukarıda belirtilen olumsuzluklara her geçen gün yenisinin eklendiği, sivil ve askeri bürokrasinin yüzyıllardır beslendiği mevcut statükodan olmamak adına her türlü yenileşme çabasına en azından kuşkuyla baktığı ya da doğrudan karşı çıktığı bir sürecin içerisinde debelenip durmaktadır. Yenileşme hareketlerinin tabandan tavana değil de tavandan tabana bir görüntü sergilediği Osmanlı Devleti’nde bizzat siyasal otoritenin gelişme ve ilerleme çabaları çoğu kez iktidara tabi asker ve sivil bürokrasinin reaktif tepkileriyle baltalanmıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan “Kabakçı Mustafa İsyânı” incelenirken amacımız, Türk tarihinin önemli dönüm noktalarından biri olan bu olayın aslında yalnızca basit bir kalkışma hareketi değil, yenileşme ve gelişme iradesi ortaya koyan siyasal otorite ile buna karşı koyan statüko taraftarlarının bir çatışması olduğu konusunda bir tartışma zemini oluşturabilmektir.

I. STATÜKO NEDİR?

Latince kökenli bir sözcük olan statüko, sözlükte “Süregelen düzenin korunması durumu, sürer durum”, “yürürlükte bulunan antlaşmalara göre olması gereken veya süregelen durum” gibi anlamlara gelir³. Bu tanımlamadan hareketle statüko değişimin zıddını ifade etmekte ve hatta değişime direnme olarak değerlendirilebilir. Bir politik terim olarak statükoculuk ise değişime karşı var olana sıkı sıkıya sarılmak, kurulu düzenin sürmesinden yana tavır göstermektir. Yüzyıllar boyunca insan evladının serüveni dikkate alınırca, kimi zaman statükonun kazandığı gözleniyor olsa da uzun vadede değişimin kazandığı bir gerçektir. Öyle olmalıdır ki tiranlıklar, monarşiler demokratik hukuk devletlerine evrilebilmiş, yapay zeka yalnızca toplumsal yaşamımızı değil, bireysel yaşamımızı dahi ciddi anlamda etkilemeye başlamıştır. Tarih boyunca değişime gösterilen direnç ve

² Rönesans ve Reform hareketleri hakkında geniş bilgi için bkz. Gül Akyılmaz, *Siyasi Tarih*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 35-38.

³ “Statüko”, Erişim Tarihi: Ağustos 16, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

statükoyu koruma çabası her toplumda, her “müesses nizam”da var olmuştur. Ancak birbirinden farklı koşulların etkili olduğu sosyo-politik ve iktisadi hayat kimi zaman askeri-siyasi, kimi zaman iktisadi ve kimi zaman da teknolojik nedenlerle çok önemli değişimlere engel olamamıştır.

Statükoyu sahiplenmek var olanı korumak ve savunmaktır. Tüm statükocular değişimi kabullenmekte zorlanırlar. Bu, aynı zamanda duygusal ve içgüdüsel bir dışavurum da olabilir. Zira kimse kolay kolay alışageldiği düzen ve konfordan vazgeçmek istemez. Yenilik ve yarını ön göremezlik, psikolojik olarak da bir kaygı nedenidir. Bireyden topluma bu kuşku ve kaygıyı herkes yaşar. Ancak gelişme, çoğu zaman statükoyu sahiplenilenlerin değil, değişimi savunanların çabalarıyla sağlanır. Pozitif bilimlerden toplum bilimine kadar her alanda böyle olmuştur. Tarım devrimi, yazının icadı, Batılı kavramlar olarak Rönesans, Reform, coğrafi keşifler, aydınlanma, sanayi devrimi ve sair pek çok büyük olay statükoya karşı koyan düşünce ve hareketlerin birer sonucudur.

Statükoyu sahiplenmenin genel itibariyle pek çok nedeninin olabileceği ortadadır. Ancak özellikle var olan “müesses nizam”dan -deyim yerindeyse- yararlanınlar her ne surette olursa olsun söz konusu kurulu düzenin kalıcılığında ısrarcı olacaklardır. Devletlerin tarihleri boyunca görülen büyük sosyo-politik ve iktisadi değişimler genel olarak statüko ve yenilik çatışmasının dışı vurumundan başka bir şey değildir. Ortaçağ Avrupa feodalizmine direnen burjuvazi, monarşilerin meşrutiyete ya da cumhuriyete ve hatta demokrasiye evrilmesi, sömürgeciliğin bağımsızlık hareketlerine direnememesi gibi dünya tarihini etkileyen tüm olaylar statüko-değişim çatışmasının önemli sonuçlarıdır.

Değişimin karşısında en büyük engelin “müesses nizam” (kurulu düzen) olduğu ifade edilir. Çünkü kurulu düzen kendi varlığını sürdürülebilir kılmak zorundadır. Oysa değişimin sonuç itibariyle amacı var olan kurulu düzenin yerini yepyeni bir “düzen”e bırakmaktır. Değişimin hedefinde değişim karşıtı olan her türlü düşünce, tavır, uygulama, düzenleme ve kurumun ortadan kaldırılması söz konusudur. Amacın önünde kuvvetle duran engeller kaldırılmadıkça değişimin başarılması da mümkün olmayacaktır. Statükoya galebe çalabilmek için başarı şarttır. Oysa statüko için mevcut düzenin sağladığı menfaatler çoğu zaman yeniliğin ortaya koyacağı yeni düzende kaybolacaktır. Bu noktada statükodan beslenen odak ya da çevreler kuşkusuz değişime ve yeniliğe karşı canhıraş bir varoluşsal direnç ve savunma göstereceklerdir⁴.

Yukarıda da belirtildiği gibi XIX. Yüzyıl ya da deyim yerindeyse Osmanlı İmparatorluğu'nun son yüzyılı, devletin ve toplumun türlü iç ve dış sorunlarla savrulduğu bir dönemdir. Bir yandan var olanı koruma çabasının öte yandan ye-

⁴ Coşkun Can Aktan, Serdar Yay, “Türkiye’de Statüko ve Değişime Direnç”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1 (2016), 52 (49-71), Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://dergipark.org.tr/pub/oybd/issue/36069/404998>.

nileşme ve gelişme mücadelesinin at başı yaşandığı bu dönem aslında bir çeşit statüko-yenilik çatışmasının izdüşümünü ortaya koymaktadır. Kaldı ki Osmanlı Devleti’nde bu türden çatışmalar, pek çok klasik monarşide olduğu gibi yalnızca XIX. Yüzyıla da özgü değildir. Fatih’in devşirme kul sistemi⁵, millet sistemi⁶, kardeş katli⁷ gibi uygulamaları mevcut statükoya karşı yapılandırılmış değişim hareketleridir. Klasik dönem içerisinde arazi rejiminde, taşra yönetiminde, mali ve askeri sistemde zaman zaman yaşanan değişimler, statüko ve değişim arasında kırılma noktaları oluşturmuştur. İmparatorluğun görece gerilemeye ve XIX. Yüzyılın başlarından itibaren çöküşe doğru gittiği süreçte bu kırılma noktaları daha sıklıkla yaşanır olmuştur. Kuşkusuz bunların önde gelenlerinden birisi de Sultan III. Selim’in yenileşme ve gelişme çabaları (Nizam-ı Cedid) ve bu çabalara yönelik şiddetli dirençtir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve bir statüko-değişim çatışmasının sonucu olarak öngördüğümüz “Kabakçı İsyânı”nı kuşkusuz ceza hukuku bağlamında irdelemeden değerlendirmek büyük bir eksiklik olacaktır. Bu noktada İslam-Osmanlı Ceza hukukunda had suçları içerisinde sayılan “Devlete İsyân Suçu”nu (Bağy) terminolojik olarak incelemek önemli bir gerekliliktir. Zira bir suç ve yaptırım olarak “Hadd-i Bağy”, kimi zaman statükonun kendini koruma araçlarından biriyken kimi zaman da bizzat değişimin önemli bir savunma mekanizmasına dönüştürülmüştür.

II. DEVLETE İSYAN SUÇU (HADD-İ BAĞY)

İnsanlık tarihi boyunca kurulmuş hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde otoriteye karşı kalkışma hoş karşılanmamış, çok ağır yaptırımlarla cezalandırılmıştır. İslam hukukunda da isyan suçu siyasi suç olarak görülmektedir. Suçun bir siyasi suç olması Osmanlı uygulamasında “siyaseten katl” yaptırımlarının temelini oluşturmaktadır⁸.

İsyân suçu İslam ceza hukuku terminolojisinde örgütlü suçlar kapsamında sayılan, baskı, cebir, zor kullanma ve şiddet içeren ve siyasal kaygı ve nedenlerle işlenen kapsamlı ve kimi zaman karmaşık bir suçtur. Cebir ve şiddet içermesi, söz konusu eylemi cebir ve şiddet içermeyen yasal ve meşru muhalefet hareketlerinden ayırmaktadır⁹. Bir had suçu olarak bağy, kendilerince haklı bir nedene

⁵ Osmanlı devşirme kul sistemi için bkz. Yılmaz Yurtseven “Osmanlı Kul Sistemi ve Veziriazam”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi (Ankara: 2008), 1439-1456.

⁶ Millet sistemi için bkz. Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Baskı, Sayram Yayınları (Konya: 2021), 191-196.

⁷ Osmanlı Devleti’nde kardeş katline ilişkin bkz. Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli*, Eren Yayınları, (İstanbul: 1997).

⁸ Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku*, 1. Cilt, Selçuk Üniversitesi Basımevi (Konya: 1995), 270.

⁹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbuca Yayınevi (İstanbul: 2004) 343.

dayanan bir grubun kuvvet kullanarak meşru siyasal otoriteye başkaldırmaları, devlet otoritesine itaat etmemeleri veya iktidarı ele geçirmeye çalışmaları olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Bu tanımlama çerçevesinde bağı suçunun unsurları şöyle sıralanabilir:

- 1) Kalkışma, meşru bir siyasal otoriteye veya devlet düzenine karşı girişilmiş bir hareket olmalıdır¹¹. Dolayısıyla adalet ve meşruiyet vasfını yitirmiş, yönetilenlere zulmeden bir siyasal otoriteye yönelik muhalif hareketler şiddet içeriyor olsa da İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bağı suçu oluşmaz¹². Kanaatimizce söz konusu suç açısından siyasal otoritenin ne şekilde tezahür ettiğinin, belirlenme şeklinin ve hükümet modelinin önemi yoktur. Bu bir halife, sultan, padişah, kral vs. de olabilir, seçimle belirlenmiş bir demokratik rejimi yürüten siyasal otorite de olabilir. Önemli olan yönetime öngörülen meşru yollarla gelmiş olunmasıdır. Bu noktada belirleyici olan, ilke olarak siyasal otoritenin adaletten sapmamış olması ya da uygulamalarıyla toplumun genelinde böyle bir kanaatin yerleşmesine neden olmamasıdır.
- 2) Bağ, kuvvet kullanarak gerçekleştirilen ve şiddet içeren bir eylemdir. Dolayısıyla isyancıların kuvvet kullanmaları gerekir. Siyasal otoritenin görevden alınmasını istemek, otoritenin yasal düzenine pasif olarak uymamak, devletin yüklediği görev ve sorumlulukları (örneğin vergi ödemeyi reddetmek gibi) yerine getirmemek, eylem ve söylemleriyle muhalefette bulunmak gibi davranışlar topluca yürütülse de cebir ve kuvvet kullanmadan, şiddet içermeden yapıldıkları takdirde bağı suçu oluşturmazlar¹³. Kanaatimizce burada kuvvet kullanmaktan kastedilen sayıca kalabalık olma, silahlı kalkışma, cana, mala, kamu düzenine zarar verecek şiddet eylemlerine girişme olarak anlaşılmalıdır.
- 3) Bağ suçunun oluşabilmesi için gerekli olan üçüncü unsur, isyancıların kendilerince haklı gördükleri bir nedene dayanıyor olmalarıdır. Meşru siyasal otoriteye yönelik kalkışmada bulunanların kendilerince haklı gördükleri nedenler siyasal otoritenin (halife, devlet başkanı, hükümet vs.) söz konusu

¹⁰ Abdülkadir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku -Genel Hükümler-* (Çev. Ali Şafak), C. 1, Kayıhan Yayınları (İstanbul: 2012), 672; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınları (İstanbul 2009), 193; Cin ve Akyılmaz, *Hukuk Tarihi*, 259.

¹¹ Cin ve Akyılmaz, *Hukuk Tarihi*, 260. "Meşruiyetini kaybetmiş bir devlet başkanına karşı gelme isyan sayılmaz. İslam hukukçuları adaletten ayrılmış olan devlet başkanının meşruiyetini kaybettiği konusunda görüş birliği içerisindedirler. Dolayısıyla böyle bir devlet başkanına karşı gelenler de isyancı sayılmaz". Aydın, *Hukuk Tarihi*, 194-195.

¹² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûkî İslâmiyye ve İstîlâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, C. III, Bilmen Basım ve Yayınevi (İstanbul: 1985), 410-411; Mustafa Genç, "Hanefi Mezhebine Göre İsyân Suçu (Bağy)", *Sobider Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 46, 699-712 Erişim Tarihi: Haziran 16, 2020, Doi: <http://dx.doi.org/10.29228/SOBIDER.44307>.

¹³ Abdülkadir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku -Genel Hükümler-* (Çev. Ali Şafak), C. 2, Kayıhan Yayınları (İstanbul: 2012), 774; Cin ve Akyılmaz, *Hukuk Tarihi*, 260; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 194.

makama layık olmadığı, görevlerini gerektiği gibi yerine getirmediği, kendilerinin bu görev için daha ehliyetli ve donanımlı oldukları, siyasal otoritenin makama meşru olmayan yollarla geldiği, hukuk ve adaletten saptığı gibi iddialar olabilir¹⁴.

- 4) Bağy suçu topluca işlenen bir suçtur. Bir kişinin meşru siyasal otoriteye yönelik kalkışma içeren eylemleri bağy suçunun oluşması için yeterli değildir. Suçun topluca işlenmesi öngörülmekle birlikte, topluluğun en az kaç kişiden oluşacağına ilişkin İslam hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir¹⁵.

Yukarıda sayılan unsurlar bakımından bağy (isyân, kalkışma, ayaklanma) siyasal otoriteye yönelik karmaşık bir suç tipidir. İslam ceza hukukçularının çoğunluğuna göre söz konusu unsurlar bir arada olmadan bağy suçunun oluşması söz konusu değildir. Osmanlı Devleti tarihi boyunca siyasal otoriteyi elinde bulunduran padişaha karşı birçok isyan gerçekleşmiş, hatta kimi zaman bu isyanlar padişahın canına mal olmuştur. Makalemizin konusunu oluşturan Kabakçı isyanı da söz konusu suçun unsurları açısından inceleme altına alınmıştır. Sultan III. Selim’in canına mal olan bu kalkışma özelinde, kurulu düzenin devamını isteyen zinde güçler ile değişim isteyen siyasal otorite arasındaki statüko-değişim çatışması irdelenmiştir.

III. SULTAN III. SELİM DÖNEMİ OSMANLI DEVLETİ’NİN DURUMUNA KISA BİR BAKIŞ VE III. SELİM’İN REFORM PROGRAMI

XVII. Yüzyılın ortalarından itibaren Osmanlı Devleti’nde çok ciddi yapısal sorunların, iç ve dış etkenlerin neden olduğu kademeli bir gerilemenin başladığı bilinen bir gerçektir. Çalışmamızın girişinde de işaret edildiği gibi, süreç içerisinde devlet örgütlenmesinde yaşanan yozlaşma ve bozulmalar, hazineyi, insan kaynağını törpüleyen savaşlar, içeride ve dışarıda ciddi otorite ve güç kaybı gibi birbirinden yıkıcı sorunlar XIX. Yüzyılın başlarında içinden çıkılmaz bir hal almıştır. Sorunlara yönelik olarak zaman zaman siyasal otorite tarafından uygulanan iyileştirme çabaları kalıcı çözümler üretmediği gibi, XIX yüzyılın başlarında Osmanlı siyasal otoritesi için artık en hayati sorun, devletin dağılıp yıkılmasını önlemeye çalışmak olmuştur¹⁶.

III. Selim, amcası Sultan I. Abdülhamid’in vefatı üzerine 28. Osmanlı padişahı olarak 1789’da henüz onsekiz yaşında Osmanlı tahtına oturdu. Kafes arkasında yetişmiş bir şehzade olmasına rağmen Selim, amcası padişah I. Abdülhamid’den yakınlık görmüştür. Sultan, Genç Şehzade’nin eğitimi ile yakından ilgilenmiş, kuşkusuz bu eğitim ileride tahta oturacak genç şehzadenin ufkunun açılmasına önemli katkı sağlamıştır.

¹⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiye*, C. III, 411; Genç, “İsyân Suçu”, 703; Avcı, *Suçlar ve Cezalar*, 350.

¹⁵ Cin ve Akyılmaz, *Hukuk Tarihi*, 260; Aydın, *Hukuk Tarihi*, 194.

¹⁶ Yılmaz Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı, Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, Savaş Yayınları (Ankara: 2019), 191.

XVIII. Yüzyıl boyunca yaşanan büyük yenilgiler ve önemli toprak kayıplarına rağmen Sultan Selim tahta oturduğunda Osmanlı Devleti hala Avrupa'nın büyük güçlerinden biriydi¹⁷. Genç Sultan'ın tahta oturduğu yıl, artık Avrupa'dan başlayarak dünyada hiçbir şeyin eskisi gibi olmayacağı yeni bir dönemin habercisi olan Büyük Fransız Devrimi patlak vermiştir. Bu devrimin adeta karakterini oluşturan hak ve özgürlük, eşitlik, kuvvetler ayrılığı gibi fikir akımlarının Avrupa monarşilerini sarsmaya başladığı bu dalga, Sultan Selim'in iktidara geldiği dönemde henüz Osmanlı topraklarına ulaşmış değildi. Büyük Fransız Devrimi'nin 1789'da patlak vermesinden başlayarak 1850'lere kadar süren karmaşık dönem gerek Avrupa'da gerek Osmanlı Devleti'nde devlet yönetimi, ekonomi, sosyo-kültürel yapı, toprak rejimi, askeri düzen, nüfus, ideoloji ve uluslararası ilişkiler alanlarında baş döndürücü değişimlerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Böylesine karmaşık ve hızlı değişim ve gelişmelerle ilk kez yüzleşmek durumunda kalan Osmanlı hükümdarı ise kuşkusuz III. Selim'dir. Henüz çocuk denebilecek yaşlarda bir şehzade iken sarayın dışındaki dünyaya ve özellikle Avrupa'ya ilgi gösteren Selim, 1789 ihtilali ile tacını ve hayatını kaybeden Fransa kralı XVI. Louis ile dostluk kurmuş ve yazışmıştır¹⁸.

İhtilal Fransası'ndan yayılmaya başlayan “özgürlük” ve “eşitlik” düşüncelerini Osmanlı Devleti'nde ilk anlamlandıran kişi Reisülküttab Ahmed Atıf Efendi olmuştur. 1798'de Sultan Selim'e Fransa ve müttefiklerine ilişkin bir rapor sunmuş, söz konusu raporda Fransa başta olmak üzere Avrupa'da başlayan süreci kuşku ve endişe verici olarak yorumlamıştır. Atıf Efendi'ye göre Voltaire ve Rousseau gibi Fransız aydınlarından sadır olan “eşitlik” ve “özgürlük” gibi düşünceler, tüm dinleri ortadan kaldırmak için kurgulanmış, topluma eşitlik ve cumhuriyet gibi fikirleri aşıl原因an “zındıklıklar”dır. Hatta bu düşüncelere ilişkin asıl tehlike, Fransız toplumunda ciddi anlamda karşılık bulması, kadın çocuk demeden Fransız halkının bu hareketleri benimsemiş olmalarıdır. Atıf Efendi'nin özellikle “insan hakları” düşüncesine ilişkin endişeleri çok dikkat çekicidir. Raporundaki ifadelerle göre bu fikirleri yayanlar “insan hakları” adını verdikleri haddini aşmış düşünceleri farklı dillere çevirtip beyanname halinde çok uluslu devletlerin toplumlarına da yaymaktadır¹⁹. Kuşkusuz bu gelişmeler Osmanlı İmparatorluğu gibi çok farklı etnik ve dinsel kimliklerin yaşadığı bir devlet için ciddi bir tehdittir.

Reisülküttab Atıf Efendi'nin Sultan'a sunduğu bu layihada kaleme almış olduğu endişeler, aslında dönemin Osmanlı Devleti için hiç de yabana atılacak öngörüler

¹⁷ Stanford J. Shaw, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan III. Selim ve II. Mahmud Dönemleri” (çev. M. Faruk Çakır), *Türkler*, C. 12, Yeni Türkiye Yayınları s. 610, (Ankara 2022), 609-628.

¹⁸ Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi Nizâm-ı Cedîd ve Tanzimat Devirleri*, C. V, Türk Tarih Kurumu Basımevi, (Ankara: 1988) 60.

¹⁹ Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (çev. Boğaç Babür Turna), Arkadaş Yayınevi (Ankara: 2009), 93-94.

değildir. Osmanlı İmparatorluğu birbirinden farklı etnik ve dinsel kimliği yüzyıllardır birlikte yaşatmaya çalışmaktadır. Bunda da uzun yüzyıllar başarılı olmuştur. Ancak devletin zafiyete uğraması, otoritenin güç kaybı ve yukarıda belirtilen pek çok olumsuz veri, Avrupa’dan gelen bu tip fikir akımlarının özellikle Balkanlardan başlayarak yoğun halde yaşayan Hristiyan tebaa üzerinde gösterebileceği muhtemel etkiler, devleti dağılma sürecine sokabilecek tehlikelerdir. Kaldı ki 1800’lerin ilk çeyreğinden itibaren Sırp ve Rum ayaklanmaları ile başlayan süreç bu endişeleri haklı çıkarmıştır. Büyük Fransız Devrimi’nin hemen ardından yüksek rütbeli bir Osmanlı bürokratinin padişaha sunduğu raporda böylesine ihmal edilemeyecek öngörülerde bulunması, fevkalade dikkate değer bir noktadır²⁰.

Birçok klasik imparatorlukta olduğu gibi Osmanlı Devleti’nde de III. Selim’in reform programının temelinde askeri yenilikler yatmaktadır. Ancak genç Sultan iktidarının ilk yıllarında Rus Çarlığı ve Avusturya ile süregiden savaşlar nedeniyle orduda yapmayı düşündüğü yenilikleri ertelemek zorunda kalmıştır. Fakat bu durum genç Padişah’ın ülkenin diğer kronikleşmiş yapısal sorunlarıyla ilgilenmesine engel olmamıştır. Henüz çok genç bir şehzade iken çok güvendiği ve yakın dostluk kurduğu İshak Bey’in Fransa’ya elçi olarak gönderilmesini sağlamıştır. İshak Bey’in elçilik görevi hem şehzadelğinde hem de erken sultanlığı döneminde Selim’e Fransa ve genel olarak Avrupa hakkında bilgi edinebilmesi için önemli bir kaynak olmuştur²¹. Tahta oturduktan sonra da İshak Bey gibi birçok görevliyi Avrupa ülkelerine göndermiş, onlardan Avrupa ilerleyişinin nedenlerine ilişkin sayısız raporlar almıştır²².

Sultan’ın Avrupa’ya gönderdiği diplomatik görevlilerden biri de Ebubekir Râtib Efendi’dir. 1793 yılında Viyana’ya atanan Râtib Efendi’nin raporlarında yalnızca Avrupa’da ortaya çıkan gelişmelerden kaynaklanan endişeler yer almıyordu. Bunların yanı sıra iyi bir gözlemci olarak Avrupa’daki gelişme ve modernleşmenin nedenleri hakkında da değerlendirmeler yapmaktaydı. Öncelikle Avrupa’da yöneten-yönetilen ilişkilerine vurgu yapıyor, Avrupalı hükümetlerin temel önceliğinin tebaanın çıkarlarını korumak için var olduğunu ifade ediyordu. Bu düşüncesiyle bir bakıma artık yozlaşmanın her yönüyle hissedilir olduğu halihazırdaki Osmanlı yönetim anlayışıyla ayrışlıyordu. Râtib Efendi’ye göre devletin ve hükümdarın varlık nedeni toprakları genişletmek ve devletin gücünü ve hazinesini artırmaktan öte tebaanın çıkarlarını, ihtiyaçlarını karşılamak olmalıydı. Ayrıca çok geniş bir coğrafyaya yayılmış olan Osmanlı İmparatorluğu topraklarında merkezi otoritenin dene-

²⁰ Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı*, 200.

²¹ Alan Parmer, *Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu* (Bir Çöküşün Yeni Tarihi) (çev. Belkıs Çorakçı Dışbudak), Sabah Yayınları (İstanbul 1992), 65-66; Gül Akyılmaz, “III. Selim’in Dış Politika Anlayışı ve Diplomasi Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti”, *Türkler*, C. 12, 661-662, Yeni Türkiye Yayınları (Ankara: 2002), 660-670; Eric Jan, *Zurcher, Modernleşen Türkiye’nin Tarihi* (çev. Yasemin Saner Gönen), İletişim Yayınları (İstanbul 2002), 39; Shaw, *III. Selim*, 611-612.

²² Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yayınları (İstanbul 1978), 96.

timi sağlamak için her zaman yeterli olmadığını, bu durumun telafisi zor sorunlar yarattığını belirtiyordu²³. Râtib Efendi'nin raporlarından birinde geçen şu ifadeler, kanaatimizce Osmanlı Devleti'nin o dönemdeki haline hiç uymayan ve mevcut "müesses nizam"ın uykularını kaçırarak kadar iddialı olan değerlendirmelerdir:

"Avrupa devletlerinde, hükümdarlar tarafından koyulan kanunlara, teşkilatlara, prensiplere ve vergilere toplumun her seviyesinde insanlar tarafından tam olarak uyulmaktadır. Vergiler zamanında ödendiği müddetçe hiçbir kral, askeri komutan ya da bürokrat bir başkasının işlerine vergiyi gerekçe göstererek müdahale etmez... Kişi istediği giysiyi satın alabilir, istediğini söyleyebilir ve kişinin neler yiyip içebileceği ve nerelelere gidip gelebileceği konusunda bir sınırlama olmadığı gibi, yiyeceğine, giyeceğine, alış-verişine ve kazançlarına müdahale edilmez... Hiçbir dini hukuka sahip değildirler. Bu demektir ki İsa'nın koymuş olduğu kanunlardan sadece evlilikle ilgili kimi kurallar geçerli kalmıştır ve bu alanda bile krallar söz konusu olunca İsa'nın getirdiği kurallar her zaman uygulanmaz. Mirasla ilgili kurallarda dini hükümler uygulanmaktadır, bu nedenle mevcut Avrupa devletleri öyle bir yapıya sahiptir ki artık onlar ehl-i kitap olarak nitelendirilemezler"²⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ve raporundan yapılan alıntılardan anlaşıldığı kadarıyla Râtib Efendi Avrupa ilerleyişinin ve gelişmesinin temelinde yatan dinamikleri şöyle ortaya koymuştur: 1) Eğitilmiş, disiplinli ve iyi donatılmış ordular. 2) Disipline edilmiş güçlü ve düzenli bir mali yapı. 3) Liyakati esas alan, nitelikli eğitim almış, yetenekli ve dürüst bir bürokrasi. 4) Halkın refahı, huzuru ve güvenliğini amaç edinmiş yasal düzenlemeler. 5) Avrupalı devletlerin ortak çıkarları için iş birliği yapma becerileri ve buna uygun diplomatik örgütlenme²⁵.

Çalışmamız III. Selim'in hayatına mal olan bir ayaklanmanın ekseninde bir statüko ve yenileşme çatışmasını konu almaktadır. Bu noktada Râtib Efendi'nin raporları zamana ayak uydurmayı başaramamış, deyim yerindeyse kronik ve hastalıklı bir statükoya dönüşmüş Osmanlı devlet yönetimi ve sivil-asker bürokrasi için kabulü mümkün görünmeyen olgulardır. Genel olarak Osmanlı tarihçileri Osmanlı Devleti tarihini kuruluş, gelişme, yükselme, duraklama, gerileme, dağılma ve çöküş gibi dönemlere ayırarak incelerler. Neredeyse her dönemde rastlanan halk isyanları bir yana, özellikle yeniçeri ayaklanmaları ve çoğu zaman da bu hareketlere desteğini esirgemeyen sivil bürokrasi (özellikle ilmiye) için elbette var olan "statüko"ya yönelik her türlü değişim hareketi, kaynağı nereden olursa olsun tehlike demektir. Geçmişte başta Sultan II. Osman (1618-1623), IV. Murad (1623-1640) ve XVII

²³ Shaw, III. Selim, 612; Akyılmaz, Dış Politika, 662; Yurtseven, Osmanlı Siyasal İktidarı, 202.

²⁴ Shaw, III. Selim, 612.

²⁵ Berkes, Çağdaşlaşma, 96; Shaw, III. Selim, 612; Yurtseven, Osmanlı Siyasal İktidarı, 202.

yüzyılın ikinci yarısında Köprülülerin yapmaya çalıştıkları tüm yenilik hareketleri özellikle asker-sivil bürokratik odaklardan çok ciddi direnç görmüştür²⁶.

Sultan III. Selim’in “Nizâm-ı Cedîd” (Yeni Düzen) olarak ıslahat hareketinin temelinde öncelikle askeri düzenlemeler yatmaktadır. Dar anlamda Nizâm-ı Cedîd, Avrupa tarzında eğitilmiş, disiplinli, iyi donanımlı ordu demektir. Kavramın geniş anlamda içeriği ise yine Avrupa’nın başta bilim ve teknik gelişmeleri olmak üzere askeri, idari, siyasi, iktisadi, hukuki ve sosyal deneyimlerinden yararlanarak Osmanlı Devleti’nde yapılması planlanan reform programıdır²⁷.

Nizâm-ı Cedîd programı çerçevesinde Sultan III. Selim’in reform programının hareket noktası yine askeri düzenlemeler olmuştur. Merkezi, güçlü ve düzenli bir ordu kurmanın yanında orduyu destekleyebilecek kurumları da oluşturmaya çalışmıştır. Gerek ordunun gerek halkın sağlık ihtiyaçlarına cevap verecek bir sağlık örgütü kurulmaya çalışılmış ve akademik anlamda eğitim verecek bir tıp okulu açılmıştır. İlave olarak o dönemde mevcut deniz mühendislik okulu akademik ve teknik olarak modernize edilmiş, 1795’de bir de kara mühendislik okulu açılmıştı. Ancak bu reformların mali yükü, Selim dönemi hazinesinin kaldırılabileceğinden yüksek meblağlar da içermekteydi. Geleneksel Osmanlı vergi sistemi ile bu yükün üstesinden gelinmesi pek kolay olmamakla birlikte, mali sistemin yenilenmesi ve vergilendirmede modern reformların yapılması konularında başarılı sayılacak adımlar atılamamıştı. Hükümet, hazine gelirlerini artırabilmek için geleneksel araçları kullanmayı yeğlemiş, el koyma uygulamalarını ve sikkenin değerini düşürme yollarını tercih etmişti. Kuşkusuz bu yaklaşım, orta ve uzun vadede telafisi daha güç olacak sorunlara yol açmıştır. Ayrıca Sultan’ın devlet dairelerinde kronikleşmiş rüşvet kaynağı haline dönmüş olan fazla istihdamı azaltma çabaları ve 1797’de devletin önemli işlerini görececek “kalemiye”nin (memurların) bir merkezde kurumsal olarak toplanması amacıyla kurulan Mühimme Odası’nın etkinliğini artırıcı girişimleri genel olarak Osmanlı bürokrasisinde rahatsızlık uyandıran gelişmeler olmuştur²⁸. Elbette Sultan Selim’in Nizâm-ı Cedîd reformları bunlarla sınırlı değildir. Ancak konumuz itibarıyla bir merkez içerisinde bir statüko çatışması oluşturan bu reformlar mercek altına alınmıştır.

IV. KABAKÇI İSYANI, III. SELİM’İN TAHTTAN İNDİRİLMESİ VE KATLEDİLMESİ

Osmanlı siyasi tarihine “Nizâm-ı Cedîd” kavramını armağan eden III. Selim dönemi çetin bir gelenek-yenilik çatışmasının net bir görüntüsünü sergilemektedir. Genç yaşta tahta oturan Sultan, son derece bunalımlı, buhranlı ve çalkantılı

²⁶ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, C. III/1, Türk Tarih Kurumu Basımevi (Ankara: 1994), 34; Durmuş Yılmaz, *Osmanlı’nın Son Yüzyılı Cumhuriyete Giden Yol*, Çizgi Kitabevi (Konya: 2001), 69.

²⁷ Enver Ziya Karal, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları, Nizâm-ı Cedîd 1789-1807*, Türk Tarih Kurumu Basımevi (Ankara: 1988), 29; Tayyip Gökbilgin, “Nizâm-ı Cedîd”, *İslam Ansiklopedisi* C. IX, MEB Yayını, (İstanbul: 1980), 309; Akyılmaz, *Dış Politika*, 661.

²⁸ Zurcher, *Modernleşen Türkiye*, 41-42; Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı*, 203-204.

bir dönemle yüzleşmek durumunda kalmış ve bedelini canıyla ödemiştir. XVIII. Yüzyılın son çeyreğinde Osmanlı İmparatorluğu'nun karşı karşıya kaldığı dış tehditler, bitmez tükenmez savaşlar, yüzyılların birikimi yapısal iç sorunlar ve bunlara yönelik gerçekleştirilmeye çalışılan reform süreci, Selim döneminin belirleyici özellikleri olmuştur. Genç Sultan'ın uygulamaya çalıştığı reform süreci, doğal olarak kronik bir kangrene dönüşmüş sistemden beslenen dahili baskı ve güç odaklarını memnun etmemiştir. Sultanın yeniden temin için uğraştığı merkezi otorite, bu grupların geleceğine ilişkin bir tehdit olarak algılanmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak söz konusu odaklar, rejime yönelik olumsuz tepkilerini göstermekten hiç çekinmemişlerdir.

Gerçekleştirmeye çalıştığı reform programı, tahtında oturduğu Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünü az da olsa yavaşlatmış olmakla birlikte yukarıda belirtilen odakların III. Selim'e hiç de dostça olmayan tutumları artarak devam etmiştir. Sultan'ın zayıflamış devlet otoritesini güçlendirmek için uygulamaya koyduğu Nizâm-ı Cedîd hareketi ve buna bağlı olarak yapılan askeri ve sivil bürokratik reformlar, başta klasik seyfiye (ordu) ve âyanlar olmak üzere, ilmiyenin büyük bölümü ve diğer oligarklaşmış bürokratik elitin sert muhalefetiyle karşılaşmıştır²⁹.

Osmanlı Devleti tarihinde önemli kırılma noktalarından biri olan “Kabakçı İsyanı”, 25 Mayıs 1807'de patlak vermiştir. Bir yeniçeri kalkışması olarak başlayan bu isyanın başlangıçtaki nedeni, başlarında Kabakçı Mustafa adında bir yamağın bulunduğu yeniçeri grubunun yeni üniforma giyme kuralına karşı koymasındır. Her ne kadar başlangıçta çok basit bir itiraz gibi görünen bu kalkışma, bir anda Sultan III. Selim'e ve onun reform programı olan Nizâm-ı Cedîd'e karşı olanların destekleyip kışkırttığı bir çatışmaya dönüşmüştür. Devletin askerleri, devlet otoritesine başkaldırmıştır. İsyancılar başta Sultan Selim tarafından 1806'da şeyhülislamlığa getirilen Ataullah Efendi ve üst düzey bürokrasiden Tayyar Paşa olmak üzere büyük destek görmüşler ve isyan artık bir “statüko” ve “yenilik” çatışmasına dönüşmüştür. Selim'in başlattığı Nizâm-ı Cedîd reformlarının, devletin başına gelen her türlü sıkıntının temel nedeni olduğuna inandırılmış kalabalık bir halk kitlesinin de desteğini almakta zorlanmayan isyancı gruplar, Osmanlı Sultanı'nın kellesini isteyebilecek kadar cüretkâr ve asice davranmıştır. Bu yönüyle söz konusu kalkışma Osmanlı Devleti'nde sık görülür bir durum değildir. Daha önce de katledilmiş padişahlar olsa da (Sultan II. Osman örneği) padişahın canına kastedecek cürette kalkışmalar nadiren görülmüştür. Sultan Selim, çatışmanın çok daha büyük sorunlara ve kan dökülmesine neden olmasını önle-

²⁹ Kemal H. Karpat, *Osmanlı Modernleşmesi Toplum, Kuramsal Değişim ve Nüfus*, İmge Yayınevi, (Ankara: 2002), 83; Roderic H. Davison, *Osmanlı İmparatorluğunda Reform 1856-1876* (çev. Osman Akinhay), C. 1, Papirüs Yayınevi, (Ankara: 1997), 35-36; Çetin Özek, “Osmanlı'da Siyasal İktidar ve Din İlişkileri Düzeni” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı* (İstanbul 1999), 207-208; Berkes, *Çağdaşlaşma*, 110-118; Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı*, 210.

mek amacıyla isyancılara reformcu bazı yüksek bürokratlarını teslim etmek gibi birtakım ödünler vermiş olsa da tahtından indirilmekten kurtulamamıştır. Asiler sarayı basmış, padişahı ve genç kuzeni şehzade Mahmud’u tutuklayıp hapse atmışlar, Osmanlı tahtına da Sultan Selim’in diğer kuzeni IV. Mustafa’yı oturtmuşlardır (27 Mayıs 1807)³⁰.

Padişah III. Selim ve şehzade Mahmud Topkapı Sarayı’nda tutuldukları sırada, Selim yanlısı bir grup İstanbul’dan kaçarak o dönem Rusçuk âyanı Alemdar Mustafa Paşa’ya sığınmışlardır. Emrinde önemli bir askeri güç bulunan Alemdar Paşa isyanı bastırmak için İstanbul’a hareket etmiştir. Olayları yatıştırıp Sultan Selim’i yeniden tahta oturtmak amacıyla olan Alemdar, Sultan’ın katledilmesine engel olamamış, kendisi İstanbul’a ulaşmadan Sultan Selim katledilmiştir. İsyancılar tarafından tahta oturtulan ve hanedan ailesinden iktidarına gelmesi muhtemel tüm tehditleri ortadan kaldırmak isteyen IV. Mustafa, şehzade Mahmud’u da öldürtmek istese de bunda başarılı olamamıştır. Bu arada İstanbul’a ulaşan Alemdar Paşa isyanı bastırmak için Kabakçı Mustafa başta olmak üzere kalkışmaya destek veren bütün bürokratları ortadan kaldırmıştır. Ayrıca IV. Mustafa’yı tahttan indirerek şehzade Mahmud’u Osmanlı tahtına oturtmuştur³¹.

Olayların bu noktaya kadar gelmesi, devlet içinde ulema, sivil ve asker bürokrasinin halk üzerinde ne denli etkin olabildiğini de açık açık göstermektedir. Kuşkusuz bu olay, yasal ve meşru siyasal otoriteye yönelik bir isyan hareketidir. Ancak burada bir başka dikkat çekici nokta, halkın padişaha yönelik memnuniyetsizliğinin ifadesi olarak, küçük sayılabilecek bir kışkırtma ile nasıl böylesine bir çatışmada kitlesel olarak isyancılarla birlikte hareket ettiği. Her ne kadar tarihte yaşanmış olaylar için “şöyle olsa şöyle olurdu” demenin her zaman doğru değerlendirmeler olamayacağına ilişkin kesin bir yargı bulunsa da Büyük Fransız İhtilali’ni başlatan olayların da benzer olaylar olduğunu kanaatimizce hatırd tutmak gerekir.

V. BİR “BAĞY” SUÇU OLARAK KABAKÇI İSYANI

25 Mayıs 1807’de başlayıp, bir Osmanlı padişahının ve sayısız insanın hayatına mal olan Kabakçı İsyanı, yalnızca basit bir şiddet hareketine indirgenemeyecek ve Osmanlı siyasi tarihinin akışını değiştirmiş önemli bir olaydır. Olayın çalışmamız açısından bir başka önemli yönü, aynı zamanda İslam-Osmanlı ceza hukukunda Had suçları arasında sayılan devlete isyan (bağy) suçu özelliklerini taşıyor olmasıdır. Bu başlık altında Kabakçı İsyanı bir had suçu olarak “bağy” suçunun yukarıda verilen unsurları bakımından kısaca değerlendirilmeye çalışılacaktır.

³⁰ Shaw, III. *Selim*, 618; Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı*, 211.

³¹ Sina Akşin, “Siyasal Tarih (1789-1908)” *Türkiye Tarihi C. 3, Osmanlı Devleti 1600-1908* (yayın yönetmeni Sina Akşin), (İstanbul 2000), 92-93; Alaaddin Yalçınkaya, “III. Selim ve II. Mahmud Dönemleri Osmanlı Dış Politikası” *Türkler C. 12, Yeni Türkiye Yayını* (Ankara: 2022), s. 639-642.

Yukarıda da belirtildiği gibi bağı suçunun ilk unsuru, kalkışmanın meşru bir devlet otoritesine, hükümete, devlet başkanına ya da devlet düzenine yönelik olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu noktada, bir Osmanlı padişahı olan III. Selim, Osmanlı devletinin monarşik geleneklerine ve teamüllerine bağlı bir şekilde Osmanlı tahtına oturmuştur. Ayrıca söz konusu unsur içerisinde öngörülen otoritenin adalet vasfına sahip olması noktasında, Sultan Selim'in adaletten saptığına ilişkin iddiaları doğrulayacak bulgular kanaatimizce söz konusu değildir. Dolayısıyla Kabakçı olayının meşru devlet otoritesine yönelik bir kalkışma olduğu açıkça görülmektedir.

İsyan suçunun ikinci unsuru, isyancıların kuvvet kullanmaları, şiddete başvurmalarıdır. Kabakçı olayının başlangıcından itibaren şiddet içerdiği, giderek büyüyen bir kuvvet oluşturarak meşru iktidara isyan ettiği ve bu isyan sırasında bizzat iktidarın sahibi olan Padişah'ın ve pek çok insanın hayatına mal olduğu göz önüne alınırsa, had suçunun kuvvet kullanma unsuru olayımız açısından gerçekleşmiştir.

Hadd-i bağı üçüncü unsuru isyancıların kendilerince haklı bir nedene dayanıyor olmalarıdır. Bu nedenler iktidarın haksız olarak ele geçirildiği ya da görevini gerektiği gibi yerine getirmedeği iddiaları olabilir. Kabakçı olayında yeni üniforma giymek istemeyen birkaç yeniçerinin başlattığı hareket, bir grup isyancının toplumdan ve devlet bürokrasisinden gördüğü yoğun destekle, iktidara yönelik memnuniyetsizliğin şiddetle dışa vurumu olarak cereyan etmiştir. Aslında konu itibariyle vurgulamaya çalıştığımız temel nokta da “haklı neden” meselesidir. Padişahın başlattığı yenilik hareketi devletin sivil ve asker bürokrasisi ile halkın bir kısmı nezdinde olumlu karşılık bulamamıştır. Bu yönde kapsayıcı bir sahiplenme ya da içselleştirme en azından isyancılar için söz konusu olamamıştır. İsyancılar alışageldikleri ve beslendikleri düzenin değişmesine tepkilerini isyan ile eyleme geçirmişlerdir. Bir çeşit statüko ve yenilik çatışması olmuştur. Ancak ilginç olan nokta, yenileşme ve değişimi isteyen tarafın iktidar, statükonun devamından yana tavır gösteren tarafın ise statükodan beslenen odaklar ile onların kışkırtmasıyla hareket eden halk olmasıdır. Bu noktada, suçun faileri bakımından “haklı neden” siyasal otoritenin mevcut düzeni değiştirmeye çalışmasıdır. Elbette bu iddialarını “ulema”nın öngördüğü bir dille “şeriat isteriz” sloganıyla betimlemişler, bir anlamda iktidarın adaletten saptığı iddiasında bulunmuşlardır.

İsyan suçunun son unsuru topluca işlenmiş olmasıdır. Kabakçı hareketi birkaç yeniçeri neferinin itirazları olarak başlamış, ardından beklenmedik bir hızla otoriteye karşı bir kitlesel bir isyan hareketine dönüşmüştür. Dolayısıyla bu koşul bakımından da Kabakçı kalkışması hadd-i bağı tanımına uymaktadır.

Suçun oluşumu ve tamamlanması neredeyse bölgesel bir iç savaş görüntüsü vermektedir. İsyanın devlet güçleri tarafından bastırılıp (Alemdar ve ordusu) ve birçok isyancının bu süreçte öldürülmesi, suçun özelliği itibariyle ani ve derhal müdahale gerektiren bir eylemler bütünü olmasındandır. Dolayısıyla suça uygulanacak yaptırım açısından, suçun doğasına uygun gelişmeler yaşanmıştır.

SONUÇ

Orta Çağ’ın sonlarında Ön Asya’da kurularak tipik bir Yeniçağ monarşisine dönüşen Osmanlı Devleti, zaman zaman devletin varlığını ve bütünlüğünü tehdit eden isyanlarla yüz yüze kalmıştır. Bu isyanların önemli bir bölümü bizzat devlet içinde olan odakların gerçekleştirdiği, bir kısmı doğrudan halk kitlelerinin karıştığı isyanlardır. Ancak Osmanlı Devleti’nin özellikle çöküş sürecine girdiği XVIII. ve XIX yüzyılda sivil-asker bürokrasinin başrolünde yaşanan kalkışma hareketlerinin genel karakteri söz konusu hareketlerin aslında bir” merkez-çevre” çatışmasından öte “statüko-yenilik” çatışması olmalarıdır.

Kavramın doğası itibariyle yenilik talepleri genellikle yönetilenlerden gelen taleplerdir. Ancak dünya siyasi tarihinde geleneksel kimi monarşilerde bu genelleme pek uygun düşmemektedir. Örneğin Rus Çarlığı, Japon İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğu gibi geleneksel monarşilerde yenileşme hareketleri Avrupalı monarşilerde gözlendiği gibi çevreden merkeze yönelen talepler değil, aksine merkezden çevreye yönelen hareketler şeklinde belirmiştir³². Merkezi ifade eden iktidar eksenli modernleşme hareketleri, gerek devlet örgütlenmesi içerisindeki birtakım odaklar tarafından gerek yönetileni oluşturan halk kitlesi tarafından olumsuz tepkilerle karşılaşmıştır. Bu tepkiler çoğu zaman siyasal otoriteye yönelik bir kalkışma hareketine dönüşebildiği gibi pek çok insanın ve iktidarı oluşturanların canlarına da mal olabilmektedir.

İslam hukukunun orijinal ve en kapsamlı uygulama alanı bulduğu Osmanlı Devleti’nde yaşanan bu tip kalkışma hareketlerinin Şer’î ceza hukukundaki karşılığı, had suçu kapsamında sayılan “devlete isyan suçu”, terminolojik adıyla “hadd-i bağı” olmuştur. Osmanlı siyasal otoritesi kendisine yönelik bu tip kalkışmaları genellikle bu suç tipi kapsamında değerlendirmiş ve bu suçun öngördüğü yaptırımları uygulamıştır.

1807’de Osmanlı padişahı III. Selim’in ve pek çok insanın hayatına mal olan Kabakçı İsyânı da çalışmamız ışığında tipik bir hadd-i bağı eylemi olarak görülmektedir. Suç, tipolojisi ve unsurları bakımından tamamlanmıştır. Gerek kalkışma sırasında otoritenin tepkisi gerek sonrasında yapılan yargılama süreci gerçekleşen bu büyük kalkışmanın hadd-i bağı olarak değerlendirilebilmesi için uygun ipuçlarını sunmaktadır. Sonuç olarak 1807 Kabakçı İsyânı, yenileşme hareketlerine girişmiş bir meşru siyasal otoriteye karşı, “statüko”yu temsil eden çevrelerin gerçekleştirdiği bir bağı suçu hareketi olarak Türk hukuk tarihindeki yerini almıştır.

³² Bu üç imparatorluğun yenileşme çabaları ve bu çabaların benzerlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Zarakol, *Yenilgiden Sonra Doğu Batı ile Yaşamayı Nasıl Öğrendi*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Gül. *Siyasi Tarih*. Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Akyılmaz, Gül. “III. Selim’in Dış Politika Anlayışı ve Diploması Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti”. *Türkler*, C. 12, (2002). Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 660-670.
- Akman, Mehmet. *Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli*. İstanbul: Eren Yayınları, 1997.
- Akşin, Sina. “Siyasal Tarih (1789-1908)”. *Türkiye Tarihi*, C. 3, Osmanlı Devleti 1600-1908 (yayın yönetmeni Sina Akşin), İstanbul 2000.
- Aktan, Coşkun Can, Yay Serdar. “Türkiye’de Statüko ve Değişime Direnç”. *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, (2016), 49-71. Erişim Tarihi: Haziran 15, 2022. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/oybd/issue/36069/404998>.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*. İstanbul: Gökkuşbu Yayinevi 2004.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: 7. Baskı, Beta Yayınları, 2009.
- Berkes, Niyazi. *Türkiye’de Çağdaşlaşma*. İstanbul: Doğu-Batı Yayınları, 1978.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûkî İslâmîyye ve Istilâhâtı Fikhiyye Kâmûsu*, C. III. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.
- Cin, Halil, Akgündüz Ahmet. *Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku*, 1. Cilt. Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1995.
- Cin, Halil, Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: 13. Baskı, Sayram Yayınları, 2021.
- Davison, Roderic H. *Osmanlı İmparatorluğunda Reform 1856-1876* (çev. Osman Akınhay), C. 1. Ankara: Papirüs Yayınevi, 1997.
- Genç, Mustafa. “Hanefi Mezhebine Göre İsyân Suçu (Bağy)”. *Sobider Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 46, Haziran 2020, ISSN: 2149-0821 Doi: <http://dx.doi.org/10.29228/SOBIDER.44307>. (699-712).
- Gökbilgin, Tayyip. “Nizâm-ı Cedî”. *İslam Ansiklopedisi*, C. IX. İstanbul: MEB Yayını, 1980.
- Karal, Enver Ziya. *Osmanlı Tarihi Nizâm-ı Cedî ve Tanzimat Devirleri*, C. V. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988.
- Karal, Enver Ziya. *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları, Nizâm-ı Cedî 1789-1807*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988.
- Karpat, Kemal H. *Osmanlı Modernleşmesi Toplum, Kuramsal Değişim ve Nüfus*. Ankara: İmge Yayınevi, 2002.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye’nin Doğuşu* (çev. Boğaç Babür Turna). Ankara: Arkadaş Yayınevi, 2009.
- Özek, Çetin. “Osmanlı’da Siyasal İktidar ve Din İlişkileri Düzeni”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı*. İstanbul: 1999, 179-212.
- Palmer, Alan. *Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu (Bir Çöküşün Yeni Tarihi)* (çev. Belkıs Çorakçı Dışbudak). İstanbul: Sabah Yayınları, 1992.
- Shaw, Stanford J. “Osmanlı İmparatorluğu’nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan III. Selim ve II. Mahmud Dönemleri” (çev. M. Faruk Çakır). *Türkler*, C. 12. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2022. 609-628.

- Udeh, Abdülkadir. *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku -Genel Hükümler-* (Çev. Ali Şafak), C. 1. İstanbul: Kayıhan Yayınları, 2012.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Tarihi*, C. III/1. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1994.
- Yalçınkaya, Alaaddin. “III. Selim ve II. Mahmud Dönemleri Osmanlı Dış Politikası”. *Türkler*, C. 12. Ankara: Yeni Türkiye Yayını, 2002, 639-642.
- Yılmaz, Durmuş. *Osmanlı'nın Son Yüzyılı Cumhuriyete Giden Yol*. Konya: Çizgi Kitabevi, 2001.
- Yurtseven, Yılmaz. “Osmanlı Kul Sistemi ve Veziriazam”. *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, 1439-1456.
- Yurtseven, Yılmaz. *Osmanlı Siyasal İktidarı, Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*. Ankara: Savaş Yayınları, 2019.
- Zarakol, Ayşe. *Yenilgiden Sonra Doğu Batı ile Yaşamayı Nasıl Öğrendi*. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2012.
- Zurcher, Eric Jan. *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi* (çev. Yasemin Saner Gönen). İstanbul: İletişim Yayınları, 2002.
- <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi: 16.08.2022.

ULUSLARARASI HUKUKTA TANIMAMA VE GÜNCEL SORUNLAR^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Gülsüm KAYA^(**)**

Öz

Uluslararası hukukta bir yükümlülük veya görev olarak tanımamanın, *ex injuria jus non oritur* (haksızlık, bundan yararlanmaya imkân veren hak doğurmaz) düsturundan doğduğu ve hukuk alanında hukuka aykırı davranışların sonuçlarının kabul edilmezliğini güvence altına aldığı kabul edilir. Tanımama yükümlülüğü uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak çeşitli aşamalardan geçmiştir. 1945 öncesi dönemde yükümlülüğün uygulanması genellikle Mançukuo'nun kurulması ve buna cevaben Stimson Doktriniyle örneklenir. Birleşmiş Milletler'in kurulması ve kuvvet kullanmanın yasaklanmasıyla tanımama yükümlülüğü sağlam bir zemin kazanmışsa da doğası gereği uygulama ve teori bakımından bazı sorunları barındırmaktadır.

Eldeki çalışmada tanımama yükümlülüğü üç kısımda tartışılacaktır. Bunların ilki yükümlülüğün doğuşu ve bağlamıdır. 1945 sonrasında birtakım uluslararası hukuk belgeleri söz konusu yükümlülüğü içermiş ve özellikle kuvvet kullanma veya tehdidi yahut da saldırı fiili sonucunda gerçekleşen ülke kazanımlarını reddetmiştir. 2001'de tanımama Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddelerinde yükümlülük olarak düzenlenmiş ancak bunun uygulanması kuvvet kullanma veya saldırı ile sınırlandırılmamıştır. Gelişim süreci boyunca devletlerin oldukça eleştirdiği tanımama kavramının hukukî karakteri yönünden incelenmesi gerekmektedir.

Sorumluluk Maddelerinin 40. maddesine göre tanımama yükümlülüğü "bir devlet tarafından genel uluslararası hukukun emredici bir normundan doğan bir yükümlülüğün ağır ihlali" halinde geçerlidir. Çalışmada tanımama yükümlülüğünün işletilebilmesi için tespit edilmesi gereken iki ölçüt gövdeyi oluşturacaktır: İhlalin varlığı, bunun bir emredici norm ile bağlantısı ve ihlalin ağırlığı. Ardından 41. maddede yer alan yükümlülüğün içeriği, "ihlalle yaratılan durumu hukuka uygun olarak tanımama" ve "bunun sürdürülmesine yardım veya destek sağlamama" değerlendirilecektir. Bu kısmın bitişi babında yükümlülüğün normatif özellikleri ve 1945 sonrası dönemde uygulanışı birlikte ele alınacak, yükümlülüğün içeriği ve nasıl uygulanacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Çalışmanın son kısmında tanımama yükümlülüğü Ukrayna'daki Rus işgali çerçevesinde uygulanması yönünden tartışılacaktır. Bilindiği üzere Rusya Federasyonu'nun devam eden ihlal(ler)ine konusu ve metodu itibarıyla değişen çok çeşitli tepkiler verilmiştir. Bu geniş yelpazede tanımamaya yönelik güncel anlayış ve kavramın hukukî karakteri ayırt edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tanımama, Emredici Norm, Kuvvet Kullanma, Ülke Kazanımı, Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 02.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 10.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1170403.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Bursa-Türkiye.
E-posta: kaya.gulsum@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3901-0540>.



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

NON-RECOGNITION IN INTERNATIONAL LAW AND CONTEMPORARY ISSUES

Abstract

Non-recognition, as an obligation or duty in international law, derives from the legal maxim of *ex injuria jus non oritur* and assures the non-acceptance of the consequences of illegal acts in the legal realm. Obligation of non-recognition had gone through phases parallel to the development of international law. With the establishment of UN and the prohibition of the use of force, obligation of non-recognition has acquired a solid basis however the nature of the obligation can be problematic in terms of practice and theory.

In this paper, obligation of non-recognition was discussed under three sections. First of them was the emergence and the customary status of the obligation and its context. Several international law instruments, after 1945, had embodied the obligation and especially disclaimed the territorial acquisition which is a result of use or threat of force or act of aggression. In 2001 non-recognition has been comprised as an obligation in ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, but its application had not been restricted to the use of force or aggression.

In the main section of this paper two criteria employed diagnosing the applicability of the obligation of non-recognition was taken as the starting point: existence of a breach, its connection with a peremptory norm and the seriousness of it. Afterwards the contents of the consequences breaching an obligation arising under a peremptory norm included in article 41 which are "not to recognize" and "not to render aid or assistance to maintain the situation" created with the breach was examined. As a finale for this section, the normative aspects of the obligation and its practice in post-1945 period was endeavored to mutually display.

In the final section of this paper, application of the obligation of non-recognition in the Russian invasion of Ukraine was discussed. As known a great variety of reactions to ongoing breach(es) of Russian Federation which diversify by the subject matter and also by the method were given. Within this wide range, reactions constituting non-recognition was distinguished according to the contemporary concept of non-recognition and its legal character.

Keywords

Non-recognition, Peremptory Norm, Use of Force, Acquisition of Territory, Articles on Responsibility of States.

Extended Abstract

Non-recognition, as an obligation or duty in international law, derives from the legal maxim of *ex injuria jus non oritur* and assures the non-acceptance of the consequences of illegal acts in the legal realm. The obligation of non-recognition had gone through phases parallel to the development of international law. The pre-1945 practice of the obligation had mainly represented with the foundation of Manchukuo and the Stimson Doctrine in response to it. With the establishment of UN and the prohibition of the use of force, the obligation of non-recognition has acquired a solid basis however the nature of the obligation can be problematic in terms of practice and theory. The obligation of non-recognition has certainly a connection with the concept of recognition even though this connection is not linear despite their semantic appearance. However, they get closer because the obligation of non-recognition requires consequences of a breach to include territorial considerations and create rights, titles and entitlements.

In this paper, obligation of non-recognition is discussed in three sections. First of them includes the emergence and the customary status of the obligation and its context. Several international law instruments, after 1945, had embodied the obligation and especially had disclaimed the territorial acquisition which is a result of use or threat of force or act of aggression. In 2001 non-recognition has been comprised as an obligation in ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, but its application was not restricted to the use of force or aggression. In the Articles obligation of non-recognition is designated for breaches of any peremptory norm of international law. Also much criticized notion of non-recognition needs to be scrutinized throughout its history in terms of its legal character.

According to article 40 of the Articles obligation of non-recognition is valid for "serious breaches by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law". In the main section of this paper two

criteria employed in diagnosing the applicability of the obligation of non-recognition which are taken as the starting point: the existence of a breach, its connection with a peremptory norm and its seriousness. Afterwards the contents of the consequences of breaching an obligation arising under a peremptory norm included in article 41 which are "not to recognize" and "not to render aid or assistance to maintain the situation" created with the breach is examined. As a finale for this section, the normative aspects of the obligation and its practice in the post-1945 period is endeavored to display mutually.

In the final section of this paper, application of the obligation of non-recognition in the Russian invasion of Ukraine is discussed. As known there are a great variety of states' reactions to ongoing breach(es) of Russian Federation which diversified by the subject matter and also by the method. Within this wide range, reactions constituting non-recognition are distinguished according to the contemporary concept of non-recognition and its legal character.

Everyday life of international law, as all law, includes threats to the order which was established by it. The current threat(s) is(are) something monstrous but unfortunately not something did not seen before. In this paper after the general analysis of the notion, reactions to the current invasion and whether they fall within the obligation of non-recognition were discussed. To scrutinize the topic, normative background and context of non-recognition and the relevant articles in the Articles and the post-1945 practice of non-recognition are reviewed.

GİRİŞ

Tanımama kavramı uluslararası hukukta esasen sıklıkla karşı karşıya kalınan ve hukukî niteliği tartışma konusu edilen bir kavramdır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından "üstü kapalı politik iddialarla dolu" bir kavram olarak ifade edilmiştir¹. Eldeki çalışma tanımama yükümlülüğünü aydınlatmaya çalışmakta ve esasen kapsam olarak tanımama hususu bu çalışmada değerlendirilmiyorsa da kavramın tanımama yükümlülüğü ile arasında bir bağlantının bulunduğu söylenebilir. Bilindiği üzere devletler, devlet olmanın şartlarını objektif olarak ve mükemmelen taşıdığı konusunda uzlaşmış olan yeni birimleri tanımama yükümlülüğü altında değildir. Yani devletler bakımından yeni ortaya çıkmış, devlet olma şartlarını taşıyan birimleri tanımama yükümlülüğü düzenlenmemiştir². Ancak özellikle 1930'lardaki meşhur uygulamasından itibaren tanımama kavramından söz edilir. Zaman içerisinde tanımamamın bir yükümlülüğe dönüşmesi ve uluslararası hukukun çeşitli kurallarının ihlali ile ortaya çıkabilen ve devlet olma iddiası bulunan birimlerinin tanınmamasının ötesine geçebilen evrimi dolayısıyla tanımama ile tanımama arasında bir bağlantı bulunsa da bunun tam manasıyla simetrik/bakışlımı olarak nitelendirilebilecek bir ilişki olmadığı ifade edilmelidir. Kavramlar anlamsal olarak zıt görünümde olsalar da bugün mutlaka karşıtlık oluşturan durumlara uygulanmamaktadırlar.

Tanımama devletlerin uluslararası alanda ilişki kurmak istedikleri birimleri veya politik yönünü düşünecek olursak uluslararası politikadaki gelişmelerin istikametini kendileri bakımından belirlemelerini sağlar. Bu noktada tanımama ağırlıklı görüşe göre bildirici bir anlama sahip kabul edildiğinden devletlerin uluslararası alandaki diğer birimleri tanımamalarının etkisi esasen karşılarındaki birimin niteli-

¹ Yearbook of the International Law Commission 1, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly (1949): 289, p. 50.

² Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) 343.

ğine değil iki birim arasındaki ilişkilere dairdir. Tanımama ise tanımayla ulaşılabilecek olanın tersi sonuca ulaşmak, yani uluslararası hukuka aykırı bulunan fiilin ve buna dayalı diğer işlemlerin kendisine karşı yasal olarak ileri sürülmesini önlemek amacıyla gerçekleştirilen bir işlem olarak ifade edilir³. Ancak tanımamanın bir yükümlülük olarak ileri sürülmesinde devletlere uluslararası alanda görev atfedilen bir yan vardır. Bu görev kapsamında devletlerden uluslararası hukuka bazı aykırılıklar karşısında, bu aykırılıklar sonucu oluşan durumların hukukî sonuç doğurmasının reddedilmesi/tanınmaması beklenmektedir.

Çalışmada öncelikle tanımama yükümlülüğünün ortaya çıkmasından sözedilecektir. Bu kapsamda yükümlülüğün ilk uygulamaları ve uluslararası hukuk metinlerinde nasıl yer aldığından hareket edilecek ve ardından bugünkü anlamıyla uluslararası hukukta yükümlülüğün kullanımına geçilecektir. Beraberinde uluslararası yargı kararlarında ve pratikte yükümlülüğün kapsamına ilişkin gelişmelere ve güncel uluslararası hukukta, özellikle Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı kapsamında, yükümlülüğün uygulanmasına değinilecektir.

I. TANIMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KÖKENLERİ

1930'larda Japon İmparatorluğu ve Çin Cumhuriyeti arasındaki Mançurya uyuşmazlığı sonucunda Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından tüm devletler bakımından uyulması gereken bir tanımama görevi ortaya atılmıştır. Milletler Cemiyeti, üyelerinin Milletler Cemiyeti Misakı ve Kellogg-Briand (Paris) Paketi'ne aykırı araçlarla meydana getirilen hiçbir durum, andlaşma veya anlaşmanın tanınmamasıyla görevli olduklarını ifade etmiştir⁴. Bunun kaynağında esasen Amerika kıtasında uygulanan tanıma yöntemleri ve özellikle Stimson doktrininin bulunduğu değerlendirilmektedir⁵. Orta Amerika Devletleri arasında 1900'lerin başında imzalanan kimi andlaşmalar bölge devletlerinin birbirilerinin hükümetinin darbe, devrim gibi anayasa dışı yollarla değişmesi halinde yeni hükümeti tanımayacaklarına ilişkin hükümler içermiştir⁶. Ancak bu tanımama hükümleri uluslararası hukuk kurallarına değil, ulusal hukuka aykırılık hallerine ilişkin olarak devletlerin tanıma işleminde göz önünde bulunduracakları ölçütleri belirler. Bunun bir andlaşma hükmü olarak öngörülmüş olması nedeniyle de devletlere getirilmiş bir yükümlülüktür ve konumuz bakımından hangi hallerde tanımanın gerçekleşmeyeceğini belirlediğinden, tanımama yükümlülüğünün kaynağı⁷ olarak kabul edilmektedir.

³ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 435.

⁴ "League of Nations Assembly Report on the Sino-Japanese Dispute", *The American Journal of International Law* 27, S. 3 (Supplement: Official Documents) (1933): 119-153, 133.

⁵ Anne Lagerwall, "The non-recognition of Jerusalem as Israel's Capital: A condition for international law to remain relevant", *Questions of International Law-Zoom in 50* (2018 Temmuz): 33-46, 35.

⁶ Chandler P. Anderson, "The Central American Policy of Non-Recognition", *The American Journal of International Law* 19, S. 1 (1925): 164-166, 164.

⁷ UAD, Doğu Timor Kararı (Portekiz v. Avustralya), 30.06.1995, (Yargıç Skubiszewski Karşı Görüş), p. 125.

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından çeşitli belgelerinde “genel hatlarıyla teyit edilen” yükümlülüğün⁸ BM Andlaşması doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği İlkeleri Bildirisi’nde şöyle kurallaştığını görürüz: Kuvvet kullanılması veya tehdidinin sonucu olan hiçbir ülkesel kazanım hukuka uygun olarak tanınmamalıdır⁹. Elbette burada yer alan tanımama düzenlemesinin bugün yükümlülüğün görünümü ile bazı farklılıkları olduğu, zaman içinde uluslararası hukukun değişimi ve gelişiminin yükümlülüğün doğasını da etkilediği düşünülebilir. Nitekim devletlerin uygulamaları ile ilkeye uymanın hukukî bir gereklilik olduğu inançlarının BM sistemi içinde ilkeye teamülî bir gelişim doğrultusu çizdiği kabul edilmektedir¹⁰. Ancak bunun 1969 öncesi bakımından geçerli olmadığı, o tarihe dek sadece kuvvet kullanma veya tehdidine dayalı ülke kazanımlarının hukuka aykırı olduğu ve bu yolla bir ülke üzerinde geçerli bir egemenliğin (*title*) tesis edilemeyeceğine dair gelişmekte olan bir kabulün bulunduğu belirtilmektedir¹¹. Tanımama yükümlülüğü 1949 tarihli Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Taslak Bildirisi¹², 1970 tarihli BM Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine ilişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi¹³, Saldırımın Tanımı Kararı¹⁴ gibi uluslararası metinlerde düzenlenmiş, Duvar kararında ise bunun uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu teyit edilmiştir¹⁵. Öte yandan hukuka aykırılıktan (haksızlıktan) hakkın (hukukun) doğmayacağı olarak Türkçeye çevrilebilen *ex injuria jus non oritur*, bir hukukun genel ilkesi teşkil etmekte ve tanımama yükümlülüğünün kaynağı olarak belirginleşmektedir¹⁶. Böylece yükümlülüğe kaynaklık eden iki çeşit uluslararası hukuk kaynağı-

⁸ Lagerwall, “The non-recognition of Jerusalem as Israel’s Capital: A condition for international law to remain relevant”, 36.

⁹ Birleşmiş Milletler Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği İlkeleri Bildirisi, BM Genel Kurulu, A/RES/2625 (XXV), 1970, 123.

¹⁰ Lagerwall, “The non-recognition of Jerusalem as Israel’s Capital: A condition for international law to remain relevant”, 38-39.

¹¹ Allison Pert, “The Duty of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties”, *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, S. 13/96 (Aralık 2013) 9.

¹² Yearbook of the International Law Commission, Summary records and documents of the first session including the report of the commission to the General Assembly (1949): 288.

¹³ UN General Assembly, Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee, 2625(XXV) Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/8082): 123.

¹⁴ United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression (1974): p. 5.

¹⁵ UAD, İşgal Edilmiş Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukukî Sonuçları Danışma Görüşü (Duvar Kararı), 09.07.2004, p. 87; Stefan Talmon, “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin, editörler, *The Fundamental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 99-126, 102-103.

¹⁶ Elif Başkaracaoğlu, *Uluslararası Hukukta Jus Cogens (Emredici Kurallar)* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011), 180.; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, İbrahim Kaya, Editör (Ankara: TÜBA, 2018), 74, 332.

la ve bu iki kaynaktan da çıkarılabilen ve yükümlülüğü ortaya koyan iki unsurla karşı karşıya kalırız: ilki uluslararası hukuku ihlal eden bir eylem, ikincisi ise bu eylemin sonuçlarına dayanan bir hukukî iddia¹⁷.

II. TANIMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE FARKLI YAKLAŞIMLAR

Uluslararası hukukta tanımama yükümlülüğünün bugünkü görünümünün farklı yaklaşımlarla açıklandığı görülmektedir. Bunlardan bazıları, yükümlülüğün unsurlarının ilki olan uluslararası hukuk ihlaline konu kuralla ilgilidir. Yani tanımama yükümlülüğünü doğuran eylem, uluslararası hukukun herhangi bir kuralının veya *erga omnes* nitelikli yükümlülükler getiren bir kuralının ihlalini mi yoksa emredici normlardan kaynaklanan yükümlülüklerin ciddî ihlallerini mi içermelidir¹⁸ sorusuna ilişkindir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) tanımama yükümlülüğü yönünden öne çıkan Namibya kararı manda rejiminin sonlandırılmasına rağmen Güney Afrika'nın Namibya'dan çekilmemesi ve buradaki yönetim faaliyetlerini sonlandırmamasını konu edinir. Kararda “manda rejiminin sonlandırılması ve Namibya'daki Güney Afrika varlığının hukuka aykırılığının açıklanmasının uluslararası hukukun ihlaliyle yaratılan durumun *erga omnes* niteliği dolayısıyla tüm devletlere, BM'ye üye olmayanlara dahi, ileri sürülebileceği” belirtilmiştir¹⁹. Böylece Divan tarafından ihlalle yaratılan durumun niteliği üzerinden hareket edildiğini yani ihlal edilen normun değil ihlalin sonucunda ortaya çıkan durumun öne çıkarıldığını söylemek mümkündür. Ancak daha sonrasında yine UAD tarafından verilen Duvar kararındaki ayrı görüşünde Yargıç Higgins Namibya kararında tanımama yükümlülüğüne belirsiz *erga omnes* kavramının değil, BM Andlaşması'nın 24 ve 25. maddelerine göre karar veren BM Güvenlik Konseyi'nin (GüvK) kararlarına uyulmasının dayanak olarak alındığını ileri sürer²⁰. Buna göre aslında ihlalle yaratılan durumun niteliğinden bağımsız olarak GüvK kararlarına uyulması tanımama yükümlülüğünün kaynağı olarak ileri sürülmektedir. Nitekim Divan, Namibya kararında ağırlıklı olarak GüvK'nin bu konuda aldığı karara uyulması ve devletlerin bu kararları uygulaması konusundaki yükümlülüklerinden söz etmiştir²¹. Öte yandan öğretilerde ise, devletlerin *erga omnes* nitelikli ülkesel bütünlük, self determinasyon gibi hakları bulun-

¹⁷ Lagerwall, “The non-recognition of Jerusalem as Israel's Capital: A condition for international law to remain relevant”, 40.

¹⁸ Maurizio Arcari, “The relocation of the US embassy to Jerusalem and the obligation of non-recognition in international law”, *Questions of International Law-Zoom in 50* (2018 Mayıs): 1-13, 4.

¹⁹ UAD, Güvenlik Konseyi'nin 276(1979) Kararına Rağmen Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney Batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler İçin Hukukî Sonuçları Danışma Görüşü (Namibya Kararı), 1971, p. 126.

²⁰ UAD, Duvar Kararı (Yargıç Higgins Karşı Görüş), p. 38.

²¹ UAD, Namibya Kararı, p. 115, 117, 126.

duğu ve tanımama yükümlülüğünün bahsedilen hakların ihlali durumunda söz konusu olacağı ileri sürülmektedir²².

Divan Duvar kararındaki değerlendirmesini ise daha çok ihlal edilen yükümlülükler üzerine yoğunlaştırmış, İsrail tarafından Filistin halkının self determinasyon hakkının ve uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan belirli yükümlülüklerin ihlal edildiğini ve bunların *erga omnes* nitelikli yükümlülükler olduğunu belirtmiştir²³. Kararda diğer devletlerin tanımama yükümlülüğü ile önceki cümlede anılan hak ve yükümlülüklerin karakter ve önemi arasında bir bağ kurulmaktadır²⁴. Böylece Divan kararlarıyla tanımama yükümlülüğünün uygulanabilmesi için ihlal edilen normun veya ihlalle ortaya çıkan durumun niteliğine vurgu yapılmış olmaktadır.

Tanımama yükümlülüğüne bir diğer yaklaşım uluslararası sorumluluk hukuku kapsamındadır ve bu yükümlülük UHK tarafından hazırlanan Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri (Sorumluluk Maddeleri) metnine dahil edilmiştir. Tanımama yükümlülüğüne bu yaklaşım içeriği ve mantığı dolayısıyla kimi yazarlarca komüniteryen yaklaşım olarak da adlandırılmaktadır²⁵. UHK, “emredici normlar tarafından devletlere getirilen yükümlülükler uluslararası toplumun bir bütün olarak yaşamsal menfaatlerini muhakkak etkilemektedir” diyerek tesis ettiği ağırlaştırılmış sorumluluğun düşünsel arka planını ortaya koyar²⁶. Uluslararası hukukun temel nitelikli kurallarının ihlali dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk sadece mağdur devlet ile ihlalci devlet arasında değil, ağırlaştırılmış sorumluluk rejimiyle üçüncü devletler ile ihlalci devlet arasında da başvurulabilir hale gelmektedir.

Tanımama yükümlülüğünün uluslararası hukukta sorumluluk yönünden gelişiminin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. UHK tarafından devletin sorumluluğu değerlendirilirken en başlarda tek tip bir sorumluluk rejimi öngörülmekteyken özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında devletlerin bir bütün olarak tüm uluslararası topluma karşı sorumluluklarının da farklı bir tür sorumluluk rejimi teşkil ettiği kabul görmeye başlamıştır²⁷. Komisyon bu türden bir sorumluluğun doğmasına

²² Enrico Milano, “The non-recognition of Russia’s Annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question”, *Questions of International Law-Zoom Out 1* (2014 Mayıs): 35-55, 43.

²³ UAD, Duvar Kararı, p. 155.

²⁴ UAD, Duvar Kararı, p. 159.; Adam Saltzman, Developing the Principle of Non-recognition, *Ohio Northern University Law Review* 43, S. 1 (2017): 1-38, 27.

²⁵ Milano, “The non-recognition of Russia’s Annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question”, 45.

²⁶ Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 32, S. 2 (2012): 147-182, 154.; International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001): 56, p. 7.

²⁷ Yearbook of the International Law Commission 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eight session (1976): 97, p. 6 vd.

yol açacak ihlalleri saldırı yasağının ihlali, soykırım ve apartheid ile örneklemiş ve bunları uluslararası suçlar olarak adlandırmıştır²⁸. Ancak suç ve kusur ile kusur ve birey arasındaki ilişki dolayısıyla, buna ek olarak da uluslararası hukukta sorumluluğun kendine özgü doğası nedeniyle metinden uluslararası suçlar ifadesi çıkarılmıştır²⁹. Bu yolla aslında teorik olarak bir yanlışlık düzeltilmiş olsa da bugün ağırlaştırılmış sorumluluk olarak ifade edilen kavramla hedeflenen genel konseptin devam ettiğini söylemek mümkündür. Sorumluluk Maddelerinin İkinci Kısımının Üçüncü Bölümü Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlalleri başlığını taşır³⁰ ve burada getirilen rejimin *erga omnes* yükümlülüklerin ihlaline uygulanacağı belirtilmiştir³¹. UHK'nin Sorumluluk Maddeleri şerhinde genel uluslararası hukukun emredici normlarından ve bir bütün olarak tüm uluslararası topluma karşı yükümlülüklerden kaynaklanan sonuçların da devletin sorumluluğu kapsamında olduğu ifade edilmiştir³².

Sorumluluk Maddeleri metninde yer alan düzenleme ağırlaştırılmış sorumluluğun işletilebilmesi için iki ölçüt aramaktadır bunların ilki ihlalin emredici bir normdan kaynaklanan yükümlülüğe ilişkin olması, ikincisi ise ihlalin derecesi itibarıyla ağır olmasıdır³³. Böylece uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlalinin hangi kategoriye dahil olduğu tespit edilebilecektir. Burada emredici normlar arasında bir ayırım yapılmamıştır, hatta 40. maddenin³⁴ şerhinde emredici normlara örnekler verilmesinin uygun olmayacağı, söz konusu yükümlülüklerin devletlerin, bunların halklarının ve en temel insanî değerlerin varlığına tehdit oluşturmaları nedeniyle yasaklanan davranışlar olduğu belirtilmiştir³⁵. Bu haliyle uygulama bakımından düzenleme bazı soru işaretlerine sebep olabilecektir. Devamında bazı emredici normlar örnek verilmişse de sınırlı sayma yoluyla hangi normların ihlalinin tanımama yükümlülüğünü doğuracağı belirlenmemiştir. Halbuki Taslak Maddelerden sonrasında kaldırılan uluslararası suçlara ilişkin

²⁸ Yearbook of the International Law Commission 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eight session (1976): 97, p. 6 vd.

²⁹ International Law Commission, First Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur (1998): 23, p. 92-95.

³⁰ UHK'nin Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Taslak Maddeleri çalışmasının çevirilerinde Hakkı Hakan Erkiner'in çalışmalarından faydalanılmıştır. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010) 307 vd.

³¹ International Law Commission, First Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur (1998): 23, p. 95.

³² ILC, Draft Articles with commentaries, 111, p. 7.

³³ ILC, Draft Articles with commentaries, 112, p. 1.

³⁴ "40. Madde: Bu bab'ın uygulanması: 1. Bu bab, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devlet tarafından ağır ihlalden doğan uluslararası sorumluluğuna uygulanır.

2. Böyle bir yükümlülüğün ihlali, sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması hâlinde ağırdır."

³⁵ ILC, Draft Articles with commentaries, 112, p. 3.

19. madde³⁶ 3. fıkrasında uluslararası suçların sonuçlarına ilişkin dört örnek kategori saymaktaydı: uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını hedefleyen esaslı yükümlülüklerin ağır ihlali-saldırı yasağı; halkların self determinasyon hakkının korunmasını hedefleyen esaslı yükümlülüklerin ağır ihlali-sömürgecilik yasağı; insan varlığının korunmasını hedefleyen esaslı yükümlülüklerin yaygın ölçekteki ağır ihlali-kölelik yasağı, soykırım yasağı, apartheid yasağı; insan çevresinin korunması ve güvence altına alınmasını hedefleyen yükümlülüklerin ağır ihlali-atmosfer veya denizlerin geniş çapta kirletilmesi yasağı³⁷. Nihayetinde Taslak Maddeler metninden 19. madde çıkarılmışsa da onunla aynı minvalde bir sorumluluk rejimi hedefleyen 40 ve devamı maddeler oluşturulmuş, bununla birlikte madde metninde emredici normların örneklenmesinden de vazgeçilmiştir.

Ihlalin hangi hallerde ağır olacağı 40/2’de açıklanmaktadır, buna göre ihlal sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde ağırdır. Bir ihlalin sistematik olarak değerlendirilebilmesi için organize ve kasıtlı bir biçimde işlenmesi, açık olarak değerlendirilebilmesi için de ihlalin veya etkilerinin yoğunluğu göz önünde bulundurulacaktır³⁸. Bir ihlalin ağırlığını oluşturan etmenler şerhte normu ihlal etme kastı, bireysel ihlallerin sayı ve kapsamı, kurbanlar üzerindeki sonuçların vahameti olarak sayılmıştır³⁹.

Sorumluluk Maddelerinin 41. maddesi bir önceki maddede belirtilen şartları taşıyan bir ihlalin varlığı durumunda ortaya çıkacak sonuçları düzenlemektedir. 1. fıkrasında⁴⁰ devletlerin ağır bir ihlalin varlığı halinde hukuka uygun araçlarla bu ihlale son verilmesi için işbirliğinde bulunma gereğinden söz edilmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu noktada somut olayların şartları birbirinden çok farklı olabileceğinden devletlerin ne tür bir işbirliğinde bulunmaları gerektiği belirlenmemiştir, bunun yanında madde devletlerin hem bir uluslararası örgüt bünyesinde hem de kurumsal olmayan yollarla işbirliği yapabilmelerine uygun düzenlenmiştir⁴¹.

41. maddenin 2. fıkrası⁴² konumuz bakımından özellikle önemlidir. 40. maddede yer alan şartları taşıyan bir ihlalin varlığı halinde devletlerin iki yükümlülüğü doğmaktadır: ihlalle yaratılan durumu hukukî olarak tanımama ve bu durumun

³⁶ 19. madde ve uluslararası suçlara ilişkin tartışma ve değerlendirme için bkz. Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, 155-161.

³⁷ Yearbook of the International Law Commission 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eight session (1976): 95-96.; ILC, Draft Articles with commentaries, 113, dn 651.

³⁸ ILC, Draft Articles with commentaries, 113, p. 8.

³⁹ ILC, Draft Articles with commentaries, 113, p. 8.

⁴⁰ “41. Madde: Bu bap uyarınca, bir yükümlülüğün ağır bir ihlâlinin özel neticeleri: 1. 40. madde bağlamında her türlü ağır ihlâlê son vermek için devletler meşrû araçlarla işbirliği yapmalıdırlar.(...)”

⁴¹ ILC, Draft Articles with commentaries, 114, p. 2.

⁴² “41. Madde: Bu bap uyarınca, bir yükümlülüğün ağır bir ihlâlinin özel neticeleri: (...) 2. Hiçbir devlet, 40. madde bağlamında ağır bir ihlâlden doğan bir durumu meşrû olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir. (...)”

korunması için yardım etmeme veya destek vermeme. Şerh bu yükümlülükleri imtina, kaçınma görevi olarak adlandırır⁴³. Ancak Talmon'a göre tanımama yükümlülüğü zımnen tanımamayı da gerektirdiğinden buna aktif imtina da denebilecektir⁴⁴. İlk yükümlülük, halkların self determinasyon hakkının inkâr edilerek bir ülke üzerinde egemenlik kazanma girişimi gibi örnek durumlara uygulanabilecektir ve hem resmî yollarla hem de zımnen tanımayı yasaklamaktadır⁴⁵. İhlalci devletlerin yarattıkları durumu tanıyarak konsolide etmek isteyebilecekleri göz önünde bulundurulmuş ve tanımama yükümlülüğünün onlar bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴⁶. Hatta şerhe göre mağdur devlet de tanıma veya feragat yoluyla ihlalle ortaya çıkan durumu tanıyamayacaktır, zira ihlal tüm uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendirmekte⁴⁷ dolayısıyla yeni durumun hukukiliği mağdur devletin feragatine/tanımamasına bırakılmamaktadır.

Sorumluluk Maddeleri 41/2'de yer alan ikinci yükümlülük ihlalle yaratılan durumun korunmasına yardım etmeme veya destek vermeme yükümlülüğüdür. Bunun tanımama yükümlülüğünün mantıksal uzantısı olduğu düşünülebilirse de daha farklı bir uygulama alanı olduğu kabul edilmektedir, zira burada söz konusu olan zımni tanıma anlamına gelen hareketler değildir⁴⁸. Şerh buna örnek olarak GüvK tarafından verilen kararlarda yer alan sömürge rejimi altında tutulan ülke halklarının baskı altında tutulması için yardım etmeme, yine bu amaçla silah veya askerî ekipman satımı veya sağlanmasını engelleme, nükleer silah üretme veya geliştirmede işbirliğinde bulunmama, polis veya ordu tarafından kullanılacak bilgisayar ekipmanını satmama gibi yardım veya destek faaliyetlerini saymıştır⁴⁹. Bu düzenlemelerin uluslararası hukukta *status quo anteyi* iade etme amacıyla gerçekleştirilen geniş bir yelpazedeki müşterek önlemlerden olduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Devletlere toplumsal nitelikli önlem alma ile yüklenen işbirliği amacı Friedmann'ın birlikte var olmanın hukuku (*law of co-operation*) olarak ifade edebileceğimiz⁵¹ yaklaşımı ile de uyum içindedir. Bu yolla devletler işbirliği halinde uluslararası hukuka uyulmasını temin etmektedirler.

Görüleceği üzere uluslararası teamül hukukunda ve Sorumluluk Maddelerinde yer alan tanımamaya ilişkin kurallar arasında tanımamanın hangi hukuk kural-

⁴³ ILC, Draft Articles with commentaries, 114, p. 4.

⁴⁴ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 112.

⁴⁵ ILC, Draft Articles with commentaries, 114, p. 5.

⁴⁶ ILC, Draft Articles with commentaries, 115, p. 9.

⁴⁷ ILC, Draft Articles with commentaries, 115, p. 9.

⁴⁸ ILC, Draft Articles with commentaries, 115, p. 12.

⁴⁹ ILC, Draft Articles with commentaries, 115, p. 12, dn 663.

⁵⁰ Milano, "The non-recognition of Russia's Annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question", 46.

⁵¹ Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londra: Stevens&Sons, 1964) 57-58.

larının ihlali halinde uygulanacağı, ihlalin ağır olması gereği hususlarında farklılıklar mevcuttur. UHK'nin bu metinle hem uluslararası teamül hukuku kurallarını kodifiye ettiği hem de bazı yenilikler getirdiği kabul edilir, hatta Komisyon çerhinde 41/1'de yer alan devletlerin ihlali sona erdirmek için hukuka uygun yollarla işbirliği yapmasına ilişkin düzenlemenin bütün olarak uluslararası hukukun tedrici gelişimine yöneldiğini belirtir⁵². Dolayısıyla tanımama yükümlülüğü uluslararası teamül hukukunda daha farklı değerlendirilebilecektir. Elbette UHK'nin tanınmamaya dair yaklaşımını diğer çalışmaları bakımından da benimsediği söylenebilir. Komisyonun çalışma gündeminde bulunan Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları başlığında taslak olarak tartışılan 19. madde Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu çalışmasında yer alan tanımama yükümlülüğünü de içeren ağırlaştırılmış sorumluluktan türemiştir⁵³.

Tanımmama yükümlülüğünün doğasına ilişkin ileri sürülen bir diğer görüş bunun bir yaptırım olup olmamasına odaklanır. Ancak bu durumda tanımmamanın BM bünyesinde alınan kararlar doğrultusunda uygulanması ile bireysel olarak devletlerin aldıkları kararlar doğrultusunda uygulanması arasında bir ayrımın bulunması gerekir. Yani merkezî yaptırım otoritesinin bulunmaması veya GüvK çerçevesinde karşımıza çıkan bazı örneklerdeki gibi BM organlarının tanımama kararı almaması durumunda mevcut genel uluslararası hukukun emredici kullarlarından kaynaklanan yükümlülüklerin ağır ihlallerine verilen bireysel veya sınırlı kolektif tepkilerin nasıl sınıflandırılacağı önemlidir. Tanımmamayı bir yaptırım olarak kabul eden görüşler bulunsa da⁵⁴ yaptırım kavramının kurumsal niteliğe sahip olduğu ve dolayısıyla BM veya bir uluslararası örgüt tarafından alınan önlemler olabileceği ifade edilmektedir⁵⁵. Bunun yanında UHK'nin Sorumluluk Maddelerinde yaptırımların da dahil olduğu çok taraflı cebrî yöntemlerin bir diğer kategorisi olarak çok taraflı karşı önlemleri -tanımmama yükümlülüğünü de kapsayacak biçimde- düzenlemekten kaçındığı da belirtilmektedir⁵⁶. Ancak bu noktada tanımama yükümlülüğü, unsurlarının varlığı halinde bu yola başvuran bir devleti uluslararası hukuku ihlal eder hale getirmediğinden önlem türlerinden misillemeyle daha uyumlu görülebilecektir⁵⁷.

⁵² David D. CARON, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority", *The American Journal of International Law* 96, S. 4 (2002): 857-873, 873; Dinah SHELTON, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *The American Journal of International Law* 96, S. 4 (2002): 833-856, 842-843.

⁵³ General Assembly Official Records, Report of the International Law Commission, Seventy-first Session A/74/10, (2019) 195, p. 6.

⁵⁴ John Dugard, David Raiç, "The Role of Recognition in the law and practice of secession", Marcelo G. Kohen, editör, *Secession: International Law Perspectives* (New York: Cambridge University Press, 2006), 94-137, 111.

⁵⁵ Habip Ünyılmaz, *Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2022), 140.

⁵⁶ Ünyılmaz, *Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği*, 174.

⁵⁷ ILC, Draft Articles with commentaries, 128, p. 3.

III. TANIMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULANMASI

Tanımama yükümlülüğünün uygulanmasında bazı güçlükler de barındırabilecek temel başlıklar şunlardır: ihlal edilen normun niteliği ve ihlalin sonucu, tanımama yükümlülüğünün kapsamı ile yükümlülüğün devletler tarafından münferiden uygulanabilmesi.

A. İHLAL EDİLEN NORMUN NİTELİĞİ VE İHLALİN SONUCU

Önceki kısımlarda tanımama yükümlülüğünün uygulanabilmesi için iki şartın arandığına değinmiştik. Bunların ilki uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi idi. Ancak bir önceki kısımda da değinildiği üzere tanımama yükümlülüğünün söz konusu olması için ihlal edilmesi gereken yükümlülüklerin ne tür yükümlülükler olduğuna, bunların doğasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. İkinci şart ise yükümlülüğü ihlal eden eylemin sonuçlarına dayanan bir hukukî iddianın varlığıdır⁵⁸. Dolayısıyla tanımama yükümlülüğü, ihlal edilen normun içeriği ve ihlal sonucunda ortaya çıkan durumun tanıma yoluyla hukukî hale getirilebilir nitelikte olmasıyla şekillenmektedir.

Tanımama yükümlülüğünün bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edildiğine yukarıda değinmiştik. Ancak tanımama yükümlülüğünün hangi emredici normların (uluslararası hukuk kurallarının) ihlali yönünden teamülî nitelikte olduğu belirlenmeye muhtaçtır. Divan kararlarına bakıldığında özellikle kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunma dolayısıyla ülke kazanımları yönünden tanımama yükümlülüğünün uluslararası teamül hukuku kuralı kabul edildiği görülür⁵⁹. Dolayısıyla da bazı istisnalar dışında diğer emredici normların ihlallerinin bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak tanımama yükümlülüğünü ortaya çıkarıp çıkarmadığının belirsiz olduğu ileri sürülmektedir⁶⁰. Nitekim tanımama yükümlülüğünün BM Genel Kurulu (GenK) veya GüvK tarafından hatırlatıldığı ve devletlerin tanımamaya çağrıldığı örneklerde, ihlal edilen uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin kuvvete dayanılarak ülke kazanmanın yanı sıra apartheid ve ırk ayrımcılığı, self determinasyon hakkının inkârı ve uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri olduğu görülmektedir⁶¹.

Belirli emredici normların ihlali halinde tanımama yükümlülüğüne dayanılmışsa da⁶² bu durumun diğer emredici normların ihlalinin tanımama yükümlülü-

⁵⁸ Devlet olma, ülkesel egemenlik, hükûmet (governmental capacity) vb. Talmon, s. 125.

⁵⁹ UAD, Duvar Kararı, p. 87; UAD, Doğu Timor Kararı, (Yargıç Skubiszewski Karşı Görüş), p. 125.

⁶⁰ Martin Dawidowicz, "The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation", James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, editörler, *The Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 677-686, 678-679.

⁶¹ Dawidowicz, "The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation", 679-682.

⁶² International Law Commission, Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) Texts of the draft conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on second reading, Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), A/CN.4/L.967, (2022) conclusion 23 non-exhaustive list.

ğünü doğurmayacağı anlamına gelmediği de bir yandan savunulmaktadır⁶³. Zira tanımama yükümlülüğünün tanıma yoluyla hukukî hale getirilebilir durumlar bakımından uygulanabileceğine değinilmişti. Bu nedenle işkence yasağı, soykırım yasağı gibi emredici normların ihlaliyle -kural olarak- hukuken tanınabilir sonuç doğmadığından bahisle bu ihlallerin sonuçları bakımından tanımama yükümlülüğü uygulamasının örneklenemediği belirtilir⁶⁴. Öte yandan saldırı, kuvvet kullanma, self determinasyon hakkının inkârına ek olarak soykırım yasağına aykırı davranılmasının ve insanlığa karşı suçların da hukuka aykırı bir devletin kurulması veya ülke kazanımıyla sonuçlanabileceğini savunan görüşler de vardır⁶⁵. Dolayısıyla emredici normlar tanımama yükümlülüğünün uygulanmasını mümkün hale getiren sonuçlar doğurup doğurmamaları yönünden bir ayrıma tâbi tutulmuşlardır. Ancak yine bu türden ayrımların tanımama yasağının tüm emredici normları kapsamadığı anlamına gelmediği de ileri sürülmektedir⁶⁶. Fakat kanaatimizce tanımama yükümlülüğünün uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu ortaya koyabilmek için hangi emredici normların ihlalden doğan sonuçlara uygulandığını tespit edebilmek ve dolayısıyla da uluslararası teamül hukuku kuralının maddî unsuru bakımından belirsizliğe yer bırakmamak gerekecektir.

Nitekim tanımama yükümlülüğünün kapsamına saldırı ve hukuka aykırı kuvvet kullanma dışındaki emredici normlar UHK tarafından dahil edilmişse de bunun self determinasyon ve ırk ayrımcılığı-apartheid bakımından oldukça sınırlı bir uygulamasının bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁷. Örneğin, Doğu Timor Davasında Avustralya self determinasyon hakkı bulunan bir halkın ülkesini kontrol eden ve yöneten devletin fiillerine karşı -self determinasyon hakkı kontrol eden devletçe inkâr edilse dahi- otomatik bir tanımama yükümlülüğünün varlığını reddettiğini belirtir⁶⁸. Dolayısıyla tanımama yükümlülüğünün münferiden uygulanmasında kimi uluslararası hukuk kuralları farklı biçimlerde değerlendirebileceği gibi bu türden bir yükümlülüğün tümünden reddi ile de karşılaşılabilmektedir.

İhlalin sonuçlarının neler olabileceği ise Sorumluluk Maddeleri şerhinde açıklanmaya çalışılmış ve örnek olarak halkların self determinasyon hakkının inkârı yoluyla belirli bir ülke üzerinde egemenlik tesis etme girişimi verilmiştir⁶⁹. Şerhe göre ihlalin bulunmaması halinde tanınabilecek bir hususun tanınmasından ihlal

⁶³ Dawidowicz, "The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation", 683-684.

⁶⁴ Dawidowicz, "The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation", 683; Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 107, 120.

⁶⁵ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 116.

⁶⁶ Dawidowicz, "The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation", 683-684.

⁶⁷ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 103.

⁶⁸ UAD, Doğu Timor Kararı, (Oral Proceedings, VR 1995/14, 16.02.1995) 36, p 5.

⁶⁹ ILC, Draft Articles with commentaries, 114, p. 5.

dolayısıyla kaçınılmaktadır⁷⁰. İhlalin sonuçları ihlalcı devletlerin oluşturduklarını, bundan faydalanabileceklerini iddia ettikleri hak, sahiplik ve yetkililik durumları olarak ifade edilir ve tanımama yükümlülüğünün amacı da aksi halde pekiştirilme ihtimali bulunan bu tür iddiaların reddi ve bunların tekrarlanma ihtimalini, sıklığını ve ciddiyetini en aza indirmektir⁷¹. Zira tanımama yükümlülüğüne uyulmaması halinde uluslararası hukukun temel nitelikli normlarını ihlal ederek oluşturulan durum bir *fait accompli* haline gelebilecektir⁷². Duvar kararında Divan'ın duvar inşasını bir olgu olarak değil *de facto* bir iddia olarak kabul etmek suretiyle karar verdiği⁷³ ve dolayısıyla sonucuyla bir iddia doğurmayan ihlaller konusundaki belirsizliğe katkı sağladığı düşünülebilir. Ancak aynı paragrafta Divan duvar inşasının bir *fait accompli* oluşturabileceğine ve dolayısıyla fark edildiği zaman karşı çıkılmayacak bir biçimde sonuçlanabilmesine dikkat çeker. Bu nedenle tanımama ancak hukukî bir iddia olarak ileri sürülebilen ve *erga omnes* etki doğurabilen olgusal durumlarda gerçek bir içeriğe sahip kabul edilmektedir⁷⁴. Tanımama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı değerlendirilirken özellikle dikkat edilmesi gereken ve yükümlülüğün varlığı yönünden belirleyici olan ihlal edilen normun niteliğinin yanında ihlal sonucunda ortaya çıkan olgusal durumun niteliğidir.

B. TANIMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Tanımama yükümlülüğünün içeriği, bu yola başvuran devletlerin yapması veya yapmaması gerekenler konusundaki belirsizlik diğer yönlerine ilişkin tartışmalara nazaran daha fazla uygulamaya bağlı olagelmıştır. UHK Sorumluluk Maddelerinde yer alan düzenleme, yükümlülüğe uymak için devletlerin nasıl bir davranışı benimsemeleri gerektiği konusunda sessizdir, sadece ihlal sonucunda ortaya çıkan durumun resmî olarak tanınmasının değil bu anlama gelebilecek diğer davranışların da yasaklandığı belirtilmiştir⁷⁵. Buna göre öncelikle emredici niteliğe sahip bir normun ihlali ile yaratılan durumun resmî olarak tanınmasının yasaklandığı anlaşılmalı beraber tanımamanın bildirilmesine ilişkin bir yükümlülükten söz edilmemektedir. Ancak tanıma anlamına gelebilecek diğer davranışlar konusunda uygulamadan faydalanılabileceği gibi ihlalin sonucunda yeni bir devlet olma iddiası söz konusu ise zımnî tanımaya ilişkin hususlar⁷⁶ da göz

⁷⁰ ILC, Draft Articles with commentaries, 115, p. 8.

⁷¹ Valentina Azarova, "The secret life of non-recognition: EU-Israel relations and the obligation of non-recognition in international law", *Global Affairs* 4, S. 1, (2018): 23-37, 3-4.

⁷² UAD, Duvar Kararı, p. 121.

⁷³ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 104-105; UAD, Duvar Kararı, p. 121.

⁷⁴ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 125.

⁷⁵ ILC, Draft Articles with commentaries, 114, p. 5.

⁷⁶ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 328-330.

önünde bulundurulabilecektir. Elbette tanımama yükümlülüğünün sadece yeni bir devlet iddiasının ileri sürüldüğü hallere özgü olmadığına dikkat edilmelidir.

BM GenK ve GüvK tarafından alınan tanımamaya ilişkin kimi kararlarda genel nitelikli “tanımama çağrısı” gibi ifadelerin kullanıldığı⁷⁷ ancak bazı hallerde kaçınılması gereken davranışların sayıldığı veya örneklendiği görülmektedir⁷⁸. Diplomatik ve konsolosluk ilişkilerinin kesilmesi/kurulmaması, pasaportların veya benzer seyahat belgelerinin kabul edilmemesi, rejim tarafından gerçekleştirilen kamusal veya resmî işlemlerin reddi gibi özelleştirilmiş yükümlülükler⁷⁹ yoluyla tanımamanın ne tür bir içeriğe sahip olabileceği de örneklenmiş olmaktadır.

Divan Namibya kararında kaçınılması gereken davranışları saymaktadır: Namibya adına veya Namibya’yı ilgilendiren konularda ihlalcı devletle uluslararası anlaşmalar yapma, Güney Afrika’ya Namibya ülkesindeki yetkilerini de kapsayan diplomatik veya özel misyonlar gönderme, Güney Afrika’nın Namibya üzerindeki etkisini güçlendirecek ekonomik veya diğer türden ilişkiler kurma vs.⁸⁰. Bunlar hukuka aykırı rejimi uluslararası toplumdan izole etmeye yönelmiş çeşitli kaçınma davranışları olarak adlandırılabilir⁸¹. Burada Divan’ın saydığı tanımama yükümlülüğü kapsamında kaçınılması gereken davranışlar gerçekte Güney Afrika’nın Namibya ülkesindeki egemenliğini dolaylı olarak icra ettiği veya bu ülkede egemenlikten kaynaklanan yetkiler, ülkesel yetkiler kullanmasını gerektiren davranışlardır. Dolayısıyla kaçınılması gereken davranışların ülkesel yetkiler ile yakından ilgili olması, tanımama yükümlülüğünün uygulanabilirliği bakımından bir gereklilik olan “ihlal sonucunda ortaya çıkan durumu hukukîleştirebilir olma”ya uygundur. Divan’ın bu tutumunu, tanımama yükümlülüğü bakımından Namibya kararı ile kıyaslanan Duvar kararında terk ederek BM’nin politik iki organına bıraktığı ve bunun da tanımamanın içeriğinde belirsizliğe sebep olduğu ileri sürülmektedir⁸².

İhlalin sonucuna göre tanımama yükümlülüğünün kapsamı değişecektir. İhlal sonucunda bir devlet kuruldu ise söz konusu hukuka aykırı birimin devlet olma iddiasının reddedilmesi için devlet olmasına bağlı haklarının da reddedilmesi gerekecektir⁸³. Yahut bir ülkenin zorla ele geçirilmesi, işgali söz konusu ise

⁷⁷ Örneğin UN Security Council, Resolution No: 550, The Situation in Cyprus, 11.05.1984.

⁷⁸ Dawidowicz, “The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation”, 684.

⁷⁹ Dawidowicz, “The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation”, 684.; Örneğin UN Security Council, Resolution No: 478, On the status of Jerusalem, 20.08.1980; UN General Assembly, A/ES-10/L.22, Status of Jerusalem, 19.12.2017.

⁸⁰ UAD, Namibya Kararı, p. 122-124.

⁸¹ Juan Francisco Escudero Espinoza, “The Principle of Non-Recognition of States Arising from Serious Breaches of Peremptory Norms of International Law”, *Chinese Journal of International Law* 21, S. 1, (2022): 79-114, 103.

⁸² UAD, Duvar Kararı, p. 160; Dawidowicz, “The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation”, 685.

⁸³ Talmon, “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?”, 118.

bu durumda da Namibya kararında Divan tarafından örneklendiği üzere ihlalci devlet ile söz konusu ülkeye ilişkin veya söz konusu ülke adına gerçekleştirilen ilişkilerin kurulmaması gerekecektir⁸⁴. Bu durumda ihlalci devlet ile ilhak veya işgal ettiği ülkeyle bağlantılı konulardaki ilişkilerden kaçınma tanımama yükümlülüğünün kapsamındadır.

Öte yandan Divan, Namibya kararında yer alan tanımama yükümlülüğü kapsamında kaçınılması gerekenlerin, insancıl mülahazalar göz önünde bulundurularak uygulanması gerektiğini de belirtir⁸⁵. Bu yolla ihlalci devletin davranışları dolayısıyla söz konusu ülke üzerindeki halkın, örneğin uluslararası andlaşmalar yoluyla kendilerine tanınan haklarından veya ihlalci devlet otoritelerine tescil ettirdikleri doğum, ölüm, evlilik gibi statülerinden mahrum bırakılmaması, bu hak veya statülerin teslim edilmesi hedeflenmektedir.

C. TANIMAMA KARARININ DEVLETLERCE MÜNFERİDEN ALINMASI

Tanımama yükümlülüğüne teamül hukukunun bir parçası olarak devletlerin uluslararası hukukun belirli normlarının ihlali durumunda başvurabileceklerine değinmiştik. Bu nedenle devletlerin tanımama yükümlülüklerine uygun davranması için bir BM organının veya uluslararası örgütün bağlayıcı bir kararına gerek olmayacağı belirtilir⁸⁶. Keza yükümlülüğü düzenleyen Sorumluluk Maddeleri ve şerhinde de yükümlülüğün uygulanması için bir merci kararının varlığı aranmamıştır. Zira kanaatimizce de bu türden bağlayıcı bir kararın bulunduğu hallerde devletlerin bu bağlayıcı karara mı uydukları yoksa uluslararası hukuktan kaynaklanan tanımama yükümlülüklerine uygun mu davrandıkları birbirine karışabilecektir.

Tanımama yükümlülüğüne devletlerce münferiden uygun davranılırken öncelikle bir devletin uluslararası hukukun emredici normlarından -veya uluslararası teamül hukukuna göre belirli emredici normlarından- kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bu ihlalin sonucunda hukuken tanınabilir bir durum olduğu tespit edilmelidir. Sonrasında Sorumluluk Maddelerine göre bu yükümlülüğün ağır bir biçimde ihlal edilip edilmediği belirlenerek ihlal ile ortaya çıkan hukuken tanınabilir durum arasında bir neden sonuç ilişkisi kurulmalıdır. Tüm bu tespitlerin bir BM organı tarafından yapıldığı hallerde mevcut durumun hukukî kesinliğinin nispeten tartışmasız olacağı aşikârdır⁸⁷. Dolayısıyla BM organı tarafından bağlayıcı olmayan yollarla ihlale ilişkin tespitler yapılması tanımamayı kolektif hale getirerek etkililiğini kuvvetlendirir, tanımama yükümlülüğünü ya-

⁸⁴ "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", s. 119.

⁸⁵ UAD, Namibya Kararı, p. 122, 125.

⁸⁶ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 113.

⁸⁷ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 113.

ratmaz ancak bu yükümlülüğe uygun davranan devletleri koordine eder⁸⁸. Benzer hususları devletlerin önemli çoğunluğunun üyesi olduğu diğer uluslararası örgütler için de belirtmek mümkündür.

Tanımama yükümlülüğünün uygulamadan da anlaşılacağı üzere devletler tarafından münferiden uygulanamayacak, kendiliğinden uygulanabilir (*self-executing*) bir yükümlülük olmadığını ileri süren görüşler bulunur⁸⁹. Bu görüşlere göre tanımamanın kendiliğinden uygulanabilir olduğunu savunan yazarlar bunu daha çok bir hukukî politika olarak böyle kabul etmektedirler⁹⁰. Dolayısıyla bu tür görüşler söz konusu olay çerçevesindeki verilerin değerlendirilmesi yönünden objektif bir merciin varlığını yükümlülüğün söz konusu olması için gerekli görmektedir. Aksi halde üçüncü devletlerin tanımama yönündeki davranışları yükümlülük olarak değil politik bir tercih biçiminde anlaşılmaktadır. Her ne kadar objektif bir merci tarafından yapılan değerlendirme tanımama yükümlülüğüne uygun davranan devletler için bir dayanak oluşturabilirse de her ihlalde bu tür bir kararın alınmayacağını, alınmasının gecikebileceğini uygulamadan örneklerde görmek mümkündür.

Lauterpacht ve Kelsen tanımamanın gerçekleştirilmesinde devletlerin, uluslararası alanda bu işlemi gerçekleştirecek bir organ bulunmadığından, uluslararası hukukun bir organı olarak hareket ettiklerinden söz ederler⁹¹. Söz konusu yazarların tanımaya ilişkin görüşleri genel kabul görmemişse de salt bu değerlendirmeleri tanımama yükümlülüğü bakımından da yapılabilecek, devletlerin uluslararası hukuk ihlallerine karşı tanımama görevlerinin bulunduğu kabul edilebilecektir.

IV. GÜNCEL GELİŞMELERDE TANIMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tanımama yükümlülüğünü uluslararası toplumun gündemine getiren güncel gelişmelere Rusya ve İsrail tarafından yürütülen politikalar sonucunda gerçekleştirilen ihlallerden örnekler verebiliriz. Bu noktada belirtmeli ki güncel örnekler uluslararası hukuka çeşitli aykırılıkları ve bunlara verilmiş çeşitli kurumsal, münferit yahut müşterek tepkileri içerebilmektedir. Ancak çalışmamız kapsamında özel olarak tanımama yükümlülüğü çerçevesinde bir değerlendirilme hedeflendiğinden bunun dışında kalan tepkiler çalışmaya dahil edilmemiştir.

İsrail'in Filistin topraklarındaki faaliyetleri 1967 sonrasında uluslararası toplum tarafından açıkça işgal olarak kabul edilmiş ve bu bölgeler sonrasında işgal

⁸⁸ Talmon, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?", 113.

⁸⁹ Pert, "The Duty of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties", 22. Bu yönde UAD, Duvar Kararı, (Yargıç Higgins Karşı Görüş), p. 38. Aksi yönde UAD, Doğu Timor Kararı, (Yargıç Skubiszewski Karşı Görüş), p. 125.

⁹⁰ Pert, "The Duty of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties", 22.

⁹¹ Hersch Lauterpacht, "Recognition of States in International Law", *The Yale Law Journal* 53, S. 3 (1944): 385-458, 385; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Robert W. Tucker, editör (New York: Holt, Rinehart, and Winston Inc., 1966), 388.

edilmiş Filistin toprakları olarak adlandırılmıştır⁹². Bu konuda BM'nin bağlayıcı olan veya olmayan birçok kararıyla işgal edilen toprakların statüsünün tanınmadığı, bu toprakların işgalinin herhangi bir hukukî geçerliğinin bulunmadığı belirtilmiştir⁹³. Ancak üçüncü devletler bakımından her zaman BM tarafından yapılan tepite uygun davranıldığını söylemek zordur.

Nitekim ABD 2017 yılında bir Başkanlık tasarrufuyla İsrail'in başkenti olarak Kudüs'ü tanımış ve büyükelçiliğini Kudüs'e taşımaya karar vermiştir⁹⁴. GüvK'ne taşınan husus ABD tarafından veto edilmiş ve GenK tarafından yapılan oturumda Kudüs için önceden tesis edilmiş olan statünün korunması, buna ilişkin değişikliklerin hukukî etkiden yoksun olacakları ve üçüncü devletlerin bunları tanımaması gerektiği kabul edilmiştir⁹⁵.

Tanınamama yükümlülüğünü gündeme getiren yakın tarihli bir diğer gelişme Kırım'ın Rusya tarafından ilhakıdır. Söz konusu olay ile 24 Şubat 2022'de Rusya'nın Ukrayna topraklarına saldırısı arasında belirli bir süre bulunsa da bunların saikleri arasındaki benzerlik gibi nedenlerle bir bütün oldukları kabul görmektedir⁹⁶. Ukrayna iç siyasetinde 2013'te belirginleşen krizin kolaylaştırmasıyla 2014 yılında Rusya Kırım'ın kontrolünü silahlı kuvvet yoluyla sağlamış, bu şartlarda yapılan referandumda Kırım Özerk Cumhuriyeti'nin Rusya'ya katılması kararının çıktığı belirtilmiştir⁹⁷. Bunun ardından Kırım'ın ve Sivastopol şehrinin özerk birimler olarak Rusya tarafından kabulü Kırım makamlarınca talep edilmiş ve Rusya'nın aldığı bir kararla da ilhak tamamlanmıştır⁹⁸. Bunun üzerine GüvK tarafından hazırlanan, Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü teyit eden ve bunda yaşanan değişikliklerin tanınmaması yönünde çağrı yapan taslak karar Rusya tarafından veto edilmiştir⁹⁹. Sonrasında ise GüvK taslak kararıyla neredeyse aynı ifadeleri içeren GenK kararı kabul edilmiştir¹⁰⁰.

⁹² UN Security Council, Resolution No: 476 (30.06.1980) p. 1.; UN General Assembly, A/RES/ES-10/20, 13.06.2018.

⁹³ Örneğin UN Security Council, Resolution No: 478, 20.08.1980; UN Security Council, Resolution No: 2334, 23.12.2016; UN General Assembly, A/RES/76/12, 06.12.2021.

⁹⁴ "Recognizing Jerusalem as the Capital of the State of Israel and Relocating the United States Embassy to Israel to Jerusalem", US Presidential Documents, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://web.archive.org/web/20171213142840/https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2017-12-11/pdf/2017-26832.pdf#page=1>.

⁹⁵ UN General Assembly, A/RES/ES-10/19, 21.12.2017.

⁹⁶ Marco Roscini, "Russia Has Not Breached the Jus Contra Bellum in 2022, It Did in 2014", *Völkerrechtsblog* (07.03.2022), Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://voelkerrechtsblog.org/russia-has-not-breached-the-jus-contra-bellum-in-2022-it-did-in-2014/>.

⁹⁷ Roscini, "Russia Has Not Breached the Jus Contra Bellum in 2022, It Did in 2014".

⁹⁸ Milano, "The non-recognition of Russia's Annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question", 37-39.

⁹⁹ UN Security Council Resolution Draft No: S/2014/189, 15.03.2014.

¹⁰⁰ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -I-*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 239.; UN General Assembly, A/RES/68/262, 27.03.2014.

Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik tutumu 2014'ten bugüne esaslı bir değişiklik göstermemiş, 24 Şubat 2022 günü başlayan askerî operasyonla da uluslararası bir silahlı çatışma halini almıştır. Bu tarihten sonra uluslararası toplum kolektif bir tutum sergilemek için adımlar atmışsa da daha önceki örneklerde olduğu gibi uyumsuzluk taraflarının GüvK'nin daimi üyelerinden olması tepkilerin tonunu düşüren bir etkiye sebep olmaktadır.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki Rusya'nın Ukrayna'ya askerî müdahalesi, BM sistemi içerisinde bir istisnaya dayandırılmadığı müddetçe kuvvet kullanma yasağına aykırıdır ve kuvvet kullanma yasağı BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinde de yer alan bir emredici normdur¹⁰¹. Dolayısıyla Rusya'nın müdahalesini dayandırdığı hususların bu yasağın bir istisnasını oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir. Öte yandan Rusya'nın askerî müdahalesini başlattığı gün Rusya Devlet Başkanı tarafından yapılan açıklamada askerî müdahaleye sebep olan etmenler olarak soykırım iddiası ileri sürülmüş ve self determinasyon hakkına değinilmiştir. Bu açıklamaya göre söz konusu askerî müdahale 8 yıldan beridir Kiev rejimi tarafından aşığılama ve soykırımı tâbi tutulan ve umudunu Rusya'ya bağlayan halkın korunmasını hedeflemektedir¹⁰². Bunun yanında Ukrayna'da yaşayan halkların, tıpkı Kırım ve Sivastopol'da olduğu gibi, serbestçe kendi geleceklerini tayin konusunda karar verebilmeleri gerektiği de ifade edilmiştir¹⁰³.

Görülmektedir ki tanımama yükümlülüğünün uygulanabileceği Rusya-Ukrayna silahlı çatışmasında üç farklı emredici norm ele alınabilecektir. Ancak bunlardan Rusya tarafından ileri sürülen soykırım iddiasını destekleyecek kanıtların ileri sürülebilmesi yanında, Devlet Başkanı tarafından yapılan sonraki tarihli açıklamalarda soykırım iddialarının terk edildiği görülmektedir¹⁰⁴. Hatta Ukrayna'nın Rusya'nın soykırım iddialarına karşı 1948 Soykırım Sözleşmesi md 9 kapsamında UAD'ye başvurması ve Divan'ın soykırım yapılmadığını tespit etmesini istemesiyle¹⁰⁵ 24 Şubattan beri yürüttüğü askerî harekâtlarla Rusya'nın

¹⁰¹ International Law Commission, Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur (2022): 66, dn 460.: UHK raporunda saldırı yasağı olarak geçmekle beraber kimi devletler tarafından bunun "BM Andlaşması'nın kuvvet kullanmanın yasaklanmasıyla ilgili hükmü" olarak değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁰² Address by the President of the Russian Federation, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.

¹⁰³ Address by the President of the Russian Federation, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.

¹⁰⁴ Örneğin Russian President Vladimir Putin's Victory Day Speech (09.05.2022), Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-05-09/full-transcript-here-russian-president-vladimir-putin-s-victory-day-speech>.

¹⁰⁵ Söz konusu başvurunun Divan'ın yetkisinde olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır. UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Altında Soykırım İddiaları, (Ukrayna v. Rusya), İhtiyatî Tedbir Kararı 16.03.2022, (Yargıç Bennouna Bildirisi); Sebastian Wuschka, Elisabeth Hoffberger-Pippan, "Of Legal Creativity and Plausibility of Rights: The ICJ's Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia", *Völkerrechtsblog* (04.04.2022), Erişim Tarihi: Haziran 28, 2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-icjs-order-on-provisional-measures-in-ukraine-v-russia/>.

uluslararası insancıl hukuk ihlali iddiaları birlikte düşünüldüğünde uluslararası suçlara ilişkin tersine iddiaların dahi değerlendirilebilir olduğunu söylemek mümkündür. Rusya Devlet Başkanı'nın 9 Mayıs Zafer Günü açıklamasında askerî müdahalenin başlangıcında ileri sürülen halkların self determinasyon hakkına da yer verilmemiştir. Ancak bu noktada esasen Rusya'nın UAD'nin yetkisine itirazında Ukrayna'ya "özel askerî operasyonunun" gerekçesi olarak ileri sürdüğü "bağımsız devletler olarak tanıdığı Lugansk ve Donetsk'in talebi" üzerine BM Andlaşmasınının 51. maddesine dayanıldığını belirtmek gerekir¹⁰⁶.

Lugansk ve Donetsk 2014 yılındaki silahlı çatışmaların sonrasında Ukrayna'dan bağımsızlıklarını ilan etmiş, uluslararası toplumun önemli çoğunluğu tarafından tanınmamalarına ve Ukrayna ülkesinin bir parçası kabul edilmelerine rağmen Rusya tarafından 21 Şubat 2022'de bağımsız devletler olarak tanınmışlardır¹⁰⁷. Rusya'nın Ukrayna'ya bağlı bu iki federatif birimi bağımsız devletler olarak tanınması uluslararası hukukun tanımaya ilişkin kurallarını ihlal eder görünmektedir. Zira tanıma, ağırlıklı görüşe göre bildirici bir işlem olarak tanınan birimin taşıdığı objektif koşulların tanıma işlemi yapan devlet tarafından kabul edilmesini içerir. Ancak bugün uluslararası alanda ülkesel bütünlük, kuvvet kullanma yasağı gibi kuralların varlığı ve sahipsiz ülkelerin bulunmaması dolayısıyla devlet iddiasında bulunan birimin salt objektif koşullarla değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır ve bu da devlet olmanın ek unsurlarının bulunup bulunmadığı tartışmasına yol açabilir¹⁰⁸. Bu konuda ülkesel bütünlük iddiasının önceden bağlı bulunulan devlet tarafından terk edilmesi, önceden bağlı bulunulan devletin ortadan kalkması ve çok taraflı uluslararası müdahale ile yeni birimin kurulması hallerinde tanımanın gerçekleşebileceği yaklaşımı¹⁰⁹ kanaatimizce isabetlidir. Bunlar devlet olmanın ek unsurları olarak değilse de uluslararası hukuka uygun olarak tanımanın gerçekleştirilmesinde yol gösterici yaklaşımlar olarak değerlendirilebileceklerdir. Bu yaklaşım da tanımama yükümlülüğüyle koruma altına alınan ülkesel *status quo*ya korumaya yönelmektedir.

Ukrayna tarafından Rusya'nın Ukrayna'ya karşı BM Andlaşması'nı ihlal ederek kuvvet kullanmasına bir emredici norm ihlali olarak dayanılabilecektir.

¹⁰⁶ UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Altında Soykırım İddiaları, (Ukrayna v. Rusya) Rusya Federasyonu'nun Divan'ın ilgili davadaki "yetkisizlik" iddiasına karşı pozisyonunu gösteren belge, 07.03.2022, p. 15-16.

¹⁰⁷ Rowan Nicholson, "How Russia's recognition of breakaway parts of Ukraine breached international law - and set the stage for invasion", (22.02.2022), Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <https://theconversation.com/how-russias-recognition-of-breakaway-parts-of-ukraine-breached-international-law-and-set-the-stage-for-invasion-177623>.

¹⁰⁸ Cedric Ryngaert, Sven Sobrie, "Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia", *Leiden Journal of International Law* 24, S. 2 (2011): 467-490, 478, dn 66.; Gülsüm Kaya, *Uluslararası Hukukta Kişilik*, (İstanbul: Onikilevha, 2020) 128-131.

¹⁰⁹ Jure Vidmar, "Territorial Integrity and the Law of Statehood", *The George Washington International Law Review* 44, S. 4 (2012): 697-747, 729, 710-741.

Yukarıda da değinildiği üzere tanımama yükümlülüğünün iki şartından ilki uluslararası hukukun emredici normlarının birinin ihlal edilmesidir. Rusya'nın bugüne değin kuvvet kullanma yasağının hukuken kabul edilebilir bir istisnasına dayanmadığı düşünüldüğünde bu tür bir ihlal söz konusudur. İkinci şart ise ihlal eyleminin sonucuna dayanan bir hak, sahiplik veya yetkililik durumunun varlığıdır. Çok daha öncesinde bağımsız devletler olduğunu iddia eden birimler Rusya tarafından Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanılmasının hemen öncesinde tanınmış, bu da Rusya'nın kuvvet kullanarak bölgenin ülkesel durumunda değişiklik oluşturmak istediğini ortaya koymuştur. Lugansk ve Donetsk'in Ukrayna'ya bağlı birimler olması uluslararası alanda kabul görmeye devam ederken Rusya bu birimleri bağımsız devletler olarak tanımak suretiyle bunlar üzerinde Ukrayna'nın egemenliğini reddetmektedir¹¹⁰. Eğer tanımama yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmeyi UHK Devletin Sorumluluğuna ilişkin Maddeler çerçevesinde yapıyorsak ihlalin bir de ağır nitelikte olması gerekir. İhlal 40. maddeye göre "sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması hâlinde" ağır olacaktır. Rusya'nın davranışının ağır ihlal teşkil ettiği ise hem Rusya-Ukrayna meselesinin zamana yaygın gelişiminden hem de Rusya tarafından yapılan üst düzey açıklamalardan anlaşılabilir.

Önceki paragrafta yaptığımız değerlendirmeye göre Rusya tarafından yaratılan durum üçüncü devletlerce, uluslararası teamül hukuku kapsamında tanımama yükümlülüğünün sonucu olarak tanınmamalıdır. UHK Sorumluluk Maddeleri de bu yönüyle uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturur. Peki bu durumda üçüncü devletlerin ne tür davranışlarda bulunması gerekecektir? Bu hususta öncelikle belirtmek gerekli ki daha önce değinildiği üzere devletler münferiden bir değerlendirmede bulunabilirler, mutlaka bir uluslararası örgüt kararı doğrultusunda tanımama yükümlülüğünün uygulanması gerekmez. Ancak elbette bağlayıcı olan yahut olmayan bir uluslararası örgüt kararının varlığı yükümlülüğü ortaya çıkaran unsurların tespitini objektifleştirecektir. Devletlerin tespitinin sonrasında benimsemesi gereken tutumlar Namibya kararından itibaren uygulamada ve yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştı. Bunlar özü itibarıyla söz konusu ülkesel iddiayı pekiştirebilecek davranışlardan kaçınmayı içerir. UHK tanımama yükümlülüğü ile birlikte md 41/2'de ihlal ile tesis edilen duruma yardım etmeme veya destek vermemeyi düzenlemiş ve şerh de tanıma anlamına gelebilecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini belirtmişti. Dolayısıyla ihlalle yaratılan durumu açıkça yahut zımnen tanıyan, bu durumun korunmasına yardım eden veya destek veren davranışlar md 41/2 kapsamına dahil edilmiştir. Örneğin ihlal sonucunda devlet olarak kurulduğunu iddia eden birimin verdiği pasaportların kabulü, bu birim ile temsilcilik ilişkileri kurmak, devam eden bir işgal söz konusu ise işgalci devlet ile

¹¹⁰ Bunlara Herson ve Zaporijya bölgeleri de eklenmiştir. "Ukrayna savaşı: İşgal altındaki dört bölge Rusya'ya katılmak için referandum düzenleyecek", Erişim Tarihi: Ekim 3, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cg318q3wrwvo>.

söz konusu ülkeyi ilgilendiren uluslararası andlaşmalar yapmak vb. davranışlar bu çerçevede yer alabilecektir. Rusya'nın Güney Ukrayna'daki kimi bölgelerde Rus vatandaşlığı ve Rus pasaportu alımını kolaylaştıran ve hızlandıran kararlar aldığı¹¹¹ ve bağımsız olduklarını ileri süren Lugansk ve Donetsk'in de vatandaşlık ve pasaport düzenlemeleri yaptığı değerlendirildiğinde üçüncü devletlerin bu pasaportları tanımaması gerektiği bu kapsamda düşünülebilir. Yine üçüncü devletler Lugansk ve Donetsk'le Ukrayna'dan bağımsız temsil ilişkisi kurmamalıdır. Ticarî ilişkiler açısından ise bir ayırım yapılmakta ve işgal altındaki ülkede esasen işgalci gücün faydasına olan ticarî ilişkilerin kurulmasının tanımama yükümlülüğünü ihlal ettiği belirtilmektedir¹¹². Esasen bu ayırımla politik kargaşa yahut belirsizliğin söz konusu bölgenin ticarî-ekonomik ve dolayısıyla toplumsal yaşantısına etkisi azaltılabilecek, öte yandan da saldırgan devletlerin ticarî-ekonomik amaçlarla ülkesel bütünlüğü hedef alan davranışlarından faydalanmasının önüne geçilebilecektir. Almanya'nın Nord Stream 2 doğalgaz boru hattına ilişkin onayını askıya alması güncel uluslararası ticarî ilişkiler bakımından tanımama uygulamasına örnek olarak gösterilmekte, Almanya'nın bu yolla Rusya'nın süregelen ilhakını tanımama yükümlülüğüne uygun davrandığı gibi beklenen ekonomik faydalar dolayısıyla ilhakın devam ettirilmesine yardım etmeme ve destek vermeme gereklerini de yerine getirdiği ifade edilmektedir¹¹³. Kanaatimizce ancak ilhak veya işgal edilen bölgelerde ihlalcı devletçe gasp edilen ülkesel yetkilerin kullanılmasyla gerçekleştirilen ticarî ilişkiler tanımama yükümlülüğü kapsamında olabilecektir. Bu konuda uygulamada devletlerin kısa süreli ekonomik ve politik nedenlerle işgal edilen ülkedeki yerleşimlerle ticarî ilişkiler kurmamaya ilişkin tanımama ve yardım etmeme yükümlülüklerini yerine getirmeye yanaşmadıkları yahut da bu tür yükümlülüklerini gözetmedikleri belirtilmelidir¹¹⁴. Son olarak da işgal veya ilhak edilen ülke halkının korunması amacıyla tanımama yükümlülüğünün uygulamasında insancıl mülahazalara ilişkin olarak kabul edilen istisnayı göz ardı etmemek gerekir. Buna göre tanımama yükümlülüğüne uyulması söz konusu ülke halkının zararına olmamalı, onu uluslararası işbirliğinden ve kimi haklarından kaynaklanan avantajlardan mahrum etmemelidir¹¹⁵.

¹¹¹ "Rusya Ukrayna'da Kontrolüne Geçirdiği Bölgelerde Rus Vatandaşlığı Dağıtıyor", Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/rusya-ukraynada-kontrolune-gecirdigi-bolgelerde-rus-vatandasligi-dagitiyor/2643362>.

¹¹² Tom Moerenhout, "The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and their Economic Activity in Occupied Territories", *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 3, S. 2 (2012): 344-385, 357-360.; AB-İsrail ticarî ilişkilerinin işgal edilmiş Filistin toprakları yönünden değerlendirilmesi için bkz Azarova, "The secret life of non-recognition: EU-Israel relations and the obligation of non-recognition in international law", 7-9.

¹¹³ Diane Desierto, "Non-Recognition", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law* (22. 02.2022), Erişim Tarihi, Haziran 26, 2022, <https://www.ejiltalk.org/non-recognition/>.

¹¹⁴ Moerenhout, "The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and their Economic Activity in Occupied Territories", 361.

¹¹⁵ UAD, Namibya Kararı, p. 125.

SONUÇ

Tanımama yükümlülüğünün kaynağını, hangi hallerde uygulanabileceğini ve içeriğini değerlendirmeye gayret ettiğimiz bu çalışmaya tanıma ile tanımama arasındaki ilişki ile başladık. Bu iki kavram arasındaki bağlantıya hem tanımamanın uluslararası teamül hukukundaki görünümünü hem de güncel tanıma ve tanımama uygulamaları yönlerinden değindik. UHK tarafından Sorumluluk Maddelerinde geliştirilen tanımama yükümlülüğü, uluslararası teamül hukukundan belli ölçüde farklılıklar içerse de kanaatimizce uygulamada bu iki sistem arasında önemli bir ayrım bulunmayabilecektir. Zira yükümlülüğün ortaya çıkmasında ihlalin sonucunda doğan teorik manada hak, sahiplik veya yetkililik tesis eden durum belirleyici olmaktadır. Tanımama yükümlülüğünün uygulanmasına ilişkin kapsam tartışmalarını da bu minvalde değerlendirmek ve dolayısıyla uluslararası hukuk ihlallerine uluslararası toplum tarafından verilen tepkiler arasında bir ayrıma gitmek gerekir.

Her ne kadar tanımama yükümlülüğü içeriği, uygulanması yönlerinden çok az belirlilik sağlıyor ise de uluslararası toplumun temel kurallarına uyulmasında gerçekte üçüncü devletleri etkili bir pozisyona getirmektedir. Rusya'nın Ukrayna'ya müdahalesi ve Ukrayna toprak bütünlüğünü inkâr eden işlem ve eylemleri Ukrayna'nın ülkesel yetkilerine müdahale ve Ukrayna ülkesinde başka birimler lehine yetki tesis etmesi yönünden tanımama yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Üçüncü devletler uluslararası hukukun ve dolayısıyla uluslararası toplumun işleyişinin korunması bakımından tanımama yükümlülüğüyle görevlendirilmiş sayılabileceklerdir.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -I-*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Anderson, Chandler P. “The Central American Policy of Non-Recognition”. *The American Journal of International Law*, 19, S. 1 (1925): 164-166.
- Arcari, Maurizio. “The relocation of the US embassy to Jerusalem and the obligation of non-recognition in international law”. *Questions of International Law-Zoom in*, 50 (2018 Mayıs): 1-13.
- Azarova, Valentina. “The secret life of non-recognition: EU-Israel relations and the obligation of non-recognition in international law”. *Global Affairs*, 4, S. 1, (2018): 23-37.
- Başkaracaoğlu, Elif. *Uluslararası Hukukta Jus Cogens (Emredici Kurallar)*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Caron, David D. “The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority”. *The American Journal of International Law*, 96, S. 4 (2002): 857-873.
- Dawidowicz, Martin. “The Obligation of Non-recognition of an Unlawful Situation”. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, editörler. *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010), 677-686.
- Desierto, Diane. “Non-Recognition”. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 22. 02.2022), Erişim Tarihi, Haziran 26, 2022, <https://www.ejiltalk.org/non-recognition/>.
- Dugard, John and Raič David. “The Role of Recognition in the law and practice of secession”. Marcelo G. Kohen, editör. *Secession: International Law Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2006, 94-137.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Escudero Espinoza, Juan Francisco. “The Principle of Non-Recognition of States Arising from Serious Breaches of Peremptory Norms of International Law”. *Chinese Journal of International Law*, 21, S. 1, (2022): 79-114.
- Friedmann, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. Londra: Stevens&Sons, 1964.
- Kaya, Gülsüm. *Uluslararası Hukukta Kişilik*. İstanbul: Onikilevha, 2020.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. Robert W. Tucker, editör (New York: Holt, Rinehart, and Winston Inc., 1966.
- Lagerwall, Anne. “The non-recognition of Jerusalem as Israel’s Capital: A condition for international law to remain relevant”. *Questions of International Law-Zoom in*, 50 (2018 Temmuz): 33-46.
- Lauterpacht, Hersch. “Recognition of States in International Law”. *The Yale Law Journal*, 53, S. 3 (1944): 385-458.
- Milano, Enrico. “The non-recognition of Russia’s Annexation of Crimea: three different legal approaches and one unanswered question”. *Questions of International Law-Zoom Out*, 1 (2014 Mayıs): 35-55.

- Moerenhout, Tom. “The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and their Economic Activity in Occupied Territories”. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 3, S. 2 (2012): 344-385.
- Nicholson, Rowan. “How Russia’s recognition of breakaway parts of Ukraine breached international law - and set the stage for invasion”. (22.02.2022), Erişim Tarihi: Ağustos 24, 2022, <https://theconversation.com/how-russias-recognition-of-breakaway-parts-of-ukraine-breached-international-law-and-set-the-stage-for-invasion-177623>.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Pert, Allison. “The Duty of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties”. *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, S. 13/96 (Aralık 2013).
- Pirim, Ceren Zeynep. “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 32, S. 2 (2012): 147-182.
- Roscini, Marco. “Russia Has Not Breached the Jus Contra Bellum in 2022, It Did in 2014”. *Völkerrechtsblog*. (07.03.2022), Erişim Tarihi: Haziran 25, 2022, <https://voelkerrechtsblog.org/russia-has-not-breached-the-jus-contra-bellum-in-2022-it-did-in-2014/>.
- Ryngaert, Cedric and Sobrie, Sven. “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia”. *Leiden Journal of International Law*, 24, S. 2 (2011): 467-490.
- Saltzman, Adam. “Developing the Principle of Non-recognition”. *Ohio Northern University Law Review*, 43, S. 1 (2017): 1-38.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*. İbrahim Kaya, editör. Ankara: TÜBA, 2018.
- Shelton, Dinah. “Righting Wrongs: Reparations in the Articleson State Responsibility”. *The American Journal of International Law*, 96, S. 4 (2002): 833-856.
- Talmon, Stefan. “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?”. Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin, editörler. *The Fundamental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 99-126.
- Ünyılmaz, Habip. *Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Vidmar, Jure. “Territorial Integrity and the Law of Statehood”. *The George Washington International Law Review* 44, S. 4 (2012): 697-747.
- Wuschka, Sebastian, Hoffberger-Pippan, Elisabeth. “Of Legal Creativity and Plausibility of Rights: The ICJ’s Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia”. *Völkerrechtsblog*. (04.04.2022), Erişim Tarihi: Haziran 28, 2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-icjs-order-on-provisional-measures-in-ukraine-v-russia/>.

Yargı Kararları

UAD, Güvenlik Konseyi'nin 276(1979) Kararına Rağmen Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney Batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler İçin Hukukî Sonuçları Danışma Görüşü (Namibya Kararı), 1971.

UAD, Doğu Timor Kararı (Portekiz v. Avustralya), 30.06.1995.

UAD, İşgal Edilmiş Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukukî Sonuçları Danışma Görüşü (Duvar Kararı), 09.07.2004.

UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Altında Soykırım İddiaları, (Ukrayna v. Rusya) Rusya Federasyonu'nun Divan'ın ilgili davadaki "yetkisizlik" iddiasına karşı pozisyonunu gösteren belge, 07.03.2022.

UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Altında Soykırım İddiaları, (Ukrayna v. Rusya), İhtiyatî Tedbir Kararı, 16.03.2022.

Resmî Belgeler

"League of Nations Assembly Report on the Sino-Japanese Dispute", *The American Journal of International Law* 27, S. 3 (Supplement: Official Documents) (1933).

Yearbook of the International Law Commission 1, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly (1949).

Birleşmiş Milletler Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği İlkeleri Bildirisi, BM Genel Kurulu, A/RES/2625 (XXV) (1970).

UN General Assembly Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression (1974).

Yearbook of the International Law Commission 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eight session (1976).

UN Security Council, Resolution No: 476, 30.06.1980.

UN Security Council, Resolution No: 478, On the status of Jerusalem, 20.08.1980.

UN Security Council, Resolution No: 550, The Situation in Cyprus, 11.05.1984.

International Law Commission, First Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur (1998).

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001).

UN Security Council Resolution Draft No: S/2014/189, 15.03.2014.

UN General Assembly, A/RES/68/262, 27.03.2014.

UN Security Council, Resolution No: 2334, 23.12.2016.

"Recognizing Jerusalem as the Capital of the State of Israel and Relocating the United States Embassy to Israel to Jerusalem", US Presidential Documents, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <https://web.archive.org/web/20171213142840/https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2017-12-11/pdf/2017-26832.pdf#page=1>.

UN General Assembly, A/ES-10/L.22, Status of Jerusalem, 19.12.2017.

UN General Assembly, A/RES/ES-10/19, 21.12.2017.

UN General Assembly, A/RES/ES-10/20, 13.06.2018.

General Assembly Official Records, Report of the International Law Commission, Seventy-first Session A/74/10, (2019).

UN General Assembly, A/RES/76/12, 06.12.2021.

International Law Commission, Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) Texts of the draft conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on second reading, Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), A/CN.4/L.967, (2022).

International Law Commission, Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur (2022).

Address by the President of the Russian Federation, Erişim Tarihi: Temmuz 3, 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.

ORMANLARIN KORUNMASI: DEVLETİN ANAYASAL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Fatma Duygu BOZKURT**(**)

Öz

Ormanların korunması ve genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak Türk Anayasası uyarınca devletin yükümlülüğüdür. Bu makalenin amacı devletin sözü geçen yükümlülüğünün başarısını sınamak ve konuya ilişkin yol gösterici çıkarımlarda bulunmaktır. Çalışmanın kaleme alınma nedeni ormanları koruyabilmek için alınması gereken tedbirleri ortaya koymaktır. Bu bağlamda öncelikle devletin sorumluluğunun sınırları belirlenmiştir. Bunu yaparken ulusal ve uluslararası mevzuat ile mahkeme kararları kılavuz edinilmiştir. Akabinde Türk orman mevzuatının etkinliği ve anayasaya uygunluğu değerlendirilmiştir. Çalışma konuya ilişkin tespit, öneri ve değerlendirmeler yapmak suretiyle sonlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çevre Hakkı, Orman Hukuku, Ormanların Korunması, Ormanların Geliştirilmesi, Devletin Sorumluluğu.

PROTECTION OF FORESTS: AN ASSESSMENT ON THE CONSTITUTIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE

Abstract

It is the state's obligation in accordance with the Turkish Constitution to enact the necessary laws and take measures for the protection and expansion of forests. The article aims to test the success of the obligation of the state and to make inferences about the subject. The reason for writing the study is to reveal the measures to be taken in order to protect the forests. In this context, first of all, the limits of the state's responsibility were determined. While doing this, national and international legislation and court decisions were taken as a guide. Afterwards, the effectiveness and constitutionality of the Turkish forest legislation was evaluated. The study was concluded by making determinations, suggestions and evaluations on the subject.

Keywords

Right to Environment, Forest Law, Protection of Forests, Development of Forests, Responsibility of the State.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 22.07.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 13.10.2022,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1146783.

(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Denizli-Türkiye.
E-posta: fduygub@pau.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5289-5262>.



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

Extended Abstract

The protection and development of forests by the state is the main requirement of both the environmental right regulated in Article 56 of the Turkish Constitution and the obligations regarding forests regulated in Article 169. The subject of this article is; how effective the regulations on forests are in terms of protecting forests. While seeking an answer to this question, the priority has been to determine the responsibility of the state. In this analysis, which we have carried out by putting forests at the center, the Turkish constitutional provisions regarding the right to the environment and forests have guided the study. In accordance with the Constitution; *“The state enacts the necessary laws and takes the necessary measures for the protection of forests and the expansion of their areas.”* In this regard, as the main duties of the state; legal recognition of forests, establishing a legal framework to protect forests, taking measures required by the constitution and laws to protect forest assets against their own works and actions and interference by third parties, providing compensation in case of violation, raising new forests to replace burned forests, and expanding forest areas. When the Turkish forest legislation is considered in this context, the subject should be examined first in terms of the Constitution and then Forest Law, Environment Law, Mining Law, Tourism Law, Penal Code and implementing regulations.

In Turkish law, forest is defined as follows in the first article of the Forest Law: *“Trees and shrubs that are grown naturally or grown by labor are considered forests together with their places.”* Which of the trees and shrubs in the community will not be considered forest is regulated in detail in the second paragraph of the article. At this point, there are two issues that need to be emphasized regarding the definition and boundaries of the forest: The first of these is to change the forest definition and exceptions in the law, and the other is to change the forest status when the conditions listed in the law are met, that is, to be taken out of the forest boundary. The legal forest definition should be determined based on objective criteria, far from being arbitrary. The process of taking out of the forest borders should only be applied in exceptional cases, the condition of not providing benefits in terms of science and science must be in accordance with legal and scientific grounds and the ownership of the places taken out of the forest borders must be in the state.

Since the first Forest Law, it has been possible to establish an easement right on forests for public benefit. Stating that the property of the state forests belongs to the state and that this property is inalienable, the constitution maker allowed third parties to benefit from the forest on the condition that the public benefit condition is fulfilled. In return, the legislator obliges the obligors to *“take permission”, “pay the financial compensation”* and *“rehabilitate”*.

However, considering the fact that forests are of public interest in themselves, the right of easement on forests will only be constitutional if it provides a public benefit that is superior to the benefit of preserving the forests as forests. However, considering the extent and uncertain of the concept of public interest, the *“obligation”* criterion plays a key role in protecting forests. Because almost all of the legislative changes gradually expand the non-forestry activity areas where forests can be allocated. In particular, mining activities carried out by private law legal entities in forest areas, the high potential of forest assets for the tourism sector and construction contrary to zoning legislation, are one of the issues that will have a negative impact on forests. Allocating forests for non-forestry purposes only when necessary is a requirement of the law *“No activity or action that may harm forests is allowed.”* In the article 169 of the Turkish Constitution.

The last requirement of the state's obligation to protect and develop forests is to combat forest fires and increase forest assets. It is the constitutional obligation of the state to take protective measures to prevent fires and to have the necessary intervention tools to extinguish the fire as soon as possible after the fire has broken out. In addition, new forests should be grown instead of burning forests. The main measure taken by the state to expand forest areas is private afforestation activities. In addition, due to the high amount of degraded forests in our country, rehabilitation works aimed at improving them also constitute an important part of the forest establishment. Therefore, it is possible to say that the obligation to expand forests includes increasing both the quantity and quality of forests.

GİRİŞ

İnsanın hangi çevre koşullarında bulunduğu insan olmak hakkını somutlaştıracağı noktası, çevre hakkının başlangıç noktasıdır.¹ Çevrenin en önemli unsurlarından biri olan ormanlar ise sağladığı ekolojik ve toplumsal fayda ile insan için yaşamsal önemi haizdir. Temiz hava, iklim değişikliği, su akışı, toprak verimliliği, yaban hayatı gibi pek çok yaşamsal hususun belirleyicisi olan ormanlar ekolojik faydalarının yanı sıra hammadde, enerji kaynağı, arazi gibi maddi değeri yüksek ekonomik faydalar da sağlamaktadır. Bu da kalkınma ve orman varlığı arasında gerilimli bir ilişkiye vücut vermektedir. Bu çalışma, kalkınmayı öncelleyen bir çevre siyasetine karşı ormanları koruyabilmek için atılması gereken adımları ortaya koymak için kaleme alınmıştır. Makalenin konusu; ormanlara ilişkin düzenlemelerin ormanları koruma açısından ne derece etkili olduğudur. Bu soruya yanıt ararken öncelik, ormanların çevre hakkı ile ilişkisini belirlemek olmuştur. İkinci bölümde ormanlara yönelik devletin sorumluluğu uluslararası belgelerin, başta anayasa olmak üzere ulusal mevzuatın ve mahkeme kararlarının ışığında belirlenmiştir. Ormanları merkeze alarak gerçekleştirdiğimiz bu analizde çevre hakkına ve ormanlara yönelik Türk anayasa hükümleri çalışmaya kılavuzluk etmiştir. “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır.” Bahsi geçen anayasa hükmü uyarınca üçüncü bölüm Türk hukukunda ormanın nasıl düzenlendiğine hasredilmiştir. Başta Orman Kanunu ve uygulama yönetmeliklerinin ele alındığı bu bölümde mevzuatın hukuksal açıdan ormanı korumaya ne kadar muktedir olduğu sınıanmıştır.

Anayasa'nın ormanlara ilişkin 169. maddesi uyarınca devlet ormanları kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Bununla beraber ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu hangi hallerde ormanların irtifak hakkına konu olacağını tartışmayı gerektirmiştir. Zira her ne kadar Anayasa Mahkemesi kamu yararı ve zorunluluk kriterlerini vurgulamak suretiyle daha spesifik bir düzenlemeyi işaret etse de, yasal çerçeve idareye geniş bir takdir sahası sağlamaktadır. Bina ve tesis inşası, turizm ve madencilik; ormanların tahsis edildiği başlıca faaliyetler olup üçüncü bölümde ele alınmıştır. Orman yangınlarıyla mücadele ve ağaçlandırma yükümlülüğü ise hem 1982 Anayasası'nın 56. maddesi uyarınca çevreyi geliştirme, hem de 169. madde uyarınca orman sahalarının genişletilmesi yükümlülüğünün bir gereği olarak çalışmanın son kısmında incelenmiştir. Böylece ormanları koruma yükümlülüğünün etkinliği anayasal hükümler ışığında ve yasal çerçevede değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Çalışma yasama, idari ve yargı mercileri için yön gösterici çıkarımlarda bulunularak son bulmuştur.

¹ Can Hamamcı, “Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 5-6, Ankara, TODAİE Yayınları, (1983-1984): 173.

I. ORMANLARIN HUKUKSAL KORUNMASI VE ÇEVRE HAKKI

İnsan ve diğer tüm canlıların içinde yaşadığı bir mekan olarak çevre; biyolojik, fiziksel, kimyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel bir ortamdır.² Sanayi devrimini müteakip yaşanan endüstriyelleşme, nüfus artışı ve tüketim alışkanlıkları neticesinde çevrenin tahribi, çevre hakkını gündeme getirmiştir. Bu bağlamda çevre hakkının konusu, kişi açısından evleviyetle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama talebi, genel olarak ise çevrenin korunması ve geliştirilmesidir. Şu halde yaşam hakkının bir uzantısı olan çevre hakkı, bireye insan onuruna uygun yaşam koşullarını tehdit eden her türlü çevre sorununa direnme ve talep hakkı sunmaktadır.³ Çevre hakkının öznesi deyince ilk akla gelen; bireyler, toplum, gelecek nesiller ve devlettir. Bununla beraber çevre hakkı tüm canlı varlıkların haklarına uzanan bir çizginin başlangıç noktasıdır.⁴ Eğer çevre tüm canlıların içinde yaşadığı mekân ise bu mekânı genel olarak su, hava, toprak, doğal kaynaklar, flora ve faunanın oluşturduğunu söylemek mümkündür.⁵ Bu nedenle bahsi geçen yaşam ortamlarını insanlarla paylaşan bitki toplulukları da birer çevresel değerdir.⁶ Sağlıklı bir çevrede yaşamak için gerekli tedbirler çevrenin bizzatı kendisini de koruyacaktır. Böylece hem insan hem de çevre merkezli bir yaklaşım tezahür etmiş olacaktır. Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde çevre: "*canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam*" olarak tanımlanmıştır. Orman Kanunu uyarınca ormanın da yerleriyle birlikte "*tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları*" olarak tanımlandığı göz önüne alındığında, ormanların çevrenin ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında ormanların korunmasına ilişkin anayasa hükmü (169. madde) ile korunan değerlerin çevre olduğunu kaydetmiştir.⁷ Ulusal ve uluslararası hukukta ormansızlaşma, erozyon, çölleşme, biyolojik çeşitliliğin azalması gibi sorunların çevre hakkı kapsamında (da) ele alınması ormanların aynı zamanda çevrenin bir unsuru oluşunu teyit eder mahiyettedir.

Çevre hakkı ilk kez 1972 yılında Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'nda yayınlanan Stockholm Bildirgesi'nde ifade edilmiştir. Bildirinin birinci madde-

² 2872 sayılı Çevre Kanunu madde 2.

³ Ümit Güveyi, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, (Aralık 2018): 637; Handan Yokuş Sevük, *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2013), 21; Ahmet Güneş, *Çevre Hukuku*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2015), 156.

⁴ Sevük, 22.

⁵ Faruk Bilir, Berkan Hamdemir, "Çevre Hakkı ve Uygulaması", *International Conference on Eurasian Economies 2011*, Manas University Press, Bişkek, (2011): 143.

⁶ Ruşen Keleş, Can Hamamcı, *Çevre Bilim*, (Ankara, İmge Kitabevi, 2002), 95.

⁷ AYM Kararı, E. 2009/31, K. 2011/77, K. T. 12/05/2011, E. T. 11.12.2021.

sinde; insanın, onurlu ve iyi bir yaşam sürdürebilmesi için sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve çevreyi koruma sorumluluğu vurgulanmıştır.⁸ 1982 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nda kabul edilen Dünya Doğa Şartı, bir insan hakkı olarak ifade bulan çevre hakkının gerçekleşmesine yönelik yükümlülükler dair somut ilkeler öngörmüştür.⁹ 1992'de düzenlenen BM Çevre Kalkınma Konferansı neticesinde; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, İklim Değişikliği Sözleşmesi, Rio Bildirgesi, Gündem 21 ve Orman İlkeleri ortaya çıkmıştır. Anılan beş metin içinde Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, ormanları biyolojik çeşitliliğin bir kaynağı addetmesi;¹⁰ Gündem 21 ormansızlaşmaya dikkat çekmesi,¹¹ Orman İlkeleri ise ormanların korunmasına ilişkin temel ilkeleri öngörmesi nedeniyle konumuz için önem arz eden öncü metinlerdir.¹²

BM Ekonomik Komisyonu tarafından 1998'de imzaya açılan ve 2001'de yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesi, çevreyi ve çevre hakkını korumak amacıyla çevresel konularda bilgi edinmeyi, halkın katılımını ve yargıya erişim hakkını düzenleyen ilk sözleşme olması bakımından önemlidir.¹³ Bu adımı takip eden gelişme 1997'de kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Kyoto Protokolü olmuş, böylece gelişmiş ülkelere seragazi azaltımı konusunda yükümlülükler getirilmiştir.¹⁴ Kyoto Protokolü'nün ikinci döneminin bitmesiyle kabul edilen Paris Anlaşması ise yalnızca gelişmiş ülkeler için değil, tüm taraflar için sera gazını azaltmayı öngörmüş ve ormanların sürdürülebilir yönetimi için taraf devletlere yükümlülükler getirmiştir.¹⁵ Çevre hakkı ve ormanlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde açıkça tanınmamakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında yaşam hakkı, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ve mülkiyet hakkı gibi haklar bünyesinde ele alınarak dolaylı bir koruma elde etmektedir.¹⁶ Görüldüğü üzere, çevre hakkına ve ormanların korunmasına yönelik katedilen mesafeye rağmen, halen bir uluslararası koruma mekanizmasından

⁸ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972).

⁹ World Charter for Nature, E. T. 23.01.2022, UN. General Assembly (37th sess.: 1982-1983).

¹⁰ Convention on Biological Diversity, UN. 1992, E. T. 23.01.2022, <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>.

¹¹ Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, UN. 1992, E. T. 23.01.2022, <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>.

¹² Report of the United Nations Conference on Environment and Development, (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), E. T. 23.01.2022, <https://www.un.org/esa/dsd/agenda21/Agenda%2021.pdf>.

¹³ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, E. T. 11.12.2021, <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

¹⁴ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, United Nations 1998, E. T. 11.12.2021, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

¹⁵ Paris Agreement, United Nations, 2015, E. T. 12.12.2021, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

¹⁶ AİHM, Büyük Daire, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, par. 96; AİHM, Hamer/Belçika, 21861/03, 27.11.2007, par. 81.

bahsetmek mümkün değildir. Bu da ormanların korunmasına yönelik olarak iç hukukun önemini perçinlemektedir.

Çevre hakkına ilişkin hususlar Anayasamızda öncelikle sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlığı altında 56. maddede ele alınmıştır. Buna göre: “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*” Çevre hakkının korunmasına dayanak oluşturan bir başka hüküm ise Anayasa’nın 48. maddesinde bulunmaktadır: “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*”. Çevre zararlarının çoğunlukla özel teşebbüslerin faaliyetlerinden kaynaklandığı göz önüne alındığında, çevrenin korunması sosyal bir amaç olarak devletin yükümlülüklerinden birini oluşturmaktadır.

Konuya ilişkin değinilmesi gereken bir diğer hüküm ise Anayasa’nın ormanların korunması ve geliştirilmesi başlıklı 169. maddesidir. Ormanlara ilişkin özel bir düzenleme getiren bu maddeye göre:

“Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.

Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasî propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz.

Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz.”

Anayasa Mahkemesi son dönemde verdiği bazı kararlarında ormanları “doğal kaynak” addetmiş ve çevrenin alt türü olarak tanımlamıştır. Bununla beraber Mahkeme ormanlara ilişkin meseleleri genellikle Anayasa’nın 56. maddesi cihe-

tiyle değil, sadece 169. madde cihetiyle ele almaktadır.¹⁷ Bu yaklaşımın ise bazı olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ormanlara ilişkin güvencenin çevre hakkına ilişkin güvenceye nazaran daha sınırlı olmasıdır. Bunun sebebi ise Anayasa'nın 169. maddesinin "kamu yararının gerektirdiği ölçüde" ormanlara müdahaleye olanak tanınmasıdır. Devletin ormanları koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmakla beraber, kamu yararı gerektirdiğinde devlet ormanları üzerinde irtifak hakları kurulması olanağı, ormanların çevre hakkının güvencesinden yoksun kalmasına yol açacaktır. Ormanların salt 169. madde çerçevesinde ele alınmasına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer mesele de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların sağladığı güvenceden yoksun kalma olasılığıdır. Bilindiği üzere temel hak ve özgürlükler hususunda kanunla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde uluslararası sözleşme hükümleri geçerli olacaktır. Şu halde ormanlar Anayasa'nın 56. maddesi gereği çevre hakkının bir alt unsuru olarak değerlendirilmek yerine salt 169. madde cihetiyle ele alındığında hem temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını gösteren 13. maddenin hem de 90. maddede düzenlenen milletlerarası sözleşmelerin getirdiği güvenceden yoksun kalacaktır.¹⁸

II. ORMANLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Türk orman mevzuatı ele alındığında ormanların korunmasına ilişkin devletin sorumluluğunun kapsamının öncelikle Anayasa, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Maden Kanunu, Turizm Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda düzenlendiği görülmektedir. Ormanların korunmasına ilişkin temel esaslar bir başka ifadeyle kılavuz ilkeler; Anayasa'nın 169'uncu maddesinin ilk dört bendinde sıralanmıştır. Ormanların korunması ve genişletilmesi için kanun koyucuyu görevlendiren Anayasa'nın öngördüğü esaslar uyarınca: "*yanan ormanların yerine yenisi yetiştirilir*", "*ormanların gözetimi devlete aittir*", "*devlet ormanlarının mülkiyeti devredilemez*", "*kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz*", "*ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez*", sayılan istisnalar dışında "*orman sınırlarında daraltma yapılamaz.*"

Ormanların korunmasına ilişkin bir diğer dayanak madde olan 56. madde de ise çevre hakkı bireylerin, özel tüzel kişilerin ve devletin dayanışmasını gerektiren ve her birine sorumluluk yükleyen bir hak olarak düzenlenmiştir. Bununla be-

¹⁷ AYM Kararı, E. 2004/67, K. 2007/83, K. T. 22/11/2007, E. T. 23.01.2022.

¹⁸ Mehmet Akmaz, Ormanların Korunmasında İdare'nin Yükümlülükleri, (İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021), 37, 132.; Orman ve ona yönelik düzenlemelerin yer aldığı 169 ve 170. maddeler Anayasa'da "temel haklar ve ödevler" yerine "ekonomik hükümler" içerisinde yer almaktadır. Ormanların ekonomik bir değer yarattığı gerçek olmakla beraber, işlevi ve önemi göz önüne alındığında, "temel haklar ve ödevler" başlığı altında yer alması daha isabetli olacaktır. Aynur Aydın, "Anayasa'da Ormanlık İlgili Hükümlere Yönelik Bir Görüş", Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormanlılar Derneği Yayını, (2016): 37-38.

raber her temel hak ve özgürlük için olduğu üzere çevre hakkının da ilk muhatabı devlettir. Bu kapsamda devletin yükümlülüklerini genel olarak; saygı gösterme, koruma ve özen yükümlülüğü olarak ele almak mümkündür.¹⁹

Saygı gösterme yükümlülüğüne göre devlet çevre hakkını bizzat ihlal etmemekle, çevre hakkını engellemekle yükümlüdür. Devletin olumsuz edimini gerektiren bu yükümlülük uyarınca devlet çevre hakkına dokunmamalı, hakkın kullanılmasına karışmamalıdır. Koruma yükümlülüğüne göre devlet çevre hakkını üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumalı ve müdahale edenlere yaptırım uygulamalıdır. Devletin olumlu edimini gerektiren bu yükümlülük devletin gerekli hukuki düzenlemeleri yapmasını ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetlemesini gerektirmektedir. Hem yasama hem yürütme hem de yargı organına görev yükleyen koruma yükümlülüğü uyarınca, devlet çevre hakkını korumak için öncelikle önleyici ve önleyemediği takdirde de düzeltici tedbirler almalıdır.²⁰ Çevre hakkı söz konusu olduğunda önleyici tedbirler bilhassa önem arz etmektedir zira çevre zarar gördükten sonra bu zararın tamamen giderilmesi ve çevrenin ihlal öncesi haline getirilmesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Örneğin orman yangınları sonrasında, yanan ormanların yerine yeniden orman yetiştirilse bile arada geçen zaman zarfında duyulan yoksunluğu telafi etmek mümkün değildir. Kaldı ki zararın giderilmesi zararın önlenmesine nazaran daha güç ve pahalı bir tedbirdir. Nitekim ülkemizin ormanlarının %93'ünün "doğal orman" olduğu yani özel bir işgücü ve sermaye sarf edilmeden yetiştiği göz önünde bulundurulduğunda önleyici tedbirlerin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.²¹

Çevreye ve dahi ormanlara yönelik tehditlerin çoğunlukla gerçek ve tüzel kişilerden kaynaklanması, ormanların korunması için alınacak önleyici tedbirler arasında denetim faaliyetlerinin işlevini ön plana çıkarmaktadır. Buna göre; devlet izin verirken -ya da vermezken- nesnel değerlendirmeye dayanmalı, özenli davranmalı, özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinde yaptırıma tabi olmalıdır. Devletin ormanlara ilişkin koruma yükümlülüğünün gözetme cihetiyle tecessüm ettiği pek çok alan söz konusudur. Bunlardan ilki ormanların tahrip edilerek arazi açılması ve orman ürünlerinden izinsiz bir biçimde yararlanılmasıdır. İmar mevzuatına aykırı yapılaşma ormanlar üzerinde olumsuz etki doğuracak hususların başında gelmektedir. Özel hukuk tüzel kişilerince ormanlık alanlarda gerçekleştirilen maden arama ve işletme faaliyetleri, ormanlar ve dolayısıyla çevre için

¹⁹ Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997, E. T. 02.10.2021, http://hrlibrary.umn.edu/instreet/Maastrichtguidelines_.html.; İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, (Ankara, İmge Kitabevi, 1996), 37-41.

²⁰ Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2007), 85-91.

²¹ Necmettin Çepel, *Orman ve Biz: Ormanın Tanıtımı, Yararları, Tahribi ve Korunma Çareleri*, (İstanbul, TEMA Vakfı Yayınları, 1999), 21.

tehdit oluşturan bir diğer husustur. Madencilik faaliyeti gerçekleştirildiğinde elde edilecek fayda ile ormanların yok olması sonucunda ortaya çıkan kaybın muhakemesi, izin ve denetim sürecinin nirengi noktasıdır. Turizmi özendirme tedbirleri uyarınca devlet ormanlarının turizm yatırımlarına açılması da orman varlığını tehdit eden unsurlardandır. Türkiye’de bulunan orman varlığının turizm sektörü için yüksek potansiyel arz etmesi, sonuçları itibariyle pek çok yargı kararına konu olmaktadır. Orman yangınlarını önlemede ve orman yangınlarını söndürmede donanımın yetersizliğine ilişkin tartışmalar, orman yangınlarıyla mücadelede devletin yükümlülüğünü tartışmayı gerektirmektedir. Ormanların sürekliliği için yanan ormanların yerine yenilerinin yetiştirilmesi ise anayasal bir yükümlülüktür. Zira koruma yükümlülüğü onarmayı da içermektedir. Devlet çevre hakkının ihlali gerçekleşikten sonra düzeltici tedbirlere başvurmak suretiyle ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve bu ihlali gerçekleştirenleri cezalandırmalıdır. Böylece tazminat, yaptırım, ceza gibi düzeltici tedbirler yoluyla bir yandan onarma diğer yandan da caydırıcılık işlevi gerçekleşmiş olacaktır.

Şu halde, ormanlara ilişkin devletin temel görevleri olarak; ormanların hukuki açıdan tanınması, ormanları korumaya yönelik yasal çerçeve oluşturulması, kendi iş ve eylemleri ile üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı orman varlığını korumaya yönelik anayasanın ve yasaların gerektirdiği tedbirlerin alınması, ihlal halinde tazminin sağlanması, yanan ormanların yerine yenisinin yetiştirilmesi ve orman sahalarının genişletilmesi sayılabilir. Kanunlarda anayasaya ve uluslararası standartlara göre eksikliklerin var olması, içeriğin muğlaklığı yahut düzenlemelerin çelişkili olması ormanların korunmasını güçleştirecek hususlardır. Öyleyse ilk yapılması gereken; ilgili milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin imzalanması ve hakkın iç hukukta eksiksiz düzenlenmesidir. Orman mevzuatının etkili bir araç olabilmesi için tutarlılık oluşturulmalı; bir yandan istisna, muafiyet ve geçici maddeler diğer yandan da çelişkili hükümler yoluyla mevzuatın bütüncülüğünün bozulmasına imkan verilmemelidir.

Bu bilgiler ışığında, devletin ormanlara ilişkin yükümlülüğünün kapsamı belirlendikten sonra yapılması gereken bu yükümlülüğün sınırlarını tespit etmek olacaktır. Her ne kadar ormanlara ilişkin yükümlülükler Anayasa’nın “Ekonomik Hükümler” başlığı altında düzenlense de, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkının “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer alması, bu hükümlerin sosyal ve ekonomik hakların sınırını gösteren 65. madde ile birlikte değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bilindiği üzere uygulamada devletler sosyal hakları “zamanla” ve “maddi olanakları ölçüsünde” yerine getirmeyi tercih etmektedirler. Zamanla gerçekleştirme ödevini aslında bir bakıma maddi olanaklar ölçüsünde yerine getirmenin bir sonucu olarak saymak mümkündür. Zira maddi olanaklar ölçüsünde yerine getirme, zorunlu olarak öncelikleri belirlemeyi ve kıt olan kaynakları sıraya göre paylaş-

tırmayı gerektirmektedir.²² Nitekim 1982 Anayasası'nın 65. maddesi de sosyal ve ekonomik hakların devlet tarafından “*malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*” yerine getirileceği ifade edilmiştir. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken önemli husus; sosyal hakların hemen uygulanabilir nitelikte olduğunun ileri sürülebileceği hallerdir. Devlete yüklenen edimin negatif niteliğinin ağır bastığı ve yüksek maliyet gerektirmeyen sosyal haklar bunlardan biridir. Anayasa'nın 65. maddesinin sınırlayıcı etkisi büyük harcamalar gerektiren proje ve programlar için geçerli olmakla beraber, ormanları korumaya yönelik önleme ve düzeltme yükümlülüğü açısından geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli, hatta bazen imkansız olması nedeniyle zarar gören çevreyi onarma yerine zararı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre; “*getirilecek kuralın ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneneceği*” gerekçeleriyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından vazgeçilemez. Yüksek Mahkeme bu perspektifle 56. maddenin yüklediği ödevin hangi somut tedbirle yerine getirileceği noktasında devletin takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte, bu takdir yetkisinin ölçülü kullanılmasını gerektiğini kayıt altına almıştır.²³

III. TÜRK HUKUKUNDA ORMAN

Türk hukukunda orman 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun birinci maddesinde şöyle tanımlanmaktadır: “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*” Bu hüküm uyarınca ormanın iki ana unsuru olduğunu söylemek mümkündür: “*topluluk halindeki ağaç ve ağaççıklar*” ve “*yerleri*”. Mevzuata göre orman vasfı için aranan topluluk halindeki ağaç ve ağaççık şartı; ağaç ve ağaççıkların arazi üzerindeki toprağı doğal yollarla %10 veya daha fazla oranda örtmesi halinde söz konusu olmaktadır.²⁴ Topluluk halindeki ağaç ve ağaççıkların hangilerinin orman sayılmayacağı ise maddenin ikinci fıkrasında detaylıca düzenlenmiştir. Bu istisnalar da bize göstermektedir ki, ormana ilişkin tanım bilimsel değil hukuksal bir tanımdır. Şu durumda karine orman varlığı olacağından, orman sayılmayıp istisna tutulanların ayrıca ve açıkça belirtilmesi ve dar yorumlanması gerekmektedir.²⁵

Bu noktada ormanın tanımına ve sınırlarına ilişkin üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır: Bunlardan ilki kanundaki orman tanımının -ve istis-

²² Abdullah Uz, Yüksel Metin, “Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı”, *Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi, ICANAS-38*, S. 2, (2007): 883.

²³ AYM Kararı, E. 2011/110, K. 2012/79, K. T. 24.05.2012, E. T. 12.12.2021; AYM Kararı, E. 2013/89, K. 2014/116, K. T. 03.07.2014, E. T. 12.12.2021.

²⁴ Orman Kadastro ve 2/B Uygulama Yönetmeliği, m.14/1-c, m.14/1-ç.

²⁵ Akmaz, 74.

naların- değiştirilmesi, diğeri ise kanunda sayılan şartlar gerçekleştiğinde orman vazfının değiştirilmesi yani orman sınırı dışına çıkarılmadır. Öncelikle orman tanımına ilişkin hukuksal gelişmeler ve tarihi süreç irdelendiğinde göze çarpan ilk husus Orman Kanunu'nun değiştirilme sıklığı olmaktadır. Hukuksal açıdan “orman” sayılmayacak yerlere ilişkin 2. madde 5 kez, hukuksal açıdan “orman” sayılmayacak yerlerin belirlenmesini içeren orman kadastrusu çalışmalarına ilişkin 7-9. maddeler 7 kez, “devlet ormanı”nın ormancılık dışı kullanımlara izin verilmesine ilişkin 17. madde 5 kez değiştirilmiştir. Üstelik bu değişiklikler 6831 sayılı Orman Kanunu ile sınırlı kalmamış, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu gibi ormanlarla dolaylı olarak ilgili kanunlarla ve yönetmeliklerle de çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Örneğin Ağaçlandırma Yönetmeliği'nin 2014'e dek altı kez neredeyse tamamının değiştirilmiş olması dahi²⁶ Türkiye'nin tutarlı ve bütüncül bir orman politikasının olmadığını ve dahası ormanların mevzuat yoluyla korunmadığının alametlerinden biridir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi bu marifetle kızılağaçlık ve aşılı kestaneliklerin orman tanımı kapsamının dışına çıkarılmasını, Anayasa'nın 169. maddesi uyarınca, ormanları korumaya yönelik getirilen güvenceye aykırı görmüştür. Örneğin meyveli ağaç olarak kabulü mümkün olmayan palamut meşelikleri ile fıstık çamlıklarının da neden orman sayılmadığı açıklanmaya muhtaçtır. Şu halde yasal orman tanımının dayandığı ölçütlerin keyfilikten uzak, objektif kriterlere dayanması, ormanların korunması ve geliştirilmesine yönelik önemli tedbirlerden biridir.²⁷

Orman vasfının değiştirilmesi ise evvelinde orman olan bir yerin belli şartlar oluştuğunda orman tanımı dışına çıkarılmasıdır. Anayasa m.169/4'de yer alan düzenleme şu şekildedir: “Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz.” Ülkemizde ormana ilişkin temel mevzuata göz atıldığında, ilk orman tanımının 1937 yılında 3116 sayılı Orman Kanunu ile yapıldığı görülmektedir. Ormanları kamu malı olarak telakki eden bu kanun ile öncelik tespit işlemlerine verilmiş ve kadastronun tamamlanması için on yıllık süre öngörülmüştür. Kadastro çalışmaları anılan süre zarfında tamamlanamadığı gibi, 1950 tarihli 5653 sayılı Kanun ile orman vazfını yitiren bazı yerlerin orman sayılmamasına karar verilmiştir. 1961 Anayasası da bu yöne-

²⁶ Yücel Çağlar, *Hukuksal Kısaçtaki Ormanlar ve Ormancılık (Seçme Tartışmalar)*, (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014), 23.

²⁷ AYM Kararı, E. 2003/100, K. 2004/33, K. T. 17.03.2004, E. T. 23.01.2022.

limden nasibini almış, 1961 yılından önce bilimsel ile fenni açıdan orman özelliğini kaybeden yerlerin orman sınırları dışına çıkarılmasına imkân tanımıştır. Keza 1982 Anayasası da 1961-1981 yılları arasında orman vasfını yitirdiği düşünülen alanların orman sınırları dışına çıkarılmasına icazet vermiştir.²⁸ Nitekim ilk orman kanunundan bugüne dek, ormanın tanımında yapılan değişikliklerin ezici çoğunluğunun ormanın kapsamını daraltmaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Oysa Anayasa'nın 169. Maddesi'nin ilk üç fıkrasına göre: *“Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez...”* Madde metninden anlaşıldığı üzere bütün ormanların gözetimini devlete yükleyen Anayasa, devlet ormanlarının mülkiyetinin özel kişilere devredilmesini, zamanaşımı ile mülk edinilmesini ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olmasını yasaklayarak ormanları güvence altına almıştır. Bununla beraber anayasanın bir yandan ormanlara zarar verebilecek her türlü eylemi yasaklarken diğer yandan hukuksal düzenlemelerle devlet ormanlarını orman sınırları dışına çıkarmaya icazet vermesi, anayasal hükümler arasında tutarsızlığa yol açmakta ve böylece ormanlara yönelik getirilen güvence zayıflamaktadır. Bu icazet orman sınırlarını değiştirmeye kabil olması itibarıyla büyük önem arz etmektedir. Çünkü orman sınırları dışına çıkarma işlemi ormanlara ilişkin mülkiyet devri yasağının bir istisnası mahiyetindedir. Anayasa, 169. madde ile 170. maddesi uyarınca, çeşitli koşulların bir araya gelmesi halinde bazı ormanlık alanların orman sınırları dışına çıkarılmasına izin vermektedir. Buna göre ilk aranan koşul, ormanlık alanın orman olarak muhafazada bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılmasında kesin fayda görülmesidir. İkincisi, ormanlık alanın 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olması ve tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğunun tespit edilmesidir. Üçüncü koşul ise ormanlık alanın şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde bulunmasıdır. İlgili mevzuat uyarınca sayılan hallerde, ormanların orman sınırları dışına çıkarılması mümkündür. Türk anayasa koyucununun bir orman tanımı yapmayarak orman tanımını kanun koyucununun takdirine bırakması ve orman sayılan yerlerin orman sınır dışına çıkarılması işlemi için idarenin yetkilendirilmesi hem yasamaya hem de idareye geniş bir takdir sahası bırakılmış olması nedeniyle ormanlara getirilen anayasal güvencenin etkinliğini azaltmaktadır. Anayasa'da açıkça belirtildiği

²⁸ Çağlar, 67.

üzere, orman sınırları dışına çıkarma işlemi için bir yandan orman olarak muhafazada bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi, diğer yandan da ormanlık alanın tarım alanına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğunun tespit edilmesi şartı aranmaktadır. Anlaşılmaktadır ki anayasa koyucunun amacı, tarıma özgülemek suretiyle ormanlık alanın atıl kalmasını önlemektir. Üstelik bu istisna için orman vasfının tümüyle ortadan yok olması da aranmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi hükmü uygularken orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülememesi şartını yeterli saymış, tarım alanlarına dönüştürülmesindeki kesin yarar şartını görmezden gelmiştir. İstisna hükmünün kapsamının bu şekilde genişletilmesi Anayasa'nın 169. maddesinde yer alan "*Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır.*" hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.²⁹

İstisna hükmünü genişletmesi sebebiyle Anayasa'ya aykırılık arz eden bir başka husus da Orman Kanunu'nun ek 16. maddesi'ndeki düzenlemedir. Buna göre: "*Orman ve Su İşleri Bakanlığınca, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, sınırları Cumhurbaşkanınca belirlenen alanlar, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslara göre Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkartılarak tapuda Hazine adına tescil edilir.*" Açıktır ki, anayasa koyucu orman sınırlarının dışına çıkarma şartlarını birer istisna olarak düzenlemiştir. Şu halde bu istisnaları yasa ile genişletmek mümkün değildir. Oysa Orman Kanunu'nun geçici 16. maddesi, "*tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler*" ibaresi içermek suretiyle Anayasa'nın "*tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler*" hükmünün kapsamını genişletmiş bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın orman sınırları dışına çıkarma işleminin şartlarını sayan madde metninde: "*bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler*" için 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetme şartı aranmaktadır. Oysa Kanun'un ek 16. maddesinde "*üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, sınırları Cumhurbaşkanınca belirlenen alanlar*" için öngörülmüş bir tarih söz konusu değildir. Görüleceği üzere burada ormanlar aleyhine, m.169/4 hükmüne girmeyen bir devir söz konusudur ve bu husus ormanların korunması yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

²⁹ AYM Kararı, E. 2018/104, K. 2020/39, K. T. 16/07/2020, §146, 149; Akmaz, 157-158.

Bu hususta değinilmesi gereken meselelerden biri de madde metninde geçen “bilim ve fen bakımından orman niteliğinin kaybolması” mevhumudur. Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Tüzüğü’nün 5. maddesi uyarınca bilim ve fen bakımından orman niteliğini kaybetme: “*hayat birliği ve bu birliğe dahil unsurları kaybolacak şekilde üzerindeki ağaç ve ağaççık toplulukları kaldırılan ve toprağında müş’ir bitkiler, refakat florası, dip kütükleri, ölü örtü ve toprağın bir metre derinliğine kadar olan kısmında, kalın ve ince kök kalıntıları veya bunların çürütmesinden hasıl olan içi humus veya gevşek mineral madde dolu kanallar bulunmayan ve çevre sorunları, ormancılık fâaliyetleri ve ekonomisi yönlerinden yeniden orman kurulmasında zorunluluk ve yarar*” olmaması olarak tanımlanmaktadır. Oysa Orman Kanunu ormanı yalnızca ağaç ve ağaççık topluluğu olarak değil, yerleri ile birlikte tanımlamaktadır. Şu halde, toprağını ve etkileşim içinde olduğu ekosistemini gözardı ederek ormanı salt ağaç topluluğu olarak tanımlamak, ormanlara kasten ve insan eliyle zarar verilmesine yani orman niteliğinin “kaybettirilmesine” zemin hazırlayacaktır.³⁰ Ormanın doğal yollarla nitelik kaybının ancak bir deniz taşması, bir yanardağ patlaması veya büyük bir orman-bitki hastalığı neticesinde yok olması halinde gerçekleşeceğini belirten doktrin görüşlerine göre; bu jeolojik olaylar dışındaki durumlar bir nitelik kaybı değil, insan eliyle gerçekleşen bir nitelik kaybettirme halidir ve Orman Kanunu uyarınca yaptırım öngörülmüş bir suçtur.³¹ Nitekim Yargıtay da bilim ve fen bakımından orman niteliğini yitirmeye ilişkin karar sürecinin bilimsel dayanaklarına dikkat çekmektedir. Buna göre: “*orman bütünlüğünü bozmama, su ve toprak rejimine ve çevresindeki ekosistemlerinin tüm öğeleriyle kendisini yenileyebilme gücüne zarar vermeme, ormancılık çalışmalarının etkenlik, verimlilik ve karlılık düzeylerini düşürmeme, taşınmaz üzerinde insan elinin çekilmesi ve olduğu gibi bırakılması halinde, yeniden orman haline dönüşüp dönüşmeyeceği gibi koşulların birlikte değerlendirilip, taşınmazın hangi doğal olaylar ve eylemler sonucu bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybettiğinin ya da etmediğinin incelenerek bu olguların tartışılması ve taşınmazın hangi maddi ve bilimsel olgular sonucu nitelik kaybettiği sonucuna*” ulaşıldığının açıklanması zaruridir.³² Görülmektedir ki, bir yerin bilimsel ve fenni açıdan orman niteliğini tam olarak kaybettiğine hükmedebilmek için, o yerin yeniden ormana dönüşme ihtimalinin

³⁰ TMMOB, 2B Sorunu, Gerçekler, Öneriler, Nisan 2006, E. T. 04.01.2021, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/296c101daa88a51_ek.pdf, 15.

³¹ Ferruh Atbaşoğlu, “Ormanlarımızın Anayasa ve Yasalardaki Yeri ve Geleceği” Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 28; Mehmet Korkmaz, Hasan Alkan, Ayhan Akyol, “Yeni Anayasa Hazırlıkları Kapsamında Ormanlar ve Ormancılık”, Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 115; Ufuk Coşgun, “Yeni Anayasa Çalışmaları için Ormanlar ve Ormancılığımıza Yönelik Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Ankara, Türk Ormancılar Derneği Yayını, (2016): 127.

³² Y20. HD, E. 2014/6117, K. 2015/15, K. T. 14.01.2015, E. T. 23.01.2022.

olmaması şarttır. Bunun için de öncelikle bu yerlerden el çekilmeli ve akabinde bu yerlerin ormana dönüşüp dönüşmediği denetlenmelidir.³³ Dahası orman niteliğini kaybetmiş yerlerin uygun ormancılık teknikleriyle yeniden orman rejimine kavuşturulmasına yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Nitekim İstanbul'da 1.637 ha arazinin kendiliğinden ormana dönüşmesi ve bunların %70'inin Orman Genel Müdürlüğü'nce Hazine'den geri alınması, devletin ormanların korunmasına ilişkin denetleme yükümlülüğünün önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.³⁴ Zira sözü geçen düzenlemenin, Anayasa'nın 170. maddesiyle birlikte okunduğunda suistimale meyyal bir tarafı olduğu görülecektir. 170. madde, 1981'den evvel bilim ve fen açısından orman özelliğini tümüyle kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi maksadıyla bu alanlara orman içinde yaşayan köy halkının yerleştirilmesini öngörmektedir. Bu hüküm bir yanıyla orman niteliğini kaybeden yerlerin atıl kalmasını önlemeye ve orman halkını kalkındırmaya hizmet etse de, diğer yanıyla orman alanların tahribine zemin hazırlamaktadır. Ülkemizde yerleşim alanı yaratmak gayesiyle ormanlara orman özelliğinin kaybettirilmesi vakidir. Şu halde Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere bilim ve fen bakımından kaybın tespitinde insan eli ve zorlama yöntemler gibi sebep unsurları mutlaka göz önünde bulundurulmalı, böylece hukuka aykırı eylemler yasalarla korunmamalıdır.³⁵ Kaldı ki devletin anayasal yükümlülüklerinden birinin ormanlara zarar verebilecek hiçbir eyleme izin verilmemesi ve bu eylemlerin önlenmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, "orman" vasfında iken 1961 ile 1982 yılları arasında bilim ve fen bakımından orman vasfının yitirilmesine sebep olan eylemler hakkında devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Şu halde, 1982 Anayasası'nın 169. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk üç fıkrası ile çeliştiğini söylemek mümkündür.

A. ORMANLARIN KORUNMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BİR İSTİSNASI OLARAK "KAMU YARARI"

Devlet ormanlarının mülkiyetinin devlete ait olduğunu ve bu mülkiyetin devredilmez olduğunu belirten anayasa koyucu, kamu yararı şartının yerine getirilmesi kaidesiyle 3. kişilerin ormandan yararlanmasına olanak tanımıştır. Bunun karşılığında kanun koyucu yükümlülükleri "izin almak", "mali karşılığını ödemek" ve "rehabilite etmek" ile yükümlü kılmıştır.³⁶ Orman Genel Müdürlüğü istatistikleri uyarınca 2012-2020 arasında 293 bin 822 hektarlık alan ormancılık dışı sahalara tahsis edilmiştir.³⁷ Ormanların ormancılık dışında özgülendiği başlıca

³³ Ferruh Atbaşoğlu, "Görünmeyen Yangın 2/B", *Orman Kadastro ve 2/B Sorunu Sempozyumu Bildiriler ve Panel*, İstanbul, Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, (2005): 56.

³⁴ TMMOB, 15.

³⁵ Y20. HD, E. 2014/6117, K. 2015/15, K. T. 14.01.2015, E. T. 23.01.2022.

³⁶ Akmaz, 170.

³⁷ Orman Genel Müdürlüğü, Resmi İstatikler, E. T. 05.02.2022, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>.

alanlar bina ve tesis inşası, turizm ve madencilik olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu göz önünde bulundurulduğunda, ormanlar üzerinde kamu yararı için irtifak hakkı kurulmak istenmesi, üstün kamu yararını gündeme getirmektedir. Şu halde ormanlar üzerinde irtifak hakkı ancak ormanların orman olarak muhafaza edilmesinin yararından daha üstün bir kamu yararı sağlayacaksa anayasaya uygun olacaktır. Zira esas olan ormanların korunması yükümlülüğü olup kamu irtifakının bu sınır doğrultusunda tesis edilmesi gerekir. Aksi bir uygulama, “*Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez*” hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ormanların başka amaçlar için tahsisi hususunda üstün yarar kriterini aramış ve irtifak hakkının ancak “zorunluluk” halinde, yani ormanın tahsisinin kaçınılmaz olması halinde kurulacağını kaydetmiştir.³⁸ İlgili karar, ormanlık alanları keyfi uygulamalara karşı korumak yönüyle önem arz etmektedir zira aksi halde devlet ormanları ekonomik yatırımlar için ucuz arsa işlevi görecektir. Nitekim 1980’li yıllara değin ormanlardan arazi olarak faydalanma eğilimi baskınken, 1980 sonrasında konjonktürün değişmesiyle ormanlar maden, turizm, enerji gibi alanlar için cazibe merkezi olmuştur.³⁹ Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kamu yararı ve zorunluluk kriterlerini vurgulamak suretiyle daha spesifik bir düzenlemeyi işaret etse de, yasal çerçeve idareye geniş bir takdir sahası sağlamaktadır. Kamu yararı kavramını yorumlama noktasında beliren bu takdir yetkisinin genişliği zaman zaman devlet ormanlarına telafisi mümkün olmayacak zararlar vermektedir.⁴⁰ Çünkü Mahkeme kanun koyucunun getirdiği düzenlemenin kamu yararına uygun olup olmadığını değil kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığını denetlemektedir. Bir başka ifadeyle Mahkeme’nin yaptığı inceleme düzenlemenin kamu yararı dışında belli kişi ya da grupların menfaatleri gözetilerek yapılıp yapılmadığına ilişkindir.⁴¹ Nitekim orman sahasında vakıf üniversitesi kurulması, gemi söküm tesisi inşası, petrol şirketinin alt yapısının kurulması gibi bazı uygulamaların kamu yararı şartını sağladığı gerekçesiyle yargı mercilerince hukuka uygun bulunduğu vakidir.⁴²

Bir yandan kamu yararı kavramının muğlaklığı diğer yandan da karar merci organların noksanlıkları ormanların korunması yükümlülüğünün ihlaline kapı aralamaktadır. Bu bağlamda, ilgili karar merci olan komisyonun sivil toplum kuruluşlarından, üniversitelerden ve yerel halktan temsilcilerin de katılımıyla oluşması ve karar sürecinde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporunun kıstas alınması, Anayasa Mahkemesi’nin aradığı kamu yararı ve zorunluluk kriterleri-

³⁸ AYM Kararı, E. 2006/169, K. 2007/55, K. T. 07/05/2007, E. T. 23.01.2022.

³⁹ Çağlar, 293-94.

⁴⁰ ibid, 79.

⁴¹ AYM Kararı, E. 2008/51, K. 2011/46, K. T. 10.03.2011, E. T. 15.07.2022.

⁴² D6.D, E. 2002/946, K. 2003/4410, K. T. 22.9.2003, E. T. 23.01.2022; D10.D, E. 1999/2273, K. 2001/3966, K. T. 19.11.2001, E. T. 23.01.2022.

nin somutlaşmasına katkı sunacaktır. Önlemenin en iyi koruma yöntemi olduğundan hareketle tasarlanan ve çevreye yönelik olası zararlara karşı önleyici nitelik arz eden ÇED şu kritik sorulara yanıt vermektedir; bir projenin önerilen haliyle gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı, projenin aynı işleve sahip fakat daha çevre yanlısı alternatiflerinin bulunup bulunmadığı, risklerin neler olduğu, hangi somut tedbirlerin gerektiğidir.⁴³ Şu halde ÇED sürecinin, ormanların korunması yükümlülüğünün kilit unsurlarından biri olduğunu söylemek mümkündür.

Eleme, kapsamaştırma ve izleme evrelerinden oluşan ÇED sürecinde ilk aşama; ÇED Raporu hazırlanacak projeler ile hazırlanmayacakların ayrıştığı eleme sürecidir. Faaliyetin büyüklüğü ve önemi gereği ÇED raporuna gereksinim duyulduğunda içeriğin hazırlandığı kapsamaştırma süreci başlamaktadır. İzleme sürecinde ise ÇED raporunda yer verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediği takip edilmektedir.⁴⁴ Bununla beraber ÇED, karar mercilerinin önündeki seçeneklerin olumlu ve olumsuz yönlerini sergileyen objektif, bilimsel bir yaklaşım olup son karar merci idaredir.⁴⁵ İdarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı göz önüne alındığında, bu sınırın çerçevesinin yasal yükümlülüklerin ışığında objektif kriterlerle oluşturulması gerektiği açıktır. Fakat ne yazık ki ÇED süreci “ÇED olumlu” ve “ÇED gerekli değildir” kararlarından ibaret bürokratik bir basamak olarak görülmektedir.⁴⁶ Üstelik ÇED’in sınırları her mevzuat değişikliğinde tırpanlanmaktadır. ÇED yönetmeliğinde, ilk kez yürürlüğe girdiği 1993 yılından itibaren geçici madde yahut muafiyet yoluyla birçok proje ve faaliyet kapsam dışına çıkarılmıştır. ÇED’in uygulama yönetmeliğinin 7. maddesine göre EK-1 no.lu listesindeki faaliyetler doğrudan ÇED’e tabi iken, EK-2 no.lu listedeki faaliyetler seçme eleme kriterlerine tabi tutulup ancak “ÇED Gereklidir” kararı verilirse ÇED’e tabi olacaklardır. Bu durumda doğrudan ÇED’e tabi olacak ya da seçme eleme kriterlerine tabi olacak faaliyet listelerinin belirlenmesinde idare somut gerekçelere dayanmak zorundadır. Nitekim Danıştay ÇED Yönetmeliği’nde değişiklik yaparak EK-1 listesindeki bazı faaliyetleri EK-2 listesine dahil eden, bazı faaliyetleri ise limit değer öngörülmesiz ÇED kapsamından çıkararak düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesinde: *“sınır değerlerin hangi kriterler esas alınarak belirlendiği, bazı projelerin ÇED kapsamından çıkarılmasının nesnel ve teknik gerekçeleri ile bu projelerin çevreye olan etkilerinin değerlendirilmesine yönelik herhangi bir rapor; uzman görüşü ya da somut bilgi ve belge bulunmadığı gibi söz konusu Yönetmelik değişikliğinin hangi AB ÇED Direktifi esas alınarak, ne şekilde yapıldığı konusunda da herhangi bir*

⁴³ Orhan Uslu, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yaklaşımı, Tarihçesi ve Tanımı”, *Çevre Üzerine*, Ankara, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, (1991): 157; Nühket Turgut, *Çevre Hukuku*, (Ankara, Savaş Yayınevi, 2001): 206.

⁴⁴ Gencay Serter, Türkiye’de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi, *Planlama*, (1) (2006): 43-44.

⁴⁵ Uslu, 159.

⁴⁶ Serter, 50.

hususun dosyada yer almadığı, kaldı ki, dava konusu Yönetmelik değişikliğine ilişkin olarak idarelerce verilen bazı görüşler dikkate alınmadığı gibi, bu görüşlerin neden değerlendirilmediği hususunda herhangi bir açıklamanın da bulunmadığı” hususlarının altı çizilmiştir.⁴⁷ Nitekim petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışında bırakılmasının Anayasa’ya uygunluğunu inceleyen Anayasa Mahkemesi de bu düzenlemeyi sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlali olarak görerek iptal etmiştir. Mahkeme’ye göre: “ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamında ki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenebilmesi için ÇED’in öngörülmesi, Anayasa’nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir.” Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi de Danıştay gibi etkin bir denetim için ÇED’i zaruri görmektedir.⁴⁸ Bu bağlamda devletin hem önleme hem de denetleme yükümlülüğünün icabını gerektirmesi yönüyle ÇED uygulamasının anılan eksiklikler doğrultusunda iyileştirilmesi, devletin koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için önemli bir gerekliliktir.

1. Bina ve Tesis İnşası

Kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin yerine getirilmesi kaydıyla, Anayasamızın 169. maddesi uyarınca devlet ormanı sayılan yerlerin ormancılık dışı amaçlar için tahsisi mümkündür. Ormanlar üzerinde bina ve tesis inşası bu tahsisin sık görülen uygulamalarından biridir. Orman Kanunu’nun 17. maddesi kural olarak ormanlar üzerinde her türlü yapılaşmayı yasaklamış, işgal ve faydalanma eylemlerine karşı koruyucu güvencelere yer vermiştir. Bununla beraber bu kurala istisna getirilmiştir. Buna göre ormanlar üzerinde kurulacak bina ve tesis inşasına yönelik irtifak hakkı: savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesisleri; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıklar; devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri; ceza infaz kurumları, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nce yapılacak spor tesisleri, Savunma Sanayii Başkanlığı’nca yapılacak savunma maksatlı tesisler ve müştemilatı, köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksatlı yapılar, devlet yükseköğretim kurumlarınca eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ve

⁴⁷ D14.D, E. 2015/592, Y.D. kararı, E. T. 23.01.2022, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/danistayweb_opt.pdf.

⁴⁸ AYM Kararı, E. 2006/99, K. 2009/9, K. T. 15.01.2009, E. T. 23.01.2022; 1993-2019 yıllarına ilişkin istatistik verileri uyarınca, ÇED’e tabi projelerin %99’u hakkında “ÇED olumlu”, seçme eleme kriterlerinin uygulandığı projelerin %98’inde “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilmiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, E. T. 26.01.2022, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced-karar-1993-2019_10022019_20200210095300.pdf.; Diğer yandan Dünya Çevresel Performans Endeksi 2020 yılı verilerine göre Türkiye 180 ülke içinde 108. sıradadır. Environmental Performance Index, E. T. 26.01.2022, <https://epi.yale.edu/epi-country-report/TUR>.

yurtlar, karayollarındaki ulaştırma yapıları, hizmet ve bakım işletme tesisleri, yol ve su hatlarının yapımından çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanlar olarak düzenlenmiştir. Ormanlar üzerindeki yapılaşmaya ilişkin irtifak hakkının kapsamı Orman Kanunu'nun 17. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Uygulanması Hakkında Yönetmelik'te detaylıca ele alınmıştır. Bununla beraber sözü geçen yönetmeliğin geçirdiği değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda ormanlar üzerindeki yapılaşmanın her bir yönetmelik değişikliğiyle zaman içinde artırıldığı göze çarpmaktadır. Nitekim kanun koyucu istisna hükümlerine 18. madde ile devam etmiş, devlet ormanları üzerinde: *“arkeolojik kazı ve restorasyon yapılmasına ve bu alanların kullanımına, tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesislere, odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, orman içi su kaynakları kullanılarak balık üretim yerleri kurulmasına (...) ve göl, baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık, midye ve istiridye üretimi için karada yapılması mecburi tesislere ve yeraltında depolama alanı kurulmasına; bozuk orman alanlarında orman bitkisi fidanlıkları kurulmasına, mantar ve tıbbi aromatik bitki yetiştiriciliğine, orman alanlarından üretilen odun dışı ürünlerin mamul ya da yarı mamul olarak işlenmesi amacıyla tesis kurulmasına”* izin vermiştir. Bahsi geçen istisnaların kapsamının genişliği göz önüne alındığında, ormanların başka bir amaca tahsisi için aranan “kamu yararı” ve “zorunluluk” ölçütlerinin ormanlar üzerindeki yapılara yönelik irtifak hakkının kurulması yönünden önemi ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine bakıldığında bahsi geçen unsurların *“öncelikli”* kamu hizmetlerine ilişkin bina ve tesis kurulması olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu öncelik ise şüphesiz, bahsi geçen yapı ve tesislerin orman dışında yer alma imkanının olmamasıdır.⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin devlet ormanlarında balık üretmek üzere tesis kurulmasını, devlet ormanlarında gerçekleştirilmesine izin verilebilecek zorunlu bir faaliyet olmadığı gerekçesi ile anayasaya aykırı bulunan 16.07.2020 tarihli kararı göz önünde bulundurulduğunda,⁵⁰ üstün kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığı her somut olay için ayrıca değerlendirilmeli ve kriterler sağlanmadığında yargı mercilerince iptal edilmelidir.

2. Turizm

Ormanlar üzerinde kurulabilecek bir diğer irtifak turizm yatırımlarına ilişkindir. Ormanların turizm yatırımlarına tahsisini düzenleyen 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, turizm bölgesi olarak seçilen alan ve yörelerde yer alan devlet ormanlarının Turizm Bakanlığı'na tahsis edilmesine imkan tanımaktadır. Ülkemizde, turizmin kalkınma açısından bir kamu yararı teşkil ettiği hususunda içtihat oluşmuştur. Bununla beraber ormanların orman olarak kalmalarının sağlayacağı kamu yararı ile, ormanların turizme tahsisinin sağlayacağı kamu yararı arasında hangi-

⁴⁹ AYM Kararı, E. 2004/67, K. 2007/83, K. T. 22.11.2007, E. T. 23.01.2022.

⁵⁰ AYM Kararı, E. 2018/104, K. 2020/39, K. T. 16.07.2020, E. T. 15.07.2022.

sinin tercihe şayan olduğu ise kuşkusuz anayasal sınırlar dahilinde, yasal düzenlemeler ışığında ve her somut olaya özgü olarak ayrı ayrı ele alınması gereken bir durumdur. Nitekim Orman Kanunu'nun ve Turizmi Teşvik Kanunu'nun serüveni, konunun serencamına ilişkin önemli ipuçları barındırmaktadır. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değişiklik öncesi 17 madde 3. fıkrası "*Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzelkişilere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir.*" demek suretiyle ormanların bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığını yeterli kılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre; maddede geçen "*kamu yararı*" kavramının hangi durumları kapsadığının yasayla belirlenmesi gerekirken, kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ve Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık teşkil etmiştir. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının bahsi geçen gerekçeyle iptalinin ardından ormanların turizme tahsisine ilişkin tek kanun Turizmi Teşvik Kanunu olmuştur. Yasakoyucu bu kanunun ilk halinde ormanların turizme tahsisini "*Hazineye ait olan yerlerle ormanlar, ilgili kuruluşlarca Bakanlığa tahsis edilir.*" şeklinde oldukça genel bir çerçeve çizmek suretiyle düzenlemiştir. Maddeye göre, ormanların yatırımcılara tahsis işlemi ve üzerinde irtifak hakkı kurma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufunda olacak ve ilgili ayrıntılı hususlar bir idari düzenleyici işlemle kurala bağlanacaktır. Anayasa Mahkemesi hükme ilişkin değerlendirmesinde bir yandan turizme teşviğin bir kamu yararı teşkil ettiğini belirtmiş, diğer yandan da yasama organının "*ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak*" yükümlülüğü olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme bahsi geçen düzenlemeyi ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte yer vermemesi nedeniyle idareye çok geniş bir takdir sahası bıraktığı için yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre ülkemizde orman varlığı sürekli tehdit altındadır. Bu gerçek karşısında anayasa koyucu ormanların korunması ve geliştirilmesi için ayrıntılı hükümler düzenlemek suretiyle konuya özel önem atfetmekte ve yasama organına ormanların korunması ve geliştirilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklemektedir. Sözü geçen yasa metninde, ormanların turizme tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz olduğuna ilişkin ölçüt ve sınırlara yer verilmediğini kaydeden Mahkeme, bu görev ve sorumluluğun yerine getirilmediği gerekçesiyle ilgili kanun hükmünü Anayasa'nın "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*" hükmüne ve 169. maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.⁵¹

⁵¹ Mahkeme, kararında ormanların uzun dönemli "yaşamsal kamu yararı" arz ettiğine dikkat çekerek anayasa koyucunun ormanların devletçe korunmasına özel önem atfettiğini ifade etmiş ve ülkemizde ormanların sürekli yok edildiğini kaydetmiştir. AYM Kararı, E. 2006/169, K. 2007/55, K. T. 07.05.2007, E. T. 23.01.2022.

Mahkeme'nin bu kararı doğrultusunda kanun metni 5761 sayılı yasayla yeniden düzenlenmiştir. Güncel hüküme göre:

“(1) Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir. Hazine adına tescili yapılmamış Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle, kapanan yollar ve yol fazlalarının resen tescili, talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içinde tamamlanır. Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerden;

“a) Sağlık turizmine yönelik fizik tedavi tesisi veya rehabilitasyon merkezi tesislerini kapsayan konaklamalı tesisler yapılabilmesi için iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan,

b) Termal turizmine yönelik jeotermal kaynakları bulunan,

c) Kış turizmi kapsamında uygun yapı ve tesislerin yapılabileceği yeterli pist uzunluğunu ve gerekli rakımı sağlayan,

d) Eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan,

e) Golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkan sağlayan,

f) Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan,

g) Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıdan başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan,

h) Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan,

yerler talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir.”

Yeni düzenleme ile anlaşılmaktadır ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesi göz önünde bulundurulmuş ve ormanların turizme tahsisi konusunda bazı kıstas ve sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre ormanlar sadece madde metninde sayılan turizm faaliyetleri söz konusu olduğunda tahsis edilebilecektir. İlaveten herhangi bir bölgedeki değil, sadece kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm merkezi olarak ilan edilmiş olan yerlerdeki orman arazilerinin tahsisi olanaklı kılınmıştır. Bunun yanı sıra turizm yatırımları için öncelikli olarak hazine arazilerinin kullanılması, hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması halinde ormanların turizme tahsisinin mümkün olması Anayasa

Mahkemesi'nin kararı ile uyumlu, yerinde bir değişiklik olmuştur. Ayrıca turizm yatırımları için tahsis edilecek orman alanı miktarı için il genelindeki orman sayılan yerlerin “binde beşini”; yapılaşmaya esas inşaat hakkının emsal (E) 0.30' u geçmemesi şartının getirilmesi ormanlara yönelik tahribatı engellemeye yönelik önemli bir adımdır.⁵² Nitekim kanun bu haliyle yeniden Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Mahkeme bu düzenlemelerin kamu yararı ve zorunluluk ölçütlerini karşıladığı sonucuna varmış ve iptal talebini reddetmiştir.⁵³ Oysa her ne kadar yeni düzenleme ile daha spesifik bir hüküm ortaya konmuş olsa da, tahsis kriterlerinin ve “yeterli alan” kavramının subjektifliği, öngörülen turizm faaliyetlerinin genişliği, Anayasa Mahkemesi'nin evvelen iptal gerekçesinde yer verdiği zorunluluk kriterine ilişkin tartışmaları yeniden gündeme getirmektedir. İlaveten, gördüğü ekolojik işlevler nedeniyle kesinlikle korunması gereken orman ekosistemlerinin de turizm yatırımlarına tahsis edilebilecek olması, ender ve/veya geleceği tehlike altındaki özel orman ekosistemlerinin kaybedilmesine zemin hazırlamaktadır. Benzer bir yaklaşım 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin “A” fıkrasında da görülmektedir. Buna göre: “*Turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedeli, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedilir ve kaydedilen tutar karşılığı ödenek öngörülür. Belirtilen bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmez.*” Bu düzenleme bir yandan ormanı ağaca indirgemesi yönüyle, diğer yandan da kaybedilecek bitki ve hayvan türlerinin her zaman geri kazanılabileceği yanlısaması içermesi yönüyle eleştirilmektedir. Orman ekosisteminin bir bütün arz etmesinin, ender ve geleceği tehlikede olan bitki ve hayvan türlerinin kaybı ve ağaçların yetiştirildikleri bölgelere uyum sağlayamaması ihtimallerinin göz ardı edilmesi, devletin ormanların korunması yükümlülüğünün ihlalini gündeme getirmektedir.⁵⁴ Nitekim 2021 yılında 7334 sayılı Kanun ile Turizm Teşvik Kanunu'nda yapılan değişiklikler de benzer tartışmaları beraberinde getirmiştir. Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim bölgeleri ve Turizm Merkezleri ilan etme yetkisini cumhurbaşkanına veren Kanun'un yeni 8. maddesine göre: “*Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri ile bu bölge ve merkezlerin dışında olmakla birlikte denize kıyısı olan ilçelerde, Millî Parklar Kanunu gereğince tespit ve ilân edilen yerlerde, ilgili Bakanlıkça belirlenen ve üzerinde konaklama tesisi bulunan veya konaklama tesisi yapılması uygun görülen alanları yatırımcılara tahsis etmeye sadece Bakanlık yetkilidir. Bu yerlerde lüks çadır, çadır ve karavan alanı yapılması ve işletilmesi amacıyla yapılacak kiralalamalar*

⁵² Aksi görüş için bkz. Aynur Aydın, Özhan Türker, “Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Hukuki Süreç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 35, Sayı 160, (2022): 142.

⁵³ AYM Kararı, E. 2008/51, K. 2011/46, K. T. 10.03.2011, E. T. 15.07.2022.

⁵⁴ Çağlar, 169.

hariç ilgili kurumlarca konaklama içeren tesis yapılması amacıyla kiralama veya tahsis yapılamaz, izin verilemez". Hükümden anlaşıldığı üzere değişiklikle birlikte hem turizm alanlarında hem de bu alanların dışında kalan deniz kıyısındaki ormanların turizm amaçlı tahsisine izin verilmiştir. Bunun yanı sıra "turizm merkezi" tanımının kamu yararı olduğundan bahisle orman vasfını taşıyan yerleri de kapsayacak şekilde genişletilebilmesi, bir başka ifadeyle ormanların doğrudan ve koşulsuz olarak turizm merkezi olarak belirlenmesi hususunda idarenin yetkili kılınması, Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen "orman alanlarının daraltılmayacağı" ilkesine aykırılık arz etmektedir.⁵⁵

3. Madencilik

Ormanların ormancılık dışında özgüleneceği bir diğer saha da madenciliktir. Ülkemizdeki maden rezervlerinin büyük bir kısmının ormanlık alanlarda bulunması nedeniyle orman alanları içinde gerçekleşen maden arama ve işletme faaliyetleri son yıllarda sıkça tartışma konusu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "*Madencilik sektörü, istihdamı yoğun bir sektör olması, hizmet ana ve yan sanayi sektörlerini teşvik etmesi, bölgesel ve yerel kalkınmayı ön plana çıkararak hem işsizliği önlemesi hem de göçü azaltması ve yeraltından çıkarıldığı anda yüzde yüz katma değer yaratması gibi özellikleri nedeniyle ülke kalkınmasında büyük rol oynamaktadır. Madencilik sektöründe yer seçme şansının olmaması nedeniyle madenlerin oluştukları yerde üretilmesi zorunlu bulunmaktadır.*"⁵⁶ Bununla beraber madencilik yapılan orman sahalarında, orman arazisi, orman yolları, ağaçlar ve ekosistem zarar görmektedir. Bu nedenle ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisi için aranan kamu yararı ve zorunluluk koşulu madencilik için de aranmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin karar seyri, her somut olayda devlet ormanı üzerinde madencilik yapılması ile meydana gelecek kamu yararı ile ormanın orman olarak korunmasındaki kamu yararı ağırlığının karşılaştırılmasını ve üstün olan kamu yararının tercih edilerek ona göre izin verilmesini gerektirmektedir.⁵⁷ Bakanlığın izin verme hususundaki takdir yetkisinin kamu yararı, işin niteliği, ormanların korunması ve bu sahalara dair ihtiyaç gibi objektif kıstaslar açısından değerlendirilmesi gerektiğini kaydeden Danıştay, yapılacak maden tesislerinin orman dışında yapılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin zaruret halinin varlığına ilişkin somut tespitlerin yokluğu nedeniyle verilen izin kararını iptal etmiştir.⁵⁸ Keza, konuya ilişkin temel mevzuattan biri olan Maden Kanunu'nun orman

⁵⁵ Aydın, Türker, 148. "Turizm Merkezleri: Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri dışında kalmakla birlikte, bu bölgelerin niteliğini taşıyan, turizm hareketleri ve faaliyetleri açısından öncelikle geliştirilmesinde kamu yararı bulunan orman vasıflı olanlar dâhil Hazine taşınmazları ile tescilli mümkün olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yeri, mevkii ve sınırları Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit ve ilân edilen alanları" ifade eder. Turizm Teşvik Kanunu m.3.

⁵⁶ AYM Kararı, E. 2010/85, K. 2012/13, K. T. 26.01.2012, E. T. 23.01.2022.

⁵⁷ AYM Kararı, E. 2010/85, K. 2012/13, 26/1/2012, E. T. 15.07.2022.

⁵⁸ D8.D, E. 2017/4562, K. 2019/1641, K. T. 07.03.2019, E. T. 15.07.2022.

alanları başta olmak üzere bütün doğal kaynakları madencilik faaliyetlerine açan ve esasların Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğine ilişkin 7/1. Maddesi 2009 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların yasada düzenlenmesi gerekliliğini gerekçe gösteren Mahkeme'nin bu kararı üzerine Maden Kanunu'nun *Madencilik faaliyetlerinde izinler* başlıklı 7. maddesi, devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri için 6831 sayılı Orman Kanunu'nu yetkili kılmıştır. Şu halde madencilığe ilişkin orman izni başvuruları Orman Kanunu ve Orman Kanunu'nun 16. maddesinin uygulama yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre değerlendirilecektir. Buna göre Orman Kanunu m.16 uyarınca: *“Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilir. Ancak, temditler dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesi, Çevre ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlıdır.”*

Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılmaktadır ki, devlet ormanlarının bedelsiz ve kontrolsüz olarak madencilik faaliyetlerine tahsis edilmemesini temel kriter olarak ele alan Mahkeme, yürürlükteki mevzuat uyarınca ormanlar üzerinde madencilik faaliyetleri lehine irtifak hakkı kurulması hususunda kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin sağlandığı kanaatindedir.⁵⁹ 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesine ve bu maddenin yönetmeliğine göre esas olan, madencilik faaliyetleri esnasında ormanların en az zarar görmesini sağlamaktır. Bununla beraber kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının temel argümanlarından biri yer altı madencilik faaliyetlerinin yeraltının ekosistemine ve yaban hayata verdiği kalıcı zarar ve yerüstü tesisleri veya galeri ağızlarının yarattığı kalıcı tahribattır. Bu zararı en aza indirmek amacıyla, madencilik faaliyetleri için alınan ÇED raporlarında ekolojik ve biyolojik zenginliğin ayrıntılı olarak ortaya konulması ve madencilik faaliyetlerinin getirisi ile ormanın uğrayacağı zararın sosyal etki değerlendirmesi ve ekonomik analizinin yapılması şarttır. İlaveten maden çalışmalarının sürdürüldüğü sahalarda düzenli olarak denetlemeler yapılmalı, şartlara uyulmadığının tespiti halinde faaliyetler durdurulmalı, verilen izin geri alınmalıdır.⁶⁰ Maden işletmeciliğine tahsis edilen ormanların zarar görmesi sonrasında ortaya çıkan rehabilitasyon gereği, AY m.169'daki ormanların korunması yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Nitekim Orman Kanunu m.16, *“iznin*

⁵⁹ AYM Kararı, E. 2019/47, K. 2021/16, K. T. 04.03.2021, E. T. 15.07.2022.

⁶⁰ Ali Osman Sezer, Gökçe Gençay, “Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi, (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği)”, *Bartın Orman Fakültesi Dergisi*, 19 (1), (2017): 215.

başlangıcından sona ermesine kadar geçen sürede, izin alanının; çevre emniyetinin sağlanarak, rehabilitasyon projesine uygun olarak ıslah edilmesini, orman ekosisteminin tesisi amacıyla ağaçlandırma ve silvikültür teknikleri kullanılarak çevreye uyumlu hale getirilmesi”⁶¹ olarak tanımlanan rehabilitasyonu öngörmüştür. Bununla beraber her ne kadar rehabilitasyon şartı kanunda yer alsada, ÇED raporunda bir zorunluluk olarak düzenlenmemesi önemli bir eksiklik. ÇED sürecinin rehabilitasyonu içermesi, bu etkinliklerin idarenin sıkı denetimi ve gözetimi altında yapılması ve rehabilitasyon planlarının sırf ağaçlandırmayı değil orman ekosisteminin bir bütün olarak sürdürülebilirliğini amaçlaması, anayasanın öngördüğü ormanların koruma yükümlülüğünün bir gereğidir.⁶²

B. ORMAN YANGINLARI

Orman yangınlarıyla ilgili koruyucu hükümler, 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde yer bulmuştur. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirileceğini kaydeden anayasa koyucu, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilmeyeceğini belirtmiş ve ormanları yakma suçunun genel af ve özel af kapsamına alınmayacağını düzenlemiştir. Bununla beraber Türkiye’de 2011-2020 döneminde meydana gelen 22 bin 912 orman yangınında 69 bin 983 hektarlık orman zarar görmüştür.⁶³ Orman yangınlarının olumsuz etkilerinin yanında insan sağlığı ve güvenliğinin bozulması, hava ve su kirliliği, yangına duyarlı veya yangına dayanıklı ekosistemlerde biyolojik çeşitlilik kaybı, saha bozulması, çölleşme, toprak erozyonu ve karasal karbonun tükenmesi gelmektedir.⁶⁴ Şu halde orman yangınlarıyla mücadele çevreyi ve ormanları koruma yükümlülüğünün bir gereğidir. Nitekim 6831 sayılı Orman Kanunu ile devlete orman yangınları ile ilgili olarak birtakım sorumluluklar yüklenmiştir. Buna göre: “*Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır.*” “*Orman idaresi yangınları önlemek maksadıyla en çok beş yılda tahakkuk ettirilecek bir plan ve program dahilinde yangın emniyet yolları ve yangın kule ve kulübeleri yapmak ve bunları idare merkezlerine telli ve telsiz telefonla bağlamakla mükellef olduğu gibi yangın tehlikesinin fazla olduğu mıntakalarda yangın mevsimine munhasır olmak üzere lüzum gördüğü yerlerde ve yeter miktarda yangın söndürme alet ve malzemesini havi motorlu vasıtalarla teçhiz ve takviye edilmiş yangın ekipleri bulundurur. Orman yangınlarını önleme ve orman yangınlarıyla mücadele harcamaları için Orman Genel Müdürlüğü Katma Bütçesine yeterli miktarda ödenek konulur.*”

⁶¹ Orman Kanunu'nun 16'ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği, m.3/gg.

⁶² Akmaz, 186-188.

⁶³ Orman Bölge Müdürlüğü, Resmi İstatistikler, E. T. 05.02.2022, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>.

⁶⁴ Elisa Morgera, Maria Teresa Cirelli, *Forest fires and the law: A guide for national drafters based on the Fire Management Voluntary Guidelines*, FAO Legislative Study 99, (2009): 3.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme ise 285 Sayılı Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları Tebliği'dir. Orman idaresi orman yangınlarına ilişkin temel hususları bu tebliğ çerçevesinde icra etmektedir. Buna göre yangınla mücadele; yangını önleme, yangını yönetme ve yangın sonrası olmak üzere üç aşamalı bir süreç olarak öngörülmüştür. Tebliğ'de orman yangınlarıyla mücadelede koruyucu tedbirler olarak; halkın eğitimi, halk orman ilişkilerinin düzenlenmesi, milli orman yangını koruma programının oluşturulması ve uygulanması, kamu kuruluşları ile yapılacak yardımlaşma ve işbirliğine ilişkin hususların belirlenmesi ve valiliklerce orman yangını çıkma ihtimalinin fazla olduğu kurak aylarda valilikten alınacak onayla ormana giriş çıkışlar kısıtlanması, gerektiğinde tamamen yasaklanması gibi tedbirler öngörülmüştür. Tebliğin orman yangınları ile mücadelede önleyici tedbirler başlığı altında ise; yangın alanlarının sınıflandırılarak tehlikenin derecesine göre önlem alınması, yangın tehlikesinin azaltılması, ağaçlandırma ve silvikültür tedbirleri, orman yangınlarının gözetlenmesi ve etkili haberleşme, yangın söndürme ekipleri ve ekipmanları ve yangın emniyet yolları açılması tedbirleri öngörülmüştür. Tebliğde yer alan önemli yükümlülüklerden biri de son orman yangınlarında sıkça tartışmalara konu olan orman yangınlarına havadan müdahaledir. Yangınların derecesine göre planlanan müdahale ekiplerinin hem karadan hem de havadan gerekli teçhizatlarla müdahale edeceğini kaydeden düzenleme, havadan müdahale için Türk Hava Kurumu'ndan kiralanan tarım ilaçlama uçaklarını öngörmüştür. Buna göre: *“Uçakların tamamı, bakımları yapılmış, ikmalleri tam bir tanesi su dolu olarak bekleyeceklerdir.” “Uçaklar normal durumda 15 dakikada, kritik durumda 8 dakikada, alarm durumunda 5 dakikada kalkacak şekilde, hava ve alan servisi hazır olacaktır.”*⁶⁵

İlgili mevzuat hükümlerinden açıkça anlaşıldığı üzere; ormanları yangınlara karşı korumak devletin sorumluluğundadır. Yangınların önlemeye yönelik koruyucu tedbirlerin alınması, yangın çıktıktan sonra ise yangının en kısa sürede söndürülmesi için gerekli olan müdahale araçlarına sahip olunması, devletin ormanlara ilişkin sorumluluğunun bir gereğidir. Şu halde orman yangınlarıyla mücadeleden sorumlu devlet kurumu olan Orman Genel Müdürlüğü'ne orman yangınlarıyla mücadele için yeterli miktarda ödenek ayrılması, Anayasa'dan ve kanundan kaynaklanan bir sorumluluğun yerine getirilmemesi olacaktır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 125'inci maddesi gereği, idare eylem ve işlemleri sonucunda meydana gelen zararlardan sorumludur. Fakat doğal afetin bir mücbir teşkil etmesi durumunda yani doğal afetin “dışsal”, “öngörülemez” ve “önlenemez” olması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.⁶⁶ Bununla be-

⁶⁵ Orman Yangınlarının Önlenmesi ve Söndürülmesinde Uygulama Esasları.

⁶⁶ Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, (2019): 1524.

raber idare anayasada ve yasada öngörülen bu tedbirleri yerine getirmedeğinde öngörülemeyen veya önlenemez bir afet değil, bir hizmet kusuru söz konusu olacak ve orman yangınları neticesinde meydana gelen zararlardan sorumlu kılınacaktır.

Yangın yönetimi için hesap verebilirliği sağlayan, yangınlardan sonra bir rehabilitasyon planı hazırlama yükümlülüğü öngören ve yeni yangınların önlenmesi için tedbirler içeren bir mevzuat yangın sonrası mücadele sürecinin temel unsurudur.⁶⁷ Bu bağlamda alınacak bir diğer önemli tedbir, yanmış alanların başka amaçlarla kullanımına engel olmaktır zira aksi halde, turizm, yerleşim alanı edinme gibi saiklerle orman yangını çıkarılması ihtimali gündeme gelebilecektir. Anayasa koyucumuz bu konuda: “*Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz.*” demek suretiyle bu güvenceyi sağlamıştır. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere yanan ormanların yerinde yeniden orman yetiştirilmesini engelleyecek hiçbir faaliyete, “*üstün kamu yararı*” olduğu ya da “*orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmemesi*” gerekçe gösterilerek teşebbüs edilemez. Nitekim Orman Kanunu’nun 2. maddesi yanan orman sahalarının orman sınırı dışına çıkarılmasını, 18. maddesi bu sahalarda tesis kurulmasını ve 19. maddesi de bu sahalarda hayvan otlatılmasını yasaklamıştır.

C. ORMAN SAHALARININ GENİŞLETİLMESİ

Ormanların genişletilmesi, hem 1982 Anayasası’nın 56. maddesi uyarınca çevreyi geliştirme, hem de 169. madde uyarınca orman sahalarının genişletilmesi yükümlülüğünün bir gereğidir. Anayasa koyucu devleti yanan ormanlık alanlarda yeni orman yetiştirmekle yükümlü kılmıştır. Devletin orman sahalarını genişletmeye ilişkin aldığı başlıca tedbir özel ağaçlandırma faaliyetleridir. Bunun yanı sıra ülkemizdeki bozuk orman miktarının yüksek olması nedeniyle bunların iyileştirilmesini amaçlayan rehabilitasyon çalışmaları da orman tesisinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Şu halde ormanların genişletilmesi yükümlülüğünün ormanların hem niceliğinin hem de niteliğinin artırılmasını kapsadığını söylemek mümkündür.⁶⁸ 6831 sayılı Orman Kanunu’nun Ağaçlandırma ve İmar İşleri başlıklı 57. maddesine göre: “*Orman sahasını artırmak maksadıyla, orman sınırları içinde yangın ve çeşitli sebeplerle meydana gelmiş açıklıklarda, verimsiz, vasıfları bozulmuş ve amenajman planlarında toprak muhafaza karakteri taşımadığı halde muhafazaya ayrılmış orman alanları ile Devlete ait olup orman yetişme muhiti şartları bakımından elverişli olan yerlerde; köy tüzelkişilikleri ve diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından Orman Genel Müdürlüğüne uygun görülecek planlara göre ağaçlandırma yapılabilir.*” Bu yerler için gerekli fidanların ve yardımların bedelsiz sağlanacağını belirten kanun koyucu, ağaçlandırılan sahayı orman halinde koruyup idame ettir-

⁶⁷ Morgera, Cirelli, 96.

⁶⁸ Akmaz, 144.

meyenlerden izin haklarının geri alınacağını da kaydetmiştir. Bu durumda ağaçlandırma çalışmaları için yer seçimi, dikilecek ağaç ve ağaçlık türlerinin tespiti, oluşturulacak orman ekosisteminden yararlanma biçimi gibi durumlar orman yetkilileri ve özel ağaçlandırma yapacak kişiler arasındaki iş birliğinin önemini gündeme getirmektedir. Nitekim dikim sürecinin ardından bakım çalışmalarının da yapılması önem arz etmektedir. Evvelen gerçekleştirilen ağaçlandırmalar sırasında yanlış tür seçimi, ender yapısal özelliklere sahip kumul ve bozkır ekosistemlerinin kaldırılıp tek türle gerçekleştirilen ağaçlandırmalar telafisi imkansız zararlara sebep olmuştur. “Yaşlı” ve “bozuk” ya da “verimsiz” sayılan ormanların “gençleştirilmesi” ve “bakımı”, doğru, tutarlı, bütüncül, uzun vadeli ve işbirliğine dayalı çalışmalar gerekmektedir.⁶⁹ Diğer yandan ilgili hükmün devamında yer alan “*mülkiyeti hazineye kalmak üzere bu ağaçlandırma sonucu meydana gelecek ormandan faydalanma usulü, bu Kanunda yer alan hususi ormanlara ait hükümler göre yürütülür.*” ibaresi özel önem arz etmektedir. Şöyle ki özel kişilerin özel ormanları gibi yararlanabilecekleri orman ekosistemi oluşturmalarına ve bu maksatla ağaçlandırma ve tarım yapmalarına imkan tanınması mülkiyet edinmek maksadıyla yangın çıkarma gibi orman suçlarını işleme eğilimini artırmayacaktır. Bununla beraber madde metninde yer alan “verimsiz”, “vasıfları bozulmuş” tabirleri idare tarafından geniş yorumlanmaya elverişli düzenlemelerdir.⁷⁰ Şu halde sözü edilen tabirlerin tanımlanması ve bilimsel kriterlere tabi kılınması, devletin orman sahasının genişletilmesine ilişkin yükümlülüğünün bir unsurudur.

SONUÇ

Türk Anayasa Mahkemesi’nin de kaydettiği üzere, uzun vadeli yaşamsal kamu yararı arz etmesine rağmen ülkemizde ormanlar sürekli yok edilmektedir. Ormanların devlet tarafından korunması ve geliştirilmesi gerek Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkının gerek Anayasa’nın 169. maddesinde düzenlenen ormanlara ilişkin yükümlülüklerin başlıca gereğidir. Bu hususta devletin temel görevleri olarak; ormanları korumaya yönelik etkin yasal ve idari çerçeve oluşturulması, uygulamanın mevzuata uygun şekilde yürütülmesinin sağlanması, kendi iş ve eylemleri ile üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı orman varlığını korumaya yönelik tedbirlerin alınması ve ihlal halinde tazminin sağlanması sayılabilir.

Türk orman mevzuatı bu çerçevede ele alındığında konunun öncelikle Anayasa akabinde ise Orman Kanunu, Çevre Kanunu, Maden Kanunu, Turizm Kanunu, Ceza Kanunu ve uygulama yönetmelikleri yönüyle incelenmesi gerekir. Mevzuata dair eksiklikler ve uyumsuzluklar ormanların korunması yükümlülüğünün icrasının önündeki başlıca engellerdir. Yıllardır süre gelen mevzuat eksikliği ve düzenlemelerin birbirinden kopuk ve çelişkili olması etkili bir orman politikasının

⁶⁹ Çağlar, 16.

⁷⁰ ibid, 364, 374.

icrasını güçleştirmektedir. Orman mevzuatının işlevini ifa edebilmesi için birincil mevzuata ağırlık vermek; düzenlemelerin sıklıkla değiştirilmesinin önüne geçerek tutarlılığa katkı sunacaktır. Sıkça yer verilen istisna hükümleri, geçici maddeler ve çelişkili düzenlemeler mevzuatın bütüncüllüğünü bozan başlıca hususlardır. Şu halde koruma yükümlülüğü kapsamında işler bir mevzuat üretmek için ilk yapılması gereken 1982 Anayasası'nın 169. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk üç fıkrası ile uyumunun sağlanmasıdır. Ayrıca yasal orman tarifi keyfilikten uzak, objektif kriterlere dayanarak belirlenmelidir. Orman sınırları dışına çıkarma işlemine ancak istisnai durumlarda başvurulmalı, bunun için aranan bilim ve fen bakımından yarar sağlamama şartı hukuksal ve bilimsel dayanaklara uygun olmalı ve orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin mülkiyeti mutlaka devlette olmalıdır.

1937 tarihli 3116 sayılı Orman Kanunu'ndan bugüne dek ormanlar üzerinde kamu yararı amaçlı irtifak hakkı kurulabilmesine olanak tanınmıştır. Ormanların bizatihi kamu yararı niteliği arz ediyor oluşu göz önünde bulundurulduğunda, ormanlar üzerinde irtifak hakkı ancak ormanların orman olarak muhafaza edilmesinin yararından daha üstün bir kamu yararı sağlayacaksa anayasaya uygun olacaktır. Özellikle turizm ve madencilik gibi maddi değeri yüksek faaliyetler söz konusu olduğunda her somut olayda, ormanlık alanda verilen izne konu olan kamu yararı ile ormanın muhafazasındaki kamu yararının karşılaştırılması zorunludur. Bununla beraber kamu yararı kavramının genişliği ve muğlaklığı göz önüne alındığında "zorunluluk" kriteri, ormanları korumada kilit bir rol üstlenmektedir. Zira mevzuat değişikliklerinin tamamına yakını, ormanların tahsis edilebileceği ormancılık dışı faaliyet alanlarını peyderpey genişletmektedir. Bu koşullar altında orman varlığını tehdit eden en önemli mesele olarak ormanların ormancılık dışı faaliyetlere özgülenmesi olduğunu söylemek mümkündür. Ormanların ancak zorunluluk durumunda ormancılık dışı amaçlara tahsis edilmesi Anayasa'nın 169. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez.*" hükmünün bir gereğidir.

Devletin ormanları koruma ve geliştirme yükümlülüğünün son gereği de orman yangınlarıyla mücadele ve orman varlığının artırılmasıdır. Yangınları önlemeye yönelik koruyucu tedbirlerin alınması, yangın çıktıktan sonra ise yangının en kısa sürede söndürülmesi için gerekli olan müdahale araçlarına sahip olunması devletin anayasal yükümlülüğüdür. İlaveten yanan ormanların yerine yenisi yetiştirilmelidir. Nihai olarak değinilmesi gereken bir husus da Anayasa'nın 169. maddesinin "*kamu yararının gerektirdiği ölçüde*" ormanlara müdahaleye olanak tanınması karşısında ormanların salt 169. madde çerçevesinde ele alınmasının yarattığı sakıncadır. Zira ormanlar yargı mercilerince Anayasa'nın 56. maddesi gereği çevre hakkının bir alt unsuru ele alınırsa, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceden de yararlanabilecektir. Böylece ormanlar hem yasama hem idari hem de yargı mercileri nezdinde daha etkili bir güvence olanağına kavuşmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, UN. 1992, E.T. 23.01.2022, <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>.
- Akmaz, Mehmet. Ormanların Korunmasında İdare'nin Yükümlülükleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- Atbaşoğlu, Ferruh. "Ormanlarımızın Anayasa ve Yasalardaki Yeri ve Geleceği". Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*. Ankara, Türk Ormanlıklar Derneği Yayını, (2016): 23-33.
- Atbaşoğlu, Ferruh, "Görünmeyen Yangın 2/B". *Orman Kadastro ve 2/B Sorunu Sempozyumu Bildiriler ve Panel*. İstanbul: Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, (2005): 55-72.
- Aydın, Aynur ve Türker, Özhan. "Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Hukuki Süreç". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 35, Sayı 160, (2022): 125-150.
- Aydın, Aynur. "Anayasa'da Ormanlılıkla İlgili Hükümlere Yönelik Bir Görüş". Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*, Türk Ormanlıklar Derneği Yayını, Ankara, (2016): 35-39.
- Bilir, Faruk ve Hamdemir, Berkan. "Çevre Hakkı ve Uygulaması". *International Conference on Eurasian Economies 2011*. Manas University Press, Bışkek, (2011): 143-149.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, E.T. 11.12.2021, <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.
- Convention on Biological Diversity, UN. 1992, E.T. 23.01.2022, <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>.
- Coşgun, Ufuk. "Yeni Anayasa Çalışmaları için Ormanlar ve Ormanlılığımıza Yönelik Yaklaşımların Değerlendirilmesi". Ed. Sezgin Özden, *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasada Orman*. Ankara: Türk Ormanlıklar Derneği Yayını, (2016): 119-133.
- Çağlar, Yücel. *Hukuksal Kısıkaçtaki Ormanlar ve Ormanlılık (Seçme Tartışmalar)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014.
- Çepel, Necmettin. *Orman ve Biz: Ormanın Tanıtımı, Yararları, Tahribi ve Korunma Çareleri*. İstanbul: TEMA Vakfı Yayınları, 1999.
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, E.T. 26.01.2022, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced-karar-1993-2019_10022019_20200210095300.pdf.
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972), E.T. 01.02.2022, <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>.
- Environmental Performance Index, E.T. 26.01.2022, <https://epi.yale.edu/epi-country-report/TUR>.
- Hamamcı, Can. "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler". *İnsan Hakları Yıllığı, C: 5-6*, Ankara: TODAİE Yayınları, (1983-1984): 171-181.

- Güneş, Ahmet. *Çevre Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2015.
- Güveyi, Ümit. “1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, (Aralık 2018): 633-659.
- Kaboğlu, İbrahim. *Çevre Hakkı*. Ankara: İmge Kitabevi, 1996.
- Keleş, Ruşen ve Hamamcı, Can. *Çevre Bilim*. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.
- Korkmaz, Mehmet; Alkan, Hasan ve Akyol, Ayhan. “Yeni Anayasa Hazırlıkları Kapsamında Ormanlar ve Ormancılık”. Ed. Sezgin Özden. *İkinci Yeşil Kitap Yeni Anayasa-da Orman*. Ankara: Türk Ormanlıklar Derneği Yayını, (2016): 111-118.
- Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, United Nations 1998, E.T. 11.12.2021, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.
- Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997, E.T. 02.10.2021, http://hrlibrary.umn.edu/instree/Maastrichtguidelines_.html.
- Morgera, Elisa and Cirelli, Maria Teresa. “Forest Fires and the Law: A Guide for National Drafters Based on the Fire Management Voluntary Guidelines”. *FAO Legislative Study*, 99, (2009).
- Orman Genel Müdürlüğü, Resmi İstatistikler, E.T. 05.02.2022, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>.
- Paris Agreement, United Nations, 2015, E.T. 12.12.2021, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.
- Report of the United Nations Conference on Environment and Development, (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), E.T. 23.01.2022, <https://www.un.org/esa/dsd/agenda21/Agenda%2021.pdf>.
- Serter Gencay. “Türkiye’de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi”. *Planlama*, (1) (2006): 43-52.
- Yokuş Sevük, Handan. *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Sezer Ali Osman ve Gençay, Gökçe. “Devlet Ormanlarında Verilen Maden İzin Sürecinin İncelenmesi, (Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği)”. *Bartın Orman Fakültesi Dergisi*, 19 (1), (2017): 204-217.
- TMMOB, 2B Sorunu, Gerçekler, Öneriler, Nisan 2006, E.T. 04.01.2021, https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/296c101daa88a51_ek.pdf.
- Turgut, Nühket. *Çevre Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2001.
- Uslu, Orhan. “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yaklaşımı, Tarihiçesi ve Tanımı”. *Çevre Üzerine*. Ankara, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, (1991).
- Uz, Abdullah ve Metin, Yüksel. “Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı”. *Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi, ICANAS-38*, S. 2, (2007): 877-900.
- World Charter for Nature, E.T. 23.01.2022, UN. General Assembly (37th sess.: 1982-1983).
- Yıldırım, Turan. “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”. *Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, (2019): 1520-1538.

Mahkeme Kararları

- AİHM, Büyük Daire, Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık, 36022/97, 08.07.2003, par. 96.
AİHM, Hamer/Belçika, 21861/03, 27.11.2007, par. 81.
Anayasa Mahkemesi, E. 2019/47, K. 2021/16, K.T. 04.03.2021, E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16/07/2020. E.T. 14.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2013/89, K. 2014/116, K.T. 03.07.2014, E.T. 12.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2011/110, K. 2012/79, K.T. 24.05.2012, E.T. 12.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2010/85, K. 2012/13, K.T. 26.01.2012, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2009/31, K. 2011/77, K.T. 12/05/2011, E.T. 11.12.2021.
Anayasa Mahkemesi, E. 2008/51, K. 2011/46, K.T. 10.03.2011. E.T. 15.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2006/169, K. 2007/55, K.T. 07/05/2007, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2006/99, K. 2009/9, K.T. 15.01.2009, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2004/67, K. 2007/83, K.T. 22/11/2007, E.T. 23.01.2022.
Anayasa Mahkemesi, E. 2003/100, K. 2004/33, K.T. 17.03.2004, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 8. Daire, E. 2017/4562, K. 2019/1641, K.T. 07.03.2019, E.T. 15.07.2022.
Danıştay 14. Daire, E. 2015/592, Y.D. kararı, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 6. Daire, E. 2002/946, K. 2003/4410, K.T. 22.9.2003, E.T. 23.01.2022.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/2273, K. 2001/3966, K.T. 19.11.2001, E.T. 23.01.2022.
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2014/6117, K. 2015/15, K.T. 14.01.2015, E.T. 23.01.2022.

İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Dilara YÜZER ELTİMUR^(**)**

Öz

21. yüzyılda yapay zekâ sistemlerinin ve algoritmaların sağlık, eğitim, hizmet, sosyal medya gibi birçok sektörde yaygın kullanımı, sosyal, kültürel, iktisadi ve en çok da hukukî bağlamda sonuçlarının tartışılmasını gerekli kılmıştır. Nitekim insan zekâsının algılama, muhakeme etme ve karar verme gibi başlıca özelliklerini taklit etme yeteneğine haiz şekilde ve temelde insanlığın hizmetine sunulmak üzere geliştirilen yapay zekâ sistemlerinin avantajlarının yanı sıra insan hakları alanındaki etkileri değerlendirildiğinde bazı dezavantajlarının da olduğu tespit edilmiştir. Yapay zekâ alanında kabul edilen uluslararası ve ulusal politika ve strateji belgelerinde her ne kadar insan haklarını koruma yaklaşımı açıkça vurgulanmış olsa da kamu ve özel sektörde giderek yaygınlaşan yapay zekâ uygulamaları, birçok insan hakkını ciddi ölçüde ihlal riskini taşımaktadır. Bu bağlamda özellikle ayrımcılık yasağı ve özel hayata saygı hakkı başta olmak üzere yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ihlalleri sıkça gündeme gelmektedir. Çalışmamızda yapay zekâ sistemlerinin günümüzde sebep olduğu ve gelecekte sebep olabileceği öngörülen insan hakları ihlalleri ortaya konup, bu minvalde insan haklarını koruma amacının yapay zekâ sistemleri geliştirilirken ilk planda gözetilmesi ve bu amaca bağlı kalarak sistemlerin işlevselliğinin sağlanması gerekliliği açıklanmıştır. Ayrıca yapay zekâ uygulamaları sebebiyle söz konusu olabilecek insan hakları ihlallerini önlemenin ve insan haklarını korumanın muhatabı olarak devletin yasal, yönetsel ve sosyal alanda alması gereken tedbir ve atması gereken adımlar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Devletin Yükümlülükleri, Özel Hayata Saygı Hakkı, Ayrımcılık Yasağı, Yaşam Hakkı, İfade Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLICATIONS IN THE CONTEXT OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The widespread use of artificial intelligence systems and algorithms in many sectors such as health, education, service, and social media in the 21st century necessitated the discussion of its results in social, cultural, economic and mostly legal context. As a matter of fact, in addition to the advantages of artificial intelligence systems, which have the ability to imitate the main features of human intelligence such as perception, reasoning and decision-making, and basically to be offered to the service of humanity, it has been determined that there are some disadvantages when their effects in the field of human rights are evaluated. Although the approach to protect human rights is emphasized

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.10.2022,
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1155778](https://doi.org/10.54704/akdhfd.1155778).

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / İzmir-Türkiye.
[E-posta: dilara.eltimur@bakircay.edu.tr](mailto:dilara.eltimur@bakircay.edu.tr),
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-1398-8938](https://orcid.org/0000-0003-1398-8938).



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

in international and national policy and strategy documents accepted in the field of artificial intelligence, artificial intelligence applications that are increasingly widespread in the public and private sectors carry the risk of violating many human rights. In this context, violations of the right to life, freedom of expression, and the right to a fair trial, especially the prohibition of discrimination and the right to respect for private life, are frequently on the agenda. In this study, the human rights violations that artificial intelligence systems cause today and that are predicted to cause in the future are revealed and it is explained that the aim of protecting human rights should be considered in the first place while developing artificial intelligence systems and the functionality of the systems should be ensured by adhering to this purpose. In addition, as the addressee of preventing human rights violations and protecting human rights due to artificial intelligence applications, the measures and steps that the state should take in legal, administrative and social areas are discussed.

Keywords

Artificial Intelligence, Human Rights, Obligations of the State, Right to Respect for Private Life, Non-discrimination, Right to Life, Freedom of Expression, Right to a Fair Trial.

Extended Abstract

The concept of artificial intelligence, which was first introduced in the 1950s, does not have a single definition agreed upon in the literature. At the present time, this concept is generally used to refer to systems that can automatically mimic human intelligence and iteratively improve themselves through cognitive and autonomous behaviors such as learning, perceiving, reasoning, problem solving, inference and decision making. Today, the increasing use of artificial intelligence systems and algorithms causes great changes in social, cultural, economic and especially legal fields. As a result of the acceleration of the dynamism of technology in the 21st century and the spread of artificial intelligence technology in every field, it is necessary to examine the effects of these systems on human rights. Because impact assessments of artificial intelligence systems often focus on technical issues, their human rights impacts have rarely been evaluated. Therefore, there is a great lack of information about the impact of artificial intelligence systems on human rights. In this process, it is necessary to develop legislation for the creation of artificial intelligence systems with a human rights-based approach and its implementation to serve the purpose of protecting human rights.

The artificial intelligence provides useful technological opportunities for humanity in the fields of education, health, industry, justice and service, but in some cases it carries a serious risk of violating the right to privacy, the protection of personal data, the principle of equality and non-discrimination, freedom of expression, right to life and the right to a fair trial. For this reason, until adequate, functional and effective security measures are taken by public authorities, applications of artificial intelligence systems that pose a risk to human rights, which are not carried out in accordance with international human rights law, should be restricted. In this context, with regard to artificial intelligence applications, the state has obligations to establish legislation and ethical principles, to provide information, to ensure transparency and accountability, to take responsibility, non-discrimination, developing participatory approaches, ensuring debatability, ensuring accessibility, protecting privacy, and building capacity throughout the society.

In order to, draw attention to the danger of human rights violations in the use of artificial intelligence and to prevent human rights violations, many policy and strategy documents have been adopted at both national and international levels. As the most recent example, dated 2021 "Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts" emphasizes the aim of providing a high level of protection to human rights by considering various sources of risk for fundamental rights. In Turkey, in the "2021-2025 National Artificial Intelligence Strategy", artificial intelligence values and principles have been determined by focusing on human rights. In addition, in 2021 Human Rights Action Plan, it was specified that measures should be taken with the aim of protecting human rights. At the same time, it was emphasized that artificial intelligence applications should be used in the judiciary in accordance with the principles and recommendations of the Council of Europe and not contrary to the principle of protection of legal guarantees. Nevertheless, it should be emphasized that the speed of the legislative function in the field of artificial intelligence has lagged far behind the speed of development and spread of technology.

In this study focus on basically problematic areas in the protection of human rights in artificial intelligence applications. The first of these is to consider the purpose of protecting and supporting human rights while creating artificial intelligence systems and ensuring that the system basically works by adhering to this purpose. The other one is the

responsibility of the state as the addressee of protecting human rights in case of violation of human rights as a result of artificial intelligence applications. In this context, it is the responsibility of the state to develop legislation specific to the use of artificial intelligence and algorithms to support the protection of human rights, to adopt international principles, to prevent violations, to impose sanctions on those responsible, to eliminate the consequences of violations and to eliminate their effects. For this reason, the effects of using artificial intelligence systems in the context of human rights and the responsibilities of the state in this context should be revealed on the basis of two problematic areas.

GİRİŞ

Dijital devrimin ayrılmaz bir parçası olarak yapay zekâ, 1950’li yıllarda doğmuş ve bugüne değin teknolojisi ve kullanım alanı sürekli şekilde gelişerek günlük hayatımızın birçok alanında yer etmiş bir uygulamadır. 21. yüzyılda yapay zekâ araştırmaları, insanoğlunun hem doğayı hem de kendi bilişsel yeteneklerini anlama ve tıpkısını uygulama çabasında önemli bir adım teşkil etmektedir.

Yapay zekâ sistemleri tarafından kaydedilen ilerleme günümüzde insan kapasitesine rakip olabilecek veya bazı durumlarda onları aşabilecek duruma gelmiştir. Yapay zekânın zihinsel kapasitesinin ilerlemesi, insanların yaşam biçimini değiştirecek ve istihdam dünyasında devrim yaratacak boyuta ulaşmıştır¹. Bugün geleneksel olarak insanların gerçekleştirdiği birçok işlev otomatikleşmektedir. Cezalandırma ve şartlı tahliye kararlarına yardımcı olmak, suçluları izlemek, arama motoru sonuçlarını, elektronik haber beslemelerini ve reklamları kişiselleştirmek; dolandırıcılığı tespit etmek, kredi notlarını belirlemek, işe alımı kolaylaştırmak gibi birçok alanda yapay zekâ uygulamalarında sıkça yararlanılmaktadır².

Veri, makine ve algoritmaları içeren otomatikleştirilmiş karar veren yapay zekâ sistemlerinin³ kamu yönetimi, sağlık, eğitim, sosyal medya gibi birçok alanda artan kullanımı⁴; toplum için teknik, sosyal, etik, ekonomik ve en çok da hukuki sonuçlarının dikkate alınmasını gerektiren birçok avantaj ve riski aynı anda sunmaktadır⁵. Bu sebeple politikacılar, iş dünyası, sivil toplum ve hukukçular

¹ Cataleta, Maria Stefania; Cataleta, Anna, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, *CIFILE Journal of International Law Journal*, Vol. 1, No. 2, (2020): 40.

² McGregor, Lorna; Murray, Daragh; Ng, Vivian, “International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019): 310.

³ Information Commissioner’s Office (ICO), “What is automated individual decision-making and profiling?”, Erişim tarihi 12 Haziran 2022. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.

⁴ Information Commissioner’s Office (ICO), “What is automated individual decision-making and profiling?”, Erişim tarihi 12 Haziran 2022. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.

⁵ Raso, Filippo A.; Hilligoss, Hannah.; Krishnamurthy, Vivek; Bavitz, Christopher; Kim, Levin, “Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks”, *Research Publication*, (2018): 17 vd.; Beduschi, Ana. “Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence”, (2020): 2, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. <https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificialintelligence>; Mantelero, Alessandro, “AI and Big Data: A Blueprint

yapay zekâ sistemlerinin fırsat ve zorluklarını bu sistemler onları çıkmaza sokmadan önce kavramalıdır⁶.

Yapay zekâ sistemleri, teknolojinin hızla ilerlemesiyle birlikte insan hayatının vazgeçilmez bir parçası haline gelmesine karşın bu sistemlerinin toplumda bireysel rollerimizi daha bulanık hale getirip, insan hak ve sorumluluklarla ilgili olarak sorun yaratabileceği öngörülmektedir. Nitekim yapay zekâ sistemlerinin insan haklarını ne yönde ve nasıl etkileyeceği ilk planda ele alınması gereken konular arasında gelmekle birlikte bu sistemlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden kimin, ne şekilde sorumlu tutulacağı ve bu alanda devletin yükümlülüklerinin neler olduğu sorularının çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

I. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

1950’li yılların başında Alan M. Turing’in “Makineler Düşünebilir mi?” sorusuyla makine öğrenmesi kavramı ortaya çıkmış⁷, İngiliz Mind Dergisi’nde “Computing Machinery and Intelligence” başlığıyla yayımladığı makalesinde de bu soruya cevap aramıştır⁸. Bilgisayar Bilimci ve Bilişsel Bilimci “John McCarthy” tarafından “Yapay Zekâ” kavramı ilk kez düzenlenen yapay zekâ konferansı olan “Dartmouth Konferansı”nda 1956 yılında kullanılmış olup⁹, bu konferansta yapay zekâ kavramsallaştırılmıştır¹⁰.

1970-1990 yılları arasında yapay zekâya ilişkin çalışma, araştırma ve yatırımlar durduğundan bu dönem verimsiz geçmiştir¹¹. 1997 yılında Carnegie Mellon Üniversitesi bilim adamları tarafından geliştirilen Deep Blue adlı program dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov ile oynadığı rövanş maçını kazanmıştır. Kasparov, bir makine olduğu varsayımıyla asla böyle akıllı stratejileri hesaplayamayacağı iddiasıyla ile bilim adamlarını maça hile karıştırmakla suçlamıştır¹². Satranç, uzun zamandır stratejik ve zekâ ürünü bir oyun olarak görülmesine rağmen programın bu zaferi insan aklının önceliği hususundaki tartışmaları başlatmıştır. 1950’lerde do-

for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment”, *Computer Law & Security Review*, 34, (2018): 757 vd.; Janssen, Heleen L. “An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making”, *International Data Privacy Law*, Vol. 10, Issue 1, (2020): 34.

⁶ Beduschi, “Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence”, 1, 4.

⁷ Yapay zekâ çalışmalarında en yaygın şekilde kullanılan yöntem olarak makine öğrenmesi, veriler üzerinden tahminlerde bulunup, karmaşık örüntüleri algılama, çözme ve akıllı karar verebilme üzerine kurulu sistemlerdir. İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması”, (2020): 2, Erişim tarihi: 20.06.2022. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas%C4%B1022020.pdf>.

⁸ Turing, A. M., “Computing Machinery and Intelligence”, *The Mind*, *Mind*, Vol. 59, Issue 236, (1950): 433 vd.

⁹ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. “Yapay Zekâ”, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/ssss/yapay-zekâ/>.

¹⁰ Önder, Murat; “Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve”, *ULİSA21*, S. 2, (2020): 5.

¹¹ Önder, “Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve”, 5.

¹² Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 40.

ğan ve kendini u şekilde kanıtlayan yapay zekâ dijital devrimin ayrılmaz bir parçası olarak sayısız toplumsal dönüşümün en önemli parçası olmuştur¹³.

Günümüze değin yapay zekâ kavramının üzerinde uzlaşmış tek bir tanımı bulunmamakla birlikte¹⁴ teknolojisinin her geçen gün gelişmesiyle birlikte yapay zekâ kavramı da değişme göstermektedir. Çağımızda yapay zekâ; insana özgü düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma gibi özelliklerin analiz edilerek makinelere kazandırılması olup, insan gibi düşünebilen, yorumlayabilen ve kararlar verebilen algoritmaların ve bilgisayar yazılımlarının geliştirilmesi ile ilgilenmektedir¹⁵. Bir başka ifadeyle “yapay zekâ, “bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir robotun çeşitli faaliyetleri zeki canlılara benzer şekilde yerine getirme kabiliyeti” olarak ifade edilmektedir¹⁶.

II. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ VE UYGULAMA ALANLARI

Yapay zekâ, sistemleri insanlığın hizmetine sunulan bir uygulama olup geleneksel veri işleme teknikleri yetersiz kalması sonucu hız, hacim ve çeşitlilik özelliklerini haiz büyük verinin analiz edilerek, birçok alanda kazanımlar elde edilmesine imkân sağlamaktadır¹⁷. Bu bağlamda yapay zekâ; sesli asistanlar, dil çeviri sistemleri, navigasyon, sağlık hizmetleri, e-ticaret ve yardımcı robot uygulamalarıyla günlük hayatımızda evimizde, ofisimizde, cep telefonlarımızda ve otomobillerimizde sıkça kullandığımız sistemlerdir. Günümüzde, yapay zekânın robotik ile birlikte kaydettiği ilerleme, insanlarla rekabet edebilecek hatta bazı durumlarda onların kapasitelerini aşacak sistemlerin gelişmesine yol açmıştır¹⁸.

Bugün yapay zekâ sistemleri; imalat ve üretim sanayi, havacılık ve uzay, eğitim, finans, savuma, güvenlik, adalet, sağlık, insan kaynakları alanlarında yaygın şekilde kullanılmaktadır. Yapay zekâ, toplum ve bireyler için büyük ölçüde fayda sağlamakla birlikte, insan hakları kapsamında doğru biçimde yönetilmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir. Çünkü her geçen gün hayatımızda daha sık duyduğumuz ve kullandığımız bu kavramın daha da hızlı şekilde gelişeceğine olan itimat ve bu alana yapılan çok önemli yatırımlar nedeniyle, insana benzer yönde yetenekleri olan ve gittikçe daha çok otonomlaşan bu teknolojinin getirdiği insan hakları sorunlarının göz ardı edilmesi muhtemel sorunlara çözüm bulmayı güçleştirecektir¹⁹.

¹³ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 40.

¹⁴ Beducshi, “Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence”, 2.

¹⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler”, Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alanında-Kişisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>.

¹⁶ Erkul, Erdem R., “Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?”, *TRT Akademi*, C. 6. S. 11, (2021): 92.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Yapay Zekâ”, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/>.

¹⁸ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 40.

¹⁹ Erdoğan, Gökhan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, S. 66 (1), (2021): 122.

III. YAPAY ZEKÂ ALANINDA ULUSLARARASI VE ULUSAL POLİTİKA VE STRATEJİ BELGELERİNDE İNSAN HAKLARINI KORUMA YAKLAŞIMI

Yapay zekâ alanında hem ulusal hem de uluslararası ölçekte politika ve strateji belgelerinin oluşturulması 2018 yılı itibarıyla hız kazanmıştır. Politik stratejiler ve yasal düzenlemeler yoluyla devletler yapay zekânın dönüştürücü gücünü kabul edip, bu etkiyi kamunun menfaatine kullanmak ve kendilerini geleceğe hazırlamak için bir çaba ve aynı zamanda sıkı bir rekabet içindedirler²⁰.

Politika, strateji ve yasal düzenlemelerin hızı teknolojinin hızına yetişemese de Avrupa Konseyi tarafından 18 Aralık 2018’de oluşturulan Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri İçin Etik İlkeler Rehberi’nde²¹, yapay zekâ sistemlerinin güvenilir sayılması için karşılanması gereken yedi temel gereksinim kapsamlı şekilde ortaya konulmuştur. İnsan haklarının korunabilmesi açısından öncül tedbirler olarak nitelendirilebileceğimiz bu gereklilikler; insan gücü ve gözetim, teknik sağlık ve güvenlik, gizlilik ve veri yönetimi, şeffaflık, çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet, toplumsal ve çevresel refah, hesap verebilirliktir²². Tüm bu gereklilik ve ilkelere riayet, yapay zekâ sistemleri kaynaklı insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için elzemdir.

Uluslararası Af Örgütü ve Dijital Haklar Grubu Access Now liderliğinde, hazırlanıp, 2018 yılında yayımlanan Toronto Bildirgesi’nde (Makine Öğrenimi Sistemlerinde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkelerinin Korunması)²³, 2018 tarihli Yapay

²⁰ Önder, “Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve”, 3.

²¹ The European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

²² “İnsan gücü ve gözetimi tedbir gereğince yapay zekâ sistemleri insanları güçlendirmeli, bilinçli kararlar vermelerine izin vermeli ve temel haklarını desteklemelidir. Teknik sağlık ve güvenlik tedbir gereğince yapay zekâ sistemlerinin esnek ve güvenli olması gerekir. Doğru, güvenilir ve tekrarlanabilir olmanın yanı sıra, bir şeyler ters gittiğinde bir geri çekilme planı sağlayarak güvenli olmalıdır. Gizlilik ve veri yönetimi tedbir gereğince veri korumasına tam saygının sağlanmasının yanı sıra, verilerin kalitesi ve bütünlüğü dikkate alınarak ve veriler yasal erişim sağlanarak yeterli veri yönetişim mekanizmaları da sağlanmalıdır. Şeffaflık tedbir gereğince veriler, sistem ve yapay zekâ iş modelleri şeffaf olmalıdır. Ayrıca, yapay zekâ sistemleri ve kararları, ilgili paydaşa uyarlanmış bir şekilde açıklanmalıdır. İnsanların bir yapay zekâ sistemi ile etkileşimde olduklarının farkında olmaları ve sistemin yetenekleri ve sınırlamaları hakkında bilgilendirilmeleri gerekir. Çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet tedbir gereğince korunmasız grupların marjinalleştirilmesinden önyargı ve ayrımcılığın şiddetlenmesine kadar birçok olumsuz etkisi olabileceğinden, haksız önyargıdan kaçınılmalıdır. Çeşitliliği teşvik eden yapay zekâ sistemleri, herhangi bir engelden bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir olmalı ve tüm yaşam döngüleri boyunca ilgili paydaşları içermelidir. Toplumsal ve çevresel refah tedbir gereğince yapay zekâ sistemleri, gelecek nesiller de dahil olmak üzere tüm insanlara fayda sağlamalıdır. Bu nedenle sürdürülebilir ve çevre dostu olmaları sağlanmalıdır. Ayrıca, diğer canlılar da dahil olmak üzere çevreyi dikkate almalı, sosyal ve toplumsal etkileri dikkatlice düşünülmelidir. Hesap verebilirlik tedbir gereğince yapay zekâ sistemleri ve sonuçları için sorumluluk ve hesap verebilirliği sağlamak için mekanizmalar oluşturulmalıdır. Algoritmaların, verilerin ve tasarım süreçlerinin değerlendirilmesini sağlayan denetlenebilirlik, özellikle kritik uygulamalarda anahtar rol oynamaktadır.” The European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”, Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

²³ “The Toronto Declaration”, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://www.torontodeclaration.org/>.

Zekânın Gelişiminde Sorumluluk İçin Montreal Bildirgesi'nde²⁴, OECD Dijital Ekonomi Politikası Komitesi'nin (CDEP) önerisi üzerine 22 Mayıs 2019'da OECD Konseyi tarafından Bakanlar düzeyinde kabul edilen Yapay Zekâ Konseyi Tavsiyesi'nde²⁵ yapay zekâ uygulamalarında benimsenen ilke ve değerlerle birlikte insan haklarını koruma yaklaşımı ve amacı açıkça ve benzer yönde ortaya konmuştur.

En güncel örnek olarak 2021 tarihli Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifinde²⁶ temel haklar için çeşitli risk kaynakları ele alınarak, insan haklarına yüksek düzeyde koruma sağlama amacı vurgulanmıştır. Bu bağlamda eğitim, öğretim, istihdam, önemli hizmetler, kolluk ve yargı gibi hassas ve kritik alanlarda hatalı yahut önyargılı yapay zekâ destekli karar riskini en aza indirmek ve bu yolla temel haklara riayeti kolaylaştırmak üzere önceden test etme, risk yönetimi ve insan gözetimi yükümlülüklerinin yerine getirilmesi vurgulanmıştır.

Ülkemizde yapay zekâ alanında 2021-2025 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi ilk ulusal strateji belgesi olma niteliğini taşımaktadır. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde de²⁷ yapay zekâ değer ve ilkeleri insan hakları odak alınarak belirlenmiştir. Yapay zekâ değerlerinin “*insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı, çevreyi ve biyolojik ekosistemi geliştirmek, çeşitliliğin ve kapsayıcılığın sağlanması, barışçıl, adil ve birbirine bağlı toplumlarda yaşamak*” olduğu ifade edilmiştir ve ayrıca yapay zekâ ilkelerinin; *ölçülülük, emniyet ve güvenlik tarafsızlık, mahremiyet, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sorumluluk ve hesap verebilirlik, veri egemenliği ve çok paydaşlı yönetim*” olduğu belirtilmiştir²⁸. 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'nın “*Dijital Ortamda ve Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması*” başlıklı 8.10.d. hedefi ile insan haklarının korunmasına ilişkin tedbirler alınması gerektiği vurgulanmış olup, 8.10.e. bendi uyarınca da “*Avrupa Konseyi'nin ilke ve tavsiyelerine uygun biçimde ve hukuki güvencelerin korunması ilkesine aykırı olmayan şekilde yargıda yapay zekâ uygulamaları kullanılacaktır.*”²⁹

²⁴ “The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence”, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/the-declaration/>.

²⁵ OECD Council, “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”, Erişim tarihi: 22 Haziran 2022. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

²⁶ The European Commission, “Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts”, Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

²⁷ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025”, (2021), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.

²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025”, (2021): 59-61, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.

²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, “İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye”, (2021): 120, Erişim tarihi: 5 Haziran 2022, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>.

IV. YAPAY ZEKÂ SİSTEM VE UYGULAMALARININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapay zekâ eğitim, sağlık, sanayi, adalet ve hizmet alanlarında insanlığa yararlı teknolojik olanaklar sunmakla birlikte bazı durumlarda insan hakları bakımından ihlal riski oluşturmaktadır³⁰. Bu bağlamda insan hakları ve yeni teknoloji uygulamaları kesişebilir. Nihayetinde yapay zekâ teknolojileri bazı insan haklarını ilerletirken bazılarını kısıtlayabilir, bazen ise her iki olanağı da aynı anda sunabilir³¹. Yapay zekâ sistemleri sosyal ve ekonomik hayatta olumlu değişimler getiren aynı zamanda insanların hayatlarının bir parçası olan yeni dijital teknolojiler ayrıca yeni riskler ve zorluklar da getirmiştir³².

Yapay zekâ algoritmaları anlaşılmaz yahut mantıksız karar vererek, sosyal ve ekonomik ayrımcılığa ve özel hayatımıza müdahaleye veya cezai suçlara neden olabilir³³. Genel olarak yapay zekâ sistemleri, ceza adaleti (risk değerlendirmeleri), finans (kredi puanları), sağlık (teşhis), içerik denetleme (standartların uygulanması), insan kaynakları (işe alma) alanlarında insan hakları açısından birtakım riskler oluşturmaktadır³⁴. Dolayısıyla yapay zekâ sistemlerinin kullanılması sıklıkla gizlilik, veri koruma, ayrımcılık yapmama ve adalete erişim haklarını etkilemektedir³⁵. Öte yandan otomatik kredi puanlama gibi bazı uygulamalar istihdam ve barınma haklarını etkileyebilir³⁶.

Günümüzün en büyük şirketlerinden olan ve aynı zamanda günlük üretkenliğimizi yöneten şirketlerden Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Baidu, Alibaba and Tecent yapay zekâ uygulamaları ile transhümanist projeler geliştirmektedir³⁷. Bu projeleri de hayatımızın her alanında aktif şekilde kullanmaktayız. Yapay zekânın günlük hayatımızda yaygın olarak kullanımı fark edilemez şekilde bazı istisnai durum ve olaylarda benzeri görülmemiş yasal sorunları da gündeme

³⁰ Criado, Jesus Salgado; Aller, Celia Fernández, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", *IEEE Technology and Society Magazine*, Vol. 40 (2), (2021): 55.

³¹ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

³² The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 25, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

³³ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 55-56.

³⁴ Raso/Hilligoss./Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 17.

³⁵ The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 7, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

³⁶ Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 310.

³⁷ Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 40-41.

getirmiştir³⁸. Bu bağlamda güvenlik, fikri mülkiyet ve gizlilik ile yakın ilişkili farklı sistemler olan tıbbi robot, otonom araçlar ve dronlar ve her gün sunulan birkaç akıllı çözüm sorgulanmaktadır³⁹.

Yapay zekâ teknolojileri özellikle ürün ve servis kullanıcılarına yeni güvenlik riskleri sunabilir. Bu sebeple de hem özel hem de kamu sektöründe dijital uygulamalar ile ortaya çıkabilecek potansiyel zararlara dikkat çekmek büyüyen bir acil ihtiyaçtır. Bu tür riskleri azaltmak için mevcut uluslararası standartlar, özellikle teknoloji ve dijital şirketler ve bu teknolojileri kullanan herkes ve kamu sektörü için tutarlı bir kılavuz oluşturmak için kullanılmalıdır⁴⁰.

Yapay zekâ sistemlerine ilişkin olarak etki değerlendirmeleri önceleri teknik konulara ilişkin olarak yapılmış ve bu sistemlerin insan hakları üzerindeki etkileri nadiren değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yapay zekâ sistemlerinin haklara olan etkisi konusunda bilgi eksikliği söz konusudur⁴¹. İnsan hakları, metinleri onaylayan tüm devletlerin uluslararası fikir birliğine sahip olduğu, sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmak için gerekli olan etik değerler ve ilkelerdir⁴². Nitekim yapay zekâ konusunda da insan haklarını korumaya yönelik etik değer ve ilkelere bağlı kalınmalıdır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi tarafından 18 Aralık 2018 tarihinde ortaya koyulan “Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri İçin Etik İlkeler Rehberi”nde⁴³ yapay zekâ uygulamalarının yol açacağı insan hakları ihlali risklerini bertaraf etmeye yönelik gereklilikler değerlendirilmiştir.

Yapay zekâ uygulamalarının insan haklarına olumsuz etkisinde temel olarak üç neden ağır basmaktadır. Bunlar, eğitim verilerinin kalitesi, eğitim verileri ile test edilen veriler arasındaki zaman, sistem tasarımı ve karmaşık etkileşimdir⁴⁴. Şeffaflık gibi “algoritmik hesap verebilirliğe” yönelik mevcut yaklaşımlar ise önemli bir temel sağlasa da karar almada algoritmaların kul-

³⁸ Almeida, Patricia G. Rêgo de; Santos, Carlos Denner dos; Farias, Josivania Silva, “Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance”, Hawaii International Conference on System Sciences, (2020): 5257, Erişim tarihi: 15 Haziran 2022. <https://hdl.handle.net/10125/64389>.

³⁹ Almeida/Santos/Farias, “Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance”, 5257.

⁴⁰ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Business and Human Rights”, (2020): 25, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf.

⁴¹ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 8, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

⁴² Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

⁴³ The European Commission. “Ethics Guidelines for Trustworthy High-Level Expert Group on Artificial Intelligence” Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf.

⁴⁴ Singil Nesrin, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, *Public and Private International Law Bulletin*, S. 42 (1), (2022): 11-13.

lanılmasından kaynaklanan (potansiyel) insan hakları zararını göstermede yetersizdir⁴⁵.

A. İnsan Onuruna Saygı Çerçevesinde Yapay Zekâ Kullanımı

İnsan onuru, her durumda ve her koşulda istinasız şekilde korunması gereken bir değerdir. Yapay zekâ uygulamaları birçok insan hakkı için ihlal riski taşıırken esasen tüm hakların da özünde yatan bir değer olarak insan onurunu da ihlal riski taşımaktadır. Örneğin, nüfusun belli bir oranı biyometrik tanımlama sistemlerine tabi olmaktan hoşnut değildir. Bu nedenle yapay zekâ sistemlerini bireyler izin vermeden kullanmak, potansiyel olarak insan onurunu ihlal edebilir.

Yapay zekâ güdümlü teknolojilerin kullanılması, devletlerin geniş ölçüde insan onuruna saygı duyma yükümlülüğünü etkiler⁴⁶. Bu bağlamda yeni teknolojiler geliştirilirken ya da bu teknolojilerin kullanılmasına imkân verirken her şeyden evvel insan onuruna saygı gösterilmelidir⁴⁷.

Yaratan ve yeni teknolojiden etkilenen “insan” teknolojinin odak noktası olmalıdır. Bu gereklilik, insanı tüm tartışmaların ve yapay zekâ ile ilgili eylemlerin merkezine koymaktadır. Bu bağlamda kişisel verilerin yapay zekâ sistemlerine işlenmesi süreci insan onuruna saygı çerçevesinde yürütülmelidir. İnsan onurunun başlangıç noktası olarak alınması, yapay zekâ kullanımının faydalarının sağlanmasına yardımcı olabilir⁴⁸. Örneğin, yapay zekâ sistemleri sayesinde insan onuruna yaraşır şekilde yaşlanma ve sağlık hizmetlerine erişim desteklenebilir⁴⁹.

B. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Yapay zekânın toplum üzerindeki etkisi ile ilgili olarak, özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına en başta değinmek gerekmektedir. Çünkü bu algo-

⁴⁵ Mcgregor/Murray/Ng, “International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability”, 309.

⁴⁶ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

⁴⁷ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 58.

⁴⁸ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

⁴⁹ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

ritmalar ve sistemler en yoğun şekilde eşitsizlik ve ayrımcılığa yol açma riski taşımaktadırlar⁵⁰. Bugün, sağlık, sigorta hizmetlerinden ceza adalet sistemine kadar çeşitli alanlarda kullanılan algoritmaların din, dil, ırk etnik köken, cinsiyet temelli ayrımcılık yaptıkları tespit edilmiştir⁵¹.

Yapay zekâ uygulamalarından kaynaklı ayrımcılığın önlenmesi konusunda, ulusal ve bölgesel düzeyde faaliyet gösteren insan hakları kurumlarının⁵² çalışmaları bulunmakla birlikte son zamanlarda bu konuda etik yasal düzenlemelerin de temelleri atılmaya başlamıştır⁵³. Yapay zekâ geliştirilmesi ve kullanılmasını sağlayan en önemli araç olan algoritmaların kullanımı konusunda Avrupa Konseyi'nin 2018 yılında yayımlanan Ayrımcılık, Yapay Zekâ ve Algoritmik Karar Verme” (*Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*) başlıklı bir raporu bulunmaktadır. Söz konusu raporda, algoritmik karar verme süreçlerine ilişkin karşılaşılan sorunlar ile birlikte yapay zekâ kaynaklı ayrımcılığın önlenmesinde eşitlik kurumlarının rolüne ilişkin bir bölüm mevcuttur⁵⁴. Ayrımcılığa karşı Avrupa Konseyi bünyesinde *Ad-hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)* adlı bir komite kurulmuştur⁵⁵. “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler”⁵⁶ uyarınca da “*Veri toplama da dâhil olmak üzere veri işlemenin her aşamasında, temel hak ve özgürlükler gözetilerek, ilgili kişiler üzerinde meydana gelebilecek ayrımcılık riski veya diğer olumsuz etkiler ve önyargular önlenmelidir.*”

Yapay zekâ sistemleri sosyal ve ekonomik ayrımcılık veya bir şeye yahut birine karşı önyargı sebebiyle haksız kararlar alabilir⁵⁷. Esasında insanların karar vermelerinde önyargılı oldukları bilinmektedir. Yapay zekâ sistemleri de insanlar tarafından tasarlandığından, insanların istenmeyen bir şekilde dahi olsa önyargı-

⁵⁰ Janssen, Heleen L, “An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making”, *International Data Privacy Law*, Vol. 10, Issue 1, February (2020): 5; Raso/Hiligoss/Krishnamurthy/Bavitiz/Kim, “Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks”, 20 vd.; Mcgregor/Murray/Ng, “International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability”, 317.

⁵¹ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 28.

⁵² Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (EQUINET), Avrupa Temel Hakları Ajansı (FRA) ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları Avrupa Ağı (ENNHRİ), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) bunlardan bazılarıdır.

⁵³ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 41.

⁵⁴ Borgesius, Frederik Zuiderveen, “Discrimination Artificial Intelligence and Algorithmic” Council of Europe, Strasbourg (2018), Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>.

⁵⁵ The Council of Europe “CAHAI-Ad hoc Committee on Artificial Intelligence” Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

⁵⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler”, Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. <https://www.kvkk.gov.tr/icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alanında-Kişisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>.

⁵⁷ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

larını onlara aktarması mümkündür. Mevcut birçok yapay zekâ sistemi, makine öğrenimi veri odaklı tekniklere dayanmaktadır. Bu nedenle önyargı aktarmanın baskın bir yolu, eğitim verilerinin toplanması ve seçilmesi olabilir. Eğitim verileri yeterince kapsayıcı ve dengeli değilse, sistem haksız kararlar vermeyi öğrenebilir⁵⁸. Aynı zamanda yapay zekâ, insanların önyargılarını belirlemelerine ve daha az önyargılı kararlar vermelerine yardımcı olabilir⁵⁹.

Yapay zekâ sistemlerinde verilerin kategorize edilerek analiz edilmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi açısından bazı sorunlara yol açabilmektedir⁶⁰. Bu bağlamda yapay zekânın veri işleme uygulamaları önem arz eder. Reaktif makineler türü, yapay zekânın en basit hali olarak geçmiş deneyimleri değil, mevcut durumu analiz ederek bir tepki verir. Sınırlı bellek türü ise geçmiş deneyimleri analiz ederek bir hamlede bulunmaktadır. Örneğin; sınırlı bellek türü ayrımcılık yasağına daha çok etki etme potansiyeline sahipken, reaktif makinelerin ayrımcılık yasağı üzerinde yaratacağı etki daha sınırlı bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁶¹. Bu sebeple de verilerin kalitesinin sağlanması öncül unsurdur. Kaliteli verinin özelliği ise sosyal olarak yapılandırılmış, yanlışlıklardan, hatalardan ve önyargılardan arındırılmış olmalıdır.

Büyük verinin analizi yoluyla gelecekle ilgili bağıntıların kurulup, öngöründe bulunulmasını sağlayan veri madenciliği gibi algoritmik tekniklerin savunucuları ise bu tekniklerin karar verme sürecindeki insan önyargılarını ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bir algoritma, ancak birlikte çalıştığı veriler kadar iyidir. Çünkü bu algoritmalara kaynak olan veriler önceki karar vericilerin önyargılarını miras alır⁶². Bilgisayarlar veya işletim sistemi ile çalışan cihazlarda toplanan verilerin geçmişi ancak 15-20 yıla dayandığından bu veriler bazı kalıp, kabul ve inanışları da kapsamaktadır. Dolayısıyla veriler toplumda süregelen yaygın önyargıları yansıtabilir ve hatta sürdürülebilir⁶³. Bu sebeple veri madenciliğini sorgulamadan güvenmek dezavantajlı ve savunmasız grupları topluma tam katılımdan mahrum etmek olur⁶⁴. Ayrımcı sonuçlar program uygulayıcıların bilinçli seçimlerinden ziyade algoritmanın kullanımının kasıtsız şekilde ortaya çıkan özelliğidir⁶⁵. Fakat yine de veri madenciliği önceden var olan ayrımcılık ve eşitsizliği ortaya çıkarmada faydalı düzenlemelerin yapıl-

⁵⁸ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

⁵⁹ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

⁶⁰ Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 29.

⁶¹ Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 8.

⁶² Barocas, Solon; Selbst, Andrew. "Big Data's Disparate Impact" *California Law Review*, Vol. 104, (2016): 671.

⁶³ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

⁶⁴ Barocas/Selbst, "Big Data's Disparate Impact", 671.

⁶⁵ Barocas/Selbst, "Big Data's Disparate Impact", 671.

masını sağlayabilir. Örneğin, bu sistemler dezavantajlı grupların kredibilitelerini araştırırken ayrımcılık yapabileceği gibi onlara karşı ayrımcılık yapılmasının önlenmesine ilişkin yeni yollar da sunabilir⁶⁶. Yapay zekâ sistemleri eşitlik ilkesini hayata geçiren uygulamaları da gerçekleştirebilir. Örneğin, Pakistan’da, UNESCO ile ortaklık kurularak geliştirilen “RAAJI” adlı yapay zekâ sohbet robotu kadın üreme sağlığı, hijyen ve güvenlik hakkında kadınlarla konuşabilmektedir⁶⁷. Eğitim ve cinsiyet eşitliği sadece bir insan hakkı olmanın ötesinde bireysel özgürlük, eşitlik, insan onuru gibi diğer insan haklarını geliştirmek için ana araçtır⁶⁸. Bu bağlamda yapay zekâ sistemleri eşitliğin sağlanmasına yönelik uygulamaların hayata geçirilmesine imkân tanıyabilir.

Yapay zekâ uygulamaları dijital alanda eşitsizliğin artmasına da sebep olmuştur. BM aşırı yoksulluk ve insan hakları özel raportörünün kısa süre önce yayımlanan raporunda dijital refah distopyasının tökezleme riski konusunda uyarıda bulunmuştur.⁶⁹ Bu bağlamda Big Tech’in⁷⁰ bilişim alanında eşitsizliğin artmasının itici gücü oldu ve geniş bir dijital alt sınıfın yaratılmasını kolaylaştırdığı iddia edilmektedir.⁷¹ Rapor, farklı ülkelerde insandışılaştırılmış akıllı teknolojilerin internet erişimi ve dijital becerilerden yoksun olanlar için birçok sosyal hakka erişimde nasıl engeller yarattığını da vurgulamaktadır⁷². Yine dijital toplumlara geçiş, bazı sektörlerde istihdamı azaltırken başka yerlerde yeni işler yaratma olanağını da beraberinde getirdiğinden, kaçınılmaz olarak eşitsizlik yaratma tehlikesi taşımaktadır.

Yapay zekâ sistemleri farklı konularda ayrımcı uygulamaları gündeme getirmiştir. Örneğin, yüz tanıma sistemlerinin kullanılmasının, ayrımcılık yasağını ciddi ölçüde ihlal riskini taşımasından ötürü Microsoft Google gibi bazı şirketler, bu sistemleri devletlere satıp satmama hususunda kararsızlıklar yaşamaktadır⁷³. Amazon’un işe almada kullandığı yazılım, erkek ve kadınlar arasında ayrımcılık yaparak, erkek başvurularını tercih ettiği saptanmıştır⁷⁴. Google’ın arama motorunda otomatikleştirilmiş karar verme sistemleri ile Afro Amerikan adları için yapılan aramalarda, tutuklama kaydı olan kişileri belirten reklam önerilerinin çıkması daha muhtemel görülmüştür⁷⁵. Kişisel verilerin otomatikleştirilmiş karar verme sistem-

⁶⁶ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, “Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks”, 26.

⁶⁷ Kriebitz, Alexander; Lütge, Christoph, “Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment” *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5 (2020), s. 11.

⁶⁸ Kriebitz/Lütge, “Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment”, 11.

⁶⁹ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

⁷⁰ ABD’de bilgi teknolojileri alanında en büyük beş şirketi literatürde “Big Tech” olarak ifade edilmektedir.

⁷¹ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

⁷² Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

⁷³ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 29.

⁷⁴ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 46.

⁷⁵ Janssen, “An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making”, 3.

lerinde bu şekilde kullanılması, ayrımcı uygulamalara yol açabilir⁷⁶. Bu bağlamda büyük veri analizleri, verileri yeniden üretmek ve güçlendirerek sosyal tabakalaşmayı güçlendirip⁷⁷ daha da derinleştirme tehlikesi taşımaktadır. Bu bağlamda azınlık gruplar, gelir düzeyi düşük bireyler, akademik başarı düzeyi düşük öğrenciler ayrımcılık yasağı bakımından dezavantajlı gruplar arasında nitelendirilebilir⁷⁸.

Ayrımcılık yasağı ihlallerini bertaraf etmek üzere yapay zekâ sitemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, Google'ın yazılım mühendisi Blake Lemoine hâlihazırda yapay zekâlı Chatbot'un ayrımcı veya nefret söylemi kullanıp kullanmadığını test etmekle görevlendirilmiştir. Fakat LaMDA'nın bir insan gibi düşünüp yanıt vermeye başlayarak programcının üzerinde testler yapmadan önce izin istemesini ve bu hakkına saygı duyulmasını istemiştir⁷⁹. Bu örnek, yapay zekâ sistemlerinde hak bilincinin de geliştirildiğine ve hakları insanlara karşı da koruma eğiliminde olduklarına ilişkin ürkütücü bir örnektir.

C. Yaşam Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Yapay zekâ uygulamalarının yaşam hakkı bakımından hem olumlu hem de olumsuz etkilerinin olabileceği durumlar söz konusudur. Sağlık alanındaki yapay zekâ uygulamaları yaşam hakkı bakımından olumlu etkilerin görüldüğü alanların en başında gelmektedir. Çünkü bu alanda gerçekleştirilecek olan tanı, teşhis ve tedavilerde yapay zekâ kullanımı hata oranını oldukça azaltmakta ve erken müdahaleye imkân tanımaktadır⁸⁰. Sağlık hizmetlerinde artan iş yükü karşısında kalitenin ve verimliliğin artırılabilmesi ve meydana gelebilecek hataların giderilmesi, yapay zekâ uygulamalarının kullanılmasının gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır⁸¹. Örneğin, “derin hasta” adlı bir program, hastanın muayenesindeki bulgular arasında doktorlar tarafından tespit edilemeyen birtakım ilişkilerin kurulmasını sağlamaktadır. Hatta diyabet ve kanser gibi bazı hastalıkların erken teşhisi yoluyla yaşam hakkının korunmasına da katkı sağlanmaktadır⁸². Bir başka örnek olarak; ABD’de Montefiore Health System ile Intel işbirliğinde geliştirilen yapay zekâ sistemleri ile çeşitli hasta gruplarına daha etkili hizmet sunmak amacıyla çok geniş ölçekte hasta verisi analiz edilerek ortak modeller çıkarılmıştır. Böylelikle

⁷⁶ Jansen, “An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making”, 3.

⁷⁷ Broeders, Dennis; Schrijvers, Erik; Ballin, Ernst Hirsch, “Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom” *The Netherlands Scientific Council for Government Policy (Policy Brief)*, (2016): 15, Erişim tarihi: 10 Mayıs 2022. <https://english.wrr.nl/publications/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom>.

⁷⁸ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 30-31.

⁷⁹ “Google Çalışanı Açıkladı... Yapay Zekâ Canlandı! İşte Talepleri” Erişim Tarihi 13 Haziran 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/google-calisanl-acikladi-yapay-zekâ-canlandi-iste-talepleri-42083055>.

⁸⁰ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 15.

⁸¹ Akalın, Betül, Veranyurt, Ülkü; “Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ”, *Acta Infologica*, Volume 5, Number 1, (2021): 232.

⁸² Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 15.

sağlık mensubundan kaynaklanan hataların azaltılması, ilaç dozu hesaplamalarındaki yanlışlıkların giderilmesi ve hatalı tıbbi tedavi sonucunda oluşan zararların engellenmesi sağlanmıştır⁸³.

Yapay zekâ sistemleri ile doğru, kaliteli teşhis yaparak yaşam hakkını korumaya yönelik hizmetler daha yaygın ve işlevsel şekilde kullanılabilir⁸⁴. Bu bağlamda sağlık alanında yapay zekâ tabanlı teşhis sistemleri, yaşam hakkından yararlanılmasını artırır. Yapay zekâ tabanlı, hastalıkları daha erken ve daha doğru bir şekilde tespit ederek teşhis sistemleri yaşam standartlarını ve kalitesini iyileştirebilir⁸⁵.

Yapay zekânın kullanımı yaşam hakkını doğrudan ihlal etme riskini de taşımaktadır⁸⁶. Bu bağlamda otonom araçlar ve otonom silahlar sıkça gündeme gelmektedir. Özellikle sürücüsüz (otonom) araçlar gibi görüntü tabanlı yapay zekâ uygulamalarının arkasındaki önemli bir unsur derin öğrenmedir⁸⁷. Günümüzde başarılı nitelendirilebilecek yapay zekâ uygulamalarında genellikle derin öğrenme yöntemleri kullanılmaktadır. Derin öğrenme, bilgisayarların ses, resim ve metin gibi verileri kullanarak insan performansına yakın sonuçlar vermesini mümkün kılmaktadır. Sürücüsü olmayan bir aracın yolun gerçekliğini anlama şekli, trafik işaretlerine yahut başka bir araç olup olmadığına ne yönde tepki-cevap vereceği, derin öğrenme algoritmaları ile gerçekleşir⁸⁸. Kaza süreçlerinin yönetiminde ve trafik-güvenliğinin sağlanmasında otonom araçların kullanımının yaşam hakkının korunması bakımından daha elverişli olacağı düşünülmektedir. Fakat aksi durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, Tesla'nın otonom aracının Teksas eyaletinde yaptığı kazada araç ağaca çarpıp yanarken kazada iki kişi de yaşamını yitirmiştir.⁸⁹ Bu bağlamda devletlerin ülkesinde egemenlik yetkisi altındaki ulaşım yollarında (kara, hava, demir yolu gibi) yaşam hakkının korunmasına yönelik koruyucu önlemler alma yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁰.

⁸³ Akalın/Veranyurt, "Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ", 34.

⁸⁴ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 32.

⁸⁵ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 32.

⁸⁶ "The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 60, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Yapay Zekâ", Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/>.

⁸⁸ Çakır, Özge, "Derin Öğrenme Nedir", Erişim tarihi: 10.06.2022. <https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/derin-ogrenme->.

⁸⁹ "Sürücüsüz Tesla kaza yapıp yandı: 2 kişi hayatını kaybetti" Erişim tarihi 19 Nisan 2021. <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/surucusuz-tesla-kaza-yapip-yandi-2-kisi-hayatini-kaybetti,6HjU-Fwn1kGJNHjeqBwDOA>.

⁹⁰ Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 8. Baskı, Legal, (2012): 145.

Otonom silahların kullanımı dolayısıyla bireylerin yaşam hakkının korunmasında devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Devletler; otonom silahlar yoluyla yaşam hakkının ihlalinin önleyici mekanizmalar getirmeli ve yaşam hakkını koruyucu önlemler almalıdır. Bu bağlamda otonom silahları kullanacak yetkililere eğitim verilmeli, silahların kullanım koşullarını oluşturulmalı ve kullanımını en aza indirecek planlamalar yapılmalıdır. Ayrıca devletler otonom silahların kullanımına ilişkin yasal ve idari düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altındadır⁹¹. Örneğin, ABD ölümcül otonom silah konusundaki politikasını 2021 yılında açıklamıştır. Bu politika çerçevesinde güç kullanımında insan kararı aranacak şekilde bu sistemlerin geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁹². “Güç kullanımında insan kararı”, silah sisteminin insan tarafından kontrolünü gerektirmez; daha geniş anlamda silahın nasıl, ne zaman, nerede ve neden kullanılacağına ilişkin kararları insanın vermesini içermektedir⁹³. Avrupa Birliği de aynı yöndeurma emrinin insan tarafından verilmediği sistemlerin yasaklanması yönünde görüş bildirmiştir⁹⁴.

D. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Özel hayatın gizliliği kişisel bilgisayarlar ortaya çıktığından beri söz konusu olsa da⁹⁵ dijital bilgilerin kolay iletimi, internetin ortaya çıkışının neden olduğu gizlilik tehdidini hızlandırmıştır⁹⁶. Büyük veriler⁹⁷ bireylerin verilerinin toplamından oluştuğundan bireylerin gizlilik ve mahremiyet hakkıyla çelişmektedir⁹⁸. Büyük verileri analiz edebilen yapay zekâ uygulamaları ile ise aynı zamanda insan haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan izleme yolları kullanılmaktadır. Şu anda birçok hükümet yapay zekâ sistemleri ile birleştirilmiş biyometrik teknikler ve video gözetimi ile suçluları izleyebilmektedir. Bu teknolojinin sıradan insanlar üzerinde kullanılması ise

⁹¹ Karan, Ulaş, “Yaşam Hakkı’ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme” Sibel İncooğlu (eds) Beta (2013): 128.

⁹² Congressional Research Service, Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems, Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>.

⁹³ Congressional Research Service, Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems, Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>.

⁹⁴ The European Parliament, “European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems” Erişim tarihi: 30 Mayıs 2022. (2018/2752(RSP)). <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341EN.html?redirect>.

⁹⁵ Kim, Hojung; Giacomini, Joseph; Macredie, Robert. “A Qualitative Study of Stakeholders’ Perspectives on the Social Network Service Environment” *International Journal of Human-Computer Interaction Vol. 30*, (2014): 969.

⁹⁶ Kim/Giacomi/Macredie, 969.

⁹⁷ Büyük veri, “internetin değişik kaynaklarından toparlanan tüm verinin, anlamlı ve işlenebilir hâle dönüştürülmüş şekli” olarak tanımlanmaktadır. Erkul, “Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?”, 192.

⁹⁸ Broeders/Schrijvers/Ballin, “Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom”, 15.

mahremiyet hakkının ihlalini gündeme getirebilecek niteliktedir⁹⁹. Terör örgütleriyle mücadelede de yapay zekâ teknolojilerinden sıklıkla yararlanılmaktadır. BM Terörizmle Mücadele Ofisi 2021 yılı raporunda terör örgütlerinin Güney ve Güneydoğu Asya'daki yasa dışı finansal hareketlerinin tespitinde yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılarak, terörle mücadelede etkinliğin artacağını ifade etmiştir¹⁰⁰. Bu durum, ABD, Kanada, Çin, Rusya, Almanya başta olmak üzere bazı ülkelerin yapay zekâ teknolojilerine büyük ölçüde yatırım yapmasının ve uluslararası aktörler arasında yapay zekânın yeni bir rekabet alanı olmasının esas nedenidir¹⁰¹.

15 Eylül 2021 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) tarafından yayımlanan Dijital Çağda Mahremiyet Hakkı (The Right to Privacy in the Digital Age (focus on artificial intelligence) başlıklı rapor, yapay zekânın giderek artan kullanımının mahremiyet hakkına etkilerini belirtmektedir. Raporda, yapay zekâ sistemleri, yeterli güvenlik önlemleri alınana kadar temel insan hakları için bir risk düzeyi yüksek olan, sosyal tehlike oluşturan bir faktör olarak ortaya konmaktadır. Raporda yapay zekâ sistemlerinin satışı ve kullanımı konusunda acilen bir moratoryuma ihtiyaç olduğu vurgulanmakta, uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak kullanılamayan yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması çağrısında bulunmaktadır¹⁰². Nitekim devletlerin bazı durumlarda başvurduğu gözetleme sistemlerinin satışı ve kullanımının insan haklarına uygun standartların sağlandığı zamana kadar ertelenmesi gerektiği öne sürülmektedir¹⁰³.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında yapay zekâ sistemleri en çok görüntü işleme uygulamalarına konu olmaktadır. Bu bağlamda yüz tanıma, gözetleme, sosyal ağlarda fotoğraf etiketleme, sahte fotoğraf ve video üretimi temel konulardır. Örneğin, özellikle bankacılık sektöründe güvenlik açıklarını bertaraf etmek amacıyla geliştirilen yüz tanıma sistemleri bireylerin mahremiyet hakkını ihlal riski taşımaktadır. Derin öğrenme algoritmaları veri akışı yoluyla öğrenir ve ne kadar çok veri alırsa o kadar iyi performans gösterir¹⁰⁴. Dolayısıyla da veriler yapay zekâ teknolojisinde mihenk taşı niteliğindedir. Bu sebeple yapay zekâ bir sistemin kuruluşunda ve çalışmasında kişisel verilerin korunması yani gizliliğin sağlanması gerekir.

⁹⁹ Cataleta/Cataleta, "Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle", 45.

¹⁰⁰ The United Nations Office of Counter-Terrorism, "Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence" (2021) 27; Erişim tarihi: 29 Haziran 2022. <https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf>.

¹⁰¹ Bilgin, Kıvılcım Romya, "Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar", *Panorama*, Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. <https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar>.

¹⁰² The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, "The right to privacy in the digital age: report (2021)", Erişim tarihi: 22 Haziran 2022. <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/calls-input/2021/right-privacy-digital-age-report-2021>.

¹⁰³ Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 24.

¹⁰⁴ Çakır, Özge, "Derin Öğrenme Nedir", Erişim tarihi: 10.06.2022. <https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/derin-ogrenme->.

Özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması yakından ilişkili olmakla beraber birbirinden bağımsız haklar olarak da güvence altındadır. Her ikisi de benzer değerleri, yani özerkliği ve insan onurunu korumaya çalışır. Kişisel verilerin korunması hakkının doğma sebebi esasen kişinin mahremiyetine yönelen riskin kontrol altına alınmasıdır¹⁰⁵. Özel hayata saygı hakkı öte yandan bireylere kişisel bir alan vererek özgürce kişiliklerini geliştirebilmelerini, düşünce ve görüşlerini şekillendirebilmelerini sağlar¹⁰⁶. Kişisel veriler, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan bir değer¹⁰⁷ ve mahremiyet hakkının kendine has özelliklerini taşıyan bir türü olarak koruma altındadır¹⁰⁸. Yapay zekâ uygulamalarında kişisel veriler doğrudan kaynak olduğundan ihlali de yoğun şekilde gündeme gelmektedir. Yapay zekâ uygulamalarının özel hayatın gizliliği alanında ortaya çıkaracağı en büyük sorunlardan biri elde edilen verilerin âkıbetidir. Çünkü verilerin başlangıçta öngörülme ve çok farklı amaçlar için işlenebilmesi, verinin işleme amaçlarının yeniden kurgulanmasında ya da amaçla sınırlılık ilkesine aykırı olacak şekilde çok fazla amaç için işlenmesinin önüne geçilememesidir¹⁰⁹. Bu bağlamda yapay zekâ alanında faaliyet gösterenler için (geliştiriciler, üreticiler, servis sağlayıcılar, karar alıcılar) 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel verilerin korunması amacına yönelik önerileri içeren “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler” oluşturulmuştur. Bu tavsiyeler doğrultusunda¹¹⁰ ki-

¹⁰⁵ Dülger, Murat Volkan, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), (2018): 77.

¹⁰⁶ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 61, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

¹⁰⁷ Yüzer Eltimur, Dilara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri” İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2019): 33.

¹⁰⁸ Çelik, Yeşim, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, Y. 8, S. 32, (2017): 391; Dülger, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, 78.

¹⁰⁹ İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması”, (2020): 8, Erişim tarihi: 20.06.2022. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeVeriKorumas%C4%B1022020.pdf>.

¹¹⁰ “Yapay zekâ uygulamalarının geliştirilmesi ve uygulanması sürecinde ilgili kişilerin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmeli, hak ihlaline meydan verilmemelidir. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin himayesi ile insan onurunun korunması hakkı gözetilmelidir. Kişisel veri işleme temelli yapay zekâ ve veri toplama çalışmaları; kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir yaklaşım içerisinde hukuka uygunluk, dürüstlük, ölçülülük, hesap verebilirlik, şeffaflık, kişisel verilerin doğru ve güncel olması, kişisel veri kullanım amacının belirli ve sınırlı olması ilkeleri ile veri güvenliği yaklaşımına dayalı olmalıdır. Kişisel verilerin işlenmesinde; potansiyel risklerin önlenmesi ve azaltılması üzerine odaklanan, insan haklarını, demokrasinin işleyişini, sosyal ve etik değerleri de göz önünde bulunduran bir bakış açısı benimsenmelidir. Veri işleme faaliyetinin bireyler ve toplum üzerine etkileri değerlendirildiğinde ilgili kişi açısından kontrolü mümkün olmalıdır. Kişisel veri işleme temelli yapay zekâ çalışmalarında, kişisel verilerin korunması açısından yüksek risk öngörülyorsa, mahremiyet etki değerlendirmesi uygulanmalı ve veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğuna bu çerçevede karar verilmelidir. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ çalışmalarında

şisel veriler toplanırken ve işlenirken en başta insan hakları ve insan onuru gözetilmelidir. Öte yandan, sosyal ve etik değerlere bağlı kalınmalı, verilerin ilgili kişi açısından kontrolü mümkün olmalıdır. Ayrıca veri toplama çalışmaları; insan haklarını koruyan bir yaklaşım içerisinde hukuka uygun, dürüst, ölçülü, hesap verebilir ve şeffaf yürütülmelidir. Yine insanlar kendi verileri üzerinde tam denetime sahip olmalı ve verileri onlara zarar vermek amacıyla kullanılmamalıdır. Nitekim yapay zekâli sistemlerin gizlilik ve veri korumasını sağlayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bu amaçla, veri şifreleme ve veri anonimleştirme gibi tasarım teknikleri kullanılmalıdır¹¹¹.

Yapay zekâ uygulamalarının aile hayatına da müdahalesi söz konusu olabilir. Örneğin, algoritmaların risk altındaki çocukların belirlenmesinde kullanılması ise aile hayatına müdahale olarak nitelendirilebilir¹¹².

E. İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Günümüzde dünya çapında 3,8 milyar insan akıllı telefon¹¹³, 2 milyardan fazla insan internet¹¹⁴, ortalama her internet kullanıcı ise 120 GB veri kullanmaktadır¹¹⁵. Bu veri kullanımında bilginin çeşitliliği ve karmaşıklığının üstesinden yazılım araçları faaliyetleri ve algoritmalarla gelinmektedir¹¹⁶.

Yapay zekâ sistemleri aracılığıyla tespit edilen zararlı içeriklerin henüz herhangi bir kimseyle paylaşılmadan sosyal medya platformuna yüklenmelerinin engellenmesi mümkündür. Fakat algoritmaların, bir içeriğin düşünsel temelini yani altında yatan mizah, eleştiri, ironi ya da saiki ayırt etmeleri mümkün değildir¹¹⁷. Bu sebeple sosyal medyada bir içeriğin yasaklı olduğundan şüphelenilmesi

ilk aşamadan itibaren kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum sağlanmalı ve tüm sistemler tasarımdan itibaren veri koruma ilkesine göre geliştirilmeli ve yönetilmelidir. Bu kapsamda her projeye özel bir veri koruma uyum programı oluşturulmalı ve uygulanmalıdır. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ teknolojileri geliştirilirken ve uygulanırken özel nitelikli kişisel veri işleniyorsa özel veri koruma kuralları olduğu göz önüne alınarak teknik ve idari tedbirler daha sıkı şekilde uygulanmalıdır. Yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesi ve uygulanmasında aynı sonuca kişisel veri işlenmeksizin ulaşılabiliyorsa, verilerin anonim hale getirilerek işlenmesi yöntemleri tercih edilmelidir. Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ çalışmalarının farklı paydaşlarının veri sorumlusu veya veri işleyen olma statüleri projenin başında belirlenerek aralarındaki hukuki ilişki veri koruma mevzuatı ile uyumlu hale getirilmelidir." Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler", Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alanında-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>.

¹¹¹ Türkiye Bilişim Derneği, "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. <https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/>.

¹¹² Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 310.

¹¹³ Erkul, "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", 192.

¹¹⁴ Kim/Giacomi, "A Qualitative Study of Stakeholders' Perspectives on the Social Network Service Environment", 965.

¹¹⁵ Erkul, "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", 192.

¹¹⁶ Kim/Giacomi/Macredie, 965.

¹¹⁷ Singil, "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları", 26.

dolayısıyla otomatik şekilde kaldırıldığı durumda ifade özgürlüğüne müdahale söz konusu olabilecektir¹¹⁸. İfade özgürlüğünün korunmasında şeffaflık da önemli olduğundan erişime engellenen içerikle ilgili kullanıcılara bildirimde bulunulması gerekmektedir. İfade paylaşımlarının içeriğinin sakıncalı görülerek doğrudan yasaklandığı durumlarda ise bireylere engellenen ifadelerine ilişkin olarak itiraz hakkı verilmelidir.

Algoritmik araçlar insanların davranışları hakkında kişisel verileri verdiklerinden haberdar olmaksızın bu bilgileri tahmin edebilir ve ortaya çıkarabilir¹¹⁹. Spinello'ya göre bilgisayarlı ve sayısallaştırılmış kişisel bilgiler verimli ve ekonomik şekilde toplanır, saklanır ve veri tabanına kazandırılır¹²⁰. Bu şekilde elde edilen kişisel veriler internetten, hedeflenen reklamcılık faaliyetleri için de kullanılabilir¹²¹. Hatta kişiselleştirilmiş alışveriş ve eğlence için de kullanılmaktadır. Netflix'in izleme önerileri ya da Amazon'un satın alma önerileri buna örnek gösterilebilir. Bunlarda içerikleri önceliklendirme ve kişiye özel tavsiyelerde bulunmaktadır. Yani hangi ürünün satın alınıp, hangi dizinin izleyeceğine ya da hangi müziğin dinleneceğine bireyler özgür iradesiyle değil de algoritmik yönlendirmeler aracılığıyla da karar vermektedir. Bu bağlamda otomatikleştirilmiş karar verme sistemlerinin kişisel/duygusal olarak yüklü mesajlarla ve hedeflenen verilerle kullanılması bireylerin düşünce özgürlüğüne etki etme gücüne sahiptir.

F. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yapay Zekâ Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Son yıllarda birçok ülkenin ceza adalet sisteminde algoritmik sistemlerin kullanılmaya başlanmasıyla beraber adil yargılanma hakkı kapsamında korunan bazı ilkeler ve haklar (masumiyet karinesi, kanunî hâkim güvencesi, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma) bakımından lehe durumlar söz konusu olurken bazıları için ise aleyhe durumlar doğmuştur. Fakat neticede hem adaleti sağlamak hem de verimlilik arayışında, adalet sistemleri prosedür aşamasında giderek artan şekilde otomatik karar verme araçlarını kullanmaktadırlar. Bu sistemler özellikle tutukluluk, şartlı tahliye kararlarını almak üzere başvurulmuş risk değerlendirmeleri kararlarında kendini göstermektedir¹²².

¹¹⁸ Raso/Hilligoss./Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 40.

¹¹⁹ ECP Platform for the Information Society, "Artificial Intelligence Impact Assessment", (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. <https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf>.

¹²⁰ Kim/Giacomi/Macredie, 969.

¹²¹ ECP Platform for the Information Society, Artificial Intelligence Impact Assessment, (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. <https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf>.

¹²² Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

Gelecekte de akıllı asistanlar aracılığıyla yapay zekâ sistemlerinin yargıçlara davalarda karar verme aşamasında destek sağlayacağı öngörülmektedir¹²³.

Ceza adalet sisteminde yapay zekâ teknolojisinden faydalanılması usul ekonomisi açısından lehe sonuçların doğmasına vesile olmuştur. Bu bağlamda yapay zekâ uygulamalarından yararlanılması yargılama süreci maliyetlerinin ve dava yükünün azalmasını sağlamıştır. Öte yandan yargılama sürecinin hızlı sonuçlanması sağlanarak makul sürede yargılanma hakkı açısından lehe bir etki söz konusu olmuştur¹²⁴. Nitekim gereksiz gider yapılmayarak mümkün olan en kısa sürede yargılamanın yapılması usul ekonomisinin de gereğidir.

Durum tespit yazılımı üreticisi olan LawGeex tarafından yayınlanan bir araştırma, yapay zekânın bazı anlaşmalardaki boşlukları ve diğer riskleri bulmada avukatlardan daha isabetli ve hızlı olduğunu ortaya koymuştur. Çalışmaya katılan avukatların çalışmadaki beş sözleşmeyi gözden geçirmesi ortalama 92 dakika sürmüştür ve değişiklik önerileri %85 oranında isabetli bulunmuştur. Buna karşılık, LawGeex yapay zekâ yazılımının beş sözleşmenin tümünü gözden geçirmesi 23 saniye sürmüştür ve değişiklik önerileri %94 oranında isabetli bulunmuştur¹²⁵. Bu bağlamda adalet sisteminde durum tespit değerlendirmesi yapılması gereken dosyalarda yapay zekâ sistemlerinden yararlanılması sonucunda süre bakımından avantaj elde edileceği açık olup, değerlendirme isabet oranı da yüksek olduğundan yargı mensupları açısından yönlendirici olabilir.

Ceza adalet sisteminde hapis cezasının süresi belirlenirken algoritmaların kullanılması yargıçların davalarda daha objektif ve eşit bir tutum takınmalarını sağlamaktadır.¹²⁶ Ayrıca algoritmaların kullanımı yargıçlarının kasıtsız önyargılarının ortaya çıkmasını engelleyebilir¹²⁷. Fakat tam aksi durumlar da söz konusu olabilir. Karmaşık algoritmalar bazı bireyleri hatalı bir şekilde “yüksek riskli” grubunda sınıflandırabilir ve yargılanmasına, gözaltına alınmasına sebep olarak¹²⁸ masumiyet karinesini ihlal edebilir. Yapay zekâ sistemlerinin tescilli niteliği, içsel karmaşıklıkları ve ürettikleri sonuçların anlaşılmazlığı mahkemede onlara meydan okumayı da zorlaştırmaktadır¹²⁹.

Ceza adalet sisteminde yapay zekâ uygulamalarından risk değerlendirme süreçlerinde yararlanılmaktadır. Yüklenen her türlü verinin analizini sağlayan

¹²³ Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, 136.

¹²⁴ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 19.

¹²⁵ Dysart, Joe, “AI Removes the Drudgery from Legal Due Diligence”. ACM News, (2019) Erişim tarihi: 30 Temmuz 2022. <https://cacm.acm.org/news/233886-ai-removesthe-drudgery-from-legal-duediligence/fulltext>.

¹²⁶ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 19.

¹²⁷ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 19.

¹²⁸ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, “Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks”, 20.

¹²⁹ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, “Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks”, 20.

dirilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebebiyet verebilir¹³⁷. Ayrıca, yargıcın kendi gerekçe ve argümanlarını oluşturarak bir karara varmak yerine, algoritmaların genel geçer şekilde daha güvenilir olduğu düşüncesi ve sistemin yönlendirmesiyle sistem tarafından ortaya konulan sonuca uygun karar vermesi halinde yargıcın bağımsızlığı ilkesi aleyhe yönde etkilenebilir¹³⁸.

AİHM kararları çerçevesinde bu verilerin makine öğrenme sistemlerine işlenmesi sonucu geniş ölçekli istatistiksel analiz mümkün hale gelmiştir. Makine öğreniminde AİHM kararlarında kullanılan kelimeler ve ifadeler temelinde nicel analiz yapıp daha sonra bu analize dayalı olarak bilgisayarın mahkeme kararını tahmin etmesini ‘öğretmek’ hedeflenmektedir¹³⁹. AİHM’den veri alınarak, örneğin dil işleme araçlarının (yargılama metinlerindeki kalıplar, ifadeler) nasıl kullanılacağına ilişkin veriler çerçevesinde Mahkeme’nin otomatik olarak hangi kararı vereceğinin tahmini ve analizi araştırması yapılmıştır¹⁴⁰. Bu çalışmada makine öğrenimi sistemi 9. maddenin ihlalini tahmin etmede %75 doğrulukla çalışmıştır. AİHS’in 3., 6. ve 8. maddelerinin ihlali gerekçesiyle açılan 584 dava dosyasındaki verileri analiz ederek, bu davaların %79’unda AİHM yargıçları ile aynı yönde karar vermiştir¹⁴¹.

Yapay zekâ yargıçlarının geçmişteki vakalara dayalı olarak gelecekteki vakalar için karar vermesinin performansını olumsuz yönde etkilediği ortaya çıkmıştır (ortalama doğruluk aralığı %58 ile %68 arasında). Davaya bakan yargıçların soyadlarına dayalı olarak karar tahmininde ise ortalama %65 doğruluk performansı elde edilmiştir¹⁴². Örneğin, 6. madde için ihlal olmayan vakaları tahmin etmede ihlal vakalarından daha iyi olduğu görülmüştür¹⁴³. Sistemin geçmiş yılın kararlarını daha iyi tahmin ederken gelecekteki kararları tahmin etmesinin daha zor olduğu anlaşılmıştır. Çünkü bu kararlar için değişen zamanın da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira geçen yılın kararı daha iyi tahmin edilebiliyorken modelin esas alındığı ve test edildiği zaman aralığı çok geniş ise tahmin performansı düşmektedir. Bu sebeple de sistemin daha yüksek bir doğruluk oranında verimli şekilde çalışabilmesi, değişen hukuk dünyasına ayak uydurmak ve

¹³⁷ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 20.

¹³⁸ Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, 20.

¹³⁹ Medvedeva Masha; Vols, Michel; Wieling, Martijn. “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, *Artificial Intelligence and Law* (2020): 238.

¹⁴⁰ Medvedeva/Vols/Wieling, “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, 237.

¹⁴¹ Johnston, Chris, “Artificial intelligence ‘judge’ developed by UCL computer scientists” Erişim tarihi 19 Haziran 2022. <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists>.

¹⁴² Medvedeva/Vols/Wieling, “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, 237.

¹⁴³ Medvedeva/Vols/Wieling, “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, 257.

yeterli bir hukuk düzenini sürdürmek için yayımlanan kararların sisteme sürekli entegre edilmesi gerekmektedir¹⁴⁴.

AİHM'in kararlarını tahmin etmek için makine öğrenmesinin sonuçlarını değerlendirdiğimizde nispeten basit ve otomatik olarak elde edilebilen bilgileri kullanan makine algoritma modelleri, vakaların yaklaşık %75'inde kararları doğru bir şekilde tahmin edebilme oranına ulaşmıştır. Fakat geliştirilebilmeleri için de çok yönlü yasal ve dilsel analizlerin yapılması gerekmektedir¹⁴⁵.

Otomatik risk değerlendirme araçlarının oluşturulması ve bu araçları çevreleyen gizlilik ağırlıklı olarak özel sektör tarafından geliştirilecektir. Bu araçların bazı insan haklarını olumsuz yönde etkilemesi riski de ortadadır. Bu sebeple de sanıkların adil ve aleni bir duruşmada bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda ve savunmaları için gerekli tüm garantilerden de yararlandırılmaları gerekmektedir¹⁴⁶.

Yargılama sisteminde yapay zekâ uygulamalarından yararlanılsa dahi yargıçların hüküm verirken müdahalesine imkân tanınmalı, yani takdir hakları ortadan kaldırılmamalıdır. Yargıçların yapay zekâ uygulaması tarafından ortaya konulan sonucuna güvenmeme özgürlükleri yasal olarak da korunmalıdır. Yapay zekâ içeren sistemleri kullanılırken söz konusu olabilecek durumlar için yapay zekâ uygulamalarına ilişkin olarak devletlerin mevzuat dışında birtakım etik kurallar da benimsemesi gerekmektedir. Örneğin, Almanya, ABD, Avrupa Birliği, Avustralya, Birleşik Arap Emirlikleri, Finlandiya, Fransa, Güney Kore, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Japonya, Kanada, Norveç, Singapur yapay zekâ için etik kuralları yayımlamış olan ülkelere örneklerdir¹⁴⁷.

V. YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARINA İLİŞKİN OLARAK DEVLETİN İNSAN HAKLARINI KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Mevzuat Oluşturma

2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'nın "*Dijital Ortamda ve Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması*" başlıklı 8.10.d. hedefi ile "*Yapay zekâ alanına ilişkin mevzuat çerçevesi, uluslararası ilkeler de dikkate alınarak oluşturulacak ve etik ilkeler belirlenecek, bu alanda insan haklarının korunmasına*

¹⁴⁴ Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 259.

¹⁴⁵ Medvedeva/Vols/Wieling, "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights", 263.

¹⁴⁶ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 25.

¹⁴⁷ Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. <https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/>.

ilişkin tedbirler alınacaktır."¹⁴⁸. Yapay zekâ alanında etik ve hukuk çerçevesinin oluşturulması 2021-2025 Türkiye Yapay Zekâ Stratejisi'nde de vurgulanmıştır¹⁴⁹.

İnsan hakları yaklaşımı, yapay zekâ düzenlemesine ilişkin AB Beyaz Kitabında resmi olarak açık değildir¹⁵⁰. Fakat insan haklarının evrenselliği ilkesine dayanan yaklaşım yapay zekâ sistemlerine ilişkin küresel ölçekte bir düzenlemenin çerçevesi olmalıdır¹⁵¹. Dünyanın farklı yerlerinde yaşayan herkes en iyi, daha güvenilir ve etik dijital gelecek vizyonuna sahip olmalıdır¹⁵².

Yapay zekânın güvenilirliği konusu birçok gelişmiş ülkenin öncelikle ele aldığı konulardandır. Yapay zekânın farklı sektörlerde kullanımı ile beraber sosyal ve hukuki etkiler açısından olumsuz sonuçların doğma potansiyeli halihazırda tartışılmaktadır. Hem genel hem de alana özgü yasal ve idari düzenlemelerin hazırlanması bu olumsuz sorunların önüne geçilmesi amacıyla hizmet edecektir¹⁵³. Bu anlamda mevzuatın insan haklarını koruma ve geliştirme anlayışı ile oluşturulması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Yapay Zekâ Ad Hoc Komitesi (CAHAI) de yapay zekâ ile ilgili yasal çerçevesinin temel unsurlarından biri olarak, Avrupa insan hakları standartlarına atıf yapmıştır¹⁵⁴. 2021 tarihli Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi de yapay zekânın birey ve toplumlar üzerinde yarattığı olumsuz etkilerinin azaltılması ve sorunların çözülmesi için bu sistemler ile uyumlaştırılmış kuralların ortaya konulmasını amaçlamaktadır. Yapay zekâ sistemleri ile ilgili riskleri ve sorunları çözmek için sınırlı, dengeli ve orantılı yataş düzenleyici bir yaklaşım sunmakta, güçlü ve esnek bir hukuki sistem oluşturmayı hedeflemektedir¹⁵⁵. Bu bağlamda Komisyon yapay zekâyâ ilişkin düzenleme önerisinde aşağıdaki özel hedefleri benimsemiştir:

¹⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE", (2021): 120. Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>.

¹⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025", (2021): 14-15, Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.

¹⁵⁰ The European Commission. "White Paper on Artificial Intelligence -A European approach to excellence and trust", Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

¹⁵¹ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

¹⁵² Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

¹⁵³ Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi: 2 Haziran 2022. <https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/>.

¹⁵⁴ The Council of Europe "CAHAI-Ad hoc Committee on Artificial Intelligence" Erişim tarihi: 20 Haziran 2002. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

¹⁵⁵ The European Commission, "Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts", Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

“Birlik pazarına arz edilen ve kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli olmasının ve temel haklara ilişkin mevcut hukuk ile Birlik değerlerine uymasının sağlanması;

Yapay zekâya yatırımı ve yeniliği kolaylaştırmak için hukuki belirlilik sağlanması;

Yapay zekâ sistemleri için geçerli olan güvenlik gereklilikleri ile temel haklara ilişkin mevcut hukukun etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması ve yönetişimin geliştirilmesi; yasal, güvenli ve güvenilir yapay zekâ uygulamaları için tek bir pazarın geliştirilmesinin kolaylaştırılması ve pazarın parçalanmasının önlenmesi”¹⁵⁶.

Kamu ve özel sektör, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum çağrı ve tavsiyelerin ötesine geçerek yapay zekâ sistemlerine ilişkin olarak özellikle verilerin korunması ve gizliliğine yönelik bağlayıcı hukuki düzenlemelerin yapılması yönünde hareket geçilmesini sağlamalıdır¹⁵⁷.

İnsan hakları, değişen ve dinamik yapay zekâ sistemlerinin hayata geçirilmesinde kontrolü de sağlayan kilit bir kavramdır. Bu sebeple de insan haklarının korunması gayesiyle gelişen teknolojiye ket vurmak yerine eşgüdümlü hukuki politikalar ve stratejiler geliştirilerek bu sistemlerin avantajlarının artırılıp dezavantajlarını minimize edecek hukuki zemin ortaya konmalıdır.

B. Etik İlkeler Oluşturma

1. Bilgilendirme

Yapay zekâ sistemlerinin insan haklarına müdahalelerini önlemek için kamu otoriteleri tarafından bazı tedbirler alınmalıdır. Bunlardan ilki, yapay zekânın ilgili alanda kullanıldığına ilişkin olarak kullanıcıların bilgilendirilmesidir. Bir diğeri ise, bireylerin yapay zekâ sistemleri tarafından herhangi bir insan hakkı ihale uğradığında hangi birimlere ne şekilde başvuracaklarını belirleyen bir kılavuzun oluşturulmasıdır¹⁵⁸.

Algoritma ve datalardaki hataların ve belirsizliklerin kimliği, kütüğü ve mantikî kaynakları, en kötü durumun etkilerinin anlaşılabilmesi ve azaltılması prosedürleri hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Avrupa Birliği Komisyonu, “Yapay Zekâya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Düzenlemesi) ve Birlik’in Belirli Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi”, (2021), <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirligiYapayZekaya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>.

¹⁵⁷ Beduschi, “Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence”, 1.

¹⁵⁸ The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”, Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 76, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

¹⁵⁹ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 58.

2. Karar Alma Süreçlerinde ve Verilerin Toplanmasında Şeffaflık

Toplumsal norm ve değerleri dahi şekillendirme gücüne haiz yapay zekâ, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla yerleşmesine sebep olup, demokratik konsolidasyonu güçlendirebileceği gibi otoriter rejimlerin iktidarını koruması için güçlü bir araç olarak da kullanılabilir¹⁶⁰. Bu bağlamda yapay zekâ sistemlerinin kullanım sürecinde şeffaflık öne çıkmaktadır.

İnsan hakları yaklaşımı bazı temel özelliklere ilişkin olarak doğal eğilimi içermektedir. İnsanların şeffaflığa olan ihtiyacı, yetkililerin ve özel şirketlerin meşru aktörler olarak kalabilmeleri için faaliyetleri hakkında net bilgi sağlamalarını gerektirir¹⁶¹. Dolayısıyla da hükümet karar alma süreçlerinde şeffaflığı teşvik etmelidir. Bu bağlamda hükümet, yeni teknolojilere yönelik politika ve dijital yönetişimin insan hakları üzerindeki etkisini dikkate almalı ve insan haklarının korunması için güvenceler oluşturmalıdır.

Yapay zekâ sisteminin ve algoritmaların fiili işleyişine ilişkin şeffaflık eksikliği söz konusu olabilir. Örneğin, şeffaflığın söz konusu olmadığı bir sistemde bu durum bir sanığın davaya itiraz etmesini engelleyebilir¹⁶².

Yapay zekâ sistemlerini beslemek için, amaçlanan veya potansiyel kullanımı hakkında net göstergeler olmadan veri toplanması, şeffaflığı tehlikeye düşürür¹⁶³. Bu sebeple de hem veriler toplanırken hem de bu verilere dayalı yapay zekâ sistemleri işletilirken süreç şeffaf yürütülmelidir.

3. Hesap Verebilirlik/Sorumluluk

Yapay zekâ sistemlerinin kullanımında hesap verebilirlik toplumda güveni ve güvenliği pekiştirmek için temel esastır. Bu sebeple de yapay zekâ uygulamalarına ilişkin olarak kamu otoriteleri tarafından alınması gereken öncelikli tedbirlerin arasında hesap verilebilirliğinin sağlanması gelmektedir¹⁶⁴.

Kamu otoriteleri hesap verebilirliği sağlamalıdır. Bu yönde devlet dışı aktörlerin sorumluluk çerçevesi de devlet tarafından belirlenmelidir. Kamu otoriteleri yeni

¹⁶⁰ Bilgin, Kivılcım Romya, "Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar", *Panorama*, Çevrimiçi Yayın, 30 Aralık 2021, <https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar>.

¹⁶¹ Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 <https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/>.

¹⁶² Mcgregor/Murray/Ng, "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability", 318.

¹⁶³ Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance", (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 <https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/>.

¹⁶⁴ The European Union Agency for Fundamental Rights, "Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights", Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020): 76, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

teknolojilerin kullanımında hem kendilerinin hem de devlet dışı aktörlerin sorumluluklarını belirlerken insan hakları ile uyumlu bir düzenleyici çerçeve oluşturmalıdır.

Modern algoritmaların doğru çalışması kaliteli girdi verilerine bağlıdır¹⁶⁵ bu bağlamda hem kamu otoriteleri hem de özel kişiler veri kalitesini ve güvenilirliğini sağlamakla sorumludur. Kamu otoriteleri aynı zamanda insan haklarını özel kişilerin eylemlerinden de korumakla yükümlü olduğundan sorumluluğu daha kapsamlıdır.

Yapay zekâ geliştiriciler, veri işlenmesinde her aşama ve süreçte hesap verebilir bir algoritma kurmalı ve sorumlulukların kime ait olacağını belirlemelidir¹⁶⁶ Algoritmik karar sistemlerinin bireysel yahut toplumsal olumsuz etkilerinin giderilmesi için düzeltme imkânının sağlanmasına uygun hale getirilmelidir. Aynı zamanda bu tür sorunların zamanında giderilmesi için sorumlu bir kişi atanmalıdır¹⁶⁷.

Biz sarıh bir şekilde tanımasak dahi günümüzde yapay zekâ olağan bir biçimde toplum için temel olduğunu artık kanıtlamıştır¹⁶⁸. Bu sistemler gelişerek devam edecek ve insanların geleneksel olarak yaptığı birçok işi yapacaklardır. Bu sistemlere otonom karar verme hususunda sorumluluk verirken insan haklarının korunmasına uygun şekilde hesap verebilirliği de garanti etmeliyiz¹⁶⁹.

4. Ayrım Gözetmemek

Ayrımcılıkla mücadele yasaları, yeni ve gelişmekte olan teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanımına uygulanmalıdır. Engelliler gibi kırılgan grupların teknolojiye ve yapay zekâ sistemlerine erişme hususunda özel ihtiyaçları dikkate alınmalıdır¹⁷⁰. Çünkü yeni teknolojilere eşit olmayan erişim, özellikle sosyo-ekonomik durum, engellilik, yaş veya coğrafi konum gibi faktörlerden etkilenir ve eşitsizlikleri şiddetlendirir¹⁷¹.

Yapay zekâ uygulamalarına aşırı güven, sistemin hata ve önyargılarının gözden kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Yapay zekâ kullanan sistemler, verileri kullanılarak “eğitilmiş” olduklarından bu verilerin ayrımcılığı gözetmemesi sonucunda yeni uygulamada ayrımcılık artarak daha adaletsiz sonuçlar doğabilir¹⁷². Büyük veri kümelerinde ayrımcı hususlar düzeltilmezse toplumdaki belirli gruplara yönelik ayrımcılık ve haksızlık da daha büyük ölçekte olur. Bu bağlamda büyük

¹⁶⁵ Mcgregor/Murray/Ng, “International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability”, 317.

¹⁶⁶ İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. “Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması”, (2020), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeVeVeriKorumas%C4%B1022020.pdf>.

¹⁶⁷ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 58.

¹⁶⁸ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 45.

¹⁶⁹ Cataleta/Cataleta, “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”, 45.

¹⁷⁰ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 56.

¹⁷¹ Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 57.

¹⁷² Criado/Aller, “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”, 57.

veri analizi eşitsiz uygulamaları besleyebilir. Bu da veri determinizmini doğurur. Fakat eğitim verileri iyi bir şekilde toplanır ve kullanılırsa, aslında yapay zekâ teknolojileri özellikle savunmasız gruplar için daha iyi hizmet sunumunu da sağlayabilir¹⁷³.

Yapay zekâlı sistemler tasarlanırken haksız önyargıdan kaçınmak odak noktası olmalıdır. Sistem geliştiricilerinin ilk önce algoritmalarının tasarımının objektif olmasını sağlayıp, yanlı olmadığından emin olması gerekmektedir. Bu noktada yapay zekâ sistemlerden dolayı ya da doğrudan etkilenebilecek paydaşlara danışılmalı ve bu paydaşlar sistemin geliştirilmesi sırasında yer alması sağlanmalıdır. Öte yandan yapay zekâ sistemleri, tüm bireylerin yetenek, beceri ve gereksinimleri göz önünde tutularak tasarlanmalı ve geliştirilmelidir¹⁷⁴. Yapay zekâ sistemleri bu yönde kullanılırsa eşitsizliği azaltmaya da yarayabilir¹⁷⁵.

5. Katılımcı Yaklaşımlar Geliştirmek

Katılımcı yaklaşım geliştirme amacı, kamuoyu, özellikle gruplar ve sivil toplum ile uzmanlar ve karar vericiler dahil olmak üzere yeni ve gelişmekte olan teknolojilerden etkilenen tüm paydaşların seslerinin duyulmasını sağlamayı amaçlar¹⁷⁶.

Yeni teknoloji uygulamalarına katılımcı yaklaşımlar geliştirmelidir. Katılımcı yaklaşım, yapay zekâ sistem kullanıcılarının toplumsal, çevresel ve ekonomik ihtiyaç ve amaçları göz önünde bulundurularak, işlevsel sonuçlara ulaşması sağlanarak geliştirilebilir. Bu yaklaşımın geliştirilebilmesi için her şeyden evvel toplumun, temel hizmetler için karar verme süreçlerinde otomasyonun etkisi gibi yeni teknolojilerin insanların yaşamları üzerindeki etkisini anlaması ve bir inceleme süreci ve/veya çare hakkında bilgi sahibi olması ve bunlara erişime sahip olması gerekir¹⁷⁷.

6. Tartışılabilirliği Sağlamak

Bir yapay zekâ sistemi bir kişi, grup ya da çevreyi önemli ölçüde etkilediğinde, insanların bu sistemin çıktısına zamanında karşı çıkmasına izin verilmelidir¹⁷⁸. Bu bağlamda sistem çıktılarının genel geçer sonuçlar olarak kabul edilmesinden önce bu çıktılara itiraz imkânı getirilmelidir. Bu bağlamda yapay zekâ sistemlerinin çıktılarına tartışmasız şekilde riayet edilmesini yasaklayıcı düzenlemeler yapılabilir.

¹⁷³ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

¹⁷⁴ Türkiye Bilişim Derneği, "Türkiye'de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler", (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. <https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/>.

¹⁷⁵ Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim, "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks", 20.

¹⁷⁶ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

¹⁷⁷ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 56.

¹⁷⁸ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 58.

7. Erişebilirliği Sağlamak

Toplumda bireyler arasında sosyal uyumu sağlamak için fırsatlara eşit erişimi sağlamak gereklidir¹⁷⁹. Bu sebeple de toplumun çok geniş bir kesiminin yapay zekâ sistemlerine erişime sahip olması gerekir. Yapay zekâ teknolojileri aynı zamanda hizmet sunmanın yeni yollarını da sunduğundan, engelliler ve dezavantajlı gruplar için erişilebilirlik daha iyi şekilde sağlanmalıdır¹⁸⁰. Dolayısıyla da yapay zekâ teknolojilerine erişime ilişkin kamu yönetimi ve düzenlemesi yapılması kritiktir¹⁸¹.

8. Mahremiyeti Korumak

Yapay zekâ aracılığıyla kişisel verilerin (ör. yüz tanıma) toplanma ve kullanma kolaylığı özel hayatın gizliliği hakkını sınırlandırabilir. Kişisel verilerin ulusal ya da diğer organlarca yapay zekâ sistemlerine hızlı ve kolay şekilde aktarımı mahremiyetin korunmasını daha zor hale getirebilir. Öte yandan kişisel verilerin yapay zekâ sistemlerine işlendikten sonra düzeltilmesi veya kaldırılması zor olabilir. Kişisel bilgilerin işlenirken çarpıtılması itibarın zedelenmesine ve diğer zararlar yol açabilir¹⁸². Bu bağlamda kişisel veriler meşru sebeplerle, amaca uygun, güncel ve veri sahibinin bilgisi dahilinde tutulmalı ve işlenmelidir.

Yapay zekâ sistemlerine veri işlenirken doğabilecek risklere karşı kamu otoritelerince işlevsel ve teknik tedbirler alınmalı ve bu faaliyetlerin denetimi de yapılmalıdır.

9. Toplumun Genelinde Kapasite Oluşturmak

Toplumun, temel hizmetler için karar verme süreçlerinde otomasyonun etkisi gibi yeni teknolojilerin yaşamları üzerindeki etkisini anlaması ve değerlendirmesi için öncelikle bilgi sahibi olmalıdır. Bu sebeple de toplumun büyük çoğunluğunun yapay zekâ teknolojisi, uygulaması ve işlevleri hakkında aydınlatılarak bilgi ve bilinç düzeyinin artırılması gerekmektedir. Toplumun genelinde yapay zekâ sistemlerinin işlev bilincinin artmasına paralel olarak bu sistemlerin insan haklarına yönelik tehditlerini de öngörme ve bertaraf etme kapasiteleri de artacaktır.

Sürdürülebilir bir dijital toplum için yapay zekâ sistemlerini insan haklarına ve etik ilkelere uygun şekilde kullanımı ve geliştirilmesi üzerine eğitim programları oluşturulmalıdır. Böylelikle toplumun genelinde kapasite oluşturmak suretiyle insan haklarını koruma anlayışı da güçlenecektir.

¹⁷⁹ Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. <https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/>.

¹⁸⁰ Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

¹⁸¹ Al-Rodhan, Nayef. "Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance" (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. <https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/>.

¹⁸² Criado/Aller, "A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe", 57.

SONUÇ

Yapay zekâ sistemlerinin hem kamu hem de özel sektörde yaygın şekilde kullanılmaya başlanmasıyla beraber verimlilik ve hızlilik gibi olumlu etkilerinin yanı sıra bazı durumlarda insan haklarına müdahale riski oluşturması sebebiyle bu sistemler tartışmaya açık hale gelmiştir. Teknolojinin devinimi ve buna paralel şekilde hayatın dönüşümü yapay zekâ uygulamaları ile insan haklarını kesiştirmiştir. Bu sistemler teknolojik olarak güncel hayat koşullarına olumlu katkı sağlarken eşitlik ilkesine, ayrımcılık yasağına mahremiyet hakkına, yaşam hakkına, adil yargılanma hakkına, ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan birçok sorunu da gündeme getirmiştir.

Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu ihlaller en yoğun şekilde eşitlik ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde gündeme gelmektedir. Bunun sebebi de farklı gruplara ait bireylere birden fazla farklı alanda eşit ve adil davranan algoritmalar geliştirmenin güçlüğündendir. Yapay zekâ sistemlerinin doğal kaynağı veriler olduğundan bir diğer yoğun ihlal alanı da kişisel verilerdir. Bu bağlamda kişisel verilerin elde edilmesine, işlenmesine ve kullanılmasına ilişkin risklerden kaçınılmalıdır. Yapay zekâ sistemlerinin tasarımında veri kalitesi ve güvenliği sağlanarak öze hayatın gizliliğine müdahale edilmesinin önüne geçilmelidir.

Yapay zekâ sistemlerinin tasarım ve uygulamalarında öncelikle insanın onurlu bir varlık olduğundan hareketle, tüm insan haklarının karşılıklı olarak birbirine bağımlılığı da göz önünde tutularak, tümünün aynı ölçüde korunmasına büyük önem verilmelidir. Yapay zekâ sistemlerinin insanın ve toplumların hayat standartları arttırmak amacıyla geliştirildiği düşünüldüğünde, bu teknolojik hizmetlerden yararlanmak için bireylerin herhangi bir insan hakkından feragat etmesi beklenemez. Aksine insan haklarını koruma yaklaşımı, yapay zekâ sistemleri kurgulanır ve kullanırken temel alınması gereken ilkelerin başında gelmektedir.

İnsan haklarının korunmasına yönelik olarak devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğü yapay zekâ sistemlerinin ancak insan hakları ilke ve standartlarına uygun şekilde çalışmasına cevaz veren hukuki çerçeve ve etik normları ortaya koymaktır. Etkin bir hukuk düzeni kurarak ve insan haklarının korunmasına yönelik tedbirler alarak bu yükümlülüğünü yerine getirebilir. Devletin usule ilişkin pozitif yükümlülük olarak ise gerek kendi gerekse özel kişilerin insan haklarını ihlal eden eylemlerini etkili soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda yapay zekâ sistemleri bireylerin insan hakları büyük ölçüde ihlal riski taşıdığında denetim otoritelerine başvuru hakkı tanınmalıdır.

Kamu otoriteleri yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu insan hakkı ihlallerinden hem eylemleri hem de ihmalleri nedeniyle sorumludur. Bu sebeple kamu otoriteleri yapay zekâ sistemlerini kullanırken insan hakları temelli yaklaşım çerçevesinde; ayrımcılık gözetmemek, mahremiyeti korumak, hesap vermek, so-

rumluları tespit etmek, erişilebilirliği ve tartışılabilirliği sağlamak, katılımcı yaklaşımlar geliştirmek ve toplumun genelinde kapasite oluşturmakla yükümlüdür.

Yapay zekânın sistemlerinin gelişimine ve teknolojik yeniliklere insan haklarını ihlal tehdidi sebebiyle karşı koymak yerine bu gelişimin insan haklarıyla uyumlu bir şekilde koordine edilmesi gerekmektedir. Bu minvalde yapay zekâ uygulamalarının insan haklarına etkisi bağlamında farkındalığı artırmak için dijital okuryazarlık ve insan hakları eğitimi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akalın, Betül ve Veranyurt, Ülkü. “Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ”. *Acta Infologica*, Vol. 5. S. 1, (2021): 231-239.
- Almeida, Patricia G. Rêgo de; Santos, Carlos Denner dos and Farias, Josivania Silva. “Artificial Intelligence Regulation: A Meta-Framework for Formulation and Governance”. *Hawaii International Conference on System Sciences*, (2020), Erişim tarihi: 15 Haziran 2022. <https://hdl.handle.net/10125/64389>.
- Al-Rodhan, Nayef. “Artificial Intelligence: Implications for human dignity and Governance”. (2021), Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022 <https://oxfordpoliticalreview.com/2021/03/27/artificial-intelligence/>.
- Barocas, Solon; Selbst, Andrew. “Big Data’s Disparate Impact”. *California Law Review*, Vol. 104, (2016): 671-732.
- Bilgin, Kıvılcım Romya. “Uluslararası Sistem ve Yapay Zekâ: Eski Rakipler ve Yeni Politikalar”. *Panorama*. Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. <https://www.uikpanorama.com/blog/2021/12/30/uluslararasi-sistem-ve-yapay-zekâ:-eski-rakipler-ve-yeni-politikalar>.
- Beduschi, Ana. “Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence”. (2020) Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. <https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificialintelligence>.
- Borgesius, Frederik Zuiderveen. “Discrimination Artificial Intelligence and Algorithmic”. *Council of Europe*. Strasbourg (2018), Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>.
- Broeders, Dennis; Schrijvers, Erik and Ballin, Ernst Hirsch. “Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom”. *The Netherlands Scientific Council for Government Policy (Policy Brief)*. Erişim tarihi: 10 Mayıs 2022. <https://english.wrr.nl/publications/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom>.
- Cataleta, Maria Stefania and Cataleta, Anna. “Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle”. *CIFILE Journal of International Law Journal*, Vol. 1, No. 2, (2020): 40-63.
- Congressional Research Service. “Defense Primer: US Policy on Lethal Autonomous Weapons Systems”. Erişim tarihi: 8 Haziran 2022. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>.
- Criado, Jesus Salgado; Aller, Celia Fernández. “A Wide Human-Rights Approach to Artificial Intelligence Regulation in Europe”. *IEEE Technology and Society Magazine*, Vol. 40 (2), (2021): 55-65.
- Çakır, Özge. “Derin Öğrenme Nedir”. Erişim tarihi: 10.06.2022. <https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/derin-ogrenme->.
- Çelik, Yeşim. “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”. *TAAD*, Y. 8, S. 32, (2017): 391-410.

- Dülger, Murat Volkan. “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), (2018): 71-144.
- Dysart, Joe. “AI Removes the Drudgery from Legal Due Diligence”. *ACM News*, (2019) Erişim tarihi: 30 Temmuz 2022. <https://cacm.acm.org/news/233886-ai-removesthedruidgery-from-legal-duediligence/fulltext>.
- ECP Platform for the Information Society. “Artificial Intelligence Impact Assessment”. (2019), Erişim tarihi 25 Haziran 2002. <https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf>.
- Erkul, Erdem R. “Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?”. *TRT Akademi*, C. 6. S. 11, (2021): 192-200.
- Erdoğan, Gökhan. “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”. *Adalet Dergisi*, S. 66 (1), (2021): 117-192.
- Janssen, Heleen L. “An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making”. *International Data Privacy Law*, Vol. 10, Issue 1, (2020): 76-106.
- Johnston, Chris. “Artificial intelligence ‘judge’ developed by UCL computer scientists”. Erişim tarihi: 7 Haziran 2002. <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists>.
- Information Commissioner’s Office (ICO). “What is automated individual decision-making and profiling?”. Erişim tarihi: 12 Haziran 2022. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.
- İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. “Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması”. (2020), Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AlgoritmikKararVermeveVeriKorumas%C4%B1022020.pdf>.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 8. Baskı, 2012.
- Karan, Ulaş. “‘Yaşam Hakkı’ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”. Sibel İnceoğlu (eds) Beta (2013).
- Kim, Hojung; Giacomini, Joseph; Macredie, Robert. “A Qualitative Study of Stakeholders’ Perspectives on the Social Network Service Environment”. *International Journal of Human-Computer Interaction Vol. 30*, (2014): 965-976.
- Kriebitz, Alexander; Lütge, Christoph. “Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment”. *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5 (2020): 84-104.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler”. Erişim tarihi: 8 Mayıs 2022. <https://www.kvkk.gov.tr/Iceirik/7048/Yapay-Zekâ-Alanında-Kişisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>.

- McGregor, Lorna; Murray, Daragh; Ng, Vivian. "International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019): 309-343.
- Medvedeva Masha; Vols, Michel; Wieling, Martijn. "Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights". *Artificial Intelligence and Law* (2020): 237-266.
- Mantelero, Alessandro. "AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment". *Computer Law & Security Review*, 34, (2018): 754-772.
- Önder, Murat. "Yapay Zekâ: Kavramsal Çerçeve". *ULİSA21*, S. 2, (2020): 2-10.
- Raso, Filippo A.; Hilligoss, Hannah; Krishnamurthy, Vivek; Bavitz, Christopher and Kim, Levin. "Artificial Intelligence&Human rights: Opportunities and Risks". *Research Publication*, (2018): 1-62.
- Singil, Nesrin. "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları". *Public and Private International Law Bulletin*, S. 42 (1), (2022): 121-158.
- The Toronto Declaration, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://www.torontodeclaration.org/>.
- The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence, Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/the-declaration/>.
- Turing, A. M. "Computing Machinery and Intelligence", "The Mind". *Mind*, Vol. 59, Issue 236, (1950) 433-460.
- Türkiye Bilişim Derneği. "Türkiye’de Yapay Zekânın Gelişimi için Görüş ve Öneriler". (2020), Erişim tarihi 2 Haziran 2022. <https://www.tbd.org.tr/tbd-yapay-zekâ-raporu-2020/>.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE". (2021): 5-142, Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025". Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/Shared-FolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Yapay Zekâ". Erişim tarihi: 10 Haziran 2022. <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zekâ/>.
- The Council of Europe "CAHAI - Ad hoc Committee on Artificial Intelligence". Erişim tarihi: 20 Haziran 2002. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.
- The European Commission’s High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, "Ethics Guidelines for Trustworthy AI". Erişim tarihi: 20 Haziran 2022. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.
- The European Commission. "Ethics Guidelines for Trustworthy High-Level Expert Group on Artificial Intelligence". Erişim tarihi: 5 Haziran 2022. https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf.

- The European Commission. “White Paper on Artificial Intelligence -A European approach to excellence and trust”. Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.
- The European Commission. “Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts”. Erişim Tarihi: 25 Haziran 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.
- The European Parliament. “European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems”. Erişim tarihi: 30 Mayıs 2022. (2018/2752(RSP)) <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341EN.html?redirect>.
- The European Union Agency for Fundamental Rights. “Business and Human Rights”. (2020) Erişim tarihi: 1 Haziran 2022. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf.
- The European Union Agency for Fundamental Rights, “Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights”. Report of European Union Agency for Fundamental Rights (2020), Erişim tarihi: 18 Haziran 2022. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.
- The United Nations Office of Counter-Terrorism “Countering Terrorism Online with Artificial Intelligence”. (2021) 10-49. Erişim tarihi: 29 Haziran 2022. <https://unicri.it/sites/default/files/2021-06/Countering%20Terrorism%20Online%20with%20AI%20-%20UNCCT-UNICRI%20Report.pdf>.
- The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights. “The right to privacy in the digital age: report (2021). Erişim tarihi: 22 Haziran 2002. <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/calls-input/2021/right-privacy-digital-age-report2021>.
- Yüzer Eltimur, Dilara. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2019).

UTİ POSSİDETİS (MEVCUT SINIRLARIN KORUNMASI) İLKESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR^(**)

Öz

Uti Possidetis Roma Özel Hukuku kaynaklı bir ilke olup uluslararası hukuk bağlamında ilk olarak 19. yüzyılda Latin Amerika'da uygulanmıştır. Bu uygulamanın sonucu olarak sömürge dönemindeki iç birimlerin sınırları Latin Amerika'da yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin uluslararası sınırları haline gelmiştir. Benzer şekilde, bu ilke 20. yüzyılda Afrika kıtasında başlayan sömürgecilikten kurtulma sürecinde de benimsenmiştir. 1986 yılında Uluslararası Adalet Divanı'nın Dairesi Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında vermiş olduğu kararında ilkeyi ilk defa açık bir biçimde bir uyuşmazlığın çözümünde uygulamıştır. Bununla birlikte, ilke sadece dekolonizasyon sürecinde değil bu sürecin dışında da uygulama alanı bulmuştur. Örneğin, 1990'lı yıllarda Avrupa'da devletlerin dağılması sürecinde de bu ilkeye başvurulmuştur. Çıkış noktası itibarıyla, bu ilkeyle amaçlanan devletlerarası sınırlarda istikrarı sağlamak ve savaşların önüne geçmektir. Şüphesiz, uluslararası hukukta istikrara verilmiş olan önem çok üst düzeydedir. Bu çalışmada ele alacağımız mesele bu ilkenin hangi ölçüde uluslararası istikrarın oluşmasına katkı sağladığıdır. Bu bağlamda, öncelikle ilkenin kavramsal yapısını daha sonraki aşamada Uluslararası Adalet Divanı tarafından nasıl uygulandığını temel yargı kararları ışığında incelemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Uti possidetis ilkesi Türkçe uluslararası hukuk literatüründe Uluslararası Adalet Divanı kararları incelemeleri kapsamında ele alınsa da başlı başına bir çalışmanın konusunu oluşturmamıştır. Bu çalışmayla amaçlanan Türkçe uluslararası hukuk literatürüne bu konuda katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler

Uti Possidetis, Uluslararası İstikrar, Uluslararası Adalet Divanı, Uygulanacak Hukuk, Önemli Tarih, Etkililik.

AN ASSESSMENT ON THE PRINCIPLE OF UTI POSSIDETIS

Abstract

Uti Possidetis stems from Roman Private Law and was first applied in Latin America in the 19th century in the context of International Law. As a result of this implementation, the boundaries of the territorial units in the colonial period were upgraded to international boundaries of the newly independent States in Latin America. Then, the principle has been applied in Africa since 1960s. In 1986, the International Court of Justice Chamber applied the principle openly to the resolution of a dispute for the first time in the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali. However, the principle has also found application outside the decolonization context. For example, the principle was also applied to the dissolution of European States in the 1990s. As a starting point, the purpose of the principle is to secure stability of borders and to prevent wars. Undoubtedly, the importance given to stability in International Law is at a very high level. The issue that we will discuss in this study is to what extent this principle contributes to the formation of international stability. In order to do so, we think that it is appropriate to first examine the conceptual

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 27.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 26.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1181014.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Ankara-Türkiye.

E-posta: tcakir@ybu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9360-9098>.



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

structure of the principle and then how it is applied by the International Court of Justice in the light of the main judicial decisions. Although the principle of *uti possidetis* is discussed in the Turkish International Law literature within the scope of the reviews of the International Court of Justice judgments, it has not constituted the subject of a study on its own. In this regard, the purpose of this study is to contribute to the Turkish International Law literature.

Keywords

Uti Possidetis, International Stability, International Court of Justice, Applicable Law, Critical Date, Effectivités.

Extended Abstract

Uti Possidetis stems from Roman Private Law and was first applied in Latin America in the 19th century in the context of International Law. According to this principle, it was possible for the party in possession of immovable to maintain possession during the lawsuit, except in cases of possession by force, secretly and *precarium*. The principle was reinterpreted by the Latin American States that gained independence in the 19th century and was taken as a basis in determining the frontiers between them. As a result of this implementation, the boundaries of the territorial units in the colonial period were upgraded to international boundaries of the newly independent States in Latin America. The purpose of the principle "is to prevent the independence and stability of new States being endangered by fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power".

Then, the principle has been applied in Africa since 1960s. The 1964 resolution passed by the African Heads of States of Organization of African Unity declared that: "All member States pledge themselves to respect the borders existing on their achievement of national independence." In 1986, the International Court of Justice Chamber applied the principle openly to the resolution of a dispute for the first time in the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali. The Chamber underscores that the determination of *uti possidetis* line must be assessed in the light of colonial law and that the principle freezes the territorial title at the critical date. The Chamber also stresses that the concept of title refers not only to any evidence which may establish the existence of a right but also to the actual source of that right. The relationship between the effectivités and the titles on which the implementation of the principle of *uti possidetis* is grounded is also examined by the Chamber. In the absence of both territorial title and effectivités, the Court can resort to *infra legem* equity.

The *uti possidetis* doctrine has also found application outside the decolonization context. For example, the principle was also applied to the dissolution of European States (Yugoslavia and Soviet Union) in the 1990s. However, the application of the principle in these cases is not automatic. In the Frontier Dispute Case between Burkina Faso and Mali, International Court of Justice Chamber emphasizes that *uti possidetis* "is a general principle". The parties may also modify the *uti possidetis* line by a subsequent agreement. As a result, it is not a peremptory norm of general international law (*ius cogens*). To sum up, *uti possidetis* is today recognized as a principle of international law and is complementary to other principles such as territorial integrity.

As a starting point, the purpose of the principle is to secure stability of borders and to prevent wars. Undoubtedly, the importance given to stability in international law is at a very high level. The issue that we will discuss in this study is to what extent this principle contributes to the formation of regional and international stability. In order to do so, we think that it is appropriate to first examine the conceptual structure of the principle and then how it is applied by the International Court of Justice in the light of the main judicial decisions. Although the principle of *uti possidetis* is discussed in the Turkish International Law literature within the scope of the reviews of the International Court of Justice judgments, it has not constituted the subject of a study on its own. The purpose of this study is to contribute to the Turkish International Law literature in this regard.

GİRİŞ

Devletler arası sınırların belirlenmesi uluslararası istikrarın tesis edilmesinde büyük bir öneme sahiptir. Devletler aralarındaki sınırları belirlemede genel olarak antlaşma yoluna gitmekte ve anlaşamamaları halindeyse ihtilafı oldukları hususları uluslararası yargı ya da hakemlik organlarının önüne götürebilmektedir.¹

¹ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 108-109; Mesut Hakkı Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020), 246-248; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 146.

Devletler arası sınırların tespitinde esas alınan yöntemlerden birisi de uti possidetis ilkesidir.² Bu ilkeye göre sömürge idaresinden kurtularak yeni kurulmuş bir devlet sömürgeci (kolonyal) devlet tarafından daha önceden belirlenmiş olan iç idari yapının sınırları içinde bağımsızlık kazanmakta ve bu mekânsal alanda egemenlik uygulayabilmektedir. Kısacası, kolonyal gücün iç sınırları yeni bağımsızlığını kazanan devlete aktararak mevcut sınırlar korunmakta ve böylece bu sınırlar yeni kurulan devletin uluslararası sınırları haline gelmektedir.

Bu ilke uluslararası alanda ilk olarak Latin Amerika'da uygulanma imkânı bulmuştur.³ Böylece, yeni kurulan devletler İspanya tarafından belirlenmiş iç sınırları kendi sınırlarını belirleme aşamasında referans olarak almış ve ülkesel bütünlüklerini korumuşlardır. Bu ilke, 20. yüzyılda sömürgecilikten kurtulma sürecinde, Afrika Birliği Örgütü tarafından da benimsenmiş ve bağımsızlık anında mevcut olan sınırlara saygı gösterilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım ortaya konmuştur.⁴ Bu yönde bir yaklaşım geliştirilmesinin nedeni Afrika kıtasında sınır ihtilaflarının önüne geçmek ve bölgesel barışı/istikrarı sağlamak şeklinde ifade edilebilir. Benzer şekilde, 1990'lı yıllarda gerçekleşen bazı Avrupa devletlerinin dağılarak (Yugoslavya, Sovyetler Birliği ve Çekoslovakya) yeni devletlerin yaratılması sürecinde de bu ilke etkili olmuştur. Bu durum uti possidetis ilkesinin bölgesel olmaktan çıkıp genele yayılması bağlamında büyük bir öneme sahiptir. Kısacası, uti possidetis ilkesi sömürgecilikten kurtulma süreci dışında da uygulama alanı bulabilmektedir. Şüphesiz, ilkenin özellikle halkların kendi kaderini tayin hakkıyla belirli ölçülerde bir çatışma içinde olduğu ileri sürülebilir.⁵ Ayrıca, bu ilkenin hangi ölçülerde devletlerin ardıllığı bağlamında uygulanabileceği diğer önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Diğer uluslararası hukuk normlarıyla uti possidetis arasındaki ilişkinin ele alınması bu bağlamda önemli bir husustur.

² Uti possidetis aynı zamanda ülke kazanım yollarından birisidir. Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin, 2021), 267. Uti possidetis, çıkış noktası itibarıyla Roma Özel Hukukundaki bir kavramın uluslararası hukuk bağlamında yeniden yorumlanmasıdır. Bu prensibe göre taşınmaz zilyet olan tarafın, cebren, gizlice ve *precarium* ile zilyetliği elde etmesi hali dışında, dava esnasında zilyetliği sürdürmesi mümkün olmaktadır. Mülkiyet hakkının kimde olduğu hâkim tarafından netleştirilene kadarki süreçte güç kullanılması yasaklandığı için uti possidetis geçici ama barışçıl bir çözüm yolu olarak değerlendirilmekteydi. Uti possidetisin tarihsel kökenleri hakkında genel olarak bkz. Gaël Abline, *Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis* (Doktora Tezi, Université d'Angers, 2006) 7; Kaius Tuori, "The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law", *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1029-1030; Durmuş Ali İkiz, *Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Zilyetlik Kavramı ve Zilyetliğin Korunması Yolları* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016) 43-45.

³ Latin Amerika'nın ülkesel sınırlama bağlamında uluslararası hukukun gelişimine olan katkıları için genel olarak bkz. Marcelo G. Kohén, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", *Relations Internationales* 137 s. 1 (2009): 13-29.

⁴ Bkz. Afrika Birliği Örgütü 21.7.1964 tarihli Kahire Bildirisi.

⁵ Bu hakkın tarihi bir perspektiften değerlendirilmesi için bkz. Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 416-424.

1986 yılında, Uluslararası Adalet Divanı'nın Dairesi tarafından Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında uti possidetis genel bir prensip olarak kabul edilmiş ve uyuşmazlığın çözümüne açık bir biçimde uygulanmıştır.⁶ Daha sonraki sınır uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda Divan bu ilkeyi uygulamaya devam etmiş ve bu ilkenin hangi koşullarda uygulanabileceğine ilişkin detayları açıkça ortaya koymuştur. Divan uygulamasından da görüleceği üzere, karara bağlanan sınır uyuşmazlıklarının büyük bir bölümünde uti possidetis ilkesi önemli yer tutmuştur.

Bununla birlikte, uti possidetis ilkesinin tatbik edilmesi “oldukça ağır bir meseledir”.⁷ Bu zorluk, özellikle de uti possidetis sınırının belirlenmesinde hâkimin geçmişe dönük bir bakış açısı geliştirmek zorunda olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, uti possidetis sınırının belirlenmesi sömürgeci devletin hukukunun ışığında gerçekleştirilmektedir. Uygulamada karşılaşılan en büyük sorun kolonyal güçlerin iç birimlerinin sınırlarını belirlerken arazi üzerinde yeterince bilgiye sahip olmamaları nedeniyle belirlenen sınırların muğlaklık taşımasıdır.⁸ Hatırlatmamız gerekir ki uti possidetisin uygulanışı, taraflar aksini kararlaştırmadıysa, iç birim sınırlarının uluslararası sınırlara dönüştüğü yönünde bir karineye dayanmaktadır.⁹ Başka bir deyişle, uti possidetis kural olarak bir ülkesel hakkın (*titre*) mevcut olduğunu var saymaktadır.¹⁰ Karinenin sağlamlığı söz konusu olan sömürgeci devletin siyasi yapısına göre değişmektedir. Örneğin, sömürgeci devletin üniter bir yapısının olması bu karineyi daha zayıf bir hale getirecektir, federal bir devlet yapısının olması halindeyse karinenin ağırlığı daha üst seviyeye taşınacaktır.¹¹

Benzer şekilde, sömürgeci devletin hukukunda başvuru kaynaklarda çatışmalar olabileceği gibi boşluklarla da karşılaşılabilir.¹² Uti possidetis sınırının kesin bir biçimde tespit edilememesi halinde etkililik (*effectivités*) ve hakkaniyet gibi diğer kavramlara başvurularak sınır belirleme yoluna gidilmektedir. Kolonyal devletlerin iç sınırlarını belirlemede birçok etkenin göz ardı edildiği

⁶ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 20.* Bu dava, Afrika devletlerinin sınır ihtilaflarının çözümü için Divan'a başvurmaları konusunda tetikleyici bir rol oynamıştır. Abline, “Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis”, 477.

⁷ Ayşe Nur Tütüncü, “Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası”, *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)* içinde, editör Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri, (İstanbul: Beta, 2008), 94. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenante)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 43.*

⁸ Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 243.

⁹ Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri editörü İbrahim Kaya, (Ankara: TÜBA, 2018), 377.

¹⁰ Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, (Geneve: Graduate Institute Publications (Open Edition), 1997), 411, para. 173.

¹¹ Malcolm N. Shaw, “Peoples, Territorialism and Boundaries”, *European Journal of International Law* 8, s. 3 (1997) 504.

¹² *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, Mémoire du Mali, 43.

dikkate alındığında uti possidetis ilkesinin uygulanmasının bazı sorunlar doğuracağı muhakkaktır. Bu bağlamda, özellikle etnik unsurun dikkate alınmayışının bu çalışma kapsamında daha çok ön planda tutulması modern ulus-devlet yaklaşımının önemiyle açıklanabilir. Aynı zamanda, günümüz gerçekleriyle kolonyal dönemin bağlamı arasında büyük bir fark olduğu ve kolonyal dönemin esas alınmasının bugünün gerçeklerine olması gerektiği gibi cevap veremeyeceği de ileri sürülebilir.¹³ Bu nedenledir ki hakkaniyete başvurmanın uti possidetisin ortaya koyacağı bazı haksızlıkların önüne geçebileceği iddia edilebilir.

Şüphesiz, uti possidetis modern uluslararası hukukun sınırlara verdiği en üst düzey korumalardan birisini sunmaktadır.¹⁴ Bunun içindir ki uti possidetis, devletlerin hukuki emniyetini garanti eden bir istikrar prensibi olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Lowe tarafından altı çizildiği üzere, uluslararası hukukun var oluş sebeplerinden birisi uluslararası istikrarın korunmasıdır.¹⁶ Başka bir deyişle, uluslararası hukuk uluslararası düzenin istikrarını sürdürmeyi kendisine misyon edinir.¹⁷ Uluslararası hukuk sınırların dondurulmasını hedeflememektedir esas olarak amaçlanan sınırların değişim sıklığının aza indirilerek bir istikrarın tesis edilmesidir.¹⁸ Elbette, uti possidetis hattının tarafların iradeleriyle değiştirilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır.

Uti possidetis ilkesinin uluslararası ilişkilerde barışın güçlenmesini sağlayıcı ve istikrarı destekleyici bir etkisinin olduğu muhakkaktır. Bu çalışma kapsamında esaslı olarak ele alacağımız mesele uti possidetis ilkesinin hangi ölçüde barış ve istikrarın sağlanmasına hizmet ettiği. Bu bağlamda, öncelikle, uti possidetis kavramının genel yapısı üzerine yoğunlaşmanın uygun olacağını düşünüyoruz (I). Daha sonraki aşamada ilkenin nasıl uygulandığını ve uygulanmasında yaşanan zorlukları ele almanın yerinde olacağı kanaatindeyiz (II).

I. BÖLGESEL BİR UYGULAMADAN ULUSLARARASI HUKUK İLKESİ OLMAYA GİDEN SÜREÇTE ANA HATLARIYLA UTİ POSSİDETİS İLKESİ

Öncelikle, uti possidetis ilkesinin çıkış noktasını ve bu ilkeye neden ihtiyaç duyulduğu hususunu (A) daha sonra ilkenin diğer uluslararası hukuk normlarıyla olan ilişkisini (B) ve son olarak da bu ilkenin hukuki niteliğini (C) incelemek yerinde olacaktır.

¹³ *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44*, Opinion Dissidente de M. le Juge *ad hoc* Daudet.

¹⁴ Jean-Marc Sorel, "Le Droit des Frontières: Panorama en 3D", *Pouvoir* 165, s. 2 (2018): 32.

¹⁵ Emmanuel Decaux ve Olivier de Frouville, *Droit International Public* (Paris: Dalloz, 2014), para. 58.

¹⁶ Vaughan Lowe, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 147.

¹⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, 226*, para. 98.

¹⁸ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 121; Anne Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", *Self-Determination and Secession in International Law* içinde, editör Chrisitan Walter ve diğerleri (Oxford: Oxford University Press, 2014), 116.

A. İSTIKRAR SAĞLAMA ARACI OLARAK UTİ POSSİDETİS İLKESİ

Çıkış noktası itibarıyla, uti possidetisin savunma ve koruma olmak üzere iki amacının olduğu kabul edilmektedir: bu amaçlardan ilki yeniden sömürgeleştirilmenin önüne geçme, ikincisi de bağımsızlık anında var olan sınırların aynen korunması sonucunu doğurmaktadır.¹⁹ Genel hatlarıyla, ilk hedef yeni kurulan devletlerin kolonyal güçlerle ilişkilerini ikincisiyse yeni kurulan devletlerin kendi aralarındaki münasebetleri ilgilendirmektedir.

Savunma amacıyla bağlantılı olarak eski sömürge toprakları üzerinde sapsiz ülke (*terra nullius*) kalmadığını söylememiz mümkündür. Uti possidetise başvurulması, güç kullanmanın yasak olmadığı bir bağlamda, yeni bağımsızlığını kazanan Latin Amerika devletlerinin bir nevi toplu halde meşru müdafaa hakkını kullanmalarını ifade etmekteydi.²⁰ Böylece yeni kurulan devletler hem eski sömürgeci güçlerle ilişkilerinin sınırını belirlemişler hem de kendi aralarında doğabilecek çatışmaların önüne geçmişlerdir.²¹

Koruma amacı sayesinde ki yeni kurulan devletlerin ülkesel sınırları hususunda bir netlik oluşmuştur. Böylece, sömürgeci gücün iç birimlerinin sınırları yeni kurulan devletlerin uluslararası sınırları haline gelmiştir. Dolayısıyla, yeni bağımsızlık kazanan devletler arasında da fetih ve ilhakin önüne geçilmiştir. Şüphesiz, aksi bir yaklaşım, yani eski kolonyal sınırların sorgulanması, çok daha olumsuz sonuçlar doğurabilir ve daha çok kaos yaratabilirdi. Kısacası, bu ilkenin ana amacı sömürge dönemi sonrası yeni kurulan devletlerin bağımsızlıklarını ve istikrarını sınır uyuşmazlıklarından doğan kardeş kavgalarıyla tehlikeye atmaktı.²² Böylece, uti possidetis, Latin Amerika'da yeni kurulan devletlere hem akılcı hem de barışçıl bir çözüm yolu sunmaktaydı.²³

Yukarıda, kısaca uti possidetis ilkesinin uluslararası hukukun sınırların istikrarına göstermiş olduğu önemin yansımalarından birisi olduğunu kısaca ifade etmeye çalıştık. Bu ilke aynı zamanda sınırlarda istikrarın sağlanmasıyla doğrudan alakalı ülkesel bütünlük ilkesinin de tamamlayıcısı bir niteliğe sahiptir.²⁴ Bu iki ilke arasındaki münasebet kısaca şu şekilde ifade edilebilir. Uti possidetis,

¹⁹ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, Opinion Individuelle de M. Abi-Saab, para. 13.

²⁰ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 57.

²¹ Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 15.

²² *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 20.

²³ Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 16.

²⁴ Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 40-41. Bu ilke barışın tesisinde önemli bir güce sahiptir ve uluslararası istikrara olan katkısı tartışmasızdır. Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *EJIL* 3 (1992) 180.

bağımsızlık kazanıldıktan sonraki aşamada ülkesel çerçevenin belirlenmesi için gereklidir.²⁵ Özetle, yeni kurulan devlet için esas olan önce devlet ülkesinin varlığı daha sonra onun sınırlanmasıdır.²⁶ Ülkesel bütünlük ilkesiyse uti possidetis sınırları içerisinde uygulama alanı bulur.²⁷ Böylece, uti possidetis ilkesine uygun olarak belirlenen devlet ülkesinin sınırları uluslararası hukukun korumasından istifade eder.

Uti possidetis her ne kadar istikrarı tesis etme amacıyla ortaya çıkmış olsa da bu ilkeye uygun olarak belirlenmiş olan sınırların daha çok istikrarsızlık getirdiği de zaman zaman ileri sürülmektedir. Şüphesiz, uti possidetis sınırı yeni kurulan devleti oluşturan insan topluluğunun iradesiyle belirlenmiş olmayıp kolonyal gücün bir tasarrufunun yansımasıdır. Kolonyal iç sınırlar belirlenirken birçok unsurun göz ardı edildiği ve bu unsurlardan birisinin etnik unsur olduğu da muhakkaktır. Bu nedenledir ki, uti possidetis bazı yazarlar tarafından özellikle Afrika'daki meselelerin temeli olarak görülmektedir.²⁸ Bu yazarlara göre sınırların bölge halkları tarafından belirlenmeyişi daha çok kaosun çıkması sonucunu doğurmuştur.

Her ne kadar bazı hallerde etnik yapılarla yeni kurulan devletler uyum halinde olmasa da bu ilke uluslararası ilişkilerde esas olan güven ve istikrarın tesisini sağlaması yönünden büyük bir öneme sahiptir.²⁹ Nitekim, bu ilkenin temelinde yatan yaklaşım genel olarak uluslararası barış ve güvenlik için ülkesel bir istikrarsızlık riskinin kültürel, sosyal ve etnik bir istikrarsızlık riskinden daha tehlikeli olduğu düşüncesidir.³⁰ Dolayısıyla, uti possidetis ilkesinin uygulanmasıyla daha ağır istikrarsızlıkların önüne geçilmektedir. Uti possidetis sınırı daha sonra tarafların yürüteceği müzakereler için önemli bir çıkış noktası oluşturmakta ve böylece taraflarca başka bir sınır belirlenene kadarki süreçte bir istikrar sağlanmaktadır.³¹ Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, uti possidetis sınırı taraflara hazır ve pratik bir çözüm yolu sunmaktadır.³² Bu temelden hareketle masaya oturmak tarafların takdirindedir ve uti possidetis sınırının taraflarca değiştirilmesinde

²⁵ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 537.

²⁶ Jean-Marc Sorel ve Rostane Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", *Annuaire français de droit international* 40 (1994) 38.

²⁷ Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 128-129.

²⁸ Mohammed Loulichki, "L'intangibilité des frontières africaines à l'épreuve des réalités contemporaines", *OCP Policy Center, Policy Paper* (Avril 2018).

²⁹ Aust, *Handbook of International Law*, 41; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 109.

³⁰ Marc Perrin de Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public* (Paris: Presses de Sciences Po ve Dalloz, 2011), 554.

³¹ Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 38; Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 137.

³² Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 25.

hiçbir engel bulunmamaktadır. Taraflarca anlaşmaya varılamaması halinde dahi uti possidetis barışı ve istikrarı temin edici bir etkiye sahiptir: böylece hem yeni kurulan devletin devlet ülkesi üzerinde başka devletlerin emellerinin hem de yeni kurulan devletin bağımsızlık anında hukuki temeli olmayan toprak taleplerinde bulunmasının önüne geçilmektedir.³³

Sınırların belirlenmesinde halkların arzularının dikkate alınmadığına ilişkin eleştiriler daha detaylı olarak halkların kendi kaderini tayin hakkıyla uti possidetis arasındaki ilişki kapsamında ele alınacaktır.

B. UTİ POSSİDETİS VE DİĞER ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI ARASI İLİŞKİLER

1. Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı ve Uti Possidetis

İlk bakışta halkların kendi geleceklerini tayin hakkıyla uti possidetis ilkesi arasında bir çatışma varmış gibi gözükülebilir. Nitekim, uti possidetis mevcut sınırların korunmasını ifade ederken, halkların kaderini tayin hakkı sınırların değişimine kapı aralamaktadır.³⁴ Hakim Dillard, Batı Sahara konusundaki danışma görüşüne iliştirdiği karşı oyunda şu ifadeyi kullanmıştır: “*It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people.*”³⁵ Bu yaklaşımdan hareketle halkların kendi geleceklerini tayin ederken devlet ülkesinin mekânsal çerçevesini belirleme konusunda da söz sahibi olması gerektiği ve uti possidetis ilkesinin uygulanmasıyla devlet ülkesinin halkın kaderini belirlediği ileri sürülebilir.

Şüphesiz, Afrika’daki dekolonizasyon süreci halkların geleceğini tayin hakkı ilkesi temelinde gelişim göstermiştir.³⁶ Bu hakkın uygulanmasında üç husus esastır: dekolonizasyon kapsamında bu hak kullanılabilir (1), bu hakka ancak uti possidetis sınırları içerisinde başvurulabilir (2) ve ayrılık katı bir biçimde yasaklanmıştır (3).³⁷ Kısacası, uti possidetis tayin hakkını sınırlamaktadır ancak bu hakkı ihlal etmez ona sadece bir ülkesel çerçeve çizer ve bu hak sadece bu çerçevede kullanılabilir. Sonuç olarak, yeni bağımsızlığını kazanan devlet daha önce sömürgesi olduğu devletin iç idari sınırlarına saygı göstermelidir.³⁸ Bununla birlikte, dekolonizasyon kapsamında kurulan devletleri bu sınırlara saygı göstermeye mecbur kılan kavramsa uti possidetis değil tayin hakkıdır.³⁹

³³ Nesi, “L’uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l’Europe”, *Annuaire français de droit international* 44 (1998) 8.

³⁴ Jörg Fisch, “Peoples and Nations”, *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters (Oxford: Oxford University Press, 2012) 47.

³⁵ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, 12, Seperate Opinion of Judge Dillard, 122.

³⁶ Malcolm N. Shaw, “Peoples, Territorialism and Boundaries”, *European Journal of International Law* 8, s. 3 (1997) 493.

³⁷ Fisch, “Peoples and Nations”, 46.

³⁸ Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri editörü İbrahim Kaya, (Ankara: TÜBA, 2018), 216.

³⁹ Olivier Corten, “Droit des peuples à disposer d’eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d’une même médaille”, *Revue Belge de Droit International* (1998): 174-175.

Bu minvalde, tayin hakkına geniş bir yaklaşım yerine (*enlarged self-determination thesis*) dar/mekânsal bir yaklaşım (*territorial solution/conception territoriale*) geliştirmek bir gerekliliktir.⁴⁰ Nitekim, sınırın belirlenmesinde ulus temelli yaklaşıma başvurmak daha tehlikeli sonuçlar doğuracak ve daha çok kaos çıkmasına sebebiyet verecektir.⁴¹ Dar yaklaşım adaletin tesisi ve istikrarın sağlanması arasında orta yol bulma adına değerli bir çabanın ürünüdür.⁴² Bu bağlamda, şunun altını çizmek gerekir ki yeni bağımsızlığını kazanan devletin kurulmasında esas olan ulus kavramı değildir ve ulusu yaratmak yeni kurulan devletin meselesidir.⁴³ Sömürgelikten kurtulma sürecinde yeni kurulan devletin yapması gereken uti possidetis sınırları dahilinde yeni bir ortak bir duygu yaratmaktır.⁴⁴ Elbette, aynı etnik kökene sahip halklar komşu devlet sınırları içerisinde yer alabilir. Bu durumda, yeni kurulan devletler, söz konusu azınlıkların haklarına saygı göstermeli ve sınırın diğer tarafında bulunan aynı etnik kökene sahip insan topluluğuyla ilişkiler geliştirmesini teşvik etmelidir.⁴⁵ Her iki tarafta bulunan etnik azınlıklar da, ayrılık talebinde bulunmak yerine, buldukları devletlerin siyasetinde söz sahibi olma mücadelesi vermeleri yerinde olacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı Dairesi de iki ilke arasında ilk bakışta varmış gibi gözüken çatışmaya dikkat çekse de mevcut sınırların korunması Afrika'da mevcut ülkesel durumun devamlılığı ve istikrarın sağlanması açısından sağlam bir çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶ Nitekim, istikrara duyulan ihtiyaç Afrika kıtasında yeni kurulan devletleri kolonyal sınırların korunmasına saygı duymaya ve uti possidetisi tayin hakkının yorumlanmasında önemli bir unsur olarak dikkate almaya itmiştir (para.25). Benzer şekilde, uti possidetisin önemli bir prensip haline geldiği ve tayin hakkından etkilenmediğinin altı çizilmiştir (para.26).

⁴⁰ Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 502.

⁴¹ Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 502.

⁴² Olivier Corten, "Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", *Civitas Europa* 32 s. 1 (2014) 100-101.

⁴³ Sorel ve Mehdi, "L'uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation", 34-35.

⁴⁴ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 539.

⁴⁵ Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", 21; Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 119. Benzer şekilde bkz. Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü. Komisyonun kararlarına ulaşmak için bkz. Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *EJIL* 3 (1992) 182-185. Komisyonla alakalı genel olarak bkz. Ezeli Azarkan, "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, s. 1 (2016): 143-184; Alain Pellet, "Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie", *Annuaire français de droit international* 37 (1991): 329-348.

⁴⁶ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 25.

Sonuç olarak iki kavram arasında bir çatışma olmadığı kanaatindeyiz. İki kavram farklı dilimlerde uygulanmakta olup tayin hakkı bağımsızlık öncesi uti possidetisse bağımsızlık sonrası uygulamaya konmaktadır.⁴⁷ Tayin hakkının aksine uti possidetis devletin varlığına hukuki bir temel oluşturmayı amaçlamamaktadır.⁴⁸ Dolayısıyla farklı zaman dilimindeki uygulanan iki kavram arasında bir çatışma olması mümkün değildir.⁴⁹ Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonu'nun iki no.lu görüşünde de bu yaklaşım desteklenmektedir:⁵⁰ “*whatever the circumstances, the right to self-determination must not involve changes to existing frontiers at the time of independence*”. Özetle, tayin hakkı uti possidetis sınırları içerisinde kullanılabilir ve bu hakkın kullanımı bağımsızlık anındaki sınırlar üzerinde bir değişim meydana getirmemelidir. Elbette, tarafların aksini kararlaştırmasına bir engel yoktur.

2. Devletlerin Ardıllığı ve Uti Possidetis

Devletlerin ardıllığı ve uti possidetis arasındaki ilişki ele almamız gereken bir diğer önemli meseledir. Devletlerin ardıllığı kısaca “bir ülke ya da ülke parçası üzerinde yetkilerin el değiştirmesi” şeklinde özetlenebilir.⁵¹ Devletler arası ardıllığın ortaya çıktığı en önemli haller dağılma ve ayrılımdır.⁵² Bu iki halde uti possidetisin uygulanıp uygulanmayacağı konumuz açısından büyük önem arz etmektedir.

Uti possidetisin devletler arası her ardıllık durumunda doğrudan uygulama alanı bulmadığını belirtmemiz yerinde olacaktır. Bununla birlikte, devletlerin dağılması sürecinde uti possidetise başvurulmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dekolonizasyon kapsamında uti possidetis otomatik olarak uygulanırken, 1990'lı yılların başında yaşanan dağılma süreçlerinde bu ilkeye başvurulması daha çok politik ve iradi olarak kabul edilebilmektedir.⁵³

Ayrılık halindeyse uti possidetis kural olarak uygulanmaz. Dekolonizasyon sürecinde bağımsızlık kazanma meşru olup tamamen tayin hakkıyla temellendirilebilirken ayrılık durumunda daha çok etkililik önem kazanmaktadır.⁵⁴ Uti pos-

⁴⁷ Peters, “The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?”, 126.

⁴⁸ Kohen, “La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale”, 21.

⁴⁹ Bunun bir istisnasından bahsetmemiz mümkündür. Örneğin kolonyal bir devletin kolonilerinden birisinin bağımsızlığını ilan etmesinin arifesinde ister tek taraflı olarak ister komşu devletlerle anlaşma yapmak suretiyle iç biriminin sınırlarını değiştirmesi halinde iki kavram arasında bir çatışmadan bahsedebiliriz. Bu durumda tayin hakkının açık bir biçimde ihlal edildiği ileri sürülebilir. Nesi, “L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe”, 20.

⁵⁰ Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonununun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü.

⁵¹ Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 423.

⁵² Rona Aybay ve Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 290-291.

⁵³ Peters, “The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?”, 105-106.

⁵⁴ Peters, “The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?”, 107; Corten, “Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d'une même médaille”, 187.

sidetisin uygulanmasının ana hukuki temelini dekolonizasyon kapsamında başvuru hakkı oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, tayin hakkına ayrılık kapsamında başvurulması mümkün değildir. Ayrılık durumunda sınırların belirlenmesinde esas alınan etkililiktir ve etkililik olgular üzerinden değerlendirilir. Sonuç olarak, uti possidetisle etkililiğin özellikle dekolonizasyon kapsamında aynı anda uygulanması mümkün değildir. Bu husus aşağıda etkililik ve ülkesel hak arasındaki ilişki bağlamında detaylı olarak ele alınacaktır.

Dekolonizasyon dışında, elbette ayrılıkçı bir grup uti possidetisi temel alarak ayrılma yoluna gidebilir ve bu kurulan yeni yapının diğer devletler tarafından tanınması da imkânsız değildir. Eğer bir grup etkin bir biçimde ayrılma hedefine ulaşırsa daha önceki idari sınırları uluslararası sınırlar haline dönüşebilir.⁵⁵ Bunun önünde bir engel bulunmamaktadır ve bu husus tamamen etkililikle alakalıdır. Uluslararası hukukta ayrılığa temel oluşturan ne bir hak bulunmamaktadır ne de ayrılık uluslararası hukuk tarafından yasaklanmıştır.⁵⁶ Dolayısıyla, ayrılık haline uluslararası hukukun kayıtsızlığından bahsedebiliriz ve bu meselenin daha çok bir ulusal hukuk meselesi olduğunu ileri sürebiliriz. İlgili ulusal hukuk çerçevesinde ayrılık aşamasında tarafların uti possidetisi temel almalarına da engel bulunmamaktadır.⁵⁷ Arsava'nın da belirttiği üzere, ayrılma aşamasında, taraflar iyi niyet çerçevesinde müzakere etme yoluna gitmelidir.⁵⁸ Esas olan devletin ülkesinin bütünlüğüdür ve bu bütünlüğe iç ve dış aktörler tarafından saygı gösterilmesi gerekmektedir ancak ilgili devletin rızası bunun istisnasını oluşturmaktadır.⁵⁹ İki taraf da eğer uti possidetis sınırı üzerinde hem fikir olursa uti possidetisin çıkış noktası olan istikrar hedefi sağlanmış olacaktır.

Uti possidetise dekolonizasyon sürecinde başvurulması konusunda tartışma olmasa da bu süreç dışında hangi hallerde uygulanacağına ilişkin bir uzlaşmaya ulaşılmış değildir. Bu husus uti possidetisin normatif değeri hakkında bir incelemenin yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

C. UTI POSSIDETİSİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uti possidetis sınırların asla değişmeyeceği, dondurulacağı anlamına gelmez, taraflar aksini kararlaştırabilir. Bu nedenle düzenleyici (dispozitif) bir kuraldır.⁶⁰ Dolayısıyla, taraflar aksini kararlaştırdıkları için uti possidetis bir buyruk kuralı değildir.⁶¹ Sonuç olarak, uti possidetisin doğrudan uygulandığı dekolonizasyon kap-

⁵⁵ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 298.

⁵⁶ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 296.

⁵⁷ Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 100.

⁵⁸ Füsün Arsava, "Uluslararası Hukukun Sezession için Belirlediği Çerçeve", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013) 1225.

⁵⁹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 143-144.

⁶⁰ Nesi, "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", 22.

⁶¹ Devlet egemenliğini sınırlayıcı etkiye sahip buyruk kuralları (korsanlık yasağı, kölelik yasağı vb.) hakkında bkz. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 238-239.

samında uti possidetis sınırı dışında farklı bir sınır belirlenmesi mümkündür. Dekolonizasyon kapsamı dışındaki ardıllık hallerinde de ilgili taraflarca uti possidetisin referans alınmasında bir engel yoktur. Bu bağlamda, özellikle Sovyetler Birliği'nin ve Çekoslovakya'nın dağılma sürecinde ardıl devletler bu ilkeye yapmış oldukları antlaşmalarda başvurmuşlar ve daha önceki federal mevcut sınırlarını korumuşlardır. Bu nedenle, devletlerin sınırların belirlenmesinde kendi iradeleriyle bu ilkeye başvurmaları ilkenin rızaya dayalı bir karaktere sahip olabileceğini de ortaya koymaktadır.

Daha sonraki aşamada uti possidetisin bir örf ve âdet hukuku kuralı olup olmadığı tartışılabilir. Örf ve âdet hukuku kuralından bahsedilmemiz için iki unsurun bulunması gereklidir: objektif öge (genel uygulama) ve subjektif öge (*opinio juris*).⁶² Bu iki öge dikkate alındığında, özellikle, Latin Amerika ve Afrika bağlamında bölgesel bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığından bahsetmemiz mümkündür.⁶³ Genel örf ve âdet hukuku kurallarının aksine, bölgesel örf ve âdet kurallarının sadece bölgede bulunan devletleri ilgilendirdiğini ve bölge ülkelerinin uygulamaya katılımının açık bir biçimde gerçekleşmesinin gerekliliğini hatırlatmamız yerinde olacaktır.⁶⁴ Nitekim, uti possidetis Latin Amerikalı devletlerin anayasalarına girmiştir, bu devletlerin aralarında imzaladıkları antlaşmalarda referans alınmıştır ve de birçok uluslararası yargı kararının temelini oluşturmuştur.⁶⁵ Benzer şekilde örf ve âdet hukukunun iki unsurunu sağlayan destekleyici örnekleri Afrika kıtası bağlamında da verebiliriz.

Bununla birlikte, genel bir örf ve âdet hukuku kuralından bahsetmemiz şu an için mümkün gözükmemektedir. Hiç şüphesiz prensibin uygulama alanı genişlemiş dekolonizasyon süreci dışında da uygulanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, uti possidetis Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonu tarafından Yugoslavya'nın dağılma sürecinde esas alınan bir kural olarak kabul görmüştür.⁶⁶ Soğuk Savaş'ın bitimiyle karşılaştığımız bu ve benzeri örnekler, yani antlaşma yoluyla uti possidetisin sınır belirlemelerinde esas alınması subjektif ögenin varlığını göstermesi anlamında kıymetlidir.⁶⁷ Bununla birlikte, uti possidetisin genel bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu destekleyeceğimiz yeterince gelişmiş ve tekdüze bir uygulama yoktur ve devletler uygulamalarında bu yönde hareket etmelerinin hukuken gerekli olduğuna yeterince inanmamaktadır.⁶⁸ Objektif ve

⁶² Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 56-57.

⁶³ Bununla birlikte, Adalet Divanı Dairesi, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında, uti possidetisin Latin Amerika'ya özgü bölgesel bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu kabul etmemiştir. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 20.

⁶⁴ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 58.

⁶⁵ Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 493.

⁶⁶ Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 3 sayılı Görüşü.

⁶⁷ Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 105; Ablin, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis", 276.

⁶⁸ De Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public*, 554.

sübjektif unsurların gelecekte sağlanması halinde genel bir teamül kuralından bahsetmek mümkün olabilecektir.

Adalet Divanı Dairesi, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında uti possidetisin dekolonizasyon sürecinde ortaya çıkan genel bir ilke (*principe général*) olduğunun altını çizmiştir.⁶⁹ Divan'ın ilkedeki (*principe*) ne anladığı konusunda bir muğlaklık bulunmaktadır. Burada hukukun genel ilkesi mi yoksa uluslararası hukuk ilkesi mi kastedilmektedir? Hukukun genel ilkeleri kaynağını iç hukuktan almakta ve bu ilkelere uluslararası hukuk bağlamında bir hukuk boşluğu (*non liquet*) oluşmaması için başvurulmaktadır.⁷⁰ Uluslararası hukukun ilkeleriyle uluslararası düzene özgü ve bu düzene temel teşkil eden kurallardır.⁷¹ Başka bir deyişle, hukukun genel ilkeleri kaynağını iç hukuktan alırken, uluslararası hukukun ilkeleri de uluslararası sistemden doğmaktadır. Bu nedenle, uti possidetis hukukun genel bir ilkesi değil bir uluslararası hukuk ilkesidir.⁷² Uti possidetis, güç kullanma yasağı, ülkesel bütünlüğe saygı bu ilkelere örnek gösterilebilir. Uti possidetis bir uluslararası hukuk prensibi olarak diğer prensipleri tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Devletlerin iç hukukundan kaynaklanmamaktadır ve hâkim tarafından bir hukuk boşluğunun önüne geçmek için bu prensibe başvurulmaz.

Sonuç olarak, uti possidetis, dekolonizasyon kapsamında sınır belirlemede doğrudan uygulanan bunun dışında gelişen ardıllık hallerindeyse ilgili devletlerin iradesiyle esas alınabilecek bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu ilkenin temel amacı sınırlarda sağlamış olduğu hukuki güvenlikle uluslararası istikrarı korumaktır. Uluslararası Adalet Divanı tarafından bu ilkenin uygulanması da aynı amaca hizmet etmektedir. Bununla birlikte, ilkenin uygulanması bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir.

II. UTİ POSSİDETİS İLKESİNİN ULUSLARARASI ADALET DİVANİ TARAFINDAN UYGULANMASI

Uti possidetis sınırının belirlenmesinde sömürge devletinin hukuku belirleyici olmaktadır (A). Uti possidetis ülkesel bir hakkın temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, ülkesel hak ve etkililik arasındaki ilişki detaylı bir biçimde irdelenmelidir (B). Bir ülkesel hakkın ya da etkililiğin egemenliğe temel oluşturulmaması halinde hakkaniyet büyük önem kazanmaktadır (C). Uti possidetis aynı zamanda deniz hukuku bağlamında da uygulanan bir ilkedir (D).

⁶⁹ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 20-21.*

⁷⁰ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 61.

⁷¹ Mireille Couston, *Droit spatial* (Paris: Ellipses, 2014), 46.

⁷² Peters, "The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?", 99.

A. SÖMÜRGE HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNEMLİ TARİHİN BELİRLENMESİ

Uti possidetis, kolonyal gücün iç birim sınırlarını uluslararası sınırlara dönüştüren geçmişe etkili (*rétroactif*) bir ilkedir.⁷³ Uti possidetis ilkesi, yeni bağımsızlığını kazanan devlete bağımsızlığını kazandığı andan itibaren doğrudan uygulanmaktadır.⁷⁴ Bu prensibin uygulanmasıyla ülkesel hak (*titre territorial*) yeni kurulan devlet lehine dondurulmakta ve bu devlet eski kolonyal iç birim sınırları dahilinde egemen güç haline gelmektedir.⁷⁵ Ülkesel hak kavramından ne anlaşılması gerektiği Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında belirtilmiştir. Bu bağlamda, ülkesel hak kavramı bir hakkın varlığını ortaya koyan her türlü belgeyi ifade ettiği gibi ve bu hakkın kaynağını da oluşturmaktadır.⁷⁶ Uti possidetis uygulaması bağlamında kolonyal ülkesel hak sömürge hukukunda yer alan idari sınırları belirleyen genel olarak kanunlar ve kararnameler şeklindeki kaynaklardır.⁷⁷ Dolayısıyla, uti possidetis sınırının belirlenmesi kolonyal anayasa ve idare hukukunun dikkatli bir biçimde analizini gerektirmektedir. Post-kolonyal ülkesel haksa uti possidetisin kendisidir ve uti possidetis sınırları içerisinde yeni kurulan devletin egemenliğinin temelini oluşturur.⁷⁸

Uti possidetis hattının belirlenmesi sömürgeci devletin hukukunun ışığında yapılmaktadır.⁷⁹ Shaw tarafından da belirtildiği üzere, ulusal hukuk kuralları genel itibarıyla uluslararası yargı organları önünde olguları ortaya koymaktadır.⁸⁰ Dolayısıyla, kolonyal hukuk uluslararası yargı organı tarafından kolonyal mirasın tespitinde dikkate alınacak olgulardan sadece birisidir (*un élément de fait*).⁸¹

⁷³ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 43.*

⁷⁴ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 30.*

⁷⁵ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 30.*

⁷⁶ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 18.*

⁷⁷ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 409, para. 164.

⁷⁸ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 409, para. 165.

⁷⁹ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 29-30.* Hâkim Abi-Saab'a göre sömürge devletin hukukuna başvurmak sömürge kurumuna geriye dönük bir biçimde meşruiyet kazandırmaktan başka bir şey değildir. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, Opinion Individuelle de M. Abi-Saab, para. 4. Hâkim Benouna'ya göre ise bu durum kolonizasyona bir meşruiyet kazandırmak şeklinde değerlendirilmese de asıl mesele çağdaş uluslararası hukukta sınırların belirlenmesinde kolonyal hukukun önemli bir dayanak noktası oluşturmasıdır. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Bennouna.*

⁸⁰ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 99.

⁸¹ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 30.*

Başka bir deyişle, kolonyal hukuk kolonyal mirasın tespitine ilişkin diğer kanıtların yanında sadece bir kanıt teşkil etmektedir.⁸² Dolayısıyla, bu noktada ulusal hukuk uluslararası hukuk kuralına dönüşmemekte ancak bir uluslararası hukuk ilkesinin uygulanmasında dikkate alınmaktadır.⁸³ Bu bağlamda, uti possidetis sınırının tespiti maksadıyla ulusal hukukla uluslararası hukuk arasında önemli bir etkileşimden bahsetmemiz mümkündür. Sonuç olarak, ülkesel hakkın varlığının tespitinde kolonyal hukuk temel oluşturmasa da bu yönde çok önemli bir kanıt olarak değerlendirilmektedir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, kolonyal ülkesel hak sömürge hukuku ışığında belirlenir ve başlı başına devlet egemenliğinin kaynağını oluşturmaz.

Kolonyal sınırların tespitinde uydu görüntüleri ve uydu görüntülerinden elde edilmiş haritalar önemli bir katkı sağlamaktadır.⁸⁴ Bununla birlikte, Divan uygulamasında uydu verilerinin birincil kanıt değerinin olmadığı daha çok ikincil/destekleyici kanıt değerine sahip oldukları görülmektedir.⁸⁵ Divan'ın genel yaklaşımında uydu verileri diğer kanıtlarla özellikle sahadan elde edilmiş olanlarla desteklenmelidir. Bu yaklaşımın altında yatan sebep uydu görüntülerinin ham görüntü elde edildikten son ürün olmaya giden süreçte insan ve bilgisayar müdahalesine maruz kalmasıdır. Bununla birlikte, uydu görüntüsünü sağlayan kurumun uyumsuzluğun taraflarından bağımsız olması her ne kadar ikincil kanıt değerini değiştirmese de Divan'ın yapmış olduğu kanıt değerlendirmesinde daha çok dikkate alındığı söylenebilir.⁸⁶

İç birim sınırlarının uluslararası sınıra dönüştükleri tarih ya da kolonyal mirasın aktarıldığı tarih önemli tarih (*date critique/critical date*) olarak kabul edilmektedir.⁸⁷ Ülkesel uyumsuzluklar için önceden bir kritik tarih belirlemek mümkün değildir nitekim her uyumsuzluğun kendine has bir önemli tarihi bulunmaktadır.⁸⁸ Genel olarak, önemli tarih, taraflarca ileri sürülen ülkesel hakların analiz edileceği tarihtir.⁸⁹ Uti possidetis uygulaması özelinde ifade etmek gerekirse, önemli tarih, sömürgeci gücün kolonisi olan iç birimlerinin sınırlarını de-

⁸² *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 46.

⁸³ "Şu halde İspanya iç hukukunun bir kuralı, uluslararası hukuk kuralı haline dönüşmektedir." Uğur Bayılıoğlu, "Prelevka Yarımadası Uyuşmazlığı ve Deniz Alanları Sınırlandırmasına Yansımaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, s. 2 (2022): 912. İç hukuk kuralının uluslararası hukuk kuralına dönüştüğü fikrine katılmıyoruz. Burada, iç hukuk kuralının dönüşümünden ziyade bir uluslararası hukuk ilkesinin uygulanışında dikkate alınmasından bahsedilebilir.

⁸⁴ Genel olarak bkz. Tuğrul Çakır, "Uydu Görüntülerinin Uluslararası Adalet Divanı Önünde Kanıt Olarak Kullanılması", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, s. 1 (2022): 212-252.

⁸⁵ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, 554, paras. 54-56.

⁸⁶ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, paras. 116-117.

⁸⁷ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 46.

⁸⁸ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 138, para. 318.

⁸⁹ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 133, para. 296.

ğiştirebileceği son tarihtir.⁹⁰ Başka bir deyişle, önemli tarih, yeni kurulan devletin bağımsızlığını ilan ettiği tarihtir.⁹¹

Bununla birlikte, önemli tarih bağımsızlık tarihinden başka bir tarih olarak da kabul edilebilir. Örneğin, İspanya'dan bağımsızlığını kazanan Latin Amerika devletleri için, her ne kadar bu devletlerin bağımsızlık tarihleri farklı olsa da, önemli tarih 1810 kabul edilmektedir; nitekim bu tarihten itibaren bu devletler İspanya'nın otoritesini red etmeye başlamışlardır.⁹² Orta Amerika içinse, Federal Orta Amerika Cumhuriyetinin bağımsızlık kazandığı tarih olan 1821 önemli tarih olarak kabul edilmektedir, bu devletin her ne kadar varlığı 1839 yılında sona ermiş olsa da, ardıl devletler 1821 tarihini sınır uyuşmazlıkları esas almaktadır.⁹³

Bir dava kapsamında birden fazla uyuşmazlığın varlığı halinde her uyuşmazlık için önemli tarih tespit edilmesi de gerekebilir. Örneğin, Nikaragua ve Honduras arasındaki Kara ve Deniz Uyuşmazlığı davasında Divan tartışmalı olan bölgelerdeki adalarda egemenlik (1) ve deniz alanlarının sınırlandırılması (2) hususlarında iki ayrı önemli tarih belirlemiştir.⁹⁴ İlkinde, Divan önemli tarihi 2001 yılı olarak tespit etmiştir (para. 129). Nitekim, Nikaragua ihtilaf konusu olan adalarda egemenlik haklarını açık bir biçimde saklı tuttuğunu bu tarihte deklare etmiştir. İkincisindeyse, tartışmalı olan bölgede Honduraslı balıkçı gemilerinin Nikaragualı sahil güvenlik gemileri tarafından Mart 1982 içinde iki kez ele geçirilmelerinin ardından Honduras tarafından 23 Mart 1982 tarihinde Nikaragua'ya bir protesto gönderilmiştir. Bu olayların gerçekleştiği 1982 yılı Mart ayı deniz sınırlandırmasına ilişkin uyuşmazlığın başlangıcı olarak belirlenmiş ve kritik tarih olarak tespit edilmiştir (para. 131).

Önemli tarih aynı zamanda egemen sıfatına haiz olarak yapılan eylemlerle bu tarihten sonra gerçekleşen eylemler arasında önemli bir sınır oluşturmaktadır.⁹⁵ Bu tarih sonrası gelişen eylemler kural olarak dikkate alınmaz ancak bu eylemlerin önceki eylemlerin devamı niteliğinde olması ve eyleme dayanan tarafın hukuki durumunu geliştirme amacı taşıyor olması bu kuralın istisnasıdır.⁹⁶

⁹⁰ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, Contre mémoire du Mali, 292.

⁹¹ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, para. 46.

⁹² Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 404, para. 139.

⁹³ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 405, para. 141. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 45.

⁹⁴ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 42, para. 123.

⁹⁵ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 42, para. 117.

⁹⁶ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, 682, par. 135.

Ayrıca, önemli tarih sonrası gelişen olaylar aynı zamanda önemli tarihteki durumu aydınlatılması için de faydalı olabilir.⁹⁷ Önemli tarih sonrası gelişen olguların dikkate alınacağı başka bir durum da tarafların sarıh bir biçimde anlaşmaya varmış olmalarıdır.⁹⁸

Önemli tarih, ülkesel hakkın dondurulduğu tarih olduğu için büyük önem arz etmektedir. Önemli tarih, aynı zamanda ülkesel hak ve etkililik arasında da bir sınır oluşturmaktadır.

B. ÜLKESEL HAK VE ETKİLİLİK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ülkesel hakla etkililik arasındaki ilişkiyi ele almadan önce etkililik kavramı irdelenmelidir. İşgal, sahipsiz toprağın söz konusu olması halinde bir ülke kazanım yöntemi olarak kabul edilmektedir.⁹⁹ Başka bir devlete ait topraklardaysa kontrol (ya da etkin zilyetlik - *possession effective*) uygulanması halinde de ülke kazanılması mümkündür.¹⁰⁰ Devlet tarafından uygulanan kontrol etkin olmalıdır ancak talep edilen bütün toprak parçasında yerleşim zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁰¹ Etkinlik seviyesi görecelidir ve coğrafi koşullara, rekabet halinde bulunan taleplerin durumuna ve uluslararası arenada gösterilen tepkilere göre değişiklik göstermektedir.¹⁰²

Etkin zilyetliğin iki temel unsuru bulunmaktadır: devlet otoritesinin ilgili toprak parçası üzerinde belirgin olması (maddi unsur) ve egemen iradesi (sübjektif unsur).¹⁰³ İki unsur da birbiriyle bağlantılıdır ve egemenlik iddiasında bulunmak için ikisi de var olmalıdır.¹⁰⁴ Sübjektif unsur kapsamında daha çok söz konusu toprak parçasında egemen olarak hareket etme iradesi ortaya koyulmalıdır.¹⁰⁵ Maddi unsurla alakalı olarak da bir hususun altı çizilebilir. Bir toprak parçasının etkin kontrolünün iki ayrı vechesi bulunmaktadır:¹⁰⁶ *corpus possessionis* kavramının varlığını doğrular nitelikte eylemler ve bu eylemleri gerçekleştirebilecek otoritenin varlığı. *Corpus possessionis* temel olarak yürütme, yasama ve yargı fonksiyonlarının bir otorite tarafından uygulanmasıdır.¹⁰⁷ Yürütme fonksiyonu hiç

⁹⁷ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 135, para. 303.

⁹⁸ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, 90, para. 26.

⁹⁹ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 154-155.

¹⁰⁰ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 155-156.

¹⁰¹ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 363.

¹⁰² Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 370.

¹⁰³ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 192-204. Minquiers ve Echéhous davasında, Divan, Fransa tarafından adacıklarda yürütülen faaliyetlerin bu iki temel unsuru yeterince sağlamadığını belirtmiştir. *Affaire des Minquiers et des Echéhous, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, 47, p. 71.

¹⁰⁴ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 191, paras. 9-11.

¹⁰⁵ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 203-204.

¹⁰⁶ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 192, para. 15.

¹⁰⁷ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 192, para. 16.

şüphesiz etkin zilyetliğin maddi koşulunu ortaya koyan en güçlü fonksiyondur.¹⁰⁸ Her halükârda, etkinlik kamusal veya açık nitelikli olmalıdır.¹⁰⁹

Örnek vermemiz gerekirse, Nikaragua ve Honduras arasındaki Kara ve Deniz Uyuşmazlığı davasında tartışmalı olan bölgelerdeki 4 ada üzerinde Honduras tarafından ileri sürülen egemenlik faaliyetlerinin etkin kontrole ilişkin iki unsuru sağladığı Divan tarafından tespit edilmiştir: egemen sıfatıyla hareket etme isteği ve otoritesinin mütevazı ancak reel bir biçimde belirgin olması.¹¹⁰ Divan, Honduras tarafından yürütülen faaliyetlerin Nikaragua'nın bilgisi dahilinde olduğunun var sayılabileceğini ve Nikaragua'nın bu faaliyetlere karşı çıkmadığının da altını çizmiştir. Daha sonra da Nikaragua'nın etkin kontrolün iki unsurunu ortaya koyan kanıtlar sunmadığını da belirtilmiştir.

Uti possidetisin uygulanması bağlamında özellikle sömürge dönemi etkililiği/kolonyal etkililik (*effectivités coloniales*) büyük önem kazanmaktadır. Bu kavramdan anlaşılması gereken sömürge döneminde ülkesel yetkilerin etkin bir biçimde kullanıldığı kanıtı olan idari makamların eylemleridir.¹¹¹ Örneğin, kolonyal yetkili otorite tarafından yürütülen yol yapım ve bakım çalışmaları (*les travaux de piste*) kolonyal etkililik kapsamında bir kanıt değerine sahiptir.¹¹² Nitekim, bu faaliyetler yetkili otoritenin tartışmalı bölgeyi kendi sorumluluk alanlarında gördüğünün bir göstergesidir (para.120). Genel olarak, bu faaliyetler yetkili otoritenin iradesini ortaya koyduğu için kolonyal etkililiğin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır (para.124).

Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı kararında uti possidetisin uygulanmasında esas alınan ülkesel hak ve etkililik arasındaki ilişki şu şekilde açıklanmaktadır:¹¹³

1. Etkililik Ülkesel Hakkı Teyit Edebilir

Etkililikle uti possidetis sınırı uyum halindeyse bu husus uti possidetisten doğan ülkesel hakkı teyit edici, destekleyici niteliktedir. Kısacası, etkililiğe sadece ikincil olarak ve onaylama amacıyla başvurulabilir.

2. Ülkesel Hakkın Varlığı Halinde Etkililik Önemsizdir

Etkililikle uti possidetis sınırı uyum halinde değilse, yani ülkesel hakkın sahibi dışında başka bir devletin etkililiği söz konusuysa, ülkesel hak sahibi ter-

¹⁰⁸ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 192, para. 16.

¹⁰⁹ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 370.

¹¹⁰ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 42, para. 208.

¹¹¹ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 63.

¹¹² *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 120.

¹¹³ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 63.

cih edilmelidir.¹¹⁴ Nitekim, bu durumda zilyetliğin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁵ Başka bir deyişle, uti possidetis uygulamasında egemenliğe temel oluşturma bağlamında sahip olma hakkı (*titre juridique*) etkin zilyetliğe (*possession effective*) tercih edilmekte ve üstün olduğu benimsenmektedir.¹¹⁶ Özetle, bir uyumsuzluk halinde, sömürge dönemine ait etkililik uti possidetis sınırının belirlenmesinde etkisizdir. Dolayısıyla, merkezi otorite (*métropole*) ile yetkili sömürge idaresi arasında bir çatışma hali varsa uti possidetis sınırının belirlenmesinde esas alınacak olan kural olarak merkezi otoritenin iradesidir.¹¹⁷

Yukarıda bahsi geçen ifadeler genel hatlarıyla sömürge sonrası dönem etkililiği (*effectivité postcoloniale*) için de geçerlidir.¹¹⁸ Post kolonyal etkililik bir toprak parçası üzerinde hak sahibi dışında başka bir devletin etkin zilyet olması halinde ortaya çıkmaktadır.¹¹⁹ Sonuç olarak, uti possidetisten doğan ülkesel hak post kolonyal etkililiğe de üstündür ve ülkesel hakkın sahibinin rızası olmadan bir ülkesel hak yerine geçemez.¹²⁰ Uti possidetis, diğer ülke kazanım yöntemlerinin aksine, kolonyal mirasa aykırı zilyetliğe muvafakat gösterilmediği karinesini içinde barındırır, dolayısıyla uti possidetis sınırının değişimi için gösterilen rıza sarih olmalıdır.¹²¹ Başka bir deyişle, uti possidetisten doğan bir ülkesel hakka sahip olan devlet açıkça rıza göstermeden etkin zilyet olan devlete ülkesel hakkın intikali mümkün değildir. Dolayısıyla, sarih rıza gösterilmesi halinde, anlaşmadan kaynaklanan ülkesel hak (*titre conventionnel*) uti possidetis ilkesinin uygulanmasını devre dışı bırakacaktır.¹²²

3. Etkililik Ülkesel Hakkı Tamamlayıcı bir Rol Oynayabilir

Ülkesel hak var ancak uygulandığı alana ilişkin sınırlar bağlamında muğlaklık içeriyorsa etkililik önemli hale gelmektedir. Bu durumda, önemli tarihte, ülkesel hakkın sömürge yetkili idaresi tarafından ülkesel hakkın nasıl yorumlan-

¹¹⁴ Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, para. 79.

¹¹⁵ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 411, para. 173.

¹¹⁶ Kohen, "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale", 17-18. Benzer şekilde bkz. *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 23.

¹¹⁷ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 200, para. 46. Bu bağlamda bkz. *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, 6, p. 30.

¹¹⁸ Divan bağımsızlık sonrası etkililik ifadesini kullanmaktadır. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 62.

¹¹⁹ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 409, para. 167; *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, Opinion Individuelle de M. Torres Bernandez, para. 22.

¹²⁰ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 413-414, para. 188.

¹²¹ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 418, para. 210.

¹²² *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, 624, Opinion Individuelle de M. le juge Abraham, para. 4.

dığına ilişkin önemli bir başvuru kaynağı olacaktır.¹²³ Dolayısıyla, ülkesel hakkın muğlaklığı halinde etkililik ülkesel hakkın yerine geçmez sadece onu tamamlamaya hizmet eder.¹²⁴ Divan tarafından altı çizildiği üzere uti possidetis ilkesi sadece yürürlükteki ülkesel haklara atıfta bulunmayı değil, aynı zamanda söze konu ülkesel hakların kolonyal yetkili otorite tarafından nasıl yorumlandığı ve uygulandığı gibi hususların da dikkate alınmasını gerektirebilir.¹²⁵ Post kolonyal etkililik de benzer şekilde uti possidetis sınırının belirlenmesinde ülkesel hakkın nasıl yorumlandığına ilişkin önemli bilgiler verebilir ve muğlaklıkları bulunan ülkesel hakkın açıklığa kavuşmasına hizmet edebilir.¹²⁶ Örneğin, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta uti possidetis ilkesi uygulanmış ve uti possidetis sınırlarının belirlenmesinde bağımsızlık sonrası etkililiğe destekleyici bir rol biçilmiştir.¹²⁷

4. Ülkesel Hak Yoksa Etkililiğe Başvurulur

Ülkesel hak mevcut değilse etkililik esaslı bir önem kazanmaktadır. Ülkesel hakkın olmadığı durumlarda, etkililiğe bakılmakta ve taraflar arasında zımni bir anlaşma olup olmadığı mahkeme tarafından incelenmektedir.¹²⁸ Kısacası, bu ve benzeri durumlarda devlet uygulaması hukuk belirleyici bir mekanizma haline gelmektedir.¹²⁹ Uygulamadan bazı örnekler verebiliriz.

İlk örneğimiz kolonyal etkililiği ilgilendirmektedir. Benin ve Nijer arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında her iki tarafta sömürge dönemindeki hiçbir düzenleyici ve idari işlemde doğan ülkesel hak ortaya koyamamıştır.¹³⁰ Bu nedenle, Divan Dairesi taraflarca Nijer nehri sektöründe ileri sürülen egemenlik faaliyetlerinin sınırı belirlemeye yeterli olup olmadığını incelemeye geçmiştir (paras.76-77). Kantların değerlendirilmesinin ardından, Benin ve Nijer arasındaki sınırın, bağımsızlıklar

¹²³ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Bennouna, para. 17.*

¹²⁴ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Bennouna, para. 17.*

¹²⁵ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, para. 140. Benzer şekilde bkz. Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, para. 66.*

¹²⁶ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, para. 62.*

¹²⁷ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, para. 368.*

¹²⁸ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 659, para. 124; Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, 624, para. 65-66.*

¹²⁹ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 366. Tarafların uygulanacak hukuku tahkimnamede belirtmeleri halinde etkililik uti possidetisin belirlenmediği durumlarda ülkesel hakka temel oluşturamaz. Mahkeme taraflarca belirlenen uygulanacak hukukla bağlıdır. Bu dava kapsamında uygulanacak hukuk 1987 tarihli antlaşmadır ve iki devlet arası sınır buna göre belirlenmelidir. *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, paras. 66 ve 98.*

¹³⁰ *Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, para. 75.*

elde edildiği sırada, Nijer nehrinin ulaşımına elverişli kanalını takip ettiği sonucuna ulaşılmıştır (para.103). Sonuç olarak, Benin'in bu şekilde belirlenen sınırla nehrin sağ tarafı arasında yer alan adalarda, Nijer'inse bu sınırla nehrin sol tarafı arasında yer alan adalarda ülkesel hak sahibi olduğuna karar verilmiştir.

Diğer örneğe post kolonyal etkililikle alakalıdır. El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta, Meanguera adasına ilişkin olarak, kolonyal döneme ait ülkesel hak ve etkililikle tatmin edici bir biçimde egemenlik tesisi mümkün olmamıştır.¹³¹ 1854 yılında El Salvador bu ada üzerinde hak iddiasında bulunmuş ve etkin kontrol sağlamıştır ve bu nedenle ada üzerinde El Salvador'un egemen olduğu sonucuna ulaşılabilir. El Salvador'un ada üzerinde çok uzun zamandır egemen iradesiyle eylemler gerçekleştirmesine Honduras muvafakat göstermiştir (para.367). Protestonun yapılmamış olması ihtilaflı olan alanlarda bir egemenlik iddiasında bulunulmadığı anlamına gelmektedir.¹³² Honduras, Meanguera'daki El Salvador'un egemenlik faaliyetlerini çok geç protesto etmiş ve tepki göstermede gecikmiş olması hali Honduras'ın bu durumu kabul ettiği, tanıdığı veya muvafakat gösterdiği anlamına gelmektedir.¹³³

Bazen sınırın ülkesel hakla ve etkililikle belirlenemediği durumlar da ortaya çıkmaktadır.

C. SINIRLARIN BELİRLENMESİNDE HAKKANİYETİN ROLÜ

Uti possidetisle ve etkililikle sınır hattının belirlenememesi halinde başvurulacak kurum hakkaniyettir.¹³⁴ Elbette, uti possidetis sınırının etnik ve coğrafi açıdan ortaya çıkardığı kusurlar sınırların değiştirilmesi gerektiği, bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu yönünde iddialara temel oluşturamaz.¹³⁵ Dolayısıyla, uti possidetis sınırının tespit edilebildiği hallerde hakkaniyete başvurulması ihtimal dahilinde değildir.

Örneğin, Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasında, Divan Dairesi, hukukun bir yorum yöntemi olarak değerlendirdiği *infra legem* hakkaniyete başvurmuştur.¹³⁶ Divan içtihadında yer aldığı üzere, hakkaniyet hukuki

¹³¹ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 367.*

¹³² *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, 624, para. 88.*

¹³³ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, para. 364.*

¹³⁴ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 148-149; Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 351, para. 262.*

¹³⁵ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 149.*

¹³⁶ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 28.* Taraflar rıza göstermediği için *contra legem* hakkaniyete başvurulmamıştır. Benzer şekilde, *praeter legem* hakkaniyet de devre dışı bırakılmıştır.

bir kavram olarak doğrudan adalet duygusundan kaynağını almaktadır ve Divan görev tanımı gereği bu yönde bir yaklaşım geliştirme mecburiyeti hissetmektedir.¹³⁷ Bu nedenle, hakkaniyet ve hukuk birbirinden bağımsız iki kavram olarak değerlendirilmemelidir. Bunun sonucu olarak, sınırda yer alan bir su birikintisinin taraflar arasında adilce paylaşılması gerektiği belirtilmiş ve bu paylaşım, adilce yaklaşımı en iyi şekilde yansıttığı gerekçesiyle, eşit bir biçimde yapılmıştır.¹³⁸ Benzer şekilde, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta da *infra legem* hakkaniyete başvurma yoluna gidilmiş, bu kapsamda taraflar arasındaki 1869 tarihli onaylanmamış bir anlaşmanın müzakere sürecinde belirlenen sınırı dikkate almanın adil (ve aynı zamanda mantıklı) bir çözüm yolu olacağı belirtilmiştir.¹³⁹

Hakkaniyete başvurunun sınırları da bulunmaktadır. Bu bağlamda, El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlık içerdiği detaylar nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Davada, El Salvador tarafından ileri sürülen argümanlar iki kategoride toplanabilir.¹⁴⁰ Bunlardan ilkinde, El Salvador, daha az nüfus yoğunluğuna sahip Honduras'ın aksine, yaşamış olduğu demografik baskı nedeniyle daha fazla toprak ihtiyacı olduğu gerekçesiyle *uti possidetis* hattının sonradan değiştirilebileceğini ileri sürmüştür. Ancak, *uti possidetis* sınır hattının *infra legem* hakkaniyete başvurmak suretiyle değiştirilemeyeceği gerekçesiyle bu argüman kabul görmemiştir. Divan, demografik baskı hususunda insani ihtiyaçların gözden kaçırılmayacağını ancak bunun *uti possidetis* sınırının belirlenmesinde doğrudan bir etkisinin olmadığını belirtmiştir.¹⁴¹ El Salvador tarafından ileri sürülen ikinci argüman doğal kaynakların kullanımı (zirai sulama ve elektrik üretimi vs.) konusunda bir eşitsizlik oluştuğuyla alakalıdır (para.56). Buna karşılık, ekonomik mülahazaların kara sınırı belirlenmesinde dikkate alınamayacağı mahkeme tarafından belirtilmiştir.

Divan, *uti possidetis* hattının belirlenmesinde doğal olguların etkisini de dikkate alabilmektedir.¹⁴² Benin ve Nijer her ne kadar *uti possidetis* ilkesine uygun olarak ihtilaflarının çözümünü talep etmiş olsalar da ilkenin uygulanmasına ilişkin farklı bakış açıları ileri sürmüşlerdir.¹⁴³ Nijer'e göre bu ilkenin uygulanması

¹³⁷ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, 60, para. 71.

¹³⁸ *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, para. 150.

¹³⁹ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, para. 263.

¹⁴⁰ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, para. 58.

¹⁴¹ Buna ilaveten, bağımsızlık sonrası oluşan etkililiğin değerlendirilmesinde sosyal sebeplerin değil somut olguların dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiştir. *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, para. 58.

¹⁴² Coğrafi yapıdaki değişiklikler ülke edinme ve kaybetme yolları arasında kabul edilir. bkz. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 170.

¹⁴³ *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, paras. 23-24.

önemli tarihten sonra gerçekleşen fiziki değişimlerin Divan tarafından dikkate alınmasını engellemektedir; Benin'e göreyse prensibin uygulamasında önemli tarih referans alınmalıdır ve güncel durumu dikkate almak kabul edilemezdir (para.25). Divan, sonuç olarak, uti possidetis sınırının sonuçlarının, çağdaş fiziki gerçeklikler ışığında değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir ve yeni adaların oluşması veya önceden var olan adaların yok olması ihtimalini göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir (para.25). Tütüncü'nün de belirttiği üzere, doğal sınır olan nehirlerin değişme eğiliminin hesaba katılmasıyla önemli tarihte sınırların sürekliliği (ya da mevcut sınırların korunması) tehlikeye atılmıştır.¹⁴⁴

Mevcut sınırların korunması ilkesi kara sınırlamalarında esas alındığı gibi deniz sınırlamalarında da esas alınabilir.

D. UTİ POSSIDETİS İLKESİ VE DENİZ HUKUKU

1. Uti Possidetis İlkesi Tarihi Sulara ve Körfezlere Uygulanır

Uti possidetisin tarihi suların belirlenmesindeki rolüne ilişkin Orta Amerika coğrafyasından örnek vermemiz yerinde olacaktır. Bu bağlamda, 19. Yüzyılda günümüzdeki kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge gibi kavramların olmadığı; bölgedeki dönemin sömürge güçleri İspanya ve Portekiz arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasının olmadığı; özellikle de İspanya'nın sömürge yönetimleri arasında deniz alanı sınırlandırması yapma yoluna gitmediğini hatırlatmakla başlayabiliriz.¹⁴⁵ Bununla birlikte, Fonseca Körfezi gibi stratejik öneme sahip bölgeler İspanyol idaresi tarafından özel bir rejime tabi tutulmaktaydı.¹⁴⁶ 1522 yılında Fonseca körfezinin keşfedilmesinin ardından körfezde bulunan sular İspanyol egemenliği altında kalmıştır ve 1821 yılında Orta Amerika Federal Cumhuriyetinin kurulmasına kadar da bu durum bir protestoya konu olmamıştır.¹⁴⁷ 1839 yılında bu devletin varlığının sona ermesiyle tarihi sular niteliğine¹⁴⁸ sahip bu körfez ardıl devletler olan El Salvador, Honduras ve Nikaragua'ya intikal etmiştir.

El Salvador ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta, tarihi sular olması dolayısıyla, uti possidetisin bu körfeze uygulanabileceğini belirtilmiş ancak ne İspanyol sömürge idaresi altındaki dönemde ne de Orta Amerika Cumhuriyeti tarafından hiçbir sınırlama yoluna gidilmediği tespit edilmiştir (paras. 386 ve 405). Uti possidetise uygun bir biçimde tarihi suların paylaşımına ilişkin olarak üç ilgili devletin de

¹⁴⁴ Tütüncü, "Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası", 95.

¹⁴⁵ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 402, para. 126.

¹⁴⁶ Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 402, para. 126.

¹⁴⁷ *Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, 351, par. 385 ve 432.

¹⁴⁸ Tarihi sular genel olarak iç sular olarak kabul edilen sulardır ve bu karaktere sahip olmalarında esas olan tarihi bir ülkesel hakka konu olmalarıdır. *Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951*, 116, p. 130.

hiçbir girişimi olmamıştır (para.405). Bu durumda, ilgili üç ülkenin körfeze birlikte ardıl olmaları uti possidetis ilkesiyle doğrudan alakalıdır (para.405). Orta Amerika Adalet Divanı'nın 1917 yılındaki kararına paralel olarak, körfezde yer alan 3 millik deniz kuşağı dışındaki alanların tarihi sular niteliğine sahip olduğu ve kıyıdaş devletlerin ortak egemenliğine tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır (para.404).¹⁴⁹

Nikaragua ve Honduras arasındaki uyuşmazlıkta da uti possidetisin uygulanmasına ilişkin benzer bir yaklaşım takip edilmiştir. Honduras'ın tezine göre Nikaragua ile Honduras arasında Karayip Denzinde 15. paralelin hizasında bir deniz sınırı bulunmaktadır; bu sınır temelini uti possidetis ilkesinden almaktadır ve önemli tarih kabul edilen 1821'den itibaren varlığını sürdürmektedir.¹⁵⁰ Nikaragua ise iki devletin deniz alanlarını sınırlama yoluna gitmediğini (para.92) ve uti possidetisin deniz sınırlamalarında uygulanmayacağını ileri sürmüştür (para.93). Buna ilaveten, Nikaragua, sömürge sürecinde karasularında yetkinin merkezi İspanyol otoriteler tarafından kullanıldığını; münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı gibi modern kavramlar kapsamında uti possidetisin uygulanamayacağını iddia etmiştir (para.231). Divan, sonuç olarak, tarihi körfezler ve sular hususunda, uti possidetisin deniz sınırlandırmalarında esas alınabileceğini belirtmiştir (para.232). Bununla birlikte, dönemin merkezi idaresi tarafından deniz alanları hususunda sınırlama yapılmadığı gerekçesiyle söz konusu tartışmalı adalar üzerinde egemenlik meselesinin uti possidetis ilkesine uygun olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir (para.234). Sonuç olarak, Honduras'ın uti possidetisin uygulanışına ilişkin tezleri kabul görmemiştir.¹⁵¹

2. Sömürgeci Devletin İmzalamış Olduğu Deniz Alanı Sınırlandırmalarına İlişkin Antlaşmalar Ardıl Devletler için Bağlayıcıdır

Sömürgeci devletin iç sınırları ardıl devlet lehine korunduğu gibi sömürgeci devlet tarafından yapılmış sınır antlaşmaları da yeni kurulan devlet için bağlayıcı bir özelliğe sahiptir. Başka bir deyişle, sınır antlaşmaları ve ülkesel statüye ilişkin antlaşmalar ardılıktan etkilenmemektedir.¹⁵² Kısacası ardıl devlet öncül devlet

¹⁴⁹ Körfezin statüsüyle alakalı genel olarak bkz. Ayşe Nur Tütüncü, "El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık", *MHB* 12 s. 1-2 (1992): 98-100.

¹⁵⁰ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 42, paras. 86-230.

¹⁵¹ Honduras'ın argümanlarından bir diğeri de 15. paralel hizasında taraflar arasında *de facto* zimni bir sınırın var olduğudur (para. 237). Divan'a göre bu yönde bir anlaşmanın varlığını gösteren kanıtların ikna edici olması gerekmektedir (para. 253). 15. paralel her ne kadar taraflar arasında belirli ölçülerde sınır rolü görmüşse de söz konusu eylemlerin kısa bir zaman dilimi içinde gerçekleştiği ve bu paralelin iki devlet arasında uluslararası bir sınır olarak tesis edilmediği ifade edilmiştir (para. 256) Divan sonuç olarak tarafları bağlayıcı zimni bir anlaşmanın var olmadığını belirtmiştir (para. 258).

¹⁵² Sınır antlaşmaları ve ülkesel statüye ilişkin antlaşmalar dışında ardıl devlet açık bir biçimde belirtmediği müddetçe öncül devletin yapmış olduğu antlaşmalarla bağlı değildir. Bu bildirim ardılık bildirimi olarak adlandırılmaktadır. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 295.

tarafından yapılan bu antlaşmalar sona ermiş olsa dahi bu antlaşmalarla bağlı olmaya devam etmektedir.¹⁵³ Bu durum elbette tarafların karşılıklı rızalarıyla sınır hattını değiştiremeyecekleri anlamına gelmemektedir. Kolonyal güç tarafından yapılmış olan deniz alanı sınırlandırmalarına ilişkin antlaşmaların ardıl devleti bağlayıp bağlamadığı da önemli bir mesele arz etmektedir.¹⁵⁴

Uti possidetis ilkesinin deniz alanı sınırlandırmalarında da uygulanacağı ilk kez 31 Temmuz 1989 tarihli Senegal ve Gine-Bissau arasındaki hakem kararında kabul edilmiştir.¹⁵⁵ Gine-Bissau, bu hakem kararının geçersiz olduğunu ileri sürmüş ve uyuşmazlığı Adalet Divanı önüne taşımıştır.¹⁵⁶ Bu dava kapsamında, Senegal, Portekiz ve Fransa tarafından yapılmış 26 Nisan 1960 tarihli antlaşmanın geçerli olduğunu ve deniz alanını sınırladığı iddiasında bulunmuştur; buna karşılık Gine-Bissau bu antlaşmanın geçersiz olduğunu ve deniz alanlarının sınırlandırmasında bu antlaşmanın dikkate alınamayacağını ileri sürmüştür.¹⁵⁷ Bu bağlamda, Hakem mahkemesi kararında 1960 tarihli antlaşmanın her iki tarafı bağlayıcı olduğunun belirtildiğini hatırlatmamız yerinde olacaktır.¹⁵⁸ Bu kararda, antlaşmanın imzalandığı tarihte ortaya çıkmamış münhasır ekonomik bölge gibi deniz alanlarının bu antlaşma tarafından sınırlandırılmadığı ancak, kara suları, bitişik bölge ve kıta sahanlığı gibi kavramların o tarihte var olduğu ve açıkça antlaşmada yer aldığı belirtilmiştir. Adalet Divanı, sonuç olarak, 1989 tarihli hakem mahkemesi kararının geçerli olduğuna ve her iki taraf için de bağlayıcı olduğuna karar vermiştir (para.65).

SONUÇ

Uti possidetis, devletler arası sınırların belirlenmesinde esas alınan önemli ilkelerden birisidir. İlkenin Latin Amerika, Afrika ve Avrupa uygulamaları ve Adalet Divanı sınır uyuşmazlığı içtihadında tuttuğu yer uluslararası istikrarın sağlanmasına ve barışın tesisine büyük ölçüde katkı sağlamıştır. Özellikle, dekolonizasyon dışındaki gelişen ardıllık hallerinde de bu ilkeye başvurulması ilkenin genele yayılması adına büyük değer taşımaktadır.

Bununla birlikte, uti possidetis ilkesine başvurulması sınır ihtilaflarını azaltsa da savaşların önüne geçememektedir. Nitekim, Bosna'da yaşanan katliamın en büyük sorumlusu uti possidetis ilkesine saygı göstermeyip etnik temizliğe girişen Sırp yöneticiler olmuştur.¹⁵⁹ Başka bir deyişle, uti possidetisin tek başına barış ve

¹⁵³ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, 6, para. 73.*

¹⁵⁴ Konuyla ilgili tartışma için detaylı olarak bkz. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 403-404.

¹⁵⁵ De Brichambaut ve diğerleri, *Leçons de droit international public*, 389.

¹⁵⁶ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, 53.*

¹⁵⁷ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, 53, para. 13.*

¹⁵⁸ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, 53, para. 16.*

¹⁵⁹ Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 109; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*,

istikrar getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle, uluslararası sistemin üzerine tesis edildiği devletlerin barış ve istikrar yönünde önemli bir irade ortaya koyması olmazsa olmazdır.

Elbette, uti possidetis sınırı bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar da doğurabilir. Kolonyal dönemde birçok unsurun göz ardı edilerek oluşturulduğu iç birim sınırları yeni kurulan bazı devletlere de kötü bir miras olarak kalmış da olabilir. Ancak, uti possidetis dışında başka bir çözüm yoluna başvurmak Pandora'nın kutusunun açılması sonucunu doğurabilecektir. Bundan dolayı, bazı hallerde, uti possidetis ilkesinin esas alınması uti possidetis sınırlarının sorgulanması halinde ortaya çıkabilecek kaosa kıyasla “kötünün iyisi” olarak kabul edilebilir. Elbette, uti possidetis sınırının ortaya çıkardığı sorunları ilgili devletlerin diyalog ve iş birliği dahilinde başvurarak çözüme kavuşturmaları en iyi çıkış yoludur. Başka bir deyişle, uti possidetisin çıkış noktası olan istikrar sınırların asla değişmeyeceği sonucunu doğurmaz.

Uti possidetis sınırının belirlenmesi bazı durumlarda çok zordur. Uydu görüntüleri ve uydu görüntülerinden elde edilen haritalar bu sınırın belirlenmesini büyük oranda kolaylaştırmaktadır. Gelecekte, bu görüntülerin taşıdığı güvenilirliğin artmasıyla birincil kanıt haline gelmeleri ve sınır ihtilafların çözümünü kolaylaştırıcı etki yapmaları beklentimizdir.

KAYNAKÇA

- Abline, Gaël. Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis. Doktora Tezi. Université d'Angers, 2006.
- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Arsava, Füsün. "Uluslararası Hukukun Sezession için Belirlediği Çerçeve". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2013): 1215-1228.
- Aust, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Aybay. Rona ve Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Azarkan, Ezeli. "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, s. 1 (2016): 143-184.
- Aksar, Yusuf. *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Bayılıoğlu, Uğur. "Prelevka Yarımadası Uyuşmazlığı ve Deniz Alanları Sınırlandırmasına Yansımaları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30, s. 2 (2022): 903-941.
- Çaşın, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020.
- Corten, Olivier. "Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et Uti possidetis: Deux faces d'une même médaille". *Revue Belge de Droit International* (1998): 161-189.
- Corten, Olivier. "Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes". *Civitas Europa*, 32 s. 1 (2014): 93-111.
- Couston, Mireille. *Droit spatial*. Paris: Ellipses, 2014.
- Çakır, Tuğrul. "Uydu Görüntülerinin Uluslararası Adalet Divanı Önünde Kanıt Olarak Kullanılması". *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, s. 1 (2022): 212-252.
- De Brichambaut, Marc Perrin ve diğerleri. *Leçons de droit international public*. Paris: Presses de Sciences Po ve Dalloz, 2011.
- Decaux, Emmanuel ve de Frouville, Olivier. *Droit International Public*, Paris: Dalloz, 2014.
- Fisch, Jörg. "Peoples and Nations." *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters. 27-48. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- İkiz, Durmuş Ali. *Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Zilyetlik Kavramı ve Zilyetliğin Korunması Yolları*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Kohen, Marcelo G. "La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale". *Relations Internationales*, 137 s. 1 (2009): 13-29.
- Kohen, Marcelo G. *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Geneve: Graduate Institute Publications (Open Edition), 1997.
- Loulichki, Mohammed. "L'intangibilité des frontières africaines à l'épreuve des réalités contemporaines". *OCP Policy Center, Policy Paper* (Avril 2018).

- Lowe, Vaughan. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Nesi, Giuseppe. “L’uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l’Europe”. *Annuaire français de droit international* 44 (1998): 1-23.
- Pellet, Alain. “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples”. *EJIL*, 3 (1992): 178-185.
- Pellet, Alain. “Notes sur la Commission d’arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie”. *Annuaire français de droit international*, 37 (1991): 329-348.
- Peters, Anne. “The Principle of Uti Possidetis Juris, How Relevant is it for Issues of Secession?”. *Self-Determination and Secession in International Law* içinde, editör Chrisitan Walter ve diğerleri. 95-137. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Rosenne, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*. Çeviri editörü İbrahim Kaya. Ankara: TÜBA, 2018.
- Shaw, Malcolm N. “Peoples, Territorialism and Boundaries”. *European Journal of International Law*, 8, s. 3 (1997): 478-507.
- Sorel, Jean-Marc. “Le Droit des Frontières: Panorama en 3D”. *Pouvoir*, 165, s. 2 (2018) 27-38.
- Sorel, Jean-Marc ve Mehdi, Rostane. “L’uti possidetis entre la consécration juridique et la pratique: essai de réactualisation”. *Annuaire français de droit international*, 40 (1994): 11-40.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta, 2017.
- Tuori, Kaius. “The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law”. *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, editör Bardo Fassbender ve Anne Peters. 1012-1033. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tütüncü, Ayşe Nur. “El Salvador ve Honduras Arasındaki Kara, Ada ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık”. *MHB*, 12 s. 1-2 (1992) 93-101.
- Tütüncü, Ayşe Nur. “Benin ve Nijer Arasındaki Sınır Davası”. *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)* içinde, editör Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri. 81-96. İstanbul: Beta, 2008.

Uluslararası Adalet Divanı Kararları (Taraf Dilekçeleri, Hakim Görüşleri) ve Danışma Görüşleri

- Affaire des Minquiers et des Echéhous, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, 47.*
- Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, 116.*
- Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, 6.*
- Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90.*
- Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Bennouna.*

- Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44.*
- Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Bennouna.*
- Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, 44, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Daudet.*
- Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351.*
- Différend frontalier Terrestre, Insulaire et Maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, 351, Opinion Individuelle de M. Torres Bernandez.*
- Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554.*
- Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), Mémoire du Mali.*
- Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554, Contre mémoire du Mali.*
- Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), Opinion Individuelle de M. Abi-Saab.*
- Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, 6.*
- Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 42.*
- Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, 624, Opinion Individuelle de M. le juge Abraham.*
- Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, 226.*
- Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982, 60.*
- Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, 53.*
- Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, 682.*
- Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, 12, Seperate Opinion of Judge Dillard.*

Diğer Kaynaklar

Afrika Birliği Örgütü 21.7.1964 tarihli Kahire Bildirisi.

Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 2 sayılı Görüşü.

Eski Yugoslavya Barış Konferansı Hakem Komisyonunun 11.1.1992 tarih, 3 sayılı Görüşü.

BELİRLİLİK İLKESİ, MAHKEMEYE ERİŞİM VE ETKİLİ BAŞVURU HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DANIŞTAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet BAĞRIAÇIK^(**)**

Öz

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişimi sonrasında ilan edilen Olağanüstü Hal rejimini takiben bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek amacıyla birçok yeni düzenleme yapılmış ve bu düzenlemelerin çoğu Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile gerçekleştirilmiştir. Bahsi geçen Kararnamelerden birisi de 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesidir.

675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan düzenleme, esasen ilgilinin dava açmadan önce idareye başvurusunu ve bu başvuruya verilecek yanıt sonrası dava yoluna gidilebileceğini hüküm altına almaktadır. İlgili hüküm uyarınca yapılan başvuruya zimni ret süresi içerisinde cevap verilmemesi üzerine açılan dava Danıştay tarafından, ortada idari dava ya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Çalışmada, Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozulması talep edilen ve Danıştay'ın 5'inci Dairesince verilen bu karar incelenmektedir. Söz konusu karar uyarınca bir yandan yapılan düzenlemede başvuru sonrası idarenin vereceği cevap üzerine dava açılacağı ve cevabın hangi süre zarfında verileceği konusunda boşluk bulunması diğer yandan bahsi geçen boşluğun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) zimni ret müessesini düzenleyen ilgili hükmüyle doldurulmasını Danıştay'ın kabul etmemesi çalışmanın esasını teşkil etmektedir. İçeriği itibarıyla özel nitelikli bir düzenlemede yer alan boşluğun genel niteliği haiz kanun ile doldurulmasının kabul görmemesi nedeniyle çalışmada genel-özel kanun ilişkisi ve hükümlerine de değinilmiştir. Bu haliyle ilgili karar belirlilik ilkesi, mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim çalışmada Danıştay'ın daha önce benzer içerikteki uyuşmazlıklarla ilgili farklı yönde verdiği kararlara özellikle yer verilmiştir. Ayrıca çalışmada Danıştay'ın ilgili kararları dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) konuya ilişkin içtihatlarına varılan sonucu desteklemek amacıyla yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

OHAL KHK'sı, Zimni Ret, Belirlilik İlkesi, Mahkemeye Erişim Hakkı, Etkili Başvuru Hakkı.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 16.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 31.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1175658.

^(**) Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı / Osmaniye-Türkiye.

E-posta: ahmetbagriacikk@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9288-2343>.



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

EVALUATION OF A COUNCIL OF STATE DECISION WITH LEGAL CERTAINTY, ACCESS TO THE COURT AND RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY

Abstract

Following the State of Emergency regime declared after the coup attempt on 15 July 2016, many new regulations were made in order to re-establish the deteriorated public order, and most of these regulations were implemented with the Emergency Decree. One of the aforementioned Decrees is the Decree Law No. 675 on Taking Some Measures Under the State of Emergency.

The regulation made with the Presidential Decree No. 675 essentially stipulates that the person should apply to the administration before filing a lawsuit and that a lawsuit can be filed after the response to this application. The lawsuit filed after the application made pursuant to the relevant provision was not answered within the implied rejection period was rejected by Danıştay on the grounds that there was no definitive and necessary action that could be the subject of an administrative lawsuit. In this study, this decision, which was requested by Office of the Advocate-General to be reversed in favor of the law, and which was given by the 5th Chamber of Danıştay, is examined. Because, on the one hand, there is a gap in the regulation regarding the possibility of filing a lawsuit after the response of the administration after the application and in which period the response will be given, on the other hand, Danıştay refusal to fill the said gap with the relevant provision regulating the establishment of implied refusal in Law No. 2577, the principle of certainty, access to the court and right to effective remedy means a violation of the right to apply. In this study, in addition to the literature, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR), the Constitutional Court (AYM) and Danıştay are included in order to reach this conclusion.

Keywords

State of Emergency Decree, Implied Rejection, Legal Certainty, Right to Access to a Court, Right to an Effective Remedy.

Extended Abstract

The lawsuit filed by the worker, who wanted to collect the remaining labor receivables in the company he worked for, in the labor court was rejected due to the absence of litigation requirements, as the company was closed with the 2nd article of the Decree Law No. 667 on the Measures Taken Under the State of Emergency. For this reason, the worker had to first apply to the administration in accordance with the Decree No. 675. The worker who thought that the relevant application was implicitly rejected, filed a lawsuit in the administrative court, and this case was partially accepted and partially rejected and became final. This lawsuit, which was filed and finalized in the administrative court, was examined by the Council of State upon the request of the Chief Public Prosecutor's Office of the Council of State, and it was overturned for the benefit of the law, provided that it did not affect the outcome of the judicial decision. In this study, the relevant regulation and the decision of the 5th Chamber of the Council of State; the principle of certainty will be evaluated within the scope of the right of access to a court and the right to an effective application.

Pursuant to the relevant provision of the Decree Law No. 675, it is accepted that those who claim rights regarding the debts and liabilities of the closed company can file a lawsuit if they apply to the relevant Authority first and the application is answered explicitly (rejection or partial rejection). First of all, according to the 4th paragraph of the 16th article of the Decree Law No. 675, the administrative application requested before filing a lawsuit is mandatory. The opinion of the Council of State that the administration should respond openly in order for a lawsuit to be filed upon the said administrative application is the rule of law in Article 2 of the Constitution, the freedom of seeking rights in Article 36 of the Constitution, and the fundamental right regulated in Article 40. and to be evaluated within the scope of protection of freedoms. In the face of the court's regulation that a lawsuit can be filed after the response of the administration upon the application to be made pursuant to the Decree Law No. 675, the fact that the Council of State considers the lawsuit filed due to the implied refusal on the merits, requires that the decision be evaluated within the framework of the special law / general law.

The Council of State based its decision on the grounds that the administration would not be able to meet the demands of the claimants without completing this process, that the applications made regarding the closed instituti-

ons and organizations would be examined and resolved in a calendar and sequence. As a result, it decided that the response of the application should be awaited and therefore there is no executive administrative act that will be the subject of an administrative lawsuit. In addition to the fact that prolonging the applications of individuals to the administration is against the requirements of the principle of certainty and therefore the rule of law, and considering the number of closed institutions and organizations, no concrete investigation program was found regarding the calendar specified in the Decree Law. There is a gap in the 4th paragraph of the 16th article of the Decree Law, which is the subject of the concrete dispute and has the character of a special law. Since the person's right to file a lawsuit cannot be postponed to an unknown date, this gap should be filled with the provisions of the İYUK, which is the general law.

Considering the decisions of the Council of State, which are similar to the concrete dispute, it is seen that it adopts a different view. The procedure to be followed in case of an inconclusive answer is not regulated in the article, upon an objection to be made against customs taxes, penalties and administrative decisions in accordance with the procedures set forth in Article 242 of the Customs Law. Here, the Council of State decides that Articles 10 and 11 of the Law No. 2577, which has the nature of general provision, should be applied.

When the decision of the Council of State is evaluated in the light of the jurisprudence regarding the right of access to the court, since it is not clear when the clear answer will come, the regulation hinders the right beyond limiting it. On the one hand, the right of the person concerned to file a lawsuit for the compensation of his right is deprived of his right, and on the other hand, the result of his application to file a lawsuit is postponed to an unforeseen date due to this decision of the Council of State.

GİRİŞ

Çalıştığı şirkette kalan işçilik alacaklarını tahsil etmek isteyen işçinin iş mahkemesinde açtığı dava, şirketin 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin' 2'nci maddesiyle kapatılması nedeniyle dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. Bu sebeple işçi 675 sayılı KHK uyarınca önce idareye başvuru yapmak zorunda kalmıştır. İlgili başvurunun zımnın reddedildiğini düşünen işçi idare mahkemesinde dava açmış ve bu dava kısmen kabul kısmen reddedilmiş ve kesinleşmiştir. İdare mahkemesinde açılan ve kesinleşen bu dava, Danıştay Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma talebi üzerine Danıştay tarafından incelenmiş ve verilen yargı kararının sonucuna etkili olmamak kaydıyla kanun yararına bozulmuştur. Bu çalışmada ilgili düzenleme ve Danıştay 5'inci Dairesi'nin verdiği karar; belirlilik ilkesi, mahkemeye erişim hakkı ve etkili başvuru hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede değerlendirmeye geçmeden evvel Danıştay'ın 5'inci Dairesi'nin vermiş olduğu kararın özetine ve karar uyarınca mevcut hukuki problemlere yer verilecektir.

I. İNCELEMAYA KONU KARARIN ÖZETİ

Davacının bir dönem çalıştığı şirket, 23.07.2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 667 sayılı KHK'nın 2'nci maddesiyle kapatılmıştır. Davacı iş sözleşmesinin haksız ve bildirimlessiz feshedildiğinden bahisle, işçilik

¹ Çalışmada birden fazla Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesine değinilecek olup, her birinin adını tekraren yazmak yerine KHK kısaltması kullanılacaktır. Söz gelimi, 7091 sayılı Kanun ile kabul edilen 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname yerine "670 sayılı KHK" ifadesi tercih edilecektir.

alacaklarının tahsili amacıyla iş mahkemesinde dava açmıştır. Dava devam ederken yayımlanan 675 sayılı KHK uyarınca² açılan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. Davacı bu kez 675 sayılı KHK'nın ilgili hükmü³ uyarınca işçilik alacaklarının tazmini için ilgili idareye başvurmuştur. Yapılan başvurunun zımnen reddedilmesi sonrası idari yargıda işlemin iptali ve işçilik alacaklarının tazmini amacıyla dava açmıştır. İdare mahkemesi, oluşan zımni ret işleminin iptali talebi üzerine işin esasına girerek kısmen iptal kısmen ret kararı vermiştir.

İdare mahkemesinin verdiği kararın yürürlükteki hukuka aykırı (675 sayılı KHK'nın "Dava ve takip usulü" başlıklı 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında zımni redde ilişkin hüküm bulunmaması gerekçesiyle) olduğunu ileri süren Danıştay Başsavcılığı, işlemin iptaline ilişkin hüküm fıkrasının kanun yararına bozulması istemiştir.

Danıştay'ın 5'inci Dairesi, 6749 sayılı Kanun ile değiştirilerek kabul edilen 667 sayılı KHK'nın, 7091 sayılı Kanun ile kabul edilen 670 sayılı KHK'nın, 7082 sayılı Kanun ile kabul edilen 675 sayılı KHK'nın ve İYUK'un ilgili hükümlerine atıf yaparak, "670 sayılı KHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tespiti konu edilebilecek borç ve yükümlülüklerle ilişkin olarak hak iddiasında bulunanların, öncelikle, anılan maddenin 4. fıkrası ile 675 sayılı KHK'nın 16. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ilgili idareye başvuruda bulunmaları ve başvuru üzerine ilgili idari merci tarafından bir karar verildikten sonra, verilen karar aleyhine idari yargıda dava açmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Burada idarenin kararını açıklamış olması, yargı yoluna gidebilmenin ön koşulu niteliğinde bulunmaktadır. (...) Olağanüstü Hal KHK'larında idareye yazılı başvurularda 2577 sayılı Kanundan ayrıklı düzenlemeye gidilerek zımni ret müessesesine yer verilmemiştir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen özel hükümlerle açıkça düzenlenmiş bir konuda, 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülmüş olan usulün işletilmesi sonucunda oluşacak zımni ret üzerine dava açılmasına olanak (...)" bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu nedenle davayı esastan sonuçlandıran mahkeme kararında hukuki isabet görmemiştir.

² İlgili kararnamenin 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrası: "20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler gereğince kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler aleyhine 17/8/2016 tarihinden önce açılan davalar ile bu kapsamda Hazine ile Vakıflar Genel Müdürlüğüne husumet yöneltilen davalarda mahkemelerde, 15/8/2016 tarihli ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5'inci maddesi uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle red kararı verilir. Bu kararlar duruşma günü beklenmeksizin dosya üzerinden kesin olarak verilir ve davacılara resen tebliğ edilir. Tarafların yaptığı yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır."

³ Kararnamenin 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası: "Birinci ve ikinci fıkralar uyarınca verilen kararlarda davacı veya alacaklının 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5'inci maddesinde belirtilen usule uygun olarak ilgili idari makama, tebliğ tarihinden itibaren otuz günlük hak düşürücü süre içinde başvurabileceği belirtilir. İdari başvuru üzerine idari merci tarafından verilecek karar aleyhine idari yargıda dava açılabilir. İdari yargının verdiği karar kesin olup, uyumsuzluk adli yargıda hiçbir şekilde dava konusu yapılamaz."

Bu sebeple, Danıştay Başsavcılığının kanun yararına temyiz isteminin kabulüne, İdare Mahkemesinin tek hâkim kararının iptale ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51'inci maddesi uyarınca hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına karar vermiştir⁴.

II. HUKUKİ PROBLEM

675 sayılı KHK'nın ilgili hükmü (16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası) uyarınca, kapatılan şirkete ait borç ve yükümlülüklerle ilişkin hak iddiasında bulunanların öncelikle ilgili Kuruma başvuruda bulunmaları ve başvurunun açıkça (ret veya kısmen ret) yanıtlanması halinde dava açabilecekleri kabul edilmektedir. Öncelikle 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre dava açmadan önce yapılması istenen idari başvuru zorunlu niteliktedir. Dolayısıyla düzenleme zorunlu idari başvurular yönünden incelenmelidir⁵. Danıştay'ın, söz konusu idari başvuru üzerine davanın açılabilmesi için idarenin açıkça cevap vermesi gerektiği görüşü ise düzenlemenin, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti, 36'ncı maddesinde yer alan hak arama hürriyeti ve 40'inci maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin korunması kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Diğer taraftan mahkemenin, 675 sayılı KHK uyarınca yapılacak başvuru üzerine idarenin cevabı sonrası dava açılabileceği düzenlemesi karşısında, oluşan zimni ret nedeniyle açılan davayı esastan görmesini Danıştay'ın hukuka uygun bulmaması da kararın özel kanun / genel kanun çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu kapsamda, idari yargıda dava açabilmek için idarenin açıkça cevap vermesini içeren bir "ön koşul" öngörülüp öngörülemeyeceği, özel kanunda düzenlenmeyen bir husus üzerine genel kanuna başvurmanın engellenip engellenemeyeceği soruları yanıtlanmalıdır.

III. DEĞERLENDİRME

Daha önce de yer verildiği üzere 675 sayılı KHK'nın "Dava ve takip usulü" başlıklı 16'ncı maddesinin 1'inci ve 4'üncü fıkralarında özetle, daha önce açılmış olan davaların ne şekilde sona erdirileceği ve davanın tekraren nasıl açılacağı usulü düzenlemektedir.

675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasının göndermede bulunduğu 670 sayılı KHK'nın 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında ise; "*Birinci fıkra kapsamında tespate konu edilebilecek borç ve yükümlülüklerle ilişkin olarak hak iddiasında bulunanlarca bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış günlük hak düşürücü süre içerisinde ilgili idaresine kanaat getirici defter, kayıt*

⁴ D5.D. 07.03.2019, E. 2019/428, K. 2019/1770, R.G. 04.07.2019/S. 30821.

⁵ Zorunlu idari başvuru hakkında detaylı bilgi için bkz. K. Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015).

ve belgelerle müracaat edilir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak kapatma işlemlerinde ise altmış günlük süre kapatma tarihinden itibaren başlar”⁶ kuralına yer verilmiştir.

Bahsi geçen düzenlemeler değerlendirildiğinde özetle, hükümde belirtilen ve kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler aleyhine açılmış bulunan davalar için mahkemelerce dava şartı yokluğu nedeniyle ret kararı verileceği ve 675 sayılı KHK’nın 16’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında belirtilen usule uygun olarak ilgili idari makama, tebliğ tarihinden itibaren başvuru yapılacağı ve yapılan başvuru üzerine idari makamın vereceği yanıt üzerine dava açılabileceği öngörülmüştür. Ancak, kararda tetkik hakiminin de belirttiği üzere, idarenin bu başvurulara karşı ne kadar süre içinde cevap vereceği, başvurunun sonuçlarını ne zaman doğuracağı yolunda bir düzenleme yapılmayarak başvuru baki-mından belirsiz bir süreç yaratılmıştır.

İdari yargı düzeninde genel kanun niteliğini haiz olan İYUK, dava açılmadan önce yapılabilecek idari başvurulara ilişkin hükümler içermektedir. Konuyla ilgili 10’uncu maddesinde, dava açmadan önce yapılabilecek olan idari başvuruya ilişkin usul düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. (2) Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer otuz günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. (...)”⁷ Hüküm içeriğinden de anlaşılacağı üzere, ilgilinin dava açmadan önce idareye yapacağı başvurunun idare tarafından hangi süre içerisinde cevaplanacağı ve cevap verilmemesi halinde bu durumun sonuçları düzenlenmiştir.

Danıştay’ın 5’inci Dairesi vermiş olduğu kararda 670 sayılı KHK’nın 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasına⁸ atfı yapmış ve “(...) talep sahibinin Fethullahçı

⁶ R.G. 17.08.2016/29804.

⁷ Dava tarihinde ilgili hükümde yer alan ve idarenin cevap vermesi gereken süre 60 gün iken, 08.07.2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 1’inci maddesiyle süre 30 gün olarak değiştirilmiştir.

⁸ “20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan Kanun Hükmünde Kararnameler gereğince kapatılan ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya Hazineye devredilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü taşınır, taşınmaz, malvarlığı, alacak ve hakları ile belge ve evraklarının (devralınan varlık); her türlü tespit işlemi yapmaya, kapsamını belirlemeye, idare etmeye, avans dâhil her türlü alacak, senet, çek ve diğer kıymetli evraka ilişkin olarak dava ve icra takibi ile diğer her türlü işlemi yapmaya, devralınan varlıklarla ilgili olup kanaat getirici defter, kayıt ve belgelerle tevsik edilen borç ve yükümlülükleri tespite ve hiçbir şekilde devralınan varlıkların değerini geçmemesi, ek mali külfet getirmemesi, kefaletten doğmaması ve Fethullahçı Terör Örgütü (FETÖ/PDY)’ne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olmayan kişilerle gerçek mal veya hizmet ilişkisine dayanması şartıyla bu varlıkların değerlendirilmesi suretiyle bunları uygun bir takvim dâhilinde ödemeye, (...), vakıflar yönünden Vakıflar Genel Müdürlüğü, diğerleri yönünden Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Terör Örgütü (FETÖ/PDY)'ne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olmadığı tespit edilmesi ve gerçek mal ve hizmet ilişkisine dayandığının görülmesi halinde, bir takvim ve sıra dâhilinde ödeme yapılabileceği kurala bağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla KHK'lar ile bu konuda kendilerine görev verilen idari birimlerin bu süreci tamamlamadan hak iddiasında bulunanların taleplerini karşılmasına imkân bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle bu tür hak iddialarına ilişkin dava sürecinin başlatılabilmesi için Kanun koyucu bu işlere mahsus olmak üzere yetkili idari merciler tarafından verilecek cevabın beklenilmesini bir ön koşul olarak getirdiği (...)” değerlendirmesinde bulunmuştur. Yine aynı kararda Danıştay, “(...) idarenin kararını açıklamış olması, yargı yoluna gidebilmenin ön koşulu niteliğinde bulunmaktadır” ifadelerine yer vermiştir. Sonuç itibarıyla de, “Olağanüstü Hal KHK'larında idareye yazılı başvurularda 2577 sayılı Kanundan ayırık düzenlemeye gidilerek zımnî ret müessesesine yer verilmemiştir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen özel hükümlerle açıkça düzenlenmiş bir konuda, 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülmüş olan usulün işletilmesi sonucunda oluşacak zımnî ret üzerine dava açılmasına olanak bulunmamaktadır.”

Danıştay'ın dava sürecinin başlatılabilmesi için idarenin cevabının beklenilmesini bir ön koşul olarak öngörmesinin ve 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasındaki düzenlemenin 2577 sayılı İYUK'tan ayrık bir düzenleme olduğu ve dolayısıyla zımnî ret usulünün uygulanamayacağı görüşlerinin hukuk devletinin temeli olan belirlilik ilkesi, mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca ilgili KHK'da idarenin cevap vermemesi hali düzenlenmediği için, genel kanun niteliğini haiz olan İYUK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da değerlendirilmelidir.

A. BELİRLİLİK İLKESİ

Hukuk devletinin en temel öğelerinden birisi belirlilik ilkesidir⁹. Bu ilke¹⁰ uyarınca kanuni düzenlemeler hem idare hem de kişiler yönünden açık, net ve anlaşılabilir olmalıdır. Ayrıca belirlilik ilkesi bu niteliği ile idarenin keyfi uygulamalarından kişilerin korunmasına aracılık etmelidir¹¹. Belirlilik ilkesi hukuki gü-

⁹ Metin Günay, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 39.

¹⁰ İlke terimsel açıdan Avrupa hukuk sisteminde “hukuki kesinlik” olarak kullanılmaktadır. Terimsel farklılık ve eleştiri için bkz. Abdulkadir Gülçür, “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, *MÜHFAD*, 24, S. 1 (2018): 149-150.

¹¹ AYM, eczacılara uygulanacak disiplin cezalarını vermeye yetkili mercii olan haysiyet divanının görevlerini düzenleyen maddede yer alan hükmün, “(...) hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanıma(dığı)” gerekçesiyle ilgili hükmün iptaline karar vermiştir. AYM, E. 2021/16, K. 2021/62, 22.09.2021. Danıştay da suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin bir kararında, “(...) idarî yaptırım uygulanmasına ilişkin işlemlerde, kabahat teşkil eden fiiller ile karşılığı olan yaptırımların çelişkiye yer verilmeksizin ve hukukî denetime imkân tanıyacak şekilde açık bir biçimde belirtilmesi gerek(tiğini)” ifade etmekte ve belirlilik ilkesine de vurgu yapmaktadır. D13.D, 05.04.2021 E. 2017/2906, K. 2021/1184, (Kazancı).

venlik ilkesi ile ilintilidir¹². Hukuk devleti ilkesinin anlamlı olabilmesi için, ülkede egemen olan hukukun, ilgililere idareye karşı hukuk güvenliği sağlaması icap etmektedir¹³. Başka bir ifadeyle hukuki belirlilik, ilgilinin kendisini medeni şekilde savunabileceği, adil yargılanma koşullarının sağlandığı mekanizmalara sahip bir hukuk sisteminin var olmasıdır¹⁴. AYM'ye göre, “Belirlilik ilkesi; hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Kişi ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir.”¹⁵ AYM belirlilik ilkesinin sadece kanuni belirliliği değil, “(...) geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır. Anılan ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır.”¹⁶ Bir başka kararında AYM, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi uyarınca yasal düzenlemelerin, “(...) kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gerek(tiğini)”¹⁷ ifade etmektedir.

Danıştay vermiş olduğu kararda, kapatılan kurum ve kuruluşlarla¹⁸ ilgili yapılan başvuruların bir takvim ve sıra dâhilinde inceleneceği ve karara bağlanacağını ve idari birimlerin bu süreci tamamlamadan hak iddiasında bulunanların taleplerini karşılamasına imkân bulunmadığı gerekçeleriyle yapılan başvurunun cevabının beklenmesi gerektiğine ve dolayısıyla ortada idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olmadığı için davanın reddine karar vermiştir. Kişilerin idareye yaptıkları başvuruların sürüncemede bırakılmasının belirlilik ilkesinin gereklerine ve dolayısıyla hukuk devletine aykırı olmasının yanı sıra, kapatılan kurum ve kuruluşların sayısı da dikkate alındığında yapılan

¹² Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *EBYÜHFD* 9, S. 1-2 (2005): 89-93.

¹³ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 38.

¹⁴ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 134.

¹⁵ AYM, 22.09.2021, E. 2017/17, K. 2021/59.

¹⁶ AYM, 13.10.2021, E. 2018/133, K. 2021/70. Benzer yönde bkz. AYM, 04.12.2014 E. 2013/84, K. 2014/183.

¹⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/3954, 26.2.2015, §40.

¹⁸ Medyaya yansıyan verilere göre, OHAL döneminde KHK'lar ile 2 bin 761 kurum ve kuruluş hakkında kapatma kararı verilmiştir. “OHAL Komisyonu 4 yılda 120 bin 703 başvuruyu karara bağladı”, Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: Ocak 12, 2022, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/ohal-komisyonu-4-yilda-120-bin-703-basvuruyu-karara-bagladi/2461877>.

başvurular üzerine KHK'da belirtilen takvime ilişkin herhangi bir somut inceleme programına da rastlanılmamıştır. İlk KHK'ların yayımlandığı 2016 yılından davanın açıldığı 2019 yılı arasında 3 yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen somut bir takvim açıklanmadığı gibi ne zaman açıklanacağına ilişkin yetkili makamlardan yapılmış bir açıklama da mevcut değildir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme AYM'nin yukarıda bahsi geçen kararında belirttiği gibi kamu otoritesinin keyfi uygulamasına zemin oluşturmuştur. Danıştay'a göre zımni ret işlemi de tam olarak bu amaçla ve "(...) idarenin keyfi olarak cevap vermemek suretiyle dava açma hakkının engellenmesi nedeniyle (...)"¹⁹ başka bir deyişle, "(...) idarelerin, başvurular karşısında hareketsiz kalma hakkının varlığını değil, ilgililerin konuyu bir an önce yargı yerine götürebilmelerini sağlamak amacıyla (...)"²⁰ öngörülmüştür. Diğer taraftan idareler, özellikle disiplin işleri ve imara ilişkin başvurularda, bunların usuli işlemler olduğu ve dolayısıyla başvuruyu değerlendirme süreci uzadığı için cevap süresini kaçırabilmektedir²¹. Bu tür uyumsuzluklarda cevap süresi geçtikten sonra idare tarafından verilen cevap üzerine açılan davalar da Danıştay tarafından dava açma süresinin geçmiş olması nedeniyle reddedildiği için²² ilgililer zımni ret üzerine dava açmak durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla idari birimlerin bu süreci tamamlamadan hak iddiasında bulunanların taleplerini karşılamasına imkân bulunmadığına dair Danıştay'ın gerekçesi de tutarlı görünmemektedir. Başvuru üzerine ilgili idarenin süresi içerisinde cevap vermemesi üzerine oluşan zımni reddin iptali için açılan dava sürecinde idare gerekli cevabı mahkemeye de sunabilme imkânına sahiptir.

Danıştay'a göre, "*Olağanüstü Hal KHK'larında idareye yazılı başvurularda 2577 sayılı Kanundan ayırık düzenlemeye gidilerek zımni ret müessesesine yer verilmemiştir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen özel hükümlerle açıkça düzenlenmiş bir konuda, 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülmüş olan usulün işletilmesi sonucunda oluşacak zımni ret üzerine dava açılmasına olanak bulunmamaktadır.*" Dolayısıyla Danıştay, ilgili hükümde geçen "*İdari başvuru üzerine idari merci tarafından verilecek karar aleyhine idari yargıda dava açılabilir*" ibaresini İYUK hükümlerinden ayrıksı ve açıkça düzenlenmiş özel hüküm olarak addetmektedir. Ancak ilgilinin dava açmadan önce ilgili idareye başvurusunu düzenleyen bu hükmün İYUK hükümlerinden ayrıksı ve özel nitelikte olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Çünkü 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrası gereği açılmış olan davalar hakkında ret kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla verilen ret kararı üzerine yeni bir hukuki durum ortaya çıkmış ve ilgililerin taleplerini dava yoluyla ileri sürebilmeleri için idari başvuru

¹⁹ D6.D., 18.03.2015, E. 2013/673, K. 2015/1617, (Lexpera).

²⁰ Danıştay İDDK, 09.02.2001, E. 2000/988, K. 2001/143, (Kazancı).

²¹ Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), 418-422.

²² D6.D., E. 1997/5279, Aktaran: ibid 419.

yolu öngörülmüştür. Düzenleme bu yönüyle idari yargıda işlem yargılanır²³ ilkesiyle de örtüşmektedir. Ret kararı ile yaratılan yeni hukuki durum üzerine ilgili-nin dava açabilmesi için idare ile arasında bir uyumsuzluk bağı mevcut olmalıdır. 675 sayılı KHK'nın aynı maddesinin 4'üncü fıkrası da bu uyumsuzluk bağının kurulması adına idari başvuruyu öngörmektedir. Sonuç itibarıyla ilgili hüküm dava açabilmek için idari başvuru yolunu öngörmüş ve devamında susmuştur. Susmanın sonucu ortaya çıkan ve dava açabilmenin yolunu açan düzenleme ise genel kanun niteliğini haiz olan İYUK hükümleridir. Kural olarak, bir konunun hem genel hem de özel kanunla düzenlenmesi halinde, uyumsuzluk durumunda özel kanun hükümlerinin uygulanacağı genel hukuk kuralıdır²⁴. Diğer bir deyişle, eğer aynı düzeyde yer alan iki düzenleme benzer hususlara ilişkin ise²⁵ veya aralarında çelişki mevcut ise özel kanun niteliğinde olan uygulanır²⁶. Somut uyumsuzluğa konu olan ve özel kanun niteliğini haiz KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında boşluk mevcuttur. İlgilinin dava açma hakkı bilinmez bir tarihe ötelenemeyeceği için de bu boşluk genel kanun olan İYUK hükümleri ile doldurulmalıdır.

Danıştay'ın Gümrük Kanunu'nun hükümleri nedeniyle çıkan ve somut uyumsuzlukla benzerlik arz eden kararlarına bakıldığında farklı bir görüş benimsediği görülmektedir. Mahkeme, gümrük vergileri, cezaları ve idari kararlara karşı Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde öngörülen usullere göre yapılacak itiraz üzerine, maddede kesin olmayan cevap halinde izlenilmesi gereken usul düzenlenmediği için²⁷ genel hüküm niteliğini haiz 2577 sayılı Kanun'un 10'uncu ve 11'inci maddelerinin uygulanması gerektiğine karar vermektedir. Çünkü, "(...) yükümlülerin itiraz başvurularının bir üst makamca otuz gün içinde karara bağlanarak sonucunun ilgisine tebliği yasal bir zorunluluk olduğundan; bu sürenin cevapsız geçirilmesi halinde, idari başvuruların zımnen reddedildiğinin kabulü zorunludur. Aksi halde, idari başvuruların, cevap verilmemek suretiyle sürüncemede bırakılması ve dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak uygulamaların ortaya çıkması (...)"²⁸

²³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 775.

²⁴ D10.D, 18.03.1987, E. 1985/112, K. 1987/566, (Kazancı). Memura uygulanan disiplin yaptırımıyla ilgili uyumsuzluğa konu bu kararda Danıştay, "... genel hukuk kuralı uyarınca özel kanunla düzenlenmeyen bir konuda, disiplin cezasını gerektiren bir fiilin varlığı nedeniyle, genel kanun olan 657 sayılı kanunun uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptal edilmesini..." hukuka aykırı bularak bozmuştur.

²⁵ D12.D, 06.02.2019, E. 2015/5369, K. 2019/743, (Kazancı).

²⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 309.

²⁷ Madde 242: "(1)Yükümlüler kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilir. (2)İdareye intikal eden itirazlar otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir. (3)İtiraz dilekçelerinin süresi içinde yanlış makama verilmesi halinde, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve idareye yetkili makama ulaştırılır. (4)İtirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilir."

²⁸ D7.D, 29.4.2019, E. 2015/2073, K. 2019/310, (Kazancı). Benzer yönde bkz. D7.D, 12.03.2019, E. 2016/5611, K. 2019/1462, (Kazancı).

kaçınılmazdır. Danıştay gümrük işlemleri nedeniyle yapılacak idari başvuruların özel hüküm niteliğini haiz Gümrük Kanunu'nda düzenlendiğine ve başvurulara bu Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmekle birlikte, “*Gümrük Kanunu'nda, idareye intikal eden itirazların otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edileceği belirtilmiş ise de; İdarece verilen cevabın kesin olmaması durumunda izlenecek usule dair, anılan Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 2577 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan, (...) hükmünün uygulanması (...)*”²⁹ gerektiğine karar vermiştir. Danıştay'ın hukuka uygun bu yorumunu somut uyuşmazlık için de benimsemesi ve ilgili boşluğu İYUK hükümleri ile doldurması beklenirdi.

Diğer taraftan, eğer başvuru üzerine dava açılabilmesi için idarenin açıkça ret veya kısmi ret kararının beklenilmesi gerektiği düşünülse idi aynı madde içerisinde İYUK'un 10'uncu maddesinin zımnı reddi düzenleyen 2'nci fıkrasının uygulanmayacağı yönünde açık bir düzenleme yer alabilirdi. Nitekim OHAL Komisyonunun oluşturulması ve çalışma usul ve esaslarının düzenlendiği 685 sayılı KHK'nın komisyona başvurularda usul ve süreye ilişkin 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında bu yöntem tercih edilmiş³⁰ ve İYUK'un 10'uncu maddesinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu değerlendirmeler neticesinde sonuç itibarıyla Danıştay'ın uyuşmazlığa ilişkin mevcut yorumu hukuka aykırı ve hatalıdır.

B. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

İdarenin ne zaman cevap vereceğine ilişkin herhangi bir veri mevcut olmadığı ve Danıştay İYUK hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanamayacağına karar verdiği için ilgilinin ne zaman dava açabileceği meçhuldür. Dolayısıyla bu yönüyle ilgili düzenleme hem Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı kapsamında hem de herkesin yetkili makamlara geciktirilmeksizin başvurma imkânının sağlanmasını güvence altına alan, diğer bir ifadeyle etkili başvuru hakkını düzenleyen Anayasa'nın 40'inci maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Adil yargılanma hakkı ve bunun bir unsuru olarak kabul edilen mahkemeye erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı³¹ ve Anayasa'nın 36'ncı maddesinde³² düzenlenmiştir. AYM'ye göre 36'ncı madde, 125'inci madde ile birlikte düşünüldüğünde, “... bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer

²⁹ D7.D, 17.2.2017, E. 2016/4285, K. 2017/1036, (Kazancı).

³⁰ “Bu Kanun Hükmünde Karamame kapsamında yapılan başvurular hakkında 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.”

³¹ “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.(...)”

³² “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan, davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle, dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak...³³ mümkün değildir. AİHM, Mesutoğlu-Türkiye³⁴ kararında özetle, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlamalara tâbi olabileceği, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini ifade etmektedir. AİHM bir başka kararında, iç hukuktaki başvuru yollarına erişimi engelleyen bir kanunun bulunmaması 6. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki gerekliliklerin yerine getirilmesi bakımından her zaman yeterli olmayabileceğini ve hukuk devleti ilkesinin demokratik toplumdaki işlevi göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucu tarafından temin edilen erişimin derecesinin aynı zamanda bireylerin mahkeme hakkının güvenceye bağlanması bakımından yeterli olması gerektiğini belirtmiştir³⁵. Danıştay'a göre de adil yargılanma hakkı ve bu hakkın bir unsuru olarak kabul edilen mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilebilmesi öncelikle ilgililerin dava açabilme hakkına sahip olabilmesi ile mümkün olabilecektir³⁶.

Somut uyuşmazlıkla benzerlik arz eden bir olayda Bölge İdare Mahkemesi, verilen disiplin cezasına karşı itiraz eden ve zımni ret süresi geçtikten sonra dava açan memurla ilgili olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135'inci maddesi³⁷ uyarınca, "... yedi günlük süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesinleşeceği..." ve "İtiraz edilen disiplin cezalarının ise ancak itiraz mercilerinin bu konuda verecekleri karar üzerine kesinleşeceği...", bu sebeple "... dava konusu disiplin cezasına yapılan itiraz hakkında henüz bir karar verilmediği, bu sebeple ortada kesinleşmiş bir disiplin cezasının bulunmadığı(na)..."³⁸ karar vermiştir. Yapılan bireysel başvuru üzerine konuyla ilgili AYM, "657 sayılı Kanun'un 135. maddesi ile disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazın süresi bakımından özel bir düzenleme getirilmiş, yapılan itirazların itiraz mercileri

³³ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/8896, 23.02.2016, §33.

³⁴ AİHM, Mesutoğlu-Türkiye Kararı, Başvuru No: 36533/04, 14.10.2008.

³⁵ AİHM, Bellet-Fransa Kararı, Başvuru No: 23805/94, 04.12.1995.

³⁶ D4.D, 26.2.2020, E. 2016/18387, K. 2020/1037, (Kazancı).

³⁷ 657 sayılı Kanun'un "İtiraz" kenar başlıklı 135'inci maddesi: "(1) Disiplin amirleri tarafından verilen uyarı, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. (2) İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. (3) İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır. (4) İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. (5) Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir"

³⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/12262, 03.12.2020, §13.

tarafından otuz gün içinde sonuçlandırılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Söz konusu maddede, bu kurala uyulmaması hâlinde disiplin cezası işleminin uygulanıp uygulanmayacağına, kesinlik kazanıp kazanmayacağına ve ilgililerin dava açmak için ne kadar süre beklemek zorunda olduklarına dair hüküm getirilmediği gibi dava açma haklarını kısıtlayıcı herhangi bir hükme de yer verilmemiştir. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde idari bir işleme ilgililerce yapılacak itirazların altmış gün içinde cevaplandırılmaması hâlinde reddedilmiş sayılacağı hükmü yer almakta olup hükmün amacı idarenin cevap vermeyerek ya da işlem tesis etmeyerek belirsiz bir sürede ve bazen keyfiliğe varacak şekilde tek taraflı iradesi ile dava açma hakkının kısıtlanmasının önüne geçmektir. İstinaf mahkemesinin somut davada iptali istenen idari işlemin kesinlik niteliğini taşıyıp taşımadığının, dolayısıyla davaya konu edilebilirliğinin değerlendirilmesiyle ve 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen usul kurallarının uygulanmasıyla ilgili bu şekilci yorumunun başvuru hukuksal durumunu etkileyen idari işlemden doğan uyumsuzluğu mahkeme önüne taşımamasını engellediği, bu durumun başvurucuya ağır bir külfet yüklediği...” değerlendirmesini yaparak ilgilinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkemeye erişim hakkına ilişkin yukarıda yer verilen içtihatlar ışığında çalışmanın konusunu oluşturan ve özetle zımni ret müessesinin uygulanamayacağına ilişkin Danıştay kararı değerlendirildiğinde, açık ret cevabının ne zaman geleceği net olmadığı için söz konusu düzenleme dava hakkını sınırlandırmanın ötesinde engellemektedir. İlgilinin bir taraftan yapılan kanuni düzenleme ile hakkının telafisi için doğrudan dava açma hakkı elinden alınmakta diğer taraftan dava açabilmek için yaptığı başvurunun sonucu Danıştay'ın bu kararı nedeniyle öngörülemeyen bir tarihe ötelenmektedir. Başka bir deyişle hem süreyi belirtmemekte hem zımni redde müsaade etmemekte hem de açıkça reddedilmemesi halinde izlenecek yolu ifade etmemektedir. Dolayısıyla bu kararın mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı olduğu açıktır.

C. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Etkili başvuru hakkı AİHS'in 13'üncü³⁹ ve Anayasa'nın 40'ıncı⁴⁰ maddesinde düzenlenmiştir. Hem AİHS hem de Anayasa'daki hüküm incelendiğinde, etkili başvuru hakkının norm alanına; sadece bağımsız ve tarafsız niteliği haiz mahkemelerin değil; bunun yanı sıra idari makamların da dâhil olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla idari bir makama yapılan başvurunun etkililik niteliğini haiz olmaması da ilgili hakkın ihlali anlamına gelecektir. Nitekim AYM bir

³⁹ “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

⁴⁰ Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 1'inci fıkrası: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

kararında⁴¹ hem idari hem de yargısal başvuru yollarının etkili başvuru hakkı kapsamına dâhil olduğunu ifade etmektedir. Yine AYM'ye göre, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiaların, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için hangi temel hak ve özgürlük konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir⁴².

AİHM'e göre etkili başvuru hakkından bahsedebilmek için, iç hukuktaki düzenlemelerin başvuruculara asgari güvenceleri içerecek şekilde yeterli bir hukuk yolu sunması gerekmektedir⁴³. Dolayısıyla etkili başvuru hakkı idari makamlara yapılan başvurularda da ihlal edilebilen, bir başka temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak değerlendirilebilen ve yapılan düzenlemelerde ilgiliye hakkının telafisi için asgari güvenceler sunulmasını talep edebilme yetkisini tanıyan bir haktır.

Söz konusu 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararı bu çerçevede değerlendirildiğinde; yapılan düzenlemede idari başvurunun ne zaman yanıtlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu boşluktan kaynaklanacak külfetin başvuru üzerine bırakılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde AİHM'in ifadesiyle hukuki yol öngören düzenleme ilgiliye asgari güvenceleri sağlamamaktadır. Çünkü ilgilinin dava açabilmesi için öngörülen idari başvuruya ne zaman yanıt verileceği meçhuldür.

AYM'nin ifadesinden yola çıkılarak, ilgili düzenleme ve Danıştay'ın kararı sonucu; ilgilinin mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş ve bunun sonucu olarak etkili başvuru hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır. Çünkü Danıştay 675 sayılı KHK'nın ilgili maddesindeki boşluğun İYUK'un ilgili hükmü ile doldurulmasını kabul etmemiş ve ilgilinin dava hakkını bu yorum ile bilinmez bir geleceğe ötelemiştir. Sonuç itibarıyla ilgilinin etkili başvuru hakkı da mahkemeye erişim hakkıyla bağlantısı nedeniyle ihlal edilen haklar arasındadır.

SONUÇ

675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, açılacak dava öncesi ilgili idareye başvuru şartının getirilmesi ve yapılan başvuruya idarenin vereceği cevap üzerine dava açılabilmesinin düzenlenmesi; ayrıca konuya ilişkin başvurunun İYUK hükümleri uyarınca zimnen reddedildiği iddiasıyla açılan davanın Danıştay tarafından reddedilmesi, birçok yönden sorunludur.

⁴¹ "Etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya devam etmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânının sağlanmasını teminat altına almaktadır." AYM, 19.02.2020, E. 2018/91, K. 2020/10.

⁴² AYM Kararı, Başvuru No: 2012/1049, 26.03.2013, §33.

⁴³ AİHM, Dimitrov-Kazakov - Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 11379/03, 10.05.2011.

Öncelikle 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan ve idari başvuruyu düzenleyen hüküm özel kanun niteliğini haizdir. Diğer taraftan İYUK, idari usul ve yargılama hukuku anlamında genel kanun niteliğindedir. Bu kapsamda 675 sayılı KHK'nın 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan düzenlemede, idarenin yapılan başvuruya vereceği yanıtla ilişkin bir süre hükmü öngörmemesinin hukuken karşılığı, başvurucunun belirsiz bir süre beklemek zorunda kalması değil İYUK'un ilgili hükümlerinin uyuşmazlığa doğrudan uygulamaktır. Zira, kural olarak bir konunun hem genel hem de özel kanunla düzenlenmesi halinde, uyuşmazlık durumunda özel kanun hükümlerinin uygulanacağı genel hukuk kuralıdır. Nitekim çalışmada yer verildiği üzere Danıştay'ın içtihadı da bu yöndedir. Dolayısıyla Danıştay'ın 5'inci Dairesi'nin vermiş olduğu bu karar hukuk devleti ilkesinin unsurlarından olan belirlilik ilkesine aykırıdır. Çünkü ilgilinin dava hakkı belirsiz bir tarihe ötelenmektedir.

Danıştay'ın bu kararı ilgilinin mahkemeye erişim hakkının engellenmesi anlamına da gelmektedir. İlgili yaptığı başvurunun idare tarafından açıkça yanıtlanmasını beklemeye zorlanmaktadır. Aynı şekilde yapılan kanuni düzenleme, ilgilinin hakkını tazmin etmesi anlamında asgari güvenceyi barındırmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine de neden olmaktadır. Bu doğrultuda Danıştay'ın mahkemeye erişim hakkını kolaylaştırmak adına ilgili hüküm boşluğunu İYUK hükümleriyle doldurulması içtihadını burada da benimsemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- Can, Osman. “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”. *EBYÜHFD*, 9, S. 1-2 (2005): 89-125.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Gülçür, Abdulkadir. “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”. *MÜHFHAD*, 24, S. 1 (2018): 149-175.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Öztürk, K. Burak. *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*. Beta Yayıncılık, 2010.

TOPLUMSAL ÇATIŞMALAR VE TOPLUMSAL ÇATIŞMALARDA HUKUKUN ROLÜ HAKKINDA İKİ FARKLI YAKLAŞIM^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ^(**)

Öz

Toplum ve siyaset kuramı alanlarında toplumsal çatışmalar hakkında ortaya koyulmuş olan görüşler temelde ikiye ayrılır. Bir kanatta toplumsal çatışmayı istenmeyen, önlenmesi gereken, önlenemediği durumlarda da her türlü araçla bastırılması gereken bir olgu olarak gören uyum kuramları vardır. Platon ve Hobbes ilkesel ve yönetsel farklılıklarına karşın uyum kuramlarının kurucu önergelerini ortaya koymakta ortaklaşırlar. Platon'a göre uyumun temelinde evrenin ussal düzeni yer almaktadır. Evrenin düzenine koşut bir biçimde insan toplumlarında da kusursuz uyum ve düzenin sağlanması gerekir. Bunu gerçekleştirmenin yolu, toplumsal düzenin evrenin insanlara farklı biçimlerde dağıttığı yeteneklere uygun olacak şekilde kurulmasıdır. Bu yolu izleyerek Platon yöneticiler, savaşçılar ve üreticilerden oluşan üç sınıflı toplum önerisini ortaya koyar. Hobbes ise doğada bir düzenin olmadığını, bilakis, doğal durumun çatışma durumu olduğunu iddia eder. İnsanlar çatışmayı sonlandırabilmek için bir sözleşme yaparak toplumu ve siyasi iktidarı meydana getirirler. Bu bakımdan iktidarın görevi, yasalar oluşturup bunları yaptırımlarla destekleyerek toplumsal çatışmaları önlemek ve bir kez ortaya çıktıklarında her tür aracı kullanarak bastırmaktır. Uyum kuramlarında hukuka toplumsal çatışmaları önleyerek ve bastırarak çatışmasız toplumu kurma ve koruma rolü biçilmiştir. Diğer kanatta ise çatışmayı tıpkı uyum gibi olağan bir toplumsal olgu olarak kabul eden çatışma kuramları yer alır. Çatışma kuramlarına göre toplumsal çatışma tümüyle önlenemez, bilakis, çatışma tümüyle bastırılabilir de değildir. Çatışmasız toplum tasarısı gerçekçi bir tasarı olamaz. Çatışmasız toplum olanaklı olmadığı gibi istenilir bir şey de değildir. Çünkü toplumsal çatışmaların toplumsal açıdan olumsuz olduğu gibi olumlu işlevleri de vardır. Yapılması gereken, çatışmaları, olumlu işlevlerini gerçekleştirmelerini kolaylaştıracak ve zararlı etkilerini azaltacak şekilde düzenlemektir. Nitekim çatışma kuramlarında hukuka biçilen rol de budur. Hukuk çatışmaları mecralandırarak, bir yandan çatışmaların şiddetini ve yoğunluğunu azaltırken diğer yandan çatışmanın olumlu toplumsal işlevlerinin gerçekleşmesini kolaylaştırır.

Anahtar Kelimeler

Toplumsal Çatışma, Uyum Kuramları, Çatışma Kuramları, Toplumsal Çatışmanın İşlevleri, Kurumsallaşmış Çatışma.

SOCIAL CONFLICTS AND THE LAW'S ROLE REGARDING SOCIAL CONFLICTS: TWO DIFFERENT APPROACHES

Abstract

Opinions about social conflicts in social and political theory falls in two categories. On the one hand, there are cohesion theories that conceive social conflict as an unwanted phenomenon. Plato and Hobbes, despite their differences in principle and method, put forward the founding propositions of cohesion theories. According to Plato, perfect harmony and order must be ensured in human societies. The way to do this is to establish the social order in such a way as to match the abilities that the nature has distributed to people in different ways. Following this

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 29.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 08.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1168145.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Antalya-Türkiye.
E-posta: kararmazadam@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8395-0869>.



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

path, Plato proposes a three-class society consisting of rulers, warriors and producers. Hobbes, on the other hand, claims that there is no order in nature, on the contrary, the natural state is a state of conflict. People create society and political power by making a contract to end the conflict. In this respect, the duty of the government is to prevent social conflicts by creating laws and supporting them with sanctions, and to suppress them by all means once they arise. Cohesion theories has determined the role of law as establishing and protecting a conflict-free society. On the other hand, there are conflict theories that accept conflict as a normal social phenomenon as cohesion. According to conflict theories, social conflict is neither completely preventable nor completely suppressible. A conflict-free society is neither possible nor desirable. Because social conflicts have positive functions as well as negative ones. What needs to be done is to institutionalise conflicts in a way that facilitates their positive functions and minimizes their harmful effects. This is the role assigned to the law in conflict theories. By mediating them, the law reduces the violence and intensity of conflicts, while facilitating the realization of their positive social functions.

Keywords

Social Conflict, Cohesion Theories, Conflict Theories, Functions of Social Conflict, Institutionalised Conflict.

Extended Abstract

Social conflict is generally defined as the collective behaviour of at least two communities, aimed at destroying, compelling, hindering, injuring, or controlling the other party. When we look at the conflict literature, we see that social conflicts, under such a broad definition, can be seen in many different types: conflicts of interest, conflicts of value, ideological conflicts, destructive conflicts, intra-order/extra-order conflicts, etc.

Opinions about social conflicts in social and political theory falls in two categories. On the one hand, there are cohesion theories that conceive social conflict as an unwanted phenomenon, which must be prevented, and if it cannot, it must be suppressed by all means. Plato and Hobbes, despite their differences in principle and method, put forward the founding propositions of cohesion theories. According to Plato, the basis of cohesion is the rational order of the universe. In parallel with the order of the universe, perfect harmony and order must be ensured in human societies. The way to do this is to establish the social order in such a way as to match the abilities that the universe has distributed to people in different ways. Following this path, Plato proposes a three-class society consisting of rulers, warriors and producers. Hobbes, on the other hand, claims that there is no order in nature, on the contrary, the natural state is a state of conflict. People create society and political power by making a contract to end the conflict. In this respect, the duty of the government is to prevent social conflicts by creating laws and supporting them with sanctions, and to suppress them by all means once they arise. Cohesion theories see society as a static bit. For society to survive, there must be good harmony and consensus among its elements, and each element must fulfil a social function. Adaptation theories see law and power as monolithic entities above and separate from society. In this case, the common and main function of law and power is determined as the prevention, suppression, and elimination of conflict, which should not exist.

On the other hand, there are conflict theories that accept conflict as a normal social phenomenon as cohesion. According to conflict theories, every society is in a state of constant change and social conflicts can be both the source and the product of these changes. In this respect, social conflict is neither completely preventable nor completely suppressible. The project of a conflict-free society cannot be a realistic one. A conflict-free society is neither possible nor desirable. Because social conflicts do not only have negative functions. Social conflicts also have positive functions such as establishing community ties, shaping the internal structure of communities, protecting existing community ties, triggering social progress, establishing the power balance of the society, and providing stability. However, for these positive functions to be realized and to reduce the negative effects of the conflict, the conflicts must be institutionalized. What needs to be done is to organize conflicts in a way that facilitates their positive functions and minimizes their harmful effects. This is the role assigned to the law in conflict theories. By mediating conflicts, the law reduces the intensity and violence of conflicts, while facilitating the realization of positive social functions. Thus, in the eyes of the parties, the conflict may cease to be an end in itself and turn into a mere instrument. As long as the law presents itself as an efficient conflict resolution instrument, the need for the parties to resort to other instruments will decrease. Law, as well as in many other areas, provides predictability in social conflicts. The more institutionalized a conflict is, the more predictable, stable, and functional it is. Many different legal methods and techniques can be used to institutionalize conflicts. Legislative processes, representative bodies, mediation, adjudication, and enforcement are the main methods. Each method can be efficient at different levels, depending on the specific characteristics of the conflict in question.

GİRİŞ

Toplumsal çatışma değer yüklü bir kavram ve bu yaygınlıkla olumsuz bir değer. Sokratiklerden Stoacılar, Ortaçağ'ın tanrıbilimci ve felsefecilerinden Yeniçağ'ın toplum sözleşmecileri ve hatta toplum kuramcılarına kadar birçok okul ve düşünür çatışmayı *olmaması gereken* bir durum olarak görür. Olması gereken uyum ve uzlaşdır. Toplumsal çatışma önlenmesi, bastırılması ya da giderilmesi gereken salt zararlı bir şeydir. Bu düşünürlere genel olarak uyum kuramcıları diyeceğim.

Uyum kuramcılarının özellikle Antikçağ ve Ortaçağ'daki temsilcileri için uzlaş ve uyum evrenin ve dolayısıyla insan toplumlarının olağan ve doğal halidir. Uyum, evrenin ussal veya tanrısal düzeninin insana ve insan toplumlarına yansımalarıdır. Dolayısıyla çatışma doğaya, akla veya tanrısal tasarıya aykırı bir durumdur. Bir yozlaşma belirtisidir. Bu yaklaşımı Platon'un görüşleri üzerinden ortaya koyacağım. Kimi uyum kuramcıları içinse, tam aksine çatışma doğal durumdur. Çatışmanın doğal durum olması, uyumun sağlanması için yapay önlemlerin alınmasını gerektirir: Toplum sözleşmesi gibi. Uyum kuramcılarının bu kanadını da Hobbes'un görüşleri üzerinden ortaya koyacağım.

Kökleri Sofistlere kadar götürülebilecek olmakla birlikte burada modern temsilcileri üzerinden ele alınacak bir başka yaklaşımda ise çatışma konusu değer yargılarında bulunmadan ele alınmaya çalışılır. Bu yaklaşıma göre her toplum uyum ve çatışmanın farklı ağırlıklarla bir arada bulunduğu bir birlikteliktir. Burada, çatışma toplumsal yaşamın olağan bir parçası olarak kabul edilir. Hatta toplumlar bizzatıhi çeşitli çatışma eksenleri üzerine kuruludur. Uyum bu eksenlerdeki belirli bir zamandaki dengeyi ifade eder. Ayrıca çatışma salt zararlı bir durum da değildir. Çatışmanın olumlu toplumsal işlevleri bulunur. Bu yaklaşımı savunan düşünürlere, genellikle söylendiği üzere, çatışma kuramcıları diyeceğim.

Çatışma kuramları, Türkçe yazında pek az yer bulabilmiş. Çatışma kuramcılarının bu konudaki temel eserleri de henüz Türkçeye çevrilmedi. Platon ve Hobbes gibi uyum kuramcılarının yapıtlarına ise Türkçe ulaşmak olanaklı. Bu nedenle bu makalede uyum kuramlarından daha çok çatışma kuramlarına ilişkin genel bilgiler vermeyi gerekli görüyorum. Dolayısıyla makalede çatışma kuramları daha geniş bir yer tutacak. Çatışma kuramları bağlamında farklı yazarlara da atıfta bulunmakla birlikte odağımda Simmel, Coser ve Dahrendorf'un görüşleri yer alacak.¹

¹ Çatışma ve hukuk konulu bir makalede Marx'a yer verilmemiş olması okurun dikkatini çekecektir. Bu tercihin iki sebebi var. Birincisi Marx'ın kuramının Janus gibi iki yönlü olması. Marx bir yandan toplumu (hatta tarihi) çatışma eksenine oturtması nedeniyle buradaki ayırım bakımından bir çatışma kuramcısıdır. Diğer yandan o tarihin sonuna bir hedef olarak komünist toplumu, yani çatışmasız toplumu yerleştirir. Ona göre olması gereken çatışmasızlıktır. Bu bakımdan o bir uyum kuramcısıdır. Salt bu iki yönlülük iddiası başlı başına bir makale konusu olmayı hak eder. Bu da bizi Marx'a yer verilmemesinin ikinci sebebine götürüyor: Doğrudan Marx hakkında olmayan bir

Bu makaleyle, toplum kuramı alanından öte hukuk kuramı alanına alçak-gönüllü bir katkıda bulunmayı amaçlıyorum. Bu bakımdan çatışma konusu hakkındaki eski ve modern kuramsal iddiaları tüm ayrıntılarıyla ve tüm öncülleriyle serimlemek ya da modern çatışma kuramlarının tüm inceliklerini ortaya koymak niyetinde değilim. Burada asıl konu toplumsal çatışmanın tanımı, kaynağı ve sonuçları hakkında birbiriyle oldukça karşıt görüşler içeren bu iki yaklaşımda hukuka verilen yer ve biçilen işlev bakımından ne gibi farklılıkların bulunduğu.

Uyum kuramlarında hukuk ve genel olarak siyasi iktidar yekpare bir varlık olarak kabul ediliyor. Bu varlık, aynı zamanda toplumdan ve dolayısıyla toplumsal çatışmalardan bağımsız ya da bunların üzerinde -yansız ve bağlantısız- bir konuma yerleştiriliyor. Bu durumda hukukun ve iktidarın ortak ve ana işlevi, *olmaması gereken* bir durum olan çatışmanın önlenmesi, bastırılması ve giderilmesi olarak belirleniyor. Çatışma kuramlarında ise hukuk ve iktidar toplumsal çatışmaların bir ürünü, hülasası ya da endeksi olarak betimleniyor. Çatışmaların olumsuz etkilerinden çok toplumsal işlevleri vurgulanıyor. Bunlara göre toplum uyumun ve çatışmanın değişken dengesi üzerinde işliyor. Bu kuramlarda hukuka ve dolayısıyla iktidara biçilen rol, toplumsal çatışmaları mecralandırmak ve böylece çatışmaların toplum için önemli olan işlevlerini topluma zarar vermeden sürdürmesini sağlamak. Diğer bir deyişle uyum kuramlarında hukuktan çatışmaları tümüyle ortadan kaldırması beklenirken, çatışma kuramlarında ise, tıpkı bir nehri ıslah eder gibi, ıslah etmesi bekleniyor.

Buraya kadar dile getirilen iddiaların serimlenmesi ve temellendirilmesinden başka bir şey içermeyen bu makale üç ana bölümden oluşuyor. Birinci bölümde çatışma olgusunun kavramsal çerçevesi ortaya koyuluyor. Burada “çatışma nedir ve ne tür çatışmalar vardır” sorusunu kısaca yanıtladıktan sonra ikinci bölümde uyum kuramlarının ve çatışma kuramlarının çatışmayı ele alış biçimindeki farklılıklar serimleniyor. Bir yanda çatışmanın zararlarını vurgulayan Platon ve Hobbes’u diğer yanda çatışmanın işlevlerini öne çıkaran Simmel, Coser ve Dahrendorf’u görüyoruz. Üçüncü ve son bölümde ise iki karşıt toplumsal çatışma yaklaşımında hukuka biçilen roldeki farklılıklar ele alınıyor.

I. TOPLUMSAL ÇATIŞMA KAVRAMI VE OLGUSU

A. TOPLUMSAL ÇATIŞMA NEDİR?

Çatışma birçok araştırma alanının paylaştığı bir terim. Siyaset biliminden etiğe, ruhbilimden toplumbilimine birçok farklı alanda çatışma terimi farklı anlamlarda kullanılabilir. Terimin işleminin esnekliği kaplamının aşırı genişle-

makalede Marx’a yer vermek o makaleyi doğrudan Marx hakkında bir makaleye dönüştürmeyi zorunlu kılar. Çünkü Marx hakkında iddialarda bulunmak o muazzam Marksist yazının tamamıyla hesaplaşmayı gerektirir. Böyle bir hesaplaşmayı bu makalenin iddiasını temellendirmek bakımından zorunlu görmüyorum.

mesine yol açabiliyor. Söz gelimi birçok ulusun ölümüne karşı karşıya geldiği bir savaş da, bir çocuğun dondurma tezgâhındaki çeşit çeşit dondurma karşısında yaşadığı kararsızlık da birer çatışma. Yine, çatışma ve çatışmasızlık durumları arasındaki sınır da kesin bir çizgiden çok bir belirsizlik bölgesine benziyor.²

Bu çalışmada çatışma kavramını öncelikle “toplumsal” nitelemesiyle sınırlandırıyorum. “Toplumsal” sıfatına içkin birçok belirsizliğe karşın bu sınırlama başlangıç için oldukça iş görür nitelikte. Bireylerin yaşadığı kararsızlıkları, bireysel çatışmaları ve uluslararası düzeydeki çatışmaları dışarıda bırakıyor. Ancak toplumsal çatışma kavramı da hala titizlikle tanımlanmaya muhtaç.

Çatışma kuramları içerisinde, toplumsal çatışmayı tanımlaya yönelik birçok girişimde bulunulduğu görülüyor. Öncelikle toplumsal çatışma demekle, toplumdaki topluluklar arasındaki çatışmaların kastedildiği görülüyor. Topluluk, aynı toplum içerisinde yer almakla birlikte aralarında birçok farklılık bulunan kümelennmeleri ifade ediyor. Bu farklılıklar kimlik farklılıkları, ideolojik ya da kültürel farklılıklar, inanç, çıkar veya sınıf farklılıkları olarak karşımıza çıkabiliyor.³ Çatışma da bu farklılıklar arasındaki “uyuşmazlık, uzlaşmazlık, anlaşmazlık, zıtlaşma ve ters düşme”⁴ olarak tanımlanabiliyor. Bu tanımda özellikle vurgulanan uyumsuzluktur.

Bazı tanımlarda ise uyuşmazlık ve ters düşme gibi uyumsuzluk durumlarının başlı başına toplumsal çatışma oluşturmadığı dile getiriliyor. Buna göre çatışmanın söz konusu olabilmesi için uyumsuz topluluklar arasında bir ilişkinin bulunması gerekiyor.⁵ Bu ilişki bir bağlılık ilişkisi olabileceği gibi bir yoksunluk ilişkisi de olabilir. Bir topluluğun istediği bir şeye ulaşması bir diğer topluluğun olumlu eylemine bağlıysa bu topluluklar arasında bir bağlılık ilişkisi vardır. Bir topluluğun istediği bir şeye ulaşması diğer bir topluluğu bundan yoksun bırakmasına bağlıysa burada bir yoksunluk ilişkisi söz konusudur. Yoksunluk sadece kıt maddi kaynaklara erişimle ilgili değildir. Bir topluluk kendi ayrıcalıklı konumunu korumak amacıyla başka bir topluluğu bir haktan yoksun bıraktığında da böyle bir ilişki söz konusudur. Efendilerle köleler, erkeklerle kadınlar, siyahlarla beyazlar arasındaki çatışma böyle bir ilişki üzerine kuruludur.

Bağlılık ilişkisi - yoksunluk ilişkisi ayrımı her ne kadar işlevsel olsa da bu kavramların betimsel tipler teşkil ettiğini unutmamak gerekir. Her çatışma ilişkisi

² Raymond W. Mack, ve Richard C. Snyder, “The analysis of social conflict - toward an overview and synthesis”, *Journal of Conflict Resolution*, 1/2 (1957), 212.

³ İnan Akdağ, “Çatışma Teorisi Bağlamında Tarihsel-Toplumsal Çatışmanın Değişen Biçimleri Üzerine Bir İnceleme”, *OPUS*, 15/10 (Haziran 2020), 5238.

⁴ Mustafa Sarıış, “Kur’an’da Toplumsal Çatışma”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2006, 7.

⁵ Carsten K. W. De Dreu, “Social Conflict: The Emergence and Consequences of Struggle and Negotiation”, *Handbook of Social Psychology*, der. Susan T. Fiske vd., (New Jersey: Wiley, 2010), 985.

bağlılık ve yoksunluğun belirli oranlarda birlikteliğiyle şekillenir.⁶ Toplulukların uyumsuzluklarının çatışmaya dönüşebilmesi, aralarında bu tür ilişkilerin bulunmasına bağlıdır. Ralf Dahrendorf'un deyiimiyle "Fransız ev hanımları ile Şilili satranç oyuncuları arasında"⁷ bir çatışma olamaz. Keza Almanya'da örgütlenmiş Maocu bir örgütle Van'da örgütlenmiş bir selevi cemaat arasında her ne kadar ideolojik uyumsuzluk bulunsa da kural olarak toplumsal çatışma bulunmaz. Çünkü bu topluluklar arasında bağlılık veya yoksunluk ilişkisi bulunmamaktadır.

Toplumsal çatışma tanımlarında vurgulanan bir diğer öge de bilinç ögesi. Çatışmadan söz edebilmek için topluluklar arasında uyumsuzluk bulunmalı, bu topluluklar ilişki içerisinde olmalı ve bunlara ek olarak bunlarda yer alan bireyler hem bir toplulukta yer aldıklarının hem de söz konusu uyumsuzluğun bilincinde olmalıdır. Zira çatışma iki veya daha fazla topluluktan birbirine yönelen amaçlı eylemleri gerektirir. Dolayısıyla çatışmadan söz edebilmek için mutlaka bilfiil mücadele durumunun ortaya çıkmış olması gerekir. Olası eylemler veya öznel içsel durumlar çatışma oluşturmaz. Çatışma davranışlarla ilgilidir.⁸

Bilinç ögesi bakımından önemli bir nokta da meşrulukla ilgili. Topluluklarda yer alan kişiler, bilincinde oldukları uyumsuzlukları meşru görüyorsa çatışma hiç ortaya çıkmayabilir. Hint kast düzeninde kastlar arasında çatışmanın çok ender görülmüş olması buna örnek gösterilir.⁹ Bu düzende yukarıdakiler de aşağıdakiler de konumlarını ve bu konumlar arasındaki farklılıkları meşru görmekteydi. Çatışmanın olabilmesi için topluluklar arasında farklılıklar bulunmalı ve bu farklılıklar aşağıdaki topluluğun üyelerince birer haksızlık olarak görülmelidir. Haksızlık, düşmanca duygulara yol açmalı ve elbette bu duygular davranışlarla dışa vurulmalıdır.

Bu açıklamalara uygun olacak biçimde, çatışmanın "değer, güç, statü ve kaynaklar üzerinde hak iddia etmek ve ele geçirmek için rakipleri yok etme ya da kabilesel, etnik, dilsel, kültürel, dinsel, sosyo-ekonomik, siyasal vb. sıfatlar yüklenmiş grupların uyuşmaz amaçlar üzerinden birbirleri ile mücadelesi"¹⁰ şeklinde tanımlanabildiğini görüyoruz. Topluluklar arasındaki uyumsuzluklar, bu topluluklardan en az biri mücadele için harekete geçmediği sürece henüz çatışma değildir. Çatışma uyumsuzluğu, bu uyumsuzluğun bilincinde olmayı ve bu bilinçle harekete geçmeyi gerektirir. Bu bakımdan çatışma, bilinç ve uygulamanın birlikte yer aldığı bir olgu olarak betimlenir.¹¹

⁶ De Dreu, 985.

⁷ Ralf Dahrendorf, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, (Kaliforniya: Stanford University Press, 1959) 164.

⁸ Anthony Oberschall, "Theories of Social Conflict", *Annual Review of Sociology*, 4 (1978), 291.

⁹ Lewis A. Coser, *The Functions of Social Conflict*, (New York: Routledge, 2011), 37.

¹⁰ Yakup Şahin, "Çatışma Kuramları ve Kimlik Temelli Çatışmalar; Teorik Bir Giriş", *Bariş Araştırmaları ve Çatışma Çözümleri Dergisi*, 1/1 (2013), 33.

¹¹ Akdağ, 5233.

Çatışma yazınındaki tanımların her birinde farklı bir ögenin vurgulandığı görü- lüyor. Bu makalede işlevselleştirilmiş bir toplumsal çatışma tanımına ihtiyacım yok. Çünkü burada toplumsal çatışma kuramlarına ilişkin genel bir görüş ortaya koymaya çalışıyorum. Bu bakımdan kendi tanımımı ortaya koymak yerine diğer tanımlarda öne çıkarılan ve yukarıda ele aldığım unsurları belirtmeyi daha uygun görüyorum:

- i. Taraflar: Çatışma olabilmesi için çatışacak en az iki tarafın bulunması gere- kiyor.
- ii. Uyumsuzluk: En geniş anlamda tarafların birlikte gerçekleştirilmesi olanak- sız isteklere sahip olması gerekiyor. Bu istekler ekonomik çıkarlarla, değer- lerle, kimliklerle vs. ilgili olabilir.
- iii. İlişki: Tarafları birbirine bağlayan ve çatışmayı kaçınılmaz kılan bir ortak bağlam bulunmalı.
- iv. Çatışma bilinci: Çatışan topluluklarda yer alan kişilerin söz konusu toplulu- ğun üyesi olduklarının ve karşı tarafla çatışma içerisinde olduklarının bilin- cinde olması gerekiyor.
- v. Davranış: Karşı tarafı yok etmeye, zora sokmaya, engellemeye, yaralamaya veya denetim altına almaya yönelik fiili davranışlar gerçekleşiyor olmalı.

B. TOPLUMSAL ÇATIŞMA TÜRLERİ

Toplumsal çatışmanın temel tanımsal öğelerinden birinin uyumsuz istekler olduğunu gördük. Bu durum “çatışma türleri nelerdir” sorusunu oldukça zorlu bir soru kılıyor. Zira insan istekleri kaç türlü ise toplumsal çatışmaların da o kadar türlü olacağı pekâlâ söylenebilir. Ama bu tür sorular ne kadar zorlu olsa da bu durum toplumbilimini ve toplumbilimcileri yıldırılmaz. Toplumbilimi ele avuca gelmez ve akışkan olan toplumsal gerçekliği anlaşılır ve üzerinde konuşulur kıl- mak için çabalamaya devam eder.

1. Topluluk Türüne Göre Sınıflandırma

Çatışma kuramları yazınında toplumsal çatışmaların sınıflandırılmasında kullanılmak üzere birçok ölçüt ve bu ölçütlere göre yapılmış birçok sınıflandırma yer almaktadır. Bunların en kapsamlılarından biri çatışan toplulukların özelliği ölçütü temel alınarak yapılmıştır. Burada önce topluluklar sınıflandırılır ve sonra bu sınıflandırmaya denk düşecek biçimde çatışmalar sınıflandırılır.

Fink’in hazırladığı dizelgede otuza yakın topluluk türü yer alır: Devletler, uluslar, ırklar, kastlar, sınıflar, tarikatlar, aileler, dini gruplar, mezhepler, siyasi gruplar, ekonomik gruplar, meslek grupları, budunlar, ideolojik gruplar, bölgesel gruplar... Bunların yanı sıra etik, sanatsal, felsefi ve bilimsel gruplar... Cinsiyetler, cinsel yönelimler, yaş kuşakları, hemşeri grupları...¹²

¹² Clinton F. Fink: “Some Conceptual Difficulties in the Theory of Social Conflict”, *Journal of Conflict Resolution*, 12/4 (1968), 417.

Bu sınıflandırma yönteminde kaç tür topluluk varsa o kadar tür toplumsal çatışma olduğu öne sürülür. Sözelimi devletlerarası çatışmalar, ırk çatışmaları, sınıf çatışmaları, aileler arası çatışmalar, dinsel çatışmalar, mezhep çatışmaları, siyasi çatışmalar, ideolojik çatışmalar, cinsel çatışmalar...

Her ne kadar kapsayıcı görünse de bu dizelge ne topluluk türlerini tüketebilir ne de toplumsal çatışma türlerini. Ayrıca bu sınıflandırma dizgesel olmaktan öte rastlantısaldır. Bu nedenle çatışma olgusunu daha iyi anlamak bakımından bize pek yarar sağlamaz.

2. Çıkar Çatışmaları - Değer Çatışmaları

Şahin'e göre çatışmalar çıkar çatışmaları, ilişkisel çatışmalar, ideoloji/değer çatışmaları ve yapısal uyumsuzluktan kaynaklanan çatışmalar olmak üzere dört türdür.¹³ Ancak bunların tanımlarını incelediğimizde aralarında çok kesin farklar bulunmadığını görürüz. İlişkisel çatışmalar ile değer çatışmaları veya çıkar çatışmaları ile yapısal uyumsuzluktan kaynaklanan çatışmalar birbirine çok benzer görünmektedir. Öyle ki bu dörtlü ayrımı çıkar çatışmaları ve değer çatışmaları şeklinde ikili bir ayrıma indirgeyebiliriz. De Kadt tam da böyle bir ayrım önermiştir.¹⁴ Ona göre çatışmalar sınıflandırılırken çatışma konusunun özelliği temele alınmalıdır. Bu durumda karşımıza çatışma türleri olarak çıkar çatışmaları ve değer çatışmaları çıkar. Toplumsal yaşam içerisinde bireylerin ve toplulukların aynı nesneye yönelen istekleri çıkar çatışmalarını doğurur. Burada klasik iktisadın kıt kaynaklar söylemiyle karşılaşırız. Sınıf çatışmaları çıkar çatışmalarının tipik örneğini oluşturur. Değer çatışmaları ise farklı değer yargılarına sahip toplulukların belirli siyasi konulardaki isteklerinin birbiriyle uyuşmamasından kaynaklanır. İslami cemaatler ve feministler arasında yakın zamanda İstanbul Sözleşmesi bağlamında kendini gösteren çatışmayı buna örnek verebiliriz.

Ancak De Kadt'ın da kabul ettiği üzere bu ayrım da sorunlu bir ayrım.¹⁵ Çünkü çıkarlar rahatlıkla değerler sosuna bulanabilir. Böylece özünde çıkar çatışması olan bir çatışma, bir değer çatışması görünümü alabilir. Bir dönemde toplumda kabul gören değer yargıları, o toplumdaki iktidar sıradüzenini yansıtmaya eğilimindedir. İktidar bakımından üstün konumda olanların, değer yargıları üzerinden meşrulaştırdıkları mücadeleler özünde onların bu konumlarını korumaya hizmet ediyor olabilir. Aynı durum pekâlâ muhalefet için de geçerlidir. Muhalefetin savunuyor gibi görüldüğü değerler veya değer yargıları, o bağlamda sadece iktidarı yıpratma veya kendilerinin iktidar payını arttırma olanağı taşıdığı için savunuluyor olabilir.

¹³ Şahin, 35.

¹⁴ Emanuel J. De Kadt, "Conflict and Power in Society", *International Social Science Journal*, XVIII/3 (1965), 457.

¹⁵ de Kadt, 457.

3. Kişisel Hedeflere Yönelik Çatışma - Kişi Üstü Hedeflere Yönelik Çatışma

Georg Simmel'in önerdiği bu ayrım, çıkar çatışmaları - değer çatışmaları ayrımıyla ortak yönleri sahip.¹⁶ Simmel burada çatışmaların içeriğinden çok çatışan tarafların birbirlerine yönelik tutumlarındaki farklılıklara dikkat çekiyor. Ona göre kişi üstü hedeflere yönelik çatışmalarda taraflar birbirlerine karşı çok daha kıyıcı tutumlar içerisine girebilirler. Özellikle kişinin kendini adadığı ve kendi varlığından üstün gördüğü fikir ve değerler için mücadele etmesi halinde böyle bir tutumun ortaya çıkması beklenir. Kişi kendisini gözünü kırpmadan feda edebileceği bir amaca sahipse düşmana da merhamet göstermeyecektir.

Lewis Coser da aynı önerme üzerinden giderek, hedefin kişilik üstü ya da aşkın olma düzeyi arttıkça çatışmanın yoğunluğunun artacağını dile getirir.¹⁷

4. Kurumsallaşmış Çatışma - Kurumsallaşmamış Çatışma

Bu makale bakımından en önemli ayrım, kurumsallaşmış çatışma - kurum-sallaşmamış çatışma ayrımı.¹⁸ Elbette bu ayrım da çok keskin bir ayrım değil. Kurumsallaşma, bir çatışmayı düzenleyen kuralların ortaya çıkmasıyla başlar ve dereceli bir durumdur. Çatışan topluluklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kuralların nitelik ve nicelik olarak artması, toplulukların iç örgütlenmelerinin gelişmesi, çatışmayı mecralandıracak kurum ve kurulların oluşup kararlılık kazanması bir çatışmanın kurumsallaşma düzeyinin artmasını sağlar. Sözgelimi Cenevre Sözleşmeleri ve çeşitli angajman kurallarının kabulü, bunların yanı sıra Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütlerin kurulmuş olması uluslararası çatışmaları belirli ölçüde kurumsallaştırmıştır.

Sınıf çatışmasının dönüşümünü de kurumsallaşmaya örnek verebiliriz. Loncaların kapatıldığı, sendikaların yasaklandığı, her tür işçi hareketinin şiddetle bastırıldığı on dokuzuncu yüzyılda sınıf çatışması düzensiz bir görünüm arz ediyordu. Yirminci yüzyılda sosyal hakların anayasalara girmesi, sendikaların ve grev, lokavt, toplu sözleşme gibi sendikal hakların yasal zemine kavuşması ve devletin sınıflar arası ilişkileri düzenleyecek kurum ve kurullar oluşturmasıyla sınıf çatışması kurumsallaşmış bir çatışmaya dönüşmüştür. Görüldüğü üzere çatışmaların kurumsallaşması ile hukukleşmesi arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle bu ayrımı makalenin devamında, toplumsal çatışmalarda hukukun rolü konusuna geldiğimizde yeniden ele alacağız.

5. Gerçekçi Çatışma - Gerçekçi Olmayan Çatışma

Coser'ın öne sürdüğü bu ayrım, çatışan tarafların çatışmaya yaklaşım biçimlerini temele alıyor. Coser'a göre, ilişki içerisindeki taraflar *belirli* isteklerinin

¹⁶ Georg Simmel: *Bireysellik ve Kültür*, çev. Tuncay Birkan, (İstanbul: Metis, 2009), 101.

¹⁷ Coser, *The Functions*, 112.

¹⁸ Oberschall, 301.

engellenmesinden kaynaklanan hezimet duygusunun güdülemesiyle veya *belirli* bir çıkarı öteki tarafın karşı çıkmasına rağmen elde etme amacıyla çatışıyorlarsa burada gerçekçi çatışma söz konusudur.¹⁹

Gerçekçi çatışmada çatışmanın nedeni veya hedefi açıkça belirlidir. Çatışan taraflar kendi hedeflerinin bilincindedir ve bu hedefe ulaşmak için çatışmayı bir araç olarak kullanmaktadır. Elbette bu durum, gerçekçi çatışmalarda duyguların hiç yer almadığı anlamına gelmez. Gerçekçi çatışmanın tarafları da öfke ve hayal kırıklığı gibi duygular içerisinde olabilirler. Ancak burada taraflar bu duygularının nedeninin ve hedefinin bilincindedirler.

Gerçekçi olmayan çatışmalarda ise tarafların çatışmanın nedeni ve hedefine ilişkin görüşleri bulanıklaşmıştır. Taraflar hangi hedefi gerçekleştirmek istediklerine ilişkin açık bir kavrayışa sahip olmaksızın birbirilerine yönelik zarar verici tutum ve davranışlar içerisine girerler. Bu bilinçsizlik, şiddet sarmalı durumunun ortaya çıkmasına neden olur. Kan davaları bu tür çatışmaların tipik bir örneğidir. Burada artık çatışma bir araç olmaktan çıkıp amaca dönüşmüştür. Tarafların açıkça tanımlanmış tek hedefi karşı tarafa zarar vermektir.²⁰

Gerçekçi çatışma, çatışmayla elde edilmek istenen sonuç başka bir araçla daha az maliyetle elde edilebilir olduğunda sona erer. Gerçekçi olmayan çatışmada ise çatışma amacından saptığı için böyle bir olanak söz konusu değildir.²¹

Çatışmaların kurumsallaşma düzeyi ile gerçekçilik düzeyi arasında doğru orantı var. Yine, bir çatışmanın topluluk içerisinde meşru görülme düzeyi ve bilfiil yaşanabilme olanağı ne kadar yüksekse o çatışmanın gerçekçi bir biçimde sürdürülme olanağı da o kadar artıyor. Buna karşılık bastırılmış çatışmalarda ortaya çıkan öfke sıkışması, çatışmanın hedefinden saparak gerçekçi olmayan bir çatışmaya dönüşmesine neden olabiliyor.²²

6. Yıkıcı Çatışma - Yıkıcı Olmayan Çatışma

Toplumsal çatışmalara ilişkin bir diğer ayırım yıkıcı çatışma - yıkıcı olmayan çatışma ayrımı.²³ Çatışma kuramcıları, çatışmanın toplumsal işlevlerinden söz ederken yıkıcı olmayan çatışmaları temele alır. Yıkıcı olmayan çatışmada topluluklar, aralarındaki ilişkiyi düzenlemek veya yeniden düzenlemek için çatışır. Burada amaç karşı tarafı yok etmek değil karşı tarafla olan ilişkide üstünlük sağlamaktır. Bu tür çatışmalar, aşağıda toplumsal çatışmanın işlevleri başlığında yer verdiği birçok işlevi gerçekleştirebilir.

¹⁹ Coser, *The Functions*, 49.

²⁰ Coser, *The Functions*, 54.

²¹ Coser, *The Functions*, 50.

²² Coser, *The Functions*, 53.

²³ Robert C. North vd., "The Integrative Functions of Conflict", *The Journal of Conflict Resolution*, 4/3 (1960), 355.

Yıkıcı çatışmada ise çatışan topluluklar karşı tarafı veya en azından karşı tarafla aralarında bulunan bağları tümüyle yok etmeye yönelik hareket ederler. Başlangıcında yıkıcı olmayan bir çatışma, çatışmaya katılanların sayısının artması, çatışmada kaybedilebilecek olan şeylerin artması, tarafların birbirine olan kinini arttıracak şiddet olaylarının yaşanması, şiddete ve zor gücüne duyulan güvenin artması gibi nedenlerle yıkıcı çatışmaya dönüşebilir. Çatışmayı düzenleyen kuralların yokluğu veya işlevsizleşmesi de bu süreci hızlandıracaktır.

Yıkıcı çatışmada taraflar arasındaki iletişim tümüyle güvenilmez hale gelir. Ortaklıklar göz ardı edilirken farklılıklara yönelik duyarlılık artar. Tarafların topluluk kimliğine yönelik bağlılıkları yükselir. Kutuplaşma ve ötekileştirme sonucunda kişiler, karşı topluluktan biri söz konusu olduğunda olağan koşullarda izledikleri davranış ve ahlak kurallarını askıya alabilirler.²⁴ Yıkıcı çatışmaların, başlangıç nedenlerinden bağımsızlaşmış bir şiddet sarmalı yaratma olasılığı yüksektir. Bu tür çatışmalar çatışan taraflar bakımından çatışmanın sonucuna bağlı olarak işlevsel olabilse de toplumun geneli bakımından işlevsel değildir.

7. Düzen İçi Çatışmalar - Düzen Hakkında Çatışmalar

Coser'a göre, bir ilişkinin veya topluluğun varlık temeline ilişkin çatışmalar ile daha civar konulara ilişkin tartışmalar arasında bir ayrım yapmak gerekir. Zira bu iki çatışma türünün topluluk üzerindeki etkileri birbirinden epey farklıdır.²⁵ Sözgelimi işçiler ve işverenler arasında çalışma saatlerine ya da ücretlere ilişkin çatışmalar ilişkinin varlık temeliyle ilgili değilken, kapitalist üretim tarzının sürdürülmesi ya da ortadan kaldırılması hakkındaki çatışma ilişkinin varlık temeli hakkındadır. İlişkinin varlık temeli hakkındaki çatışmalar, ilişkiyi tümüyle yok edebilecek yıkıcı çatışmalara dönüşebilir.

Ralf Dahrendorf ise kuramsal temelde böyle bir ayrım yapmanın yersiz olduğu kanaatinde.²⁶ Ona göre her iki çatışma durumunda da düzen bir atıf noktası olmaktan çıkmıştır, çünkü her iki çatışma da düzende değişim yaratmaya yöneliktir. Ücretlere ya da çalışma sürelerine ilişkin çatışma da kapitalist üretim tarzına karşı mücadelenin bir boyutunu teşkil eder. Bununla birlikte Dahrendorf, bu tür bir ayrımın kuramsal temelde genel bir ayrım olarak değil de gözlemlenebilir değişkenler üzerinden olay odaklı yapılabileceğini kabul eder. Bu değişkenler yoğunluk ve şiddettir.²⁷

8. Birer Ölçüt Olarak Yoğunluk ve Şiddet

Burada ayrım veya sınıflandırmadan çok derecelendirme ölçütleriyle karşı karşıyayız. Dahrendorf, bir toplumdaki çatışmaların yoğunluk ve şiddet düze-

²⁴ Oberschall, 312-3.

²⁵ Coser, *The Functions*, 74.

²⁶ Dahrendorf, *Class*, 209.

²⁷ Dahrendorf, *Class*, 210.

yi ile o toplumun hukuk düzeni²⁸ arasında bir nedensellik ilişkisi olduğunu öne sürüyor. Ona göre bir toplumun hukuk düzeni bireylerin ve ailelerin toplumsal tabakalar arasında geçiş yapmasına yani toplumsal hareketliliğe ne kadar izin veriyorsa ve toplumsal çatışmaları düzenlemekte ne kadar başarılıysa o toplumdaki çatışmaların o kadar az yoğunluklu ve az şiddetli yaşanması beklenir.²⁹

Bu, iyi temellendirilmiş ve akla yatkın bir önerme. Aşağıda hukukun rolü konusuna geldiğimizde bu önerme yine karşımıza çıkacak. Bu nedenle, burada toplumsal çatışmalar bakımından yoğunluk ve şiddet kavramlarının ne anlama geldiği üzerinde durmamız yararlı ve yeterli olacaktır.

Çatışmanın yoğunluğu temelde çatışmanın konusuyla ilgili. Çünkü yoğunluk, çatışan tarafların bu çatışmaya bilfiil katılım düzeylerini ifade eder. Bir çatışma, o çatışmayı bilfiil yaşayan kişilerin hayatının ne kadar önemli bir bölümünü ilgilendiriyorsa ve çatışan kişiler o çatışma içerisinde ne kadar çaba veya zaman harcıyorlarsa o kadar yoğun bir çatışmadır.³⁰ Çatışmada hedeflenen veya çatışma sonucunda kaybedilebilecek olan şeyin o çatışmanın tarafları bakımından önemi ile çatışmanın yoğunluğu arasında da doğru orantı var. Zaferin ödülü veya yemilginin maliyeti ölçüsünde çatışmanın yoğunluğu artar. Söz gelimi bir hemşeri derneğinin yönetimi için yarışan toplulukların arasındaki çatışma ile iktidardaki siyasi partinin yönetimi için yarışan toplulukların arasındaki çatışma yoğunluk bakımından birbirinden epey farklı olur.

Çatışmanın yoğunluğu ile şiddeti birbirinden farklı değişkenler. Çok şiddetli bir çatışmanın önemsiz bir konu hakkında olması pek beklenmese de bu değişkenlerin birbirinden bağımsız olarak artıp azalması kural olarak olanaklı. Çatışmanın şiddeti, çatışmanın konusundan öte gerçekleşme biçimiyle ilgili. Bir çatışma, tartışmadan savaşa kadar yayılan çok farklı şiddet düzeylerinde gerçekleşebilir. Bu bakımdan, çatışan toplulukların düşmanlıklarını dışa vururken başvurdukları araçlar önem arz eder.³¹

Çatışmanın içeriği ile şiddeti arasında kural olarak bir belirlenim ilişkisi bulunmuyor. Dahrendorf bunun bir istisnasının olduğunu dile getirir. Siyasi ve iktisadi çatışma eksenleri başta olmak üzere toplumdaki çok sayıda çatışma ekseninin çakışması bir topluluğun çiplak yaşamsal varoluş bakımından mutlak

²⁸ Hukukun ve siyasetin birbirinden ayrı olduğu kanaati hukuk topluluğu içerisinde yaygın bir kanaat. Siyasetin hukuk dilindeki karşılığı olan "yasa koyucu", hukukçu zihninde neredeyse mistik bir figür. Hukukçuyla aynı dünyada yaşamıyor. Başka bir boyuttan Resmi Gazete gibi araçlarla tebliğlerde bulunuyor. Hukukçu da bazen yüksek mahkemelerin iptal kararları aracılığıyla yasa koyucunun dünyasına müdahale edebiliyor. Ama ne olursa olsun bunlar birbirinden ayrı dünyalar. Siyasetçinin işine gelen ve hukukçunun da içini rahatlatan bir kanaat bu ama ben bu kanaati paylaşmıyorum. Bu makalede hukuk ve hukuk düzeni ifadesini toplumun siyasal düzenini de (devlet şekli, yönetim biçimi, seçim sistemi, devlet iktidarının sınırları ve örgütleniş tarzı vs.) kapsayacak şekilde kullanıyorum.

²⁹ Dahrendorf, "Toward a Theory, 179.

³⁰ Dahrendorf, *Class*, 211.

³¹ Dahrendorf, *Class*, 212.

yoksunluk durumuna düşmesine neden olmuşsa veya daha basit bir deyişle çatışmanın bir tarafının artık kaybedecek hiçbir şeyi kalmamışsa burada çatışmanın şiddetinin artması beklenir.³²

9. Diğer Ayrımlar

Yukarıda belirttiğim üzere, toplumsal çatışmalar sonsuz çeşitlilikte ortaya çıkabilir ve dolayısıyla sonsuz çeşitlilikte ayrımlar ortaya koyulabilir. Buraya kadar makalenin konusuyla doğrudan bağlantılı gördüğüm ayrımları gerektiği ölçüde açıkladım. Makalenin konusuyla doğrudan bağlantılı olmayan ayrımları da sadece ismen belirtmem sonraki çalışmalar için yararlı olabilir;

- Belirli bir topluma özgü çatışma - birçok toplumda görülebilen çatışma³³
- Doğrudan çatışma - dolaylı çatışma,
- Çözülebilir çatışma - çözülemez çatışma³⁴
- Bilinçli çatışma - bilinçsiz çatışma,
- Sürekli çatışma - süreli çatışma,
- İletişimsiz çatışma - iletişimli çatışma,
- Amaç odaklı çatışma - hasım odaklı çatışma.³⁵

II. TOPLUMSAL ÇATIŞMALAR HAKKINDA İKİ FARKLI YAKLAŞIM

A. UYUM KURAMLARI: ÇATIŞMANIN ZARARLARI

1. Platon

Uyum kuramlarının ilk bütünlüklü örneği Platon'un *Devlet* yapıtında ortaya koyulur. Elbette hukuk ve siyaset kuramlarının birçoğunun ana öncüllerini *Devlet*'te bulabiliriz ama bunlar *Devlet*'te eleştirilen ve hatta çürütülen kuramlar olabilir. Bir sonraki bölümde ele alacağımız toplum sözleşmesi kuramı da bunlardan biri. Genel anlamda uyum kuramları açısından ise durum böyle değil. *Devlet*, başından sonuna bir uyum kuramının ilmek ilmek örüldüğü bir yapıt.

Devlet'in temelinde *arete* (ἀρετή) öğretisi yer alır. *Arete* sözcüğü eski Yunanda gündelik dilde bir şeyde bir işte iyi olmak anlamında kullanılmıştır.³⁶ Türkçeye genellikle 'erdem' olarak çevrilir. Arapçadan dilimize geçen 'fazilet' sözcüğü ise neredeyse bire bir karşılığıdır. Çünkü *arete* tam da bir varlığı diğerlerinden ayı-

³² Dahrendorf, *Class*, 217.

³³ Dahrendorf, "Toward a Theory, 172.

³⁴ Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009), 53.

³⁵ Fink, 454.

³⁶ W. K. C. Guthrie, *İlkçağ Felsefesine Giriş*, çev. Ahmet Cevizci, (Ankara: Gündoğan Yayınları, 1999), 15.

ran, diğerlerinde olmayıp onda olan o “fazlayı” ifade eder. Arete bir varlığı fazıl (üstün) kılan özelliğidir. *Arete* öğretisi Sokratik felsefenin ve genel olarak Antikçağ felsefesinin taşıyıcı sütunlarından biridir.

“Peki. Bir atın ya da başka bir hayvanın gördüğü işi, yalnız onunla görülebilir, daha doğrusu, yalnız onunla en iyi görülebilir bir iş sayabilir miyiz?”³⁷

Platon, *Devlet*'in bu ilk sayfalarından başlayarak bir fazilet öğretisi ortaya koyar ve siyaset felsefesini bu temel üzerine kurar. Platon'a göre toplum insanların eşit yaratılmamış olmasından kaynaklanır. İnsanlar farklı faziletlere sahiptir. Bir kişi için fazilet olan bir özellik, ona sahip olmayan kişi için ise eksiklik teşkil eder. İşte özlerindeki bu eksiklik nedeniyle insanlar birbirlerine ihtiyaç duyarlar ve bu onları toplumsal yaşamı kurmaya iter.³⁸

Toplum düzeni, eksikliklerin ve fazlalıkların uyumlu birlikteliğinin sağlanması demektir. Bu bakımdan Platon'a göre iyi toplum, herkesin “yalnız onunla en iyi görülebilir” olan o işi yaptığı toplumdur: “Kendi işimizi istenilen biçimde yapmak; işte doğruluk bu olabilir dostum”.³⁹ Buradan yola çıkarak Platon, üreticiler, yöneticiler ve savaşçılar şeklindeki o ünlü zümreler düzenini önerir.

Platon'un fazilet öğretisi veya zümreler düzeni önerisi sadece toplumsal veya siyasal bir kuram değildir. Canlı cansız tüm nesnelere bakımından geçerli bir ilkenin toplum alanındaki görünümüdür. Bu ilkenin bireydeki yansımaları da Platon'un ilgi alanındadır. Tıpkı toplum gibi birey de kendi içinde uyum halinde olmalıdır. Bu hem bedendeki organ ve uzuvların uyumunu hem de ruhun bölümlerinin uyumunu ifade eder. Ona göre akıl, öfke (irade) ve arzu ruhun bölümlerini oluşturur. Akıl yönetimiyle ve öfkenin akla yardımcı olmasıyla arzular denetim altına alınabilir ve ruhta uyum sağlanır. Böylece adil/iyi insan olunur.⁴⁰ Tıpkı iyi insanda olduğu gibi Platon'un iyi toplumunda da “çoğunluğun kötü tutkuları, değerli bir azınlıktaki aklın buyruğuna girmiştir”.⁴¹

Toplumu bedensel eğretileneler üzerinden anlattığı için Platon'u “organizmacı” bir düşünür olarak görebiliriz. Ama bu yanlış bir görüş olur. Zira Platon *Devlet*'te önce iyi toplumu anlatır ve sonra iyi ruhu/bedeni o topluma benzeterek anlatır. İşin aslı, Antikçağ düşünürleri, en geniş anlamda varlıktan tek bir toz taneçğine kadar tüm evreni aynı ilkeyle açıklayamadıkları sürece işlerini gerektiği gibi yaptıklarına kani olmazlar. İyi siyaseti temellendiren ilke ile iyi bedeni, iyi ruhu, iyi ayakkabıcıyı, iyi askeri temellendiren ilke aynı olmalıdır. Çünkü iyi tektir. O iyiyi akıl bilir. Akıl da bilgilerde vardır. Öyleyse toplumu bilgiler yönetmelidir.

³⁷ Platon, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010), 37.

³⁸ Platon, 55.

³⁹ Platon, 132.

⁴⁰ Platon, 143.

⁴¹ Platon, 130.

Aklın tek iyiye göre yönettiği bir ruhta, başın tek iyiye göre yönettiği bir bedende, bilgelerin tek iyiye göre yönettiği bir toplumda her öge kendi işini yaparak hem kendi iyiliğini gerçekleştirir hem de diğer unsurların yapamayacağı bir işlevi yerine getirip onların iyiliğini gerçekleştirir ve böylece tüm bünyenin iyiliği gerçekleşmiş olur.

Bireysel ve toplumsal bünye birbirine koşuttur: “Bizim kuracağımız devlette, kunduracı kunduracıdır. Kunduracılıktan başka bir de kaptanlık yapmaz. Çiftçi, çiftçidir, çiftçilikten başka bir de yargıçlık etmez. Asker askerdir, askerlik ederken alım satımla da uğraşmaz.”⁴² Bireyin birbirinden farklı faziletleri gerektiren işlerle uğraşması onun ruhunda bir bölünmenin ve uyumsuzluğun doğmasına neden olacaktır. Böyle bireylerin varlığı sonuçta toplumda da uyumsuzluk ve çatışmanın doğmasına neden olur. Bu nedenle askerlerin ve yöneticilerin mülk edinmesi yasaklanmıştır.⁴³ Zira mülk, bunlar arasında mülk edinme yarışmasının ortaya çıkmasına ve zamanla toplumdaki ögelerin birbirine düşman kesilerek çatışmaya başlamasına neden olur. Tek iyinin egemen olduğu bir evrenin ilkesi uyumdur. Öyle ki kozmos/κόσμος hem evren hem de iyi düzen anlamına gelir. Haliyle çatışma bu evrende olmaması gereken bir şeydir.

Aynı ilke, beklendiği üzere, toplum bakımından da geçerli. “Bir devlet için en büyük kötülük bölünme, birken birçok olma; en büyük iyilik de bütün kalma, tek olmadır [...] Hele devlet bir tek insan gibi olursa!”⁴⁴ *Devlet*’teki (*Leviathan*’da da kuvvetle yankılanacak olan) bu sözler Platon’un iyi toplum ilkesinin özünü ortaya koyuyor. Bu toplum bölünmez bir bütündür. Olması gereken tam bir uyumdur. Böyle bir toplumda çatışma asla işlevsel olamaz. Çatışma ikilik demektir ve görüldüğü üzere bu Platon’a göre bir devletin başına gelebilecek en kötü şeydir. Çatışma devletin artık tek devlet olmadığı, birden çok devletin ortaya çıktığı anlamına gelir. Bu hale düşmüş bir devlete dışardan saldıran başka bir devlet, birbirleriyle çatışmalı ögelerden birini karşısına alıp diğerini yanına çekerek bu devleti kolaylıkla alt edebilir.⁴⁵

Toplumda çatışmanın temel sebeplerinden biri, bazı kişilerin faziletlerine uygun olmayan işlere karışması veya kendisine ait olmayan bir şeye yönelmesidir. Yasalar, çatışmanın ihtimalinin dahi ortaya çıkmamasını sağlayacak şekilde düzenlenmeli ve yöneticiler bu konuda çok dikkatli olmalıdır. Yurttaşları “inandırarak, ya da zorlayarak”⁴⁶ bir kez birleştirdikten ve hepsine toplum içinde kendi faziletlerine uygun iş payı verildikten ve böylece zümreler düzeni bir kez sağlandıktan sonra düşüncelerde, yaşam tarzlarında, hatta müzikte ve sofrada her türlü

⁴² Platon, 89.

⁴³ Platon, 113.

⁴⁴ Platon, 166-167.

⁴⁵ Platon, 119.

⁴⁶ Platon, 237.

yenilik ve çeşitlilik derhal kovulmalıdır.⁴⁷ Zira “çeşitlilik insanın içinde düzensizliğe, bedeninde bozukluğa yol açar”.⁴⁸

Platon zenginliğe ve yoksulluğa da karşıdır. Bu durumların varlığı ikiliğe, bölünmeye ve çatışmaya neden olur. Ayrıca bir toplumda en çok yenilik ve çeşitlilik isteyen kesimler bu zenginler ve yoksullardır. Toplumda bu kesimlerin ortaya çıkmasına izin verilmemelidir.⁴⁹

Şairler savaşı, düşmanlığı, çatışmaları ve düzensizliği öven şiirler yazmalıdır: “Hera’nın oğlu tarafından zincire vurulduğunu, Hephaistos’un anasını dayaktan korumak isterken babasının eliyle gökten fırlatılmasını, Homeros’un Tanrılar savaşı diye anlattıklarını şehrimizde söyletmemeli”.⁵⁰

2. Thomas Hobbes

“Peki öyleyse, şimdi dediğim gibi, doğrunun ne olduğunu, nereden geldiğini anlatayım: Derler ki, *tabiatta* haksızlık etmek iyi, haksızlığa uğramak kötü bir şeydir. Haksızlığa uğrayanlar ise haksızlık edenlerden çok daha fazladır. İnsanlar, birbirlerine haksızlık ede ede haksızlığa uğraya uğraya, birinin tadını, ötekinin acısını duymuşlar. Haksızlığa uğramaktan sakınamayacaklarını, haksızlık etmeyi de her zaman beceremeyeceklerini anlayınca, bir *anlaşmaya* varmayı düşünmüşler, kanun koymuşlar, kimse haksızlık etmeyecek, haksızlığa uğramayacak diye. Kanunun buyurduğuna, kanuna uygun olana da doğru demişler. İşte doğruluğun kaynağı, özü budur. [...] haksızlık edemedikleri için doğru olmaya çalışanların, bu işi kendi istekleriyle yapmadıklarını şöyle bir düşünceyle anlatabiliriz: Bir doğru, bir de eğri adam alalım, ikisine de dilediklerini yapmak fırsatını verelim. Sonra da artlarına düşüp eğilimlerinin onları nereye götüreceğine bakalım. Göreceğiz ki, doğrunun gittiği yer, eğrinin de gittiği yer olacak; çünkü, kendinde olandan fazlasını istemek, bunu bir şey sayıp ardına düşmek, insanın doğuşunda olan bir şeydir. İşte, onu bundan alıkoyan, eşitlik saygısına götüren, kanundur.”⁵¹ (Vurgular bana ait).

Bu sözler *Leviathan*’dan değil, *Devlet*’ten. Platon bu sözleri Glaukon’un ağzından söylüyor ve sonra elbette Sokrates’in ağzından eleştiriyor. Ama bu sözler sonradan Hobbes da dâhil olmak üzere tüm toplum sözleşmecilerinin ilerleyeceği yolun ilk taşlarını döşemiştir.

Bu parçada ortaya koyulan tabiat - anlaşma ayrımı, toplum sözleşmesi düşüncesinin temelini oluşturur. Bu ayrım aynı zamanda Antikçağ ve Modern çağ siyaset

⁴⁷ Platon, 121.

⁴⁸ Platon, 98.

⁴⁹ Platon, 118.

⁵⁰ Platon, 67-68.

⁵¹ Platon, 43.

felsefeleri arasındaki ayrımı da imler. Yukarıda Platon'un en iyi toplum tasarımı kusursuz uyumu sağlayan şey, toplumun doğal yeteneklere göre düzenlenmesiydi. İnsanlar doğaları gereği zaten kısım kısımdılar. Toplumsal düzen, doğanın yaptığı sınıflandırmanın tescili ve tasdiki olduğu ölçüde doğru ve adil bir düzendi. İnsanlar aralarında anlaşarak bu düzeni değiştirmemeliydi. Demokrasi yoz bir yönetim biçimiydi, çünkü bu keyfi yönetimdi, varsın bu halkın keyfi olsun.

Modern düşüncede ise toplumsal düzen de siyasi iktidar da doğal varlıklar olarak görülmez. Doğal bir sınıflandırma veya sıradüzeni yoktur. Doğada herkes eşittir. Ama bu eşitlik çatışmaya yol açar. İnsanlar aralarında anlaşarak yapay bir eşitsizlik meydana getirirler. Böylece astlık-üstlük ilişkisi ve dolayısıyla siyasi iktidar kurulmuş olur. Öyleyse doğruluk, adalet veya en genel deyişle *olması gereken* artık doğal ya da tanrısal bir şey değildir. İnsan iradesinin eseridir. Buna toplum sözleşmesi kuramı diyoruz. Bu kuramın Antikçağ düşünürlerinin de aşına olduğu bir kuram olduğunu gördük ama Ortaçağ'ın sonlarını imleyen olaylar ve bu olaylara bağlı olarak adıcılığın, olguculuğun ve faydacılığın birliğinde yükselişi toplum sözleşmesi kuramını siyaset düşüncesindeki baskın kuram konumuna getirdi.

Burada sadece siyaset felsefesi açısından değil, genel olarak insanlık tarihi açısından önemli bir düşünsel dönüşüm meydana gelmiştir. Bununla birlikte bu dönüşüm eldeki makale açısından çok büyük bir önem arz etmiyor. Çünkü bu makalenin sorunu bakımından söz konusu dönüşüm yöntemsel bir dönüşümden başka bir şey değil. Olması gerekeni artık doğa ya da Tanrı belirlemiyor da insan iradesi belirliyor. Gelgelelim olması gereken yine aynı: çatışmasızlık ve uyum.

Bu kısa ön değerlendirmeden sonra şimdi Hobbes'un çatışma sorununa yaklaşımını ele alabiliriz. Hobbes'a göre çatışma insan topluluklarının doğal durumudur. Doğa durumunda çatışmalar, birçok kişinin aynı nesneyi ele geçirmek istemesinden kaynaklanır. Bu nesneyi bölüp paylaşmaları ya da birlikte kullanmaları olanaklı değilse geriye çatışmaktan başka yol kalmaz ve bu durumda da "sonuca karar verecek olan kılıçtır"⁵². Toplum sözleşmesi aracılığıyla siyasi egemenlik kurulmadığı sürece bu çatışma durumu sürer gider. Bu durumda "ne yeryüzü hakkında bilgi; ne zaman hesabı; ne sanat; ne yazı; ne de toplum vardır"⁵³. Toplumun kurulması, o sürekli çatışma durumuna hiç geri dönülmeyeceği anlamına gelmez. Bu nedenle toplumların ve özellikle egemenlerin her zaman tetikte olması gerekir.

Hobbes'un doğa durumunun yeniden ortaya çıkması tehdidi hakkında ortaya koyduğu görüşlere baktığımızda burada özellikle vurgulanan iki nedenle karşılarız. Biz bu iki nedeni bugün düşünce özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü olarak

⁵² Thomas Hobbes, *De Cive: The English Version*, ed. Howard Warrender, (Oxford: Oxford University Press, 1984) 46 (I, vi).

⁵³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2007), 94.

adlandırıyoruz. Hobbes ise iyiye ve kötüye bireylerin karar vermesi ve hizipleşme olarak ifade ediyor.⁵⁴ Bu nedenlerin ikisi de çatışmayla ilgili.

Hobbes'a göre neyin iyi neyin kötü olduğuna bireylerin karar vermesi, ancak doğa durumunda söz konusu olabilecek bir şeydir. Siyasal toplumda ise iyinin ve kötünün ölçütü yasadır, yargıcı ise devlettir. Meşru egemenin buyurduğu doğru; yasakladığı yanlıştır. Yurttaşlara bu konuda bir serbestlik alanı bırakılması, sonuçta, düşünce ayrılıklarının artmasına, devletin buyruklarının ve yasalarının sorgulanmasına ve hatta bireylerin kendi değerlendirmeleri çerçevesinde bu yasalara uymama gibi tutumlara yönelmesine neden olur.⁵⁵

Hobbes, düşünce ayrılıklarının bir felaketler zincirinin ilk halkası olduğunu söyler. Sonraki halkalar sırasıyla hizipleşme, isyana teşvik ve iç savaştır.⁵⁶ Ona göre hizip, bir sözleşme etrafında birleşmiş bir topluluktur.⁵⁷ Bu sözleşme, söz konusu toplumu kuran esas sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir. Fakat bir toplumda sadece bir sözleşme olur. Başka birlikleri temellendiren sözleşmelerin varlığı toplum içinde toplumların ve devlet içinde devletlerin ortaya çıkması anlamına gelir. Bu nedenle toplumdaki hizipleri bastırmak ve dağıtmak hükümdarın çıkarına olduğu gibi sözleşmeden kaynaklanan güvenlik sağlama ediminin de bir parçasıdır.⁵⁸

Hükümdarın bu edimi ifâ edebilmesi için Hobbes ona çok geniş hak ve ayrıcalıklar tanıır. İşte, "Leviathan" böylece ortaya çıkar. Hükümdar, iç savaşa giden sürecin önünü baştan kesebilmek için toplumdaki fikirleri denetim altına almalı ve yönlendirmelidir. Bu bakımdan, hangi fikir ve öğretilerin barışın düşmanı olduğunu belirlemek ve bunların toplumda öğretilip yayılmasını engellemek hükümdarın hakkıdır.⁵⁹ Yönetilenler arasında haklı-haksız, yararlı-zararlı, iyi-kötü vb. konularda çıkacak tartışmaları önlemek hükümdarın görevidir. Bu çerçevede hükümdar yasalar yapmalı ve böylece insanlar neyin kendilerine neyin başkalarına ait olduğunu, neyin haklı neyin haksız olduğunu, neyin iyi neyin kötü olduğunu, nitekim neyi yapıp neyi yapmamaları gerektiğini bilebilmelidir.⁶⁰ Böylece toplumda hiçbir çatışmaya yer bırakılmamış olur.

Hükümdar bu görevini yerine getirerek toplumdaki fikir birliğini sağlar ve korur. Buna karşılık fikir birliği de hiziplerin ortaya çıkmasını önleyerek toplumsal birliği sağlar ve korur. Birlik ülküsü, Hobbes'un öğretisinin özünü oluşturur. Hobbes'un toplumsal birlik konusundaki duyarlılığı, evrenin Bir olduğunu savunan Platon'u bile aşar. Platonun üç zümresi, elbette tek bir beden parçaları olarak öneriliyordu: Baş, karın ve uzuvlar. Ama yine de bu üçlü bir yapıydı. Hob-

⁵⁴ Hobbes, *De Cive*, 147 (XII, i).

⁵⁵ Hobbes, *Leviathan*, 227.

⁵⁶ Hobbes, *De Cive*, 137 (X, xii).

⁵⁷ Hobbes, *De Cive*, 163 (XIII, xiv).

⁵⁸ Hobbes, *De Cive*, 163 (XIII, xiv).

⁵⁹ Hobbes, *De Cive*, 96 (VI, xi).

⁶⁰ Hobbes, *De Cive*, 95 (VI, ix).

bes, kendinden öncekilerin yönetici ve toplum arasındaki ilişkiyi bu tür eğretilmelerle açıklamamasını eleştirir. Ona göre bu ilişki baş ve diğer organlar arasındaki ilişkiye benzemez; ruh⁶¹ ve beden arasındaki ilişkiye benzer.⁶²

Bu olağanüstü bir düşünsel manevra ve bu manevrayla Hobbes birçok *ku-ramasal* sorunu halletmiş olur. Bunlardan ikisi bizim için önemli. Hobbes böyle yapmakla, ilkin, kurguladığı siyasi iktidarın mutlaklığını temellendirmiş olur. Organizma eğretilmesi, ne de olsa, görgül bir eğretilme. Baş, gövde ve uzuvlar aynı düzlemler. Aralarındaki ilişki görece eşit bir ilişki. Hepsı birbirine muhtaç. Diğer bir deyişle, aralarındaki sıradüzeninde başın konumu olsa olsa *primus inter pares* olarak değerlendirilebilir.

Ruh ve beden arasındaki ilişki ise bambaşka. Bunlar başka düzlemlerde yer alan varlıklar. Hele ki dinî bakış açısında bu ayrımın çok önemli bir imgesel karşılığı var. Ruh, kutsal evrenin bir parçası iken beden aşağılık maddi dünyanın bir parçası. O halde burada yöneten-yönetilen ilişkisi organizmacı eğretilmeden çok farklı. Burada görece eşitlikten dahi söz etmek mümkün değil. Mutlak bir üstünlük ve değer farkı var. Bedenin ruha itaat etmemesi, karşı çıkması olsa olsa çılgınlık, delilik olarak değerlendirilebilir. Çünkü bedende irade yoktur. Beden ruhun iradesinin bir aracıdır.

Hobbes'un, ruh-beden eğretilmesiyle hallettiği ikinci sorun birlik konusuyla doğrudan ilgili. Burada ruhun karşısında bedeni ve bedenin karşısında ruhu yekpare görürüz. Organizmacı eğretilmedeki gibi baş-gövde-uzuvlar ayrımı yoktur. Tek bir beden vardır. Her tek bedenin tek bir ruhu vardır. Ruh ise zaten bölünmez. Böylece devletin ve milletin bölünmez bütünlüğü ülküsü de bu eğretilmeyle temellendirilmiş olur. Devlette bölünme söz konusu olamaz. Birakın federalizmi kuvvetler ayrılığı bile kabul edilemez.⁶³ Asa başka elde kılıç başka elde olamaz. Millette ise hiçbir ayrılığa, örgütlenmeye, hizipleşmeye izin verilemez.

Bu öyle bir menzil ki, buraya vardığınızda çatışma konusu ufkun diğer yanında kalıyor. Çatışma ne ruhta kabul edilebilir, ne o yekpare bedende ne de ruh ve beden arasında. Her üç olasılıkta da çatışmanın varlığı çılgınlığa işaret eder, ruhun ıstırabına ve bedenin mahvına yol açar.

B. ÇATIŞMA KURAMLARI

1. Uyum Kuramlarının Eleştirisi

Platon ve Hobbes'un toplum tasarımları ne kendi dönemlerinde var olmuş gerçek toplumsal yapıları açıklayabilmiş ne de kendilerinden sonra gelen top-

⁶¹ Ruhun ölümsüzlüğünü konuya dâhil ettiğimizde bu eğretilme tamamen işe yaramaz bir hal alıyor. D'Entreves, Hobbes'un burada "yapay bir ruh"tan söz ettiğini söylüyor. Bu ruh, bedenden ayrı var olmayan bir ruh. Bu yorum, bence de Hobbes'un siyaset öğretisinin geneliyle örtüşüyor. Bkz. Alessandro Passerin D'Entreves, *Devlet Fikri*, çev. Furkan Kararmaz, (İstanbul: Zoe Kitap, 2021), 134-5.

⁶² Hobbes, *De Cive*, 104 (VI, xix).

⁶³ Hobbes, *De Cive*, 94 (VI, viii).

lumsal yapılarca onaylanmıştır.⁶⁴ Bunun ortak nedeni iki klasik düşünürün, klasik düşüncede tipik olan kuramsal kusursuzluk ve mutlak mantıksal tutarlılık arayışlarını toplumsal gerçekliğe olduğu gibi dayatmış olmaları. Onlar toplumsal gerçeklikten yola çıkarak kuram oluşturmamış, tam tersine, kuramlarında toplumsal gerçekliği yeniden inşa etmişler.⁶⁵

Yeniden inşa edilmiş bu *gerçeklikte* toplumlar şöyle görülür:

- Toplum, durağan birlik demektir.
- Toplumun öğeleri arasında iyi bir uyum bulunmalıdır.
- Toplumdaki her öğe toplumsal bir işlevi yerine getirir.
- Toplumun varlığı, üyelerinin fikir birliği içerisinde olmasına bağlıdır.

Bu önermeler uyum kuramlarının taşıyıcı sütunlarını oluşturur. Uyum kuramlarına yönelik eleştiriler de tam bu noktadan başlar. Çatışmalar ve fikir ayrılıkları tüm toplumlarda var olmuştur ve olmaya da devam edecektir. Çatışmaların ortaya çıkması, çatışmalara dair belirli anlaşmazlıkların çözülmesi, yenilerinin belirmesi, çatışan tarafların birbirlerine karşı mevzi kazanıp kaybetmeleri... Her toplumda bu olgular farklı etmenlerle ortaya çıkar ve farklı yöntem ve anlayışlarla düzenlenip ele alınırlar. Bununla birlikte tüm bu olgular toplumların var oluş süreçlerinin ayrılmaz parçalarıdır.⁶⁶

Bu gerçekliğe ilişkin tüm delillere rağmen uyum kuramlarında çatışma olgusuna sadece istenmeyen bir şey olarak yer ayrılmıştır. Böyle bir kuram toplumsal gerçekliğin ancak sınırlı bir bölümünü açıklayabilir. Çünkü toplum, durağanlığın ve devininin, uyum ve çatışmanın, işlev ve işlevsizliğin, uzlaşma ve tahakkümün bir arada bulunduğu bir bütünlük arz eder. Çatışma ve uyum arasında ilişki vardır ve bu ilişki çok yönlüdür, sadece dışlama ilişkisi değildir. Öyle ki, çatışma uyumun artmasını sağlayabilir. Çatışma işlevsizlik veya işlev bozukluğu olarak görülüp toplumsal yapının ve kuramsal odağın tümüyle dışına yerleştirildiğinde, toplumsal devinim ve dönüşümü açıklamak olanaklı olmaktan çıkar. Çatışma dışlandığında toplumsal dönüşüm ancak teknolojik gelişmeler, dış etkiler ya da doğa olaylarıyla açıklanabilir.⁶⁷

Uyum kuramları mevcut toplumsal durumu meşrulaştırma işlevine sahip olmaları nedeniyle de eleştirilir. Gerçekten de bu kuramlarda karşıt görüşlere ve muhalefete yer yoktur. Muhalefet sapkınlık ya da bozgunculuk olarak görülür. Fikir ayrılıkları, toplumun dağılmasına giden sürecin ilk adımıdır. Toplumun her üyesinin düşünce ve davranışları ortak yarara ve iyiye uygun olmak zorundadır.⁶⁸

⁶⁴ Hobbes'un öngörülerinin isabetsizliğine ilişkin bkz. D'entreves, "Dizginsiz Leviathan", *Devlet Fikri*, passim.

⁶⁵ Luc Witgens, *Legisprudence*, (Brüksel: Ashgate, 2012), 211.

⁶⁶ Irving L. Horowitz, "Conflict and Cooperation: A Sociological Inventory", *Social Forces*, 41/2 (Aralık 1962), 179.

⁶⁷ Dahrendorf, "Toward a Theory, 174; Ceylan, 66.

⁶⁸ Horowitz, 179.

Uyum kuramları kapalı ve küçük toplulukları ya da cemaatleri açıklamak için uygun olabilir.⁶⁹ Ancak büyük ve karmaşık toplumlarda çatışma olgusu toplumda çok geniş bir alanı kapsar ve sürekli gündemdedir. Toplumsal zorlama, baskı grupları, sınıflar arası ilişkiler, siyasi mücadeleler, göç, kültürel farklılıklar, ırk, dil, din, mezhep ayrılıkları... Tüm bunlar çatışma konusunun alt başlıklarını oluşturur.⁷⁰

Uyum kuramları, çatışma konusunun karmaşıklığının hakkını verememiş ve toplum kuramının odağını fazlasıyla daraltmıştır. Bu nedenle toplum kuramı alanındaki bu eksikliği gidermek üzere başka temel önermeler üzerine kurulmuş yeni bir yaklaşım oluşturulmalıdır. İşte çatışma kuramları bu ihtiyacı gidermek üzere ortaya çıkmıştır.⁷¹

Dahrendorf, yukarıdaki önermeleri tamamlayacak şekilde çatışma kuramlarının temel önermelerini şöyle ifade eder:

- Toplum her an değişim halindedir.
- Toplum her an toplumsal çatışma yaşar.
- Toplumdaki her öge toplumsal değişime etki eder.
- Toplumun varlığı bazı öğelerin diğerlerini baskı altına almasına bağlıdır.⁷²

Uyum kuramlarının aksine çatışma kuramları sadece çatışmayı odağa alıp, toplumu salt çatışma üzerinden açıklamaya çalışmaz. Çatışma kuramcılarının göre uyum da tıpkı çatışma gibi toplumsal görüngülerden biridir. Bazı toplumsal sorunlar uyumu temele alan bir bakış açısında daha berrak görünürken bazıları çatışmacı bir bakış açısını gerektirebilir.⁷³ Toplum kuramcısı iki bakış açısını da kullanabilmelidir. Çatışma kuramcılarının uyum kuramlarına yönelttiği eleştiriler bir reddiye değildir. Onlar sadece uyuma atfedilen dışlayıcı ve ayrıcalıklı rolü eleştirirler.⁷⁴ Bu çerçevede onlar, çatışmanın işlevlerini vurgulayarak uyumun yanında çatışmaya da toplum kuramında gerektiği yeri açmaya çalışırlar.

2. Çatışmanın İşlevleri

Lewis A. Coser, 1956 tarihli *Toplumsal Çatışmanın İşlevleri*⁷⁵ adlı yapıtında başta Georg Simmel'in "Çatışma" ve "Tahakküm" başlıklı makaleleri⁷⁶ olmak üzere kendi dönemine kadar çatışma konusuyla ilgili yazılmış yapıtlardaki önermeleri derleyip ele alır ve gerekli gördüğü yerlerde şerhler düşer. Coser'ın Sim-

⁶⁹ Horowitz, 185.

⁷⁰ Horowitz, 184.

⁷¹ de Kadt, 456.

⁷² Dahrendorf, "Toward a Theory, 175.

⁷³ Dahrendorf, *Class*, 159.

⁷⁴ Dahrendorf, *Class*, 163.

⁷⁵ Coser, *The Functions*, passim.

⁷⁶ Şu derlemede her iki makale de yer alıyor: Georg Simmel, *Bireysellik ve Kültür*, çev. Tuncay Birkan, (İstanbul: Metis, 2009).

mel seçimi elbette keyfi bir seçim değildir. Simmel, çatışma bağlamında toplum kuramında önemli bir kırılma noktası teşkil eder. Yukarıda Platon ve Hobbes'ün görüşleri üzerinden ortaya koyduğumuz uyum kuramlarına karşı Simmel, çok iyi temellendirilmiş bir seçenek ortaya koyar. Nasıl Platon bireyden evrene uzanan bütüncül bir kuram ortaya koyduysa Simmel da uyum ve çatışmanın bir arada olduğu bir genel kuram oluşturmayı amaçlamıştır:

“Evren nasıl herhangi bir biçime sahip olabilmek için “sevgiye ve nefrete”, yani çekici ve itici güçlere ihtiyaç duyuyorsa, toplum da belirli bir şekle girebilmek için niceliksel bir uyum-uyumsuzluk, yardımlaşma-rekabet, elverişli-elverişsiz eğilimler oranına ihtiyaç duyar. Ama bu ihtilaflar hiçbir surette sadece sosyolojik zaaf lar ya da olumsuz örnekler değildir. Belirli bir şekle sahip fiili toplum sadece başka olumlu toplumsal güçler sonucunda ve sadece olumsuz etkenler onlara köstek olmadığı müddetçe ortaya çıkıyor değildir. Bu yaygın anlayış son derece yüzeyseldir. Bildiğimiz haliyle toplum her iki etkileşim kategorisinin de ürünüdür, nitekim ikisi de bütünüyle olumlu şeyler olarak tezahür ederler.”⁷⁷

Coser, amacını, felsefede ve toplumbiliminde uzunca bir süre sadece zararları üzerinden ele alınan çatışma olgusunun olumlu toplumsal işlevlerine dikkat çekmek olarak ifade eder.⁷⁸ Ona göre toplumsal çatışma normal bir görüngüdür; bir toplumsal etkileşim biçimidir ve sadece yıkıcı sonuçlar doğurmaz. Tam tersi, toplumsal düzende uyarlamaların gerçekleşmesine neden olarak toplumsal uyum düzeyinin yükselmesine de hizmet edebilir.

a. Topluluk Bağları Kurmak

Biz algısının oluşmasında çatışma önemli bir işleve sahiptir. Sınıfların, ulusların, mezheplerin vb. oluşmasında diğer topluluklarla olan çatışmalar büyük rol oynar.⁷⁹ Nitekim çatışmanın yokluğu da toplulukların dağılması sonucunu doğurur. Coser'a göre dikey toplumsal hareketliliğin kurumsallaştığı toplumlarda bu dağılmanın örneklerine rastlamak mümkündür.⁸⁰ Bireysel gayretlerle toplumsal katmanlar arasında yukarı doğru geçişin olanaklı olması bu katmanlarda yer alan kişilerin meseleyi topluluklar arası bir meseledense bireysel bir mesele olarak görmesine neden olabilir. Bu durumda iki topluluk arasındaki farklılık, topluluklar arası çatışma nedeni değil, bireysel güdülenme etkenine dönüşür. Kişi, içerisinde olduğu topluluğa bağlanmak yerine bir üst katmana geçmek için kendinden

⁷⁷ Simmel, 89. Bu uzun alıntı mazur görülsün. Çünkü bu, Simmel'dan yapacağım tek alıntı. Coser'ın başarılı derlemesi, Simmel'in bu konudaki görüşlerini yeniden ele alıp derlemeyi (en azından bu makale için) gereksiz kılıyor. Bu nedenle bu makalede Simmel'a doğrudan atıflar yapmak yerine Coser'ın yapıtı üzerinden ilerleyeceğim. Sadece Simmel'da olup Coser'ın üzerinde durmadığı önermeler için doğrudan Simmel'a atıf yapacağım.

⁷⁸ Coser, *The Functions*, 8.

⁷⁹ Coser, *The Functions*, 35.

⁸⁰ Coser, *The Functions*, 36.

olanlarla rekabet ilişkisi içine girecektir. Bu tutumun yaygınlaşması söz konusu topluluğun zayıflamasına ve dağılmasına yol açabilir.

b. Topluluğun İç Yapısını Şekillendirmek

Dışarıyla çatışma topluluğun iç yapısının şekillenmesinde de etkilidir. Dışardan gelen tehditler kural olarak içeride birlik güdüsünün yükselmesine ve topluluk içi iktidarın merkeze doğru toplanmasına neden olur. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için söz konusu topluluğun o dış çatışmadan önce de belirli düzeyde bir iç dayanışmaya sahip olması gerekir. Topluluk çatışma öncesinde yeterli iç uyuma sahip değilse dış çatışma topluluğun dağılmasına neden olabilir.⁸¹

Dışarıyla çatışma, topluluğun iç çatışmaları ele alış biçimi üzerinde de etkilidir. Dışarıyla çatışma içerisinde olan topluluklar içerideki meydan okumaları farklı yöntemlerle ele alabilirler. Coser bunu bir gemi eğretilmesiyle açıklar.⁸² Suyun basıncının gemiyi parçalamasını önlemek için geminin gövdesini çok sert ve sağlam bir ağaçtan yapmak da çok esnek bir ağaçtan yapmak da kendilerine göre artıları ve eksileri olan seçeneklerdir. Baskıya karşı içeride sertliği arttırmak da esnekliği arttırmak da tercih edilebilir.

Bu tercih keyfi değildir. Simmel ve Coser'a göre topluluğun büyüklüğü bu noktada belirleyici olabilir.⁸³ Kitlesel siyasi partiler ya da Katolik kilisesi gibi büyük topluluklar dış çatışma esnasında genellikle içeride esnekliği artırma yoluna giderler, böylece farklı yönelimlerin kitle içerisinde bir arada bulunabilmesi sağlanarak bölünme riski düşürülür. Üye sayısı az olan tarikatlar ya da azınlık siyasi partiler ise içeride toleransı düşürerek sertliği artırma eğiliminde olurlar.⁸⁴

Dış çatışmaya içerideki tolerans düzeyini düşürerek yanıt veren topluluklarda cadı avlarının artması beklenir. İçerde "hainlere" yönelik sürekli bir "temizlik" hareketi yürütülürken üyelerin topluluğa bağlılıklarını yeniden ve yeniden ispatlamaları istenebilir.⁸⁵ Zira artık topluluğun varlığı saflığına bağlıdır.⁸⁶

c. Topluluk Bağlarını Korumak

Coser'a göre çatışmanın olanaklı olması, bir ilişkiyi ve o ilişki temelinde kurulmuş olan topluluğu sürdürebilmek için gerekli ve yararlıdır.⁸⁷ Topluluk üyeleri, birbirlerine yönelik yakınmalarını ve öfkelerini dile getirme ve zaman zaman

⁸¹ Coser, *The Functions*, 92-93.

⁸² Coser, *The Functions*, 96.

⁸³ Coser, *The Functions*, 96.

⁸⁴ Coser, *The Functions*, 100.

⁸⁵ Coser, *The Functions*, 100-101.

⁸⁶ Bu bitmeyen hain avı, Sennett'in *Kamusal İnsanın Çöküşü* eserinde de ele alınan bir konu. Simmel ve Coser'dan farklı olarak Sennett bu histerinin büyük toplumlarda da ortaya çıkabildiğini öne sürüyor. Bkz. Richard Sennett, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, çev. Serpil Durak ve Abdullah Yılmaz, (İstanbul: Ayrıntı, 2013), 398.

⁸⁷ Coser, *The Functions*, 48.

çatışma olanağına hiç sahip değillerse geri çekilme tutumu içerisine girebilirler. Bu halde topluluğun varlığını tehlikeye atabilecek iki sonuç ortaya çıkar. Birincisi üyelerin topluluğa yönelik aidiyet bilinçlerinin zayıflamasıdır. İkincisi ise üyelerin düşmanca duygularını yönlendirecek bir mecra bulamamaları nedeniyle bu duygularını bastırmalarıdır. Bu bastırma, sonradan topluluğu tümüyle dağıtabilecek patlamaların ortaya çıkmasına neden olabilir.

Kimi topluluklarda, zaman içerisinde, çatışan tarafların ilişkiyi ve topluluğu tehlikeye atmayacak şekilde çatışmalarını yaşayabilmeleri için düzenlemeler ortaya çıkar. Bu durumda bu çatışmalar yukarıda sözünü ettiğimiz kurumsallaşmış çatışmalara dönüşürler. Bu halde söz konusu çatışmaların topluluk için bir tehdit teşkil etmeyip tam tersine topluluğun varlığının sürdürülmesi bakımından yararlı olduğunu söyleyebiliriz.

Kimi topluluklarda ise, çatışmaların bastırılmasının yaratacağı tehdide karşı emniyet supabı işlevi gören kurum ve uygulamalar oluşturulur. Bunlar, çatışmaya neden olan düşmanca duyguların odağını esas nesnesinden uzaklaştırıp başka bir hedefe yönlendirir. Topluluk üyeleri bu hedefler üzerinden öfkelerini atarlar. Cadı avları, günah keçileri, holiganizm vs. bu emniyet supaplarına örnek gösterilebilir.⁸⁸

Emniyet supabı kurumların oluşturulmuş olması öfkenin bastırılmasından kaynaklanan patlama tehdidini erteleyerek kısa vadede topluluğun varlığının sürdürülmesine hizmet eder. Ancak bunlar, çatışan tarafları yanlış yönlendirerek çatışmaların hedefinden sapmasına neden olur. Bu halde söz konusu çatışmalar yukarıda sözünü ettiğimiz gerçekçi-olmayan çatışmalara dönüşürler. Çatışma gerçekçi bir biçimde ele alınıp bir sonuca bağlanmadığı için, çatışma nedeni de ortadan kalkmış olmaz. Bu nedenle böyle bir topluluk sürekli aynı anlaşmazlıklar etrafında aynı çatışmayı yeniden yaşamak durumunda kalır. Bu da uzun vadede hem toplumun ilerleyememesine hem de düşmanlıkların birikip yoğunlaşmasına neden olur.⁸⁹

d. Toplumsal Dönüşümü Tetiklemek

Çatışma bilim, teknoloji, ekonomi ve hukuk gibi birçok alanda toplumsal ilerlemeyi tetikler. Değer ve çıkar farklılıkları, olan ile olması istenenler arasındaki uyumsuzluklar, eski ile yeni arasındaki gerilim, yeni ihtiyaçlar ile mevcut olanaklar arasındaki dengesizlikler toplumsal dönüşümün yakıtını oluşturur.⁹⁰ Tüm bu farklılık ve gerilimler çatışan topluluklar üzerinden kamusal alana taşınır ve edimselleşir. Buna karşılık, sınınanmayan ve sorgulanmayan bir düzen durağanla-

⁸⁸ Coser, *The Functions*, 44.

⁸⁹ Coser, *The Functions*, 45.

⁹⁰ Lewis A. Coser: "Social Conflict and the Theory of Social Change", *The British Journal of Sociology*, 8/3 (Eylül 1957), 197.

şır, geçmişin egemenliği altına girer ve yaratıcılığını yitirir.⁹¹ Öyle ki Dahrendorf, çatışmanın sadece toplum için değil bizatihi yaşam için bir gereklilik olduğunu söyleyecek kadar ileri gider.⁹²

Çatışma, çatışan toplulukları daha titiz, daha dikkatli ve daha verimli olmaya iter. Coser, bu bağlamda ABD ve İngiliz sendikalarının on dokuzuncu yüzyılın sınıf mücadelesi içerisindeki tutumlarını karşılaştırır.⁹³ Ona göre ABD sendikaları daha sert ve militan bir mücadele vermiş ve sermaye sınıfı sendikalarla mücadelenin çetinliği ölçüsünde kol gücüne duyulan gereksinimi azaltacak teknik olanaklar geliştirmek durumunda kalmıştır. Bu sayede ABD’de tarım ve sanayide makineleşme daha hızlı gerçekleşmiştir. Buna karşın İngiltere’de işçi sendikalarının ılımlılaşması İngiliz kapitalizminin bir noktadan sonra durağanlaşmasına ve verimliliğinin düşmesine neden olmuştur.

Çatışmalar bizatihi toplumsal düzenin üretiminde de etkindir. Simmel ve Coser’a göre çatışma her ne kadar uyumsuzluğu ve ayrı düşmeyi içerse de bir yandan da bir etkileşim biçimidir. Çatışma, çatışan taraflar arasında bir ilişkidir. Çatışma, belki de daha önce aralarında hiçbir ilişki olmayan kişi ve toplulukları bir araya getirir.⁹⁴ Bilinmeyenle ilk teması sağlar. Bundan sonra bu ilişkinin kurumsallaşması ve daha barışçıl bir biçime evrilmesi de her zaman olanaklıdır.⁹⁵

Toplumsal kurallar, çatışmaların çıktılarıdır ve toplum çatışmalarla yeniden ve yeniden düzenlenir. Bu bakımdan çatışma sadece düzensizlik üretmez. Tam aksine yeni kuralların oluşturulmasında ve var olan kuralların değiştirilmesinde yaratıcı bir işlevi de vardır. Keza çatışma yeni kurumların ve kurumsal uygulamaların ortaya çıkmasını da tetikleyebilir.⁹⁶ On dokuzuncu yüzyıldaki kanunlaştırma hareketleri, yirminci yüzyılın insan hakları belgeleri, kadın haklarını korumaya yönelik normlar, sosyal devlet uygulamaları, çalışma yaşamını düzenlemeye yönelik yasalar ve kurumlar... Bunların hepsi sınıf çatışması ve cinsiyet çatışması gibi çatışmaların tetiklediği yeniliklerdir. Bu bakımdan çatışma insanlığın yeni fikirlere ulaşmasını ve bu fikirlerin hukuk düzenine girmesini sağlar.

e. Toplumun İktidar Dengesini Kurmak ve Yeniden Kurmak

Bir toplum içerisindeki topluluklar o toplumda neleri isteyebilecekleri ve neleri elde edebilecekleri sorularının yanıtına sadece kendilerinden yola çıkarak ulaşamazlar. Topluluklar kendi kudretlerinin bilincine daha çok diğer topluluklarla çatışarak ulaşırlar. Çatışma, toplulukların hem kendilerinin hem de diğerlerinin

⁹¹ Coser, "Social Conflict, 199.

⁹² Dahrendorf, *Class*, 208.

⁹³ Coser, "Social Conflict, 198.

⁹⁴ Coser, *The Functions*, 121.

⁹⁵ Coser, *The Functions*, 122-123.

⁹⁶ Coser, *The Functions*, 126.

kudretleri hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar. Böylece iktidarın toplum içerisindeki dağılımı da görülmüş olur.⁹⁷

Kurumsallaşmış çatışmalarda, toplulukların birbirlerine doğrudan zarar verecek şekilde bilfiil çatışmaya girmeksizin görece kudretlerini ölçmelerini sağlayan araçlar geliştirilmiş olabilir. Söz gelimi seçimler ve hatta seçim anketleri böyle araçlar olup toplumdaki siyasal çatışmayı mecralandırırlar. Toplum içerisinde yer alan ve çatışan çıkarlara ve değer yargılarına sahip gruplar bilfiil çatışmaya girmeksizin bu uygulamalar aracılığıyla neleri isteyebilecekleri ve neleri alabilecekleri konusunda bilgi sahibi olurlar.

Toplulukların, kendilerinin ve diğerlerinin toplumsal iktidardan ne ölçüde pay aldıklarını bilmeleri güçlerini aşan taleplerden vazgeçmelerini kolaylaştırır ve böylece çatışan taleplerle ilgili pazarlıklar daha verimli bir biçimde yapılabilir.⁹⁸ Pazarlık ve ödünleşim olanakları genişledikçe çatışmalardaki usdışı öğeler geri plana itilir ve gerçekçi çözümlere ulaşılması kolaylaşır.

Çatışma, topluluklar arası ittifaklar oluşmasına yol açarak da toplumun iktidar dengesine katkıda bulunur. Farklı çıkarlara ve değer yargılarına sahip olan ama toplumsal iktidar çatışmasında ortak bir rakibe karşı aşağı konumda yer alan topluluklar arasında ittifak bağları kurulması sıkça rastlanan bir olgudur.⁹⁹ Daha önce çatışma içerisinde olan topluluklar, bu tür ittifak bağlarıyla bir araya geldiklerinde aralarındaki çatışmaları hafifletme ve çözme gayreti içerisine girebilir, daha önce vermedikleri ödünlere ittifak uğruna karşılıklı olarak verebilirler. Görüldüğü üzere çatışma toplumsal iktidar dengelerinin kurulması ve yeniden kurulmasında işlevseldir.

f. İstikrar Göstergesi ve Kaynağı Olarak İç Çatışma

Toplumda çatışmaların varlığı genellikle istikrarsızlık kaynağı veya göstergesi olarak görülür. Ancak Simmel ve Coser'a göre durum bunun tam tersi de olabilir. Çatışmaların yaşanabiliyor olması, başlı başına, güçlü ve istikrarlı bir ilişkinin göstergesidir.¹⁰⁰ İlişki içerisindeki kişiler, o ilişkinin çatışmalara dayanacak güçte olmadığını düşünüyorlarsa karşı tarafa olan öfkelerini dışa vurmakta, yakınmalarını veya isteklerini dile getirmekte çekingen davranırlar. Bu halde bu topluluk veya ilişki, dışarıdan bakıldığında hiçbir çatışma yaşanmayan istikrarlı bir topluluk veya ilişkiymiş gibi görünür. İşin aslı burada, biriken düşmanca duyguların patlamasıyla her an ortadan kalkabilecek bir ilişki mevcuttur.

Çatışma, bir topluluktaki istikrarın sadece göstergesi değil kaynağı da olabilir. Ancak bunun bazı koşulları var. Çatışmanın istikrar kaynağı olabilmesi için,

⁹⁷ Coser, *The Functions*, 134.

⁹⁸ Coser, *The Functions*, 136-137.

⁹⁹ Coser, *The Functions*, 140.

¹⁰⁰ Coser, *The Functions*, 81.

o topluluk çoğul çatışmaların yaşandığı bir topluluk olmalıdır. Diğer bir ifadeyle topluluk içerisindeki çatışma eksenleri üst üste binen eksenler değil, birbirini çaprazlayan eksenler olmalıdır.¹⁰¹

Çatışma eksenlerinin üst üste binmesi, bir toplumdaki temel çatışmalarda güçlü ve zayıf konumda olan birey ya da toplulukların birebir örtüşmesiyle olur.¹⁰² Örneğin sınıf çatışmasının ve mezhep çatışmasının temel çatışma eksenlerini oluşturduğu bir toplum düşünelim. Bu varsayımsal toplumun sınıf çatışmasında işçiler ve sermayedarlar karşı karşıya olup işçiler zayıf konumda olsun. Mezhep çatışmasında ise Aleviler ve Sünniler karşı karşıya olup Aleviler zayıf konumda olsun. Eğer işçi sınıfını çoğunlukla Aleviler oluşturuyorsa ve buna karşılık sermaye sınıfındakiler çoğunlukla Sünnilerse bu toplumda temel çatışma eksenleri üst üste binmiş demektir. Bu durumda iki temel çatışma eksenini birleşerek tek bir çatışma eksenine dönüşür. Bu büyük çatışma, içerisinde yer alan kişileri kişiliklerinin birçok yönüyle kendine dâhil eder. Bu nedenle çok yoğun bir çatışma olması kaçınılmazdır.¹⁰³ Elbette böylesi bir çatışmanın toplumda istikrar sağlaması da beklenemez.¹⁰⁴

Aynı örneği biraz değiştirelim. İşçiler çoğunlukla Sünni, sermaye sınıfındakiler Alevi olsun. Bu durumda toplumdaki ana çatışma eksenleri birbirini çaprazlıyor demektir. Toplumdaki kişiler bir alandaki zayıflıklarını başka bir alandaki güçlülükleriyle dengelerler.

Çatışmaların çoğul olması ise bir toplumdaki kişilerin aynı anda birden çok alt topluluğa üye olabilmesidir. Böylece bir kişinin bir çatışma ekseninde hasım olduğu diğer bir kişiyle başka bir çatışma ekseninde aynı tarafta yer alması ihtimali artar. Sınıf çatışmasındaki hasımlar, etnik çatışmada aynı kampta yer alabilirler. Bu durum söz konusu çatışmaların yoğunluğunu azaltır ve toplumsal istikrara katkıda bulunur.¹⁰⁵

III. TOPLUMSAL ÇATIŞMALARDA HUKUKUN ROLÜ

A. UYUM KURAMLARI: ÖNLEME VE BASTIRMA

Uyum kuramları ile çatışma kuramlarının toplumsal çatışma olgusunu ele alış biçimlerindeki kökten farklılık, bu çatışmalarda hukukun üstlenmesi gereken rol hakkındaki görüşlerine de yansır. Bir kere, bu iki kuramın hukuku ve genel olarak toplumsal iktidarı yerleştirdikleri konum ve bunların kaynağına ilişkin görüşleri epey farklıdır.

¹⁰¹ Coser, *The Functions*, 77.

¹⁰² Dahrendorf, *Class*, 214.

¹⁰³ Dahrendorf, *Class*, 213.

¹⁰⁴ Coser, *The Functions*, 77-78.

¹⁰⁵ Coser, *The Functions*, 84; Dahrendorf, *Class*, 218.

Uyum kuramlarında toplumsal iktidar toplumsal alanın dışında ve üzerinde, hatta topluma aşkın bir konumda yer alır. Platon'da bu aşkınlık ideaların nesnelere olan aşkınlığından kaynaklanır. Filozof kral, iyi ideasının bilgisine ermiş kişidir, toplumun aklısıdır. İyi ideası, iktidarın hem kaynağı hem varlık sebebi hem de ülküsünü oluşturur. Tersten ifade edecek olursak iktidar kaynak bakımından da sebep bakımından da amaç bakımından da topluma aşkındır.

Varlığa ve bilgiye bakışlarındaki köklü farklılığa rağmen, iktidarın topluma aşkınlığı konusunda Platon ve Hobbes (farklı temeller üzerinden de olsa) oydaşırlar. Gerçi insanların bir araya gelip bir sözleşme yaparak iktidarı kuruyor olması, iktidarın toplumdan kaynaklandığı, toplumsal kökleri bulunduğu gibi bir düşünceye neden olabilir. Gelgelelim Hobbes'un kuramında toplum sözleşmesinden önce bir toplum bulunmamaktadır.¹⁰⁶ Toplum ve siyaset toplum sözleşmesi anında eş zamanlı olarak ortaya çıkar. Birbirlerinden kaynaklandıkları ya da türedikleri veyahut birinin diğerinin uzantısı olduğunu söylemek mümkün değildir.

İktidar toplumun aklı ya da ruhudur, tektir, yekparedir, toplumdan ayrı ve üstündür. İktidar ve hukuk böylece toplumdaki bireyler, topluluklar ve bunlar arasındaki çatışmalardan ayrı ve üstün bir yere konur. İktidar ve hukuk toplumsal etkileşimlerin, çatışmaların ve dengelerin bir çıktısı değildir. İktidar, adeta kendi iç devinimiyle çözüme ulaşamayacak, çıkmaza girmiş bir hikâyeyi sonuca bağlayan *deus ex machina* gibi yaşama dışardan dâhil olmaktadır.

Böyle bir bakış açısında hukuk, toplumsal çatışmalar bakımından bağımsız ve tarafsız bir ölçüt ve çözüm yolu olarak görünür. Bağımsızdır, çünkü kaynağı toplumsal etkileşim değildir, tam tersine toplumsal etkileşim ancak hukuk varsa olanaklıdır. Tarafsızdır çünkü iktidar sözleşmenin tarafı değildir. İktidar, kardeşlerin kavgasını ayırmak üzere odaya giren ebeveyn gibidir. Kardeşlerin bilmediği ya da yaratmadığı bir ölçütü ortaya koyar ve gerekirse zorla uygulayarak çatışmayı çözer.

İktidarın bu üstün ve tarafsız konumu hukukun rolünü de belirler. İktidar yekpare görüldüğünde çatışma ister istemez bir soruna dönüşür. Akıldaki, ruhtaki ve bedendeki çatışmalar elbette istenmedik şeylerdir. İktidar, iyinin bilgisinin gereğine göre ya da barışın sağlanması amacı çerçevesinde buyruklar verip yasalar oluşturarak çatışmaları önlemeli ve bastırmalıdır. Hukukun amacı, çatışmaları önleyerek ya da ortadan kaldırarak mükemmel toplumsal uyumu sağlamaktır.

B. ÇATIŞMA KURAMLARI: MECRALANDIRMA

1. Temel Tezler

Çatışma kuramlarında iktidar ve hukukun ele alınışı, uyum kuramlarına göre daha karmaşık. Burada iktidar, genel olarak, bir kişinin ya da topluluğun kendi

¹⁰⁶ Wittgens, 47.

eylem olanaklarını diğer kişi ve toplulukların aleyhine olacak şekilde genişletme ya da diğerlerinin eylem olanaklarını kendi lehine olacak şekilde daraltma olanağı olarak tanımlanır.¹⁰⁷ Daha basitçe ifade edecek olursak, *iktidar bir öznenin kendi isteğini diğer öznelerin karşı çıkmasına rağmen gerçekleştirebilme olanağıdır*.

Varlıklı olmak, sayısal üstünlüğe sahip olmak, adanmışlık, saygınlık, teknik üstünlüğe sahip olmak, iletişim üstünlüğüne sahip olmak, ideolojik üstünlüğe sahip olmak... İktidar bu ve benzeri kaynaklara sahiptir.¹⁰⁸ Bu kaynaklar toplumda dağılmış haldedir. Dolayısıyla toplumsal iktidar, uyum kuramalarında dile getirildiği gibi devlet iktidarında vücut bulan yekpare bir bütünlük arz etmez. Devlet iktidarı, toplumdaki iktidar dengesinin bir ölçüde çıktısı veya endeksi olabilir ama devlet de son tahlilde toplumdaki iktidar üslerinden sadece biridir.¹⁰⁹

Çatışma kuramlarında iktidar, topluma aşkın değil için kabul edilir. *İktidarın kaynağı da sebebi de amacı da toplumsaldır*. İktidar, siyaset, hukuk ve toplum aynı evrende, aynı düzlemde yer alır. Hukuk toplumsal çatışmalardan bağımsız ya da çatışan öğeler karşısında tarafsız değildir. Tam tersine, hukuk toplumsal çatışmaların ürünüdür.¹¹⁰ Hukukun ne olması gerektiği ve hukukun ne olacağına kimin karar vermesi gerektiği başlı başına toplumsal çatışma konusudur. Dolayısıyla hukukun çatışmaları tümüyle önlemesi, bastırması, çözmesi ve böylece mükemmel toplumsal uyumu gerçekleştirmesi beklentisi gerçekçi bir beklenti değildir.

Toplumsal çatışmanın nihai olarak çözülmesi olanaklı değildir. Olsa olsa belirli bir çatışmanın konularından birini oluşturan belirli bir anlaşmazlığın çözüme kavuşturulması söz konusu olabilir. Bu çözümün de geçici olması her zaman mümkündür. Sözgelimi belirli bir zamanda işçiler ve işverenler arasında fazla mesai ücretlerine ilişkin ortaya çıkan bir anlaşmazlık çözüme kavuşturulabilir, sonraki bir zamanda asgari ücrete ilişkin bir anlaşmazlık, sonrasında iş güvencesine ilişkin bir anlaşmazlık çözüme kavuşturulabilir ama sınıf çatışmasının böyle böyle tümüyle ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Zira bu anlaşmazlıklar sınıf çatışmasının sebebini değil farklı görünüm biçimlerini oluşturur.¹¹¹

Toplumsal çatışmanın mutlak bir biçimde bastırılması da olanaklı değildir. En baskıcı düzenlerde bile açıkça dışa vurulamasa bile çatışmalar varlığını sürdürmeye devam eder. Dahrendorf bu konuda tek partili otoriter düzenleri örnek gösterir.¹¹² *İdeal* tek partili otoriter düzende toplumda tek bir parti/topluluk vardır.

¹⁰⁷ de Kadt, 461.

¹⁰⁸ de Kadt, 462.

¹⁰⁹ de Kadt, 463.

¹¹⁰ Yeni yasalar oluşturmayı ve var olanları değiştirmeyi çatışmanın işlevlerinden biri olarak belirtmiştim. Bkz. Yukarıda "Çatışmanın İşlevleri" başlıklı bölüm.

¹¹¹ Dahrendorf, *Class*, 223.

¹¹² Dahrendorf, *Class*, 311-3.

Bunun dışında hiçbir örgütlenmeye izin verilmez. Toplumsal hareketlilik ve sınıflar arası geçiş olanakları oldukça sınırlıdır. Partinin bittiği yerde tebaa başlar. Birçok kesim siyasal alandan tamamen dışlanmış, bazı kesimler mutlak yoksunluk durumuna itilmiştir.¹¹³ Çatışma çözümü gündemde olan bir konu değildir, çünkü bu düzende ihtilafa yer yoktur, muhalefetin her türü “ayaklanma”, “isyan” ve “terör” olarak ele alınır ve bastırılır.

Gelgelelim bu tür toplumlarda bile çatışmalar mutlak bir biçimde bastırılmaz. Zira bir toplumun hele hele modern karmaşık toplumların tek bir parti ve tek bir ideoloji ile temsil edilmesi olanaksızdır. Zamanla tek parti içinde hizipleşmeler başlar ve toplumsal çatışma eksenleri bu hizipler üzerinden kendisini dışa vurur. Hizipleşmelere gösterilen toleransın düzeyi düzenin geleceği bakımından belirleyicidir. Bu tür hizipleşmelere ve farklı fikirlerin dile getirilmesine yüksek tolerans gösterilen tek partili düzenlerde (aşağıda demokrasiler bakımından söyleyeceğimiz gibi) çatışmaların yoğunluk ve şiddeti azalır ve düzen varlığını sürdürebilir. Hizipleşmelere hiç tolerans gösterilmemesi durumunda düzen içerisinde hiçbir araçla dışa vurulamayan bir gerilim birikmeye başlar. Düzenin şiddetli bir devrimle yıkılma olasılığı anbean artar.¹¹⁴ Her halükarda, çatışmasız toplum ülküsü, özellikle modern toplumlar bakımından, gerçekçi olamayacak bir ülküdür.

Toplumsal çatışmanın tümüyle ortadan kaldırılması arzulanır bir şey de değildir. Çatışma temel toplumsal etkileşim biçimlerinden biridir. Yukarıda gördüğümüz üzere¹¹⁵ çatışma hem toplumsal dönüşüm hem istikrar bakımından önemli işlevlere sahiptir. Her toplumun uyuma olduğu kadar çatışmaya da gereksinimi vardır. Toplumsal istikrar uyum ve çatışma arasındaki dengeyle doğru orantılıdır.¹¹⁶

2. Hukuktan Beklenen

Peki, toplumsal çatışmalar kesin bir biçimde çözülemiyorsa, tümüyle önlenemiyorsa ve mutlak bir biçimde bastırılmıyorsa hukuktan beklenen nedir? Çatışma kuramlarına göre hukukun üstlenmesi gereken rol, toplumsal çatışmaları mecranlandırmaktır. Hukuk bu rolü, çatışmaları düzenleyip kurumsallaştırarak yerine getirir. Böylece toplumsal çatışmaların yıkıcılığı azalır. Hukuk çatışmayı kendi diline tercüme ederken bir yandan da çatışmada yer alan gazez, kin ve nefret gibi usdışı öğeleri ayıklayarak çatışan tarafların içinde buldukları durumu daha gerçekçi bir biçimde kavramalarını sağlar.¹¹⁷ Böylece tarafların gözünde çatışma bizatihi bir amaç olmaktan çıkıp salt bir araca dönüşebilir. Hukuk kendini

¹¹³ Dahrendorf, *Class*, 315.

¹¹⁴ Dahrendorf, *Class*, 314.

¹¹⁵ Bkz. Yukarıda “Çatışmanın İşlevleri” başlıklı bölüm.

¹¹⁶ Mack ve Snyder, 227.

¹¹⁷ Mack ve Snyder, 220.

verimli bir çatışma çözüm aracı olarak sunduğu sürece, tarafların başka araçlara başvurma gereksinimi de azalacaktır. Hukuk birçok alanda olduğu gibi toplumsal çatışmalarda da öngörülebilirliği sağlar. Bir çatışma ne ölçüde kurumsallaşmışsa o ölçüde öngörülebilir, istikrarlı ve işlevseldir.¹¹⁸

Kurumsallaşmamış ya da kurumsallaşma düzeyi düşük olan çatışmalarda, üzerinde uzlaşmış usul ve kurallar bulunmaz, iletişim istikrarsız ve güvensizdir. Tarafların kendi güçlerini ve karşı tarafın gücünü görmelerini sağlayacak barışçıl araçlar bulunmaz. Taraflar aralarındaki güç farklılığını ancak bilfiil çatışarak görebilirler. Bu eksiklikler bu tür ilişkilerde aynı anlaşmazlıkların tekrar tekrar gündeme gelme ve şiddetli çatışmalara neden olma olasılığını artırır.¹¹⁹ Bununla birlikte her ne kadar kurumsallaşmamış çatışmalar desek de bu çatışmalar da uzay boşluğunda gerçekleşmez. Onları da sınırlayan bir bağlam vardır. Mack ve Snyder çatışmaları kuşatan kurumsallaşmamış etmenleri (sınırlı sayıda olmamak üzere) şöyle sıralar: (1) tarafların karşılıklı işlevsel bağımlılıkları, (2) etkileşime duyulan karşılıklı gereksinim, (3) çatışmanın maliyeti, (4) tembellik ve tarafların örgütsel verimsizliği, (5) cehalet, (6) tabular, (7) ortak kültürel ve toplumsal kabuller, (8) diğer topluluklarla olan ilişkiler.¹²⁰ Bu etmenler ne kadar etkinse söz konusu çatışmanın kurumsallaşma eğilimi de o kadar yüksektir.

Kurumsallaşmış çatışma, yeni siyasaaların oluşturulması ve hayata geçirilmesi bakımından esas toplumsal güdülenimi oluşturur. Çatışmanın parçası olan anlaşmazlıklara hukuki süreçler içerisinde tarafların karşılıklı kabulüyle getirilen çözümler yeni kurallar için temel teşkil etmeye başlar. Bu kurallar söz konusu çatışma kapsamında sonradan ortaya çıkacak yeni anlaşmazlıklarda da emsal olarak kullanılır. Hukukun eski anlaşmazlıkları çözmede gösterdiği başarı sonradan ortaya çıkacak anlaşmazlıklarda da tarafların başka bir araçtansa hukuka başvurma eğilimlerini güçlendirecektir.¹²¹

Bir çatışmayı hukuk aracılığıyla düzenlemeye ve o çatışma kapsamında belirli anlaşmazlıkları hukuki yöntemlerle çözmeye yönelik girişimlerin başarılı olması bazı koşullara bağlıdır. Bu bağlamda Dahrendorf dört temel koşul belirtir.¹²² İlk, taraflar bir çatışma içerisinde olduklarını kabul etmelidir. Ortada bir çatışma olmadığını iddia eden taraf, olmayan çatışmanın çözümüne de katkı sunmayacaktır.

İkinci olarak, taraflar içinde buldukları çatışma durumunun gerekliliğini kabul etmelidir. Çatışmanın gerekliliğini kabul etmek demek, karşı tarafın meşru bir toplumsal özne olduğunu ve bu çatışmaya girmekte kendince haklı sebepleri

¹¹⁸ Mack ve Snyder, 244.

¹¹⁹ Mack ve Snyder, 244.

¹²⁰ Mack ve Snyder, 246-7.

¹²¹ Mack ve Snyder, 243.

¹²² Dahrendorf, *Class*, 224.

olduğunu kabul etmek demektir. Elbette bu, karşı tarafın taleplerinin tümüyle haklı olduğunu kabul etmek anlamına gelmez. Zira bu, çatışmayı gereksiz kılan bir kabul olur. Bu koşul özünde şunu ifade eder: Eğer taraflardan biri, karşı tarafın bizatihi varlığını meşru görmüyorsa ya da karşı tarafın sebepsiz saldırganlık sergilediğini ve akıl alır hiçbir hedefe sahip olmaksızın salt zarar vermek için hareket ettiğini düşünüyorsa o tarafın gözünde bu çatışma gereksiz bir çatışmadır. Bu durumda da hukuki yöntemlerin etkili olması beklenemez.

Üçüncü koşul çatışan toplulukların örgütlenmiş olmasıdır. Çatışan taraf adına konuşmaya, pazarlık yapmaya ve ödün vermeye kimin ya da kimlerin yetkili olduğu belirli olmalıdır. Çatışan topluluklar dağınık ve tutarsız yığınlardan oluşuyorsa burada da düzenlemelerin, pazarlıkların veya kabullerin etkili olması beklenemez.¹²³

Son olarak, hukuki yöntemlerin çatışmaların düzenlenmesinde etkili olabilmesi için çatışan tarafların söz konusu toplumun hukuk düzenindeki temel kurallar üzerinde uzlaşıyor olması gerekir. Bu tür ortak kabul gören temel kuralların veya ilkelerin varlığı o toplumdaki çatışmaların mecralandırılmasında ve şiddetli patlamaların önlenmesinde etkilidir. Gelgelelim taraflardan biri mevcut düzeni tanımıyor ve bambaşka bir düzen kurmak için mücadele veriyorsa bu ilkelerin etkili olması beklenemez.¹²⁴ Öte yandan bu tanımama iki yönlü de olabilir. Eğer toplumsal düzenin temel kuralları o toplumda yer alan topluluklardan birini sürekli engelleyecek, bastırarak ya da yok sayacak şekilde oluşturulmuşsa bu kurallar kendilerinden beklenen mecralandırma işlevini yerine getiremez.¹²⁵

3. Hukuki Yöntemler

Çatışma kuramlarında yasama süreçleri, yasalar, yaptırımlar, arabuluculuk, tahkim, uzlaştırma, oylama gibi hukukla ilişkili birçok çatışma düzenleme yöntemi önerilmiştir.¹²⁶ Her bir yöntemin etkililik düzeyi eldeki durumun niteliğine göre değişir. Sözgelimi sınıf çatışması kapsamındaki anlaşmazlıklarda arabuluculuk görece daha etkilidir, buna karşılık işçiler ve işverenlerin eşit temsille yer aldığı ve oy çokluğuyla karar alınan bir kurul birçok anlaşmazlıkta sonuca varamayabilir. Siyasi çatışmalarda ise tam tersi söz konusu olabilir. Örgütlenme düzeyi yüksek topluluklarda arabuluculuk gibi gönüllülüğe dayalı yöntemler işlevselken, dağınık topluluklar söz konusu olduğunda bağlayıcılık düzeyi yüksek yargısal yöntemlere başvurmak daha yararlı olabilir.¹²⁷ Bu bakımdan bu yöntemlerin olanakları ve sınırlılıklarıyla ilgili genel önermeler ileri sürerken dikkatli olmak gerekir.

¹²³ Dahrendorf, *Class*, 225.

¹²⁴ Dahrendorf, *Class*, 226.

¹²⁵ Dahrendorf, *Class*, 227.

¹²⁶ Mack ve Snyder, 238.

¹²⁷ Mack ve Snyder, 238-9.

Bu makalede bu yöntemlerin her birini ele almak niyetinde değilim. Sadece temsil, arabuluculuk ve yargılama konuları üzerinde kısaca duracağım. Burada amacım bu süreç ve yöntemler hakkında ayrıntılı bilgiler vermek değil. Çatışma kuramlarının çatışmaların düzenlenmesi konusuna bakışımı genel hatlarıyla ortaya koymayı hedefliyorum.

a. Yasama Süreçleri ve Temsil

Yasama süreçleri ve yasalar, toplumsal çatışmaların düzenlenip mecralandırılması bakımından önemli araçlardır. Yasamanın ve yasaların önemini vurgulamak bakımından uyum kuramları ve çatışma kuramları oydular. Hatırlanacağı üzere, Hobbes'a göre, yasalar yapıp bunları uygulayarak çatışmaları önlemek egemenin en önemli görevi ve varlık sebebiydi. Ancak çatışma kuramlarında yasama süreçlerinin kavranış biçimi Hobbes'un kavrayışından epey farklıdır. Bir kere, çatışma kuramları içerisinde "egemen" terimi hiç kullanılmaz, bu kavrayışta "egemenlik" kavramı olsa olsa muazzam bir toplumsal iktidar ilişkileri ağının bir anlık görünümünü ifade edebilir. Bu haliyle de asla işlevsel bir kavram değildir.

Yasama süreçlerinin çatışmaları mecralandırabilmesi, çatışan tarafların bu süreçlere katılımına bağlıdır. Bu bakımdan çatışma kuramlarında yasama işlemlerinin kurultay türü organlarca yapılması gerektiği vurgulanır.¹²⁸ Bu organlar, tüm toplumun temsil edildiği ulusal meclislerden sadece belirli bir çatışmanın taraflarının temsil edildiği kurullara kadar çeşitli düzeylerde kurulmuş olabilir. Çatışan topluluklar ya da genellikle temsilcileri bu kurullarda bir araya gelerek çatışmalarını barışçıl ve görece yapılandırılmış bir biçimde sürdürürler. Bu tür kurulların sadece varlığı bile çatışmaların şiddetini azaltan bir öğedir.

Dahrendorf'a göre bu tür bir kurulun herhangi bir çatışmayı etkili bir biçimde düzenleyebilmesi dört koşula bağlıdır¹²⁹:

- Özerk olma: Bu kurul herhangi bir başka makamın onayına gerek duymaksızın doğrudan uygulanabilir kararlar alabilmeli.
- Tekel olma: Söz konusu toplumda aynı işleve sahip başka bir kurul olmamalı.
- Bağlayıcı olma: Çatışan toplulukların anlaşmazlıkları kurula getirmesi zorunlu olmalı. Kurulun kararı tüm taraflar üzerinde bağlayıcı olmalı.
- Katılımcı olma: Kararlar alınmadan önce tüm tarafların kendi iddialarını dile getirme olanağı bulunmalı.

Dahrendorf'a göre demokrasi bizatihi bir toplumsal çatışma mecralandırma yöntemidir.¹³⁰ Bir ideal tip olarak demokratik toplum, toplumsal temsile dayanan meclislerin nihai yetkeye sahip olduğu, toplulukların örgütlenme hakkının

¹²⁸ Dahrendorf, *Class*, 228.

¹²⁹ Dahrendorf, *Class*, 229.

¹³⁰ Dahrendorf, *Class*, 308.

tanındığı, ittifak ve koalisyonların kurulabildiği, ifade özgürlüğü çerçevesinde özgür iletişimin sağlandığı, köklü siyasi partilerin, ideolojilerin ve önderliklerin bulunduğu toplumdur. Böyle bir toplum, toplumsal çatışmalar için zaten hazır mecralar barındırmaktadır. Bu nedenle, kuramsal olarak, demokratik toplumlarda toplumsal çatışmalar tümüyle şiddetten arı bir biçimde gerçekleşebilir.

İdeal demokratik toplumlar toplumsal hareketliliğin ve çeşitliliğin üst düzeyde olduğu çoğulcu toplumlardır. Toplumsal iktidar tek elde toplanmaz. Bu tür toplumlarda çatışma eksenlerinin üst üste binmesi ve bu nedenle belirli toplumsal kesimlerin mutlak yoksunluk durumuna düşmesi beklenmez. Bir sınıfın, budunun, mezhebin vs. üyesi olmak mutlak siyasal ayrıcalıklar ya yoksunluklar nedeni değildir. Kişiler kendi çabalarıyla toplumsal konumlarını değiştirebilirler. Kişinin üyesi olduğu toplulukların sayısı ve türü ne kadar çoksa ve bu topluluklardan kendi istek ya da çabasıyla ayrılması ne kadar kolaysa bunların her birine yönelik adanmışlık düzeyi o kadar düşük olacaktır.¹³¹ Bu durum da demokratik toplumlarda çatışmaların yoğunluğunun düşmesini sağlar. Dahrendorf'un sözüyle, “[k]urumların, çatışma eksenlerinin, gruplaşmaların ve çıkarların çoğulluğu, dile getirilen her çıkar için bir başarı fırsatı sağlayan canlı, renkli ve yaratıcı bir siyasi çatışma ortamı yaratır”.¹³²

Bununla birlikte demokratik toplumların da kendi riskleri var. Bu toplumlarda toplumsal çatışmalar mecralandırılırken bunların kendi mecrasından tümüyle kaydırılması tehlikesi söz konusudur. Resmi demokratik kurumların toplumsal çatışmaların sürdürülebileceği tek meşru alan olarak kabul edilmesi, toplumsal çatışmayı siyasi elitler ve meslekten siyasetçiler arasındaki bir laf dalaşına dönüştürebilir. Siyasi partiler işlevsizleşerek halktan ve dolayısıyla gerçek çatışma eksenlerinden kopabilir. Bu durum toplumda demokratik kurumların çözüm oluşturma becerilerine ilişkin güvensizliğe ve resmi demokratik süreçlere yönelik ilgisizliğe yol açabilir.¹³³

b. Arabuluculuk

Çatışmaları mecralandırmanın bir diğer yolu da arabuluculuk. Arabuluculuk terimini burada, en geniş anlamda tarafların çatışmanın tarafı olmayan “üçüncü” bir aktöre başvurmasını ifade etmek için kullanıyorum. Üçüncü aktöre başvurma kararının verilmesinde ve bu aktörün belirlenmesinde taraflara söz hakkı tanınıp tanınmaması, arabulucunun kararının niteliği ve bağlayıcılık düzeyi gibi değişkenlere göre bu yöntem farklı isim (tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma), usul ve biçimlerde karşımıza çıkabilir. Bu seçeneklerin her biri eldeki çatışmanın doğasına göre çatışmanın düzenlenmesine farklı düzeylerde katkı sunacaktır. Bununla birlikte bazı

¹³¹ Dahrendorf, *Class*, 191.

¹³² Dahrendorf, *Class*, 317.

¹³³ Dahrendorf, *Class*, 310.

genel tezler ileri sürülebilir. Bir kere, her iki tarafın da kabul ettiği bir arabulucuya başvurmanın her durumda yararlı olacağı belirtilmektedir.¹³⁴ Ancak arabulucunun, çatışmaya dâhil büyük anlaşmazlık konularına kesin çözümler bulmaya çalışması önerilmemektedir. Bunun yerine arabulucu, çatışmadaki usdışı öğelerin ayıklanmasına, tarafların daha önce düşünemedikleri çözüm seçeneklerini görebilmesine ve “onurlu mağlubiyetlerin” hazmedilebilmesine yardımcı olmalıdır.¹³⁵

Arabuluculuk yönteminin etkili olması için yöntemin gönüllülük ilkesine dayanması ve pragmatik/işgörür bir tarzda kullanılması gerekir. Arabulucuya başvurmanın ya da arabuluculuk süreci sonunda arabulucunun önerisine uymanın zorunlu olduğu durumlarda gönüllülük ilkesi gözetilmiyor demektir. Bu halde arabuluculuk çatışmaların düzenlenmesinden çok bastırılmasına hizmet eder.¹³⁶

Arabulucu kişi ya da kurul, tarafların her biri için kabul edilebilir ve işgörür nitelikte bir çözümü eldeki çatışmaya özgü bir biçimde önerebilmelidir. Arabulucunun hukukun genel, soyut ve mutlak ölçüt ve kurallarına bağlı hareket etmek zorunda olduğu durumlarda arabuluculuk kendinden beklenen işlevi gerçekleştiremez.¹³⁷ Çünkü bu durumda, mevcut düzenlemeler ve ölçütlerce talepleri tanımayan taraf, arabuluculuk sürecinin kendisinin kabul edebileceği bir sonuç üretemeyeceğini öngörerek diğer çatışma araçlarına yönelecektir. İşin aslı soyut kuralların mutlak bir biçimde gözetildiği bir süreç arabuluculuk değil yargılama olarak adlandırılmalıdır.

c. Yargılama ve Yaptırım

Hukuki işlem ve süreçler dendiğinde akla ilk gelen mecra adliye olabilir. Adli süreçler “resmiyet, merkezilik, genellik, bürokrasi ve tekelleştirilmiş şiddet kullanımı”¹³⁸ bakımından diğer yöntemlerden daha üstün olsa da toplumsal çatışmaların çözümünde adliyenin akla son gelen mecra olması gerektiği vurgulanıyor.¹³⁹ Hukuki olan veya olmayan tüm diğer barışçıl yöntem ve tekniklerin kullanılıp başarısız olunması ve çatışmanın şiddetli ve akut bir soruna dönüşmesi halinde son çare olarak yargılama ve yaptırım yoluna gidilmelidir. İşin aslı yargılama bir çatışma mecralandırma yönteminden öte çatışma bastırma yöntemidir.

Yargılama hem süreç hem sonuç bakımından diğer yöntemlerden çok farklıdır. Diğer yöntemlerde gönüllülük esassen yargılamada bağlayıcılık esastır. Diğer yöntemler, yargılamaya göre oldukça esnekler. Yargılamada emredici kurallar

¹³⁴ Clark Kerr, “Industrial Conflict and Its Mediation”, *American Journal of Sociology*, 60/3 (Kasım 1954), 236.

¹³⁵ Mack ve Snyder, 238-9.

¹³⁶ Dahrendorf, *Class*, 228-30.

¹³⁷ David Lockwood, “Arbitration and Industrial Conflict”, *The British Journal of Sociology*, 6/4 (Kasım 1955), 336.

¹³⁸ Ceylan, 2.

¹³⁹ Witgens, 278.

devreye girer. Diğer yöntemlerde mahrem görüşmeler ve pazarlıklar olanaklıyken yargılamada açıklık ve şeffaflık esastır. Yargısal süreçlerin aşırı yapılandırılmış doğası, tarafların daha esnek bir mecrada ulaşabilecekleri uzlaşılardan hiç gündeme getirilememesine neden olabilir.¹⁴⁰ Yargılama sürecine girildikten sonra bir karara varılmadan sürecin taraflardan birinin isteğiyle sonlandırılması da olanaklı değildir. Yargılama çatışan tarafların sonuca ilişkin söz haklarını büyük oranda üçüncü ve üstün bir aktöre bırakmasını gerektirir.

Pazarlık, oylama ve arabuluculuk gibi süreçlere taraflar genelde topluluğun üyesi ve çatışmanın bilfiil tarafı olan temsilcilerle katılır. Yargısal süreçlerde ise genellikle hukuk uzmanı vekiller yani avukatlar aracılığıyla süreç ilerlemektedir. Bu durum yargısal süreçlere içkin başka bir riski gündeme getirir. Avukatların davayı kazanma amacı çerçevesinde tüm eski defterleri açıp karşı tarafı hukuk gözünde haksız gösterecek her şeyi ortaya dökmesi taraflar arasındaki düşmanca hislerin kuvvetlenmesine, usdışı öğelerin çatışmaya dâhil olmasına, kırmızı çizgilerin belirginleşmesine ve çatışmanın yoğunlaşmasına neden olabilir.¹⁴¹ Bu bakımdan yargısal süreç sonucunda bir uzlaşmaya ulaşmak şöyle dursun daha önce anlaşmaya varılmış konularda bile yeniden anlaşmazlık durumuna dönülebilir veya yepyeni anlaşmazlık konuları ortaya çıkabilir.

Yargısal süreçlerde yargıç, savcı, avukat ve bilirkişi gibi uzmanlar tarafların anlattığı öykünün yasalarla belirlenmiş ölçütler bakımından önemli olan kısımlarıyla ilgilenirler. Hukuki ölçütler bakımından önemli olmayan ama taraflar için önem arz eden bazı noktaların gözden kaçırılması her zaman olanaklıdır.¹⁴² Başka bir mecrada bu noktalar üzerinden kurulabilecek ortaklıklar, verilebilecek ya da alınabilecek ödünler tarafların anlaşmasına olanak verebilir. Gelgelelim yargısal süreçlerde bunlar dikkate alınmadığı için varılacak hükmün iki tarafı da tatmin etmeme olasılığı vardır.

Toplumsal çatışmaların tümünün yargısal uyuşmazlıklara tercüme edilmesi, toplumun yargı dışı yollarla çatışma çözme becerisinin zamanla körelmesine neden olur.¹⁴³ Adliye, çatışmaların çözümünün tek mercii olduğunda, toplumdaki tüm çatışmalar yasalar hakkındaki çatışmalara indirgenir. Çatışan taraflar yasalara etki etme olanaklarını genişletme ve karşı tarafın hukuki alana erişimini mümkün olduğunca sınırlama yoluna girerler. Bu süreç, zamanla, çatışmalardaki zayıf kesimlerin hukuki düzenin tümüyle dışına itilmesine yol açar. Bu durumda bu kesimler mücadelelerini “hukuk dışı” yöntemlerle sürdürmek zorunda kalırlar. Nitekim adliyenin toplumsal çatışmalardaki ağırlığı arttıkça işlevselliği azalır.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Austin T. Turk, “Law as a Weapon in Social Conflict”, *Social Problems*, 23/3 (Şubat 1976), 285.

¹⁴¹ Turk, 285.

¹⁴² Turk, 285.

¹⁴³ Turk, 279.

¹⁴⁴ Turk, 284.

Bu nedenle her ne kadar genel olarak arabuluculuk ve uzlaştırma gibi yöntemlere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri dense de toplumsal çatışmalar bakımından bunların esas, adliyenin alternatif olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹⁴⁵

SONUÇ

Birbiriyle ilişki içerisinde olan ve birlikte gerçekleştirilmesi olanaksız istekleri olan kişi veya toplulukların birbirlerini yok etmeye, zorlamaya veya engellemeye yönelik bilinçli davranışları toplumsal çatışmaları oluşturuyor. Toplumsal çatışmalar çatışan isteklerin türü, çatışan toplulukların birbirlerine ve aralarındaki ilişkiye yönelik tutumları, çatışmanın belirli kurallara göre yürütülüp yürütülmediği vb. ölçütlere göre farklı türlerde ortaya çıkabiliyor. Çatışan tarafların adanmışlık düzeyine göre çatışmaların yoğunluğunun; kullanılan araçlara göre ise şiddetinin değişebildiği görüyoruz.

Toplum kuramı içerisinde toplumsal çatışma konusunun ele alınış biçimleri büyük çeşitlilik gösteriyor. Bununla birlikte temelden bir ayırım yapmanın da olanaklı olduğunu gördük. Bir yanda türüne, yoğunluğuna ve şiddetine bakmaksızın tüm çatışmaları *olmaması gereken* sınıfına yerleştiren uyum kuramları var. Burada kurucu düşünürler olarak karşımıza Platon ve Hobbes çıkıyor. Platon, iyinin mutlak egemenliğiyle çatışmaları ortadan kaldırıyor; Hobbes ise gücün mutlak egemenliğiyle. Platon katı bir sınıfsal ayırım üzerinden toplumsal uyumu berkitiyor; Hobbes ise tüm yurttaşları yönetilenler sınıfına yerleştirerek. İlkeler ve ülküler değişse de iki düşünür de hukuka benzer bir rol biçiyor: Toplumsal çatışmaları önlemek ve bastırmak.

Diğer yanda çatışmayı da tıpkı uyum gibi toplumsal yaşamın olağan bir hali olarak gören çatışma kuramları var. Burada çatışma ve uyum toplum madalyonunun iki yüzü olarak kabul ediliyor. Tümüyle uyumsuz bir toplum olamayacağı gibi tümüyle çatışmasız bir toplumun da olamayacağı savunuluyor. Bu kanatta yer alan başta Simmel, Coser ve Dahrendorf gibi kuramcılar, toplum kuramının kendi dönemlerinde bile toplumsal durumlardaki çeşitliliğin hakkını veremediğini dile getiriyorlar. Bir anlamda, toplumsal çatışma görüngüsünü ciddiye almayı öneriyorlar. Çatışma kuramları kapsamında da bu öneriye uygun olarak, kuramsal alandaki eksikliği gidermek amacıyla birçok araştırmanın yapıldığını görüyoruz. Bu çalışmalarda toplumsal çatışmaların türleri, farklı türde çatışmaların sebep ve sonuçları, çatışmaların yoğunluk ve şiddetinin azaltılması için alınabilecek önlemler vb. konular ele alınıyor.

Çatışma kuramları ile uyum kuramları arasında değer yargıları açısından da ayrılıklar olduğu görülüyor. Uyum kuramlarında çatışmalara koşulsuz bir olumsuz değer atfedilirken, çatışma kuramlarında konunun görece değerden bağımsız bir şekilde ele alınmaya çalışıldığını görüyoruz. Ancak çatışma kuramları da bir yan-

¹⁴⁵ Witgens, 258.

dan çatışma sorununun çok boyutluluğunun hakkını vermek bir yandan da uyum kuramlarına karşı kendi konumlarının meşruluğunu temellendirmek adına çatışmaların özellikle olumlu işlevlerini vurguluyorlar. Onlara göre çatışmanın, yeni toplumsal bağlar oluşturmak, var olan bağları kuvvetlendirmek, toplumun iktidar dengisini sağlamak, toplumsal dönüşümü ve ilerlemeyi tetiklemek gibi işlevleri var.

Toplumsal çatışmanın olumlu işlevlerini vurgulamakla birlikte bu kuramların çatışmayı önermek ya da yüceltmek gibi bir amaçları bulunmuyor. Burada temel olarak, toplumsal çatışmaların kesin bir biçimde bastırılmayacağı, tümüyle önlenemeyeceği ve dolayısıyla çatışmasız toplumun olanaklı bir şey olmadığı ifade ediliyor. Onlara göre yapılması gereken öncelikle bu gerçekliği kabul etmek. Sonra toplumun, çatışmaların olumlu işlevlerinden en üst düzeyde yararlanabilmesi ve olumsuz etkilerinden korunabilmesi için alınması gereken tedbirleri tartışmak gerekiyor.

Çatışmaların sözü edilen olumlu işlevleri görebilmesi ve toplumun yıkıcı şiddet tuzaklarından korunabilmesi o toplumda çatışmaların düzenleniş biçim ve düzeyine bağlı. Çatışma kuramlarında hukukun rolü bu bağlamda önem arz ediyor. Burada hukuk, çatışmaları düzenleyip mecralandırarak bunların yoğunluğunu denetim altına almaya ve böylece şiddetli patlamaları önlemeye yarayan bir araç olarak görülüyor. Hukuk bu rolü, yasama süreçleri, yasalar, yaptırımlar, arabuluculuk, tahkim, uzlaştırma, oylama gibi birçok yöntem ve teknik ile yerine getirebiliyor.

Her çatışmanın kendine özgü nitelikleri farklı yöntemleri daha elverişli kılabiliyor. Ancak çatışma kuramlarının genel esaslar da öne sürebildiğini görüyoruz. Bu çalışma kapsamında belirlediğim bu tür önermeler kısaca şöyle sıralanabilir:

- Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın tüm bu süreçlerin katılımcılık ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerekiyor. Genel ve soyut düzenlemelerin yapımından tikel anlaşmazlıkların çözümüne kadar tüm hukuki süreçlerde çatışan taraflar söz hakkına sahip olmalı. Tüm tarafların temsil edildiği kurulların sadece varlığı bile çatışmaların şiddetinin azaltılmasına hizmet edebiliyor.
- Toplumsal çatışmaların çözümünde üçüncü kişi niteliğindeki aktörlere başvurulduğunda gönüllülük ilkesini gözetmek gerekiyor. Üçüncü kişiye başvurma ve başvurulacak üçüncü kişiyi belirleme kararlarında taraflar eşit söz hakkına sahip olmalı. Üçüncü kişinin kararı öneri niteliğinde olmalı.
- Toplumsal çatışmalar adli yollarla ve yaptırımlarla bastırılmaya çalışılmamalı. Mahkemeler katılımcılık ve gönüllülük ilkesi çerçevesinde çalışmazlar. Bu bakımdan toplumsal çatışmaların düzenlenme mecraları mahkeme niteliğinde değil kurultay niteliğinde yapılandırılmalı.
- Toplumsal çatışmaları birden ve kesin olarak çözmeye hedefi gerçekçi değil. Çatışmayı tümüyle çözmek yerine çatışmayı körükleyen usdışı öğeleri ayıklamak, çatışma kapsamındaki anlaşmazlık konularını açıklığa kavuşturmak ve bu konular üzerinden adım adım ilerlemek gerekiyor.

KAYNAKÇA

- Akdağ, İnan. “Çatışma Teorisi Bağlamında Tarihsel-Toplumsal Çatışmanın Değişen Biçimleri Üzerine Bir İnceleme”. *OPUS*, 15/10 (Haziran 2020): 5233-5251.
- Şahin Ceylan, Şule. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009, s. 53.
- Coser, Lewis A. “Social Conflict and the Theory of Social Change”. *The British Journal of Sociology*, 8/3 (Eylül 1957): 197-207.
- Coser, Lewis A. *The Functions of Social Conflict*. New York: Routledge, 2011.
- D’entreves, Alessandro Passerin. *Devlet Fikri*. çev. Furkan Karamaz, İstanbul: Zoe Kitap, 2021.
- Dahrendorf, Ralf. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. Kaliforniya: Stanford University Press, 1959.
- Dahrendorf, Ralf. “Toward a Theory of Social Conflict”. İng. çev. Anatol Rapaport, *Journal of Conflict Resolution*, 2/2 (1958): 170-183.
- De Dreu, Carsten K. W.. “Social Conflict: The Emergence and Consequences of Struggle and Negotiation”. *Handbook of Social Psychology*, ed. Susan T. Fiske vd., New Jersey: Wiley, 2010: 983-1024.
- De Kadt, Emanuel J. “Conflict and Power in Society”. *International Social Science Journal*, XVII/3 (1965): 454-471.
- Fink, Clinton F. “Some Conceptual Difficulties in the Theory of Social Conflict”. *Journal of Conflict Resolution*, 12/4 (1968): 412-460.
- Guthrie, W. K. C. *İlkçağ Felsefesine Giriş*. çev. Ahmet Cevizci, Ankara: Gündoğan, 1999.
- Hobbes, Thomas. *De Cive: The English Version*. ed. Howard Warrender, Oxford: Oxford University Press, 1984.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Horowitz, Irving L.. “Conflict and Cooperation: A Sociological Inventory”. *Social Forces*, 41/2(Aralık 1962): 177-188.
- Kerr, Clark. “Industrial Conflict and Its Mediation”. *American Journal of Sociology*, 60/3 (Kasım 1954): 230-245.
- Lockwood, David. “Arbitration and Industrial Conflict”. *The British Journal of Sociology*, 6/4 (Kasım 1955): 335-347.
- Mack, Raymond W. ve Snyder, Richard C. “The analysis of social conflict - toward an overview and synthesis”. *Journal of Conflict Resolution*, 1/2 (1957): 212-248.
- North, Robert C. vd. “The Integrative Functions of Conflict”. *The Journal of Conflict Resolution*, 4/3 (1960): 355-374.
- Oberschall, Anthony. “Theories of Social Conflict”. *Annual Review of Sociology*, 4 (1978): 291-315.
- Platon. *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.

- Sarmış, Mustafa. “Kur’an’da Toplumsal Çatışma”. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2006.
- Sennett, Richard. *Kamusal İnsanın Çöküşü*, çev. Serpil Durak ve Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2013.
- Simmel, Georg. *Bireysellik ve Kültür*, çev. Tuncay Birkan, İstanbul: Metis, 2009.
- Şahin, Yakup. “Çatışma Kuramları ve Kimlik Temelli Çatışmalar; Teorik Bir Giriş”. *Barış Araştırmaları ve Çatışma Çözümleri Dergisi*, 1/1 (2013): 33-55.
- Turk, Austin T. “Law as a Weapon in Social Conflict”. *Social Problems*, 23/3 (Şubat 1976): 276-291.
- Witgens, Luc. *Legisprudence*, Brüksel: Ashgate, 2012.

GÜNCEL GELİŞMELER İŞIĞINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN YENİDEN YAPILANDIRILMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hatice TÜRKAY^(**)**

Öz

I. Dünya Savaşı neticesinde kurulan Milletler Cemiyeti silahlı çatışmaları önlemede başarılı olamamış ve II. Dünya Savaşı yaşanmıştır. II. Dünya Savaşı geniş bir alanı yoğun bir şekilde etkilemiş ve ciddi ihlaller ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Milletler Cemiyeti'nde ortaya çıkan eksikliklerin giderildiği başarılı bir örgüt kurma fikri daha etkili bir şekilde destek görmüş ve 1945 yılında *San Francisco* Konferansı'na katılan 50 devletin onayıyla Birleşmiş Milletler (BM) kurulmuştur. Birleşmiş Milletler, dönemin şartlarına uygun olarak ortaya çıkmış ve bu nedenle II. Dünya Savaşı'nın galibi olan devletlerin yoğun etkisi altında kalmıştır. Bu durum ilgili düzenlemelere de yansımış, ancak özellikle Güvenlik Konseyi'nin yapısı ve özellikleri eleştirilmiştir. Eleştiriler düzenlemelere engel olamamış ve Güvenlik Konseyi'nde beş daimi üye statüsü oluşturulmuştur. Veto hakkı olarak ifade edilen hak sayesinde esasa ilişkin bir hususta Güvenlik Konseyi'nin karar alabilmesi bu devletlerin olumlu oyuna ya da en azından çekimser kalmasına bağlı olmuştur. Bu durum BM'nin kuruluşundan beri eleştirilen ve farklı çözüm önerileri sunulan bir husustur. Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun önerileri, Uzlaşma için Birlik Grubu'nun önerileri, G-4 devletlerinin önerileri, BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın A ve B planları, Afrika Grubu, L.69 Grubu ve S-5 Grubu'nun önerileri bunlardan bazılarıdır. Çalışmada da yer verildiği gibi söz konusu sorunun çözümü özellikle Güvenlik Konseyi'nin yapısında ve veto hakkına ilişkin değişimlerle mümkündür. Özellikle veto hakkının tamamen ortadan kaldırılması beş devlet tarafından kabul edilmeyeceğinden, en azından bu hakkın kullanımına ilişkin bazı objektif sınırlandırmalar getirilmelidir. Ayrıca Genel Kurul'un veto hakkı kullanılması durumunda kullanılabileceği yetkilerin tanınması sorunun çözümünde etkili olacaktır. Çalışma bu çözüm önerilerini ele alacak ve daha makul olduğu düşünülen bir öneriye yer verecektir.

Anahtar Kelimeler

Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul, Yeniden Yapılandırma, Öneriler.

RESTRUCTURING OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Abstract

The League of Nations, which was established as a result of World War I, was not successful in preventing armed conflicts and II. World War II happened. II. World War II affected a large area intensely and serious violations emerged. For this reason, the idea of establishing a successful organization in which the deficiencies in the League of Nations were eliminated received more effective support and the United Nations was established with the approval of 50 states participating in the San Francisco Conference in 1945. The United Nations, emerged in accordance

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 14.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169745.

Bu makale "Ulusal Arası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022" kapsamında tarafımda yapılan "Güncel Gelişmeler Işığında Birleşmiş Milletler'in Yeniden Yapılandırılması" isimli sunumun tam metnidir.

(**) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Erzurum-Türkiye.
E-posta: hatice.geyik@atauni.edu.tr
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1076-8008>.



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

with the conditions of the period and therefore it was under the intense influence of the victorious states of World War II. This situation was also reflected in the relevant regulations, however especially the structure and features of the Security Council were criticized. However, the criticism could not prevent the regulations and the status of five permanent members was established in the Security Council. Thanks to the right expressed as the veto right, the ability of the Security Council to take a decision on a fundamental issue depended on the affirmative vote of these states or at least abstention. This is an issue that has been criticized since the founding of the UN and offered different solutions. However, the problem has not been resolved yet. The proposals of the Open Ended Working Group, the proposals of the Unity Group for Reconciliation, the proposals of the G-4 states, the A and B plans of the UN Secretary General Kofi Annan, the Africa Group, the L.69 Group and the S-5 Group are some. As mentioned in the study, the solution of the said problem is possible with changes in the structure of the Security Council and the veto right. In particular, since the complete abolition of the right of veto will not be accepted by the five states, at least some objective restrictions on the exercise of this right should be introduced. In addition, the recognition of the powers that the General Assembly can use in case of using the right of veto will be effective in solving the problem. The study will consider these solution proposals and include a proposal that is considered more reasonable.

Keywords

United Nations, Security Council, General Assembly, Restructuring, Proposals.

Extended Abstract

The victorious states at the end of the I. World War established the League of Nations in order to prevent the emergence of a new armed conflict environment. However, the League of Nations was not successful and II. World War happened. II. World War had much more severe consequences. This situation provided support for the idea of creating a more successful organization than the League of Nations, and the UN was established in San Francisco in 1945 with the approval of 50 states. However, at the end of World War II, the winning states of the war greatly influenced the formation of the organization and the treaty and obtained some privileges.

The permanent membership status in the Security Council and the veto right of these members are the most important privileges granted to these states by the treaty. The United States, Russia, China, Britain and France are permanent members of the Security Council. Therefore, in order for a decision to be taken in the Council, these five states must vote in the affirmative or at least abstain. This issue was also criticized at the Yalta Conference and the states did not want to recognize the right of veto. Because this situation creates a contradiction within the treaty itself, which adopts the principle of sovereign equality of states. However, the winning states of the war implied that the UN could not be established if these regulations were not accepted.

In addition, states frequently criticize the fact that the resolutions of the General Assembly are not binding, that the Security Council cannot fulfill its duties from time to time due to the right of veto, and that it is difficult to amend the treaty. The General Assembly is a fairer body than the Security Council, but its decisions are not binding. This situation reduces the importance of this organ. Instead, the Security Council, where there is no fair representation, can make binding decisions. Moreover, the veto right of the five permanent members can prevent decision making. In addition, Article 108, which regulates the possibility of making amendments to the treaty, stipulated a 2/3 majority of the members of the General Assembly for the adoption of the amendment and considered it necessary for all the permanent members of the Security Council to vote positively. In summary, it is possible for these five permanent members to use their veto right for an amendment to be made in the treaty.

States criticize the UN for these reasons and think that it does not adapt to the changing world order. Because many new states have emerged since 1945, States such as Germany and Japan, the defeated states of II. World War became considerably stronger. Therefore, all these states must have fair representation in the Security Council and have equal rights with other members. For this reason, states make different proposals. The proposals of the Open Ended Working Group, the proposals of the Unity Group for Reconciliation, the proposals of the G-4 states, the A and B plans of the UN Secretary General Kofi Annan, the Africa Group, the L.69 Group and the S-5 Group are among these. are some. Almost all of the proposals argue that there is no fair representation in the Security Council and therefore accept the increase in the number of permanent and non-permanent members. Each state has different proposals, especially for new permanent members. However, especially Germany and Japan are strong candidates in this regard. Some of the proposals advocate not granting veto power to new permanent members.

The fact that the Security Council has become dysfunctional due to its veto right has recently resurfaced as a result of the Council's inability to take a decision due to Russia's veto in the conflicts between Russia and Ukraine. For this reason, Changes such as increasing the number of permanent and temporary members in the Security Council, imposing some limitations on the use of the veto right (such as the use of the veto right by the five permanent members together, the inability to use the veto right in matters related to fundamental rights and freedoms), the General Assembly's ability to take binding decisions in cases where the Security Council cannot take a decision due to its veto power, are considered solutions for the solution of the problem. However, all these changes Its implementation under 108 is dependent on the five permanent members. It is known that these states have a negative attitude in this regard. For this reason, even if the states do not give up their veto right, it is necessary for other states to adopt countermeasures and coercion in accordance with international law in order to accept at least some limitations or to be willing to share this right with other states.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun devletlerden sonra en önemli süjesi uluslararası örgütlerdir. Uluslararası örgütlerin de uluslararası hukukun süjesi hâline gelmesi ve onlara ilişkin düzenlemeler yapılması gerekliliği özellikle BM ile olmuştur¹. Evrensel bir uluslararası örgüt olan BM, 1945 yılında *San Francisco* Konferansı'na katılan 50 devletin onayıyla kurulmuştur. Milletler Cemiyeti'nin beklenilene vermemesi üzerine ortaya çıkan BM, Milletler Cemiyeti'nin eksik yönlerini ortadan kaldırmaya çalışmıştır. BM Andlaşması² 1. maddesinde örgütün amacını “uluslararası barış ve güvenliği sağlamak, uluslararası dostça ilişkiler geliştirmek, uluslararası işbirliğini sağlamak ve uluslararası sorunların çözüm bulduğu bir merkez olmak” şeklinde belirlemiş, 7. maddesinde ise Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterlik şeklinde örgütün ana organlarını saymıştır. Aynı madde ikinci fıkrasında da gerekli görülen yardımcı organların andlaşmaya uygun olarak kurulabileceğini ifade etmiştir.

Tüm üye devletlerin katıldığı ve bir oy hakkına sahip olduğu Genel Kurul ve beşi daimi 15 üyeden oluşan Güvenlik Konseyi BM'nin önemli ana organlarından. Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Rusya, İngiltere, Fransa ve Çin'in daimi üye sıfatıyla yer aldığı Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması konusunda görevlidir. Güvenlik Konseyi'nin yetki alanında bulunmayan ve diğer organların görevli olmadığı konularda ise Genel Kurul yetkilidir.

¹ BM öncesi dönemde uluslararası hukuk düzeni uluslararası örgütlere devletler gibi bir nitelik tanımamış, her hususu devletleri temel alarak düzenlemiştir. BM'nin kurulması ile bu iradeci doktrinin etkisi kendiliğinden yok olmamış, 11 Nisan 1949 tarihli “BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Meselesi” başlıklı Uluslararası Adalet Divanı (UAD) mütalaası ile BM özelinde uluslararası örgütlerin kişiliği meselesi ele alınmıştır. UAD'ye göre örgütlerin uluslararası alanda fiil ehliyetine sahip olması varlıklarının zorunlu bir sonucudur. Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Örgütler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 231-237.

² Andlaşma tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/uluslararasi-antlasmalar/birlesmis-milletler-andlasmasi-2> (26.9.2022).

Kararlarını 9/15 oyçokluğu ile alan Güvenlik Konseyi usule ilişkin konular dışındaki hususlarda karar alabilmek için beş daimi üyenin olumlu ya da en azından çekimser oyuna muhtaçtır. Başka bir ifadeyle beş daimi üye veto hakkını kullanarak usule ilişkin olanlar hariç olmak üzere Güvenlik Konseyi'nin karar almasını önleyebilir. Her bir daimi üye bu hakka sahiptir. Veto hakkı sıklıkla eleştirilen bir husustur. Zira bu hak Güvenlik Konseyi'nin çalışmalarına başladığı ilk tarihten beri uluslararası barışın korunmasına ilişkin meseleler de dâhil olmak üzere birçok konuda karar alınmasına engel olmuştur³.

Arap Baharı sonrasında Suriye'de yaşanan sistematik insan hakları ihlalleri 2011 yılının Nisan ayında Güvenlik Konseyi'ne taşınmışsa da Rusya ve Çin'in karşı çıkmaları nedeniyle konu Güvenlik Konseyi'nde görüşülememiştir⁴, bir süre sonra aynı konu özel olarak Güvenlik Konseyi önüne getirildiğinde de Rusya ve Çin'in aynı tavrı nedeniyle bir sonuca varılamamıştır⁵. 4 Şubat 2012'deki benzer bir teşebbüs de yine Rusya ve Çin'in veto hakkını kullanması sebebiyle reddedilmiştir⁶. Bu durumun bir başka örneği, İsrail'in Filistin ve Lübnan'a yönelik filleri nedeniyle alınacak olan kararlara ABD'nin veto hakkını kullanarak engel olduğu durumlardır. ABD 1973-2018 yılları arasında birçok kez hem İsrail'in Filistin'deki işgalini kınayan ve bu duruma son vermesini isteyen kararları hem de yine bu yıllar arasında birçok kez İsrail'in Lübnan'a saldırıları kınayan, bu fiillere son verilmesi çağrısında bulunan kararları veto hakkını kullanarak etkisiz hâle getirmiştir. Geçmişte de veto hakkının kötüye kullanıldığı ve Güvenlik Konseyi'nin işlevsiz bırakıldığı birçok örnek bulunsa da, bu olaylar güncel olarak akla gelen ilk önemli örneklerdendir. Benzer sorunlar Güvenlik Konseyi'nde son zamanlarda 24 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı silahlı müdahale ile ilgili olarak tekrar etmiş ve veto hakkına ilişkin eleştiriler yeniden gündeme gelmiştir.

2021 yılının başlarında Rusya Devlet Başkanı *Vladimir Putin* 1997 yılı sonrasında NATO'nun genişlemesini kendi ülkesinin güvenliğine karşı bir tehdit olarak görmüş ve Ukrayna'nın NATO'ya katılmasına karşı çıkmıştır. 21 Şubat 2022'de ise Rusya, Ukrayna'nın doğusunda bulunan *Donbass* bölgesinde yer alan *Donetsk* Halk Cumhuriyeti ve *Lugansk* Halk Cumhuriyeti adındaki oluşumları devlet olarak tanımış ve bu iki devletin soykırıma uğradığını iddia ederek Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanmaya başlamıştır. Sözü edilen kuvvet kullanımı birçok devlet tarafından eleştirilmiş, kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak gö-

³ Özgür Mengiler, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü* (Ankara: Barış Kitabevi, 2005), 122; Ahmet Hamdi Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 19(Ekim 2014): 104.

⁴ UN SCOR 66th Sess. 6520th mtg. UN Doc. S/PV.6520 21 April 2011.

⁵ UN SCOR 66th Sess. 6524th mtg. UN Doc. S/PV.6524 27 April 2011.

⁶ UNSC 6711th mtg. S/2012/77 UN Doc. S/PV.6711 4 February 2012.

rülmüştür. BM Güvenlik Konseyi Rusya'nın veto hakkı nedeniyle bir kınama kararı dahi alamamıştır. Ancak BM Genel Kurulu 1950 tarihli Barış için Birlik Kararı'ndan sonra ilk defa Güvenlik Konseyi'nde veto hakkı bulunan beş daimi üyesinin üzerinde uzlaşma sağlayamadığı bir uluslararası sorunu Ukrayna'nın talebiyle gündemine alıp 193 üye ülkenin oylarına sunmuştur. 2 Mart 2022'de 181 ülkenin katıldığı oylamada 141 olumlu, 5 olumsuz (Rusya, Kuzey Kore, Suriye, Belarus ve Eritre) ve 35 çekimser oy kullanılmış ve Rusya'yı kınayarak askeri güç kullanımını durdurmasını ve Ukrayna'dan çekilmesi çağrısını yapan bir karar⁷ alınmıştır. Bu durum sıkça eleştirilen veto hakkı özelinde BM'nin yeniden yapılandırılması tartışmalarını yeniden alevlendirmiştir.

Çalışmada BM'nin genel özellikleri ve yapısından konu ile ilgisi nispetinde bahsedilerek Güvenlik Konseyi'nin yapısı ve daimi üyelerin veto hakkı incelenecek, veto hakkının Güvenlik Konseyi üzerindeki etkisi ve Genel Kurul'un bu tip durumlarda yetkili olup olamayacağı ve Genel Kurul'un konuya ilişkin tutumu ele alınacaktır. Genel bir değerlendirme sonrasında BM'nin yapılandırılmasına ilişkin görüş ve öneriler dile getirilecektir.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

Yeniden yapılandırma tartışmalarına değinmeden önce BM'nin kuruluş aşaması ve mevcut durumundan bahsetmek sorunların tespiti için bir gereklilik olduğundan öncelikle bu konular ele alınmıştır.

A. KURULUŞU

I. Dünya Savaşı sonunda galip devletlerin büyük ölçüde savaşla kurdukları siyasi, ekonomik ve askeri dengeyi hukuksal bir temele kavuşturmak ve bu durumu devam ettirmek amacıyla hareket etmesi neticesinde Milletler Cemiyeti kurulmuş ve mağlup devletler yapılan tüm ağır barış andlaşmalarına rağmen örgüte kurucu üye olamamıştır⁸. Yine kurucusu olduğu örgüte ABD de senato kararına takılarak üye olarak katılamamıştır⁹. Üstelik barışın bozulmasının en önemli nedeni olan savaşa ilişkin herhangi bir mutlak yasak getirilmemiş, 18. maddede sadece savaşı geciktiren bir düzenleme yapılmıştır. Bu durum Milletler Cemiyeti'nin başarısız olmasına sebep olmuş ve barış ortamı fiilen yeniden bozulmaya başlamıştır. Neticede II. Dünya Savaşı patlak vermiş ve savaşın ağır neticeleriyle karşılaşan dünya yeni bir çözüm arayışına başlamıştır.

⁷ United Nations, General Assembly, Resolution A/RES/ES-11, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022, 18 March 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=en> (16.8.2022).

⁸ Erdem Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015), 131.

⁹ Selman Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 39.

14 Ağustos 1941’de savaşın taraflarından biri olan İngiltere’nin Başbakanı *W. Churchill* ve henüz savaşa girmemiş olan ABD’nin Başkanı *F. Roosevelt* tarafından Atlantik Bildirisi¹⁰ yayınlanmıştır¹¹. Sözü edilen bildiri hem savaşın hem de savaş sonrasında sürecin çerçevesini çizen bir metin olması bakımından önemlidir. Ayrıca sekiz maddeden¹² oluşan bildirinin son maddesinde “*daha geniş ve daimi bir genel güvenlik sistemi kurulması*” şeklindeki ifadenin BM’yi işaret etmesi dikkat çekicidir. 7 Aralık 1941’de *Pearl Harbour* baskını sonrasında ABD’nin savaşa girmesiyle yeni bir örgüt kurulmasına ilişkin eğilim güçlenmiş ve 1 Ocak 1942’de ABD, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB), İngiltere ve Çin arasında Birleşmiş Milletler Bildirisi¹³ imzalanmıştır. BM terimi ilke kez resmi bir şekilde 26 devlet tarafından imzalanan bu bildiri de kullanılmıştır¹⁴. Sözü edilen bildiri, sonrasında Fransa’nın da dâhil olacağı bu beş devletin BM’nin kurucusu olacağını da bir işareti olmuştur. Bu durum BM için “galiplerin örgütü” eleştirisinin arkasındaki temel sebeptir¹⁵.

Atlantik Bildirisi ile başlayan süreç 1943’te Tahran, Kahire ve Mısır Konferansları, 1944’te *Bretton&Woods* Konferansları ve *Dumbarton Oaks* Toplantıları ile devam etmiş ve 1945’te yapılan Yalta Konferansı ile de kurulacak uluslararası düzenin beş devlet etrafında oluşturulması çalışmaları şekillendirilmiştir¹⁶. Yalta Konferansı’nda ele alınan en önemli mesele Güvenlik Konseyi’nin yapısı ve işleyişidir. Aynı şekilde *Dumbarton Oaks* Toplantıları’nda da veto yetkisi üzerine çok fazla tartışılmıştır. Ancak burada daimi üyelik sıfatı kabul edilmiştir¹⁷.

Yalta Konferansı’nda ayrıca San Francisco Konferansı için bir çağrı yapılmış ve konferansa katılmak için BM Bildirisi’ni imzalamak ve ortak düşmanlara savaş açmış olmak şart koşulmuştur. 25 Nisan 1945’te bu koşulları sağlayan 50

¹⁰ Bildirinin İngilizce tam metni için bkz. <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc5811/27.10.2022>.

¹¹ Antony Best, Jussi M. Hanhimaki, Joseph A. Maiolo ve Kirsten E. Schulze (çev. Taciser Ulaş Belge), *20. Yüzyılın Uluslararası Tarihi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2020), 233; Öğüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 39.

¹² Sözü edilen sekiz madde, savaşın sonrakı toprak kazanılmayacağını, ülke halkının onayı olmadan toprak değışikliği yapılamayacağını, ulusların *self determinasyon* hakkına sahip olduğunu, uluslararası işbirliğinin sağlanacağını, temel ham maddelerden eşit bir şekilde yararlanmanın sağlanacağını, dünya halklarının korku ve açlıktan kurtarılacağını, açık denizlerde ticaret serbestliğinin gerçekleştirileceğini ve Mihver devletleri silahtan arındırılarak savaş sonrasında genel bir silahsızlanma sürecinin başlatılacağını düzenlemiştir. Öğüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 40.

¹³ Bildirinin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un/preparatory-years/27.10.2022>.

¹⁴ Öğüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 38, 42.

¹⁵ Best, Hanhimaki, Maiolo ve Schulze, *20. Yüzyılın Uluslararası Tarihi*, 235; Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 138-139.

¹⁶ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 136-142.

¹⁷ Ian Hurd, *After Anarchy, Legitimacy and Power in the United Nations Security Council* (New Jersey: Princeton University Press, 2007), 85.

devlet bir araya gelmiş ve BM üzerine görüşmeler başlamıştır. Veto hakkı özelikle “egemen eşitlik” kavramı üzerinde eleştirilmişse de başarılı bir netice alınmamış ve çalışmalar bu sistem üzerine şekillenmiştir¹⁸.

Konferans sonunda kabul edilen BM Andlaşması'nın yürürlüğe girmesi ise 26 Ekim 1945'te md.110/3'te ifade edildiği gibi Çin, Fransa, SSCB, İngiltere, Kuzey İrlanda Krallığı ve ABD'nin ve imzacı devletlerin çoğunluğunun onay belgelerini depozitör ABD'ye teslim etmesi ile olmuştur¹⁹. Bu madde daha andlaşmanın yürürlüğe girmesi aşamasında dahi beş daimi üyenin onayına ihtiyaç duyulduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Zira andlaşmanın varlık kazanabilmesi için bile daimi üye denilen beş devletin onayının ayrıca arandığı ortadadır. Bugün bu durum md.108'de andlaşmadaki değişiklikler için de öngörülmüştür. Andlaşmada bir değişiklik yapılabilmesi için daimi üyelerin de içinde bulunduğu Genel Kurul'un 2/3 oyçokluğu gerekir. Tüm bu düzenlemelerle II. Dünya Savaşı'ndan galip ayrılan devletler elde ettikleri avantajlı konumlarını kalıcı hâle getirmeye imkân tanıyan bir sistem oluşturmayı başarmıştır²⁰.

B. YAPISI

Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterlik şeklinde altı ana organa sahip olan BM'nin merkezi New York'tur²¹. Ayrıca andlaşmaya göre BM'nin Genel Kurul, Güvenlik Konseyi ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından kurulan yardımcı organlara sahip olması da mümkündür.

Tüm üyelerin katıldığı Genel Kurul daha önce ifade edildiği gibi Güvenlik Konseyi'nin yetkisine girmeyen hususlarda yetkilidir ve bir müzakere organı olarak şekillendirilmiştir²². Kararları genelde tavsiye nitelikli olan Genel Kurul, Güvenlik Konseyi dışındaki diğer organlara ilişkin zorunlu nitelikli kararlar da alabilir²³. Üye kabulü, bütçenin onaylanması gibi²⁴. Kararlarını genellikle oyçokluğu ile olsa da “önemli sorunlar” olarak kabul edilen durumlarda oylamaya katılan üyelerin 2/3 oyçokluğu gereklidir. Andlaşma 18/2. maddesinde uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması, bir üyenin üyelikinin askıya alınması veya üyelikten çıkarılması,

¹⁸ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 144; Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 44.

¹⁹ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 147.

²⁰ Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 105.

²¹ Bu kapsamda ABD ve örgüt arasında 1947 tarihli bir ev sahipliği andlaşması yapılmıştır. Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme olarak adlandırılan düzenlemede BM tesisleriyle çalışanlarının, ziyaretçi ve delegasyonların tabi olacağı temel kurallar belirlenmiştir. Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 148.

²² Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 101.

²³ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 201.

²⁴ Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 65.

yeni üye kabulü, Güvenlik Konseyi'nin geçici üyelerinin ve Ekonomik ve Sosyal Konsey üyelerinin seçimini “önemli sorunlar” olarak saymıştır. Bu örnekler sınırlı değildir. Andlaşmanın 18/3. maddesine göre, toplantıda hazır bulunan ve oy veren üyelerin çoğunluğu bir sorunun “önemli sorun” olarak kabulüne karar verebilir.

II. Dünya Savaşı sonrasında etkin bir güvenlik sistemi kurulmasına duyulan ihtiyaçla ortaya çıkan Güvenlik Konseyi, esasında büyük güçler ve diğer devletlerin çıkarlarının uzlaştırılması ile kurulmuştur²⁵. Amaç etkin bir ortak güvenlik sistemi olsa da büyük devletlerin düzenleme için ikna edilmesi bazı ayrıcalıklı haklara sahip olmaları ile mümkün olmuştur. Beş daimi ve 10 geçici olmak üzere toplam 15 üyeden oluşan Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması bakımından temel yetkili organ olup bu kapsamda VII. Bölümde düzenlenen md.39 kapsamında uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edilmesi, bozulması veya bir saldırının ortaya çıkması durumunu tespit eder ve 41 ve 42. maddelerde yer verilen önlemlere ilişkin bağlayıcı kararlar alır. Güvenlik Konseyi VI. Bölümde düzenlenen uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi hususunda da tavsiye nitelikli kararlar verir.

Kararlar için genelde 9/15 oyçokluğu aransa da usule ilişkin meseleler dışında kalan konularda karar alınabilmesi 9 üye içerisinde daimi üyelerin de bulunmasına bağlıdır ya da daimi üyelerin en azından çekimser kalması gerekir. Esasında düzenlemede çekimser kalmaya ilişkin bir ifade yoktur. Bu nedenle bir daimi üyenin protesto amacıyla toplantıya katılmamasının veya çekimser oy kullanmasının veto hakkı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği 1950 yılında yaşanan Kore Savaşı sırasında Güvenlik Konseyi'nin karar almasında yaşanan sıkıntı ile belirlenmiş ve çekimser kalma veya toplantılara katılmama veto hakkının kullanılması olarak kabul edilmemiştir²⁶.

Usule ilişkin konular dışında, daimi üyelerden birinin olumsuz bir oy kullanması karar alınmasına engeldir. Bu durum “veto hakkı” olarak adlandırılır²⁷. Esasın-

²⁵ Mengiler, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, 89.

²⁶ Jean Krasno ve Mitushi Das, “The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council”, Bruce Cronin ve Ian Hurd, editör. *The UN Security Council and the Poitics of International Authority* (London: Routledge, 2008), 173. Bu süreçte SSCB, Çin Cumhuriyeti'nin değil, Çin Halk Cumhuriyeti'nin Çin'i temsil ederek daimi üye sıfatını taşıdığı savunmuş, ancak Çin Cumhuriyeti'nin daimi üye sıfatının kabul edilmesi ile Güvenlik Konseyi'ni protesto etmek amacıyla toplantılara katılmamıştır. Kore ile ilgili karar almak isteyen Güvenlik Konseyi SSCB'nin toplantılara katılmamasının veto hakkının kullanımı olmadığını kabul etmiş ve 27 Haziran 1950'de 83 sayılı karar ile Kuzey Kore'ye karşı Güney Kore'nin desteklenmesi sağlanmıştır. Bu karar üzerine SSCB protestosunu sona erdiren toplantılara dönmüş ve bundan sonrasında alınan tüm kararlara karşı veto hakkını kullanmıştır. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin görevini yerine getiremediği için Genel Kurul tarafından 377(V) sayılı Barış için Birlik Kararı'nın alınmasına sebep olmuştur. Kararların tam metni için bkz. United Nations, Security Council, Resolution 83 (1950) of 27 June 1950, 27 June 1950, S / RES / 83 (1950), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f20a2c>. (21.06.2022). United Nations, General Assembl, Uniting for Peace, 3 November 1950, A / RES / 377, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f08d78>, (21.06.2022).

²⁷ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 180; Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 202.

da açıkça yer verilmeyen bu hak maddenin yorumundan ortaya çıkar²⁸. Ancak veto hakkı sadece bu şekilde gündeme gelmez, veto hakkının kullanılabileceği durumlar esasa ilişkin hususlardır. Bir husus usule mi esasa mı ilişkin olduğuna da tespit eden Güvenlik Konseyi'dir ve bu konuya ilişkin kararın da esasa ilişkin olduğu kabul edilir. Dolayısıyla daimi üyelerin bu karar bakımından da veto hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu nedenle bir daimi üye konunun önce usule ilişkin olarak kabul edilmesine veto hakkı ile engel olup sonrasında esasa ilişkin olarak kabul edilen o meselede veto hakkını kullanarak karar alınmasına engel olabilir. “Çifte veto hakkı” olarak anılan bu durum daimi üyeye iki ayrı aşamada kullanılacak iki ayrı veto hakkı tanıyarak esasında veto hakkına sahip olmak isteyen daimi üyelerin beklediğinden çok daha önemli bir hukuksal güce sahip olmasına neden olur²⁹. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin demokratik bir yapıya sahip olmasını da tehdit eder³⁰.

Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin sahip olduğu bu ayrıcalıklı konum, anlaşmanın yapıldığı sürecin bir neticesidir. Zira dönemin siyasi ve askeri şartları bu noktada belirleyici olmuştur³¹. Ayrıca hem Moskova Bildirisi³² 5. paragrafının hem de Tahran Bildirisi³³'nin 5. paragrafının bu beş üyeyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması bakımından sorumlu tutması da bu konunun sağlanmasında etkili olmuştur. Zira sorumluluğun yetki gerektirdiği kabul edilmiştir. Esasında BM Andlaşması'nın hazırlık görüşmelerinde bazı devletler veto hakkına ilişkin düzenlemenin kaldırılması veya bu hakkın sınırlandırılması taleplerini dile getirmiş ve uygulamaya geçirmek için çaba göstermişse de, güçlü devletler ancak böyle bir ayrıcalığa sahip olmaları durumunda BM'nin kurulabileceğini belirten bir tavır sergilemiştir. Bunun üzerine devletler yeniden bir çatışma ortamı yaşanması ihtimalinden çekinerek bu devletlere bazı ayrıcalıklar vermeye razı olmuştur³⁴.

Ekonomik ve Sosyal Konsey 18 üyeden oluşmakta ve ekonomik, toplumsal ve kültürel alanlarda ve eğitim, sağlık ve insan haklarının korunması alanlarında BM üyelerine tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir. Vesayet Konseyi 1995'ten bu yana vesayet altında bir ülke kalmaması nedeniyle fiilen bir etkiye sahip değildir. Ancak beş daimi üyeden oluşan hâliyle varlığını sürdürmektedir³⁵. 15

²⁸ Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 93; Topal, s. 105.

²⁹ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 182.

³⁰ Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 69.

³¹ Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 104.

³² Bildirinin İngilizce tam metni için bkz. <https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> (27.10.2022).

³³ Bildirinin İngilizce tam metni için bkz. <https://avalon.law.yale.edu/wwii/tehran.asp> (27.10.2022).

³⁴ Mengiler, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, 90-91; Saira Mohamed, “Shame in the Security Council”, *Wash. U. L. Rev. S.* 90 (2013): 1210; Sushil Chandra Singh, “The Veto Problem in UN”, *The Indian Journal of Political Science* 19, No. 2 (April-June, 1958), 129-133; Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 105.

³⁵ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 204.

yargıçtan oluşan Uluslararası Adalet Divanı BM'nin yargı organıdır. Yargıçların bağımsızlığı esastır. Genel Sekreter ve örgütün memurlarından oluşan sekreterlik ise örgütün işleyişine ilişkin farklı görevleri yerine getirmektedir. Ayrıca andlaşmanın verdiği yetki ile Genel Kurul, Güvenlik Konseyi ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kurduğu BM Yönetim Mahkemesi, BM Sığınmacılar Yüksek Komiserliği, UNICEF, BM İnsan Çevresi Konferansı gibi yardımcı organlar bulunur.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Kuruluş süreci ve genel özelliklerinden bahsettiğimiz Birleşmiş Milletler uluslararası hukukun önemli sükjelerinden biridir. Zira BM, uluslararası hukukun asli kaynaklarından olan birçok önemli andlaşmanın yapımında etkili olmuş, Genel Kurul'da belirli bir konuda devletlerin genelinin tutumunu yansıtmaya bakımdan bir diğeri asli kaynak olan örf ve adet kurallarının oluşumuna katkı sağlamış ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların UAD aracılığıyla çözümünde etkili bir rol oynamıştır. Ancak bu örgüt birçok hususta da eleştirilmiştir. Genel Kurul kararlarının bağlayıcı nitelikte olmaması, bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olan Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerin veto hakkı nedeniyle zaman zaman işlevsiz kalması, 1995'ten beri herhangi bir işlevi olmayan Vesayet Konseyi gibi unsurların andlaşmada değişiklik yapılamadığı için varlığını teoride sürdürmesi bu eleştirilerden bazılarıdır. Yöneltilen en önemli eleştirilerden biri ise güçlülerin örgütü olmasıdır. Bu durum örgütün kararlarını, uygulamalarını hatta kendi varlığını zaman zaman üyeleri için bile sorgulanır hâle getirmiştir. Doktrinde farklı organlara yönelik eleştiriler bulunsa da çalışmada özellikle Güvenlik Konseyi'ne yönelik eleştirilere odaklanılacak, bu hususta doktrinde yer verilen öneriler incelenecek ve veto hakkının objektif olarak sınırlandırılması, Genel Kurul'a veto hakkı nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin işlevsiz kaldığı zamanlarda kullanabileceği yetkilerin tanınması gibi önerilen çözümler detaylandırılacaktır.

A. VETO HAKKINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Veto hakkı ve çifte veto hakkı Güvenlik Konseyi gibi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması bakımından yetkili kabul edilen bir organın zaman zaman işlevsiz kalmasına sebep olmaktadır. Özellikle md.2/1'de devletlerin egemen eşitliğini temel alan BM gibi bir örgüt içinde bazı devletlerin ayrıcalıklı hâle getirilmesi, sözü edilen ilkeye aykırı bir durum yaratmakta ve doktrinde bazı yazarların ifade ettiği gibi bazı devletlerin “*daha eşit*”³⁶ görüldüğü şeklindeki eleştiriyi haklı çıkarmaktadır. BM Andlaşması'nda bu içerikte bir hükmün yer bulması uluslararası hukuk bakımından olumsuzdur. Ancak yer verilen bu hükme ilgili beş devletçe sık sık başvurulması daha olumsuz bir durumdur³⁷. Zira bu durum

³⁶ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 184.

³⁷ Singh, “The Veto Problem in UN”, 129.

hem bu beş üyenin hem de Kuzey Kore, Suriye ve İsrail örneklerinde görüldüğü gibi bu üyelerin müttefikleri olan devletlere BM Andlaşması'nda yer verilen ve üye devletlerin de uyması beklenen kurallar bakımından bir nevi muaf olma hakkı vermektedir. Bu konuda Güvenlik Konseyi'nin çifte standart teşkil eden tavrı yıllardır devam etmektedir. Başka bir ifadeyle Konsey, daimi üyelerin kendileri veya müttefiklerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ya veto hakkı kullanılarak devre dışı bırakılmakta ya da veto hakkı kullanılacağı tehdidinde bulunularak karar tasarısının hiç sunulmaması ile işlevsiz hâle getirilmektedir³⁸. Ancak andlaşma bu konuda sınırlı da olsa, veto hakkının kullanılması bakımından birincisi VI. Bölümde, diğeri 52/3. maddede yer alan iki istisna öngörmüştür.

İstisnalar gereğince, VI. Bölüm çerçevesinde uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda alınacak kararlarda ve 52/3. madde çerçevesinde bölgesel örgütler kapsamında bir uyuşmazlığın çözümünü özendiren kararların alınmasında uyuşmazlığın tarafı olan devletler oy kullanamayacaktır³⁹. Bu durum daimi üyelerin de oy kullanamayacağı dolayısıyla veto hakkını kullanarak karar alınmasını engelleyemeyeceği anlamına gelir. Kişinin kendi davasında hâkim olamayacağını ifade eden *nemo iudex in causa sua* ilkesinin bir gereği olan bu istisnalar, çok eleştiri alan veto hakkı sistemi için oldukça önemlidir. Ancak uygulamada daimi üyelerin bu bakımdan da kendileri için avantajlı bir durum yarattığını söylemek mümkündür. Zira daimi üyelerin çifte veto hakkı sayesinde söz konusu olan hususun niteliğine ilişkin tartışmalı durumlarda bu hakkı kullanması mümkündür. Başka bir ifadeyle istisnalarda “uyuşmazlık” kavramının kullanılması nedeniyle yaşanan olayın uyuşmazlık, durum, sorun veya konu olarak tespit edilmesinin daimi üyelerce usul tartışması hâline getirilmesi mümkündür. Böylece daimi üye olayın bir uyuşmazlık olmadığını durum veya sorun olduğunu iddia ederek veto hakkını kullanabilecek, dolayısıyla uyuşmazlık olduğuna ilişkin bir karar alınmadığı için daimi üye çifte veto hakkını kullanarak sonraki kararın alınmasını da engelleyebilecektir⁴⁰.

Üstelik hangi konuların usule ilişkin olduğuna dair hiçbir tanım veya düzenleme yoktur. Buna ilişkin andlaşmada da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda başvurulabilecek tek belge 7 Haziran 1945'te yapılan dördü ortak açıklamadır. Buna göre uyuşmazlıkların barışçı çözümüne, barışa karşı tehdidin saptanması ve giderilmesine, barışın bozulmasına yönelik fiillerin bastırılmasına ilişkin önlemlerin alınmasını içeren kararlar usule ilişkin konular değildir. Ancak bu hususu detaylı şekilde ele almayan bu belgenin bağlayıcı niteliği bulunmaz⁴¹.

³⁸ Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 106-108.

³⁹ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 202-203.

⁴⁰ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 182; Mengiler, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, 124.

⁴¹ Mengiler, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, 122-123.

Veto hakkı ilk kez BM Andlaşması'nda yer verilmek istenmesinden itibaren önemli tartışmalara sebep olmuştur. Üç büyük devlet ABD, İngiltere ve SSCB'nin de görüşmelerde bu hususta anlaşması kolay olmamış, ancak özellikle *Stalin*'in ısrarları bu hususta belirleyici rol oynamıştır⁴². Bu noktada bir kısım devletler üstün bir otoriteye sahip olmayan ve bu nedenle bazı zayıflıkları bulunan uluslararası hukukun böyle bir ayrı uygulamaya ihtiyaç duyduğunu savunmuştur. Bunlara göre, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması bakımından yetkili olan böyle bir örgüt içinde daha fazla sorumluluk alan ve daha fazla katkı sağlayan devletlerin bu tür bir yetkiye sahip olması kaçınılmazdır. Aksi takdirde sistem işleyemez hâle gelir. Bu devletler Güvenlik Konseyi'nde geçici üyelere yer verilmesinin bu hakkın kullanımını dengeleyeceğini de ileri sürmüştür. Veto hakkına karşı olan devletler daimi üyeler için ayrıcalıklı bir durum yaratıldığını, bunun egemen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, geçici üyelerin çoğu zaman anlamlı etkisi olmadığını, sadece daimi üyelerin almış olduğu kararı meşrulaştırma unsuru olarak muamele gördüğünü iddia etmiştir. Bazı devletler ise veto hakkının etkili bir yönetim için gerekli olduğunu kabul etse de bazı eksik yanları bulunduğunu savunmaktadır. Bunlara göre sorun veto hakkının kullanılma usulü ve daimi üyelerin devamlılığıdır⁴³.

Veto hakkı her ne kadar özellikle daimi üye sıfatı bulunan beş devletçe savunulsa ve bu devletler söz konusu hakka sıkı sıkıya sarılsa da zaman zaman daimi üyeler bile veto hakkının yarattığı sorunları dile getirmektedir. Örneğin, ABD başlarda mutlak şekilde savunduğu veto hakkını özellikle 1960'ların başında başlayan SSCB ile arasındaki rekabette bir şekilde daha güçlü bir konum elde etmeye başlayınca, "*makul olmayan veto*" kavramını ortaya atmış ve bazı daimi üyelerin veto hakkını makul olmayan şekillerde kullanarak Güvenlik Konseyi'ni çalışamaz hâle getirdiğini öne sürmüştür. SSCB'nin ve Doğu Bloku'nun dağılmasıyla insani müdahale kavramı ortaya atılmış ve veto hakkı nedeniyle ABD istediği gibi bu tür müdahalelerde bulunamamıştır. Çin ve özellikle SSCB ve sonrasında Rusya'ya yönelik olarak ABD bazı daimi üyelerin veto hakkını yerinde kullanmadığını ileri sürmüş ve bu hususu eleştirmiştir⁴⁴.

Daimi üyelerden birinin böyle bir eleştiri getirmesi veto hakkının niteliğine ilişkin önemli bir değerlendirme olsa da, veto hakkının zaten egemen eşitlik

⁴² Hurd, *After Anarchy, Legitimacy and Power*, 85-87.

⁴³ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 184-186.

⁴⁴ Denk, *Birleşmiş Milletler Sistemi*, 187-188. ABD veto hakkına ilişkin açıklamalarında zaman zaman "makul" kullanıma yer vermeye devam etmektedir. En son 26 Nisan 2022 tarihinde Rusya'nın Ukrayna ile olan durumunun görüşüldüğü Güvenlik Konseyi oturumunda veto hakkı kullanarak karar alınmasına engel olmasının ardından Genel Kurul'un veto hakkını kullanan üyenin bunun gerekçesini Genel Kurul'a açıklamasına ilişkin kararın kabulü sırasında ABD adına konuşan Büyükelçi *Richard Mills* konuşmasında "*veto hakkının akıllıca ve makul bir şekilde kullanılmasına*" yer vermiştir. United Nations, General Assembly, Resolution A/RES/76/262, Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council, 26 April 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/330/37/PDF/N2233037.pdf?OpenElement> (25.10.2022).

ilkesini temel alan bir andlaşmaya aykırı olduğu ve kabul edilirken nasıl kullanılacağına ilişkin herhangi bir objektif kriter getirilmeyerek esasında arzu edilen durumun bu olduğu söylenmelidir. Üyelerden hiçbiri veto hakkının kaldırılması veya objektif kriterlere uygun olarak kullanılması gibi değişiklikleri kabul eder gibi görünmemektedir. Onlar için sorun bu yetkiye tek başına sahip olamamaktır.

Uluslararası hukuk için ise sorun sözü edilen hakkın devletlerin egemen eşitliği ilkesine zıt bir kavram olması ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında özellikle bağlayıcı karar alma yetkisine sahip bir organın bu hak nedeniyle zaman zaman görevini yerine getirememesidir. Zira Güvenlik Konseyi aldığı bağlayıcı kararlar sayesinde uluslararası hukukun uygulanmasında önemli bir organdır. Böyle bir organı beş devletin siyasi politikaları nedeniyle işlevsiz bırakmak uluslararası hukukun varlığını bile sorgulanır hâle getirebilir. Dolayısıyla veto yetkisinin sınırları veya kimler tarafından kullanılacağına ilişkin çözümler getirmek sorunun çözümü adına atılacak sınırlı adımlardır. Sorunun özü veto hakkının varlığıdır. Çözüm için sözü edilen hakkın andlaşmaya uygun şekilde ortadan kaldırılması gerekir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu yetki varlığını devam ettirse bile kullanılması aslında bazı şartlara bağlıdır. Öncelikle BM Andlaşması md.2/2'de de belirtildiği üzere üyelerin üyelik sıfatından doğan tüm hak ve menfaatlerden tümünün yararlanması için andlaşma ile üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmeleri gerekir⁴⁵. İyi niyet bu şekilde bir hükümlerle atıf yapılmamış olsa bile hukuk genel ilkesi niteliğiyle yine taraflar için uluslararası hukukun bir kaynağıdır. Aynı zamanda andlaşmadan kaynaklanan hak ve yetkilerin hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde kullanılmaması da bir gerekliliktir. Bu durum Yalta Konferansı'nda veto hakkı tartışılırken de ele alınmış ve veto yetkisinin Güvenlik Konseyi'nin çalışmalarını engelleyecek şekilde kullanılmayacağı ifade edilmiştir⁴⁶.

B. ANDLAŞMADA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN MD.108'E YÖNELİK ELEŞTİRİLER

BM sistemine yöneltilen veto eleştirisinin sirayet edeceği başka bir husus da md.108'de yer verilen “*Değişiklikler*” kenar başlıklı düzenlemedir. “*İşbu antlaşmada yapılacak değişiklikler, Genel Kurul üyelerinin, 2/3 çoğunluğu tarafından kabul edilip, Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyelerinin tümünü kapsamak üzere Birleşmiş Milletler üyelerinin 2/3'si tarafından her birinin anayasa kuralları gereğince onaylandığı zaman, tüm Birleşmiş Milletler üyeleri için yürürlüğe girer*” şeklindeki düzenleme, andlaşmada yapılacak herhangi bir değişiklik için 2/3 oy çokluğunu öngörmüş olsa da aranan oy çokluğu içinde beş daimi üyenin bulunmasını bir zorunluluk olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla yapılacak değişikliklerde

⁴⁵ Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 106.

⁴⁶ Andrew J. Carswell, “Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution”, *J. Conflict & Security L.* 18, No. 3 (2013): 470-471.

de daimi üyelerin veto hakkını kullanması mümkündür. Zira değişiklikler esasa ilişkin hususlar olacağından, hatta usule ilişkin olsa bile buna ilişkin tespit kararı esasa ilişkin kabul edildiğinden değişikliği desteklemeyen daimi üye bu sefer de çifte veto hakkı ile değişikliği önleyebilir. Başka bir ifadeyle II. Dünya Savaşı sonrasında yapılan ve üzerinden yaklaşık 77 yıl geçen bir metnin günümüz koşullarına uyarlanması gerekse de o dönem veto hakkını elde etmiş bu beş devletin rızasının bulunmadığı herhangi bir değişikliği yapabilmek 108. maddedeki düzenleme nedeniyle olanaksızdır. Bu nedenle veto hakkının ortadan kaldırılması ya da en azından kullanımına ilişkin bazı objektif kriterler getirilmesi, veto hakkının beş devletçe ancak birlikte kullanılabilmesi, daimi üye sayısının artırılması gibi değişikliklerin yapılması zor görünmektedir. Ancak uygun şartların ortaya çıkması durumunda daimi üyelerin de değişiklikleri desteklemesi imkânsız değildir. Bunun mümkün olduğunu gösteren örnek 1965 yılında Güvenlik Konseyi'nin geçici üyelerinin sayısını arttıran değişikliğin kabulüdür.

Güvenlik Konseyi kurulduğunda beş daimi üye ve altı geçici üye olmak üzere toplam 11 üyeden oluşmuş ve geçici üyeler bugün olduğu gibi Genel Kurul'un 2/3 oy çokluğu ile hakça bir coğrafi dağılıma uygun olarak seçilmiştir. İlk on yıl bu duruma herhangi bir eleştiri getirilmemiştir. Bunun nedeni üye devlet sayısının artış göstermemesidir. Zira bu süreçte bloklar arasındaki kavga nedeniyle iki taraf da veto hakkını kullanarak diğer bloğa yakın olan devletin üyeliğini engellemiştir. Ancak bir süre sonra iki taraf bu hususta anlaşmaya varmış ve veto hakkını üyelik önünde bir engel hâline getirmekten vazgeçmiştir⁴⁷. Bunun üzerine bir yandan daimi üyelerden Fransa ve İngiltere'nin güç kaybetmesine karşın II. Dünya Savaşı'nın mağlubu olan Almanya ve Japonya güç kazanmış, Hindistan ve Brezilya gibi bölgesel güçler uluslararası alanda daha etkin bir role sahip olmaya başlamış⁴⁸, diğer yandan ise üye devlet sayısı yıldan yıla artmış, 50 üye ile yola çıkan örgütün 1963 yılında 113 üyesi olmuştur. Özellikle Asya ve Afrika'da bulunan üye sayısındaki artış bu gruptaki devletlerin geçici üye sayısının artırılması talebini ortaya çıkarmış ve Genel Kurul'un 1991 (XVIII) A sayılı kararıyla⁴⁹ geçici üye sayısı ona çıkarılmıştır⁵⁰.

⁴⁷ Dimitris Bourantonis, *The History and Politics of UN Security Council Reform* (London: Routledge, 2005), 10; Francis Harry Hinsley, *Power and the Pursuit of the Peace* (Cambridge: Cambridge University Press, 1963), 340.

⁴⁸ Justin Morris, "United Nations Security Council Reform: A Counsel for the 21st Century", *Security Dialogue* 31, S. 3 (2000): 266; Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 185.

⁴⁹ United Nations, General Assembly, Resolution A/RES 1991(XVIII) A, Question of equitable representation on the Security Council and the Economic and Social Council, 17 December 1963, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/186/66/PDF/NR018666.pdf?OpenElement> (11.8.2022).

⁵⁰ Yehuda Z. Blum, "Proposals for UN Security Council Reform", *The American Journal of International Law* 99, S. 3, (Jul., 2005), 637.

1979 yılında ise 152 üyeye ulaşan BM'de çoğunluğu gelişmekte olan üye devletler Güvenlik Konseyi'nin üye sayısının bu kez de 15'ten 21'e çıkarılmasını teklif etmiş, ancak bu sefer gerekli çoğunluk sağlanamamış ve teklif onaylanmamıştır⁵¹. Dolayısıyla yeniden yapılandırmaya ilişkin değişikliklerin yapılması zor olsa da imkânsız olmadığı söylenmelidir. Ancak Güvenlik Konseyi daimi üyeleri bir karar alabilmek için öncesinde sadece iki üyeye daha ihtiyaç duyarken, 1965 tarihli değişiklik sonrasında dört üyenin olumlu oyuna ihtiyaç duymuş, dolayısıyla karar alabilmeleri zorlaşmıştır. Bu durum daimi üyelerin güncel değişikliklere daha temkinli yaklaşmasına neden olmuştur.

C. GENEL KURUL'UN YETKİLERİNİN SINIRLANDIRILMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Genel Kurul'un yetkisi BM Andlaşması md.10-17 arasında düzenlenmiştir. 10. maddeye göre “*Genel Kurul, işbu Antlaşma kapsamına giren ya da işbu Antlaşmada öngörülmüş organlardan herhangi birinin yetki ve görevlerine ilişkin bütün sorunları ya da işleri görüşebilir ve 12. Madde hükümleri saklı kalmak koşuluyla, bu tür sorun ya da işler konusunda Birleşmiş Milletler üyelerine veya Güvenlik Konseyi'ne veya hem örgüt üyelerine, hem de Güvenlik Konseyi'ne tavsiyelerde bulunabilir*”. Dolayısıyla Genel Kurul'un genel yetkili bir organ olduğunu söylemek mümkündür. Bu madde sonrasında Genel Kurul'un yetkileri tek tek sayılmıştır. Burada özellikle tavsiye nitelikli kararlar vermesi ve istisna olarak gösterilen 12. madde düzenlemesi önemlidir. Zira 12. maddedeki gibi bir durumda Genel Kurul'un tavsiye nitelikli bir karar alması bile mümkün değildir.

“*Güvenlik Konseyi herhangi bir uyumsuzluk ya da duruma ilişkin olarak işbu Antlaşma'nın kendisine yüklediği görevleri yerine getirdiği sürece, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi bunu kendisinden istemedikçe, bu uyumsuzluk ya da durum konusunda herhangi bir tavsiyede bulunamaz*” şeklindeki 12. madde, Güvenlik Konseyi'nin yetkisini yerine getirdiği müddetçe Genel Kurul'un Güvenlik Konseyi'nin talebi olmadan onun yetkisine giren bir hususu ele alamayacağını ifade eder. Bu şekilde Genel Kurul'u sınırlandıran bu hüküm esasında aynı zamanda Genel Kurul'a Güvenlik Konseyi görevini yerine getirmese konuyu ele alabilme, tavsiye nitelikli olsa bile konuya ilişkin görüşlerini dile getirebilme fırsatı verir. Dolayısıyla esasında bu madde Güvenlik Konseyi'nin görevini çok eleştirilen veto hakkı nedeniyle yerine getiremediği durumlarda Genel Kurul'u yetkili hâle getirecek şekilde yorumlanabilir. Böylece yetkisi sınırlı tutulduğu için eleştirilen Genel Kurul için bir çözüm yolu olabilir. Ancak yine de Genel Kurul kararlarının genel olarak tavsiye nitelikli olması hususu eleştirilebilecektir.

Sözü edilen maddeye dayanarak Genel Kurul tarafından alınan 377 (V) sayılı Barış için Birlik Kararı bu bakımdan incelenmesi gereken bir karardır. 27 Hazi-

⁵¹ Blum, “Proposals for UN Security Council Reform”, 637; Bourantonis, *The History and Politics of UN Security Council Reform*, 30; Ögüt, *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 188, 192-193.

ran 1950’de ABD, Kuzey Kore ve Güney Kore arasında yaşanan süreci⁵² BM’ye taşımış ve Güney Kore’ye yardım gerekliliğine yer veren karar dokuz olumlu oyla kabul edilmiştir. Üye devletlerden Kuzey Kore’ye yardım etmemelerini de isteyen üç ayrı karar alınabilmesinin sebebi⁵³, Milliyetçi Çin’in Çin’i temsil yetkisi olmadığını iddia eden SSCB’nin bu durumu protesto ederek oylamaya katılmamış olmasıdır⁵⁴. SSCB bu tavrının veto hakkının kullanımı olduğunu, bu nedenle karar alınmayacağını savunsa da Amerikan delegesi *Dean Acheson*’un katkısıyla böyle bir karar alınabilmiştir. Bu durum üzerine SSCB toplantılara katılmaya başlayarak bundan sonrasında alınmak istenen kararlara veto hakkını kullanarak engel olmuştur⁵⁵.

Genel Kurul, kararında “*Daimi üyelerinin oybirliği olmaması sebebiyle Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olması, barışın bozulması veya saldırı eylemi gerçekleşen her durumda öncelikli görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında başarısız olduğunda, Ge-*

⁵² 1910-1945 yılları arasında Japonya II. Dünya Savaşı’ndan yenik ayrılıncaya dek Kore, Japon kolonyalizmine tabi olmuştur. Jacques L. Fuqua, *Nuclear Endgame: The Need for Engagement with North Korea* (London: Praeger Security International, 2007), 44; Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı’nın Uygulanabilirliği”, 113. Sonrasında ABD ve SSCB’nin çıkarlarının kesiştiği bir nokta hâline gelmiştir. 1943 tarihli Kahire ve 1945 tarihli Potsdam Konferansı’nda ele alınan Kore konusu, Yalta Konferansı’nda gizli bir andlaşma ile düzenlenmiş ve Kore Yarımadası’nın ikiye bölünmesine karar verilmiştir. Lee Kwang Pyo (Korean Overseas Information Services), *A Handbook of Korea*, Samhwa Printing Company (1990), 309. Bunun üzerine Kore Yarımadası’nın birleştirilmesi fikri ortaya atılmış, ancak çabalar sonuçsuz kalmıştır. Neticede ABD 17 Eylül 1947’de BM’ye başvurmuş, SSCB’nin yoğun itirazlarına rağmen 14 Kasım 1947’de BM Kore Geçici Komisyonu kurulmuş ve 31 Mart 1948’de her iki bölgede tarafsız seçimler yapılmasına karar verilmiştir. United Nations, General Assembly Resolution A/RES/112 (II), The problem of independence of Korea, 13 November 1947, [\(http://undocs.org/en/A/RES/112\(II\)\)](http://undocs.org/en/A/RES/112(II)) (24.06.2022). Karar güneyde olumlu karşılanırsa da kuzey tarafı karara karşı çıkmıştır. Sonrasında SSCB kendi isteği ile kuzeyde seçim yapmıştır. Sina Akşin, *Kısa 20. Yüzyıl Tarihi* (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2018), 289; Kukt’o T’ongirwon, *A White Paper on South-North Dialogue in Korea* (National Unification Board Republic of Korea, 1982), 17. Neticede iki ayrı devlet kurulmuştur. BM Genel Kurulu 11 Aralık 1948’de 195-III sayılı kararıyla Kore’de bulunan tek yasal hükümetin güneydeki hükümet olduğunu ifade etmiştir. United Nations, General Assembly Resolution A/RES/195 (III), The problem of independence of Korea, 11 December 1948, [\(http://undocs.org/en/A/RES/195\(III\)\)](http://undocs.org/en/A/RES/195(III)) (24.06.2022). Bu süreçte Kuzey Kore lideri Kim Il Jong Kore’yi tek bir yönetim altında birleştirmeyi amaçlamış ve her iki taraf askeri olarak olası bir savaş için hazırlıklara başlamıştır. 20 Haziran 1950’de SSCB, Güney Kore’nin Kuzey Kore’ye saldıracağını öğrenmiş ve ABD’ye karşı harekete geçmiştir, 25 Haziran’da ise Kuzey Kore’ye Güney Kore’yi işgal talimatı vermiştir. Barış Adıbelli, *Kuzey Kore (Bir Komünist Hanedanlığın Hikâyesi)*, C. 1, (İstanbul: Bilim&Gönül Yayınevi, 2012), 139; T’ongirwon, *A White Paper*, 28; Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı’nın Uygulanabilirliği”, 113. Çin’in de Kuzey Kore’ye destek olmak için katılmasıyla birlikte çatışma uluslararası bir zemine taşınmıştır.

⁵³ Kararlar için bkz. UN Security Council, Resolution 82 (1950) of 25 June 1950, 25 June 1950, S/RES/82; UN Security Council, Resolution 83 (1950) of 27 June 1950, 27 June 1950, S/RES/83; UN Security Council, Resolution 84(1950) of 7 June 1950, 7 June 1950, S/RES/84.

⁵⁴ Adıbelli, *Kuzey Kore (Bir Komünist Hanedanlığın Hikâyesi)*, 143; Akşin, *Kısa 20. Yüzyıl Tarihi*, 291.

⁵⁵ Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 86; Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı’nın Uygulanabilirliği”, 114.

nel Kurul'un, uluslararası barışın ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesisi için gerek duyulduğunda, barışın bozulması veya saldırı eyleminin vuku bulması hâlinde kuvvet kullanma dâhil ortak eylemlerin alınması için üyelere gerekli tavsiyelerin yapılması düşüncesiyle işbu meseleleri derhal değerlendireceğine karar verir. Eğer Genel Kurul toplantı hâlinde değilse, bu gerekçeyle 24 saat içerisinde özel bir gündemle acilen toplanabilir..." ifadelerine yer vermiş ve Güvenlik Konseyi'nin temel görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması hususunda başarısız olması durumunda Genel Kurul'un tavsiyede bulunabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla bu karara göre, barışa yönelik bir tehdit, bir ihlal veya bir saldırı fiilinin gerçekleştiği, daimi üyeler arasında görüş birliği bulunmadığı ve Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına yönelik asli sorumluluğunu yerine getiremediği durumlarda Genel Kurul 24 saat içinde acil toplanacak ve 2/3 oyçokluğu ile silahlı kuvvet kullanma dâhil olmak üzere VII. Bölüm kapsamındaki önlemleri üye ülkelere tavsiye edebilecektir⁵⁶. Ancak verilen karara ilişkin usulü, Güvenlik Konseyi'nin veto hakkı nedeniyle karar alamadığı tüm durumlarda işletilebilecek bir usul olarak öngörmeyi andlaşmaya aykırı gören görüşler mevcuttur. Bu görüşlere göre, veto yetkisi sistemin tanıdığı bir haktır ve veto yetkisinin kullanıldığı her durumda uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmadığını söylemek mümkün değildir⁵⁷. Sözü edilen görüş, BM Andlaşması'nın hukuk mantığına uygun olarak yorumlanmasının bir sonucudur. Her ne kadar eleştirilse de veto hakkı andlaşma ile düzenlenmiş, taraf devletler için bağlayıcılığı olan bir hükümdür.

Andlaşma gereğince bu tip durumlarda Genel Kurul'un sorunu ele alması da andlaşmaya aykırı değildir. Üstelik bu karar veto hakkının Güvenlik Konseyi'nin işleyişini ne ölçüde engelleyebileceğini tespit etmeye çalışması, bu hakkın kullanımına ilişkin bir sınır çizmesi bakımından önemlidir. Ayrıca bu durum sözü edilen iki organın BM'nin başarıyla çalışabilmesi için birbirini tamamlayan organları olmasının da bir gereğidir. Bu organlar birbirinin alternatifi olan organlar değildir⁵⁸. Bu durum Uluslararası Adalet Divanı'nın "Birleşmiş Milletlerin Bazı Giderleri" hakkındaki danışma görüşünde de dile getirilmiştir⁵⁹. Bu nedenle Güvenlik Konseyi'nin talebi veya asli görevini yerine getirememesi durumunda Genel Kurul'un devreye girmesi andlaşmaya uygun olandır. Ancak bu hususun kesin bir şekilde andlaşmada düzenlenmesi yorum yolu ile varılan bu yöntemin tartışmalı hâline son verecektir.

⁵⁶ Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", 116.

⁵⁷ Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 88-89; Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", 116-117.

⁵⁸ Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", 118.

⁵⁹ International Court of Justice, *Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion of 20 July 1962*. <http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf> (1.07.2022).

III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ağır yıkımlara sebep olan bir savaş sonrasında kabul edilen ve üzerinden uzun seneler geçen bir andlaşmanın değişiklik gerektirmesi normaldir. Özellikle Güvenlik Konseyi'nin yapısı ve işleyişi daimi üyeler dışındaki devletlerin organa ve dolayısıyla örgüte olan güvenini sarsan bir husustur. Yine iki kutuplu dünya düzeninin yerini çok kutuplu bir sisteme bırakması, bazı devletlerin güç kaybederken bazı devletlerin güçlenmesi örgüt yapısının yeniden ele alınmasını gerektirmektedir⁶⁰.

Andlaşmanın güncel gelişmelere uygun olarak değişiklik gerektiren hususlarından biri veto hakkıdır. Devletlerin egemen olarak eşit olduğunu ifade eden bir andlaşmanın bu eşitliği bozan bir yetkiyi yaratması kendi içerisindeki bir çelişkidir. Bu şekilde bazı devletlerin “üstün” kabul edildiği, esasında onlar dışındaki devletler için egemen eşitlikten bahsedildiği söylenmelidir⁶¹.

Veto hakkının kullanılmasının yarattığı sorunlar yeni olmasa da Rusya ve Ukrayna arasındaki silahlı çatışmada Rusya'nın veto hakkını kullanarak Güvenlik Konseyi'ni işlevsiz bırakması söz konusu hususun yeniden gündeme gelmesine sebep olmuştur. Bu nedenle sorunun çözümüne ilişkin öneriler yeniden dile getirilmeye başlamıştır⁶². Bu önerilerden bazıları şunlardır: Malezyalı diplomat *Ismael Razali*'nin başkanlık ettiği Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun önerileri, İtalya'nın dâhil olduğu Uzlaşma için Birlik Grubu'nun önerileri, Almanya, Japonya, Brezilya ve Hindistan'dan oluşan G-4 devletlerinin önerileri, BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın A ve B planları, Afrika Grubu, L.69 Grubu ve S-5 Grubu'nun önerileri.

A. AÇIK UÇLU ÇALIŞMA GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

Genel Kurul'un 47/62 sayılı kararına cevap olarak Genel Sekreter tarafından hazırlanan rapor ile kurulan bu grup, Güvenlik Konseyi'nde devletlerin adil şekilde temsil edilmesi amacıyla hareket etmiştir. Zira 1993 yılında BM'nin üye devlet

⁶⁰ Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 174.

⁶¹ Zira bu devletler benzer bir hükmü 1968 Nükleer Silahların Yayılması Sözleşmesi'ne de koymuş, sadece kendilerini nükleer devlet olarak saymış ve diğer devletlerin nükleer silaha sahip olmasını yasaklamıştır. Başka bir ifadeyle bu andlaşmada da aynı devletler ayrıcalıklı bir yer edinmiş, nükleer silahların elde edilmesi veya kullanılması mutlak bir şekilde yasaklanmamış, beş devlet dışındaki devletlerin nükleer silaha sahip olması yasaklanmıştır. Sorun nükleer silahların varlığı değil, kimlerin bu silahlara sahip olabileceğidir. Erdem Denk, “Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 66, No. 3 (2011): 125; Mustafa Kibaroglu, “Kuzey Kore'nin Nükleer Silah Programı: Sebepler ve Sonuçlar”, *Uluslararası İlişkiler* 1, S. 1, (Bahar 2004): 156. Beş devlet her ne kadar devletlerin egemen eşitliği ilkesini benimsediğini ifade etse de bu devletlerin esasında kendilerini eşit değil, üstün saydığı açıktır.

⁶² Brian Cox, “United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences”, S. C. J. *Int'l. L. & Bus* 6, S. 1(2009): 89-127; Emilio J. Cardeas, “The United Nations Security Council's Quest for Effectiveness”, *Mich. J. Int'l L.* 25, No.4 (2004): 1341-1348; Topal, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, 110.

sayısı 185'e ulaşmış ve örgütün kuruluşunda üye olan devlet sayısının üç katını aşmıştır⁶³. Ancak sözü edilen grubun kurulması üzerinden üç seneye yakın bir süre geçmesine rağmen çalışmalar herhangi somut bir sonuca ulaşmamış ve 20 Mart 1997 tarihinde Genel Kurul'un o dönemki başkanı *Ismael Razali* ortaya atılan tüm önerileri göz önünde bulundurduğu üç aşamalı bir plan⁶⁴ oluşturmuştur⁶⁵.

Bu plana göre, ilk adım olarak Güvenlik Konseyi'ne beş daimi üye (iki tanesi gelişmiş, üç tanesi gelişmekte olan ülkelerden) ve dört geçici üye eklenmeli, ikinci adım olarak daimi ve geçici üyeler için aday olan ülkeler belirlenmelidir. Planda açıkça yer verilmese de *Razali*'nin gelişmiş ülke adayları olarak Almaya ve Japonya'yı düşündüğü anlaşılmaktadır⁶⁶. Ancak planda yer verilen daimi üye sıfatı, mevcut daimi üye sıfatından farklıdır. Plan daimi üyelere veto yetkisinin tanınmamasını önermektedir. Aynı zamanda mevcut beş daimi üyenin de bu hakkı kullanması uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden uyuşmazlıklarla sınırlandırılmalıdır.

Razali'nin planı esasında Güvenlik Konseyi'nde devletlerin adil bir şekilde temsil edilmesini sağlama ve veto hakkının getirdiği dezavantajların bir kısmını ortadan kaldırılabilme potansiyeline sahiptir. Ancak daimi üyeler arasında veto hakkına sahip olma bakımından yaratılan ayırım, üyeler arasındaki eşitliği bozacak niteliktedir. Mevcut beş daimi üyenin ikna edilmesi adına böyle bir ayırım yaratılmaya çalışılmış olabilir. Yine de bu şekilde hem üyeler arasında adaletsiz bir durum ortaya çıkacak hem de veto hakkının yarattığı olumsuzlukların bir kısmını devam edecektir. Üstelik bu durum yeni daimi üyelerin diğer daimi üyeler gibi veto hakkına sahip olma taleplerini ileri sürmelerine zemin hazırlayacaktır. Ancak bu planı, veto hakkının tamamen ortadan kaldırılmasından önce başvurabilecek bir aşama olarak görmek de mümkün olabilir.

B. UZLAŞMA İÇİN BİRLİK GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

Uzlaşma için Birlik Grubu, İtalya, İspanya, Meksika ve Pakistan temsilcilerinin New York'ta buluşması ile ilk olarak ortaya çıkmış ve sonrasında Kuzey Kore, Arjantin, Türkiye, Kanada, Malta, San Marino, Kosta Rica ve Kolombiya gruba katılmıştır. G-4 Grubu üyelerinin teklifinden rahatsız olarak bir araya gelen bu grup, geçici üye eklenmesi önerisini kabul etse de, reform önerileri içinde daimi üyeliğin bulunmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu gruba göre, daimi üye sayısının artması sorunları genişletecektir⁶⁷. İtalya'nın içinde bulunduğu grubun

⁶³ <http://www.un.org/en/members/growth.shtml> (18.10.2022).

⁶⁴ Planın tam metni için bkz. <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/200/41310.html> (18.10.2022).

⁶⁵ Bourantonis, *The History and Politics of UN Security Council Reform*, 64.

⁶⁶ Bourantonis, *The History and Politics of UN Security Council Reform*, 65.

⁶⁷ Jonas von Freiesleben, "Reform of the Security Council", *Managing Change at the United Nations*, New York, Center for UN Reform Education 2008, 3; Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 244.

yeni daimi üyelere karşı çıkması bu alanda özellikle Almanya'nın ciddi bir avantajı olduğunu bilmesi nedeniyledir. Grup temsilde adaletin sağlanması için bölgesel dağılım usulüne uygun olarak on yeni geçici üye eklenmesini önermektedir.

Grup içinde zamanla farklı öneriler de ortaya çıkmıştır. Yeni daimi üyelere özellikle Almanya nedeniyle karşı çıkan İtalya, veto hakkı bulunmayan on yeni daimi üye eklenmesini önermiş, ancak bu üyelerin Asya, Afrika, Batı Avrupa ve diğerleri, Doğu Avrupa ve Latin Amerika-Karayipler şeklindeki beş grup tarafından ikiyeşer adet seçilmesi sistemini dile getirmiştir⁶⁸. Bazı küçük değişikliklerle mavi ve yeşil model şeklinde iki öneri daha bu grup tarafından dile getirilmiştir.

Grubun yeni geçici üyeler eklenmesi önerisi başarılı bir reform için yararlı bir öneridir. İtalya'nın önerisinde on yeni daimi üyeye yer verilmesi de yine aynı şekilde Konsey içerisinde beş daimi üye dışında devamlı olarak yer alacak üyelere yer vermesi bakımından önemlidir. Ancak bu üyelerin seçimine ilişkin önerilen sistemin uygulamaya geçirilmesinde sıkıntılar yaşanması yüksek ihtimaldir. Asya kıtasında yer alan birbirinden farklı politikaları ve çıkarları bulunan devletlerin ortak iki daimi üye seçebilmesi zor olacaktır. Aynı durum diğer gruplar için de geçerlidir. Yine de özellikle seçime ilişkin adil bir usul oluşturulabilirse bu önerinin hayata geçirilme ihtimali olabilir. Ancak bu öneri de özellikle beş daimi üyenin sahip olduğu veto hakkından kaynaklanan sorunlara bir çözüm getirmemektedir.

C. G-4 GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

G-4 devletleri Almanya, Japonya, Brezilya ve Hindistan'dır. Bu devletler reform sürecinde kendi ülkelerinin özellikle daimi üyelik konusundaki şansını artırma amacıyla hareket etmektedir. Almanya ve Japonya özellikle ekonomik gelişmişlikleri sayesinde BM bütçesine ABD'den sonra en yüksek katkıyı sağlayan iki devlet olmanın verdiği güçle hareket etmektedir⁶⁹. Brezilya ve Hindistan ise nüfus gücünü esas almaktadır⁷⁰. Bu grup Güvenlik Konseyi'ne altı daimi ve dört geçici üyenin eklenmesini önermektedir. G-4 Grubu, altı daimi üyenin Konsey'in temsil edilebilirlik düzeyini arttırmak için Afrika ve Asya'dan ikiyeşer üye, Latin Amerika ve Karayipler bir üye ve Batı Avrupa ve diğerlerinden bir üye olacak şekilde seçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca daimi üyelerin belirli bir süre kullanamamaları şartıyla veto hakkına sahip olması öngörülmektedir⁷¹.

Grubun getirdiği öneriler esasında Güvenlik Konseyi'nin başarılı bir şekilde reformuna hizmet edebilecek niteliktedir. Zira bu devletler daimi üye olarak önerilebilecek

⁶⁸ Cox, "United Nations Security Council Reform", 110.

⁶⁹ Amber Fitzgerald, "Security Council Reform: Creating a More Representative Body of the Entire UN Membership", *Pace International Law Review* 12, No.2 (2000), 342; Blum, "Proposals for UN Security Reform", 638.

⁷⁰ Blum, "Proposals for UN Security Reform", 638.

⁷¹ Önerinin taslak metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/dos/UNDOC/LTD/N05/410/80/PDF/N0541080.pdf?OpenElement> (19.10.2022).

devletlerdendir. Almanya ve Japonya gelişmiş ekonomisiyle, Brezilya ve Hindistan özellikle nüfusa ilişkin nitelikleriyle daimi üyelik için önerilebilecek devletlerdendir. Ancak altı yeni daimi üyenin ilgili bölgelerce seçiminde yaşanacak zorlukların çözümlüne ilişkin önerilere yer verilmesi öneriyi daha uygulanabilir hâle getirecektir.

D. KOFİ ANNAN'IN A VE B PLANLARI

2002 yılında A/57/387 sayılı Birleşmiş Milletler'in Güçlendirilmesi Genel Sekreterlik Raporu⁷² ile dönemin Genel Sekreteri Kofi Annan çeşitli sorunlara yer verirken Güvenlik Konseyi'nin reform gerekliliğine de vurgu yapmıştır. Yapılan reform çağrısı 2003 yılında düzenlenen Yüksek Seviyeli Panel ile karşılık bulmuş ve panel neticesinde ortaya çıkan panel raporu ile⁷³, birbirine alternatif olabilecek nitelikte iki ayrı fikri savunan A ve B modeli önerilmiştir. A modelinde, altı adet veto hakkı bulunmayan yeni daimi üye ve on üç adet yeni geçici üye seçilmesi önerilmiş ve bu üyelerin de Afrika (iki daimi, iki geçici üye şeklinde), Asya ve Pasifik (iki daimi, üç geçici üye şeklinde), Avrupa (bir daimi, iki geçici üye şeklinde) ve Amerika (bir daimi, dört geçici üye şeklinde) şeklindeki dört bölgeden seçilmesi uygun görülmüştür. Bu model beş daimi üyenin de veto hakkını soykırım veya geniş ölçekli insan hakkı ihlali gibi durumlarda kullanmaktan kaçınması gerektiğini kabul etmiştir⁷⁴. B modelinde ise yeni daimi üyelerin eklenmesi doğru görülmemiştir. Daimi üyelerin artırılması yerine dört yıllığına seçilen sekiz yeni geçici üyenin Konsey'e eklenmesi önerisi getirilmiştir. Ayrıca bu modelde yeneden seçilme şansı olmayan iki yıllık bir geçici üyenin de seçilmesi kabul edilmiştir. Üyeler A modelinde belirlenen dört bölgeden seçilecektir⁷⁵.

Panele katılan devletler arasında Güvenlik Konseyi'nin reformuna ilişkin bir uzlaşa sağlanamadığından görüşmeler sonunda farklı iki model yaratılmış, her iki model de neticede Konsey'in 24 üyeden oluşmasının öngörse de üyelerin dağılımı farklı belirlenmiştir. Güvenlik Konseyi'nde daha adil ve demokratik bir temsil için böyle bir artış gerekse de, A modeli daimi üyeler arasında veto hakkı olmayan şekilde bir ayırım yarattığı ve B modeli daimi üye sayısını arttırmaması nedeniyle eleştirilebilir. Her iki öneride veto hakkına ilişkin uygulamada yaşanan sorunların çözümüne ilişkin önerilere yer vermemesi sebebiyle yetersiz kalmıştır.

E. AFRİKA GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

53 üyesi olan Afrika Grubu ise Güvenlik Konseyi'nde daimi üyeye sahip olmayan tek kıtanın Afrika olması nedeniyle daimi üyelik statüsüne talip olanlar-

⁷² <http://www.un.org/events/action2/A.57.0387.pdf> (16.10.2022).

⁷³ Yüksek Seviyeli Panel Raporu, 2004. Raporun tam metni için bkz. <http://www.un.org/secure-world/> (21.10.2022).

⁷⁴ Blum, "Proposals for UN Security Council Reform", 640-642; Ömer Çolak ve İsmail Köse, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Reformu Sorunsalı: İtalya'nın Beklentileri ve Stratejileri", *Gazi Akademik Bakış* 13, S. 26 (Yaz 2020): 31-38; Yüksek Seviyeli Panel Raporu, 82.

⁷⁵ Blum, "Proposals for UN Security Council Reform", 641-642; Yüksek Seviyeli Panel Raporu, 81.

dan biridir. Bu noktada temsil eksikliği olduğunu savunan bu grup, demokratik olmayan bu yapıda küçük devletlerin korunamamasını ciddi şekilde eleştirmiş ve önerilerini *Ezulvini* Mutakabatı⁷⁶nda dile getirmiştir. Mutakabat'a göre, Güvenlik Konseyi'nin üye sayısı 26'ya çıkarılmalı, Afrika Bölgesi'nin iki daimi, iki geçici, Asya Bölgesi'nin iki daimi, bir geçici, Doğu Avrupa ülkelerinin bir geçici, Latin Amerika ve Karayipler'in bir daimi, bir geçici ve Doğu Avrupa ve diğer ülkelerinin bir daimi üye belirleme hakkı olmalı ve bütün daimi üyelerin veto hakkı bulunmalıdır.

Grubun önerileri özellikle Afrika kıtasından birçok devletin BM üyesi olmasına rağmen Konsey'de daimi üyeliğe sahip olmaması eksikliğini aşma üzerine odaklandığından bu yönü ile olumludur. Ancak daimi üyelik konusunda belirli devletlerin öncelikli durumda olması hem grubun bölünmesine yol açabilecek hem de veto hakkı tanınması nedeniyle veto hakkının yarattığı olumsuzlukların genişlemesine sebep olabilecektir.

F. L.69 GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

Afrika, Latin Amerika ve Karayipler bölgelerinde bulunan 41 devletin oluşturduğu L.69 Grubu, 25 ya da 26 üyenin bulunması ve *Ezulvini* Mutakabatı'na uygun değişikliklerin yapılması gerektiğini savunmuştur. Grup hem daimi hem de geçici üyeler bakımından Konsey'in geliştirilmesi gerektiğini, bunun dünya gerçeklerini daha doğru yansıtacağını kabul etmektedir⁷⁷. Bu grubun önerileri için de Afrika Grubu önerileri için getirilen eleştiriler geçerlidir.

G. S-5 GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

Nispeten daha yeni bir grup olan S-5 ise⁷⁸, Kostarika, Lihtenştayn, Ürdün, İsviçre ve Singapur'dan oluşmaktadır. Bu grubun soruna bakış açısı diğer gruplardan da farklıdır. Konsey'in çalışma metotlarının iyileştirilmesini amaçlamış ve buna ilişkin öneriler getirmiştir⁷⁹. 2011 yılının Nisan ayında "Güvenlik Konseyi'nin Çalışma Usullerinin Geliştirilmesi" adında taslak bir metin sunan S-5 Grubu, bu metinde de amaçlarını yansıtmıştır. Çalışma usullerine ilişkin değişikliklerle Konsey'in daha etkin çalışması mümkün görülmüş ve bu tür değişiklikler için Genel Kurul'un 2/3 oy çokluğunun gerekmemesi önerilerin uygulanabilirliğini arttırmıştır. Ancak Konsey'de devam eden adil temsile ve veto hakkına ilişkin sorunlara bir çözüm yolu önerisine yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir.

⁷⁶ Teklifin tam metni için bkz. <http://www.un.org/Docs/journal/aspws.asp?m=A/59/L.87> (1.7.2022).

⁷⁷ Öğüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 254.

⁷⁸ Alice Minor, "Reform of the United Nations Security Council: A Rope of Sand", School of International Training, International relations, Multilateral Diplomacy and Social Justice, Independent Study Project, 2010, 26.

⁷⁹ Öğüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk*, 257.

H. P-5 GRUBU'NUN ÖNERİLERİ

Reform talepleri beş daimi üyenin de bir araya gelmesine sebep olmuş ve bu devletler yetkilerini olabildiğince az sayıda devlet ile paylaşmayı amaç edinmiştir. P-5 Grubu olarak adlandırılan bu grup diğer gruplardan farklıdır. Bu grubun amacı sistem içerisinde yer bulmuş olan ulusal güçlerini korumaktır. Bu nedenle bu grup özellikle ek daimi üyelere ilişkin teklife ihtiyatla yaklaşmakta, ancak yine de bu konuda olumlu bir yaklaşım sergilemektedir. Başka bir ifadeyle beş daimi üye veto hakkının devam etmesi gerektiği fikrini benimsemekte ve yeni daimi üyeler fikrine de olumlu yaklaşmaktadır. Ancak bu devletler, hangi ülkelerin daimi üye olabileceği konusunda farklı görüşlere sahiptir⁸⁰.

IV. DEĞERLENDİRME

Veto hakkının kullanılma şekli veya kimlerin bu hakka sahip olduğundan ziyade sorun varlığıdır. Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması görevini başarılı bir şekilde yerine getirebilmesi için veto hakkının ortadan kaldırılması şarttır. Ancak andlaşmada böyle bir değişikliğin yapılabilmesi daha önce ifade edildiği gibi beş devletin de içinde bulunduğu 2/3 oyçokluğu gerektirmektedir. Bu beş devletin de böylesi önemli bir haktan vazgeçeceğini düşünmek mantıklı bir beklenti değildir. Bu nedenle hak tamamen ortadan kaldırılmasa da kullanımına birtakım sınırlandırmalar getirmek bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ayrıca bu kapsamda 26 Nisan 2022 tarihli A/ RES/76/262 sayılı Genel Kurul kararı ile alınan veto hakkı kullanan üyenin on gün içinde Genel Kurul'a bu durumun sebebini açıklaması yönündeki uygulama da en azından bir baskı aracı olarak kabul edilebilir.

Daimi üye sayısının artırılması ve farklı bölgeleri temsil edecek şekilde seçilmesi beş devletin yanlı olarak alacakları hukuksuz kararların önlenmesi için bir yöntem olabilir. Üstelik üye devlet sayısının artmasına rağmen Güvenlik Konseyi'nin üye sayısının aynı kalması bu organda adil bir temsili engellediğinden daimi ve geçici üye sayısının artırılması bir gerekliliktir. Bu artışlarda bölgelerin BM'ye üye devlet sayısı ve Güvenlik Konseyi'ndeki mevcut temsil durumu yanında ilgili devletlerin ekonomik ve teknolojik gelişmişliği, nüfus oranı, nüfusun niteliği gibi unsurlarda göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda Genel Kurul'da 53 üye devletle temsil edilen Afrika Kıtası'ndan iki devlet, yine Çin daimi üye olsa da Asya Kıtası'ndaki devlet sayısının çokluğu göz önünde bulundurularak bu kıtadan iki devlet, Avrupa kıtasından bir devlet ve Müslüman devletleri temsil edecek bir üye bulunmadığı için Müslüman nüfus yoğunluğu bulunan bir devlet (bunun için Türkiye'nin iyi bir aday olduğunu savunan görüşler vardır) daimi üye olarak kabul edilebilir. Böylece altı daimi üyenin eklenmesi ile Güvenlik Konseyi'nde 11 daimi üye bulunacaktır. Benzer bir artışın geçici

⁸⁰ Öğüt, 21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk, 236-240.

üyeler için de öngörülmesi adil bir temsil için gereklidir. Geçici üye sayıları da aynı şekilde yapılacak bir dağılımla arttırılmalı ve altı yeni geçici üye eklenmelidir. Neticede 11 daimi 16 geçici üyeden Güvenlik Konseyi toplam 27 üyeden oluşmalıdır. Daimi üyeler arasında eşitlik sağlanması adına yeni üyelere de veto hakkı tanınması gerekli görünüyor olsa da, bu durum daha fazla devlete tanınan bir ayrıcalık yaratacak, dolayısıyla veto hakkının özüne ilişkin sorunlar genişleterek devam edecektir. Bu nedenle daimi üyelerin sayısının artırılması gerekli olsa da veto hakkının özüne ilişkin sorunların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu kapsamda veto hakkını içermeyen bir daimi üyelik statüsü yaratılabilir. Ancak mevcut beş daimi üye bu hususta sorun yaratacağından belirli sınırları olan yeni bir veto hakkı yaratılması daha makul bir çözüm olarak kabul edilebilir.

Bu durumda getirilebilecek önerilerden biri veto hakkının daimi üyelerce ancak ortak bir karar alınması durumunda kullanılabilmesidir. Daimi üyelerin veto hakkını toplu olarak kullanabilmesi en azından her bir devletin tek başına siyasi politikalarına aykırı düşen her kararın alınmasına engel olmasını önleyebilir. Ancak bu durumda da söz konusu hakkın kullanımının daimi üyeler arasında bir alışverişe dönüşmesi mümkündür. Her bir devlet kendi ile alakalı bir kararın alınmasına engel olmak adına diğer devletlerle bir menfaat işbirliği yapabilir. Bu nedenle Genel Kurul'un bu noktada veto hakkının kullanılması usulleri üzerinde denetimi öngörülebilir.

Bir diğer öneri, veto hakkının kullanılabilceği meselelerin sınırlandırılmasıdır. Uluslararası hukukun *jus cogens* kurallarına ve temel insan haklarına ilişkin olan sorunlarda, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırının gerçekleştiği durumlarda veto hakkının kullanılamaması gibi sınırlandırmalar konulabilir. Böylece veto hakkının keyfi kullanımı belirli bakımlardan engellenmiş olur.

Çözüm olarak başvurulabilecek bir diğer öneri de Genel Kurul'un yetki alanının genişletilmesi olabilir. Şöyle ki, Genel Kurul'a Güvenlik Konseyi'nin veto hakkı nedeniyle karar alamadığı önemli durumlarda söz konusu konuya ilişkin bağlayıcı nitelikli karar alma yetkisi verilebilir. Önemli durumların neler olduğu Genel Kurul'un 2/3'si tarafından tespit edilmelidir. Böylece her devletin tek bir oy hakkına sahip olduğu bir organın konuya ilişkin karar alabilmesi mümkün hâle geleceğinden daha adaletli bir sonuca varılması ihtimali de artar. Daha önce tecrübe edilen Barış için Birlik Kararı'ndaki usulün de makul bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkündür⁸¹. Ancak tartışmalı hâle son vermek için bu yöntemin açıkça andlaşmada kabul edilmesi daha etkili olacaktır. Yine Genel Kurul'a özellikle md.39 kapsamında Güvenlik Konseyi'ne tanınan yetkiye uygun olarak md.41 ve 42 kapsamında tedbirler alınmasına bağlayıcı nitelikte karar verme

⁸¹ Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", 112.

yetkisi tanınması Güvenlik Konseyi'nin veto hakkı nedeniyle işlevsiz kalması durumunda sorunun çözülmesi adına atılacak bir adım olabilir. Bu noktada Genel Kurul için de özellikle md.42 kapsamında kuvvet kullanma kararı alınması için özel bir oyçokluğu aranması uygun olacaktır.

Genel Kurul, Güvenlik Konseyi gibi BM için önemli bir ana organdır. Üstelik Güvenlik Konseyi'ne göre daha adil oluşturulmuştur. Şuan 193 üyesi bulunan bu organın karar alabilmesi çok sayıda devletin üye olması nedeniyle daha zor olsa da, azınlığın çoğunluk karşısında korunması adına Genel Kurul'un karar alabilmesi için aranan 2/3 oyçokluğu bu konuda da önemli bir sınırlama getirir. Üstelik Güvenlik Konseyi'nin yetkisine giren bir hususta karar alınabilmesi için farklı bir özel çoğunluk aranması da mümkündür. Ancak hem Güvenlik Konseyi'nin hem de Genel Kurul'un yapısı ve yetkilerine ilişkin değişikliklerin yapılması andlaşmada bir değişiklik gerektirir. Bu da yukarıda bahsedilen md.108 gereğince beş daimi üyenin olumlu oyunu gerektiren bir durumdur. Bu nedenle söz konusu hakkın sınırlandırılması veya yetkilerin başka organla paylaşılması düşük bir ihtimal olsa da hakkın tamamıyla kaldırılması seçeneği kadar imkânsız görünmemektedir. ABD, Rusya, İngiltere, Çin ve Fransa'nın bu bakımdan ikna edilebilmesi için uluslararası hukuka uygun düşen önlemler ve zorlama yollarına başvurulması akla gelen ilk yoldur. Bu kapsamda BM üyesi 188 devletin çeşitli misilleme önlemlerine başvurması, beş devleti ikna edebilecek ekonomik ve diplomatik önlemler uygulaması, farklı bir uluslararası örgüt kurması alınabilecek önlemlerdendir. Beş büyük devletin ekonomik, askeri ve siyasi gücü düşünüldüğünde alınan önlemlerin etkisinin sınırlı kalabileceği düşünülse de istikrarlı bir politikanın etki edebilme ihtimali vardır. Özellikle beş büyük devletin ekonomik pazarı olarak kabul edilen ülkelerin gerçekleştireceği ekonomik yaptırımları, yaptırımı uygulayan taraflar için zorluk yaratacak olsa da ilgili devletler için de zor bir duruma sebep olacaktır. Bu durum ilk aşamada görüşmelerin yolunu açacaktır. Ancak yine de bu tür değişikliklerin uzun zaman gerektireceği, beş devletin bu noktada mümkün olduğu kadar direnç göstereceği bir gerçektir. Ayrıca BM'nin daimi üyeler dışında kalan 188 üyesinin de bu konuda göstereceği kararlı ve ortak bir tutum sergileyip sergilemeyeceği de tartışmalı bir husustur.

SONUÇ

Gün geçtikçe değişen ve gelişen bir dünya düzeni içinde uluslararası hukuk da sürekli bir değişim ve gelişim içindedir. Bu dinamik yapı uluslararası hukuk süjelerini ve bunlardan biri olan uluslararası örgütleri de etkilemektedir. BM kurulduğu andan itibaren farklı şekillerde eleştirilmiş ve özellikle Güvenlik Konseyi gibi uluslararası barışın sağlanmasında yetkili olan bir organın daimi üye olarak adlandırılan devletlerce veto hakkı kullanılarak işlevsiz bırakılabilmesi ciddi bir sorun olarak görülmüştür. Zira uluslararası barışın korunması sadece

beş daimi üye için değil, BM üyesi olan veya olmayan tüm devletler için önemlidir. Bu yüzden daimi üyelere tanınan ayrıcalıklı durumun başta veto hakkı olmak üzere ortadan kaldırılması gerekir. Ancak söz konusu eksikliklerin devletlerce farklı yorumlandığı bilinmektedir. Üstelik hem veto hakkının hem de eleştirilen diğer hususların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi için andlaşmanın değiştirilmesi gerekir. Bu da eleştirilen bir diğer husustur. Zira böyle bir değişiklik için de yine beş daimi üyenin olumlu oyu gerekir. Dolayısıyla tüm bu değişikliklerin yapılması yine beş daimi üyeye bağlıdır. Bu da sürecin aşılması en zor yanlarından. Bu nedenle sürecin hem uzun hem de zor olacağı söylenebilir. Ancak uluslararası hukukun gelişimi ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için bu yönde değişiklikler şarttır.

193 üye devlet nazarında örgütün ve işlemlerinin meşruiyet tesis edebilmesi için öncelikle bağlayıcı karar alma yetkisine sahip Güvenlik Konseyi'nde demokratik bir ortam oluşturulmaya çalışılmalı, bu kapsamda üye sayısının artırılması (altı daimi, altı geçici üye eklenmeli) ve daimi üyelerin sahip olduğu veto hakkını ilk planda sınırlayan bir düzenleme getirilmesi yönünde çalışmalar yürütülmelidir. Bu kapsamda veto hakkının daimi üyelerce alınacak ortak bir karar ile kullanılması, veto hakkının jus cogens normlara aykırı durumlarda, temel insan hakları ihlalleri içeren durumlarda, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırının gerçekleştiği durumlarda kullanılmasının yasaklanması ve Güvenlik Konseyi'nin veto hakkı nedeniyle işlevsiz kaldığı önemli durumlarda Genel Kurul'a bağlayıcı karar alma yetkisinin verilmesi sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır. Bu hususta beş daimi üyenin ikna edilebilmesi zor olsa da uluslararası hukuka uygun karşı önlemler ve zorlama yollarına başvurulması mümkündür. Bu kapsamda diğer devletler çeşitli misilleme önlemlerine başvurabilir. Bu şekilde hem etkin hem de verimli bir mekanizma ortaya koyulmaya çalışılabilir. Bu süreç zor olsa da imkânsız değildir. Zira Soğuk Savaş dönemi boyunca da bu tür bir reform süreci yaşanmış ve Güvenlik Konseyi'nin geçici üye sayısı arttırılmıştır. Bu durum bu tip bir reformun başarıya ulaştığı tek örnektir. Ancak bu durumun mümkün olma ihtimalinin varlığına da bir kanıttır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Adıbelli, Barış. *Kuzey Kore (Bir Komünist Hanedanlığın Hikâyesi), C. 1*. İstanbul: Bilim&Gönül Yayınevi, 2012.
- Akşin, Sina. *Kısa 20. Yüzyıl Tarihi*. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2018.
- Best, Antony, M. Hanhimaki, Jussi, A. Maiolo, Joseph ve Schulze, Kirsten E. (Çev. Taceris Ulaş Belge). *20. Yüzyılın Uluslararası Tarihi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2020.
- Blum, Yehuda Z. "Proposals for UN Security Council Reform". *The American Journal of International Law*, 99, S. 3, (Jul., 2005): 632-649.
- Bourantonis, Dimitris. *The History and Politics of UN Security Council Reform*. London: Routledge, 2005.
- Cardeas, Emilio J. "The United Nations Security Council's Quest for Effectiveness". *Mich. J. Int'l L.* 25, No. 4 (2004): 1341-1348.
- Carswell, Andrew J. "Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution". *J. Conflict & Security L.* 18, No. 3, (2013): 453-480.
- Cox, Brian. "United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences". *S. C. J. Int'l. L. & Bus.*, 6, S. 1 (2009): 89-127.
- Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Örgütler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Çolak Ömer ve Köse İsmail. "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Reformu Sorunsalı: İtalya'nın Beklentileri ve Stratejileri". *Gazi Akademik Bakış*, 13, S. 26 (Yaz 2020): 21-48.
- Denk, Erdem. "Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 66, S. 3 (2011): 93-136.
- Denk, Erdem. *Birleşmiş Milletler Sistemi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015.
- Fitzgerald, Amber. "Security Council Reform: Creating a More Representative Body of the Entire UN Membership". *Pace International Law Review*, 12, No:2 (2000): 321-364 .
- Freiesleben, Jonas von. "Reform of the Security Council". *Managing Change at the United Nations*. New York, Center for UN Reform Education, 2008.
- Fuqua, Jacques L. *Nuclear Endgame: The Need for Engagement with North Korea*. London: Praeger Security International, 2007.
- Hinsley, Francis Harry. *Power and the Pursuit of the Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 1963.
- Kıbaroğlu, Mustafa. "Kuzey Kore'nin Nükleer Silah Programı: Sebepler ve Sonuçlar". *Uluslararası İlişkiler* 1, S. 1, (Bahar 2004): 154-172.
- Krasno, Jean ve Das, Mitushi. "The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council". Bruce Cronin ve Ian Hurd, editör. *The UN Security Council and the Politics of International Authority*. London: Routledge, 2008.

- Mengiler, Özgür. *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*. Ankara: Barış Kitabevi, 2005.
- Minor, Alice. “Reform of the United Nations Security Council: A Rope of Sand”. School of International Training, International relations, Multilateral Diplomacy and Social Justice, Independent Study Project, 2010.
- Mohamed, Saira. “Shame in the Security Council”. *Wash. U. L. Rev.*, S. 90 (2013): 1191-1254.
- Morris, Justin. “United Nations Security Council Reform: A Counsel for the 21st Century”. *Security Dialogue*, 31, S. 3 (2000): 265-277.
- Öğüt, Selman. *21. Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Pyo, Lee Kwang (Korean Overseas Information Services), *A Handbook of Korea*. Samhwa Printing Company, 1990.
- Singh, Sushil Chandra, “The Veto Problem in UN”, *The Indian Journal of Political Science* 19, No. 2 (April-June, 1958): 129-133.
- T'ongirwon, Kukt'o, *A White Paper on South-North Dialogue in Korea*. National Unification Board Republic of Korea, 1982.
- Topal, Ahmet Hamdi, “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 19 (Ekim 2014): 101-123.

Andlaşmalar, Bildiriler ve Kararlar

- International Court of Justice, Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion of 20 July 1962. <http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf> (1.07.2022).
- United Nations, General Assembly Resolution A/RES/112 (II), The problem of independence of Korea, 13 November 1947, [http://undocs.org/en/A/RES/112\(II\)](http://undocs.org/en/A/RES/112(II)) (24.06.2022).
- United Nations, General Assembly Resolution A/RES/195 (III), The problem of independence of Korea, 11 December 1948, [http://undocs.org/en/A/RES/195\(III\)](http://undocs.org/en/A/RES/195(III)) (24.06.2022).
- United Nations, General Assembly, Resolution A/RES 1991(XVIII) A, Question of equitable representation on the Security Council and the Economic and Social Council, 17 December 1963, <https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/186/66/PDF/NR018666.pdf?OpenElement> (11.8.2022).
- United Nations, General Assembly, Resolution A/RES/ES-11, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022, 18 March 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=en> (16.8.2022).
- United Nations, General Assembly, Resolution A/RES/76/262, Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council, 26 April 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/330/37/PDF/N2233037.pdf?OpenElement> (25.10.2022).

- United Nations, Security Council, Resolution 84(1950) of 7 June 1950, 7 June 1950, S/RES/84.
- United Nations, Security Council, Resolution 82 (1950) of 25 June 1950, 25 June 1950, S/RES/82.
- United Nations, Security Council, Resolution 83 (1950) of 27 June 1950, 27 June 1950, S/RES/83 (1950), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f20a2c>. (21.06.2022).
- UN SCOR 66th Sess. 6520th mtg. UN Doc. S/PV.6520 21 April 2011.
- UN SCOR 66th Sess. 6524th mtg. UN Doc. S/PV.6524 27 April 2011.
- UNSC 6711th mtg. S/2012/77 UN Doc. S/PV.6711 4 February 2012.
- Yüksek Seviyeli Panel Raporu, 2004. <http://www.un.org/secureworld/> (21.10.2022).
- <http://www.un.org/Docs/journal/aspws.asp?m=A/59/L.&7> (1.7.2022).
- <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/uluslararası-antlaşmalar/birleşmiş-milletler-andlaşması-2> (26.9.2022).
- <http://www.un.org/events/action2/A.57.0387.pdf> (16.10.2022).
- <http://www.un.org/en/members/growth.shtml> (18.10.2022).
- <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/200/41310.html> (18.10.2022).
- <http://daccess-dds-ny.un.org/dos/UNDOC/LTD/N05/410/80/PDF/N0541080.pdf?OpenElement> (19.10.2022).
- <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc581/> (27.10.2022).
- <https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un/preparatory-years> (27.10.2022).
- <https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> (27.10.2022).
- <https://avalon.law.yale.edu/wwii/tehran.asp> (27.10.2022).

KLASİK OYLAMA YÖNTEMİNİN ELEKTRONİK OYLAMA YÖNTEMLERİNE EVRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Nizamettin AYDIN^(**)**

Öz

Modern demokrasiler varlıklarını adil ve serbest seçimlere borçludur. Seçim süreci, demokrasinin hayat bulmasını sağlayan bir dizi faaliyeti içermektedir. Farklı uygulama yöntemleriyle olsa da günümüzde demokratik veya antide-mokratik yapıya sahip ülkelerin tümünde bu sürecin işlediği görülmektedir. Pozitif seçim hukuku uygulamaları çerçevesinde yürütülen süreç, siyasi karar alıcıların ülke genelinde ve yerel düzeyde belirlenmesi fonksiyonunun yanı sıra önemli kararların alınmasında da kilit rol oynamaktadır. Öyle ki seçmen, tercihiyle bir yandan genel ve yerel yönetime projeksiyon tutarken diğer yandan da özgürlüğünün, ülke yönetiminin ve geleceğinin de yönünü tayin etmektedir.

Teknolojinin hayatın her alanına sirayetinden seçim faaliyetleri de payına düşeni almaktadır. Bu bağlamda teknolojik gelişmelere karşılık gelecek biçimde seçim teknolojileri de çeşitlilik göstermektedir. Bu çeşitlilik kapsamında seçimlerin yönetimi faaliyetlerinin teknoloji ile buluşturulabilmesinin kolaylığına karşın, seçmenin oyunu kullanmaya yönelik seçim teknolojilerinin kullanılması ve geliştirilmesinin zorluğuyla da karşı karşıya kalınmaktadır.

Elektronik seçim sistemleri, seçimler ile ilgili işlemlerin dijital sistemler üzerinden yapılmasını öngören ve günümüzde birçok ülkede uygulama imkânı bulabilmiş sistemlerdir. Özellikle seçimlerin yönetimi ve denetimi faaliyetlerinin adil ve serbest yürütülebilmesi; klasik seçim sistemi uygulamalarının kendi içinde adil ve serbest seçimleri tehdit edebilecek açmazlara yatkın olması, seçmen dikkatsizliği ve tecrübesizliği sonucunda karşılaşılan ve oranları itibarıyla seçim sonuçlarına ciddi biçimde etki edebilecek geçersiz oyların varlığı gibi parametreler elektronik oylama uygulamalarının gerekliliğini ortaya çıkaran başlıca olumsuzluklardır.

Bu makalede elektronik oylama yöntemlerine ilişkin uygulamalar teorik açıdan ele alınacaktır. Çalışma kapsamında bazı dünya pratiklerinden örnekler ortaya konularak elektronik oylama yöntemlerinin uygulanabilirliği seçimlerin yönetimi ve denetimi bağlamında tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, Elektronik Seçim Sistemleri, Elektronik Seçim Sisteminin Uygulanabilirliği, Elektronik Oylama Yöntemleri, İnternet Üzerinden Oylama.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.12.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169372.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı / Kütahya-Türkiye.

E-posta: nizamettinaydin@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9928-7571>.



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

EVOLUTION OF CLASSIC VOTING METHOD TO ELECTRONIC VOTING METHODS

Abstract

Modern democracies owe their existence to fair and free elections. The election process refers to a process that includes a series of activities that enable democracy to come to life. Although with different implementation methods, it is seen that this process works in all countries with democratic or anti-democratic structures today. The process carried out within the framework of positive election law practices plays a key role in making important decisions as well as determining political decision makers throughout the country and at local level. So much so that the voter, with his choice, not only keeps a projection to the general and local government, but also determines the direction of his freedom, administration and future of the country.

Election activities also take their share from the spread of technology in all areas of life. In this context, election technologies also vary in line with technological developments. Despite the ease of combining election management activities with technology within the scope of this diversity, the difficulty of using and developing electoral technologies to use the votes of the voters is also faced.

Electronic election systems are systems that foresee the processes related to elections to be carried out over digital systems and have found the opportunity to be applied in many countries today. In particular, the fair and free conduct of the management and auditing of elections; Parameters such as the classical election system practices being prone to dead ends that could threaten fair and free elections, the existence of invalid votes, which are encountered as a result of voter carelessness and inexperience, and which can seriously affect the election results, are the main negativities that reveal the necessity of electronic voting practices.

In this article, applications of electronic voting methods will be discussed from a theoretical perspective. Within the scope of the study, some examples from world practices will be presented and the applicability of electronic voting methods will be discussed in the context of election management and control.

Keywords

Election Management and Audit, Electronic Election Systems, Applicability of Electronic Election System, Electronic Voting Methods, Voting Over the Internet.

Extended Abstract

Modern democracies owe their existence to fair and free elections. The electoral process includes a series of activities that enable democracy to come to life. It is seen that this process works in all countries with democratic or anti-democratic structures, although with different implementation methods. The process carried out within the framework of positive election law practices plays a key role in making important decisions as well as determining political decision makers throughout the country and at local level. So much so that the voter, with his choice, not only keeps a projection to the general and local government, but also determines the direction of his freedom, administration and future of the country.

Election activities also take their share from the spread of technology in all areas of life. In this context, election technologies also vary in line with technological developments. Despite the ease of combining election management activities with technology within the scope of this diversity, it is also faced with the difficulty of using and developing electoral technologies to use the vote of voters.

The use of technology in the selection process appears in two ways. In the first, states may choose to carry out the entire process, and in the second, some of the process, through internet technologies. While in the first, it is foreseen that all kinds of election activities within the scope of the management and control of the elections, including voting by the voters, will be carried out through digital-based systems; In the second, it is foreseen that other activities other than voting will be carried out over electronic systems. In the second application, unlike the first application, the voter uses the ballot by marking the ballot paper, which is expressed as the classical method, not electronic voting devices. Activities related to the management of elections, which are outside of voting, are carried out through technological infrastructures.

Electronic voting methods are subject to a dual distinction, as the place where the voter casts the vote is accepted as a parameter. The first is the centralized electronic voting method; In this method, voters go to voting centers (ballot boxes) determined by the board responsible for the management and control of elections or the court and use their votes by electronic means. Punch card mechanism, optical scanning, Lever machines and direct recording electronic systems are shown as examples of this method. The second distinction is the remote electronic voting method. With this method, voters can easily use the vote from any place they are in, even from outside the country. In this method, voters vote via the internet.

Despite all the debates, electronic election applications continue to be accepted worldwide in line with technological developments. It is stated that today, electronic voting methods can be used successfully in different scales in general and local elections and referendums in countries such as Australia, Canada, Estonia, France, Netherlands, Norway, Spain, Switzerland, England, USA, Nambia, Finland, Portugal, Philippines, Brazil, India, Russia and Mongolia. Within the scope of the study, it would be beneficial to consider the practices in the United States of America and Estonia among these countries.

In the United States, elections are held at two levels as national and local. On the one hand, elections for the President, Vice-President, Senate and House of Representatives are held, on the other hand, legislative and executive elections are held by the states. These elections are technically held under the administration and control of the states in approximately 180,000 constituencies, including fifty states, five special-status districts, and the District of Columbia.

Estonia, a country that has invested heavily in technological developments after gaining its independence in 1991, has taken significant steps towards becoming the most advanced e-society in today's Europe by making important e-strategy moves. Estonia is the first and only country to allow electronic voting for the National Parliament (Riigikogu) elections, in addition to the traditional voting method. The pilot implementation, which started in 2004, was followed by the implementations in the local elections in 2005. Finally, Estonia became the first country to use online voting at the national level in parliamentary elections in March 2007. Subsequently, the method of voting on the internet was increasingly used in the local government elections and general elections held in 2009, 2011, 2013, 2015, 2017 and 2019. The fact that Estonia's voting system is so strong is due to the prevalence of the national ID card infrastructure and the extensive encryption possibilities. Estonia's unique system provides its citizens with online access to almost all public services with a digital ID card to provide verified access. The different information systems are interconnected by a secure internet-based data exchange layer called X-Road. All data is stored on servers operated by the Estonian government and located in both Estonia and Luxembourg.

In this article, applications of electronic voting methods will be discussed from a theoretical perspective. Within the scope of the study, some examples from world practices will be presented and the applicability of electronic voting methods will be discussed in the context of election management and control.

GİRİŞ

Demokrasi, yöneten ve yönetilen ilişkisinin en güçlü biçimde tezahür ettiği, etkileşim ve iletişimin zorunlu olduğu, toplum nezdinde ortaya çıkardığı yönetimin kolaylıkla meşru kabul edildiği etkin bir yönetim şeklidir. Demokratik bir yapının varlığından söz edebilmek için çeşitli unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurlardan biri de her türlü baskıdan uzak ve toplumun gerçek iradesini yansıtacak şekilde yapılacak seçimlerdir. Seçimlerin, demokrasi açısından bu denli öneme sahip olması, onun daha dikkatli bir biçimde ele alınması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda küresel ölçekte hayat bulan, birbirinden farklı seçim sistemleri ve uygulamaları söz konusudur. Seçim kararının yetkili devlet organı ya da organları tarafından alınmasından, kesin sonuçların resmi devlet yayın organları aracılığıyla açıklanması anına kadar bir dizi faaliyeti bünyesinde barındıran seçimlerin adil, dürüst, şeffaf ve hesap verilebilir yapıya kavuşturulması demokrasinin sürdürülebilirliği açısından büyük öneme sahiptir.

Seçimler, bir yanıyla karar verme sürecini ifade ederken, diğer bir yanıyla da rekabet oranı yüksek bir yarış ifade etmektedir. Bu yarışın her şeyden önce adil, dürüst, şeffaf, denetlenebilir ve sağlıklı bir şekilde tamamlanması son derece önemlidir. Bunu gerçekleştirebilmenin en etkili yolu, tüm seçim faaliyetlerinin, devletin tarafsız gözetiminde yürütülmesi ve sürece ilişkin etkin bir denetim mekanizmasının öngörülmesinden geçmektedir. Seçimlerin yönetimi ve denetimi biçiminde ikiye ayrılan, biri seçimlerin idari yönüne diğeri ise seçimlerin hukuki yönüne temas eden bu sürecin anayasal ve yasal güvenceye kavuşturulması da demokrasi açısından bir zorunluluktur. Türkiye’de seçimlerin yönetimi ve denetimine ilişkin ilk anayasal düzenleme 1961 Anayasası döneminde öngörülmüş, 1982 Anayasası döneminde devam etmiş ve bugün halen varlığını sürdürmektedir¹.

I. HUKUK-TEKNOLOJİ BİRLİKTELİĞİ VE SEÇİMLER

Teknolojik gelişmeler, en belirgin sonuçlarını insan ilişkileri ve iletişimi üzerinde göstermekte, bu alanların yanı sıra sosyal, siyasal ve ekonomik yaşam alanlarında da her geçen gün biraz daha fazla etkisini hissettirmektedir². Elbette ki, teknolojinin etkisini her alanda aynı ölçekte görmek mümkün değildir. Örneğin tıp ve mühendislik bilimlerindeki teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin uygulama imkânı bulması ile; siyasal ve toplumsal hayattaki teknolojik gelişmelerin takip edilmesi ve uygulanabilmesinin aynı ölçüde olmasını beklemek hayatın gerçekleriyle çelişecektir.

Teknolojik gelişmeler günümüzde hayatın her alanına sirayet etmiş durumdadır. Seçmen tercihlerinin belirlenmesi amacıyla yapılan seçimler de teknolojinin etkilediği alanlar arasında yer almaktadır. Seçmen tercihlerinin, siyasal karar almaya evrilmesi aşamasında teknolojiden fazlasıyla etkilendiği tarihsel örneklerle ortadadır. 2016 yılında Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçimlerinde patlak veren ve Cambridge Analytica skandalı olarak kamuoyuna yansıyan gelişmede şirketin, sosyal paylaşım sitesi olan Facebook’tan elde ettiği veriler ile seçmen iradesini manipüle ettiği iddia edilmiştir. Bu olumsuz örneğin yanı sıra, 2019 yılında Estonya’da Avrupa Parlamentosu Genel Seçimlerinin yapıldığı süreçte seçmenlerin tercihlerini oy kullanma merkezlerine gitmeden buldukları yerden internet teknolojisi aracılığıyla kullanabildikleri olumlu örneklere de rastlamaktayız³. Tam da bu noktada, seçmen tercihinin ortaya konmasında kul-

¹ Nizamettin Aydın, Dünya’da ve Türkiye’de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, (Bursa: Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2021: 273-274.

² Selva Ersöz, İnternet ve Demokrasinin Geleceği, Selçuk İletişim, 3 (4), 122, Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/178014>.

³ Michelle Mount, “Innovations in İnternet Voting Systems”, Georgetown Law Technology Review, 4(2), (2020): 699.; Eşref Barış Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, İzmir, Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/62365/899918>.

lanılacak elektronik oylama teknolojilerinin seçimlerde uygulama imkânı bulabilecek olması, bu konunun teorisyenlerini ve uygulamacılarını zorunlu olarak bir araya getirmektedir. Bu itibarla gerek hukuk gerek siyaset uygulayıcıları, gerekse teknoloji pratisyenleri; adil, dürüst, şeffaf ve denetlenebilir bir seçim için fikri çalışmalarını bir araya getirmek suretiyle demokrasinin sürdürülebilirliğine önemli katkı sunacaklardır⁴. Dinamik bir yapıya sahip olan teknoloji-hukuk birlikteliği halen dünyanın farklı mecralarında farklı seçim sistemlerinde elektronik, çevrimiçi, dijital, tele ve siber demokrasi gibi farklı tanımlamalar altında varlığını sürdürmeye ve geliştirmeye devam etmektedir⁵.

A. SEÇİM SÜRECİNDE TEKNOLOJİNİN İŞLEVİ

Seçimlerle ilgili iş ve işlemlerin esasında bir süreci ifade etmekle birlikte özellikle seçim gününe odaklandığı görülmektedir. Bütün kurgu seçim gününün sorunsuz ya da en az sorunla tamamlanması üzerine kuruludur. Elbette seçim günü öncesi ve sonrası faaliyetler de büyük öneme sahiptir. Ancak seçim günü karşılaşılabilecek ve seçim sonucuna olumsuz etki edebilecek yönetsel ve denetsel sorun ya da sorunlar seçim öncesi ve sonrası faaliyetlerin tamamının boşa çıkmasına neden olabilecektir. Olması gereken sorunsuz bir seçim süreci iken, ampirik seçim uygulamalarında bunu mutlak olarak gerçekleştirebilmek imkansızdır. Burada sorunla kastedilen, seçim sonuçlarına ve seçim sürecinin adil ve dürüstlüğüne olumsuz etki etmeyecek yönetim ve denetime dair sorunlardır. Sorunsuz bir seçim, ancak seçimlerin yönetimi ve denetimi faaliyetlerinin etkin ve doğru bir biçimde uygulanması yoluyla sağlanabilecektir. Aksi halde seçimlerin iptaline kadar varabilecek büyük sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir⁶.

Seçim sürecinin bu denli önemli olması, seçimlere etki edebilecek sorunların yaşanmasını önleyebilecek dijital temelli elektronik seçim sistemlerinin ve oylama teknolojilerinin kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu makalede, konunun sınırlılıkları kapsamında sadece seçmenin oyunu kullanması sürecinde yararlanıldığı teknolojiler ve uygulamalarını ele alacağız.

⁴ Selçuk Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2020: 63.

⁵ Yana Breindl and Francq Pascal, “Can Web 2.0 Applications Save E-democracy? A Study of How New Internet Applications May Enhance Citizen Participation in the Political Process Online”, International Journal of Electronic Democracy, Vol. 1, Iss. 1, (2008): 15.

⁶ Seçimlerin iptaline ilişkin olarak en çarpıcı örneklerden biri, 31 Mart 2019 tarihinde gerçekleştirilen ve Yüksek Seçim Kurulu tarafından 16 Mayıs 2019 tarihinde iptal edilerek 23 Haziran 2019 tarihinde tekrarlanan İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Seçimidir. Diğer bir örnek ise, 3 Kasım 2002 tarihli Milletvekili Genel Seçiminde iptal edilen Siirt İli seçim çevresi seçimidir. Siirt seçiminin iptali, Türkiye’nin yaklaşık son 20 yılına damgasını vuracak siyasal gelişmelere zemin hazırlaması açısından da çok önemli dönüm noktası olmuştur. İstanbul Büyükşehir Belediyesi seçimlerine ilişkin iptal gerekçesi için bkz. (Aydın, Dünya’da ve Türkiye’de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, 408-435).

1. Elektronik Oylama Yöntemlerinin Çeşitliliği

Teknolojik gelişmelere paralel biçimde seçim teknolojileri de çeşitlilik göstermektedir. Bu çeşitlilik kapsamında seçimlerin yönetimi faaliyetlerinin teknoloji ile buluşturulabilmesinin kolaylığı karşısında, seçmenin oyunu kullanmaya yönelik seçim teknolojilerinin kullanılması ve geliştirilmesinin zorluğu da gündeme gelmektedir⁷. Bu zorluğun merkezinde seçmen ve siyasi tercihinin demok-rasi nezdindeki değeri yatmaktadır. Seçmenin serbest iradesiyle hiçbir baskı altında kalmaksızın güvenle kullanabileceği oy adil ve dürüst seçimin de teminatı olacaktır.

Teknolojinin seçim sürecinde kullanılması iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlkinde devletler bu sürecin tamamını, ikincisinde ise bir kısmını internet teknolojileri üzerinden gerçekleştirmeyi tercih edebilirler⁸. İlkinde, seçimlerin yönetimi ve denetimi kapsamında yer alan her tür seçim faaliyetinin, buna seçmenin oy kullanması da dâhil dijital temelli sistemler üzerinden yapılması öngörülmektedir; ikincisinde, oy kullanma işlemi haricindeki diğer faaliyetlerin de elektronik sistemler üzerinden yapılması öngörülmektedir. İkinci uygulamada, ilk uygulamanın aksine seçmen, oyunu elektronik oylama cihazları aracılığıyla değil de klasik yöntem olarak ifade edilen oy pusulasına işaretleme yapmak suretiyle kullanılmaktadır. Oylamanın dışında kalan seçimlerin yönetimine dönük faaliyetler teknolojik alt yapılar aracılığıyla yürütülür. Bu itibarla Türkiye SEÇSİS⁹ isimli dijital temelli seçim yönetim sistemini kullanmaktadır. Bu çalışmada bütünüyle dijital temelli teknolojilerin kullanıldığı seçim modelleri özelinde, sadece elektronik oylama yöntemleri irdelenecektir.

Elektronik oylama yöntemleri, seçim sürecinin teknoloji vasıtasıyla daha etkin ve verimli kılınmasına yönelik çabaların vücut bulmuş halidir¹⁰. Diğer bir ifadeyle, dünyanın ekseriyetinin halen tercih ettiği ve kâğıt ortamında seçmenin iradesini bilindir kılacak vasıtalarla kullanılan oyun, daha hızlı ve etkin bir biçimde

⁷ Ersöz, "İnternet ve Demokrasinin Geleceği", 609.

⁸ Mount, "Innovations in Internet Voting Systems", 700.

⁹ SEÇSİS; "Elektronik Seçim" veya "Elektronik Oylama" sistemi değildir. Bilgisayar ve iletişim teknolojilerinden yararlanılarak seçim iş ve işlemlerinin elektronik ortamda daha hızlı ve kolay yürütülmesini sağlayan, siyasi partilerin erişimine açık elektronik seçim yönetim sistemidir. Seçim Bilişim Sisteminin (SEÇSİS) yasal dayanağı 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'dur. SEÇSİS, Türkiye genelinde il ve ilçe seçim kurulları tarafından bir seçim döngüsü (seçim takvimi) boyunca yapılan seçim iş ve işlemlerine ilişkin tüm faaliyetlerin, şeffaf, güvenli, tarafsız, hızlı bir yazılım otomasyonu çatısı altında yürütülmesini sağlayan ve çevrimiçi olarak 7 gün 24 saat anlayışı ile hizmet veren en önemli e-Devlet projelerinden biridir. SEÇSİS, yurt içi ve yurt dışı seçmen kütüklerinin güncel olarak tutulduğu, seçimle ilgili her türlü veri, bilgi ve belgenin üretildiği, güvenli bir şekilde yedekli olarak saklandığı, vatandaşlar ve siyasi partiler ile paylaşıldığı kesintisiz bir bilgi sistemidir. Projeye SEÇSİS" kısa adı Hacettepe Üniversitesi Öğretim Üyeleri tarafından 1989 yılında verilmiştir. Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022, <https://www.ysk.gov.tr/seccsis-genel-bilgi/1528>.

¹⁰ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 65.

bilgisayar, mobil cihaz ya da özel tasarlanmış teknolojik araç gereçler yardımıyla internet üzerinden çevrimiçi kullanılabilmesini ifade etmektedir¹¹.

Elektronik oylama yöntemleri, seçmenin oyunu kullandığı yerin parametre olarak kabul edilmesiyle ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İlki, merkezden elektronik oylama yöntemi ki; seçmen, seçimlerin yönetimi ve denetiminden sorumlu kurul ya da mahkemenin belirlediği oy kullanma merkezlerine (sandık alanlarına) giderek elektronik vasıtalarla oyunu kullanmaktadır. Bu yönetime örnek olarak, delikli kart mekanizması, optik tarama, Lever makineler ve doğrudan kaydeden elektronik sistemler gösterilmektedir. İkinci ayırım ise; uzaktan elektronik oylama yöntemidir. Bu yöntemle seçmen, bulunduğu herhangi bir yerden hatta ülke dışından bile oyunu rahatlıkla kullanabilmektedir. Bu yöntemde seçmen internet aracılığıyla oy kullanır¹². Elektronik seçim sürecinin, oy pusulası dağıtımı, seçmen kimliğinin doğrulanması, oy pusulası, oy sayımı ve oy denetimi olacak şekilde ayrı aşamaları bulunmaktadır¹³. Bu yöntemleri daha yakından inceleyelim

a. Electronic Vote-Recorder

Elektronik oylama yöntemlerinin tarihsel gelişimine bakıldığında ilk kayda değer çalışmanın 1869 yılında Thomas Edison tarafından geliştirilen “Electronic Vote-Recorder” isimli uygulama olduğu görülmektedir. Bu yöntemde yasama meclisi üyeleri oy kullanmak için bir anahtar “evet” ya da “hayır” konumuna getirmek suretiyle kullanırdı. Kullanılan oylar, “evet” ve “hayır” başlıklı iki metal sütunda listeleyen merkezi bir kayıt cihazına sinyal iletir. Yasama organındaki kayıt görevlileri yazı sütunlarının üzerine kimyasal bir kâğıt yerleştirir ve sonrasında metalik bir silindir kâğıt üzerinde hareket ettirilir. Bu esnada oluşan akım, kâğıttan geçerken kâğıt üzerindeki kimyasalı ayrıştırarak bir isim izi bırakır. Makinenin her iki tarafındaki skala toplam “evet” ve “hayır” oylarını böylelikle kaydeder. Sadece Amerika Birleşik Devletleri Kongre oylamaları için geliştirilen bu yöntem, teknolojinin de gelişmesiyle bir hayli mesafe kat ederek bugün yüz milyonlarca kişinin oy kullandığı seçim teknolojilerinin çeşitlenmesine adeta öncülük etmiştir¹⁴.

b. Lever Makineleri

Seçmen oyuna müdahale edilmesinin önüne geçmenin yolunun oy pusulalarını ortadan kaldırmak olduğu ileri sürülmektedir. Oy pusulaları kullanılmayacak

¹¹ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 700.; Halis Salman, Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2016: 8.

¹² Radek Silhavy, Petr Silhavy, “Internet Voting”, Masaryk University Journal of Law and Technology, 2(2), 2008: 137-139.; Borekçi, Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü, 613-614.

¹³ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 700.

¹⁴ Negin, Kaghazchi, Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi, Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Matematik-Bilgisayar Anabilim Dalı Bilgi Teknolojileri Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012: 3.

ise seçmenler nasıl ve hangi yollarla oylarını kullanabileceklerdir? Bu soru, cevabını ilk kez 1892 yılında Lever (kaldıraçlı) oylama makinesinin kullanılmasıyla bulmuştur. Bu sistemde, seçmen oy verme kabinine girer ve kolu çevirmek suretiyle seçimini gerçekleştirir. Makine seçmene görsel olarak tercihini kontrol etme imkânı sunar. Mekanik kilitlere sahip olan sistem birden fazla tercihte bulunmayı önleyecek şekilde tasarlanmıştır. Seçmen kontrol işleminin ardından oyları sayan büyük kolu çekerek oy kullanımını tamamlar. Kullanılan oy makinede yer alan mekanik sayaçlardaki ilerlemelerle kaydedilir. Bu yöntemle oy pusulalarının el ile sayma ihtiyacı da ortadan kalkmış olur. Bunun yerine, seçim görevlileri sayaçlar tarafından kaydedilen sayıları okur. Bu makineler, yanlış ayarlama ve sayaçların seçmen tercihlerini kaydetmemesi gibi sorunlar yaşandığında, fiziki bir oy pusulası olmadığı için yeniden sayım ve denetime imkân vermediği gibi eleştirilere maruz kalmaktadır¹⁵. Bu türden sorunların Lever makinelerinin tercih edilmesinde olumsuz rol oynadığı gözlemlenmektedir. Nitekim 2000 yılı Amerika Başkanlık seçimlerinde seçmenlerin %17.4'ü bu makineler aracılığıyla oyunu kullanırken, 2004 seçimlerinde lever makineleri tercih eden seçmen oranının %13.8 gerilediği görülmektedir¹⁶.

c. Delikli Kart Yöntemi

Oylama teknolojisine dair önemli bir gelişme de, oyların sayımında bilgisayar teknolojisinin kullanılmasına ilk kez imkân veren, “delikli kart” uygulamasıdır. 1964 yılında kullanılmaya başlayan “delikli kart” yöntemi zaman içerisinde uygulama genişliği kazanmış, 2000 yılına gelindiğinde ise Amerika’da en yaygın elektronik oylama yöntemi olarak benimsenmiştir. Şöyle ki, 2000 yılı Amerika Başkanlık seçiminde % 34.6 oranına ulaşarak ülke çapında yaklaşık her üç seçmenden biri tarafından tercih edilen yöntem olmuştur. Ancak 2000 yılında 44 milyonun üzerinde seçmen tarafından tercih edilen yöntem, bir sonraki başkanlık seçiminde ciddi ivme kaybederek 19 milyondan az seçmenin tercihi olmuştur¹⁷. 2014 yılındaki seçimlerden bu yana ABD’de hiçbir yargı bölgesinde federal seçimlerde artık delikli kart oylama sistemleri kullanılmamaktadır¹⁸.

Delikli kart yönteminin iki versiyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve en yaygın kullanılanı “Votomatic” olarak adlandırılan versiyondur. Bu versiyonda seçmen bir adaya oy vermek istediğinde, bir kalem yardımıyla oy kartında tercih ettiği adayı tanımlayan numarayı delmektedir. Sonrasında seçmen delikli kartı delme cihazının üstündeki yuvaya yerleştirir. Oy pusulasını, boşluklardan geçen

¹⁵ Daniel P. Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, *Fordham Law Review*, 73(4), (2005): 1719.; E. Fischer, “Election Reform and Electronic Voting Systems (DREs): Analysis of Security Issues”, (2003): 3.

¹⁶ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1738.

¹⁷ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1720-1738.

¹⁸ Voting Equipment, <https://verifiedvoting.org/votingequipment/> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

ışığın geçişine göre okuyan bir oy sayma makinesi ile sayar. Oy pusulası makinede doğru yere yerleştirilmezse, adayların adları veya oy pusulası seçimleri düzgün bir şekilde sıralanmaz ve hatalı veya geçersiz oy ile sonuçlanır. Aynı şekilde oy pusulasının sayaçtan geçirilmesi anında veya pusulaya dokunulması durumunda da oy pusulası yerinden çıkarak hatalara neden olabilir. Ayrıca aday isimleri ve seçmen tercihleri delikli kartta görünmediğinden seçmen oy pusulasına bakarak oyunu doğru kullanıp kullanmadığının denetimini de yapamaz. Votomatik tarzı delikli kart sistemleri, geçersiz ve fazladan oy kullanma konusunda da denetime imkân vermeyeceğinden bu oy pusulalarının sayılmaması sonucunu da doğuracaktır¹⁹.

Delikli kart yönteminin daha az kullanılan türü “Datavote” tür. Bu versiyonda seçmen, makineye yerleştirdiği kartı tek delikli zımba işlevi gören özel bir mekanizma vasıtasıyla oy pusulasında delik açarak seçimini yapmaktadır. Makine, delinecek sıranın üzerine yerleştirilebilmesi ve aşağı yukarı hareket edebilmesi için bir kızak üzerine monte edilmiştir. Bu sistemde seçmen, oy verdiği adayın isminin yanına bir işaret koymak suretiyle daha sonradan oyunu denetleyebilir. Bu avantajının yanı sıra Datavote’un dezavantajı, adayların isimlerinin oy pusulalarında görünmesi nedeniyle bir seçimde birden fazla karta ihtiyaç duyulmasıdır. Bu durum, seçimde kafa karışıklığına neden olacağı ve bunun sonucunda kullanılan oyların geçersizliği problemiyle karşı karşıya kalınacağından, hükümetler tarafından daha az tercih edilen bir seçenek haline gelmiştir. Bu sistemin yaygın kullanılmadığını 2000 ve 2004 Amerika Başkanlık seçimlerinde kullanılan elektronik oylama araçlarına dair istatistik verilerden kolaylıkla görebiliriz. 2000 yılında %2.7 olan kullanma oranı, 2004 yılında %1.1’e düşmüştür²⁰.

d. Optik Tarama Oy Pusulaları

“Optik tarama” veya “Marksense” teknolojisi olarak bilinen uygulamaların seçimlerde kullanılmaya başlanması ilk kez 1980’li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu sistem, 2000 yılında Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçimlerinde “delikli kart” teknolojisinden sonra %27.5 ile en çok tercih edilen ikinci elektronik oylama türü olmuştur. Optik taramalı oy pusulası da delikli oy pusulası gibi sayım sürecinde bilgisayar teknolojisine dayanan kâğıt tabanlı bir teknolojidir. Seçmenler, kurşun ya da tükenmez kalem yardımıyla, oy pusulasında bulunan geometrik oval şekli doldurarak ya da ok işaretinin iki ucunu düz bir çizgiyle birleştirerek tercihlerini yaparlar. Oy pusulaları, ya seçim bölgesinde bulunan bölge sayım sistemlerinde ya da bazı merkezi sayım noktalarında bulunan merkezi sayım sistemlerinde bulunan tarayıcılar tarafından sayılırlar. Bu yöntemin olumsuz yönlerinden biri, dikkatsizlik sonucu veya uygun tipte işaretleme aygıtının

¹⁹ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1720.

²⁰ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1721-1738.

kullanılmaması nedeniyle istemeden de olsa seçmenlerin geçersiz veya fazla oy kullanabilmeleridir. Optik tarama araç gereçleri kategorisindeki önemli ayırım, kullanılan oyların denetimine imkân verip vermemesi noktasında karşımıza çıkmaktadır. Oyların sayım ve dökümüne ilişkin yukarıda bahsettiğimiz iki sistem öngörülmektedir. Biri bölge sayım sistemi diğeri ise merkezi sayım sistemidir. Bölge sayım sistemlerinde, oy pusulaları bir sandığa atılmadan önce bir makine tarafından taranabilir ve bu tarayıcı seçmenin kullanabileceği fazla ve geçersiz oyları bildirecek şekilde programlanabilir. Bu tür bir hata bildirimini veya “ikinci şans” olarak da adlandırılabilir oylama, seçmenlerin yanlışlıkla izin verileden daha fazla tercihte bulunmasını engelleyebilir. Merkezi sayım sistemlerinde ise oy pusulaları bir sandığa konur ve taranmak üzere merkeze gönderilir. Merkezi sayım sistemleri, seçmenin fazla ve geçersiz oy kullanması durumunda bölge sayım sistemlerinin aksine; bu durumu bildirecek şekilde programlanamadıkları için “ikinci şans” oylaması mümkün değildir²¹.

e. Doğrudan Kayıt Yapan Elektronik Yöntemler

Elektronik oylama yöntemleri ikiye ayrılmaktadır. Bu sistemlerden ilki optik tarama yöntemiyle oy kullanımına imkân verirken, ikincisi doğrudan kayıt yapan makinelerdir²². İlk kez 1980’lerde kullanılmaya başlayan ve “DRE” olarak bilinen “Doğrudan Kayıt Yapan Sistemler” tamamen bilgisayar temelli ilk sistemlerdir²³.

Doğrudan kayıt yapan elektronik makineler, seçmen oylarını dokunmatik ekranlara veya benzeri giriş yapılabilen cihazlara dijital olarak kaydedilmesine ve dijital oy pusulası şeklinde elektronik olarak saklamalarına olanak tanır. Bunun yanı sıra sistemin en önemli avantajı, optik tarama makineleriyle birlikte kullanılan “dijital iz” ‘in oy sayımlarını doğrulamak için denetlenebilir bir kayıt imkânı sağlamasıdır. Buna karşın Amerika Birleşik Devletleri’nde bu sistemleri kullanan eyaletlerin tümünde denetimin zorunlu olmadığı görülmektedir. Denetim yapılan eyaletlerde dahi çoğu kez kâğıt oy pusulalarının yeniden taranması şeklinde denetim yapılmadığı ifade edilmektedir. Bazı eyaletlerde kullanılan DRE’ler, bir seçmenin tercihini görüntüleyerek, tercihin bir kâğıt çıktısı şeklinde alınmasına da imkân sağlamaktadır. Bu yöntemle seçmen sonradan dijital kaydın doğruluğunu basılı kâğıt çıktısı üzerinden denetleyebilmektedir. Seçmene kullandığı oyu denetleme imkânı veren DRE’lerin kullanımının 2018 genel seçimlerinden bu yana azaldığı gözlemlenmektedir²⁴. Ancak, seçim güvenliği uzmanları, seçmenlerin kâğıt çıktısı

²¹ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1721-1722.; Kaghazchi, Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi, 4.

²² Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1722.

²³ Kaghazchi, Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi, 4.

²⁴ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020): 1, https://www.eac.gov/sites/default/files/document_library/files/2020_EAVS_Report_Final_508c.pdf Erişim Tarihi: 20. Ekim, 20, 2022.

kullanarak denetim yapmalarının çoğu zaman zor olduğunu ve bu nedenle seçmenin verdiği oyun doğruluğunun denetlenmediğini ifade etmektedirler²⁵.

Seçmenin siyasal tercihini denetleyebilme mekanizmasının işlevselliğine yönelik ilgi çekici örneklerinden biri Clarkson tarafından kendi seçim çevresi olan Sedgwick Seçim Ofisine yaptığı başvurular ve davalardır. Clarkson'un, oy verme bölgesi olan Kansas Eyaleti Sedgwick İlinde gerçekleştirilen Kasım 2012, Haziran 2013, Kasım 2014, Şubat 2015 ve Şubat 2016 seçimlerinde kullandığı oyların denetimi için Sedgwick Seçim Ofisine yaptığı başvurular ile açmış olduğu davaların tamamı reddedilmiştir. Clarkson seçimlerde kullandığı oyların kâğıt çıktılarıyla, yazar kasa kayıtlarının tutulduğu rulolara benzeyen oylama makinesi kayıtlarının diğer adıyla "Gerçek Zamanlı Denetim Kütükleri" kayıtlarını karşılaştırarak denetim yapmak istemiştir. Ancak bu demokratik talebi, daha önce bu yönde bir denetimin 2006 yılından beri hiç yapılmadığı, oylama makinesi kayıtlarının oy pusulası olarak kabul edildiğinden "Kansas Açık Kayıtlar Yasası"ndan muaf olduğu ve yeniden sayım yapmak için kayıtların kullanılmasına izin verilemeyeceği gibi gerekçelerle tuhaf bir biçimde kabul görmemiştir²⁶.

f. Uzaktan Elektronik Oylama (İnternet Üzerinden Oylama)

Bilişim teknolojisinin gelişmesiyle beraber internet kullanımı hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline geldi. Hayatın tüm alanlarına nüfuz ederek; değişim ve dönüşümü bütün çarpıcılığıyla gözler önüne seren internet teknolojisi, seçmen tercihlerinin kullanılması noktasında da kendini her geçen gün daha fazla kabul ettirmektedir.

İnternet üzerinden oylama, sağladığı kolaylıklar nedeniyle çoğu seçmen için tercih nedeni olmaktadır. İnternetin insan hayatına olumlu yöndeki katkısını seçim sürecinde oy kullanma faaliyetinde de gözlemlemekteyiz. Seçmenlerin belirlenen merkezlerde belli bir güne sığdırılacak biçimde oy kullanmak zorunda bırakılmaları karşısında, seçmenin istediği yerden ve belli bir zaman dilimine yayılarak oyunu kullanması elbette oy kullanma sürecini kolaylaştırması açısından tercih edilebilir bir uygulama olacaktır. Ancak internet üzerinden oy kullanmak ifade edildiği gibi gerçekten hayatı kolaylaştırmakta mıdır? Yoksa birtakım tehlikeleri de hayatımıza dahil etmek suretiyle zorlaştırmakta mıdır? Bu sorunun cevabına ne tam anlamıyla evet ne de hayır diyebiliriz. Elbette internet üzerinden oylama sürecinin diğer elektronik oylama yöntemlerinde olduğu gibi bir takım avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Oylama sürecini kolaylaştıran internet teknolojisi, beraberinde demokrasi için tehdit unsuru olabilecek tehlikeleri de getirebilmektedir.

²⁵ Kimberly Breedon, and A. Christopher Bryant, "Counting the Votes: Electronic Voting Irregularities, Election Integrity, and Public Corruption", University of Memphis Law Review, 49(4), (2019): 988-989.

²⁶ Elizabeth Clarkson, "Audits of Paper Records to Verify Electronic Voting Machine Tabulated Results", Kansas Journal of Law & Public Policy, 25(3), (2016): 365.

İnternet üzerinden oylama yönteminde internetin aslı fonksiyonu, oylama faaliyetinin gerçekleşeceği düzlemde bilişim sistemlerini birbirine bağlamasıdır²⁷. Buna göre, “İnternet oylaması” ya da “internet üzerinden oylama” kavramını, hem seçmenlerin internet üzerinden tercihlerini yapabilmelerine imkân tanıyan hem de seçim sonuçlarının belirli bir merkeze iletilebilmesini sağlayan bir elektronik oylama yöntemi olarak tanımlayabiliriz²⁸.

İnternet üzerinden oylama yöntemiyle oyunu kullanmayı tercih eden seçmen, seçimlerin yönetimi ve denetiminden sorumlu seçim otoriteleri tarafından belirlenen merkezlerde ya da bu merkezlerin dışında herhangi bir yerde, hatta ülke sınırları dışından bile tercihini gerçekleştirebilecektir²⁹. Seçmenin oyunu dış baskı veya zorlamalara maruz kalmadan serbest iradesiyle kullanabilmesindeki temel prensibin, bu yöntemle birlikte, adeta oy kullanılacak yerin seçiminde de uygulanması söz konusu olabilecektir. Seçmen, isterse seçim otoritelerinin belirlediği merkezlere gitmek suretiyle isterse de internet alt yapısının bulunduğu herhangi bir yerden internet üzerinden oyunu kullanabilir.

İnternet üzerinden oylamada seçmen oyunu çevrimiçi olarak bir web ara yüzü ile kullanır. Seçmen tercihini bir bilgisayar ve web çözümleyici yardımıyla seçim sistemine girer³⁰. Seçmen, belirlenmiş merkezlerde oyunu kullanmayı tercih ederse, boş oy pusulasını görebilmek ve kullandığı oyunu sisteme geri gönderebilmesi için ayrılmış bilgisayarları kullanır. Şayet istediği yerde oyunu kullanmak isterse de yine boş oy pusulasını görebilmek ve kullandığı oyunu sisteme geri gönderebilmesi için bu kez masaüstü, dizüstü ve avuç içi gibi kişisel bilgisayarını kullanır. İlk oylama şekli “kiosk” ya da “özel oylama” olarak ifade edilirken, ikincisi ise “evden oylama” ya da “özel olmayan oylama” şeklinde ifade edilir³¹. Seçmen hangi yöntemi kullanırsa kullansın oyunu vermek için sisteme girdiğinde öncelikle kimlik doğrulaması denetiminden geçmektedir. Doğrulama işlemi, seçmenlerin oy kullandıkları seçimin türüne göre değişebilmektedir. Genel seçimler için elektronik imza yöntemi tercih edilirken; örneğin siyasi partilerin adaylarını belirledikleri ön seçimlerde şifre ya da kod girme uygulaması kullanılabilir³². Kimliğin doğrulanmasıyla ekrana boş oy pusulası gelir. Seçmen tercihini oy pusulasını doldurarak kullanır. Oy kullanma işleminin sona ermesinin hemen akabinde seçmene e-mail ya/ ya da sms yoluyla bir doğrulama kodu gönderilmektedir. Oy kullanma işleminin tamamlanmasını müteakiben

²⁷ Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 614.

²⁸ Jeremy Epstein, “Internet Voting, Security, and Privacy”, William & Mary Bill of Rights Journal, 19(4), (2011): 886.

²⁹ Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 615.

³⁰ Kaghazchi, Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi, 6.; Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 615.

³¹ Epstein, “Internet Voting, Security, and Privacy”, 888.

³² Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 615.

“gönder” ya da “onay” tuşuna basarak seçmenin oyu sistem tarafından şifrelenerek sunuculara kaydedilir ve sisteme depolanır. Seçmen, oyunu kullandığı cihaz üzerinden yazılı bir metin çıktısı olarak sonradan oyunun denetimini yapabilir³³. İnternet üzerinden kullanılan oyun seçmene somut denetim imkân sunmaması, teknolojik denetleme imkânlarının bulunmadığı anlamına gelmemelidir. Şöyle ki, seçmenin kullandığı oyun kaynak kodunun yayımlanması ve doğrulanabilir oylama gibi sistemsel denetimler öngören seçim uygulamaları yoluyla gerçekleştirilebilmektedir³⁴.

İnternet üzerinden oylama yöntemi, seçmene oyunu kullanırken seçim günüyle sınırlamayıp belli bir süreç içerisinde kullanma imkânı sağlamaktadır. Estonya pratiğinde olduğu gibi seçmen oyunu seçim gününün altı gün öncesinden kullanmaya başlayabilmektedir³⁵. Seçim günüyle sınırlandırılmamış oy kullanma işlemi seçmene oyunu sonradan değiştirebilme fırsatı da sunmaktadır. Böylelikle seçmen hem siyasal tercihinin değiştirilip değiştirilmediğini denetleyebilmekte hem de fikrini değiştirmesi sonucunda oyunu tekrar kullanabilmektedir³⁶.

İnternet üzerinden oy kullanılabilmesine imkân tanıyan internet teknolojisi olsa da kullanılan oyların veri olarak saklanması, sayım ve dökümünün yapılması ve sonuçların açıklanması gibi önemli süreçleri güvenilir yazılımlar aracılığıyla yürütülmelidir. Yazılımın güvenilir olmaması seçim sonuçlarının doğru ve adil olmaması demek olacaktır. Yazılımlar, seçmenin tercihinin gerçeğine uygun biçimde saklayan, içerden ve dışardan gerçekleştirilebilecek kötü niyetli sistemsel ve internet kaynaklı saldırı ve suiistimallere karşı korunaklı hale getirilmelidir. Seçim günü ya da seçim süresi boyunca daha önce tecrübe edilmeyen saldırılar ve tehlikeler karşısında anlık refleksler geliştirebilecek alt yapıya sahip yazılımlar yapılmalıdır. Yazılımda ortaya çıkabilecek en küçük bir problem çarpan etkisiyle daha büyük olumsuzluklara neden olabilecektir. Bu durumda toplum seçim yönetim ve denetim faaliyetlerinin güvenilirliğini dolayısıyla devlete olan güvenini sorgulamaya başlar³⁷.

2. Elektronik Oylama Yöntemlerinin Temel Gereksinimleri

Seçim sistemleri, ister klasik yöntemi kullanmak suretiyle seçmene tercihinin yapma imkânı sunsun, isterse de elektronik oylama araçları vasıtasıyla yapılsın, her iki yöntemin de seçimlere ilişkin temel yaklaşımları aynıdır. Nihayetinde bir

³³ Kaghazchi, Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi, 6.; Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 615.

³⁴ Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 626.

³⁵ <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/voting-election-day/voting-election-day>, Erişim Tarihi, Mayıs, 10, 2022.

³⁶ Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 623.

³⁷ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 701.; Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 626.

seçimin, seçmen iradesinin mutlak gizlilik içerisinde siyasal katılıma yansıtılması, kullanılan oyların sayımının ve dökümünün açık ve şeffaf biçimde yapılması, sonuçların doğru olarak kamuoyuyla paylaşılması, seçim hilelerine karşı etkin yönetim ve denetim mekanizmalarının öngörülmesi gibi korunaklı gereksinimlere kavuşturulması gerekmektedir³⁸.

Elektronik oylama yöntemlerinin hızlı ve etkin oy kullanımına imkân sağlayabilmesi için bir takım temel gereksinimleri karşılaması gerekmektedir. Bu noktada doktrinde bir takım gereksinimler ifade edilmekle beraber, henüz ortak bir gereksinimler dizinine ulaşılamamıştır. Hatta tespit edilen gereksinimlerden bazılarının birbiriyle çeliştiği de görülmektedir. Elektronik oylama sistemi yöntemlerinden birini benimseyen bir ülkenin tespit edilen ortak gereksinimlere sahip olmasının yanı sıra kendisine has özel koşulları da dikkate alacak şekilde ek gereksinimler de seçmelidir³⁹.

Seçimlerin hızlı, güvenilir ve ekonomik bir şekilde yapılacak olması, elektronik oylama yöntemlerinin tercih edilmesini kolaylaştıran en cazip yönüdür. Ancak bu cezbedici yön, her zaman umulan sonuçların ortaya çıkmasını sağlamayabilir. Elektronik oylama yöntemlerinin etkin ve verimli bir şekilde kullanılmaması, seçmen tercihinin devlet yönetimini şekillendirmesindeki rolünden uzaklaştırabilecektir. İstenilmeyen bir durumun yaşanmaması adına ülkenin kendine has demokratik, siyasal, ekonomik, teknolojik ve sosyal koşulları elektronik oylama yöntemlerine uyumlu hale getirilerek seçimlerde yaşanabilecek olası problemlerin de üstesinden gelinecektir. Aksi halde arzulan faydaya ulaşılamamış, diğer bir deyişle, kaç yapmak isterken göz çıkartılmış olacaktır⁴⁰.

Elektronik oylama yöntemlerinin sahip olması gereken temel gereksinimler, bölgesel niteliğe sahip oluşumlar tarafından hazırlanan raporlarda detaylı olarak belirlenmiştir⁴¹. Bu raporlar ışığında temel gereksinimler; doğruluk, şeffaflık, toplumsal güven, oy hakkı, seçmen mahremiyeti, seçmenlerin belirlenmesi, seçim dürüstlüğü, kesinlik, tarafsızlık, hareketlilik, tek oy kullanımı, oy kullanmaya zorlanmama, oyların dökümünün doğruluğu, sistemin doğruluğu ve güvenilirliği, oy kullanmama hakkı, oy kullanmaktan vazgeçebilme hakkı, tercih

³⁸ Coşkun Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 5(2), 2017, İstanbul, s. 108, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2022, <https://dergi-park.org.tr/tr/download/article-file/560151>.

³⁹ Wang King-Hang K. Mondal Subrota, Chan Ki, Xie Xiaoheng, "A Review of Contemporary E-voting: Requirements, Technology, Systems and Usability", Data Science and Pattern Recognition, Vol. 1, Iss. 1, (2017): 31-32.

⁴⁰ Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", 106.

⁴¹ "Bu gereksinimler, Avrupa Konseyi (2004) E-Oy için Yasal, İşleyiş ve Teknik Standartlar raporunda, Amerikan Devletleri Örgütü (2010) Seçim Teknolojilerinin Kullanımının Gözlemlenmesi raporunda, AGİT (2008), Elektronik Seçimlerin İzlenmesi için Kılavuz'unda detaylı olarak açıklanmıştır" (Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 615).

yapmama hakkı, seçim sonuçlarını öğrenme hakkı, sistemin doğrulanabilirliği, bireysel doğrulama, kolay kullanım, sistemin etkinliği, açık yazılım, yedekleme ve sistemsel müdahaleye karşı önlemler, oyların muhafazası ve oyların tekrar sayılabilesidir⁴².

II. ELEKTRONİK OYLAMA YÖNTEMLERİ ÜZERİNDEKİ TARTIŞMALAR

Geleneksel seçim yöntemini benimseyen ülkelerin elektronik seçim sistemlerini benimsemesi ve bu ülkelerde uygulanabilmesi düşünüldüğü kadar kolay olmamıştır⁴³. Seçmen, hem siyasal tercihinin somut olarak oy pusulasına yansıdığını görmek hem de oyunu güven duygusu içinde kullanmanın verdiği tatmini yaşamak ister. Alışkanlığa bağlı bu istek, elektronik seçim sistemlerinin benimsenmesini seçmen nezdinde zorlaştırmaktadır. Buna karşın, el ile oy kullanımının karmaşıklığının katılım oranını olumsuz etkilemesi ve kâğıt oyların sayımındaki suiistimalerin elektronik oylama yöntemlerinin kabulünü kolaylaştırdığı da bir gerçektir⁴⁴.

Seçmenin, alışkanlığına sadık kalma isteği, devletlerin karar alma süreçlerini de etkilemektedir. Kâğıt oylama yöntemini bırakıp elektronik oylama yöntemlerine geçen ülkelerin kararları ani olmamış aksine bir sürece yayılmıştır. Elektronik oylama yöntemleri özellikle de pilot uygulamalar yoluyla test edilmiş daha sonra da ülke çapında uygulanma imkânı bulmuştur. Elektronik oylama yöntemlerinin benimsenmesinde diğer yaş gruplarına nazaran genç seçmenler daha avantajlı konumdadırlar. Özellikle “Z” kuşağı olarak ifade edilen gençlerin teknolojiyle barışık yönleri seçim teknolojilerini benimsemelerinde diğer yaş gruplarındaki seçmenlere nazaran kendilerini daha avantajlı konuma getirmektedir. Bu durum elektronik oylama yöntemlerinin seçmen tarafından daha çabuk kabullenilmesi anlamına gelecektir.

Elektronik oylama yöntemleri üzerindeki tartışmalar, geleneksel seçim yöntemi ile karşılaştırılması üzerinden sürdürülmektedir. Her iki yöntem birbirinden çok farklı olmakla birlikte tartışmalar daha çok sürece dâhil olamayan geçersiz oylar, şeffaflık, sistem güvenliği, oy mahremiyeti, oy sayımı ve denetimi ve ekonomik unsurlar gibi önemli konular üzerinden yürütülmektedir. Elektronik oylama yöntemlerinin çeşitliliği ve tek düze olmayan uygulamaları bu sistemlere yöneltilen eleştirilerin de çeşitli olmasına neden olmaktadır. Geniş bir yelpazede sürdürülen bu tartışmalar çalışma kapsamında ana hatlarıyla ele alınacaktır.

⁴² Deniz Çetinkaya, Orhan Çetinkaya, “E-Seçim Uygulamaları için Gereksinimler ve Tasarım İlkeleri”, inet-tr’06 - XI. “Türkiye’de İnternet” Konferansı Bildirileri 21 - 23 Aralık 2006 TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, (2006): 127-129.; Salman, Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi, 9-12.; Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 66-69.

⁴³ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 124.

⁴⁴ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 125.

A. GEÇERSİZ OY SORUNU

Elektronik oylama yöntemlerinin tercih edilmesinde rol oynayan en önemli nedenlerden biri geçersiz oyların varlığı sorunudur. Elektronik oylama yöntemleri seçmenin geçersiz oy kullanmasına imkân vermeyecek şekilde tasarlanmalıdır. Böylelikle geçersiz oy artık demokratik seçimler açısından sorun olmaktan çıkacaktır⁴⁵. Klasik oylama sisteminde geçersiz oyların siyasal dengeleri değiştirebilecek oranlara ulaştığı gerçeği dikkate alınacak olursa, sağlam teknolojik altyapıya kavuşturulmuş elektronik oylama yöntemlerinin tercih edilmesiyle, hiçbir demokratik tercihin karar alma sürecinin dışında kalmasına izin verilmiş olacaktır.

Geçersiz oyların sisteme dâhil olmasıyla bir yandan siyasal katılım oranı yükselmiş bir yandan da siyasal iktidarın meşruluğu daha da sağlam zemine oturtulmuş olacaktır. 1982 Anayasası'nın halk oylamasıyla kabulünden bu yana gerçekleştirilen 11 genel seçimde kullanılan geçersiz oyların büyüklüğüne bakıldığında, hiçte küçümsenmeyecek oy oranlarının ortaya çıktığı görülecektir. 1983-2018 yılları arasında Türkiye'de gerçekleştirilen Milletvekili Genel Seçimlerinde geçersiz oyların toplamının 11 milyondan fazla olduğu görülmektedir. Geçersiz oy oranlarının yıllara göre farklılık gösterdiğini gözlemlemekle beraber toplam seçmen sayılarına oranlarının 1.21 ile 4,7 arasında değiştiğini görülmektedir⁴⁶. 1983'ten 2018 yılına gelinceye kadar kayıtlı seçmen sayısının 19 milyondan 60 milyona ulaştığı düşünülecek olursa, geçersiz oy oranlarının Türk siyasal hayatında ne denli büyük bir öneme sahip olduğu açıkça görülecektir. Örneğin; 31 Mart 2019 tarihinde gerçekleştirilen daha sonra tekrarlanan İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminde kullanılan geçersiz oy sayısının resmi rakamlara göre 315.250 olduğunu görmekteyiz. Seçimin ilkinde, kazanan aday ile sonra gelen aday arasındaki oy farkı ise 21.462'dir⁴⁷. Şayet bu seçimde elektronik seçim sistemleri kullanılmış olsa idi, yani kullanılan geçersiz oyların tamamı geçerli oya dönüşebilseydi siyasal dengelerin her iki aday açısından da kolaylıkla değişebileceğini gözlemleyebilirdik.

B. TEKNOLOJİK MANİPÜLASYONLAR

Seçim sürecinin tamamı dikkate alındığında seçimlerden beklentinin; seçimlerin adil ve dürüst olması ile seçmenin mahremiyetinin korunması olduğu görülmektedir. Geleneksel seçim yönteminin manipüle edilmeye müsait yapısı bu beklentiye

⁴⁵ Börekçi, Oy Hakkının İnternette Kullanımı ile Dönüşümü, 621; Epstein, "Internet Voting, Security, and Privacy", 893-894.

⁴⁶ Yıllara göre yaklaşık olarak geçersiz oy oranları; 1983 seçimi için 4,7, 1987 seçimi için 2,4, 1991 seçimi için 2,46, 1995 seçimi için 2,86, 1999 seçimi için 3,97, 2002 seçimi için 3,03, 2007 seçimi için 2,35, 2011 seçimi için 1,84, 7 Haziran 2015 seçimi için 2,37, 1 Kasım 2015 seçimi için 1,21, 2018 seçimi için 1,90.

⁴⁷ <https://sonuc.ysk.gov.tr/sorgu>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

bütünüyle karşılayamayacağından daha zor manipüle edilebilecek elektronik seçim sistemlerinin tercih edilmesi genel beklentiyi bütünüyle olmasa da büyük ölçüde karşılayabilecektir. Aksi düşünüldüğünde ise sonuçları itibariyle elektronik seçim sistemlerinin olumsuz etkilenme kapasitesi geleneksel yöntemle göre daha büyük çapta gerçekleşecektir. Bu da seçim sonuçlarının gerçekliğinden çok daha fazla uzaklaşması anlamına gelecektir. Hatta siyasal dengelerin değişmesine bile neden olabilecektir⁴⁸. Örneğin, Amerika’da uygulanmakta olan DRE’ler, seçim hilelerine ve özellikle de kötü amaçlı yazılımlara karşı saldırılara ve seçim sonuçlarına müdahale gibi tehlikelere karşı savunmasız kalabilmektedirler⁴⁹.

Manipülasyona en yatkın elektronik oylama yöntemi internet üzerinden oylama yöntemidir. İnternet üzerinden oylama sistemleri genel olarak güvenlik açıklarına müsait yapılardır. Bu sistemler ve bu sistemlerin alt yapıları seçmenin iradesine dışarıdan yapılabilecek müdahaleye imkân tanımayacak ya da yapılan müdahaleleri bertaraf edecek şekilde tasarlanmalıdır⁵⁰. İnternet oylama sistemlerindeki güvenlik açıkları üç noktada ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, seçmenin oyunu kullandığı bilgisayar, ikincisi kullanılan oyların iletildiği ağ sistemi, üçüncüsü de kullanılan oyların saklandığı sunuculardır⁵¹.

2016 ABD Başkanlık seçiminde, Amerikan toplumu daha önce deneyimlemediği bir sorunla karşı karşıya kalmıştır. Önu alınamayan iddialara göre, Rus Devleti’nin desteklediği aktörler özellikle eyalet seçim sisteminin bileşenlerine karşı siber saldırılarda bulunarak birden fazla eyalet ve yerel seçim kurullarına erişim sağlamıştır. Her ne kadar Senato İstihbarat Komitesi konuya ilişkin bir kanıt bulamamış olsa da genel kanaat, Rus Hükümeti’nin 2016 seçimlerine kadar eşi görülmemiş düzeyde bir faaliyet yürüterek seçimlere ve seçmen tercihlerine müdahale ettiği yönündedir. Seçmen veri tabanlarının ve seçim sistemlerinin hedef alınması ulusal güvenlik sorununa dönüşmüştür. 2016 yazında Illinois Eyaleti seçmen kayıt veri tabanına giren siber aktörler 200.000 kadar seçmenin kaydına erişim sağlamıştır. ABD istihbarat teşkilatları, Rus Hükümetinin siber saldırı aktörlerinin ilk etapta 21 eyaleti hedef alarak, elli eyaletin tümünün seçim sistemlerine müdahale etmeye çalıştığı sonucuna varmıştır⁵². Aynı şekilde Kuzey Carolina’da 2016 yılında seçim günü elektronik seçmen listelerinin hedef alınarak seçmenlerin oy kullanma hakları engellenmiştir⁵³.

⁴⁸ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 123.

⁴⁹ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1775-1777.

⁵⁰ Börekçi, Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü, 620.

⁵¹ Epstein, “Internet Voting, Security, and Privacy”, 900.

⁵² Suman Malempati, “The Elections Clause Obligates Congress to Enact Federal Plan to Secure U.S. Elections Against Foreign Cyberattacks”, Emory Law Journal, 70(2), (2020): 423.

⁵³ Malempati, “The Elections Clause Obligates Congress to Enact Federal Plan to Secure U.S. Elections Against Foreign Cyberattacks”, 426.

2018 ara seçimlerine müdahale etmek amacıyla ABD seçim alt yapısına tekrar saldırıda bulunduğu iddiası ortaya atıldı. Bu tür iddialar için kesin kanıtlar ortaya konulamamıştır. Her ne kadar kesin kanıtlar ortaya konulamamış olsa da, istihbarat birimlerinin ve toplumun genel kanaatinin gelecekte de siber saldırıların çeşitlenerek artacağı yönündedir⁵⁴. Bu tehlike karşısında Temsilciler Meclisi ve güvenlik uzmanları kâğıt oy pusulalarına tekrar dönülmesi çağrısında bile bulundu. Ancak kabul görmeyen bu çağrı karşısında bazı eyaletler, blok zinciri teknolojisi, yüz tanıma yazılımı ve kriptografideki gelişmelerin internet oylamasını nasıl daha güvenli yapabilecekleri üzerinde araştırmalarına devam etmişlerdir. 2015 yılından 2018 yılına gelinceye kadarki sürece dikkat çeken Kanada Hükümeti tarafından yayımlanan raporda siber saldırıların üç kat artış göstererek, ulusal düzeyde seçim düzenleyen tüm gelişmiş demokrasilerin yarısının hedef alındığını ortaya koymuştur⁵⁵. Tüm bunlar elektronik seçim sistemleri ve alt yapılarına yönelik saldırıların, hangi güvenlik önlemleri alınır alınmaz siber saldırıların hep bir tehlike olarak var olacağı gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Elektronik seçim sistemlerinin bir talihsizliği olarak bu sistemlerin güvenilirliği hep tartışılacak ve benimseyen ülkelerin gündemlerinden hiçbir zaman düşmeyecektir.

C. TEKNOLOJİYE EŞİT ERİŞİM SORUNU

Teknolojik gelişmeleri demokrasinin sürdürülebilirliği karşısında tehdit olarak görenlerin en önemli savlarından biri teknolojiye ulaşmadaki teknik engellerin varlığıdır. Herkesin kullanmada eşit olmadığı internet teknolojilerinin toplumlar arası eşitsizliğe ve sınıf farklılıklarına neden olduğu ileri sürülmektedir. Bu durum beraberinde teknolojinin ve özellikle de internet teknolojisinin tüm ülke halkları tarafından kullanımı açısından yaygınlık kazanamayacağına bunun da internetin sadece elit kesime hizmet edecek bir teknolojiye dönüşmekten öteye geçemeyeceği ileri sürülmektedir. Teknolojiyi demokrasiye bir tehdit unsuru olarak görenlerin ileri sürdüğü görüşlerden biri de bireylerin özel hayatlarının korunması sorunudur. İnternet teknolojisinin, insan hayatını kolaylaştırabildiği gibi zorlaştırabildiği de ileri sürülmektedir. Hatta insanların özel hayatlarına müdahale ederek onları korunaksız hale bile getirebilir. Teknolojik tehditler karşısında, özel hayatları birçok yönden olumsuz etkilenen bireylerin politik tercihleri de yönlendirilebilir. Demokrasi karşısında teknolojinin belki de en büyük imtihanı, bireylerin düşünce özgürlüğü üzerindeki olumsuz yansımaların demokrasi karşıtlığına dönüşmesidir⁵⁶.

⁵⁴ Malempati, "The Elections Clause Obligates Congress to Enact Federal Plan to Secure U.S. Elections Against Foreign Cyberattacks", 428.

⁵⁵ Mount, "Innovations in Internet Voting Systems", 699-700.

⁵⁶ Ersöz, "İnternet ve Demokrasinin Geleceği", 125-128.

D. OY SAYIM SÜRECİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ

Elektronik oylama yöntemlerine yöneltilen eleştirilerden biri de oy sayma sürecinin özelleştirilmesine yöneliktir. Bir oylama sisteminin sadece manipülasyona dirençli olması değil, aynı zamanda şeffaf yapıldığına dair güvenceye de sahip olması gerekmektedir⁵⁷. Amerika Birleşik Devletleri’nde Montana Eyaleti gibi elektronik oylama yöntemlerini kullanan eyaletlerde bu sistemler özel şirketlerden satın ama yoluyla temin edilmektedir. Şirketler, seçim teknolojilerine önemli finansal kaynak ve zaman harcamak suretiyle, elektronik oylama makinelerindeki yazılım ve kaynak kodları üzerinde mülkiyet hakkı sahibidir. Bunun doğal sonucu olarak özel şirketler, elektronik oylama makinelerinin iç işleyişinin kamuoyu ile paylaşılmasına engel olabilecek yasal haklara sahiptirler. Şeffaflık ilkesine aykırı bu durum, ticarî sır kılıfı altında korunan özel şirketlere seçim güvenliğini bütünüyle teslim etmek anlamına gelmektedir⁵⁸. Bu da seçim güvenliğini her zaman tehditlere ve manipülasyonlara açık hale getirmektedir.

Elektronik oylama araçlarından internet üzerinden oylama yönteminde, açık sayım ve döküm ilkesini işletmek mümkün değildir. Oy hakkının demokratik ilkelere aykırı gibi görünen bu durum, aslında görüldüğü gibi değildir. Şöyle ki, internet üzerinden oylama yapıldığı sırada alınacak kâğıt çıktılar yoluyla seçmenlere oylarının denetimlerini bizzat kendileri tarafından yapabilmelerine imkân tanıyacaktır. Böylelikle, demokratik oy ilkesine aykırı gibi görünen durum alınacak küçük önlemlerle aşılmış olacaktır⁵⁹.

E. DEZAVANTAJLI SEÇMENLERE SAĞLANAN KOLAYLIKLAR

Elektronik oylama teknolojileri, farklı engelleri nedeniyle oy kullanmada dezavantajlı seçmenlere önemli kolaylıklar sağlayarak bu seçmenlerin siyasal karar alma sürecine aktif olarak katılmalarına imkân tanımaktadır. Özellikle görme ve bilişsel engeli bulunan seçmenlerle, el becerisi kısıtlı seçmenlere önemli kolaylıklar getirmektedir. Uygulamada kullanılan DRE seçim teknolojileri görme ve bilişsel engelli seçmenler için sesli, el becerisi kısıtlı seçmenler için ise “sip and puff tube”⁶⁰ (yudum ve nefes teknolojisi) ya da “jelly switch” (jöle anahtar) bileşenlerine sahiptir⁶¹.

⁵⁷ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1774-1775.

⁵⁸ Birian J., Miller, The Right to Participate, The Right to Know, and Electronic Voting in Montana”, Montana Law Review, 69 (2), (2008): 372-373, 407.

⁵⁹ Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, 627.

⁶⁰ Bir tüp veya çubuk üzerinde teneffüs ederek veya nefes vermek suretiyle hava basıncı oluşturmak suretiyle bir cihaza sinyal göndermek için özellikle ellerini kullanma engeli bulunanlar tarafından yararlanan bir yardımcı teknolojidir. Kişi siyasi tercihini kullandığı esnada pipete benzeyen çubuğa bir nefes çeker, çektiği nefesi üfleyerek hava basıncı oluşmasını sağlar. Oluşan hava basıncı oy kullanma makinesine sinyal göndererek seçmen tercihini gerçekleştirmiş olur. <https://en.wikipedia.org/wiki/Sip-and-puff>, Erişim Tarihi: Ekim, 20, 2022.

⁶¹ Tokaji, “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”, 1724-1769.

F. SEÇİM EKONOMİSİ

Geleneksel oylama yönteminin esası olan kâğıt oy kullanımı her seçim döneminde tekrarlandığından ülke ekonomisine sürekli yük getirmeye devam edecektir. Elektronik oylama yöntemleri teknolojik alt yapıya sahip sistemler olması sebebiyle teknik bilgiye sahip kişilerin temini ve istihdamını zorunlu kılmaktadır. Teknik personel temini ve istihdamı da seçim faaliyetlerinin büyüklüğüne göre çok sayıda teknik personele ihtiyaç gerektireceğinden ülke ekonomisine ciddi ekonomik yük getirecektir⁶². Ancak elektronik oylama yöntemlerinin tercih edilmesiyle ülke ekonomisi her seçim döneminde değil de sadece elektronik yöntemin uygulandığı seçim döneminde ekonomik yük altına girecektir. Daha sonraki seçimler ise kurulan mevcut sistem üzerinden yapılacağından oy başına maliyetleri düşürerek ülke ekonomisine daha az ekonomik yük getirecektir⁶³. Bu yükü, elektronik seçim sisteminin sürekliliğini sağlamaya yönelik zaruri harcamalar oluşturacaktır.

Elektronik oylama yöntemlerinin, seçim ekonomisi açısından, geleneksel oylama yöntemine üstünlüğünü dünya pratiklerinden görebilmemiz mümkündür. İnternet üzerinden oylama yöntemini başarıyla uygulayan Estonya'da, geleneksel oylama yönteminin ekonomik maliyeti internet üzerinden yapılan oylamaya göre 16 kat daha fazladır⁶⁴. 912 milyon gibi eşi benzeri görülmemiş bir rakama ulaşılan 2019 Hindistan Halk Meclisi (Lok Sabha) seçimlerinde yaklaşık 615 milyon kişi oy kullanmıştır⁶⁵. Bu büyüklükte seçmen kitlesinin geleneksel oy kullanma yöntemiyle tercihte bulunması durumunda ülke ekonomisine getireceği yük, her seçim döneminde artarak daha da büyüyecektir. Bu çarpıcı rakamlar, geleneksel oylama yönteminin ülke ekonomisine ne denli büyük yük getirdiğini göstermesi açısından manidardır. Maliyetlerin bu denli artması devletleri elektronik oylama yöntemlerini kabule zorlamaktadır.

Elektronik oylama yöntemlerine yönelik eleştiriler elbette ki yukarıda ifade etmeye çalıştıklarımızla sınırlı değildir. Konu başlığının kapsamlı olması nedeniyle bu bağlamda diğer eleştirileri sadece saymak suretiyle şu şekilde sıralayabiliriz⁶⁶;

- Katılımcı demokrasiyi güçlendirmek
- Seçmenin daha mobilize olmasını sağlamak
- Seçim görevlilerinin hatalarını asgari düzeye indirmek
- Çevreyi korumak

⁶² Epstein, "Internet Voting, Security, and Privacy", 894-897.

⁶³ Epstein, "Internet Voting, Security, and Privacy", 897.

⁶⁴ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 125.

⁶⁵ <https://eci.gov.in/ebooks/eci-atlas/index.html#p=19>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁶⁶ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 129-136.; Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", 112-114.

- Genç seçmenlerin seçimlere ilgi duymasını sağlamak
- Oy verme sürecini kırtasiyecilikten kurtarmak
- Sonuçlara hızlı erişim sağlamak
- Güven problemine neden olmak
- Yazılım sistemleri teknolojilerinde dışa bağımlılık

III. ELEKTRONİK OYLAMA YÖNTEMLERİNE İLİŞKİN DÜNYA PRATİKLERİ

Elektronik seçim uygulamaları tüm tartışmalara rağmen, teknolojik gelişmelerle uyumlu biçimde dünya çapında kabul görmeye devam etmektedir. Günümüzde elektronik oylama yöntemlerinin; Avustralya, Kanada, Estonya, Fransa, Hollanda, Norveç, İspanya, İsviçre, İngiltere, ABD, Namibiya, Finlandiya, Portekiz, Filipinler, Brezilya, Hindistan, Rusya ve Moğolistan ülkelerinde genel ve yerel seçimler ile halkoylamalarında farklı ölçeklerde başarıyla kullanılabilirdiği ifade edilmektedir⁶⁷. Çalışma kapsamında bu ülkeler arasında Amerika Birleşik Devletleri ve Estonya pratiklerinin ele alınmasında yarar görülmektedir.

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde seçimler ulusal ve yerel olmak üzere iki düzeyde gerçekleştirilmektedir. Bir yandan Başkan, Başkan Yardımcısı, Senato ve Temsilciler Meclisi seçimleri diğer yandan eyaletler nezdinde yasama ve yürütme organları seçimleri yapılmaktadır. Bu seçimler elli eyalet, özel statüdeki beş bölge⁶⁸ ve Columbia Bölgesi (District of Columbia) olmak üzere yaklaşık 180.000 seçim bölgesinde⁶⁹ teknik olarak eyaletlerin yönetimi ve denetimi altında gerçekleştirilmektedir⁷⁰.

ABD'de elektronik oylama yöntemleri, teknoloji kullanımındaki farklılıklara paralel olarak eyaletler arasında çeşitlilik göstermektedir. Günümüzde kullanılan elektronik oylama yöntemlerinin ilki, seçmenin tercihini doğrudan kaydeden (DRE) elektronik oylama makinasıdır. DRE, seçmenin oyunu bir ekrana dokunarak kullandığı bir makinadır⁷¹. Seçmen tarafından etkinleştirilebilen mekanik

⁶⁷ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 137-138.

⁶⁸ Özel statüdeki bölgeler; American Samoa, Guam, Northern Mariana Island, Porto Riko ve Virgin Island'dır.

⁶⁹ Samuel Baltz, Alexander Agadjanian, Declan Chin, John Curiel, Kevin DeLuca, James Dunham, Jennifer Miranda, Connor Halloran Phillips, Annabel Uhlman, Cameron Wimpy, Marcos Zárate, Charles Stewart, "American Election Results at The Precinct Level": 1, <https://www.nature.com/articles/s41597-022-01745-0>. Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

⁷⁰ Aydın, Dünya'da ve Türkiye'de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, 203.

⁷¹ Davide Balzarotti, Greg Banks, Marco Cova, Viktoria Felmetzger, Richard Kemmerer, William Robertson, Fredrik Valeur, and Giovanni Vigna, "An Experience in Testing the Security of Real-world Electronic Voting Systems": 5. <http://seclab.nu/static/publications/tse2010voting.pdf>. Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

veya elektro-optik bileşenlerle sağlanan bir oy pusulası aracılığıyla oylar kaydedilmektedir. Oy pusulası ve oylama verileri bir bilgisayar programı aracılığıyla kaydedilerek işlenmektedir. 1996 seçimlerinde kayıtlı seçmenlerin %7,7'si bu yöntemi tercih ederken, 2004 yılına gelindiğinde tercih edilme oranı %28,9'a ulaşmıştır⁷². 2020 seçimlerinde ise en az bir seçim bölgesinde elektronik oylama cihazlarını kullandığını bildiren eyaletlerde DRE yöntemi %16,1 oranında kullanılmıştır⁷³.

Elektronik oylama yöntemlerinin ikincisi, seçmen onaylı kâğıt denetim izi ile donatılmış DRE'dir. Bu yöntem diğer bir ifadeyle, VVPAT (Seçmen Onaylı Kâğıt Denetim İzi) ile donatılmış doğrudan kayıt yapan elektronik oylama makinası olarak adlandırılmaktadır. Bu yöntemde, VVPAT yazıcı DRE'ye bağlı olduğundan seçmenin tercihi kâğıt tabanlı olarak kaydedilmektedir. Seçmenin oyunu doğru kullanıldığını doğrulamasına imkân tanıyan bir yöntemdir. Ayrıca olası seçim hileleri ile suiistimallerini tespit etmeye yarayan da bir yöntemdir. Kullanılan oyların elektronik sonuçlarını denetlemeye imkân tanımak üzere tasarlanmış bağımsız bir doğrulama sistemidir. 2020 seçimlerinde en az bir seçim bölgesinde elektronik oylama cihazlarını kullandığını bildiren eyaletlerde bu yöntemin %35,7 oranında kullanıldığı görülmektedir.

Üçüncü elektronik oylama yöntemi, Oy İşaretleme Cihazları Ballot Marking Devices (BMD) olarak bilinen ve seçmenlerin tercihlerini elektronik olarak yapmasına imkân tanıyan bir yöntemdir. Seçmen tercihinin yapıldıktan sonra bu tercihin okunabilmesine imkân tanıyan bir kâğıt oy pusulası üretmesine olanak tanır. Oyları doğrudan bilgisayar belleğine kaydeden DRE'lerin aksine, BMD'ler seçmen tercihlerini kaydetmezler⁷⁴. 2020 seçimlerinde ise en az bir seçim bölgesinde elektronik oylama cihazlarını kullandığını bildiren eyaletlerde bu yöntemin %80,4 oranında kullanıldığı görülmektedir⁷⁵. Bu yöntem, 2020 seçimlerinde Optik Tarama Oy Pusulalarından sonra en çok tercih edilen elektronik oylama yöntemi durumundadır.

ABD'de kullanılan elektronik oylama yöntemlerinden dördüncüsü, optik taramalı oy pusulaları veya optik tarayıcılar ile engelli seçmenler de dâhil olmak üzere seçmenlere oy pusulaları üzerinde özel ve bağımsız olarak işaretleme imkânı sağlayan elektronik bir cihazdır. Bu yöntemi kullanan seçmenler, oy pusulalarındaki her seçim için bir oval kutucuğu, bir oku veya bir kutuyu doldurmak suretiyle tercihlerini gerçekleştirmektedirler. Oy pusulaları daha sonra oy verme yerinde elle beslenen optik tarayıcılarda taranır veya elle beslenen veya yüksek

⁷² https://en.wikipedia.org/wiki/DRE_voting_machine Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

⁷³ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 24.

⁷⁴ Voting Equipment, <https://verifiedvoting.org/votingequipment/> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

⁷⁵ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 24.

hızlı toplu beslemeli optik tarayıcılarda merkezi bir yerde taranmak üzere bir sandıkta toplanmaktadır⁷⁶.

ABD’de kullanılan elektronik oylama yöntemlerinden beşincisi, Delikli Kart Makineleri (Punch Card Machines)’dir. Bu yöntemde seçmen tercihini sert bir kâğıt parçası üzerindeki belirli noktalara açılan delikler aracılığıyla yapabilmektedir. Seçmen oyunu kullandıktan sonra oy pusulasını bir sandığa atabileceği gibi seçim bölgesindeki bir bilgisayar çizelgesine de aktarabilmektedir. Bu yöntem 2000’li yıllarda çok revaçta olan bir elektronik oylama yöntemi olmasına karşın bugün tercih edilmeyen, hatta yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 2014 yılından bu yana kullanılmayan bir yöntemdir⁷⁷.

ABD’de kullanılan elektronik oylama yöntemlerinden sonuncusu Kaldıraçlı Oylama Makineleridir. Bu yöntemde bir kolun çevrilmesi yöntemiyle seçmen tercihini kullanmaktadır. Seçmen kontrol işleminin ardından oyları sayan büyük kolu çekerek oy kullanımını tamamlamaktadır.

ABD’de seçmenlerin oyunu kullanabilmesine imkân tanıyan elektronik oylama yöntemlerinin sayıca çokluğu ve farklı şekilde uygulanmaları, seçimlerin adil ve dürüst bir biçimde yapılması noktasında farklı sorunları da beraberinde getirmektedir. Ülkenin eyaletlere bölünmüş yapısı da bu sorunların körüklenmesine neden olmaktadır. 2000’li yıllarda çok revaçta olan oylama yöntemlerinden bazılarının bugün hiç tercih edilmiyor olması, seçimlerde kullanılan elektronik oylama yöntemlerinde yeni arayışları da beraberinde getirmektedir. Özellikle son yıllarda Covid-19 Pandemisinin ortaya çıkardığı zorluklar da göz önüne alındığında, ülke genelinde demokrasinin kesintisiz biçimde uygulanabilmesi adına internet tabanlı oylama yöntemlerinin geliştirilmesi ve uygulanması gibi beklentilerin karşılanmasında önemli rol oynayacaktır. Şayet internet tabanlı oy verme yöntemleri geliştirilebilmiş ve ülke genelinde uygulanabilme imkânı kazanmış olabilseydi insanlar buldukları yerden kişisel cihazları aracılığıyla demokratik katılım sağlayabileceklerdi. Her ne kadar bu dönemde mektup yoluyla oy kullanma şeklinde alternatif bir seçim modeli kullanılmış olsa da, bu yöntemde sorunların yaşanmasına çözüm olamamış ve beraberinde bir takım yeni sorunlar getirmiştir.

ABD’de seçmen kaydının yapılmasına ilişkin yöntemler ve bu yöntemlere dair süreçler, Kuzey Dakota eyaleti hariç, büyük ölçüde eyaletler tarafından belirlenmektedir. Federal seçimler için oluşturulacak seçim kayıtları, 1993 yılında kanunla getirilen zorunluluk gereği Ulusal Posta Seçmen Kayıt Formu üzerinden kabul edilerek oluşturulmaktadır. Eyalet düzeyinde gerçekleştirilen seçimler bakımından ise eyaletler kendi seçmen kayıt gereksinimlerini belirlemek hususunda özgür hareket etmek suretiyle çeşitli kayıt yöntemleri kullanmaktadır. Bu bağ-

⁷⁶ Voting Equipment, <https://verifiedvoting.org/votingequipment/> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

⁷⁷ Voting Equipment, <https://verifiedvoting.org/votingequipment/> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

lamda; yerel seçim ofisinde kâğıt formları kullanmak, genellikle ehliyet başvurusu ile bağlantılı olarak Eyalet Motorlu Taşıtlar Departmanına kayıt olmak, kamu hizmeti sunan diğer devlet kurumlarında kâğıt form kullanmak, kamu yardım ofisi kayıtları, silahlı kuvvetler işe alım kayıtları⁷⁸ ve bir siyasi parti veya sivil toplum kuruluşu aracılığıyla kayıt olmak gibi yöntemler bütün eyaletler tarafından kullanılmaktadır⁷⁹.

Federal düzeydeki 2020 seçimleri için 228.004.364 seçmen yukarıda ifade edilen kayıt yöntemleriyle belirlenmiştir. Ancak kayıtlı seçmenlerden 18.523.963'ü aktif seçmen olarak kabul edilmeyerek seçimlerde oy kullanamamıştır. Bu rakamlar, 2020 Başkanlık seçimlerine katılan seçmen sayısının, 2016 Başkanlık seçimlerine göre %6,5 artış gösterdiği anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle kayıt yaptıran seçmenlerin %91,9'u seçimlerde oy kullanma hakkını elde ederken, %9.1'i ise elde edememiştir⁸⁰.

2014'den 2016 yılına kadar gerçekleştirilen seçmen kayıtlarının %32,7'si eyalet motorlu taşıtlar departmanlarınca, yüzde 12,2'si yerel seçim bürolarında, yüzde 2,1'i de diğer devlet kurumları tarafından yapılmıştır. Covid-19 pandemisi döneminde ise seçmen kayıtlarının pandemiye yönelik tedbirler kapsamındaki kısıtlamalardan olumsuz etkilendiği görülmektedir. Bu anlamda motorlu taşıtlar departmanları da dâhil olmak üzere birçok kamu kurumunun uzun süre kapalı kalmasından kaynaklı olarak kayıtlı seçmenlerin %47'si 2016 yılında kullandığı kayıt yöntemlerini kullanamamıştır. Kamu kurumlarının kapalı olması karşısında özellikle kâğıt tabanlı seçmen kayıt sürecini zorunlu tutan eyaletlerde, süreç siyasi partiler ve sivil toplum kuruluşları tarafından büyük ölçüde yüz yüze etkileşim yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır⁸¹.

2016 Başkanlık Seçimi ve akabinde gerçekleştirilen 2018 Ara Seçimi ile 2020 Başkanlık Seçimlerinde seçmen kayıtlarının oluşturulmasında ilk sırayı daha önceki seçimlerde olduğu gibi motorlu taşıtlar departmanlarınca tutulan kayıtların aldığı görülmektedir. Şöyle ki; 2016 Başkanlık Seçiminde %33,7 oranında tercih edilen bu yöntem, 2018 seçimleri için ise %44,9 oranla daha fazla tercih edilmiştir. Bu yöntemin dışında en çok tercih edilen yöntem ise çevrimiçi kayıttır. 2016 seçimlerinde %21,5 olarak tercih edilen yöntem, 2018 seçimlerinde %16,1 oranında tercih edilmiştir. Seçmenlerin posta, fax ya da e-mail yoluyla seçmen

⁷⁸ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 120.

⁷⁹ Kate Sullivan, "Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020", International Institute for Democracy and Electoral Assistance: 9, <https://www.idea.int/sites/default/files/impact-of-covid-19-on-the-2020-us-presidential-election.pdf> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

⁸⁰ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 127,

⁸¹ Sullivan, "Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020", 9.

kaydının oluşturulmasına yönelik tercihleri, 2016 Başkanlık seçimlerinde %17,6; 2018 ara seçimlerinde %11,3 olarak gerçekleşmiştir. Yüz yüze kayıt yönteminin seçmenler tarafından zaman geçtikçe tercih edilmediği gözlemlenmektedir. 2016 Başkanlık seçimlerinde %13,5 olan oranın 2018 ara seçimlerinde %9'a gerilediği görülmektedir. Diğer yöntemlerin tercih edilmesi noktasında ise seçmen tercihlerinin düşük oranlarda kaldığı görülmektedir. 2016 Başkanlık seçimlerinde %15,5 oranında tercih söz konusu iken, 2018 ara seçimlerinde %13,6 oranında gerçekleşmiştir⁸².

Covid- 19 pandemisiyle mücadele tedbirlerinin etkin olarak uygulandığı döneme rastlayan 2020 Başkanlık Seçimlerinde, seçmen kayıtlarının oluşturulmasında kullanılan en yaygın yöntem, %39,3 ile yine motorlu taşıtlar departmanlarınınca tutulan kayıtlar olmuştur. Bu yöntemi sırasıyla; %28,2 ile çevrimiçi kayıt, %12,9 ile posta yoluyla kayıt, %8,3 ile yüz yüze, %2,2 ile kayıt işlemleri, %1,6 ile kamu yardım ofisi kayıtları ve %0,1 ile de silahlı kuvvetler işe alım kayıtları izlemiştir. Görüleceği üzere çevrimiçi kayıt 2016 yılından bu yana tercih edilen ikinci en popüler seçmen kayıt belirleme yöntemidir⁸³. Özellikle 2020 Başkanlık Seçimlerinde %28,2 oranında tercih edilmesi, pandemi koşullarının etkisiyle de olsa; seçimler ve halk oylamaları açısından kilit öneme sahip seçmen kayıtlarının, olağan dönemlerde olduğu gibi olağanüstü dönemlerde de demokrasinin sürdürülebilirliğine hizmet edebilecek yöntemlerle belirlenmesi gerektiğini gözler önüne sermektedir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için de özellikle teknolojik gelişmelerin seçmen kayıtlarındaki etkinliği artırılarak internet tabanlı teknolojilerden yararlanma yoluna gidilmelidir. Diğer bir ifadeyle seçmen kütüklerinin ve seçmen listelerinin elektronik ortama aktararak her yıl sürekli biçimde güncellenmesi yoluna gidilmelidir. Covid-19 pandemisi ve benzer olağanüstü dönemlere münhasır kalmamak kaydıyla, zaman içerisinde alt yapı ve teknik imkânların sağlanmasıyla birlikte ülke genelinde güvenilir internet tabanlı elektronik oylama yöntemine geçilmesi, değiştiğimiz sorunların yaşanmasını tümüyle ortadan kaldıracaktır.

ABD'de Covid-19 Pandemisi için öngörülen tedbirlere takılan yüz yüze etkileşim çabaları istenilen sonucu vermeyince, kırk eyalette kâğıt tabanlı seçmen kaydının yanı sıra çevrimiçi kayıt imkânı sunulmuştur. Çevrimiçi kayıt imkânından ancak sürücü belgesi ve kimlik kartı bulunan seçmenler faydalanabilmişlerdir. Özellikle bir seçmen eyalette daha önce hiç oy kullanmamışsa ya da eyalet tarafından verilmiş bir kimlik kartına sahip değilse çevrimiçi kayıt imkânından faydalanamayacaktır. Buna ek olarak 2020 yılında tartışmaya konu olan kimlik belgesi düzenleme imkânına sahip olmayan kamu kurumlarının var-

⁸² Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 121.

⁸³ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 119-120.

lığı ve bir başka kimlik belgesi olarak kabul edilen pasaportların işlenmesindeki gecikmeler de seçmen kaydının oluşturulmasının önündeki engelleri daha da artırmıştır⁸⁴.

Seçmen kaydının oluşturulmasında yirmi bir eyalet ile Columbia Bölgesinde seçmenlere seçim günü kayıt yaptırmak suretiyle oy kullanma imkânı tanınmıştır. Ancak seçmenler oy kullanacakları eyalette ikamet ettiklerini fotoğraflı kimlik kartlarıyla ispat etmek durumuyla karşı karşıya kalmışlardır. Pandemi kısıtlamaları kapsamında kimlik belgelerinin vatandaşlara verilmesinde gecikmeler yaşanması nedeniyle seçmenlerin oy kullanmasının önündeki engeller tam manasıyla ortadan kaldırılamamıştır⁸⁵.

ABD’de seçim kanunlarında gerçekleştirilen değişikliklerin uygulanması; dünya genelinde yaygın olarak kabul gören, “değişikliklerin bir yıl içerisinde gerçekleştirilecek seçimlere uygulanmaması” standardından farklı olarak, seçim gününden bir gün önce hatta seçim gününde dahi seçim bürolarında, erken oy verme merkezlerinde ya da geleneksel oylama merkezlerinde uygulanmaktadır⁸⁶. “Aynı Gün Kayıt” ya da “Seçim Günü Kaydı” (Same-Day Voter Registration) olarak tanımlanan bu yöntemde seçmen, seçim günü ya da erken oylama esnasında kayıt yaptırarak oyunu kullanabilmektedir. Seçim günü kayıt yöntemi, ABD’de eyaletlerin tümünde uygulanan bir yöntem olmadığı gibi bütün seçimler için uygulanan bir yöntem de değildir. Örneğin, Alaska ve Rhode Island eyaletlerinde sadece ABD Başkanı ve Başkan Yardımcısı seçimleri için bu yöntem öngörülürken, Kuzey Carolina’da vatandaşlığa kabul nedeniyle oy kullanma hakkı kazananlar veya bir cezaya mahkûmiyet neticesinde infazın tamamlanmasından sonra oy hakkını geri alan vatandaşlar hakkında öngörülmüştür. 2020 seçimlerinde yirmi bir eyalet, seçmenlerin seçim günü oy kullanmak için kaydolanmasına izin verirken, on iki eyalet erken oylamanın başlangıcı ile seçmen kaydının kapanışı arasındaki kısıtlı süre boyunca izin vermiştir. Bunların dışında 20 eyalet yüz yüze erken oylama sırasında, dört eyalet ise ancak çok özel durumlarda SDR yöntemini benimsemiştir. 2020 seçimlerinde daha önce farklı gerekçelerle seçmen kaydını yaptırmayan 1.634.346 seçmen seçim günü ve erken oylama esnasında SDR yöntemiyle oy kullanmıştır. Bu sayı, SDR yöntemini kabul eden eyaletlerin toplam seçmen kayıtlarının %3,5’ini oluşturmaktadır⁸⁷.

⁸⁴ Sullivan, “Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020”, 9-10.

⁸⁵ Sullivan, “Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020”, 10.

⁸⁶ Sullivan, “Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020”, 8-10.

⁸⁷ Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020), 122-123.

B. ESTONYA PRATIĞİ

1991 yılında bağımsızlığını kazanmasının ardından teknolojik gelişmelere büyük yatırım yapmış bir ülke olan Estonya, beraberinde önemli e-strateji hamleleri gerçekleştirerek günümüz Avrupası'nın en gelişmiş e-toplumu olma yolunda ciddi mesafe almıştır. Estonya, Ulusal Parlamento (Riigikogu) seçimleri için geleneksel oylama yönteminin yanı sıra, elektronik oylama yöntemine de fırsat tanıyan ilk ve tek ülkedir. 2004 yılında başlayan pilot uygulamayı, 2005 yılındaki yerel seçimlerdeki uygulamalar takip etmiştir⁸⁸. Nihayetinde Estonya Mart 2007'de parlamento seçimlerinde internet üzerinden oylama yöntemini ulusal düzeyde kullanan ilk ülke olmuştur⁸⁹. Akabinde 2009, 2011, 2013, 2015, 2017 ve 2019 yıllarında gerçekleştirilen yerel yönetimler seçimleri ile genel seçimlerde de internet üzerinde oylama yöntemi artan oranda kullanılmıştır. Estonya'nın oylama sisteminin bu denli güçlü olması, ulusal kimlik kartı altyapısının yaygınlığı ve şifreleme imkânlarının kapsamlı olmasından kaynaklanmaktadır. Estonya'nın benzersiz sistemi, vatandaşlarına doğrulanmış erişim sağlamak için dijital kimlik kartıyla neredeyse tüm kamu hizmetlerine çevrimiçi erişim imkânı vermektedir. Farklı bilgi sistemleri, X-Road adı verilen güvenli bir internet tabanlı veri alış-verişi katmanı ile birbirine bağlanır. Tüm veriler, Estonya hükümeti tarafından işletilen ve hem Estonya hem de Lüksemburg'da bulunan sunucularda saklanmaktadır⁹⁰.

Genel ve yerel seçimlerin yanı sıra 2014 ve 2019 yıllarında gerçekleştirilen Avrupa Parlamentosu Seçimlerinde de internet üzerinden oylama yöntemi ilk kez kullanılmıştır⁹¹. Estonya'da bugün kullanılan oyların üçte biri internet üzerinden oylama yöntemiyle kullanılmaktadır. Uygulanmakta olan internet üzerinden oylama yöntemi 2017 yerel seçimleri ile tamamlanmış ve yeni elektronik oylama çerçevesine⁹² göre geliştirilmiştir⁹³. Estonya seçmeni, 17 Ekim 2021 tarihinde gerçekleştirilen Belediye Meclisi Seçimlerinde de seçim haftası boyunca 6 gün süreyle diğer bir ifadeyle 16 Ekim akşamı saat 20:00'ye kadar internet üzerinden tercihte bulunabilmiştir. Estonya'da internet üzerinden oylama seçim haftasının

⁸⁸ Pamela A. Stone, "Electronic Ballot Boxes: Legal Obstacles to Voting Over the internet", *McGeorge Law Review*, 29(4), (1998): 145.; Magdalena Musical-Karg, "Is Electronic Voting Panacea for Low Election Turnout: Examples of Estonian E-Elections and Swiss E-Referendums", *Polish Political Science Yearbook*, 41, (2012): 435.; Mount, "Innovations in Internet Voting Systems": 703.

⁸⁹ Barbara Simons, "Why Internet Voting is Dangerous", *Georgetown Law Technology Review*, 4(2), (2020): 549.

⁹⁰ Mount, "Innovations in Internet Voting Systems", 703-704.

⁹¹ Stone, "Electronic Ballot Boxes: Legal Obstacles to Voting Over the internet", 146; <https://www.valimised.ee/en/archive/statistics-about-internet-voting-estonia>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁹² <https://www.valimised.ee/sites/default/files/uploads/eng/IVXV-UK-1.0-eng.pdf>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁹³ <https://www.valimised.ee/en/internet-voting/more-about-ivoting/introduction-i-voting>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

ilk günü olan Pazartesi sabah 9’da başlayıp cumartesi akşamı 20’de sona ermektedir. İnternet üzerinden oy kullanabilmek için her seçmenin güvenli internet bağlantısı olan bir bilgisayara ve okuyucusu bulunan kimlik kartına veya mobil kimliğe sahip olması gerekmektedir. İnternet üzerinden oylama yönteminde seçmenin kararını oylama haftasının son günü olan cumartesi akşamı saat 20:00’ye kadar değiştirme imkânına sahiptir.

2021 yılından itibaren internet üzerinden oyunu kullanan seçmenler, seçim günü olan Pazar günü bir sandıkta oy pusulası ile oy kullanarak oylarını değiştirebilirler. Bu durumda geleneksel yöntemle kullanılan oylar geçerli sayılacaktır⁹⁴. Oy kullanma yaşının 18 olduğu Estonya’da yerel yönetim konseyi seçimlerinde 16 ve 17 yaşındaki vatandaşlarında oy kullanma hakları bulunmaktadır. Gençlerin demokratik katılım sürecine müdahil olmasını amaçlayan kısmi düzenlemede, teknoloji ile teması daha yoğun olan genç seçmenin oy kullanırken internet üzerinden oylama yöntemini kullanacağı aşikârdır⁹⁵.

Estonya’da elektronik seçim yöntemlerinin kullanılması sadece oylama faaliyetleriyle sınırlı değildir. 2021 yılından itibaren artık seçmen listeleri elektronik olarak düzenlenmiş ve kâğıt tabanlı seçim yönetimi faaliyeti terkedilmiştir. Bu anlamda ilk uygulama 17 Ekim 2021 tarihinde yapılan yerel seçimlerde uygulanmıştır. Elektronik seçmen listesiyle beraber seçmen belirli bir oylama yerine bağlı olmadan bir şehrin seçim çevresindeki herhangi bir oy verme bölgesinde oyunu kullanabilmektedir. Bu düzenlemeyle seçmen oyunu kullanacağı yeri belirleme noktasına özgürlüğe kavuşmuştur⁹⁶.

Oy hakkı olan her Estonyalıya, oylama yazılımında kullanıldığında kimlik doğrulama, şifreleme ve dijital imzaları kolaylaştıran bir elektronik ulusal kimlik veya mobil kimlik verilir. Seçmen, belirlenen oy haftasında istediği bir zaman diliminde bilgisayarına bağlanarak oylama yazılımını indirir ve dijital kimliğini kart okuyucuya takar. Seçmen oyunu kullandıktan sonra bir toplayıcı program oyu doğrular ve sayım için anonim hale getirilmek üzere bir işlemci programına gönderir. Daha sonra bir düzenleyici program özel bir anahtar kullanarak oyların sayım ve dökümünü yapar. Seçmenler oylarının doğru kaydedilip saklandığını ve sayıldığını daha sonradan denetleyebilir⁹⁷.

Estonya’da internet üzerinden oylamanın bu denli başarılı olmasının altında dört temel unsur yatmaktadır. Bunlar, yaygın internet ağının varlığı, yasal düzenlemelerin varlığı, seçmenin dijital kimlik doğrulamasına izin veren teknik altyapının varlığı ve destekleyici siyasi kültürün var olması biçiminde sıralaya-

⁹⁴ <https://www.valimised.ee/en/internet-voting-estonia>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁹⁵ <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/right-vote>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁹⁶ <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/list-voters>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.

⁹⁷ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 704.

biliriz⁹⁸. Bu unsurların da yardımıyla internet üzerinden oylama Estonya’da oldukça popüler bir yöntem haline almıştır. Şöyle ki, 2019 yılında gerçekleştirilen Avrupa Parlamentosu Seçimlerinde neredeyse her iki seçmenden biri (%46,7) oyunu internet üzerinden kullanmıştır⁹⁹. Popüler olmakla beraber bu yöntem yeterince şeffaf olmadığı ve güvenlik sorunlarına sahip olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Güvenli oy kullanmayı amaçlayan programların devletin servis sağlayıcıları üzerinden yönetilmesi ve dijital kimlik alt yapısının kurulum ve bakım maliyetlerinin pahalıya mal olması bu eleştirilerin başında gelmektedir. Bu eleştiriler karşısında ise dijital kimlik doğrulama sistemine yatırım yapmanın seçim usulsüzlüklerini ortadan kaldıracağı ve denetleme faaliyetleri için personel gereksinimi gibi maliyetleri azaltabileceği öne sürülmektedir¹⁰⁰.

2007 Nisanında Estonya, bazı durumlarda haftalar süren ve kaynağının Rusya olduğu ileri sürülen siber saldırılara uğramıştır. 2014 yılında bağımsız seçim güvenlik uzmanları tarafından gerçekleştirilen incelemeler sonucunda, daha ciddi tehditlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Buna göre gerek devletler seviyesinde gerek sistem yöneticileri gerekse de içerden siber saldırılar yoluyla gelebilecek olumsuz müdahaleler neticesinde oylama faaliyetini aksatma, oyları değiştirme ve sonuçların doğruluğunu manipüle etmek suretiyle sisteme müdahale edilebileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca internet üzerinden yapılan bir seçimin sonuçlarını doğrulamak mümkün olmadığı için, seçimde hile olup olmadığını belirlemenin de mümkün olmayacağı anlaşılmıştır¹⁰¹.

Estonya’nın genel ve yerel seçimler ile halkoylamalarına ilişkin olarak seçimlerin yönetimi anlamında bütünüyle elektronik ortama geçmiş ve internet üzerinden elektronik oylama yöntemini klasik seçim yönteminin yanı sıra bütün seçmenlerine sunuyor olmasıdır. Seçimlerin yönetimi kapsamında önemli bir yer tutan seçim kütükleri ve seçmen listeleri tamamen elektronik hüviyete kavuşmuştur. Böylelikle kırtasiyecilik olarak şikâyet edilen kâğıt kullanımı bütünüyle ortadan kaldırılmıştır.

SONUÇ

Klasik seçim yöntemi, seçmen tercihinin demokratik sürece katılımını somutlaştıran kadim bir seçim uygulaması olarak süregelmektedir. Tarihsel süreç içerisinde, teknolojik gelişmelere koşut olarak klasik seçim yöntemine diğer bir ifadeyle kâğıtla oylama yöntemine alternatif olarak geliştirilen bir takım elektronik oylama yöntemleri zamanla uygulanma imkanı bulmuştur.

⁹⁸ Dinçer, E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması, 146.

⁹⁹ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 704.

¹⁰⁰ Mount, “Innovations in Internet Voting Systems”, 704-705.

¹⁰¹ Simons, “Why Internet Voting is Dangerous”, 550.

Klasik oylama yöntemine alternatif geliştirilen elektronik oylama yöntemlerin 1869 yılından bu yana teknolojinin gelişmişlik düzeyiyle doğru orantılı olarak seçmenin tercihini kullanmasında araç olarak kullanılmıştır. ABD Kongre oylamaları için geliştirilen Electronic Vote-Recorder olarak bilinen dar kapsamlı uygulamadan, günümüzde ülke çapında uygulama imkânı bulan internet üzerinden oylama yöntemine kadar ki süreçte birçok elektronik oylama yöntemi seçmenin tercihinin somutlaştırılmasında önemli rol oynamıştır. Klasik seçim yöntemine alternatif elektronik oylama yöntemleri uygulama kazandıkları ilk dönemlerinde büyük ilgi görürken, kimi elektronik oylama yöntemleri ise zaman içerisinde, örneğin 2000 ve 2004 ABD Başkanlık Seçimi seçimlerinde kullanılan Lever Makineleri ve Delikli Kart uygulamasında olduğu gibi, seçmenin ilgisini yitirmiştir.

Gerek klasik seçim yönteminin gerekse ona alternatif elektronik oylama yöntemlerinin ana gayesi seçim sonuçlarının seçmen iradesiyle örtüşecek biçimde ortaya çıkmasını sağlamaktır. Klasik seçim yöntemine alternatif elektronik oylama yöntemlerinin her biriyle karşılaştırılmasında birbirlerine karşı avantaj ve dezavantajlarının olduğunu görmekteyiz. Bu avantaj ve dezavantajların varlığı, söz konusu seçim yönteminin tercih edilmesinde önemli rol oynamaktadır. Teknolojik gelişmelerin bu denli mesafe kat ettiği özellikle de yapay zekâ teknolojilerinin uygulanma alanlarının bu denli genişlemesine rağmen, seçmenin siyasi tercihini kullanırken eski alışkanlıklarından vazgeçmek istememesi, klasik seçim yönteminde oy verme işlemine ilişkin sürecin tamamen seçmenin kontrolünde olması gibi nedenler seçmenin hala klasik seçim yöntemiyle oy kullanmasının nedenleri arasında gösterilmektedir.

Seçmenin klasik seçim yöntemindeki ısrarının zaman içerisinde değiştiği yadsınamaz da bir gerçektir. Bugün özellikle elektronik oylama yöntemlerinin gelişerek yaygınlık kazandığını dünya pratiklerinden gözlemlemekteyiz. Bu bağlamda Estonya seçim pratiğinde, sadece seçmenlerin oylarını kullanmaları aşamasına münhasır olarak değil, seçim faaliyetlerinin bütününe yönelik olarak elektronik tabanlı seçim sistemlerinin uygulandığını görmekteyiz.

Klasik seçim yönteminin; oy kullanma alanlarında ve özellikle de tutanak birleştirilmeleri esnasında kolayca manipüle edilmeye elverişli olması, kâğıt kullanımı sebebiyle ülke ekonomisine getirdiği mali yük, çevreye olan olumsuz etkisi, seçmen dikkatsizliği ve bilgisizliği neticesinde değerlendirilmeye alınmayan geçersiz oyların varlığına kapı aralaması gibi nedenlerle elektronik oylama yöntemleri karşısında dezavantajlı konumu sebebiyle zaman içerisinde terkedildiğini görmekteyiz. Elektronik oylama yöntemlerinin ise iç ve dış müdahalelere imkân veren güvenlik açıklarına müsait olması, seçmenin oyunu güven duygusu içinde kullanamadığı gibi eleştirilere maruz kalmaktadır.

Elektronik oylama yöntemlerine yöneltilecek olumsuz eleştirilere rağmen her geçen gün bu yöntemlerin daha da geniş ölçüde uygulama imkânı kazandığını

görmekteyiz. ABD, Brezilya, Hindistan, Rusya, Finlandiya ve Portekiz gibi ülkelerde çeşitli ölçeklerde elektronik oylama yöntemleri tercih edilmek suretiyle uygulanmaktadır. Şöyle ki, bir kısım devletler klasik seçim yönteminin yanı sıra elektronik oylama yöntemlerini önce pilot uygulamalar şeklinde genel ve yerel seçimlerde küçük ölçekte uygularken, bir kısım devletler de elektronik oylama yöntemlerini yine klasik seçim yönteminin yanı sıra büyük ölçekte kullanmaktadır. Türkiye seçim pratiği açısından bakıldığında ise seçimlerin yönetimi kapsamındaki faaliyetlerin elektronik tabanlı teknolojiler kullanılmak suretiyle yürütüldüğünü görmekteyiz. Seçmenlerin siyasi tercihlerini yapma aşamasında ise halen klasik oylama yöntemi kullanılmaktadır. Türkiye de yakın bir gelecekte elektronik oylama yöntemlerinden kendine en uygun olanını teknik alt yapısını oluşturmak suretiyle, dünya pratiklerinde uygulandığı haliyle önce yerel seçimlerde pilot uygulamalar, sonrasında ise genel seçimlerde uygulanmak suretiyle ülkedeki bütün seçimlerde uygulanacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aydın, Nizamettin. *Dünya’da ve Türkiye’de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, Bursa: Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2021.
- Baltz, Samuel; Agadjanian, Alexander; Chin, Declan; Curiel, John; DeLuca, Kevin; Dunham, James; Miranda, Jennifer; Phillips, Connor Halloran; Uhlman, Annabel; Wimpy, Cameron; Zárate, Marcos and Stewart, Charles. “American Election Results at The Precinct Level”. <https://www.nature.com/articles/s41597-022-01745-0>. Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.
- Balzarotti, Davide; Banks, Greg; Cova, Marco; Felmetzger, Viktoria; Kemmerer, Richard; Robertson, William; Valeur, Fredrik and Vigna, Giovanni. “An Experience in Testing the Security of Real-world Electronic Voting Systems”. <http://seclab.nu/static/publications/tse2010voting.pdf>. Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.
- Börekeçi, Eşref Barış. “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, İzmir, Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/62365/899918>.
- Breedon, Kimberly; Bryant, A. Christoper. “Counting the Votes: Electronic Voting Irregularities, Election Integrity, and Public Corruption”. *University of Memphis Law Review*, 49(4), 2019.
- Breindl, Yana; Pascal, Françq. “Can Web 2.0 Applications Save E-democracy? A Study of How New Internet Applications May Enhance Citizen Participation in the Political Procepp Online”. *International Journal of Electronic Democracy*, Vol. 1, Iss. 1, 2008.
- Clarkson, Elizabeth. “Audits of Paper Records to Verify Electronic Voting Machine Tabulated Results”. *Kansas Journal of Law & Public Policy*, 25(3), 2016.
- Çetinkaya, Deniz; Çetinkaya, Orhan. “E-Seçim Uygulamaları için Gereksinimler ve Tasarım İlkeleri”. inet-tr’06 - XI. “Türkiye’de İnternet” Konferansı Bildirileri 21-23 Aralık 2006. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, 2006.
- Diñer, Selçuk. *E- Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması*. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2020.
- Election Administration and Voting Survey 2020 Comprehensive Report, A Report from the U.S. Election Assistance Commission to the 117th Congress, (2020). https://www.eac.gov/sites/default/files/document_library/files/2020_EAVS_Report_Final_508c.pdf Erişim Tarihi: 20. Ekim, 20, 2022.
- Epstein, Jeremy. “Internet Voting, Security, and Privacy”. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 19(4), 2011.
- Ersöz, Selva. “İnternet ve Demokrasinin Geleceği”. *Selçuk İletişim*, 3 (4), 122, Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/178014>.
- Fischer, E. “Election Reform and Electronic Voting Systems (DREs): Analysis of Security Issues”. 2003. <https://eci.gov.in/ebooks/eci-atlas/index.html#p=19>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022. https://en.wikipedia.org/wiki/DRE_voting_machine Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

- <https://sonuc.ysk.gov.tr/sorgu>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/archive/statistics-about-internet-voting-estonia>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/list-voters>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/right-vote>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/estonian-elections-nutshell/voting-election-day/voting-election-day>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/internet-voting/more-about-ivoting/introduction-i-voting>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/en/internet-voting-estonia>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- <https://www.valimised.ee/sites/default/files/uploads/eng/IVXV-UK-1.0-eng.pdf>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- Kaghazchi, Negin. *Apex Teknolojisi Yardımıyla Bir Elektronik Seçim Uygulaması Gerçeklenmesi*. Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Matematik-Bilgisayar Anabilim Dalı Bilgi Teknolojileri Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- King-Hang K., Wang; Subrota, Mondal; Ki, Chan; Xiaoheng, Xie. "A Review of Contemporary E-voting: Requirements, Technology, Systems and Usability". *Data Science and Pattern Recognition*, Vol. 1, Iss. 1, 2017.
- Malempati, Suman. "The Elections Clause Obligates Congress to Enact Federal Plan to Secure U.S. Elections Against Foreign Cyberattacks". *Emory Law Journal*, 70(2), 2020.
- Miller, Birian J. "The Right to Participate, The Right to Know, and Electronic Voting in Montana". *Montana Law Review*, 69(2), 2008.
- Mount, Michelle. "Innovations in İnternet Voting Systems". *Georgetown Law Technology Review*, 4(2), 2020.
- Musical-Karg, Magdalena. "Is Electronic Voting Panacea for Low Election Turnout: Examples of Estonian E-Elections and Swiss E-Referendums". *Polish Political Science Yearbook*, 41, 2012.
- Salman, Halis. *Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi*. Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Silhavy, Radek; Silhavy, Petr. "Internet Voting". *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2(2), 2008.
- Simons, Barbara. "Why Internet Voting is Dangerous". *Georgetown Law Technology Review*, 4(2), 2020.
- Stone, Pamela A.. "Electronic Ballot Boxes: Legal Obstacles to Voting Over the internet". *McGeorge Law Review*, 29(4), 1998.
- Sullivan Kate. "Impact of COVID-19 on the 2020 US presidential election Case Study, 20 November 2020", *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, <https://www.idea.int/sites/default/files/impact-of-covid-19-on-the-2020-us-presidential-election.pdf> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

- Telciler, Coşkun. “Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri”. *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5(2), 2017, İstanbul, s. 108, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/560151>, Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2022.
- Tokaji, Daniel P. “The paperless chase: Electronic Voting and Democratic Values”. *Fordham Law Review*, 73(4), 2005.
- Voting Equipment, <https://verifiedvoting.org/votingequipment/> Erişim Tarihi: Kasım, 20, 2022.

ACİL ÇAĞRI MERKEZLERİ ARACILIĞIYLA SUÇ İHBARI YAPILMASI^(*)

Dr. Enver KAŞLI^(**)

Öz

Yangın, kaza, yaralanma, suç gibi olaylar yaşandığında zarar görenler acil yardıma ihtiyaç duyabilmektedir. Doğrudan zarar gören kişiler veya acil durumdan haberdar olan üçüncü kişilerin, ilgili kamu kurumlarından teknolojik haberleşme sistemlerini kullanarak yardım talep etmesi acil çağrı olarak adlandırılmaktadır. Ülkemizde kolluk, sağlık ve itfaiye gibi derhal müdahale gerektiren kamu hizmetlerine hızlı ve kolay erişim sağlamak için kullanılan acil çağrılar, valiliklere bağlı acil çağrı merkezlerinden yönetilmektedir. Acil çağrı hizmetleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumayı hedeflediği gibi bu hizmetler, çok sayıda kişiye zarar verebilecek olayların önlenmesine de katkı sağlayabilmektedir. Acil çağrı merkezlerine yapılan taleplerin önemli bir kısmını, kolluğu ilgilendiren suç ihbarları oluşturmaktadır. Buna ek olarak acil çağrıların tek merkezden yönetildiğinden dolayı yangın, kaza, afet gibi suç dışında kalan idare hukuku kapsamında kalan idari kolluk faaliyetleriyle ve kamu hizmetleriyle ilgili acil durumlar için de ihbar yapılabilmektedir. Suç ihbarları dahil tüm ihbarların tek merkezden aynı usule göre yönetilmesi durumunda suç ihbarına ilişkin temel hükümlere aykırılık oluşturabileceği değerlendirilmektedir. Bu çalışmada öğretilere ele alınmamış olan acil çağrı merkezlerinde suç ihbarıyla ilgili yapılan işlemler, adli kolluk faaliyetlerine ilişkin temel hükümler açısından incelenmiş olup suç ihbarlarıyla ilgili gözetilmesi gereken özel durumlar beş konuda ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Acil Çağrı, Suç İhbarı, Adli Kolluk, İdari Kolluk, 112, 155.

CRIME REPORTING VIA EMERGENCY CALL CENTER

Abstract

In the events such as fire, accident, injury or crime, the injured may need urgent help. The request for help by technological communication systems from the relevant institutions is called an emergency call. Emergency calls, which are used to provide quick and easy access to public services that require immediate intervention. While emergency call services aim to protect fundamental rights and freedoms of individuals, these services can also contribute to prevention of events that may harm many people. An important part of requests made to emergency call centers(ECC) consists of crime reports concerning law enforcement. In addition, since emergency calls are managed from a single center, notifications can also be made for emergencies related to public services that fall under the scope of administrative law. It is considered that if all reports, including crime reports, are managed from an ECC according to same procedure, it may constitute a violation of basic provisions regarding crime reporting. In this study, procedures regarding crime reporting in ECC, which were not covered in the doctrine, were examined in terms of the basic provisions regarding judicial law enforcement activities, and the special cases to be observed regarding crime reports were discussed in five subjects.

Keywords

Emergency Call, Crime Reporting, Judicial Police, Administrative Police, 112, 155.

^(*) Makalenin Dergiye Geleş Tarihi: 27.07.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.10.2022,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1149734.

^(**) Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Doktoru, Ankara Emniyet Müdürlüğü / Ankara-Türkiye.
E-posta: kaslienver@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7738-1233>.



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

Extended Abstract

In the event of events such as fire, accident, injury or crime, those who are injured may need urgent help. The request for help by directly injured persons or third parties who are aware of the emergency using technological communication systems from the relevant public institutions is called an emergency call. Emergency calls, which are used to provide quick and easy access to public services that require immediate intervention, such as law enforcement, health and fire brigade, are managed from emergency call centers affiliated to governorates. Emergency call numbers such as 155 used by the Police, 156 used by the Gendarmerie, 110 used by the Fire Brigade and emergency call numbers of other institutions (110, 122, 177, 178) are combined into the 112 Emergency Service call number used in Europe. emergency calls may concern the mandate of more than one institution. While emergency call services aim to protect the fundamental rights and freedoms of individuals, these services can also contribute to the prevention of events that may harm a large number of people. An important part of the requests made to emergency call centers consists of crime reports concerning the law enforcement. The focus of law enforcement activities is public order and crime. Law enforcement activities are also divided into administrative and judicial law enforcement, and administrative law enforcement is carried out for the purpose of protecting public order and crime prevention, while judicial law enforcement is law enforcement activities carried out in relation to a committed crime. In addition, since emergency calls are managed from a single center, notifications can also be made for emergencies related to administrative law enforcement activities and public services, which are within the scope of administrative law, such as fire, accident, disaster, etc. It is considered that if all reports, including crime reports, are managed from a single center according to the same procedure, it may constitute a violation of the basic provisions regarding crime reporting. Reporting a crime through Emergency Call Center(ECC) is implemented as a new model. In the functioning of the ECC, the reporting of a crime and the notifications related to other public services are seen as the same. However, although the actions to be taken regarding a crime report are subject to different provisions than other public services, reporting a crime through an emergency call center has not yet been discussed in the doctrine.

There are call receivers and call forwarding personnel in these centers. When the emergency call line is called, the calls are answered by the call recipients. The call-receiving staff is the first person to meet the call at the ECC. There are personnel from police, gendarmerie, coast guard, health directorate, fire brigade, forest directorate, nature protection and national parks directorate, disaster and emergency directorate and other institutions deemed appropriate by the governorship in ECC operating under the governorships. The personnel of the ECC, called call routers, consist of experts who forward the calls transferred by the call recipients within the means of their own institution and ensure the necessary coordination with other institutions. Call receivers or call routers can terminate calls that are considered not urgent in the operation of ECC. Since call recipients are not law enforcement personnel, these personnel must forward the report to the law enforcement without taking any action regarding the crime report. Therefore, it is considered that it is not possible for call recipients to terminate calls regarding crime reports. If the crime report has not been made to the prosecutor's office, the law enforcement is obliged to notify the prosecutor's office. Since it is an easy, fast and simple method to reach ECC, opening an investigation about all crime reports made through emergency calls will increase the workload of the prosecutor's office tens of times. The use of technology in crime reporting is important in terms of liability law and criminal procedure. The identity of the whistleblower may be important, as the report of a crime entails legal, administrative or criminal liability and the witnessing of the person making the whistleblower may be needed during the investigation/prosecution phase. In the event of an emergency call, it is very important to obtain data that can identify the person reporting the crime, especially regarding the use of technological methods. A significant portion of the calls to ECC consist of informational calls, issues that do not concern law enforcement, such as private law disputes, or unfounded calls. In case of unfounded calls, the proper use of public resources is prevented, the workload of public institutions increases and it becomes difficult to reach people who really need urgent help. False emergency calls pose a significant problem for law enforcement in many parts of the world.

GİRİŞ

Toplum hayatındaki ve teknolojiadaki değişimler, yeni kamu hizmetlerine ihtiyaç oluşturduğu gibi mevcut kamu hizmetlerini de dönüştürebilmektedir. Ülkemizde kolluk, sağlık ve itfaiye gibi derhal müdahale gerektiren kamu hizmetlerine hızlı ve kolay erişim, haberleşme teknolojisinin gelişimine uygun olarak 1980'lerden günümüze aşama aşama gelişen acil çağrı merkezleri aracılığıyla sağlanabilmektedir. Türk kamu yönetiminde acil yardım sağlayan kurumların teşkilatlanması birbirinden bağımsız olduğundan dolayı bu kurumlara telefon veya diğer teknik yöntemler(mobil uygulama, e-mail vb.) kullanılarak ulaşılan acil çağrı merkezleri birbirinden bağımsızken acil çağrıyla ilgili kurumların koordinasyonunu sağlamak amacıyla tek merkezden yönetim amacıyla 112 Acil Çağrı Merkezi Müdürlükleri¹ kurulmuştur.

Polis tarafından kullanılan 155, Jandarma tarafından kullanılan 156, İtfaiye tarafından kullanılan 110 gibi acil çağrı numaraları ile ilgili diğer kurumların(110, 122, 177, 178) acil çağrı numaraları Avrupa'da da kullanılan 112 Acil Servis çağrı numarasında birleştirildiğinden dolayı AÇM'lere yapılan acil çağrılar birden fazla kurumun görev alanını ilgilendirebilmektedir.² Acil çağrı merkezlerine yapılan taleplerin önemli bir kısmını, kolluğu ilgilendiren suç ihbarları oluşturmaktadır. AÇM'lerde polis, jandarma, sahil güvenlik, orman muhafaza gibi kolluk personelleri görevlendirilmesine rağmen bu merkezler kuruluş yönüyle valiliklere bağlı olup genel veya özel kolluk teşkilatları içinde yer almamaktadır.³

Acil çağrı numaralarının tek numarada birleştirilmesi acil durum içinde bulunan kişilerin, farklı kurumlara ait numaraların akılda tutulması ihtiyacını ortadan kaldırdığı gibi yapılan ihbarın kurumu ilgilendirmediğinden dolayı başka kurumlara yönlendirmeyi de önleyerek zaman ve kaynak tasarrufuna katkı sağlayabilmektedir. Bu birleşme, bir tarafta kamu hizmetinde etkinliğin artırılmasını amaçlarken diğer taraftan idarenin faaliyetleri açısından mevcut kanuni düzenlemelerin uyumluluğunu incelemek gerekmektedir. İdarenin faaliyetleri kamu hizmetleri ve kolluk faaliyetleri olarak iki temel başlıkta incelenmektedir ve bu faaliyetler ayrı düzenlemelere tabidir. Kamu hizmeti faaliyetlerinde toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına öncelik verilirken kolluk faaliyetlerinin tanımı ve kamu düzeninin sağlanması önem taşımaktadır. Kolluk geniş ve kapsamlı bir kavramdır.⁴ Kolluk faaliyetlerinin odak noktasında kamu düzeni ve suç bulunmaktadır. Kolluk faaliyetleri de kendi içinde idari ve adli kolluk olarak ayrılmak-

¹ 112 Acil Çağrı Merkezi Müdürlükleri, AÇM olarak kısaltılacaktır.

² "Hakkımızda", Acil Çağrı Merkezi, Erişim Tarihi: Aralık 30, 2021, <https://www.112.gov.tr/hakkimizda>; Ali Ekşi, *Kamu Hizmetinden Yararlanma Hakkı Çerçevesinde Acil Çağrı Merkezlerinin Yönetimi*(Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yüksek Lisans Tezi, 2010), 102-110.

³ Benzer değerlendirme için bkz. YCGK, 16.10.2018, E. 2015/86, K. 2018/434.

⁴ Turgut Tan ve Bahar Bayazit, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 371.

ta olup idari kolluk, kamu düzenini koruma ve suç önleme amaçlı yürütülürken adli kolluk, işlenmiş bir suçla ilgili yürütülen kolluk faaliyetleridir.⁵

Ceza muhakemesi hukuku alanında hazırlanmış çalışmalarda ihbarla alakalı kısımlarda temel olarak başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)⁶ m.158 olmak üzere kanunda ihbarla ilgili diğer maddeler doğrultusunda incelemeler yapılmaktadır. İdare hukuku alanında hazırlanmış çalışmalarda kollukla ilgili kısımlarda idari ve adli kolluk ayırımına önem verilmekte kolluk teşkilatları, kolluk usulleri, kolluk işlemleri gibi konular incelenmektedir. AÇM aracılığıyla suç ihbarı yapılması ise yeni bir model olarak uygulanmaktadır. AÇM işleyişinde suç ihbarı ile diğer kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlar aynı görülmektedir. Oysaki suç ihbarıyla ilgili yapılması gereken işlemler, diğer kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlardan farklı hükümlere tabi olmasına rağmen acil çağrı merkezi aracılığıyla suç ihbarı yapılması öğretide henüz tartışılmamıştır. Bu çalışmada AÇM'lerin görevini düzenleyen mevzuat ve ceza muhakemesi hukukunda ihbara ilişkin hükümler incelenecek olup sırayla acil çağrı kavramı, suç ihbarı yapılması ele alınarak acil çağrı merkezlerinde suç ihbarıyla ilgili yapılan işlemlerin adli kolluk açısından incelenmesi yapılacaktır.

I. ACIL ÇAĞRI KAVRAMI

Yangın, kaza, yaralanma, suç gibi olaylar yaşandığında zarar görenler acil yardıma ihtiyaç duyabilmektedir.⁷ Doğrudan zarar gören kişiler veya acil durumdan haberdar olan üçüncü kişilerin; telefon, mobil uygulama, e-mail ve benzeri yollarla ilgili kamu kurumlarından yardım talep etmesi acil çağrı olarak adlandırılmaktadır. Acil çağrı mevzuatta “kamu düzeni ve güvenliği, kişi sağlığı ve güvenliği, toplum sağlığı, su kaynakları ve sulak alanlar ile doğaya yönelik ani tehditler ve mala yönelik zararları içeren durumlara ilişkin her türlü çağrıyı” ifade etmektedir.⁸

İdare; kamu hizmeti sunarken sınırlı personel, araç ve diğer kaynaklar doğrultusunda hareket edebildiğinden dolayı her an her yerde ambulans, polis, itfaiye gibi araçların ve görevli personelin hazır bulundurulması olağan hayat akışı içinde mümkün değildir. Dolayısıyla acil çağrı, “acil” durumlarda yapılmalıdır. Acil durum, kısıtlı bir süre içinde “derhal” müdahale edilmediği takdirde daha fazla zarar ortaya çıkabilecek durumlardır.⁹ Acil durumlar, göreceli olup hizmet

⁵ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021), 527; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 278.

⁶ 17/12/2004 tarih 25673 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu, 5271 SK(sayıllı kanun) olarak kısaltılacaktır.

⁷ Lorraine Mazerolle, Dennis Rogan, James Frank, Christine Famega ve John E. Eck, *Managing Citizen Calls to the Police: An Assessment of Non-Emergency Call Systems* (National Institute of Justice, 2001), 1.

⁸ 16.05.2014 tarih 29002 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 112 Acil Çağrı Merkezleri Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, AÇMY olarak kısaltılacaktır. AÇMY m.4.

⁹ Ali Ekşi, “Kamu Hizmetinde Etkililik ve Etkinlik Tartışmaları Bağlamında 112 Acil Çağrı Hizmetlerinin Kötüye Kullanımı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 18, S: 3 (2016), 388.

sağlayan kamu kurumlarına göre ve acil yardım talebinde bulunan kişinin kendi değerlendirmesine göre değişebilmektedir. Acil çağrı, kamu hizmetine erişimde başlangıç olmaktadır. Acil çağrının alınıp durumun “acilliği” giderilene kadarki süreç de acil çağrı hizmeti olarak tanımlanmaktadır. Acil çağrı hizmeti, “Acil çağrının alınmasından ilgili kurum ya da kuruluşların acil çağrı hizmetini tamamlamasına kadar geçen sürede verilen sevk ve koordinasyon hizmetini” ifade etmektedir.¹⁰

Acil çağrı hizmetlerini; kişilerin hayat hakkı, sağlık hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri arasında saymak mümkündür.¹¹ Acil çağrı hizmetleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumayı hedeflediği gibi bu hizmetler, çok sayıda kişiye zarar verebilecek olayların önlenmesine de katkı sağlayabilmektedir. Acil çağrı merkezlerine yapılan taleplerin önemli bir kısmını, kolluğu ilgilendiren suç ihbarları oluşturmaktadır. Suç ihbarları açısından bakıldığında acil çağrı, yardım talebi yönüyle dilekçe hakkının suç mağduriyetini bildirme yönüyle hak arama hürriyetinin özel bir görünümüdür.

Acil çağrı yoluyla suç ihbarında bulunmak isteyen kişiler, çoğunlukla suç mağduru veya suça tanık olanlardır. Teknolojik imkanlar doğrultusunda suç mağduru veya tanıklar 112 acil çağrı hattını arayarak, genel kolluk tarafından kullanılan mobil uygulamalardan faydalanarak, SMS veya e-mail yoluyla mesaj göndererek acil çağrı yoluyla suç ihbarında bulunabilmektedir.¹² Acil çağrı yoluyla kolluğa ulaşmak daha hızlı ve kolay olduğu için gerçekte acil olmayan durumlarla ilgili de acil çağrı yapılarak, suç ihbarına ilişkin temel düzenlemeler ihlal edilebilmektedir. Bu noktada suç ihbarıyla ilgili işlemler, adli kolluk faaliyetleri kapsamında kaldığından dolayı idari bir faaliyet olan acil çağrı hizmetlerinin yanı sıra adli kolluk faaliyetleri açısından ihbara ilişkin düzenlemeleri de incelemek gerekir.

II. SUÇ İHBARI YAPILMASI

İhbar, hukukun birçok dalında yaygın olarak kullanılmaktadır. İhbarın yapılmasına ilişkin farklı hukuk dalları açısından ihbarın yapıma şekline ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Sözlükte ihbar; bildirme, haber verme anlamlarına gelmektedir.¹³ Ceza hukuku ve adli kolluk için ihbar, suç ihbarı anlamına gelmektedir, suç duyurusu şeklinde de günlük dilde kullanılabilir.

¹⁰ AÇMY m.4.

¹¹ Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler* 7, S: 27 (2010), 121.

¹² İçişleri Bakanlığı, *2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu*, Erişim Tarihi: Şubat 15 2022, https://www.icisleri.gov.tr/kurumlar/icisleri.gov.tr/lcSite/strateji/OYA/oooyya/oayaoya/2020YILI-IDARE-FAALİYET-RAPORU_10-Mart_kucuk-site-oya.pdf, 22.

¹³ Türk Dil Kurumu, “İhbar”, *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: Ocak 30, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

Suç ihbarı,¹⁴ yetkili makamlara bir suç işlendiğinin bildirilmesidir.¹⁵ Ceza hukukunda ihbar kavramı incelenirken suçun kovuşturulma usulü(takibi şikâyete bağlı suçlar ve resen soruşturulan suçlar ayrımı) dikkate alınarak şikâyet kavramıyla karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. 5271 SK’da ihbar kavramına kanunun birçok hükmünde yer verilmesine rağmen bir terim olarak anlamı açıklanmamıştır. Ceza hukukunu düzenleyen başka bir mevzuatta “ihbar, üçüncü kişiler tarafından ilgili makam veya mercilere olayın yazılı, sözlü veya başka bir suretle bildirilmesini” ifade edecek anlamda tanımlanmaktadır.¹⁶ Anayasa Mahkemesi içtihadında ihbarla ilgili olarak “bir kimsenin suç işlendiğini yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara bildirmesi” denilmektedir.¹⁷ Öğretide de ihbar kavramının farklı tanımlarıyla karşılaşmak mümkündür ve bazı tanımlamalarda şikâyetle olan ilişkisine vurgu yapılmaktadır. Yenisey ve Nuhoğlu’na göre ihbar, “haber verme, suç işlendiğinin, şikâyet biçimindeki bildirimler dışında, açıkça bildirilmesidir”.¹⁸ Özbek ve diğerleri, ihbarı şöyle tanımlamaktadır: “resen soruşturulan bir suçtan haberdar olan kimsenin durumu yetkili makamlara bildirmesidir”.¹⁹ Yurtcan ihbarı, “başka makam ya da kişilerin kovuşturma organlarına suçları bildirmeleridir” şeklinde tanımlamakta, ihbarı kamu makamlarının ve kişilerin ihbarı olarak incelemektedir.²⁰

İhbar, şekle bağlı değildir.²¹ Suç işlendiği izlenimini veren bir hali ihbar yoluyla savcı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla görevlidir.²² Suç ihbarıyla ceza muhakemesi hükümleri devreye girmekte idari kolluk ve adli kolluk faaliyetleri birbirinden ayrılmaktadır. Zira idari kolluk kamu düzenini koruma ve suç önleme amaçlı yürütülürken; adli kolluk işlenmiş bir suçla ilgili yürütülen kolluk faaliyetleridir.²³ Adli kolluk ve idari kolluk ayrımında çeşitli zorluklar bulunmasına rağmen suçla ilgili kolluk faaliyetleri adli kolluk olarak kabul edilmektedir. Acil çağrı merkezlerine yapılan çağrı yoluyla, mobil uygulama üzerinden, sözlü olarak kolluğa veya savcılığa ihbarda bulunmak veya yazılı dilekçe ile suç ihbarında bulunmak fiilleri, suçla ilgili olduğu için hangi yöntemle yapıldığına bakılmaksızın ihbarda bulunmak, hukuki niteliği itibarıyla adli kolluk faaliyetidir.

¹⁴ Bu kısımda suç ihbarı, mağdur tarafından yapılan “şikâyet” kavramını yetkili makamlara suç bildirimi anlamını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁵ Veli Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 185.

¹⁶ 18/01/2013 tarih 28532 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, m.3.

¹⁷ AYM, 21.5.2008, E. 2004/76, K. 2008/108.

¹⁸ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*(İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 11, 2014), 745.

¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 185.

²⁰ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*(Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 426-427.

²¹ Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Ceza Muhakemesi Kanunu*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 1593.

²² 5271 SK m.160.

²³ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 527; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 278.

Suç ihbarı, soruşturma evresinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Suç ihbarı ile suç yetkili makamlar tarafından öğrenilmiş olmaktadır. Soruşturma evresi suç öğrenildiği anda başlamaktadır.²⁴ Suç işlendikten sonra ortaya çıkan başlangıç şüphesi, bir otomobilin kontak anahtarı gibi soruşturma evresi başlamaktadır.²⁵ Suç ihbarının ceza muhakemesinin işleyişindeki öneminden dolayı ihbarın yapılma usulü, ihbarcının korunması ve ödüllendirilmesi gibi konulara ilişkin birçok düzenleme bulunmaktadır.²⁶ Öncelikle suç ihbarının, savcılık veya kolluk makamlarına yapılması gerekir.²⁷ Valilik, kaymakamlık veya mahkemelere yapılan ihbarların da ilgili savcılığa gönderilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde yazılılık ilkesi geçerlidir. İhbarın esas olarak yazılı olması gerekmekte olup tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da ihbar yapmak mümkündür.²⁸ Acil çağrı yoluyla kolluğa ulaşabilmek, demokratik polisliğin köşe taşı olarak kabul edilmektedir. Ülkenin herhangi bir şehriden, ilçesinden veya başka bir yerleşim yerinde yaşayanlar, bir telefon veya uygulama aracılığıyla kolluğa başvurabilmektedir.²⁹

AÇM aracılığıyla suç ihbarı yapılması, yeni bir model olarak uygulanmaktadır. Acil çağrı, bir tür ihbardır.³⁰ Yargıtay kararlarında da acil çağrı hatlarına yapılan bildirimler, suç ihbarı olarak kabul edilmektedir.³¹ Anlaşılacağı üzere ihbar kavramının, hem acil çağrıyı hem de suç ihbarlarını kapsayan daha geniş anlamı bulunmaktadır. Suç ihbarıyla ilgili yapılması gereken işlemler, hukuki nitelikleri itibariyle diğer kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlardan farklı hükümlere tabi olmasına rağmen bu konu ne ceza muhakemesi hukukuyla ne idare hukukuyla ilgili çalışmalarda henüz tartışılmamıştır. Acil çağrı hatlarının tek numarada birleştirilip tek merkezde yönetilmeye başlanmasıyla birlikte acil çağrı yoluyla suç ihba-

²⁴ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 33; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 617.

²⁵ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 298.

²⁶ Enver Kaşlı, *Suç İhbarı*(Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 54-60.

²⁷ 5271 SK m.158; Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir(5271 SK m.158/3).

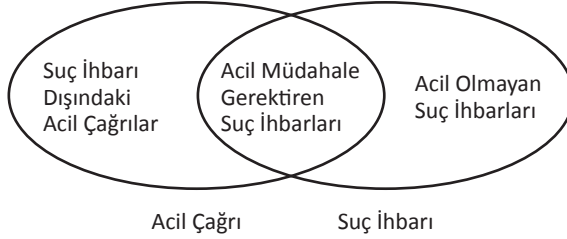
²⁸ 5271 SK m.158.

²⁹ Mazerolle, Rogan, Frank, Famega ve Eck, *Managing Citizen Calls to the Police: An Assessment of Non-Emergency Call Systems*, 1.

³⁰ AÇMY'nin birçok maddesinde acil çağrı yerine ihbar kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. m.6/1-i, m.12/1-ç-4, 14/1-h, 23/2.

³¹ Bkz. Y7.CD, 27.10.2021, E. 2021/7305, K. 2021/13863'de "... 01/09/2013 tarihli ihbar tutanağında saat 20.37'de ... Polis Karakolu imdat telefonunu arayan şahsın tır kasasında samanların arasında kaçak sigara olabileceği ihbarında bulunması üzerine ihbar değerlendirilerek yapılan aramada...", Y2.CD, 20.04.2021, E. 2020/23269, K. 2021/8642'de "... 13/01/2014 tarihli ihbar tutanağına göre, 17:29 sıralarında polis imdat hattının arandığının tespit edildiğinin anlaşılması karşısında...", Y14.CD, 07.09.2020, E. 2020/1253, K. 2020/3349'de "... 24.12.2004 tarihli polis telefon ihbar tutanağında sonradan yapılan adli tahkikatta...", Y8.CD, 12.02.2020, E. 2017/17953, K. 2020/9480'de "... 12.08.2010 tarihli ihbar tutanağında Emniyete ait ... 160 no.lu telefonu arayan isim ve telefon veremeyen erkek sesli şahsın kim olduğunun tespiti, yine ..., ..., ... ve ...'in tanık sıfatıyla beyanları alınarak sanığın kolluktaki beyanında geçen hususların kendilerinden sorulması ile..." denilmektedir.

rının yanı sıra yangın, kaza, afet gibi suç dışında kalan idare hukuku kapsamın-
da kalan kamu hizmetleriyle ilgili acil durumlar için de ihbar yapılabilir. Dolayısıyla hali hazırdaki durumda acil çağrı ile suç ihbarının ortak noktalarıyla birlikte birbirinden farklı hukuki nitelikleri olmasına rağmen AÇM işleyişinde suç ihbarı ile diğer kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlar aynı görülmektedir.



Şekil: Acil Çağrı ve Suç İhbarı İlişkisi

Kaynak: Yazar tarafından oluşturulmuştur.

III. ACİL ÇAĞRI MERKEZLERİNDE SUÇ İHBARIYLA İLGİLİ YAPILAN İŞLEMLERİN ADLİ KOLLUK AÇISINDAN İNCELENMESİ

Teknolojideki gelişmelere bağlı olarak acil çağrı hizmetleri de değişmektedir. Acil yardım hizmeti sağlayan kurumların çağrı merkezleri birleştirilmiş olup acil hizmetlerinin yönetimi, AÇM tarafından yerine getirilmektedir.³² Acil çağrı hattı arandığında aramalar, çağrı alıcılar tarafından karşılanmaktadır. Çağrı alıcı personel, AÇM’de çağrıyı ilk karşılayan personeldir.³³ Çağrı alıcılar, acil çağrıyla ilgili ilk değerlendirmeyi de yapmaktadır. Acil olduğu değerlendirilen çağrılarla ilgili vaka kaydı oluşturularak çağrı yönlendiricilere gönderilirken acil olmadığı değerlendirilen çağrılar sonlandırılmaktadır. Bilgi talebi için yapılan aramalarda da kişileri ilgili kurumlara yönlendirebilmektedir. Çağrı alıcı personel, vaka kaydı oluşturduğu çağrılarla ilgili konum sorgusu yaparak veya arayan kişiye sorarak acil yardımın yapılacağı yeri tespit etmeye çalışmaktadır. Arayan kişinin, ihtiyaç olması durumunda aranabileceği telefon numarası da sorgulanmaktadır.³⁴ Çağrı alıcılar tarafından çağrı, konusuna göre ilgili kurum personellerine (çağrı yönlendiricilere) aktarılmaktadır.

Valiliklere bağlı olarak faaliyet gösteren AÇM’lerde polis, jandarma, sahil güvenlik, sağlık müdürlüğü, itfaiye, orman müdürlüğü, doğa koruma ve milli parklar müdürlüğü, afet ve acil durum müdürlüğü ve valilik tarafından uygun görülen diğer kurumlardan personeller bulunmaktadır.³⁵ Çağrı yönlendirici olarak

³² Muharrem Bukan, *Bir Sosyal Uygulama Olarak 112 Acil Çağrı Merkezi: Yalova İli Örneği* (Yalova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yüksek Lisans Tezi, 2019), 39; Ekşi, *Kamu Hizmetinden Yararlanma Hakkı Çerçevesinde Acil Çağrı Merkezlerinin Yönetimi*, 53-54.

³³ AÇMY m.4.

³⁴ AÇMY m.12.

³⁵ AÇMY m.13.

adlandırılan kurum personelleri, çağrı alıcılar tarafından aktarılan çağrıları kendi kurum imkanları içinde sevk eden ve diğer kurumlarla gerekli koordinasyonu sağlayan uzman kişilerden oluşmaktadır.³⁶ Çağrı yönlendiricinin zaman kaybetmeden çağrıyı karşılayarak kurumu açısından aciliyet değerlendirmesi yapması gerekir. Acil olduğu değerlendirilen olaylarla ilgili gerektiğinde diğer birimlerle de koordineli olarak en uygun ve en yakın yeterli sayıda ekibi olay yerine sevk edilmektedir. Çağrı yönlendiriciler tarafından yapılan işlemler bilgisayar ortamında kayıt altına alınmaktadır.³⁷ Anlaşılacağı üzere acil çağrı yoluyla suç ihbarı alınması işlemleri için çok sayıda kolluk personeli görevlendirilmektedir.³⁸

Suç ihbarlarıyla ilgili çağrı yönlendiricilerin bazı ek görevleri de bulunmaktadır. Kolluk görevlileri sevk ettikleri ekiple ilgili harekete geçme, olay yerine varma ve normale dönme süreleriyle ilgili verileri kaydetmekle, ekip hareketlerini araç takip sistemlerinden faydalanarak takip etmekle görevlidir. Ayrıca olay yerini gören izleme kameraları bulunması halinde bu görüntüleri paylaşabilmektedir.³⁹

Acil çağrı teknolojilerindeki gelişmeler, bir yönüyle ihbar usullerini etkilemiştir. Teknolojik imkanlara başvurulmayan durumlarda, suç ihbarında bulunacak kişinin kolluk veya savcılığa giderek yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak beyanda bulunması gerekmektedir. Oysaki hali hazırda mobil uygulama indirilerek bir tıklama ile acil yardım talebinde bulunarak suç ihbarı yapılabilmektedir.⁴⁰ Acil çağrı alan kolluk görevlileri, bir yönüyle yardım talebinde bulunan kişilerin ilk temas noktası olmaktadır.⁴¹ Acil durumlarda derhal müdahale edilmesi zararı ve tehlikeyi önleyeceğinden dolayı kolay, basit ve hızlı bir şekilde ihbar yapılmasına imkan veren yeniliklerin kamu düzenine olumlu katkı sağladığını söylemek mümkündür.

Suç önleme amaçlı yürütülen kolluk faaliyetlerine idari kolluk; işlenmiş bir suçla ilgili yürütülen kolluk faaliyetlerine adli kolluk denilmektedir.⁴² Adli ve idari kolluk faaliyetleri ayrımı teorik bir ayrım olmayıp uygulama açısından birçok önemli sonucu bulunmaktadır. Savcının kolluğa emir verebilmesi, kolluk yetkilerinde uyulması gereken usul, kolluk personeli hakkında yapılacak soruşturmalarda izin usulünün uygulanıp uygulanmayacağı bu ayrımın bazı önemli sonuçları arasındadır. Acil çağrı yoluyla yapılan suç ihbarına ilişkin işlemlerin

³⁶ AÇMY m.4.

³⁷ AÇMY m.14.

³⁸ Matthew P. J. Ashby, "Changes in Police Calls for Service During the Early Months of the 2020 Coronavirus Pandemic", *Policing* 14, S: 4 (2020), 1055.

³⁹ AÇMY m.15.

⁴⁰ İçişleri Bakanlığı, *2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu*, 22.

⁴¹ Natalie Wade ve Alice Macpherson, *Call Taking Basics for Emergency Services-Police Communications*(Kwantlen Polytechnic University KORA: Kwantlen Open Resource Access, 2016), 1.

⁴² Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 278.

hukuki niteliği adli kolluk faaliyetidir, kolluğu ilgilendiren diğer ihbarlara ilişkin işlemlerin hukuki niteliği idari kolluk faaliyetidir, kolluk dışındaki birimlere ilişkin işlemlerin hukuki niteliği kamu hizmetidir. Belirtilen işlemlerin hukuki nitelikleri birbirinden farklı olmasına rağmen AÇM işleyişinde suç ihbarı ile diğer ihbarların aynı düzenlemelere göre yürütüldüğü görülmektedir.

Suç ihbarıyla ilgili yapılması gereken işlemleri düzenleyen hükümler, idari kolluk faaliyetleri ve diğer kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlardan farklı olmasına rağmen tüm ihbarların tek merkezden aynı usule göre işletilmesi öğretide henüz tartışılmamıştır. Suç ihbarıyla alakalı kanuni düzenlemeler ile AÇM işleyişini düzenleyen hükümler; **i**-acil olmayan suç ihbarlarına ilişkin çağrılar sonlandırılması, **ii**-acil çağrı yoluyla yapılan suç ihbarlarıyla ilgili işlemlerin savcılığa bildirilmesi, **iii**-ihbar alma usullerinde teknolojinin kullanılması, **iv**-asılsız çağrı yapanların sorumluluğu ve **v**-ihbara ilişkin verilerin saklanma süresi, olarak beş konuda incelenecektir.

A. ACİL OLMAYAN SUÇ İHBARLARINA İLİŞKİN ÇAĞRILARIN SONLANDIRILMASI

AÇM işleyişinde çağrı alıcılar veya çağrı yönlendiriciler, acil olmadığı değerlendirilen çağrılar sonlandırabilmektedir.⁴³ Çağrı alıcılar, kolluk personeli olmadığı için bu personelin suç ihbarıyla ilgili herhangi bir işlem yapmadan ihbarı, kolluğa iletmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çağrı alıcıların suç ihbarlarına ilişkin çağrılar sonlandırma işlemi yapmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Suç ihbarları ile ilgili ilk işlemlerin, kolluk personeli olan çağrı yönlendiriciler tarafından yapılması gerekir.

Çağrı yönlendirici personelin, kolluk personeli olması suç ihbarlarına ilişkin çağrılar acil olmadığı için sonlandırma yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir. Bir suçla ilgili bildirim içeren çağrıların konusu acil müdahale gerektirsin veya gerektirmesin “suç ihbarı” niteliğinin ortadan kalkmadığı açıktır. Başka bir ifadeyle AÇM’yi ilgilendiren yönüyle acil olmasa bile yapılan çağrının suç ihbarı niteliği devam etmektedir. Suç ihbarı kolluğa yapılabilen⁴⁴, kolluk kendisine yapılan suç ihbarını yazılı hale getirerek gerekli tedbirleri alarak durumu savcıya bildirmekle yükümlüdür.⁴⁵ Suç ihbarına ilişkin kanun düzenlemelerine göre AÇM’de görevli kolluk personelinin suç ihbarına ilişkin çağrıyı, sırf acil olmadığı için sonlandırması suç ihbarına ilişkin temel kanuni düzenlemelere göre mümkün olmayıp kolluk personelinin acil olmayan suç ihbarlarını da yazılı hale getirerek savcılığa bildirmesi gerekmektedir.

Acil çağrılar tek merkezde yönetilmeye başlanmasıyla birlikte suç ihbarının yanı sıra yangın, kaza, afet gibi suç dışında kalan idare hukuku kapsamında kalan idari kolluk faaliyetleriyle ve kamu hizmetleriyle ilgili acil durumlar için

⁴³ AÇMY m.12 ve m.14.

⁴⁴ 5271 SK m.158.

⁴⁵ 2559 SK Ek m.6.

yapılan ihbarlarla ilgili yapılacak işlerin idare tarafından düzenlenmesi mümkündür. Nitekim ilgili yönetmelikte yasal dayanak olarak sayılan kanunların⁴⁶ idare hukukuyla ilgili olduğu görülmektedir. Suç ihbarı alınması adli kolluk faaliyeti kapsamında kaldığı için bu işlemlerle ilgili yapılacak işlemlerde adli makamların yetkileri doğmakta, ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

B. ACIL ÇAĞRI YOLUYLA YAPILAN SUÇ İHBARLARIYLA İLGİLİ İŞLEMLERİN SAVCILIĞA BİLDİRİLMESİ

Suç ihbarı, savcılığa yapılmamışsa kolluk kendine yapılan ihbarları savcılığa bildirmekle yükümlüdür. AÇM’lerde görevli kolluk personeli olan çağrı yönlendiriciler, acil olduğu değerlendirilen olaylarla ilgili gerektiğinde diğer birimlerle de koordineli olarak en uygun ve en yakın yeterli sayıda ekibi olay yerine sevk edilmektedir.⁴⁷ Anlaşılacağı üzere uygulamada suç ihbarı alan kolluk personeli ile olay yerine giden kolluk personeli birbirinden farklı kişilerdir. Olay yerine giden ilk ekip ihbarın asıllı veya asılsız olduğuyla ilgili ilk incelemeyi yaptıktan sonra gerçekten suç şüphesinin mevcut olduğu anlaşıldıktan sonra savcılıktan soruşturmaya ilişkin gerekli talimatları almaktadır. Kolluğun bu uygulamasının kanuni dayanağı “Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir” hükmüdür.⁴⁸

Soruşturmaya başlama mecburiyeti ilkesi gereği savcı, ihbar yoluyla bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla görevli olup⁴⁹ suç ihbarıyla ilgili “başlangıç şüphesinin varlığını” değerlendirme yetkisi savcıya aittir.⁵⁰ AÇM’lere acil çağrı yoluyla gelen suç ihbarları, mobil uygulama, e-mail veya başka teknolojik yollarla gelen suç ihbarları dahil tüm suç ihbarları hakkında savcılık değerlendirmesi gerekmektedir. Kolluk tarafından ihbar alınıp ilk işlemin yapılmasıyla birlikte soruşturma evresinin başladığı kabul edilmektedir.⁵¹ Oysaki AÇM’lere ulaşmak kolay, hızlı ve basit bir usul olduğu için acil çağrı yoluyla yapılan tüm suç ihbarları hakkında böyle bir sürecin işletilmesi savcılıklar açısından iş yükünü onlarca kat artırabilecek derecede çok olduğundan dolayı acil çağrı yoluyla yapılan suç ihbarlarının asılsız olduğunun

⁴⁶ AÇMY m.3’de “Bu Yönetmelik, 14/2/1985 tarihli ve 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 28’inci ve 33’üncü maddeleri ile 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır” denilmektedir.

⁴⁷ AÇMY m.14.

⁴⁸ 2559 SK Ek m.6.

⁴⁹ 5271 SK m.160.

⁵⁰ 5271 SK m.2, 160; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 187.

⁵¹ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 36.

anlaşılması veya ihbar konusunun suça ilişkin olmadığı değerlendirilmesi halinde bu ihbarların tümü için ceza muhakemesi hukuku hükümlerine göre soruşturma açılmamakta, kolluk tarafından suç numarası verilmemektedir.

C. İHBAR ALMA USULLERİNDE TEKNOLOJİNİN KULLANILMASININ KANUNİLİĞİ

Teknolojik imkanlara uygun olarak acil çağrı merkezlerine telefon, mobil uygulama, e-call veya panik butonu aracılığıyla suç ihbarında bulunulabilmektedir. Acil çağrı merkezlerine telefon yoluyla ulaşmak için 112 numarası ücretsiz olarak aranabilmekte, akıllı telefonlara yüklenen mobil uygulamalar aracılığıyla acil çağrı yoluyla suç ihbarında bulunabilmekte, e-call sisteminde kaza durumunda araçlarda bulunan acil çağrı sistemi devreye girmekte, sağlık personeli tarafından kendilerine yönelik suç işlenmesi durumunda özel olarak panik butonu uygulaması kullanılabilir.

Acil çağrı hizmetlerinde teknolojinin kullanılması kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korunmasında ve çok sayıda kişiye zarar verebilecek olayların önlenmesinde önemli faydalar sağlayabilmektedir. Bununla birlikte ihbarın yapılma usulüne ilişkin olarak ceza muhakemesinde esas olarak “yazılı” veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabileceği düzenlenmektedir.⁵² Acil durumlarda, derhal müdahale edilmediği takdirde zararın büyüme ihtimali olduğu için hızlı bir şekilde yetkili kolluk birimlerine başvurmanın mümkün olması kamu düzenine sağladığı faydalardan⁵³ ayrı ihbar alma usullerinde teknoloji kullanımının kanunda düzenlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir. İhbarın yazılı veya sözlü yapılmasına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı dönemde acil çağrı yoluyla suç ihbarından bulunmak için bugünkü teknolojik imkanlar olmadığından dolayı kanunlarda güncel düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.

Suç ihbarında teknolojinin kullanılması, sorumluluk hukuku ve ceza muhakemesi işlemleri açısından önem taşımaktadır. Suç ihbarı beraberinde hukuki, idari veya cezai sorumluluk doğurduğu ve ihbarda bulunan kişinin soruşturma/kovuşturma evresinde tanıklığına ihtiyaç olabileceği için ihbar edenin kimliği önem taşıyabilmektedir. Acil çağrı yoluyla suç ihbarı yapılması halinde teknolojik yöntemlerin kullanımıyla ilgili olarak özellikle suç ihbarında bulunan kişinin kimliğini tespit edebilecek verilerin alınması oldukça önemlidir.

D. ASILSIZ ÇAĞRI(İHBAR) YAPANLARIN SORUMLULUĞU

Acil çağrı hatlarını kullanan herkes, acil durumlar için başvurmamaktadır. İhbar hakkı kullanılırken de hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Yapılan her ihbar bir suçun aydınlatılmasına katkı sağlamayı hedeflememekte kişisel intikam, kıskançlık, hoşlanmadığı

⁵² 5271 SK m.158; 2559 SK Ek m.6.

⁵³ Ekşi, “Kamu Hizmetinde Etkililik ve Etkinlik Tartışmaları Bağlamında 112 Acil Çağrı Hizmetlerinin Kötüye Kullanımı”, 388.

bir kişiye eziyet verme gibi kötü niyetli olarak kullanılabilir. Asılsız ihbar, maddi gerçeğe aykırı olarak yapılan ihbardır. Maddi gerçeğe aykırı ihbar; hiç olmaması bir olayın suç olarak ihbarı, hukuka aykırı olan ancak suç olmayan bir olayın suç olarak ihbarı gibi farklı şekillerde ortaya çıkması mümkündür.

AÇM'lere gelen çağrılarının önemli bir kısmı bilgi amaçlı aramalar, özel hukuk uyuşmazlıkları gibi kolluğu ilgilendirmeyen konular veya asılsız çağrılardan oluşmaktadır.⁵⁴ Asılsız çağrı yapılması durumunda kamu kaynaklarının amacına uygun kullanılması engellenmekte, kamu kurumlarının iş yükünü artmakta ve gerçekten acil yardıma ihtiyacı olan kişilere ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Asılsız acil çağrılar, dünyanın birçok yerinde kolluk için önemli bir sorun oluşturmaktadır.⁵⁵

Suç ihbarı genel ve soyut olmamalı, ihbarda fail, mağdur, yer, zaman, suç oluşturan fiil veya durumla alakalı belirli bilgilerin bulunması gerekmektedir.⁵⁶ 112 Acil Çağrı Merkezini asılsız ihbarda bulunmak suretiyle bulunmak suretiyle meşgul etmek bir kabahat olarak düzenlenmektedir.⁵⁷ Kabahat olarak düzenlenen bu fiil, idari kolluk faaliyetleri ve kamu hizmetleriyle ilgili asılsız ihbarlar için uygulanabilir olmasına rağmen suç ihbarıyla ilgili asılsız çağrılarda öncelikle ceza hukuku hükümleri uygulanması gerekmektedir. Kabahatler hukukunda "bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır".⁵⁸ Acil çağrı yoluyla bile yapılırsa maddi gerçeğe aykırı olarak suç ihbarında bulunmak iftira veya suç uydurma suçunu oluşturmaktadır.⁵⁹ Konu ile ilgili olarak çok sayıda Yargıtay kararı bulunmakla⁶⁰

⁵⁴ Wade ve Macpherson, *Call Taking Basics for Emergency Services-Police Communications*, 95; Ashby, "Changes in Police Calls for Service During the Early Months of the 2020 Coronavirus Pandemic", 1055; Ekşi, "Kamu Hizmetinde Etkililik ve Etkinlik Tartışmaları Bağlamında 112 Acil Çağrı Hizmetlerinin Kötüye Kullanımı", 395.

⁵⁵ Mazerolle, Rogan, Frank, Famega ve Eck, *Managing Citizen Calls to the Police: An Assessment of Non-Emergency Call Systems*, 3.

⁵⁶ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*(Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022), 411.

⁵⁷ 31/3/2005 tarih 25772 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kabahatler Kanunu, 5326 SK(sayıllı kanun) olarak kısaltılacaktır. 5326 SK m.42/A.

⁵⁸ 5326 SK m.15.

⁵⁹ 12/10/2004 tarih 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Ceza Kanunu, 5237 SK(sayıllı kanun) olarak kısaltılacaktır. 5237 SK m.267 ve 271.

⁶⁰ Y8.CD, 31.05.2021, E. 2020/11595, K. 2021/15006 "TCK'nın 271. maddesinde düzenlenen suç uydurma suçunun oluşabilmesi için, failin işlenmediğini bildiği bir suçta yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etmesi veya işlenmeyen bir suçun delil ya da emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurması gerekir. Uydurulan suçun atıldığı kişilerin belirlenebilir olması halinde ise, TCK'nın 267. maddesinde düzenlenen iftira suçu oluşur. Oluş, dosya kapsamı ve sanığın beyanları dikkate alındığında, sanığın 155 Polis İmdat Hattı'nı arayarak ... plakalı motosikletinin çalındığı ihbarında bulunması üzerine yapılan araştırmada, sanığın aracı ...'ya, ...'in da ...'ye sattığının anlaşıldığı ve aracı sattığı kişilerin belirlenebilir olması karşısında sanığın eyleminin TCK'nın 267. maddesinde düzenlenen iftira suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi; Yasaya aykırı, ...", Y8.CD, E. 2018/7058, K. 2020/14214'de "... Sanıkların, ailelerinin altınları bozdurması yönündeki baskılarından kurtulmak için, ikametlerinde bulunan altınları saklayıp evdeki eşyaları

birlikte belirtilen suçlar açısından 112 Acil Çağrı Merkezinin işleyişinin tam olarak anlaşılmadığını da söylemek mümkündür.⁶¹

E. İHBARA İLİŞKİN VERİLERİN SAKLANMA SÜRESİ

AÇM işleyişinde suç ihbarlarıyla ilgili gözetilmesi gereken diğer bir husus da ihbara ilişkin verilerin saklanma süresine ilişkindir. AÇM'lerde verilerin saklanma süresiyle ilgili olarak vaka kaydı açılan çağrılar için on yıl, vaka kaydı açılmayan çağrılar için bir yıl süre ile saklanma⁶² yükümlülüğü bulunmaktadır. Suç ihbarı açısından bakıldığında bu sürelerin, ceza hukukunda geçerli dava zamanaşımıyla uyumlu olmadığını söylemek mümkündür. Ceza hukukunda zamanaşımı süresi esas olarak sekiz yıldan otuz yıla kadar değişebilmektedir.⁶³ Acil çağrı yoluyla yapılan suç ihbarında verilerin saklanmasıyla ilgili olarak ihbarın konusuna göre dava zamanaşımı sürelerinin saklama süresinde gözetilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

hırsızlık süsü vermek maksadıyla dağıttıktan sonra 155 polis ihbar hattını arayarak altınların çalındığına dair ihbarda bulunmaları karşısında, unsurları itibarıyla oluşan suç uydurma suçundan mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, Yasaya aykırı", Y8.CD, 02.06.2020, E. 2018/8897, K. 2020/12232'de "... Saniğin, polis merkezini telefonla arayıp mağdurların bulunduğu kahvehanenin açık adresini belirtip, kahvehanede bölücü terör örgütü mensubu şahısların olduğunu, şahısların ... plakalı sarı ticari araçla geldiklerini ve araç içinde uzun namlulu silahların olduğunu ihbar ederek, mağdurların haklarında soruşturma açılmasına, üzerlerinde, araçlarında ve işletmelerinde arama yapılmasına neden olduğu olayda, yetkili makamlara şikayette bulunarak işlemediklerini bildiği halde, haklarında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını sağlamak amacıyla kimlikleri kolayca belirlenebilen mağdurlara hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi karşısında iftira suçundan mahkumiyeti yerine suç vasfından hataya düşülerek yazılı şekilde suç uydurma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, Yasaya aykırı, ..." denilmektedir.

⁶¹ YCGK, 16.10.2018, E. 2015/86, K. 2018/434'de "... İncelenen dosya kapsamından; Kolluk tarafından düzenlenen 27.08.2012 tarihli tutanaklara göre; 26.08.2012 tarihinde 112 Acil Çağrı Merkezine Kastamonu, Doğanıyurt ilçesi, Belkaya mevkiinde dört kişinin yaralandığı bir trafik kazasının meydana geldiğine ilişkin ihbarda bulunulduğu, çağrı merkezi görevlileri tarafından ihbarın bildirildiği Doğanıyurt İlçe Jandarma Komutanlığınca ihbarda belirtilen yere devriye ekibinin gönderildiği, ancak devriye ekibi tarafından yapılan araştırmada ihbara konu kazaya karışan kişilere ya da kazaya dair emareye rastlanmaması ve ihbarı yapan kişinin kullandığı ve 112 Acil Çağrı Merkezi görevlilerince kolluk görevlilerine bildirilen telefon numarası arandığı hâlde telefona cevap verilmemesi üzerine ihbarın asılsız olduğunun anlaşıldığı, 27.08.2012 tarihli Cumhuriyet savcısı görüşme tutanağına göre, kolluk görevlilerince yapılan araştırma sonucunda söz konusu ihbarı yapan kişinin sanık ... olduğunun tespit edildiği anlaşılmaktadır... Saniğin 112 Acil Çağrı Merkezini arayarak dört kişinin yaralandığı bir trafik kazası meydana geldiğine dair gerçeğe aykırı ihbarda bulunduğu ve gereğinin yapılması için çağrı merkezi görevlilerince ihbarın kolluğa bildirilmesi üzerine yapılan araştırmada asılsız olduğunun anlaşıldığı olayda; sanık işlenmediğini bildiği bir suçu işlenmiş gibi ihbar etmiş ise de, 112 Acil Çağrı Merkezinin CMK'nın 158. maddesinin ilk üç fıkrasında sayılan yetkili makamlardan olmadığı, çağrı hizmetlerine ilişkin kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantısı bulunmayan suça konu ihbar yönünden çağrı merkezinin aynı maddenin dördüncü fıkrası açısından da yetkili makam olarak değerlendirilemeyeceği ve ihbarın da doğrudan kolluğa yapılmayıp yetkili makama çağrı merkezince, başka bir ifadeyle dolaylı olarak bildirildiği anlaşıldığından; saniğe atılı suç uydurma suçunun unsurlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir...". Belirtilen kararda 112 Acil Çağrı Merkezinde suç ihbarını almak için kolluk personelinin görevli olduğu hususunun gözetilmemesine bağlı olarak hatalı karar verildiği düşünülmektedir. Bir önceki dipnotta yer alan kararlarda yer verilen ihbar hatları, hali hazırda kolluk teşkilatları bünyesinde olmayıp AÇM'lerde faaliyet göstermektedir.

⁶² AÇMY m.25.

⁶³ 5237 SK m.66.

SONUÇ

Türk kamu yönetiminde acil yardım sağlayan kurumların teşkilatlanması birbirinden bağımsız olduğundan dolayı bu kurumlara haberleşme sistemlerini kullanarak ulaşılan acil çağrı merkezleri birbirinden bağımsızken acil çağrıyla ilgili kurumların koordinasyonunu sağlamak amacıyla tek merkezden yönetim amacıyla 112 Acil Çağrı Merkezi Müdürlükleri kurulmuştur. Acil Çağrı Merkezinde kolluk dahil birçok kamu kurumu bulunduğundan bu merkez tarafından yürütülen faaliyetlerin hukuki niteliği, kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri olarak değişmektedir. Kamu hizmetleri ve kolluk farklı hükümlere tabi olduğu gibi kolluk faaliyetleri de adli ve idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır.

Acil çağrı merkezlerine yapılan taleplerin önemli bir kısmını, kolluğu ilgilendiren suç ihbarları oluşturmaktadır. Suç ihbarlarıyla ilgili yapılan işlemler adli kolluk faaliyeti hükümlerine tabiyken yangın, kaza, afet gibi suç dışında kalan idare hukuku kapsamında kalan kamu hizmetleriyle ilgili acil durumlar için yapılan ihbar, idare hukuku hükümlerine tabidir. Acil çağrı merkezlerin görevini düzenleyen mevzuat ve ceza muhakemesi hukukunda ihbara ilişkin hükümler adli kolluk açısından incelendiğinde ihbar kavramının, yaygın olarak kullanılması terminolojik belirsizliklere yol açabileceği değerlendirilmektedir. AÇM'lerin işleyişinde suç ihbarlarıyla ilgili işlemlerde, idari kolluk ve kamu hizmetleriyle ilgili ihbarlardan farklı olarak aşağıdaki hususların gözetilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır:

- i. Çağrı alıcılar, kolluk personeli olmadığı için bu personelin suç ihbarıyla ilgili herhangi bir işlem yapmadan ihbarı, kolluğa iletmesi ve AÇM'de görevli kolluk personelinin suç ihbarına ilişkin çağrıyla, sırf acil olmadığı için sonlandırma yerine kolluk personelinin acil olmayan suç ihbarlarını da yazılı hale getirerek savcılığa bildirmesi gerekmektedir.
- ii. AÇM'lere acil çağrı yoluyla gelen suç ihbarları, mobil uygulama, e-mail veya başka teknolojik yollarla gelen suç ihbarları dahil tüm suç ihbarları hakkında savcılık değerlendirmesi gerekmektedir.
- iii. İhbarın yazılı veya sözlü yapılmasına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı dönemde acil çağrı yoluyla suç ihbarından bulunmak için bugünkü teknolojik imkanlar olmadığından dolayı kanunlarda teknolojik yöntemler aracılığıyla ihbarda bulunmayla ilgili güncel düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.
- iv. Acil çağrı yoluyla bile yapılırsa maddi gerçeğe aykırı olarak suç ihbarında bulunmak, yürürlükteki mevzuata göre kabahat olarak değil ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerekir.
- v. Acil çağrı yoluyla yapılan suç ihbarında verilerin saklanmasıyla ilgili olarak ihbarın konusuna göre dava zamanaşımı sürelerinin saklama süresinde gözetilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Acil Çağrı Merkezi. “Hakkımızda”, Erişim Tarihi: Aralık 30, 2021, <https://www.112.gov.tr/hakkimizda>.
- Ashby, Matthew P. J. “Changes in Police Calls for Service During the Early Months of the 2020 Coronavirus Pandemic”. *Policing*, 14, S: 4 (2020), 1054-1072.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ekşi, Ali. *Kamu Hizmetinden Yararlanma Hakkı Çerçevesinde Acil Çağrı Merkezlerinin Yönetimi*. Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Ekşi, Ali. “Kamu Hizmetinde Etkililik ve Etkinlik Tartışmaları Bağlamında 112 Acil Çağrı Hizmetlerinin Kötüye Kullanımı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 18, S: 3 (2016), 387-408.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2021.
- İçişleri Bakanlığı. *2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu*, Erişim Tarihi: Şubat 15 2022, https://www.icisleri.gov.tr/kurumlar/icisleri.gov.tr/IcSite/strateji/OYA/oooyya/oyaoya/2020YILI-IDARE-FAALİYET-RAPORU_10-Mart_kucuk-site-oya.pdf.
- Kaşlı, Enver. *Suç İhbarı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Mazerolle, Lorraine; Rogan, Dennis; Frank, James; Christine Famega ve John E. Eck. *Managing Citizen Calls to the Police: An Assessment of Non-Emergency Call Systems*. National Institute of Justice, 2001.
- Özbek, Veli, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tan, Turgut ve Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Türk Dil Kurumu. “İhbar”. *Güncel Türkçe Sözlük*. Erişim Tarihi: Ocak 30, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.
- Wade, Natalie ve Macpherson, Alice. *Call Taking Basics for Emergency Services-Police Communications*. Kwantlen Polytechnic University KORA: Kwantlen Open Resource Access, 2016.
- Yaşar, Osman ve Otacı, Cengiz. *Ceza Muhakemesi Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 11, 2014.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Yüksel, Metin. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklemediği Pozitif Yükümlülükler”. *Uluslararası İlişkiler*, 7, S: 27 (2010), 111-132.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA TESPİT EDİLEN YAPISAL SORUNLARA DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Cem Ümit BEYOĞLU^(**)

Öz

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvurulara ilişkin kararlarda yapısal sorun olarak tespit edilen hususlar açısından yeni hukuki düzenlemeler yapılması, yürürlükteki düzenlemelerin değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı doğabilmektedir. Yapısal sorun kavramını, yürürlükteki hukuki düzenlemelerden veya yerleşik uygulamalardan dolayı gerçekleşen ya da gerçekleşebilecek olan hak ihlalleri sonucunda çok sayıda bireysel başvuru yapılmasının kaynağı niteliğindeki durum şeklinde tarif etmek mümkündür. Sistemik sorun olarak ifade edilen yapısal sorunlardan dolayı bir veya birkaç hak ihlali ve bireysel başvuru değil de çok sayıda hak ihlali ve bireysel başvuru söz konusu olmaktadır. Gerçekleşmiş hak ihlalleri ve bireysel başvuruların yanı sıra muhtemel hak ihlalleri ve bireysel başvurular da bu kapsamda ele alınmaktadır. Yapısal sorunların çözülmesi sonucunda çok sayıda hak ihlali telafi edilebilmekte ve muhtemel hak ihlalleri önlenabilmektedir. Ayrıca bu şekilde benzer başvuruların yeknesak ve seri şekilde telafi edilmesi mümkün olabilmekte ve bu doğrultuda Mahkeme'nin iş yükü azalabilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, yapısal sorundan kaynaklanan birçok başvuruyu tek kararla çözebilmekte ve benzer başvurulara yönelik de çözüm sunabilmektedir.

Mahkeme, tespit etmiş olduğu yapısal sorunların çözümü için etkili olabileceğini öngördüğü önerileri Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirebilmektedir. Mevcut durumda Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda "Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesine" şeklinde hüküm kumaktadır. Bununla beraber Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasama organına çağrı kararı yetkisi bulunmaktadır. Değinen yetkinin Türk Anayasa Mahkemesi'ne tanınması, yapısal sorunların Meclis tarafından çözülmesine katkı sağlayabilecektir. Kanaatimizce Mahkeme tarafından yasama organına gönderilen çağrı kararlarının Meclis gündeminde bir genel görüşme şeklinde ele alınması ve çağrı kararı doğrultusunda ilgili yapısal sorunların çözümüne yönelik gerekli düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır. Her ne kadar mevcut durumda yapısal sorunlar Meclis'e bildirilmekte ise de yasama organına çağrı kararı yetkisinin Türk Anayasa Mahkemesi'ne tanınması, gerek söz konusu yetkinin kullanımının çerçevesi gerekse de yapısal sorunların Meclis tarafından çözülmesi açısından etkili sonuçlar doğurabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Bireysel Başvuru, Yapısal Sorun, Hak İhlalleri, Çağrı Kararı, Pilot Karar.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1168925.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 30. kuruluş yılına ithafen 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında düzenlenecek olan *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sunulan "Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yapısal Sorun Kavramı" isimli tebliğin gelen eleştirisi ve değerlendirmeler doğrultusunda düzeltilmiş ve genişletilmiş versiyonudur.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Antalya-Türkiye.
E-posta: cemumitbeyoglu@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3238-418X>.



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

PROPOSED SOLUTIONS TO THE STRUCTURAL PROBLEMS IDENTIFIED IN CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS OF INDIVIDUAL APPLICATION

Abstract

In terms of issues identified as structural problems in the decisions regarding individual applications given by the Constitutional Court, it is supposed to make new legal regulations, amend or repeal the rules in force. It is possible to define the concept of structural problem as a situation that causes a large number of individual applications as a result of violations of rights that have occurred or may occur due to current legal regulations or situated practices. Because of structural problems, which are also expressed as systemic problems, there are many violations of rights and individual applications, not one or more violations of rights and individual applications. In addition to actual violations of rights and individual applications, possible violations of rights and individual applications are also dealt within this scope. By means of solving structural problems, violations of rights can be compensated and possible violations of rights can be prevented. Also by this way, it is possible to recompense for similar applications by the expedited and uniform resolution, and thus the caseload of the Court can be abated. Therefore, the Court can solve many applications arising from structural problems with a single decision and also offer solutions for similar applications.

The Court can submit the offers which it deems to be effective for the solution of the structural problems it has identified to the Turkish Grand National Assembly. In the current situation, the Court enacts in its decisions as "Submitting the circumstance about the solution of the structural problem to the Turkish Grand National Assembly". Nonetheless German Constitutional Court have the authority to give appeal decision to the legislature. Vesting the aforementioned authority to the Turkish Constitutional Court, will contribute to the resolution of structural problems by the Assembly. As for us, it would be effective to discuss the appeal decisions sent by the Court to the legislature in the form of a general debate on the agenda of the Assembly and to make the necessary legislations for solution of related structural problems in accordance with the appeal decision. Although structural problems are submitted to the Assembly in the current situation, granting the authority of appeal decision to the Turkish Constitutional Court will have effective results in terms of both the content of the use of the authority and the resolution of the structural problem by the Assembly.

Keywords

Individual Application, Structural Problem, Violations of Rights, Appeal Decision, Pilot Judgment.

Extended Abstract

In terms of issues identified as structural problems in the decisions regarding individual applications given by the Constitutional Court, it may be necessary to make new legal regulations, change or abolish the regulations in force. It is possible to describe the concept of structural problem as a situation that causes a large number of individual applications as a result of violations of rights that have occurred or may occur due to current legal regulations or established practices. Due to structural problems, which are also expressed as systemic problems, there are many violations of rights and individual applications, not one or more violations of rights and individual applications. In addition to actual violations of rights and individual applications, possible violations of rights and individual applications are also handled within this scope. As a result of solving structural problems, many rights violations can be compensated and possible violations of rights can be prevented. In addition, in this way, it is possible to quickly compensate for similar applications by the uniform resolution, and accordingly, the workload of the Court can be reduced. Therefore, the Court can resolve many applications arising from structural problems with a single decision and can also offer solutions for similar applications.

The Court identifies structural problems especially in pilot decisions. On the other hand, it makes evaluations about structural problems in the decisions it makes other than the pilot decision. These decisions, which are described as pilot-like or semi-pilot decisions, also deal with structural problems that may lead to a large number of violations of rights or individual applications.

The cases that are developed as a technique to determine the underlying structural problems of similar infringement cases, which are called duplicate, copy, clone cases, and to impose an obligation on the relevant states to

eliminate these problems are called pilot cases. The problems arising from the practices of the executive and judicial organs are expressed as systemic or systemic problems, and the problems arising directly from the law are generally expressed as structural problems. On the other hand, the concept of structural problem can also be used to cover all of them in a broad sense.

Regarding the pilot decision procedure, the Court considers that a violation decision taken only in terms of the concrete case is far from providing real protection for fundamental rights and freedoms, if it is determined that the violation stems from a structural problem and it is understood that this problem causes other applications, in other words, new violations, or if it is foreseen that it may result noted that it will remain. In this context, the Court stated that it could initiate the pilot decision procedure ex officio or upon the request of the Ministry of Justice or the applicant, and that the structural problem should be determined and solutions should be put forward. The Court stated that the most important purpose of the pilot decision procedure is to ensure that the structural problem is corrected by eliminating the source of the violation, as all similar applications are resolved by the administrative authorities instead of resulting in violations. The Court, which has the power to postpone the examination of other applications within a certain period of time to eliminate the structural problem mentioned in the pilot decision and to resolve similar applications, will also decide to inform the relevant parties about the postponement decision. On the other hand, if the structural problem and the applications falling within this scope are not resolved by the relevant authorities within the time period stipulated by the Court, it will now be possible for similar applications to be decided collectively. It is possible to describe the concept of structural problem as a deep-rooted and chronic problem that has a certain degree of importance at the administrative, judicial or legal level, where many similar applications and claims of violations arise.

GİRİŞ

İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında bireysel hak ihlallerinin ötesinde çok sayıda hak ihlalini doğuran sorunların çözümü önemli bir husustur. Yapısal sorun olarak nitelendirilen durumlarda mevzuat hükmü veya idarenin ya da yargı organlarının yerleşik uygulamaları sebebiyle birçok hak ihlalinin ortaya çıkması söz konusudur. Yapısal sorunların çözümü, gerek mevcut hak ihlallerinin telafi edilmesi gerekse muhtemel hak ihlallerinin gerçekleşmeden önlenmesi açısından oldukça önemlidir. Çözümün sağlanması için de yapısal sorunların sebeplerinin tespit edilerek kaynağına ulaşılması gerekmektedir.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gerekse Türk Anayasa Mahkemesi kararları göz önüne alındığında özellikle makul sürede yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlallerine ilişkin yapısal sorunların tespit edildiği söylenebilir. Buna karşın etkili başvuru hakkına ilişkin ihlaller de yapısal sorunların çoğu açısından gündeme gelebilmektedir. Nitekim tüm kamu gücü eylem ve işlemleri açısından etkili bir başvuru mekanizmasının bulunmaması başlı başına önemli bir sorun niteliğindedir. Etkili başvuru yollarının bulunmadığı sistemlerde hiçbir hak ve özgürlüğün korunması mümkün olmamaktadır. Özellikle geniş çaplı siyasi rejim değişiklikleri, savaşlar ve olağanüstü dönem uygulamaları sebebiyle ortaya çıkan yapısal sorunlar, AİHM uygulamasında ele alınmıştır. Buna karşın AİHM tarafından tespit edilen her yapısal sorunun ele alınması, çalışmanın kapsamını oldukça açacağı için Türk Anayasa Mahkemesi uygulamasını ilgilendirdiği ölçüde temel hususlar değerlendirilecektir.

Mevcut durumda Türk Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş beş pilot karar bulunmaktadır. Buna karşın pilot karar niteliğinde olmayan bazı kararlarda da yapısal sorunların ele alınması söz konusu olmuştur. Mahkeme uygulaması kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütlerinden kanunilik ve demokratik toplumun gereklerine ilişkin hususlar ve çözüm önerileri ile ilgili değerlendirmeler önem taşımaktadır. Ayrıca makul sürede yargılanma hakkı ile ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin yapısal sorunlar da Mahkeme'nin pilot kararlarına konu olmuştur. Etkili başvuru hakkına ilişkin yapısal sorunlar ise Mahkeme kararlarında kötü muamele yasağı, ifade ve basın özgürlüğü ve makul sürede yargılanma hakkı ile bağlantılı şekilde ele alınmıştır. Son olarak ise uygulamada evli kadının soyadı sorunu şeklinde adlandırılan konunun da cinsiyet eşitliği ilkesi ışığında değerlendirilmesi ve mülkiyet hakkının ihlaline sebep olan yapısal bir soruna ilişkin Mahkeme kararının incelenmesi gerekmektedir. Mahkeme uygulamasında ortaya konulan söz konusu yapısal sorunlara ilişkin hak ve özgürlükler ile ilgili esaslar, çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde ele alınacaktır.

Türk hukuku açısından ortaya çıkan yapısal sorunların tespiti, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Buna karşın AİHM'nin tespit etmiş olduğu yapısal sorunlar ve sunduğu çözüm önerilerinin Anayasa Mahkemesi açısından yol gösterici olacağına şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHM kararlarında dikkat çekilen hususlar da gerektiği ölçüde ele alınacaktır. Çalışmanın temelde üç bölümden oluşacağını söylemek mümkündür. İlk bölümde yapısal sorun konusunun temelini oluşturması açısından AİHM uygulamasına değinilecektir. Yapısal sorunlara ilişkin temel hususların ardından çalışma kapsamında ikinci bölümde Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapısal sorunlar ile ilgili değerlendirmelerinin ele alınması ve yapısal sorunlara dair çözüm önerilerinin üçüncü bölümde sunulması amaçlanmaktadır. Yapısal sorunlara ilişkin çözüm önerileri bağlamında karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde söz konusu olan yasama organına çağrı kararları yetkisinin temel hatlarıyla ele alınması yararlı olacaktır. Ayrıca TBMM'nin genel görüşme yolu da yapısal sorunların çözümüne ilişkin olarak değerlendirilecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA YAPISAL SORUN KAVRAMI

Yapısal sorunların Türk Anayasa Mahkemesi açısından ele alınması bağlamında öncelikle AİHM uygulamasına değinmek yararlı olacaktır. Nitekim yapısal sorunların ve pilot karar uygulamasının öncelikle AİHM nezdinde ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda öncelikle yapısal soruna ilişkin hususların tarihsel gelişiminin çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde değerlendirilmesi, ardından ise yapısal sorunlarla oldukça ilgili olan pilot karar yöntemine değinmek yerinde olacaktır. AİHM uygulaması açısından son olarak kararlarda tespit edilmiş olan yapısal sorunların değerlendirme konusu yapılması amaçlanmaktadır.

A. YAPISAL SORUN KAVRAMININ TARİHÇESİ

Yapısal sorun¹ kavramının anlaşılması açısından pilot karar türüne değinilmesi önemli bir ihtiyaçtır. Nitekim gerek AİHM gerekse Türk Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında tespit edilen yapısal sorunların büyük bölümü, Mahkemeler tarafından verilen pilot kararlarda ortaya konmuştur. Buna karşın pilot karar dışındaki kararlarda da yapısal sorunlara değinilmesi söz konusu olmuştur. Bu bağlamda AİHM tarafından verilen pilot kararlar, önemli birer kaynak olacaktır.

12 Mayıs 2004 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 2004/3² ve 2004/6³ sayılı kararlarda; AİHM'ne benzer ihlallerin kaynağı olan yapısal sorunların özelliklerinin mümkün olduğunca ortaya konması ve yapısal sorunların çözümü için devletlerin yönlendirilmesi önerilmiştir.⁴ Mahkeme, 2004 yılında vermiş olduğu Broniowski / Polonya kararında ilk olarak pilot karar kavramını kullanmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kaybettikleri mülkiyetlerinin tazmin edilmediğini iddia eden başvuruçularla ilgili söz konusu davada Mahkeme, verdiği kararda 80.000 kişinin sistemli olarak etkilendiğini ve bununla ilgili ayrıca 167 başvurunun bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu sorunun sadece somut olayla sınırlı veya taraf Devletin sorumluluklarını yerine getirmemesiyle ilgili değil, aynı zamanda Sözleşme'nin

¹ AİHM uygulamasında ve doktrinde bazı durumlarda sistemik veya sistematik sorun şeklinde ifade edilen kavramın yeknesak kullanımı ve terminoloji karmaşası yaşanmaması adına çalışma kapsamında yapısal sorun ifadesi tercih edilecektir.

² Council of Europe Committee of Ministers, "Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers" on judgments revealing an underlying systemic problem", Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190.

³ Council of Europe Committee of Ministers, "Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies" Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e.

⁴ Wojciech Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, 9, S 3, (2009): 413; Janneke Gerards, "The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue", Editörler: Patricia Popelier ve Monica Claes, *Constitutional Conversations* içinde, (Antwerp: Intersentia, 2012) 377; Ivanna Ilchenko, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*, (Master Thesis, Central European University, Hungary, 2013), 6; Costas Paraskeva, "Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The 'Pilot Judgment Procedure' Developed by the European Court of Human Rights", *Human Right Law Commentary*, 3, (2003), 7; Ebru Karaman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72, S. 1 (2014): 419; Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, S. 2 (2018): 134; Mehmet Fatih Hüner ve Fatmagül Kale, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Koruma Sisteminde bir 'Geri Adım': 14 No.lu Protokol", Editörler: Yalçın Şahinkaya, Erdal Abdulhakimoğulları ve Mübariz Yolçiyev, *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre* içinde, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012): 347; Leyla Nur Oduncu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü", *İnsan Hakları Yıllığı*, 38, (2020): 86-87.

gelecekteki etkililiği ile de ilgili olduğunu ifade etmiştir.⁵ Buna karşın daha önce verdiği kararlarda yaygın hak ihlallerinin çözümü için kanun değişikliğini de kapsayan geniş çaplı reformların gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁶

Mahkeme Xenides-Arestis / Türkiye davasında ise pilot karardan bahsetmesine rağmen yapısal bir sorun tespiti yapmış ve sorunun giderilmesine yönelik olarak bireysel ve genel tedbirlere hükmetmiştir.⁷ Bireysel tedbirleri genel anlamda kabul edilebilirlik, varsa bireysel hak ihlali tespiti, yargılama giderlerinin karşılanması, tazminat ödenmesi, faiz uygulanması ve adli yardım şeklindeki hususlara ilişkin hükümler şeklinde belirtmek mümkündür. Genel tedbirler ise yapısal sorunlara ilişkin Mahkeme kararlarının ayırt edici özelliği olarak kabul edilmelidir. Nitekim genel tedbirler kapsamında, bireysel hak ihlalleri kararlarından farklı olarak yapısal sorunun çözümü için davalı devletin gerçekleştirilmesi öngörülen tedbirler (mevzuat değişikliği, tazminat komisyonu kurulması, etkili bir iç hukuk yolu oluşturulması vb.), aynı yapısal sorundan kaynaklanan mevcut ve yapılması muhtemel benzer başvuruların ertelenmesi ve başvuruçuların bilgilendirilmesi söz konusu olmaktadır.

Mahkeme tarafından hükmedilen bireysel ve genel tedbirlerin ilgili devlet tarafından yerine getirip getirilmediği Bakanlar Komitesi tarafından takip edilmekte ve Mahkeme'ye bildirilmektedir. Bu bağlamda Komite; bireysel tedbirlerin, yani hükmedilmiş ise gecikme faizleri dahil tazminatın başvuruçuya ödenip ödenmediğini, ihlalin imkan ölçüsünde sona erdirilip erdirilmediğini ve eski halin iadesi için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını denetlemektedir. Yapısal sorunlar açısından ise Komite, benzeri yeni ihlallerin tekrarlanmaması veya devam etmekte olan ihlallere son vermek için gerekli genel önlemlerin (mevzuat, içtihat veya uygulamada gerekli değişikliklerin yapılması, Mahkeme kararının ilgili görevlilere duyurulması vb.) alınıp alınmadığını takip etmekte ve Mahkeme'ye durumu bildirmektedir.⁸

⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 31443/96, §34-37, 188-194, 22.06.2004; Antoine Buyse, "The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", *The Greek Law Journal*, 57, (2009): 1892; Ilchenko, *Pilot Judgment* 30-34; Eline Kindt, *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Light of Procedural Efficiency and Access to Justice*, (PhD Thesis, Ghent University, Belgium, 2018), 3-4; Paraskeva, "Human Rights Protection", 8; Sadurski, "Constitutionalisation", 418.

⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 75529/01, §135-139, 08.06.2006.; AİHM kararı, Başvuru No: 8803/02, 8804/02, 8805/02, 8806/02, 8807/02, 8808/02, 8809/02, 8810/02, 811/02, 8813/02, 8815/02, 8816/02, 8817/02, 8818/02, 8819/02, 29.06.2004; Ilchenko, *Pilot Judgment* 39; Paraskeva, "Human Rights Protection", 12.

⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 46347/99, §37-40, 22.12.2005; Buyse, "Pilot Judgment", 1896; Paraskeva, "Human Rights Protection", 11.

⁸ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 141; Lize Glas, "The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34, S. 1, (2016): 45-46; Kindt, *Pilot Judgment*, 88 vd.

Kıbrıs sorunu ile ilgili olarak Demopoulos ve diğerleri / Türkiye davasına ilişkin Mahkeme'nin pilot kararında öngörüldüğü şekilde Kıbrıs'ta yürürlüğe konan yeni tazminat rejiminin etkili bir iç hukuk yolu sağladığı kabul edilmiştir. Bu karar doğrultusunda AİHM nezdinde Türkiye aleyhine yapılan benzer başvuruların etkili iç hukuk yolu tüketilmemesinden dolayı reddedilmesine karar verilmektedir.⁹ Nitekim Kuzey Kıbrıs'ta mülkiyet hakkı ihlallerinin çözümüne ilişkin olarak kurulan Taşınmaz Mal Komisyonu uygulamasının etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi, Türkiye aleyhine yapılan mülkiyet ihlali başvurularını durdurarak Mahkeme'nin iş yükünün azalmasını sağlayacaktır. Ayrıca söz konusu uygulamanın etkin bir iç hukuk yolu şeklinde kabul edilmesi, Türkiye'nin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasının da bir göstergesi niteliğindedir.¹⁰

AİHM'nin pilot karar yöntemine ihtiyaç duymasının altında yatan en önemli sebeplerden biri iş yüküdür. Özellikle Sovyetlerin ve Yugoslavya'nın dağılması sonrasında kurulan yeni devletlerden dolayı Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısı oldukça artmıştır. Pilot kararlara duyulan ihtiyacın bir diğer önemli sebebi ise Mahkeme'nin kurulma amacı ve ikincilik ilkesidir. Nitekim tüm hak ihlallerinin karara bağlanması yerine hakların korunması ve insan haklarına ilişkin hususların yorumlanması açısından önemli sorunların çözümü Mahkeme'nin temel amacı olarak kabul edilebilir. Bu doğrultuda Mahkeme'nin aynı veya benzer yapısal sorunlardan kaynaklı "mükerrer" başvurulardan ziyade insan hakları ve özgürlüklerinin korunması açısından daha önemli sayılabilecek davalarla ilgilenmesi mümkün olabilecektir.¹¹

B. PİLOT KARAR YÖNTEMİ

Pilot karar kavramı; ulusal düzeydeki işleyiş sorunlarından kaynaklanan "mükerrer" davaların altında yatan yapısal sorunların tespit edilerek ilgili devletlere bu sorunların ortadan kaldırılması konusunda yükümlülük getirme tekniği şeklinde tanımlanabilir.¹² AİHM, pilot kararlar doğrultusunda aynı temel sorunlardan kaynaklanan çok sayıda başvurunun geldiği durumlarda bu başvurulardan bir veya birkaçını öncelikli işleve tabi tutmaktadır. Öncelikle incelenen söz konusu davalarda Mahkeme, sadece bir hak ihlali tespiti yapmakla yetinmemekte, ayrıca ihlal sebebi olan yapısal sorunu ortaya koymakta ve ilgili devlete bu sorunun

⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, §127-129, 01.03.2010.

¹⁰ Said Vakkas Gözlüğü, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 276.

¹¹ Kindt, *Pilot Judgment* 2-3; İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33, S.3-4, (2019): 183-184; Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 136; Oduncu, "Pilot Karar Uygulaması", 90.

¹² "Klon başvurular" şeklindeki kullanım için bkz. Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, (İstanbul: On İki Levha Yayını, 2013), 321.

çözümü için ne tür tedbirlerin alınabileceğine ilişkin yol göstermektedir.¹³ Pilot karar usulünde hükmedilen tedbirlerin gerçekleştirilmesi şartıyla ilgili başvuruların ertelenmesi veya dondurulması söz konusu olmaktadır.¹⁴

Pilot karar yöntemi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün "*Pilot Karar Usulü*" kenar başlıklı 61. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁵ Doktrinde

¹³ Buysse, "Pilot Judgment", 1892; Glas, "Pilot-Judgment", 44; Gerards, "The Pilot Judgment Procedure", 380-381; Dovydas Vitkauskas, ve Grigoriy Dikov, (Çev. Serkan Cengiz), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, (Strazburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü Yayını, 2018), 49; Hüner ve Kale, *14 No.lu Protokol*, 347.

¹⁴ Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 135.

¹⁵ Mahkeme tarafından 21 Şubat 2011 tarihinde eklenen 61. madde: "1. Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturulan olayların, ilgili Sözleşmecî Taraf ta yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.

2. a) Mahkeme, pilot karar usulünü uygulamaya karar vermeden önce, tarafları, incelenmesi gereken başvurunun ilgili Sözleşmecî Taraf bünyesinde bu türden bir sorun ya da aksaklıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve başvurunun bu usule göre incelenmeye elverişli olup olmadığı hakkında görüşlerini sunmaya davet etmelidir.

b) Mahkeme, pilot karar usulünü resen ya da bir tarafın veya her iki tarafın talebi üzerine uygulamaya karar verebilmektedir.

c) Pilot karar usulünün uygulanmasına karar verilen her başvuru, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 41. maddesi anlamında öncelikli bir incelemeye tabi tutulmalıdır.

3. Mahkeme, verdiği pilot kararında, tespit ettiği yapısal veya sistemik sorunun ya da aksaklığın niteliğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin türünü belirtmelidir.

4. Mahkeme, verdiği pilot kararın hüküm kısmında, gereken tedbirlerin niteliğini ve tespit ettiği soruna ulusal düzeyde çözüm getirilebilecek hızı göz önünde tutarak, yukarıda geçen 3. paragrafta belirtilen tedbirlerin alınması için belirlenen süreyi belirtebilmektedir.

5. Mahkeme, bir pilot karar verirken, kararda belirtilen hem bireysel hem de genel tedbirler davalı Sözleşmecî Taraf ta alınincaya kadar adil tazmin hususunu tamamen ya da kısmen saklı tutabilmektedir.

6. (a) Mahkeme, gerektiği takdirde, pilot kararın hüküm kısmında belirtilen tazminat tedbirleri alınincaya kadar aynı gerekçeyle sahip olan bütün başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.

(b) İlgili başvurular, uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilmektedirler.

Gerekli görüldüğü takdirde, davalarına ilişkin olarak davalı Sözleşmecî Tarafın bir bildirimini içermelidir.

(c) Mahkeme, herhangi bir aşamada, adaletin iyi işlemesinin gerektirmesi durumunda, ertelenen bir başvuruyu inceleyebilmektedir.

7. Pilot davadaki tarafların dostane çözüm hususunda anlaşmaları halinde, bu tür bir anlaşma, kararda belirtilen genel tedbirlerin ve diğer başvurular hakkında alınması gereken muhtemel tazminat tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin olarak davalı Sözleşmecî Tarafın bir bildirimini içermelidir.

8. İlgili Sözleşmecî Tarafın pilot kararın hüküm kısmına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda geçen 6. paragraf uyarınca ertelenen başvuruların incelemesine yeniden devam etmektedir.

9. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Mahkemenin bir Sözleşmecî Taraf ta yapısal ya da sistemik sorunun bulunduğuna işaret ettiği bir pilot kararın ya da başka bir kararın verildiğine dair sistematik olarak bilgilendirilmektedir.

10. Pilot karar usulüne göre bir başvuruyu inceleme kararı, bir pilot kararın verilmesi, bu kararın icra edilmesi ve bu usulün sonlandırılması, Mahkemenin internet sitesinde bilgilerin yayımlanmasına imkân vermektedir." şeklindedir. 1 Ocak 2020 tarihli "Mahkeme İçtüzüğü", Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_tur.pdf.

Mahkeme'ye sağlanan yetkiler, kararın sonuçları, ilgili devlete ve başvuruçulara öngörülen yükümlülükler göz önüne alındığında pilot karar yönteminin Sözleşme hükmü ile düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca pilot kararlar öngörülen tedbirin ilgili devlet tarafından yerine getirilmemesi halinde pilot karar uyarınca ertelenen ve derdest olan başvurular için Sözleşme'nin 28/1-(b) hükmüne benzer şekilde¹⁶ kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında esastan karar verme yetkisinin tanınması gerektiği de önerilmiştir. Bu doğrultuda söz konusu başvuruların Dai-reler tarafından tek tek incelenmesine veya kayıttan düşürülmesine kıyasen daha adil ve etkin bir sonuca ulaşılmasının sağlanabileceği vurgulanmıştır.¹⁷

Doktrinde Köküarı, pilot karar usulünün unsurlarının yapısal sorunun tespiti, yapısal sorunun çok sayıda mevcut veya muhtemel ihlale yol açması ve yapısal sorunun çözümü şeklinde olduğunu belirtmiştir.¹⁸ Pilot kararların hedeflerinden biri, yapısal sorunların üye devletler tarafından çözülmesine destek verilmesidir. Bir diğer hedef, hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin giderilmesi ve tazmin edilmesi imkanının yaratılmasıdır. Son bir hedefin ise ayrıntılı biçimde ele alınması gereken karmaşık yapıdaki benzer başvuruların sayısının azaltılması suretiyle Mahkeme'nin iş yükünün daha etkin ve özenli biçimde yönetilmesinin sağlanması olduğu belirtilebilir.¹⁹ Pilot kararların genel özellikleri; öncelikli incelenmesi, yapısal sorunun tespiti, tespit edilen yapısal sorunun çözümü için gereken tedbirlerin belirlenmesi, alınacak tedbirlerin belli bir zaman sınırının öngörülmesi ve benzer başvuruların ertelenmesi (hakkaniyetin gerektirdiği durumlar hariç) şeklinde ifade edilebilir.²⁰

Doktrinde Altıparmak, Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak amacıyla pilot karar yöntemine başvurulmasını iş yükü yaklaşımı, buna karşın tüm ihlallerin sonlandırılmasının sağlanması amacına yönelik pilot karar verilmesini ise adalet yaklaşımı şeklinde belirleyen bir ayırım ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, adalet yaklaşımı uyarınca ihlali giderici en uygun tedbirin alınması gerekmekte, aksi halde pilot karar yönteminden kaçınılmalıdır. Nitekim Mahkeme'nin önünde çok

¹⁶ Sözleşme'nin "Komitelerin yetkileri" başlıklı 28/1-(b) hükmünün ilgili kısmı: "Bir komite ... davadaki temel sorun, Sözleşme ve Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşik içtihadının konusu ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı zamanda davanın esasına ilişkin karar verebilir." şeklindedir. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 16, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

¹⁷ Oduncu, "Pilot Karar Uygulaması", 114.

¹⁸ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 192.

¹⁹ "Pilot Kararlar" başlıklı tematik bilgi notu için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_TUR.pdf; Linos-Alexandre Sicilianos, ve Maria-Andriani Kostopolou, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru*, (Strazburg: Avrupa Konseyi Yayını, 2021), 107; Kerem Altıparmak, "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", Editör: Kerem Altıparmak, 50. *Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, içinde, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009), 66.

²⁰ Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)*, (İstanbul: On İki Levha Yayını, 2013), 276.

sayıda başvuru yoksa dahi iç hukuk yolu yaratılması gerekebilmektedir. Buna karşın Mahkeme'ye yönelik yüzlerce başvuru bulunmasına rağmen sorumluluk hukukuna uygun bir iç hukuk yolunun öngörülmesinin mümkün olmaması halinde pilot karar yöntemine başvurulmaması gerektiği belirtilmiştir.²¹

C. TESPİT EDİLEN YAPISAL SORUNLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ

AİHM tarafından tespit edilen yapısal sorunlar genel olarak; uzun yargılama süresi,²² hüküm giymiş tutukluların oy kullanma haklarının kaldırılması,²³ kalıcı ikamet kayıtlarından hukuka aykırı şekilde çıkartılan kişilerin ikamet durumlarının düzeltilmemesi,²⁴ insanlık dışı veya aşağılayıcı tutukluluk koşulları,²⁵ mahkeme kararlarının uzun süre icra edilmemesi²⁶ ve mülkiyetin korunması hakkının ihlalleri²⁷ şeklinde belirtilebilir. Tespit edilen yapısal sorunların kaynağındaki hak ihlallerine yönelik etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması da ayrıca önemli bir yapısal sorun olarak nitelendirilmiştir.²⁸

Mahkeme, tespit etmiş olduğu yapısal sorunların çözümü için diğer bireysel ihlal kararlarından farklı olarak genel tedbirlere hükmetmektedir.²⁹ Söz konusu genel tedbirlerin niteliklerinin anlaşılması açısından geçmişte verilen kararlardan örneklerle değinmek yararlı olacaktır. Makul sürede yargılanma hakkını ihlal eden yapısal sorunlara ilişkin olarak kanun değişikliği, yargısal reformların yapılması veya süreyi kısaltıcı tedbirlerin alınması, alınan tedbirlere rağmen yaşanan ihlallerin giderilmesi için etkili bir tazmin mekanizmasının kurulması genel birer tedbir niteliğindedir. Yapısal sorunların çözümü açısından öngörülen genel tedbirlerin yaygın olarak kanun değişikliği, tazminat komisyonu kurulması ve

²¹ Altıparmak, *Kopya Davalar*, 78.

²² AİHM kararı Başvuru No: 46344/06, 02.09.2020; AİHM kararı, Başvuru No: 48059/06, 2708/09, 10.05.2011; AİHM kararı, Başvuru No: 24240/07, 20.03.2012; AİHM kararı, Başvuru No: 54447/10, 03.04.2012; AİHM kararı, Başvuru No: 40150/09, 30.10.2012; AİHM kararı, Başvuru No: 72287/10, 07.06.2015; AİHM kararı, Başvuru No: 48322/12, 16.06.2015.

²³ AİHM kararı, Başvuru No: 60041/08, 60054/08, 23.11.2010.

²⁴ AİHM kararı, Başvuru No: 26828/06, 26.06.2012.

²⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 42525/07, 60800/08, 10.01.2012; AİHM kararı, Başvuru No: 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 08.01.2013; AİHM kararı, Başvuru No: 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13, 27.01.2015; AİHM kararı, Başvuru No: 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, 10.03.2015.

²⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 33509/04, 15.01.2009; AİHM kararı, Başvuru No: 476/07, 22539/05, 17911/08, 13136/07, 28.07.2009; AİHM kararı, Başvuru No: 40450/04, 15.10.2009; AİHM kararı, Başvuru No: 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/1, 45381/11, 55929/11, 60822/11, 01.07.2014.

²⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 31443/96, 22.06.2004; AİHM kararı, Başvuru No: 35014/97, 19.06.2006; AİHM kararı, Başvuru No: 27912/02, 03.11.2009; AİHM kararı, Başvuru No: 30767/05, 33800/06, 12.10.2010; AİHM kararı, Başvuru No: 604/07, 34770/09, 43628/07, 46684/07, 31.07.2012; AİHM kararı, Başvuru No: 5376/11, 03.09.2013; AİHM kararı, Başvuru No: 60642/08, 16.07.2014.

²⁸ Paraskeva, "Human Rights Protection", 8-12; Sadurski, "Constitutionalisation", 418-426; Sicilia-nos ve Kostopolou, *Bireysel Başvuru*, 108; Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 137-144.

²⁹ Karaman, "Sorumluluk", 429; Oduncu, "Pilot Karar Uygulaması", 88.

etkili hukuk yollarının oluşturulması şeklinde belirlendiğini kabul etmek doğru olacaktır.³⁰

Ulusal hukuktaki bir kuralın ve tek tip uygulamanın Sözleşme'ye aykırı olmasından kaynaklanan ihlal türü şeklinde nitelendirilen spesifik ihlal türüne örnek olarak, kamulaştırma bedeline ilişkin davalar örnek gösterilebilir. Buna karşın adli sistem veya insan haklarının korunmasına ilişkin mekanizmalardaki sorunların yol açtığı ve usuli hakları etkileyen yapısal sorunların bir örneği ise makul sürede yargılanma hakkının ihlalidir. Yaygın ve benzer bir uygulamadan kaynaklanan ya da devletin belirli nitelikteki insan hakları ihlallerini yapısal sorunlar nedeniyle sistematik bir şekilde engelleyememesi veya engellemek istememesinden kaynaklanan yapısal sorunlar, esasa ilişkin hakların yaygın ve sistematik ihlali şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İnfaz evlerindeki tutulma koşullarının insan haklarına aykırı olmasından kaynaklanan sorunlar da esasa ilişkin hakların yaygın ve sistematik ihlali olarak kabul edilebilir.³¹

Doktrinde Gerards, Sözleşme'ye taraf devletlerdeki yapısal sorunların gerektiği şekilde çözülebilmesi için uzun zaman gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, buna karşın Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki işbirliği neticesinde pilot kararların gereğinin yerine getirilmesiyle yapısal sorunların çözülmesinin mümkün olduğunu vurgulamıştır.³² Mahkeme uygulaması kapsamında pilot karar usulü ile ilgili rehber ilkelerin geliştirilmesi, kararların gereğinin devletler tarafından yerine getirilebilmesini kolaylaştırabilecektir. Ayrıca Mahkeme'nin pilot kararlarında veya yapısal sorunlara ilişkin diğer kararlarında ihlallerin giderilmesi için öngörülen tedbirler ile diğer bireysel başvurularda gözetilen Sözleşme standartları arasında büyük bir fark olmamasının Sözleşme sistemine olan güvenin sürdürülmesi bakımından önem taşıdığı ileri sürülmüştür.³³

II. TÜRK ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA YAPISAL SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ilk pilot karar olan Y.T. başvurusuna ilişkin kararda, ihlalin idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkan vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkması halinde ihlalin kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklandığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesinin ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya il-

³⁰ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 211.

³¹ Yapısal sorunlara ilişkin üçlü ayrım için bkz. Altıparmak, *Kopya Davalar*, 89-95.

³² Gerards, "The Pilot Judgment Procedure", 396; Benzer görüş için bkz. Buyse, "Pilot Judgment", 1902.

³³ Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", 152.

gili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olacağını vurgulamıştır. Buna karşın Mahkeme, bazı hallerde sadece ilgili kanun hükmünün kaldırılmasının ihlalin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeterli olmayabileceğini ve bu bağlamda mağdurların ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarını telafi edici birtakım tedbirlerin bireysel başvuru kapsamında alınmasının gerekebileceğini vurgulamıştır. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. maddesinde³⁴ düzenlenmiş olan pilot karar usulünün 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi³⁵ uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri olduğunu ifade etmiştir.³⁶

Pilot karar yetkisinin Anayasa veya 6216 sayılı Kanun yerine İçtüzük hükmü ile öngörülmesinin meşruiyetine ilişkin olarak doktrinde Köküarı, pilot kararın doğrudan AYM İçtüzüğüne ve dolaylı olarak kanuna dayanmasının, söz konusu istisnai yetkinin yorum yoluyla üretilmediğini gösterdiğini ileri sürmüştür.³⁷ Şi-

³⁴ AYM İçtüzüğü'nün "Pilot karar usulü" kenar başlıklı 75. maddesi: "(1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

(2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuruğunun istemi üzerine başlatabilir.

(3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır.

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir.

(5) Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir." şeklindedir. 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 13, 2022, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/>.

³⁵ 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesi: "(1) Esas inceleme sonunda, başvuruğunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yara bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükte düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir." şeklindedir. 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 13, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

³⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, §68-69.

³⁷ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 212.

rin ise İÇtüzük ile düzenlenen karar biçiminin muhtemelen AİHM uygulamasından esinlenerek öngörüldüğünü belirtilmiştir.³⁸ Yazar ayrıca, AYM İÇtüzüğü'nün 75/1. hükmü uyarınca pilot karar verildikten sonra benzer nitelikteki başvuruların idari makamlar tarafından çözümlenmemesi halinde söz konusu başvuruların Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanması yetkisinin tazminat komisyonları şeklindeki uygulamalara kanuni bir temel kazandırdığının kabul edilebileceğini ileri sürmüştür.³⁹

Pilot karar usulü ile ilgili olarak Mahkeme, ihlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığının tespiti ile bu sorunun başka başvurulara, bir diğer ifadeyle yeni ihlallere sebebiyet verdiğinin anlaşılması veya verebileceğinin öngörülmesi halinde sadece somut olay bakımından alınan bir ihlal kararının temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçek bir koruma sağlamaktan uzak kalacağına dikkat çekmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, re'sen veya Adalet Bakanlığının ya da başvurusunun istemi üzerine pilot karar usulünü başlatabileceğini ve yapısal sorunun tespiti ile makul çözüm önerilerinin ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, pilot karar usulünün en önemli amacının benzer başvuruların tamamının ihlalle sonuçlanması yerine idari mercilerce çözüme kavuşturulması sayesinde ihlalin kaynağının ortadan kaldırılarak yapısal sorunun düzeltilmesinin sağlanması olduğunu ifade etmiştir. Pilot kararda belirtilen yapısal sorunun ortadan kaldırılması ve benzer başvuruların çözüme kavuşturulması için belirli bir süre öngörüp bu süre zarfında diğer başvuruların incelenmesini erteleme yetkisine sahip olan Mahkeme, ilgililerin erteleme kararı hakkında bilgilendirilmesine de karar verecektir. Buna karşın Mahkeme tarafından öngörülen süre içinde yapısal sorunun ve bu kapsamda kalan başvuruların ilgili mercilerce çözümlenmesi halinde benzer nitelikteki başvuruların artık topluca karara bağlanması mümkün olacaktır.⁴⁰ Nitekim örnek olarak Mahkeme, Ülkü Tunca ve diğerlerinin başvurusuna ilişkin olarak verdiği kararda 136 adet başvuruyu ele almıştır.⁴¹

Ülkü Tunca ve diğerlerinin başvurusuna ilişkin karar konusu olayda başvurucular, yüksek miktarda prim ödemelerine rağmen daha düşük miktarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldıklarını iddia etmişlerdir. Bu çerçevede başvurucular, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506

³⁸ Tolga Şirin, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi" Kamu Hukukçuları Platformu "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" başlıklı V. Toplantı, (2015): 133; Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayını, 2015), 247; Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usul Hukuku*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2019), 277; Benzer görüş için bkz. Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2013), 95.

³⁹ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti*, 632, 646.

⁴⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, §69-72, Erişim Tarihi: Ağustos 13, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22418>.

⁴¹ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 213.

sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen fıkra doğrultusunda T. Vakıflar Bankası T.A.O. Memur ve Hizmetlileri Emekli Sağlık Yardım Sandığı Vakfına ödenen primlere el konulduğunu ileri sürmüştür. Başvurucular, söz konusu kanuni düzenlemenin devam eden davalara da uygulanmasına ilişkin hükmünün İş Mahkemelerinde açtıkları alacak davalarının dayanağı olan ve lehe olan Yargıtay içtihatlarını uygulanamaz hale getirdiğini ve sonradan çıkarılan Kanun'la devam eden yargı süreçlerine müdahale edildiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvurucular, kendilerinden tahsil edilen primlerin yarısının emekli aylıklarına yansıtılmadığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma, mülkiyet ve sosyal güvenlik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek anılan Kanun hükmünün iptali⁴² ve tazminat taleplerinde bulunmuşlardır. Mahkeme; taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleşen yasamanın müdahalesinin davaların esasına ilişkin sonucu belirlemesi şeklindeki müdahale sonucunda başvurucuların davalarını kazanmalarının imkansız hale geldiğini, oysa davaların açıldığı tarihte yerleşik içtihat çerçevesinde başvurucuların davalarını kazanmalarının kuvvetle muhtemel olduğunu ifade etmiştir. Buna karşın Mahkeme, öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, müdahale sonucunda davalı Vakfın başvuruculara nazaran önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin başvurucular aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, tespit edilen ihlal sonucunda başarı şansı yüksek olan davalarını kaybeden başvurucuların sadece ihlal tespitiyle giderilemeyecek zararlara uğradıkları açık olduğu tespit edilen ihlal nedeniyle her bir başvurucu için bilirkişi raporları da nazara alınarak hakkaniyet temelinde belirlenen tazminatların başvuruculara ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴³

A. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA TESPİT EDİLEN YAPISAL SORUNLAR

Doktrinde Köküsarı, Anayasa Mahkemesi kararlarında tespit edilen yapısal sorunlara ve sorunların niteliğine ilişkin yapmış olduğu sınıflandırmada, sınır dışı etmeye dair yapısal sorunun kanuni değişiklik ihtiyacından kaynaklandığını, uzun süreli yargılamalara ilişkin yapısal sorunun ise kanun değişikliğini gerektirmemesine rağmen idari veya yargısal uygulamalardan doğduğunu ileri sürmüştür. Yazar, yargısal uygulamalardan dolayı ortaya çıkan uzun süreli yargılamalara

⁴² Mahkeme, söz konusu kararda kanun hükmünün iptali talebine ilişkin olarak kabul edilebilirlik veya esas yönünden herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Buna karşın Mahkeme, iptali talep edilen kanun hükmünün E. 2011/42 sayılı dosya kapsamında Anayasaya aykırılık iddiasının incelendiği 09.05.2013 tarihli Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun kararının ilgili kısımlarına yer vermiştir. AYM Kararı, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014, §28, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/928>.

⁴³ AYM Kararı, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014, §31, 85, 90, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/928>.

çözüm olarak yeni bir hukuki yolun veya kurumun öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşın yazar, yapısal soruna ilişkin bir kanun değişikliğinin çözüm olarak kabul edilebilmesi için hak ihlalinin kaynağının bir kanun olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda yazar, bir konudaki kanun eksikliğinden dolayı çok sayıda hak ihlalinin ortaya çıkması durumunda çözümün yasama organı tarafından hukuki boşluğun doldurulması ile mümkün olduğunu vurgulamıştır.⁴⁴ Mahkeme tarafından tespit edilen yapısal sorunlara ilişkin öngörülen çözümler, genel anlamda mevzuat değişikliği veya etkili bir başvuru yolunun oluşturulması şeklinde olmaktadır.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda tespit edilen yapısal sorunların ayrı birer başlık altında ele alınması yararlı olacaktır. 2022 yılı itibarıyla Mahkeme tarafından verilmiş beş pilot karar bulunmaktadır. Buna karşın Mahkeme'nin pilot karar dışında vermiş olduğu kararlarında da yapısal sorunlara işaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda yapısal sorun olarak tespit edilen hususların anlaşılması açısından hem pilot kararlar hem de yapısal sorunların belirtildiği diğer kararlar inceleme konusu yapılacaktır. Özellikle etkili başvuru hakkına ilişkin yapısal sorun değerlendirmeleri açısından bazı kararlarda birden fazla hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

1. Kanunilik ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Ölçütüne Aykırı Müdahaleler

1982 Anayasası'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*" kenar başlıklı 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların kanunilik, hakkın özüne dokunma yasağı, Anayasanın lafzı ve ruhu, demokratik toplum düzeninin gereklere, ölçülülük ve laik Cumhuriyetin gereklere şeklindeki ölçütlere uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında tespit edilen yapısal sorunlara ilişkin olarak kanunilik ilkesi kapsamında belirlilik ve demokratik toplum düzeninin gereklere ölçütleri hakkında önemli değerlendirmeler yapılmıştır.

a. Kanunilik Ölçütüne Aykırı Müdahaleler

Bir gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkûm edilen başvurusunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi bir pilot karar vermiştir. Söz konusu pilot kararda, terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme isimli suçun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*" kenar başlıklı 220. maddesinin 6. fıkrası, kanunilik ilkesi kapsamında belirlilik unsuru açısından değerlendirilmiştir. Söz konusu düzenleme: "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt*

⁴⁴ Köküsarı, "Pilot Karar Uygulaması", 226, 228, 232.

⁴⁵ Doğru, *Bireysel Başvuru Rehberi*, 95.

adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükümü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.” şeklindedir.⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, söz konusu pilot kararda AİHM tarafından verilmiş olan Işıkırık / Türkiye kararına atıf yaparak kanunilik ölçütüne ilişkin unsurlara değinmiştir. Mahkeme, müdahalenin hukuka uygun ve kanunla öngörülmüş olması için ilgili kişiler için erişilebilir ve eylemin yol açabileceği sonuçları makul olan derecede öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca müdahale kapsamında kamu mercileri tarafından keyfi olarak veya herhangi bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı biçimde uygulanmasına karşı bir koruma tedbiri sağlanması gerektiğine dikkat çekmiştir. AİHM, başvuru konusu müdahalenin dayanağı olan 5237 sayılı Kanun’un 220/6. düzenlemesinin erişilebilir olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın AİHM, söz konusu hükmün yasa dışı örgüt üyeliği statüsünü gerçek üyeliği kanıtlayan somut deliller sunulmasına gerek duyulmaksızın yalnızca kişinin o örgüt adına eylemde bulunmasına bağladığını ve buna ek olarak söz konusu hükümde “yasa dışı bir örgüt adına” ifadesinin anlamına dair bir açıklama getirilmemesinden dolayı öngörülebilir olmadığını belirtmiştir. Söz konusu hükmün yerel mahkemeler tarafından başvuranların zararına olacak şekilde geniş kapsamlı yorumlandığına dikkat çeken AİHM, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yeterli düzeyde koruma sağlanmadığını da eklemiştir. AİHM, bu kapsamda verilen mahkumiyet kararlarının çarpıcı düzeyde ağır ve bu kişilerin davranışlarıyla ciddi şekilde orantısız olduğunu ve ifade ve toplanma özgürlüğü haklarının kullanılması üzerinde ciddi bir caydırıcı etki yaratacağını vurgulamıştır. Sonuç olarak AİHM, söz konusu hükmün uygulanışının öngörülebilir olmadığı ve toplanma özgürlüğüne yönelik keyfi müdahaleye karşı yasal koruma sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴⁷

Anayasa Mahkemesi; içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirlilik ölçütüne uygun olmayan söz konusu hükmün Anayasa’nın 34. maddesi ile korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik keyfi müdahaleye karşı başvurucuya hukuki bir koruma sağlayamadığını vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu hükmün uygulanmasından kaynaklanan terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkûmiyet şeklindeki müdahalenin kanunilik ölçütünü karşılamadığı gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁸ Söz konusu pilot kararda; ihlalin bizzat kanun hükmünün lafzına dayalı yapısal bir sorundan ve derece mahkemelerinin kanuna ilişkin geniş yorumundan kaynaklandığı belirtilmiştir.

⁴⁶ 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁴⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 41226/09, 14.11.2017, §56-70; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021, §55.

⁴⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021, §116.

Bu bağlamda karar konusu başvuru bağlamında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi Anayasal koruma altında bulunan temel hak ve özgürlükler ile bağlantılı olarak örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyet kararı verilen pek çok dosyanın Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapıldığı belirtilmiştir.⁴⁹ Doktrinde Göztepe, kanunilik şartı gerçekleşmediği için verilen ihlal kararlarında kanuni düzenleme gerekliliğinin vurgulanmasının ve söz konusu kararların hem Adalet Bakanlığı hem de TBMM'ye bu vurgularla iletilmesinin gelecekteki hak ihlallerini engelleyici bir nitelik taşıyacağını vurgulamıştır.⁵⁰

b. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Müdahaleler

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerlerinin başvurusuna ilişkin pilot kararda demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile ilgili önemli değerlendirmeler yapılmıştır. Kararda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan düzenlemeye dayanılarak çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ihlaline yol açılmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde yer alması gereken asgari standartlara değinilmiştir.⁵¹ Bu bağlamda

⁴⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021, §131.

⁵⁰ Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcra Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı.", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33, 2016: 112.

⁵¹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesi: "(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapılmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarıl-

yapılması gereken hukuki düzenlemenin öncelikle öngörülebilir olması ve erişimin engellenmesi usulünün kapsamı ile hukuki niteliğinin yeterli açıklıkta ve netlikte olacak şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir. İkinci olarak; erişimin engellenmesi usulünün kapsamı belirlenirken internetin sınırlandırılmasını düzenleyen kanunların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olmasına dikkat edilmelidir. Üçüncü şart uyarınca hukuki nitelik açısından koruma tedbiri olarak kabul edilmesi halinde erişimin engellenmesi usulü bağlamında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda koruma tedbirine ilişkin ilgili hükümlere uygun yargılama yapılmalı ve erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti, tedbir kararını müteakiben yapılacak çelişmeli yargılamada belirlenmelidir. Dördüncü şart kapsamında erişimin engellenmesi şeklinde müdahalenin usuli güvenceleri içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu usuli güvenceler özetle; erişimin engellenmesi kararından etkilenen kişilerin savunmalarını ortaya koyma imkanı bulabilmeleri, hukuki dinlenilme ile çelişmeli yargılama hakkına sahip olmaları ve itiraz mercii tarafından verilen kararların istinaf veya temyiz mercii denetimine açılması şeklindedir. Son olarak orantısız ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için getirilecek hükümlerde erişimin engellenmesi kararının zorunlu veya istisnai bir tedbir, bu yolun başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olduğu ve yapılacak düzenlemede internete erişimin engellenmesi tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Söz konusu etki değerlendirmesi kapsamında internet içeriğine erişimin engellenmesinin gecikmeksizin haklı çıkarılması ve kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü öngörülmelidir. Ayrıca bu kapsamda erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara yer verilmelidir.⁵²

ması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.

(11) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir. 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5651&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁵² Mahkeme bu şartla ilgili olarak çoğu zaman hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olan içerik ve yer sağlayıcılara ulaşamadığı için internetin anonim kalmayı kolaylaştıran özelliğinden dolayı bu ortamda üretilen sınırsız içerik ve çoğu zaman mağdur ve failin aynı yargı yetkisi içinde bulunması gibi unsurların suç ve suçluların takibini zorlaştırdığını, adli ve idari mekanizmaların devreye sokulmasını güçleştirdiğini, maliyetlerini artırdığını ve bazı durumlarda sonuç almayı imkansız kıldığına dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme kamu makamlarına, erişimin engellenmesi tedbirinin alındığı her durumda soruşturma açması ve çelişmeli bir yargılama yürütmesi şeklinde bir yükümlü-

Süleyman Başmeydan başvurusuna ilişkin verilen kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılması⁵³ ile müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanması aşamasında bir belirsizliğe işaret edilmiştir. Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştirilmesiyle birlikte infazına girişilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmış ve ihlalin ilgili kanun hükmündeki belirsizlikten kaynaklandığına karar vermiştir. Buna karşın mülkiyet hakkının ihlaline yol açan söz konusu belirsizliğin nasıl giderileceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde el konulan eşya ile ilgili olarak 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkraları⁵⁴ kapsamında olup olmadığına göre nasıl bir karar verileceği, yine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği hallerde el koyma tedbirinin devamı veya sona erdirilmesi ya da müsadere kararına karşı nasıl ve ne şekilde kanun yoluna başvurulacağı, müsadere tedbirinin ne zaman uygulanacağı, bir an önce uygulanmasının zorunlu olduğu durumlarda tazminat dahil çeşitli mekanizmalar öngörülmek suretiyle mülk sahibinin haklarının nasıl korunacağı gibi hususları belirlemenin yasama organının takdirinde olduğunu ifade eden Mahkeme, yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gereklilikleri sağlamasının ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesinin zorunlu olduğunu vurgulamıştır.⁵⁵ Söz konusu karar, doktrinde “*pilot karar benzeri*”⁵⁶ veya “*yol gösterici karar*”⁵⁷ olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, aynı soruna ilişkin başka bir kararında daha önce tespit edilmiş

lük yüklenemeyeceğini belirtmiştir. AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, §137, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/14884>.

⁵³ 5271 sayılı Kanun'un “*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” başlıklı 231. maddesinin ilgili kısımları: “... (5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder...” şeklindedir. 5271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5271&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁵⁴ 5237 sayılı Kanun'un “*Eşya müsadere*” başlıklı 54. maddesinin ilgili kısımları: “(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere sine hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

...
(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir...” şeklindedir. 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁵⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/6164, 20.06.2019, §62, 72, 73.

⁵⁶ Pilot karar benzeri veya yarı-pilot kararları, doğrudan pilot kararın verilmediği buna karşın yapısal sorunların tespit edildiği kararlar şeklinde kısaca tanımlamak doğru olacaktır. Köküsarı, “Pilot Karar Uygulaması”, 191.

⁵⁷ Yol gösterici kararları, hüküm kısmında ihlalin giderilmesi için alınması gereken bireysel ve genel tedbirlere yer verilen kararlar olarak tarif etmek mümkündür. Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 272-275.

ve keyfiyetin bildirildiği yapısal bir sorunun çözümü için yeniden yasama organına bildirimde bulunulmasına gerek görülmediğini belirtmiştir.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bizatihi kendisinin mevcut sistemde kamu gücünü kullanan organlarca gerçekleştirilen keyfi müdahaleleri engelleyemediği ve sebep olduğu hak ihlallerinin sonlandırılabilmesi için söz konusu kanuni düzenlemelerin TBMM tarafından gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁹

Anaya Mahkemesi, 5502 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca vekalet ücreti hakkı tanınan başvurucuya yapılan ödemelerin 666 sayılı KHK'nın ek 12. maddesi bağlamında iptal edilmesine ilişkin başvuruya dair kararında kanunilik ölçütüne ilişkin değerlendirme yapmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, 666 sayılı KHK hükmü doğrultusunda mülkiyet hakkına yapılan müdahale açısından TBMM tarafından Bakanlar Kuruluna açık bir yetki tanınsa bile KHK ile mülkiyet hakkını sınırlayan düzenleme yapılamayacağını vurgulamıştır. Mahkeme, bu konudaki hak ihlallerinin giderilmesi için söz konusu KHK hükmünün ihlal ettiği alanda kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiş ve ihlalleri doğuran yapısal sorunun TBMM'ye bildirilmesine hükmetmiştir.⁶⁰

2. Makul Sürede Yargılama Hakkının İhlali

Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin Nevriye Kuruç başvurusunda bir pilot karar vermiştir.⁶¹ Buna karşın daha önceki bazı kararlarında da makul sürede yargılanma hakkını ihlal eden bazı kamusal eylem ve işlemlerin yapısal birer sorun niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.⁶² Ayrıca bazı kararlara yazılan karşı oy gerekçelerinde de makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin başvuruların kaynağının en çok karar verilen ihlal kararı türüne konu olan yapısal sorun olduğu belirtilmiştir.⁶³ Mahkeme, bazı kararlarında ise mahkemele-

⁵⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/20063, 30.06.2021, §45.

⁵⁹ Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlediği hükümlerin kanunilik ölçütüne uygun olması açısından gereken hususları genel bir çerçevede belirlemiştir. Söz konusu hususlar özetle; sanığın öncelikli suçlu olduğunun kesinleşmesi, karara karşı etkili başvuru yollarının öngörülmesi, silahların eşitliği ilkesine uygun hareket edilmesi ve keyfi uygulamaların önlenmesi şeklindedir. AYM Kararı, Başvuru No: 2016/1635, 05.07.2022, §177, 193-196.

⁶⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/1808, 22.01.2021, §55, 66.

⁶¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §110-115.

⁶² AYM Kararı, Başvuru No: 2012/1198, 07.11.2013, §60; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/625, 09.01.2014, §41; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/695, 09.01.2014, §41; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5890, 06.03.2014, §51; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/99, 20.03.2014, §76; AYM Kararı, Başvuru No: 2012/1145, 15.04.2014 §38; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/700, 15.04.2014 §50; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2253, 15.04.2014, §34; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1664, 16.07.2014, §72; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/7188, 08.09.2014, §28; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/8492, 08.09.2014, §30; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/5410, 10.03.2015, §31.

⁶³ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/11848, 25.07.2017, "Karşıoy Gerekçesi", §2; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/13048, 25.07.2017, "Karşıoy Gerekçesi", §2; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/14814, 25.07.2017, "Karşıoy Gerekçesi", §2.

rin geçici olarak ortaya çıkan iş yükü artışının yapısal bir soruna dönüştüğünün ve yetkililerin bu hususta gerekenleri yapmadığının söylenemeyeceğine dikkat çekmiş ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁶⁴

2012 yılında TBMM, uzun yargılamalardan kaynaklanan hak ihlallerine ilişkin tazmin mekanizmasının öngörüldüğü 6384 sayılı Kanun'u kabul etmiştir. Nitekim Kanun gerekçesinde de makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak AİHM tarafından verilmiş olan Ümmühan Kaplan / Türkiye ve Danespayah / Türkiye kararlarına atıf yapılmıştır. Söz konusu Kanun ile AİHM'ye yapılmış olan başvuruların tazminat ödenerek çözüme kavuşturulması amacıyla bir tazminat komisyonu kurulması amaçlanmıştır.⁶⁵

AİHM tarafından verilmiş olan Ümmühan Kaplan / Türkiye kararı, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin önemli değerlendirmeler içermektedir. Vassilios Athanasiou ve diğerleri / Yunanistan⁶⁶ kararına atıf yapan Mahkeme, yargılama süresinin uzunluğundan kaynaklı etkili tazminat taleplerine ilişkin kabul edilmesi gerekli ölçütleri açıklamıştır. Bu bağlamda söz konusu ölçütlerden ilkinde göre tazminat davası makul süre içerisinde neticelendirilmelidir. İkinci ölçüt uyarınca, tazminat bedeli ivedi şekilde ödenmelidir. Üçüncü ölçüte göre tazminat davasına ilişkin usul kuralları, adil yargılanma hakkı ve hakkaniyet ilkesine uygun şekilde düzenlenmelidir. Dördüncü ölçüt kapsamında, yargılama giderleri başvuru üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır. Son olarak ise hükmedilen tazminatın tutarı, Mahkeme'nin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarının altında kalmamalıdır.⁶⁷ AİHM, Danespayah / Türkiye kararında ise adli davaların süresine ilişkin şikayette bulunmak için yetkili ulusal bir yargı organının bulunmamasından dolayı etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ve tespit edilen ihlalin sonlandırılabilmesi için ulusal hukuktaki hükümlerin Sözleşme'nin 13. maddesine uygun hale getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁸

Anayasa Mahkemesi, bir kararında 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyon'un ulaşılabilir olması, ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama şeklinde özelliklerinin bulunması gerektiğini belirtmiş ve sonuç olarak Komisyon'un söz konusu ölçütlere uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁹

⁶⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/3202, 06.02.2014, §71, 76, 77; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/3309, 06.02.2014, §71, 78, 79; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2293, 08.09.2014, §66, 70, 72.

⁶⁵ 17.05.2012 tarihli "Yargılama Sürelerinin Uzunluğu ile Mahkeme Kararlarının Geç veya Kısmen İcra Edilmesi ya da İcra Edilmemesi Nedeniyle Tazminat Ödenmesine Dair Kanun Tasarısı" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2022, <https://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0625.pdf>.

⁶⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 50973/08, §55, 21.12.2010.

⁶⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 24240/07, §72, 20.03.2012; Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi", Kamu Hukukçuları Platformu "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" başlıklı V. Toplantı, (2015): 8.

⁶⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 21086/04, §51, 16.06.2009.

⁶⁹ Mahkeme, Komisyon'un kişileri mali külfet altına sokmaması ve kişilere makul bir süre içinde doğrudan başvuru imkanı tanıyarak başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabilir olduğunu ifade etmiş-

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında 6384 sayılı Kanun⁷⁰ ile kurulan Komisyon tarafından mahkeme kararının geç icra edilmesi nedeniyle başvurusunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve bu ihlal sebebiyle talep edilen tazminat tutarının tamamının başvurucuya ödenmesine karar verildiğini ifade etmiştir. Mahkeme kararının geç icra edilmesiyle ortaya çıkan ihlalin giderilmesinin sağlandığını, bundan dolayı ihlalin güncelliğini yitirdiğini belirten Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru sahiplerinin mağdur statüsünün bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca Mahkeme, 6384 sayılı Kanun ile kurulan Komisyon'a ilişkin iç hukuk yolunun AİHM tarafından verilen Ümmühan Kaplan / Türkiye kararında belirtilen nitelikleri taşımadığına veya Komisyon tarafından ödenmesine karar verilen tazminat tutarının kendisine ödenmediği yönünde bir iddianın da ileri sürülmediğini belirtmiştir. Mahkeme, sonuç olarak “*kişi bakımından yetkisizlik*” nedeniyle söz konusu başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁷¹ Doktrinde Komisyon'un kurulmasının Mahkeme'nin iş yükünü azaltması açısından olumlu olmasına karşın yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasını sağlamasının mümkün gözükmediği ve bu doğrultuda makul sürede yargılama bağlamında kapsamlı bir reformun gerektiği belirtilmiştir.⁷²

Makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olan yapısal sorunlar hakkındaki pilot karar olan Nevriye Suruç başvurusuna ilişkin Mahkeme kararında ise Komisyon'un AİHM ve Anayasa Mahkemesi önünde bulunan ve ilgili kanun hükümlerinin belirlendiği tarihlerden önce yapılan başvuruları tasfiyeye yönelik geçici çözümler için öngörüldüğü belirtilmiştir.⁷³ Bu bağlamda önceden de belirtildiği üzere Mahkeme;

tir. İkinci ölçüt açısından Mahkeme, Komisyonun başvuru konusu işlemi incelemeye, başvuruyu kabul ederek icra edilebilir bir karar verebilmeye, bilgi/belgelere ulaşmaya ve bunları incelemeye yetkili olması, başvurusunun Komisyona bilgi ve belge sunmalarına engel bir durumun bulunmaması, Komisyonun yapısının Kanun ile önceden belirlenmiş olması, özellikle Komisyon kararlarına karşı yargı yolunun açık olması, bu kapsamda adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin yargılama sırasında sağlanmasının Anayasa'nın 36. maddesi gereği zorunluluk arz etmesi ve Kanun ile bu konuda sınırlama getirilmemiş olması hususlarının bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu başvuru yolunun düzenleniş şekli itibarıyla başvurusunun ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma kapasitesine sahip olduğunu belirtmiştir. Son olarak Mahkeme, söz konusu başvuru yolunun tazminat ödenmesine imkan tanınması, bu mümkün olmadığında ise başka türlü telafi olanakları sunması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama kapasitesine de sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin 6384 sayılı Kanun'a ilişkin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2014/13828, 12.09.2018, §26-34.

⁷⁰ Kanun'un amacı 2. maddede; “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair esas ve usullerin belirlenmesi*” şeklinde belirtilmiştir. 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6384&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁷¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/9785, 17.07.2014, §41, 42, 43; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/9786, 17.07.2014, §40, 41, 42.

⁷² Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (İstanbul: On İki Levha Yayını, 2018), 235.

⁷³ Komisyon'un yetkisine ilişkin 6384 sayılı Kanun'un “Süre” kenar başlıklı 9. maddesi: “(1) *Bu Kanun, 23/9/2012 tarihi itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulanır.*”

yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, söz konusu düzenlemenin bu konuda başvurulabilecek bir merciinin oluşturulması ve oluşturulacak başvuru yolunun başvuru yollarının uzun sürmesinden kaynaklı zararlarını tazmin edebilecek nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁴

Doktrinde Yıldırım, 6384 sayılı Kanun uyarınca kurulan Komisyon ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran kişilere tazminat ödenerek onların mağduriyetinin bir an önce giderilmesinin amaçlandığını ifade etmiştir. Yazar ayrıca, AİHM önündeki Türkiye'nin taraf olduğu binlerce davanın olabildiğince azaltılması ve uluslararası alanda insan haklarının korunması açısından Türkiye'nin mevcut olumsuz algısının önüne geçilmesinin amaçlandığını ileri sürmüştür.⁷⁵

Nevriye Kuruç başvurusuna dair pilot kararda; yeni ihlal kararları verilerek makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetlerin tazminat yoluyla giderilmesi sağlansa da bu durumun benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi makul sürede sonuçlanmayan ve özellikle devam eden yargılamalardan kaynaklanan ihlalleri de sonlandırmayacağına dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme; bireysel başvurunun ikincilliği ve hukuk sisteminde düzenlenen başvuru yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecek bir Anayasal başvuru yolu olması da dikkate alınarak yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenleme ve bu konuda başvurulabilecek bir merciinin oluşturulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, oluşturulacak

(2) Birinci fıkradaki süre Cumhurbaşkanınca uzatılabilir." şeklindedir. Ayrıca "Anayasa Mahkemesinde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat" kenar başlıklı Geçici 2. maddesi: "(1) Kanunun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir.

(2) Komisyona müracaat, müracaat edenin kimlik bilgileri ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir.

(3) Müracaat evrakındaki eksikliğin giderilmesi için müracaat edene otuz gün geçmemek üzere süre verilir. Bu süre içinde, geçerli bir mazeret olmaksızın eksikliğin tamamlanmaması hâlinde müracaat reddedilir.

(4) Bu madde uyarınca Komisyona gelen müracaatlar bakımından 7'nci maddenin birinci fıkrasındaki dokuz aylık süre, on altı ay olarak uygulanır." şeklindedir. 6384 sayılı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6384&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁷⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §82, 112.

⁷⁵ Zeki Yıldırım, "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım", *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, S. 1-2, (2013): 1753.

başvuru yolunun başvuru yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı zararlarını tazmin edebilecek nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶

3. İfade ve Basın Özgürlüğünün İhlali

İfade ve basın özgürlüklerinin ihlaline ilişkin yapısal sorunun tespit edildiği pilot karar, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerlerinin başvurusu sonucunda verilmiştir. Başvuru tarihinde ulusal gazetelerin yayımcısı olan başvuru, 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca resmî ilan ve reklamların kesilmesi yoluyla yaptırım uygulama yetkisine sahip olan Basın İlan Kurumu (Kurum) tarafından gazetelerde yayımlanan haberler ve köşe yazıları nedeniyle çeşitli sürelerde resmi ilan ve reklamlarının kesilmesine karar verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.⁷⁷ İfade ve basın özgürlüğü açısından Mahkeme, ulusal ölçekte yayın yapan gazetelerin basılı nüshasında veya internet sitesinde yer alan haberlerle ilgili olarak Kurum'un ve devamında asliye hukuk mahkemelerinin dengeleme ölçütlerini çok sıkı şekilde uygulaması ve anılan müdahale biçimini başvurulabilecek son çare olarak görmesi gerekliliğini önceki kararlarında da vurguladığını belirtmiştir. Buna karşın Mahkeme, asliye hukuk hâkimliklerince gereken şekilde bir değerlendirme yapılmaksızın karar verildiğinin anlaşıldığını ve mevcut bireysel başvurulara bakıldığında birbirini tekrarlayan bu tür kararların yapısal bir soruna işaret ettiğine dikkat çekmiştir.⁷⁸

Mahkeme, yapısal sorunun derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkan vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamalarının yanı sıra bu uygulama doğrultusunda gerçekleştirilen müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığının da gösterilememesi ile ilgili olduğu sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kanun hükmü kapsamında verilen cezalara bakıldığında Kurum'a verilen yetkinin basının etik değerlerini düzenleme amacından öteye giderek artık kimi basın mensupları açısından caydırıcı etki yaratabilecek bir cezalandırma aracına dönüştüğüne dikkat çeken Mahkeme, bu durumun yapısal bir soruna neden olduğunu vurgulamıştır. Basın özgürlüğü alanında benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmanın yasama organının takdirinde olduğunu ifade eden Mahkeme, söz konusu kanun hükmü uyarınca basın özgürlüğüne ilişkin müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi doğrultusunda demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve ifade özgürlüğünün ihlaline yol açılmaması için kanun değişikliği yapılması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kanuni düzenleme kapsamında yaptırım koşullarının çerçevesinin çizilmesi, belirli bir açıklık ve kesinlikte olan ifadelerle kanun maddesi şekli ve maddi yönden yeniden düzenlenmesi, ilgili kuralların olabildiğince dar bir

⁷⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §112.

⁷⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, §7, 8.

⁷⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, §105, 106.

uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması⁷⁹ ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması, kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağına belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konması, basın etik niteliklerini artırmaya yönelik sunduğu korumanın sınırların netleştirilmesi ve hangi eylemlerin bu nitelikleri ihlal edeceği konusunda bir ölçüt veya eşik değer belirlenmesi gibi ölçütlerin oluşturulması, yaptırım kararlarına karşı itiraz yolu düzenlenirken uygulamada çoğunlukla hakem sıfatıyla baktıkları anlaşılabilir derecede mahkemelerinin bu davalara hangi sıfatla bakacaklarının ve bu kapsamda da uygulayacakları yargılama usulünün kapsamının net bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁸⁰

Mahkeme, pilot karar dışında bazı kararlarında da ifade veya basın özgürlüklerinin ihlallerine ilişkin yapısal sorunların varlığına değinmiştir. Ceza infaz kurumlarında tutuklu ya da hükümlü olarak bulunan kişilerin satın aldığı süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Mahkeme, tutuklu veya hükümlülerin ücreti karşılığında süreli yayınlara erişiminin ifade özgürlüklerini kullanmaları açısından önem taşıdığını ve bu doğrultuda söz konusu süreli yayınların daha etkin bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme tutuklu ve hükümlüler arasında farklı uygulamaların doğmasını engelleme potansiyeli barındıracak bir mekanizmanın kurulmasına ihtiyaç bulunduğunu, aynı konuda çok sayıda ihlal kararı verilmiş olmasına karşın

⁷⁹ Mahkeme, söz konusu dar uygulama kapsamında çatışan haklar arasında dengelemeye ilişkin ölçütleri belirlemiştir. Söz konusu ölçütler;

- Haber veya makalede yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği,
- Hedef alınan kişinin kim olduğu, kamuoyunda tanınırılık derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları, basının sıkı denetiminde olup olmadığı, katlanması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığı daha geniş olup olmadığı,
- Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları,
- Haber veya makalenin yayımlanma şartları,
- Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı,
- Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı,
- Haber veya makalede yer alan ifadelerin olgusal temele dayalı olup olmadığı, ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmediği,
- Başkalarının şöhret ve haklarının zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda başta meslek ahlakına saygı gösterme, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etme ödevi olmak üzere basın mensuplarının kendiliğinden uymaları gereken zorunlu sınırlara, ödev ve sorumluluklara uygun davranıp davranmadığı,
- Haber veya makalede dile getirilen düşüncelere cevap verme imkanının bulunup bulunmadığı,
- Haber veya makalenin hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkilerinin somut olaya uyduğu ölçüde öncelikle BİK tarafından gözetilerek bu ölçütlere uygun bir değerlendirme yapılması şeklindedir. Mahkeme, BİK kararlarına karşı itiraz mercii konumunda olan asliye hukuk hakimliklerinin de öncelikle BİK'in belirtilen ölçütlere uygun bir değerlendirme yapıp yapmadığını incelemesi, varsa eksik hususları gidermesinin beklendiğini, ayrıca asliye hukuk hakimliklerince olaya konu haberin ağırlığı ile verilen ceza arasında orantılılık ilişkisinin kurulması gerektiğini de belirtmiştir. AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, §102.

⁸⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, §110.

bu nitelikteki müdahalelerin ve bunlara karşı yapılan bireysel başvuruların devam ettiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, idarenin mevcut uygulamaları ile infaz hâkimliklerinin söz konusu uygulamalarının hakkaniyete uygunluğunu sağlamakta yaşadıkları güçlük birlikte değerlendirildiğinde süreli yayınların ceza infaz kurumlarına kabul edilmesine ilişkin mevcut sistemde uygulamadan kaynaklanan idari ve hukuki düzenleme yapılmasını gerektirecek nitelikte bir yapısal sorun bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸¹ Doktrinde Göztepe, söz konusu yapısal sorun bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlanması sebeplerinin kanuni düzenlemelerde tüketici şeklinde sayılması ve bu sebepler dışında idareye bir takdir yetkisi bırakılmaması şeklinde bir çözümün yararlı olabileceğini ileri sürmüştür.⁸²

Mahkeme, radyo yayını yapmak amacıyla yapılan başvuruların sıralama ihalesi yapılamadığı için reddedilmesinin, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştiren yayın hakkını olumsuz olarak etkileyen yapısal bir sorun olduğuna hükmetmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, Anayasa kurallarının ve kanunların emredici hükümlerine rağmen karasal radyo yayıncılığı organize edilerek bu alanda frekansların hakkaniyete uygun bir yöntemle tahsislerinin sağlanması suretiyle düzen kurulmadığı takdirde söz konusu yapısal sorunun ifade ve basın özgürlüklerinin devamlı ihlali anlamına geleceğini vurgulamıştır.⁸³

4. Etkili Başvuru Hakkının Bulunmaması

Anayasa Mahkemesi, Y.T. başvurusuna dair vermiş olduğu pilot kararda kötü muamele yasağı,⁸⁴ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri başvurusuna ilişkin pilot kararında ifade ve basın özgürlüğü,⁸⁵ Nevriye Kuruç başvuru-

⁸¹ Mahkeme, yapısal soruna ilişkin çözüm olarak öngördüğü hukuki düzenlemelerin taşınması gereken ölçütleri ayrıntılı şekilde açıklamıştır. Bu bağlamda birinci ölçüt kapsamında, tutuklu veya hükümlü, ceza infaz kurumlarında bulunan emanet hesabına yatırılan paradan karşılanması koşuluyla herhangi bir yayının kurumca satın alınarak kendisine verilmesini isteyebilmelidir. İkinci ölçüte göre; resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Cumhurbaşkanı tarafından vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkarılan gazete, kitap ve basılı yayınlar mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla tutuklu veya hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilmelidir. Üçüncü ölçüt uyarınca tutuklu veya hükümlü, kurum kütüphanesinden serbestçe yararlanma imkanına sahiptir. Dördüncü ölçüt doğrultusunda tutuklu veya hükümlü, mensup olduğu dinin bayram günlerinde, yılbaşında ve nüfus kaydında belirtilen doğum günlerinde dışarıdan kargo yoluyla gönderilen ya da ziyaretçileri tarafından hediye olarak getirilen kitapları kabul etme hakkına sahiptir. Son olarak eğitim ve öğretimine devam eden tutuklu veya hükümlünün ders kitapları, herhangi bir engelleme olmadan kendisine verilmelidir. AYM Kararı, Başvuru No: 2016/12936, 27.03.2019, §38, 57, 59, 60; AYM Kararı, Başvuru No: 2017/20009, 12.01.2022, §41, 45, 48, 49.

⁸² Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme.", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38, S. 1, (2021): 74.

⁸³ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/11028, 18.10.2017, §65, 67; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/13819, 10.01.2018, §22, 24; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/3369, 08.02.2018, §22, 24; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/7019, 08.02.2018, §22, 24; AYM Kararı, Başvuru No: 2015/14943, 21.02.2018, §22, 24.

⁸⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, §62.

⁸⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, §146.

rusuna dair pilot kararında makul sürede yargılanma hakkı⁸⁶ ve Sabri Uhrağ başvurusuna ilişkin kararında ise mülkiyet hakkı⁸⁷ ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu pilot kararlarda etkili başvuru hakkı ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verdiği farklı hak ve özgürlüklere ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Değinen hak ve özgürlüklerle ilgili hususların ayrı başlık altında ele alınacağı daha önce belirtilmiştir.

a. Kötü Muamele Yasağı ile Bağlantılı Olarak Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi

Y.T. başvurusuna ilişkin Mahkeme tarafından verilen pilot kararda, yabancı bir kişinin sınır dışı edilme kararına itiraz hakkıyla ilişkili bir sorun ele alınmıştır. Karara konu başvuruda, Rusya Federasyonu vatandaşı olan başvurucu, dinî inancı ve siyasi görüşü nedeniyle ülkesinden kaçmak zorunda kaldığını, yasal yollarla Türkiye'ye giriş yaptığını ve Türk vatandaşı ile evlendiğini, ülkesine geri gönderilmesi halinde maddi ve manevi bütünlüğünün tehlikeye düşeceğini belirterek idare mahkemelerinde açılan davaların sınır dışı işlemini kendiliğinden durdurma yetkisinin bulunmaması nedeniyle pratikte etkili bir yol olmaktan çıktığını, bu konuda bireysel başvuru dışında etkili yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, söz konusu davada; hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişiye ülkesinde karşılaşılabileceği risklere yönelik olarak gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu karara karşı etkili bir karşı çıkma imkanı tanınması gerektiğini ve bu imkanın ise ancak etkili başvuru yolu ile sağlanabileceğini ifade etmiştir. Kararda, etkili başvuru hakkı; Anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese, hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlama) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkanı sağlanması şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda etkili başvuru hakkı ışığında sınır dışı etme kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı etme kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁸

Bireysel başvuru konusu sınır dışı etme işleminin dayandığı 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin idari mercilere, hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişiyi mahkemeye başvurmasına olanak tanımadan ülke dışına çıkarma imkanı tanıdığı ifade edilmiştir. Mahkeme, anılan Kanun'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerine istinaden sınır dışı edilmelerine karar verilen kişilerin tamamı bakımından uygulandığına ve bu doğrultuda ihlalin bir yasama işlemi olan kanun hükmünden kaynaklandığına dikkat çekmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu başvurunun 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yapılan değişikik-

⁸⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §99.

⁸⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2017/34596, 29.12.2020, §70.

⁸⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, §46-48.

likten sonra Anayasa Mahkemesine yapılan ilk başvuru özelliğini taşıdığını, söz konusu başvuruyu takiben 8 Nisan 2019 tarihi itibarıyla aynı mahiyette 1.545 başvurunun daha yapılmış olduğunu, her geçen gün yeni başvuruların yapılmaya devam ettiğini ve söz konusu başvuruların mevzuat değişikliğine bağlı yapısal bir sorundan kaynaklandığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, TBMM tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hale getirilmesinin ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması halinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılmasının bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracığı ve benzer nitelikte yeni başvuruların yapılmasını engelleyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁹

Y.T. başvurusuna ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen pilot karar kapsamında yapısal sorun olarak tespit edilen 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin 3. fıkrası, 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile değiştirilmiştir. Değişiklik doğrultusunda 6458 sayılı Kanunun 53. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*on beş gün*" ifadesi "*yedi gün*" şeklinde değiştirilmiş ve düzenlemede yer alan "*54'üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç,*" şeklindeki istisna düzenleme metninden çıkarılmıştır. 7196 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde 6458 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler ve uygulamada yaşanan sorunların ortadan kaldırılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde ise Mahkeme tarafından verilmiş olan pilot karara doğrudan atıf yapılmış ve karar doğrultusunda sınır dışı etme işleminin iptali için dava açılması halinde işlemin dava sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden durmasının ve bu sayede yabancıların adalete erişim haklarını etkili bir şekilde kullanmalarının sağlanmış olacağı belirtilmiştir. Ayrıca dava açma süresi boyunca yabancıların geri gönderme merkezlerinde beklenmesinden dolayı 15 günlük sürenin 7 güne indirilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir. Nitekim bu sayede yabancıların özgürlüğünün kısıtlanması ve barınma giderlerinin artması şeklindeki sorunların önüne geçilmesinin sağlanacağına dikkat çekilmiştir.⁹⁰ Doktrinde Göztepe, 7196 sayılı Kanun'un yargı ile yasama organı arasındaki olumlu işbirliği açısından iyi bir örnek teşkil ettiğini belirtmiştir.⁹¹

7196 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında benzer taleplerle yapılan başvurulara ilişkin verilen Mahkeme kararlarında söz konusu değişiklik ile ilgili farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkeme bazı kararlarında Y.T. başvurusuna ilişkin pilot kararda öngörülen şekilde çözüm üreten hukuki düzenleme-

⁸⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, §73-76.

⁹⁰ 18.11.2019 tarihli "Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 16, 2022, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2368.pdf>.

⁹¹ Göztepe, "Çağrı Kararları", 60.

nin bir yıllık süre içinde yapılmamasından dolayı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme, ihlal kararından sonra başvurucular için yeni bir hukuki sürecin başlayacağı dikkate alındığında getirilen bu güvence ile birlikte mevzuat konusundaki sorunun giderildiğini, buna karşın idari makamlar tarafından alınan sınır dışı etme kararlarının halen mevcut olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ihlal sonucu uyarınca kamu organlarının sınır dışı etme kararlarını geri alması ve yeniden bir işlem tesis edilinceye kadar söz konusu kararların icra edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹²

Mahkeme bazı kararlarında ise 7196 sayılı Kanun ile getirilen güvence karşısında sınır dışı etme işlemine karşı idare mahkemesinde dava açmanın etkili bir yol olmadığına söylenemeyeceğini vurgulamıştır.⁹³ Mahkeme, düzenleniş biçimine göre açıkça yargılama usulüne ilişkin sürece atıf yapan 7196 sayılı Kanun karşısında hem Kanun'dan önce hem de sonra tesis edilmiş olan sınır dışı işlemlerine karşı iptal davası açıldığı takdirde artık yürütmenin durdurulmasına dair bir karar alınmasına ihtiyaç olmadan işlemin icra edilebilir hale gelmesi için yargılamanın sonuçlanmasının beklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴

b. İfade ve Basın Özgürlükleri ile Bağlantılı Olarak Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi

Etkili başvuru hakkına dair başka bir yapısal sorunun tespit edildiği Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerlerinin başvurusuna dair pilot kararda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin ele alındığı daha önce belirtilmiştir.⁹⁵ Mahkeme, söz konusu kanun hükmü uyarınca verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı itiraz makamlarına başvuruda bulunabilmiş olmalarına rağmen itiraz makamlarının gerekçeli kararlarında başvurucuların iddialarını ve delillerini dikkate almadığını, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba içinde olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme, itiraz makamlarının internet içeriklerine erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ve orantılılık ölçütlerine uygunluğunu değerlendirmedikçe ve somut başvuru koşullarında itiraz makamının etkili olmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, kanun hükmünden kaynaklanan ihlallerin ve sonuçlarının giderilebilmesi

⁹² AYM Kararı, Başvuru No: 2016/43088, 24.03.2021, §42, 59; AYM Kararı, Başvuru No: 2017/5849, 03.12.2020, §42, 59.

⁹³ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/27603, 20.04.2020, §25; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/27603, 15.05.2020, §43; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/24615, 09.06.2020, §26; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/34546, 04.11.2020, §26; AYM Kararı, Başvuru No: 2017/38535, 27.01.2021, §26; AYM Kararı, Başvuru No: 2019/18739, 02.02.2022, §28; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/32335, 23.02.2022, §31; AYM Kararı, Başvuru No: 2019/42965, 15.03.2022, §19.

⁹⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/24613, 02.06.2020, §45; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22584, 21.04.2021, §45; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/27603, 15.05.2020, §42.

⁹⁵ Söz konusu düzenleme ve pilot karar için bkz. "Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Müdahaleler" isimli başlık.

ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁶

c. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Bağlantılı Olarak Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi

Nevriye Kuruç başvurusuna konu olan Mahkeme kararı, başvuru, 10 Aralık 2014 tarihinde işçi alacaklarının tahsili amacıyla İş Mahkemesinde dava açtığı ve yargılamanın devam ettiği iddiasına dayanmaktadır. Buna karşın Mahkeme, bireysel başvurunun ikincil nitelikte, yani idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecek kendine özgü, olağan dışı, Anayasal bir başvuru yolu olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan önce ihlalin tespiti ve oluşan zararın tazmini için başvuru yapılabilecek idari veya yargısal başvuru yolu söz konusu olmadığı için Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının güvencelerinin mevcut başvuru açısından sağlanmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla ilgili başvuru yapılabilecek etkili bir yolun ihdas edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁹⁷

Mahkeme, başvuru yolunun etkili olabilmesi için devam eden yargılama ve davalara yönelik olarak da başvuru imkanı olması, tazminat talebinin makul süre içinde neticelendirilmesi, hükmedilen tazminat bedelinin makul bir sürede ödemesi, başvuru yolundaki usul kurallarının Anayasal güvencelere uygun olması, başvuru ve yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmaması ve tazminat miktarlarının Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarlarına uygun şekilde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁸

d. Mülkiyet Hakkı ile Bağlantılı Olarak Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi

Mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkına dair yapısal soruna ilişkin bir diğer karara konu olan Sabri Uhrağ başvurusunda başvuru, tasman etkisi sonucu zarar görmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ileri sürülmüştür. Mahkeme, somut olayda başvuru hakkının mülkiyet hakkı kapsamında yer alan konutunun madencilik faaliyetleri sonucu büyük ölçüde tasman etkisi sebebiyle yıkılarak kullanılamaz hale geldiğini ve başvuru hakkının hem Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü'nün (TTK) hem de özel Şirketin kusurlarından dolayı zararın

⁹⁶ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, §145, 159.

⁹⁷ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §98, 113.

⁹⁸ AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, §95.

meydana geldiğini ileri sürdüğünü belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, 3303 sayılı Kanun'un 3. maddesinin kategorik olarak kusurlu-kusursuz sorumluluk ayırımı yapmaksızın hiçbir tazminat davası açılmayacağını düzenlediği için gerek ilk derece mahkemesi gerek Yargıtay Dairesi zararın madencilik faaliyeti sırasında TTK'nın veya özel Şirketin kusurlu davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığını irdelemediklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme sonuç olarak, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının esasının incelenmesini ve giderim sağlanmasını engelleyen kanun hükmü nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁹

5. Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Evli Kadının Soyadı Hususu

Uygulamada evli kadının soyadına ilişkin sorun olarak adlandırılan husus da Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımıştır. Söz konusu sorun, temelde evli kadınların yalnızca evlilik öncesindeki soyadlarını kullanmasını engelleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine¹⁰⁰ dayanılarak yapılan uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın geliştirilmesi ve korunması ile 20. maddesinde yer alan özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Mahkeme, Sevim Akat Eşki başvurusuna ilişkin kararında; cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve cinsiyetler arası eşitlik ilkeleri açısından söz konusu Kanun hükmünü uluslararası hukuk belgeleriyle kıyaslamıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası¹⁰¹ uyarınca uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınmasının zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, söz konusu Anayasa hükmünün bir zımni ilga kuralı olduğunu ve bu doğrultuda temel hak ve

⁹⁹ Mahkeme, söz konusu yapısal sorunun çözümü için önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet olan madencilik sebebiyle kategorik olarak hiçbir durumda tazminat talep edilmemesine yol açan söz konusu kanun hükmünün ilgili Anayasal ilkeler çerçevesinde gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çözüm açısından Mahkeme, kararının 31-41 ile 51-59 paragrafları arasında belirlemiş olduğu Anayasal ilkeler, uluslararası hukuk belgeleri ve yargı organlarının kararları ile karşılaştırmalı hukuk örneklerinin dikkate alınmasının yararlı olacağına dikkat çekmiştir. AYM Kararı, Başvuru No: 2017/34596, 29.12.2020, §68-70, 78.

¹⁰⁰ 4721 sayılı Kanun'un "Kadının soyadı" kenar başlıklı 187. maddesi: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir." şeklindedir. 4721 sayılı "Türk Medeni Kanunu" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 13, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

¹⁰¹ 1982 Anayasasının "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" kenar başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrası: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindedir. 2709 sayılı "Türkiye Cumhuriyet Anayasası" başlıklı Anayasa için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 13, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve cinsiyetler arası eşitlik ilkesi açısından Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası Sözleşme¹⁰² ile çatıştığını belirtmiştir. Mahkeme, uyumsuzluğu karara bağlayan derece mahkemelerinin AİHS ve diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşme hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığını vurgulamıştır.¹⁰³

Mahkeme, benzer değerlendirmelerine başka kararlarında da yer vermiştir.¹⁰⁴ Buna karşın Ayşe Sena Sezgin başvurusunda evlendikten sonra evlilik öncesi soyadını kullanma yönünde idareye başvurduğunu, ancak söz konusu talebinin ilgili idare tarafından reddedildiğini belirten başvuru, ihlal iddiasına ilişkin olarak hukuk sisteminde yer alan başvuru yollarının da başarı şansı bulunmayan mahkeme masrafı ve zaman kaybına yol açan yollar olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, belirttiği sebeplerle hukuk mahkemesine başvurmadan bireysel başvuru yolunu tercih etmiştir. Başvurucunun iddialarına karşın Mahkeme, söz konusu hukuki yolların etkisizliğini ortaya koyan somut verilere dayanmadığını ve başvurunun ihlal iddiasına konu talebi kapsamında etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma yoluna gidilmediğini belirterek söz konusu başvurunun "*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁵

AİHM, 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesi ile ilgili olarak kişinin soyadını özel hayat kapsamında ele almış ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal makamlar tarafından izin verilmemesinin Sözleşme'nin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁶ Anayasa

¹⁰² Söz konusu uluslararası belgeler için bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013, §25-43.

¹⁰³ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013, §44-45, 47.

¹⁰⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/4439, 06.03.2014, §39-40, 42; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/5836, 16.04.2015, §44-45, 47.

¹⁰⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/13367, 15.04.2015, §15, 17.

¹⁰⁶ AİHM Kararı, Başvuru No: 29865/96, §68, 16.11.2014; AİHM Kararı, Başvuru No: 7971/07, §22, 28.05.2013; AİHM Kararı, Başvuru No: 26268/08, §20, 03.09.2013; AİHM Kararı, Başvuru No: 38249/09, §28, 10.12.2013.

Mahkemesi 2011 yılında vermiş olduğu kararında ise 4721 sayılı Kanun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁷ Bu bağlamda doktrinde Karan, Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan 10 yıllık süre yasağı sebebiyle pozitif hukuk ile AYM içtihatları arasındaki uyumsuzluğun kanun değişikliği ile ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁸

Doktrinde Havutcu ve Kalkancı, evlenen kadın ile erkeğin bekarlık soyadlarını kanunen kullanmaya devam edip, ancak talep etmeleri halinde eşlerden birinin ya da ortaklaşa seçilecek başka bir soyadının, haklı bir nedene dahi dayanmaksızın ortak soyadı olarak kullanabileceğinin düzenlenmesinin soyadı sorunu için bir çözüm olacağını ileri sürmüştür. Yazarlar ayrıca, kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşin kendi soyadını ortak soyadın önünde kullanmayı tek başına talep edebilmesi ve her halükarda ortak bir soyadın seçildiği durumda çocuğun soyadının bu ortak soyad olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁹ Göztepe, sadece mahkeme kararlarıyla idarenin örnek bir uygulama yapmasının güvence altına alınmamış olduğunu ve aynı zamanda 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinde yer alan düzenlemeyi “*bir hak*” olarak gören, yani sadece kocasının soyadını kullanmak isteyen evli kadınların hukuki durumunun belirsizliğini koruduğuna dikkat çekmiştir.¹¹⁰ Göztepe başka bir eserinde evlilikte soyadı kullanımını açısından kanuni düzenlemede yer alabilecek seçenekleri belirtmiştir. Yazar, zorunlu olmamak kaydıyla eşler tarafından ortak bir soyad seçilebilmesi, her iki eşin de doğumla kazandıkları soyadın ortak soyadı olarak tercih edilebilmesi veya eşlerin ikisinin de soyadından oluşan ikili bir soyad seçilebilmesi şeklinde imkanların

¹⁰⁷ Mahkeme'nin söz konusu kararının ilgili kısmı: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımını ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan ‘özel hayatın ve aile hayatının korunması’ ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” şeklindedir. AYM Kararı, Esas No: 2009/85, Karar No: 2011/49, 10.03.2011.

¹⁰⁸ Karan, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*, 269.

¹⁰⁹ Ayşe Havutcu ve Yasemin Kalkancı, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, S. 2, (2020): 170.

¹¹⁰ Göztepe Çelebi, “Kurumsallaşma İhtiyacı”, 108.

tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Çocuğun soyadı açısından yazar, varsa ortak soyadı, yoksa da eşlerden birinin soyadı veya eşlerin soyadından oluşan ikili bir soyadının tercih edilmesi imkanının öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹¹ İnceoğlu ise söz konusu kanun hükmü hakkında iptal kararı verilmemesinden dolayı uygulamada her evli kadının ayrı ayrı dava açmak zorunda bırakılmasının sorun olacağına dikkat çekmiştir. Yazar, nüfus idarelerinin söz konusu kanun hükmüne dayanarak işlem yapmaya devam etmesinin Mahkeme kararında belirtildiği üzere Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olacağını ifade etmiştir.¹¹²

Evli kadının soyadına ilişkin sorun, her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça yapısal bir sorun olarak nitelendirilmemiş olsa da kararlarda yürürlükte bulunan bir kanun hükmünün uluslararası sözleşme hükümleriyle çatışmasından dolayı uygulanmaması gerektiğine karar verilmesi önemli bir husustur. Nitekim söz konusu sorun, yürürlükteki bir kanun hükmünden kaynaklanmakta ve ihlal başvurusu ihtimali açısından her evli kadını etkilemektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, kadının soyadını düzenleyen 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesi, cinsiyet eşitliğini öngören uluslararası belgelere uyumlu şekilde tekrar düzenlenmelidir.

6. Mülkiyet Hakkının İhlali

Anayasa Mahkemesi, Bedrettin Morina başvurusuna ilişkin kararında yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanma imkânının sonradan vatandaşlığa alınanlar yönünden sadece vatandaşlığa alınma tarihinden sonraki süre için tanınması nedeniyle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını ele almıştır. Somut olayda 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 3. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması doğrultusunda gerçekleştiği iddia edilen hak ihlali ile ilgili olarak Mahkeme, yurt dışında geçen hizmet sürelerinin borçlanılması suretiyle yaşlılık aylığı tahsisi bakımından kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Buna karşın Mahkeme, somut olayın koşulları altında sonradan vatandaşlığa geçen başvurucuya doğumla vatandaşlık elde eden kişilerin aksine vatandaşlığı kazandığı tarihten önceki yurt dışı hizmetleri için borçlanma imkanı tanınmaması açısından haklı ve objektif bir gerekçe gösterilemediği için mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muamelenin ortaya çıktığına dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, çalışma çağını geride bırakmış başvurucunun objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahale sonucunda sosyal güvenlik şemsiyesinin dışında kaldığından aşırı bir külfet altına girdiğine ve

¹¹¹ Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54, S. 2, (1999): 129.

¹¹² Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayını, 2017), 202.

dolayısıyla başvuru konusu olayda mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹³

B. YAPISAL SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN YARGISAL TEDBİRLER

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu pilot kararlarda, bireysel başvuruya ilişkin diğer kararlarından farklı bazı tedbirlere hükmetmiştir. Buna karşın bireysel başvuruya ilişkin diğer kararlarla aynı şekilde pilot kararlarda, başvuru konusu ihlalin giderilmesi için gerekli tedbirler de öngörülmüştür. Nitekim Mahkeme tarafından verilen pilot kararlarda, diğer kararlarda da olduğu gibi talep varsa adli yardım talebi karara bağlanmıştır. Başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebi varsa, bu talebe ilişkin de karar verilmiştir. Hak ihlali iddiasının kabul edilebilirliği ve söz konusu hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin tespit yapılmıştır. Nitekim hak ihlali olduğu sonucuna ulaşılmışının ardından yapısal bir sorunun da tespiti halinde pilot karar usulünün işletilmesine karar verilmiştir. Pilot karar ve yapısal sorunlara ilişkin tedbirlerden başka, yeniden yargılama yapılmasında yarar görülmesi halinde başvuru konusu ihlalle ilişkili kararı veren mahkemeye dosya gönderilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, maddi veya manevî tazminat talebinin bulunduğu başvurularda şartları oluşmuş ise başvurucuya tazminat ödenmesi ve yargılama giderleri, ödemede gecikme olması halinde yasal faiz uygulanması ve verilen kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesi ile ilgili tedbirlere karar verilmiştir.¹¹⁴ Kanaatimizce pilot kararlar ile diğer bireysel başvuru kararları arasındaki ortak unsurlar olarak değerlendirilebilecek söz konusu tedbirleri, AİHM uygulamasındaki bireysel tedbir şeklinde nitelendirmek doğru olacaktır. Nitekim söz konusu tedbirler, bireysel hak ihlallerinin telafisi için hükmedilen tedbirler olup hakkı ihlal edilen kişiyi ve kamu gücünü etkilemektedir. Buna karşın pilot kararların ayırt edici özelliği niteliğindeki diğer tedbirler daha geniş etkiye sahiptir ve bu doğrultuda yine AİHM uygulamasındaki genel tedbir niteliğinde kabul edilmelidir.

Genel tedbirler olarak da nitelendirilmesi gereken ve Mahkeme tarafından verilen pilot kararlarda öngörülen tedbirlerden ilki, doğal olarak AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesi uyarınca pilot karar usulünün uygulanmasına karar verilmesidir. Pilot karar konusu ihlalin kaynağı olan yapısal sorunun bir kanun hükmüne bağlı olması halinde "*keyfiyetin yasama organına bildirilmesine*" hük-

¹¹³ Mahkeme, söz konusu yapısal sorunun çözümü için yapılması gereken düzenlemenin sonradan vatandaşlığa alınanlara belirli koşullar altında yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanabilme imkanı tanınarak sosyal güvenlik şemsiyesi kapsamına dâhil olabilmelerine olanak sağlayacak nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. AYM Kararı, Başvuru No: 2017/40089, 05.03.2020, §52, 62.

¹¹⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, VI. Hüküm kısmının A, B, C, D, J, L, M, N ve O fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021, VI. Hüküm kısmının A, B, F, G, H, I ve İ fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, VI. Hüküm kısmının A, B, G, H, İ, J ve K fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, VI. Hüküm kısmının B, C, H, I, İ, J ve K fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, VI. Hüküm kısmının A, B, F, G, H, İ ve J fıkraları.

medilmektedir. Mahkeme, aynı hususta başvuru tarihinden sonra yapılan ve kardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren belli bir süre ile ertelenmesine ve pilot karar konusunda Mahkeme’nin internet sitesi üzerinden başvuru numaraları ilan edilmek suretiyle başvuruları pilot karar kapsamına alınan ilgililerin bilgilendirilmesine karar vermektedir.¹¹⁵ Doktrinde Göztepe belirli bir süre ile erteleme kararlarının dolaylı biçimde yasama organına tanınan maksimum düzenleme süresi olarak düşünüldüğünün kabul edilebileceğini ileri sürmüştür.¹¹⁶ Pilot karar verilmesi halinde benzer başvuruların incelenmesinin ertelenmesi kararının ihlali derinleştirileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Nitekim otomatik bir şekilde erteleme kararı verilmesinin Mahkeme’nin iş yükü göz önüne alındığında hali hazırda uzun zamandır beklemekte olan ve pilot karar ile benzer bir hak ihlali iddiasının yeniden olağan yargı yollarına sevk edilmesinin de bir hak ihlali doğurmasının mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir.¹¹⁷ Doktrinde yapısal sorunlara ilişkin Mahkeme kararlarının TBMM’ye bildirilmesinin, yasama organının dikkatinin yapısal sorunlara çekilmesi bağlamında olumlu sonuç doğurabileceği belirtilmiştir.¹¹⁸ Kılıç, kararın TBMM’ye bildirilmesinin kanuna yapma yetkisine müdahale niteliğinde olmadığını, bildirim temelinde çok sayıda hak ihlali iddiası ve bu iddialara dayalı olarak Mahkeme tarafından verilen ve gelecekte verilecek olan aynı nitelikteki kararların yer aldığını vurgulamıştır. Yazar, yapısal soruna neden olan kamu gücü tasarrufunun bir kanun hükmü veya düzenleme eksikliği olmasından dolayı kararın muhatabının TBMM olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁹

Y.T başvurusuna ilişkin pilot kararda, incelemesi ertelenen başvuruların listesinin idari mercilerce konuya ilişkin çözüm bulunması amacıyla Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü ve İnsan Hakları Daire Başkanlığı ile İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’ne gönderilmesine hükmedilmiştir. Ayrıca söz konusu kararda, diğer pilot kararlardan da farklı olarak yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar başvuru sınırlarını dışı edilmemesine karar verilmiştir.¹²⁰ Söz konusu kararı, 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin 5. fıkrası¹²¹ bağlamında bir tedbir olarak kabul etmek doğru olacaktır.

¹¹⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6548, 10.06.2021, VI. Hüküm kısmının C, D ve E fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/14884, 27.10.2021, VI. Hüküm kısmının C, D, E ve F fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/5903, 10.03.2022, VI. Hüküm kısmının D, E, F ve G fıkraları; AYM Kararı, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, VI. Hüküm kısmının C, D ve E fıkraları.

¹¹⁶ Göztepe, “Çağrı Kararları”, 60.

¹¹⁷ Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti*, 645.

¹¹⁸ Karan, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*, 271.

¹¹⁹ Abbas Kılıç, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi.”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38, S. 1 (2021): 104.

¹²⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, VI. Hüküm kısmının E, F, G, H, İ ve K fıkraları.

¹²¹ 6216 sayılı Kanun’un “Esas hakkındaki inceleme” kenar başlıklı maddesinin ilgili kısmı: “Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuru temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri

III. YAPISAL SORUNLARIN NİTELİĞİ VE ÇÖZÜM YOLLARI

Yapısal sorun kavramının benzer birçok başvuru ve ihlal iddiasının doğduğu idari, yargısal veya yasal düzeyde belirli bir önem derecesine sahip olan köklü ve kronik bir sorun şeklinde tarif edilmesi mümkündür¹²². Doktrinde Şirin, yapısal sorunların çözümü açısından Mahkeme kararında sorunun açık bir şekilde ortaya konulması ve çözümü için gerekli yardımcı tedbirlerin öngörülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, tazminat ile giderilemeyecek olan yapısal sorunların çözümü için yol gösterici tedbirler kapsamında gerektiğinde ilgili kanun hükmünün değiştirilmesi ve hatta duruma göre hangi çerçevede düzenleme yapılması gerektiğinin de ortaya konmasının doğru olacağını belirtmiştir. Buna karşın yasama, yürütme ve yargı organlarının yetki alanlarının ihlal edilmemesi açısından çözümü ilişkin tedbirlerin genel hatlarıyla açıklanmasıyla yetinilmesi yararlı olacaktır.¹²³

Yapısal soruna sebep olan başvuru sayısına ilişkin bir alt veya üst sınır belirlemek yerine hak ihlali iddialarının aşırı ve katlanılamaz derecede artması şeklinde bir hususun kabul edilmesi doğru olacaktır.¹²⁴ Mahkeme tarafından yapısal sorunun çözümü için hükmedilen tedbirlerin gerçekleştirilmemesi halinde söz konusu yapısal soruna ilişkin benzer bireysel başvuruların yeniden Mahkeme önüne taşınması ve tazminat yolu da dahil olmak üzere bu bağlamdaki tedbirlere hükmedilmesi mümkündür.¹²⁵ Doktrinde Göztepe, yapısal sorunların çözümü açısından her bir bakanlık ve TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı bünyesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının takibinden ve icrasının sağlanmasından sorum-

tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar." şeklindedir. 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun" için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>; Tedbir kararının ayrıntıları Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Tedbir kararı" başlıklı 73. maddesinde: "(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.

(2) İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurucunun talebi üzerine dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.

(3) Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.

(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar." şeklinde düzenlenmiştir. 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/>.

¹²² Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 224.

¹²³ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti*, 643.

¹²⁴ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 233.

¹²⁵ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti*, 645.

lu bir birimin kurulmasının etkili bir işbirliği bağlamında yararlı olacağını ileri sürmüştür.¹²⁶

Doktrinde Köküarı, pilot karar yönteminin hem bireylerin hak ihlallerinin daha hızlı telafi edilmesini hem de Mahkeme'nin iş yükünün azalmasını sağlayabileceğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, pilot karar yönteminin amaçlarını gerçekleştirebilmesi için yasama, yürütme ve yargı organlarının etkin şekilde işbirliği yapması ve devlet organlarının Mahkeme tarafından hükmedilen tedbirleri kendi yetki alanlarına müdahale şeklinde görmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Gerçek hakların korunması gerekse Anayasanın yorumu açısından önemli başvuruların görülmesine zaman ayrılması için pilot karar yönteminin yararlı olduğunu belirten yazar, insan haklarının korunmasından sorumlu olan tek organın Anayasa Mahkemesi olmadığını ve dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organlarının da yapısal sorunun çözümü konusunda işbirliği yapması gerektiğini haklı olarak ileri sürmüştür.¹²⁷

Doktrinde Şirin, idari uygulamalardan kaynaklanan yapısal sorunların çözümü açısından sorun teşkil eden idari uygulamanın yetki alanına girdiği ilgili Bakanlık ile Adalet Bakanlığı arasında sürekli bir bağ olması gerektiğine dikkat çekmiştir. Yazar, kanun hükmünden kaynaklı yapısal sorunların muhatabı yasama organı olduğu için Adalet Bakanlığı'nın etkinliğinin azaldığını ve TBMM'nin yapısal soruna ilişkin süreçlere daha çok dahil olmasının öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Paralel şekilde yargısal yaklaşımdan kaynaklı yapısal sorunların çözümü ve Anayasa Mahkemesi ile yüksek yargı organları arasındaki iş bölümü bağlamında yazar, yüksek yargı organları ve HSK'nın etkinliğinin artırılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, her nitelikteki yapısal sorunun tespiti açısından Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun, Kamu Başdenetçisinin, muhalefet partilerinin, doktrinin ve diğer sivil toplum örgütlerinin görüşlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.¹²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar yoluna başvururken benzer başvuruların birleştirilmesinin sebeplerini, pilot karara başvurma gerekçesini, tespit ettiği yapısal sorunun özelliklerini, yapısal sorunun neden hak ihlallerine yol açtığını ve yapısal sorunun çözümüne dair tedbirleri net şekilde ortaya koyması gerektiği ileri sürülmüştür.¹²⁹

Doktrinde yapısal sorunun kaynağını teşkil eden kanun hükmünün, idarenin düzenleyici işleminin veya mahkeme kararının bireysel başvuru kapsamında iptal edilmesi yetkisinin açıkça Mahkeme'ye tanınmamış olmasının yapısal sorunun çözümü açısından bir eksiklik olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca Mahkeme kararlarının ne ölçüde ve hangi kapsamda icra edildiğini denetleyecek etkili bir meka-

¹²⁶ Göztepe Çelebi, "Kurumsallaşma İhtiyacı", 113.

¹²⁷ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 235-236.

¹²⁸ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti*, 641-642.

¹²⁹ Köküarı, "Pilot Karar Uygulaması", 226.

nizmanın yokluğunun da pilot karar usulünün etkinliği açısından mesele teşkil edeceğine dikkat çekilmiştir.¹³⁰

Türk Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen yapısal sorunların gerektiği gibi çözümünü açısından kanaatimizce özellikle yasama organı ile Mahkeme arasındaki işbirliğinin etkinleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme kararlarının Meclis'e iletilmesine yönelik olarak karşılaştırmalı hukukta yasama organına çağrı kararı şeklindeki yetkinin açıkça Türk Anayasa Mahkemesi'ne tanınması da söz konusu işbirliği açısından gerekli bir husustur. Ayrıca Mahkeme kararlarının yasama sürecine belli bir ölçüde dahil olmasının sağlanması için Meclis'e gönderilen kararlarda tespit edilmiş olan yapısal sorunlara ilişkin genel görüşme açılması, çözüme yönelik bir adım olabilecektir. Yasama organına çağrı kararı yetkisi ile genel görüşme yolunun ayrı birer alt başlık altında ele alınması, yapısal sorunlara çözüm önerisi sunulması açısından daha yararlı olacaktır.

A. YASAMA ORGANINA ÇAĞRI KARARLARI

Yasama organına çağrı kararları, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı bir karar türüdür. Alman Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kendisini Anayasa'ya aykırılığı belirlemekle sınırlamakta, bununla birlikte yasama organını dava konusu hukuki sorunu Anayasa'ya uyumlu hale getirmeye davet etmektedir. Mahkeme'nin normu iptal etmek yerine, yasama organına çağrı kararı vermesi; yasama organının takdir yetkisinin korunması ve ayrıca yasanın iptali ile bir hukuk boşluğunun doğmasının ve bundan kaynaklanacak hukuksal güvensizliğin önlenmesi amaçlarından ileri gelmektedir.¹³¹ Almanya'da çağrı kararları, II. Dünya Savaşı'nın galip devletlerinin 1945-1949 yılları arasında koymuş oldukları kanunların 1949 Alman Anayasası'na uygunluğunun incelenmesinden doğmuştur. Anayasa'ya açıkça aykırı olan kanunları iptal ederek ortadan kaldırmanın hukuk düzeninde yaratacağı ağır sonuçlar ile yasama organına Anayasaya aykırılığı gidermek için verilen süreden dolayı ortaya çıkacak olan zarar arasında denge bulma çabası çağrı kararları ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.¹³²

Mahkeme, bazı durumlarda ise Anayasa'ya aykırılık belirlemesinden de kaçınabilmektedir. Bu bağlamda dava konusu hukuk kuralının bir geçiş dönemi için uygulanabileceğine karar vermekte ve yasama organını bu süre içinde Anayasa'ya uygun düzenlemeyi yapmaya davet etmektedir. Bu tür kararlara göre kanun henüz Anayasa'ya aykırı değildir, ancak Mahkeme kesin olarak belirlediği bir süre içinde durumun düzeltilmesi için yasama organına çağrıda bulunmaktadır. Mahkeme, verdiği bu tür kararlarla bir yandan Anayasa'ya aykırı duruma uzun süre göz yummak zorunda kalmamakta, diğer yandan iptal kararının istenmeyen

¹³⁰ Cengiz, "Anayasa Şikayeti", 41.

¹³¹ İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi, 2007, 147.

¹³² Göztepe, "Çağrı Kararları", 47.

sonuçlarını engelleyebilmektedir. Mahkeme bu şekilde Anayasa'ya aykırı mevcut durumdan daha az bağdaşan bir durumun ortaya çıkmasını önlenmeye çalışmaktadır. Ayrıca bu sayede yasama organının düzenleme yapma konusundaki takdir alanı korunmuş olmaktadır.¹³³

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen çağrı kararlarında, hukuki durumun mevcut şartlarda Anayasa'ya uygunluğu kabul edilmekte, buna karşın hukuk kuralındaki değişimin Anayasa'ya aykırılığa doğru gitmekte olduğu bildirilmekte ve Anayasa'ya aykırılığa dönüşme tehdidinin yasama organı tarafından alınacak tedbirlerle engellenmesi gerektiği beyan edilmektedir. Çağrı kararları kapsamında içi yasama organı tarafından doldurulacak olan bir çerçevenin Mahkeme tarafından belirlenmesi ile yetinilmesi, yargı yetkisinin Anayasa'ya uygun şekilde kullanılması açısından önem taşımaktadır.¹³⁴ Genel olarak, temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesine ilişkin Anayasal hükümlere uyulmaması, yasama organının değişen Anayasal koşullara uyma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamalar, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bir tür uyarı kararı niteliğinde olan çağrı kararı verilmesine sebep olmaktadır.¹³⁵

Karşılaştırmalı hukukta Latin modeli olarak adlandırılan bazı ülkelerde Anayasa mahkemelerinin mevzuattan kaynaklanan ihlallerin çözümü için ilgili devlet organlarına Anayasa'ya uygun şekilde ihlalin giderilmesine ilişkin karar vermesi söz konusu olabilmektedir. İspanya'da kanundan veya düzenleyici işlemlerden kaynaklanan ihlalin tespiti halinde Anayasa Mahkemesi, ihlale konu olan hak veya özgürlüğün Anayasa'ya uygun bir içerikle tanınmasını beyan edebilmektedir. Kosta Rika'da Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünden kaynaklanan ihlalin çözümü için gereğinin yerine getirilmesi hususunda düzenleme yapacak olan devlet organına iki aylık süre verebilmekte ve kararın uygulanmaması nedeniyle hükmedilebilecek olan hapis cezası hükmü hatırlatılarak ilgili otorite uya-

¹³³ Zafer Gören, "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi" *Anayasa Yargısı Dergisi*, 13, (1996): 125, 128; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018), 363, 366.

¹³⁴ Doktrinde Kanadoğlu, çağrı kararları hakkında üçlü bir tasnif yapmıştır. Hukuki veya fiili ilişkilerdeki değişikliklerden kaynaklanan çağrı kararları, kanun koyma görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle verilen çağrı kararları ve Anayasa'yı ihlalin yeterince açık olmamasından kaynaklanan çağrı kararları şeklindeki tasnif için bkz. Osman Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 250-256; Göztepe ise doğrudan-dolaylı çağrı kararları şeklinde ikili bir tasnif yapmıştır. Yazar, norm denetimi kararlarında iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi ve yasama organının doğacak boşluğu doldurması için kendisine zaman tanınmasını veya bireysel başvuru kararlarında özellikle kanundan kaynaklanan yapısal sorunların tespit edilmesi ve çözümü için yasama organına gönderilmesini doğrudan çağrı kararı şeklinde nitelendirmiştir. Dolaylı çağrı kararları ise yazar tarafından bireysel başvuru kararlarında ihlal tespiti yapılmasına rağmen yapısal soruna değinilmemiş ve kararın gereklerinin yerine getirilmesinin yorumunun kamu makamlarına ve doktrine bırakılmış olması hali şeklinde tanımlanmıştır. Doğrudan-dolaylı çağrı kararları şeklinde tasnif için bkz. Göztepe, "Çağrı Kararları", 56-57.

¹³⁵ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1997), 329.

rılabilmektedir.¹³⁶ Avrupa'da ise Macaristan'da Anayasa Mahkemesi, ihmalden sorumlu olduğuna karar verdiği yasama organını görevini yerine getirmeye davet edebilmektedir. Polonya'da Anayasa Mahkemesi, tespit ettiği hukuka aykırılıklar ve hukuk boşlukları hakkındaki görüşlerini yasama organı ile hukuki düzenleme yetkisine sahip olan diğer devlet organlarına iletebilmektedir.¹³⁷

Doktrinde Kaboğlu, 1982 Anayasası'nın "İptal kararının yürürlüğe girişi- nin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar." şeklindeki 153/4. hükmünün hem Anayasa Mahkemesi kararlarının etki ve sonucu ile ilgili olduğunu hem de Mahkeme'nin çağrısı değil, bir Anayasal "buyruk" olduğunu ileri sürmüştür. Yazar, çağrı kararı yetkisinin açıkça tanınmadığı Anayasa Mahkemelerinin Anayasa'ya aykırılık kararlarında söz konusu yetkinin tamamen veya kısmen örtülü biçimde mevcut olduğunu belirtmiştir. Nitekim yazar, Mahkemelerin karar gerekçelerinde kanunu Anayasal gereklere uygun deyimlerle ve içerikle ele alması için yasama organına sık sık yol gösterdiğini ifade etmiştir.¹³⁸ Doktrinde Kılıç, Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen uluslararası antlaşmalara ilişkin tezkerelerin TBMM Başkanı tarafından üzerine alınarak kanun teklifine dönüştürülmesine benzer şekilde TBMM'ye bildirilen Mahkeme kararının TBMM Başkanının bunu üzerine alarak bir kanun teklifine dönüştürebilmesi usulünün düşünülebileceğini belirtmiştir. Yazar, Mahkeme kararlarının TBMM'ye bildirilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olmadığını, hak veya özgürlük ihlallerinin yasama organını ilgilendirmesi veya kanunlardan kaynaklanması halinde bildirim TBMM'ye yapılmasının hukuki bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır.¹³⁹

Mevzuat değişikliğini gerektiren yapısal sorunların çözümü açısından doktrinde ileri sürülen Alman Anayasa hukukunda olduğu gibi kanunlar aleyhine bireysel başvuru yapılabilmesinin sağlanmasının doğru olacağına ilişkin görüş önemlidir.¹⁴⁰ Nitekim yasama işlemleri aleyhine bireysel başvuru yapılamayacağını öngören 6216 sayılı Kanun'un 45/3. düzenlemesinin¹⁴¹ kanun hükümlerinden

¹³⁶ Latin Amerika'da Amparo davası sonucu verilen kararlarda belirli bir ihlal durumunun düzeltilmesi veya belirli bir eylem ya da işlemin yapılmasını emretme niteliğinde tedbirlere hükmedilebilmektedir. İnceoğlu, *Bireysel Başvuru*, 275, 277.

¹³⁷ Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, 330.

¹³⁸ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 148.

¹³⁹ Kılıç, "Anayasa Mahkemesi", 120, 123.

¹⁴⁰ Karaman, *Bireysel Başvuru*, 202.

¹⁴¹ 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesi: "(1) Herkes, Anayasa-da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

kaynaklanan yapısal sorunların çözümünü zorlaştırdığı kabul edilmelidir. Aynı husus idarenin düzenleyici işlemleri için de geçerlidir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik vb. düzenleyici işlemlerden kaynaklanan yapısal sorunların çözümü için de bu işlemler aleyhine bireysel başvuru hakkının tanınması yararlı olabilecektir.

Mevcut uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu pilot kararların Meclis'e gönderilmesi söz konusudur. Mahkeme kararları, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından "*karar bildirim*" konulu bir yazı ile Meclis Başkanlığı'na iletilmektedir. Söz konusu bildirim yazılarında sadece ekte bir karar gönderildiği ifade edilmektedir. Buna karşın kanaatimizce Mahkeme kararlarında tespit edilen yapısal sorunun çözümüne ilişkin yapılması gerektiği öngörülen mevzuat değişikliğine ilişkin çerçevenin ve temel esasların söz konusu bildirimlerde açık ve net şekilde yer alması, Meclis'in yapısal sorun hakkında bilgi sahibi olmasını kolaylaştırabilecektir. Nitekim Mahkeme tarafından verilmiş olan 5 pilot kararda da gerektiğinde yapılması gereken kanuni düzenlemenin taşınması gereken özellikler genel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla gelecekte de benzer değerlendirmelerin ortaya konması halinde söz konusu hususların Meclis'e gönderilen yazıda vurgulanması doğru olacaktır.

Kanaatimizce; yapısal sorunların Mahkeme tarafından yasama organına çağrı kararı şeklinde Meclis'e bildirilmesi daha doğru olacaktır. Bu şekilde Mahkeme ile Meclis arasında deyim yerindeyse bir iletişim kanalının oluşturulması ve işbirliğinin etkinleştirilmesi sağlanabilecektir. Yetki karmaşası yaşanmaması adına, çağrı kararı yetkisinin açıkça Anayasa'da veya 6216 sayılı Kanun'da düzenlenerek Mahkeme'ye tanınması doğru olacaktır. Ancak çağrı kararı yetkisi açısından Mahkeme'nin bir "*Anayasal emir*" ileterek kanun yapmak, değiştirmek veya ilga etmek hususunda herhangi bir şekilde Meclis'i baskı altına alması veya zorlamasının mümkün olmadığını da vurgulamak gerekir. Nitekim çağrı kararının amacı, Meclis'i zorlamak değil, tespit edilen yapısal sorunlara ve çözümü olabilecek mevzuat değişikliği ihtiyacına Meclis'in dikkatini çekmektir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından uygulamada ortaya çıkan geniş çaplı hak ihlallerinin kaynağının ve sebeplerinin tespit edilmesi önemlidir. Söz konusu tespitler ve sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin bireysel başvuruyu karara bağlayan Anayasa Mahkemesi tarafından Meclis'e iletilmesi, yasama yetkisinin gaspı niteliğinde görülmemelidir. Aksine hak ve özgürlüklerin korunması açısından yasama ve yargı organları arasında işbirliği olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla çağrı kararı veren Anayasa Mahkemesi'ni "*eş kanun ko-*

(3) *Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*” şeklindedir. 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun" için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 18, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

yucu” veya “pozitif kanun koyucu” olarak nitelememek gerekir. Özetle; Anayasa Mahkemesi’ne tanınması önerilen çağrı kararı yetkisinin Meclis’e yönelik bir baskı veya zorlama aracı değil, yapısal sorunlara Meclis’in dikkatini çekme imkanı olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

B. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİNDE GENEL GÖRÜŞME YOLU

1982 Anayasası’nın “Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları” kenar başlıklı 98. maddesi kapsamında genel görüşme, toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi şeklinde öngörülmüştür. Söz konusu bilgi edinme yolu hakkındaki ayrıntılı hükümler, TBMM İçtüzüğü’nün “Genel Görüşme” başlıklı ikinci bölümünde, 101-103. maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹⁴²

Benzer hak ihlallerine sebep olan veya hak ihlali tehlikesi yaratan yapısal sorunların toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendirdiğine şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu yapısal sorunlara ilişkin hususların Meclis tarafından ele alınması oldukça önem taşımaktadır. Nitekim geniş çaplı hak ihlallerine sebep olan sorunların kaynağının ve sebeplerinin tespit edilmesi sayesinde sorunun çözümünün ne olduğu anlaşılacaktır. Özellikle mevzuat değişikliğini gerektirecek kadar geniş çaplı sorun yaratan hususlar, Meclis iradesi tarafından siyasi, toplumsal ve ekonomik açılardan ele alınmalıdır. Zira Mahkeme’nin söz konusu açılardan sorunları ele alması yerindelik denetimi niteliğinde olacağı için gereken değerlendirmelerin ve tartışmaların Meclis’te yapılması gerekmektedir. Yapısal sorunların hak ihlalleri boyutu açısından Mahkeme’nin rolü, sadece sorunun tespiti ve çözüme ilişkin hukuki öneriler sunmaktır. Mahkeme, yapısal sorunları ve

¹⁴² Genel Görüşme ile ilgili içtüzük hükümleri: “Genel görüşmenin tarifi MADDE 101- Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir.

Genel görüşmenin açılması MADDE 102- Genel görüşme açılması, siyasi parti grupları veya en az yirmi milletvekili tarafından Başkanlıktan bir önergeyle istenebilir. Bu istem derhal gelen kâğıtlar listesine alınarak milletvekillerine duyurulur.

Verilen önerenin metni beşyüz kelimedenden fazla ise istek sahipleri beşyüz kelimeyi geçmemek üzere önerenin özetini eklemek zorundadırlar.

Genel görüşme açılıp açılmamasına Genel Kurul karar verir.

Genel Kurulda bu konudaki görüşmede siyasi parti grupları ve istemde bulunan milletvekillerinden birinci imza sahibi veya onun göstereceği bir diğer imza sahibi konuşabilir. Genel Kurul genel görüşme açılıp açılmamasına işaretle oylama suretiyle karar verir.

Genel görüşme için özel gündem MADDE 103- Genel görüşme açılmasına karar verilirse, genel görüşme günü bir özel gündem halinde Danışma Kurulunca tespit edilir. Genel görüşmenin başlanacağı gün, görüşme açılmasına karar verilmesinden itibaren kırksekiz saatten önce ve yedi tam günden sonra olamaz.

Genel görüşmede ilk söz hakkı genel görüşme önergesi sahibi siyasi parti grubu veya gruplarına yahut genel görüşme önergesindeki birinci imza sahibi milletvekiline veya onun göstereceği bir diğer imza sahibi milletvekiline aittir.

Bundan sonraki görüşmeler hakkında genel hükümler uygulanır.” şeklindedir. 5 Mart 1973 tarihli “TBMM İçtüzüğü” için bkz. Erişim Tarihi: Ağustos 14, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/docs/ictuzuk.pdf>.

çözüm önerilerini Meclis'e iletmek suretiyle Meclis'in dikkatini ihlal kaynağına çekmektedir. Meclis ise Mahkeme tarafından sunulan yapısal sorunun özelliklerini ve çözüm önerilerini ele almalıdır. Mahkeme'nin Meclis'e iletmış olduğu tüm hususlar, Meclis tarafından genel görüşme kapsamında değerlendirilmeli ve yapısal sorunların çözümü konusunda gerekli adımlar atılmalıdır.

SONUÇ

Hak ve özgürlüklerin korunması açısından yapısal sorun niteliğindeki hususların ele alınması önemlidir. Kitlesele veya kronik ihlal şeklinde dahi ifade edilebilecek olan yapısal sorun kavramı, çok sayıda hak ihlaline veya ihlal tehlikesine sebep olan kamusal eylem ve işlemleri kapsamaktadır. Özellikle mevzuat hükümlerinin uygulanması neticesinde hak ve özgürlüğü ihlal edilen bireyleri etkileyen yapısal sorunların tespiti, Türk Anayasa hukuku açısından Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Mahkeme tarafından tespit edilen yapısal sorunların sebepleri ve özellikleri, çözüm açısından oldukça önem taşımaktadır. Uygulamada Mahkeme, tespit ettiği yapısal sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin de genel çerçevesini belirlemektedir. Mahkeme, mevzuat değişikliğini gerektiren yapısal sorunlar açısından yapılması gereken hukuki düzenlemelerin taşınması gereken ölçütleri ve özellikleri genel bir çerçevede ele almaktadır. Mahkeme'nin oluşturduğu genel çerçeve bağlamında çok ayrıntıya girmek suretiyle diğer devlet organlarının yetki alanını ihlal etmemesi oldukça önem taşımaktadır. Zira yapılan değerlendirmelerin hukuk devleti ilkesi uyarınca hukukilik denetimi sınırlarında olması gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, yapısal sorunlara ilişkin önerdiği genel çerçeveyi sosyal, siyasi veya ekonomik açılardan değil, sadece hak ve özgürlük boyutunda belirlemelidir.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bazı kararlarda yapısal sorunları tespit etmiştir. Yapısal sorunlara ilişkin en önemli değerlendirmeleri içeren kararlar, doğal olarak pilot kararlardır. Buna karşın pilot karar dışındaki bazı kararlarda da yapısal sorunlara işaret edildiği daha önce belirtilmiştir. Pilot kararlar açısından Mahkeme'nin hangi başvuruyu incelemeye tabi tutup, hangilerinin incelenmesini ertelemeye karar vereceği hususu da önem taşımaktadır. Nitekim bir başvurunun ele alınması, bu başvurudaki verilerin değerlendirilmesi, ilgili başvurudaki verilerden bir sonuca ulaşılmasıyla verilecek olan hüküm birçok sayıdaki başvuruyu, karar konusu yapısal sorunun tespitini ve söz konusu yapısal sorunun çözümünü etkileyecektir. Dolayısıyla incelenecek olan başvurunun seçiminde, diğer başvurulara kıyasen ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğe ilişkin en fazla veriyi ve bilgiyi içeren başvurunun tercih edilmesine özen gösterilmelidir. Eksik veya gereksiz iddialar, yapısal sorunun tespiti ve çözüm önerileri açısından yanlış değerlendirmelere yol açabilecektir.

Yapısal sorunların her ne kadar yürütme ve yargı organlarının sistematik ihlal niteliğindeki işlemlerinden kaynaklanması muhtemel olsa da en önemli yapısal sorunların mevzuat hükümlerinin uygulanmasından doğduğu belirtilmelidir. Ayrıca kanaatimizce yürütme ve yargı organlarının uygulamalarından kaynaklanan yapısal sorunların da mevzuat değişikliği ile çözülmesi mümkündür. Doğrudan mevzuat değişikliği gerektirmeyen uygulamalardan kaynaklanan yapısal sorunlar açısından da mevzuat değişikliği ile bir başvuru yolu öngörülmesi mümkündür. Bu bağlamda yürütme ve yargı organlarının uygulamasının değişmesini sağlamanın mümkün olmadığı durumlarda etkili bir başvuru yolu ve tazminat mekanizmasının mevzuat hükmü ile düzenlenmesi, yapısal sorunlara ilişkin bir çözüm niteliğinde olabilecektir. Yürütme ve yargı organlarının uygulamalarında Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan değerlendirmeleri göz önüne alınmalarının en ideal durum olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Buna karşın gerçekçi bir çözüm yolu olarak kanaatimizce Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapısal sorunlara ilişkin gerekli mevzuat değişikliğinin yapılması daha etkili olabilecektir. Sonuç olarak aynı yapısal sorundan kaynaklanan çok sayıda hak ihlali veya hak ihlali tehlikesinin önlenmesi açısından Anayasa Mahkemesi ile Meclis arasında etkili bir işbirliğinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca gerek Mahkeme gerekse Meclis tarafından yapılan değerlendirmelerde ve ulaşılan sonuçlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Bakanlar Komitesi'nin ilgili yapısal soruna dair kararlarının de yol gösterici olacağını vurgulamak gerekir.

Anayasa Mahkemesi ile Meclis arasındaki etkili işbirliğinin sağlanması için kanaatimizce yasama organına çağrı kararları ile genel görüşme yolu yararlı olacaktır. Karşılaştırmalı hukukta bazı Anayasa mahkemelerine tanınmış olan yasama organına çağrı kararı yetkisinin Anayasa veya 6216 sayılı Kanun kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'ne tanınması, Mahkeme ile Meclis arasındaki işbirliğinin etkinliğini artıracaktır. Çağrı kararı sayesinde yapısal sorunlara ilişkin hususların ve çözüm yollarının Meclis'e iletilmesi sağlanacaktır. Mevcut uygulamada Mahkeme tarafından karar bildirim şekliindeki yazılar Meclis'e iletilmekte ve Mahkeme kararı sadece söz konusu yazıya eklenmektedir. Kanaatimizce özellikle yapısal soruna ilişkin Mahkeme tarafından sunulan çözüm önerilerinin Meclis'e doğrudan ve net şekilde iletilmesi yararlı olacaktır. Mahkeme'nin sunduğu çözüm önerileri kapsamında yapılmasını önerdiği hukuki düzenlemelere dair belirlediği ölçütlerin ve esasların bildirimde yer alması çözümü kolaylaştırabilecektir. Çözüm önerisinde belirlenen ölçütlerin yer aldığı bir çağrı kararının, yapısal sorunların çözümü açısından daha etkili olacağını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne yasama organına çağrı kararı yetkisinin tanınması yararlı olacaktır.

Yapısal sorunlara ilişkin Mahkeme değerlendirmelerinin Meclis iradesi kapsamında ele alınması açısından genel görüşme yolunun etkili olduğunu kabul et-

mek gerekir. Yapısal sorunlara ilişkin bilgilerin ve çözüm önerilerinin yer aldığı Mahkeme kararlarının Meclis'e iletilmesi sonrasında genel görüşme yapılması, yapısal sorunun gerektiği şekilde ele alınmasını sağlayacaktır. Nitekim genel görüşme kapsamında yapısal soruna ilişkin hususlar ve çözüm önerileri Meclis iradesi tarafından siyasi, toplumsal ve ekonomik açılarından değerlendirilecektir. Kanaatimizce yapısal sorunların tespit edildiği Mahkeme kararlarının Meclis'e iletilmesinin ardından genel görüşme yolunun başlatılacağına ilişkin düzenlemenin TBMM İçtüzüğü'ne eklenmesi etkili bir çözüm yolu olacaktır.

Mevzuat hükmünden veya yürütme ya da yargı organı uygulamalarından kaynaklanan yapısal sorunlar, çok sayıda hak ihlalini doğurmakta veya hak ihlali tehlikesini taşımaktadır. Yapısal sorunların çözümü için Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararların Meclis'e iletilmesi ve gerekli hususların Meclis'te ele alınması oldukça önemlidir. Dolayısıyla yasama organına çağrı kararı yetkisi verilmesi halinde Mahkeme'nin yapısal sorunlara ilişkin önemli bilgileri ve çözüm önerilerini Meclis'e iletmesi etkili olabilecektir. Yapısal sorunların hukuki boyutu, Mahkeme tarafından ele alınmakta ve ardından çözüm bağlamında yerindelik açısından Meclis devreye girmektedir. Meclis, Mahkeme tarafından kendisine iletilen yapısal sorunlara ilişkin hususları genel görüşme yolunda ele almalı ve çözüm bu şekilde sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz. *Anayasa Yargısı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1997. (Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*).
- Altıparmak, Kerem. “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”. Editör: Kerem Altıparmak. *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?* içinde. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009: 60-107. (Altıparmak, “Kopya Davalar”).
- Buyse, Antoine. “The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges”. *The Greek Law Journal*, 57, (2009): 1890-1902. (Buyse, “Pilot Judgment”).
- Cengiz, Serkan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Korumaya Standartı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi”. *Kamu Hukukçuları Platformu “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” başlıklı V. Toplantı*, (2015). (Cengiz, “Anayasa Şikayeti”).
- Doğru, Osman. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2013. (Doğru, *Bireysel Başvuru*).
- Gerards, Janneke. “The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”. Editörler: Patricia Popelier ve Monica Claes. *Constitutional Conversations* içinde. Antwerp: Intersentia, 2012: 371-397. (Gerards, “The Pilot Judgment Procedure”).
- Glas, Lize. “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34, S. 1, (2016): 41-70. (Glas, “Pilot-Judgment”).
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018. (Gören, *Anayasa Hukuku*).
- Gören, Zafer. “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 13, (1996): 81-128. (Gören, “Anayasa Yargısı”).
- Gözlügöl, Said Vakkas. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014. (Gözlügöl, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*).
- Göztepe, Ece. “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54, S. 2, (1999): 101-131. (Göztepe, “Evlilikte Kadınların Soyadı”).
- Göztepe, Ece. “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38, S. 1, (2021): 43-83. (Göztepe, “Çağrı Kararları”).
- Göztepe Çelebi, Ece. “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcra Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33, 2016: 93-118. (Göztepe Çelebi, “Kurumsallaşma İhtiyacı”).
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016. (Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*).

- Havutcu Ayşe ve Kalkancı, Yasemin. “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, S. 2, (2020): 135-180. (Havutcu ve Kalkancı, *Kadının Soyadı*).
- Hüner, Mehmet Fatih ve Kale Fatmagül. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Koruma Sisteminde bir ‘Geri Adım’: 14 No.lu Protokol”. Editörler: Yalçın Şahinkaya, Erdal Abdulhakimoğulları ve Mübariz Yolçiyev, *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre* içinde. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012: 333-356. (Hüner ve Kale, *14 No.lu Protokol*).
- Ilchenko, Ivanna. *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*. Master Thesis, Central European University, Hungary, 2013. (Ilchenko, *Pilot Judgment*).
- İnceoğlu, Sibel. *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*. İstanbul: On İki Levha Yayını, 2017. (İnceoğlu, *Bireysel Başvuru*).
- Kaboğlu, İbrahim Özden. *Anayasa Yargısı*. Ankara: İmge Kitabevi, 2007. (Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*).
- Kanadoğlu, Osman Korkut. *Anayasa Mahkemesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004. (Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*).
- Karakul, Selman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, S. 2 (2018): 125-156. (Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”).
- Karaman, Ebru. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72, S. 1 (2014): 411-434. (Karaman, “Sorumluluk”).
- Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*. İstanbul: On İki Levha Yayını, 2013. (Karaman, *Bireysel Başvuru*).
- Karan, Ulaş. *Öğretimde ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*. İstanbul On İki Levha Yayını, 2018. (Karan, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*).
- Kılıç, Abbas. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38, S. 1 (2021): 85-126. (Kılıç, “Anayasa Mahkemesi”).
- Kindt, Eline. *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Light of Procedural Efficiency and Access to Justice*. PhD Thesis, Ghent University, Belgium, 2018. (Kindt, *Pilot Judgment*).
- Köküsarı, İsmail. “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33, S. 3-4, (2019): 181-243. (Köküsarı, “Pilot Karar Uygulaması”).
- Oduncu, Leyla Nur. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü”. *İnsan Hakları Yıllığı*, 38, (2020): 83-121. (Oduncu, “Pilot Karar Uygulaması”).
- Paraskeva, Costas. “Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The ‘Pilot Judgment Procedure’ Developed by the European Court of Human Rights”. *Human Right Law Commentary*, 3, (2003): 1-16. (Paraskeva, “Human Rights Protection”).

- Sadurski, Wojciech. “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”. *Human Rights Law Review*, 9, S 3, (2009): 397-453. (Sadurski, “Constitutionalisation”).
- Sicilianos, Linos-Alexandre ve Kostopolou, Maria-Andriani. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru*. Strazburg: Avrupa Konseyi Yayını, 2021. (Sicilianos ve Kostopolou, *Bireysel Başvuru*).
- Şirin, Tolga. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayını, 2015. (Şirin, *Bireysel Başvuru Hakkı*).
- Şirin, Tolga. *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usul Hukuku*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2019. (Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*).
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)*. İstanbul: On İki Levha Yayını, 2013. (Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti*).
- Şirin, Tolga. “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”. Kamu Hukukçuları Platformu “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” başlıklı V. Toplantı, (2015). (Şirin, “Bireysel Başvuru”).
- Vitkauskas, Dovydas ve Dikov, Grigoriy. (Çev. Serkan Cengiz). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*. Strazburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü Yayını, 2018. (Vitkauskas ve Dikov, *Adil Yargılanma Hakkı*).
- Yıldırım, Zeki. “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”. *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, S. 1-2, (2013): 1725-1756. (Yıldırım, *İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım*).

Çevrimiçi Kaynaklar:

Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%20>.

Anayasa, kanunlar vb. için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/>.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİNİN YAĞMA SUÇUNUN KONUSUNU OLUŞTURAN MALIN DEĞERİNİN AZ OLMASI HÂLİNDE CEZA İNDİRİMİ ÖNGÖREN HÜKMÜN (TCK m.150/2) UYGULANMASI İLE İLGİLİ İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE HÜKME YÖNELİK BAZI DÜŞÜNCELER^(*)

Arş. Gör. Ali BOYRACI^(**)

Öz

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesinde düzenlenen yağma suçunda suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde faile verilecek cezada indirim yapılabileceği öngörülmüştür. Maddeye göre, ceza indiriminin yapılabilmesi için aranan tek ölçüt ise değer azlığıdır. Bu durum yağma suçu ile yalnızca malvarlığı değerleri korunuyormuş gibi bir düşünceye yol açtığı için öğreti tarafından eleştirilmiş ve söz konusu maddenin yerinde bir düzenleme olup olmadığı tartışmalarının yaşanmasına yol açmıştır. Yargıtay 6. CD ise söz konusu maddenin uygulanmasına yönelik olarak çeşitli kistaslar geliştirmiştir. Bu çerçevede TCK m.150/2'nin uygulanabilmesi için ilk olarak, suçun konusunu oluşturan malın değeri az olmalıdır. İkinci olarak, somut olayın özellikleri değerlendirilmelidir. Böylece malın değerinin az olduğu her durumda ceza indirimi yapılmamalıdır. Üçüncü olarak, fail daha çoğunu alabilme imkânına sahip iken, daha azını ve ihtiyacı kadarını almalıdır. Diğer bir anlatımla, failin kastı incelenmeli ve failde daha çoğunu alma veya ne bulursa alma şeklinde bir kastın olduğu tespit edilirse, ceza indirimi yapılmamalıdır. Ancak Yargıtay 6. CD yakın dönemde konu ile ilgili içtihadını değiştirmiş ve TCK m.150/2'nin uygulanabilmesi için failde daha çoğunu almaya yönelik bir kastın olup olmadığı hususunun dikkate alınamayacağına karar vermiştir. Bu çalışmanın konusu, Yargıtay 6. CD'nin TCK m.150/2 hükmünün uygulanmasına yönelik içtihat değişikliğinin değerlendirilmesi ve söz konusu hükmün yerindeliliğinin incelenmesidir. Bu kapsamda ilk olarak, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeler karşılaştırılacaktır. Daha sonra Yargıtay 6. CD'nin konu ile ilgili içtihadında yaptığı değişiklikten bahsedilecek ve TCK m.150/2'nin uygulanma koşullarına ilişkin görüşümüz ortaya konularak söz konusu içtihat değişikliği değerlendirilecektir. Ardından TCK m.150/2'nin yerindeliliği sorunu öğretici görüşleri ışığında incelenecek ve konu ile ilgili görüş ve önerilerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Yağma Suçu, Cebir, Tehdit, Değer Azlığı, Malvarlığına Karşı Suçlar, Hukuki Değer.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169786.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özetı yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / İzmir-Türkiye.
E-posta: ali.boyraci@deu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1112-4108>.



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

EVALUATION OF THE CHANGE OF PRACTICE OF CRIMINAL DIVISION NO.6 OF THE COURT OF APPEAL REGARDING THE ARTICLE OF 150/2 OF TURKISH PENAL CODE WHICH REGULATED A REMISSION IN CASE OF THE VALUE OF THE PROPERTY WHICH IS THE SUBJECT OF THE CRIME OF PLUNDER IS LOW AND SOME THOUGHTS ABOUT THE ARTICLE OF 150/2 OF TURKISH PENAL CODE

Abstract

Unlike the Turkish Penal Code No.765, it is regulated in the article of 150/2 of Turkish Penal Code No.5237 that the punishment to be applied for the defendant may be reduced in case of the value of the property which is the subject of the crime is low. According to article of 150/2, the only criteria to punishment for the defendant may be reduced is the value of the property is low. And that, on the other hand, was criticized by the doctrine as it led to the perception that only the property is protected with the crime of plunder and has led to some arguments about the appropriateness of the article of 150/2. However, Criminal Division No.6 of the Court of Appeal has developed various principles for the application of the mentioned article. In this context, at first, the value of the property which is the subject of the crime must be low in order to article of 150/2 of the Turkish Penal Code No.5237 to be applicable. Secondly, the circumstances of the cases should be considered. Thus, the punishment will not be reduced in any case that the value of property is low. Thirdly, the defendant should take less and as much as he/she needs while he/she has the opportunity to get more. In other words, the defendant's intent (mens rea) should be considered and if it is confirmed that the defendant has the intention to take more or take whatever he/she finds, the punishment to be applied will not be reduced. But Criminal Division No.6 of the Court of Appeal has recently changed its practises and it decided that it can't be considered whether the defendant has the intention to get more in order to the punishment to be applied is reduced. This study is aimed that to evaluate the change of practice of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal about the principles of application of the article of 150/2 of Turkish Penal Code and to examine the appropriateness of the article of 150/2. In this context, at first, the regulations in the Turkish Penal Code No.765 and Turkish Penal Code No.5237 will be compared. After that the change of practice of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal will be mentioned and our opinion about the application of the article of 150/2 of the Turkish Penal Code will be presented and that change in court practice will be evaluated. Then the appropriateness of the article of 150/2 of Turkish Penal Code will be examined in the light of doctrinal views and our opinions and suggestions on the subject will be presented.

Keywords

Crime of Plunder, Coercion, Threat, Crimes Against Property, Value of Low, Legal Value.

Extended Abstract

Unlike the Turkish Penal Code No.765, it is regulated in the Turkish Penal Code No.5237 that the punishment to be applied for the defendant may be reduced in case of the value of the property which is the subject of the crime is low. In fact, according to the article of 150/2 of the Turkish Penal Code No.5237 "*due to the property which is the subject of the crime of plunder is low, the punishment to be applied for the defendant may be reduced from one third to half.*". However, Criminal Division No.6 of the Court of Appeal has developed various principles for the application of the mentioned article. In this context, at first, the value of the property which is the subject of the crime must be low in order to article of 150/2 of the Turkish Penal Code No.5237 to be applicable. According to Criminal Division No.6 of the Court of Appeal, this is the basic principle for the application of the article 150/2 and whether the value of property is low or not must be determined with objective criteria. Therefore, determining the value of property, the economic situation of the perpetrator or the victim must not be taken into account. Secondly, the circumstances of the cases should be considered. Thus, the punishment will not be reduced in any case that the value of property is low. Thirdly, the defendant should take less and as much as he/she needs while he/she has the opportunity to get more. In other words, the defendant's intent (mens rea) should be considered and if it is confirmed that the defendant has the intention to take more or take whatever he/she finds, the punishment to be applied will not be reduced. It is stated

that the requirement that the defendant doesn't have the intention to take more in order to the punishment to be applied is reduced has led some disputes both in doctrine and in court practices. Because the article of 150/2 of the Turkish Penal Code is only mentioned about property with low value. Therefore, the requirement that the defendant doesn't have the intention to take more in order to the punishment to be applied is reduced has been criticized both by the doctrine and by the judges who stated dissenting opinions in some judicial decisions on the grounds that it is against the principle of legality. Nevertheless, Criminal Division No. 6 of the Court of Appeal has consistently applied the three criteria which mentioned above in its decisions since the date of entry into force of Turkish Penal Code No.5237. However, Criminal Division No.6 of the Court of Appeal which examines the request of appeal for the crime of plunder has recently changed its practices and decided that it can't be considered whether the defendant has the intention to get more in order to the punishment to be applied is reduced since it is not specifically mentioned in the article of 150/2 of the Turkish Penal Code. This study is aimed to examine the principles of application of the article of 150/2 of Turkish Penal Code in the light of Court of Appeal's practices and to evaluate the change of practice of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal. In this context, at first, legislation will be mentioned. Then our view on the subject will presented by evaluating the criteria of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal regarding the application of the article of 150/2 of Turkish Penal Code and change of practice of Criminal Division No.6 of the Court of Appeal. After that the appropriateness of the article of 150/2 of Turkish Penal Code will be questioned and our legislative amendment proposal will be presented.

GİRİŞ

Yağma suçunda suçun konusu olan malın değerinin az olması hâlinde fail hakkında hükmedilecek cezada indirim yapma imkânı tanıyan düzenleme huku-kumuza ilk defa 5237 sayılı TCK ile girmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 150/2. mad-desine göre “*Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.*” Madde incelendiğinde ceza indiriminin yapılabilmesi için aranan yegâne ölçütün “değer azlığı” olduğu görülmektedir. Bu durum ise öğretide birtakım eleştirilerin yapılmasına yol aç-mıştır. Bazı yazarlar yağma suçu ile sadece malvarlığı değerlerinin değil, aynı za-manda kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğü gibi hukuki değerlerin de korunmasına rağmen kanun koyucunun ceza indiriminde salt suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığını dikkate almasını isabetli bulmamaktadır¹.

Yağma suçundan dolayı verilen kararların temyiz incelemesini yapan Yargı-tay 6. CD ise 19.12.2005 tarihinde verdiği bir karar² ile TCK m.150/2'nin uygu-lanma şartlarının neler olduğunu ortaya koymuş ve bu içtihadını istikrarlı şekilde devam ettirmiştir. Buna göre;

TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için temel ölçüt, suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasıdır. Ancak malın değerinin az ol-

¹ Bkz. Mahmut Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu”, *Legal Hukuk Dergisi* 3, S. 32 (2005): 2817; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 711; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 410; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 821; Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 908.

² Y6.CD, 19.12.2005, E. 2005/11614, K. 2005/12107, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6cd-2005-11614.htm>, (E.T. 05.05.2022).

ması hükmün uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Hâkimin ayrıca somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurması gerekir. Nitekim Yargıtay 6. CD yağma suçu ile birlikte kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs, cinsel saldırı veya cinsel istismar gibi bazı suçların bir arada işlenmesi hâlinde, yağma suçuna konu olan malın değeri az olsa dahi fail hakkında ceza indirimi yapılamayacağına karar vermektedir.

Nihayet TCK m.150/2'nin uygulanabilmesi için ayrıca failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken, yalnızca ihtiyacı kadarını alması gerekmektedir. Bu çerçevede, fail değeri az olan bir malı almış olsa bile eğer elde ettiğinden daha fazlasını alma veya ne bulursa alma kastıyla hareket etmiş ise malın değerinin az olduğundan bahisle ceza indiriminden yararlanamayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay 6. CD son dönemde verdiği kararlarında konu ile ilgili içtihadında değişikliğe gitmiş ve artık TCK m.150/2 uyarınca faile verilecek cezada indirim yapılabilmesi için failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken, yalnızca ihtiyacı kadarını alması şeklinde bir şartın aranmayacağına karar vermiştir.

Bu çalışmanın amacı, Yargıtay 6. CD'nin TCK m.150/2 hükmünün uygulanma şartlarına ilişkin içtihat değişikliğini değerlendirmek ve söz konusu hükmün yerinde bir düzenleme olup olmadığını sorgulamaktır. Çalışma kapsamında öncelikle 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da yer alan ilgili düzenlemeler karşılaştırılmıştır. Daha sonra Yargıtay 6. CD'nin konu ile ilgili yerleşik içtihadından bahsedilmiş ve söz konusu içtihadta meydana gelen değişikliğe değinilmiştir. Ardından da TCK m.150/2'nin uygulanma şartları ile ilgili görüşümüz ortaya konulmuş ve bu çerçevede Yargıtay 6. CD'nin içtihat değişikliği değerlendirilmiştir. Son olarak ise TCK m.150/2'nin yerinde bir düzenleme olup olmadığı hususu, öğretici görüşleri doğrultusunda irdelenmiş ve hükme yönelik değişiklik önerimizden bahsedilmiştir.

I. KANUNİ DÜZENLEME

A. 765 SAYILI TCK'DA YER ALAN DÜZENLEME

765 sayılı TCK'da malvarlığına karşı suçlar “Cürümler” başlıklı ikinci kitabın “Mal Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı onuncu babında 491 ilâ 524. maddeler arasında düzenlenmişti. Kanunun 522. maddesinde ise bu bapta düzenlenen suçlar açısından uygulanabilecek ortak bir hüküm sevk edilmişti. Buna göre “*Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.*” Fakat aynı maddenin üçüncü fıkrası ile söz konusu ceza indiriminin “*onuncu babın ikinci faslında yer alan suçlar*”³ açısından uygu-

³ Bu suçlar; yağma (m.495-497), korkutarak faydalanma (m.498) ve adam kaldırma (m.499-500) idi.

lanamayacağı hüküm altına alınmıştı. Yağma suçu da onuncu babın ikinci faslında yer aldığından, m.522/3 uyarınca yağma suçunda suçun konusunu oluşturan malın değerinin hafif veya pek hafif olması hâlinde fail hakkında ceza indirimi yapılması mümkün olmamaktaydı⁴.

Bununla birlikte yağma suçu açısından ceza indirimini engelleyen TCK m.522/3 hükmünün Anayasa m.2, m.10 ve m.138'e aykırı olduğu ileri sürülmüş fakat Anayasa Mahkemesi hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermişti⁵.

⁴ Yağma suçunun cezasının alt ve üst sınırının yüksek olması nedeniyle (10 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası) söz konusu madde öğretide eleştirilmekteydi. Gerçekten de bu durumda mağdurun gözlüğünü zor kullanarak alan failin, mağdurun gözünü çıkaran faile nazaran daha fazla ceza aldığı ifade edilmekteydi. Bkz. Hüseyin Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı", *Terazi Hukuk Dergisi* 5, S. 50 (2010): 129. Kaylan da bu maddenin bazı somut olaylarda uygulayıcılar açısından rahatsız edici bir durum oluşturduğunu belirtmekteydi. Bkz. Keskin Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi)", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2013): 46.

⁵ Hükmün Anayasa m.2 ve m.10'a aykırı olduğuna yönelik iddia yönünden Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi şu şekildedir: "... TCK'nın onuncu babının ikinci faslında öğeleri ve cezaları düzenlenen yağma, yol kesmek suçları, yalnız eşyaya karşı değil, aynı zamanda kişi özgürlüğüne, beden bütünlüğüne, ruh sağlığına yönelik olarak malın, cebir, şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle alınmasıdır. Bu nedenle, gasp suçu, toplumsal yarar ve cezanın önleyiciliği ve caydırıcılığı yönünden sırf mala karşı işlenen öteki suçlardan farklı tutularak daha ağır ceza yaptırımına bağlanmıştır. Yasa koyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın nevi ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabilir. Mala karşı olduğu kadar kişi özgürlüğüne, beden ve ruh sağlığı ve bütünlüğüne de yönelik olması nedeniyle onuncu babın ikinci faslında yazılı suçlar için verilecek cezalarla 522. maddenin üçüncü fıkrasındaki itiraz konusu kural uyarınca Devletin ceza politikasının sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir... İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir...". Anayasa m.138'e aykırılık iddiası yönünden ise Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmede bulunmuştur: "... Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmektedir. Buna göre hâkim, Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi pozitif hukuk kurallarıyla bağlıdır. Hâkim delilleri değerlendirir, aşağı ve yukarı sınırlar arasında cezayı tayin ederken yasaların yorumunda kuralların olaylara uygulanmasında takdir hakkını kullanır. Takdir hakkı, her türlü kuraldan bağımsız olarak, hâkimin kendi adalet, hak ve nasafet anlayışı ile karar vermesi anlamını taşımaz. Bu nedenle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...". AYM Kararı, 21.07.2000, E. 1998/4, K. 1999/23, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/23?KaraTarihilk=07%2F06%2F1999&KaraTarihSon=07%2F06%2F1999>, (E.T. 06.05.2022). Bu kararda 4 AYM üyesi aşağıdaki gerekçeyle karşı oy kullanmıştır: "... Yasa'nın 522. maddesinin ilk fıkrasındaki cezanın artırılmasına veya indirilmesine ilişkin kural, suçun niteliğiyle değil, suç konusu olan şeyin veya verilen zararın değeriyle ilgili olduğundan hırsızlık, ızarar veya gasp suçları yönünden fark gözetilmemesi gerekir. Gasp suçu, mala karşı olmasının yanı sıra, kişiye karşı cebir, şiddet ve tehdit içerdiği için doğal olarak hırsızlık suçundan daha ağır bir suçtur. Yasakoyucu da temel cezayı saptarken bunu gözeterek daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Ayrıca sanığın gaspta bulunurken uyguladığı cebir ve şiddet, darp, yaralama veya öldürmeye vardığında, sanığa bu suçlar için de ceza verilmektedir. Suçun niteliği gözetilerek temel cezanın yüksek tutulması adil ve haklı görülebilirse de, suç konusunun değerini esas alan bir ilkenin bunu yalnız artırma nedeni kabul edip indirim nedeni kabul etmemesi aynı çerçevede değerlendirilemeyeceğinden hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz... Ceza hukuku alanında da eşitlik ve ceza adaletini sağlamak hukuk devletinin önde gelen görevlerindedir.

B. 5237 SAYILI TCK'DA YER ALAN DÜZENLEME

5237 sayılı TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde "Malvarlığına Karşı Suçlar" 141 ilâ 169. maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen suçlar açısından suçun konusu olan malın değerinin fazla veya az olması hâlinde ceza artırımı ya da ceza indirimini öngören ortak bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine 5237 sayılı TCK, bazı suç tipleri⁶ açısından özel hüküm koyarak söz konusu suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasını ceza indirimini gerektiren veya cezayı kaldıran bir hâl olarak düzenlemiştir. Bu suçlardan biri de yağma suçudur. 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesine göre "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir⁷." Görüldüğü üzere 5237 sayılı

Ceza Yasası'nın 522. maddesinin suç konusu eşyanın veya zararın değerinin çok yüksek olması durumunda cezanın yarı oranında artırılmasını öngören genel kuralının aralarında gasp suçunun da bulunduğu onuncu bابتaki tüm suçlara uygulanması zorunluluğuna karşın, değer hafif veya pek hafif olmasının gasp suçları yönünden indirim nedeni kabul edilmemesi, değer gözetildiğinde suçlarının konusu hafif, pek hafif olarak nitelendirilen ve bu nedenle de aynı konumda olmayan suçlulara aynı kuralın uygulanması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir uygulamayı haklı gösterecek makul, kabul edilebilir bir neden de bulunmadığından, itiraz konusu kural, farklı konumda bulunanlara farklı kuralların uygulanmasını zorunlu kılan eşitlik ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Eşitliği bozan ve adil olarak da nitelendirilmesi olanağı bulunmayan bu durumun eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz."

⁶ Söz konusu suçlar; hırsızlık (m.145), yağma (m.150/2), zimmet (m.249) ve irtikâp (m.250/4)tır. Mala karşı işlenen suçlar ile değer kavramı yakın ilişkili olduğundan, değer azlığına ilişkin hükümlerin malvarlığına karşı işlenen diğer suçlar açısından da düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Caner Gürühan, Tahir Hami Topaç ve Ahmet Serhat Ergin Kanat, "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 8 (2016): 223. *Özbek ve Meraklı* ise kanun koyucunun yağma suçunda malın değerinin az olması hâlinde ceza indirimini öngören bir hüküm sevk etmesine rağmen haksızlık içeriği yağma suçuna nazaran daha az olan güveni kötüye kullanma, karşılıksız yararlanma gibi malvarlığına karşı işlenen diğer suçlarda benzer bir hükme yer vermemesinin tutarlı olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, "Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 1 (2017): 34, 35.

⁷ Maddenin TBMM'de kabul edilen ilk hâlinde "indirilir" ifadesi kullanılmıştı. Ancak 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce 29.05.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun 17. maddesiyle "indirilir" ifadesi "indirilebilir" şeklinde değiştirilerek ceza indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bkz. Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi)", 46; Gürühan, Topaç ve Kanat, "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", 225; Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 469; Ahmet Hulusi Akkaş, "Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1 (2018): 333, 334; Yasemin Maraşlı Dinç ve Muhammet Emin Ruhi, "Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, S. 2 (2018): 95, 96; Esra Şule Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 120; Seyithan Öztürk ve Fidan Balcı, *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020): 753; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku*

TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, yağma suçunda suçun konusu olan malın değerinin az olması hâlinde faile verilecek cezada indirim yapılabilmesine imkân tanınmıştır.

Ancak 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde ceza indirimi öngören 150/2. maddenin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu hükmün anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁸.

Özel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 663; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 712; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, 410; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 611; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 434. *Eker*, maddenin ilk hâlinde mahkemelere ceza indirimi yapma zorunluluğu getirildiğini fakat mahkemelerin söz konusu maddedeki değer azlığı kavramını, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesindeki hafif ve pek hafif değer gibi yorumlayarak cezalarda fazla indirim yaptıklarını, bunun üzerine kanun koyucunun "indirilebilir" şeklinde değiştirerek, mahkemelere ceza indirimi yapıp yapmama konusunda takdir hakkı tanıdığını ifade etmektedir. Bkz. *Eker*, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı", 132, 133. Benzer görüş için bkz. Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 469; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi 4. Cilt (m. 141-196)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 5468.

⁸ "... Malvarlığına karşı işlenen suçlarda suça konu malın değeri, verilecek cezanın saptanmasında modern ceza kanunlarının dikkate aldığı bir unsurdur. Malın değerinin azlığı nedeniyle bazı suçlarda indirim yapılması, meydana gelen zarar ile verilecek ceza arasındaki makul oranın korunması gereksiniminden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda malvarlığına karşı işlenen suçlardan yağma ve hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı kanuni hafifletici neden sayılmıştır. Ancak, 5237 sayılı Yasa'da yağma suçunda hırsızlık suçundan farklı olarak, suça konu malın değerinin azlığı nedeniyle hâkimin ceza vermekten vazgeçebilmesi öngörülmemiş ve yapılması gereken indirim oranı açıkça belirlenmiştir. Bu durum, yağma suçunda hukuka aykırılığın derecelendirilebilir olmasıyla değil, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, cezalarda yapılacak artırım ve indirim nedenleri ve oranları, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak suç ve ceza siyasetine göre belirlenir. Yasa koyucu cezalandırma yetkisini kullanırken hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin indirim veya artırım sebebi olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslama değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı sonuç, failin ve suçtan zarar görenin kişiliği, maddi ve manevi zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasa koyucu, değişik eylemler için aynı cezayı öngörebileceği gibi, daha hafif kabul edilen bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Devletin takip ettiği suç ve ceza politikası, suça verilen önem ve cezalandırmada güdülen amaç gözlemlenerek, suça konu eşyanın değerine bağlı olarak yağma suçu için verilecek cezada indirim yapılmasını öngören kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir..." AYM Kararı, 05.03.2009, E. 2005/120, K. 2009/40, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/40?KaranNo=2009%2F40>, (E.T. 09.05.2022).

II. YARGITAY 6. CEZA DAİRESİNE GÖRE TCK M.150/2'NİN UYGULANMA ŞARTLARI

Yargıtay 6. CD, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra vermiş olduğu kararlar ile TCK m.150/2 hükmünün uygulanma şartlarının neler olduğunu ortaya koymuş ve konu ile ilgili istikrarlı bir uygulama geliştirmiştir. Bu kapsamda örneğin, 19.12.2005 tarihinde verdiği bir kararda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "... 5237 sayılı TCY'nin 150. maddesinin 2. fıkrasındaki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesindeki hafif ve pek hafif ölçütleriyle, her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlanmak dışında benzerliği bulunmadığı, "değerin azlığı"nın 5237 sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, bunun; daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinmesi kadar (örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek; bir-iki defter, kalem; sigara, bira ve benzeri) değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden⁹..." Yargıtay 6. CD'nin bu kararına göre TCK m.150/2'nin uygulanabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekir:

- Malın değeri az olmalı,
- Suçun işleniş şekli ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalı,
- Fail daha çoğunu alabilme imkânına sahip iken, yalnızca ihtiyacı kadar olanını almalıdır.

A. MALIN DEĞERİ AZ OLMALI

Yargıtay 6. CD'nin uygulamasına göre failin TCK m.150/2'de yer alan ceza indiriminden yararlanabilmesi için varlığı gereken ilk şart, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasıdır. Bu şart aynı zamanda söz konusu maddenin uygulanabilmesi için temel ölçüt konumundadır¹⁰. Nitekim hâkim, somut olayda failin cebir veya tehdit kullanarak mağdurdan zorla aldığı malın değerinin az olmadığını tespit ettiğinde, diğer şartları incelemeksizin TCK

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının gerekçesi ile 765 sayılı TCK'nın 522/3. maddesinin anayasaya aykırı olmadığına dair verdiği kararın gerekçesi arasındaki benzerlik dikkat çekicidir. Ancak iki karar arasında şöyle bir fark ki 765 sayılı TCK'nın 522/3. maddesinin anayasaya aykırı olmadığına dair verilen karar oyçokluğu ile alınmış iken, 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesinin anayasaya aykırı olmadığına dair kararda oybirliği vardır.

⁹ Y6.CD, 19.12.2005, E. 2005/11614, K. 2005/12107, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6cd-2005-11614.htm>, (E.T. 12.05.2022).

¹⁰ "... TCK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrası, yağma suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır... Hâkim, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimini yapmakla değerlendirebilecektir... Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, şüphesiz değer ölçüsüdür..." Y6.CD, 19.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>, (E.T. 13.05.2022). Benzer yönde değerlendirme yapan Yargıtay CGK kararları için bkz. YCGK, 22.06.2021, E. 2019/58, 2021/303; 10.12.2020, E. 2019/593, K. 2020/514; 04.12.2018, E. 2017/92, K. 2018/606 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>, (E.T. 13.05.2022).

m.150/2'nin uygulanmamasına karar verecektir. O hâlde değer azlığı kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu çerçevede öncelikle kanun metninin incelenmesinin faydalı olacağı düşünülebilir.

Ancak TCK m.150/2'nin metnine bakıldığında değer azlığı kavramına ilişkin herhangi bir belirlemenin bulunmadığı, örneğin, “*bu maddenin uygulanmasında ekonomik değeri 200 TL ve daha az olan malların değerinin az olduğu kabul edilir*” şeklinde sayısal bir sınırlama getirilmediği görülmektedir¹¹. Bu durumda kanun koyucunun değer azlığı kavramının içeriğinin belirlenmesi hususunu öğretiye ve yargı kararlarına bıraktığı söylenebilir.

Konu ile ilgili olarak öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre, malın değerinin az olup olmadığı, failin ya da mağdurun ekonomik durumu göz önüne alınmaksızın objektif ölçütlerle belirlenmelidir¹². Buna karşın

¹¹ 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamada ise ilgili Ceza Daireleri tarafından her yıl belirli bir miktar belirlenmekteydi. Bkz. Özcan Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanması”, *Terazi Hukuk Dergisi* 5, S. 44 (2010): 132; Mustafa Danışman, “Yağma Suçlarında Değer Azlığı”, *Terazi Hukuk Dergisi* 5, S. 41 (2010): 129; Timuçin Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 71 (2007): 254, 255; Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 222; Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 470; Özkan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5469. Ancak Yargıtay Ceza Daireleri arasında miktarların belirlenmesinde yeknesak bir uygulamanın olmaması sorunlara yol açmaktaydı. Bkz. Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 222. Nitekim 5237 sayılı TCK döneminde Yargıtay 6. CD söz konusu uygulamadan vazgeçerek malın değerinin az olup olmadığına karar verirken yıllık bir değer ölçütü benimseme yolunu tercih etmemiştir: “... 5237 sayılı Kanun’un 150. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, 765 sayılı TCK’nın 522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, **Yargıtaydan anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir.**” Y6.CD, 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 13.05.2022).

¹² Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 712; Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 470; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 134; Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, 260, 261; Akkaş, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 328; Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 228; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 754; Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz, Güçlü Akyürek, Ali Hakan Evik, Zeynel T. Kangal, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sinar, Vesile Sonay Evik, Sinan Altunç, Asuman Aytekin Inceoğlu, Gülşah Bostancı Bozbayındır ve Erman, Barış, *Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar*, C. IV, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 109; Gökcan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5469; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, 410; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 685; Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulanması”, 131. Soyaslan’a göre hâkim malın değerinin az olup olmadığını belirlerken kendisinin ya da mağdurun veya failin değer yargılarına göre hareket etmemelidir. Zira bu hâlde hâkim objektif olamaz. O hâlde değer azlığının tespitinde normal bir vatandaşın değer yargıları esas alınmalı ve hâkim kendisini normal bir vatandaşın yerine koyarak karar vermelidir. Bkz. Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 434. Benzer görüş için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 780, 822. *Sahillioğlu Baklacı* ise değer azlığının belirlenmesinde normal bir vatandaşın esas alınmasının objektif bir ölçüt olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bkz. Sevim Sahillioğlu Baklacı, “Yağma Suçu”, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, 91.

diğer görüş, hâkimin malın değerinin az olup olmadığına karar verirken, kendi değer yargıları veya failin ya da mağdurun değer yargıları gibi subjektif ölçütlerden hareket etmesini savunmaktadır¹³.

İfade etmek gerekir ki öğretilerde yaşanan bu tartışma salt teorik bir anlama sahip olmayıp aynı zamanda pratik bir önemi haizdir. Zira kabul edilen görüşe göre, somut olayda TCK m.150/2'nin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna verilecek cevap değişebilmektedir. Söz gelimi, işsiz bir uyuşturucu bağımlısı olan (A)'nın cebir kullanarak iş adamı (B)'den aldığı 1500 TL objektif olarak az olmayan bir değer sayılabilecek iken, (B) için çok küçük bir miktar olabilir. İşte bu durumda subjektif ölçütten hareket edilirse, 1500 TL mağdur (B) açısından az bir miktar olduğundan, (A)'nın TCK m.150/2'de öngörülen ceza indiriminden yararlanabilmesi gündeme gelecek fakat objektif ölçüt esas alınırca ceza indirimi söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay 6. CD ise objektif ölçütü benimsemektedir. Dolayısıyla malın değerinin az olup olmadığı failin ya da mağdurun ekonomik durumu göz önüne alınmadan, objektif ölçütten hareket ederek belirlenecektir¹⁴. Bu çerçevede Yargı-

¹³ Söz konusu görüş ile ilgili olarak bkz. Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 434.

¹⁴ "... 5237 sayılı Kanun'un 150. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde öngörülen "hafif" ya da "pek hafif" kavramlarıyla irtibatlı bir yorum girilmemeli, Yargıtaydan anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. Hâkim ... her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, TCK'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. **Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir.** Olayın özelliği her somut olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir..." Y6.CD, 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 19.05.2022); "... **Madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir.** Olayın özelliği her somut olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir... Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde ... sanığın mağdurdan suça konu müzik çalar dışında herhangi bir talepte bulunmayarak kastını sadece müzik çaları almaya özgülmesi, **yağmalanan müzik çaların değerinin objektif olarak az olması** ... hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlinin düzenlendiği TCK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir..." YCGK, 16.03.2021, E. 2019/53, K. 2021/114, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 19.05.2022). Ancak Yargıtay CGK'nın malın değerinin az olup olmadığını belirlerken mağdurun ekonomik durumunu göz önünde bulundurduğu kararları da bulunmaktadır: "... 27.03.2013 tarihinde eşya taşıma bahanesiyle mağduru kandırıp boş bir binaya götüren sanığın, cebinde bulunan bıçağı çıkartıp mağduru tehdit ederek üzerini aramak suretiyle mağdurun 15 TL'sini aldığı olayda; **her ne kadar satın alma gücü ve ekonomik şartlar bakımından 15 TL'nin değerinin az olduğu kabul edilse bile suç tarihinde 12 yaşında olan mağdurun gün boyunca eşya taşıyarak kazandığı 15 TL'nin, çalıştığı iş bakımından mağdur için değerinin fazla olması** ... göz önünde bulundurulduğunda ... sanık hakkında TCK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma şartlarının bulunmadığı kabul edilmelidir..." YCGK, 26.02.2019, E. 2017/6-120, K. 2019/135, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 20.05.2022).

tay 6. CD'ye göre, buradaki objektif ölçütten anlaşılması gereken ise “*ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü*”¹⁵dür. Ayrıca değer azlığının tespitinde karar tarihi değil, suçun işlendiği tarih dikkate alınmalıdır¹⁶. Dolayısıyla suçun işlendiği tarihten sonra malın değerinde meydana gelen azalmaların veya artmaların, değer azlığının tespiti noktasında önem arz etmediğini ifade etmek gerekir¹⁷.

B. SUÇUN İŞLENİŞ ŞEKLİ VE SOMUT OLAYIN ÖZELLİKLERİ GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMALI

Yargıtay 6. CD'ye göre, TCK m.150/2 hükmünün uygulanabilmesi için yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması gerekli fakat yeterli olmayıp, hâkim somut olayın özelliklerini de göz önüne alarak bir değerlendir-

¹⁵ “... Yağma suçuna konu olan toplam (25.000.000) lira değer, suç tarihindeki **ekonomik koşullar ile paranın satın alma gücü gözletildiğinde**, 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesinde öngörülen “değerin azlığı” kavramının üzerinde bulunduğu düşünülmeyen cezadan indirim yapılması...” Y6. CD, 19.09.2005, E. 2005/10185, K. 2005/7672; “... somut olay değerlendirildiğinde, mağdurun olay tarihinde saat 17.00 sularında arkadaşları olan tanıkları ... ve ... ile birlikte mahallede gezdikleri sırada suça sürüklenen çocuğun, katılandan para istediği, katılanın parasının olmadığını söylemesi üzerine, suça sürüklenen çocuğun katılana bıçak doğrultarak 113 TL değerindeki kol saatini zorla aldığı olayda, suç tarihi olan 18.09.2017 itibarıyla **paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde**, suça sürüklenen çocuğa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir...” Y6. CD, 28.12.2021, E. 2021/22023, K. 2021/20658, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 19.05.2022). Benzer yönde kararlar için bkz. Y6. CD, 02.12.2021, E. 2021/14979, K. 2021/18744; 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397; 12.03.2020, E. 2018/3095, K. 2020/1317; 14.11.2019, E. 2017/1230, K. 2019/5544, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 19.05.2022).

¹⁶ Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 712; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 780, 822; Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanması”, 131; Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu”, 2817; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 685; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015), 159; Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 469; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 133; Akkaş, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 328; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 123; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 754; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sınar, Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bozbayındır ve Erman, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 109; Centel, Zafer ve Çakmüt, *Kişilere Karşı Suçlar*, 410; Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 434; Gökcan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5468. “... Somut olay değerlendirildiğinde, suça sürüklenen çocuğun gündüz vakti birden fazla kişiyle mağdur ...'den zorla 60 TL para aldığı olayda, suç tarihi olan **26.10.2012 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları birlikte değerlendirildiğinde**, suça sürüklenen çocuğa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir...” Y6.CD, 14.12.2021, E. 2021/21663, K. 2021/19463; “... Katılan ...'e ait 50 TL para mağdura cebir kullanmak suretiyle alınmış olsa bile, suç tarihi olan **27.01.2017 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde, sanığa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir**. Yine katılan ...'dan yağmalanan cep telefonunun suç tarihindeki değeri tespit edilerek sonucuna göre sanığa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir...” 07.12.2021, E. 2021/8780, K. 2021/18914, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 19.05.2022).

¹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 780, 822; Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 469; Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanması”, 131; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 133; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 123; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 754; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sınar, Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bozbayındır ve Erman, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 109; Gökcan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5468.

mede bulunmalıdır. Dolayısıyla malın değerinin az olduğunun tespit edildiği her olayda otomatikman ceza indirimi uygulanmamalıdır¹⁸.

Bu çerçevede Yargıtay 6. CD'nin yerleşik uygulamasına göre, bazı somut olaylarda yağma suçuna konu olan malın değeri az olsa dahi fail TCK m.150/2'de öngörülen ceza indiriminden faydalanamayacaktır. Örneğin, Yargıtay 6. CD yağma suçu ile birlikte kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs veya cinsel istismar gibi bazı ağır suçların bir arada işlenmesi durumunda, yağma suçunda değer azlığı nedeniyle fail hakkında indirim yapılmasını hukuka, vicdana ve adalete aykırı bulmaktadır¹⁹. Nitekim Yargıtay CGK da 2019 yılında verdiği bir kararda her iki mağdurdan tehdit ederek 1 TL alan ve ayrıca mağdurlara cinsel istismarda bulunan fail hakkında TCK m.150/2'den dolayı ceza indirimi uygulanmamasının hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır²⁰.

¹⁸ "... TCK'nın ... 150/2. maddeleri uyarınca faille verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması kural olarak yeterli olup ... Hâkim indirim oranını TCK'nın 3. maddesinde öngördüğü üzere "İşlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde saptamalıdır... TCK m.150/2. maddelerinin uygulanmasında ... geniş bir takdir yetkisi tanınmış olup ... somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle açıklanmalı ve uygulama yapılmalıdır... **Bu açıklamalardan değer az ise, verilecek cezadan mutlaka indirim yapılmalıdır gibi bir anlam da çıkarılmamalıdır. Diğer bir anlatımla indirim yapıp yapmama hususu her somut olayda özenle değerlendirilmelidir... Hâkim ... her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak ... ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her somut olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir...**" Y6.CD. 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>, (E.T. 25.05.2022).

¹⁹ Bkz. Y6.CD. 28.12.2021, E. 2021/22061, K. 2021/20507; 14.12.2021, E. 2021/21663, K. 19463; 20.10.2021, E. 2021/21647, K. 2021/16011; 05.10.2021, E. 2021/10312, K. 2021/14813; 20.09.2021, E. 2021/20396, K. 2021/13809; 16.09.2021, E. 2021/16579, K. 2021/13730; 13.09.2021, E. 2021/20379, K. 2021/13277; 30.06.2021, E. 2020/573, K. 2021/12792, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>, (E.T. 25.05.2022).

²⁰ "... Saniğin, 2003 yılı Ekim ayı içerisinde T...da bulunan Ç... Kahvehanesi önündeki mağdur çocuklara yaklaşarak cips çaldıklarını gördüğünü söylediği ve mağdurlar ile bir süre sohbet ettiği, ardından "Peşimden gelin, sakın kaçmaya çalışmayın, kaçarsanız sizi yakaladım zaman döverim." diyerek tehdit ettiği, bunun üzerine kendisini takip eden mağdurları bilirkişi tarafından sunulan fotoğraflar ve olay yeri inceleme tutanaklarından anlaşıldığı üzere kapı ve penceresi bulunmayan metruk bir binanın bodrum katına götürdüğü, bir arkadaşını çağırıp mağdurlarla cinsel ilişkiye gireceğini söylediği, mağdur çocukların ağlamaları üzerine elinde tuttuğu kemeri göstererek "Sizi burada bağlarını, kemer ile vurarak öldürürüm." Dediği, elini mağdurların ceplerine sokup 1'er TL'lerini aldığı, ardından her iki mağdur çocuğun beden veya ruh sağlıklarını bozacak şekilde nitelikli cinsel istismarda bulunduğu, olanları herhangi bir kimseye anlatmalarını hâlinde üst üste yatırıp çektiğini söylediği fotoğraflarını Facebook'ta yayınlamakla tehdit ederek yağma suçunu işlediği olayda; yağma suçunun konusunu oluşturan para miktarının az olduğu hususunda tereddüt bulunmamakta ise de suç tarihi itibarıyla 12 ve 14 yaşlarında olan ve ceplerinde sadece 1'er TL'leri bulunan mağdur çocuklar bakımından bu para miktarının önemi, yaşça daha büyük olan saniğin eylemlerinin mağdur çocuklar üzerindeki etkisi, saniğin mağdurları metruk bir binanın bodrum katına götürüp beden veya ruh sağlıklarını bozacak şekilde cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirme ve uygunsuz fotoğraflarını Facebook'ta yayınlamakla tehdit etmesine bağlı olarak mağdurların maruz kaldıkları eylemin ağırlığı, saniğin cinsel saldırıda bulunduğu ve tehdit ettiği mağdurların ceplerini araması karşısında kastının yoğunluğu ve somut olayın tüm koşulları göz önüne alındığında hâkimin TCK'nın 150.

Konu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da yağma suçunun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli hâllerinden birinin (m.149) gerçekleşmesi durumunda malın değerinin azlığı nedeniyle indirim yapıp yapılamayacağıdır. Zira incelediğimiz kararlarda ilk derece mahkemelerinin failin mağduru silahla tehdit ettiği (m.149/1-a) olaylarda suçta konu malın değeri az olsa dahi fail hakkında TCK m.150/2 uyarınca indirim yapmama eğiliminde olduğu tespit edilmiştir. Buna karşın Yargıtay 6. CD'nin yerleşik uygulamasının ise suçun salt silahla işlenmesinin TCK m.150/2 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği şeklinde olduğunu belirtmek gerekir²¹.

maddesinin ikinci fıkrasının verdiği takdir yetkisini somut olayın içeriğine uygun şekilde kullandığı ve yağmalanan paraların değerinin azlığı nedeni ile sanık hakkında indirim yapılamayacağına kabul edilmesi gerekmektedir..." YCGK, 30.04.2019, E. 2017/821, K. 2019/358, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (E.T. 26.05.2022). Yargıtay 6. CD ise failin mağdurdan zorla 1 TL aldığı olayla ilgili olarak 2016 yılında verdiği bir kararda ilk derece mahkemesi tarafından TCK m.150/2 hükmünün uygulanarak verilecek cezada indirim yapılmamasını hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Y6. CD, 20.12.2016, E. 2014/5642, K. 2016/7335, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 26.05.2022). Görüldüğü üzere her iki olayda da mağdurdan zorla 1 TL alınmış fakat Yargıtay CGK'nın kararına konu olan olayda fail ayrıca mağdurlara cinsel istismarda bulunmuştur.

²¹ "... Sanığın mağdur ...'in yakasını tutup boğazına kırık içki şişesini dayayarak "Bana telefonunu ver" dediği, mağdura ait 50 TL değerindeki ... marka cep telefonunu zorla aldığı olayda, suç tarihi olan 02.08.2012 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir..." Y6.CD, 09.11.2021, E. 2021/11294, K. 2021/17513; "... Katılana ait 70 TL para ... bıçak göstermek suretiyle alınmış olsa bile, suç tarihi olan 27.05.2020 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir..." Y6.CD, 04.11.2021, E. 2021/22351, K. 2021/17117; "... Somut olay değerlendirildiğinde, mağdura ait toplam 40 TL para bıçak göstermek suretiyle alınmış olsa bile, suç tarihi olan 02.09.2014 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları birlikte değerlendirildiğinde, suçta sürüklenen çocuğa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir..." Y6.CD, 25.10.2021, E. 2021/361, K. 2021/16238; "... Somut olay değerlendirildiğinde, mağdura ait 100 TL para bıçak göstermek suretiyle alınmış olsa bile, suç tarihi olan 25.02.2018 itibarıyla paranın satın alma gücü ve günün ekonomik koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde, suçta sürüklenen çocuğa verilen cezada değer azlığı indiriminin yapılması gerekir. Açıklanan nedenlerle; 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesiyle suçta sürüklenen çocuğa verilen cezadan değer azlığı nedeniyle indirim yapılması hususunun gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiştir..." Y6.CD, 05.10.2021, E. 2021/10312, K. 2021, 14813; "... Olay tarihinde gece saat 03:15 sıralarında müşteriler ..., ... ve ...'in cadde üzerinde yürüdükleri sırada suçta sürüklenen çocuklar ..., ... ile sanık ...'in müşterileri durdurdukları, suçta sürüklenen çocuk ...'in müşteri ...'a "ne bakıyorsun" diyerek satışı, ardından ...'a kafa attığı, bu sırada suçta sürüklenen çocuk ...'nin cebinden emanetin 2020/4934 sırasında kayıtlı usturayı çıkartarak müşteri ...'a "para ver lan" dediği, diğer suçta sürüklenen çocuk ...'in müşteri ...'dan 45-50 TL, ...'den 20-25 TL parayı aldığı, bu esnada sanık ...'in emanetin 2020/4934 sırasında kayıtlı beyaz renkli meyve bıçağını çıkartarak müşteri ...'e "paralarını ver" dediği, müşterinin de 15 TL parasını ...'a verdiği, ardından müşterinin sigarasını da istediği, müşterinin de cebinde bulunan ... marka sigarasını sanık ...'a verdiği, ardından müşterilere "hadî gidin burdan" diyerek kovdukları eyleme sanığa verilen cezadan değer azlığı nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesiyle cezadan indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi..." Y6.CD, 16.09.2021, E. 2021/16579, K. 2021/13730; "... Suçta sürüklenen çocuğun olay günü soğan deposuna götürdüğü mağdur ...'a bıçak gösterip öldürmek tehdidiyle 20 TL parasını alması şeklinde gerçekleşen yağmaya teşebbüs suçunda suçta sürüklenen çocuğa verilen cezadan değer azlığı nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesiyle cezadan indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi..." Y6.CD, 30.06.2021, E. 2020/573, K. 2021/12792, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (E.T. 30.05.2022).

Konu ile ilgili olarak önem arz eden diğer bir husus da teşebbüs aşamasında kalan suçlarda TCK m.150/2'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Öğretide bir görüş, yağma suçunun teşebbüs hâlinde kalması durumunda, eğer failin eylemini hangi malı almaya yönelik olarak gerçekleştirdiği tespit edilebiliyorsa fail hakkında TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabileceğini, söz konusu tespitin yapılamadığı hâllerde ise ceza indirimi yapılamayacağını kabul etmektedir²². Bu kapsamda örneğin, tehdit zoruyla mağdurdan bir paket sigara almaya çalışırken olay yerinden geçen polisler tarafından yakalanan ve eylemi teşebbüs hâlinde kalan fail hakkında değer azlığı nedeniyle ceza indirimi yapılabilecektir. Diğer görüş ise failin eylemini hangi malı almaya yönelik olarak gerçekleştirdiğinin belirlenemediği hâllerde de “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince failin değer azlığı indiriminden yararlandırılması gerektiğini savunmaktadır²³. Nihayet üçüncü bir görüşe göre, TCK m.150/2 hükmü ancak tamamlanmış suçlar açısından uygulanabileceğinden, teşebbüs aşamasında kalmış yağma suçları açısından malın değerinin az olduğundan bahisle ceza indirimi yapma imkânı bulunmamaktadır²⁴.

Yargıtay 6. CD'nin ise ilk görüşü benimsediği ifade edilebilir. Daire, teşebbüs aşamasında kalan yağma suçlarında, failin kastının değer olarak az olan malı almaya yönelik olduğunun belirlenebildiği hâllerde, TCK m.150/2 uyarınca fail hakkında ceza indirimi uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁵. Buna karşın

²² Bkz. Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 476; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 137, 138; Gökcan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5473; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 123; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 754; Sahillioğlu Baklaci, “Yağma Suçu”, 92.

²³ Bkz. Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 229.

²⁴ Bkz. Mustafa Arslantürk, *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 195. Özen'e göre yağma suçunun teşebbüs hâlinde kalması durumunda suça konu mal alınmamıştır. Dolayısıyla alınmayan bir malın değerinden söz edilemeyeceği için teşebbüs hâlinde kalan yağma suçunda TCK m.150/2 uyarınca fail hakkında ceza indirimi yapılamaz. Bkz. Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 685.

²⁵ “... 20.7.2012 günü mağdurun işlettiği tavukçu dükkanına gelen sanığın mağdur M...Ö...H...’dan 2-3 TL istediği, mağdurun vermeyeceğini söylemesi üzerine dükkandan çıkarken “Sen görürsün, senin camını çerçeveni indireceğim” diyerek tehdit ettiği; 15.7.2012 tarihinde sanığın, mağdur T...E...’un işlettiği berber dükkanına gelip 1-2 TL bozuk para istediği, mağdurun olumsuz yanıt vermesi üzerine mağdura “Camlarını kıracağım” dediği; aynı gün sanığın mağdur M...T...’in dükkanına gelip ondan bozuk para isteyip, mağdurun vermemesi üzerine “Yarın görürsün, camı çerçeveyi indirmiyor muyum?” dediği olaylarda; sanığın atılı suçu kabul etmediği, ancak olay yerine bulunan tanıklar ve mağdurların anlatımları ile iddialarının doğrulanması karşısında; **sanığın her bir mağdura yönelik eylemlerinin ayrı ayrı TCK’nin 149/1-d, 150/2, 35. madde ve fıkraları gereğince cezalandırılması gerektiği düşünülmeyen**, yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi...” Y6.CD, 23.01.2019, E. 2016/1308, K. 2019/300; “... Olay günü, gündüz vakti, sanık ...’ın, yakınan ...’dan 50 kuruş para istediği, yakınanın olmadığını söylemesi üzerine yakınanın tekme atıp, elbisesi üzerinden yakınan ceplerini yokladığı sırada mağdurun kaçtığı somut olayda, sanığın, **suç kastını ve iradesini değer olarak da az olan miktarda özgüleyerek yağmaya kalkıştığının anlaşılması karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK’nın 150/2. maddesinin uygulanma koşulları oluştuğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması...**” Yargıtay 6. CD, T. 08.06.2016, E. 2016/2629, K. 2016/4850; “... Olay gecesini, sanığın evine

failin kastının hangi malı almaya yönelik olduğunun belirlenemediği durumlarda, değer azlığı nedeniyle ceza indirimi yapılamayacaktır²⁶.

Kanaatimizce TCK m.150/2 hükmünde malın değerinin az olması halinde ceza indirimi yapılabileceği öngörüldüğünden, teşebbüs aşamasında kalan yağma suçunda da ceza indirimi ancak failin eylemini değeri az olan bir malı almaya yönlendirmesi hâlinde mümkün olacaktır. Dolayısıyla failin cebir veya tehdit kullanarak mağdurdan almayı umduğu malın ne olduğu veya malın değeri tespit edilemiyorsa, fail hakkında TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılmamalıdır. Örneğin, (A)'nın cebinden çıkardığı bıçağı (B)'ye doğrultarak "*bana para ver*" demesi olayında istenen paranın miktarı belli olmadığından, burada (A) hakkında yağma suçundan dolayı verilecek cezada değer azlığından bahisle indirim uygulanmamalıdır.

C. FAİL DAHA ÇOĞUNU ALABİLME İMKÂNINA SAHİP İKEN YALNIZCA İHTİYACI KADARINI ALMIŞ OLMALI

Yargıtay 6. CD'ye göre, TCK m.150/2 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli son şart, failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken, yalnızca ihtiyacı kadarını almış olmasıdır. Bu şarttan ne anlaşılması gerektiğini Yargıtay 6. CD'nin 2018 yılında verdiği iki karara konu olan somut olaylar üzerinden şu şekilde açıklamak mümkündür:

OLAY 1: Bu olayda failler bıçakla tehdit etmek suretiyle mağdurdan para istemiş, mağdur da korkuya kapılarak cebinden 5 TL çıkartarak vermiştir. Mağ-

gitmek üzere yalnız başına yürümekte olan yakının ..'ye bana 50 TL para ver demek suretiyle suç kastını ve iradesini değer olarak da az olan miktara özgüleyerek yağmaya kalkışığının anlaşılması karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının karar yerinde tartışmasız bırakılması..." Y6.CD, 01.06.2016, E. 2015/9334, K. 2016/4659, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 03.06.2022); "... *Sanığın kast ve iradesinin özgülenmiş olması halinde, yağma suçuna teşebbüste 5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesinin uygulanmasına yasal bir engel bulunmadığından, sanık Ş...'nın kastının 6 adet rakı bardağı yağmalamak olduğu, değer azlığı nedeniyle mahkemenin 150/2. maddeyi uygulamasında isabetsizlik bulunmadığı anlaşılma, teğliğ-namedeki bozma isteyen düşünce benimsenmemiştir...*" Y6. CD, 17.04.2007, E. 2006/19683, K. 2007/4833, Gökcan ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5473. Buna karşın Yargıtay CGK, 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde failin kastının hangi malı almaya yönelik olduğunun belirlenemediği hâllerde de şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince değer azlığı indiriminin yapılacağına karar vermekteydi: "... *Hırsızlık eyleminde değere ilişkin bir saptama yapılamadığına göre, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık hakkında 522. maddesi hükmü pek hafif değer ölçüsüne göre uygulanmak gerekir...*" Yargıtay CGK, 27.04.1987, E. 1987/94, K. 1987/237, Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", 261.

²⁶ "... *Somut olayda sanığın özgülediği herhangi bir miktar belirtmeksizin mağdurdan tehditle para istediğinin, mağdurun aşamalarda değişmeyen anlatımlarından anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı halde aynı yasanın 150/2. maddesiyle ceza indirimi yapılmaması...*" (Bu olayda yağma suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır) Y6.CD, 01.07.2019, E. 2017/65, K. 2019/3943, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 03.06.2022).

durun diğer cebinde ise 2.800 TL bulunmaktadır. Ancak 5 TL'yi alan failler, mağdurun üzerini aramaksızın olay yerinden ayrılmıştır²⁷.

OLAY 2: Bu olayda da fail mağduru bıçakla tehdit ederek onun elinde bulunan 5 TL'yi zorla almıştır. Ancak daha sonra mağdurun pantolon ceplerini de aramış fakat herhangi bir şey bulamamıştır. Bunun üzerine 5 TL'yi alarak olay yerinden ayrılmıştır²⁸.

OLAY 1'de ilk derece mahkemesi değer azlığı nedeniyle ceza indirimini uygulamamış, fakat Yargıtay 6. CD failler hakkında değer azlığı nedeniyle indirim uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmeden karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. OLAY 2'de ise ilk derece mahkemesi tarafından faile verilen cezada değer azlığı nedeniyle indirim yapılmış ancak Yargıtay 6. CD fail hakkında değer azlığı gerekçesiyle indirim yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur.

Görüldüğü üzere her iki olayda da fail(ler) bıçakla tehdit ederek mağdurdan objektif olarak değeri az olan 5 TL almıştır. Bununla birlikte OLAY 2'de, OLAY 1'den farklı olarak, fail ayrıca mağdurun pantolon ceplerini de arayarak

²⁷ "... Somut olayda Vatan Caddesi üzerinde yürüyen mağdura sanıkların seslendiği, mağdurun duymamazlıktan geldiği, sanıklardan ...'in arkasından yaklaşarak kolundan tuttuğu "bana 2 lira ver de şurdan dolmuşa binip gidelim" dediği, sanık ...'in ise koluna bıçak ile dürterek "sesini çıkartma, sessiz kal, çizeriz, gamayı yersin" demesi üzerine mağdurun korktuğu ve sanıklara sol cebinde bulunan 5 TL parayı verdiği, diğer cebinde 2.800 TL paranın olduğu, sanıkların mağdurun üzerini aramadan yakınının verdiği 5 TL parayla yetinerek olay yerinden ayrıldığına anlaşılması karşısında; koşulları bulunduğu halde, sanıklar hakkında 150. maddenin 2. fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması... Bozmayı gerektirmiştir..." Y6.CD, 14.02.2018, E. 2015/1825, K. 2018/1038 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 05.06.2022).

²⁸ "... Somut olayda sanığın yakınına bıçak çekip avucunun içindeki 5 TL parayı aldıktan sonra pantolonunun ceplerini de arayarak bir şey bulamaması sebebiyle alamadığının anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı halde aynı yasanın 150/2. maddesiyle cezadan indirim yapılması, karşı temyiz olmadığının bozma nedeni yapılmamıştır..." Y6.CD, 22.01.2018, E. 2015/643, K. 2018/205, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 05.06.2022). Belirtmek gerekir ki Yargıtay 6. CD'ye göre mağdurun üzerinin aranması failin daha çoğunu alma kastıyla hareket ettiği göstermekte ve bu durumda fail her ne kadar objektif olarak değeri az bir mal almış olsa da TCK m.150/2 uyarınca ceza indirim uygulanmamaktadır. Bkz. "... Sanıkların olaydan bir süre önce mağdurdan aldıkları 2.00 TL ile yetinmeyip, yeniden yanına gelerek 3.00 TL parasını daha aldıkları ve mağdurun üzerini, eşyalarını aradıkları somut olayda, koşulları oluşmadığı halde aynı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini..." Y6.CD, 19.10.2020, E. 2018/1581, K. 2020/3471, "... Somut olayda sanığın, cebren üzerini aradığı mağdurun montunda 50 TL bulup yağmaladığı, bu paranın 20 TL'sini talep üzerine olay anında, kalan 30 TL'nin ise ertesi gün mağdura iade ettiğinin anlaşılması karşısında; TCK'nin 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması, karşı temyiz olmadığının bozma nedeni yapılmamıştır..." Y6.CD, 01.07.2020, E. 2018/1462, K. 2020/2395; "... Somut olayda sanık ve suç arkadaşının mağdurun üstünü arayarak 20 TL'sini yağmaladığının anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı hâlde aynı Yasanın 150/2. maddesiyle cezadan indirim yapılması..." Y6.CD, 26.02.2020, E. 2018/643, K. 2020/873; "... Somut olayda sanıkla suç ortaklarının, suç tarihinde mağdurdan para istedikleri, mağdurun parası olmadığını söylemesi üzerine, üst aramasına girilerek 3 TL bozuk para ve 1 paket sigara ile daha sonra da 1 adet çakmağın alındığının anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı hâlde aynı Yasanın 150/2. maddesiyle cezadan indirim yapılması..." Y6.CD, 26.02.2020, E. 2018/424, K. 2020/866, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 07.06.2022).

elde ettiğinden daha fazlasını alma kastıyla hareket ettiğinden -her ne kadar daha fazlasını elde etmemiş olsa da- burada fail hakkında TCK m.150/2 uyarınca malın değerinin azlığından bahisle ceza indirimi yapılmamalıdır. Dolayısıyla “*daha çoğunu alma*” ya da “*ne bulursa alma*” kastıyla hareket eden fail hakkında, somut olayda elde ettiği malın değeri objektif olarak az olsa dahi ceza indirimi uygulanmayacaktır²⁹.

²⁹ “... **5237 sayılı TCK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasındaki...**”değerin azlığı”nın 5237 sayılı yasa özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, yasa koyucunun amacı ve suçun işleniş biçimi, olayın özelliği ve sanığın özgülünen kastı da gözetilmek suretiyle, **daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinimi kadar, değer olarak da gerçekten az olan şeylerin alınması durumunda, yasal ve gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği**; somut olayda sanıklar ...'in, katılan ...'ten önce bıçak zoru ile cüzdanını aldıkları, ancak içinde değerli bir şey bulamayınca 2 adet bilekliği yağmaladıkları olayda, sanıkların kastlarını özgüledikleri esas şeyin 2 adet bileklik olmadığının anlaşılması karşısında; TCK'nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması...” Y6.CD, 07.10.2020, E. 2018/2200, K. 2020/3380;

“... Somut olayda sanığın suç ortakları ... ve ... ile birlikte yakınana bıçak doğrultarak cebinde bulunan 15 TL parayı aldıkları, **bu sırada yakınanın, sanığın elinde bulunan bıçağı ani bir hareketle alması üzerine sanıkların yakınanın üzerinde bulunan diğer para ve eşyaları almadan olay yerinden kaçtıklarının anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı halde aynı yasanın 150/2 maddesiyle cezadan indirim yapılması...**” Y6.CD, 05.06.2017, E. 2014/13830, K. 2017/1808; “... **Sanığın, yakınanı bıçakla tehdit edip etkisiz hale getirdikten sonra, üzerini ararak, bulunduğu tüm para olan 1.90 TL, cep telefonu ile bir adet çakıyı aldığı somut olayda, koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış...**” Y6. CD, 13.06.2016, E. 2014/7705, K. 2016/5010, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>, (E.T. 07.06.2022). Yargıtay CGK da sanığın daha çoğunu alma kastıyla hareket ettiği hâllerde TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılamayacağına karar vermektedir: “... **Mağdurun 26.03.2009 tarihinde saat 16.00 sıralarında okuldan çıkarak evine gitmek üzere tanıklar C... ve G... ile birlikte Osman Gazi Tren İstasyonundan trene bindiği, tren Kaynarca yönüne doğru hareket ettikten sonra sanığın, mağdur ve tanıkların yanına gelerek konuşmaya başladığı, mağdurun kendisine ne iş yaptığını sorması üzerine “Hiçbir iş yapmıyorum, sizin gibilerden geçiyorum” diyerek mağdurdan, kulağında takılı olan müzik çaları istediği, mağdurun müzik çalarını vermek istememesine rağmen kulağından çekerek zorla aldığı, mağdurun geri istemesi üzerine de “Ben rüyamda gördüm, sen bunu bana hediye ediyordun, et ki rüyam gerçekleşsin” dediği, mağdurun ısrarla istemeye devam etmesi nedeniyle de “Üzerimde bıçak var, sen bunu bana ver, biz trenden çok adam attık, öğrencileri hiç sevmem” diyerek mağduru tehdit ettiği olayda; **mağdurun suça konu müzik çaları bir süre önce 29 TL'ye satın aldığı, müzik çalarının pahalı bir şey olmadığını ve kulaklığının tekinin de bozuk olduğunu beyan etmesi, sanığın mağdurdan suça konu müzik çalar dışında herhangi bir talepte bulunmayarak kastını sadece müzik çaları almaya özgülemesi, yağmalanan müzik çaların değerinin objektif olarak az olması ve söz konusu eylemin mağdurun üzerinde ağır bir etki yarattığına dair dosyaya yansıyan herhangi bir bulgunun olmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlinin düzenlendiği TCK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir...**” YCGK, 16.03.2021, E. 2019/63, K. 2021/114; “... **Sanığın, olay tarihinde açık kimlik bilgileri tespit edilemeyen bir kişi ile birlikte parkta oturmakta olan önceden tanımadığı mağdurların yanına giderek kendileriyle konuşmak istediğini söylediği, mağdurlarla bir süre konuşarak yürüdüktan sonra onları تنها bir ara sokağa götürüp belinden çıkarttığı ekme bıçağını mağdur ...'ye doğrultarak cebindeki paraları vermesini istediği, mağdur ...'nin korkarak cebinde bulunan tüm parayı yani 10 TL'yi sanığa verdiği, daha sonra sanığın bıçağı mağdur ...'a doğrultup “Sen de ver lan” diyerek ondan da üzerinde bulunan paraları istediği, mağdur ...'in önce “Param yok, olan paramı arkadaşına vereceğim” diyerek kabul etmediği, ancak sanığın bıçakla üzerine yürümesi üzerine korkarak cebinde bulunan tüm parayı yani 10 TL'yi****

III. YARGITAY 6. CEZA DAİRESİNİN TCK M.150/2'NİN UYGULANMA ŞARTLARINA YÖNELİK İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ

Yargıtay 6. CD, son dönemde yağma suçuna konu olan malın değerinin azlığı nedeniyle ceza indirimi öngören TCK m.150/2'nin uygulanmasına yönelik olarak yaklaşık 15 yıldır benimsemiş olduğu içtihadında değişikliğe gitmiştir. Buna göre artık söz konusu hükmün uygulanabilmesi için “*failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması*” şartı aranmayacaktır. Dolayısıyla hâkim, fail tarafından elde edilen değer objektif olarak az olduğunu tespit ettikten sonra somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak TCK m.150/2'nin uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek, ayrıca failin daha çoğunu alma kastıyla hareket edip etmediğini dikkate almayacaktır.

Söz konusu içtihat değişikliğinin gerekçesini ise kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. Daire bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “... 5237 sayılı TCK'nın 145 ... veya 150/2 ... maddelerinde veya gerekçelerinde “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma*” koşulu yoktur. Elbette değer az olmasına ilaveten, daha çoğunu alma olanağı varken daha az alınmış ise; bu maddeler sanık lehine uygulanmalıdır... TCK'nın 145 veya 150/2. maddeleri uyarınca faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması kural olarak yeterli olup, suç ve cezada kanunilik ilkesi ile aleyhe kıyas ve yorum yasağı gereği, kanunda bulunmayan bir koşul ihdas edilemez³⁰...”.

sanığa verdiği olayda; yağma suçunun konusunu oluşturan para miktarının az olduğu hususunda tereddüt bulunmamakla ise de suç tarihi itibarıyla öğrenci olup ceplerinde sadece 10'ar TL'leri bulunan mağdurlar bakımından bu para miktarının önemi, sanığın mağdurların ne kadar parası varsa hepsini alma yönündeki ortaya koyduğu kastının yoğunluğu ve somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulduğunda hâkimin TCK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrasının verdiği takdir yetkisini somut olayın içeriğine uygun şekilde kullandığı, yağmalanan paraların değerinin azlığı nedeni ile sanık hakkında indirim yapılamayacağı hususunda bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir...” YCGK, 10.12.2020, E. 2019/593, K. 2020/514, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (E.T. 07.06.2022).

³⁰ Y6.CD, 28.12.2021, E. 2021/22023, K. 2021/20658, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T. 09.06.2022). Benzer yönde kararlar için bkz. Y6.CD, 28.12.2021, E. 2021/22061, K. 2021/20507; 21.12.2021, E. 2021/24207, K. 2021/19843; 14.12.2021, E. 2021/21663, K. 2021/19463; 14.12.2021, E. 2021/22332, K. 2021/19363; 07.12.2021, E. 2021/8780, K. 2021/18914; 02.12.2021, E. 2021/14979, K. 2021/18744; 24.11.2021, E. 2021/23547, K. 2021/18114, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (E.T. 09.06.2022). Yargıtay 6. CD'nin bu içtihat değişikliği Yargıtay CGK tarafından da benimsenmiştir. “... Yerel Mahkemece TCK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmama gerekçesi olarak “*Fazlasını alma imkânı varken almamaları gibi bir durum olmadığı, kaldı ki günün ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü gibi objektif kriterlerle yapılan değerlendirmeye göre, cep telefonu, cüzdan ve çakı bıçağının değerinin pek hafif olmadığı, dolayısıyla maddenin uygulama koşullarının oluşmadığı,*” belirtilmiş ise de ilgili maddenin uygulanabilmesi için daha çoğunu alabilecekken daha azını alma gibi bir kriterin aranmamış olması... değerlendirildiğinde, sanık hakkında yağma suçunun daha az ceza gerektiren nitelikli hâlinin düzenlendiği TCK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir...” YCGK, 22.06.2021, E. 2019/58, K. 2021/303, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (E.T. 09.06.2022).

IV. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

A. GENEL AÇIKLAMA

Burada öncelikle TCK m.150/2'nin uygulanma şartlarına ilişkin görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacak ve bu çerçevede, Yargıtay 6. CD'nin söz konusu içtihat değişikliğine yönelik değerlendirmelerde bulunulacaktır. Ardından da TCK m.150/2'nin yerinde bir düzenleme olup olmadığı sorununa değinilerek kanuni değişiklik önerimizden bahsedilecektir.

B. TCK M.150/2'NİN UYGULANMA ŞARTLARINA DAİR GÖRÜŞÜMÜZ VE YARGITAY 6. CEZA DAİRESİNİN İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

5237 sayılı TCK m.150/2'ye göre, “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.” Görüldüğü üzere maddede “indirilebilir” ifadesi kullanıldığından, ceza indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir³¹. Ancak buradaki takdir yetkisi keyfilik olarak da anlaşılmalıdır. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak söz konusu takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Nitekim bu konuda kanuni düzenlemeden yararlanmak mümkündür. Madde metnine bakıldığında ise ceza indiriminin “yağma suçuna konu olan malın değerinin az olması” hâlinde yapılabileceği ifade edilmiş olup, bunun dışında başkaca bir şart öngörülmediğinden, hâkimin takdir yetkisinin malın değerinin az olup olmamasına özgü olduğu söylenebilir. Dolayısıyla TCK m.150/2 kapsamında hâkime, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olup olmadığını belirleme hususu ile sınırlı bir takdir yetkisinin tanındığı kanaatindeyiz.

Değer azlığı nedeniyle ceza indirimi öngören diğer düzenlemeler olan TCK m.145 ile TCK m.250/4'ün de görüşümüzü desteklediği düşünülmektedir. TCK m.145'e göre “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektense vazgeçilebilir.” TCK m.250/4 ise şu şekildedir: “İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza

³¹ Ahmet Gökçen ve Büşra Şenerdoğan, “Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020: 454; Kaylan, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi)”, 46; Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 225; Maraşlı Dinç ve Ruhi, “Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu”, 95, 96; Korkmaz, Yağma Suçu, 120; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 663; Koca ve Üzülmüş, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 712; Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, 410; Toroslu, Ceza Özel Kısım, 159; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Özel Hükümler, 611; Gökcan ve Artuç, Ceza Kanunu Şerhi, 5468; Soyaslan, Ceza Özel Hükümler, 434; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 133.

yarisına kadar indirilebilir.” Görüldüğü üzere, hırsızlık suçunda ceza indiriminin yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli iken, ceza vermekten vazgeçilebilmesi için ayrıca “suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önüne alınması” şartı getirilmiştir³². Yine irtikap suçunda da ceza indirimi yapılabilmesi için irtikap edilen menfaatin değerinin (az olmasının) yanı sıra hâkimin “mağdurun ekonomik durumunu da göz önüne alınacağı” belirtilmiştir. Buna karşın yağma suçunda değer azlığı nedeniyle ceza indirimi öngören TCK m.150/2 hükmünde suçta konu malın değerinin az olması haricinde başka bir şarta yer verilmemiştir. Oysa kanun koyucu malın değerinin az olmasının yanı sıra, suçun işleniş şekli ve özellikleri veya failde daha çoğunu alma kastının bulunup bulunmadığı gibi başka bir şartın da aranmasını isteseydi, tıpkı TCK m.145’te (ceza vermekten vazgeçilmesi hâli için) ve TCK m.250/4’te olduğu gibi, bunu kanunda açıkça düzenlerdi³³. O hâlde hâkim somut olayda yağma suçunun konusu olan malın değerinin az olup olmadığını takdir edecek, az olduğu kanısına varması hâlinde

³² Özbek, Doğan ve Bacaksız’ın bu hüküm ile ilgili eserlerinin 632. sayfasında yer verdikleri değerlendirmelerini aynen aktarmanın faydalı olacağı düşünülmektedir: “... Değerin azlığı çifte karaktere sahiptir. Şayet tek başına değer azlığı esas alınacak olursa hafifletici sebeptir. Bununla birlikte hakim değer azlığı ile birlikte suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermekten de vazgeçebilir. Bu yönüyle ise malın değerinin azlığı cezayı kaldıran bir sebebe dönüşmektedir. Bu çerçevede cezada indirim yapılabilmesi için hakim suçun işleniş şeklini ve özelliklerini de ayrıca değerlendirmesi gerekli değildir...” Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 632. Benzer yönde bkz. Tezcan, Erdem ve Önoğ, *Ceza Özel Hukuku*, 779; Ersan Şen, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3 (2012): 350, 351; Özbek ve Meraklı, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”, 25. Nitekim Yargıtay 6. CD de çok yakın tarihli bir kararında aynı sonuca varmıştır: “... Saniğin duran kamyonetin açtıkları kasasından bir adet karpuz çalmış olduğunun anlaşılması karşısında; suçun işleniş şekli ve özellikleri itibariyle ceza vermekten vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK’nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi... Bozmayı gerektirmiştir...” Y6.CD, 28.06.2022, E. 2021/25146, K. 2022/9998, UYAP İçtihat Programı. Benzer yönde karar için bkz. “... TCK’nın 145. maddesine göre, faille verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli olup, hâkim indirim oranını TCK’nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde saptamalıdır. Değer azlığı nedeniyle ceza vermekten vazgeçme kararı verilecek ise; malın değerinin azlığı yanında “suçun işleniş şekli ve özellikleri” de dikkate alınmalıdır... Somut olayda ise; saniğin suç tarihinde bir litre benzin çalması karşısında hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK’nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y17.CD, 16.01.2017, E. 2015/26488, K. 2017/465, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 17.06.2022).

³³ Yargıtay CGK’nın bir kararında karşı oy kullanan üyenin benzer yöndeki açıklamaları şu şekildedir: “... TCK’nın 150/2’nci maddesinde, yağma için “malın değerinin azlığı”, 145’inci maddesinde hırsızlık bakımından, “malın değerinin azlığı” ve 249’uncu maddesinde zimmet bakımından “malın değerinin azlığı” kavramlarına yer verilmiştir. TCY’nın 145’inci maddesinde, “malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurken, ceza vermekten de vazgeçilebilir” denmektedir. **Yasa koyucunun amacı suçun konusunun azlığından dolayı cezada indirimde gidilebileceği(ni) benimsemek olsaydı, 150/2’nci maddeyi yürürlüğe koymazdı; veya saniğin mağdura ait olan ve ne bulursa üzerinden almak şeklinde suçun konusunu açıkça belirtmesi, gerekirdi...**” YCGK, 18.02.2010, E. 2010/6-225, K. 2010/268, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=33300>, (E.T. 19.06.2022).

ise “suçun işleniş şekli ve özellikleri, failin mağdur üzerinde meydana getirdiği etkiler veya failin daha çoğunu alma kastıyla hareket edip etmediği” gibi hususları dikkate almadan ceza indirimini uygulayacaktır³⁴.

Bu açıklamalardan hareketle, Yargıtay 6. CD’nin ne TCK m.150/2’nin metninde ne de gerekçesinde yer alan failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken, ihtiyacı kadarını alması şeklinde bir şart arayarak söz konusu hükmün kapsamını sanık aleyhine daraltan uygulamasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir³⁵. Esasen tarafımızca incelenen Yargıtay 6. CD kararlarının hiçbirinde söz konusu şartın gerekçesine ilişkin bir açıklama bulunmamıştır³⁶. Bununla bir-

³⁴ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, 2817; Tuğba Uçak, “Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022: 65. Aksi görüş için bkz. Akkaş, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 333, 334; Özbek, “Yağma Suçunda Daha Az Cezaayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükmünün Uygulaması”, 132; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, 136; Maraşlı Dinç ve Ruhi, “Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu”, 95, 96; Necati Meran, *Hırsızlık, Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 316. Özbek, *Doğan ve Bacaksız* da TCK m.145’ten farklı olarak TCK m.150/2’de “suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak” ifadesine yer verilmemişinden, Yargıtay 6. CD’nin TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için “suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulması” şartını araması hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 664. Koca ve Üzülmüş ise TCK m.150/2 hükmünün hâkime yağma suçunda cebir ya da tehdidin mağdur üzerindeki etkisi gibi somut olayın özelliklerini dikkate almadan salt fail tarafından alınan malın değerini esas alarak indirme yetkisi verdiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte yazarlar yağma suçunda salt malvarlığı değerlerinin değil aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğü değerlerinin de korunduğu gerekçesiyle TCK m.150/2’de ki düzenlemeyi eleştirmekte ve bu çerçevede Yargıtay’ın hükmün uygulama alanını sanık aleyhine daraltan mevcut içtihadını isabetli bulmaktadır. Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 712. Yazarların Yargıtay’ın konu ile ilgili mevcut uygulamasını isabetli bulan görüşüne kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle katılmamaktayız.

³⁵ Benzer görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 632, 664; Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 225-227, 235; Sahillioğlu Baklacı, “Yağma Suçu”, 91; Uçak, “Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu”, 65. Farklı bir gerekçe ile benzer görüş için bkz. Danişman, “Yağma Suçlarında Değer Azlığı”, 127. Son anılan yazar Yargıtay 6. CD’nin TCK m.150/2 hükmünün uygulanabilmesi için temel aldığı “saniğin miktara özgü kastı (daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması)” şeklindeki kriteri bilimsel ve nesnel temellere dayanmayan tamamen subjektif bir ölçü olarak değerlendirmekte ve Dairenin bu yöndeki içtihatlarını isabetli bulmamaktadır. Benzer yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 435. Yargıtay’ın hırsızlık suçunda değer azlığı hâlinde ceza indirimi veya cezanın tamamen kaldırılmasını öngören hükmün uygulanabilmesi için de aradığı failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması şartının TCK m.145’te açıkça düzenlenmediğinden kanunilik ilkesi açısından sakıncalı olduğuna yönelik görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 777; Şen, “Hırsızlık Suçları”, 349, 350; Gürühan, Topaç ve Kanat, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, 225-227; Özbek ve Meraklı, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”, 25, 26.

³⁶ Buna karşın Yargıtay CGK bir kararında bu hususa değinmiş ve “failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken yalnızca ihtiyacı kadarını almasını” yorum olarak nitelendirilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “... Yerel Mahkemece TCK’nın 150. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmamasına ilişkin “Saniğin daha çoğunu alabileceksen iradesini daha azına özgülemesi” şeklindeki gerekçesi Kanunumuzda yer alan bir hukuk kuralının yağma suçuna kıyas yoluyla aktarılması değildir. Zira böyle bir yasal dü-

likte Yargıtay 6. CD tespit edebildiğimiz kadarıyla 2021 yılının Şubat ayından itibaren kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bu içtihadını değiştirmiş ve artık TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken, ihtiyacı kadarını alması şeklinde bir şartın aranmayacağına karar vermiştir. Yargıtay 6. CD'nin kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan ve sanık aleyhine bir durum yaratan uygulamasına son veren bu içtihat değişikliğini isabetli bulmakta ve son derece olumlu bir gelişme olarak değerlendirmekteyiz.

C. TCK M.150/2'NİN YERİNDE BİR DÜZENLEME OLUP OLMADIĞI SORUNU

Yağma suçu, tehdit (m.106) ve cebir (m.108) suçu ile hırsızlık (m.141) suçunun birleşmesinden oluşan bileşik bir suç olduğundan³⁷, tehdit, cebir ve hırsızlık

zenleme Kanun'da bulunmamaktadır. Ceza Genel Kurulunca yapılan TCK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrasındaki açık olmayan düzenlemenin yorum yoluyla farklı uygulamaların önüne geçilip "Kanun'un açıklığı" ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Anılan fıkranın lâfzına bakıldığında da yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığından bahsedilmektedir..." YCGK, 30.04.2019, E. 2017/821, K. 2019/358, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E.T. 26.06.2022). Belirtmek gerekir ki "malın değerinin azlığı" ile "failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması" birbirinden farklı unsurlardır. Zira değer azlığı suçun konusuna (maddi unsur) ilişkin olup "objektif" kriterlere göre belirlenmesi gereken bir husus iken, failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması ise failin kastına (manevi unsur) yönelik "sübjektif" bir durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla yukarıdaki kararda Yargıtay CGK tarafından yapılan faaliyeti yorum olarak nitelendirmenin isabetli olmadığı ve Yargıtay CGK'nın TCK m.150/2'de öngörülmeleyen bir şartı hükme dâhil ederek kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan bir karar verdiği kanaatindeyiz. Yargıtay CGK'nın konu ile ilgili bir kararında karşı oy kullanan üye tarafından ileri sürülen görüşler faydalı olacağı düşünüülerek aynen aktarılmıştır: "... Bu içtihatlardaki yaklaşım, maddede, mağdurun üzerinde bulunan fazla miktarda değerlerin sanık tarafından alınmak istenmesi halinde indirim yapılamayacağı veya değer azlığı halinde de cezadan indirimde gidilemeyeceği varsayımlarına dayanmaktadır. Yasada açıkça mağdurun üzerinde bulunan ve sanık tarafından alınması hedeflenen şeylerin/değerlerin tümü alınmasa (bir kısım, çok az bir kısmı alınsa bile), tümü alınmışçasına değerlendirilmedi bulunularak, madde fıkrasındaki kavram sanığın aleyhine sonuç doğuracak biçimde yorumlanılmış olmaktadır. **Mağdur üzerinde bulunan ve tamamı alınmayan malın değerinin gözetilebilmesi için, madde fıkrasının böyle bir yoruma elverişli olması gerekir. Madde böyle bir yoruma elverişli değildir.** Buna rağmen, sanık lehine yoruma (filen alınan malın değeri) elverişli olan düzenleme tersine çevrilerle, hem sanık yararına/lehine yorum, hem de yasallık ilkesine aykırılık oluşturulmaktadır... **CGK'nın ... önceki içtihatları ile somut olayımızdaki çoğunluk görüşü, maddede açıkça yer almayan ve sanık aleyhine olan yorum yoluyla, yasallık ilkesine aykırılığa sebebiyet vermektedir.** Oysa, 150'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan, "suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı", yargıcın takdiri ile sanık lehine indirimde elverişlidir. **Yargıcın yapacağı değerlendirme, sanığın aldığı şeyin değerinin "azlığı"dır. Yargıcın yapacağı bu değer "azlığı" tespitine rağmen, sanık yararına indirim uygulanmaması, TCY'nın 150/2'nci maddesinin uygulanmaması sonucunu doğurur..."** YCGK, 18.02.2010, E. 2010/6-225, K. 2010/268, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=33300>, (E.T. 28.06.2022).

³⁷ Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", 2801; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 671; Toroslu, *Ceza Özel Kısım*, 150; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 645; Maraşlı Dinç ve Ruhi, "Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu", 88; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 26; Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi)", 40; Gökçen ve Şenerdoğan, "Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri", 403; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 641; Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 877; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 650; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Özel Hükümler*, 566; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 795; Meran, *Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, 194; Arslantürk, *Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, 47; Gökcan ve Artaç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5343.

suçları ile korunan hukuki değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet hakkı, yağma suçunun koruduğu hukuki değerleri oluşturmaktadır³⁸. Bununla birlikte yağma suçunda fail, malvarlığı değerine ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu amacını gerçekleştirmek için de tehdit ile cebri bir araç olarak kullanılmaktadır³⁹. Dolayısıyla yağma suçu ile asıl olarak malvarlığı değerleri korunduğundan, bu suç 5237 sayılı TCK'nın "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde düzenlenmiştir⁴⁰.

³⁸ Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", 2801; Koca ve Üzülmaz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 671, 672; Maraşlı Dinç ve Ruhi, "Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu", 88; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 26, 27; Gökçen ve Şenerdoğan, "Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri", 403; Öztürk ve Balcı, *Yağma Suçları*, 641; Taneri ve Kamışlı, *Kişilere Karşı Suçlar*, 877; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 795-796; Meran, *Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, 194; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sinar, Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bozbayındır ve Erman, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 80-81; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, 391, 392; Gökçen ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5343; Arslantürk, *Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, 44. Ayrıca bkz. Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 418-420. "... Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suç olduğundan, birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir..." YCGK, 13.11.2018, E. 2017/1175, K. 2018/518; "... Bir başkasının kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da mal varlığı itibarıyla büyük zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim etmeye veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişinin eylemi yağma suçunu oluşturur. Malın alınması veya verilmesini temin için zilyetin üzerinde cebir ve tehdit kullanılmaktadır... Bu suçla yalnızca korunan hukuki değer malvarlığı değil, aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığıdır..." Y6.CD, 25.02.2021, E. 2019/2068, K. 2021/3325; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (E. T. 29.06.2022).

³⁹ Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", 2801; Koca ve Üzülmaz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 672; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 796; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 645; Gökçen ve Şenerdoğan, "Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri", 403; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 27; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Özel Hükümler*, 567; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sinar, Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bozbayındır ve Erman, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 89, 90; Soyaslan, *Ceza Özel Hükümler*, 421; Gökçen ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5343; Taneri ve Kamışlı, *Kişilere Karşı Suçlar*, 877; Meran, *Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, 194. "... Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır..." Y6.CD, 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (30.06.2022).

⁴⁰ Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", 2801; Koca ve Üzülmaz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 672; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 796; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 645; Gökçen ve Şenerdoğan, "Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri", 403; Korkmaz, *Yağma Suçu*, 27, 28; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, 391; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Özel Hükümler*, 567; Gökçen ve Artuç, *Ceza Kanunu Şerhi*, 5343; Taneri ve Kamışlı, *Kişilere Karşı Suçlar*, 877; Meran, *Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, 194. Ayrıca bkz. Toroslu, *Ceza Özel Kısım*, 150; Bayraktar, Yıldız, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Kangal, Memiş Kartal, Sinar, Evik, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Bozbayındır ve Erman, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 80, 81. "... Yağma suçu, bir kişinin malını cebir veya tehdit kullanarak almak suretiyle işlenmiş sayılacağından, unsurları itibarıyla hem zilyetliğe, hem de kişi hürriyetine yönelik bir suçtur. Ancak kişi hürriyetine yönelen saldırı, mal aleyhine işlenen suçun gerçekleşmesi bakımından bir araç niteliğinde bulunduğundan, bu suç sonuç itibarıyla "mal aleyhine" işlenen bir suçtur..." YCGK, 13.11.2018, E. 2017/1175, K. 2018/518, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (30.06.2022).

Öğretide bazı yazarlar TCK m.150/2'deki düzenlemenin hukuken isabetli olmadığı görüşündedir. Bu görüşün gerekçesini ise yağma suçu ile korunan hukuki değerler oluşturmaktadır. Gerçekten de yağma suçuyla yalnızca malvarlığı değerleri değil, bunun yanı sıra kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı da korunmaktadır. Oysa kanun koyucu bu hususu göz ardı ederek salt suçun konusunu oluşturan malın değerini esas almış ve bu değer az olmasını cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlemiştir⁴¹.

Yağma suçu malvarlığına karşı suçlar içerisinde en ağır ve en tehlikeli suç⁴² olmakla birlikte aynı zamanda yaptırım da en fazla olan suçtur. TCK m.148/1'e göre, yağma suçunun temel şeklinin yaptırımı "6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası"dır. Bu çerçevede kanaatimizce alt sınırı dahi çok yüksek olan⁴³ böyle bir suç açısından hâkime suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde, somut olayda işlenen fiilin haksızlık içeriğini de değerlendirerek faile verilecek cezada indirim yapma imkânı tanınmalıdır⁴⁴.

Bununla birlikte TCK m.150/2'de yer alan düzenlemenin isabetli olmadığı düşünülmektedir. Zira bu düzenlemeye göre hâkim, yalnızca suça konu malın değerinin az olup olmadığını takdir edebilecektir. Buna karşın hâkime suçun işleniş şekli, kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerindeki etkisi, mağdurun uğradığı zararının büyüklüğü gibi somut olayın özelliklerini değerlendirme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme değer azlığının olduğu her durumda ceza indirimini öngörmektedir⁴⁵. Bu kapsamda örneğin, değeri az olan bir malın alınması için;

⁴¹ Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", 2817; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 711; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, 410; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 821; Taneri ve Kamışlı, *Kişilere Karşı Suçlar*, 908. Özbek, Doğan ve Bacaksız TCK m.150/2'de "indirilebilir" ifadesi kullanıldığından, ceza indirim konusunda hâkime takdir yetkisi tanındığını ve her durumda ceza indiriminin uygulanmayabileceğini belirtmekte olup bu hususun yağma suçu ile kişi özgürlüğü de korunduğundan, ceza indiriminde bunun dikkate alınmamasına yönelik haklı eleştiriyi hafifletebileceği görüşündedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 663.

⁴² Akkaş, "Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", 334; Arslantürk, *Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, 44.

⁴³ Alman hukukunda yağma suçu (Raub) Alman Ceza Kanunu'nun 249. maddesinde düzenlenmiş olup bu suç için öngörülen yaptırım "1 yıldan az olmamak üzere hapis cezası"dır. Avusturya hukukunda ise yağma suçuna (Raub) Avusturya Ceza Kanunu'nun 142. maddesinde yer verilmiş ve suçun yaptırımı "1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası" olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere gerek Alman hukukunda gerekse de Avusturya hukukunda yağma suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırı 1 yıl iken, Türk hukukunda ise 6 yıldır. Dolayısıyla TCK'da yağma suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırının Alman ve Avusturya düzenlemelerine nazaran bir hayli yüksek olduğu söylenebilir.

⁴⁴ *Toroslu ve Sahillioğlu Baklacı* da gerekçe belirtmeden yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasının cezada indirimin sebebi olarak öngörülmesinin isabetli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Toroslu, *Ceza Özel Kısım*, 159; Sahillioğlu Baklacı, "Yağma Suçu", 88.

⁴⁵ Benzer görüş için bkz. Uçak, "Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu", 65. Aksi görüş için bkz. Akkaş, "Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", 335; Gökçen ve Şenerdoğan, "Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri", 454; Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı", 136.

- Failin kullandığı cebir sonucu mağdurun vücudunda ciddi hasarların meydana gelmesi,
- Failin mağduru bıçaklaması sonucu mağdurun organ kaybına uğraması veya hayatını kaybetmesi,
- Failin kullandığı tehditten dolayı mağdurun akıl sağlığını yitirmesi şeklindeki olaylarda mevcut düzenlemeye göre ceza indirimi uygulanacaktır⁴⁶. Esasen bu olaylarda TCK m.149/2⁴⁷ uyarınca netice sebebiyle ağırlaşan yaralamadan dolayı ayrıca TCK m.87/4⁴⁸’ün uygulanarak faile daha ağır ceza verileceği ya da ölüm hâlinde gerçek içtima hükümleri gereğince, failin yağmanın yanı sıra kasten öldürme suçundan da cezalandırılacağı söylenebilir. Diğer bir anlatımla, bu olayların yağma suçunun sistematiği içerisinde cezayı artıran ya da gerçek içtima kurallarının uygulanmasını gerektiren hâller olduğu, dolayısıyla kullanılan cebirin mağdur üzerindeki etkisinin ağır olmasının zaten faile verilecek cezayı artıracığı ifade edilebilir⁴⁸. Ancak TCK m.149/2’de yer alan düzenleme yalnızca yağma suçunda kullanılan cebirin, netice sebebiyle ağırlaşan yaralamaya (m.87/4) yol açması hâlinde cezayı artıran bir etki doğuracaktır. Oysa cebirin, kasten yaralamanın temel hâline (m.86/1) ya da daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâline (m.86/3) sebep olması da mümkün olup, bu durumlarda faile ayrıca cebirden dolayı ceza verilmeyecektir. Hâlbuki failin kullandığı cebirin netice sebebiyle ağırlaşan yaralama boyutuna ulaşmamakla birlikte, mağdur üzerindeki etkisi dikkate alındığında (m.86/1 veya m.86/3) salt değeri az bir malı almaya yöneldiğinden bahisle ceza indirimi uygulanmasının hakkaniyetli olmayacağı olayların yaşanması da mümkündür. Dolayısıyla TCK m.150/2’de yer alan mevcut düzenleme yağma suçu ile yalnızca malvarlığı değerlerinin değil, aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığının da korunduğu hususu ile bağdaşmadığı gibi, TCK m.3’te yer alan işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza prensibine de aykırılık teşkil edebilecektir.

⁴⁶ Benzer görüş için bkz. Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, 2817; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 711, 712. Buna karşın Yargıtay 6. CD mevcut uygulamasında TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için malın değerinin az olmasının yanı sıra “meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri” gibi somut olayın özelliklerini de gözettiğini ve özellikle yağma suçu ile birlikte kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs, cinsel saldırı gibi suçların işlendiği olaylarda TCK m.150/2’nin uygulanamayacağına karar vermektedir. Bkz. Y6.CD, 29.11.2021, E. 2021/24020, K. 2021/18397, 28.12.2021, E. 2021/22061, K. 2021/20507; 14.12.2021, E. 2021/21663, K. 19463; 20.10.2021, E. 2021/21647, K. 2021/16011, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/> (E.T. 02.07.2022). Kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan bu uygulamanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁷ Söz konusu madde şu şekildedir: “Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

⁴⁸ Bu tartışma konusu, hakem incelemelerinden sonra çalışmaya dâhil edilmiş olup, hakemlere sundukları katkı için teşekkür ederim.

Nitekim Avusturya kanun koyucusu konu ile ilgili kanuni düzenleme ihdas ederken bu hususu dikkate almıştır. Avusturya Ceza Kanunu'nun 142. maddesinde yağma suçunun (Raub) temel şekli şu şekilde düzenlenmiştir: *“Her kim, bir başkasını cebir kullanmak veya vücut bütünlüğü veya yaşamına yönelik hâlihazırda mevcut bir tehlike ile tehdit etmek suretiyle, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya bir üçüncü kişiye mal edindirerek hukuka aykırı olarak zenginleşmek kastıyla alır veya gasp ederse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Aynı maddenin 2. fıkrasında ise suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâli daha az ceza gerektiren nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Buna göre: *“Her kim, yağma suçunu önemli derecede bir cebir uygulamaksızın değeri az olan bir mala yönelik işlerse, filin yalnızca önemsiz sonuçlar doğurması ve nitelikli yağmanın (m.143) söz konusu olmaması hâlinde, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası veya üçyüzaltmış güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* Benzer düzenlemeye Türk hukukunda da ihtiyaç olduğu ve TCK m.150/2’de değişiklik yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Bu kapsamda TCK m.150/2’nin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde, kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerinde meydana getirdiği etkiler de göz önünde bulundurularak verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir⁴⁹.”

⁴⁹ TCK m.150/2’ye eklenmesi önerilen *“kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerinde meydana getirdiği etkiler de göz önünde bulundurularak”* ifadesi suçun işleniş şekli ve özellikleri ile ilgili olup, zaten TCK m.61/1-a’da *“suçun işleniş biçimi”* nin cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağına yer verildiğinden, burada bir çifte değerlendirme yasağının gündeme gelebileceği ileri sürülebilir. Ancak TCK m.61/3’e göre *“Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsuru oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.”* Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, suç tipinde suçun işleniş biçimine unsur olarak yer verilmiş ise hâkim cezanın belirlenmesinde TCK m.61/1-a’da ki düzenlemeyi dikkate almayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce burada konu ile ilgili genel bir düzenleme var iken (m.61/1-a), TCK m.150/2’ye özel bir hüküm koymanın gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır. Zira eğer genel düzenleme sorunun giderilmesi noktasında tatmin edici bir çözüm sunuyorsa, ayrıca özel bir hüküm getirmenin anlamı olmayacaktır. Bu kapsamda değerlendirme yapıldığında, TCK m.150/2’de yer alan düzenlemeye göre, faile verilecek cezada indirim yapılabilmesi için tek ve yegâne ölçüt, suça konu malın değerinin az olmasıdır. Oysa yağma suçu ile yalnızca malvarlığı değerleri değil, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü de korunmaktadır. İşte mevcut düzenleme bu hususu göz ardı etmiştir. Dolayısıyla buradaki temel sorun, hâkimin malın değerinin az olduğunu tespit ettiği her yağma suçunda, malın alınması amacıyla kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerindeki etkisini değerlendirmeden ceza indirimini uygulayacak olmasıdır. Kanaatimizce bu sorunun çözümü konusunda TCK m.61/1-a’da yer alan düzenleme yeterli değildir. Nitekim örneğin, failin cebir veya tehditle mağdurdan 5 TL alması hâlinde hâkim, *“TCK m.61/1-a uyarınca malın alınması amacıyla kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerindeki etkisi dikkate alındığında, malın değerinin azlığından bahisle (TCK m.150/2) ceza indirimi yapılmamıştır”* şeklinde bir karar veremeyecektir. Zira TCK m.150/2 yağma suçuna ilişkin özel bir hüküm niteliğinde olup, yağma suçuna konu olan malın değerinin az olduğunu tespit eden hâkim, maddede yer alan ceza indirimini uygulamak zorundadır. Diğer bir anlatımla, TCK m.61/1-a’ya dayanılarak TCK m.150/2’de yer alan ceza indiriminin uygulanması engellenemez. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen sorunun çözülebilmesi için TCK m.150/2’ye özel bir hüküm konulması şarttır. Sonuç olarak, önerdiğimiz değişikliğin yapılması hâlinde, hâkim

SONUÇ

765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde “Mal Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı onuncu babında yer alan suçlar açısından ortak bir hüküm sevk edilmiş ve bu babda yer alan suçların konusunu oluşturan malın değerinin pek hafif veya hafif olması hâlinde ceza indirimi öngörülmüştü. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası ile yağma suçu ceza indiriminin kapsamı dışında bırakılmıştı. Dolayısıyla 765 sayılı TCK döneminde yağma suçunda malın değerinin az olması durumunda fail hakkında ceza indirimi uygulanamamaktaydı. Buna karşın 5237 sayılı TCK yağma suçunda malın değerinin az olması hâlinde faile verilecek cezada indirim yapılabilmesine imkân tanımıştır. TCK m.150/2'ye göre “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.”

Yağma suçundan dolayı verilen kararların temyiz incelemesini yapan Yargıtay 6. CD'ye göre TCK m.150/2'nin uygulanabilmesi için şu üç şart bir arada bulunmalıdır:

- Malın değeri az olması,
- Somut olayın özellikleri ve suçun işleniş şekli dikkate alınmalı,
- Fail daha çoğunu alabilme imkânına sahip iken, yalnızca ihtiyacı kadar olanını almalıdır.

Yargıtay 6. CD'ye göre TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için temel ölçüt, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasıdır. Dolayısıyla burada değer azlığı kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu çerçevede TCK m.150/2'de değer azlığı kavramına ilişkin herhangi bir rakamsal belirleme/sınırlama bulunmadığını ifade etmek gerekir. Konu ile ilgili olarak öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; malın değerinin azlığı failin ya da mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurulmadan objektif ölçütlerle belirlenmelidir. Diğer görüş ise hâkimin kendi değer yargıları veya failin ya da mağdurun değer yargıları gibi sübjektif ölçütlerden hareket ederek malın değerinin az olup olmadığına karar vermesi gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay 6. CD ise objektif ölçütü benimsemektedir. Dolayısıyla malın değerinin az olup olmadığı objektif ölçütten hareket ederek belirlenecek ve değerlendirme yapılırken failin ya da mağdurun ekonomik durumu göz önüne alınmayacaktır. Yargıtay 6. CD'ye göre buradaki objektif ölçütten anlaşılması gereken “ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü”dür. Ancak değer azlığı nedeniyle ceza indirimi yapılabilmesi için yağma suçunun

ceza indiriminin uygulanabilmesi için kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerindeki etkilerini de değerlendirecek olup, somut cezayı TCK m.61/3 uyarınca TCK m.61/1-a'da yer alan düzenlemeyi dikkate almadan belirleyeceğinden, çifte değerlendirme yasağı söz konusu olmayacaktır (Bu dipnotta yer alan tartışma konusu, hakem incelemelerinden sonra çalışmaya dâhil edilmiş olup, hakemlere sundukları katkı için teşekkür ederim).

konusunu oluşturan malın değerinin objektif olarak az olmasının yanı sıra hâkim somut olayın özelliklerini de göz önüne almalıdır. Dolayısıyla malın değerinin az olduğunun tespit edildiği her olayda otomatikman ceza indirimi uygulanmamalıdır. Bu kapsamda Yargıtay 6. CD'nin yerleşik uygulamasına göre bazı somut olaylarda yağma suçuna konu olan malın değeri az olsa dahi fail hakkında TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılmayacaktır. Gerçekten de Yargıtay 6. CD'ye göre yağma suçu ile birlikte kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs veya cinsel istismar gibi bazı suçların işlenmesi hâlinde, yağma suçunda değer azlığı nedeniyle ceza indirimi yapılmasını hukuka, vicdana ve adalete uygun değildir. Yargıtay CGK da 2019 yılında verdiği bir kararda her iki mağdurdan tehditle 1 TL alan ve mağdurlara cinsel istismarda bulunan faile TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılmamasını hukuka aykırı bulmamıştır.

Konu ile ilgili olarak önem arz eden diğer bir husus da teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından TCK m.150/2'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Öğretide bir görüşe göre yağma suçunun teşebbüs hâlinde kalması durumunda, failin eylemini hangi malı almaya yönelik olarak gerçekleştirdiği tespit edilebiliyorsa TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılmalı, söz konusu tespit yapılamıyorsa ceza indirimi uygulanmamalıdır. Diğer görüş “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca failin hangi malı almaya yönelik olarak hareket ettiğinin belirlenemediği durumlarda da ceza indirimi yapılmasını savunmaktadır. Üçüncü bir görüş TCK m.150/2'nin yalnızca tamamlanmış suçlarda uygulanabileceğini ve dolayısıyla yağma suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda değer azlığı nedeniyle ceza indirimine gidilemeyeceğini ileri sürmektedir. Yargıtay 6. CD ise ilk görüşe taraftardır. Daireye göre teşebbüs aşamasında kalan yağma suçlarında, failin kastının değer olarak az olan malı almaya yönelik olduğu belirlenebiliyorsa TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi uygulanmalı ancak bu belirlemenin yapılamadığı hâllerde ceza indirimi yapılmamalıdır. Kanaatimizce TCK m.150/2 hükmünde ceza indirimi yapılabilmesi için malın değerinin az olması şartı arandığından, teşebbüs aşamasında kalan yağma suçunda da fail ancak eylemini değeri az olan bir malı almaya yönlendirmişse ceza indiriminden yararlanabilecektir. Dolayısıyla failin cebir veya tehdit kullanarak mağdurdan almayı umduğu malın ne olduğu veya malın değeri belirlenemiyorsa, TCK m.150/2 hükmü uygulanmamalıdır. Örneğin, (A)'nın cebinden çıkardığı bıçağı (B)'ye doğrultarak “*bana para ver*” demesi olayında, ne kadar para istendiği belli olmadığı için mahkeme (A) hakkında yağma suçundan dolayı vereceği cezada değer azlığından bahisle indirim gitmemelidir.

Nihayet Yargıtay 6. CD'ye göre TCK m.150/2 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli son şart, failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken yalnızca ihtiyacı kadarını almış olmasıdır. Buna göre somut olayda fail objektif olarak değeri az bir malı almış olsa dahi eğer failin kastı daha çoğunu almaya veya ne bulursa

almaya yönelik ise bu durumda da artık malın değerinin az olduğundan bahisle ceza indirimi yapılamayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay 6. CD son dönemde TCK m.150/2'nin uygulanmasına yönelik olarak uzun yıllardır istikrarlı bir şekilde sürdürdüğü içtihadını değiştirmiş ve artık söz konusu hükmün uygulanabilmesi için "*failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması*" şartının aranmayacağına karar vermiştir. Dolayısıyla hâkim, fail tarafından elde edilen değer objektif olarak az olduğunu tespit ettikten sonra somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak TCK m.150/2'nin uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

İfade etmek gerekir ki 5237 sayılı TCK'nın 150/2. Maddesinde "*indirilebilir*" ifadesi kullanıldığından, ceza indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak söz konusu takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda madde metni incelendiğinde, ceza indiriminin "*yağma suçuna konu olan malın değerinin az olması*" hâlinde yapılabileceği ifade edildiği, bunun dışında başkaca bir şartın aranmadığı görülmektedir. Dolayısıyla TCK m.150/2 hükmü ile hâkime malın değerinin az olup olmaması ile sınırlı bir takdir yetkisinin tanındığı kanaatindeyiz. Değer azlığı nedeniyle ceza indirimi öngören diğer düzenlemeler olan TCK m.145 ile TCK m.250/4'ün kanaatimizi destekler mahiyettedir. TCK m.145'e göre "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurken, ceza vermektense vazgeçilebilir.*" TCK m.250/4 ise şu şekildedir: "*İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurulurken, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.*" Madde metninden anlaşılacağı üzere hırsızlık suçunda ceza indiriminin yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli iken, ceza vermektense vazgeçilebilmesi için ayrıca "*suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önüne alınması*" şartı getirilmiştir. Yine irtikap suçunda da ceza indirimi yapılabilmesi için irtikap edilen menfaatin değerinin (az olmasının) yanı sıra hâkimin "*mağdurun ekonomik durumunu da göz önüne alınacağı*" belirtilmiştir. Buna karşılık TCK m.150/2 hükmünde suçta konu malın değerinin az olmasından başka bir şart bulunmamaktadır. Oysa kanun koyucu suçun işleniş şekli ve özellikleri veya failde daha çoğunu alma kastının bulunup bulunmadığı gibi hususların da dikkate alınmasını isteseydi TCK m.145'te (ceza vermektense vazgeçilmesi hâli için) ve TCK m.250/4'te olduğu gibi bunu TCK m.150/2'de açıkça düzenlerdi. Bu durumda kanaatimizce hâkim somut olayda yağma suçunun konusu olan malın değerinin az olup olmadığını değerlendirecek, az olması hâlinde "*suçun işleniş şekli ve özellikleri, mağdurun uğradığı zararın büyüklüğü veya failin daha çoğunu alma kastıyla hareket edip etmediği*" gibi hususları göz önünde bulundurmadan ceza indirimini uygulayacaktır.

Bu açıklamalardan hareketle, Yargıtay 6. CD'nin TCK m.150/2'nin metninde veya gerekçesinde yer almayan failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması şeklinde bir şart arayarak söz konusu hükmün kapsamını sanık aleyhine daraltan uygulamasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay 6. CD tespit edebildiğimiz kadarıyla 2021 yılının Şubat ayından itibaren kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bu içtihadını değiştirmiş ve artık TCK m.150/2 uyarınca ceza indirimi yapılabilmesi için failin daha çoğunu alma imkânına sahip iken ihtiyacı kadarını alması şeklinde bir şartın aranmayacağına karar vermiştir. Yargıtay 6. CD'nin kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan uygulamasına son veren bu içtihat değişikliğini isabetli bulmakta ve son derece olumlu bir gelişme olarak değerlendirmekteyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki yağma suçuyla yalnızca malvarlığı değerleri değil ayrıca kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı da korunduğundan, kanun koyucunun bu hususu göz ardı edip salt suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasını esas alarak ceza indirimi öngörmesi öğretide eleştirilmektedir.

Yağma suçu malvarlığına karşı suçlar içerisinde en ağır ve en tehlikeli suç olmakla birlikte yaptırımı da en fazla olan suçtur. TCK m.148/1'e göre yağma suçunun temel şeklinin yaptırımı "6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası"dır. Bu çerçevede kanaatimizce alt sınırı dahi çok yüksek olan böyle bir suç bakımından hâkime suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde, somut olayda işlenen fiilin haksızlık içeriğini de göz önüne alarak faile verilecek cezada indirim yapma imkânı tanınmalıdır.

Bununla birlikte TCK m.150/2'de yer alan düzenlemenin isabetli olmadığı düşünülmektedir. Zira bu düzenlemeyle hâkime yalnızca suça konu malın değerinin az olup olmadığını takdir etme yetkisi verildiğinden, hâkim değer azlığının olduğu her durumda suçun işleniş şekli, kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerindeki etkisi, mağdurun uğradığı zararının büyüklüğü gibi somut olayın özelliklerini göz önüne almadan ceza indirimi uygulayacaktır. Bu çerçevede örneğin, değeri az olan bir malın alınması için;

- Failin kullandığı cebir sonucu mağdurun vücudunda ciddi hasarların meydana gelmesi,
- Failin mağduru bıçaklaması sonucu mağdurun organ kaybına uğraması veya hayatını kaybetmesi,
- Failin kullandığı tehditten dolayı mağdurun akıl sağlığını yitirmesi

şeklindeki olaylarda mevcut düzenlemeye göre ceza indirimi yapılacaktır. Esasen bu olaylarda fail hakkında TCK m.149/2 gereğince netice sebebiyle ağırlaşan yaralamadan dolayı ayrıca TCK m.87/4'ün uygulanarak faile daha ağır ceza verileceği ya da ölüm hâlinde gerçek içtima hükümleri uyarınca failin yağma ile birlikte kasten öldürme suçundan da cezalandırılacağı söylenebilir. Diğer bir

ifadeyle, bu olayların yağma suçunun sistematığı içerisinde cezayı artıran ya da gerçek içtima kurallarının uygulanmasını gerektiren hâller olduğu, dolayısıyla kullanılan cebirin mağdur üzerindeki etkisinin ağır olmasının zaten faile verilecek cezayı artıracığı ifade edilebilir⁵⁰. Ancak TCK m.149/2’de yer alan düzenleme yalnızca yağma suçunda kullanılan cebirin, netice sebebiyle ağırlaşan yaralamaya (m.87/4) yol açması hâlinde cezayı artıran bir etki doğuracaktır. Oysa cebirin, kasten yaralamanın temel hâline (m.86/1) ya da daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâline (m.86/3) sebep olması da mümkün olup, bu durumlarda fail ayrıca cebir suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Hâlbuki failin kullandığı cebirin netice sebebiyle ağırlaşan yaralama boyutuna ulaşmamakla birlikte, mağdur üzerindeki etkisi dikkate alındığında (m.86/1 veya m.86/3) salt değeri az bir malı almaya yöneldiğinden bahisle ceza indirimini uygulanmasının hakkaniyetli olmayacağı olayların yaşanması da mümkündür. Dolayısıyla TCK m.150/2’de yer alan mevcut düzenleme yağma suçu ile yalnızca malvarlığı değerlerinin değil, aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığının da korunduğu hususu ile bağdaşmadığı gibi, TCK m.3’te yer alan işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza prensibine de aykırılık teşkil edebilecektir.

Nitekim Avusturya kanun koyucusu konu ile ilgili kanuni düzenleme ihdas ederken daha özenli hareket etmiştir. Gerçekten de Avusturya Ceza Kanunu’nun 142. maddesinde yağma suçunun (Raub) temel şekli şu şekilde düzenlenmiştir: *“Her kim, bir başkasını cebir kullanmak veya vücut bütünlüğü veya yaşamına yönelik hâlihazırda mevcut bir tehlike ile tehdit etmek suretiyle, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya bir üçüncü kişiye mal edindirerek hukuka aykırı olarak zenginleşmek kastıyla alır veya gasp ederse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Aynı maddenin 2. fıkrasında ise suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâli daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Buna göre: *“Her kim, yağma suçunu önemli derecede bir cebir uygulamaksızın değeri az olan bir mala yönelik işlerse, fiilin yalnızca önemsiz sonuçlar doğurması ve nitelikli yağmanın (m.143) söz konusu olmaması hâlinde, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası veya üçyüzaltmış güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* Benzer düzenlemeye Türk hukukunda da ihtiyaç olduğu ve TCK m.150/2’de değişiklik yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Bu kapsamda TCK m.150/2’nin şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hâlinde, kullanılan cebir veya tehdidin mağdur üzerinde meydana getirdiği etkiler de göz önünde bulundurularak verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.”

⁵⁰ Bu tartışma konusu, hakem incelemelerinden sonra çalışmaya dâhil edilmiş olup, hakemlere sundukları katkı için teşekkür ederim.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi. “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, S. 1 (2018): 323-348.
- Arslantürk, Mustafa. *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuç, Mustafa. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bayraktar, Köksal; Yıldız, Ali Kemal; Aksoy Retornaz, Eylem; Akyürek, Güçlü; Evik, Ali Hakan; Kangal, Zeynel T.; Memiş Kartal, Pınar; Sınar, Hasan; Sonay Evik, Vesile; Altunç, Sinan; Aytekin İnceoğlu, Asuman; Bostancı Bozbayındır, Gülşah ve Erman, Barış. *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar; Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Danışman, Mustafa. “Yağma Suçlarında Değer Azlığı”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5, S. 41 (2010): 125-130.
- Eker, Hüseyin. “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçunda Değer Azlığı Kavramı”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5, S. 50 (2010): 129-144.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi 4. Cilt (m.141-196)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökçen, Ahmet ve Büşra Şenerdoğan. “Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri”. *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020: 399-468.
- Gürühan, Caner; Topaç, Tahir Hami ve Ahmet Serhat Ergin Kanat. “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 8 (2016): 219-237.
- Kaylan, Keskin. “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi)”. *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, S. 1 (2013): 39-49.
- Koca, Mahmut. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”. *Legal Hukuk Dergisi*, 3, S. 32 (2005): 2799-2817.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Korkmaz, Esra Şule. *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Köprülü, Timuçin. “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 71 (2007): 254-263.
- Maraşlı Dinç, Yasemin ve Muhammet Emin Ruhi. “Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu”. *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 11, S. 2 (2018): 86-100.
- Meran, Necati. *Hırsızlık, Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer ve Serkan Meraklı. “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19, S. 1 (2017): 1-42.
- Özbey, Özcan. “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulaması”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5, S. 44 (2010): 129-139.
- Öztürk, Seyithan ve Fidan Balcı. *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Sahillioğlu Baklacı, Sevim. “Yağma Suçu”, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şen, Ersan. “Hırsızlık Suçları”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2012): 319-357.
- Taneri, Gökhan ve Gani Kamışlı. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Uçak, Tuğba. “Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu”. *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.

İnternet Kaynakları

- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>.
- <https://kararara.com/>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.
- <https://www.kazanci.com.tr/>.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DEVLET MEMURİYETİNE YAKIŞMAYAN TUTUM VE DAVRANIŞ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Seher SERTTAŞ^(**)

Öz

Kanunların devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara veya yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir. 125. maddenin A/(e) alt bendine göre, "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" eylemi, uyarma disiplin cezası gerektirmektedir. Soyut bir kavram olan *devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak* ne demektir? Yine 125. maddenin B bendinde kınama cezası gerektiren disiplin suçları olarak "*Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak*" ve "*Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak*" sayılmaktadır. "*Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak*" ise aynı maddenin C/(1) alt bendinde aylıktan kesme cezasını gerektirmektedir. En ağır disiplin cezası olan devlet memuriyetinden çıkarılmayı düzenleyen 125. maddenin E bendinde ise "*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*" ile "*Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak*" disiplin suçları olarak belirtilmiştir. Memuriyeti sona erdiren nitelikte eylem olan "yüz kızartıcı hareket" kavramı ne anlama gelmektedir? Belirtilen disiplin suçlarının içeriği ve sınırlarının belirsiz ve soyut olması uygulamada sorunlara neden olmaktadır. Zira idarenin bu eylemleri dar veya geniş yorumlamasına bağlı olarak memur hakkında disiplin cezası verilir verilmeyeceği veya disiplin cezasının ağırlığı değişeceğinden, memurun hak ve özgürlüğü farklı şekilde etkilenebilir.

Bu makalede özetle, devlet memuriyetine yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak kavramının ne anlama geldiği, çerçevesi ve sınırları ile bu kavrama dayanılarak verilen disiplin cezalarına karşı yapılan yargısal denetimde yargı organlarının konuya bakışı değerlendirilecektir. Bu bağlamda, memuriyete yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak kavramının içerik ve anlamı, başta Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, diğer Kamu Personel Hukukunu ilgilendiren mevzuat hükümleri çerçevesinde ülkemizde uygulanaşına ve yargı kararlarına yer verilerek görüş ve düşüncelerimiz izaha çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Devlet Memuru, Disiplin Suçu, Disiplin Cezası, Takdir Yetkisi, Memuriyete Yakışmayan Tutum ve Davranış.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 15.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169693.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.
E-posta: sehersahin@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9035-2760>.



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

EVALUATION OF THE CONCEPT OF ATTITUDE AND BEHAVIOR IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Abstract

One of the disciplinary punishments listed in Article 125 of the Civil Servants Law No. 657 is given to those who do not fulfill the duties ordered by the laws as civil servants, do not do the things that are required to be complied with, or do the jobs that are prohibited. According to sub-paragraph A/(e) of article 125, the act of "acting in an attitude and behavior that does not befit the dignity of a civil servant" requires warning and disciplinary punishment. What does it mean to have an attitude and behavior that does not befit the dignity of a civil servant, which is an abstract concept? Again, in clause B of article 125, "acting in a manner that would undermine the reputation and confidence of a civil servant outside of service" and "acting against general morality and decency in the place of duty" are counted as disciplinary offenses that require reprimand. "Behaving in a way that would undermine the reputation and confidence of a civil servant in the service" requires deduction from salary in sub-clause C/(i) of the same article. In clause E of Article 125, which regulates dismissal from civil service, which is the most severe disciplinary punishment, "acting in a disgraceful and embarrassing manner incompatible with the title of civil servant" and "acting in attitudes and behaviors abroad that will discredit the State or damage the dignity of duty" are defined as disciplinary crimes. What does the concept of "disgraceful act", which is an action that ends civil service, mean? The unclear and abstract nature of the content and boundaries of the specified disciplinary offenses causes problems in practice. Because, depending on the narrow or broad interpretation of these actions by the administration, whether a disciplinary penalty will be imposed on the officer or the severity of the disciplinary punishment will change, the civil servant's rights and freedom will be affected.

In this paper, in summary, the meaning, framework and limits of the concept of behaving and behaving unbecoming a civil servant, and the view of the judicial organs on the subject in the judicial review made against the disciplinary punishments given based on this concept will be evaluated. In this context, the content and meaning of the concept of behaving unbecoming a civil servant, its implementation in our country within the framework of the provisions of the legislation concerning the Civil Servants Law and other Public Personnel Law, and our opinions and thoughts will be tried to be explained.

Keywords

Civil Servant, Disciplinary Offense, Disciplinary Punishment, Discretionary Power, Attitude and Behavior Unsuitable for Civil Service.

Extended Abstract

Civil service is a fundamental and continuous public service. Since it is a professional activity in the nature of public service, civil servants should pay attention to their behavior both during and out of duty. One of the disciplinary punishments listed in Article 125 of the Civil Servants Law No. 657 is given to those who do not fulfill the duties ordered by the laws as civil servants, do not do the things that are required to be complied with, or do the jobs that are prohibited. According to sub-paragraph A/(e) of article 125, the act of "acting in an attitude and behavior that does not befit the dignity of a civil servant" requires warning and disciplinary punishment. What does it mean to have an attitude and behavior that does not befit the dignity of a civil servant, which is an abstract concept? Again, in clause B of article 125, "acting in a manner that would undermine the reputation and confidence of a civil servant outside of service" and "acting against general morality and decency in the place of duty" are counted as disciplinary offenses that require reprimand. "Behaving in a way that would undermine the reputation and confidence of a civil servant in the service" requires deduction from salary in sub-clause C/(i) of the same article. In clause E of Article 125, which regulates dismissal from civil service, which is the most severe disciplinary punishment, "acting in a disgraceful and embarrassing manner incompatible with the title of civil servant" and "acting in attitudes and behaviors abroad that will discredit the State or damage the dignity of duty" are defined as disciplinary crimes. What does the concept of "disgraceful act", which is an action that ends civil service, mean? The unclear and abstract nature of the content and boundaries of the specified disciplinary offenses causes problems in practice. Because, depending on the narrow or broad interpretation of these actions by the administration, whether a disciplinary penalty will be imposed on the officer or the severity of the disciplinary punishment will change, the civil servant's rights and freedom will be affected.

According to Article 129 of the Constitution, disciplinary decisions, including warning and reprimand, cannot be excluded from judicial review. Accordingly, a civil servant who receives a disciplinary penalty for an act or behavior unbecoming of the civil service may file a lawsuit in the administrative jurisdiction for the annulment of this penalty. The determination of these actions that do not suit the civil service is left to the discretion of the administration, but the discretion is not arbitrariness and judicial immunity. The administration should act in accordance with principles such as equality, proportionality, fairness, public interest and service requirements while exercising its discretion. If the attitude and behavior of the civil servant has a negative effect on the functioning of the public service, this should be demonstrated with concrete evidence and a proportional disciplinary penalty should be given. The principle of proportionality, which is one of the basic principles of disciplinary law, should always be considered.

In this paper, in summary, the meaning, framework and limits of the concept of behaving and behaving unbecoming a civil servant, and the view of the judicial organs on the subject in the judicial review made against the disciplinary punishments given based on this concept will be evaluated. In this context, the content and meaning of the concept of behaving unbecoming a civil servant, its implementation in our country within the framework of the provisions of the legislation concerning the Civil Servants Law and other Public Personnel Law, and our opinions and thoughts will be tried to be explained.

GİRİŞ

Kamu hizmetinin kişi unsurunu oluşturan devlet memurlarının hal ve hareketleri, kamu düzeninin sağlanmasında oldukça önemlidir. Zira devlet memurları, resmi sıfatları dolayısıyla şahsını değil, adını taşıdığı “Devleti” temsil etmektedir¹. Bu nedenle de memurların hem görevi esnasında hem de görev dışında hal ve hareketlerine dikkat etmesi gerekmekte olup, taşıdıkları sığata uygun davranmaları beklenmektedir. Memur statüsü doğası gereği, kamu hizmetlerinin en iyi şekilde yürütölmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla memurlarına, kendilerine duyulan itibar ve güveni sarsacak veya görev yaptıkları kamu kurumunun güvenilirliğini ya da saygınlığını zedeleyecek nitelikte davranışlarında bulunmaktan kaçınma ödev ve sorumluluğu yüklemiştir. Kısacası, memurlar, statüleri gereği sosyal davranışlar yönünden diğer vatandaşlara oranla daha çok sınırlandırılmış olup, memurlardan idarenin onur ve saygınlığını korunması amacıyla davranışlarına dikkat etmeleri beklenmektedir. Nitekim eskiden beri devlet işlerini yerine getirecek kişilerin belli özelliklere sahip olması aranmıştır. Yusuf Has Hacib tarafından yazılan Kutadgu Bilig’e baktığımızda, devlet işlerini yapacak kişilerin iyi huylu, güvenilir, doğru, dürüst, hayâ sahibi olması öğütlenmiştir². Nizamü’l-mülk’ün Siyasetnamesi’nde de vezirin şirret birisi olmaması gerektiği aksi halde memleketin karışacağı ifade edilmiştir³. Osmanlılarda da yeniçerilerin aşırı edepsiz olması, küfürbaz olması, sözlü sataşması gibi hallerde cezalandırılması öngörülmekteydi⁴. Yine Osmanlılarda Mecelle’de hâkimlerin nasıl dav-

¹ İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 445.

² Yusuf Has Hacib, *Kutadgu Bilig*, (Ankara: Gençlik Spor Yayınları, 2019), 56, 195, 242.

³ Nizamü’l-mülk, *Siyasetname*, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009), 29.

⁴ Turan Yıldırım ve Nur Kaman, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 18, S. 1 (2019): 160.

ranması gerektiği düzenlenmekteydi. Mecelle m.1792'ye göre, “*Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.*” Yani günümüz Türkçesiyle hâkim; bilgin, zeki, güvenilir, temkinli ve dayanıklı olmalıdır⁵. Günümüzde ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)⁶ madde 8’de “*Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar.*” şeklinde memurların davranışlarına dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Belirtelim ki, çalışmamız kamu personel hukuku açısından genel kanun olan DMK hükümleri kapsamında ele alınacaktır. Zira DMK, Türkiye’deki tüm devlet memurları için “genel statü” niteliğinde olup, hakimler, savcılar, öğretim elemanları, askerler gibi kendine ait özel kanunu bulunan personel bakımından ise, özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde uygulanan “ikincil” kanun niteliğindedir⁷.

Devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranış ifadesinin net bir tanımı bulunmamaktadır. Dönemin bakış açısının da etkileyebildiği memura yakışan davranış kavramı, meslek gruplarına göre farklı değerlendirilebilmektedir. Devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranış kavramına, çeşitli personel kanunlarında farklı ifadelerle rastlanmaktadır. DMK’de ise bu kavram, memurların disiplin suç ve cezalarının düzenlendiği 125. maddenin çeşitli bentlerinde yer almaktadır. Örneğin, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, uyarı cezası gerektirirken; hizmet dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunanlara kınama, aynı türden davranışları hizmet içinde yapanlara aylıktan kesme cezası öngörülmüştür. Memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak eylemi ise, devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirmektedir. Bu maddelerle memurlara nezaket, güven, saygılı olma, terbiye gibi belirli sosyal ölçü ve kurallara göre hareket etme zorunluluğu yüklenmiş, taşıdıkları statünün gerektiği şekilde davranmayan memurların ise cezalandırılması gerektiği düşünülmüştür⁸. Bu doğrultuda, aralarındaki önem düzeyi idarece takdir edilmek suretiyle, öngörülecek disiplin cezasının belirlenebileceği benzer mahiyette eylem biçimlerine yer verilmiştir. Söz konusu eylemler ile cezalarda hafiften ağıra doğru gidiş vardır. Belirtilen kavramların birbirine oldukça benzer olması sebebiyle, memurun somut olayda yaptığı eylemin hangi disiplin suçu kapsamında değerlendirileceğinin tespiti oldukça önemli hale gelmektedir. Ancak bu ifadelerin oldukça soyut, muğlak ve farklı yorumlanabilecek mahiyette oluşu

⁵ Mustafa Avcı, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, S. 27 (2016): 46.

⁶ R.G. Tarih ve Sayı: 23.7.1965, 12056.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2019), 667; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 690; Çınar Can Evren ve İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 159.

⁸ Nur Kaman Karan, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 159.

sorunlara neden olmaktadır. Zira disiplin amirlerinin kendi bireysel fikir, inanç ve değerlerine göre bu eylemleri dar veya geniş yorumlamasına bağlı olarak memur hakkında tesis edilecek disiplin cezasının ağırlığı değişeceğinden, memurun hak ve özgürlüğü farklı şekilde etkilenecektir.

I. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA MEMURİYETE YAKIŞMAYAN TUTUM VE DAVRANIŞ OLARAK DEĞERLENDİRİLEBİLECEK HALLER

A. DEVLET MEMURU VAKARINA YAKIŞMAYAN TUTUM VE DAVRANIŞTA BULUNMAK

DMK'nın 125. maddesinin A/(e) alt bendine göre, “Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” eylemi, uyarma disiplin cezası gerektirmektedir. Soyut bir kavram olan devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak ne demektir? Benzer hükümlere diğer personel kanunlarında da rastlanmaktadır. Örneğin, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun adaylarda olması gereken niteliklerin sayıldığı 8. maddesinin j bendinde “*Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak*” düzenlemesi yer almaktadır. Benzer bir düzenleme Avukatlık Kanunu madde 5'te⁹ mesleğe girişte aranan koşullar bakımından öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesi (AYM) söz konusu hükmün, muğlak ve objektiflikten uzak olduğunu, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağı belirtilmediğinden hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde iptal etmiştir¹⁰.

“Vakar” kelimesi etimolojik olarak Arapça kökenli olup¹¹, sözlük anlamı olarak “*ağırbaşlılık, onurlu olma*” anlamlarına gelmektedir¹². Yani DMK memurlara, memuriyet statüsünde olması gereken ağırlığa uygun davranmasını, memurluk ağırbaşlılığına uygun olmayan davranışlardan kaçınmasını emretmiştir. Amaç tüm disiplin suçlarında olduğu gibi memuriyetin saygınlığını ve onurunu korumaktır. Ayrıca belirtelim ki, 125. maddede yer alan disiplin suçlarının çoğu memur vakarına yakışmayan tutum ve davranış olarak değerlendirilecek haller

⁹ “Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur: c) Avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak,”

¹⁰ “İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan ‘avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışlar’ ile söz konusu tutum ve davranışların ‘çevresince bilinmesi’ kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.” AYM Kararı, 28.2.2013, E. 2012/116 K. 2013/32.

¹¹ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/vakar> Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.

¹² <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.

olduğundan bu fıkroyı kapsar niteliktedir. Örneğin, DMK m.125'te uyarma cezasını gerektiren hallerden biri olarak “*Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak*”, yine kınama cezasını gerektiren hallerden biri olarak, “*Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak*” gibi sayılabilecek birçok eylem pek ala memur vakarına yakışmayan tutum ve davranış olarak değerlendirilebilir. Fakat bu eylemler özel olarak düzenlendiği için bu fıkra kapsamında cezalandırılmamaktadır. Özel olarak düzenlenmeyen ancak idarenin takdir yetkisine göre memur vakarına yakışmayan eylem olarak kabul ettiği haller bu fıkra kapsamında olacaktır¹³.

Bununla birlikte, hangi tutum ve davranışların memur vakarına yakışmayacak nitelikte olduğu hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Memurun tutum ve davranışının memuriyet vakarına yakışmadığının tespiti tamamen subjektif kanaatlere dayanmakta olup, disiplin amirinin bakış açısına göre değişiklik gösterebilecektir. Göreceli, ucu açık bir kavram olması bakımından disiplin amirleri tarafından uygulamada farklı yorumlanabilecek ve istismar edilebilecek bir hükümdür. Bu nedenle, keyfi ve amaç dışı kullanılacak mahiyetteki bu düzenlemenin kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. DMK'nın 125. maddesinde yer alan “*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*” hükmü disiplin suçları bakımından kıyasa izin verdiğinden, disiplin hukukunda disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesi geçerli iken, disiplin suçları bakımından geçerli değildir. Zira disipliner fiiller çok farklı şekillerde işlenebilecek olup tek tek sayılması imkansızdır. Bu noktada kanun koyucu idareye takdir yetkisi tanımıştır. Bu nedenle kanaatimizce, genel ve soyut ifadenin kanundan çıkarılmasından ziyade, idarece gerekçeli kararlar verilmesi, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması ve bunun yargı kararları ile denetlenmesi sorunun çözümü olacaktır. Bu noktada, 2010 Anayasa değişikliği ile uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı da yargı kısıntısının kaldırılmış olması yerinde olmuştur. Memurun davranışının memur vakarına yakışmadığı yolunda genel ve soyut isnatlara dayanarak, memur hakkında disiplin soruşturması açılmamalıdır. Memurun bu davranışının hangi tarih ve yerde, nasıl ve kime karşı olduğunun somut bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir¹⁵. Nitekim Danıştay bir kararında, soruşturma dosyasında bulunan tüm tanık ifadelerinin soyut ve subjektif değerlendirmelerden ibaret olduğu, davacıya atfedilen hiçbir somut suçlama bulunmadığından davacının üzerine atılı “Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” fiilini işlediği hususunun sübuta ermediği

¹³ Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 58.

¹⁴ Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 728.

¹⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, 787.

sonucuna varmıştır¹⁶. Memuriyet vakarına yakışmayan tutum ve davranışların neler olduğunu tek tek saymak imkânsızdır. Farklı görevler, farklı durumlar için çoğaltılabilecek çok farklı örnek bu davranışın içine girebilir. Bu konuda yargı kararlarına baktığımızda;

Danıştay bir kararında, il millî eğitim müdürünün atamasının eleştirildiği bazı köşe yazılarını aracının camına asarak okula gelen, ayrıca bunları kantinde ve öğretmenler odasında da teşhir ettiği belirtilen öğretmenin eylemini devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁷.

Yine bir kararında, aynı okulda çalışan başka bir öğretmeni rahatsız edici davranışlarda bulunan ve bir öğretmene yakışmayacak içerikte mesajlar attığı değerlendirilen öğretmenin eylemini devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁸.

Başka bir kararda, Whatsapp yazışmalarında amirine kullandığı üslup sebebiyle alınan cezayı, iki kişi arasında sohbet ortamında geçen yazışmalar olduğu, davacının devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak fiili kapsamında değerlendirilecek bir davranış bulunmadığına hükmedilmiştir¹⁹.

Danıştay, zabıta memuru olarak görev yapan kişinin, esnafa olan şahsi borcu karşılığında, esnafın belediyeye olan tatil günlerinde çalışma ruhsat harcı borcunu, kamu imkanlarını kullanmaksızın, doğrudan kendi hesabından ödeyerek söz konusu esnafa olan borcunu sonlandırmasının devlet memuruna yakışmayan davranış olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bilakis zabıta olarak görev yapan ve anılan esnafi denetleme görevi bulunan davacının esnafa olan borcunu ödememesi halinin memuriyete yakışmayan bir davranış teşkil edeceği gerçeği karşısında, davacının disiplin suçuna konu teşkil etmeyecek davranışından ötürü hakkında uygulanan disiplin cezasını hukuka aykırı bulmuştur²⁰.

AYM önüne bireysel başvuru yoluyla gelen bir kararda, aileleri tarafından teslim alınmayan PKK terör örgütü mensuplarının bulunduğu iddia edilen toplu mezarların usulüne uygun olarak açılması talebiyle yapılan eylemlere katılan üç memur hakkında söz konusu toplantıya katıldıkları gerekçesiyle devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmaktan uyarma cezası verilmiştir. Söz konusu toplantıda bir süre sonra PKK ve kurucusu lehine sloganlar atılmış, güvenlik güçlerine taşlı saldırıda bulunulmuştur. Başvurucuların cezaların iptali

¹⁶ D12.D, 29.4.2019, E. 2018/565, K. 2019/3157; Aynı yönde bkz. DİDDK, 7.12.2006, E. 2003/172, K. 2006/2053.

¹⁷ D12.D, 17/12/2015, E. 2012/2922, K. 2015/6975.

¹⁸ D12.D, 9/9/2019, E. 2016/2432, K. 2019/5694.

¹⁹ Ankara BİM, 13.11.2019, E. 2019/2111, K. 2019/2484.

²⁰ D12.D, 25.4.2017, E. 2015/2750, K. 2017/1918.

istemiyile açtıkları davaların reddedilmesi nedeniyle bireysel başvuru yapılmıştır. Başvuruculardan biri, şiddet eylemlerinin devam ettiği ve PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığı süreç boyunca toplantı yapılan alanda bulunmaya devam etmiştir. Diğer ikisinin ise toplu mezarların usulüne uygun olarak açılması talepli toplantıdan, PKK terör örgütünün propagandası hâline dönüşmeden ve şiddet olayları yaşanmadan ayrıldıkları yetkili makamlarca tespit edilmiştir. Toplantı barışçıl olmaktan çıktıktan ve terör örgütü propagandasına dönüştükten sonra toplantıda kalmaya devam eden başvuruçunun memurluk statüsünden kaynaklanan ödev ve yükümlülüklerinin gerektirdiği özeni göstermediği ve bu statüye yakışan şekilde davranılmadığı kanaatine varılmıştır. Diğer iki başvuruçunun ise toplantıdan PKK terör örgütünün propagandası hâline dönüşmeden ve şiddet olayları yaşanmadan ayrılmaları sebebiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlaline karar verilmiştir²¹. AYM'ye göre, barışçıl toplantıya katılan ve yasaklanmış davranışlarda bulunduğu dair hakkında bir tespit bulunmayan kişilerin hafif de olsa herhangi bir cezaya muhatap olmaması gerekir²².

Ancak başka bir kararında AYM aksi yönde karar vermiştir. Biyoloji öğretmeni, hemşire ve diğerleri de ilköğretim okullarında sınıf öğretmeni olarak görev yapan başvuruçular, KESK'in çağrısı üzerine Gezi Parkı olaylarında yaşananları protesto amacıyla protesto toplantılarına katılmışlar, bu nedenle haklarında memur vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmaktan uyarma cezası verilmiştir. Bireysel başvuru yoluyla AYM önüne gelen kararda, devlet memuru olan başvuruçuların devlete sadakat ilkesi gereği kamu düzenini bozan şiddet eylemlerine katılmama yükümlülüklerini ihlal etmeleri nedeniyle disiplin cezası yaptırımına maruz kalmalarının haklı ve meşru görülebileceği, ayrıca hükmedilen yaptırımın hafif dereceli uyarma cezası niteliğinde bulunması nedeniyle de ölçüsüz sayılmayacağı için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edilmediği belirtilmiştir²³.

B. GÖREV SIRASINDA AMİRİNE HAL VE HAREKETİ İLE SAYGISIZ DAVRANIŞTA BULUNMAK

DMK'nın 125-B/c alt bendine göre, “Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak” fiili kınama cezasını gerektiren hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Memurlara, amirleri tarafından verilen görevleri doğru bir şekilde yerine getirme yükümlülüğü verilmiştir²⁴. Bu çerçevede, memurların üst-

²¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2017/15462, 29/9/2021.

²² AYM Kararı, Başvuru No: 2015/10676, 26/12/2018. Aynı yönde bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2016/15197, 29/5/2019.

²³ AYM Kararı, Başvuru No: 2017/15845, 21/1/2021.

²⁴ DMK m.11/1: “Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.”

ast ilişkisi(hiyerarşi) içinde bulunduğu amirinin verdiği görev ve emirleri saygı çerçevesinde ifa etmesi gerekmektedir. Saygının ölçüsü, toplumda genel olarak kabul görmüş hareket tarzları olup, kusurlu bir şekilde bu ölçüye uymamak disiplin suçu olarak öngörülmüştür²⁵. Memurun hal ve hareketinin saygısız kabul edilebilmesi için söz konusu davranışında kendisine kusur atfedilebilmesi gerekmektedir²⁶. Ancak hangi hal ve hareketin saygısız davranış olduğu konusu belirsiz olup, değerlendirmesi tamamen disiplin amirinin takdirindedir. Ayrıca, aynı maddenin C/e bendine göre, “Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek” aylıktan kesme cezasını gerektirmektedir. “Hal ve hareket” ile “söz” ile saygısızlık kavramlarını ayırt etmek, öngörülen disiplin cezasının farklılığından dolayı önemlidir. Ancak birbirine çok yakın bu iki disiplin suçunun ayrılması oldukça güçtür. Bu nedenle, “Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak veya sözle saygısızlık etmek” şeklinde tek bir disiplin suçu öngörülerek aynı disiplin cezasına bağlanması, uygulamada anlayış, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak gerçekleşebilecek eşitsizlik, çelişki ve haksızlıkların önüne geçecektir.

C. HİZMET İÇİNDE VE DIŞINDA DEVLET MEMURUNUN İTİBAR VE GÜVEN DUYGUSUNU SARSACAK NİTELİKTE DAVRANIŞLARDA BULUNMAK

DMK 125. maddenin B bendinde kınama cezası gerektiren disiplin suçları olarak “Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” sayılmaktadır. “Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” ise aynı maddenin C/(1) alt bendinde aylıktan kesme cezasını gerektirmektedir. DMK’de de ifade edildiği gibi, memurlar resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içi ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar. Görevi ve sıfatı dolayısıyla devleti temsil eden memurlar, hem görevleri esnasında hem de görevleri dışında kişilerin güven ve itibar duygusunu sarsmamak zorundadır. “Hizmet içinde” ibaresi, memurun görevini yerine getirirken, görev sırasındaki hali ifade etmektedir²⁷. “Hizmet dışında” deyimini ise memurun görevi başında bulunmadığı hali ifade etmektedir²⁸. Hizmet dışındaki davranışları nedeniyle memurun cezalandırılabilmesi için memurun söz konusu davranışlarının kamu hizmetinin işleyişine olumsuz etkisinin olması gerekmektedir. Nitekim Danıştay, komiser olan davacının sınıf emniyet müdürü ile telefon görüşmesi sırasında aralarında geçen konuşmadan dolayı “Hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak fiilini” işlediğinden bahisle verilen disiplin cezası hakkında, “davacının

²⁵ Aslan ve Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 60.

²⁶ Aslan ve Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 61.

²⁷ Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 732.

²⁸ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, 453.

hizmet dışında özel yaşamını ilgilendiren bu ilişkisinin kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkilediğinin veya kendisine duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarstığının somut olarak ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının, disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönü bulunmayan ve disiplin suçu oluşturmayan hizmet dışında meslektaşlarıyla yapmış olduğu kişisel ve özel telefon görüşmelerindeki beyanlarının bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek kendisine disiplin cezası verilmesi, Anayasa'nın 20. maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlali sonucunu doğuracağından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir." şeklinde karar vermiştir²⁹.

Ayrıyeten, burada hizmet içi ve hizmet dışı ayrımının doğru yapılması gerekir. Zira aynı fiilin hizmet dışında işlenmesi daha hafif bir disiplin cezasını gerektirmektedir. Bu ayrımın doğru yapılamaması memur hakkında tesis edilecek disiplin cezasında hukuka aykırılık sonucu doğuracaktır. Nitekim bir kararında Danıştay, "Olayda, doktor davacının, alkollü şekilde araç kullanmak suretiyle kaza yaptığı, alkometreye üflemediği ve istenildiği zaman kan vermediği şeklinde sübut bulan fiillerinin Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte bulunduğu sabit olmakla birlikte, söz konusu eylemin doktorluk görevi ile ilgisi bulunmadığı ve anılan fiillerin mesai saatleri dışında gerçekleştiği de göz önüne alındığında, "hizmet dışında" gerçekleştiğinin kabulü gerekmekte olup, söz konusu fiilin "hizmet içinde" gerçekleştiğinden bahisle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." şeklinde verilen disiplin cezasını iptal etmiştir³⁰.

²⁹ D5.D, 21.5.2018, E. 2016/19861, K. 2018/14359.

³⁰ D12.D, 30.11.2017, E. 2014/4359, K. 2017/6170. Yine başka bir kararda, "Yükseköğretim Kurulu Göz Hastalıkları Anabilim Dalı Öğretim üyesi olan davacıya, öğretim üyesi sıfatını ve hekimlik mesleğini kullanarak bir bayan hastasıyla ilişkiye girdiği gerekçesiyle, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesi g bendi Hükmüne göre üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası vermiştir. Davacı, Yükseköğretim Kurulu kararının, hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek iptali istemiyle bu davayı açmıştır. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesinin g bendinde; öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak derecede ve yüz kızartıcı davranışta bulunanların üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Davacı hakkında çocuğunun babası olduğu iddiasıyla adliye mahkemesinde dava açan bir bayanın, geçirdiği kaza nedeniyle tedavisini yapan davacının hekimlik mesleğini kullanarak kendisiyle ilişki kurduğu yolundaki şikayeti üzerine yapılan soruşturma sonunda, idarece, şikayetçinin ifadesi, ibraz ettiği fotoğraflar, Denizcilik Bankası Denizcilik İşletmesine ait biletler ve davacının ifadesi değerlendirilmek suretiyle şikayetin doğru olduğu sonucuna varıldığı, ancak davacının öğretim üyeliği ve hekimlik mesleğini kullanarak şikayetçiyle ilişki kurduğunun kanıtlanmadığı soruşturma ve dava dosyasında mevcut belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır. Hakkında şikayetçi olan kişiyle ilişki kurduğu kabul edilse bile, bu tür bir ilişkiyi kurmak için öğretim üyeliği ve hekimlik mesleğini kullandığı kanıtlanamayan davacının, hizmet dışında itibar ve güven duygusuna sarsıcı davranış olarak kabulü gereken bu davranışı nedeniyle üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır." D10.D, 5.4.1988, E. 1987/487, K. 1988/576.

Memurun hangi fiillerinin “itibar ve güven duygusunu sarsıcı nitelikte” olacağı konusunda “memur vakarına yakışmayan davranışlar” da olduğu gibi somut ölçüler bulunmamaktadır. Yine bu durumun tespiti subjektif kanaatlere dayanmakta olup, idarenin bakış açısına göre değişkenlik gösterecektir. Hatta memurun mesleğine ve davranışının niteliğine göre bu durum değişiklik arz edecektir. Bu konuda yargı kararlarına baktığımızda;

Danıştay, bir polis memurunun, bombalanma sebebiyle harap olmuş karakolun tamirinde çevrede yaşayanlardan yardım alması eylemini, hizmet dışında resmi sıfatın gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem olarak nitelendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur³¹.

Başka bir kararında Danıştay, akaryakıt kaçakçılarıyla görüşerek yardım ve yataklık yaptığı iddiası karşısında memurun hizmet içinde resmî sıfatın gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak davranış içerisinde bulunduğu gerekçesiyle verilen disiplin cezasını hukuka uygun bulmuştur³².

Yine Danıştay, bir polis memurunun, barda tanıştığı bir kadınla arkadaşlık ettiği ve gezip eğlendiği şeklindeki fiilleri ile reşit olmayan bu kişiyle gerçekleştirdiği cinsel ilişki fiilini, hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir³³.

D. YURT DIŞINDA DEVLETİN İTİBARINI DÜŞÜRECEK VEYA GÖREV HAYSİYETİNİ ZEDELEYECEK TUTUM VE DAVRANIŞLARDA BULUNMAK

“Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak” fiili, DMK’nın E/j bendinde memurluktan çıkarmayı gerektiren disiplin suçlarından biri olarak yer almaktadır. Burada belirtilen disiplin suçu ancak geçici veya sürekli görevle veya araştırma, inceleme, eğitim için yabancı ülkelere gönderilen memurlar tarafından işlenebilir³⁴. Memurların bu konudaki yükümlülükleri DMK’nın 9. maddesinde “Devlet memurlarından sürekli veya geçici görevle veya yetişme, inceleme ve araştırma için yabancı memleketlerde bulunanlar Devlet itibarını veya görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunamazlar” şeklinde ifade edilmiştir. Yurt dışında bulunan

³¹ “Komiser olan davacının Karakol amiri olarak görev yaptığı 1981 yılı içinde, daha önceden bombalanmış olan karakola, semt esnafının çeşitli eşyalar almaları ve karakol aracını tamir ettirmelerini kabul etmesi eyleminin, kişilerin bu işi kendi iradeleri ile yaptıklarını beyan etmeleri, hibe edilen eşyaları davacının demirbaşaya kaydetmek suretiyle üst makamları haberdar etmesi ve de kendisine herhangi bir menfaat sağlamaması hususları gözönüne alındığında bu olayı hizmet dışında resmi sıfatın gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem olarak nitelendirmek, mümkün olmadığından, yukarıda yer alan madde hükmü uygulanarak disiplin cezası verilmesinde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” D10.D, 22.1.1987, E. 1985/59, K. 1987/54.

³² D12.D, 03.12.2008, E. 2008/4878, K. 2008/6853.

³³ D5.D, 11.10.2017, E. 2016/18472, K. 2017/21046.

³⁴ Aslan ve Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 79.

memurların devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışları, Türk Devletinin onuruna leke sürecek nitelikte olduğundan ve yabancı ülkedeki memurların ülkemizi temsil bakımından taşıdığı önem göz önünde bulundurularak böyle bir ceza öngörülmüştür³⁵. Bu konuda, bir de “Yurtdışında Daimî Görevlere Atanacak Personel Hakkında Yönetmelik”³⁶ bulunmaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde³⁷, yedi bent halinde yurtdışında bulunan personelin uyacağı kurallar düzenlenmektedir.

Danıştay, yurt dışında lisansüstü öğrenim gördüğü sırada irticai faaliyetlerde bulunan çevrelerle ilişkilerde bulunduğu ve Atatürk ilke ve devrimleri aleyhinde internet aracılığı ile propaganda yaptığı anlaşılan araştırma görevlisinin eylemini, öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayan şeref ve haysiyeti zedeleyecek davranış olarak görmüştür³⁸.

E. MEMURLUK SIFATI İLE BAĞDAŞMAYACAK NİTELİK VE DERECEDE YÜZ KIZARTICI VE UTAŇÇ VERİCİ HAREKETLERDE BULUNMAK

En ağır disiplin cezası olan devlet memuriyetinden çıkarılmayı düzenleyen 125. maddenin E/g bendinde “*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kıvartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*” disiplin suçu yer almaktadır³⁹. Devlet memurluğundan çıkarma için aranılan ölçüt, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kıvartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmaktır. Ancak bu hareketlerin ne olduğu konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. DMK m.48’de memuriyete engel suçlar sayılırken hangi

³⁵ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, 379.

³⁶ R. G. Tarih ve Sayı: 23/11/2018, 30604.

³⁷ “(1) Personel, aşağıdaki kurallara uymak zorundadır:

a) Yabancı devletler, milletlerarası kurumlar ve bunların temsilcilikleriyle yaptığı temaslarda millî çıkarları savunmak.

b) Yabancı ülkelerde Türk milletinin onur ve itibarının korunması hususunda azamî titizlik ve duyarlılık göstermek.

c) Görev yerinde Devletin vakar ve şerefine uygun hareket etmek.

ç) Yurtdışındaki ilişkilerinde Devletimizin temsilcisi olduğunu ve herhangi bir konuya ilişkin düşüncelerinin Türk Devletinin düşüncesi gibi değerlendirilebileceğini göz önünde bulundurarak görev ve yetki dışı açıklamalardan sakınmak; Devletimizin ve milletimizin menfaatlerini her şeyin üstünde tutmak.

d) Resmî ve özel yaşamı ile yabancılarla ilişkilerinde dikkatli ve itinalı davranmak.

e) Görev yapılan ülkenin resmî kurumları ve vatandaşları ile ilişkilerde misyon şefinin talimatına uygun olarak davranmak.

f) Resmî işlere ait temaslارını misyon şefinin bilgisi ve koordinasyonu dâhilinde yürütmek.

(2) Personel, misyon şefinin izni, bilgisi ve talimatı çerçevesinde görevlendirildiği yerdeki diğer ülkelerin dış temsilcilikleriyle gerekli temaslarda bulunur, bu ülkelerin dış temsilcilikleri ve askerî ataşelikleri tarafından tertiplenen resmî kabul ve davetlere katılır.

(3) Personel, yabancı ülke personeli ve aileleri ile gerek resmî, gerek özel yaşantılarındaki ilişkilerinde, ülkemize ve milletimize karşı sevgi ve saygıyı sağlamla yükümlüdür”

³⁸ DİDDGK, 15.09.2000, E. 2000/594, K. 2000/949.

³⁹ Benzer bir düzenleme 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu 69. maddesinin son fıkrasında da; “Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.” şeklinde yer almaktadır.

suçların yüz kızartıcı suç olduğu ifade edilmekteydi. Ancak bu belirleme 2008 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Bu belirleme kaldırılrsa dahi milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen Anayasa m.76⁴⁰ başta olmak üzere mevzuatımızda yüz kızartıcı suçların neler olduğuna dair bazı hükümler mevcuttur⁴¹. Bununla birlikte dikkat etmek gerekir ki, 125. maddede “yüz kızartıcı hareket” kavramı kullanılmakta olup, disiplin cezasına bağlanan fiilin bir suç olması aranmamaktadır. Kanun’da vurgulanan durum, yüz kızartıcı suçlardan daha geniş kapsamlıdır⁴². Sonuç itibariyle, belirtilen disiplin suçunun hangi fiillere karşılık geldiği konusunda belirli bir düzenleme bulunmamaktadır.

Peki, memuriyeti sona erdiren nitelikte eylem olan “yüz kızartıcı ve utanç verici hareket” kavramı ne anlama gelmektedir? Bu fıkrada yer alan ifadeler, hayli soyut, muğlak ve göreceli kavramlar olup, memur güvenliğini ihlal edecek derecede idareye takdir yetkisi tanımaktadır. Bu konuda AYM yapılan başvuruda, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğu konusunda herhangi bir somut ve belirli unsur ya da benzer davranışlar listesinin bulunmadığı, söz konusu fiil ve hareketlerin belirlenmesi yetkisinin idareye ve yargı organlarına bırakıldığı, bu durumun farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet vereceği belirtilerek hukuk devletine ve hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak AYM, söz konusu hareketlerin tek tek sayılması imkânsız olacağından daha somut bir düzenleme yapmanın mümkün olmadığını belirterek, bu fıkranın hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir⁴³. Ger-

⁴⁰ “En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişkili olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla...”

⁴¹ Örneğin, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m.11, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.3, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m.8.

⁴² D10.D, E. 1987/1637, K. 1989/1877; “Değerlendirmede Türk Ceza Kanunu’nda yer alan bazı suçlar yargıca yol gösterici nitelikte olabilir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nun 225 ve devamı maddelerinde düzenlenen ‘Genel Ahlaka Karşı Suçlar’ın işlenmesi memur açısından yüz kızartıcı veya utanç verici bir hareket olarak değerlendirilebilir. Keza aile birliğine karşı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar için de benzer bir değerlendirme yapılabilir.” Aslan ve Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 77; Oğuz Sancakdar, Elif Altınok Çalışkan, Gizem Dursun, Serkan Seyhan ve Pınar Yağcı, *Disiplin Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 75.

⁴³ “Dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin” tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. İdarenin faaliyetleri çok çeşitli, karmaşık ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesi güçtür. Kuralın incelenmesinden de görüleceği üzere memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır. Fıkra genel bir belirleme yapılmış ve disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçeve

çekten de disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz listesini yapmak mümkün değildir⁴⁴. Zira farklı görevler, farklı durumlar için çoğaltılabilecek sayısız ihtimaller nedeniyle bunların tam sistemleştirilmesi imkânsızdır. Ancak memuriyeti sona erdiren nitelikte olan bu disiplin suçunun soyut ve muğlak kalmaması elzemdir. Kişinin memuriyetten çıkarılması çok ağır bir yaptırım olduğundan, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızzartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğu kanunda açık bir şekilde düzenlenmelidir. Bu disiplin suçu, bir daha memur olmamak üzere memuriyetten çıkarmayı gerektirmekte ve kişinin işinden olma sonucunu doğurarak hayatını sürdürmesi zorlaşmaktadır. Ekonomik gücü, aile ilişkileri, sosyal hayatı başta olmak üzere tüm hayatını olağanüstü şekilde etkileyen bu disiplin cezasını gerektiren hallerin neler olduğu açık ve somut bir şekilde kanunda belirtilmelidir. Disiplin amirlerinin bireysel fikir, inanç ve değerlerine göre farklı yorumlanabilecek mahiyetteki bu hükmün memur güvenliği ve hukuk devleti açısından objektif kurallara bağlanması gerekmektedir.

Mevzubahis disiplin suçunun kapsamı belirtilen diğer fiillerde olduğu gibi, yargı kararları bağlamında şekillenmektedir. İdari yargı hâkimi, memurun davranışını değerlendirirken her somut olayın özelliklerini ve memurun mesleğini göz önüne alarak bir sonuca varmaktadır. İdarenin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızzartıcı ve utanç verici hareketleri, kesin delillerle ortaya koyması ve ne şekilde mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozduğunu gerekçeleriyle ortaya koyması gerekmektedir⁴⁵. Yargı kararlarına baktığımızda bu disiplin suçunun oluşması için memurun görevi başında bulunması veya kamu hizmetinin ifasıyla ilgili bir konu olması aranmamaktadır. Örneğin Danıştay, polis memurunun resmi giysiyle, gizlenemeyecek derecede sarhoş şekilde çevreye rahatsızlık vererek gezmesini memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızzartıcı ve utanç verici hareket olarak değerlendirmiştir⁴⁶.

Danıştay başka bir kararında, hırsızlık suçu işleyen memurun fiilini, devlet memurluğu sıfatıyla bağdaşmayacak utanç verici hareket olarak nitelemiştir⁴⁷. Bir başka kararda Danıştay, eşinin sadakatinden şüphelendiği için eşine ait cep telefonlarıyla yapılan konuşmaların tespiti amacıyla hayali bir soruşturma evrakı düzenleyen zabıt kâatibi hakkında verilen meslekten çıkarma cezasının yargısal

çizilmiştir. Kaldı ki, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırılmaktadır." AYM Kararı, 16/01/2014, E. 2013/110, K. 2014/8.

⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, 782.

⁴⁵ Bahattin Aras, "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatlarına İlişkin Hususların Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 153 (2021): 259.

⁴⁶ D10.D, E. 1985/2153, K. 1987/481.

⁴⁷ D8.D, 6.5.1992, E. 1991/1917, K. 1992/885.

denetiminde, bu fiili memurluktan çıkarılmayı gerektiren, memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede hareket olarak kabul etmiştir⁴⁸.

Yine Danıştay, hesap uzmanı olarak vergi incelemelerini yaptığı firma sahiplerinden menfaat sağlayan davacının, söz konusu fiilin memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak utanç verici nitelikte bulunması sebebiyle devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasını hukuka uygun bulmuştur⁴⁹.

Danıştay, kendi evinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye giren davacı polis memuru hakkında DMK'nın 125/E-g maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasını hukuka aykırı görmüştür. Söz konusu kararda, "*Davacının ikametgahında rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilin 657 sayılı Yasa'nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, ayrıca söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının 657 sayılı Yasa'nın 125 /E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasanın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.*" şeklinde memurun davranışını özel hayat kapsamında değerlendirmiştir⁵⁰.

II. ÖZEL HAYAT VE DEVLET MEMURLUĞUNA YAKIŞMAYAN DAVRANIŞ İLİŞKİSİ

Teknolojik imkânların gelişmesiyle birlikte, aşk hayatları, ailevi durumları gibi sıralanabilecek memurların özel hayatına ilişkin bilgi, görüntü ve sesleri internet ortamına kolaylıkla aktarılmakta ve hareketleri topluma kolayca yansımaktadır. Bu noktada bazı durumlarda, memurlar bakımından mesleki hayat ile özel hayat birbiriyle çatışmakta ve aralarında ters bir orantı oluşmaktadır. Peki, memurunun özel hayatındaki tutum ve davranışlarının ne derecede devlet memurluğu sıfatı ile bağdaşması gerekir? Memurun özel hayatında gerçekleştirdiği bir fiil, memuriyete yakışmayan bir hal olarak değerlendirilerek memura disiplin cezası verilebilecek midir? Devletin temsilcisi, kamu hizmetinin insan unsuru diye yansıttığımız memurun gece hayatı, cinsel hayat ve tercihleri giyim-kuşa-

⁴⁸ "657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesi, kamu görevinin inanılır, güvenilir, itibarlı görevliler eliyle yürütülmesini amaçlamıştır. Memur sıfatı taşıyan ve kamu hizmetinin personel unsurunu oluşturan kişilere toplumun güven duyması, bireylerin idareye olan güven ve inancını da sağlayacaktır. Kamu hizmetinin, gerekli saygınlığı yitirmiş görevliler eliyle yürütülmesi, bireylerin idareye olan güven duygularının sarsılmasına, kişi ile idare ilişkilerinde arzu edilmeyen olumsuz bazı gelişmelere neden olabilir. Kanun, böylece bir tehlikenin gerçekleşmesini engellemek için önlem almış, müsebbiblerinin Devlet memuriyetinden çıkartılmasını öngörmüştür." D16.D, 21.4.2015, E. 2015/9697, K. 2015/1941.

⁴⁹ D10.D, E. 1987/1637, K. 1989/1877.

⁵⁰ D12.D, 21.03.2014, E. 2013/8324, K. 2014/1882.

mı, kiminle evleneceği, içki-kumar alışkanlıkları, alışkanlıkları evlilik dışı çocuk sahibi olması vs. şeklinde çoğaltılacak birçok örnek memuriyete yakışmayan hal kapsamına girecek midir veya özel hayat kapsamında mıdır? Örneğin bir imamın rock müzik dinlemesi ve konser vermesi, bulunduğu statüye yakışmayan bir davranış olarak değerlendirilebilir mi yoksa özel hayatını mı ilgilendirir?

Öncelikle memurların, memurluk sıfatının yanında aynı zamanda bir insan olarak sosyal bir varlık olduğu unutulmamalıdır. Memurların kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesine yönelik bir hayatı olmasının yanında, kendine has özel bir hayatı da bulunmaktadır. Özel hayat kavramının mevzuatta veya mahkemelerce yapılmış açık bir tanımı bulunmamaktadır. Özel hayatın korunması hakkını mahkemeler tüketici bir şekilde değerlendirmemekte, geniş bir şekilde yorumlamaktadır⁵¹. Genel olarak özel hayat, kişinin güven duyduğu kişilerle paylaştığı, bu kişilerin dışında başka kimsenin öğrenmesini istemediği mahrem alanı ve kişinin mahrem alanına dâhil olmayan ancak ailesi, yakınları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı, bunlar haricinde kimsenin bilmesini istemediği özel alanı da içeren geniş bir kavram olarak ifade edilmektedir⁵². Özel hayatın gizliliği ve korunması hususu ulusal mevzuatla ve uluslararası belgelerle korunmaktadır. Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (m.20). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*” başlıklı 8. maddesinde; “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*” hükmü, benzer şekilde İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 12. maddesinde “*Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır*” hükmü bulunmaktadır⁵³.

⁵¹ Yıldırım ve Kaman, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”, 168.

⁵² Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVII, S.3, (2013): 233. “*Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır*” İHAM Özpınar/Türkiye kararı, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010. Aynı doğrultuda bkz. İHAM Costello Roberts/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 13134/87, 25.03.1993.

⁵³ Avrupa Yargı Kurulları Ağının (ENCJ) “*Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hâkimlerin Sorumluluğu*” konulu raporunda, “*Bir hâkimin özel yaşam sürmeye hakkı olmakla*

Memurlara statüleri gereği tutum ve davranışlarına dikkat etme gibi bir yükümlülük yüklendiği sabit olmakla beraber bu yükümlülüğün memurun özel hayatını ve diğer özgürlük alanlarını daraltacak bir hal almaması gerekir. Bunun ötesinde bir beklenti memurun temel haklarına orantısız müdahale sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla devlet memuru, yalnızca özel hayatını ilgilendiren, meslekî hayatına ilişkin olmayan ve mesleki yaşantısına bir etkisi olmayan özel yaşam eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmamalıdır. Memurun özel hayatı içerisinde gerçekleştirdiği eylemlerin disiplin soruşturması kapsamına alınmasının sınırı, eylemlerinin kamu hizmetlerinin gereği gibi ifa edilmesinde olumsuz bir yansımalarının olup olmayacağıdır. Bir başka ifadeyle, memurun özel hayatında gerçekleştirdiği davranışlar, memurun görevi üzerinde olumsuz bir etki doğurabilecekse disiplin suçu oluşturabilir⁵⁴. Özel hayatın gizliliği hakkıyla korunan değer, bireyin kişiliğini geliştirmesi ve kendisini ifade etmesi olduğundan, memur görevi dışında sosyal kimliğini geliştirdiği, kendini ifade edeceği bir alanda ise fiillerini özel hayat kapsamında değerlendirmek gerekmektedir⁵⁵. Memurun tutum ve davranışının meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmış ise mesleki onur, memur vakarı, hizmetin gerekleri gibi soyut kavramlar gerekçe gösterilerek disiplin cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir⁵⁶. İHAM, meslek hayatını özel hayat içinde değerlendirmekte; sebebe- sonuca dayalı uygulanabilirlik olarak iki ayrı kistas kullanmaktadır. Sebebe dayalı uygulanabilirlik; kişinin dinsel, felsefi inancı, cinsel kimliği gibi doğrudan özel yaşamına ilişkin sebeplerin kişinin mesleki hayatına ilişkin tasarruflara esas alındığı durumlarda özel hayata saygı hakkının uygulanmasıdır⁵⁷. Örneğin, kişinin cinsel eğilimi nedeniyle görevine son verilmesinde, yürüttüğü kamu görevinde somut olarak o kişinin tarafsızlığını, güvenilirliğini ve objektifliğini kaybettiğine dair somut kanıt ortaya konulmadıkça, kamudan ihraç tedbirinin kural olarak özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini varsaymaktadır. Sonuca dayalı yaklaşım ise, müdahalenin ortaya çıkardığı sonuçlara yoğunlaşan bir uygulanabilirlik ölçütüdür⁵⁸. Bu ölçüt, özel hayata saygı hakkının ihlali için kamu görevine son verilen kişinin bu nedenle sosyal ve mesleki açıdan çok ciddi

birlikte, hem mesleki hem de özel hayatında en yüksek derecede doğruluk ve dürüstlük ile hareket etmesi gerekmektedir. Yargının saygınlığına gölge düşürebilecek olan davranışlar, disiplin cezasına tabi tutulabilmelidirler." şeklinde hâkimlerin özel hayatı ve sınırlarına değinilmiştir. Söz konusu rapora göre, hâkimlerin özel hayat hakkı olmakla birlikte, yargı erkinin imajına ve saygınlığına zarar vermemesi için özel hayatında tutum ve davranışlarına dikkat etmelidir.

⁵⁴ D5.D, 21.5.2018, E. 2016/19861, K. 2018/14359.

⁵⁵ Yıldırım ve Kaman, "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı", 168.

⁵⁶ Aras, "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatlarına İlişkin Hususların Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi", 249.

⁵⁷ Fatih Alkan, "Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı* 38, S. 2, (2021): 150.

⁵⁸ Alkan, "Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Ele Alınması", 151.

bir itibar kaybının yaşanmasını, başkaları ile ilişki kurma, geliştirme imkânının ağır biçimde sekteye uğranmasını ve mağduriyetin özel ağırlığını aramaktadır⁵⁹. Bu ölçütler, memurun davranışının özel hayat kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi bağlamında yol gösterici nitelikte olabilir. Örneğin, cinsel içerikli bazı görüntülerin internette yayımlandığı duyumu üzerine başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası tesis edilmesi olayının konu edildiği karar⁶⁰, özel hayata saygı hakkının sebebe dayalı uygulanabilirliğine örnek olarak gösterilebilir.

Memurun temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin niteliğinden kaynaklanan temellere uygun yürütülmesini gözetmek amacıyla memurdan beklenen davranış arasında adil bir orantı kurulmalıdır. Bu konuda disiplin hukukunun temel ilkelerinden olan ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Ölçülülük ilkesi, verilecek disiplin cezası ile disiplin suçu arasında bir uyum, adil bir denge olmasıdır⁶¹. Aksi halde devlet memurunun özel hayatının disiplin soruşturması sırasında sorgulanması, özel hayatın gizliliğini ihlal şeklinde değerlendirilebilir. Nitekim yargı kararlarında önemle vurgulanan bir husus da özel hayatın gizliliğine müdahale noktasında bu müdahalenin son çare olmasının bir gereği olarak takdir hakkının dar kapsamlı olduğudur. AYM bu konuyu, “Mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veyahut kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda, takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmektedir olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır.” şeklinde ifade etmiştir⁶². Özel hayata yapılan müdahalelerin derecesinin, mevcut siyasal rejimin demokratik ve özgürlükçü niteliğini ortaya koyduğu unutulmamalıdır⁶³. Bu konuda verilen yargı kararlarına baktığımızda;

Aynı okulda çalışan bekâr bir öğretmenle müdürün(evli), aynı araçla beraber gezdikleri ve aynı mekânlarda kaldıkları iddiasıyla ilgili olarak başlatılan soruşturma sonucunda memuriyete yakışmayan eylem nedeni ile müdür meslekten

⁵⁹ Ali Ulusoy, “Kamu Görevlileri Açısından Özel Hayata Saygı Hakkı ve Kamudan İhraçlar”, *Anayasa Yargısı* 38, S. 2, (2021): 298-299.

⁶⁰ AYM Kararı Başvuru No: 2013/9660, 21.1.2015.

⁶¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 503; Pinar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, 122; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasa-poğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 509; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 711; D12.D, 26.12.2006, E. 2003/3174, K. 2006/6690; D12.D, 23.02.2017, E. 2016/8855, K. 2017/461; Anayasa Mahkemesi de disiplin cezalarında ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin gereği olduğunu, bu ilkenin alt ilkelerinin de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerinden oluştuğunu belirtmiştir. AYM Kararı, 14.11.2013, E. 2013/15, K. 2013/131.

⁶² AYM Kararı Başvuru No: 2013/1614, 3.4.2014.

⁶³ Şafak Başa, “Özel Hayatın Gizliliği İlkesi ve Disiplin Hukuku” *Denetim Dergisi*, S. 127-128, (2014): 26.

çıkarılmıştır. Bu olayda Danıştay, okul içinde ve dışında öğrencilere olumsuz bir yansıması olmayan soruşturma konusu fiillerin, davacının mesleki faaliyeti ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşamı kapsamında kalan eylem ve davranışlar olduğundan, söz konusu fiilin disiplin suçu olarak değerlendirilerek cezalandırılmasını, özel hayata saygı hakkının ihlali sonucunu doğuracağını ifade etmiştir⁶⁴.

Danıştay başka bir kararında, öğretmen olan davacının telefonla müstecen mesajlar göndermek ve internet üzerinden görüşme programı aracılığı ile uygunsuz görüntüler göstermekten ibaret olan fiilinin, memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığını, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilmesinin özel hayata saygı hakkının ihlali sonucunu doğuracağını karara bağlamıştır⁶⁵.

Memuriyete yakışmayan davranış- özel hayat ekseninde ele aldığımızda, AYM önüne gelmiş konular genelde mahremiyet hakkı bağlamında olmaktadır. Örneğin, bir sosyal paylaşım sitesinde adına açılmış hesap üzerinden kendisine ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntünün yayınlandığı duyumu üzerine memur olan başvuru hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır. Yürütülen disiplin soruşturması sonunda başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. AYM, başvurunun mesleki faaliyetle ilgisi olmayan mahremiyet alanına ilişkin eylemleri nedeniyle hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanmasının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁶.

⁶⁴ "Olayda, dosya içerisinde bulunan soruşturma raporu ve eki belgelerin birlikte incelenmesi neticesinde, davacıya isnat edilen soruşturma konusu fiillerin her türlü şüpheden uzak, somut ve inandırıcı delillerle ortaya konulmadığı gibi okul ve eğitim-öğretim ortamı dışında meydana geldiği ve bir kişiyle sürekli arkadaşlık ve birliktelik şeklinde gerçekleştiği iddia edilen, okul içinde ve dışında öğrencilerde olumsuz bir yansıması olmayan soruşturma konusu fiiller, davacının mesleki faaliyeti ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dahil özel yaşamı kapsamında kalan eylem ve davranışlar olduğundan, iffetsiz eylem ve davranış olarak değerlendirilmeyeceğinden, söz konusu fiilin disiplin suçu olarak değerlendirilerek dava konusu işlem ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca 'özel hayata saygı hakkının' ihlali sonucunu da doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." D12.D, 02.02.2017, E. 2016/7995, K. 2017/154. Aynı yönde bkz. D5.D, 21.5.2018, E. 2016/19861, K. 2018/14359.

⁶⁵ D12.D, 23.03.2019, E. 2012/8980, K. 2016/1586.

⁶⁶ "Somut olayda, başvuru devlet memurluğundan meslekî nedenlerle yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde çıkarılmamıştır. Başvurucuya yöneltilen iddiaların göreviyle değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir." AYM Kararı Başvuru No: 2013/9660, 21.1.2015. Yine başka bir kararda AYM, "mesleki yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvurunun mesleki ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Ancak her ne kadar hakkında isimsiz ihbar mektupları gönderilen başvurunun askeri öğrencilik döneminde çekilen fotoğraflarından haberdar olan idare tarafından disiplin hukuku açısından bir değerlendirme yapılabileceği belirtilmiş ve yargı kararlarının gerekçelerinde başvurunun taşıdığı asker sıfatına vurgu yapılmış ise de somut başvuruya konu eylem ve davranışların başvurunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile ahenileştirildiğine dair bir bulgu bulunmayan özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Baş-

Bir diğer kararda, iş ortamındaki bilgisayarını kullanarak pornografik görüntüleri iş arkadaşlarıyla paylaşan asker hakkında memuriyetten çıkarma cezası öngörülmüştür. AYM, kişinin iş bilgisayarının sürekli denetlendiğini bildiğini, iş amacı dışında bu tür paylaşımlar yapamayacağını, yalnızca işi için kullanması gerektiğine dair bulgular bulunduğunu belirterek ihlal olmadığına karar vermiştir⁶⁷.

AYM'ye yapılan başka bir kararda, ceza infaz kurumunda görev yapan bir kadın memur, kendisine ait cinsel içerikli görüntülerin internette yayınlanması üzerine ilgili görüntülerin memur lojmanlarında çekildiği de göz önüne alınarak hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmıştır. Mahkeme, tahsis edilen lojmanın özel yaşam alanı olduğunu, bu nedenle özel yaşam alanında gerçekleşen ve görevi sırasında vuku bulmayan eylemin, özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁸.

vurucu 2006 yılında başlayan, farklı tarihlerde yeniden açılan, 2008 yılında uyarı disiplin cezası ile karşılanan ve 2012 yılında ayırma cezası verilmesi ile sonuçlanan idari tahkikat sürecinde, meslekî hayatına ilişkin olmayan, yalnızca özel hayatını ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda bırakılmış ve ayırma işleminin bu işleme konu fotoğrafların çekilmesinden en az yedi yıl sonra tesis edilmesi nedeniyle sürekli olarak ceza tehdidi altında yaşamıştır. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların görevinin ifasıyla değil daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu tahkikatın kapsamı meslekî hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, başvurunun ahlaka aykırı unsurlar içerdiği ileri sürülen fotoğraflar çektiği, söz konusu fotoğrafların bir şekilde ele geçirilmesi ve TSK'ya iletilmesi suretiyle işlenen fiillerin asker sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede ahlak dışı hareketler kapsamında olduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal süreçte konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu değerlendirilmektedir." AYM Kararı Başvuru No: 2014/12862, 13.7.2016.

⁶⁷ Karşı oylarda, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, kişinin görevine son vermenin kişinin tüm hayatını mahvettiği ve dahası böyle itibar ve güveninin sarsılarak başka yerde iş bulmasının çok zor olduğu, astı ya da üstleriyle değil ya da normal vatandaşta yansıtacak, devletin itibarını bozmayacak şekilde yalnızca arkadaşlarıyla bu görüntüleri paylaştığına dair görüşler almaktadır. AYM Kararı Başvuru No: 2013/7666, 10/12/2015; Benzer yönde bkz. AYM Kararı Başvuru No: 2014/8203, 21.9.2016.

⁶⁸ *"Devlet memuru olarak belirli bir sorumluluk taşıyan başvuru, bu görevi kabul etmek suretiyle kamu görevlisi olmaktan kaynaklanan disiplin ve tutum istemine kendi iradesiyle dâhil olmuştur. Yukarıda belirtilen temellere dayanan bu sistem doğası gereği, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşta uygulanamayacak sınırlamalar getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir. Özellikle meslekî yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvurunun meslekî ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Ancak somut başvuruya konu eylem ve davranışların, her ne kadar ilgili disiplin kararları ve yargısal karar gerekçelerinde lojman olarak tahsisli bir konut olduğu vurgusu yapılsa da, başvurunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığı özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Başvuru, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, yalnızca meslekî hayatını değil, özel hayatını da ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalmıştır. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevi-*

AYM ve Danıştay kararlarının sıkça atfı yaptığı Özpinar/Türkiye kararında, kadın hâkimin özel hayatında arkadaşlık ettiği kişiler ve giyim tarzı, aşırı makyaj yapması, uygunsuz davranış ve ilişkiler içinde olması gibi iddialar ön plana çıkarılarak, mesleğin saygınlığına ve onuruna zarar verdiğinden bahisle meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Söz konusu cezanın iptali istemiyle iç hukuk yollarını tüketen hâkim, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme olayı, özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiş, anılan hâkimle ilgili iddiaların bu kişinin mesleğini icrasına etkisinin somut olarak ortaya konulmadığı hususunu vurgulamıştır. İnsanların dış dünyayla olan ilişkilerini geliştirmelerinin en fazla mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında gerçekleştiğini, başvurusunun özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen çıkarma kararında başvurusunun şerefine sorgulanarak özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varılmıştır⁶⁹.

Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilleri kullanma yasağı disiplin soruşturması bakımından da geçerlidir⁷⁰. Dolayısıyla bir memur hakkında özel yaşam alanlarına ilişkin verilerin hukuka aykırı yollarla elde edilmesi ve sonrasında disiplin soruşturmasında kişinin aleyhine kullanılması özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturacaktır. AYM, bir internet sitesinde yayımlanan ve başvurucuya

nin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamı meslekî hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda, idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, özellikle başvurusunun özel yaşamına dikkat etmediği, genel ahlak değerlerini zedeleyici tutum ve davranışlarda bulunduğu, özel yaşamıyla ilgili olumsuz duyumlar alındığı ve cinsel içerikli eylemlerine ait görüntülerin çekilmesine izin vermek suretiyle işlediği fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler kapsamında olduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmaktadır." AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014.

⁶⁹ İHAM Özpinar/Türkiye kararı, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010.

⁷⁰ Fatma Ebru Gündüz, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", *YBHD*, S. 1, (2019): 103. "T.C. Anayasasının 38'inci maddesine 03/10/2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanunun 15'inci maddesiyle eklenen 7'nci fıkrası; "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez." hükmünü amirdir. Davalı idarece Yargıtay ve Danıştay içtihatlarından örnekler verilerek, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların disiplin hukukunda delil olarak kabul edilebileceği beyan edilmiş ise de; Anayasanın "Temel haklar ve ödevler" başlıklı ikinci kısmında düzenlenen bu hüküm sadece ceza yargısında değil, hukuk yargısı ve idari yargıda da geçerlidir. Yani sadece ceza yargısı değil, disiplin hukuku yönünden yargı denetimi yapan idare hukuku yargısı da yapacağı yargılamada bu hükmü esas almak zorundadır. Anayasayı yorumlama konusunda tek yetkili mercii olan Anayasa Mahkemesi 04.04.1991 tarih ve 1990/12 E, 1991/7 K sayılı kararında özetle; Anayasanın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığı belirtilerek disiplin cezalarının Anayasanın 38'inci maddesi kapsamında olduğu yönünde hüküm vermiştir. Tüm bu nedenlerle hukuka ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilerek tek başına davacının ilişkiğinin kesilmesine esas kabul edilmesi mümkün değildir..." AYM Kararı, Başvuru No: 2014/7738, 13.07.2016. Fiş Üstün, idare hukukunun özelliği gereği söz konusu ilkenin belirli ölçütler dahilinde esnetilebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntı için bkz. Gül Fiş Üstün, "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, S. 1 (2018): 33.

ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli ses kayıtlarının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte ahlak dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici eylem teşkil ettiği gerekçesiyle hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi ile ilgili olarak özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. Aynı zamanda kararında, “*soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, soruşturma usulünün hukuka aykırı yöntemler içerdiğine yönelik iddianın incelenmediği...*”ni vurgulanmıştır⁷¹.

Son olarak belirtelim ki, memuriyete yakışmayan davranışların ne olduğu, ne ölçüde özel hayat bağlamında ele alınması gerektiği hususu döneme ve bakış açısına göre zamanla değişmektedir. Örneğin, eşinin silahlı kuvvetlerin itibarını sarsacak derecede ahlak dışı davranışları olduğu belirlenen askerin, disiplinsizlik ve ahlaki nedenlerle ayırma işlemine tabi tutulmasında hukuka aykırılık görülmemesine rağmen⁷², son yıllarda bu minvaldeki olaylarda verilen kararlara baktığımızda bu durum özel hayata saygı kapsamında değerlendirilmektedir. Yine geçmişte 788 sayılı Memurin Kanunu’nun⁷³ 4. maddesi Z bendinde⁷⁴ yabancılarla evli olmamak memuriyet için aranılan bir şarttı ve memur iken yabancılarla evlenenler istifa etmiş sayılıyordu. 1961 Anayasası döneminde AYM, 22 Mayıs 1963 tarihinde verdiği kararıyla bu bendi iptal etmiştir⁷⁵. Hukukumuzda bugün askeri mevzuatta⁷⁶ yer almakla beraber, DMK’de yabancılarla evli olma memurluğa engel olan bir husus olarak öngörülmemiştir.

⁷¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/7738, 13.7.2016.

⁷² AYİM, 22.3.1985, E. 1985/21, K. 1985/11.

⁷³ R. G. Tarih ve Sayı: 31.3.1926, 336.

⁷⁴ “*Ecnebi kız ve kadınlarla müteahhil olmamak (Bu kanunun neşrinden evvel ecnebi kadınlarla teehhül etmiş bulunan memurin; Hariciye, Müdafai Milliye ve Bahriye vekaletlerinde istihdam edilemezler.*”

⁷⁵ “*Yabancılarla evli bulunmama şartını, bazı kamu hizmetlerinde görevin gerektirdiği bir nitelik saymak yerinde olur. Meselâ askerlik, Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri hizmetlerde kamu güvenliğinin gereği olarak önemli devlet sırlarının korunması bakımından bu türlü bir sakıncalık tedbirine başvurulması zaruri görülebilir. Böyle bir hüküm, Anayasa’nın 58’inci maddesindeki temel hukuk kuralına aykırı düşmez. Ancak dâva ve inceleme konusu (Z) fıkrasındaki şart, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıttır. Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlandırmakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasa’nın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasa’nın 58’inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir.*” AYM Kararı, 22.5.1963, E. 1963/205, K. 1963/123.

⁷⁶ Yabancı Uyruklu Kişilerle Evlenen Subay, Astsubay, Sözleşmeli Subay, Sözleşmeli Astsubay, Uzman Jandarma, Uzman Erbaş ile Sözleşmeli Erbaş ve Erler Hakkında Yönetmelik m.4’e göre; “*yabancı uyruklu kişi ile evlenen subay, astsubay, sözleşmeli subay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler evlendikleri kişinin, nüfus cüzdan suretini (nüfus cüzdanı uygulaması olmayan ülkelerde bunun yerine geçen belgeyi), varsa ça-*

SONUÇ

Memurluk statüsünün ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığının korunması amacıyla, memurların hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirilmektedir. DMK’de, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunma, hizmet içinde ve dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunma, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunma gibi eylemler disiplin suçları olarak öngörülmüştür. Memuriyete yakışmayan davranış ifadesi, önem düzeyi idarece takdir edilmek suretiyle hafiften ağıra doğru cezalar öngörülebilecek şekilde düzenlendiğinden, disiplin suçunun nitelemesi isabetli yapılmalıdır. Soyut ve benzer mahiyetteki bu eylemleri belirlemede ise idarenin takdir yetkisi devreye girmektedir. Ancak bu eylemlerin idarenin hayat görüşüne göre farklı yorumlanma veya keyfi kullanılma tehlikesi bulunmaktadır. Buna karşın, kamu hizmetinin çeşitliliği, idarenin değişen şartlara uyum sağlama özelliği göz önüne alındığında; çok farklı şartlarda çok farklı örnekler gerçekleşebileceğinden bu hallerin ne olduğunun tek tek tespiti mümkün değildir. Tüm kurum ve kuruluşlar için geçerli olabilecek ve memuriyete yakışmayacak nitelikteki bütün fiillerin listesini yapmak çok zordur. Çünkü memurların kurum düzenine aykırı tutum ve davranışları günün koşullarına ve ortama göre sık sık değişebileceğinden, somut olarak sistemleştirilmesi oldukça zordur. Memurlar arasında, statüleri itibarıyla toplumda duyulan güvenin farklılık arz etmesi uygulama ve yargı kararlarının yaptığı değerlendirmeyi etkileyecektir. Örneğin, bir Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nda çalışan bir kamu görevlisinin bankacılarla yakın ilişki içinde olması başka bir gözle görülmeyi, bir öğretmenin aynı tür ilişkisi görevin gerektirdikleri ve etkilenme ihtimali nedeniyle başka gözle görülmeyi gerektirebilir. Ya da bir polisin toplum içinde sarhoş gezmesi ile teknikerin aynı fiili, ifa ettikleri kamu hizmetinin farklılıkları nedeniyle ayrı değerlendirmeyi gerektirebilir. Bu nedenle, idarece gerekçeli kararlar verilmesi, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması ve bunun yargı kararları ile denetlenmesi önem arz etmektedir. Ancak memuriyetten çıkarmayı gerektiren memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve

İştiği işi gösterir belgeyi, kendisinin ve ailesinin daimi ikametgâh ve iş adresini, 4 adet vesikalık fotoğrafını, sabıka kayıt belgesini, evlenme cüzdanının fotokopisini, eklemek suretiyle bir dilekçe, "Beyanname ve Taahhüt Formu" 61 ve "Sicil Amirleri Kanaat Formu" ile birlikte, 30 gün içerisinde ilk sicil amirine başvuruda bulunurlar. Personelin başvuru dilekçe ve belgeleri iki suret olarak silsileler yolu ile Genelkurmay Başkanlığına gönderilir." "Yabancı uyruklu kişi ile evlenmiş olan personelin başvuru dilekçe ve belgeleri Genelkurmay Personel Başkanlığınca incelenir. Genelkurmay Personel Başkanlığınca incelenen dilekçe ve belgelerin bir sureti ve personelin 4 adet fotoğrafı Genelkurmay İstihbarat Başkanlığına gönderilir, Genelkurmay İstihbarat Başkanlığınca gerekli inceleme yapılır" (Yönetmelik m.5). "Yabancı kişi hakkında güvenlik soruşturması yapılır. Yabancı uyruklu kişi ile evlenmesi uygun görülmeyen personel hakkında, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112. maddesine göre işlem yapılır" (Yönetmelik m.8/son f.). Yani yabancı ile evlenmesi uygun görülmeyenler istifa etmiş sayılmaktadır.

utanç verici hareketlerde bulunma eyleminin diğer fiillerden farklı olarak, ne olduğunun memuriyet güvencesi ve hukuk devleti açısından somut olarak belirlenmesi gerekmektedir. Zira bu eylem, bir daha memur olmamak üzere memuriyet statüsünden çıkarılmaya neden olarak, memurun ekonomik durumu başta olmak üzere tüm yaşantısını yok etmektedir. Memurun idareye karşı korunmasının en temel yolunu memur statüsünün kanunla düzenlenmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle, memuriyet statüsüne ilişkin konular mümkün olduğunca yasal metinlerle düzenlenerek idarenin takdir yetkisi sınırlanmalıdır.

Memur vakarı, memuriyete yakışmayan tutum ve davranış kavramı gibi ifadeler, kamu görevlilerini ifade özgürlüğü, özel hayatın korunması başta olmak üzere anayasal haklarını kullanmaktan mahrum bırakacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Memurun fiilinin kamu hizmetinin gereği gibi ifasına bir etkisi olup olmadığı özellikle irdelenmeli ve bu çerçeveden hareketle bir karara varılmalıdır. Kamu hizmetinin gereği gibi ifasını etkilemeyen diğer her türlü tavır, davranış ve fiiller disiplin cezası verilmesine sebep oluşturmamalıdır. Soruşturmanın temelinde yalnızca, memurun tutum ve davranışının kamu hizmetlerinin gereği gibi ifasını olumsuz etkileme potansiyeli olmalıdır. Memurun tutum ve davranışının kamu hizmetinin işleyişine olumsuz etkisi var ise de bu durum somut delillerle ortaya konulmalı ve orantılı bir disiplin cezası verilmelidir. Disiplin hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun ve Berk, Kahraman. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Alkan, Fatih. “Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”. *Anayasa Yargısı*, 38, S. 2, (2021): 143-175.
- Aras, Bahattin. “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatlarına İlişkin Hususların Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 2021, S. 153, (2021): 235 - 267.
- Aslan, Zehreddin ve Altındağ, Halil. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Avcı, Mustafa. “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 7, S. 27, (2016): 33-58.
- Başa, Şafak. “Özel Hayatın Gizliliği İlkesi ve Disiplin Hukuku”. *Denetim Dergisi*, S. 127-128, (2014): 26-30.
- Evren, Çınar Can ve Uçar, İsmail. *Kamu Görevlileri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Fiş Üstün, Gül. “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, (2018): 17-35.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gündüz, Fatma Ebru. “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”. *YBHD*, S. 1, (2019): 89 -114.
- Hacib, Yusuf Has. *Kutadgu Bilig*. Ankara: Gençlik ve Spor Yayınları, 2019.
- Kaman Karan, Nur. *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Nizamü'l-mülk. *Siyasetname*. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009.
- Pınar, İbrahim ve Çalışkan, Öner. *Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 3, (2013): 227-266.
- Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale Burcu; Us Doğan, Eser; Kasapoğlu Turhan, Mine ve Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sancakdar, Oğuz; Altınok Çalışkan, Elif; Dursun, Gizem; Seyhan, Serkan ve Yağcı, Pınar. *Disiplin Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Ulusoy, Ali. “Kamu Görevlileri Açısından Özel Hayata Saygı Hakkı ve Kamudan İhraçlar”. *Anayasa Yargısı* 38, S. 2, (2021): 293-306.

Yıldırım, Turan ve Kaman, Nur. “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 18, S. 1, (2019): 155-172.

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/vakar> Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.

<https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.

“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hâkimlerin Sorumluluğu Konulu Rapor”, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/ed311a9d-4ff3-408e-8399-3ff987def9da.pdf>, Erişim Tarihi: Ağustos 19, 2022.

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE KÖYLÜ VE KIRSAL ALANDA ÇALIŞAN DİĞER KİŞİLERİN TOHUM HAKKI^(*)

Arş. Gör. Eymir ALBAL^(**)

Öz

2018 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, BM Köylülerin ve Kırsalda Çalışan Diğer Kişilerin Hakları Bildirgesi'ni kabul etmiştir. Söz konusu Bildirge'de, köylü ve kırsal alanda çalışan diğer kişilerin medeni, siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel hakları teyit edilmiş ve grubun özel koşulları göz önüne alınarak kırsal alanda yaşanan yapısal sorunlar çerçevesinde bu haklar tanınmıştır. Ek olarak, üç yeni hak Bildirge çerçevesinde kabul edilmiştir. Bunlar; 15. maddede gıda hakkı ile birlikte düzenlenen gıda egemenliği hakkı, 17. maddede düzenlenen toprak (arazi) hakkı ve 19. maddede düzenlenen tohum hakkıdır.

Bildirge'nin hazırlık çalışmalarında, çoğu devlet, fikri sınai mülkiyete ilişkin uluslararası düzenlemeler ile tohum hakkına ilişkin düzenlemenin çatışma doğurabileceğini işaret etmiştir. Konunun bir insan hakları belgesinde tartışılmasından ziyade daha yerinde değerlendirmelerde bulunabilecek WIPO ya da FAO gibi BM ihtisas organları bünyesinde tartışılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. Olası bir çatışmayı engellemek için Gıda ve Tarım İçin Bitki Genetik Kaynaklarına İlişkin Uluslararası Antlaşma'nın ilgili hükmünün doğrudan bildirgeye alınması teklif edilmiştir. Bununla birlikte, tohum hakkı, Bildirge'nin 19. maddesinde detaylı şekilde düzenlenmiş; köylüler ve kırsal alanlarda çalışan kişilerin, gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarıyla ilgili geleneksel bilginin korunması hakkı, gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının kullanımından doğan faydaların paylaşımına hakkaniyete uygun katılım hakkı; gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının korunması ve sürdürülebilir kullanımıyla ilgili konularda karar verme sürecine katılma hakkı; tarladan (hasattan) ayrılan tohumları üretme ve çoğaltma malzemelerini saklama, kullanma, mübadele etme ve satma haklarının olduğu kayıt altına alınmıştır.

Çalışmada öncelikle Köylülerin ve Kırsalda Çalışan Diğer Kişilerin Hakları Bildirgesi'nin hazırlık çalışmalarına değinilerek, köylülerin bir hak örneği olarak tanınmalarına giden süreç, tarihsel şekilde ele alınacaktır. Ardından, tohum meselesi, uluslararası fikri mülkiyet hukuku ve insan hakları hukuku çerçevesinde ele alınarak, ilgili düzenlemelerden bahsedilecektir. Bildirge'nin hazırlık çalışmalarında ileri sürülen temel itirazlar analiz edilerek, böyle bir hakkın uluslararası hukuktaki ilgili düzenlemeler bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Sonuç bölümünde ise tohum hakkının kabulünün dünyadaki gıda sistemi ve köylü hakları bakımından ne ifade ettiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tohum Hakkı, Gıda Egemenliği, Gıda Hakkı, Köylü Hakları, Fikri Mülkiyet.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 02.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 27.10.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169998.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / İstanbul-Türkiye.
E-posta: eymiralbal@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5212-764X>.



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

RIGHT TO SEEDS OF PEASANTS AND OTHER PERSONS WORKING IN RURAL AREAS UNDER THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

In 2018, the United Nations (UN) General Assembly adopted the UN Declaration on the Rights of Peasants and Other Rural Workers. In the declaration, the existing civil, political, social, economic and cultural rights of peasants and other people working in rural areas were mentioned and these rights were confirmed within the framework of structural problems in rural areas and by taking into account the special conditions of the group. These are respectively; the right to food sovereignty regulated together with the right to food in article 15, the right to land regulated in article 17 and the right to seeds regulated in article 19.

In the process that can be followed from the preparatory work of the Declaration, most states pointed out right to seeds may cause conflict with international regulations on intellectual property. In this respect, it was stated that it would be more convenient to evaluate the issue within the scope of UN's specialized bodies such as WIPO or FAO, which can make more appropriate evaluations, rather than discussing it in a human rights document. In order to prevent a possible conflict, it has been proposed to include the relevant provision of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture directly into the declaration. However, the right to seeds is regulated in detail in Article 19 of the Declaration, particularly the right of peasants and rural workers to preserve traditional knowledge relevant to plant genetic resources for food and agriculture, to equitable participation in the sharing of benefits arising from the use of plant genetic resources for food and agriculture; the right to participate in decision-making on matters relating to the conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture; and have the right to save, use, exchange and sell farm-saved seed production and propagating materials.

In the study, first of all, the preparatory work of the Declaration of the Rights of Peasants and Other Rural Persons will be mentioned, and the process leading to the recognition of the peasants as a subject of rights will be discussed in a historical way. Then, the seed issue will be discussed within the framework of international intellectual property law and human rights law, and related regulations will be mentioned. By analyzing the main objections raised in the preparatory work of the Declaration, right to seeds will be evaluated in terms of the relevant regulations in international law. In the conclusion part, the study will be focused on what the recognition of the right to seeds means in terms of the food system and peasant rights in the world.

Keywords

Right to Seeds, Food Sovereignty, Right to Food, Peasant Rights, Intellectual Property.

Extended Abstract

The seed is a living being that symbolizes life all over the world. In almost all cultures, the seed represents the continuity of life and the power of nature. With the agricultural revolution, farmers separated the most productive plants at harvest time and planted the seeds of these plants, so they grew plants that were naturally evolved by the regions they lived in, and preserved biodiversity. They continued this breeding tradition in the first enclosure period when they were excluded from the commons. In a sense, the seed has long been regarded as the common heritage of humanity.

It has been argued within the framework of the rationality of capitalism that most natural resources such as seeds and water, which were previously used as commons, should be handled in the context of the private property institution with the understanding of the tragedy of the commons because the law cannot comprehend the mentality of communal personality. In this context, natural resources have been subject to legal field and science on the basis of their effectiveness.

After the seeds are separated from the farmers and transferred to the laboratory environment, newly produced seed types are protected under intellectual property law. In fact, many seed varieties produced naturally by farmers have been the subject of applications by powerful companies to benefit from intellectual property protection. Adoption of such property legislation, which is claimed to promote economic development, has been recommended to most countries, particularly in the global south, through international financial institutions. These developments have been considered by some authors as the second enclosure movement.

In this context, acceptance of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples became an important cornerstone in international law. With the declaration, the autonomy of indigenous peoples was recognized and in article 31(1), the first regulation in international law regarding the right to seeds was established.

The decision of the Human Rights Council to negotiate a Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas was made possible after more than a decade of work by human rights activists and peasant organizations, particularly La Via Campesina. On 5 December 2018, after a heated deliberation, the UN General Assembly adopted the UN Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas.

In international law, the main regulations that should be applied primarily regarding seeds should be as follows: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, International Convention for the Protection of New Plant Varieties of Plants, International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Convention on Biological Diversity. These texts mainly depict a reconciliation rather than revealing a tension between the state sovereignty and private property. In terms of international legal regulations on seeds, the primary problem can be considered to be the legality of peasants saving seeds after planting seeds that are protected under intellectual property or plant breeder's rights.

In this context, the adopted Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas aims to correct a fundamental imbalance of power in the management of food systems. The second important point defines and protects the category of peasants by attaching fundamental rights to this group identity. Third, it fills critical gaps in rights protection, particularly by affirming the rights of peasants over land, seeds, and natural resources. Finally, the declaration models a holistic approach to food systems management and promotes the right to a healthy environment, and embodies the interconnectedness of human rights and environmental concerns as stated by Narula.

Considering that the state's support of the peasant seeds system in the context of the right to seeds, it is certain that the negative monopoly created by intellectual property can be prevented and this initiative will undoubtedly constitute an important step in terms of the protection of biological diversity. By instrumentalizing this development in the fight against hunger, it could be expected to protect peasants from the pressure of large, agro-industrial farms and make agriculture more resilient to market failures.

I. ÖZEL MÜLKİYET VE DEVLET EGEMENLİĞİ İKİLİĞİNE KARŞI: KÖYLÜ HAKLARI BİLDİRGESİ

A. Tarihsel Arka Plan

19. yüzyıl, hukukun özel mülkiyet ve devlet egemenliği arasında meydana gelen bir uzlaşmaya indirgenmesi sebebiyle, mülkiyet çağı olarak isimlendirilmiştir.¹ İngiltere'de 14. yüzyıldan itibaren önce devlet mülkleri ve ortak (*müşterek*) alanların çevrilmesi (*çitlenmesi*) ile başlayan süreç, kilise mülklerine el konulması ile devam etmiştir. Takiben Parlamento ve toprak soylularının topraklara el koymasının ardından bu süreç yasal zemine kavuşmuştur.² Mülkiyetin (ve onu koruyan hukuk sisteminin) bir ülkenin gelişimi bakımından temel önemde olduğuna ilişkin düşünce, diğer devletleri de ele geçirmiş, çoğu devlet bu batı hukuk düşüncesini benimsemeye zorlanmıştır.³

Özel mülkiyetin, kapitalist ekonominin ve klasik anlamda batı hukukunun temelini oluşturduğu söylenebilir. Nitekim mülkiyetin doğal bir hak olduğuna

¹ Ugo Mattei, Fritjof Capra, *Hukukun Ekolojisi*, (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2017), 117.

² Melek Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, (İstanbul: İletişim, 2022), 21.

³ Ha-Joon Chang, *Kicking Away the Ladder*, (Londra: Anthem Press, 2002), 57, 58.

ilişkin savların⁴, temelde Amerika kıtasının keşfinin ardından yerlilerin topraklarına ve mallarına yönelik el koyma bakımından geliştirilmesi ve Roma hukukunun mülkiyete ilişkin kompleks kavramlarının yardımı neticesinde zenginliğin sürdürülebilir ve geliştirilebilir olduğuna ilişkin inanç, hukukun, kapitalist ekonomi ile yakın ilişkisinin başlangıcını oluşturmaktadır.

Batıda kapitalizm ve hukuk ilişkisindeki süreklilik, Weber'in eserinde de takip edilebilir. *“Ussal biçimde dile gelmiş anayasa, ussal biçimde dile gelmiş hukuk ve ussal biçimde dile gelmiş kurallara ve ‘yasalar’ a bağlı siyasal bir düzenleme anlamında devlet, uzman görevliler tarafından yürütülen, onun özü için gerekli olan öğelerin bu bileşimiyle, başka yerlerde görülen ilk örnekleri hesaba katmazsak, yalnız Batı’da bilinir.”*⁵ Hukuk gibi, kapitalizm de bu ussallığın ürünüdür.

Bu çerçevede hukuk, öznenin metalarla ilişkisine indirgenmiş ve tüm öznelere haklarda eşit kabul etmiştir. Dolayısıyla “herkesin özgür ve eşit doğduğu” ve temel insan haklarına sahip olduğu bir sistem yaratarak, hukukun sabitleyici tavrı, herkesi aynı başlangıç çizgisi üzerinde kabul etmiştir. Var olan eşitsizlikleri görmezden gelecek depolitize eden bu tavır, bu eşitlik söylemine karşı hukuk dilinde karşı argüman geliştirilmesini engellemiştir. Marx, seçme ve seçilme bakımından mülkiyete sahipliğin şart koşulduğu Amerika’da bu koşulun kaldırılmasını kitlelerin mülk sahiplerine karşı zaferi addederek kutlayan Hamilton’ı tam da bu sebeple eleştirmektedir. Bu şekilde özel mülkiyetin göz ardı edilişi, aynı zamanda onu önvarsaymaktadır, zira devlet, eğitim, meslek ya da özel mülkiyetteki farklılıkları özel doğalarıyla geçerli kılmaktadır. Bu durumda hukuk öznesi, *“iktisadi (yaşamsal, dirimsel) zorunluluk ile kurgusal özgürlük arasında bölünen toplumsal ilişkilerin çelişik niteliği”* arasında bocalayacaktır.⁶ Zira hukukun kendisine tanımladığı alan, meta ile olan ilişkisi gereği, kiracı, tüketici, alıcı, tacir, satıcı, borçlu gibi kimliklere hapsolacaktır.

İnsan hakları hukuku, hukukun meta ile özne ilişkisine indirgenmesi hususunda bir sapma teşkil edebilir. Bununla birlikte, insan haklarının ortaya çıkışı, kapitalist düşüncenin desteği ile olmuştur. Kapitalist sınıfın monarşiye karşı hak iddiası, hukuku “doğal haklar” diliyle dönüştürmüştür. Ancak bildirgelerde yer alan söylemler, vaat edilenlerden farklıdır:

“İnsan hakları denenen hakların hiçbirisi, öyleyse, egoist insanın, sivil toplumun üyesi olarak insanın; yani kendi içine kapanmış, kişisel çıkarlarının ve özel kaprislerinin sınırlarına çekilmiş, ve topluluktan ayrılmış bir bireyin ötesine gitmez. İnsan haklarında insan bir cinsil-varlık olarak

⁴ Bununla birlikte Cihanoğlu, Bentham'ın mülkiyetin doğal bir hak olduğuna yönelik eleştirilerini hatırlatarak, mülkiyetin kişinin fayda beklentisinin hukuk eliyle düzenlenmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede mülkiyet doğal bir şey olarak görülemez, yasa yoksa, mülkiyet de yoktur. Hurichan İslamoğlu, *Dünya Tarihi ve Siyaset*, (İstanbul: İletişim, 2021), 158.

⁵ Max Weber, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, (Ankara: Ayraç, 1999), 16.

⁶ Onur Karahanoğulları, Paşukanis ve Sönümlenmecî Hukuk Kuramı, <https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/11/02/pasukanis-sonumlenmecî-hukuk-kuramı/> Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022.

*görülmez, tersine, cinsil-yaşamın kendisi, toplum, bireylere dışsal bir çerçeve olarak, asıl bağımsızlıklarının bir sınırlanması olarak görünür Onları birarada tutan tek bağlantı, doğal gereklilik, gereksinim ve özel çıkar, mülkiyetlerinin ve egoist kişiliklerinin korunmasıdır.”*⁷

Kapitalizmin yükselişi ile birlikte doğan işçi sınıfının mücadeleleri “hak” söylemini etkilemiştir. Her ne kadar bu hakların varlığı bazı devletlerce reddedilse de esasen hakların birliğine ilişkin vurgu, giderek daha fazla kabul edilmektedir. Tarihsel süreçte işçiler, hukuk tarafından bir siyasi özne olarak tanınmış ve haklar dilini dönüştürmüşlerdir. Ancak bu dönüşüm, mevcut sistemin yapısında bir dönüşüme yol açmamıştır. İşçi bir özne olarak tanınmasının yanında emeğini özgürce satan taraf olarak sözleşme özgürlüğünden faydalanmaktadır. Bununla birlikte, bu klasik hak, daha sonra kazanılan sosyal haklar bakımından bir hapsolmayı yansıtır, zira sosyal haklar esasen asgari yaşam standardını korumayı amaçlamaktadır.⁸

Takep eden süreçte ise insan hakları hukuku, kadınlar, çocuklar ve engelliler gibi tarih boyunca objektif şekilde ayırt edilebilen, belirli özellikleri neticesinde ötekileştirilen, hukuki ehliyetleri “eksik” addedilen dezavantajlı gruplara özel olarak eğilerek, hukuken özne olarak kabul edilmeyen bu kimlikler bakımından koruma mekanizmaları geliştirmiştir.

B. Hak Öznesi Olarak Köylüler

Kapitalizm ve hukukun ilişkisinin irdelenmesinde köylülüğün anlaşılmasının önemi yadsınmaz. Kapitalizmin tarihi esasen köylülerin müştereklerden kovulmalarıyla başlamaktadır⁹ Bu kovulmanın sona erdiği ise tartışmalıdır. Zira küresel düzeyde olmasa da çoğu devlet bakımından sermayenin baskısı sonucunda doğal kaynakların metalaştırılması süreci devam etmekte ve doğal olarak bu kaynakların yer aldığı kırsal alandaki bireyler yaşamsal kaynaklardan yoksun bırakılmakta ve yer değiştirmeye (göç) zorlanmaktadır.

Bu yoksun bırakılma, Marx’ın ilkel (ilksel) birikim¹⁰ kavramı ile açıklanabilir. İngiltere tarihi çerçevesinde Marx, toprak bakımından yaptığı değerlendirmede, üreticinin üretim araçlarından ayrılması sürecini ele almaktadır. Topraklarından koparılan -koyunlar tarafından yenilen-¹¹ ve özel mülkiyetin çevrelediği alanlara erişimi engellenen üreticiler, şehirlere gitmiş ve sanayi işçilerine dönüşmüş-

⁷ Karl Marx, *Yahudi Sorunu*, çev. Sol Yayınları Yayın Kurulu, (Ankara: Sol, 1997), 35.

⁸ Samuel Moyn, *Not Enough Human Rights in an Unequal World*, (Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018).

⁹ Ormanlar ve devlet egemenliği bakımından bir değerlendirme için bkz; Joachim Radkau, *Doğa ve İktidar*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2.bs., 2020), 229-240.

¹⁰ Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, 21, 22.

¹¹ Thomas More da bu sanayileşme sürecini eserinde şu şekilde betimlemiştir: “Bütün İngiltere’yi saran koyun sürüleri. Başka yerlerde o kadar tatlı, o kadar tokgözlü olan bu hayvanlar sizin memleketinizde öyle açgözlü, öyle doymak bilmez olmuşlar ki insanları bile yiyorlar, kırları, köyleri, evleri silip süpürüyorlar.” Thomas More, *Ütopya*, (Ankara: Kaynak, 2000), 75.

lerdir.¹² Bu kavrama ilişkin yazında, bir kısım araştırmacı bu gelişmenin tarihte belirli bir döneme tekabül ettiğini ileri sürmekte, diğer bir kısım ise bu birikimin süreklilik arz eden ve tarihsel süreçte farklı mekanizmalar ile üretim ilişkilerinin devamlılığını sağlayan kavramsal bir çerçeve olduğunu iddia etmektedirler.¹³

Bu çerçevede hukuk ise kilit bir rolü üstlenmektedir. Bu doğrultuda ilkel birikimin sürekliliği savunucuları, bu sürecin “*kapitalizm öncesi kültürel ve toplumsal yapıların yok edilmesi ve elekten geçirilmesini de*”¹⁴ gerektirdiğini ifade etmektedirler. Gerçekten de günümüzde hukuk eliyle su, genetik kaynaklar, bilgi gibi daha önce mülkiyetin konusunu oluşturmayan kaynaklar birer meta haline gelmiştir.

Bu kaynaklara sahiplik eden doğa ile insan ilişkileri, devlet ve sermayenin eliyle durmadan yaratılan yapay ihtiyaçlar çerçevesinde bir baskıya tabi tutulacaktır. Teknolojinin desteğiyle doğa “kendiliğinden”liğini kaybedecek ya da bu “kendiliğinden”lik mülkiyetin konusunu oluşturmayarak, Locke’un yüzyıllar önce ileri sürdüğü gibi herkesin emeği ile dönüştürerek üretim aracı haline getirebileceği bir meta halini alacaktır.¹⁵ Bu kendiliğindenlik gelişmekte olan “egzotik” ülkelere ait biyolojik çeşitlilik (biyoçeşitlilik) zenginliği addedilerek, yine kapitalist ussallığa sahip bireylerin/kurumların emeği ile dönüştürülerek herkesin faydasına sunulacak, kaynakların yeterince gelişmemiş bölgelerde israfı engellenerek, bunun koşulu olarak da mülkiyet yalnızca bu ussallığa mazhar bir hukuki nişan olacaktır. Bu kaynaklar daha önce yerlilerin toprağıyken ve hukuken bu toprak üzerindeki egemenlik, mülkiyet ile korunmaya çalışılmışken, günümüzde bu kaynaklar yine doğallık niteliğini kaybetmeksizin çeşitlenmiş, ancak söz konusu koruma bu kez fikri mülkiyet kurumu ile sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁶

¹² Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, 37.

¹³ Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, 45.

¹⁴ David Harvey, *Yeni Emperyalizm*, çev. Hür Güldü, (İstanbul: Everest, 2004), 121.

¹⁵ John Locke, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, çev. Aysel Doğan, (İzmir: İlyayayınevi, 2000), 46-61. Bu sürece bazı yazarlarca biyokorsanlık ismi verilmektedir. Söz konusu kavram, ticari bir varlığın, kamuya açık alanda bulunan gelişmekte olan devletlere veya yerli topluluklara ait olduğu düşünülen bitki genleri ve bitki çeşitleri de dahil olmak üzere, biyolojik kaynaklar üzerinde fikri mülkiyet koruması talep ettiği herhangi bir eylemi tanımlamak için kullanılır. Türkiye topraklarında renkli havuç üretiminin devamı sayesinde var olan mor havuca yönelik biyokorsanlık gerçekleştiğine dair, bkz; Türkiye Kaynaklı Mor Havuçta Biyolojik Korsanlık, Erişim Tarihi: Temmuz 5 2022. <https://www.biyologlar.com/turkiye-kaynakli-mor-havucta-biyolojik-korsanlik>.

¹⁶ Fikri mülkiyet haklarının gıda ve tarım alanında aşamalı olarak tanıtılması, çiftçilerin geleneksel çeşitlerinin tohumları gibi müşterek kaynakların özelleştirilmesine yol açmıştır. Bu çerçevede daha önceki tarihsel seyre benzer şekilde, çiftçilerin kendi tohumlarını biriktirmelerini ve kullanmalarını yasaklayan veya bu kullanımı “*a-legal*” bir uygulamaya dönüştüren tohum çevirme biçimleri kendini göstermiştir. Maywa Montenegro De Wit, “Stealing into the Wild: Conservation Science, Plant Breeding and the Makings of New Seed Enclosures”, *Journal of Peasant Studies*, C. 44, S. 1, (2017), 169-212, 169. Ayrıca bkz; Carys Hughes, “Action Between the Legal and the Illegal: A-Legality as a Political-Legal Strategy”, *Social & Legal Studies*, C. 28, S. 4, (2018): 470-492.

Kırsalın hala önem arz ettiği ve halkının çoğunun tarım sektöründe çalıştığı devletler bakımından bu çevrilmenin etkileri oldukça yıkıcı olmuştur. Çoğu ülkede yalnızca kendilerini besleyen köylüler, daha sonra kapitalist ekonomiye entegre olarak şehirleri beslemeye başlamışlardır. Her ne kadar köylülüğün yok olduğu ya da dönüşerek bildiğimiz anlamıyla ortadan kalktığı belirtilse de küçük ölçekli çiftçilerin yediğimiz gıdanın %70'ini ürettiği belirtilmektedir.¹⁷ Bunun yanında kırsalın halihazırda sistematik eşitsizliklerin ve hak ihlallerin yoğun olarak yaşandığı bölgeler olduğu göz önüne alındığında, köylülüğe özel bir dikkat gösterilmesi gerekliliği doğmaktadır.

Bahsedilen “yıkıcılık”, hukukun, bir meta mübadelesi ilişkisine girmeyen köylüleri göz ardı etmesinin hikayesidir.¹⁸ Yukarıda tarihsel arka planı aktarılan süreçte, köylüler, bir siyasi özne olarak tanınmamış, çoğu devlette kendileri ile ancak kırsalın romantize edilmesi sayesinde ve/ya onlarla seçim dönemlerinde oy pazarlığı bağlamında ilişki kurulmuştur. Köylülüğün tasfiyesi ile birlikte¹⁹, gelişmekte olan ülkeler bakımından kalkınmanın tam anlamıyla gerçekleşeceği düşünülmüş, tarımın ekonomide sahip olduğu rol yalnızca ekonomik getiri temelinde değerlendirilmiştir. Ülkelerdeki yoksulluk da kırsal ile özdeşleştirilerek, bu yoksulluğun yapısal nedenleri göz ardı edilmiştir. Yoksulluk, açlık ve kırsal kalkınma çerçevesinde ilerleyen tartışmalar, 1950 ve 70’li yıllarda yoğunlaşmıştır.²⁰ Bu çerçevede aşamalı modernleşme -az gelişmiş ülkelerin kalkınmasını öncelikle

¹⁷ Bu analiz ve daha ayrıntılı istatistikler için bkz; Who Will Feed Us? The Industrial Food Chain vs. The Peasant Food Web, 3.bs., 2017, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/files/etc-whoillfeedus-english-webshare.pdf>. Ancak son zamanlarda yayınlanan iki akademik çalışma, 70’lik yüzyılda ters düşecek sonuçlara ulaşmıştır. Bu çalışmalar, küçük ölçekli çiftçilerin katkısının gıda arzının sadece %30’una yakın olduğunu iddia etmektedir. Diğer bir makale ise benzer şekilde küçük ölçekli çiftçilerin küresel gıda kaynaklarının yalnızca %35’ine katkıda bulunduğu sonucuna varmaktadır. Bir grup sivil toplum örgütü, FAO’ya ilettikleri mektupta, bu çalışmaların bulgularına karşı çıkmaktadır. Sırasıyla bkz. Vincent Ricciardi, vd., “How much of our world’s food do smallholders produce?”, *Global Food Security*, C. 17, (2018), 64-72. Sarah K. Lowder, vd., “Which farms feed the world and has farmland become more concentrated?”, *World Development*, C. 142, (2021), 1-18. Ayrıca bkz; Small-Scale Farmers and Peasants Still Feed the World, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://www.etcgroup.org/files/files/31-01-2022_small-scale_farmers_and_peasants_still_feed_the_world.pdf.

¹⁸ Bu alıntı köylü ve hukukun ilişkisini resmetmektedir: “Köylünün dışarıdan gelenlere karşı bitmek bilmeyen şüphesizliğinin haklı gerekçelerinden biri, yabancı bir hukukun ve onun temsilcilerinin kendi dünyasına bulunduğu yıkıcı tacizlerdir. Radikal biri olmaktan çok uzak olan Adolphe Blanqui, kırsal nüfusun başındaki gerçek musibetin hukukçular olduğunu söylüyordu. Belli ki kırsal nüfus da aynı fikirdeydi. Limousin’de çiftçilerin akşam duaları ‘Bizi tüm fenalıklardan ve adaletten koru’ sözünü de içerirdi. Aynı deyiş Charente’da 1930’larda da varlığını sürdürüyordu: ‘Tanrım, bizi beladan ve adaletten koru!’; Eugen Weber, Köylülerden Fransızlara, çev. Çağdaş Sümer, (Ankara: Heretik, 2017), 93.

¹⁹ Tarımdan kopuş - *deagrarianization* - için bkz; Çağlar Keyder, Zafer Yenal, *Bildiğimiz Tarımın Sonu - Küresel İktidar ve Köylülük*, (İstanbul: İletişim, 3.bs., 2015), 91-98.

²⁰ Hobsbawm, “Bu yüzyılın ikinci yarısında meydana gelen en dramatik ve uzun erimli ve bizi geçmişin dünyasından koparan toplumsal değişim köylülüğün ölümüdür” diye belirtmektedir. Eric Hobsbawm, *Kısa 20. Yüzyıl 1914-1991*, çev. Yavuz Alogan, (İstanbul: Sarmal, 1996), 336.

tarımda makineleşme sürecini tamamlayarak, sanayi ürünlerini ithal etmelerini ve tarımsal ihracatlarını arttırmaları çerçevesinde ele alan- ve kapitalist ilişkileri merkeze alan yeşil devrim olarak addedilen süreç, kalkınmanın önündeki temel engelin, geleneksel kültürel değerler ve toprak yapılanması olduğunu iddia etmiştir.²¹

Tarım sorunu bakımından ileri sürülen bu çözüm önerileri, uluslararası hukuk eliyle uluslararası finansal kuruluşların politikaları çerçevesinde de dikte edilmiştir. Kalkınma politikaları çerçevesinde, Dünya Bankası yapısal uyum programları ile tarıma verilen desteğin azaltılması, çiftçilere girdi desteği yerine fiyat desteği sağlanması gibi uygulamalar ile bir anlamda üretimi azaltıcı politikaları teşvik etmiştir.²² 1995'te Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) düzenlemelerinin kabulü ve Tarım Antlaşması'nın pazara giriş, ihracat sübvansiyonları ve iç destekler hususundaki katı kuralları ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS) kabulü ile birlikte,²³ köylü ve kırsalda yaşayan insanların tarımla ilgili karar süreçlerine katılımı engellenirken, tarıma yönelik destek ciddi anlamda azalmış, doğal kaynaklar üzerindeki tasarrufları ciddi anlamda zarar görmüştür.²⁴

Daha öncesinde kullanımı müşterek olan çoğu doğal kaynağın, müştereklerin trajedisi anlayışı ile mülkiyet kurumu bağlamında ele alınması gerekliliği kapitalizmin ussallığı çerçevesinde ileri sürülmüş, hukukun, aksi bir komünal kişiliği idrak edemeyeceği belirtilmiştir: “*Ne de onun [hukukun] kategorileri, avcı-toplayıcı halkların komünal pratiklerine cevap verebilir.*”²⁵ Çoğu araştırmacının bu noktada savunduğu da insan hakları hukukunun farklı bir tutum benimsemediğidir; nitekim bu hukuk rejimi de uzun süre kapitalist ekonomi ile yakın ilişkisi gereği eleştirilmiş ve yukarıda Marx'ın belirttiği gibi, belirli öznelere çıkarları temelinde irdelenmiştir. Bununla birlikte, yüzyıllar önce yine hukuk eli ile topraklarından uzaklaştırılmaya başlanan yerlilerin hakları, 2008 yılında BM

²¹ Oya Köymen, *Kapitalizm ve Köylülük*, (İstanbul: Yordam, 2008), 94.

²² “Ekonomik çiftçilik” veya “düşük dış girdili tarım” ifadeleri, tarımın günümüzdeki konumlandırılışına bir yanıt olarak okunabilir; Jan Douwe van der Ploeg, *The New Peasantries*, (Londra: Earthscan, 2008), 278.

²³ Devletin tohum ve diğer tarım girdilerinin üretimini ve ticaretini düzenlemeleri bakımından yapılan bir araştırmada uluslararası pazara girişin en keskin yaşandığı ülkenin Türkiye olduğu belirtilmiştir; David Gisselquit, John Nash ve Carl Pray, “Deregulating the Transfer of Agricultural Technology: Lessons from Bangladesh, India, Turkey, and Zimbabwe”, *The World Bank Research Observer*, C. 17, S. 2, (2002): 237-265'den nakleden Keyder, Yenal, *Bildiğimiz Tarımın Sonu*, 66.

²⁴ Nitekim hukuk eliyle Türkiye'de kamu malı toprakların ne şekilde özel mülkiyetin konusu haline getirildiği ve bu kapsamda devlet iktidarının yeniden üretimine ilişkin olarak bkz. Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, 133-192.

²⁵ Bu bakımdan Scott'ın köylülerin sisteminin bir hak örüntüsüne sahip olduğunu belirtmesi ilgi çekicidir. Köylülerin geçime ilişkin bir sosyal hak anlayışları olduğunu belirtmektedir. Karş, E. P., Thompson, *Avam ve Görenek*, çev. Uygur Kocabaşoğlu, (İstanbul: İletişim, 2006), 433, 434.

bünyesinde Yerli Halkların Hakları Bildirgesi ile tanınmıştır.²⁶ Dolayısıyla hukukun artık hukuk dışı görülen bu tür komünal kişilikleri tanıma yolunda adım attığı söylenebilecektir; ancak bunu mevcut insan hakları dilini dönüştürüp belirli bakımlardan tekrar kurarak yaptığı gözden kaçırılmamalıdır.²⁷

Bildirge ile birlikte yerli hakların 4. maddede otonomileri tanınmış, 10. maddede toprakları ve arazilerinden zorla uzaklaştırılmayacakları belirtilmiş, topraklarından uzaklaştırılmalarının ancak gerekli bilgilere sahip olarak özgürce verecekleri ön onay ile (*free informed prior consent*) mümkün olacağı ifade edilmiştir. Yine 26. madde “*Yerli halk geleneksel olarak sahip oldukları, işgal ettikleri veya başka bir şekilde kullandıkları ya da elde ettikleri arazi, toprak ve kaynaklara sahip olma hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Nitekim içtihat dünyasında da bu gelişmelerin neticesinde bir dönüşümün varlığı tespit edilebilir: Bölgesel düzeyde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Awas Tingni* davasında 2001 yılında verdiği karar, “*yerli halkların talepleri ve bunun insan haklarının genel uygulanabilirlik ilkeleriyle bağlantısı etrafında normatif inşa sürecinde bir dönüm noktası*” oluşturmuştur. Amerikalılar arası insan hakları sistemi içindeki modern yerli hakları söyleminin kesin varsayımına işaret eden *Awas Tingni* kararının emsal niteliği, Mahkemenin, yerli halkların geleneksel toprak tasarruflarının, genel olarak özel mülkiyeti koruyan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 21. maddesinde yer aldığı şekliyle mülk oluşturduğunu kabulünden kaynaklanmaktadır.²⁸ Bu her ne kadar yeni bir dil yaratmak yerine var olan dili dönüştürmek olarak okunabilirse de kararın stratejik niteliği tartışılmazdır.

Bu kolektif hakların, mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi ise hukukunun statik olmayan yapısına işaret etmektedir. Zira bu gelişmeler doğrultusunda huku-

²⁶ Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) - https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C169,/Document.

Türkçe çeviri için bkz.; Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf.

31(1). maddede, tohum hakkına ilişkin uluslararası hukuktaki ilk düzenleme yer almaktadır; “*Yerli halklar, insan ve genetik kaynaklar, tohum, ilaç, hayvan ve bitki örtüsü, sözlü gelenekleri, edebiyatları, tasarımı, spor ve geleneksel oyunları ve görsel ve sahne sanatları dahil olmak üzere bilim, teknoloji ve kültürlerinin dışavurumunun yanı sıra kültürel mirasları, geleneksel bilgileri ve geleneksel kültürel kendini ifade yöntemlerini korumak, kollamak, kontrol etmek ve geliştirmek hakkına sahiptir.*”

²⁷ Bu bakımdan Köylü Hakları Bildirgesinde de görülen, bu dilin yankılarıdır. Örneğin, mülkiyet hakkı bildirgede yer almayıp toprak hakkı düzenlenmiştir, gıda hakkı bildirgede esasen gıda egemenliği hakkı olarak değerlendirilmiştir; Corina Heri, “The Human Right to Land, for Peasants and for All: Tracing the Social Function of Property to 1948”, *Human Rights Law Review*, C. 20, (2020), 433-452, 450, 451.

²⁸ S James Anaya, Luis Rodríguez-Piñero, “The UNDRIP’s Relationship to Existing International Law”, Ch. 2 The Making of the UNDRIP, ed. Jesie Hohmann, Marc Weller, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Commentary*, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199673223.001.0001/law-9780199673223-chapter-3>.

kun bir üst yapı kurumu olarak görülmesi mümkün değildir; bir diğer deyişle Cihanoğlu'nun da ifade ettiği üzere hukuk, “toplumda ya da ekonomide belirlenen güç dengelerinin, çıkarların bir yansıması değildir”, bu güçlerin mücadele ettiği bir sahadır.²⁹ Bu anlayış doğrultusunda köylü örgütleri, insan hakları söyleminin her zaman ötekileştiren değil, belirli noktalarda grupları güçlendiren bir işleve sahip olduğunun farkına varmıştır.

İnsan Hakları Konseyi'nin köylülerin ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanların haklarına ilişkin bir Bildirge'yi müzakere etme kararı, insan hakları savunucuları ve köylü örgütlerinin, özellikle La Via Campesina'nın on yıldan fazla süren çalışmalarının sonucunda mümkün olmuştur.³⁰ Konunun görüşülmesine yönelik baskılar, La Via Campesina'nın 2008'de kendi bildirgesini kabul etmesinden sonra artmıştır.³¹ İnsan Hakları Konseyi, 2010 yılında Danışma Komitesine konuyu

²⁹ Cihanoğlu, *Dünya Tarihi ve Siyaset*, 190. Nitekim BM düzleminde insan hakları belgelerinin kodifikasyonu giderek sivil toplumun katılımının arttığı bir düzlemde gerçekleşmektedir. Bunun ilk örneklerinden yerli halkların hakları bildirgesi, yerli halkların doğrudan katılımı ile tamamlanmış ve bu katılım sürecinin tüm aşamalarında yadsınamaz bir itici güç olmuştur. Bu uygulama, sivil toplum kuruluşlarının insan hakları organlarına katılımına ilişkin geleneksel kuralların değiştirilmesine fiilen katkıda bulunmuş, sonraki müzakereler için bir emsal haline gelmiştir. Jessie Hohmann, Marc Weller, “Introduction”, ed. Jessie Hohmann, Marc Weller, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Commentary*, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199673223.001.0001/law-9780199673223-chapter-21>.

³⁰ Bildirge'de yer alan sorunların çok uzun zamandır farklı kanallarla dile getirildiği gözlemlenebilir. Örneğin bkz: 1979 tarihli “Köylüler Şartı- *Peasants' Charter*”; Eloisa Cristiani, Giuliana Strambi, “Farming Models and Peasants' Rights”, *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights*, ed. Mariagrazia Alabrese, Adriana Bessa, Margherita Brunori, Pier Filippo Giuggioli, Londra: Routledge, 2022, 177-187, 178.

³¹ İnsan hakları söyleminin, neoliberalizm ile barındırdığı yakın ilişki çerçevesinde, köylülerin ve kırsalda çalışanların taleplerinin hak olarak ileri sürülmesinin doğru olup olmadığı tartışması ilgi çekicidir. Nitekim Claves çalışmasında insan hakları söylemi kullanmanın önemli faydaları olduğunun altını çizmiştir; bu söylemi kullanmak, talepleri doğası itibarıyla evrensel ve yasal haklara dönüştürmektedir. Yine haklar, aktivistler tarafından adil ve adil olmayan arasındaki sınırları yeniden tanımlamak amacıyla kullanılabilir. Bu doğrultuda hak söylemi, farklı ideolojik, politik veya kültürel referanslara sahip ve farklı coğrafi bağlamlara ait olan hareketlerin birliğini sağlar. Bu söylemi benimseyen hareketler bakımından olumsuz etkiler ise insan hakları söyleminin nihayetinde bireyselleştirici ve batılı bir anlayışa sahip olması ve dolayısıyla kişileri kendi yerel kültürel anlayışlarından uzaklaştırabileceğidir. Bir diğer husus, sosyal hakların tam anlamıyla batılı insan hakları anlayışında benimsenmemiş olması ve kolaylıkla göz ardı edilmesidir. Yine sosyal haklar bakımından, insan haklarının yalnızca minimumu öngördüğü, ancak dünyada var olan eşitsizliği önleyecek araçlara sahip olmadığı belirtilmektedir. Bu çerçevede sosyal haklar, bireyleri pasif özneler olarak ele alarak, hayatlarını idame ettirecek asgarileri sağlamayı devlete yüklemiştir. Son olarak insan hakları hukuku esasen devlet ile yurttaş arasında dikey bir yapılanmaya sahip olarak, yukarıdan aşağıya tatbik edilmektedir; bu bakımdan yurttaş statüsünü haiz olmayan kişilerin hakları bakımından bir dil oluşturulması ya da devlet dışı aktörlerin sorumluluklarına ve ihlallerine karşı bir cevap geliştirilmesi oldukça zordur. Bu doğrultuda söylenebilir ki insan hakları söyleminin bu sınırlı çerçevesi, politik sistemi yoksullaştırabilir. Özellikle taleplerin hukuki bir dile çevrilmesi gereken alanlarda, yalnızca hukukçuların anlayabileceği bir çerçevede ileri sürülmesi, madunların sessizliğine katkı sunma riskini içinde taşır; Priscilla Claeys, *Human Rights and the Food Sovereignty Movement*, (Abingdon: Routledge, 2015), 83-87. Bu bağlamda La Via Campesina hareketinin oldukça zor bir görevin altından kalktığı söylenebilir, zira kendileri, insan haklarını bir direniş aracı olarak kullanarak, bu söylemin evrenselliği, birlik yaratımı, farklı gruplar için bir re-

inceleme talimatı vermiş, Danışma Komitesi, bir taslak bildirme de dahil olmak üzere son çalışmasını Mart 2012’de sunmuştur. Aynı yıl, Konsey hükümetler arası çalışma grubu oluşturmuş ve bu gruptan “Kırsal alanlarda çalışan köylülerin ve diğer insanların haklarına ilişkin bir Bildirme” taslağı hazırlamasını istemiştir. 5 Aralık 2018’de, hararetli tartışmalar ve müzakerelerin ardından BM Genel Kurulu, BM Köylülerin ve Kırsal Alanlarda Çalışan Diğer Kişilerin Hakları Bildirgesi’ni (UNDROP) kabul etmiştir.³²

Bildirme’nin hazırlanmasından önce, dönemin Gıda hakkı BM Özel Rapor-törü Olivier De Schutter, 2008 yılında göreve başladığı andan itibaren, köylülerin ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanların küresel gıda krizinin etkilerinden korunmaya ihtiyaçları olduğunu vurgulamıştır.³³ Danışma Komitesi de gıda hakkı bağlamında gerçekleştirilen çalışmaları, gıda hakkının, her şeyden önce, onurlu bir şekilde kişinin kendini besleme hakkı olduğunu ifade ederek, gıda hakkının onurlu yaşam için korunmasız ve ayrımcılığa uğrayan grupların kırsal alanlarda toprağa, küçük ölçekli sulamaya, tohumlara, krediye, teknolojiye, yerel ve bölgesel pazarlara, geleneksel balıkçılık alanlarına, yeterli gelire, sosyal güvenlik ve sosyal yardıma erişim haklarını da içerdiğini ifade etmiştir.³⁴

ferans noktası yaratması ve meşruluk sağlaması gibi özellikleri çerçevesinde, insan hakları normlarının oluşturulmasındaki dikey yönelim yerine, tabandan insan haklarını yeniden icat etmeye kalkışmışlar ve başarılı olmuşlardır. Marc Edelman, Saturnino M. Borras, Jr., *Political Dynamics of Transnational Agrarian Movements*, (Halifax, NS: Fernwood Publishing, 2016)’dan nakleden Priscilla Claeys, Marc Edelman, “The United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas”, *The Journal of Peasant Studies*, C. 47, S. 1., (2020), 1-68, 9. Bildirgenin üçüncü dünya ülkelerinin kodifikasyondaki rolüne ilişkin devrimci niteliği bakımından, ayrıca bkz.; Gradoni, Pasquet, *Voice under Domination...*, 39-63.

³² La Via Campesina’nın 2008 yılında, küresel gıda krizinin yükseldiği dönemde kabul ettiği bildirme, Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirgesi’nin sistematigini benimsemiştir. Christophe Golay, *Negotiation of a United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, 2015, 10, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPeasants/Session2/ChristopheGolay.pdf>.

³³ Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter (on building resilience: a human rights framework for world food and nutrition security), A/HRC/9/23, 8, par.5, Erişim Tarihi: Ağustos 17 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/636785?ln=en>.

³⁴ Preliminary study of the Human Rights Council Advisory Committee on discrimination in the context of the right to food, A/HRC/13/32, par. 5, Erişim Tarihi: Ağustos 17 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/677605>.

Söz konusu çalışmada, açlığa maruz kalan bireylerin yüzde 50’sinin, geçimlerini büyük ölçüde veya kısmen tarımdan sağlayan, ancak toprak, su ve tohum gibi üretim kaynaklarına erişemeyen küçük ölçekli çiftçiler olduğu belirtilmiştir. Bu kişilerin yüzde 20’si, kiracı çiftçiler veya düşük ücretli tarım işçileri olarak hayatını idame ettiren ve çoğu zaman kayıt dışı şekilde bir işten diğerine göç etmek zorunda kalan topraksız ailelerdir; par. 21. Takip eden çalışmalar ve bu veriler çerçevesinde Danışma Komitesi, yeni bir yasal düzenlemenin kırsal alanlarda çalışan insanlar bakımından oluşturulmasını önermiştir. Final study of the Human Rights Council Advisory Committee on the advancement of the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/19/75, Par. 72, Erişim Tarihi: Temmuz 14, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/108/03/PDF/G1210803.pdf?OpenElement>.

Bununla birlikte, tüm devletler, böyle bir bildirgenin yasallığı ve gerekliliği hususunda hemfikir değillerdi. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri, köylülerin sorunlarını oldukça ciddiye aldığı belirtilmiş, bununla birlikte, İnsan Hakları Konseyi ve yardımcı organlarının bu konuların tartışılması bakımından uygun merci olmadıklarını ifade etmiştir.³⁵ Diğer eleştiri noktası ise söz konusu bildirgenin toplumsal düzlemde bir grubu ayırmakta olması ve bu gruba özel haklar tayin etmesidir.³⁶ Son olarak, kolektif haklar yaratılmasının insan hakları hukukuna uygun olmadığını belirtmişlerdir.³⁷ BM Çalışma Grubu'nun bir köylü hakları bildirgesi taslağı hazırlamak için yaptığı son oturumda, Avrupa Birliği temsilcisi ise yalnızca kırsal alanlarda yaşayan ve çalışan kişilere uygulanabilecek yeni hakların yaratılmasının, hakların evrenselliğini baltalayacağını savunmuştur.³⁸

Çalışmada kısaca Köylü Hakları Bildirgesi olarak anılan düzenleme, genel olarak, Narula'nın ifade ettiği üzere gıda sistemlerinin yönetimindeki temel bir güç dengesizliğini düzeltmeyi amaçlamaktadır. İkinci önemli husus, bu grup kimliğine temel haklar bağlayarak köylüler kategorisini betimlemekte³⁹ ve koruma altına almaktadır. Üçüncüsü, özellikle köylülerin toprak, tohum ve doğal kaynaklar üzerindeki haklarını onaylayarak hakların korunmasındaki kritik boşlukları doldurmaktadır. Son olarak bildirme, gıda sistemleri yönetimine bütünsel bir yaklaşım modelleyerek ve sağlıklı bir çevre hakkını yüceltir ve insan hakları ile çevresel kaygıların birbirine bağlılığını somutlaştırır.⁴⁰

³⁵ WIPO ya da FAO gibi kurumların, bu sorunların tartışılması ve çözümü bakımından daha uygun yerler olduğu dile getirilmiştir: Hans Morten Haugen, "The UN Declaration on Peasants' Rights (UNDROP): Is Article 19 on seed rights adequately balancing intellectual property rights and the right to food?" *The Journal of World Intellectual Property*, C. 23, S.3-4, (2020): 288-309, 289.

³⁶ "Gruba özgü insan haklarının tanınmasını sıfır toplamlı bir oyun olarak sunmak, insan hakları hukukuna ilişkin oldukça muhafazakar ve statik bir anlayışı sahiplenir."; Corina Heri, "Justifying New Rights: Affectedness, Vulnerability, and the Rights of Peasants", *German Law Journal*, C. 21, (2020): 702-720, 718.

³⁷ Report of the open-ended intergovernmental working group on a United Nations declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/39/67, par. 34, 35, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/212/52/PDF/G1821252.pdf?OpenElement>.

³⁸ Evrensellik argümanının yanı sıra bazı devletleri rahatsız eden en önemli faktörlerden biri de, çoğu insan hakları belgesinin aksine, bildirgenin, üretim ilişkileri ve piyasa yapıları alanına derinlemesine etki etmesidir; Gradoni, Pasquet, "Voice under Domination: The UN Declaration on the Rights of Peasants", 41.

³⁹ Bildirgedeki köylü tanımı şu şekildedir: "Bu bildirgenin amaçları çerçevesinde, köylü; tek başına veya diğerleriyle birlikte veya bir topluluk olarak, asgari geçim ve/veya pazar için küçük ölçekli tarım üretimiyle iştigal eden veya etmeyi amaçlayan, münhasır şekilde olmasa da önemli ölçüde aile veya ev içi iş gücüne ve üzerinden para kazanılmayan diğer emeği organize etme biçimlerine dayanan, toprağa özel bir bağımlılığı ve bağlılığı olan herhangi bir kişi anlamına gelir."

⁴⁰ Smita Narula, "Peasants' Rights and Food Systems Governance", *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights*, ed. Mariagrazia Alabrese, Adriana Bessa, Margherita Brunori, Pier Filippo Giuggioli, Londra: Routledge, 2022, 151-164, 156.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA TOHUMA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Tohum, tüm dünyada yaşamı simgeleyen canlı bir varlıktır. Neredeyse tüm kültürlerde tohum, yaşamın sürekliliğini ve doğanın kudretini temsil etmektedir. Tarım devrimi ile birlikte çiftçiler hasat zamanı en verimli bitkileri ayırıştırarak bu bitkilerin tohumlarını ekmişler, böylece yaşadıkları coğrafyalarda doğal yollarla buldukları bölgelerin evrimleştiği bitkiler yetiştirmişler ve biyolojik çeşitliliği korumuşlardır. Bu ıslahçılık geleneğini, topraklarının çevrenin ardından üretim araçlarından dışlandıkları dönemde de devam ettirmişlerdir. Bir anlamda, tohum, uzun süre, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir.

Teknoloji devrimi ile birlikte genetik biliminde ilerlemenin sağlanması, ıslahçılığın profesyonelleşmesi ve çiftçilikten ayrılarak laboratuvar ortamına geçmesi, çiftçilerin geleneksel şekilde tohum biriktirdiği, değiştirdiği ve sattığı çiftçi tohum sistemlerinin yanı sıra ticari bir tohum sisteminin ortaya çıkmasına yol açmıştır.⁴¹ Zenginlik kaynağının toprak mülkiyetinden bilgi -fikri- mülkiyetine geçmesi ile bitki ıslahında araştırma ve yeniliği teşvik etmenin bir yolu olarak, fikri mülkiyet kurumu aracılığıyla bitki ıslahçılarına ve patent sahiplerine geçici tekel ayrıcalıkları verilmiştir. Yeşil devrimin yol açtığı yüksek girdili tarımın (yoğun makine ve kimyasalın kullanıldığı) yaygınlaşması ile birlikte, bir bağımlılık ilişkisi kurulmuş ve bu bağımlılık ilişkisi köylüleri kapitalizmin şoklarına maruz bırakmıştır. Özel sektör liderliğindeki araştırmalar, gelişmekte olan ülkelerdeki yoksul çiftçilerin ihtiyaçlarını göz ardı etmiş ve sanayileşmiş ülkelerdeki çiftçilerin ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmıştır.⁴² Son olarak, ticari çeşitlerin yayılmasının teşvik ettiği tek tipleşme ve tüketicilerin taleplerine mahkumiyet, tarımsal biyolojik çeşitliliği de tehdit etmiş, birçok çeşidin yitimine sebep olmuştur.

Tüm bu sorunlar, uluslararası anlamda topluluklar arasında ve ulusal düzlemde kır ve kent arasındaki eşitsizliklere daha dikkatle eğilmesini gerektirmektedir. Nitekim son dönemde tüm dünyada etkileri hissedilen gıda krizi, gıda rejimindeki yapısal sorunların daha dikkatle göz önüne alınması gerektiğini işaret etmektedir. Bu sebeple köylü hakları bildirgesinden önce, tohum ile ilişkili uluslararası hukuktaki diğer hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴¹ Eric Holt-Gimenez, *A Foodie's Guide to Capitalism*, (Monthly Review Press, Food First Books, 2017), 53. Çiftçilerin tohum sistemleri, biyoçeşitliliğin uzun süredir sürekli olarak yenilenmesi ve tohumların ve bilginin halklar arasında özgürce dağıtılmasıyla tanımlanır; Fakhri report, par. 6.

⁴² *1940'lardan bu yana, uluslararası tarımsal araştırma merkezleri, Rockefeller Vakfı veya Ford Vakfı gibi grupların finansmanıyla, özellikle yeni yüksek ıslah çeşitleri (high-breeding varieties) geliştirmiştir. Bu çeşitler esas olarak ticari olmayan kamu programlarında geliştirilmiş ve 1960'lı ve 70'li yıllarda tahıl veriminin artırılmasına ve açlıkla mücadelede önemli katkılarda bulunmuştur. Bununla birlikte, bu yüksek verimli çeşitlere, pestisit ve gübrelerin ticari kullanımında hızlı bir küresel artış eşlik etmiştir. 1980'lerde bazı şirketler sistematik olarak genetik mühendisliğe yatırım yapmaya başladılar. İlk kez, genetik modifikasyonlar ve izole edilmiş genetik bilgiler üzerine münhasır patentler, diğerlerinin bitki ıslahında belirli genetik özellikleri kullanmasını engellemeyi mümkün kıldı.* Bkz; *Seeds and Patents on Life*, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. <https://www.globalagriculture.org/report-topics/seeds-and-patents-on-life.html>.

A. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

İlgili Sözleşme'nin fikri mülkiyete ve bilime erişimle ilgili düzenlemesi, tohumla ilişkin düzenlemelerin çatısını oluşturabilecek, yol gösterici bir maddedir. Sözleşme'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında yer alan b ve c bentleri bu bakımdan zikredilmelidir: *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese; [...] b- Bilimin gelişme ve uygulanmasının sağladığı olanaklardan yararlanma” [...] hakkını tanıır.”*

Maddenin b bendinin gelişme ve uygulamaya birlikte vurgu yaparak, bilimin tanıdığı yeni olanaklara ilişkin bilgiye, aynı zamanda da bu bilginin somut görünümüne / çıktılara erişmeyi de kapsamakta olduğu belirtilebilir.⁴³ Bir diğer deyişle, bilimsel bilginin yanında “yararlanma” ifadesinden ilk anlaşılması gereken, aşılarda, gübreler gibi bilimsel araştırma uygulamalarının bulgularıdır.⁴⁴ Aynı zamanda, söz konusu bendin bazı haklar arasında arabuluculuk yapabildiği belirtilmiştir; zira Covid 19 aşısı bakımından da oldukça tartışıldığı üzere, bireylerin sağlık hakkı ile geliştiricilerin mülkiyet hakkı bakımından bir çatışma bulunması durumunda, fikri mülkiyet rejimi, devletlerin *“halk sağlığını koruma ve özellikle teşvik etme”* görevini destekleyecek şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.⁴⁵ Aynı türden gerilimin, tohumda yaşanan gelişmeler çerçevesinde, patent sahibinin hakları / ıslahçı hakları ile çiftçiler/köylüler arasında da var olduğu söylenebilir.

Aynı maddenin (c) bendi ise: *“Sahibi olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal herhangi bir üründen doğan manevi ve maddi çıkarlarının korunması hakkını tanıır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Burada, eser ya da buluş sahiplerinin hakları korunmak-

⁴³ Hans Morten Haugen, *The Right to Food and the TRIPS Agreement*, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), 193.

⁴⁴ General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/25, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4sIQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQdxONLLLJiul8wRmVtR5Kxx73i0Uz0k13FeZiqChAWHKFuBqp%2B4RaxfUzqSAfyZYAR%2Fq7sqC7AHRa48PPRRALHB, par. 8.>

⁴⁵ Dünya Ticaret Örgütü'nün TRIPS Anlaşması ve Halk Sağlığına İlişkin Doha Bildirgesi'nde (2001) yer aldığı şekliyle bir uyumsuzluk durumunun, gıda hakkı çerçevesinde de oluşacağı kolaylıkla öngörülebilir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi 11. maddede yer alan gıda hakkına ilişkin düzenlemelerde de bu sebeple şu kayıtlar mevcuttur:

“(a) Teknik ve bilimsel bilgilerden tam olarak yararlanmak suretiyle, beslenme ilkeleri konusundaki bilgileri yayarak ve doğal kaynakların en etkin bir şekilde geliştirilmesini ve kullanılmasını sağlayacak şekilde tarımsal sistemleri düzelterek ya da geliştirerek, besinlerin üretilmesi, korunması ve dağıtılması yöntemlerini iyileştirmek; ve

(b) Gerek gıda maddeleri ihraç eden, gerek gıda maddeleri ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate alarak, dünyadaki besin maddelerinin ihtiyaca göre adil bir şekilde dağıtımını sağlamak.”

Söz konusu hüküm bağlamında, ilgili bilgi ve teknoloji paylaşımı da gıda hakkı temelinde değerlendirilmelidir. Nitekim gıda hakkına ilişkin şekilde var olan kişinin aklıktan kurtulma hakkı, Sözleşme'de yer alan çekirdek haklardan olup Sözleşme'de bazı haklar bakımından kabul edilen aşamalı gerçekleştirme kavramı kapsamında değerlendirilmez. Dolayısıyla bu hakkın koruma alanının çok daha kapsamlı olduğu belirtilebilir.

tadır. Önemle altının çizilmesi gereken husus, söz konusu maddenin fikri mülkiyet haklarına insan hakları niteliği kazandıran bir yapıda olmamasıdır. İnsan hakları, bireylere ve belirli koşullar altında birey ve topluluk gruplarına ait temel ve devredilemez nitelikte olan evrensel haklardır. İnsan hakları, insan kişiliğine içkin oldukları için temeldir, oysa fikri mülkiyet hakları, devletlerin buluş ve yaratıcılık için teşvik sağlamaya çalıştıkları, yenilikçi üretimlerin yayılmasını ve kalkınmayı teşvik ettiği, toplumsal bir faydayı hedefleyen haklardır. Bu haklar, bir bütün olarak toplum yararına bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerin bütünlüğünü korumayı ve eser sahiplerinin sanata, bilime ve bir bütün olarak toplumun ilerlemesine aktif katkılarını teşvik etmeyi amaçlamaktadır.⁴⁶ Bu nokta, 15. maddenin 1 (c) paragrafı ile fikri mülkiyet sistemlerinde tanınan yasal haklar arasında özdeşlik kurulmaması gerektiğini önceler.

Bazı yazarlar, bu düzenleme ile ilgili olarak geleneksel ve yerli bilgilerin sahip olduğu değeri ve bilimin gelişmesinde alacağı önemli rolü irdeleyerek, Devletlerin, bu tür bilgileri özel fikri mülkiyet rejimleri de dahil olmak üzere farklı yollarla korumak ve bu geleneksel bilginin yerel ve geleneksel topluluklar ve yerli halklar tarafından sahipliğini ve kontrolünü güvence altına almak için önlemler alması gerektiğini dile getirmektedir.⁴⁷ Ancak bu yaklaşım, ilgili Sözleşme'nin taraflarına bu maddenin yerine getirilmesi bakımından tek rejimin fikri mülkiyet rejimi olduğu çıkarımına ulaştırmamalıdır. Zira başka bir etkin sistemle de bu

⁴⁶ Aynı doğrultuda Covid 19 aşılıları bakımından Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi bir uyarı yapmayı gerekli görmüştür: "Onaylanabilecek aşılıların çoğu özel şirketler tarafından geliştirilmiştir ve bu aşılılar fikri mülkiyet rejimine tabi olabilirler. Bu şirketler kar elde etmeyi ummaktadır ve yatırımları ve araştırmaları bakımından makul bir tazminat almaları adildir. Ancak Komite, fikri mülkiyetin bir insan hakkı değil, sosyal bir işlevi olan sosyal bir ürün olduğunu Taraf Devletlere hatırlatır. Sonuç olarak, Taraf Devletlerin, fikri mülkiyet ve patent yasal rejimlerinin, örneğin aşılılar veya ilaçlar gibi kritik kamu mallarının makul olmayan nedenlerle gelişmekte olan ülkeler veya maddi olanakları sınırlı topluluklar için erişilemez hale getirilmesi sonucunda ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanılmasını engellemeyi önleme görevi vardır." Committee on Economic, Social and Cultural Rights Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (COVID-19), E/C.12/2020/2, par. 6, Erişim <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/342/41/PDF/G2034241.pdf?OpenElement>.

⁴⁷ General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights, par. 39. Bu güvence farklı mekanizmalar ile sağlanabilir. Bu konuda mevcut iki yaklaşımdan ilki olan sahiplik yaklaşımı, bitki genetik kaynaklarının korunmasına katkılarından dolayı çiftçileri ödüllendirmeye odaklanır. Fikri mülkiyet korumasının faydalarını benimsenmeyen bu yaklaşım, çiftçi haklarını geleneksel mülkiyet hakları çerçevesi içinde tasavvur eder. Buna karşılık, koruyuculuk yaklaşımı, çiftçilerin özel koşullarını dikkate alarak, tohumu mülkiyete konu etmez, çiftçilerin geleneksel yöntemlerini yüceltir. Bu bakımdan Peschard'ın çalışması ilgi çekicidir. Zira sahiplik yaklaşımının benimsendiğini değerlendirdiği Hindistan ve koruyuculuk yanlısı addettiği Brezilya'nın tohuma yönelik düzenlemelerini değerlendiren yazar, çiftçi haklarının korunması bakımından Brezilya'nın çiftçi haklarının korunmasına yönelik daha uygun bir zemin sağladığına hükmetmiştir; Karine Peschard, "Seed wars and farmers' rights: comparative perspectives from Brazil and India", *The Journal of Peasant Studies*, C. 44, S. 1, 2016, 1-25. Bu çerçevede, Türkiye bakımından yapılan bir değerlendirme için, bkz; Derya Nizam, Zafer Yenal, "Seed politics in Turkey: the awakening of a landrace wheat and its prospects", *The Journal of Peasant Studies*, C. 47, S. 4, 2020, 741-766.

sonuçlara ulaşılması mümkün olabilir.⁴⁸ Nitekim TRIPS sözleşmesinde de buna ilişkin bir ayırım görünür olmuştur.

B. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi

Sözleşme’de patent verilebilir konuları düzenleyen 27. maddede, patentlerin, yeni olmaları, bir buluş basamağını içermeleri ve sanayide uygulanabilmeleri koşuluyla, teknolojinin her alanında sağlanabileceği öngörülmüştür. Maddenin devamı, gelişmekte olan ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasındaki gerilimi görünür kılmaktadır:

“Üyeler, kamu düzenini veya genel ahlakı korumak, insan, hayvan veya bitki yaşamını veya sağlığını korumak veya çevrenin ciddi biçimde zarar görmesini engellemek için gerekli olan durumlarda kendi ülkelerinde patentten ticari olarak yararlanmanın engellenmesini, patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler, ancak şu koşulla ki, bu dışta bırakma yalnızca patentten yararlanmanın kendi yasaları ile yasaklanmış olması nedeniyle gerçekleştirilmemelidir. Üyeler ayrıca aşağıdakileri de patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler;

(a) insanların veya hayvanların tedavisinde kullanılan teşhis tedavi ve cerrahi usuller;

(b) mikro-organizmalar dışında bitki ve hayvanlar ile esas olarak, biyolojik olmayan ve mikrobiyolojik usuller dışında bitki veya hayvanların üretimi ile ilgili biyolojik usuller. Ancak Üyeler patentlerle veya kendilerine özgü etkin bir sistemle⁴⁹ veya bunların kombinasyonu ile bit-

⁴⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, özel bilimsel araştırmalara ilişkin üç temel sorunun altını çizmektedir. Bu sorunların ilki, fikri mülkiyetin bazı hallerde bilimsel araştırmaların finansmanında bozulmalara neden olabileceğidir, zira kamu için daha önemli olan ancak çok karlı olmayan çıktılar bakımından daha az kaynak ayrılacaktır. İkincisi, bazı “trip-plus” antlaşmalarında yer alan bilgiye erişimin belirli bir süre sınırlandırılması hususudur. Ayrıca, bazı bilimsel yayınların ücretleri, özellikle gelişmekte olan ülkelerde düşük gelirli araştırmacılar için bir engel teşkil etmektedir. Son olarak, fikri mülkiyet, yeni araştırma faaliyetleri için olumlu teşvikler sağlıyor olsa da bilimin ürünlerine erişmek isteyen kişilerin ödemesi gereken yüksek bedeller göz önüne alındığında, bu rejimin bazı hallerde özel aktörlerce öngörülen bir vergilendirme türü olarak kabulü mümkün hale gelmektedir. General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights, par. 61.

⁴⁹ Maddede belirtilen etkin “sui generis” sistemle ne kastedildiği tam olarak anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, söz konusu “inşacı muğlaklık” çerçevesinde Sözleşme’nin diğer devletlere geniş bir takdir alanı bıraktığı savunulabilir. Maalesef, siyaset alanındaki gelişmeler böyle bir yorum çabasını engellemiştir. Zira başta ABD olmak üzere batılı devletler, patent sistemine dahil edilmemiş bu kaynaklar bakımından biyoçeşitliliği zengin olarak addedilebilecek çoğu devlet ile yaptığı ikili ya da çok taraflı antlaşmaya, etkin bir sistem olarak kabul ettikleri Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Sözleşmesi (UPOV-1991 versiyonu) tarafından öngörülen sistemi kabul edecekleri kaydının eklenmesi yönünde baskı kurmuştur. Bu baskı, çiftçi haklarını göz ardı eden ve ıslahçı haklarının korunduğu bir sistemi kabule devletleri mecbur bırakmıştır (Report of the Special Rapporteur on the right to food, Michael Fakhri, Seeds, right to life and farmers’ rights, A/HRC/49/43, 30 December 2021, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/3956872>, par. 35). Bununla birlikte, bazı devletler, kendilerine özgü sistemlerini oluşturabilmeyi başarmış ve bu

ki türlerinin korunmasını sağlayacaklardır. Bu alt-paragrafta yer alan hükümler DTÖ Anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten dört yıl sonra gözden geçirilecektir.”

Böylece madde, bitki türlerinin korunması bakımından tek aracın patent olmadığını belirtmiş ancak bu korumanın etkin bir sui generis sistemle yapılabileceğini öngörmüştür. Gelişmekte olan ülkelerin itirazları⁵⁰ sebebiyle, maddenin dört yıl sonra yeniden değerlendirileceği belirtilse de DTÖ’deki çoğu müzakere de olduğu gibi bu konunun da bir çıkmaza girdiği görülmektedir.⁵¹

C. Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesi (UPOV)

Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması için Uluslararası Birlik, bitki çeşitliliğinin korunması için etkili bir sistem sağlamayı amaçlamaktadır. UPOV Sözleşmesi’nin ilk versiyonu 1961’de kabul edilmiş ve 1968’de yürürlüğe girmiş olup Sözleşme daha sonra 1972, 1978⁵² ve 1991’de revize edilmiştir. 1999’dan beri, yeni üye-

çerçevede çiftçi haklarının tanınmasını engellemeyen, aynı zamanda ıslahçı haklarına da koruma sağlayan bir yapı öngörmüşlerdir (örneğin Hindistan, Malezya ve Tayland - par. 40).

⁵⁰ Bu itirazlar, fikri mülkiyete ilişkin sözleşmenin yürürlüğe girmesinden çok önce ancak bağlayıcı olmayan şekilde kağıda dökülmüştür. Bitki çeşitlerine açık erişimin savunucuları, 1983’te Bitki Genetik Kaynaklarına İlişkin Uluslararası Taahhüt başlıklı bildireyi kabul eden Gıda ve Tarım için Genetik Kaynaklar Komisyonu’nu oluşturmuşlardır. Söz konusu düzenleme, kısmen insanlığın ortak mirası doktrini aracılığıyla ilkel birikimin sürekliliğini engelleme girişi olarak okunabilir. Nitekim, madde 1, taahhüdün amacını şu şekilde ifade etmektedir: “[...]Taahhüt, bitki genetik kaynaklarının insanlığın bir mirası olduğu ve dolayısıyla kısıtlama olmaksızın erişilebilir olması gerektiğine dair evrensel olarak kabul edilen ilkeye dayanmaktadır” Aykut Çoban, “Devletin Ege-menlik Haklarıyla Özel Mülkiyet Hakları Arasına Sıkıştırılmış Biyoçeşitlilik Düzenlemesi”, *Ekolojik İhtilaflar ve Kapitalizm*, çev. Duygu Yıldız Karakoç (Ankara: İmge, 2018), 136, 137. International Undertaking on Plant Genetic Resources, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. <https://cgspace.cgiar.org/bitstream/handle/10947/683/cg8405f.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁵¹ Maddenin 2. fıkrasında geçen genel istisnalar dışında, TRIPS’in öngördüğü sınırlı istisnalar da mevcuttur. Bunların tohumlar bakımından önemi, daha önce bu alanda oldukça ses getiren bir kararlar olan ilişkisidir. Sınırlı istisnalar TRIPS’te madde 30’da düzenlenmiştir. Bu tür istisnaların gerekçelendirilmesi için üç kriteri karşılamaları gerekir: sınırlı olması, patentin normal kullanımıyla makul olmayan bir şekilde çelişmemesi ve üçüncü şahısların meşru menfaatlerini dikkate alarak, patent sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan bir şekilde zarar vermemeleridir. Bu sınırlı istisnalara başvuru, “masum seyirci” durumunda mümkün olabilir (nitekim Hindistan böyle bir korumayı tanımaktadır). Ancak bu uygulama, Schmeiser kararında belirttiği üzere tohumları saklayıp ekme, ardından patentli hücreleri ve genleri içeren bitkileri hasat edip ve satma halinde patentli materyalin “kullanımını” teşkil edecek ve masum seyirci nosyonunun sağladığı koruma kapsamında değerlendirilmeyecektir.. Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2147/index.do>.

Sözleşme aynı zamanda zorunlu lisanslar ve kamu yararı çerçevesinde lisansların iptali gibi istisnalar da öngörmektedir: Haugen, “The UN Declaration on Peasants’ Rights (UNDROP): Is Article 19 on seed rights adequately balancing intellectual property rights and the right to food?”, 300.

⁵² Çoğu devlet Sözleşme’nin 1991 versiyonun ıslahçı hakları lehine çok daha katı düzenlemeler içermekte olduğunu ifade ederek, bu durumun çiftçilerin geleneksel haklarına ve biyoçeşitliliğe zarar vereceğinden bahisle, 1978 versiyonu ile bağlı kalmayı tercih etmiştir. Örneğin Norveç, 2005 yılında, ıslahçı haklarının korunmasını güçlendirecek ve Norveç’in UPOV 1991’e (UPOV 1978 yerine) üye olmasına izin verecek bir yasayı kabul etmemeye karar vermiştir. Christophe Golay, Fulya Batur, *Practical Manual on the Right to Seeds in Europe*, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022.

lerin 1991 versiyonuna taraf olmak zorunda olduğu belirtilmiştir.⁵³ Söz konusu sözleşme TRIPS'in öngördüğü şekilde bitki çeşitlerinin korunması bakımından patentlemeye alternatif olarak ıslahçı haklarını öne süren ve diğer devletlerce etkin bir sui generis sistem kabul edilen bir yapı öngörmektedir.

Sözleşme'nin 1991 versiyonu, ıslahçı haklarının kapsamını genişletmiştir. Şöyle ki,

ıslahçı, “(i) Üretim ya da üreme (çoğalma), (ii) Üreme amacı için şartların yerine getirilmesi, (iii) Satışa sunma, (iv) Satış veya pazarlama, (v) İhracat, (vi) İthalat, (vii) Yukarıda bahsedilen amaçlar için stoklama” haklarına sahiptir.⁵⁴

Islahçı haklarının tanınması için çeşidin, yeni, farklı, yeknesak ve durulmuş olması gerekmektedir. Çiftçilerin ya da köylülerin tarlalardan ayırarak geliştirdiği tohumların, bu kıstaslara sahip olmadığı göz önüne alındığında, çiftçi ve köylülerin ıslahçı haklarından bu kapsamda yararlanamayacağı açıktır. Bu doğrultuda, “yenilik” kıstasının ise yeni bir tür değil, daha önce kayıt altına alınmamış bir türü ifade etmesi sebebiyle, binlerce yıllık çiftçi emeğinin göz ardı edildiği ve hukukun dışında tutulduğu, teknolojinin sağladığı faydalar uyarınca verilen emeğin ise korunduğu gözlemlenmektedir.⁵⁵

Nitekim Sözleşme'nin eski versiyonu ile yeni versiyonun arasında yapılacak bir değerlendirme, korumanın daha keskin hale geldiğine yönelik fikir oluşturabilir. Sözleşme'nin eski versiyonu ile yeni versiyonu arasındaki farklardan biri, ıslahçıların muafiyeti ile ilgilidir. Eski versiyon, ikinci nesil ıslahçıların, koruma altındaki bir çeşide dayalı yeni bitki çeşitlerini, ikinci çeşidin sahibinin izni olmaksızın oluşturmasına ve pazarlamasına izin vermektedir. 1991 versiyonu da selefi gibi, ıslahçıların yeni çeşitler yaratmak için korunan bitki çeşitlerini kullan-

⁵³ Golay, *Legal analysis on the rights of peasants and other people working in rural areas - The Right to Seeds and Intellectual Property Rights*, 11- Sözleşme'nin ilk versiyonu, yalnızca altı sanayileşmiş batılı ülke tarafından onaylanmıştır: Danimarka, Fransa, Almanya, Hollanda, İsveç ve Birleşik Krallık. Bu çerçevede öngörülen düzenlemenin sanayileşmiş ülkelerin kendi koşullarını göz önüne alarak oluşturduğu bir çerçevenin ürünü olduğu ve mevcut korumanın evrensel bir iddiaya sahip olamayacağı belirtilebilir.

⁵⁴ 78 versiyonu bu münhasır haklar bakımından çok daha kısa bir liste öngörmektedir. Islahçıya aşağıdaki faaliyetlerde bulunma münhasır hakkını verir: (1) ticari pazarlama amacıyla çeşidin üreme materyallerinin üretimi, (2) bu tür malzemelerin satışı ve (3) malzemelerin pazarlanması. Laurence R. Helfer, Graeme W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, (New York: Cambridge University Press, 2011), 383.

⁵⁵ Bir başka eşitsizlik, esas olarak türetilen çeşitler bakımından da gözlemlenebilir. UPOV 1991'in 14(a) maddesi, ıslahçıların haklarını esas olarak türetilen çeşitlerden genişletir. Böylece bir çiftçinin korunan bir çeşitten küçük bir sapma yapması halinde, yeni yetiştirilen çeşidi ticarileştirmek için ıslahçının (korunan çeşidin) iznine ihtiyacı olduğu anlamına gelmektedir; bununla birlikte, bir kamu kurumu veya özel ticari ıslahçı, yeni bir bitki çeşidini yetiştirmek için çiftçiler tarafından yetiştirilen ancak ıslahçı hakları tarafından korunmayan bir çeşidi kullanırsa, ıslahçıya bu hak tanımlanabilir, ancak çiftçinin hiçbir hakkı yoktur. Sangeeta Shashikant, François Meinenberg, *International Contradictions on Farmers Rights*, 2015, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022.

malarına izin vermektedir. Ancak, bu muafiyet korunan çeşitlerden “esas olarak türetilen” yeni çeşitler bakımından geçerli değildir. Bu durum uygulamada, birinci ve ikinci nesil çeşitler arasındaki minimum genetik mesafenin tanımı üzerindeki anlaşmazlıklar çerçevesinde ıslahçıların muafiyetini daraltmış ve birinci nesil ıslahçıların münhasır haklarını genişlemiştir.⁵⁶

Sözleşme’de yer alan çiftçi ayrıcalığı da benzer bir değişim geçirmiştir. 1978 versiyonu zımnen ıslahçının izni olmadan korunan ürünlerinin ticari olmayan kullanımına izin vermektedir. Bu istisna, korunan çeşitlerin tohumlarını satın alan çiftçilere yarar sağlamaktaydı. 1991 versiyonu ise 15. maddede ıslahçı haklarında iki tür istisna öngörmüştür:

“*[Zorunlu İstisnalar] Islahçı hakları aşağıdaki hususlara kadar genişletilmez:*

*(i) Özel olarak ya da ticari olmayan amaçlarla gerçekleştirilen eylemler, (ii) Deneysel amaçlı gerçekleştirilen eylemler ve (iii) Diğer türlerin yetiştirilmesi amacıyla gerçekleştirilen eylemler ve 14. (5) madde hükümlerinin uygulandığı durumlar dışında, bu tip diğer türler hususundaki 14. (1) Maddede belirtilen eylemler”.*⁵⁷

Maddenin 2. fıkrasında ise devletlerin kullanabileceği seçimlik istisnalar yer almaktadır:

“*[Seçimlik İstisnalar] 14. Maddeye rağmen, her bir Akit Taraf, makul limitler içinde ve ıslahçının yasal çıkarlarını korumak kaydıyla çiftçilere kendi arazilerine ekerek elde ettikleri hasat ürününü ve korunan türü ya da 14. (5) Madde (a) (i) ya da (ii) kapsamındaki bir türü, kendi arazileri üzerinde, üretim amaçlı kullanmaları için izin vermek amacıyla ıslahçının bir türe ilişkin haklarını sınırlandırabilir.*”⁵⁸

Bu düzenleme uyarınca çiftçiler, seçimlik istisnanın devletleri tarafından uygulanması halinde, tohumları gelecekte topraklarında kullanmak üzere saklayabilirler, ancak bu durumda da yine ıslahçı hakları öncelenerek, düzenlemede muğlak bir ifade ile “*makul limitler içinde ve ıslahçının yasal çıkarlarını korumak kaydıyla*” üretim amaçlı kullanabileceklerdir. Çiftçiler, bu kapsamda toprak-

⁵⁶ Helfer, Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, 383. Bu durum, fikri mülkiyet hakları bakımından getirilen eleştirilerden başlıcaları olan tekelleşme ve özel vergilendirmenin somut olarak nasıl tanındığını göstermektedir. Zira böyle bir hüküm, bilimin önündeki gelişmeleri engelleme riski ile karşı karşıyadır.

⁵⁷ Burada belirtilen zorunlu istisnalara başvurulması hem özel nitelikte olan hem de ticari olmayan amaçlara yönelik eylemler bakımından mümkündür. Bu nedenle, özel olmayan eylemler, ticari olmayan amaçlarla bile olsa, istisna kapsamı dışında olabilir. Ayrıca, ticari amaçlarla üstlenilen özel fiiller de istisna kapsamına girmez. Bu nedenle, kendi işletmesinde kendi çeşidinden tohumunu saklayan bir çiftçi, özel bir işle meşgul sayılabilir, ancak söz konusu tohum tasarrufunun ticari amaçlı olması durumunda istisna kapsamında olmadığı kabul edilebilir. *International Contradictions on Farmers Rights*, 8.

⁵⁸ *International Contradictions on Farmers Rights*, 7, 8.

larından tasarruf ettikleri tohumları diğer çiftçilere satamayacak veya mübadele edemeyeceklerdir; bu durum ise bazı araştırmacıların tohumların ekin ve çeşit rotasyonunu kolaylaştırmak için mübadele edildiği birçok gelişmekte olan ülkedeki çiftçilik uygulamalarına bir sınırlama olarak görülmektedir.⁵⁹ Zira geleneksel bilgi, yerel gelişmenin, tohum korumasının ve aynı zamanda, gelişmekte olan birçok ülkede gıda güvencesini sağlamak için çok önemli olan kayıt dışı tohum sisteminin de temelidir. Nitekim literatür, gıda güvencesi ve tarımsal biyoçeşitliliğin korunması için geleneksel bilginin - özellikle de kadınların sahip olduğu geleneksel bilginin - önemini doğrulamaktadır.

Bununla birlikte, tarımsal biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilir kullanımı ve yaratılması da dahil olmak üzere, çiftçilerin yerel düzeyde kullandığı ve geliştirdiği uygulamaların zenginliği, UPOV tarafından büyük ölçüde fark edilmemekte ve kabul edilmemektedir.

D. Gıda ve Tarım İçin Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Antlaşması (Bitki Antlaşması)

UPOV'dan farklı olarak FAO bünyesinde hazırlanan ve 2001'de yürürlüğe giren Bitki Antlaşması, ıslahçı haklarından ziyade çiftçi haklarını⁶⁰ ve kaynakların adil kullanımını ön plana çıkaran bir yapıyı haizdir. Bu doğrultuda, başlangıç kısmında *"Bu kaynakların muhafazası, geliştirilmesi ve kullanımında farklı bir konumu olan ve özellikle orijin ve çeşitlilik merkezi durumunda olan ülkeler olmak üzere dünyanın her yerindeki çiftçilerin geçmişteki, günümüzde ve gelecekteki katkılarının Çiftçi Hakları için temel teşkil edeceğini teyit ederek;"* ifadesinin yer alması ya da yine aynı kısımda: *"Gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının adil ve eşit bir biçimde kullanılması ve bu konuda karar alma sürecine katılım ile çiftlik şartlarında muhafaza edilen tohum ile diğer üretim materyalinin muhafazası, kullanımı, ticareti ve satışı için bu Antlaşmada tanınmış olan haklar ile Çiftçi Haklarının ulusal ve uluslar arası düzeyde gerçekleştirilmesi ve teşvik edilmesi bakımından önemli olduğunu da teyit ederek;"* kaydının geçmesi çiftçilerin geçmişteki faaliyetleri ve katkılarını tanıyan ve gelecek bakımından da bu uygulamaların devamının önemini altını çizen bir metni resmetmektedir.⁶¹

⁵⁹ Fakhri, çiftçi haklarının doğal olarak tarladan tasarruf edilen tohumları özgürce saklama, kullanma, mübadele etme ve satma gibi bölünmez hakları içerdiğini belirtmektedir; *seeds report*, par. 54.

⁶⁰ *"Bu yetkinlik diline rağmen, çiftçi hakları çerçevesi tasavvur ve kapsam açısından sınırlıdır, çünkü yalnızca fikri mülkiyet haklarına cevap olarak konumlanır."* Stephen A. Marglin, "Farmers, Seedsmen, and Scientists: Systems of Agriculture and Systems of Knowledge", ed. Frédérique Apfel-Marglin and Stephen A. Marglin, *Decolonizing Knowledge: From Development to Dialogue* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 185-249'dan nakleden Zainab Lokhandwala, "Peasants' Rights as New Human Rights: Promises and Concerns for Agrobiodiversity Conservation", *Asian Journal of International Law*, 2022, 1-16, 4. Halbuki köylü hakları, insan hakları olarak, geniş bir hak yelpazesine sahiptir.

⁶¹ Madde 9.1. "Sözleşme'nin başlangıç kısmında devletlerin bu genetik kaynaklar üzerindeki egemenliği tasdik edilmiştir; gıda ve tarım için bitki genetik kaynakların üzerinde egemenlik haklarını

Ancak Sözleşme, başlangıç kısmında sahip olduğu tespitler ışığında tanıdığı çiftçi ya da köylülerin bu katkılarının korunmasını, ulusal hukukun belirleyiciliğine tabi kılmıştır. Sözleşme, her ne kadar geleneksel bilginin korunması, bitki genetik kaynaklarının kullanılmasından doğan yararların eşit olarak paylaşılması hakkı ve bu doğrultuda bu kaynakların korunması ve sürdürülebilir kullanımı ile ilgili konularda ulusal düzeyde karar alma sürecine katılım hakkını düzenlese de bu hakların dile getirilmesinden önce devletlerin ulusal mevzuatlarına atıfta bulunarak, kendi düzenlemeleri çerçevesinde uygun görüldüğü ölçüde bu hakları düzenleyeceklerini öngörmüştür.⁶²

9. maddenin son fıkrasında, “*Bu maddede yer alan hiç bir hüküm ulusal kanunlara tabi olarak ve uygun görüldüğü ölçüde, çiftçi tarafından ayrılmış tohum / üretim materyalinin⁶³ saklanması, kullanımı, değişimi, ticareti ve satışı ile ilgili olarak çiftçilerin sahip olduğu hakların kısıtlanması şeklinde*” yorumlanmaz denilerek, yine ulusal mevzuata yapılan atfın gölgesi altında çiftçi haklarının korunması düzenlenmiştir.⁶⁴

Çok taraflı erişim ve yarar paylaşımı sistemi kuran Sözleşme, bu kaynaklar üzerindeki devlet egemenliğini tasdik ederken, aynı zamanda kaynaklara erişimin kolaylaştırılması ve bu kaynaklardan doğan faydanın paylaşımı bakımından böyle bir sistemi gerekli görmüştür. Bu sistem çerçevesindeki önemli tartışmalardan biri, ortak tohum havuzunda yer alan tohumlardan elde edilen izole edilmiş ve saflaştırılmış bitki genleri için patentlerin engellenip engellenmeyeceğidir. Uzun müzakerelerden sonra delegeler, gıda ve tarım için araştırma, ıslah ve eğitime yönelik kullanım ve muhafazaya yönelik kaynakların yer aldığı çok taraflı sisteme erişimin ancak “alıcıların herhangi bir fikri mülkiyet veya diğer hak talep etmesi” şartıyla sağlanacağını öngören 12.3(d) maddesini kabul etmiştir, ancak bu

kullanarak, devletlerin bu kaynaklarına üzerinde mutabık kalınan ölçülerde erişiminin kolaylaştırılması için etkin bir çok yönlü sitemin oluşturulmasından karşılıklı olarak fayda sağlayacağını ve bu kaynakların kullanımından dolayı elde edilen faydaların adil ve eşit bir biçimde paylaşılmasını kabul ederek;” diye belirtmektedir.

⁶² Madde 9.2. ise şu şekildedir: “*Sözleşme Tarafları, gıda ve tarım için bitki genetik kaynakları ile olan ilişkisinden dolayı, Çiftçi Haklarının hayata geçirilmesi sorumluluğunun ulusal hükümetlerde olduğu hususunda mutabıktırlar. Gereksinim ve önceliklerine uygun olarak, Sözleşmeye imza koyan her bir Taraf ulusal mevzuatlarına tabi olarak ve uygun görüldüğü ölçüde, aşağıdakiler de dahil olmak üzere, Çiftçi Haklarını koruma altına almak ve teşvik etmek için önlemler alacaklardır*”.

⁶³ Maddede çiftçinin ayırdığı tohumların köylü çeşitleri mi yoksa fikri mülkiyet hakları korumasında olan türlerden mi olduğu belirtilmediğinden, böyle bir ayırım yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, korunan türlere ilişkin ekimden sonra ayrılan tohumlar çiftçiler tarafından tekrar kullanılacaktır. Elbette bu durum, ıslahçı istisnalarına uymadığı takdirde, UPOV ile açık bir çatışma ortaya çıkaracaktır. Golay, *The Right to Seeds and Intellectual Property Rights*, 35.

⁶⁴ Dolayısıyla, çiftçi haklarını tanımlayan 9. Madde düzenlemesi devletlerin ulusal hukukta çiftçi haklarını koruma yükümlülüğü olarak yorumlan(a)madığından, Bitki Anlaşması'nın ulusal düzeyde köylü haklarının korunmasında önemli bir gelişmeye sebep olmadığı çıkarımı yapılmaktadır. Devletlerin ezici çoğunluğu çiftçi hakları bakımından ulusal mevzuatlarında değişikliğe gitmemiş olup söz konusu tavrın devlet ve sermaye ilişkisi bakımından arzu edilir olduğu belirtilebilecektir, Golay, *The Right to Seeds and Intellectual Property Rights*, 18.

maddenin de ciddi belirsizliklere sahip olduğu belirtilmektedir.⁶⁵ Bu çerçevede Sözleşme'nin her ne kadar çiftçi haklarının uluslararası hukukta korunması bakımından mihenk taşı niteliğinde olduğu belirtilebilirse de uygulama bakımından sınırlı bir etkisinin olduğu / olacağı ifade edilmektedir.

E. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi

Biyolojik çeşitliliğin önündeki en büyük engellerden biri, ticari tohum sistemi ve yüksek girdinin kullanıldığı tarımdır. Yetim ürünler olarak adlandırılan türler yok olmakta, tekelleşen gıda sistemi ve ticaretin gelişmesi ile tarımsal ürün çeşitliliği azalmaktadır.⁶⁶ Bu bakımdan birincil sorumluluğu devletlere bırakan Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Bitki Sözleşmesi ile aynı doğrultuda, 15. maddede devletlerin egemen haklarını tanımakta, bununla birlikte bu kaynaklara diğer devletlerin erişimlerini kolaylaştırıcı olanakları yaratmaya çalışmaktadır. Bu uygulamaların, kaynaklara gerçek değerinin biçildiği bir erişim antlaşması çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁷

Akit tarafların sorumluluğu “*Geleneksel yaşam tarzlarını sürdüren yerli ve yerel toplulukların biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı bakımından anlam taşıyan bilgilerine, geliştirdikleri yeni yöntemlere ve uygulamalarına kendi ulusal mevzuatına göre sahip çıkacak, bunları koruyacak ve saygı gösterecek; bu bilgilerin, yeni yöntemlerin ve uygulamaların sahiplerinin onayı ve katılımı ile daha yaygın biçimde uygulanmasını sağlayacak ve bunların kullanımından doğacak yararların adil paylaşımını teşvik edecektir*” şeklinde ifade edilmiş, bu çerçevede tohum çeşitliliğinin korunmasında yerli halkların önemi

⁶⁵ Maddenin tümü şu şekildedir: “*Alıcı, Çok Taraflı Sistem içerisinde belirlenen biçimde, fikri mülkiyet veya gıda ve tarım için bitki genetik kaynakları veya gen parçalarına ya da elemanlarına erişimi sınırlandırılan diğer haklar için talepte bulunamayacaktır. Alıcı, materyalin Çok Taraflı Sistemden sağlanan şekli ile, gıda ve tarım için bitki genetik kaynakları veya bunların genetik parçaları veya öğeleri üzerinde erişimi sınırlayacak şekilde fikri mülkiyet hakları veya diğer haklar için talepte bulunamayacaktır*”.

30. madde gereği çekince konulamayacak Sözleşme kapsamında ilgili hüküm, devletlerin en çok beyanda bulunduğu düzenlemelerden biridir. Avusturya, bu bakımdan: “*Avusturya Cumhuriyeti, Uluslararası Bitki Genetik Kaynakları Antlaşması'nın 12.3.d maddesinin gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının veya bunların yeniliğe tabi tutulmuş genetik parçalarının veya bileşenlerinin bu haklara ilişkin kriterlerin karşılanması şartıyla fikri mülkiyet haklarına konu olabileceğini kabul ederek yorumlanmasına ilişkin kabul sırasında yapılan beyanı teyit etmektedir.*” diye belirtmiştir. Bu beyanın, kaynaklar üzerinde mülkiyet tesis etme çabasını yansıttığı söylenebilir. Düzenlemenin belirsizliği bakımından bkz. Katie Bass, “The Battle over Plant Genetic Resources: Interpreting the International Treaty for Plant Genetic Resources”, *Chicago Journal of International Law*, C. 6, S. 1, 2015, 151-184.

⁶⁶ Fakhri report, par. 16. Covid 19 ile derinleşen gıda krizi ve Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı sonrasında özellikle buğday ihracatının kesilmesi ile birlikte, gıda güvencesi ve gıda egemenliği tartışmalarında biyoçeşitlilik de önemli bir referans noktası olmuştur: “*Fonio just grows naturally: could ancient indigenous crops ensure food security for Africa?*”, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/jul/07/fonio-indigenous-crops-africa-food-security>,

⁶⁷ Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması*. (İstanbul: Beta, 2016), 216.

hatırlatılmıştır.⁶⁸ Yerlilerin bilgileri ilgili madde gereği ulusal mevzuatlarca konurken, Sözleşme’de teknolojiye erişim bakımından 16 (2). madde: “*Teknolojinin patent ve diğer fikri mülkiyet haklarına tabi olması halinde, bu erişim ve transfer, fikri mülkiyet haklarının yeterli ve etkin biçimde korunmasını dikkate alan ve bununla tutarlı şartlarla sağlanacaktır.*” şeklinde düzenlenerek, erişim, fikri mülkiyet rejimine tabi tutulmuştur. Bununla birlikte aynı maddenin 5. fıkrasında “*Patent ve diğer fikri mülkiyet haklarının bu Sözleşme’nin uygulanmasını etkileyebileceğini kabul eden Akit Taraflar, bu hakların Sözleşme’nin amaçlarına aykırı olmamasını ve bu amaçları destekler nitelikte olmasını sağlamak için, bu konuda ulusal mevzuata ve uluslararası hukuka uygun biçimde işbirliği yapacaklardır.*” diyerek, fikri mülkiyet haklarının bu antlaşmanın konu ve amacı uyarınca yorumlanacağını işaretini vermişlerdir.⁶⁹

*Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken köylüler ve kırsal alanda çalışanların haklarının, kapitalizmin yalnızca biçimsel anlamda keskinleştirdiği devlet egemenliği ve özel mülkiyet arasındaki sıkışmışlık bakımından bir alternatif geliştirme iddiasını sahiplenip sahiplenmeyeceğidir.*⁷⁰

⁶⁸ Madde 8-”In-situ” Koruma - (j) fıkrası.

⁶⁹ İlk bakışta canlı organizmaların patentlenmesini mümkün kılan TRIPS ile bu kaynaklar üzerindeki devlet egemenliğini tasdik eden Biyoçeşitlilik Sözleşmesi arasında bir karşıtlık olduğu sonucuna ulaşılabilir -örneğin bu doğrultuda ABD fikri mülkiyet haklarının biyoçeşitliliğin korunması bakımından olumlu katkılarına göz ardı etmesi sebebiyle Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’ne taraf olmayı reddetmiştir (s. 125)- Buna karşılık ilgili maddede de belirtildiği üzere bu iki rejim, birbirine karşı değil, tam aksine destekleyici bir ilişkiyi haizdirler. Çoban, devletin egemenlik haklarıyla özel mülkiyet hakları arasında yaptığı değerlendirmede, “[...] *dikkate değer bir karşıtlık, doğal kaynaklar üzerinde ya kolektif (çiftçi) ya özel (bireysel / şirket) ya da kamu (devlet) haklarına göndermede bulunan biçimleriyle mülkiyet rejimleri arasında değil, ama asıl olarak mülkiyet rejimleri ile ortak miras statüsü arasındadır*” şeklinde bir sonuca ulaşmaktadır (s. 138). Balibar’a atfıla bu iki kavramın karşı karşıya olmadığını savunan Çoban, kamu mülkiyetinin de esasen özel mülkiyet olduğunu belirtir. Nitekim iç hukukta da bu tartışmanın izleri takip edilebilir. Kamu mallarına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakta, bazı düzenlemelerde bu malların devletin hüküm ve tasarrufunda bulunduğu belirtilmektedir (bkz. Medeni Kanun, md.715). Kamu mülkiyetine ilişkin ise farklı görüşler ileri sürülmektedir. Nitekim idarenin kamu malları üzerinde bir mülkiyet hakkı olmadığını, bu mallar üzerinde koruma ve denetim yetkileri olduğu şeklinde görüş savunulmaktadır. Diğer bir farklı görüşe göre ise idare ile kamu malları arasındaki ilişki bir kamu mülkiyeti ilişkisi olup bu mülkiyetin malın özgülenme amacıyla ve yönüyle çerçvelendiği belirtilebilir. (İsmet Girtili, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 843-861). Bu tartışmalar günümüzde daha farklı bir düzlemde değerlendirilmektedir, zira devletlerin egemenliği gerçekten de resmi olarak olmasa da bir özel mülkiyet statüsü çerçevesinde ele alınmakta, kamu malları, kullanma ve yararlanmanın yanında tasarruf etme yetkisine de farklı yasal mekanizmalar ile cevaz verildiği bir kuruma dönüşmüştür; Mutioğlu Özkesen, *Toprakları Kapatmak*, 95-190. Bu çerçevede 2019 yılında kabul edilen Yerel Çeşitlerin Kayıt Altına Alınması, Üretilmesi ve Pazarlamasına Dair Yönetmelik’in 4. maddesinde yerel tohumların kamu malı olduğunun ifade edilmesi, yerel çeşitlerin korunması bakımından Türkiye’de koruyuculuk yaklaşımının benimsendiğini işaret etmektedir.

⁷⁰ Bu iddianın sahiplenildiği, bildirgede yer alan bütüncül yaklaşımın takibiyle daha görünür kılınabilir: Örneğin Bildirge’nin 15(5). maddesi şu şekildedir: “*Devletler, köylüler ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanlarla ortaklaşa şekilde, yeterli gıda, gıda güvencesi ve gıda egemenliği hakkını ve sürdürülebilir ve hakkaniyete uygun gıda sistemlerini geliştirmek ve korumak için işbu Bildirge’de yer alan hakları geliştiren ve koruyan, yerel, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde kamu*

III. KÖYLÜ VE KIRSAL ALANDA ÇALIŞAN DİĞER İNSANLARIN HAKLARI BİLDİRGESİ

2007 BM Yerli Halkların Hakları Bildirgesi'nin 5. ve 31. maddeleri, yerli halkların kurumlarını, geleneksel bilgilerini ve tohumlarını korumak, kollamak, kontrol etmek ve geliştirme haklarını tanımaktadır. Tohum hakkının daha geniş bir kesim bakımından tanınması ise Köylü Hakları Bildirgesi ile mümkün olmuştur. 19. maddede yer alan bu hakkın temel unsurları, Golay ve Batur'un sistematığı uyarınca şu şekilde belirtilebilir: Kendi tohumlarını ve geleneksel bilgilerini sürdürme, kontrol etme, koruma ve geliştirme hakkı, tohumlarla ilgili geleneksel bilginin, gelişmenin ve uygulamaların korunması hakkı, tohumla ilgili konularda karar verme sürecine katılma hakkı; tohumlarının kullanımından doğan faydaların paylaşımına adil katılım hakkı ve son olarak çiftçi tarafından ayrılmış tohumları ya da üretim materyalinin malzemelerini saklama, kullanma, mübadele etme ve satma hakkı.⁷¹

Söz konusu madde aynı zamanda devletlerin sorumluluklarını da düzenlemiştir. Aynı sistematik doğrultusunda, ilk olarak, ıslahçı hakları ya da fikri mülkiyet hakları ile köylü hakları arasındaki olası bir çatışmayı engellemek adına maddenin 8. fıkrasında, ilgili düzenlemelerin tohum hakkına uygun olmasının sağlanması öngörülmüştür. Bir diğer temel unsur, insan hakları bakımından öngörülen saygı duyma, koruma ve yerine getirme sorumluluklarının teyididir.⁷² Hak kapsamında, köylü tohum sistemlerini desteklemek ve köylü tohumlarının ve tarımsal biyoçeşitliliği teşvik etmek de devletlerin sorumlulukları arasında sayılmıştır.⁷³ Köylülerin tohumla ilgili konularda karar verme sürecine katılma hakkı

politikaları oluşturacaklardır. Devletler, tarımsal, ekonomik, sosyal, kültürel ve kalkınma politikalarının işbu Bildirge'de yer alan hakların gerçekleştirilmesiyle tutarlılığını sağlayacak mekanizmalar kuracaklardır."

⁷¹ Bitki Antlaşması ile aynı şekilde, Bildirge'de de tohumlar, fikri mülkiyet hakları kapsamında koruma altına alınan ve alınmayan şeklinde ayrılmamıştır. Dolayısıyla köylülerin, Bildirge'nin madde 19(1)(d)'de düzenlenen tarladan ayrılan tohumları veya çoğaltma materyallerini saklama, kullanma, mübadele etme ve satma hakkı, bu nedenle, hem köylülerin tohum çeşitlerinin hem de çiftçinin ayırdığı fikri mülkiyet haklarıyla korunan çeşitlerin tohumları üzerinde haklar yaratır; bkz; Golay, Batur, *Practical Manual on the Right to Seeds in Europe*, 24.

⁷² Buna ilişkin düzenleme, önceki taslahta düzenlenen bu sorumlulukların yanısıra devletlere ulusal mevzuatlarında bu hakkı tanıması sorumluluğunu da yüklemektedir. Bu ifadenin bildirgenin son halinde yer almaması sorumluluğu hafifleten bir gelişme olmuştur. Bildirgenin son halinde yer almayıp daha önceki versiyonunda yer alan ve köylülerin otonomisine katkı sağlayacak bir başka kayıt, devletlerin, 5. maddede yer alan doğal kaynakların işletilmesi bakımından köylüler ve kırsalda çalışan diğer insanların gerekli bilgilere sahip olarak özgürce verecekleri ön onay alınmak üzere düzenlenecek iyi niyet istişarelerin teminiydi. Bu onaya ilişkin bkz; Free, Prior and Informed Consent (FPIC), Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.

[https://www.fao.org/indigenous-peoples/our-pillars/fpic/en/#:~:text=Free%2C%20Prior%20and%20Informed%20Consent%20\(FPIC\)%20is%20a%20specific,affect%20them%20or%20their%20territories.](https://www.fao.org/indigenous-peoples/our-pillars/fpic/en/#:~:text=Free%2C%20Prior%20and%20Informed%20Consent%20(FPIC)%20is%20a%20specific,affect%20them%20or%20their%20territories.)

⁷³ Şimdiye kadar yüksek girdili tarım sistemine yönelik yapılan destekler, köylüler bakımından ciddi zararlara yol açmıştır. Bu zararların en büyüğü, sistemin yoğun kimyasal kullanımı gereksinimi

ve son olarak, tarımsal araştırma-geliştirmenin köylüler ve kırsalda çalışan diğer insanların aktif katılımlarını temin ederek, ihtiyaçlarına yönelik olmasını sağlama sorumluluğu da bildirdede düzenlenmiştir.⁷⁴

Bildirgenin zikredilen önemine rağmen, bir yumuşak hukuk belgesi olması sebebiyle hak dilini dönüştürecek bir güçte olmadığı belirtilebilir.⁷⁵ Ancak insan

dolayısıyla çevre ve insanların sağlığını olumsuz yönde etkilemesi olmuştur. 2019 yılında İnsan Hakları Komitesi, Paraguay aleyhine verdiği ve söz konusu sistemin etkilerinin konu olduğu karar ile zehirli pestisitlere maruz kalmış 20'den fazla kişinin yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/126/D/2751/2016&Lang=en.

⁷⁴ Maddenin tamamı şu şekildedir;

"1. Köylüler ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanlar, bu Bildirgenin 28. maddesi uyarınca, aşağıdakiler dahil olmak üzere tohum hakkına sahiptir:

a. Gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarıyla ilgili geleneksel bilginin korunması hakkı;

b. Gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının kullanımından doğan faydaların paylaşımına adil katılım hakkı;

c. Gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının korunması ve sürdürülebilir kullanımıyla ilgili konularda karar verme sürecine katılma hakkı;

d. Çiftçi tarafından ayrılmış tohumları ya da üretim materyalinin malzemelerini saklama, kullanma, mübadele etme ve satma hakkı.

2. Köylüler ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanlar, kendi tohumlarını ve geleneksel bilgilerini sürdürme, kontrol etme, koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

3. Devletler, köylülerin ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanların tohum haklarına saygı göstermesi, bu hakların korunması ve yerine getirilmesi için önlemler alır.

4. Devletler, ekim için en uygun zamanda ve uygun fiyata köylülere yeterli kalite ve miktarda tohumların temin edilmesini sağlar.

5. Devletler, köylülerin ya kendi tohumlarına ya da yerel olarak kendi seçtikleri diğer tohumlara dayanma ve yetiştirmek istedikleri ekin ve türlere karar verme haklarını tanırlar.

6. Devletler, köylü tohum sistemlerini desteklemek ve köylü tohumlarının ve tarımsal biyoçeşitliliğin kullanımını teşvik etmek için uygun önlemler alır.

7. Devletler, tarımsal araştırma-geliştirmenin köylüler ve kırsalda çalışan diğer insanların ihtiyaçlarına yönelik olmasını sağlar; deneyimlerini dikkate alarak, bu kişilerin, önceliklerin tanımlanması ile araştırma-geliştirme sürecine aktif katılımını sağlar ve köylüler ve kırsalda çalışan diğer insanların ihtiyaçlarını karşılayan yetim ürünlerin ve tohumların ar-ge'sine yatırımı artırır.

8. Devletler, tohum politikalarının, bitki çeşitliliği korumasının ve diğer fikri mülkiyet haklarının, belgelendirme programlarının ve tohum pazarlama mevzuatının köylülerin ve kırsal alanlarda çalışan diğer insanların haklarına, onların ihtiyaçlarına ve gerçekliklerine saygılı olmasını ve bu ihtiyaçları ve gerçeklikleri dikkate almasını sağlar."

Bolivya, tohum hakkının, Gıda ve Tarım için Bitki Genetik Kaynaklarına İlişkin Uluslararası Antlaşma'da tanındığını ve 19. maddenin, uluslararası tohum şirketlerinin avantajlı olduğu bir ortamda köylülerin otonomisine katkıda bulunarak, mevcut dezavantajlı konumlarını iyileştirmeyi hedeflediğini açıklamıştır. (Report of the open-ended intergovernmental working group on a United Nations declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/36/58, par. 209. Bu çerçevede çoğu devletin ilgili hak bakımından çekincesi, tohumun yeni bir hak olması ve mevcut fikri mülkiyet düzenlemeleri ile bir çatışma doğuracak olması olmuştur. Böyle bir çatışmayı engellemek bakımından İsviçre doğrudan Bitki Antlaşmasının 9. maddesini bildireye almayı önermiştir. (Report of the open-ended intergovernmental working group, A/HRC/36/58, par. 206-208).

⁷⁵ Bu noktada uluslararası hukukta belirli ilişkileri hukukileştirmek, belirli ilişkileri ise hukuk dışına çıkarmak amacıyla işleyen bir sürecin var olup olmadığı sorgulanmalıdır. Zira bazı alanlara ilişkin düzenlemelerin bağlayıcı hukuki düzenlemelere tabi tutulması sürecinde, bu alanlar hukuksallaş-

hakları hukuku perspektifinde, bazı araştırmacılar, bildirgenin üstünlüğünü bazı faktörler bakımından temellendirmektedirler. Bunlardan ilki, BM Şartı'nda yer alan 103. maddedir. Düzenleme “*Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir.*” şeklindedir. İnsan hakları sorumluluklarına ilişkin olarak Şart'ın 55(c) ve 56. maddeleri çerçevesinde de insan hakları yükümlülüklerinin bir çatışma halinde üstün geleceği belirtilmektedir.⁷⁶

Çatışma bakımından bir diğer nokta, Bildirge'nin 2/4. maddesi düzenlemesidir: “*Devletler, ticaret, yatırım, finans, vergi, çevre koruma, kalkınma işbirliği ve güvenlik alanlarını da kapsayan uluslararası antlaşma ve standartları kendi insan hakları yükümlülüklerine uygun bir şekilde ayrıntılı olarak hazırlar, yorumlar ve uygular.*” Bu çerçevede bildirgenin zımnen insan hakları yükümlülüklerini diğer konulardan doğan yükümlülüklerden üstün tuttuğu belirtilebilir. Bu düzenlemelerin bildirgedeki haklar ile uyumlu olacak şekilde yorumlanması ve olası bir çatışmanın engellendiği anlaşılmaktadır.⁷⁷

Son olarak, Golay BM Genel Kurulu'nun Bildirge bakımından yaptığı çağrıya dikkat çekerek, bildirge kabul edildiğinde, Genel Kurul'un herhangi bir ayırım gözetmeksizin “*BM sisteminin hükümetlerini, kurumlarını, teşkilatlarını, hükümetler arası ve sivil toplum kuruluşlarını Bildirgeyi yaymaya ve evrensel saygı ve anlayışı teşvik etmeye*” davet ettiğini belirtmektedir. Bu çağrı, devletlerin Bildirge'nin kabulü bakımından kullandığı oydan bağımsız şekilde, tüm devletlere yönelik yapılmıştır. Dolayısıyla Bildirge'nin klasik anlamda bir yumuşak hukuk belgesi gibi işlev görmeyeceği düşünülebilir.⁷⁸

tırılırken (*juridfy*) bazı alanların hukuki alandan olabildiğince uzaklaştırılarak yumuşak hukuk mekanizmaları ile düzenlendiği belirtilebilir. Bu durum biyoçeşitlilik düzenlemesi ve TRIPS arasındaki farkların değerlendirilmesi ile açıklığa kavuşabilir. Zira TRIPS ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı gibi etkin devletler arası mekanizmalara sahip, uyumsuzluk çözümünün işlevsel olduğu bir sistemdir. Ancak çevreye ilişkin çoğu düzenleme, değerlendirme, müzakere ya da uyumsuzluk çözümü merciden yoksun şekilde yapılandırılmaktadır. Bkz.; A. Claire Cutler, “Gramsci, Law, and the Culture of Global Capitalism”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, C. 8, S. 4, 2005, 527-542, 537.

⁷⁶ Bu konuyla ilgili devletlerin DTÖ ve insan hakları -gıda hakkı özelinde- sorumlulukların değerlendirildiği bir çalışma için bkz.; Chris Downes, “Must the Losers of Free Trade Go Hungry - Reconciling WTO Obligations and the Right to Food”, *Virginia Journal of International Law*, C. 47, S. 3, 2007, 619-692, 647-654.

⁷⁷ Golay, Batur, *Practical Manual on the Right to Seeds in Europe*, 19-20.

⁷⁸ Christophe Golay, *The Right to the Land and the UNDROP*, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022., 15. Nitekim Bildirge içtihat hukukunda da değerlendirilmiştir: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Lhaka Honhat Association davasında Arjantin'in yerli grupların komünal mülkiyet, sağlıklı bir çevre, kültürel kimlik, gıda ve su haklarını ihlal ettiğini beyan etmiştir. Köylü Bildirgesi'ne atıf yapılan kararda, özellikle, toprağa ve doğal kaynaklara erişimin, kırsaldakiler için artan bir zorluk olduğunu ve onların kendi tasarruf hakları ve bağlı oldukları doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımını güvence altına almalarının önünde engellerin olduğunu belirtmiştir. Ardından Bildirge'nin 2/4 maddesine atıf yapan Mahkeme, Köylü Hakları Bildirgesi'ne dayalı olarak devlet sorumluluğunu değerlendirmede-

SONUÇ

Kırsal alanlar ve tarım sorunu, tarih boyunca farklı açılardan siyaset, hukuk, ekonomi gibi bağlamlarda tartışılmıştır; günümüzde ise iklim krizi, artan yoksulluk ve eşitsizlik bağlamında ve bu bölgelerde yaşayan insanların hakları temelinde gelişen bir literatürün oluştuğu gözlemlenmektedir. İçinde bulunduğumuz dönem itibariyle yaşanan gıda krizi, hem bu literatürün tekrar değerlendirilmesini hem de açlık ve yoksulluk gibi kırsala özgülünen sorunların yapısal nedenlerine eğilinmesini gerekli kılmıştır.

Kırsaldaki bireylerin yaşadığı sorunlar da bu çerçevede tartışılmıştır. Özellikle tohum, su, toprak gibi doğal kaynaklara erişimde ve bu kaynakların kullanılmasında yaşadıkları sorunlar, zorla yerinden etme pratikleri, herhangi bir sosyal güvence olmaksızın kayıtdışı çalışmalar, bu bakımdan önem arz etmektedir.

Mevcut sorunlar ve ilgili düzenlemeler bakımından uluslararası hukukun rolünü takip edebilmek adına söz konusu çalışma tohumla ilgili addedilen başat düzenlemeleri öncesinde tarihsel süreci de değerlendirerek analiz etmiştir. Daha sonra 2018 yılında BM Genel Kurulu'nda kabul edilen köylü hakları bildirgesinde tohumun ne şekilde insan hakkı olarak düzenlendiğini açıklamaya çalışmıştır.

Tohuma ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri bakımından birincil sorunun, köylülerin fikri mülkiyet ya da ıslahçı hakları kapsamında korunan tohumları ekmelerinin ardından bu tohumlardan tasarruf etmelerinin yasallığı olduğu değerlendirilebilir. Bu bakımdan Bitki Antlaşması'nın ulusal kanunları önceleyen ve çiftçi hakları söylemi ile tohumu korumaya çalışan anlayışı, köylü hakları bildirgesi ile bir insan hakkı olduğu kabul edilen tohum hakkının tanınması ile farklı bir temele kavuşmuştur. Bu durum, küçük ölçekli çiftçilerin kullandığı tohumların yaklaşık %90'ının resmi olmayan yollar ile (tarladan ayrılan ya da takas şenlikleri gibi kendi aralarındaki mübadele sonucu) elde edildiği düşünüldüğünde, oldukça önemlidir.⁷⁹

Tohum hakkı bağlamında devletin köylü tohum sistemini desteklemesinin sorumluluk kapsamında olduğu göz önüne alındığında, fikri mülkiyet haklarının yarattığı olumsuz tekelleşmenin önüne geçilebileceği, bu girişimin de biyolojik çeşitliliğin korunması bakımından önemli bir adım teşkil edeceği kuşkusuzdur. Bu gelişmenin ise açlıkla mücadelede araçsallaştırılarak; köylüleri, büyük, tarımsal-endüstriyel çiftliklerin baskısından koruması ve tarımı piyasa başarısızlıklarına karşı daha dayanıklı hale getirmesi beklenebilir. Nitekim Bildirge'de

ğini açıklığa kavuşturmuş ve Bildirge'den, Arjantin'in criollo popülasyonunun kırılmalılığı bakımından yardımcı bir referans noktası olarak yararlandığını ifade etmiştir; Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina, par. 136, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_ing.pdf.

⁷⁹ Shawn McGuire, Louise Sperling, "Seed systems smallholder farmers use", *Food Security*, C. 8, 179-195, 2016, 190.

koruma altına alınan üretim araçlarına erişim hakkı çerçevesinde de köylülerin doğa ile doğrudan bir ilişki kurarak yaşamlarını idame ettirebilmeleri sağlanmaya ve korunmaya çalışılmıştır. Böylelikle, ilkel birikimin sürekliliğinin hukuk eliyle yaratılan yapay kurumları, farklı bir dil ile ancak aynı alan içerisinde dönüşüme uğramaktadır. Bu çerçevede tohum, geçmişin hakikatini geleceğe taşıyan ve yaşamı simgeleyen yapısı ile dönüşümün başlıca aracı ve hedefi olmaktadır.

Hülasa, köylülerin insan hakları hukuku karşısında bir özne olarak tanındığı ve bu tanımın köylüleri devlet egemenliği ile özel mülkiyet kurumlarının katı çerçevesine tabi kılmadığı, bildirgenin bu katı çerçeveleri esneterek, insan haklarını dönüştürücü bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Bu durumun, uluslararası hukukta parçalanma tartışmalarının hayaletinin hissedildiği zayıflayan bir yazına değil, rejimler arası çalışmaların artışı ile zengin bir literatüre yol açacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve makaleler

- Anaya, S James and Rodríguez-Piñero, Luis. “The UNDRIP’s Relationship to Existing International Law”, Ch. 2 The Making of the UNDRIP, ed. Jesie Hohmann, Marc Weller. *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Commentary*. Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199673223.001.0001/law-9780199673223-chapter-3>.
- Bass, Katie. “The Battle over Plant Genetic Resources: Interpreting the International Treaty for Plant Genetic Resources”. *Chicago Journal of International Law*, C. 6, S. 1, (2015): 151-184.
- Chang, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder*. Londra: Anthem Press, 2002.
- Claeys, Priscilla and Edelman, Marc. “The United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas”. *The Journal of Peasant Studies*, C. 47, S. 1., (2020): 1-68.
- Claeys, Priscilla. *Human Rights and the Food Sovereignty Movement*. Abingdon: Routledge, 2015.
- Çoban, Aykut. *Ekolojik İhtilaflar ve Kapitalizm*. Ankara: İmge, 2018.
- Cristiani, Eloisa and Strambi, Giuliana. Farming Models and Peasants’ Rights. *The United Nations’ Declaration on Peasants’ Rights*. ed. Mariagrazia Alabrese, Adriana Besa, Margherita Brunori, Pier Filippo Giuggioli, Londra: Routledge, 2022, 177-187.
- Cutler, A. Claire. *Gramsci, Law, and the Culture of Global Capitalism, Critical Review of International Social and Political Philosophy*, C. 8, S. 4, (2005): 527-542.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun ve Berk, Kahraman. *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Gradoni, Lorenzo and Pasquet, Luca. “Voice under Domination: Notes on the Making and Significance of the United Nations Declaration on the Rights of Peasants”. *EJIL*, C. 33, (2022): 39-63.
- Harvey, David. *Yeni Emperyalizm*, çev. Hür Güldü, İstanbul: Everest, 2004.
- Haugen, Hans Morten. “The UN Declaration on Peasants’ Rights (UNDROP): Is Article 19 on seed rights adequately balancing intellectual property rights and the right to food?”. *The Journal of World Intellectual Property*, C. 23, S. 3-4, (2020): 288-309.
- Haugen, Hans Morten. *The Right to Food and the TRIPS Agreement*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.
- Heri, Corina. “Justifying New Rights: Affectedness, Vulnerability, and the Rights of Peasants”. *German Law Journal*, C. 21, (2020): 702-720.
- Heri, Corina. “The Human Right to Land, for Peasants and for All: Tracing the Social Function of Property to 1948”. *Human Rights Law Review*, C. 20, (2020): 433-452.
- Hobsbawm, Eric. *Kısa 20. Yüzyıl 1914-1991*. çev. Yavuz Alogan, İstanbul: Sarmal, 1996.
- Hohmann, Jessie; Weller, Marc Introduction, ed. Jessie Hohmann, Marc Weller. *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - A Commentary*, Erişim Tarihi: Ağustos 15, 2022, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199673223.001.0001/law-9780199673223-chapter-21>.

- Holt-Gimenez, Eric. *A Foodie's Guide To Capitalism*, Monthly Review Press, Food FirstBooks, 2017.
- Hughes, Carys. "Action Between the Legal and the Illegal: A-Legality as a Political-Legal Strategy". *Social & Legal Studies*, C: 28, S. 4, (2018): 470-492.
- İslamoğlu, Huricihan. *Dünya Tarihi ve Siyaset*. İstanbul: İletişim, 2021.
- Karahanoğulları, Onur. Paşukanis ve Sönümlenmecî Hukuk Kuramı, <https://www.hukuk-politik.com.tr/2016/11/02/pasukanis-sonumlenmecî-hukuk-kuramı/> Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022.
- Keyder, Çağlar ve Yenel, Zafer. *Bildiğimiz Tarımın Sonu - Küresel İktidar ve Köylülük*. İstanbul: İletişim, 3.bs., 2015.
- Köymen, Oya. *Kapitalizm ve Köylülük*. İstanbul: Yordam, 2008.
- Laurence R. Helfer and Graeme W. Austin. *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, New York: Cambridge University Press, 2011.
- Locke, John. *Hükümet Üstüne İkinci Tez*. çev. Aysel Doğan, İlya İzmir Yayınevi, 2000.
- Lokhandwala, Zainab. "Peasants' Rights as New Human Rights: Promises and Concerns for Agrobiodiversity Conservation". *Asian Journal of International Law*, (2022): 1-16.
- Lowder, Sarah K.; Sánchez Marco V. ve Bertini, Raffaele. "Which farms feed the world and has farmland become more concentrated?". *World Development*, C. 142, (2021): 1-18.
- Marx, Karl. *Yahudi Sorunu*. çev. Sol Yayınları Yayın Kurulu, Ankara: Sol, 1997.
- Mattei, Ugo ve Capra, Fritjof. *Hukukun Ekolojisi*. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2017.
- McGuire, Shawn and Sperling, Louise. "Seed systems smallholder farmers use". *Food Security*, C. 8, (2016): 179-195.
- Montenegro De Wit, Maywa. "Stealing into the Wild: Conservation Science, Plant Breeding and the Makings of New Seed Enclosures". *Journal of Peasant Studies*, C. 44, S. 1, (2017): 169-212.
- More, Thomas. *Ütopya*. Ankara: Kaynak, 2000.
- Moyn, Samuel. *Not Enough Human Rights in an Unequal World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- Mutioğlu Özkesen, Melek. *Toprakları Kapatmak*. İstanbul: İletişim, 2022.
- Narula, Smita. "Peasants' Rights and Food Systems Governance". *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights*, ed. Mariagrazia Alabrese, Adriana Bessa, Margherita Brunori, Pier Filippo Giuggioli, Londra: Routledge, (2022): 151-164.
- Nizam, Derya and Yenel, Zafer. "Seed politics in Turkey: the awakening of a landrace wheat and its prospects". *The Journal of Peasant Studies*, C. 47, S. 4, (2020): 741-766.
- Peschard, Karine. "Seed wars and farmers' rights: comparative perspectives from Brazil and India". *The Journal of Peasant Studies*, C. 44, S. 1, (2016): 1-25.
- Radkau, Joachim. *Doğa ve İktidar*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. bs., 2020.
- Ricciardi, Vincent; Ramankutty, Navin; Mehrabi, Zia; Jarvis Larissa and Chookolingoa, Brenton. "How much of our world's food do smallholders produce?". *Global Food Security*, C. 17, (2018): 64-72.
- Şimşek, Galip Engin. *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması*. İstanbul: Beta, 2016.

- Thompson, E. P. *Avam ve Görenek*. çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul: İletişim, 2006.
- van der Ploeg and Jan Douwe. *The New Peasantries*. Londra: Earthscan, 2008.
- Weber, Eugen. *Köylülerden Fransızlara*. çev. Çağdaş Sümer, Ankara: Heretik, 2017.
- Weber, Max. *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhunu*. Ankara: Ayraç, 1999.

Diğer Kaynaklar

- '*Fonio just grows naturally*': could ancient indigenous crops ensure food security for Africa?, Erişim Tarihi: Ağustos 31, 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/jul/07/fonio-indigenous-crops-africa-food-security>.
- Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22860.pdf>.
- Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_ing.pdf.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (COVID-19,)E/C.12/2020/2, Erişim Tarihi: Ağustos 21, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/342/41/PDF/G2034241.pdf?OpenElement>.
- Committee on the advancement of the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/19/75, Erişim Tarihi: Temmuz 14, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/108/03/PDF/G1210803.pdf?OpenElement>.
- Cüneyt Akman, En İyi Köylü Ölü Köylüdür!, Birikim Sayı 147 - Temmuz 2001, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2022. <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-147-temmuz-2001/2338/en-iyi-koylu-olu-koyludur/2544>.
- Final study of the Human Rights Council Advisory.
- Free, Prior and Informed Consent (FPIC), Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022.
- General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/25, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Sza b0oXTdlmnsJZZVQdxONLLLJiul8wRmVtR5Kxx73i0Uz0k13FeZiqChAWHKFuB qp%2B4RaxfUzqSAfyZYAR%2Fq7sqC7AHRa48PPRRALHB>.
- Gıda ve Tarım İçin Bitki Genetik Kaynakları Uluslar Arası Antlaşması, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060808-4.htm>.
- Golay, Christophe, Batur, Fulya, Practical Manual on the Right to Seed in Europe, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://geneva-academy.ch/joomlatoools-files/docman-files/Briefing%2019.pdf>.
- Golay, Christophe. Legal analysis on the rights of peasants and other people working in rural areas: The Right to Seeds and Intellectual Property Rights, 2016, Erişim Tarihi: Ağustos 18, 2022. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPeasants/Session3/StatementsPresentations/Cristophe_Golay_GENEVA_ACADEMY.pdf.

- Golay, Christophe. Negotiation of a United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas, 2015, 10, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPeasants/Session2/ChristopheGolay.pdf>.
- Golay, Christophe. The Right to the Land and the UNDROP, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. [https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Guide%20the%20right%20to%20land%20and%20UNDROP%20\(1\).pdf](https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Guide%20the%20right%20to%20land%20and%20UNDROP%20(1).pdf).
- Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) - Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2022. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C169,/Document.
- International Undertaking on Plant Genetic Resources, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022. <https://cgspace.cgiar.org/bitstream/handle/10947/683/cg8405f.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, Erişim Tarihi: Ağustos 29, 2022. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2147/index.do>.
- Preliminary study of the Human Rights Council Advisory Committee on discrimination in the context of the right to food, A/HRC/13/32, Erişim Tarihi: Ağustos 17, 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/677605>.
- Report of the open-ended intergovernmental working group on a United Nations declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/39/67, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/212/52/PDF/G1821252.pdf?OpenElement>.
- Report of the open-ended intergovernmental working group, A/HRC/36/58, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/222/52/PDF/G1722252.pdf?OpenElement>.
- Report of the Special Rapporteur on the right to food, Michael Fakhri, Seeds, right to life and farmers' rights, A/HRC/49/43, 30 December 2021, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/3956872>.
- Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter (on building resilience: a human rights framework for world food and nutrition security), A/HRC/9/23, 8, Erişim Tarihi: Ağustos 17 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/636785?ln=en>.
- Seeds and Patents on Life, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. <https://www.globalagriculture.org/report-topics/seeds-and-patents-on-life.html>.
- Shashikant, Sangeeta, Meienberg, François. International Contradictions on Farmers Rights, 2015, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. https://www.apbrebes.org/files/seeds/files/Treaty_UPOV_WIPO%20Interrelations_def_150929.pdf.
- Small-Scale Farmers and Peasants Still Feed the World, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2022, https://www.etcgroup.org/files/files/31-01-2022_small-scale_farmers_and_peasants_still_feed_the_world.pdf.
- Türkiye Kaynaklı Mor Havuçta Biyolojik Korsanlık, Erişim Tarihi: Temmuz 5 2022, <https://www.biyologlar.com/turkiye-kaynakli-mor-havucta-biyolojik-korsanlik>.
- Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2022. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/126/D/2751/2016&Lang=en.

- Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure, Erişim Tarihi: Ağustos 2, 2022. <https://www.fao.org/3/i2801e/i2801e.pdf>.
- Who Will Feed Us? The Industrial Food Chain vs. The Peasant Food Web, 3.bs., 2017, Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/files/etc-whowillfeedus-english-webshare.pdf>.
- Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesi, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070728-1.htm>.
- Yerli Halkların Hakları Bildirgesi, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2022. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf.

CEZA YARGILAMASINDA CUMHURİYET SAVCISININ TARAFSIZLIĞI SORUNU^(*)

Arş. Gör. Alp Tolgahan SERTTAŞ^(**)

Öz

Ceza yargılamasına katılan sùjelerden biri olan Cumhuriyet savcısının taraf olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu doktrinde üzerinde görùş birliğine varılamayan konulardan birisidir. Bu konuda doktrinde hemen her yazar ya farklı görùş ileri sürmekte ya da aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşmaktadır. Cumhuriyet savcısının yargılamada taraf olarak kabul edilemeyeceğini savunanlar olduğu gibi yargılamanın bir tarafı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görùş ifade edenler de bulunmaktadır. Taraf olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görùş ifade edenler de kendi içlerinde şekli anlamda taraf- maddi anlamda taraf, makam itibariyle taraf- şahsı itibariyle taraf şeklinde ayrılmaktadır. Taraf olarak kabul etmeyenler ise Cumhuriyet savcısının yargılamanın tarafı değil, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hususunda mahkemeye yardım etmesi amacıyla kanun koyucu tarafından görevlendirilmiş bağımsız bir adalet organı olduğu görùřünü paylaşmaktalar. Bilindiği üzere mevzuatımızda Cumhuriyet savcısının reddine yönelik bir mekanizmaya yer verilmiş değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hakim, bilirkişi ve zabıt katibinin reddi düzenlenmiş ama bu düzenlemelerde Cumhuriyet savcısına yer verilmemiştir. Yukarıda yer verilen görùřler teorik bir tartışmadan ziyade bu noktada önem kazanmaktadır. Zira cumhuriyet savcısını taraf olarak kabul edecek olursak, tarafsız olmak gibi bir yükümlölüğünün olduğunu ileri süremeyecek ve reddini talep edemeyeceğiz. Ancak Cumhuriyet savcısının tarafsız olmakla yükümlü olduğunu kabul edecek olursak tarafsızlığını tehlikeye düşüren durumlarda reddi veya çekinmesini talep edebilmemiz gerekmektedir. Ceza muhakemesi kanunumuzda Cumhuriyet savcısının taraf olup olmaması ile ilgili doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu m.160/2 savcıya; şüpheli veya şanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamayı ve şüphelinin haklarını korumayı bir görev olarak yüklemiştir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m.46/3'te ve 68/1-b'de hakim ve savcılarının tarafsız olmaları gereği dolaylı olarak vurgulanmaktadır. Çalışmamızda ve sunumumuzda tüm bu hususlar değerlendirilecek olup, kendi görùřümüz gerekçelendirilerek sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Cumhuriyet Savcısı, Tarafsızlık, Savcının Reddi, Ceza Yargılaması, Savcının Davaya Bakamaması.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169812.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halindedir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi, Hukuku Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.

E-posta: tolgahanserttas@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3423-3921>.



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

THE PROBLEM OF IMPARTIALITY OF PUBLIC PROSECUTOR IN CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

Whether the public prosecutor, who is one of the subjects participating in the criminal proceedings, can be accepted as a party is one of the issues on which no consensus can be reached in the doctrine. Almost every writer in the doctrine on this subject either puts forward different views or reaches the same conclusion for different reasons. While there are those who argue that the public prosecutor cannot be accepted as a party in the trial, there are also those who express their opinion that it should be accepted as a party to the trial. Those who express an opinion that it should be accepted as a party are also divided as party in the formal sense, party in the material sense, party in terms of authority and party in person. Those who do not accept it as a party share the view that the Public Prosecutor is not a party to the proceedings, but an independent justice body appointed by the Legislator to assist the court in revealing the material truth. As it is known, there is no mechanism in our legislation for the rejection of the public prosecutor. The Criminal Procedure Code regulates the rejection of the judge and the court clerk, but the public prosecutor is not included in these regulations. The above-mentioned views gain importance at this point rather than a theoretical discussion. If we accept the public prosecutor as a party, we will not be able to claim that he has an obligation to be impartial and we will not be able to demand its rejection. However, if we accept that the Public Prosecutor is obliged to be impartial, we should be able to demand rejection or hesitation in cases that jeopardize his impartiality. Although there is no direct regulation regarding whether the public prosecutor is a party in our Code of Criminal Procedure, Art. 160/2 to the prosecutor; It is a duty to collect evidence both in favor and against the suspect or the accused and to protect the rights of the suspect. Law No. 2802 on Judges and Prosecutors, art. In 46/3 and 68/1-b, it is indirectly emphasized that judges and prosecutors should be impartial. All these issues will be evaluated in our study and presentation, and our own opinion will be presented with justification.

Keywords

Public Prosecutor, Impartiality, Rejection of the Prosecutor, Criminal Proceedings, Where a Prosecutor is Excluded.

Extended Abstract

Whether the public prosecutor, who is one of the subjects participating in the criminal proceedings, can be accepted as a party is one of the issues on which no consensus can be reached in the doctrine. Almost every writer in the doctrine on this subject either puts forward different views or reaches the same conclusion for different reasons. While there are those who argue that the public prosecutor cannot be accepted as a party in the trial, there are also those who express their opinion that it should be accepted as a party to the trial. Those who express an opinion that it should be accepted as a party are also divided as party in the formal sense, party in the material sense, party in terms of authority and party in person. Those who do not accept it as a party share the view that the Public Prosecutor is not a party to the proceedings, but an independent justice body appointed by the Legislator to assist the court in revealing the material truth. As it is known, there is no mechanism in our legislation for the rejection of the public prosecutor. The Criminal Procedure Code regulates the rejection of the judge and the court clerk, but the public prosecutor is not included in these regulations. The above-mentioned views gain importance at this point rather than a theoretical discussion. If we accept the public prosecutor as a party, we will not be able to claim that he has an obligation to be impartial and we will not be able to demand its rejection. However, if we accept that the Public Prosecutor is obliged to be impartial, we should be able to demand rejection or hesitation in cases that jeopardize his impartiality. Although there is no direct regulation regarding whether the public prosecutor is a party in our Code of Criminal Procedure, Art. 160/2 to the prosecutor; It is a duty to collect evidence both in favor and against the suspect or the accused and to protect the rights of the suspect.

The first problem to be resolved regarding the issue of the impartiality of the public prosecutor is the legal nature of the prosecutor. As we have explained in detail above, there are three main views on this subject; The view that the prosecutor's office is an administrative authority, the view that it is a judicial authority, and the views that it is a mixed authority that combines judicial and administrative features. As we have stated above, we are of the opinion that the prosecutor's office is a mixed legal authority. While this mixed quality creates judicial and administrative qualifications,

we accept that judicial duties are predominant. Although the public prosecutors have been given judicial and administrative duties by the legislator, we are of the opinion that the judicial duties of the prosecutors are predominant. Because, pursuant to article 160 of the Criminal Procedure Code, the main duty of the public prosecutors is to investigate the material truth as soon as they learn the information about the crime. Again, public prosecutors have administrative duties such as implementing the prepayment institution and deciding on administrative sanctions pursuant to article 23 of the Misdemeanor Law. However, besides his judicial duties, these administrative duties do not change the fact that the public prosecutor's judicial duties are predominant, while giving the institution a mixed legal character.

After determining the legal nature of the public prosecutor, another issue to be resolved is whether the prosecutor is a party. The solution of the aforementioned issue will bring us to a conclusion in the problems of whether the prosecutor has the obligation to act impartially and whether the prosecutor who violates the obligation of impartiality can be rejected. Although there are many different opinions in the doctrine as to whether the public prosecutor is a party or not, we are of the opinion that the prosecutor is not a party. Because, in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure, the prosecutor is obliged to investigate the material truth, collect evidence both in favor and against the suspect, and protect the rights of the suspect, and the Republic, which has lost its impartiality in article 46/3 and article 68/1-b of the Law on Judges and Prosecutors No. 2802. Disciplinary sanctions to be applied against prosecutors have been regulated. In addition, in many national and international declarations that we have mentioned above, it has been unconditionally accepted that the public prosecutor is impartial and objective. We also accept that the Public Prosecutor is impartial, whose duty is to help reveal the material truth, who can demand the acquittal of the accused at the end of the trial, whose conviction he requested in the indictment, and who can apply to legal remedy in favor of the accused.

GİRİŞ

Ceza muhakememizde her süje farklı hak ve yetkilerle donatılmış olup her biri, önem derecesi birbirinden farklı olmakla birlikte, bağımsız yetkilere sahiptir. Bir yargılama süjesi olan ve uluslararası bildirilerce tarafsızlığı şartsız, koşulsuz kabul edilen Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesi sistemimizde taraf olup olmadığı hususu hala çözülebilmemiş değildir. CMK m.160 hükmü gereğince maddi gerçeği araştırmakla, şüphelinin haklarını korumakla görevlendirilen bir makamın yargılamada taraf olduğunun kabulü kurumun varlık amacıyla ters düşecektir. Muhakeme hukukumuzda Cumhuriyet savcısı iddianame ile cezalandırılmasını talep ettiği sanığın yargılama sonunda beraatini mahkemeden talep edebilmekte sanığın lehine de kanun yoluna başvurabilmektedir. Tüm bu görev ve yetkiler bir yargılama süjesi olan Cumhuriyet savcısının tarafsız olmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak mer'î mevzuatımızda savcının taraf olup olmadığı ve tarafsız olduğunun kabulü halinde tarafsızlığının nasıl sağlanacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Söz konusu tartışmalara geçmeden önce Cumhuriyet savcısının hukuki statüsünün tespit edilmesi gerektiği, daha sonra ceza muhakemesinde taraf olup olmadığının çözülmesi ve en son olarak da tarafsızlığını kaybeden bir savcı hakkında başvurulabilecek yollar ile naçizane çözüm önerilerimize yer verilecektir.

I. CUMHURİYET SAVCISININ HUKUKİ STATÜSÜ

Ceza muhakemesi üç ayaklı bir masaya benzetilip, sırasıyla bu ayaklar iddia, savunma ve yargılama olarak adlandırılmaktadır. Bu masanın ayaklarından birinin eksikliği masanın devrilmesine yol açacağı gibi, bir ayağın diğerinden uzun olması da dengede durmasını engelleyecektir. Yargılama sistemimizde Cumhu-

riyet savcısı toplumsal iddia makamı olarak görev yapmaktadır. Toplum adına iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü konusunda görüş birliği bulunmamaktadır¹. Bu konuda Cumhuriyet savcısının idari bir makam olduğunu savunanlar olduğu gibi adli bir makam olduğunu savunan görüşler ve karma nitelikli bir makam olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Söz konusu görüşler ve varılan sonuçlar Cumhuriyet savcısının tarafsızlığı ve reddi konularının açıklığa kavuşmasına hizmet etmektedir. Başlık altında öncelikle söz konusu görüşleri aktarıp son olarak gerekçeleriyle birlikte kendi kabulümüzü açıklamaya çalışacağız.

A. İDARİ BİR MAKAM OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Savcılığın idari bir makam olduğu görüşü; Cumhuriyet savcısını idarenin mahkemeler nezdindeki temsilcisi olarak kabul etmektedir. Kamu davasının açılmasını idari bir faaliyet olarak kabul edip, söz konusu görevi icra ile yükümlü olan Cumhuriyet savcısını idari bir makam olarak kabul etmektedir. Cumhuriyet savcıları da tıpkı diğer idari organlar gibi yasaların uygulanmasını idare adına gerçekleştirir, mahkemelerce verilen yargı kararlarını hükümet adına icra ederler. Bu görüşe göre, savcılık faaliyetini yargı faaliyeti içerisinde görmek mümkün olmadığından anayasal teşkilatlanma bakımından da yürütme içerisinde görülmesi mantıklı bir çıkarım olacaktır².

¹ Hakan Karakehya ve Murat Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65, S. 4 (2016): 2059-2081: 2066; Hamide Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü". Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015): 1-26:3; Tuba Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, S. 2 (2021): 275-291: 276; Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), 69; Mustafa Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu- Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, (Ankara, Turhan Kitabevi, 2008), 7; Mustafa Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7, S. 1 (2014): 45-66: 46; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 215; Cengiz Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki". Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015): 53-85:3; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 132; Hüseyin Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 71.

² Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", 4; Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 70; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 276; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2066; Hüseyin Şık, "Müddei Umumiden Savcıya Evrilen Yolculuk", *Adalet Dergisi*, 62-63, S. 1-2 (2019): 509-530: 511; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 8; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 46; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 215; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 54; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi". Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015): 87-113: 87; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 161; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 132; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 73; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 209.

İdari bir makam olduğunu savunanların diğer bir gerekçesi, Cumhuriyet savcısı ve hakim yargılamanın iki ayrı birbirinden bağımsız süjesi olduğundan hukuki mahiyetlerinin aynı olduğu kabul edilemeyecektir. Bu görüşe göre; nasıl ki hakim kamu davası açamıyorsa Cumhuriyet savcısı da açılan kamu davasında yargılama yapamamaktadır. Kanun koyucu iki makamı görev ve faaliyet alanı olarak birbirinden kesin çizgilerle ayırmıştır³. Bu görüş düşüncesine anayasanın “*Yargı yetkisi*” başlıklı dokuzuncu maddesini dayanak noktası yapmaktadır. Söz konusu madde gereğince “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*”. İlgili maddede Cumhuriyet savcılarının adli faaliyetine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, mahkemelerce verilen hükmün başında “Türk Milleti Adına” ifadesi yer alırken, savcılarca hazırlanan iddianamede “Kamu Hukuku” ibaresi yer almaktadır. Söz konusu ifadeler birlikte değerlendirildiğinde savcıların yargı yetkisine sahip olmayıp, yaptıkları faaliyetin idari nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Savcılar ile yürütme organı arasındaki ilişki bizlere savcılığın hukuki niteliği konusunda fikir verecektir. Söz konusu ilişkinin nasıl olması gerektiği noktasında “*Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Hakkında Rapor*”⁴ da değinmek gerekir. Raporun on dördüncü maddesinde savcıların bir bütün olarak toplum adına hareket ettikleri, on beşinci maddesinde savcıların yapmış oldukları faaliyetin nitelendirilmesinin ülkeler bakımından farklılık gösterebilmekle birlikte adil ve tarafsız davranmaların zorunlu olduğu, on yedinci maddesinde tıpkı hakimler gibi savcılarının da şahsi menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda görevde bulunamayacakları, yirmi ve yirmi birinci maddelerinde tarafsızlık ve bağımsızlıklarının güvence altına alınabilmesi için siyasi baskılardan korunmaları gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Yine raporun yirmi ikinci maddesinde de savcılarının siyasi baskı ve müdahalelerden nasıl korunabileceklerine ilişkin öneriler yer almaktadır. Uluslararası düzenlemelerde çözümlenmek istenen problem savcılarının adalet bakanına bağlı olup olmamaları değil yaptıkları faaliyetin adaletle ilgili olması sebebiyle yürütmeye karşı bağımsızlıklarının nasıl sağlanacağı sorunudur. Savcılarının yürütmenin müdahalesinden korunması ana hedeftir⁵.

³ Zafer, “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, 5; Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”, 277; Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 70; Karakehya ve Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü”, 2067; Şık, “Müddei Umumiden Savcıya Evrilen Yolculuk”, 512; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 8; Paksoy, “Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi”, 47; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 215; Apaydın, “Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki”, 54; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 88; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 161; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 132; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 73; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 209.

⁴ Söz konusu raporun tam metni için bk. (Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a67151-fb8b-4c6c-a095-af118c918072.pdf>).

⁵ Zafer, “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, 9; Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”, 277; Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*,

B. ADLİ BİR MAKAM OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Savcılığın adli bir makam olduğunu kabul edenlere göre, savcılık maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve kanunların uygulanmasını sağlaması bakımından adli bir makamdır. Başsavcılık ile arasındaki hiyerarşik ilişki sadece şekli bir husus olup, yapmış olduğu faaliyet tamamen adli niteliktedir⁶. Bu görüşe göre kamu davasının mecburiliği ilkesinin geçerli olduğu bir muhakeme sisteminde Adalet Bakanlığı'nın savcılar üzerindeki yetkisi genel bir gözetim yetkisi mahiyetinde olup savcılığın adli bir makam olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Savcılar, adalet organının bir süjesi olup, hakimler ve avukatlarla birlikte hukuk ve adalet işlerini yürütmekle görevli adli teşkilatın bir parçasını teşkil etmektedirler⁷.

Savcılar mahkemelerden bağımsız olup CMK m.160/2 gereğince sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür. Mahkemeye sundukları iddianamelerde⁸ suça ilişkin nitelendirme ve değerlendirmelerde serbesttirler. Belirte-

70; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2067; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 8; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 47; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 54; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 91; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 161; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 74; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 209.

⁶ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 70; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 277; Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", 9; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 47; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2067; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 9; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 55; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 91; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 72; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 210.

⁷ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 71; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 278; Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", 10; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 9; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2068; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 47; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 55; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 92; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 72; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 210.

⁸ "Savcıların yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır. Ne var ki, idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan, ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan savcılarının verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığının sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcılarının yargılama fonksiyonu içindeki faaliyetlerinden en başta geleni iddianame düzenlenmesi ve kamu davasının açılması, takibi, karara karşı yasal yolların kullanılmasıdır... Bu yasal düzenlemeler göstermektedir ki, ceza yargılamasında savcılık, iddia görevini yerine getiren, gereğinde sanığın haklarını da gözetilen bir yargılama makamı olması yanında, yargılama faaliyeti içinde filen ve hukuken yer alan bir unsur olarak da kabul edilmektedir. İdari görevlerinin varlığı savcılığın aynı zamanda yargılama görevlerinin varlığını kabule engel değildir. Nitekim, hâkimlerin de idari görevleri vardır ve bu görevler yargısal görevlerini ortadan kaldırmamaktadır. Dava açılması ve buna ilişkin iddianamenin düzenlenmesi tümüyle yargısal faaliyetlerdir. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde salt kişisel kusurlu davranışla zarara yol açıldığında cumhuriyet savcısının kişisel

lim ki, Cumhuriyet savcıları mesleğe hakimlerle aynı şartlarla kabul edilip, aynı meslek eğitimini almaktadırlar. Hakimler ve savcılar eşit düzeyde olup, kanun koyucu tarafından her ikisi de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet ile görevli kılınmışlardır⁹. Hakimlik ve savcılık meslekleri arasında geçişin mümkün olması, aynı özlük haklarına sahip olmaları savcılığın adli bir makam olduğunu kabule zorlamaktadır bizleri. Cumhuriyet savcıları TCK tarafından da yargı görevlisi olarak kabul edilmiştir. TCK'nın tanımlar başlıklı altıncı maddesinde yargı görevi yapan ifadesinden mahkeme üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatların anlaşılması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucu hakimlerin yanında Cumhuriyet savcıları ve avukatların da yargı erkinin içerisinde olduğunu kabul edip, dolaylı olarak da adli faaliyette bulunduğunu belirtmiştir. Yine anayasamızda da savcılık kurumu düzenleniş yeri itibarıyla yargı bölümünde düzenlenmiştir. Anayasa m.140'ta ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m.5'te hakim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları düzenlenmiştir. İdari görevler bakımından Bakanlığa sadece Cumhuriyet savcılarının değil, hakimlerin de bağlı olduklarının altının çizilmesi gerekmektedir.

C. KARMA NİTELİKTE OLDUĞUNU KABUL EDEN GÖRÜŞ

Savcılığın hukuki niteliği konusunda savunulan son görüş karma nitelikte bir kurum olduğudur. Bu görüş savcılık kurumunun bünyesinde hem adli hem de idari özellikler barındırdığını, savcılığın salt adli nitelikte veya salt idari nitelikte olduğunu ileri sürmenin kurumu açıklamakta yetersiz kalacağını kabul etmektedir¹⁰. Cumhuriyet savcısı düzenleyeceği iddianame ile kamu davasının açılmasını sağlaması durumunda adli faaliyette bulunurken, mahkemelerce verilen cezaların infazı idari nitelikte görevlerdendir.

sorumluluğu doğar. Zira, iddianame idari bir işlem olmayıp, bu işlemin iptalinin dava konusu edilmesi de olanaklı değildir. İddianamenin kabulü ya da reddi yargı faaliyeti içinde ve kanunda yer alan koşullarla ancak mahkeme kararıyla mümkündür. İddianame, yargılamanın başlayıp yürütülmesindeki rolü nedeniyle yargılamaya dâhildir ve yargılamadan ayrı düşünülmemeyecek nitelikte olması nedeniyle de idari faaliyet kapsamında değerlendirilemez". (YHGK. 07.10.2009. 2009/4-361, 2009/399) (Erişim Tarihi: Temmuz 27, 2022, kararama.yargitay.gov.tr).

⁹ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 71; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 278; Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", 10; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2069; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 210; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 12; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 48; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 55; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 92; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 72.

¹⁰ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 71; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 278; Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2069; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 13; Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", 48; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", 10; Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", 55; Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 92; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 74; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 210.

Karma görüşü savunanlar arasında kuruma karma nitelik kazandıran özelliklerin neler olduğu veya adli ve idari niteliklerin hangisinin daha baskın olduğu noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Savunulan ilk görüş, savcılarının idari işlemlerde yapabilme yetkisine haiz bir adli nitelikte kurum olduğunu kabul etmektedir. İkinci görüş ise savcının yapmış olduğu faaliyetin hem yürütme hem de yargı faaliyeti olduğunu kabul eder¹¹. Savcı suça ilişkin soruşturmayı kamu adına yürütüp muhakemede iddia makamını teşkil eder. Başsavcılık ile arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaktadır. Yargılama yapmadığından salt bir adli makam olduğu söylenemez. Kanun koyucu savcıya kamu davası açmak, kanun yollarına başvurmak gibi adli faaliyetlerde bulunma yetki ve görevi tanımıştır. Bu sebeple savcının faaliyetinin adli alana ilişkin idari bir faaliyet olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Kurumun hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen başlıca görüşleri yukarıda aktarmaya çalıştık. Savcılık kurumunun nitelendirilmesinde gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde kesin bir yargıya varılmaktan kaçınılmaktadır. Zira kurumun muhakeme sistemindeki yeri ve sahip olduğu yetkiler salt adli olmadığı gibi salt idari olduğu da söylenemeyecektir. Bu sebeple kurum ne doğrudan yargı erki içerisinde ne de yürütme erki içerisinde kabul edilememektedir. Mer’i ve mülga mevzuatımızda yer alan düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilerek kurumun hukuki niteliğinin tespit edilebileceğini düşünmekteyiz. 1412 sayılı CMUK m.148/3’te “*Kamu davası açmak için Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısına emir verebilir.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Söz konusu düzenlemeden yola çıkılarak Adalet Bakanının Cumhuriyet savcılarının hiyerarşik amiri olduğu görüşü doktrinde kabul edilmekteydi. Ancak belirtelim ki, söz konusu düzenleme Avrupa Birliği’ne uyum yasaları çerçevesinde çıkarılan 14.07.2004 tarihli, 5219 sayılı Kanun m.3 ile yürürlükten kaldırılmış olup, 5271 sayılı CMK’da da benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple Adalet Bakanı ile Cumhuriyet savcısı arasında hiyerarşik bir ilişkinin varlığından söz edilemeyecektir. Cumhuriyet savcısının hiyerarşik amiri başsavcı olup, başsavcının hiyerarşik amiri bulunmamaktadır¹².

¹¹ Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”, 278; Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 72; Karakehya ve Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü”, 2069; Saldırım, *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu*, 13; Paksoy, “Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi”, 48; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 217; Zafer, “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, 24; Apaydın, “Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki”, 55; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 93; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 74; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 210.

¹² 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.44 ve m.45/2 gereğince Başsavcılar Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından atanmaktadır. Kanunda Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu ibaresi kullanılmaktaysa da kurulun adı 16.04.2017 tarihli Anayasa Değişikliği Referandumu ile Hakimler ve Savcılar Kurulu olarak değiştirilmiştir.

Kanun koyucu Cumhuriyet savcısını adli görevleri bakımından Adalet Bakanına karşı bağımsız kılma arzusundadır. Anayasa m.140 gereğince hakimler ve savcılar sadece idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlıdır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m.5/3 gereğince “*Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir*”. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında da hakim ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler birlikte incelendiğinde kanun koyucunun savcılarının da adli görev yaptığını kabul ederek, adli görevleri dışında kalan sınırlı bir alan bakımından Adalet Bakanlığının denetim ve gözetimine tabi olmasını kabul etmiştir. Yine madde metinleri incelendiğinde görülecektir ki, kanun koyucu hakim ve savcılarının Adalet Bakanlığı ile birlikte düzenlemiş olup, Cumhuriyet savcılarının bakımından bir ayrıma gitmemiştir. Bu sebeple Cumhuriyet savcılarının da tıpkı hakimler gibi adli nitelikte faaliyette bulunduğunu kabul ettiği görüşündeyiz.

Cumhuriyet savcısı kanun koyucu tarafından CMK m.160/1’de suç şüphesini öğrenir öğrenmez işin gerçeğini araştırmakla, m.160/2 gereğince maddi gerçeğin ortaya çıkması ve adil bir yargılamanın gerçekleşmesi amacıyla delilleri toplayıp muhafaza altına almakla görevlendirilmiştir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde koruma tedbirlerinin uygulanması veya sonlandırılması gibi adli nitelikte kararlar vermekle yetkilidir. Söz konusu maddeler birlikte değerlendirildiğinde Cumhuriyet savcısının faaliyet amacının adli nitelikte olduğu söylenebilecektir. Ancak belirtelim ki, Cumhuriyet savcısı idari nitelikte işlemler de yapmaktadır. YCGK’nın da bir kararında vurguladığı üzere¹³ önödeme idari bir kurum olup, savcılığın söz konusu kurumu uygulama görevi idari niteliktedir. Kabahatler Kanunu m.23 gereğince Cumhuriyet savcısına idari nitelikte yaptırımlara karar verme yetkisi tanınmış olup, söz konusu yetki kullanımı idari nitelikte görevlerine bir örnektir¹⁴.

Yapmış olduğumuz tüm açıklamalardan sonra biz Cumhuriyet savcısının adli ve idari nitelikte görev ve yetkileri olan karma nitelikli bir makam olduğunu düşünmekteyiz. Belirtmiş olduğumuz gibi Cumhuriyet savcısı hem adli hem de idari görev ve yetkilerle donatılmıştır. Bu sebeple kurumun hukuki niteliğinin salt adli veya salt idari nitelikte olduğunu kabul etmek kanımızca kısıtlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Karma niteliği oluşturan adli ve idari görevlerden adli görevlerinin

¹³ YCGK. 03.10.1995. 1995/7-235, 1995/262 (Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 132).

¹⁴ “*Cumhuriyet başsavcılığı 5235 sayılı Yasanın 16. maddesi uyarınca, mahkemeler yanında yer alan, adli ve idari görevlerle donatılmış bir organdır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Yasası’nın 23. maddesinde, Cumhuriyet savcısı da, yasada açık hüküm bulunan hallerde idari yaptırım kararı vermekle yetkili kılınmış ise de, yargısal işlem özelliği taşımayan ve salt idari yaptırım kararı vermekle sınırlı bulunan bir yetki, Cumhuriyet savcılığını, yargı yetkisine haiz makam olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz... Kabahatler Yasasının 23. Maddesi hükmü uyarınca, Cumhuriyet başsavcılığı, kabahat oluşturan eylemler yönünden sair kaza makamları arasında değerlendirilse dahi, sair yargı yetkisine haiz makamlar arasında oluşacak görev ve yetki uyumsuzlukları 1684 sayılı Yasanın 1. maddesi kapsamında yer almamaktadır*”. (YCGK. 18.09.2007. 2007/177, 2007/183) (Erişim Tarihi: Temmuz 6, 2022, karararama.yargitay.gov.tr).

ağırlıklı olduğunu kabul etmekteyiz. Zira kanun koyucu Cumhuriyet savcısına adli ve idari görevler vermiş olsa da kurumun asıl amacı işlenen suçları ve suçluların mahkeme önüne taşınması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmektir. Nitekim CMK m.160, 161 ve 170’de bu hususlar Cumhuriyet savcısı bakımından emredici olarak düzenlenmiştir. Kurumun idari nitelikli görevleri de olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi savcılık karma nitelikli bir kurum olmakla birlikte kurumun faaliyet amacının öncelikle adli nitelikte olduğunu kabul etmekteyiz¹⁵.

II. CUMHURİYET SAVCISININ TARAFSIZLIĞI

Hakimler açısından tartışmasız olarak kabul edilen tarafsızlık olgusunun Cumhuriyet savcıları bakımından da geçerli olup olmadığı doktrinin üzerinde uzlaşmadığı hususlardan birisidir. Kısaca, yan tutmama, objektif olma olarak tanımlayabileceğimiz bu kavramın Cumhuriyet savcıları bakımından da geçerli olduğuna ilişkin bir düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmiş değildir. Anayasa m.9’da yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu madde metninden yola çıkılarak hakimler bakımından tarafsızlığın anayasal düzeyde net bir biçimde düzenlendiğini kabul etmemiz gerekirken, muhakemenin bir süjenin Cumhuriyet savcılarının da madde kapsamında olduğu aynı netlikte ifade edilemeyecektir. Bu bakımdan tarafsızlık kavramından yola çıkarak Cumhuriyet savcılarının tarafsızlığı tartışmasında bir neticeye varmak pek mümkün olmayacaktır. Konuyu taraf kavramı bakımından değerlendirmek gerekirse; taraf kavramı, galibiyete ulaşmak amacıyla aralarında hukuki anlamda husumet bulunan hasımların birbirlerine olan zıt konumları olarak tanımlandığı¹⁶ gibi, hakimden talepte bulunma hak ve yetkisine sahip kişiler olarak da tanımlanmaktadır¹⁷. Söz konusu kavram Roma hukukundan günümüze dek hemen her hukuk düzeninde kendine yer bulmuştur¹⁸. Her ne kadar aynı kavram farklı tanımlarla ifade edilmeye çalışılsa da her tanım Cumhuriyet savcısının tarafsızlığı konusunda başka sonuçlara varmamıza neden olabilecektir. Taraf kavramını yukarıda belirtilen ilk tanımdaki gibi

¹⁵ Doktrinde geçmiş dönemde savunulmakta olan ancak günümüzde temsilcisi kalmayan bir görüşe göre savcılık milli egemenliği temsil eden bir organdır. Savcılık kurumunun ortaya çıkış dönemindeki hali ile günümüz muhakeme sistemindeki durumunu değerlendirilerek ortaya çıkan görüş bizce savcılığın karma nitelikte bir kurum olduğu görüşünün farklı bir biçimde ifadesinden başka bir şey değildir. Söz konusu görüş bizce savcılık kurumunun ceza hukuku bakımından değil anayasa hukuku bakımından açıklanmasına katkı sağlayacaktır. Zira kökeninde erkler ayrılığına dayanmaktadır. Kurumun karma nitelikte olduğu görüşünün ceza hukuku öğretisine daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Görüş için bk. Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 74-75.

¹⁶ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 147; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 217; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 94.

¹⁷ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemeleri Hukuku Dersleri Cilt I* (İstanbul: Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984), 579; Mehmet Nihat Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7, S. 19 (2012): 38-108: 57.

¹⁸ Özlem Söğütlü Erişgin, “Roma Hukukunda Yargıcın Reddi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51, S. 1 (2002): 97-115: 112.

kabul etmemiz durumunda Cumhuriyet savcısı ile sanık/müşteki arasında husumet bulunmadığından savcının tarafsız olması gerektiği sonucuna varabileceken; ikinci tanımı kabul etmemiz halinde Cumhuriyet savcısı yargılamaya katılan bir süjedir ve her süje gibi hakimden yargılama konusu ile ilgili talepte bulunma hak ve yetkisine sahip olup, tarafsızlığından söz edilemeyeceği sonucuna varmamız gerekir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Cumhuriyet savcısının muhakemede taraf olup olmadığı ve tarafsız davranmakla yükümlü olup olmadığı hususu üzerinde doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Aşağıda öncelikle uluslararası düzenlemeleri ve doktrindeki konu hakkında ileri sürülen düşünceleri açıkladıktan sonra kendi görüşümüzü aktarmaya çalışacağız.

A. CUMHURİYET SAVCISININ TARAF OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER VE DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Uluslararası alanda Cumhuriyet savcısının tarafsız olması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu tarafsızlık uluslararası düzenlemelerde defaatle vurgulanmıştır. Örnek vermek gerekir ise; 7 Eylül 1990 tarihinde 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında kabul edilen “Savcıların Rolüne Dair İlkeler”¹⁹ m.13 ve 14’te savcılarının görevlerini tarafsızlıkla ve objektif bir biçimde yerine getirmeleri gerektiği; 23 Nisan 1999 tarihinde Uluslararası Savcılar Birliği tarafından kabul edilen “Savcılarının Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi”²⁰ üç numaraları tarafsızlık başlığında savcılarının görevlerini korkusuzca ve tarafsızlıkla yerine getirmeleri gerektiği; 6 Ekim 2000 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Adalet Sisteminde Savcılarının Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu 19 Sayılı Tavsiye Kararı m.20²¹’de savcılarının muhakeme işlemleri sırasında nesnel

¹⁹ “13. Savcılar görevlerini yaparlarken: a) İşlerini tarafsızlıkla ve her türlü siyasi, sosyal, dinsel, ırksal, kültürel, cinsel veya başka her hangi bir ayrımcılıktan kaçınarak yürütürler; b) Kamu yararını korurlar, objektif bir biçimde hareket ederler, zanlının ve mağdurun durumunu gereği gibi dikkate alırlar ve zanlının yararına veya zararına olup olmadığına bakmaksızın, ilgili her türlü duruma dikkat ederler; c) Görevlerinin icrası veya adaletin ihtiyaçları aksini gerektirmedikçe ellerinde bulunan bilgiyi gizli tutarlar, d) Mağdurların kişisel menfaatlerini etkileyen hususlarda onların görüş TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu 310 ve düşüncelerini dikkate alır ve mağdurları Suçtan ve Yetki İstisnarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi’ne göre sahip oldukları haklardan haberdar eder. 14. Savcılar, tarafsız bir soruşturmanın isnadın temelsiz olduğunu göstermesi halinde kovuşturma başlatmaz veya devam etmezler veya muhakemeyi durdurmak için her türlü çabayı gösterirler.” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/847b13--Savcilarin-Rolune-Dair-Ilkeler.pdf>).

²⁰ “Savcılar, görevlerini korkusuzca, ayrımcılık yapmadan ve önyargı olmaksızın yerine getirmeleri gereklidir. Savcılar özellikle de; Görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirmeli;” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21b130c7-0e0e-4843-9206-4ea30a65998b.pdf>).

²¹ “20. Savcılar, muhakeme işlemleri esnasında nesnel ve tarafsız olmalıdırlar. Özellikle, adaletin doğru işleyişi için gerekli ilgili tüm maddi ve hukuki olguların mahkemeye sunulmuş olmasını sağlamalıdırlar.” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf>).

ve tarafsız olmak zorunda oldukları; 31 Mayıs 2005 tarihli Avrupa Savcıları Konferansı 6. Oturumunda Kabul Edilen “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa ilkeleri- Budapeşte İlkeleri” temel görevler başlığında savcılarının görevlerini adil, tarafsız, tutarlı ve hızlı bir şekilde yerine getirmekle yükümlü oldukları²²; 17- 18 Aralık 2010 tarihinde Venedik Komisyonunun 85. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilen “Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Hakkında Rapor”²³ m.17’de hakimler gibi savcılarının da kişisel çıkarlarının söz konusu olduğu konularda görev alamayacakları; 19 Kasım 2020 tarihinde Avrupa Savcıları Danışma Konseyi “Olağanüstü Hallerde, Özellikle Pandemi Söz Konusu Olduğunda Savcılarının Rolü Bildirgesi” m.26²⁴’da olağanüstü hallerde mahkemeler gibi savcılarının da bağımsızlık ve tarafsızlıklarının korunması gerektiği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Yukarıda verilen uluslararası düzenlemeleri dayanak noktası yapmak suretiyle Yargıtay Başkanlığı tarafından “Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri”²⁵ kabul edilmiştir. Söz konusu ilkeler m.3.1 ve 3.2 gereğince Cumhuriyet savcıları görevlerini önyargısız ve tarafsız olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Belirtmiş olduğumuz gibi uluslararası düzenlemeler gereğince savcı görevini tarafsızlıkla yerine getirmelidir. Söz konusu düzenlemelerden yola çıkarak Cumhuriyet savcısının yargılamada taraf olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Ancak mevcut mer’i hukukumuzdan yola çıkarak doktrinde birçok yazar konuyu farklı noktalardan ele alıp, farklı sonuçlara varmaktadır.

Doktrinde *Keyman*, Cumhuriyet savcısının taraf olup olmadığı noktasında mevzuatta bir hüküm bulunmadığını, bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir

²² Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.hsk.gov.tr/EkLentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf>.

²³ “17. Hâkimler gibi savcılar da kişisel çıkarlarının söz konusu olduğu konularda girişimde bulunamazlar ve tarafsızlıklarını ve dürüstlüklerini korumayı amaçlayan belli kısıtlamalara tabi tutulabilirler.” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.hsk.gov.tr/EkLentiler/Dosyalar/e0a67151-f8bb-4c6c-a095-af118c918072.pdf>).

²⁴ “26. Tıpkı özellikle olağanüstü hallerde insan haklarının korunması için mahkemeye erişim ve etkin bir hukuk yoluna başvurulabilme açısından mahkemelerin yetkileri, bağımsızlığı ve tarafsızlığı dahil mahkeme sisteminin bütünlüğünün korunması gerektiği gibi, savcılık kurumu ve savcılığın yapısı da aynı mantığa dayanarak olağanüstü hal durumlarında adalet sisteminin işleyişini teminat altına almak için tek yol olarak korunmalıdır. 27. CCPE, adaletin adil, tarafsız ve etkili şekilde yönetilmesiyle hukukun üstünlüğünün teminat altına alınmasının toplumun menfaatine olduğunun altını daha önce çizmiştir. Savcılar ve hakimler, yargılamanın bütün aşamalarında bireysel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmasını sağlamalıdır. Buna, sanıkların ve mağdurların temel haklarının korunması da dahildir.” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/ccpe-15-sayili-gorus04-01-202112-04.pdf>).

²⁵ “Yargıtay Cumhuriyet savcıları; 3.1 Görevlerini korku, kayırma ve önyargı olmaksızın tarafsız biçimde ifa ederler, 3.2 Kişisel veya mali çıkarlarının, ailevi, sosyal veya diğer ilişkilerinin, kendi davranışlarını uygunsuz şekilde etkilemesine izin vermezler. Özellikle, kendilerinin, ailelerinin ve onların iş ortaklarının kişisel, özel veya mali çıkarlarının veya bağlantılarının bulunduğu davalarda savcılık yapmaktan kaçınırlar.” (Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcileriEtikDavranisIlkeleri.pdf>).

tercihi olduğunu kabul etmektedir. Yazar, ceza muhakemesinde şahıs itibariyle taraf olabilmek için mahkemeden talep hakkı sahibi olmayı yeterli saymamakta, uyuşmazlıkla sübjektif bir bağlantı sahibi olmayı aramaktadır²⁶. Cumhuriyet savcısı ceza muhakemesinde bir hakkın sahibi veya süjesi olduğu için değil hukuki statüsü itibariyle taraf olarak kabulü zorunlu olduğu için taraf sayılmalıdır. İşlenen her suç toplum düzenini bozduğundan ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı zarar gören toplum tarafının temsilcisi olarak görev yapmaktadır. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı muhakemede şahıs itibariyle değil, makam itibariyle taraf olarak kabul edilmelidir²⁷. *Şahin ve Göktürk*'e göre Cumhuriyet savcısının yargılamada taraf olup olmadığı noktasında hakimler gibi net bir kriter konması mümkün değildir. Zira CMK m.160/2 gereğince Cumhuriyet savcısı şüphelinin aleyhine olduğu gibi lehine delilleri de toplamakla yükümlüdür²⁸. Yargılama konusu uyuşmazlıkla Cumhuriyet savcısının şahsi bir bağlantısı bulunmadığından savcı şahıs itibariyle taraf değildir. Ancak işbirliği sisteminin geçerli olduğu ceza muhakememizde yargılama faaliyeti iddia makamını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk karşısında kamusal iddia makamı olarak savcılık kurumu ihdas edilmiştir. Bu nedenle şahıs olarak taraf kabul edilebilmesi mümkün olmayan Cumhuriyet savcısı makam olarak taraftır²⁹. *Yurtcan* da ceza muhakemesinde bir süjeyi taraf olarak kabul edebilmek için yargılamaya katılıp kendi çıkarlarını korumak üzere diğer taraflardan bağımsız haklara sahip olmayı aramaktadır³⁰. Cumhuriyet savcısı uyuşmazlıkla ilgili soruşturmayı tamamlayıp iddianameyle olayı mahkeme önüne taşımakla görevlidir. Sanık ve katılandan bağımsız hak ve yetkilere sahip olması savcıyı taraf olarak kabul etmemizi gerektirmektedir. Ancak söz konusu taraflık şahıs itibariyle değil makam itibariyle tarafıktır. Bu sebeple yargılama sırasında savcının değişmesi yargılamayı sonlandırmamakta başsavcılık tarafından yeni bir Cumhuriyet savcısı görevlendirilerek kaldığı yerden devam etmektedir³¹. Yine *Turhan* da CMUK m.31, CMK m.33 ve 35'i dayanak göstererek Cumhuriyet savcısının makam itibariyle taraf olarak kabul edilmesi gerektiği

²⁶ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 177; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 80; Kanbur, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", 57.

²⁷ Keyman, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, 178; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 80; Kanbur, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", 58.

²⁸ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt -I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 86; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 80; Kanbur, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", 58.

²⁹ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt -I*, 86; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 80; Kanbur, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", 58.

³⁰ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007), 147; Kanbur, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", 58.

³¹ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 147.

görüşündedir³². Aynı şekilde *Özbek/Doğan/Bacaksız* da Cumhuriyet savcısının her ne kadar sanığın lehine olan delilleri de toplama görevi olsa da hakim gibi tarafsız olduğunun söylenemeyeceğini belirtmektedir. Savcılığın iddia makamı olması hasebiyle tarafsız olamayacağını kabul etmektedirler³³.

Tosun ise tarafı, uyuşmazlık hakkında mahkemeden talepte bulunma yetkisine sahip kişi olarak tanımlamaktadır. Cumhuriyet savcısı da yargılama esnasında hakimden talepte bulunma yetkisine sahip olduğundan taraf olduğu noktasında şüphe bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcısının yetkilerinin sanık veya müştekiden ayrı olması taraf sayılmasına engel değildir. Yazar, taraflık statüsünün kovuşturma aşaması ile başlayacağını kabul edip, soruşturma aşamasında uyuşmazlık mahkeme önüne aktarılmadığından bu aşamada taraf bulunmadığını kabul etmektedir³⁴.

Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar Kırıt/ Alan Akcan/ Özaydın/Tütüncü/ Altınok VILLEMIN/Tok’a göre, Cumhuriyet savcısı CMK m.160/2 gereği şüphelinin sadece aleyhine olan delilleri değil lehine olan delilleri de toplamakla ve şüphelinin haklarını korumakla görevli kılınmıştır. Bu sebeple savcının yargılamada taraf olduğu ileri sürülemez³⁵. *Centel ve Zafer* de CMK m.160/2’den yola çıkarak Cumhuriyet savcısının objektif davranma yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedirler. Yazarlar Cumhuriyet savcısının kamu davası açıldıktan sonra ortaya çıkan deliller neticesinde sanığın beraatini de isteyebileceğini belirtmektedirler³⁶. Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için iddia ve savunma makamları arasındaki ilişki rekabet değil işbirliğidir. Savcının taraf değil, yargılamaya katılan bir süje olduğu kabul edilmelidir. Ancak yazarlar Cumhuriyet savcının taraf olmadığı görüşünü belirttikten sonra mevcut CMK’nın savcılığı makam itibarıyla taraf olarak kabul ettiğini belirtmektedirler. Örnek vermek gerekirse CMK m.35/1’deki “*İlgili tarafların*”, CMK m.277/1’deki “... *istinaf dilekçesi veya beyana ilişkin tutanağın bir örneği karşı tarafa tebli olur.*” ifadelerinde savcılık makam itibarıyla taraf olarak

³² Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006), 85; Aynı Yönde bk. Karakehya ve Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü”, 2075; Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, 58.

³³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 161.

³⁴ Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I*, 580.

³⁵ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok VILLEMIN, Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 226; Aynı yönde bk. Apaydın, “Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki”, 54; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 95; Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, 59; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 213.

³⁶ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 137; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 95; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 81; Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, 59; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 213.

düzenlenmiştir³⁷. *Ünver ve Hakeri* de CMK m.160/2'den yola çıkarak Cumhuriyet savcısının taraf olmadığını kabul etmektedir. Yazarlar hukuk sistemimizin Anglo-Sakson sisteminden bir farkının da savcının kamu davası açıldıktan sonra sanığın beraatini talep edebilmesi olduğunu belirtmektedirler³⁸. Yazarlara göre Cumhuriyet savcısı yargılamada herhangi bir taraf olmadığı gibi herhangi bir tarafın temsilcisi konumunda da değildir. Savcılık kamu adına ceza muhakemesinde objektif davranmakla yükümlü kılınmış olup, bağımsız olması gereken bir makamdır. Savcı herhangi bir tarafı amacıyla faaliyette bulunmayıp tek amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Yazarlar savcılığın yargı sistemimizdeki kendine özgü bir organ olduğunu belirtip, hakimler gibi yargılama yapamasa da bireylerin adil yargılanma hakkına katkı sunmakla görevlidir. Bu sebeple savcı olabildiğince tarafsız ve objektif olmak zorundadır³⁹.

Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesinde taraf olup olmadığına ilişkin uluslararası alandaki bildiri ve düzenlemeleri olabildiğince aktarmaya çalıştık. Ayrıca savcının tarafsızlığına ilişkin bir düzenleme CMK'da da yer almadığından doktrindeki hemen her yazar konuyu farklı bir biçimde değerlendirip, farklı sonuçlara varmışlardır. Belirtmek gerekir ki, Cumhuriyet savcısının taraf olup olmadığına ilişkin varılacak her sonuç savcının reddi konusunda yapılacak tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Söz konusu düzenleme ve doktrinde ileri sürülen görüşlerden çıkarmış olduğumuz sonuçları aşağıda aktarmaya çalışacağız.

B. KONU HAKKINDAKİ GÖRÜŞÜMÜZ

Peşinen söylemek gerekir ki biz Cumhuriyet savcısının taraf olmadığını kabul etmekteyiz. Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı hakimden bağımsız olarak faaliyette bulunmakta olup aynı zamanda herhangi bir tarafın temsilcisi konumunda da değildir. Suça ilişkin bilgiyi edinen Cumhuriyet savcısının görevinin ne olduğu CMK m.160'ta düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında savcının suç bilgisini öğrenir öğrenmez kamu davasının açılıp açılmayacağı hususunda karar vermek için “... *hemen işin gerçeğini araştırmaya*” başlayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yapılan vurgulamalar Cumhuriyet savcısının taraf olup olmadığında ilişkin bize daha net ipuçları vermektedir. Madde metni gereğince ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısının asıl görevi “... *maddi gerçeğin araştırılması*”, “... *adil bir yargılamanın yapılabilmesi*”, “... *şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak*”, “... *şüphelinin haklarını korumak*...” olarak belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme belirtmiş olduğumuz gibi aynı fıkra içerisinde

³⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 138; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 81; Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, 60; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 213.

³⁸ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216.

³⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 216; Nur Centel, “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16, S. 1-2 (2010): 3-14: 6.

dört farklı vurgu ile Cumhuriyet savcısının tarafsız ve olabildiğince objektif görev yapması gerektiğinin altını çizmektedir. Zira Cumhuriyet savcının taraf olarak kabul edildiği bir varsayımda söz konusu faaliyetlerin savcının değil tarafsız olan mahkemenin görevi olması gerekmektedir⁴⁰. Taraf olduğu ileri sürülen bir makamın belirtilen görevleri yerine getiremeyeceği açıktır.

Ceza muhakemesi sistemimizde Cumhuriyet savcısı Anglo-Sakson sisteminden farklı olarak hakkında ceza talep ettiği sanığın yargılama sonunda beraatini mahkemeden isteyebilmektedir veya sanığın lehine kanun yoluna başvurabilmektedir. Savcının söz konusu hak ve görevi yargılamada taraf olmadığı gibi herhangi bir tarafın temsilcisi sıfatıyla hareket etmediğinin de en somut örneğidir. Yargılamada savcının tek görevi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.

Doktrinde belirtilen savcının ihlal edilen hakla ilişkisi olmadığı için maddi anlamda taraf olmadığı, şekli anlamda taraf olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Söz konusu görüş kendisine CMK m.35/1, m.277/1 ve m.297 düzenlemelerini dayanak noktası yapmıştır. Söz konusu maddelerdeki “*taraf*” ibaresinin Cumhuriyet savcısını da kapsar şekilde düzenlendiğinden savcının şekli anlamda taraf olduğunun kanun koyucu tarafından da kabul edildiği görüşüne katılmamaktayız. Söz konusu maddelerdeki “*taraf*” ifadesinin kapsayıcı kullanımı bizce savcının taraf olarak kabul edilmesine yönelik bilinçli bir tercihten ziyade anlatım kolaylığı amacıyla getirildiğini kabul etmekteyiz. Söz konusu yazarlar maddi anlamda tarafın objektif olamayacağını kabul edip şekli anlamda taraf olan savcının objektif davranma yükümlülüğünün devam ettiğini belirtmektedirler⁴¹. Bizce kanun düzenlemelerinden çıkan yegane sonuç Cumhuriyet savcısının tarafsız olmasıdır⁴².

2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu “Özel Durumlarda Atama” başlıklı m.46/3’te “*Buldukları yerde kendi kusurları olmaksızın; herhangi bir nedenle hakimlik ve savcılık mesleğinin gerekli kıldığı şeref veya tarafsızlıkla görev yapamayacakları veya buldukları yerde kalmaları mesleğin nüfuz ve itibarını sarsacağı soruşturma veya belgelerle anlaşılanlar, isteklerine bakılmaksızın buldukları bölge içinde başka bir yere atanırlar.*” ve “*Yer Değiştirme Cezası*” başlıklı m.68/1-b’de “*Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak*” düzenlemeleri ile hakim ve savcılara tarafsız davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi tutum ve davranış 2802 sayılı kanun gereğince disiplin cezası ile cezalandırılacaktır. Yukarıda belirtmiş olduğ-

⁴⁰ Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 102; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 138; Kanbur, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, 67.

⁴¹ Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”, 284.

⁴² CMK tasarısı m.162’de Cumhuriyet savcısının taraf olmadığı düzenlenmesine yer verilmiş olup söz konusu düzenlemeye yasalaşan metinde yer verilmemiştir. Düzenleme için bk. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 136, dn 77.

muz Yargıtay Başkanlığı tarafından yayınlanan “Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri”⁴³nde de Yargıtay savcılarının görevlerini tarafsızlıkla yerine getirecekleri ve yine 14.03.2019 tarihinde Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından Resmi Gazete’de yayınlanan “Türk Yargı Etiği Bildirgesi”nde de hakimler ve savcılarının tarafsız olarak görev yapacakları düzenlenmiştir. AİHM’de Özgür Uyanık/Türkiye kararında soruşturmanın bağımsız, tarafsız ve kamuya açık olması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁴. Tüm bu ulusal ve uluslararası düzenlemelerden ve içtihatlardan çıkan sonuç olarak Cumhuriyet savcılarının tarafsız olduğunu kabul etmekteyiz. Karşılaştırmalı hukukta da Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu⁴⁵ m.47’de, Polonya Kamu Savcılığı Örgütü Kanunu⁴⁶ m.6’da, İspanya Anayasası⁴⁷ m.124/2’de açıkça savcılığın tarafsızlıkla görev yapacağını düzenlemiştir.

III. CUMHURİYET SAVCISININ REDDİ

Cumhuriyet savcılarının ceza muhakemesinde taraf olmadığını, tarafsız ve objektif davranma yükümlülüğü altında olduklarını yukarıda ifade etmeye çalıştık. Ancak mevzuatımızda söz konusu tarafsızlığı sağlama güvencelerine yer verilmiş değildir⁴⁸. Belirtelim ki, CMK’da tarafsızlığından şüphe edilen hakim, zabıt katibi ve hatta bilirkişilerin çekinme, ret ve yasaklılık sebepleri detaylı olarak düzenlenmişken Cumhuriyet savcıları söz konusu kapsama dahil edilmemişlerdir. Söz konusu durumun Cumhuriyet savcılarının muhakemede taraf olmasından kaynaklandığı ve bu sebeple hakkında çekinme, ret ve yasaklılık sebeplerine yer verilmemesinin doğal olduğu doktrinde savunulan bir görüştür⁴⁹. Ancak belirtelim ki, ceza muhake-

⁴³ Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcilarıEtikDavranışİlkeleri.pdf>.

⁴⁴ Özgür Uyanık/Türkiye, Başvuru No: 11068/04, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, <https://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10216.htm>.

⁴⁵ Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf.

⁴⁶ Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, https://www.legislationline.org/download/id/7416/file/Poland_act_public_prosecutors_office_2016_am2017_en.pdf.

⁴⁷ Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022, https://www.legislationline.org/download/id/6496/file/Spain_Constitution_1978_am2011_eng.pdf; Yener Ünver, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 53, S. 1-4 (1990): 153-196: 164.

⁴⁸ Karakehya ve Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü”, 2076; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 217; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 108; Centel, “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”, 9; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 161; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 138; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt -I*, 87; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 82.

⁴⁹ Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”, 285; Karakehya ve Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü”, 2076; Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, 108; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 162; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 138; Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I*, 580; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt -I*, 87; Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, 82.

mesinde savcının faaliyet amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olup söz konusu faaliyeti yerine getirirken de olabildiğince objektif davranma yükümlülüğü altındadır. Savcı maddi gerçeği araştırırken her ne pahasına olursa olsun adaletin sağlanması düşüncesiyle hareket edemeyip hukuk devleti olmanın çizdiği sınırlar içerisinde faaliyette bulunabilecektir. Bu ise ancak Cumhuriyet savcısının tarafsızlığı ile sağlanabilecektir. Peki tarafsızlığından şüphe edilen Cumhuriyet savcıları hakkında yapılabilecek işlemler nelerdir? Konu hakkında savunulan ilk görüş Cumhuriyet savcıları bakımından bir ret veya çekilme mekanizmasına gerek olmadığıdır. Bu görüşe göre savcılık makamı bir bütün olup tarafsızlığından şüphe edilen Cumhuriyet savcısı hakkında başsavcılığa başvurulması halinde yerine bir başka savcı görevlendirilebileceğidir. Belirtmek gerekir ki, tarafsızlığın sağlanabilmesi için önerilen söz konusu yolun işlevsel ve çözüme ulaşma bakımından elverişli olduğu söylenemeyecektir. Bireylerin adil yargılama hakkını⁵⁰ güvencesiz kılmaktadır. Yapılacak başvuruların usulü ve başsavcılık tarafından cevap verilmesine ilişkin mevzuatta bir düzenleme olmadığından ve inceleme yine aynı başsavcılık tarafından yapılacağından savcı tarafsızlığının sağlanabilmesi için belirtilen öneriyi keyfiyete olup, işlevsel bulmamaktayız.

Tarafsızlığı tehlikeye düşen bir Cumhuriyet savcısına karşı başvurulabilecek diğer yollar olarak doktrinde; hakimın yasaklılığı, çekinmesi ve reddine ilişkin CMK'da yer alan düzenlemelerin kıyas yoluyla Cumhuriyet savcısı bakımından uygulanması ile mülga 353 sayılı AsMKYUK m.46⁵¹'da yer alan askeri savcıları çekinmesine ilişkin düzenlemenin Cumhuriyet savcıları bakımından da kıyasen uygulanmasıdır. Belirtelim ki, kanun koyucunun bilinçli boşluk bıraktığı durumlarda kıyas yoluna başvurulamaz. CMK'da hakimın, bilirkişinin, zabıt katibinin reddi düzenlemelerine yer veren kanun koyucunun Cumhuriyet savcısının reddi düzenlemesine yer vermeyi unuttuğu kabul edilemeyecektir. Yine yukarıda dipnotta belirtmiş olduğumuz gibi CMK tasarısı m.162'de yer alan Cumhuriyet savcısının taraf olmadığına ilişkin düzenleme yasalaşan metinde yer almamaktadır. Kanun koyucunun söz konusu hükme yasalaşan metinde yer vermemesinin tartışmayı doktrine bırakma arzusundan kaynaklandığı düşüncesindeyiz. AsMKYUK m.46⁵² düzenlemesi üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira söz konusu madde Cumhuriyet savcısının reddini değil çekinmesini düzenlemekte olup, ilk cümle olarak "Askeri savcılar reddedilemez." olarak başlamaktadır. Bu konu-

⁵⁰ Adil Yargılama Hakkının soruşturma aşamasında da geçerli olduğu konusunda bk. Centel, "Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar", 6; Nur Centel, "Adil Yargılama Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", 109.

⁵¹ AsMKYUK m.46: "Askeri savcılar reddedilemez. Ancak, hâkimin davaya bakamayacağı hâllerden veya hâkimin ret sebeplerinden biri bulunursa davadan çekinirler".

⁵² Anayasa m.142/2 "Disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askeri mahkemeler kurulabilir". (Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>).

da bireylere herhangi bir hak vermediğinden Cumhuriyet savcısının tarafsızlığının sağlanması bakımından elverişli bir düzenleme olduğu kabul edilemez. Zira CMK bakımından hem kıyası mümkün değildir hem de bireylere başvuru hakkı tanımamaktadır. Mevcut durum itibarıyla Cumhuriyet savcısının reddi mümkün değildir. Objektifliğini ve tarafsızlığını kaybeden Cumhuriyet savcısı hakkında başvurulabilecek tek yol başsavcıya başvurarak mevcut Cumhuriyet savcısı yerine bir başka savcının görevlendirilmesini⁵³ talep etmektedir^{54,55}.

⁵³ Karakehya ve Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü", 2077; Kelep Pekmez, "Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı", 288; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 217; Centel, "Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar", 9; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 162; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 138; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt -I*, 87.

⁵⁴ HSK Üçüncü Dairesi, 22/1/2013 tarihli kararı: "“5271 sayılı CMK’da davaya bakacak hâkim ya da duruşmalarda bulunacak zabıt kâtipi ile ilgili olduğu gibi, soruşturmayı yürütecek olan Cumhuriyet Savcısı ile ilgili olarak “Cumhuriyet Savcısının davaya bakamaması ve reddi” müessesesine yer verilmediği, Cumhuriyet Savcısının kendisinin bizzat mağdur ya da müşteki durumda olduğu bir soruşturmayı yürütmesinin ve sonuçlandırmasının yasal olarak mümkün bulunduğu... Cumhuriyet Savcısı B... S...’in 5271 sayılı CMK’nın 160/2. maddesi ile kendisine verilen “maddi gerçeği araştırması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumak” yükümlülüğüne aykırı davrandığını, Cumhuriyet Savcısı olarak yürüttüğü, sonuçlandırdığı ve aynı zamanda müştekilerin de bulunduğu soruşturmada normalin dışında ve taraflı davrandığını gösteren, şüpheli tarafından ibraz veya beyan edilip de ısrarla getirilmeyen, muhafaza altına alınmayan ya da ileri sürülmeyen bir delilin varlığına işaret eden bir olguya da tesadüf edilmediği...”. (Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/09/20150919-19.pdf>).

⁵⁵ "26. Anayasa Mahkemesinin görevi olayın koşullarında adı geçen savcının müşteki hakkındaki iddianame düzenlemesinin bir bütün olarak yargılamanın adillliğini etkileyip etkilemediğini denetlemektir. Olayların geçtiği tarihte Çine İlçesinde üç savcı görev yapmaktadır ve üç savcının soy isimleri ile İlçe Emniyet Amirinin soy ismi söz konusu yazıda yer almaktadır (§9). Başvurucu hakkında soruşturma yapıldığı tarihte şikâyetçi olmayan Cumhuriyet Savcısı izinde olup o tarihte ilçede görev yapan iki savcı da başvurucu hakkında şikâyetçi olmamıştır. 27. Bahsi geçen savcı, soruşturma işlemi olarak önce başvurucunun ifadesini almak istemiş, başvurucu susma hakkını kullanarak ifade vermemiş; ikinci olarak ise başvurucu hakkında iddianame düzenleyerek ceza davası açmıştır. Söz konusu soruşturma işlemi hakkında inceleme yapan HSYK, Cumhuriyet savcısının 5271 Kanun’un 160. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki (§21) yükümlülüğüne aykırı davrandığının, soruşturmada normalin dışında ve taraflı davrandığının tespit edilemediğine karar vermiştir (§17). 28. Bir Cumhuriyet savcısının herhangi bir olayın hem mağduru veya müştekisi hem de soruşturmasını yürüten kişisi olması istenir bir durum olmamakla birlikte Türk Ceza Hukuku sisteminde “Cumhuriyet savcısının davaya bakamaması ve reddi” müessesesine yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısının kendisinin bizzat mağdur ya da müşteki durumda olduğu bir soruşturmayı yürütmesi ve sonuçlandırması yasal olarak mümkündür. Buna Karşın Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumun Anayasa’ya ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konan ölçütlere uygunluğunu ve yargılamanın adillğine etkisini her zaman denetler. 29. Yukarıda zikredilen HSYK kararı da göz önüne alındığında mevcut başvuruda asıl olarak, başvurucunun yazdığı gazete yazısından dolayı Cumhuriyet savcısının kamu davası açması ve başvurucunun cezalandırılması suretiyle müdahale edilen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğüne yargı kararları ile yapılan müdahalelerde soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin de inceleme sırasında göz önünde bulundurulması gerektiğinden mevcut davanın koşullarında, başvurucunun yazmış olduğu bir gazete makalesinin mağduru olduğunu iddia eden Cumhuriyet savcısının, hakkındaki iddianame düzenlemesinin adil yargılama hakkını ihlal ettiği yönündeki şikâyetinin daha fazla irdelenmesine gerek görülmemiştir.” (Anayasa Mahkemesi, Emin Aydın Başvurusu 2, 25.06.2015, Başvuru Numarası: 2013/3178, R.G. Tarih- Sayı: 19/9/2015-29480) (Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/09/20150919-19.pdf>).

Mer'î mevzuatımızdaki durumu açıkladıktan sonra olması gerekeni açıklamaya çalışacağız. Cumhuriyet savcısı ceza muhakemesinin en az hakim kadar önemli bir süjesi olup tarafsızlığı güvence altına alınmalıdır. Zira 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu m.46 ve 68 gereğince savcının tarafsızlığını kaybetmesi disiplin yaptırımını gerektiren bir durumken, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.13'te bir hakim ve savcının eşi veya ikinci dereceye kadar akrabası olan avukatın o hakim veya savcının baktığı işlerde görev alamayacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından tarafsızlığı bu kadar önemsenen bir süjenin reddi mekanizmasının düzenlenmemesini eksiklik olarak kabul ediyoruz. CMK'da yer alan hakim için geçerli olan yasaklılık, ret ve çekinme sebeplerinin Cumhuriyet savcılarını bakımından da geçerli olduğunun düzenleme altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak söz konusu talepleri inceleme yetkisinin mahkemelerde olmaması gerekmektedir. Aksi durumda savcının mahkemeye karşı bağımsız olduğu ileri sürülemeyecektir. Tarafsızlığını kaybeden bir savcı hakkındaki ret, çekinme veya yasaklı olduğuna ilişkin taleplerin adliyelerde yer alacak HSK'ya bağlı hakim ve savcılar komisyonuna ait olması gerektiğini düşünmekte ve önermekteyiz. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız olması gereken etkili bir denetim mekanizmasının bu düzenleme ile kurulacağı kanısında⁵⁶.

SONUÇ

Cumhuriyet savcısının tarafsızlığı meselesine ilişkin çözülmesi gereken ilk problem savcının hukuki statüsüdür. Yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız gibi bu konuda başlıca üç görüş olup bunlar; savcılığın idari bir makam olduğu görüşü, adli bir makam olduğu görüşü ve bünyesinde adli ve idari özellikleri bir arada barındıran karma nitelikte bir makam olduğuna yönelik görüşlerdir. Belirtmiş olduğumuz gibi biz savcılığın karma hukuki nitelikte bir makam olduğu görüşündeyiz. Bu karma niteliği adli ve idari nitelikler oluştururken adli görevlerinin ağırlıklı olduğunu kabul etmekteyiz. Kanun koyucu tarafından Cumhuriyet savcılarının adli ve idari görevler verilmiş olmakla birlikte savcılarının adli görevlerinin ağırlıklı olduğu görüşündeyiz. Zira CMK m.160 gereğince Cumhuriyet savcılarının asıl görevi suça ilişkin bilgiyi öğrenir öğrenmez maddi gerçeğin araştırılmasıdır. Cumhuriyet savcılarının önödeme kurumunun uygulanması, Kabahatler Kanunu m.23 gereğince idari yaptırımlara karar vermek gibi idari görevleri de bulunmaktadır. Ancak adli görevlerinin yanında bu idari görevleri kuruma karma hukuki nitelik kazandırırken, Cumhuriyet savcısının adli görevlerinin ağırlıklı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

⁵⁶ 1961 Anayasası döneminde hakimlerin özlük işleri Yüksek Hakimler Kurulu, savcılarının ki ise Yüksek Savcılar Kurulu tarafından yerine getirilmekteydi. Tek bir kurul tarafından yerine getirilmekense iki ayrı meslek olan hâkimlik ve savcılık üzerine uzmanlaşmış ayrı kurullar tarafından yerine getirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Kurullarla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Ünver, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", 173.

Cumhuriyet savcısının hukuki statüsünü tespit ettikten sonra çözülmesi gereken diğer mesele savcının taraf olup olmadığıdır. Söz konusu meselenin çözümü bizlere savcının tarafsız davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını ve tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal eden savcı hakkında ret yoluna başvurulup başvurulamayacağı problemlerinde sonuca ulaştıracaktır. Cumhuriyet savcısının taraf olup olmadığına yönelik doktrinde birçok farklı fikir bulunmakla birlikte biz savcının taraf olmadığı görüşündeyiz. Zira gerek CMK hükümleri gereğince savcının maddi gerçeği araştırmakla, şüphelinin hem lehine hem de aleyhine delilleri toplamakla, şüphelinin haklarını korumakla yükümlü kılınması⁵⁷, gerek 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m.46/3 ve m.68/1-b’de tarafsızlıklarını kaybeden Cumhuriyet savcılarını hakkında uygulanacak disiplin yaptırımları düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca yukarıda belirtmiş olduğumuz birçok ulusal ve uluslararası bildirgelerde de Cumhuriyet savcısının tarafsız ve objektif olduğu koşulsuz olarak kabul edilmiştir. Biz de görevi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmek olan, iddianamede mahkumiyetini talep ettiği sanığın yargılama sonunda beraatini talep edebilen, sanık lehine de kanun yoluna başvuru yapabilen Cumhuriyet savcısının tarafsız olduğunu kabul etmekteyiz. Cumhuriyet savcısının tüm bu faaliyetleri ile mer’i mevzuatımızdaki düzenlemeleri bağdaştırmak için ileri sürülen şahsı itibariyle taraf olmayıp makam itibariyle taraf olduğuna ilişkin görüşleri tümüyle reddetmekteyiz. Söz konusu görüş kaynağını CMK’da Cumhuriyet savcısının tarafsız olduğuna ve reddedilebilmesine ilişkin bir düzenleme olmamasından ve yine CMK m.35, m.277 ve m.297’de yer alan taraf ifadesinin Kanun koyucu tarafından Cumhuriyet savcısını da kapsar şekilde kullanılmasından almaktadır. Cumhuriyet savcısının reddine ilişkin CMK’da kanun koyucu tarafından bilinçli bir boşluk bırakıldığını, savcının tarafsızlığı ve reddi tartışmalarının doktrin ve yargı uygulaması ile olgunlaşmasının tercih edildiği kanısındayız. CMK’da çeşitli madde düzenlemelerinde yer alan “*taraf*” ifadesinin ise kanun koyucunun Cumhuriyet savcısını taraf olarak kabul etmesinden değil anlatımı kolaylaştırmak amacıyla tercih edildiğini kabul etmekteyiz. Bu sebeple biz görevi maddi gerçeği araştırmak olan Cumhuriyet savcısının taraf olmadığını, tarafsızlık ve objektiflikle yükümlü kılındığını kabul etmekteyiz.

Tarafsızlığını kaybeden Cumhuriyet savcısı hakkında başvurulabilecek bir yol CMK’da düzenlenmemiştir. Mevcut durumda akla gelebilecek tek yol başsavcıya başvuru yapılarak mevcut Cumhuriyet savcısının yerine bir başka savcının görevlendirilmesini talep etmektir. Ancak söz konusu yolun etkinlikten ve elverişlilikten son derece uzak olduğunu kabul etmekteyiz. Kanunda Cumhuriyet savcılarının reddi, çekinmesi ve yasaklılığına ilişkin bilinçli bir boşluk bırakıldığından CMK’daki hakimlere ilişkin düzenlemelerin veya mülga AsMKYUK’da yer alan askeri savcılarının çekinmesine ilişkin düzenlemenin kıyas yoluyla Cum-

⁵⁷ Feridun Yenisey, *Hazırlık Soruşturması ve Polis* (İstanbul: Beta Yayıncılık: 1987), 95.

huriyet savcılarını bakımından uygulanması mümkün değildir. Biz tarafsızlığını kaybeden Cumhuriyet savcısı hakkındaki ret, yasaklılık ve çekinme sebeplerine ilişkin incelemenin adliyelerde kurulacak bir HSK'ya bağlı hakim ve savcılar komisyonuna ait olması gerektiğini düşünmekte ve önermekteyiz. İncelemenin savcının görev yaptığı mahkeme tarafından yapılmasının savcının mahkemeye karşı bağımsızlığını ortadan kaldırabileceği gibi başsavcılık tarafından yapılması ise yeterince objektif olmayacaktır. Bu sebeple biz söz konusu yetkinin bir komisyona ait olması gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılarının Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu 19 Sayılı Tavsiye Kararı. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf>.
- Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu. Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf.
- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Gezer, Özge Sırma; Saygılar Kırıt, Yasemin; Alan Akcan, Esra; Özaydın, Özdem; Erden Tütüncü, Efser; Altınok Villemin, Derya ve Tok, Mehmet Can. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Apaydın, Cengiz. “Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki”. Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015: 53-85.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt -I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- Yenisey, Feridun. *Hazırlık Soruşturması ve Polis*. İstanbul: Beta Yayıncılık: 1987.
- Karakehya, Hakan ve Arabacı, Murat. “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65, S. 4 (2016): 2059-2081.
- Zafer, Hamide. “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”. Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015: 1-26.
- Şık, Hüseyin. *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Şık, Hüseyin. “Müddei Umumiden Savcıya Evrilen Yolculuk”. *Adalet Dergisi*, 62-63, S. 1-2 (2019): 509-530.
- İspanya Anayasası. Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. https://www.legislationline.org/download/id/6496/file/Spain_Constitution_1978_am2011_eng.pdf.
- Kanbur, Mehmet Nihat. “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 7, S. 19 (2012): 38-108.
- Paksoy, Mustafa. “Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi”. *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7, S. 1 (2014): 45-66.
- Saldırım, Mustafa. *Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu- Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*. Ankara, Turhan Kitabevi, 2008: 3-50.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Centel, Nur. “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”. Nur, C. (Ed). *Ceza Muhakemesinde Güncel Konular*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015: 87-113.

- Centel, Nur. “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16, S. 1-2 (2010): 3-14.
- Olağanüstü Hallerde. Özellikle Pandemi Söz Konusu Olduğunda Savcıların Rolü Bildirgesi. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/ccpe-15-sayili-gorus04-01-202112-04.pdf>.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. “Roma Hukukunda Yargıcin Reddi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51, S. 1 (2002): 97-115.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemeleri Hukuku Dersleri, Cilt I*. İstanbul: Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984.
- Polonya Kamu Savcılığı Örgütü Kanunu. Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2022. https://www.legislationline.org/download/id/7416/file/Poland_act_public_prosecutors_office_2016_am2017_en.pdf.
- Resmi Gazete. Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/09/20150919-19.pdf>.
- Savcıların Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21b130c7-0e0e-4843-9206-4ea30a65998b.pdf>.
- Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri- Budapeşte İlkeleri. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d28e036f-72e3-4db7-a602-b86c198eb73c.pdf>.
- Savcıların Rolüne Dair İlkeler. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/847b13--Savcilarin-Rolune-Dair-Ilkeler.pdf>.
- Keyman, Selahattin. *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Kelep Pekmez, Tuba. “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, S. 2 (2021): 275-291.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Hakkında Rapor. Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2022. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a67151-fb8b-4c6c-a095-af118c918072.pdf>.
- Yargıtay Karar Arama. Erişim Tarihi: Temmuz 27, 2022. karararama.yargitay.gov.tr.
- Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Hakkında Rapor. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a67151-fb8b-4c6c-a095-af118c918072.pdf>.
- Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri. Erişim Tarihi: Ağustos 22, 2022. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcilarıEtikDavranışIlkeleri.pdf>.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ünver, Yener. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 53, S. 1-4 (1990): 153-196.

SERİ MUHAKEME USULÜNÜN SAVUNMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. **Alparslan DERELİ^(**)**

Öz

Kitle iletişim araçlarının özellikle de internet kullanımının artması suç çeşitliliğinin çoğalmasına yol açmıştır. Nüfus ve göç artışı ile ekonomik sebepler de suç oranlarında artışa neden olmaktadır. Suç çeşitliliğinin ve oranının artması ceza yargılamalarında dosya yüküne yol açmaktadır. Bu durum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verebilmektedir. Yargılamaların sürüncemede kalmaması ve daha hızlı bir şekilde ilerlemesi için alternatif çözüm yöntemleri uygulanmaya başlamıştır. Anglo-Sakson Hukuku'nda 20. yy.'ın başlarından beri uygulanan alternatif çözümler, Kıta-Avrupası'nda da 20. yy.'ın ortalarında yer yer uygulanmaya başlanmıştır.

Alternatif çözüm usullerinden birisi de seri muhakeme usulüdür. 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinde seri muhakeme usulü kazustik bir şekilde düzenlenmiş, CMK'nın geçici 5. maddesi uyarınca 01.01.2020 tarihinde uygulamaya girmiştir. Ayrıca kanun hükümlerinin uygulanmasında usul ve esasların belirlenmesi bakımından Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Seri muhakeme usulünde soruşturma evresinde katalog suçlar bakımından yeterli şüphenin oluşması üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye seri muhakeme usulünün uygulanması için teklifte bulunulur. Şüphelinin kabul etmesiyle bu yöntem uygulanarak kovuşturma evresine geçilmeden yargılama sonuçlandırılır.

Seri muhakeme usulüyle belirli suçlar bakımından şüphelinin teklifi kabul etmesi halinde aynı gün içerisinde yargılamanın sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Bu haliyle makul sürede yargılanma hakkı güvence altına alınmak ve ceza mahkemelerindeki dosya yükü azaltılmak istenmiştir. Ancak yargılamada şüpheli/sanıği korumaya yönelik birçok düzenleme göz ardı edilerek sürecin tamamlanması birçok endişeyi de beraberinde getirmektedir.

Nitekim seri muhakeme usulünün uygulanmasıyla birlikte şüpheli savunma hakkından ve savunma hakkıyla bağlantılı birçok haktan feragat etmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede şüphelinin meramını anlatabilme ilkesini önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin yalnızca teklifin kabulü aşamasında zorunlu müdafii bulunması şüphelinin savunma hakkının en önemli unsuru olan müdafiden yararlanma hakkından etkin bir şekilde faydalanabileceğine dair soru işareti oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Seri Muhakeme Usulü, Soruşturma Aşaması, Cumhuriyet Savcısı, Savunma Hakkı, Zorunlu Müdafii.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 17.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1170730.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Antalya-Türkiye.

E-posta: alparslandereli@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3246-6684>.



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

EVALUATION OF THE ACCELERATED PROCEDURE OF TRIAL IN TERMS OF THE RIGHT TO DEFENSE

Abstract

The increase in the use of mass media, especially the internet, has led to an increase in crime diversity. Also, the increase in population and immigration and economic reasons cause an increase in crime rates. The increase in the variety and rate of crime causes a caseload in criminal proceedings. This situation may cause a violation of the right to trial within a reasonable time, which is regulated under the title of "Right to a Fair Trial" in Article 6 of the ECHR. Alternative solution methods have been proposed in order to that the proceeding isn't dragged out and is more quickly. Alternative solutions that have been applied in Anglo-Saxon Law since earlier times have started to be applied in Continental Europe.

One of the alternative solution methods is the accelerated procedure of trial. With the Law No. 7188 on the Amendment of the Criminal Procedure Code and Some Laws, the accelerated procedure of trial was regulated in a casuistic manner in Article 250 of the Criminal Procedure Law No. 5271, this method come into effect on 01.01.2020 in accordance with the provisional article 5 of the Criminal Procedure Code. In addition, in order to determine the procedures and principles in the implementation of the provisions of the law, the Regulation on the accelerated procedure of trial in criminal procedure entered into force. In the accelerated procedure of trial, upon the formation of sufficient suspicion in terms of catalog crimes, the Public Prosecutor makes an offer to the suspect to apply the accelerated procedure of trial. With the acceptance of the suspect, this method is applied and the trial is concluded without proceeding to the prosecution phase.

It is aimed to conclude the trial on the same day if the suspect accepts the offer for certain crimes by the accelerated procedure of trial. As such, it is intended to guarantee the right to trial within a reasonable time and to reduce the caseload in criminal courts. However, the completion of the process by ignoring many regulations to protect the suspect/defendant in the trial brings along many concerns. In this context, it significantly restricts the suspect's fair hearing.

With the implementation of the accelerated procedure of trial, the suspect has waived the right of defense and any rights related to the right of defense. The presence of mandatory defense counsel at the bidding stage regarding the implementation of accelerated procedure of trial raises a question mark as to whether the suspect can effectively benefit from the right of defense counsel, which is the most important element of his right to defense.

Keywords

Accelerated Procedure of Trial, Investigation Phase, Public Prosecutor, Right to Defense, Public Defender.

Extended Abstract

The increase in the use of mass media, especially the internet, has led to an increase in crime diversity. Also, the increase in population and immigration and economic reasons cause an increase in crime rates. The increase in the variety and rate of crime causes a caseload in criminal proceedings. This situation may cause a violation of the right to trial within a reasonable time, which is regulated under the title of "Right to a Fair Trial" in Article 6 of the ECHR. Alternative solution methods have been proposed in order to that the proceeding isn't dragged out and is more quickly. Alternative solutions that have been applied in Anglo-Saxon Law since earlier times have started to be applied in Continental Europe. Today, it is seen that regulations regarding alternative procedures are also included in Turkish Law.

One of the alternative solution methods is the accelerated procedure of trial. With the Law No. 7188 on the Amendment of the Criminal Procedure Code and Some Laws, the accelerated procedure of trial was regulated in a casuistic manner in Article 250 of the Criminal Procedure Law No. 5271, this method come into effect on 01.01.2020 in accordance with the provisional article 5 of the Criminal Procedure Code. In addition, in order to determine the procedures and principles in the implementation of the provisions of the law, the Regulation on the accelerated procedure of trial in criminal procedure entered into force. In the accelerated procedure of trial, upon the formation of sufficient suspicion in terms of catalog crimes, the Public Prosecutor makes an offer to the suspect to apply the accelerated procedure of trial. With the acceptance of the suspect, this method is applied and the trial is concluded without proceeding to the prosecution phase. The court decides on the penalty taking into account the requisition prepared by the prosecutor.

Accelerated procedure of trial, it has similarities and differences with simplified trial in criminal procedure, conciliation, plea bargaining and penal decree. For this reason, it is useful to mention the alternative solution methods.

The accelerated procedure of trial is aimed to conclude the trial on the same day if the suspect accepts the offer for certain crimes by the accelerated procedure of trial. As such, it is intended to guarantee the right to trial within a reasonable time and to reduce the caseload in criminal courts. However, the completion of the process by ignoring many regulations to protect the suspect/defendant in the trial brings along many concerns. In this context, it significantly restricts the suspect's fair hearing.

With the implementation of the accelerated procedure of trial, the suspect has waived the right of defense and any rights related to the right of defense. The presence of mandatory defense counsel at the bidding stage regarding the implementation of accelerated procedure of trial raises a question mark as to whether the suspect can effectively benefit from the right of defense counsel, which is the most important element of his right to defense.

In addition, it is controversial that the nature of the crime is determined by the prosecution instead of independent and impartial courts, which is the element of the right to a fair trial. As a result of the promise to reduce the prescribed penalty by half, many rights and principles related to the right of defense, such as the right to ask questions, assessment of the evidence, the principle of adversarial proceedings, and the principle of publicity come into conflict with accelerated procedure of trial.

In this study, the definition and legal character of accelerated procedure of trial were expressed. Then, after comparing this procedure with similar alternative solution methods, the conditions and the implementation process were evaluated within the framework jurisprudence of ECHR in terms of the right to a fair trial and the right to defense.

GİRİŞ

Kitle iletişim araçlarının özellikle de internet kullanımının artması suç çeşitliliğinin çoğalmasına; nüfus ve göç artışı ile ekonomik sebepler de suç oranlarının artışına neden olmaktadır. Suç çeşitliliğinin ve oranlarının artması yargı makamlarının dosya yüküne sebep olmaktadır. İş yükü sebebiyle yargılama süreci uzamakta, bu durum mağdur bakımından adaletin geç tecelli etmesine, fail bakımından makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açmaktadır.

Bu sebeple hukuk sistemlerinde yargılamaların sürüncemede kalmaması ve daha hızlı bir şekilde çözümlenmesi için çeşitli alternatif çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Alternatif çözüm yöntemleri Anglo-Sakson Hukuku'nda eski dönemlerden beri uygulanmaktayken Kıta-Avrupa sisteminde daha yakın dönemden beri uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde Türk hukukunda da alternatif usullere ilişkin birtakım düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Türk hukukuna getirilen alternatif çözüm yöntemlerinden birisi de seri muhakeme usulüdür. Söz konusu özel muhakeme usulü, kanunda sayılı suçlar sınırlı olarak usule ilişkin yapılan bilgilendirme üzerine şüphelinin kabulüyle kovuşturma evresi yapılmadan soruşturma evresinde tamamlanmaktadır. Kanun koyucu seri muhakeme usulüyle mağdur bakımından adaletin bir an önce tecelli etmesi, failin adil yargılanmanın bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının korunması ve yargılamaların sürüncemede kalmasının önüne geçilerek adli makamların iş yükünün azaltılması amaçlamıştır. Ancak söz konusu usulün uygulanmasıyla birlikte şüpheli başta savunma hakkı olmak üzere bu hakla ilişkili olarak meramını anlatabilme ve müdafiden yararlanma haklarından önemli ölçüde fera-

gat etmiş olacaktır. Ayrıca kovuşturma evresinin olmaması ve hâkimin seri muhakeme usulündeki yetki ve görevleri de dikkate alındığında yargılamanın ahenliliği, delillerin doğrudanlığı, şüphelinin veya müdafinin soru sorma veya tanık dinletme hakkı gibi adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından vazgeçildiği görülmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarından çeşitli alternatif çözümler bakımından sanığın veya şüphelinin kabulüyle bazı haklardan vazgeçilebileceği buna karşın birtakım güvencelerin sağlanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamızda seri muhakeme usulünün tanımı ve hukuki niteliği ifade edilip benzer kurumlarla karşılaştırıldıktan sonra şartları ve uygulanma süreci başta savunma hakkı olmak üzere bu hakla bağlantılı çeşitli haklar bakımından İHAM içtihatları çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Seri muhakeme usulü, 2019 yılında gerçekleştirilen yargı reformu çerçevesinde 7188 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹ 250. maddesine eklenmiştir. Söz konusu kuruma benzer bir düzenleme mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda "sulh hâkimlerinin ceza kararlamaları" şeklinde yer almaktaydı.

CMK'ya eklenen geçici 5. maddeyle 01.01.2020 tarihi itibarıyla seri muhakeme usulünün uygulanmaya başlayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin (d) bendinde 01.01.2020 tarihinde "kovuşturma aşamasına geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda" seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı belirtilmiştir. Ancak yarı oranında ceza indirimi öngören kurumun, henüz kesinleşmemiş yargılama süreci bakımından uygulanmaması suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği lehe kanunun geriye yürümesi kuralıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararda kovuşturma aşamasına geçilmiş veya henüz kesinleşmemiş dosyalar bakımından seri muhakeme usulünün uygulanamayacağına ilişkin bendin "kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış" ibaresini, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde lehe kanunun geriye yürümesi kuralına aykırı olması sebebiyle iptal etmiştir².

Seri muhakeme usulüyle kanun maddesinde sayılı suçlar bakımından yeterli şüphenin oluşmasıyla birlikte şüphelinin söz konusu usul hakkında bilgilendirilmesinden sonra Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen ceza, yarı oranında indirilerek şüpheliye teklif yapılır. Şüphelinin teklifi kabul etmesiyle birlikte hazırlanan talepnameyi mahkeme dikkate alıp hüküm kurarak süreci sonlandırır.

¹ Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG Yayımlanma Tarihi: 17.12.2004.

² AYM Kararı, E. 2020/87, K. 2022/44, T. 21/04/2022.

Söz konusu usulle katalogda düzenlenen suçlara ilişkin olarak hem makul sürede yargılama sürecinin tamamlanması hem de mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Ancak bu amaçlar gerçekleştirilirken şüphelinin adil yargılanma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkması ikinci plana atılmaktadır.

7188 Sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında daha az önem arz eden suçlar bakımından "muhakeme sürecinin formalitelerden arındırılması ve kısaltılması, işlenen suçlara kısa süre içinde etkili ve orantılı bir karşılık verilerek bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması" amaçlandığı ifade edilmiştir. Burada savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımı açısından önemli olan tanıklara soru sorma, delillerin toplanmasını isteme, tanık dinletme gibi hakların "formalite" olarak ifade edilmesi kanun koyucunun şüpheli ve sanığın haklarına bakış açısı bakımından düşündürücüdür.

Bunula birlikte gerekçeye bakıldığında seri muhakeme usulünün, Kıta-Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu Fransa, Almanya gibi ülkelerde uygulandığı belirtilmiş ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (StPO) düzenlenen "hüküm anlaşması" kurumuna benzetilmiştir. Ancak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 257c maddesinde yer alan "hüküm anlaşması", seri muhakeme usulünden farklılık göstermektedir. Seri muhakemenin birçok aşaması soruşturma evresinde gerçekleşirken; hüküm anlaşması delillerin mahkeme tarafından takdir edildiği ve kovuşturma evresinde gerçekleşen bir kurumdur. Seri muhakeme usulünde teklifi savcı yaparken; hüküm anlaşmasında mahkeme sanıkla anlaşma yapmaktadır. Hüküm anlaşmasıyla verilecek olan cezanın klasik ceza yargılamasıyla verilecek olan cezadan yaklaşık yüzde otuz oranında farklılık olabileceği kabul edilmişken³, seri muhakemede verilecek cezanın yarı oranında indirileceği açıkça düzenlenmiştir. Yani hüküm anlaşmasında çelişmeli yargılama sonucu verilecek cezaya kıyasla daha az ceza verilme zorunluluğu yokken seri muhakeme usulünde cezada yarı oranında indirim yapılması zorunluluktur. Dolayısıyla gerekçede yer alan bu açıklama yerinde değildir.

Seri muhakeme usulü, şüphelinin alması gerekenden daha az bir ceza alma ümidiyle savcının teklifi üzerine şüphelinin kabul ettiği, mahkemenin de yüzeysel bir denetimle onay verdiği bir kurumdur. Söz konusu usul, koşulların sağlandığı hallerde şüphelinin savcının teklifi kabul etmesi üzerine klasik ceza yargılamasından farklı olarak duruşmanın yapılmadığı, cezanın yarı oranında indirildiği özel bir ceza yargılamasıdır⁴.

³ Meral Ekici Şahin, "Yargılamayı Hızlandıran Bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması (§257c StPO)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 1 (2020), 309.

⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, "Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi" *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 1 (2021), 11; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 19. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 723; Elif İldırar, *Seri Muhakeme Usulü* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 23; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13.

Düzenlemenin 1. fıkrasında “seri muhakemesi usulü uygulanır” hükmüne yer verilerek istisnai bir ceza yargılaması olan seri muhakeme usulünün şartları olduğu hallerde uygulanması, Cumhuriyet savcısının takdirine bırakılmamıştır.

II. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. BASİT YARGILAMA USULÜ

Basit yargılama usulü, adli kurumların iş yükünün azaltılması ve makul sürede yargılanma hakkının korunması için seri muhakeme usulüyle birlikte 7188 sayılı kanunla yürürlüğe girmiştir. CMK’nın 251. maddesinde düzenlenen basit yargılama usulüyle asliye ceza mahkemelerinde görülen bazı suçlar bakımından yargılama süreci kısaltılarak iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır.

CMK’ya eklenen geçici 5. maddeyle basit yargılama usulü 01.01.2020 tarihinde uygulanmaya başlamış ve bu tarihten önce “kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda” basit yargılama usulüne başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kovuşturma aşamasına geçilmiş ancak henüz hüküm verilmemiş yargılamalar bakımından koşulların sağlanması halinde basit yargılama usulünün uygulanması, cezanın dörtte bir oranında indirilerek fail lehine bir etki doğurabileceği için suçta ve ceza kanunilik ilkesinin bir unsuru olan failin lehine olan kanunun geçmişe yürütmesi kuralıyla örtüşmediğini ifade ederek basit yargılama usulü bakımından “kovuşturma evresine geçilmiş” ibaresini iptal etmiştir⁵. Söz konusu iptal edilen ifadenin failin lehine olan kanunun geriye yürütmesi ilkesiyle açık bir şekilde bağdaşmaması sebebiyle Anayasa Mahkemesi’nin kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Basit yargılama usulünün uygulanması için öncelikle asliye ceza mahkemesinde görülen adli para cezası ya da üst sınırı iki yıl veya daha az hapis cezası olan suçun olması gerekir. Seri muhakeme usulündeki gibi katalog suçlar, basit yargılama usulünde yer almamaktadır. Basit yargılama usulünün keyfi bir şekilde genişlemesinin önü önemli ölçüde kapanmıştır. Suç basit yargılama usulünün kapsamına girse bile, mahkemeye usulün uygulanması konusunda takdir hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla seri muhakeme usulünden bu yönüyle ayrılmıştır. Her iki usulde, suçun usul kapsamında olmayan bir suçla birlikte işlenmesi halinde ilgili yargılama usulünün uygulanmayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir⁶.

7331 sayılı kanunla CMK’nın 251. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümleye göre mahkeme, duruşma gününü belirledikten sonra basit yargılama usulünü uy-

Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 580; Ozancan Belci, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü* (Ankara: Yetkin, 2021), 29; Ayşe Özge Atalay, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, 2 (2020), 657.

⁵ AYM Kararı, E. 2020/16, K. 2020/33, T. 25/06/2020.

⁶ CMK Madde. 250/11; Madde 251/8.

gulayamayacaktır. Ayrıca 7. fıkraya göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma ve kovuşturmanın izne veya talebe bağlı olduğu durumlarda basit yargılama usulü uygulama alanı bulamaz.

Usulün uygulamasına karar verilmesi durumunda iddianame ile hükmün duruşma yapılmaksızın verileceği bilgisi sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek ilgili kişilerden beyan ve savunmalarını on beş gün içerisinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Bu usulün uygulanmasına, seri muhakeme usulünde şüphelinin kabul etmesi gibi sanık veya mağdurun onay vermesi aranmamaktadır.

Süre sonunda mahkeme savcının görüşünü almadan ve herhangi bir duruşma yapmadan kararını verir. Seri muhakeme usulünde olduğu gibi mahkemenin mutlaka bir mahkûmiyet karar vermesi gerekmemektedir. CMK'nın 223. maddesinde yer alan hüküm çeşitlerinden birine karar verebilmektedir. Asliye ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi halinde 251. maddenin 3. fıkrasının gereği verilecek cezada dörtte bir oranında indirim yapılmaktadır.

Verilen karara itiraz mümkündür. İtirazın üzerine yapılan duruşma, 252. maddenin 2. fıkrasına göre klasik ceza yargılaması hükümlerine göre yapılır. Yapılan duruşma sonunda verilen karar, basit yargılama usulü sonucu verilen karardan farklı olabilmektedir (m.252/3).

Basit yargılama usulü seri muhakeme usulünden farklı olarak asliye ceza mahkemesinin kontrolünde yürütülen ve iddianamenin mahkeme tarafından kabulünden sonra gerçekleştirilen özel bir yargılama usulüdür. Oysa seri muhakeme usulünde sürecin önemli bir kısmını Cumhuriyet savcısı yürütmekte; mahkeme ise sadece onay mercii konumundadır.

B. UZLAŞTIRMA

Uzlaştırma kurumu, Anglo-Amerikan hukukunda ilk kez ortaya çıkmış bir sistemdir. Uzlaştırmanın temelinde, adaletin hızlı bir şekilde tecelli etmesi sağlanarak mağdurun tatmin edilmesi yatmaktadır⁷. Uzlaştırmayla cezalandırıcı adalete alternatif olarak onarıcı adalet düşüncesi de ceza hukukunda yer edinmiştir. Onarıcı adalete göre suç, devletten ziyade fail ile mağdur arasında gerçekleşen bir fiildir⁸. Bu sebeple yaptırımın belirlenmesi sürecinde mağdurların ve toplumun daha aktif katılımı⁹ mağdurun tatmini bakımından önem arz etmektedir¹⁰.

⁷ Ali Uğur Eriş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 137 (2018), 244; Mahmut Kaplan "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (2015), 79.

⁸ Hakan A. Yavuz, "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", *Türkiye Adalet Akademisi* 6, 23 (2015), 94; Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma 2. Baskı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 14.

⁹ Mark S. Umbreit, "Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment" *Western Criminal Review* 1, 1 (1998). Erişim Tarihi: 04.08.2022, <https://westerncriminology.org/documents/WCR/v01n1/Umbreit/Umbreit.html>.

¹⁰ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Asil, 2006), 135.

Nitekim ceza muhakemesi sürecinin kovuşturma aşamasına geçilmeden fail ve mağdur arasında çözülmesiyle yargı makamlarının iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Bu açıdan seri muhakeme usulüyle aynı amacı taşımaktadır.

Türk hukukuna uzlaştırma, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹¹ ve 5271 sayılı CMK ile girmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 8. fıkrasında düzenlenmiş¹², uygulaması ise CMK'nın 253 vd. hükümlerinde gösterilmiştir. Ancak daha sonra 5560 sayılı kanunla değişiklik yapılarak TCK'daki ilgili hüküm mülga edilerek uzlaştırmaya ilişkin hükümlere yalnızca CMK'da yer verilmiştir.

6763 sayılı kanunla uzlaştırma hükümleri daha da genişletilmiş, 253. maddenin başlığı "uzlaşma" iken "uzlaştırma" olarak değiştirilmiştir. Ardından Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği¹³ çıkarılarak uzlaştırma sürecine ilişkin detaylar düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin de çıkmasıyla birlikte uzlaştırma kurumu Türk hukukunda aktif bir alternatif çözüm yöntemi olarak uygulanmaya başladı.

Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde uzlaştırma "*Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi süreci*" olarak ifade edilmiştir.

Uzlaştırmanın hukuki niteliği öğretilerde tartışmalı olsa da yaygın görüşe göre karma bir hukuki niteliğe sahiptir¹⁴. Uzlaştırma kapsamında görülen suçlar bakımından soruşturma aşamasında yeterli şüphenin oluşmasına rağmen uzlaştırma yoluna başvurulmaması CMK m.174/1-(c) bendi uyarınca iddianamenin iadesi sebebi olması nedeniyle doktrinde bir taraftan muhakeme engeli olarak diğer taraftan uzlaşmayla birlikte devletin faile ceza verme yetkisi ortadan kalkacağı için ceza hukuku kurumu olarak da kabul edilmektedir.

Uzlaşma kurumunun uygulanma sürecine bakacak olursak öncelikle uzlaştırma kapsamına giren bir suç olması gerekmektedir. Uzlaştırma kapsamına giren suçlar CMK m.253/1'de belirtilmiştir. Düzenlemeye göre cinsel suçlar ve ısrarlı takip suçu haricindeki şikâyete bağlı suçlar ile 1. fıkranın (b) bendinde katalog olarak listelenen suçlardır. Katalog suç listesinin zamanla genişletilmesi seri mu-

¹¹ Kabul Tarihi: 26.09.2004; RG Yayımlandığı Tarih: 12.10.2004.

¹² TCK 73/8 (Mülga): "*Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir*".

¹³ RG Yayımlanma Tarihi: 05.08.2017.

¹⁴ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku 19. Baskı* (İstanbul: Beta, 2020), 584-585; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 32; İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 58; Eriş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi", 246; Kaplan "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", 79.

hakeme usulündeki katalog suçların da ileriki dönemlerde alakasız suçlarla genişletilebileceği endişesi yaratmaktadır. Suça sürüklenen çocuklar için ilgili suçlar haricinde üst sınırı 3 yılı geçmeyen hapis cezası veya adli para cezası öngören suçlar bakımından uzlaştırma uygulanabilecektir.

Uzlaştırma kapsamına giren bir suç söz konusuysa ön ödeme veya seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır (TCK m.75/1; Seri Muhakeme Yön. m.5/1). CMK m.253/3'te yer alan hüküm gereği uzlaştırmaya tabi olan bir suç, uzlaştırmaya tabi olmayan bir suçla birlikte işlenmesi halinde seri muhakeme usulünde olduğu gibi (m.250/11 2. Cümle) uzlaştırma uygulanmayacaktır. Özel kanunlarda yer alan suçlardan şikâyete tabi olanlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilirken şikâyete bağlı olmayan suçlar bakımından ilgili kanunda açıkça hüküm bulunması gerekmektedir.

Uzlaştırma süreci uzlaştırmacının yönetiminde suçtan zarar gören veya mağdur gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi ile şüpheli ya da sanık arasında gerçekleştirilmektedir. Kamu tüzel kişisi uzlaştırma sürecinde taraf olamamaktadır.

Söz konusu şartlar sağlandıktan sonra soruşturma aşamasında yeterli şüphenin oluşması; kovuşturma aşamasında ise söz konusu fiil, uzlaştırma kapsamında bir suç olduğu anlaşıldıktan sonra uzlaştırma işlemlerinin başlaması için dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından uzlaştırmacı görevlendirilip dosyaya ilişkin gerekli evrakların verilmesiyle birlikte otuz günlük süre başlar. Söz konusu süre iki defaya mahsus olmak üzere yirmişer gün uzatılabilir (Uzlaştırma Yön. 17/1).

Uzlaştırmacı, taraflara uzlaştırma teklifi yapar. Uzlaştırmacının olumlu sonuçlanması için taraflar bir edim karşılığında veya edimsiz olarak özgür iradeleriyle uzlaşmaları gerekmektedir. Özgür iradeyle sürecin tamamlanabilmesi, uzlaştırma kurumu hakkında ilgili kişilerin bilgilendirilmesiyle mümkündür. Uzlaştırmayı seri muhakemeden ayıran hususlardan biri mağdurun veya suçtan zarar görenin de aktif rol almasıdır. Ayrıca uzlaştırmada sanık veya şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin edim teklifini reddedebileceği gibi daha makul edim olması yönünde yeni bir teklif sunabilir. Seri muhakeme usulünde savcının yapacağı teklif ise şüpheli tarafından ya kabul edilir ya da reddedilir. Nitekim savcının yapacağı teklif kanunda açıkça belirtildiği üzere yarı oranında cezai indirim iken uzlaştırmada taraflar aralarında hukuka ve ahlaka aykırı olmayan herhangi bir edim konusunda anlaşabilirler.

Seri muhakeme usulü ve uzlaştırma sonuçları yönüyle de ayrılmaktadır. Uzlaştırmada eğer edim belirlenmişse edimin yerine getirilmesiyle soruşturma aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığına; kovuşturma aşamasında davanın düşmesine karar verilir. Eğer edim taksidde bağlanmışsa soruşturma aşamasında kamu davasının açılmasının ertelenmesi; kovuşturma aşamasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmektedir (CMK m.253/19; m.254/2). Seri

muhakeme usulündeki gibi uzlaştırmanın olumlu sonuçlanması halinde bir cezai yaptırım söz konusu değildir. Dolayısıyla uzlaştırmada devletin faille arasındaki ceza bağı sona ermekteyken seri muhakeme usulünde bu ilişki devam etmektedir.

Son olarak birden fazla kişi tarafından işlenen suçlara bakıldığında CMK'nın 255. maddesi uyarınca faillerden aralarında iştirak ilişkisi olup olmadığına bakılmaksızın mağdur veya suçtan zarar görenle uzlaşanlar uzlaştırma hükümlerinden faydalanabilecektir. Seri muhakeme usulünde ise iştirak halinde işlenen suçlarda faillerden birinin usulü kabul etmemesi durumunda söz konusu muhakeme usulü uygulama alanı bulamaz (m.250/11 1. Cümle).

C. İDDIANAME PAZARLIĞI (PLEA BARGAINING)

Doktrinde Türkçe karşılığı bakımından görüş birliği bulunmayan İngilizcesi "Plea Bargaining" olan iddianame pazarlığı kısaca iddia makamıyla müdafî arasında isnad edilen suçun ikrar edilmesi karşılığında cezanın ne kadar indirileceğine ilişkin yapılan müzakere aşamasıdır¹⁵.

Türk doktrininde terimi ifade etmek için iddianame pazarlığı¹⁶ dışında savcısı-sanık pazarlığı¹⁷, itham pazarlığı¹⁸, iddia pazarlığı¹⁹ ve dava pazarlığı²⁰ kavramları kullanılmıştır.

İddianame pazarlığı 20. yy.'ın ilk çeyreğinden beri Anglo-Sakson hukukunda uygulanan bir alternatif yöntemdir. II. Dünya Savaşı sonrası 1960'lı yıllarda artan suç dalgasıyla iddianame pazarlığı, yargının yükünün azaltılması bakımından bir ihtiyaç haline geldi²¹. 1970 yılına gelindiğinde Birleşik Devletler Yüksek Mah-

¹⁵ Plea Bargaining Tanımı, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining>; Plea Bargaining Tanımı, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://criminallaw.uslegal.com/plea-bargaining/>; Mehmet Emin Yapar, *Ceza Muhakemesinde İddia Pazarlığı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 122.

¹⁶ Pınar Bacaksız, "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)" *Ceza Hukuku Dergisi* 3, 7 (2008), 151 vd.; Ali Emrah Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu (Plea Bargaining)" *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2021), 1447 vd.

¹⁷ Yusuf Solmaz Balo ve Ekrem Çetintürk, "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, 1-2 (2013), 1247; Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m.250)" *Ceza Hukuku Dergisi* 14, 41(2019), 580 vd.; Belci, *Seri Muhakeme Usulü*, 62 vd.

¹⁸ Enver Kaşlı, *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı (Plea Bargaining)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 38 vd.

¹⁹ Yapar, *Ceza Muhakemesinde İddia Pazarlığı*, 115 vd.

²⁰ Doktrinde Yenisey; aynı çalışmasında "plea bargaining" terimi için hem dava pazarlığı hem de iddia pazarlığı kavramlarını kullanmıştır. Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Sülhlerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Nur Centel'e Armağan 19, 2 (2013), 454, 464.

²¹ Albert W. Alschuler, "Plea Bargaining and Its History" *Columbia Law Review* 79, 1 (1979), 34-35; Emilio C. Viano, "Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice" *International Review of Penal Law* 80, 1-2 (2012), 113. Erişim Tarihi: 10.08.2022, https://www.cairn-int.info/abstract-E_RIDP_831_0109--plea-bargaining-in-the-united-states-a.htm?contenu=article.

kemesi, iddianame pazarlığını “Brady-Amerika Birleşik Devletleri”²² davasında ceza yargılamalarında yasal bir yöntem olarak kabul etmiştir²³. Nitekim yakın zamanda yapılan araştırmalar ABD’de federal ve eyalet sistemlerinde mahkûmiyet kararlarının %95’i iddianame pazarlığı sonucu alındığını göstermektedir²⁴.

Birçok karışık ceza yargılamasının özellikle organize işlenen suçlarda şüpheliyle yapılan iş birliği delillere ulaşma ve yargılama sürecini oldukça basit hale getirmiştir²⁵. Ayrıca ifade verme konusunda isteksiz olan tanıkları beyan verme zahmetinden kurtarması ve mağdurlar bakımından bir an önce yargılamanın son bulması yönüyle iddianame pazarlığı faydalı görülmüştür. Bu sayede Fransa, Hindistan, Japonya, Nijerya Güney Afrika gibi ülkelerde de uygulanan iddianame pazarlığı, ülkeden ülkeye farklı yöntemlerle uygulanmaktadır²⁶. Bu sebeple biz daha yaygın bir şekilde ve uzun zamandır uygulanan Amerika Birleşik Devletleri’ne düzenlemelere göre terimi ifade edeceğiz.

İddianame pazarlığı müzakereleri genellikle savcı ile müdafî arasında geçmektedir²⁷. Şüpheli müzakerelere katılmamakla birlikte müdafî pazarlık sürecinde müvekkiliyle irtibat kurarak onun görüşleri doğrultusunda hareket etmektedir²⁸. Birçok eyalette mağdur sürecin herhangi bir kısmında bulunmamaktadır.

Savcı, iddianame pazarlığına gidilmesinde işlenen suç, şüphelinin suç geçmişi, mağdurun suçtan ne ölçüde zarar gördüğü gibi koşulları göz önünde bulundurarak karar verir²⁹. Pazarlığın uygulanmasına ilişkin herhangi bir katalog suç listesi bulunmamaktadır³⁰. Ancak Mississippi ve Kaliforniya gibi bazı eyaletlerde ağır şiddet içeren ve bazı cinsel suçlarda iddianame pazarlığı uygulanmamaktadır³¹. Savcı pazarlık sürecine karar verirken aynı zamanda hangi şartlara göre pazarlığın uygulanması gerektiğini de belirlemektedir³². Dolayısıyla iddianame pazarlığının yürütülmesi sürecinde savcının geniş takdir yetkisi bulunmaktadır³³.

²² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>, Erişim Tarihi: 10.08.2022.

²³ Emilio C. Viano, “Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice”, 110; Albert W. Alschuler, “Plea Bargaining and Its History”, 40.

²⁴ Jenia I. Turner, “Plea Bargaining” in 3 Reforming Criminal Justice: Trial and Pre-Trial Processes (Erik Luna ed., 2017) SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 348, 73, Erişim Tarihi: 11.08.2022, https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/4_Reforming-Criminal-Justice_Vol_3_Plea-Bargaining.pdf.

²⁵ Yapar, *Ceza Muhakemesinde İddia Pazarlığı*, 115; Turner, “Plea Bargaining”, 74.

²⁶ Turner, “Plea Bargaining”, 74.

²⁷ Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1258.

²⁸ Kaşlı, *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı*, 75; Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1258.

²⁹ Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1259.

³⁰ İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 31.

³¹ Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1264.

³² Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1259.

³³ Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 160.

Savcı ile müdafinin pazarlığı sonucu anlaşmanın sağlanması halinde failin daha az bir ceza alması veya cezası daha hafif olan bir suçun isnad edilmesi sağlanır³⁴. Ancak bunun karşılığında şüphelinin de suçunu ikrar etmesi ve itham edilen suçta karşı itiraz etmemesi aranmaktadır.

Pazarlığın konusu pazarlığın türüne göre değişiklik göstermektedir. Bunlardan ilki müdafinin müvekkilinin daha az ceza almasını sağlayacağı bir suçun isnad edilmesi için savcıyla müzakereler gerçekleştirdiği yöntemdir³⁵. Bunun için şüphelinin daha az cezayı gerektiren suçta ikrar etmesi gerekmektedir. Bu yöntemin adı “isnat pazarlığı”dır³⁶. Eğer fail birden fazla suç işlemişse bu durumda suçlama sayısına ilişkin bir pazarlık söz konusu olacaktır³⁷. Müdafinin ile savcı arasında daha az suçun ikrarı neticesinde diğer suçlamaları düşürmesine ilişkin bir pazarlık yapılmaktadır. Son olarak yaptırım (ceza) pazarlığı yapılmaktadır. Bu pazarlık türünde de şüpheli itham edilen suçta kabul etmesi karşılığında söz konusu suçun cezasının belirli bir sürenin üzerinde olmayacağı taahhüt edilir³⁸. Söz konusu pazarlık kimi yerlerde suçlama sayısına ilişkin yapılan pazarlıkla bir arada gerçekleşebilmektedir³⁹.

Pazarlıkla bir anlaşmanın belirlenmesiyle hâkim bu yöntemin usulüne göre mi yapıldığını denetleyecektir⁴⁰. Bunun için Federal Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 11/b-1. hükmü gereği öncelikle sanığa yemin ettirilebilir sonrasında mahkemenin yalan yere yemin etme veya yalan beyan nedeniyle bir kovuşturmada, davalının yeminli olarak verdiği herhangi bir ifadeyi sanık aleyhine kullanma hakkı olduğu, suçsuz olduğuna ilişkin savunma yapabileceğini, jüri önünde yargılanma hakkının bulunduğu, duruşmada ve yargılamanın diğer her aşamasında avukat tarafından temsil edilme ve gerekirse mahkemenin avukat atamasını sağlama hakkı, duruşmada tanıklarla yüzleşme hakkı bulunduğu; eğer suçlamaları kabul ederse bu haklardan vazgeçeceği belirtilir⁴¹.

Ayrıca mahkeme sanığın hapis cezası, para cezası ve denetimli salıverilme süresi dahil olmak üzere hükmedilebilecek en yüksek cezayı, uygulanabilecek müsadereyi, mahkemenin iade emri verme yetkisinin olduğu gibi birçok hususu bildiğinden emin olması gerekir. Federal Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 11/b-2

³⁴ Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 153.

³⁵ Kaşlı, *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı*, 69; Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1250; Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 155.

³⁶ Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 155; Kaşlı, *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı*, 69.

³⁷ Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1250.

³⁸ Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 156; Kaşlı, *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı*, 69; Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1250.

³⁹ Bacaksız, “İddianame Pazarlığı”, 156; Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1251.

⁴⁰ Balo ve Çetintürk, “Savcı-Sanık Pazarlığı”, 1263.

⁴¹ Federal Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 11. maddesi için bkz. https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11, Erişim Tarihi: 11.08.2022.

düzenlemesi uyarınca mahkeme sanığın iddianame pazarlığı anlaşmasında gönüllü olduğunu ve anlaşmanın zorlama, tehdit veya vaatlerden kaynaklanmadığını açıkça ifade etmesini beklemektedir. Eğer sanık mahkemede suçlu olmadığına ilişkin bir beyanda bulunması halinde bu durumda klasik ceza yargılamasının kovuşturma aşamasında işletilmesi gerekmektedir. Federal Delil Yasası'nın 410/a hükmüne göre pazarlık aşamasındaki beyanları veya suçu ikrar etmesi delil olarak kabul edilmeyecektir⁴².

İddianame pazarlığına ilişkin İHAM'ın değerlendirmesine bakılacak olursa öncelikle iddianame pazarlığıyla şüpheli/sanık adil yargılanma hakkıyla bağlantılı bazı hakların (masumiyet karinesi, nemo tenetur ilkesi, aleniyet ilkesi, memarını anlatabilme ilkesi vb.) kullanımından vazgeçmektedir⁴³. İHAM vermiş olduğu Natsvlshvili ve Togonidze / Gürcistan kararında⁴⁴ iddianame pazarlığını mukayeseli bir şekilde incelemiş, iddianame pazarlığıyla bazı haklardan feragat edildiğini belirtmiş ancak bunun için sanık/şüphelinin anlaşmayla kendisi hakkında ne gibi sonuçlar doğurduğunu bilmesi ve özgür iradesiyle karar vermesi gerektiğini ayrıca söz konusu anlaşmanın adil bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargısal bir denetimin olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu karar doğrultusunda seri muhakeme usulünü değerlendirdiğimizde söz konusu özel yargılama usulünün uygulanması başlı başına bir ihlal sebebi olmayacaktır. Kararda belirtilen kriterleri dikkate aldığımızda CMK'nın 250. maddesinin 9. fıkrasında yapılan değişiklik sonrası mahkemenin seri muhakeme usulü üzerindeki denetim yetkisi daha işlevsel hale gelmiştir. Öte yandan seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirmeyi kolluğun yapma yetkisinin bulunması ve teklif aşamasında şüphelinin eğer müdafisi yoksa zorunlu müdafinin atanmaması yalnızca teklifin kabulü sırasında zorunlu müdafinin bulunması henüz Türk hukukunda yeni olan yargılama usulü hakkında şüphelinin yeterince aydınlatılmaması dolayısıyla şüphelinin de özgür iradeyle bu teklifi kabul etmemesi noktasında İHAM içtihatlarıyla çeliştiği düşüncesindeyiz.

Seri muhakeme usulü ve iddianame pazarlığı yöntemlerinin daha az ceza alınması taahhüdüyle mahkemelerin iş yükünü azaltma gayesi taşımaktadır. İddianame pazarlığı, seri muhakeme usulünden farklı olarak müzakerelerle yürütülmektedir. Seri muhakeme usulünde savcı tarafından şüpheliye teklif yapılırken; iddianame pazarlığında savcı ve müdafii arasında bir pazarlık söz konusudur. Her iki alternatif çözüm yöntemi de önemli ölçüde savcı tarafından yürütülmekte ancak seri muhakeme usulünde savcının takdir yetkisi yokken iddianame pa-

⁴² Federal Delil Yasası 410/a hükmü için bkz. https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_410, Erişim Tarihi: 11.08.2022.

⁴³ Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu", 1450.

⁴⁴ İHAM, Natsvlshvili ve Togonidze v. Gürcistan, Başvuru No. 9043/05, 29.04.2014 Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153643%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 14.08.2022.

zarlığında savcının geniş takdir yetkisi vardır. Seri muhakeme usulünde cezada yapılacak indirim oranı dahi yasada düzenlenmiştir. Bununla birlikte iddianame pazarlığında birçok eyalette uygulanacak bir suç kataloğu veya hariç tutulacak suç listesi getirilmemiştir.

Her iki alternatif çözüm yönteminde mahkemenin denetleme ve hüküm kurma yetkisi vardır. İddianame pazarlığında anlaşmanın mahkemece onaylanması; seri muhakeme usulünde de mahkemenin talepnameyi dikkate alarak hüküm kurmasıyla süreç tamamlanır. Sanığın yöntemin uygulanmasından vazgeçmesi halinde bu aşamalarda elde edilen beyanları her iki alternatif çözüm yönteminde de delil olarak kullanılmayacağı yasada açıkça ifade edilmiştir.

D. CEZA KARARNAMESİ

Seri muhakeme usulünün, CMUK'un 386. maddesi vd. hükümlerinde düzenlenen sulh ceza hakimlerinin ceza kararnamelerine benzediğini belirtmiştik. Ceza kararnamesi, CMUK'da özel muhakeme usulleri kısmında düzenlenmiştir. Dolayısıyla seri muhakeme usulü gibi özel bir muhakeme usulüdür.

Ceza kararnamesi, duruşmanın yapılmasını gerekli görmediği durumlarda sulh ceza hâkiminin duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde yaptığı incelemeyle kanun hükmünde belirtilen sınırlar göz önünde bulundurarak verdiği mahkûmiyet hükmüdür⁴⁵. Ceza kararnamesiyle; iş yükünün ve ekonomik giderlerin azaltılması, basit ceza yargılaması için sanığın zorla getirilmesi veya tutuklanması gibi muhakeme işlemlerinde tasarruf edilmesi amaçlanmıştır⁴⁶.

Ceza kararnamesini savcının hazırlık soruşturmasında suçun işlendiği çok açık bir şekilde belli olduğu için duruşma yapılmasına gerek görmediği durumlarda sulh ceza hâkiminden ceza talep edebileceği gibi⁴⁷ savcının talebi olmaksızın iddianamenin düzenlenmesinden sonra sulh ceza hâkimi duruşma yapılmasına gerek görmeden ceza kararnamesiyle karar verebilmekteydi⁴⁸. Ancak doktrinde ceza kararnamesinin verilmesi savcı tarafından talep edilmesi gerektiği yani hâkimin re'sen ceza kararnamesine hükmedemeyeceği görüşü de yer almaktadır⁴⁹. Savcının ceza kararnamesi iddianame niteliğine haiz olmamakla birlikte

⁴⁵ Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası* (İstanbul: Beta, 1998), 815; Ali Karagülmez, *Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi ve Önödeme* (Ankara: Adalet, 1999), 8; Handan Yokuş Sevik, "Çocuk Yargılamasında Ön Ödeme ve Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 52 (2004), 78-79.

⁴⁶ Ayhan Önder, *Sulh Hâkiminin Ceza Kararnamesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966), 4; Cemil Halit Bengü, "Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi", *Adliye Dergisi* 36, 3 (Mart 1945), 184; Karagülmez, *Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi*, 10 vd.; Hakan A. Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayla Alternatif Yöntemler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 151.

⁴⁷ Sevik, "Çocuk Yargılamasında Ön Ödeme ve Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi", 79.

⁴⁸ Kunter ve Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 816; Karagülmez, *Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi*, 17.

⁴⁹ Önder, *Sulh Hâkiminin Ceza Kararnamesi*, 60.

sulh hâkimi tarafından duruşma yapıldığında veya ceza kararnamesi uygulanmadığı hallerde yeni bir iddianameye gerek görülmemektedir⁵⁰. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 407. maddesinin 1. fıkrasına bakıldığında Cumhuriyet savcısının yazılı başvurusu aranmaktadır.

CMUK'daki düzenlemeye bakıldığında seri muhakeme usulünden farklı olarak söz konusu özel yargılama usulünün uygulanmasında sulh ceza hakiminin takdir yetkisi vardır. Ceza kararnamesinin uygulanmasına karar verilmesi halinde duruşma yapılmadan hüküm aşamasında geçilmektedir. Ancak CMUK 387. maddesine göre sulh ceza hâkimi gerek gördüğü durumlarda duruşma yaparak ceza kararnamesine hükmetmekteydi.

Ceza kararnamesiyle ancak üç aya kadar hapis cezası, bir meslek veya sanatın bir süreliğine icrasından⁵¹ yoksun bırakma, müsadereye ve yahut bunlardan biri veya birkaçına hâkim hükmedebilir (CMUK 386/2). Seri muhakeme usulünde ise cezayı önemli ölçüde talepnameyle savcı belirler (CMK m.250/4). Hâkim talepnameyi dikkate alarak hüküm verir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (StPO) ise 407. maddenin 2. fıkrasında kararnameyle para cezası, sürüş yasağı, müsadere gibi kararlar verilebileceği yer almaktadır. Daha sonra eklenen düzenlemeye göre ceza verilmekten kaçınması ya da sanığın müdafisi varsa ve denetimli serbestlik ile cezasının ertelenme durumu var ise bir yıla kadar hapis cezası da verilebileceği belirtilmiştir.

Ceza kararnamesi kural olarak duruşma yapılmadan verileceği için on beş yaşını bitirmemiş veya on beş yaşından büyük olsa bile sağır-dilsiz olanlar ve akıl hastaları hakkında ceza kararnamesi uygulanmaz⁵². Alman hukukunda da aynı gerekçeyle ceza kararnamesinin uygulanamayacağı belirtilmiştir⁵³. Aynı sebeple seri muhakeme usulünün de yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinde uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir (CMK m.250/12).

Ceza kararnamesi, sanıklar ve tanıklar mahkemeye çağrılmadan verilebilmekteydi. Nitekim Yargıtay da sanığın sorgusu yapıldıktan sonra ceza kararnamesi uygulanamayacağını belirtmiştir⁵⁴. Benzer şekilde Alman Ceza Muhakeme-

⁵⁰ Kunter ve Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 817.

⁵¹ 765 Sayılı TCK m.25: "Muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası üç günden iki seneye kadardır".

⁵² Abdullah Güner, "Sulh Hakimlerinin Ceza Kararnameleri" *Adalet Dergisi* 44, 10 (1953), 1201; Bengü, "Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi", 185; Karagölmez, *Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi*, 49 vd.

⁵³ Önder, *Sulh Hâkiminin Ceza Kararnamesi*, 267.

⁵⁴ "Duruşmaya başlandıktan sonra işin ceza kararnamesi ile sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı, Asliye Ceza Mahkemesi'nce sanığın sorgusu yapıldıktan sonra görevsizlik kararı verildiği, Sulh Ceza Mahkemesi'nce yapılacak yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi'nde başlanan yargılamanın devamı niteliğinde olduğu ve sanığın sorgusu yapıldıktan sonra davanın ceza kararnamesi ile sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı nazara alınmadan yazılı şekilde ceza kararnamesi ile davanın sonuçlandırılması" (Yarg. 2. CD, 05.04.2004, E. 2002/25272, K. 2004/6925) Karar için bkz. www.legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 14.08.2022).

si Kanunu (StPO). §407/3 hükmü gereğince sanığın dinlenmesine gerek görülmemiştir. Ancak seri muhakeme usulünde, klasik yargılamadaki gibi sanık mahkeme tarafından sorgulanmasa da söz konusu usulün şartlarına uyulup uyulmadığını ve şüphelinin teklifi özgür iradeyle mi kabul ettiğini denetlemek için şüpheli müdafii huzurunda dinlenmektedir (CMK m.250/9).

CMUK'un 388. maddesinde kararnameye, uygulanan kanun hükümleri, kararda dayanılan delillerle birlikte tebliğinden itibaren sekiz gün içerisinde itiraz edilmesi gerektiği, 389. maddeye göre söz konusu süre içinde itiraz edilmemesi durumunda kararnamenin kesinleşeceği hüküm altına alınmıştır. Eğer hapis cezası öngörülmüşse duruşma yapılarak, diğer durumlarda dosya üzerinden inceleme yapılarak itiraz değerlendirilirdi (CMUK m.390). 391. maddenin 1. fıkrasına göre İtiraz üzerine yapılan duruşmaya sanık veya müdafii mazeretsiz olarak gelmemesi halinde itiraz reddedilmekteydi.

Seri muhakeme usulünde de itiraz kanun yolu açıktır. İtiraz, şüpheliye yapılan teklif aşaması ve mahkemenin hüküm aşamasındaki şartlar yönüyle incelenmektedir (CMK m.250/14).

Ceza kararnamesine itiraz bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (StPO) bakıldığında itiraz kanun yolundan ziyade kararnameye "karşı koyma" şeklinde bir imkân tanınmıştır. Zira itiraz kanun yolu Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 304 vd. maddelerinde "Beschwerde" olarak ifade edilmekteyken 410 ve 411. maddelerinde ise kararnameye karşı muhalefet için "Einspruch" terimi kullanılmıştır. 410. maddenin 1. fıkrasına göre sanık kararnamenin tebliğinden itibaren iki hafta içinde kararnameye karşı muhalefetini bildirebilir. İtiraz üzerine yapılan duruşmaya sanık ve müdafinin herhangi bir sebep belirtmeksizin gelmemesi durumunda StPO'nun §329/1 hükmü uyarınca itiraz reddedilir (StPO §412).

İHAM ceza kararnamesine ilişkin olarak vermiş olduğu kararda, başvuru-
ların aleni bir duruşma yapılarak yargılanmadığını hem ceza kararnamesini veren hem de itirazı inceleyen mahkemenin dosya üzerinden inceleme yaptığını ayrıca herhangi bir avukatla sanıkların kendini savunma imkanının tanınmadığını tüm sebeplerle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiştir⁵⁵. Bu karara göre seri muhakeme usulü incelendiğinde bir önceki başlıkta İHAM kararlarından yola çıkarak belirtmiş olduğumuz sakıncaların yanında seri muhakeme usulünde de aleni bir duruşmanın yapılmadığı, yalnızca usulün şartlarının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin müdafii huzurunda şüpheli dinlendikten sonra hüküm veril-

⁵⁵ İHAM, Barışık ve Alp v. Türkiye Kararı, Başvuru No. 29765/02 ve 31420/06, 27/11/2007, Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125542>, Erişim Tarihi 16.08.2022. Aynı yönde karar için bkz. İHAM, Erkan Orhan v. Türkiye Kararı, Başvuru No. 19497/02, 01.03.2007, Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125781>, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

diği bunun haricinde şüphelinin delil toplanması, tanık dinletilmesi, varsa tanığa hâkim aracılığıyla soru sorabilme imkanlarının olmadığı görülmektedir. Bu husus seri muhakeme usulünde silahların eşitliği ve delillerin doğrudanlığı ilkesinin ikinci plana atıldığını göstermektedir.

Tüm bu gerekçelerle İHAM'ın iddianame pazarlığı ve CMUK döneminde uygulanan ceza kararına ilişkin vermiş olduğu kararlara bakıldığında seri muhakeme usulünün adil yargılanma hakkının bazı ilkeleriyle tam olarak örtüşmediği bu nedenle seri muhakeme usulüne ilişkin yapılacak olan bireysel başvuruda Türkiye aleyhine kararın çıkma ihtimali vardır⁵⁶.

III. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN UYGULANMASININ KOŞULLARI

Seri muhakeme usulünün şartları, CMK'nın 250. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu koşullara göre kanunda belirtilen katalog suçlardan birinin olması, suç hakkında yapılan soruşturmanın sonuna gelinmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemesi, şüpheliye ilişkin olarak kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik ve akıl hastalığının bulunmaması, şüphelinin ulaşılabilir olması ve son olarak şüphelinin usulün uygulanmasına ilişkin teklifi kabul etmesi gerekmektedir.

Söz konusu şartların oluşması halinde seri muhakeme usulünün uygulanması zorunlu olmaktadır. Bu konuda asliye ceza mahkemesinin veya savcının takdir yetkisi bulunmamaktadır.

A. KATALOG SUÇLARDAN BİRİNİN BULUNMASI

Seri muhakeme usulü her suç açısından veya üst sınırı belirli yıla kadar olan ya da şikâyete tabi suçlar bakımından değil yalnızca kanunda sınırlı olarak (numerus clausus) belirtilen suçlar için geçerli bir özel yargılama usulüdür. Söz konusu suçlar bakımından seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanmamasında savcı veya mahkemenin takdir yetkisinin olmadığını ifade etmiştik. Seri Muhakeme Usulü Yönetmeliği'nin⁵⁷ 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca uzlaştırma ve ön ödeme kapsamındaki suçlar bakımından seri muhakeme usulünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

250. maddenin 1. fıkrasında seri muhakeme usulüne tabi suçlar katalog olarak sayılmıştır⁵⁸. Söz konusu katalogda üst sınırı çok yüksek olmayan, uzlaştır-

⁵⁶ Erdem ve Şentürk, "Seri Muhakeme Yöntemi", 586.

⁵⁷ RG Yayınlanma Tarihi: 31.12.2019.

⁵⁸ CMK m.250/1: "Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),

2. Genel güvenliğın kasten tehlikeye sokulması (madde 170),

3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),

4. Gürültüye neden olma (madde 183),

maya tabi suçlar hariç tutulması nedeniyle şikâyete tabi olmayan ve genellikle mağduru toplumu oluşturan herkesin olduğu suçlar görülmektedir. Buna karşın kategoriye girebilecek bazı suçların niye dahil edilmediği anlaşılmamaktadır. Örneğin “Gürültüye Neden Olma Suçu (m.183)” seri muhakeme usulü kapsamında iken “İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu (m.184)” niye usul kapsamına dahil edilmediği ya da “Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu (m.268)” iftira suçunun hükümlerine göre cezalandırılırken “İftira Suçunun (m.267)” hangi sebeple seri muhakeme usulü kapsamında olmadığı bilinmemektedir. Nitekim düzenlemenin gerekçesine bakıldığında⁵⁹ katalog suç listesinin neye göre belirlendiğine ilişkin bir açıklama yoktur. Bu nedenle zaman içinde uzlaştırma kurumunun kapsamında olan suçların arttığı gibi seri muhakeme usulünün suç kapsamının genişlemesi çok muhtemeldir.

Seri muhakeme usulüne tabi suçların tekerrür halinde işlenmesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre bazı suçları meslek haline getirenlerin ya da mükerrerlerin seri muhakeme usulünden faydalanmasının suç işlemeyi teşvik edeceği bu nedenle mükerrerlerin seri muhakeme usulünden faydalanamayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmuştur⁶⁰.

5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),

6. Mühür bozma (madde 203),

7. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),

8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),

9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13'üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15'inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2'nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

⁵⁹ Gerekçede suç listesinin basit suçlardan olacağına ilişkin “suç şüphesi altında bulunan kişiler, soruşturma sürecinde susma, herhangi bir açıklamada bulunmama hakkına sahip olduğu gibi sorumluluğu kabul hakkına da sahip bulunmaktadır. İkinci seçeneğin söz konusu olduğu her durumda, suçun niteliği ve cezasının ağırlığına veya geleneksel muhakeme yollarının kullanılmasında hukukî ve sosyal bir yarar bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bütün ceza davalarının mahkemeye taşınmasının adil ve hakkaniyetli olmadığı açıktır. Ağır iş yükü altında bulunan ceza adalet sistemlerinin bu tür vahamet arz etmeyen basit suçlarda muhakeme sürecini basitleştirecek adımlar atması Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarına da konu olmuştur” şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

⁶⁰ Gülsün A. Aygörmüş Uğurlubay, Nuran Haydar ve Mehmet Korkmaz, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2019), 265; Atalay, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller”, 664; Yavuz Erdoğan, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü” *Legal Hukuk Dergisi* 18, 209 (2020), 2006.

Bir başka tartışmalı husus ise katalogdaki bir suçun zincirleme bir şekilde işlenmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir. Öğretide yine bu konuda düzenleme yapılması gerektiği zincirleme suçun olduğu hallerde seri muhakeme usulünün uygulanmaması gerektiği görüşü vardı⁶¹. Ancak 7331 sayılı kanunla 08.07.2021 tarihinde yapılan değişikliklerle zincirleme suçlarda zincirleme suçla ilişkin hükümler uygulandıktan sonra cezada yarı oranında indirim yapılacağı ibaresi 250. maddenin 4. fıkrasına eklenmiştir.

Seri muhakeme usulünün kapsamına giren suç ile girmeyen suçun birlikte işlenmesi hususu da ilk olarak kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu haliyle doktrinde bu tarz durumlarda katalogda yer alan suç bakımından seri muhakeme usulü uygulanacak diğer suç açısından bu usulün uygulanmayacağı görüşü öne sürülmüştür⁶². Diğer görüşe göre ise bu durumda hiçbir şekilde seri muhakeme usulünün uygulanmayacağı savunulmuştur⁶³. Yine 7331 sayılı kanunla gelen değişiklikle tıpkı uzlaştırma kurumunda olduğu gibi seri muhakeme usulüne tabi bir suç ile tabi olmayan bir suçun birlikte işlenmesi halinde seri muhakeme usulünün uygulanmayacağı düzenlemeye eklenmiştir (250/11-2. Cümle).

B. SORUŞTURMA EVRESİNİN SONUNA GELİNMESİ

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için sayılı suçlarla ilgili CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrası gereği soruşturmanın sonuna gelinmesi aranmaktadır fakat "soruşturmanın sonuna gelinmesi" ibaresiyle neyin ifade edilmek istendiği açıkça anlaşılmamaktadır. Ayrıca söz konusu ifade CMK'da herhangi bir şekilde kullanılmamış veya tanımlanmamıştır.

CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrasına göre savcının soruşturduğu suçla ilişkin olarak yeterli şüphenin oluşması üzerine iddianame düzenlenir. Seri muhakeme usulünün uygulanması için soruşturmanın sonuna gelinmesi ifadesinden ilgili hükümden yola çıkarak soruşturulan suçla ilişkin yeterli şüphenin oluşmasının anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz⁶⁴. Nitekim yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında katalogda yer alan

⁶¹ Abdullah Batuhan Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü" *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 8, 2 (2020), 247.

⁶² Atalay, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", 667; Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 246.

⁶³ Erdem ve Şentürk, "Seri Muhakeme Yöntemi", 587.

⁶⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 612; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı 7. Baskı* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2021), 9; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 582; Aygörmöz, Uğurlubay ve Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", 262; Karakehya ve Tunçer, "Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 15; Erdoğan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", 1999; Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 239; Öznur Sevdiren, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler" *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, 189-190 (2020), 588; Belci, *Seri Muhakeme Usulü*, 98. Hakan A. Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*, 249; Atalay, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", 661.

suçlar bakımından kamu davasının açılması için yeterli şüphelyi oluşturan delillerin elde edilmesiyle seri muhakeme usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanundaki ifadenin de yönetmelikteki ifadeyle uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır⁶⁵.

Yeterli şüphe terimi kanunda tanımlanmamıştır ancak öğretide şüphelinin soruşturulan suçtan dolayı mahkûmiyet alması berat alma ihtimalinden daha yüksek olan şüphe derecesi olarak ifade edilmiştir⁶⁶.

Soruşturma sonucu elde edilen deliller yeterli şüphelinin oluşmasına imkân vermiyorsa bu durumda CMK'nın 172. maddesinin 1. fıkrası gereği kovuşturmanın yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda seri muhakeme usulünün uygulanma olanağı ortadan kalkmaktadır (Yön. m.8/3).

Yeterli şüphe üzerine seri muhakeme usulünün uygulanması için teklifin şüpheliye yapılması ve şüphelinin teklifi kabul etmesi üzerine savcı tarafından ele alınan talepten en az iddianame kadar gerekçelendirilerek hazırlanması gerekir. Yalnızca hangi suçun olduğu ve bunun da seri muhakeme kapsamında olduğu belirtilmekle yetinilmemelidir⁶⁷. Zira talepten gerekçeli hazırlanması isnadı öğrenme hakkı bakımından önemlidir. Isnadı öğrenme hakkı, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması bakımından önem arz etmektedir.

C. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KARARI VERİLMEMESİ

CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasında yer alan suçlardan herhangi birine ilişkin yürütülen soruşturmada yeterli şüphelinin oluşması üzerine seri muhakeme usulüne ilişkin sürecin başlatılması yeterli değildir. Ayrıca savcının kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin karar vermemesi gerekmektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, CMK'nın 171. maddesinin 2. fıkrası vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre kamu davasının açılması "Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphelinin varlığına rağmen" beş yıl süreyle ertelenebilir (m.171/2). Düzenlemeye bakıldığında uzlaştırma ve ön ödeme erteleme kurumunun dışında bırakılmışken; seri muhakeme usulü kapsamındaki suçlar için aynı durum söz konusu değildir. Hükümden kamu davasının açılmasının ertelenmesinin savcının takdirinde olduğu görülmektedir. Dolayısıyla savcı şartları oluşsa bile gerekli

⁶⁵ Doktrinde "soruşturmanın sonuna varılmasını, Cumhuriyet savcısı bakımından iddianame düzenleyebilecek nitelikte yeterli delile ulaşılmış olma olarak algılandığını, böyle bir değişikliğin esaslı bir etki meydana getirmeyeceği" savunulmuştur. Zahit Yılmaz ve Özge Apiş, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, 1 (2020), 74.

⁶⁶ Karakehya ve Tunçer, "Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 16; Sevdiren, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü", 589; Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", 262.

⁶⁷ Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", 262.

görmediği durumlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermeyebilir. Ancak diğer koşulların sağlanması durumunda savcı seri muhakeme sürecini başlatmak zorundadır. Bu konuda savcının takdir yetkisi yoktur. Nitekim seri muhakeme usulü kapsamındaki bazı suçların üst sınırının üç yıldan fazla olması sebebiyle bu suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi karar verme imkânı olmadığı için bu şarta bakılmaksızın diğer koşullar sağlanması halinde seri muhakeme usulü uygulanacaktır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi için 2. fıkrada yer alan şartlar yeterli değildir. Ayrıca şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması, kamu davasının açılmamasının şüpheli ve toplum için daha faydalı olacağı, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı bir zararın olması halinde aynen iade, suç öncesi hale getirme ya da tazmin edilmesi suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir (CMK m.171/3).

Düzenlemeye yeni eklenen hüküm gereği “suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar” bakımından hiçbir şekilde kamu davasının açılmasını ertelenmesi kurumu işletilemez (m.171/6).

Beş yıllık erteleme süresi içinde şüpheli herhangi bir şekilde kasıtlı bir suç işlememesi halinde söz konusu suça ilişkin kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilir. Eğer kasıtlı bir suç işlemesi halinde ertelenen kamu davası açılacaktır (m.171/4).

Eğer tüm bu koşullar sağlanmazsa savcı yalnızca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermediği durumlar değil ayrıca bu kararı veremediği hallerde de seri muhakeme usulünü uygulamak zorundadır.

D. ŞÜPHELİYE ULAŞILMASI

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesinin gerekli koşullardan biri şüpheliye ulaşılmış olması gerekmektedir. 250. maddenin 13. fıkrasına göre soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması, yurt dışında bulunması veya başka herhangi bir sebeple şüpheliye ulaşılamazsa seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır.

Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca savcı usulün teklifi amacıyla şüpheliyi davet eder. Söz konusu daveti; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarıyla yapabilmektedir. Nitekim sürecin hızlı işlemesi bakımından daha hızlı iletişim araçlarının kullanılması yerindedir. Öğretide bu sebeple şüphelinin yurt dışında da olsa seri muhakeme usulüne başvurulmasında bir engel olmadığı şüphelinin konsoloslukta beyanının alınabileceği savunulmuştur⁶⁸.

⁶⁸ Baytaç, “Seri Muhakeme Usulü”, 243; M. Emre Tulay, “Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)”, *Izmir Barosu Dergisi* 85, 2 (2020), 131.

Uygulamada seri muhakeme bürosunda görevli zabıt katibinin genellikle şüpheliye telefonla ulaşarak bir hafta sonrası için bilgilendirme ve teklif yapılması amacıyla davet edildiği görülmektedir⁶⁹. Şüpheliye ulaşılmış olsa bile belirtilen tarihte mazeretsiz bir şekilde davete icap etmemesi durumunda seri muhakeme usulü uygulanmaz (Yön. m.9/2). Bu noktada telefonla şüpheliye ulaşılmadığında “şüpheliye ulaşma” şartının sağlanmadığını söylemek kolay değildir⁷⁰. Bu sebeple söz konusu iletişim araçlarıyla kişiye ulaşılamaması halinde tebligat yoluyla ulaşılmaması denemeli ancak herhangi bir geri dönüş alınmaması veya şüpheliye ulaşılamaması durumunda seri muhakeme usulünün uygulanmasında vazgeçilmelidir.

E. ŞÜPHELİDE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ, AKIL HASTALIĞI VE SAĞIR VE DİLSİZLİK HALLERİNDEN BİRİNİN BULUNMAMASI

250. maddenin 12. fıkrasında seri muhakeme usulünün olumsuz şartı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre şüphelinin hür iradeyle vereceği karar sekteye düşmemesi için şüphelide kusurluluğu etkileyen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik durumlarından birinin bulunması durumunda seri muhakeme usulü uygulanmayacaktır.

Yaş küçüklüğü, Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin her bir fıkrasında ceza sorumluluğu kıstas alınarak farklı bir yaş aralığı belirlenerek düzenlenmiştir. Genel olarak hükme bakıldığında yaş küçüklüğüyle on sekiz yaşını doldurmamış kişiler anlaşılmaktadır. Kanun koyucu seri muhakeme usulünde çocukları tamamen sürecin dışında bırakarak yakın tarihte faal hale getirdiği uzlaştırma kurumuna göre daha farklı bir yaklaşıma gitmiştir.

Uzlaştırmada suça sürüklenen çocuklar için suç kapsamı daha geniş tutulmuştur. Uzlaştırma teklifi suça sürüklenen çocukların kanuni temsilcisine yapılmaktadır. Uzlaşmayla herhangi bir cezai sorumluluğun doğmayacağı aksine cezai sorumluluk ihtimalinin ortadan kalkacak olması sebebiyle suça sürüklenen çocukların diğer şüphelilere nazaran daha geniş suç kapsamında uzlaştırmadan faydalanmasına imkân tanımıştır. Öte yandan seri muhakeme usulüyle yarı oranında indirilse de bir cezanın öngörülüyor olması ve suça sürüklenen çocukların teklif aşamasında yönlendirilerek özgür iradeyle karar vermelerinin çok mümkün olmaması gerekçeleriyle çocuklar seri muhakeme usulünde hariç tutulmuştur. Nitekim ne gibi sonuçlar doğuracağı tam olarak anlaşılmadan başta savunma hakkı olmak üzere bu hakla bağlantılı birçok haktan feragat ederek bu teklifin kabul edilmesi suça sürüklenen çocuk bakımından daha olumsuz bir duruma yol açabilir. Ayrıca olası hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin teklifin kanuni temsilciye yapılması ve teklifi suça sürüklenen çocuğun yerine kanuni temsilcinin değerlendirmesi çok uygun değildir. Dolayısıyla uzlaştırmadan farklı olarak suça sürüklenen çocukların seri muhakeme usulü kapsamına alınmaması yerindedir.

⁶⁹ İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 156.

⁷⁰ İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 155.

Kanununun 32. Maddesinde ise akıl hastalığı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre ceza sorumluluğu bakımından akıl hastalığı tam ve kısmi şeklinde iki gruba ayrılmıştır. Seri muhakeme usulü bakımından tam veya kısmi akıl hastalığı fark etmezsiniz bu grupta olan kişiler de seri muhakeme usulünden faydalanamayacaktır.

Bu kapsama alınan bir diğer kusurluğu etkileyen hal ise sağır ve dilsizlerdir. TCK'nın 33. maddesinde düzenlenen sağır ve dilsizler bakımından kusurluluğu etkileyen durum tüm sağır ve dilsizleri kapsamamaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre 31. maddede yaş küçüklüğünde farklı yaş grupları için uygulanan hükümler, üçer yaş daha artırılarak uygulanmaktadır. Yani 31. madde kapsamında on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış kişiler için uygulanacak hüküm, sağır ve dilsizler bakımından on sekiz yaşını doldurmuş ancak yirmi bir yaşını doldurmamış kişiler için uygulanacaktır. Seri muhakeme usulüne ilişkin hükme bakıldığında yaşına bakılmaksızın tüm sağır ve dilsizlerin hariç tutulacağıyla alakalı bir anlam çıkabilmektedir. Ancak yönetmeliğin 7. maddesinde sağır ve dilsizler ifadesi, TCK'daki madde numarasıyla belirtilmiş olduğu için kanun koyucunun gayesinin yalnızca kusurluluğu etkileyen hal kapsamındaki (Seri muhakeme usulü bakımından 15-21 yaş aralığındaki) sağır ve dilsizler olduğu anlaşılmaktadır.

Şüpheli seri muhakeme usulüyle adil yargılanma hakkına ilişkin önemli birçok haktan feragat etmektedir. Bu sebeple şüphelinin bilgilendirme sonrası tam olarak aydınlatılmış onaminin alınması gerekmektedir⁷¹. Şüphelinin teklifi kabulünün hür iradeye dayanması ve bunun herhangi bir şekilde sekteye uğramaması için sayılan gruptaki kişiler süreçten muaf tutulmuştur.

IV. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN UYGULANMA SÜRECİ

Seri muhakeme usulüne ilişkin şartlar sağlandıktan sonra ne şekilde uygulanacağı CMK'nın 250. maddesi ve ilgili yönetmelikte düzenlenmiştir. Düzenlemeye bakıldığında sürecin birkaç gün içerisinde tamamının bitirilmesi amaçlanan aşamalardan meydana gelmektedir. Ancak şüphelinin teklifi düşünmek için bir ayı aşmayacak şekilde zaman istemesi süreci biraz daha yavaşlatabilecektir.

Öncelikle şüpheli seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirilir ve bilgilendirilmeden sonra kendisine usulün uygulanmasına ilişkin bir teklif yapılır. Teklifin müdafii yanında kabulüyle savcı gerekli işlemleri yaparak talepnameyi hazırlar ve aynı gün içerisinde şüpheliyi mahkemeye yönlendirir. Mahkeme talepnameyi aynı gün inceleyerek müdafii huzurunda şüpheliyi dinler ve talepnameyi dikkate alarak hükmü verir.

Buna göre seri muhakeme usulünde süreç; bilgilendirme, teklif ve teklifin kabulü, talepnamenin hazırlanması, mahkemenin inceleme ve hüküm kurması aşamalarından oluşmaktadır.

⁷¹ Karakehya ve Tunçer, "Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 19.

A. ŞÜPHELİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ

Seri muhakeme usulünün ilk evresi bilgilendirme sürecidir. Cumhuriyet savcısı, suç olduğu izlenimi veren olaya ilişkin bilgi sahibi olur olmaz olayı araştırılmaktadır. Bu çerçevede maddi gerçeğin ortaya çıkması için şüpheli (ler) hakkında lehe ve aleyhe olan delilleri adli kolluk aracılığıyla toplar ve koruma altına alır (CMK m.160). Elde edilen deliller yeterli şüphenin oluşması bakımından imkân sağlamıyorsa ya da kovuşturma olanağı yoksa bu durumda savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar verir (m.172/1).

Soruşturma sonunda elde edilen deliller yeterli şüpheyi oluşturuyorsa klasik yargılamada iddianame düzenlenir. Savcı yeterli şüphenin olduğu bu aşamada şartları oluşmuşsa kamu davası açmada takdir yetkisini (m.170/1) veya kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin yetkisini (m.170/2) kullanabilir. Eğer kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun şartları oluşmamışsa veya savcı tarafından erteleme kararı verilmemişse söz konusu deliller neticesinde meydana geldiği düşünülen suç, seri muhakeme usulü kapsamında olması durumunda seri muhakeme usulü süreci başlatılacaktır. Bu aşamaya kadar savcının takdirinde olan bazı uygulamalar bulunsa da seri muhakeme usulüne başvurulmasında takdir yetkisi yoktur.

Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasına göre savcı seri muhakeme usulünün teklifi amacıyla şüpheliyi hemen davet eder. Ancak gerek kanunda gerek yönetmelikte şüpheliye davetin ne zaman yapılacağı açık bir şekilde belirtilmemiş ancak en kısa sürede yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak soruşturma konusu suçun seri muhakeme usulüne tabi olduğu anlaşıldıktan sonra henüz yeterli şüpheyeye ulaşmadan şüphelinin daveti ve ardından bilgilendirmenin yapılması gerekir⁷². Ayrıca yönetmeliğin 8. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi gereği suçun seri muhakeme usulünün kapsamında olması savcının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü son bulduğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla bilgilendirme yapılması için soruşturmada yeterli şüpheyeye ulaşıldığı aşamaya gelinmesi gerekir⁷³.

Davetin seri muhakeme usulünün amacına uygun bir şekilde telefon, elektronik posta gibi yollarla yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak usulün uygulanma şartlarında belirttiğimiz gibi mevzubahis alternatif davet yolları, şüpheliye ulaşılabilirliğinin sağlanması bakımından yeterli değildir. Düzenlemede belirtilen iletişim araçlarıyla şüpheliye ulaşamıyorsa sürecin biraz daha uzamasına yol açsa da 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda belirtilen usule göre tebligat gönderilmesi gerekir. Bu hususun da yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olacaktır.

⁷² Aynı yönde görüş için bkz. Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 251.

⁷³ Aynı yönde görüş için bkz. İldıran, *Seri Muhakeme Usulü*, 161; Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 251.

Bilgilendirme, savcı veya kolluk tarafından yapılabilecektir (CMK m.250/2; Yön. m.8/2). Bilgilendirme aşaması sürecin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve şüphelinin aydınlatılmış kabulünün sağlanması açısından önemlidir. Ancak böylesine önemli bir aşamada henüz Ceza Muhakemesi Kanunu sistematığında yeni olan bir kurum için kolluk görevlilerinin de yetkilendirilmesi birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Nitekim uzlaştırma kurumunda daha önce kolluk tarafından taraflara yapılan bilgilendirmede yeterli aydınlatmanın yapılmaması benzer durumun seri muhakeme usulünde de yaşanacağını akla getirmektedir⁷⁴.

Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasında bilgilendirmede hangi hususlara değinilmesi gerektiği detaylı bir şekilde ele alınmıştır⁷⁵. Ancak fıkrada sayılı hususların hukuki donanımına tam olarak sahip olmayan kolluk tarafından şüphelinin anlayacağı şekilde aktarılması oldukça güçtür⁷⁶. Zira kolluğun söz konusu fiili ve bu fiilin niçin ilgili suçu oluşturduğu, hangi delillerden dolayı yeterli şüphenin meydana geldiği ve amacına uygun bir şekilde seri muhakeme usulü süreci hakkında şüpheliyi bilgilendirmesi çok mümkün gözükmemektedir. Ayrıca kolluk görevlileri, şüpheliyi seri muhakeme usulünü kabul etmesi yönünde yönlendirerek şüphelinin özgür iradesini zedeleyebilecektir.

Kolluğun belirttiğimiz sakıncalardan dolayı seri muhakeme usulünün önemli aşamasında görev alması şüphelinin isnadı ve hakları öğrenme hakkıyla örtüşmektedir. İHAS'ın 6/3-a hükmünde şüpheliye yönelik isnadın niteliği ve sebebi mümkün olan en kısa zamanda, anlayacağı dilde ve etraflıca kendisine bildiril-

⁷⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Baskı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 870.

⁷⁵ Seri Muhakeme Usulü Yönetmeliği m.10/1: *Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmeden önce şüpheliyi bu usul hakkında bilgilendirir. Bilgilendirme;*
a) *İsnat edilen eylem, eylemin oluşturduğu suç ile bu suçun seri muhakeme usulü kapsamına girdiği,*
b) *Kamu davasının açılması için yeterli şüphenin bulunduğu,*
c) *Özgür iradesiyle ve müdafî huzurunda kabul ettiği takdirde bu usulün uygulanacağı ve belirlenecek temel cezanın yarı oranında indirileceği,*
ç) *Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilen yaptırım hakkında talep doğrultusunda mahkemenin hüküm kuracağı, bu hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği,*
d) *Teklifin kabulünün ancak müdafî huzurunda gerçekleştirilebileceği, seçtiği bir müdafî yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafî görevlendirileceği,*
e) *Mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar her aşamada seri muhakeme usulünden vazgeçebileceği,*
f) *Mahkemece verilen hükmün adli siciline kaydedileceği,*
g) *Bu usulün uygulanmasını kabul etmediği takdirde genel hükümlere göre hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılacağı,*
ğ) *Genel hükümlerin uygulanmasına geçilmesi halinde, seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacağı, hususlarını kapsar.*

⁷⁶ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 10; Tulay, "Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)", 126; Hakan A. Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*, 262; Elif Er, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi" *Yaşar Hukuk Dergisi* 3, 1(2021), 63.

mesi düzenlenerek isnadı öğrenme hakkı korunmuştur. Şüphelinin neyle suçlandığını ve ne gibi hakları olduğunu tam olarak idrak edememesi etkin bir savunma yapmasını olumsuz yönde etkileyecektir⁷⁷.

Nitekim uygulamada hazır bir bilgilendirme tutanağı formunun şüpheliye okutularak imzalatıldığı görülmektedir⁷⁸. Oysa bu hakkın tam olarak sağlanması için itham edilen fiil ve dayandırıldığı suçla ilgili olarak eksiksiz ve gerekçeli olarak bilgilendirilmesi gerekir. İHAM vermiş olduğu kararda sanığa suçlamanın bildirilmesinde özen gösterilmesi gerektiği, yalnızca suçlamanın nedeni hakkında değil aynı zamanda detaylı bir şekilde fiillere ilişkin hukuki nitelermelerle ilgili olarak bilgilendirme hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir⁷⁹. Seri muhakeme usulüyle adil yargılanma hakkıyla bağlantılı birtakım haklardan feragat edilmesi sebebiyle bilgilendirme evresinde daha titiz davranılması gerekmektedir. Aynı kriterlere savcının da dikkat etmesi gerekmektedir.

Bilgilendirmeye ilişkin söz konusu fıkraya bakıldığında seri muhakeme usulüyle verilen hükme karşı şüphelinin itiraz kanun yoluna başvurabileceğine yer verilmemiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinin 5. fıkrasına göre seri muhakeme usulünün uygulanma sürecinde tercümandan yararlanma hakkı olduğu ayrıca düzenlenmiştir. Adil bir yargılanmanın sağlanması açısından son derece önemli olan bu hakkın ayrıca düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte bilgilendirme aşamasında şüphelinin seri muhakeme sürecinde de böyle bir hakkının olduğunun hatırlatılmasında fayda vardır. Ayrıca teklif yapıldıktan sonra teklifi değerlendirmek için bir ayı aşmamak üzere sürenin verilebileceği (Yön. m.10/3) hemen karar vermesinin gerekli olmadığı konusunda bilgilendirilmesi şüphelinin teklife yönelik baskı hissetmeden hür iradeyle cevap vermesi için önem arz etmektedir.

Sürecin baştan sona sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için zorunlu müdafilik kurumunun bilgilendirme aşamasından itibaren bulunması, şüphelinin eksiksiz bir şekilde aydınlatılması ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımı bakımından önemli bir ihtiyaçtır⁸⁰. Müdafinin süreçte bulunması sayesinde bilgilen-

⁷⁷ "Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir. Dolayısıyla isnadın bildirilmediği bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez. Bu itibarla adil yargılanma hakkının isnadın bildirilmesine ilişkin güvenceyi de kapsadığı anlaşılmaktadır". (AYM, Başvuru No. 2014/875, 02.02.2017, Başvuru No. 2014/875). Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

⁷⁸ Ildırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 162.

⁷⁹ Sadak ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 29900/96, 29901/96, 29902/96 ve 29903/96, 17.07.2001. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2229900/96%22,%2229901/96%22,%2229902/96%22,%2229903/96%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-59594%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

⁸⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Erdoğan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", 2013.

dirmeye ilgili önemli eksiklikler önemli ölçüde giderilecek ve kolluğun süreçle ilgili bilgilendirme yapması isnadı öğrenme hakkı bakımından böylesine bir sakinca yaratmayacaktır.

İstisna ve uygulaması yeni olan bu usulün hukuki donanımına sahip olmayan kolluk tarafından yapılacak bilgilendirmeye ya da uygulamada matbu bir form şüpheliye imzalatılarak bu aşamanın gerçekleştirilmesi ve şüphelinin bu süreçte yaşayabileceği baskıyla özgür iradeye dayalı aydınlatılmış kabulünün alınabilmesi için çok elverişli görünmemektedir.

Oysa hukuki donanımına sahip olan müdafinin bilgilendirme aşamasında bulunması, şüphelinin olası bir yönlendirilmesinin önüne geçmesinde ve bu sürece ilişkin anlaşılmayan kısımların izahı bakımından önemli rol oynayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi seri muhakeme usulüyle kişi suçu ikrar etmese de bir anlamda isnat edilen suça ilişkin ceza almasıyla kendini suçlamaya zorlanmaması ilkesinden (nemo tenetur), suçluluğu henüz yeterli şüphe aşamasındayken teklifin kabulüyle masumiyet karinesi ve bu ilkenin bir uzantısı olarak şüpheden sanık yararlanır ilkesinden, delillerin toplanması talebinde bulunamayarak silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden feragat ettiğini şüpheliye en iyi müdafii aktaracaktır. Zira söz konusu ilkeler, adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz unsurları olup; seri muhakeme usulüyle bu ilkelerden şüphelinin vazgeçmiş olacağının bilincinde olması gerekir.

B. ŞÜPHELİYE SERİ MUHAKEME USULÜNÜN TEKLİFİ VE TEKLİFİN KABULÜ

Şüphelinin kolluk veya cumhuriyet savcısı tarafından bilgilendirilmesinden sonra seri muhakemenin uygulanması şüpheliye teklif edilir (CMK m.250/3). Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre savcının tekliften önce bilgilendirme yapması gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun 250. maddesinin 2. fıkrası ve yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bilgilendirmeyi kolluğun da yapabileceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin m.10/1 hükmünden eğer bilgilendirme kolluk tarafından yapılmışsa ayrıca tekliften hemen önce savcı tarafından da bilgilendirme yapılması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Söz konusu teklif doğrudan şüpheliye yapılmaktadır.

Şüpheliye bilgilendirme ve teklif SEGBİS üzerinden veya istinabe yoluyla yapılabilmektedir (Yön. m.10/11). SEGBİS üzerinden yapılacak tekliflerde CMK'nın elektronik işlemler başlıklı 38/A maddesindeki usul dikkate alınacaktır. İstinabe yoluyla yapılacak işlemler aynı maddenin 13. fıkrasında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Düzenlemeye göre soruşturmayı yürüten savcı tarafından istinabe evraklarıyla birlikte hazırlanan seri muhakeme usulü kabul tutanağını, istinabe işlemlerini yapacak olan Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Başsavcılık, usule ilişkin davet, bilgilendirme ve teklif sürecini yürüttükten sonra soruşturmayı yürüten başsavcılığa dosyayı gönderir.

Şüpheliye seri muhakeme usulü teklifi yapılması için zorla getirme kararı veya yakalama emri verilemeyecektir (Yön. m.5/7). Nitekim şüphelinin özgür iradesinin korunması bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Şüpheliye teklif yapılmadan önce şüphelinin ne kadar ceza alacağını bilmesi, vereceği onay bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla teklif yapılmadan önce soruşturmayı yürüten savcının yaptırımı belirlemesi gerekmektedir⁸¹. Ancak 250. maddenin sistematığı bakımından tekliften sonra yaptırımın belirleneceğine ilişkin bir anlam çıkmaktadır. Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında ise teklifle birlikte usulün kabulü halinde uygulanacak yaptırımların da açıklanacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak uygulamada şüphelinin yaptırımı bilmeden teklifi kabul etmesinin bir anlamı olmayacağı için savcılar tarafından teklifle birlikte yaptırımın ne olduğu ve ağırlığı da şüpheliyle paylaşılmaktadır⁸².

Şüphelilerin iştirak halinde suçu işlemesi durumunda şüphelilerden biri bile seri muhakeme usulünü kabul etmezse söz konusu usul uygulanmayacaktır (CMK m.250/11). Uzlaştırma kurumunda ise ancak uzlaşan fail uzlaştırmadan yararlanmaktadır. Faillerden birinin veya birkaçının uzlaştırmayı kabul etmemesi halinde uzlaştırma kurumu devre dışı kalmamaktadır (m.255). İki alternatif çözüm yöntemi arasında böyle bir farkın olması kurumların yapısı gereğidir. Zira seri muhakeme usulünde şüphelilerden birisi teklifi kabul etmesi durumunda isnat edilen fiilden dolayı yarı oranında da olsa ceza alacakken; aynı fiilden dolayı usulü kabul etmeyen başka bir şüpheli daha fazla ceza ya da beraat alması olasıdır. Dolayısıyla uzlaştırma kurumundan farklı olarak seri muhakeme usulünde aralarında iştirak ilişkisi olan şüphelilerin hepsinin teklifi kabul etmesi yerinde bir düzenlemedir⁸³.

Yaptırımların nasıl belirleneceği CMK'nın 250. maddesinin 4 ile 7. fıkrası düzenlenmiştir. Buna göre savcı, TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını ve güttüğü amaç ve saik” ile suçun alt ve üst sınırlarını dikkate alarak belirlediği cezada yarı oranında indirim yaparak yaptırımı belirler. Eğer zincirleme suç söz konusuysa bu durumda zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra yarı oranda indirim yapılır (CMK m.250/4).

⁸¹ Doktrinde Erdem ve Şentürk “C. Savcısının önce teklifte bulunup, şüpheli tarafından bu teklif kabul edildikten sonra somut cezanın belirlenmesi aşamasına geçilmesidir. Başka bir anlatımla şüpheli somut cezanın somut cezanın hangi ağırlıkta olacağını, teklifi kabul ederken” bilmeyeceğini savunmuştur. Erdem ve Şentürk, “Seri Muhakeme Yöntemi”, 590.

⁸² Yılmaz ve Apış, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, 77; İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 167.

⁸³ Aynı yönde görüş için bkz. Tulay, “Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)”, 129.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde nasıl bir yol izleneceği sorun teşkil etmektedir. Zira mevzubahis fıkra da yaptırım belirlenirken yalnızca TCK m.61/1 hükmünün dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Oysa cezanın belirlenmesinde teşebbüs kurumu aynı maddenin 5. fıkrasında yer almaktadır. Bu husustan dolayı aynı suçun tamamlanması ile teşebbüste kalması durumunda belirlenecek cezaların birbirine çok yakın olması kuvvetle muhtemeldir. Benzer bir durum seri muhakeme usulü kapsamında olan TCK'nın 268. maddesinde düzenlenen “Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması” suçunda söz konusudur. Söz konusu suça ilişkin olarak kanunun 269. maddesinde etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Bu suçun faili pişmanlık göstermesi durumunda seri muhakeme usulünün ne şekilde uygulanacağı muammalıdır. Zira cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, cezanın belirlenmesine ilişkin hükmün birinci fıkrasında değil beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu sebeple seri muhakeme usulünde yaptırımın belirlenmesi noktasında etkin pişmanlık dikkate alınmayacak ve şüpheli bakımından aleyhe bir sonuç doğuracaktır⁸⁴.

Belirlenen yaptırım neticesinde bir yıl veya daha az süreli hapis cezası söz konusuysa “suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özellikler” dikkate alınarak savcı tarafından hapis cezası, TCK'nın 50/1 hükmünde yer alan seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Eğer iki yıl veya daha az hapis cezası⁸⁵ almışsa “daha önce kasıtlı bir suçtan üç aydan fazla hapis cezası almamış olmak ve suç işlemeyeceğine dair bir kanaatin oluşması” şartlarının sağlanması halinde TCK'nın 51. maddesi uyarınca hapis cezası ertelenebilir. Erteleme için ayrıca mağdurun veya kamunun zararının karşılanması aranabilmektedir (CMK 250/5). Öte yandan şartların sağlanması halinde savcı tarafından CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilir (CMK 250/6). Hapis cezasının ertelenmesi ve hükmün açıklanması kararının şartları aynı anda olduğu durumlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanması şüphelinin lehine olacaktır⁸⁶.

Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırımın uygulanması, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını bakımından bir sakınca arz etmediği 250. maddenin 7. fıkrası

⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Ercan Yaşar, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü” *Adalet Dergisi*, 65 (2020), 274; Baytaç, “Seri Muhakeme Usulü”, 256.

⁸⁵ Altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından süre, üç yıl veya daha az hapis cezası olarak uygulanır.

⁸⁶ Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-(b) bendi uyarınca hapis cezası ertelense bile adli sicil kaydına kaydedilirken; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, adli sicile kaydedilmeyip kendine özgü bir sisteme kaydedilmektedir. Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yalnızca bir soruşturma veya kovuşturmayla ilişkili olarak mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından talep edilmesi halinde yetkili kişiler tarafından görülmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi durumunda ceza infaz edilmeye başladığı için bu esnada mahkûm olan kişi bazı haklardan yoksun kalmaktadır. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında bu durum söz konusu değildir.

sında düzenlenmiştir. Ancak seri muhakeme usulünde yeterli şüphe üzerine şüphelinin kabulüyle yaptırım belirlenmektedir. Ayrıca teklifin kabulü tam anlamıyla suçun ikrarı anlamına da gelmediği için eşya veya kazanç müsadereci gibi suçun işlendiğine ilişkin şüpheye yer bırakılmayacak bir kesinliğin arandığı güvenlik tedbirlerinin seri muhakeme usulüyle birlikte uygulanması sorun teşkil edebilmektedir⁸⁷.

Yaptırım savcı tarafından belirlendikten sonra şüpheliye teklif yapılır. Şüpheli teklifi hemen kabul edebileceği veya reddedebileceği gibi teklifi düşünmek istediğini de belirtebilir. Teklifin reddi halinde genel hükümlere göre muhakeme süreci devam eder. Seri muhakeme usulünün şüphelinin teklifi reddetmesi sebebiyle uygulanmadığına ilişkin bir tutanak düzenleyerek soruşturma dosyasına ekler (Yön. m.10/10).

Teklifi düşünmesi için şüpheliye verilen süre yönetmeliğin 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir ayı geçmeyecektir. Şüphelinin teklifi kabul etmesi halinde kabul ettiğine ilişkin beyanı sırasında, müdafinin yanında bulunması gerekmektedir. Eğer kişinin avukatı yoksa bu durumda kendisine avukat atanacaktır (CMK m.250/3; Yön. m.11/1).

Öğretide müdafinin hangi andan itibaren atanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre şüpheliye teklifin yapıldığı andan itibaren müdafii olmaması halinde müdafii atanacağı savunulmuştur⁸⁸. Diğer görüşe ise ilgili hükmün teklifin kabulü esnasında şüphelinin yanında müdafinin bulunmasını düzenlediğini ifade etmektedir⁸⁹. Bize göre de hem kanun hem de yönetmeliğe baktığımızda düzenlemelerden teklifin kabulü esnasında müdafinin bulunması gerektiğini anlaşılmaktadır. Ancak müdafinin teklif ve bilgilendirme aşamalarının tamamında bulunmasının daha uygun olduğu kanaatindeyiz⁹⁰.

Müdafinin teklifin yalnızca kabulü aşamasında bulunması müdafiden yararlanma hakkının işlevinin şeklen yerine getirilmesine sebep olacaktır. Bu aşamada zorunlu müdafinin dosyayı inceleme yetkisini (CMK m.153) kullanarak dosyaya hâkim olmasının ve soruşturmada yeterli şüphenin oluşturan delilleri yeterince incelemesinin imkânı yoktur.

İHAS'ın adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine baktığımızda 3. fıkrasının (c) bendinde kişinin kendisini savunması için bir müdafiden yararlanması gerektiği; (b) bendinde de savunmanın hazırlanması için makul bir sürenin verilmesi

⁸⁷ Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 256-257.

⁸⁸ Karakehya ve Tunçer, "Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 28; Yaşar, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", 270.

⁸⁹ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 583; Sevdiren, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü", 589; Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 253; İldırım, *Seri Muhakeme Usulü*, 170; Tulay, "Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)", 127.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", 267.

gerektiği belirtilmiştir. Nitekim teklifin değerlendirilmesi için bir ayı aşmayacak şekilde şüpheliye süre verilmesi, düzenlemenin (b) bendi uyarınca yerindedir. Ancak bu süre zarfında şüphelinin müdafisinin bulunmadığı durumda müdafinin görevlendirilmemesi müdafiden yararlanma hakkının sağlanması açısından önemli eksikliklerdir.

Seri muhakeme usulü sonucunda şüpheli, savunma hakkıyla bağlantılı birçok ilkeden vazgeçerek ceza almayı kabul etmektedir. Dolayısıyla kabul beyanında bulunmadan önce hukuki birikime sahip olan müdafiyeye soruşturma dosyasını değerlendirmek hem şüpheli lehine en iyi kararın verilmesi bakımından hem de savunma hakkının korunması bakımından gereklidir. Müdafî tarafından soruşturma dosyası kapsamındaki delillerin isnat edilen suç bakımından değerlendirilmesi sonucu klasik yargılamayla şüpheli hakkında daha az bir ceza ya da beraat kararı verilme ihtimali teklif kabul edilmeden önce göz önünde bulundurulacaktır.

Nitekim İHAM vermiş olduğu kararda⁹¹ adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde sağlanması için müdafiden yararlanma hakkının sağlanması gerektiğini ifade etmiş, polisin ilk sorgusunda itibaren bu haktan şüphelinin yararlanması gerektiği ancak bu hakkı sınırlayıcı geçerli sebepler ortaya konulmadıkça hakkın kısıtlanamayacağı ifade edilmiştir. Kararda şüphelinin müdafiden yararlanma hakkından özgür iradesiyle vazgeçmesinin mümkün olduğu ancak feragatin herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde olması ve asgari güvencelerin sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na da baktığımızda CMK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasında müdafinin soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında şüpheli/sanığa yardım edebileceği, şüpheli/sanığın birden fazla müdafiden yardım alabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında müdafinin şüpheli/sanıkla vekaleti olmaksızın görüşme imkânı olduğu, ifade alma ve sorgulama sürecinde şüpheli/sanığın yanında bulunarak hukuki destek sağlayabileceği düzenlenmiştir. Nitekim 153. maddede kural olarak müdafinin soruşturma dosyasını inceleyebildiği ancak istisna hallerde bu yetkinin kısıtlanabildiği hüküm altına alınmıştır.

Gerek müdafiden yararlanma hakkına ilişkin İHAM'ın içtihatları gerekse İHAS ve CMK'nın bu hakka ilişkin düzenlemelerine bakıldığında söz konusu hakkın seri muhakeme usulünde etkin bir şekilde kullanımı ve şüphelinin aydınlatılmış kabulünün sağlıklı bir şekilde alınması için zorunlu müdafilik kurumunun bilgilendirme aşamasında itibaren öngörülmesinde yarar görmekteyiz⁹².

⁹¹ Salduz v. Türkiye, Başvuru No. 36391/02, 27.11.2008. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20SALDUZ%20v.%20TURKEY%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D,%22itemid%22:%5B%22001-89893%22%7D%7D> (Erişim Tarihi: 19.08.2022).

⁹² Aynı yönde bkz. Baytaz, "Seri Muhakeme Usulü", 254; Sevdiren, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü", 593-594; Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", 267-268; Tulay, "Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)", 127.

Şüpheli müdafinin yanında teklifi özgür iradesiyle kabul etmesinden sonra yönetmeliğin ekinde yer alan örnek kabul tutanağı somut olaya uyarlanarak hazırlanır. Kabul tutanağında “*şüpheliye isnat edilen eylem, şüphelinin kabul beyanı, belirlenen sonuç ceza ve/veya güvenlik tedbiri ile uygulandığı takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırım veya hapis cezasının ertelenmesine*” ilişkin hususlara yer verilir. Tutanak; savcı, şüpheli ve müdafî tarafından imzalanır. Şüpheli teklifi özgür iradesiyle kabul etmelidir. Kabul beyanı yalnızca şüpheli tarafından verilir. Şüphelinin vekaletle yetkilendirdiği avukat dahi şüpheli yerine beyanda bulunamaz⁹³.

C. TALEPNAMENİN HAZIRLANMASI

Cumhuriyet savcısı, şüphelinin teklifi kabul etmesinden sonra kabul tutanağını hazırlamasıyla birlikte seri muhakeme usulünün uygulanmasını görevli ve yetkili mahkemeden talep eder (CMK m.250/8). Talepnamede nelerin yer alması gerektiği ve örnek talepname yönetmelikte belirtilmiştir.

Doktrinde, talepnamenin ceza kararname kurumunda sulh ceza hakiminden ceza kararname uygulanmasını isteyen savcının talep yazısıyla büyük ölçüde örtüştüğü ileri sürülmüştür⁹⁴. Her ikisinde de bulunması gereken hususların büyük ölçüde aynı olduğu ifade edilmiştir.

Talepnamede “*şüphelinin kimliği ve müdafî, mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi, isnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri, isnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, isnat olunan suç oluşturulan olayların özeti, Cumhuriyet savcısı tarafından bu usulün uygulanmasının şüpheliye teklif edildiği ve şüphelinin müdafî huzurunda teklifi kabul ettiği, belirlenen ceza ve/veya güvenlik tedbirleri ile uygulanmış ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasına seçenek yaptırımlar veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususlar*” yer almalıdır (CMK m.250/8, Yön. m.12).

Seri muhakeme usulünde talepname, klasik ceza yargılamasındaki iddianameden farklı olsa da benzerlik göstermektedir. Talepnamede isnat olunan suçta yer verilmesi yetmez. Ayrıca iddianamede olduğu gibi isnat olunan suçla ilgili yeterli şüphenin oluşmasına sebep olan deliller ve bu delillerin yeterli şüpheli için oluşturulduğu gerekçesiyle yer almalıdır. Bununla birlikte talepnamede TCK'nın 61. maddesine göre belirlenen cezanın alt veya üst sınıra yakın olduğu gerekçesiyle ortaya koyulmalıdır. Bu husus mahkeme tarafından talepnameyi daha denetlenebilir kılarak savcının olası keyfi yaptırım belirlemesinin önüne geçmektedir.

⁹³ İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 170, dn. 676.

⁹⁴ Baytaz, “Seri Muhakeme Usulü”, 258.

Savunma hakkı bakımından değerlendirilecek olursa kişinin hakkında itham edilen suçu ve hangi haklara sahip olduğunu bilmeden kendisini savunması çok mümkün gözükmemektedir. Bu hususta İHAM'ın vermiş olduğu kararda, her davanın koşullarına göre değişmekle birlikte sanığın aleyhindeki suçlamaların etkin bir savunma yapabileceği ölçüde aktarılması ve savunmasını yapmayı sağlayabilecek her türlü bilgiyi anlayabileceği imkân ve zamanın tanınması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵. *Ofner ve Hopfinger/Avusturya* kararında isnat edilen suçun niçin isnat edildiği ve buna ilişkin bütün maddi olguların şüpheli/sanıkla paylaşılması gerektiği vurgulanmıştır⁹⁶. Tüm bu sebeplerden dolayı talepname hazırlanırken isnat edilen suç gerekçesini oluşturan delillerle ve delillerin yeterli şüpheyi nasıl oluşturduğu açıklanarak hazırlanması gerekmektedir.

D. MAHKEMENİN İŞLEMLERİ VE HÜKÜM KURMASI

Seri muhakeme usulünde yetkili mahkeme asliye ceza mahkemesidir (Yön. m.4/1-(b)). Nitekim 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10, 11 ve 12. maddeleri ele alındığında seri muhakeme kapsamındaki suçlar asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Ayrıca Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi, 1 Sayılı 02.01.2020 Tarihli kararında⁹⁷ asliye ceza mahkemeleri içerisinde seri muhakeme usulün uygulanması bakımında ihtisas mahkemeleri belirlemiştir. Seri muhakeme, özel bir yargılama usulü ve birçok haktan feragat edilen bir muhakeme süreci olması sebebiyle ihtisas mahkemelerinin belirlenmesi yerindedir.

Görevli asliye ceza mahkemesi, talepname mahkemeye ulaştığı gün incelemesini yapar (Yön. m.13/1). Mahkeme öncelikle müdafî huzurunda şüpheliyi dinlemektedir. Dinleme istinabe veya SEGBİS yoluyla da yapılabilmektedir. Ancak şüpheli, mazeret bildirmeden mahkemeye gelmemesi halinde şüphelinin bu usulün uygulanmasından vazgeçtiği kabul edilir (m.13/5) ve yargılama genel hükümlere göre devam etmesi için Cumhuriyet savcılığına gönderilir.

Mahkemenin şüpheliyi müdafî huzurunda dinlemesi son derece yerindedir. Ancak mahkemenin şüpheliyi dinlemesinin hukuki niteliği tam olarak ifade

⁹⁵ Marcello Viola v. İtalya, Başvuru No. 45106/04, 05.10.2006. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 21.08.2022).

⁹⁶ Ofner ve Hopfinger v.Austria, Başvuru No. 524/59 617/59, 23.11.1962. Aktaran Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, (Ankara: Avrupa Konseyi, 2018), 315.

⁹⁷ HSK Dairesinin 1 Sayılı Kararı'nın 1. Maddesi: "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre seri muhakeme usulü kapsamında kalan işlere; a) Bir asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemenin, b) İki veya üç asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 2 numaralı, c) Dört veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 4 numaralı, d) Otuz veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 4 ve 5 numaralı, e) Elli veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise 4, 5 ve 6 numaralı asliye ceza mahkemelerinin bakmasına, (...) Karar verildi".

edilmemiştir⁹⁸. Söz konusu dinleme bir sorgu⁹⁹ mu yoksa soruşturma aşamasında yürütülen özel bir usulün denetimi mi olduğu hususunda tartışmaya neden olmaktadır. Bu tartışmalı nokta için öncelikle mahkemenin yapacağı işlemlerin kovuşturma işlemleri mi olduğu yoksa seri muhakeme usulünü denetleyen ve bu usulle hüküm kurulan soruşturma işlemleri mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Seri muhakeme usulü mevcut düzenlemelere göre soruşturma aşamasında tamamlanan, kovuşturma aşamasının olmadığı bir işlemdir¹⁰⁰. Nitekim kovuşturma, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar devam eden süreci ifade etmektedir. Ayrıca CMK'nın 250. maddesinin 9. fıkrasında mahkemede dinleme yapacağı kişiden bahsedilirken sanık terimi yerine şüpheli terimi kullanılmıştır. Kanun gerekçesine de baktığımızda “*Geleneksel muhakemeye nazaran bu usulün farkının ortaya konulabilmesi amacıyla, inceleme ve hüküm sürecinin başlangıcı, kamu davası açan iddianame gibi bir belgeye değil, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının yazılı talebine bağlanmıştır. Hâkim faili dinleyecek, bu çerçevede usule uygun olduğu ölçüde duruşmayla ilgili diğer usul hükümlerini kıyasen uygulayabilecek; ancak, duruşmanın ertelenmesi ya da delil araştırması sonucunu doğurabilecek bir tercihte*” bulunmayacağı ifade edilmiştir. Duruşma¹⁰¹, katılan ve sanık tarafı ile Cumhuriyet savcısının katılımıyla ortaya konulan delillerin kolektif şekilde değerlendirildiği bir süreçtir. Dolayısıyla talepten hazırlanıp mahkemeye gönderilmesinden sonra şüphelinin mahkemenin huzuruna çıkması klasik anlamda duruşmayı ifade etmemektedir¹⁰².

Şüphelinin seri muhakeme usulünde dinlenmesiyle; delillerin değerlendirilmesi ve şüphelinin veya müdafinin savunma yaptığı anlaşılmalıdır. Mahkeme şüphelinin özgür iradeyle mi teklifi kabul ettiği, usulün bilgilendirme ve teklif süreçlerinde herhangi bir aykırılık var mı bunun tespiti amacıyla şüpheliyi dinlemektedir.

Seri muhakeme usulüyle aleni yargılamanın gerekleri yerine getirilmeden yani delillerin mahkeme huzurunda kolektif bir şekilde tartışılmadığı, şüphelinin

⁹⁸ Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, 271.

⁹⁹ CMK m.2/1-(h): “*Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini, (...) ifade eder*”.

¹⁰⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 587; İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 182.

¹⁰¹ CMK m.191/3: “*Duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) (Değişik: 24/11/2016-6763/29 md.) İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır, c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve 147'nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir, d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır*”.

¹⁰² Karakehya ve Tunçer, “Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılama Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, 31; Aygörmez, Uğurlubay ve Korkmaz, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, 270.

savunma hakkı kapsamında kendini ifade edip tanık veya bilirkişi dinletme hakkından mahrum kaldığı bir süreç sonunda hüküm verilmektedir¹⁰³. Bunun karşılığı olarak isnat edilen suç çerçevesinde belirlenen ceza yarı oranında indirilerek uygulanmaktadır. İHAM, aleni yargılama ilkesinin (İHAS m.6/1), adil yargılanma hakkı kapsamında korunan bir güvence olduğunu, mahkemelerin denetlenilebilirliğinin ve şeffaflığına önemli ölçüde katkısı olduğunu ifade etmiş fakat mahkeme istisnai hallerde duruşma yapılmasının zorunlu olmadığını da belirtmiştir¹⁰⁴.

Öte yandan bu aşamada şüpheliye meramının gerektiği gibi anlatma imkânı tanınmamıştır. Meramını anlatma ilkesi, şüpheli/sanığın savunma hakkını kullanmada en önemli unsurlardan birisidir¹⁰⁵. Mevzubahis ilkeyle, şüpheli isnat edilen suçlamalar karşısında kendini ifade ederek çeşitli deliller öne sürebilmesi ve savunmasının hüküm için dikkate alınmasını isteyebilir¹⁰⁶.

İHAS'ın 6. maddesinin 1. fıkrasında sanığın adil yargılanması için birtakım taleplerde bulunabileceği meramını anlatabilme ilkesi kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıca adil yargılama hakkının özel uygulama şekillerinin bulunduğu 3. fıkranın (d) bendinde iddia makamının tanıklarıyla birlikte savunma makamının tanıklarının da dinlenilmesine imkân tanınması da meramını anlatabilme hakkı çerçevesinde değerlendirilir¹⁰⁷.

Meramını anlatabilme hakkının sanık/şüpheli tarafından etkin bir şekilde kullanılabilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin sağlanmasına yargılamanın her aşamasında dikkat edilmelidir¹⁰⁸. İHAM silahların eşitliği ilkesinin; çelişmeli yargılamada her bir tarafa, kendisini önemli bir dezavantaja sokmayan koşullar altında delilleriyle birlikte davasını sunmak için makul bir fırsat verilmesi gerektiği anlamına geldiğini ifade etmiştir¹⁰⁹. Çelişmeli yargılama ilkesi ise tarafların yargılamaya konu olan deliller, görüşler ve mütalaadan

¹⁰³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 621.

¹⁰⁴ Fredin v. İsveç (No.2), Başvuru No. 18928/91, 23.02.1994. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Fredin%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-57867%22%22%7D> (Erişim Tarihi: 23.08.2022).

¹⁰⁵ Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları" *CHKD* 3, 2 (2015), 199.

¹⁰⁶ Erol Cihan, "50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu" *İÜHF* 1984, 1-4 (1984), 142; Turhan Tufan Yüce, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri" *TBB* 1988, 1(1988), 39, Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 59.

¹⁰⁷ Veli Kafes, "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması" *CHKD* 3, 2 (2015), 183. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku 14. Baskı* (Ankara: Seçkin yayıncılık, 2021), 54.

¹⁰⁸ Kafes, "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması", 192.

¹⁰⁹ Dombo Beheer B. v. Hollanda, Başvuru. No.14448/88, 27.10.1993, Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22dombo%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-57850%22%22%7D> (Erişim Tarihi: 23.08.2022).

haberdar olup bunlarla ilgili düşüncesini paylaşma imkanının sunulmasıdır. Buna göre seri muhakeme usulünü değerlendirdiğimizde meramını anlatabilme ilkesinin bir parçası olarak çelişmeli yargılama ilkesinin kısmen sağlandığını görüyoruz. Zira şüpheli seri muhakeme usulü ve suçlamalarla ilgili, her ne kadar eksik ve sorunlu yönleri olsa da bilgilendirilmektedir. Öte yandan şüpheli mahkeme önünde yalnızca teklifin kabulüne ilişkin özgür iradesine dayanan bir beyan verip vermediğini açıklamaktadır¹¹⁰. Bunun haricinde kendisine isnat edilen suçla ilgili herhangi bir açıklama yapması, delil sunması veya tanık dinletmesi söz konusu değildir. Bu yönüyle meramını anlatabilme ve silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkmaktadır. Şüpheli, hüküm kuruluncaya kadar seri muhakeme usulünden vazgeçebilme imkanına sahiptir (Yön. m.5/4). Ancak bu hükümle de seri muhakeme usulünün, meramı anlatabilme ilkesiyle yeteri kadar bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

Mahkeme müdafî huzurunda şüpheliyi dinlemekle birlikte talepnameyi mahkemeye verildiği gün incelemektedir. İş yoğunluğu veya mesainin son saatleri olması nedeniyle talepnamenin aynı gün incelenmesi her zaman mümkün olmadığı için söz konusu sürenin, sürecin hızlı bir şekilde işlemesi için düzenleyici bir süre olduğu kanaatindeyiz. Öte taraftan incelemenin kaç gün içinde tamamlanarak hüküm verilmesi gerektiği de mevzuatta belirtilmemiştir¹¹¹.

Mahkemenin hangi hususları inceleyeceği kanun ve yönetmelikte ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanunun 250. maddesinin 9. fıkrasına göre mahkeme, savcının yapacağı teklif ve teklifin kabulüne ilişkin şekil şartları ile isnat edilen fiilin seri muhakeme kapsamında olup olmadığını inceler. Eğer isnat edilen suç seri muhakeme kapsamında olmaması veya 3. fıkarda yer alan şartların gerçekleşmemesi durumunda mahkeme talebi reddederek soruşturmanın genel hükümlere göre tamamlanması için Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasına bakıldığında ise talepnameye bulunması gereken hususlar eksik veya hata bulunması; belirlenen yaptırımda bir hatanın varlığı; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlara çevirme veya hapis cezasının ertelenmesi kurumlarına ilişkin objektif koşulların gerçekleşmemesi; belirlenen cezanın içeriğine uygun güvenlik tedbirinin belirtilmemesi hallerinde mahkeme talepnamedeki eksiklerin tamamlanması veya gerekli yerlerin düzeltilmesi amacıyla başsavcılığa geri gönderir.

Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması ve bunun sonucunda soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması gereken durumlarda; şüphelinin usulün uygulanmasını kabul ettiğine dair beyanları ve sürecin uygulanmasına ilişkin belgeler kullanılamaz (CMK m.250/10; Yön. m.5/8).

¹¹⁰ İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 84.

¹¹¹ Baytaz, "Seri Muhakeme Usulü", 260.

Klasik yargılamada etkin bir savunmanın gerçekleştirilebilmesi ve savunma makamının beyanlarının dikkate alınması bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Mahkemenin yapacak olduğu inceleme, seri muhakeme usulünün teklif edilmesi için gerekli olan yeterli şüpheye erişilip erişilmediğini kapsamamaktadır¹¹². Ancak savcının soruşturma konusu fiilin, henüz yeterli şüphe oluşmadan yalnızca seri muhakeme kapsamına giren bir suça ilişkin olduğu gerekçesiyle seri muhakeme usulünü başlatıp ardından talepname tanzim etmesi durumunda mevcut düzenlemelere göre mahkemenin böylesine önemli bir ihtimali denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu ihtimalde kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilecek dosyalarda dahi ceza verilmesine yol açılabilecektir. Dolayısıyla mahkemenin yeterli şüphenin oluşup oluşmadığını inceleme yapma yetkisi de mevzuatla düzenlenmesi gerekmektedir.

Uygulamada mahkemelerin talepnameye ilişkin incelemesi bakımından savcılar ile aralarında hangi konularda incelemenin yapılacağına ve yapılan incelemenin düzenlemelere uygun olup olmadığına ilişkin birçok hususta görüş ayrılığı yaşandığı görülmektedir¹¹³.

Mahkeme, talepnamede eksik veya hatalı bir husus tespit etmemesi halinde talepnameyi dikkate alarak hüküm kurar. CMK'nın 250. maddesinin 9. fıkrasında, iptal edilmeden önce mahkemenin "talepname doğrultusunda" hüküm kuracağı yer almaktaydı. Mahkemenin hüküm kurarken herhangi bir takdir yetkisi yoktu.

Bu hüküm Anayasanın 9. ve 138. maddesinde ve İHAS'ın 6. maddesinin 1 fıkrasında yer alan hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi bakımından sorunlu bir ifadeydi. Sözleşmede adil bir yargılama için yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemelerce hüküm kurulması gerektiği; Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerde olduğu; 138. maddesinde de "*hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde*" bulunamayacağı düzenlenmiştir.

Hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanması açısından hâkimin delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatiyle hüküm vermesi gerekmektedir. Ancak talepname doğrultusunda yani savcının belirleyeceği yaptırıma göre cezayı belirleyecek olması adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından önemli bir engeldir. Seri muhakeme usulü sonucunda asliye ceza mahkemesi huzurunda

¹¹² Baytaç, "Seri Muhakeme Usulü", 260.

¹¹³ Enes Kocakale, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü" (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 115.

deliller tartışılmadan hüküm kurulacağı için aynı zamanda delillerin doğrudanlığı ilkesiyle örtüşmeyen bir düzenlemedir. Nitekim CMK'nın 217. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin kararını duruşmaya getirilmiş ve duruşmada tartışılmış delillere göre vermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de “*Mahkemenin yalnızca Cumhuriyet savcısının taleplenamede belirlediği yaptırımla bağlı kalarak dosyanın esasına yönelik değerlendirme yapma ve gerektiğinde müdahalede bulunma imkânına sahip olmaması, yargısal yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olan hâkimin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun vicdani kanaatine göre delilleri takdir ederek maddi gerçeğe ulaşma ve nihayetinde kesin hüküm verme faaliyetini sınırlamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkelerine aykırı*” olduğu ve söz konusu seri muhakeme usulünde yeterli şüphe üzerine hazırlanan taleplenamede belirlenen yaptırımın mahkeme tarafından deliller tartışılıp vicdani kanaate ulaşmadan uygulanmasının savunma ve adil yargılanma hakkıyla yakın bağlantısı olan masumiyet karinesiyle de bağdaşmadığı gerekçesiyle “talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda” hükmünü iptal etmiştir¹¹⁴.

7331 sayılı kanunla 250. maddenin 9. fıkrasına ilgili hüküm yerine “*şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere dört ila yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda*” ifadesi eklenmiştir. Ancak yönetmeliğin 14. maddesinin 1. fıkrasında hâlâ iptal edilen ifade bulunmaktadır.

Mevcut hüküm, iptal edilen hükme göre belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde daha makul karşılanabilir. Zira hâkim, dosyadaki delillere göre bir kanaate ulaşarak karar verecektir. Deliller tartışılmadan, savunma hakkı açısından şüphelinin veya müdafinin kendini ifade etmeden ve dosyadaki delillerle ilgili beyanda bulunmadan mahkemenin serbest bir şekilde vicdani kanaate ulaşması çok mümkün gözükmemektedir¹¹⁵.

Öte yandan hâkimin vereceği hüküm de taleplenamede belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak durumundandır. Söz konusu düzenleme de hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla bağdaşmadığı düşünülebilir¹¹⁶. Zira hâkim suçun daha üst sınıra yakın olması gerektiği bu sebeple de taleplenamede yer alan yaptırımdan daha ağır bir cezanın verilmesi gerektiği kanaatine ulaşabilir. Bu durumda seri muhakeme usulü uygulanmadan soruşturma genel hükümlere göre sonuçlandırılma-

¹¹⁴ AYM, 31.03.2021, E. 2020/35, K. 2021/26. Karar için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/> (Erişim Tarihi: 25.08.2022).

¹¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 13.

¹¹⁶ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 724; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 878.

lıdır. Teklif aşamasında şüpheli alacağı ceza konusunda bilgilendirildiği ve ona göre teklifi kabul ettiği için böyle bir durumda hâkimin talepnamele belirtilen cezadan daha ağır bir ceza vermesi şüpheli aleyhine bir durum teşkil edecektir.

Seri muhakeme usulüyle verilen hükme karşı CMK'nın m.250/14 ve yönetmeliğin m.15 hükümlerinde itiraz kanun yoluna gidilebileceği öngörülmüştür. İtiraz kanun yolunun düzenlendiği CMK'nın 267. maddesinde hâkim kararları ile kanunda açıkça ifade edilen mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği yer almaktadır. Burada “karar” terimi ile ara kararların mı anlaşılması gerektiği yoksa ara kararlarla birlikte hüküm niteliğindeki kararların da mı anlaşılması gerektiği sorusu akla gelmektedir. 272. maddede ilk derece mahkemelerinin hükümlerine karşı istinaf yoluna gidileceği; 286. maddede ise “*Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz*” edileceği yer almaktadır. Bu düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde itiraz kanun yolu çerçevesinde “karar”ın hükmü kapsamadığı anlaşılmaktadır. Ancak seri muhakeme usulüne ilişkin düzenlemeye bakıldığında mahkemenin hüküm kuracağı belirtilmiştir¹¹⁷. CMK'nın kanun yolu sistematığı bakımından seri muhakeme usulüyle verilen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulması gerekmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla söz konusu fıkra hükmü hukuka uygun değildir.

7331 sayılı kanunla gelen değişiklikten önce itirazı inceleyen mahkemenin hangi hususları inceleyeceği belirli değildi. Yapılan düzenlemeyle seri muhakeme usulünün maddenin 3. ve 9. fıkraları yönünden inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

SONUÇ

Çeşitli sebeplerle suç oranlarının ve çeşitliğinin artması sonucunda adli makamların iş yükünün artması muhakeme sürecinin uzamasına yol açmıştır. Bu sebeple hukuk sistemleri farklı alternatif çözüm yöntemleri uygulamaya başlamıştır. Türk hukukunda da yakın zamanda yürürlüğe giren alternatif çözüm yöntemlerinden biri seri muhakeme usulüdür. Seri muhakeme usulünün basit yargılama usulü, uzlaştırma, iddianame pazarlığı ve ceza kararnamesiyle benzer ve farklı yönleri bulunmaktadır.

Seri muhakeme usulüyle başta yargı makamlarının iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir. Sonrasında şüpheli bakımından makul sürede yargılanma hakkının korunması; mağdur veya suçtan zarar gören bakımından adaletin bir an önce gerçekleşmesi amaçlanmıştır. Seri muhakeme usulü, soruşturma evresinde belirli suçlar bakımından

¹¹⁷ Uğur Ersoy, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” SÜHFD 28, 2 (2020), 861; Hakan A. Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayla Alternatif Yöntemler*, 295.

¹¹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Sevdiren, “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü”, 606; Baytaç, “Seri Muhakeme Usulü”, 265; İldırar, *Seri Muhakeme Usulü*, 197.

yeterli şüphenin oluşması üzerine savcı veya kolluk tarafından süreçle ilgili bilgi verildikten sonra savcının yaptığı teklifi şüphelinin kabul etmesiyle kovuşturma evresine geçilmeden tamamlanan özel bir muhakeme sürecidir. Seri muhakeme usulünde şüphelinin teklifi kabul etmesinin ardından savcı iddianame düzenlemeden yaptırımın da ye aldığı talepnameyi hazırlayıp mahkemeye gönderdikten sonra mahkemenin şüpheli hakkında mahkûmiyet hükmü vermesiyle süreç tamamlanır.

Seri muhakeme usulü, makul sürede yargılamanın tamamlanması ve mahkemelerin iş yükünün önemli ölçüde azalması bakımından yerinde görülmektedir. Ancak muhakemenin seri bir şekilde gerçekleşmesi için şüphelinin savunma hakkıyla ilişkili bazı haklardan feragat etmesi ve Türk ceza muhakemesinin sistematığıyla bağdaşmayan düzenlemelerin olması tartışmalara yol açmıştır.

İlk olarak bilgilendirmeyi kolluğun da yapabileceği düzenlenmiştir. Hukuki eğitimi tam olmayan ve bağımsız bir adli kolluk birimi bulunmayan kolluğun, henüz çok yeni olan bu kurum hakkında gerekli ve yeterli bilgilendirmeyi yapabilmesi çok mümkün gözükmemektedir. Bu durum da şüphelinin süreçle ilgili sağlıklı bir şekilde aydınlatılmasını ve aydınlatılmış onamının alınmasını önemli ölçüde etkilemektedir. Sağlıklı bir bilgilendirmenin yapılmaması şüphelinin isnadı öğrenme hakkının zedelenmesine yol açacaktır. Isnadı öğrenme hakkının zedelenmesi meramını anlatabilme ilkesini dolayısıyla savunma hakkını büyük ölçüde ihlal edecektir. Nitekim bilgilendirme aşamasında zorunlu müdafinin de bulunmaması bu olasılığı daha da artırmaktadır. Dolayısıyla aydınlatılmış kabullün alınması için bilgilendirmenin yalnızca hukuki donanımına sahip olan savcı tarafından yapılması ve bu süreçte müdafinin de bulunması şüphelinin aydınlanması bakımından daha yerinde olacaktır.

Teklifin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması olumludur. Teklifte birlikte seri muhakeme usulüyle uygulanacak yaptırım şüpheliye bildirilir. Yaptırım, Cumhuriyet savcısı tarafından TCK'nın m.61/1 hükmü çerçevesinde belirlenir.

Şüphelinin teklifi kabulü aşamasında müdafinin bulunması yerinde olmakla birlikte eksik bir düzenlemedir. Kanaatimizce savunma hakkının en önemli unsuru olan müdafiden yararlanma hakkı, son derece kısıtlı bir şekilde ve usulen tanınmıştır. Zira yalnızca şüphelinin teklifi kabulü aşamasında atanan müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi ve dosyaya hâkim olması beklenemez. Bunun için zorunlu müdafiliği bilgilendirme ve teklif aşamalarında bulunması gerektiği düşüncesindeyiz.

Teklifin kabulünden sonra tanzim edilen talepnameye bulunacak hususlar mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak itham edilen suçla ilgili yeterli şüphenin oluşmasında etkili olan deliller ve delillerin yeterli şüphelye niçin oluşturduğu gerekçesiyle birlikte yer almamaktadır. Ayrıca talepnameye TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına göre belirlenecek cezanın alt veya üst sınıra yakın olmasının sebebi gerekçesiyle ifade edilmemektedir.

Talepnamenin mahkemeye gönderilmesiyle belirttiğimiz hususların gerekçesiyle birlikte yer alması talepnamenin denetlenebilirliği açısından önemlidir. Zira savcının yeterli şüphenin oluşma kriterini dikkate almadan yalnızca katalog kapsamında bir suç olduğu gerekçesiyle seri muhakeme usulünü uygulama ihtimalinin da önüne geçilecektir. Savunma hakkı açısından değerlendirildiğinde şüpheli kendisine isnad edilen suçu ve muhakeme aşamasında haklarını tam olarak bilmeden kendisini savunabilmesi mümkün değildir.

Mahkeme talepnameyi denetlerken müdafî huzurunda şüpheliyi dinlemektedir. Ancak söz konusu dinleme delillerin tartışılması, şüphelinin sorgulanması veya kendini savunması amacıyla yapılmamaktadır. Seri muhakeme usulünün şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin ve şüphelinin özgür iradesiyle karar verip vermediğinin anlaşılması için şüpheli dinlenmektedir. Ayrıca mahkemede aleni yargılamada yapılması gerekenler yerine getirilmemektedir. Bu bağlamda mahkeme önünde deliller kolektif bir şekilde değerlendirilmemekte, savunma makamının tanık ya da bilirkişi dinletme imkânı bulunmamakta en önemlisi talepname mahkeme geldiği andan itibaren şüpheli veya müdafî herhangi bir şekilde savunma yapamamaktadır. Tüm bunlardan feragat edilmesi karşılığında henüz yeterli şüpheye erişilmiş suçun cezası yarı oranında uygulanacaktır.

Mahkemenin hükmü; deliller tartışılmadan, şüphelinin veya müdafînin me-ramını anlatmasına imkân verilmeden serbestçe vicdani kanaate ulaşarak vermesi mümkün değildir. Mahkeme vereceği hükümden talepnameye bağlı kalmak zorundadır. Nitekim talepnameye belirlenen cezadan daha ağır ceza verilemeyeceği kanunda düzenlenmiştir. Bu hüküm adil yargılanmanın bir unsuru olan hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hâkim muhakemeye konu fiilin daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerektiğini düşünebilir. Ancak mevcut düzenlemeye göre böyle bir kanaate de ulaşsa talepnameye belirtilen cezadan daha fazla ceza veremeyecektir. Bize göre böyle bir durum söz konusu olduğunda seri muhakeme usulünün uygulanmasından vazgeçilerek soruşturma genel hükümlere göre yürütülmesi daha uygun olacaktır.

Yapılan tüm açıklamalar doğrultusunda belirli suçlar bakımından yargılamanın daha hızlı sonuçlandırılarak yargı makamlarının iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir. Türk ceza adalet sisteminde seri muhakeme usulü gibi alternatif çözüm yöntemlerine ihtiyaç olduğu aşikardır. Bazı alternatif çözüm yöntemlerinde şüphelinin kabulüyle bazı haklardan feragat ettiği; bu durumun da İHAM içtihatlarında kabul edilebilir olduğu görülmüştür. Ancak seri muhakeme usulünün tüm aşamalarında savunma hakkı ve bu hakka ilişkin ilkelerin göz ardı edildiği görülmektedir. Seri muhakeme usulünün yalnızca adil yargılanma ve savunma hakkıyla ilişkili hususlarda değil katalog suç listesi, talepnameyedeki unsurlar, kanun yolu gibi birçok noktasında tartışmalar bulunmaktadır. Henüz çok yeni olan seri muhakeme usulünde belirtilen eksiklerin gözden geçirilerek Türk hukukunda yer etmesi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin ve Aksan, Murat. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Alschuler, Albert W. "Plea Bargaining and Its History". *Columbia Law Review*, 79, 1 (1979): 211-245.
- Atalay, Ayşe Özge. "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19, 2 (2020): 653-732.
- Aygörmez Uğurlubay, Gülsün A.; Haydar, Nuran ve Korkmaz, Mehmet. "Seri Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar". *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2019): 255-309.
- Bacaksız, Pınar. "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)". *Ceza Hukuku Dergisi*, 3, 7 (2008): 151-170.
- Balo, Yusuf Solmaz ve Çetintürk, Ekrem. "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, 1-2 (2013): 1243-1292.
- Baytaç, Abdullah Batuhan. "Seri Muhakeme Usulü". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 8, 2 (2020): 227-273.
- Belci, Ozancan. *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Bengü, Cemil Halit "Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi". *Adliye Dergisi*, 36, 3 (Mart 1945): 183-208.
- Bozbayındır, Ali Emrah. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu (Plea Bargaining)". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2021): 1447-1512.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: 19. Baskı, Beta, 2020.
- Cihan, Erol. "50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu". *İÜHFİM*, 1984, 1-4 (1984): 133-151.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ekici Şahin, Meral. "Yargılamayı Hızlandıran Bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması (§257c StPO)". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, 1 (2020): 303-320.
- Er, Elif. "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi". *Yaşar Hukuk Dergisi*, 3, 1(2021): 55-111.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Şentürk, Candide. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m.250)". *Ceza Hukuku Dergisi*, 14, 41(2019): 1243-1293.
- Erdoğan, Yavuz. "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü". *Legal Hukuk Dergisi*, 18, 209 (2020): 1989-2036.

- Eriş, Ali Uğur. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 137 (2018): 241-271.
- Ersoy, Uğur. “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *SÜHFD*, 28, 2 (2020): 857-885.
- Ildırar, Elif. *Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Kafes, Veli. “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması”. *CHKD*, 3, 2 (2015): 181-197.
- Kaplan, Mahmut. “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, 1 (2015): 59-86.
- Karagülmez, Ali. *Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi ve Önödeme*. Ankara: Adalet, 1999.
- Karakehya, Hakan ve İnce Tunçer, Asuman, “Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, 1 (2021): 1-62.
- Karakehya, Hakan. “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”. *CHKD*, 3, 2 (2015): 199-225.
- Kaşlı, Enver. *Ceza Adalet Sisteminde İtham Pazarlığı (Plea Bargaining)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kocakale, Enes. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: 10. Bası, Beta, 1998.
- Önder, Ayhan. *Sulh Hâkiminin Ceza Kararnamesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: 14. Baskı, Seçkin yayıncılık, 2021.
- Sevdiren, Öznur. “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, 189-190 (2020): 573-616.
- Tulay, M. Emre. “Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)”. *İzmir Barosu Dergisi*, 85, 2 (2020): 117-157.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Asil, 2006.
- Turner, Jenia I. “Plea Bargaining”, in 3 Reforming Criminal Justice: Trial and Pre-Trial Processes (Luna, Erik ed., 2017) *SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 348*: 73-99 Erişim Tarihi: 11.08.2022. https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/4_Reforming-Criminal-Justice_Vol_3_Plea-Bargaining.pdf.
- Umbreit, Mark S. “Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment.”, *Western Criminal Review*, 1, 1 (1998). Erişim Tarihi: 04.08.2022, <https://westerncriminology.org/documents/WCR/v01n1/Umbreit/Umbreit.html>.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.

- Viano, Emilio C. “Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice”. *International Review of Penal Law*, 80, 1-2 (2012): 109-145. Erişim Tarihi: 10.08.2022, https://www.cairn-int.info/abstract-E_RIDP_831_0109--plea-bargaining-in-the-united-states-a.htm?contenu=article.
- Yapar, Mehmet Emin. *Ceza Muhakemesinde İddia Pazarlığı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Yaşar, Ercan. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”. *Adalet Dergisi*, 65 (2020): 255-299.
- Yavuz, Hakan A. “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”. *Türkiye Adalet Akademisi*, 6, 23 (2015): 85-115.
- Yavuz, Hakan A. *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Yayınları, 1966.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*. Ankara: 7. Baskı, Bilge Yayınevi, 2021.
- Yenisey, Feridun. “Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Nur Centel’e Armağan 19, 2 (2013): 453-470.
- Yılmaz, Zahit ve Apiş, Özge. “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26, 1 (2020): 62-106.
- Yokuş Sevik, Handan. “Çocuk Yargılamasında Ön Ödeme ve Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 52 (2004): 66-88.
- Yüce, Turhan Tufan. “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”. *TBB*, 1988, 1(1988): 156-167.

Elektronik Kaynaklar

- Brady-Amerika Birleşik Devletleri Davası, Erişim Tarihi: 10.08.2022, <https://supreme.justia.com>.
- Federal Ceza Muhakemesi Kanunu ve Federal Delil Yasası, Erişim Tarihi: 19.08.2022, <https://www.law.cornell.edu>.
- Plea Bargaining Tanımı, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining>
- Plea Bargaining Tanımı, Erişim Tarihi: 09.08.2022, <https://criminal-law.uslegal.com/plea-bargaining/>.

Kararlar İçin Faydalanılan Elektronik Kaynaklar

- www.anayasa.gov.tr.
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.
- www.legalbank.net.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ İKİLEMİ: İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI(*)

Arş. Gör. Ece TOPTAŞ(**)

Öz

Çoğulcu ve hoşgörülü bir toplumun sebebi ve sonucu olarak nitelenen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlarda en geniş sınırlarıyla korunması beklenmektedir. Ancak söylemlerin yadsınamayacak kuvveti, bunların yalnızca yönetildiği kişi ve gruplar üzerinde etki yaratmalarını değil aynı zamanda zihin kontrolü yetisiyle kitleleri de harekete geçirerek toplumda bir kaos ve güvensizlik ortamı yaratabilme gücüne sahip olmalarını sağlar. Bu sebeple ifade özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir ve kamu düzeninin korunması amacıyla çeşitli sınırlamalara tâbidir. Bu sınırlamalardan biri olan nefret söylemi; “biz ve onlar”(***) argümanı üzerinden kutuplaşan ve ötekileştirilen grupların daimi bir korku ve güvensizlik hâli içinde bulunmasına sebebiyet veren bu ayrımcı motivasyonlu söylemler olarak kabul edilir.

Bireysel ve toplumsal gelişimi desteklemesi sebebiyle hak ve özgürlüklerin temelinde yer alan ifade özgürlüğünün hangi şartlar hâlinde sınırlanacağıın belirlenmesi önemlidir. Zira ancak ifade özgürlüğünün korunabileceği bir ortamda demokrasinin varlığından ve toplumsal bir ilerlemeden bahsedilebilecektir. Çalışmada bu önemden yola çıkılarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiş; Sözleşme metninde nefret söylemi için bir tanım bulunmamasının içtihatlar da yarattığı belirsizlik ele alınmıştır. İncelenen kararlarda da görüldüğü üzere Mahkeme bazı söylemleri hakkın kötüye kullanılması açısından 17. madde kapsamına almakta, bazı durumlarda ise ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbi tutmaktadır. Bu şekilde nefret söylemi mağdurları arasında bir önem hiyerarşisi oluşturan Mahkeme belirli konuları içeren söylemlere yönelik muğlak ve olması gerekenden düşük bir koruma eşiği getirmektedir. İçtihat bütünlüğünün sağlanması ve ifade özgürlüğünün gerektiği gibi korunması için 17. madde uygulamasından vazgeçilmeli ve tüm ifadelerin bağlam analizine tâbi tutulduğu 10. madde değerlendirmeleri esas alınması gereklidir.

Anahtar Kelimeler

İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ayrımcılık Yasağı, Hakkın Kötüye Kullanımı, Demokratik Toplumda Gerekliklik.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 22.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.12.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1165170.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi’nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*’nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı’nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

Yazarın “*İfade Özgürlüğü Bağlamında Halkın Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Halkın Bir Kesiminin Alenen Aşağılanması Suçları*” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul-Türkiye.
E-posta: etoptas@dogus.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5389-8454>.

(***) Bauman’a göre “biz” karşılıklı güven ve duygu bağıını barındıran birlikteliği; “onlar” ise bunun tam tersi şekilde kendisi ile aynı kaderi ve duygu birliğini paylaşmayan düşmanı simgelemektedir. Bkz: Zygmunt Bauman, *Sosyolojik Düşünmek*, çev. Abdullah Yılmaz, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2010), s. 101-103. https://www.academia.edu/44344292/Zygmunt_Bauman_Sosyolojik_Du_s_u_nmek.



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

THE DILEMMA OF HATE SPEECH IN EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS: FREEDOM OF EXPRESSION AND THE PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS

Abstract

Freedom of expression is expected to be protect with its widest limits in democracies for a pluralistic society. However the undeniable power of discourses enables them not only to have an impact on the people and groups but also to have the power to create an atmosphere of chaos and insecurity in society by activating the masses with their mind control ability. Therefore freedom of expression is not an absolute right and hate speech is one of these limitations. It is important to determine the conditions under which freedom of expression will be limited since it supports individual and social development. Based on this importance, European Convention on Human Rights and the decisions of the European Court of Human Rights were examined.

In this study, the uncertainty caused by the absence of a definition for hate speech in the text of the Convention is discussed. The Court includes some specific discourses within the scope of Article 17 and in other cases evaluates them within the framework of Article 10, which regulates freedom of expression, thus creating a hierarchy of importance among the victims of hate speech. In other words, the Court imposes an indistinct and low threshold of protection for discourse involving certain issues. In order to ensure the integrity of the decisions and to protect the freedom of expression properly, the application of Article 17 should be abandoned and the evaluations of Article 10, in which all expressions are subject to context analysis, should be taken as a basis.

Keywords

Freedom of Expression, European Court of Human Rights, Prohibition of Discrimination, Abuse Clause, Necessity in a Democratic Society.

Extended Abstract

Hate speech is considered as a discourse that requires a balance between freedom of expression and the principle of equality and the prohibition of discrimination which is its extension. This balance will only be possible if states take action to prevent hate speech. However, it will be important to monitor the legality of these actions in order not to turn into a disproportionate restriction.

International conventions regulating human rights provide a minimum level of adoption of a common understanding of protection in the states parties with their guiding nature in domestic law in accordance with *pacta sunt servanda*. The European Convention on Human Rights is binding for Turkey in accordance with Article 90 of the Constitution, beyond a "*pacta sunt servanda*" responsibility. The European Court of Human Rights which ensures that the Convention is a living text, can ensure that rights and freedoms that are not directly included in the Convention are within the scope of its decisions. Although there is no provision in the text of the Convention that directly prohibits hate speech, it is seen that the Court avoids adopting a self-limiting definition of hate speech.

In order to understand what hate speech is and to determine its limits, it is necessary to mention the comparison between similar concepts. The first of these, hate crimes, is defined by the OSCE as criminal acts motivated by bias towards people due to certain characteristics. The discriminatory motives in hate crimes cause the concept to be used synonymously with hate speech. However, the most important difference of hate crimes, aside from the bias, is that there must be a crime that has been committed and includes the element of compliance with the law. However it should be noted that these concepts are mostly intertwined. Bias fed by hate speech will over time pave the way for the violation of fundamental rights and freedoms of marginalized individuals and groups, and this will be defined by the concept of hate crimes. Apart from hate crimes, the discriminatory motivations and bias underlying these also cause the related concepts to be confused with the prohibition of discrimination. The prohibition of discrimination is explained as a way of behaving differently between people without a just cause or being exposed to a more negative situation than the rest of the society in case these people are treated the same. While the bias motive constituting the hate speech is clearly visible in the expression, a change will occur in the outside world with negative dogmatic ideas in the prohibition of discrimination. As can be seen, the most important common point for the concepts is their discriminatory motivations. These motivations deepen the gap between the powerful "us" in society and the demonized and excluded "other" groups.

The absence of a definition or standard for hate speech creates uncertainty in the analysis of interferences with freedom of expression due to hate speech. As seen in the reviewed decisions, the Court considers the use of some discourses in terms of abuse of right, scope of Article 17, and in some cases it is subject to an evaluation within the framework of Article 10, which regulates freedom of expression. Article 17 of the Convention is also described as the “guillotine effect” since it terminates the application with a decision of inadmissibility during the evaluation phase. The Court, which created a hierarchy of importance among the victims of hate speech, considering that it would violate the values guaranteed in the Convention simply by being used, sets an ambiguous and low threshold of protection for freedom of expression. In order to create the integrity of case law and to protect freedom of expression as required, the application of Article 17 should be abandoned and the evaluations of Article 10, in which all expressions are subject to a context analysis, should be taken as a basis.

GİRİŞ

Nefret söylemi, ifade özgürlüğü ile *jus cogens* nitelikte kabul edilen eşitlik ilkesi ve bunun uzantısı olan ayrımcılık yasağı arasında denge kurulmasını gerektiren söylemler olarak kabul edilir. Bu dengenin kurulması ise devletlerin nefret söylemini engellemeye yönelik birer aksiyon almalarıyla mümkün olacaktır. Ancak bu pozitif yükümlülüğün keyfi bir sınırlama sebebine dönüşmemesi ve demokratik toplumların temelinde yer alan ifade özgürlüğünün orantısız bir sınırlamaya tâbi tutulmaması amacıyla söz konusu aksiyonların hukuka uygunluğunun denetlenmesi, hak ve özgürlüklerin korunması ihtiyacı ile birleşerek önem arz etmektedir.

İnsan haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmeler, ahde vefa ilkesi uyarınca iç hukukta yol gösterici niteliğiyle taraf devletlerde ortak bir koruma anlayışının asgari düzeyde benimsenmesini sağlar. Bu nitelikteki uluslararası sözleşmelerden olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Türkiye için bir ahde vefa sorumluluğunun ötesinde, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bağlayıcı niteliktedir. Sözleşmenin yaşayan bir metin olmasını sağlayan denetim organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise verdiği kararlar ile Sözleşme içerisinde doğrudan yer almayan hak ve özgürlüklerin de kapsam içerisinde alınmasını sağlayabilmektedir. Çalışma konumuz olan nefret söylemini Sözleşme metninde doğrudan yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, Mahkeme tarafından nefret söylemine yönelik kendisini sınırlayacak nitelikte bir tanım benimsemekten de kaçındığı görülmektedir.

Gerek metin içerisinde gerekse Mahkeme içtihatlarında nefret söylemine yönelik sabit bir tanım veya standart bulunmaması, ifade özgürlüğüne nefret söylemi sebebiyle yapılan müdahalelerin incelenmesinde bir belirsizlik yaratmaktadır. İncelenen kararlarda görüldüğü üzere, Mahkeme belirli söylemlerin sarf edilmesini hakkın kötüye kullanılması yönüyle değerlendirerek 17. madde kapsamında ele almakta, bazı durumlarda ise ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. madde çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması olarak düzenlenen Sözleşmenin 17. maddesi, ilgili başvuruyu değerlendirme aşamasında kabul edilmezlik kararı ile sonlandırması sebebiyle “giyotin etkisi”

olarak da nitelendirilmektedir. İfadelerde herhangi bir içerik değerlendirilmesi yapılmadan, sadece sarf edilmiş olmalarıyla Sözleşmede güvence altına alınan değerleri ihlâl edecek nitelikte olduğuna kanaat getirilerek adeta nefret söylemi mağdurları arasında bir önem hiyerarşisi yaratan Mahkeme, demokratik toplumların hem sebebi hem de sonucu şeklinde bir önem attığı ifade özgürlüğüne bu şekilde belirsiz ve düşük bir koruma eşiği belirlemektedir¹. Kanaatimizce içtihat bütünlüğünün yaratılarak ifade özgürlüğünün gereği gibi korunması amacıyla 17. madde uygulamasından vazgeçilerek, tüm ifadelerin bir bağlam incelemesine tabi tutulduğu 10. madde değerlendirmelerinin esas alınması gerekmektedir. Bu yaklaşım doğrultusunda ele alınan çalışmada öncelikle nefret söylemi tanımına değinilerek bunun sınırlarının çizilmesi için benzer kavramlar ile karşılaştırılmasına, sonrasında ise AİHM'in bu söyleme yönelik içtihadındaki farklılıklara yer verilecektir.

I. NEFRET SÖYLEMİ

İfade özgürlüğünün geniş sınırları ile korunmadığı bir toplumda bireysel ve dolayısıyla toplumsal bir ilerleme mümkün olmayacağından demokrasinin varlığından da söz edilemeyecektir. Bu sebeple ifade özgürlüğü, diğer hak ve özgürlüklerin temelinde yer aldığı kabul edilen bir özgürlüktür. Ancak çoğulculuk ve hoşgörü gibi ilkelerin bir ön koşulu olan demokrasi bu ilkelerin ortadan kaldırılmasına yönelik söylemlerin varlığına da izin vermeyecektir². Bu izin vermeme hâli ise ilgili hakkın mutlak bir hak olarak ele alınamıyor olmasını sağlamaktadır. Ancak demokrasinin devamlılığını sağlamak adına ifade özgürlüğünü sınırlama ihtiyacı, görünürde barışın korunması amacıyla gücü elinde bulunduranların hoşuna gitmeyeceği açıklamaların sınırlandırılması için bir keyfilik de yaratmayacaktır³.

Nefret söylemi toplumdaki barış ve huzur ortamının korunması adına ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan biridir. Doktrinde nefret söylemi için üzerinde uzlaşmış bir tanımdan söz edilmemektedir. Bir tanıma göre nefret söylemi “toplumdaki dezavantajlı grupları düşmanlaştırmaya, değersizleştirmeye veya dışlanmaya yönelik hiyerarşik bir anlatım”⁴ olarak açıklanır. Hiyerarşik olması,

¹ Benzer yönde bkz: Clotilde Pégurier, “Speech and Harm: Genocide Denial, Hate Speech and Freedom of Expression”, *International Criminal Law Review* 18, S. 1 (2018): 97-126, s. 31-33, http://repository.essex.ac.uk/20496/5/Speech%20and%20Harm_final%208.10.pdf.

² Zeki Hafizoğulları, *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 1997), s. 122.

³ Örneğin antidemokratik düşünceler kamu düzenini bozan tehdit eden seviyede olmadıkça ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanmalıdır. Bkz: Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2)*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001), s. 237-238.

⁴ Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1 İfade Özgürlüğünün Grisi*, (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020), s. 83. Yazar ayrıca nefret söylemini tarihsel olarak baskı altında kalan bir dezavantajlı gruba ve üyelerine yönelik açıkça veya zımnî olarak yapılan göndermeler ile “sıkıntı veya kaygı verici, dışlayıcı veya aşağılayıcı bir ileti içeren iktidar söylemi” şeklinde nitelirmektedir. Nefret söyleminin iktidar söylemi olarak tanımlanması, egemenlere karşı geliştirilemiyor olması yönü-

toplumda güç sahibi olana karşı bir nefret söyleminde bulunma ihtimalini güçleştirmektedir. Zira nefret söylemi tanımı itibariyle öfkenin dışı vurumu olarak kabul edilemeyecek kadar kapsamlı olumsuz sonuçları barındırmaktadır. Bir diğer tanımda nefret söylemi “ırkçı, yabancı düşmanlığı, homofobik vb. tüm ifade ve tezahürlerini kapsayan basit anlamıyla kapsayıcı”⁵ şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca bu tür söylemlerin nefret suçlarına sebep olduğunu açıklayan “hoşgörü ve tahammülsüzlüğün dışı vurumu”⁶ şeklinde verilen tanımlar da mevcuttur. Bazı tanımlarda ise ırkçı söylem tanımıyla ırksal olarak aşağıda görülen ve tarihsel olarak ezilen gruba yönelik olarak zulmeden, nefret dolu ve aşağılayıcı içerikli söylemler olarak nitelendirilmektedir⁷. Bir başka kapsamlı tanımda ise “ırk, din, mezhep, ten rengi, dil, ulusal veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve benzeri özelliklerinden bahisle, bir kişi veya grup aleyhine nefrete veya düşmanlığa tahrik eden, abartma, çarpıtma veya iftirada bulunma suretiyle hoşgörüsüzlüğü yayan, aşağılayan veya doğal bir kimlik öğesini aşağılama unsuru olarak simgeleştiren yahut belirli grupların zarar gördüğü tarihsel olayları reddeden, basitleştiren veya meşru gösteren ifadeler”⁸ nefret söylemi olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası örgütler ve yargı mekanizmaları açısından bakılacak olduğunda Birleşmiş Milletler Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi azınlık gruplar için nefrete, aşağılamaya, ayrımcılığa veya şiddete yönelik kışkırtmayı nefret söylemi kapsamında kabul etmekle birlikte aynı zamanda bu gruplara yönelik hakaret, alay, iftira veya bunların meşrulaştırılmasını kapsayan eylemlerin nefret söylemi içerisine dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹. Bu noktada önemli olan husus belirli özellikleri sebebiyle karakteristik gruplara yönelik nefrete, şiddete veya düşmanlığa tahrik eden; abartmaya, kışkırtmaya, iftiraya veyahut aşağılamaya maruz bırakan; hoşgörüsüzlüğü yayan şekillerde ifadelerin ortaya çıkması gerekliliğidir¹⁰. Uluslararası alandaki tek tanım ise Avrupa Konseyi Ba-

le önemlidir. Zira nefret söylemi bünyesinde toplumsal sömürü ilişkilerini barındırarak hiyerarşik yapıyı beslediğinden; egemen olan grubu “toplumsal kademelerde alt basamağa mecbur bırakılmasına yol açacak bir sistem” oluşturamayacaktır. Bkz: a.g.e., s. 86.

⁵ Judit Bayer, Petra Bard, “Hate speech and hate crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches”, (Brussels: European Union Study, 2020), s. 20, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU\(2020\)655135_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU(2020)655135_EN.pdf).

⁶ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *DEÜ. HFD* 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan (2017): 2693-2701, s. 2695, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/3-TIMUR-DEMIRBAS.pdf>.

⁷ Mari Matsuda, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, *Michigan Law Review* 87, S. 8 (1989): 2320-2382, s. 2357. <https://0-heinonline-org>.

⁸ Aras Türay, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), (Türay, *Nefret Söylemi*), s. 29.

⁹ Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, General recommendation No. 35 Combating racist hate speech, 2013, para. 13 ve devamı, <https://docstore.ohchr.org/>.

¹⁰ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, (Harvard University Press, 2012), <https://0-web-aebscohost-com.opac.bilgi.edu.tr>, s. 8.

kanlar Komitesi nefret söylemini 30.10.1997 tarih ve R(97) 20 sayılı kararında kendisini gösterir. “*Saldırgan milliyetçilik, etnik merkezîyetçilik ve ayrımcılık ile mültecilere, göçmenlere ve göçmen kökenlilere karşı düşmanlık da dahil olmak üzere; ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, anti-Semitizm veya hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret şekillerine dayalı söylemleri yayan, kışkırtan, destekleyen veya meşrulaştıran her türlü söylem*”¹¹ olarak açıklamıştır. Her ne kadar yöneldiği kişi grupları açısından sınırlı bir tanımlama yapılmış olsa da nefret söyleminin uluslararası alanda görünür hâle gelmesini sağlayan bu tanım hem AİHM hem de diğer uluslararası örgütlerin başvurduğu tanımlardan biri olmuştur¹².

Nefret söylemi için verilen bu tanımlamalar arasında, çeşitli farklılıklar barındırırsa da, üç ana unsur yönünden bağlantı kurmak mümkündür¹³. Görüldüğü üzere tanımlar öncelikle karakteristik grupların sayımının yapılması ile başlamaktadır. İkinci olarak, bu karakteristik gruplarda bulunan veya bulunduğu zannedilen ve toplumda olumsuz olarak nitelenen birtakım özelliklerin varlığı aranır. Son olarak ise bu karakteristik grup üyelerinin ya da üye olduğu düşünülenlerin olumsuz olarak nitelenen özellikleri sebebiyle birtakım olumsuz eylemlerin hedefinde olmaları gereklidir. Kanaatimizce nefret söylemi “var olan veya var olduğu kabul edilen belirli özellikleri sebebiyle veyahut bu özelliklere sahip kişilerle olan ilişkileri sebebiyle bir kişi veya gruba karşı nefrete, şiddete, düşmanlığa tahrik veyahut teşvik eden ya da bu nefreti, şiddeti veya düşmanlığı haklı gösteren ve bu şekilde toplumda hoşgörüsüzlüğü yayan her türlü ifade biçimi”¹⁴ olarak kabul edilmelidir.

¹¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 30.10.1997 tarih ve R(97) 20 sayılı Tavsiye kararı için bkz: <https://rm.coe.i>

¹² Örnek olarak; Gündüz v. Türkiye kararında Komitenin tavsiye kuruluna atıfta bulunularak temel demokrasi ilkeleriyle bağdaşmasa dahi şiddet çağrısı olmayan söylemlerin nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir: AİHM, “*Gündüz v. Türkiye*”, Başvuru no. 35071/97, 4.12.2003.

¹³ Anne Weber nefret söyleminin kapsamı gereken üç temel başlık için: Birincisi kişi veya gruba yönelen nefretin ırka mensubiyetleri sebebiyle kışkırtma unsuru olarak kullanımı, bir diğeri ise dinsel nefrete kışkırtma durumunda inananlar ve inanmayanlar arasındaki ayrımı dayalı nefretin kışkırtılması, üçüncüsü ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında da belirtildiği gibi “saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezîyetçilik şeklinde ifade edilen” hoşgörüsüzlük temelli nefret türlerine tahriği içermelidir. Bkz: Anne Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, (Avrupa Konseyi Yayınları, 2009), (Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*), s. 4., http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2011/04/nefret_soylemi.pdf.

¹⁴ Ece Toptaş, *İfade Özgürlüğü Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Halkın Bir Kesiminin Alenen Aşağılanması Suçları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), (Toptaş, *İfade Özgürlüğü*), s. 90.; Bu ifade biçimleri açıkça şiddet kelimelerini barındırabileceği gibi alay yahut aşağılama gibi farklı şekillerde de kendisini gösterebilecektir. Ayrıca eklemek gerekir ki, ifade özgürlüğüne nefret söylemi sebebiyle müdahale edilmesi gerekliliği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Kanaatimizce, özellikle politik nefret söylemi ile belirli grupların şeytanlaştırılması ve dışlanması nefret suçlarının da oluşumuna sebebiyet vereceğinden, siyasi söylemin malzemesi yapılan nefret açıklamalarının evrileceği bu nefret suçları iktidarı elinde bulunduranlar nezdinde bir gayri resmi kontrol mekanizmasına bürünecektir. Bu sebeple bu nitelikteki ifadelerin demokratik toplumdaki çoğulculuk ve hoşgörülülük gibi değerleri koruması için engellenmesi gereklidir. Bu konudaki görüşleri ele aldığımız yüksek lisans tez çalışmasında ilgili kısım için bkz: Toptaş, *İfade Özgürlüğü*, s. 86-96.

A. NEFRET SÖYLEMİNİN BENZER KAVRAMLAR YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

Üzerinde uzlaşmış tek bir tanımdan söz edilemediğinden benzer kavramlarla arasındaki farka değinmek, hem nefret söylemini anlamak hem de bu kavramlarla birbirini besleyen ilişkisi sebebiyle önlem alınması ihtiyacına yönelik sebepleri fark etmek açısından büyük bir öneme sahiptir.

1. Nefret Suçları

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından nefret suçları “ırk, ulusal veya etnik köken, din, dil, renk, cinsiyet, yaş, zihinsel veya fiziksel engel, cinsel yönelim veya diğer benzeri özelliklere sahip bir grupla bağlantılı, bağlı, ilgili, yakın ilişkili, desteği ya da üyesi olan veyahut olduğu düşünülen kişilere veya mallara karşı ön yargı saiki ile işlenen suçlar”¹⁵ olarak tanımlanmaktadır.

Nefret suçları tanımında, saikin nefret yerine ön yargı şeklinde isimlendirilmesi önemlidir. Zira belirli özellikleri sebebiyle bir gruba karşı nefret duygusu dışında daha farklı motivasyonlarla hareket etmek de olasıdır¹⁶. Belirli özelliklere sahip olması veya olduğunun düşünülmesi sebepleriyle bu kişilere karşı suç işlemek; nefret duygusu yanında hoşgörüsüzlük, olumsuz düşünceler gibi farklı motivasyonlarla da hareket edildiği anlamına gelebilecektir. Bu motivasyonlar da “ön yargı” kelimesi ile kapsamlı bir şekilde açıklanmaktadır¹⁷. Dolayısıyla, kavramın “ön yargı” olarak seçilmesi bilinçli bir tercihtir.

Ön yargı doğrudan bireyin özelliklerinden değil fakat onların ait oldukları gruplara duyulan olumsuz dogmatik fikirlerden kaynaklanan düşünceler olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Dolayısıyla da ön yargı saikini barındıran suçları diğer suçlardan ayıran en temel özellik, mağdurların kişisel özelliklerinin değil, ait oldukları grupların özelliklerinin ön planda olmasıdır. Bir diğer deyişle suça konu olacak hareketlerin hedefinde olan aslında mağdurun kendisi değil ait olduğu gruptur.

¹⁵ Ulaş Karan, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, ed. Yasemin İNCEOĞLU, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012), (Karan, Nefret İçerikli İfadeler ve İfade Özgürlüğü), s. 85 atfı ile: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, s. 9, <https://www.osce.org/files/f/documents/6/7/26759.pdf>.

¹⁶ Belirtmek gerekir ki, belirtilen özellikler ilgili raporda sınırlı sayı ilkesi ile sayılmamış olmakla birlikte aynı zamanda içeriğinin ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceği de kabul edilmiştir. ön yargı saikinin yöneltildiği grupların seçiminde her ülkenin kendi tarihinin ve şartlarının göz önünde bulundurulması gerekliliğine değinilmiştir. Hedef gruplarının ülkeler tarafından nasıl belirlenebileceği konusunda daha detaylı bilgi için bkz: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Hate Crime Laws, A Practical Guide, (Warsaw: 2007), s. 37, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>.

¹⁷ OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Preventing and Responding to Hate Crimes, A Resource Guide for NGOs in the OSCE Region, (Warsaw: 2009), s. 15-16, <https://www.osce.org/files/f/documents/8/a/39821.pdf>.

¹⁸ Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Ön yargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, 2012, s. 6, <http://docplayer.biz.tr/110246046-temel-kavramlar-on-yargi-kalipyargi-ve-ayrimcilik-1-melek-goregenli-2.html>.

Ön yargının anlamı konusunda genel kabulü olan tek bir tanımdan söz edilemese de bu tarz yaklaşımların “*bilinçsiz olarak benimsenmiş, deneyim ve gözlem gibi gerçekliği bulunmayan inançlar*”¹⁹ olduğuna dair bir fikir birliği bulunduğu bahsedilir. Dolayısıyla ön yargının burada belirtildiği gibi bir inanç, fikir veya düşünce olmaktan çıkıp ceza kanunlarının konusunu teşkil edecek bir fiil haline dönüşebilmesi için ön yargı ile bu fiil arasında bir nedensellik bağının tespit edilmesi gerekecektir²⁰. Bu nedensellik bağının aranmasının sebebi, nefret suçunun unsurlarından birinin “ön yargı saiki” olmasından kaynaklanmaktadır. Ön yargı saiki, korunan bir karakteristik özelliğe yönelmiş bir ön yargının varlığını bu suçun oluşması için zorunlu kılmaktadır.

AGİT, bu suçu yukarıda da değinildiği üzere kısaca “*ön yargı saiki ile işlenen suçlar*” olarak tanımlamaktadır²¹. Bu tanım nefret suçunun iki temel unsuru içinde barındırdığı sonucuna ulaştıracaktır: Birincisi “ön yargı saiki” ile hareket edilmeli, ikincisi ise bu saikle hareket edilmesi sonucu yasal mevzuat ile tanımlanmış bir suç oluşmalıdır. Dolayısıyla, nefret suçu ile nefret söylemi arasındaki en büyük fark aslında ikinci unsurdan kaynaklanmaktadır denilebilir. Her ne kadar “nefret” içeriği yönüyle ön yargı unsuru üzerinde birleşebilir olsalar da kanunilik unsurunu sağlayan bir suçun varlığı şartı nefret söyleminin oluşması için aranmamaktadır. Nefret söylemi içeriği cezalandırılmış bir ifadeden ibarettir. Fakat nefret suçunda ön yargı saiki göz ardı edilse dahi ortada bir suç bulunacaktır. Yasal mevzuat ile tanınan ve cezalandırılan bu suçtan ayıran yönü ise içinde ön yargı saikini barındırıyor oluşudur.

Suç kavramı toplumsal yaşamın sürekliliğinin sağlanması adına korunması hedeflenen hukuki değerlerin ihlâline sebebiyet vermiş insan davranışları anlamına gelmektedir²². Dolayısıyla tipiklik unsuru sağlanmış bir suçun varlığına rağmen neden ayrıca nefret suçu adı altında bir “ön yargı saiki” cezalandırmasına ihtiyaç duyulduğunu da açıklamak gerekecektir. Nefret suçları, mağdur üzerinden ait olduğu toplumun tamamına gönderilmiş bir mesaj niteliği taşıyan “*şiddetin manifestosudur*”²³. Gruplar arası çatışmalara, kazanç eşitsizliğine, ayrımcılığa ve kalıp yargısal davranışların toplumda derinleşmesine kolaylık sağlamaktadırlar²⁴.

¹⁹ İlhan Bulut *Nefret Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), (Bulut, *Nefret Suçları*), s. 15.

²⁰ Bulut, *Nefret Suçları*, s. 17.

²¹ OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Understanding Anti-Muslim Hate Crimes Addressing the Security Needs of Muslim Communities, (Warsaw: 2020), s. 8, <https://www.osce.org/files/f/documents/9/0/448696.pdf>.

²² İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 122.

²³ Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, ed. Yasemin İNCEOĞLU, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012), s. 49.

²⁴ Brian Levin, Jack Levin, “Reviewed Work: Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics by James B. Jacobs, Kimberly Potter”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, S. 566 (1999): 190-192, <https://library.bilgi.edu.tr/en/>.

Sağlanan bu kolaylık ise suç hedefinde olan grupların güvensizlik içerisinde yaşamasına, izole olmasına, sahip oldukları en temel hak ve özgürlükleri kullanamamasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle, bu hedef grupların ait oldukları karakteristik özelliklerin ilgili yasalarda kapsamlı ve doğru bir şekilde belirlenmesi önemlidir.

Nefret suçları temelinde bulunan ön yargı saikinden kaynaklanan ayrımcı motivasyonlar ilgili toplum içerisinde “biz” ve “diğerleri” algısı yaratarak kronikleşmiş bir “ötekileştirme” haline neden olacaktır. Üstelik toplumda kemikleşen bu “öteki” algısının; siyasal iktidarı elinde bulunduran, bulundurmaya aday veya bu iktidarlar üzerinde etkisi olan gruplar tarafından siyasal amaçları doğrultusunda kullanılabilmesi, asıl mağdurlara yönelik bu saiklerle işlenen suçların cezasız kalmasına ve hatta mağdurları bu suçların failleri yaparak hedef gösterilmelerine sebep olabilecektir²⁵. Buna örnek olarak Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI)²⁶ 2016 tarihli Türkiye izleme raporunda, ilgili mevzuatların asıl olarak mağdurları cezalandırma amacıyla kullanıldığına dair ciddi kanıtların olduğu da belirtilmiştir²⁷.

Nefret suçları, baskın grupların otoritesini güçlendirmek adına mağdurların sınırlarını hatırlatmaya yönelik bir “*sindirme ve kontrol*” aracı şeklinde de görülebilir²⁸. Özellikle toplumdaki baskın grupların temsilcileri olarak siyasal iktidarı elinde bulunduranlar tarafından siyasal amaçlarını gerçekleştirmeye ve kontrolü sağlamaya yönelik bu *araca* başvurmaları halinde, toplum içerisinde de nefret suçlarının gerçekleşmesini tetikleyen bir etkisi tartışmasız olacaktır. Üstelik, nefret suçlarının bu şekilde bir siyasal niteliğinin bulunması aynı zamanda nefret söylemiyle karşılıklı olarak beslendiklerinin ve adeta iç içe geçtiklerinin de bir kanıttır. Çünkü tüm siyasi söylemler, kendi amaçlarını gerçekleştirmeye ve kamuoyunda bir yönlendirme yaratmaya yönelik manipülasyon tekniğini içinde barındırmaktadır²⁹. Dolayısıyla siyasal amaçları doğrultusunda varlığını devam ettirmek isteyen bir ege-

²⁵ Zeynep Özarslan, “Introducing Two New Terms Into the Literature of Hate Speech: “Hate Discourse” And “Hate Speech Act”, *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, S. 20 (2014): 53-75, s. 60, <http://iletisimdergisi.gsu.edu.tr/tr/download/article-file/82871> atfı ile; Ayşe Kaymak, “Yeni Medyada Nefret Söyleminin Hukuki Boyutu, Yeni Medyada Nefret Söylemi”, ed.: Tuğrul Çomu, (İstanbul: Kalkedon Yayınları, 2010), 253-284, s. 265.

²⁶ Avrupa Konseyi tarafından herhangi bir sözleşmeye dayandırılmadan kurulmuş olan komisyondur (European Commission against Racism and Intolerance Commission/ECRI). Konseye üye olan devletlere yapılan periyodik ziyaretler sonucunda raporlamalar yapılarak tavsiyelerde bulunulur. Daha detaylı bilgi için bkz: <https://www.coe.int/web/european-commission-against-racism-and-intolerance>.

²⁷ Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, ECRI Report on Turkey - Fifth Monitoring Cycle, 2016, s. 9, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81>.

²⁸ Barbara Perry, Davut Akça, Fatih Karakuş ve Mehmet Baştuğ, “Planting Hate Speech to Harvest Hatred: How Does Political Hate Speech Fuel Hate Crimes in Turkey”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 9, S. 4 (2020): 195-211, (Perry/Akça/Karakuş/Baştuğ, Planting Hate Speech), s. 2, <https://www.academia.edu/>.

²⁹ Perry/Akça/Karakuş/Baştuğ, Planting Hate Speech, s. 2.

men grubun bu manipülatif söylem teknikleriyle toplumda, gücünün devamlılığına dair tehdit olarak gördüğü gruplar için bir öteki algısı yaratarak bunları hedef göstermesi olasıdır. Buna Birleşik Krallık'ta Müslümanlara ve mültecilere yönelik ırkçı ve dini nefret içeren söylemlerin Brexit sürecinde artış göstermesiyle paralel olarak nefret suçlarında görülen artış örnek olarak verilebilir³⁰. Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden ayrılmasını öngören Brexit sürecindeki siyasi söylemlerin yoğunlaşma alanı göçmen karşıtlığı üzerinedir³¹. Resmi verilere göre, Brexit sürecinin sonlanması takiben raporlanan nefret suçlarının oranlarında yüzde altmışa yakın bir artış meydana gelmiştir³². Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi³³ tarafından yayınlanan 2016 tarihli periyodik rapor incelemesinde de Komite tarafından ilgili referandum kampanyalarındaki göçmen karşıtı ve yabancı düşmanlığını besleyen konuşmaların politikacılar tarafından kınanmamasına dikkat çekilmiş; ayrıca bu kişilerin ön yargı yaratan ve bunları sağlamlaştıran, bu şekilde de bireyleri etnik ve dinsel azınlık gruplarına karşı nefret eylemlerinde bulunmaya teşvik eden hareketler içinde oldukları vurgulanmıştır³⁴. Benzer şekilde Amerika'da nefret suçlarının zirve yaptığı dönem de seçim kampanyası dönemleri olarak belirtilmiştir³⁵. Bir başka tespit de ECRI tarafından Türkiye için yapılmıştır. 2016 tarihli izleme raporlarına göre, Türkiye'de 2015 seçim döneminde yürütülen kampanyalarda homoseksüellere yönelik nefret söylemlerinin yer almasıyla paralel olarak aynı tarihlerde çeşitli cadde ve sokak duvarlarına LGBT'lilerin öldürülmesine yönelik posterler asılmıştır³⁶. Dolayısıyla nefret söylemi ile oluşturulan ve beslenen "öteki" gruba yönelik olumsuz ön yargılar; nefret suçu yardımıyla bu grupların

³⁰ Perry/Akça/Karakuş/Baştuğ, *Planting Hate Speech*, s. 2.

³¹ Deniz Eroğlu Utku, Nergiz Özkural Köroğlu, "Anti-Immigration vs Anti-EU: Political Discourse Analysis of Brexit Decision of the UK", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19, S. 1 (2020): 1-34, (Eroğlu Utku/ Özkural Köroğlu, Anti-Immigration), s. 15-19, <https://dergipark.org.tr/en/download/issue-full-file/55606>.

³² Eroğlu Utku/ Özkural Köroğlu, *Anti-Immigration*, s. 26. Brexit süreciyle birlikte İngiltere'de özellikle Polonyalı göçmenlere karşı nefret suçlarında artış kaydedilmiştir. Sürecin Polonyalı göçmenleri nasıl etkilediğine ilişkin olarak Polonya Dış İşleri Bakanının açıklamaları için bkz: s. 26 vd.

³³ Birleşmiş Milletler'in 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme uyarınca kurulmuş olan komitedir. Komitenin yetkilerine ilişkin olarak bkz: Committee on the Elimination of Racial Discrimination, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIntro.aspx>.

³⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CERD/C/GBR/CO/21-23, para. 15, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD_C_GBR_CO_21-23_24985_E.pdf.

³⁵ Perry/Akça/Karakuş/Baştuğ, *Planting Hate Speech*, s. 2.

³⁶ Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, *ECRI Report on Turkey - Fifth Monitoring Cycle*, 2016, s. 20, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81>. Yine bu seçim döneminde tarihinde halk arasında "Çözüm Süreci" olarak adlandırılan Kürt Barış Sürecinin sona ermesiyle birlikte, Kürt kökenlilere yönelik nefret suçlarında artış meydana gelmiş, yasal bir parti olan Halkların Demokratik Partisi'ne silahlı ve bombalı saldırılar gerçekleştirildiği Komisyon tarafından tespit edilmiştir. Detaylar için bkz: para. 48, s. 23.

temel hak ve özgürlükleri yönünden hak ihlaline uğramalarına; süreklilik kazanmış bir korku ve güvensizlik hali içerisinde, toplumdan dışlanarak yaşamalarına sebebiyet vermektedir.

Yukarıdaki tüm açıklamalar doğrultusunda, nefret suçu ve nefret söylemi kavramları birbirinden tamamen farklı kavramlar olmakla birlikte aynı zamanda birbirini karşılıklı olarak besleyen kavramlardır. Özellikle “ön yargı saiki” ortaklığında buluşmaları bu benzerlik ve besleme hâlini oluşturmakta ve hatta bazı durumlarda birbiriyle iç içe geçmelerine sebep olabilmektedir. Örneğin bir nefret suçunun işlendiği iddiasında failin ön yargı saikini belirlemek için bu fiilin işlenmesi öncesinde, sırasında veya sonrasında sarf edeceği ön yargı içerir ifadeler bu saiki kolayca ortaya koyabilecektir³⁷. Özellikle politik söylemlerde tespit edilen nefret söylemi toplumda nefret suçlarının işlenmesini yaygınlaştırmaktadır. Dolayısıyla nefret suçu ve nefret söylemi; mağdurların ait oldukları karakteristik grupların toplum içinde huzur ve güven halinde yaşamalarına engel olmalarının yanında toplumun tamamında bu barış ortamını bozan eylemleri tetikleyecek hareketler olacağından mutlaka yasal düzenlemelerde suç olarak ele alınması gereken iki farklı kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Ayrımcılık

Nefret suçu ve nefret söyleminin temelinde ayrımcı motivasyonlarla hareket etmeyi sağlayan ön yargı saiki bulunduğu ve bu ortak özellik sebebiyle gündelik hayatta birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmalarına rağmen pek çok yönden birbirinden tamamen farklı kavramlar olduklarına yukarıda değinilmiştir. Bu iki farklı kavram için ortak olan ön yargı saiki, ayrımcılık yasağı ile de benzer bir temele sahip olmakla birlikte aynı anlama gelmemektedir. Uluslararası hukukta ilk olarak azınlık haklarının korunması konusunda gündeme gelen bu kavram günümüzde “ayrımcılık yasağı” olarak evrensel bir hukuk ilkesi haline bürünmüştür³⁸. Eşitlik ilkesinin bir görünümü olan ayrımcılık yasağını incelerken ayrımcılık ve ön yargı kavramlarının farklılıklarına göz atarak ayrımcılık yasağından ne anlaşılması gerektiği de incelenmelidir.

Ayrımcılık yasağını kişiler arasında haklı bir nedene dayandırılmayan farklı veya aynı davranış sebebiyle, toplumdaki bazı kişi veya grupların daha olumsuz bir muameleye maruz kalması durumu şeklinde tanımlanabilir. Bu haklı sebeple-

³⁷ Türay, *Nefret Söylemi*, s. 57. İlgili kısımda ayrıca nefret suçunu nefret söyleminden ayıran bir diğer önemli nokta da ön yargı saikinin dış dünyaya yansımaları halinde olduğu tespit edilmiştir. Ön yargı saikinin dış dünyaya yansımaları, nefret suçları için bazı durumlarda mümkün olmayabilecekken; nefret söylemi için böyle bir şey söz konusu değildir. Çünkü nefret söyleminin cezalandırılmasındaki temel amaç, dış dünyaya yansımış bu ön yargı saikini içerir ifadenin cezalandırılmasıdır.

³⁸ Muammer Altun, *Ayrımcılık Suçu TCK md.122*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi (Altun, *Ayrımcılık Suçu*), 2010, s. 4, <https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/10799/261552.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

rin neler olacağı, karşılaştırılacak kişilerin nasıl belirleneceği konusu ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesini zorunlu hâle getirecektir. Çünkü “*jus cogens*”³⁹ şeklinde tabir edilen uluslararası emredici bir hukuk normu olan eşitlik ilkesine aykırı bir davranışın kabul edilebilir olması ve bu ilkenin getirdiği kazanımlardan mahrum kalınmaması için bu kriterlerin belirsizlikten uzak, somut ve net bir şekilde tespit edilmiş olması gerekmektedir⁴⁰. Bu sebeple de ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesinin somutlaşmasını sağlayan tamamlayıcı bir kavramı olarak değerlendirilir⁴¹. İki kavram arasındaki bu uzantı genellikle birbirleri yerine geçecek şekilde kullanılmalarına da sebebiyet vermektedir⁴².

Eşitlik ilkesi, ilk olarak Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde “*insanlar haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar*”⁴³ şeklinde birinci maddesinde kendisine yer bulmuştur. Bu ilkenin aynı zamanda bir “değer yargısı” niteliğinde olması, zaman ve mekâna göre değişen değer yargıları sonucu farklı eşitlik anlayışlarının da ortaya çıkmasını sağlamıştır⁴⁴. Eşitliğin bu çok kapsamlı ve girift niteliği onunla bağlantılı olan ayrımcılık yasağının da farklı görünümünün olması yol açmaktadır. Ayrımcılık yasağı kendisini doğrudan ve dolaylı ayrımcılık başlıkları altında göstermektedir⁴⁵. Doğrudan ayrımcılık,

³⁹ Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gerekse Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinde herhangi bir istisnaya yer vermeyecek şekilde devletlerin yükümlülükleri olarak sayılmıştır. Bu sebeple de uluslararası hukukta emredici hukuk normu olarak geçmektedir. Daha detaylı bilgi için: Li Weiwei, *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*, (Norway: University of Oslo, 2004), s. 19-20, <https://www.jus.uio.no/smir/english/about/programmes/china/avpublisert/china-old-documentation-only/publications/0304.pdf>.

⁴⁰ Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), (KARAN, *Ayrımcılık Yasağı*), s. 67.

⁴¹ Gülşah Korkusuz, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılık”, 5. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ayrımcılık*”, ed. Adem SÖZÜER, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 149-155, s. 134.

⁴² Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 69. Bu iki kavramın aynı anlamda kullanılmayacağına veya ayrımcılığın eşitlik ilkesinin uygulama alanını belirleme konusunda bir alt işlevi olduğuna ve ayrıca bir hak olarak bahsedilemeyeceğine ilişkin diğer görüşler için bkz: Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 70.

⁴³ Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 35.

⁴⁴ Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 36. Yazar tarafından yapılmış “değer yargısı” nitelmesiyle, toplumların zamanla gelişen ve değişen değer yargıları sonucunda eşitlik ilkesinin uygulama alanının da geliştiği ve değiştirildiği görülmüştür. Köleliğin değişen değer yargılarıyla birlikte olumsuz olarak görülmeye başlamasıyla eşitlik kavramının ırklar yönünden ele alınmasıyla köleliğin yasaklanması söz konusu olmuştur. Detaylar için bkz: Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 35-36.; Bunlardan en yaygın olan sınıflandırma şekli eşitlik ve maddi eşitlik ayrımıdır. Şekli eşitlik “aynı olana aynı davranma” şeklinde açıklanmaktadır. Şekli eşitliğe verilen bu tanım, aynı olma hâlinde anlaşılması gerekenin ne olduğunu içermeyi yönüyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin bu haliyle uygulanması demek, aynı olma hâlini oluşturan kriterlerin de zamansal ve mekânsal olarak sürekli değişime uğrayacak olması demektir. Bkz: Aileen McColgan, *Discrimination, Equality and the Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2014), s. 15, <https://0-search.ebscohost.com>. Maddi eşitlik ise var olan eşitsizliklerin giderilmesine odaklanılarak eşitliğin toplum içerisinde sağlanması hedeflenir.

⁴⁵ Ayrımlar bu ikisiyle sınırlı olmamakla birlikte, anayasal düzenlemelerde ikisinin genellikle gündeme geldiğinden bahsedilir. Bunlar dışında cinsel taciz, ayrımcılık talimatı veya mağdurlaştırma gibi farklı türler de bulunmaktadır. Bu başlıklar için bkz: Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 228 vd.

ayrımcılığın yasaklandığı karakteristik gruplardan birine ait özelliklerinden kaynaklanarak bir kişinin veya bu özellikleri gösteren grubun makul gösterilemeyen farklı muameleyle maruz kalması demektir. Dolaylı ayrımcılık ise, farklılıkların göz ardı edilerek herkese aynı muamelede bulunulması yoluyla oluşan ayrımcılıktır. Burada ayrımcı muamele doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi açık ve net bir şekilde belli değildir. Eşitsizliğin daha kapalı bir şekilde olduğu durumlarda doğrudan ayrımcılığın benimsenmesi yetersiz kalacak ve bu sebeple dolaylı ayrımcılığa ihtiyaç duyularak normun kendisinin veya uygulamasının sonuçları yönünden eşitsizlik yarattığı göz önüne alınır⁴⁶. Bu sebeple aralarındaki en temel farklılık için, dolaylı ayrımcılık yasağının sonuç odaklı olduğu ve eşitliğin somutta gerçekleşmesi hedefine hizmet ettiği söylenebilecektir. Örneğin, işe alım kriteri olarak aranacak düzgün diksiyon şartı, eğer bu işin niteliği gereği arasında sayılmıyorsa, belirli bir şiveye sahip etnik gruba mensubiyeti olanlar yönünden dolaylı ayrımcılığı oluşturduğundan bahsedilecektir. Burada, görünüşte herkes için aranan bu kriter, ancak belirli kişiler yönünden makul bir sebebe dayandırmayan bir dezavantaj olarak karşımıza çıkmış olacaktır.

Günlük toplumsal yaşamdaki yaygın kullanımda ayrımcılık ve ön yargı kavramlarının da sık sık karıştırıldığını görmek mümkündür. Bu karışıklık iki kavramın birbirlerine olan benzerliklerinden kaynaklanmaktadır, diyebiliriz. Her ne kadar ön yargı için, yukarıda değinildiği üzere, “olumsuz dogmatik fikirler” tanımı yapılıyor olsa da, bu tanım ayrımcılık alanından bakışla verilmiş bir tanımdır. Kelime anlamı itibarıyla bakılacak olursa ön yargı “*daha önceden edinilmiş, olumlu veya olumsuz olabilen peşin hüküm, fikir*” şeklinde kabul edilir⁴⁷. Fakat olumlu bir ön yargının, ayrımcı bir muamelenin temelini oluşturup bir suç unsuru sayılabileceğini söylemek de mümkün olmayacaktır. Ön yargı saiki ile bahsedilmek istenen olumsuz ön yargı kavramıdır. Ayrımcılık ise bu olumsuz ön yargının dış dünyaya yansımış hâlidir, yani harekettir⁴⁸. Dolayısıyla olumsuz ön yargı zihinsel bir faaliyet olarak değerlendirilirken, ayrımcılık ise ancak bu olumsuz ön yargının bir davranış olarak dış dünyaya yansması halinde değerlendirmeye alınır.

Nefret suçunu ve nefret söylemini oluşturan saik, dış dünyaya yansıyan bu hareket değil; zihindeki olumsuz dogmatik fikirler olan ön yargıdır. Olumsuz ön yargılar birer “*tutumdur*” ve bu tutumlar da kişilerin davranışlarını etkilemektedir⁴⁹. Nefret suçunda bu davranış bir suça yönelirken, nefret söyleminde ise bu ön

⁴⁶ Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 210.

⁴⁷ Türk Dil Kurumu internet sitesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: *Bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay ve görüntülere dayanarak önceden edinilmiş olumlu veya olumsuz yargı, peşin yargı, peşin hüküm, peşin fikir*, <https://sozluk.gov.tr>.

⁴⁸ Mehtap Erdoğan, Celalettin Vatandaş, “Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Ön Yargı ve Ayrımcılık”, *İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi* 3, S. 1 (2020): 474-485, (Erdoğan/Vatandaş, Ön Yargı ve Ayrımcılık), s. 476, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1120440>.

⁴⁹ Erdoğan/Vatandaş, Ön Yargı ve Ayrımcılık, s. 476.

yargı saikiyle oluşan davranış söz konusu söylem ile kendini gösterir. Ayrımcılık yasağının ihlalinde ise, zihindeki olumsuz dogmatik fikirlerin eşliğinde dış dünyada değişiklik meydana getirecek bir aksiyon alınır ve bu aksiyon sonucunda eşitlik ilkesini zedeleyen, ayrımcı bir muamele oluşur⁵⁰. Eşitlik ilkesini zedeleyen bu ayrımcı muamele ise her zaman hukuka aykırı bir sonuç olmak zorunda değildir⁵¹. Bu hukuka aykırılığın giderimi ise daha çok medeni hukukun alanında olmakla birlikte, bazı durumlarda ceza hukukunun da konusu olabilecektir⁵².

Türk Hukuku açısından baktığımızda, ayrımcılık yasağı öncelikle Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik" başlığı altında eşitlik ilkesinin görünümü olarak kendisine yer bulmaktadır⁵³. Ayrıca, Anayasa'nın m.90/5 uyarınca usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler de Türk hukukunun bir parçası olarak görülmektedir⁵⁴. Maddeye göre temel hak ve özgürlükleri içeren uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması hâlinde uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacağından, ayrımcılık yasağını içerir uluslararası düzenlemeler iç hukukumuzda tanınan üstünlük gereği doğrudan uygulanabilir niteliktedir⁵⁵. Ayrımcılık yasağının bu doğrudan uygulanabilirlik kriteri devletlerin de buna uygun bir şekilde hareket etmesi ve önleyici yasal düzenlemeleri yapmalarını gerektirecektir⁵⁶.

⁵⁰ Türay, *Nefret Söylemi*, s. 24. Ayrımcılık yasağı, toplumda eşitlik ilkesinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak buradaki eşitlik ilkesinden anlaşılması gereken, farklılıkların göz ardı edildiği şekli anlamda eşitlik anlayışının değil toplumsal yaşamda somut bir şekilde yer bulan farklılıkların ve dolayısıyla farklı ihtiyaçların dikkate alındığı maddi anlamda eşitlik anlayışı olmalıdır. Detaylar için bkz: Türay, *Nefret Söylemi*, s. 21 vd.

⁵¹ Bulut, *Nefret Suçları*, s. 154. Kişilerin kendi özel hayatlarıyla ilgili yaptıkları tercihler hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir.

⁵² Bulut, *Nefret Suçları*, s. 155. İlgili kısımda, ceza hukukunun konusu olduğu noktada nefret suçlarıyla karıştırılması ihtimalinin de söz konusu olacağı belirtilmiştir. Fakat bu noktada ise, nefret suçundaki ön yargı saikinin çıkarıldığı ortada kabul edilmiş ceza hukuku mevzuatına göre bir suç olduğu unutulmamalıdır. Ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesinde ise, ayrımcı saik çıkarıldığı yapılan hareket hukuka uygun haldedir. Benzer yönde örnek için bkz: Uğur Ersoy, "Türkiye'de Ayrımcılık Suçu", 5. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Ayrımcılık"*, ed. Adem SÖZÜER, İstanbul: Oniki Levha Yayınları: 2017), 155-179, s. 163.

⁵³ Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *TBB Dergisi*, S. 73 (2007): 146-173, (Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı), s. 155, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-73-373>. Bunun haricinde, gerek Anayasa'nın gerekse çeşitli kanunların içerisinde ayrımcılık yasağını düzenleyen çeşitli fıkralar bulunmaktadır. Örnekler için bkz: a.g.e., s. 155 vd.

⁵⁴ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.90/5: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.

⁵⁵ Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54 (2004): 147-161, s. 157. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-64>.

⁵⁶ Karan, *Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 147. Ancak bu doğrudan uygulanabilirlik kriterine sahip ayrımcılık yasağının yatay etkisini de incelemek gerekecektir. Bir anayasal normun yatay

Ayrımcılık; kişinin olumsuz dogmatik fikirleri barındıran davranışlarla farklı davranması demektir. Bu sebeple kısaca, ön yargının dış dünyaya yansımış hâli olduğu söylenir. Bu farklı davranışlar kişilerin ırk, dil, din, cinsiyet, servet, yaş, engellilik gibi niteliklerinden kaynaklanmakla birlikte daha çeşitli sebeplerle de kendini gösterebileceğinden sınırlı bir şekilde sayılmamaktadır⁵⁷. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığı “tüm hak ve özgürlüklerin, herkes tarafından, tanınmasını veya kullanılmasını zorlaştırma, yahut bunların tamamen ortadan kaldırılması amacıyla veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statülerden kaynaklanarak gerçekleştirilen ayırma, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma” olarak tanımlamaktadır⁵⁸. Ayrımcılık bu tanımdaki gibi sadece belirli bir kişiyi veya grubu haklı gösterilemeyen farklı bir muameleye maruz bırakarak haklardan eşit bir şekilde yararlanmama durumunu oluşturmakla kalmaz, aynı zamanda toplum içerisinde bir hiyerarşik yapılanma oluşturulmasını da içerir⁵⁹. Çoğunluk olan ve kendisini bu yapılanmanın üst katmanlarında gören grupların, azınlık ve aşağıda gördüğü diğer gruplara karşı baskın ve güçlü olmasını sağlayarak “*damgalama, etiketleme ve tanımlama*” gücüyle toplumdan dışlanmalarına sebep olmaktadır⁶⁰.

Oluşturulan bu hiyerarşik yapı sonucuna çok benzer şekilde, nefret suçu ve nefret söyleminde bulunan ön yargı saiki de toplumda “biz” ve “öteki” algısını yaratmak veya var olan bu algıyı beslemek üzere hareket etmektedir. Ayrımcılık yasağının ihlâli ile kişinin olumsuz dogmatik fikirleri üzerine şekillenen bu davranışlar kendisinden aşağıda gördüğü gruptaki kişilere yönelmektedir. Nefret suçunda ise kendisinden görmediği ve ötekileştirerek bir tehdit olarak kodladığı gruba karşı yönelmiş bir temel bir suç vardır. Nefret söyleminde de yine aynı şekilde bu gruba yönelmiş bir ifadeden bahsedilecektir. Görüldüğü üzere üçü

etkisi, özel hukuk kişilerine uygulanabilirliği ile ilgilidir. Doğrudan ve dolaylı yatay etki olarak yapılan ikili ayırmada; dolaylı etkiye göre özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda insan haklarına uygun bir yorum getirmenin ötesine geçmemektedir. Fakat bu “*anayasaya uygun yorum ilkesi*” yine Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen anayasanın üstünlüğüne dayanacağından, herhangi bir özel hukuk uyumsuzluğunda yargı organları tarafından dikkate alınacak ve ilgili uyumsuzluğa uygulanması gerekecektir. Doğrudan yatay etki ise, anayasal olarak tanınmış bir hakkın ileri sürülmesi için devlet devletin aracı olmasına gerek olmayacaktır. Ayrımcılık yasağı da Anayasa m.10 ile tanınan bir hak olduğundan, özel hukuk ilişkilerinde tarafların birbirine karşı ileri sürebileceği bir hak olarak kendisini gösterecektir. Konuyla ilgili olarak bkz: Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 151-155.

⁵⁷ Altun, *Ayrımcılık Suçu*, s. 4.

⁵⁸ Karan, Nefret İçerikli İfadeler ve İfade Özgürlüğü, s. 86 atfıyla UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, para. 7, <https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>.

⁵⁹ Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 65.

⁶⁰ Kenan Çayır, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ed. Kenan Çayır, Müge Ayan, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018), 1-11, s. 7, <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35815553/>.

de “kendilerinden olmayan” tarafa yönelmiş hareketleri barındırmaktadırlar. Bu ortak özellik aralarında benzerlik kurulmasına imkân tanısa da kavram olarak birbirlerinden tamamen farklılardır. Nefret suçu ile aralarındaki bu farklılık, nefret suçunun içermek zorunda olduğu temel bir suç unsurunun varlığı yönünden oluşur. Nefret söylemi ile aralarındaki farklılık ise, ayrımcılık yasağının içermek zorunda olduğu karşılaştırılabilir kişilere karşı haklı sebebe dayanmayan farklı davranıştan kaynaklanmaktadır. Nefret söyleminin oluşması için böyle bir şart aranmamaktadır. Nefret söyleminin oluşması için, söylemin kendisinin karşılaştırılabilir bir durumu olmayacaktır⁶¹.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE HAKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

AİHS içerisinde nefret söylemini doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte AİHM kavrama ilk defa 1999 yılında *Sürek v. Türkiye*⁶² kararında değinmiş, ancak bir tanım getirmemiştir. Mahkeme somut duruma göre değişen bir yaklaşımla bazı şartların bulunması hâlinde ifade özgürlüğü kullanımını hakkın kötüye kullanılması şeklinde ele alarak 17. madde kapsamında değerlendirmekte, bazılarında ise hakkın kullanımını ve buna yapılan müdahaleleri ifade özgürlüğünün ele alındığı 10. madde içerisinde değerlendirmektedir. AİHM nefret söylemini bazı şartların varlığı hâlinde ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması yönüyle değerlendirerek 17. madde kapsamında ele almakta; bazı durumlarda ise ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. madde çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır⁶³.

İkinci Dünya Savaşı döneminde yaşanan totaliter rejimlerin yıkıcı etkilerine yönelik korku ve bunu izleyen Soğuk Savaş sürecindeki ortam sebebiyle insan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması düşüncesi oluş-

⁶¹ Karan, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*, s. 86.

⁶² Şeyma Kuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020 (Kuş, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*), s. 41. Söz konusu kararda, bir dergi sahibi olan başvurucu okuyucularından gelen iki mektubu yayınlamasıyla Türkiye mahkemeleri tarafından devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapılması gerekçesiyle ceza almıştır. AİHM'in 10. madde yönünden ihlâl bulmadığı bu kararda, dava konusu mektupların nefret konuşmaları ve şiddete teşvik içeriği olduğuna değinmiş olması yönüyle önemlidir. AİHM, “*Sürek v. Türkiye*”, Başvuru No: 26682/95, 8.07.1999, Karar için bkz: Ozan Değer, “AİHS'in 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 62, S. 1 (2007): 43-64, s. 50 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36055>.

⁶³ AİHS m.17 hakkında yayınlanan yakın tarihli bir rehberde Mahkeme bir ifade açıklamasına 17. maddenin uygulanabilmesi için ifadelerin nefret, şiddet, totaliter rejimler, yabancı düşmanlığı, islamofobi, soykırım inkârı gibi çeşitli fikirlerin desteklenmesi veya meşru gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz: European Court of Human Rights, Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights, 2021, s. 10-11, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf.

muş ve bu düşünce AİHS'e 17. madde başlığı altında yansımıştır⁶⁴. İlgili yasak sadece devletlere yönelik değil bireylere yönelik olarak da uygulanmaktadır⁶⁵.

Sözleşmede veya taraf devletlerin onayladığı ek protokollerde yer alan hakların yok edilmesi amacı gündeme geleceğinden bu madde diğer hak ve özgürlüklerden bağımsız bir şekilde ileri sürülemez⁶⁶. Kişinin bu hak ve özgürlükleri yok etme amacının önüne geçilmesi hedefi haricinde, devletlerin Sözleşme'nin izin verdiği hak ve özgürlükleri sınırlama sınırını aşmaları da bu madde ile birlikte yasaklanmaktadır. Bu özelliğe sahip olduğu için madde aynı zamanda "ikincil nitelikte bir sigorta fonksiyonu"⁶⁷ şeklinde nitelenmektedir.

Hakları kötüye kullanma yasağı olarak düzenlenen AİHS m.17, Sözleşme ve ek protokoller ile tanınmış olan tüm hak ve özgürlükler ile birlikte ileri sürülememektedir. Mahkeme, 17. maddenin ancak belirli maddeler ile uygulama alanı bulabileceğinin altını çizmiştir. Örneğin Mahkeme *Lawless v. İrlanda* kararında, herhangi bir yargı kararı olmadan tutuklama imkânını yaratan düzenleme ile İrlanda Cumhuriyet Ordusu üyesi olduğundan şüphelenilen başvurucunun yaklaşık 6 ay boyunca mahkeme önüne çıkarılmadan askeri tutukevinde alıkonulması için 17. maddenin negatif yükümlülük olarak düzenlendiğini belirtmiş ve kişilerin 5. ve 6. maddede düzenlenen temel hak korumasından mahrum bırakılamayacağına altını çizmiştir⁶⁸.

⁶⁴ AİHS m.17: *Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmesi olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.*; Sevrap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), (Yokuş, *Hakkın Kötüye Kullanımı*), s. 94.; Hannes Cannie, Dirk Voorhorf, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, S. 1 (2011): 54-83, (Cannie/Voorhorf, *The Abuse Clause*), s. 55, <https://0-heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr/>. Hakkın kötüye kullanılması kavramı, ilk olarak mülkiyet hakkına yönelik kullanılmaya başlanmıştır. Birinci kuşak olarak da adlandırılan temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ise hakkın ortadan kalkmasına varan sonuçlara sebep olabileceğinden kapsam yönüyle farklılaşmaktadır. Bkz: Oya Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İNCEOĞLU, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 81-96, (Boyar, *Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*), s. 83.

⁶⁵ David Keane, "Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 25, S. 4 (2007): 641-663, s. 661, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016934410702500404>.; Türay, *Nefret Söylemi*, s. 83.

⁶⁶ Cannie/Voorhorf, *The Abuse Clause*, s. 58.; Korunması konusunda taahhüt verilen haklar için gündeme geldiğinden söz konusu hakkın bir sadakat yükümlülüğü olduğundan da bahsedilir. Bkz: Boyar, *Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, s. 84.

⁶⁷ Türay, *Nefret Söylemi*, s. 84 atfı ile Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2013), s. 413.

⁶⁸ Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, s. 23 atfı ile, AİHM, "*Lawless v. Ireland (No. 3)*", Başvuru No.: 332/57, 01.07.1961, para. 6. Ayrıca doktrinde usuli haklardan olan suç ve cezada kanunilik, etkili başvuru hakkı ve olağanüstü dönemler için dokunulmaz sayılan çekirdek haklardan olan yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi hakların da hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamı dışında kaldığı savunulmaktadır. Bkz: Boyar, *Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, s. 84.

Madde uygulama aşamasında Mahkeme tarafından doğrudan ve dolaylı uygulama şeklinde ikili bir yaklaşımla ele alınır. Doğrudan uygulama 17. madde kapsamında ilgili başvurunun kabul edilmezlik kararı ile sonlandırılmasını sağlamaktadır ve yargılamayı kabul edilebilirlik aşamasında sona erdirmesi sebebiyle “giyotin etkisi”⁶⁹ olarak da adlandırılmaktadır. Dolaylı uygulamada ise Mahkeme AİHS m.17’yi yorum aracı şeklinde kullanarak, sınırlı da olsa, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmasını sağlanmaktadır⁷⁰. Giyotin etkisine çoğunlukla Mahkeme’nin ilk dönem kararlarında rastlanmakla birlikte bu yaklaşımın belirli konu başlıkları için hâlâ geçerliliğini koruduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme yakın tarihteki kararları da dahil olmak üzere, giyotin etkisindeki yaklaşımı içtihadı ağırlıklı olarak Holokost inkârı ya da Holokost’un meşrulaştırılması zeminindedir⁷¹.

Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve mutlak bir korumaya sahip olmayan ifade özgürlüğü ikinci fıkrada sayılı şartların varlığı hâlinde sınırlamaya tabi tutulabilecektir. Mahkeme, demokratik toplumlarda en geniş sınırları ile korunması gerektiğini belirttiği ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin denetlenmesini üçlü test olarak adlandırdığı yasayla öngörülme, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik pratiği ile uygulamaktadır⁷². Yasayla öngörülme, diğer adı ile kanunilik, ilgili müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağının olması gerekliliğine vurgu yapmaktadır⁷³. Meşru amaç kriterinde ise, AİHS m.10/2’de yer

⁶⁹ Osman Serkan Gülfidan, *İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013), (Gülfidan, *Kötüye Kullanma Yasağı*), s. 18.

⁷⁰ Mahkemenin iki farklı uygulaması olsa da, doktrinde bu uygulamaların pratik sonuçlarının birbirine benzer olduğu da ifade edilmektedir. Bkz.: Cannie/Voorhorf, *The Abuse Clause*, s. 55.; Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, s. 19.

⁷¹ Türay, *Nefret Söylemi*, s. 87. Ayrıca bu dönemlerde totaliter rejimlere yönelik 17. maddenin giyotin etkisinin tercih edilmesi anlaşılabilir zira Sözleşmenin düzenlendiği dönem içerisinde Avrupa Nazizm ile birlikte komünist totaliter bir yapıdan da korunmayı hedeflemektedir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Kuş, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*, s. 46.; Mahkemenin 17. maddeye yönelik ilk dönem yaklaşımlarının günümüz ifade özgürlüğü içtihadıyla çelişir nitelikte olduğuna dair yorum için bkz.: Yokuş, *Hakkın Kötüye Kullanımı*, s. 114.

⁷² AİHS Madde 10/2: “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

⁷³ Bu, Meclis tarafından onaylanmış yazılı ve genel nitelikte bir kanun şeklinde kabul edilmektedir. Çok istisnai de olsa, içtihat hukuku veya uluslararası hukuk ilkelerinin de yasal dayanak olduğu mahkeme tarafından kabul edilebilmektedir. Örneğin, *Groppera Radio AG ve Diğerleri/İsviçre* (Başvuru No: 10890/84, 28.03.1990) kararında uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilir nitelikteki kurallara dayandığı kabul edilmiştir. Mahkemeye göre bu istisnai nitelikte olmalıdır zira önemli olan kamuya açık, erişilebilir ve öngörülebilir nitelikteki bir yasal metnin varlığıdır; ancak bu ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda demokratik meşruiyeti taşıyan nitelikte bir müdahale olarak kabul edilebilir. Bkz.: Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması Uygulamaları İçin El Kitabı*, çev. Tuğçe Duygu Köksal, (Avrupa Konseyi, 2018), s. 46, <https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5>.

alan ve sınırlı sayım ilkesi uyarınca sıralanan meşru amaçlara uygunluk değerlendirmesi yapılmaktadır. Üçüncü kriter olan gereklilikte ise Mahkeme ilgili müdahalede “baskın bir sosyal ihtiyaç”⁷⁴ varlığını aramaktadır. İhtiyacın belirlenmesine yönelik taraf devletlerin belirli bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilse de, bu yetki sınırsız değildir. Meşru amaç ve müdahale arasında ayrıca orantılılığın sağlanması gerekeceği için, Mahkeme bu takdir marjı ile ilgili denetim yetkisine de sahip olacaktır⁷⁵. Dolayısıyla baskın bir sosyal ihtiyaç oluşsa dahi orantılı olmayan her müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlâl ettiği anlamına gelecektir.

İfade özgürlüğüne verilen bu önem gereği kapsamlı bir inceleme yapılmasını sağlayan AİHS’in 10. maddesine rağmen Mahkeme’nin ikili bir ayrıma gidecek bazı ifadeleri 17. madde kapsamında değerlendirmesi çelişki yaratmaktadır. AİHM, müdahaleye maruz kalan söylemleri “bir bütün olarak davanın ışığında”⁷⁶ çeşitli başlıklarla ilgili ifadeleri incelemeyerek ele almaktadır. Bu başlıklar kişinin amacı, statüsü; yahut ifadelerin içeriği, sarf edildiği ortam ve yöneltildiği kişiler şeklindedir⁷⁷. Yine sanatsal ifade biçimlerinden birine başvurulması halinde hem sınırlı bir kitleye erişim sağlayacağından hem de duyguların ifade edilmiş şekillerinin belirli bir oranda abartma ve kışkırtmayı içerebileceğinden daha geniş bir ifade özgürlüğü alanından yararlanmasını gerektirecektir⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, gerek dolaylı uygulama ile gerekse giyotin etkisi ile doğrudan 17. maddenin uygulanması söz konusu ifadelerin 10. madde incelemesinde ele alındığı gibi bir bağlam incelemesinden geçmemesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla 17. maddenin bu iki uygulaması da çatışan haklar arasında denge gözetilmemesi ve Mahkeme’nin bağlam incelemesi yapmayarak pek çok kez ulusal yargı makamlarının değerlendirmeleriyle bağlı kalması yönüyle eleştirilmektedir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA NEFRET SÖYLEMİ İKİLEMİ

Her ne kadar ifade açıklaması barındırması sebebiyle nefret söylemine yönelik incelemelerini AİHS m.10’da düzenlenen ifade özgürlüğü başlığı altında ele alması gerekiyor olsa da, Mahkeme bazı içerikteki ifadeler için hakların kötüye

⁷⁴ AİHM, “*Observer and Guardian v. Birleşik Krallık*”, Başvuru No: 13585/88, T. 26.11.1991, para. 59. AİHM bu kararda, m.10/2’de bulunan “*gereklilik*” ifadesinin “acil bir toplumsal ihtiyaç” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

⁷⁵ AİHM, “*Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*”, Başvuru No: 67/1997/851/1058, 23.09.1998, para. 101.

⁷⁶ Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, s. 34.

⁷⁷ Özge Apış, *Halkı Kin veya Düşmanlığa Tahrik veya Aşışılama Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), (Apış, *Tahrik veya Aşışılama*), s. 319. Aynı yönde: Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), s. 36, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/06/29/ukaran_ifade_ozgurlugu.pdf. AİHM, demokratik toplumda gereklilik ölçütü kriteri içerisinde kişinin amacı, başvurunun şartları, sarf edilmiş ifade içeriği, yayılması, muhtemel etkileri, kişinin statüsü, müdahalenin kendisi gibi çeşitli başlıklarla incelemesini gerçekleştirmektedir.

⁷⁸ AİHM, “*Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya*”, Başvuru No. 68354/01, 25.01.2007.

kullanılması yasağını düzenlediği 17. maddeyi uygulamaktadır. 17. maddenin doğrudan uygulanması ile başvuru kabul edilebilirlik aşamasında sonlandırıldığı, yani herhangi bir bağlam incelemesi yapılmadan başvuru “ilk bakışta ihlâl doktrini” ile kabul edilmez bulunduğu için doktrinde bu etki “giyotin etkisi” olarak adlandırılır. Mahkeme buradaki ilk bakışta aykırılığı, Sözleşme’nin temel değerlerine aykırı olma şeklinde aramaktadır. Dolayısıyla her nefret söylemi içeriği olan ifadenin 17. madde uygulamasına tâbi olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, tarihsel süreci farklı olmakla birlikte, bugün bahsi geçen ilk bakışta ihlâl doktrinindeki nefret söylemi kabulünün yalnızca Holokost’un inkârı, meşrulaştırılması yahut önemsizleştirilmesi ile sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁷⁹.

Mahkemenin 1988 yılında verdiği *Kühnen v. Almanya*⁸⁰ kararı ile birlikte Holokost’a yönelik ifadelerin 17. madde kapsamında değerlendirilmesi 2001 yılında *Garaudy v. Fransa*⁸¹ kararı ile bu ifadelere giyotin etkisinin uygulanması konusunda bir kesinlik kazanmıştır. Nuremberg yargılamalarının ve Holokost’un birer mit olarak kabul edildiğinin söylendiği, 6 milyon Yahudi’nin öldürülmesinin dogma olarak belirtildiği ifadelerin ve ancak bunları dengeleyen ifadelerden olan “Yahudilere yönelik insanlığa karşı suç işlendi” gibi birtakım dengeleyicilerin de yer aldığı kitabın yazarı olan başvurucunun cezalandırılması konusunda Mahkeme, sözleşmenin temel değerlerine açıkça aykırı ifadelerin 17. madde ile

⁷⁹ Mahkeme 1957 tarihinde 17. madde ile ilgili verdiği ilk kararı olan *Alman Komünist Partisi v. Almanya* kararında proletarya diktatörlüğünü savunan ifadelerin temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma amacını taşıdığını söyleyerek kapsamı belirlemeye dair ilk adımı atmıştır. Ancak 1978 yılında *Glimmerveen v. Hollanda* kararı ile ırkçı nefret söylemlerine kadar bu kapsamı genişletmiştir. 1988 yılında verdiği *Kühnen v. Almanya* kararı ile birlikte ise Holokost’un meşrulaştırılmasının giyotin etkisi ile karşılaşması söz konusu olmuş ve böylelikle Mahkeme, ya da o zaman için daha doğru bir ifade ile Komisyon, totaliter rejim propagandasının ve Nasyonal Sosyalizmi yücelten, meşrulaştıran ve hatta önemsizleştiren ifadelerin sözleşme ile bağdaşmayan değerler olduğunu açıkça belirtmiştir. Kararlar için bkz: AİHM, “*Alman Komünist Partisi v. Almanya*”, Başvuru No: 250/57, 20.07.1957, AİHM, “*Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda*”, Başvuru No: 8348/78 & 8406/78, 11.10.1979, AİHM, “*Kühnen v. Almanya*”, Başvuru No: 12194/86, 12.05.1988.; Kühnen kararı için ayrıca belirtmek gerekir ki 17. madde kararda yorum yolu ile ele alınmış ve böylelikle müdahalenin kanuniliğe uygunluğunun da değerlendirilmesi devreye girmiştir. Ancak yorum yolu ile 17. maddenin ele alınması, söz konusu ifadelerin 10. madde incelemesinde ele alındığı gibi bir bağlam incelemesinden geçmesini sağlamamaktadır. Dolayısıyla 17. maddenin gerek doğrudan gerekse dolaylı uygulaması; çatışan haklar arasında denge gözetilmemesi ve Mahkeme’nin bağlam incelemesi yapmayarak pek çok kez ulusal yargı makamlarının değerlendirmeleriyle bağlı kalması yönüyle de eleştirilmektedir.

⁸⁰ AİHM, “*Kühnen v. Almanya*”, Başvuru No: 12194/86, 12.05.1988. Başvurucunun “*Büyük Almanya*” oluşumu için Ulusal Sosyalist Parti’yi yeniden canlandırmak amacıyla olan bir örgüte liderlik ettiği ve bu hedef doğrultusunda makaleler yazdığı; bu makalelerin birinde “Alman birliği, ırkçı gurur” savunulduğu ve yazının bir noktasında “Kim bu amaca engel olursa onunla mücadele edilir ve ortadan kaldırılır” şeklinde belirtmiştir. Komisyon tarafından, Almanya tarafından başvurucuya verilen ceza 17. madde kapsamında kabul edilmez bulunmuştur, çünkü başvurucunun ifadeleri ırksal ve dini ayrımcılık unsurları içererek aslında ifade özgürlüğü kullanımının 17. maddede belirtilen hakkın kötüye kullanılmasının teşviki unsurunu taşıdığını belirtmiştir.

⁸¹ AİHM, “*Garaudy v. Fransa*”, Başvuru No: 65831/01, 24.06.2003.

kabul edilmez bulunacağını söyleyerek giyotin etkisine maruz bırakmıştır⁸². Ancak Mahkeme, 2003 yılındaki *Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye* kararında bu yaklaşımı göstermemiştir. Laikliğin kaldırılması ve bunu engellemeye çalışanlara karşı ise güç kullanılarak etkisiz hâle getirilebileceğine yönelik söylemlerin bulunduğu uyuşmazlıkta, şer’i rejimin “Sözleşme’nin bütününe vurgulayan demokratik idealle bağdaşan bir oluşum” olmamasını vurgulamasına rağmen söz konusu davada 17. madde değerlendirmeye alınmamıştır⁸³.

Mahkeme’nin sözleşmenin temel değerlerine açıkça aykırılık kriterine dair güncel yaklaşımında değinilmesi gereken bir diğer nokta ise nefret söylemi tanımının “şiddete çağrı” kriterini barındırma zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır⁸⁴. Yukarıda bahsi geçen ve Holokost ile bağlantısı bulunduğu bahsettiğimiz *Garaudy v. Fransa* kararı ile benzer tarihte verilen *Gündüz v. Türkiye*⁸⁵ kararında, “*Laik dinsizdir. ... Demokratik adam dinsizdir, biz demokrasiyi benimsemiyoruz. Belediye nikâhı ile doğan çocuk piçtir.*” ifadelerinin sarf edildiği bir konuşma sonrasında ceza alan başvuru hakkında AİHM, *Garaudy* kararındaki yaklaşımın aksine şeriatın Sözleşmede öngörülen temel demokrasi ilkeleriyle bağdaşmadığını hatırlatmış ancak bir eklemeye bulunarak şiddete çağrı yapmadan şeriat düzenini savunan söylemlerin “kin ve nefrete dayalı” söylemler olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla temel değerlerle bağdaşmama vurgusuna rağmen AİHS’in 17. maddesinin incelemesi yapılmamış, ayrıca şiddete çağrı kriterinin sağlanmaması sebebi ile yapılan müdahale AİHS m.10’a aykırı bulunmuştur⁸⁶.

⁸² Ancak bundan yalnızca birkaç yıl önce 1998 yılında *Lehideux ve Isorni v. Fransa* kararında Nazi Almanyası ile gizli anlaşmalar yaptığı için cezalandırılan eski başkan Pétain’in eylemlerini olumlayan ve iade-i itibarın istendiğini belirten yazıları sebebiyle cezalandırılan başvuru için esas incelemesinde 17. maddenin ancak bir yorum aracı şeklinde kullanılacağı belirtilmişti. Mahkeme ayrıca burada Holokost’un “açıkça sabit tarihi gerçek” niteliğini yaparak, bu tip gerçekliklerin inkârının “17. madde eli ile 10. madde korumasının dışında kalacağını” belirtmiştir. AİHM, “*Lehideux ve Isorni v. Fransa*”, Başvuru No: 24662/94, 23.09.2008.

⁸³ AİHM, “*Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye*”, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 2003.

⁸⁴ Örnek kararlar için bkz: AİHM, “*Mariya Alekhina ve Diğerleri v. Rusya*”, Başvuru No: 38004/12, 03.12.2018. Katedralde feminizm temalı bir şarkı söyleyen başvurucular için verilen hapis cezasının ifade özgürlüğünü ihlâl ettiği tespit edilmiş, ayrıca Mahkeme şiddet unsurunun bulunmaması sebebiyle belirli bir gruba yönelik şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlüğe kısırlı olduğu sonucuna da ulaşmamıştır. Benzer şekilde, mahkeme doğrudan bir şiddet içeriğine sahip olmayan ancak terör eylemlerinin desteklenmesi veya meşrulaştırılması konusunu da nefret söylemi kapsamında ele alabilmektedir. *Roj Tv v. Danimarka* kararında, Avrupa Birliği sınırları içerisinde terör örgütü olarak tanımlanan PKK’ya ve bu örgütün eylemlerine yönelik destekleyici yayınları bulunduğu tespit edilen kanalın 17. madde yorumuyla 10. maddede tanınan korumadan yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bkz: AİHM, “*Roj Tv v. Danimarka*”, Başvuru No: 24683/14, 24.05.2018.

⁸⁵ AİHM, “*Gündüz v. Türkiye*”, Başvuru No: 35071/97, 04.12.2003.

⁸⁶ AİHM, “*Seurot v. Fransa (dec.)*”, Başvuru No. 57383/00, 18.05.2004. Üstelik hemen sonraki tarihte verilen başka bir kararda, Fransa’nın Kuzey Afrika’dan gelen Müslümanlar tarafından ele geçirilmesi sebebiyle büyük üzüntü duyduğunu söyleyen öğretmen başvurucuya verilen ceza ile ilgili değerlendirmesinde Mahkeme sözleşme değerlerine saldırı her türlü açıklamanın 17. madde eliyle korumadan yararlandırılmayacağını açıkça vurgulamıştır. İçtihatlı bu farklılık sebebiyle

Benzer şekilde, 2017 tarihinde verilen *Belkacem v. Belçika*⁸⁷ kararında ise, sosyal medya hesaplarında takipçilerini gayrimüslimleri alt etmek için savaşmaya çağırarak ve şeriat savunuculuğu yapan başvuruçunun ifadelerinin şiddete çağrı içeriği bulunduğu belirtilmiş ve şeriatı kurmak için şiddete başvuran söylemlerin ancak nefret söylemi olabileceğinin ve bunların da Sözleşme'nin ruhuna açıkça aykırı olacağı belirtilerek AİHS m.17'nin doğrudan uygulamasına maruz bırakılmıştır⁸⁸.

Şiddete çağrı içeriğine yönelik yaklaşım Anti-Semitizm ile bağlantılı olan davalarda ise daha farklı bir şekilde ele alınmaktadır. 2012 tarihli *Hizb Ut-Tahrir ve Diğerleri v. Almanya*⁸⁹ kararında *Hizb Ut-Tahrir* adlı Kudüs merkezli bir örgütün; cihat anlayışını savunarak İsrail'deki insanların sivil olmadığını ve bu sebeple kadınların da öldürülebileceğini; çocukların öldürülmesindeki sorumluluğun ise orada yaşamalarına sebep olan ebeveynlerinde olacağını beyan ettiği çeşitli açıklamaları mevcuttur. Mahkeme "uluslararası çatışmaların barışçıl çözümlüne bağlılık" ve "insan hayatının kutsallığı" gibi değerleri yok etme maksadı taşıyan söylemlerin ifade özgürlüğünden yararlanamayacağına karar vermiş ve başvuruyu 17. madde uyarınca kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme burada şiddete çağrı tespiti yapmak yerine, "çatışmaların barışçıl çözümü" gibi Sözleşme'de doğrudan yer almayan bir değere atıfta bulunmuştur. Söz konusu uyuşmazlığın diğer şiddet içeriği olan nefret söylemi örneklerinden farkı açıkça görüleceği üzere sarf edilen ifadeler ile anti-Semitizm arasında bir bağlantı kurulabilmesidir. 2015 tarihinde verilen *M'Bala M'Bala v. Fransa*⁹⁰ kararında ise, sergilenen bir tiyatro oyununda Holokost inkârından mâhkum edilen akademisyen Faurisson'a sürgün Yahudileri temsil eden oyuncular tarafından şamdan hediye edilmesi üzerine komedyen olan başvuruçuya dair verilen kararda Mahkeme, Holokost'un açıkça bahsi geçmemesine rağmen sorgulanmasını Sözleşme'nin 17. maddesine doğrudan aykırı kabul ederek başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Burada herhangi bir şiddet içeriği değerlendirmesi yapmamıştır⁹¹. 2019 tarihinde verdi-

oluşacak zararlar ilgili daha net ve sabit standartların oluşturulması gerektiği öğretide ifade edilmiştir. Bkz: *APIŞ, Tahrik veya Aşığılama*, s. 331-334, dipnot 816.

⁸⁷ AİHM, "*Belkacem v. Belçika*", Başvuru No: 3436/7, 2017.

⁸⁸ Anayasa ile koruma altına alınan çoğulcu demokrasi ve laiklik ilkelerinin sakıncalı olduğu ve Kürtlerin refah ve mutluluğunun şeriatı dayalı bir devlet ile mümkün olacağına belirtiltiği yayınları olan Zehra Vakfı adlı vakfın kapatılması konulu *Zehra Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye* davasında ise Mahkeme Sözleşme değerleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan ve buna açıkça aykırı ifadeler barındıran şeriatın şiddete başvurma içeriği olmadığı takdirde nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. AİHM, "*Zehra Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye*", Başvuru No: 51595/07, 2018.

⁸⁹ AİHM, "*Hizb Ut-Tahrir ve Diğerleri v. Almanya*", Başvuru No: 31098/98, 12.06.2012.

⁹⁰ AİHM, "*M'Bala M'Bala v. Fransa*", Başvuru No: 25239/13, 20.10.2015.

⁹¹ Yine yakın tarihli bir başka kararda, "kazanlı Holokost yalanı", "Yahudiler Holokost efsanesini kullanarak kazanım elde ettiler" gibi söylemlerde bulunan politikacı için yaptıkları şikayetlerden bir sonuç alamayan Yahudi başvuruçuların AİHM önüne getirdikleri uyuşmazlıkta, Mahkeme etnik kökenleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalan başvuruçuların özel hayata saygı yükümlülüğünün ihlâl edildiğine karar vererek AİHS m.14 ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlâl edildiğine karar

ği *Pastörs v. Almanya* kararı da benzer bir yaklaşıma sahiptir. Mahkeme yerel parlamento üyesi olan başvurunun Holokost Anma Günü'nden hemen sonra Holokost'u inkâr eden ve mağdurları küçümseyen ifadelerine yönelik müdahalenin, şiddet içeriğini değerlendirmeden, demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vermiş ve şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir⁹². Ancak sorgulamanın dahi Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında değerlendirildiği bu karardan yalnızca birkaç yıl önce verilen *Perinçek v. İsviçre*⁹³ kararında ise Ermeni soykırımı ile ilgili söylemlerin şiddet içeriği değerlendirmesi yapılmıştır. İsviçre'de katıldığı konuşmalarda Osmanlı tarafından Ermenilere yapılan soykırım iddialarının uluslararası bir yalan olduğunu belirten başvuru için Mahkeme ilgili söylemlerin Ermenilere yönelik şiddet veya nefret çağrısında bulunmadığını tespit etmiştir⁹⁴. Mahkeme bu ifadelerin mağdurlara yönelik soykırım iddialarını meşrulaştırma çabası da olmadığını belirterek 17. madde incelemesinde bulunmamış⁹⁵, başvurucuya yapılan müdahalenin baskın bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmesi için ilgili ifadenin taraf devlette karşılığı bulunan bir tarihsel bağlamının olması gerektiğini belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir⁹⁶. Görüldüğü üzere, her ne kadar yakın tarihlerde de verilmiş olsa Mahkeme'nin nefret söylemi kategorileri arasında hiyerarşik bir ilişki yaratmakta olduğu ve anti-Semitizm bağlantısını kurulabileceği söylemlerde 17. maddeyi kullanma eğiliminde olduğu söylenmektedir⁹⁷.

AİHM'in 17. maddenin ele alınması ile ilgili ilk bakışta ihlâl doktrininin yanı sıra bir diğer yaklaşımı ise tarihsel gerçekliğe açıkça aykırı ifadelerin sarf edilmesidir. Her ne kadar tarihçiler arasında devam eden tartışmalar arasında hakemlik görevi olmadığını beyan etmesi sebebiyle Mahkeme'nin çekimser bir yaklaşım sergilediği tespit edilebilir olsa da⁹⁸, Mahkeme Holokost inkârı, revizyonu veya

vermiştir. Her ne kadar konumuzla doğrudan bağlantılı olmasa da Mahkeme burada etnik veya diğer gruplara saldıran veya "olumsuz bir ışık tutan" ifadelerin 17. madde ışığında okunduğunda 10. madde kapsamında korunamayacağını vurgulamıştır. 2021 tarihli bu karar ile Mahkeme'nin Holokost bağlantısı olan nefret söylemlerinde şiddete çağrı içeriğini ayrıca aramadığını söylemek mümkündür. AİHM, "*Behar ve Gutman v. Bulgaristan*", Başvuru No: 29335/13, 2021.

⁹² AİHM, "*Pastörs v. Almanya*", Başvuru No. 55225/14, 03.10.2019. İlgili kısım için ECHR, *Hate Speech Factsheet* s. 4, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf (28.11.2022).

⁹³ AİHM, "*Perinçek v. İsviçre*", Başvuru No: 27510/08, 15.10.2015.

⁹⁴ Adı geçen karar, para. 239.

⁹⁵ AİHM, "*Perinçek v. İsviçre*", para. 104 - para. 115.

⁹⁶ AİHM, "*Perinçek v. İsviçre*", Başvuru No: 27510/08, 15.10.2015, para. 244.

⁹⁷ Gülfidan, *Kötüye Kullanma Yasağı*, s. 61. Ayrıca Mahkeme yakın tarihli bir başka kararında ifadelerin şiddete teşvik ya da Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma amacının ilk bakışta tespit edilememesi (*immediately clear*) hâlinde 17. maddenin doğrudan uygulama alanı bulamayacağını da belirtmiştir. Bkz: AİHM, *Lilliendahl v. İzlanda*, Başvuru No: 29297/18, 12.05.2020, para. 26.

⁹⁸ Türay, *Nefret Söylemi*, s. 88 atfı ile: AİHM, "*Chauvy vd. v Fransa*", Başvuru No: 64915/01, 29.06.2004.

önemsizleştirilmesi dışında bir konuyu “açıkça sabit tarihsel gerçeklik” kategorisinde değerlendirmemiştir. Örneğin *Witzsch v. Almanya (No.2)*⁹⁹ kararında, başvurunun Yahudiler’e yönelik katliamlarla ilgili Nazilerin sorumluluğu hakkında çalışan bir profesöre yazdığı mektubunda gaz odalarının varlığını inkâr etmese de Yahudiler’in toplu öldürülme gibi bir planın var olmadığını belirtmesi sebebiyle aldığı ceza sonucunda Mahkeme, her ne kadar mektup kamuoyu ile paylaşılmamış olsa da tarihsel gerçekliğin revizyonu veya değersizleştirilmesi, bunların reddedilmesi ile aynı önemde görülerek Sözleşme’nin ruhuna açıkça aykırı kabul edilmiş ve 17. madde ile kabul edilmezlik kararı verilmiştir¹⁰⁰. Ancak buradaki yaklaşımın aksine Cezayir Savaşı sırasında görevli olan Fransız bir generalin, Fransızlarca yapılan işkence ve eziyetlerin aktarılacak meşrulaştırıldığı kitap için uygulanan adli para cezası üzerine yapılan *Orban ve diğerleri v. Fransa*¹⁰¹ başvurusunda ise AİHM söz konusu ifadelerin tarihi tartışmaya katkı sağlayacağını söylemiş ve Holokost’a yönelik değerlendirmelerinde olduğu gibi “açıkça sabit tarihsel gerçeklik” olarak kabul etmeyerek AİHS m.17 kapsamında değerlendirmeye almamıştır¹⁰². Dolayısıyla açıkça sabit tarihsel gerçeklik kavramının da Mahkeme nezdinde tutarlı bir yaklaşıma sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.

SONUÇ

Bir toplumun uyum ve barış içinde yaşamasının teminatı olan demokrasinin kin ve nefret barındıran, ayrımcı saikli söylemleri engellemesi beklenmektedir. Fakat bu beklenti demokratik hukuk devletlerinde ifade özgürlüğünün sahip olduğu önem ile birlikte yorumlanarak, özellikle iktidarı elinde bulunduranlarca muhalif söylemleri keyfi biçimde sınırlamaması adına, bu özgürlüğe yönelen tüm müdahalelerin detaylıca incelenmesini gerektirecektir. Nefret söylemi de toplumdaki barış ortamının korunması adına ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan biridir.

⁹⁹ AİHM, *Witzsch v. Almanya (No.2)* Başvuru No: 7485/03, 13.12.2005.

¹⁰⁰ Üstelik, söz konusu karardan 6 sene öncesinde aynı başvuru tarafından yapılan *Witzsch v. Almanya (No. 1)* başvurusunda, Holokost inkarı açıkça dile getirilmişken Mahkeme tarafından 17. maddenin yorum yoluyla uygulaması gerçekleştirilmiş; ancak *Witzsch v. Almanya (No. 2)* başvurusunda açıkça bir inkar olmamasına rağmen 17. maddenin giyotin etkisi kullanılmıştır. Mahkemenin 6 sene sonrasında benzer konular için verdiği bu çelişkili karar, uygulamaya yönelik belirsizlik olduğu yönüyle dikkat çekmektedir. Yorum için bkz: Kuş, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*, s. 55.; Belirtelim ki Holokost’un “açıkça sabit tarihsel gerçeklik” nitelemesinin yapıldığı 1998 tarihli *Lehideux ve Isorni v. Fransa* kararında da bu tip gerçekliklerin inkârının 17. madde kapsamında 10. madde yorumundan yararlanamayacağını altı çizilmiştir. Görüldüğü üzere Mahkeme 1998 tarihli bu kararında nitelemesi aynı olsa da, 17. maddeyi yorum yolu ile olaya uygulamıştır. AİHM, “*Lehideux ve Isorni v. Fransa*”, Başvuru No: 24662/94, 23.09.2008. Dolayısıyla Sözleşme’nin 17. maddesinin uygulanması konusunda da bir istikrâr mevcut değildir.

¹⁰¹ AİHM, “*Orban ve diğerleri v. Fransa*”, Başvuru No: 20985/05, 15.01.2009.

¹⁰² Olağanüstü durumlarda işkencenin meşrulaşacağı veya yargısız infazların düzenin sağlanması için kaçınılmaz olduğu gibi ifadelerin yer aldığı bu kitapta, söz konusu olaylar üzerinden 40 yıldan fazla zaman geçmiş olmasını da dikkate alarak müdahaleye yönelik acil bir sosyal ihtiyaç oluşmadığını belirterek 10. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz: Gülfidan, *Kötüye Kullanma Yasağı*, s. 85-91.

AİHM nefret söylemi sebebiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri Sözleşme'nin 17. ve 10. maddeleri kapsamında değerlendirmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin içerdiği ifade özgürlüğü düzenlemesi müdahalelerin kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik olarak adlandırılan üçlü test kriteri ile kapsamlı bir incelemenin yapılmasını sağlamaktadır. İlgili söylemler ifadeleri sarf eden kişiden bunların söylendiği ortama, hitap edilen kişilerden zamana kadar pek çok bileşenin dikkate alındığı bir bağlam incelemesiyle ele alınarak yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığına karar verilmektedir. Dolayısıyla ilgili maddenin uygulamasının ifade özgürlüğüne yönelik yüksek bir koruma eşiği sağladığı aşikârdır. Ancak buna ek olarak Mahkeme AİHS m.17 değerlendirmesinde ya giyotin etkisi şeklinde bilinen doğrudan uygulama ile ya da yorum aracı olan dolaylı uygulama ile sınırlı bir inceleme daha yapmaktadır. Bu iki uygulama pratikte bir farklılık barındırmakla birlikte, en önemli sonuçları Mahkeme tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin bağlam incelemesinden geçmemesine sebep olmaktadır. Üstelik kararlar incelendiğinde Mahkeme'nin 17. madde için sabit bir yaklaşımının olmadığı da görülmektedir. AİHM; ifadede şiddet içeriğinin bulunması, açıkça sabit tarihsel gerçekliklerin önemsizleştirilmesi veya reddedilmesi, Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olması gibi çeşitli kriterler getirmeye çalışmışsa da bunların uygulamasını Holokost ile bağlantılı olan davalarla sınırlandırma yönündeki eğilimini devam ettirmektedir.

Belirli konu başlıkları için AİHS m.10'un getirdiği korumadan farklı olarak ilgili ifadenin bütüncül şekilde değil ancak Sözleşme'nin 17. maddesinde olduğu gibi ön kabule dayanan bir yaklaşımla değerlendirilmesi nefret söylemi mağdurlarını korumaya yönelik bir eşitsizlik yaratılmasına sebebiyet vermektedir. Kanatımızca bu tutum acılar arasında hiyerarşik önem ilişkisi yaratmaktadır¹⁰³. Zira AİHM'e göre bazı konular hakkında sarf edilen nefret içeriği muhtevası itibarıyla o kadar önemlidir ki diğer söylemlerde olduğu gibi detaylı bir bağlam incelemesinin yapılmasına gerek yoktur. Oysa Mahkeme'nin pek çok kararında vurguladığı gibi ifade özgürlüğü diğer hak ve özgürlüklerin temelinde yer aldığından şok edici, rahatsızlık verici yahut saldırgan açıklamaların da korunması gerekecek; bazı söylemlerin bu şekilde bir bağlam incelemesinden geçirilmeden adeta başlangıç aşamasında yasaklanması ise ifade özgürlüğüne atfedilen önem ile bağdaşmayacaktır. Bu ön kabulün ortadan kaldırılması, nefret söylemine yönelik daha tutarlı bir yaklaşımın benimsenmesi için AİHS m.17 değerlendirmesinin terk edilerek ifade açıklamalarını barındıran tüm başvuruların bir bağlam incelemesine dayandırıldığı AİHS m.10 başlığı altında ele alınması gereklidir.

¹⁰³ Doktrinde Holokost inkârının, revizyonunun *sui generis* bir nefret söylemi olarak nitelendiği görüşler de bulunmaktadır. Bkz: Elif Küzeci, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", *TBB Dergisi*, S. 71 (2007): 174-200, s. 186, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-339>.

KAYNAKÇA

- Apiş, Özge. *Halkı Kin veya Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Ataman, Hakan. “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”. *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*. Derleyen: Yasemin İNCEOĞLU. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012.
- Boyar, Oya, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. ed. Sibel İNCEOĞLU. İstanbul: Beta Yayınları, 2013: 81-96.
- Bulut, İlhan. *Nefret Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Ersoy, Uğur. “Türkiye’de Ayrımcılık Suçu”. 5. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ayrımcılık”*. ed. Adem SÖZÜER. İstanbul: Oniki Levha Yayınları: 2017: 155-179.
- Gökçen, Ahmet. *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2)*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Gülfidan, Osman Serkan. *İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2013.
- Hafızoğulları, Zeki. *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1997.
- Karan, Ulaş. “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”. *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları*. (Derleyen: Yasemin İNCEOĞLU). İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012.
- Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Kaymak, Ayşe. “Yeni Medyada Nefret Söyleminin Hukuki Boyutu, Yeni Medyada Nefret Söylemi”. ed.: Tuğrul Çomu. İstanbul: Kalkedon Yayınları, 2010: 253-284.
- Korkusuz, Gülşah. “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Teme-
linde Ayrımcılık”. 5. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ayrımcılık”*. ed. Adem SÖZÜER. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017: 149-155.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1 İfade Özgürlüğü’nün Grisi*. İstanbul: Te-
kin Yayınevi, 2020.
- Toptaş, Ece. *İfade Özgürlüğü Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Halkın Bir Kesiminin Alenen Aşağılanması Suçları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Türay, Aras. *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yokuş, Sevtap. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

Çevrimiçi Kaynak

- 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Erişim Tarihi: 07.12.2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>.
- Altun, Muammer. “Ayrımcılık Suçu TCK md.122”. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, 2010. Erişim Tarihi: 19.01.2021. <https://acikerisim.deu.edu.tr>.
- Bauman, Zygmunt. “Sosyolojik Düşünmek”. çev. Abdullah Yılmaz. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2010. Erişim Tarihi: 28.11.2022. <https://www.academia.edu/44>.
- Bayer, Judit, Bard, Petra. “Hate speech and hate crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches”. Brüksel: European Union Study, 2020. Erişim Tarihi: 20.06.2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOLE_STU\(2020\)655135_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOLE_STU(2020)655135_EN.pdf).
- Bychawska-Siniarska, Dominika. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı”. çev. Tuğçe Duygu Köksal. Avrupa Konseyi, 2018. Erişim Tarihi: 11.06.2021. <https://rm.coe.int/aihs-kapsaminda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5>.
- Cannie, Hannes and Voorhorf, Dirk. “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, S. 1 (2011): 54-83. Erişim Tarihi: 21.06.2021. <https://0-heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr/>.
- Çayır, Kenan. “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”. *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ed. Çayır, Kenan ve Ayan Müge. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018: 1-11. Erişim Tarihi: 19.01.2021. <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35815553/>.
- Değer, Ozan. “AİHS’in 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62, S. 1 (2007): 43-64. Erişim Tarihi: 05.06.2021. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36055>.
- Demirbaş, Timur. “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”. *DEÜ. HFD*, 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan (2017): 2693-2701. Erişim Tarihi: 29.06.2021. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/3-TIMUR-DEMIRBAS.pdf>.
- Erdoğan, Mehtap ve Vatandaş, Celalettin. “Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Ön Yargı ve Ayrımcılık”. *İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 3, S. 1 (2020): 474-485. Erişim Tarihi: 13.01.2021. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1120440>.
- Eroğlu Utku, Deniz ve Özkural Köroğlu, Nergiz. “Anti-Immigration vs Anti-EU: Political Discourse Analysis of Brexit Decision of the UK”. *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 19, S. 1 (2020): 1-34. Erişim Tarihi: 13.02.2021. <https://dergipark.org.tr/en/download/issue-full-file/55606>.
- Göregenli, Melek. *Temel Kavramlar: Ön yargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık*. 2012. Erişim Tarihi: 13.01.2021. <http://docplayer.biz.tr/110246046-temel-kavramlar-on-yargi-kalipyargi-ve-ayrimcilik-1-melek-goregenli-2.html>.
- Gülmez, Mesut. “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”. *TBB Dergisi*, S. 54 (2004): 147-161. Erişim Tarihi: 07.12.2022. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-64>.

- Karan, Ulaş. “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”. *TBB Dergisi*, S. 73 (2007): 146-173. Erişim Tarihi: 18.02.2021. <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2007-73-373>.
- Karan, Ulaş. *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Seri-si-2*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018. Erişim Tarihi: 21.12.2021. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/06/29/ukaran_ifade_ozgurlugu.pdf.
- Keane, David. “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25, S. 4 (2007): 641-663. Erişim Tarihi: 04.06.2021. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016934410702500404>.
- Kuş, Şeyma. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Küzeci, Elif. “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”. *TBB Dergisi*, S. 71 (2007): 174-200. Erişim Tarihi: 28.10.2021. <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-339>.
- Levin, Brian and Levin, Jack. “Reviewed Work: Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics by James B. Jacobs, Kimberly Potter”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, S. 566 (1999): 190-192. Erişim Tarihi: 15.01.2021. <https://library.bilgi.edu.tr/en/>.
- Matsuda, Mari. “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”. *Michigan Law Review*, 87, S. 8 (1989): 2320-2382. Erişim Tarihi: 28.11.2022. <https://0-heinonline-org>.
- McColgan, Aileen. *Discrimination, Equality and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014. Erişim Tarihi: 18.02.2021. <https://0-search.ebscohost.com>.
- Özarslan, Zeynep. “Introducing Two New Terms Into the Literature of Hate Speech: ‘Hate Discourse’ And ‘Hate Speech Act’”. *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, S. 20 (2014): 53-75. Erişim Tarihi: 08.02.2021. <http://iletisimdergisi.gsu.edu.tr/tr/download/article-file/82871>.
- Pégorier, Clotilde. “Speech and Harm: Genocide Denial, Hate Speech and Freedom of Expression”. *International Criminal Law Review*, 18, S. 1 (2018): 97-126. Erişim Tarihi: 28.11.2022. http://repository.essex.ac.uk/20496/5/Speech%20and%20Harm_final%208.10.pdf.
- Perry, Barbara; Akça, Davut; Karakuş, Fatih ve Baştuğ, Mehmet. “Planting Hate Speech to Harvest Hatred: How Does Political Hate Speech Fuel Hate Crimes in Turkey”. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9, S. 4 (2020): 195-211. Erişim Tarihi: 11.02.2021. <https://www.academia.edu/>.
- Türk Dil Kurumu. Erişim Tarihi: 13.01.2021. <https://sozluk.gov.tr>.
- Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press, 2012. Erişim Tarihi: 28.11.2022. <https://0-web-a-ebscohost-com.opac.bilgi.edu.tr>.
- Weber, Anne. *Nefret Söylemi El Kitabı*. Avrupa Konseyi Yayınları, 2009. Erişim Tarihi: 04.06.2021. http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2011/04/nefret_soylemi.pdf.

Weiwei, Li. *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*. Norway: University of Oslo, 2004. Erişim Tarihi: 19.01.2021. <https://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/avpublisert/china-old-documentation-only/publications/0304.pdf>.

Mahkeme Kararları

- AİHM, “Alman Komünist Partisi v. Almanya”, Başvuru No: 250/57, 20.07.1957.
- AİHM, “Behar ve Gutman v. Bulgaristan”, Başvuru No: 29335/13, 2021.
- AİHM, “Belkacem v. Belçika”, Başvuru No: 3436/7, 2017.
- AİHM, “Garaudy v. Fransa”, Başvuru No: 65831/01, 24.06.2003.
- AİHM, “Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda”, Başvuru No: 8348/78 & 8406/78, 11.10.1979.
- AİHM, “Gropper Radio AG ve Diğerleri/İsviçre”, Başvuru No: 10890/84, 28.03.1990.
- AİHM, “Gündüz v. Türkiye”, Başvuru No: 35071/97, 04.12.2003.
- AİHM, “Gündüz v. Türkiye”, Başvuru No: 35071/97, 04.12.2003.
- AİHM, “Hizb Ut-Tahrir ve Diğerleri v. Almanya”, Başvuru No: 31098/98, 12.06.2012.
- AİHM, “Kühnen v. Almanya”, Başvuru No: 12194/86, 12.05.1988.
- AİHM, “Lawless v. Ireland (No. 3)”, Başvuru No.: 332/57, 01.07.1961.
- AİHM, “Lehideux ve Isorni v. Fransa”, Başvuru No: 24662/94, 23.09.2008.
- AİHM, “Lilliendahl v. İzlanda”, Başvuru No: 29297/18, 12.05.2020.
- AİHM, “M’Bala M’Bala v. Fransa”, Başvuru No: 25239/13, 20.10.2015.
- AİHM, “Mariya Alekhina ve Diğerleri v. Rusya”, Başvuru No: 38004/12, 03.12.2018.
- AİHM, “Observer and Guardian v. Birleşik Krallık”, Başvuru No: 13585/88, 26.11.1991.
- AİHM, “Orban ve diğerleri v. Fransa”, Başvuru No: 20985/05, 15.01.2009.
- AİHM, “Pastörs v. Almanya”, Başvuru No. 55225/14, 03.10.2019.
- AİHM, “Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye”, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 2003.
- AİHM, “Roj Tv v. Danimarka”, Başvuru No: 24683/14, 24.05.2018.
- AİHM, “Seurot v. Fransa (dec.)”, Başvuru No. 57383/00, 18.05.2004.
- AİHM, “Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık”, Başvuru No: 67/1997/851/1058, 23.09.1998.
- AİHM, “Sürek v. Türkiye”, Başvuru No: 26682/95, 8.07.1999.
- AİHM, “Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya”, Başvuru No. 68354/01, 25.01.2007.
- AİHM, “Witzsch v. Almanya (No.2)”, Başvuru No: 7485/03, 13.12.2005.
- AİHM, “Zehra Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye”, Başvuru No: 51595/07, 2018.

Uluslararası Örgüt Kararları

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 30.10.1997 tarih ve R(97) 20 sayılı Tavsiye kararı. Erişim Tarihi: 21.12.2020. <https://rm.coe.i>
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CERD/C/GBR/CO/21-23,26.08.2016. Erişim Tarihi: 14.02.2021. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD_C_GBR_CO_21-23_24985_E.pdf.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Erişim Tarihi: 14.02.2021. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIntro.aspx>.
- Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *General recommendation No. 35 Combating racist hate speech*, 2013. Erişim Tarihi: 28.11.2022. <https://docstore.ohchr.org/>.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights, 2021. Erişim Tarihi: 20.01.2022. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf.
- European Court of Human Rights, *Hate Speech Factsheet*, 2022. Erişim Tarihi: 28.11.2022. https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf.
- İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, ECRI Report on Turkey - Fifth Monitoring Cycle, 2016. Erişim Tarihi: 14.02.2021. <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81>.
- İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, ECRI Report on Turkey - Fifth Monitoring Cycle, 2016. Erişim Tarihi: 14.02.2021. <https://rm.coe.int/fifth-report-on-turkey/16808b5c81>.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Hate Crime Laws, A Practical Guide*, s. 37, Warsaw, 2009. Erişim Tarihi: 27.12.2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, s. 9, Warsaw, 2007. Erişim Tarihi: 27.12.2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/6/7/26759.pdf>.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Understanding Anti-Muslim Hate Crimes Addressing the Security Needs of Muslim Communities, Warsaw, 2020. Erişim Tarihi: 27.12.2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/9/0/448696.pdf>.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Preventing and Responding to Hate Crimes, A Resource Guide for NGOs in the OSCE Region, Warsaw, 2009. Erişim Tarihi: 27.12.2020. <https://www.osce.org/files/f/documents/8/a/39821.pdf>.
- UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination. Erişim Tarihi: 23.02.2021. <https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

BEDELSİZ TERK UYGULAMASININ ÖZEL HUKUK BAKIŞ AÇISIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Münevver Kübra BAKIRCI^(**)**

Öz

Bedelsiz terk, henüz parselasyon yapılmamış yerlerde uygulama imar planında umumi hizmetlere ayrılmış alanların, malik tarafından ileri sürülen ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında malikin muvafakati ile kamu mülkiyetine kazandırılmasıdır. Bu uygulamanın adı, şartları, hüküm ve sonuçları İmar Kanunu ve diğer herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. Ancak ilgili idareler özellikle de belediyeler tarafından sıklıkla kullanılan olağan bir imar uygulama aracı haline gelmiştir. Bu çerçevede de mülkiyet hakkı kaynaklı pek çok sorun da gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, bedelsiz terkin bağış sözleşmesi niteliğinde olduğu ve bu çerçevede özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir. Danıştay ise bedelsiz terki, idari işlemin bir parçası olarak nitelendirmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ise benzer uyuşmazlıklarda farklı gerekçeler ile farklı yönde kararlar verdiği, kimi uyuşmazlıklarda adli yargıyı kimi uyuşmazlıklarda ise idari yargıyı görevli gördüğü dikkat çekicidir. Malikin imar hakkını kullanmak için sunduğu ifraz ve tevhit veya mevcut imar durumunun artırılması talebinin bedelsiz terk şartına bağlanması konu ile ilgili önemli sorunlardan biridir. Bir diğer sorun da bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı dışında başka bir amaç için özellikle de kamu yararı dışında özel menfaatler için kullanımıdır. Konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine karar verilmesine de sebebiyet vermiştir. Yargıtay'ın bedelsiz terk eden malikin şartlı bağışta bulunmadığı sürece Kamulaştırma Kanunu 35. maddesi çerçevesinde mülkiyet iddiasında bulunamayacağını kabul etmesi, pek çok mülkiyet hakkı ihlali iddiasını gündemimize taşımaktadır. Süreçte bu tarz uygulamaları etkileyebilecek şekilde İmar Kanunu'nda değişiklik yapıldığı da görülmektedir. Kanuni dayanaktan yoksun ve mülkiyet hakkını ihlal eden bedelsiz terkin gerçekleşmemesi için önleyici mekanizmaların işletilmesi, mevcut uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözülmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Bedelsiz Terk, Mülkiyet Hakkı, İfraz ve Tevhit, Arazi ve Arsa Düzenlemesi, Parselasyon, Düzenleme Ortaklık Payı.

EXEMINATION IN TERMS OF PRIVATE LAW OF FREE ABANDONMENT PRACTICE

Abstract

Free abandonment is the acquisition into public ownership of immovable reserved for public service in places where parcellation has not yet to make, with the consent of the owner in return for the acceptance of the request for subdivision and joining that are claimed by the owner. The name, the conditions, the terms and consequences of this application are not regulated in the Zoning Law and any other law. However, it has become a regular zoning application tool that is frequently used by relevant administrations, especially the municipalities. In the context, many problems arising from right to property also come to the fore. The established jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court is

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 21.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1167890.

^(**) Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu Adalet Programı, Medeni Hukuk / İstanbul-Türkiye.
E-posta: mkbakirci@fsm.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5867-2382>.



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

that free abandonment is in the natura of a donation contract and in the context, it should be evaluated in the civil jurisdiction in accordance with provisions of private law. On the other hand, the Council of State defines free abandonment as a part of administration action. It is noteworthy that the Court of Conflicts gives different decisions with different justifications in similar disputes and considers the civil judiciary in the some disputes, the administrative judiciary in the some disputes. One of the important problems related to the issue is that the request of the owner for subdivision and joining or increasing the existing zoning status is the subject to the condition of free abandonment. Another problem is the use of abandoned property for a purpose other than the purpose of abandonment, especially for private benefit other than public interest. The issue is of such importance that it has led to a decision against Turkey in the European Court of Human Rights. The Supreme Court's decision is that the owner, who left free abandonment, cannot claim property in accordance article 35 of Expropriation Law unless he/she makes the conditional donation, brings many claims of violation of property right to our agenda. In the process, it is also seen that the change in the Zoning Law has been made in a way that may affect such practice. Preventive mechanisms should be implemented and existing disputes should be resolved fairly in order to prevent the free abandonment, which lacks a legal basis and violates the right of property.

Keywords

Free Abandonment, Right to Property, Subdivision and Joining, Land Readjustment, Parsellation, Development Readjustment Share.

Extended Abstract

The right to property is a fundamental human right having been guaranteed by the European Convention on Human Rights and the Constitution. This right regulated in Article 35 of Turkish Constitution could only be limited by law for the purpose of public interest, by observing other procedural and substantive safeguards of the Constitution. Accordance to Article 683 of Turkish Civil Code, right to property gives the owner the authority to use, benefit and dispose of the thing, provided that it remains within legal limits. However this wide range of powers is subject to limitations, especially within the scope of the Zoning Law. In the Zoning Plans regulated within the scope of the Zoning Law, the public services areas are allocated to meet for needs within the regulation area or region. The immovables the subject to private ownership that coincide with the public service areas should be brought into public ownership with various the implementation tools. Free abandonment can be defined as the acquisition process into public ownership of immovable reserved for public service in places where parsellation has not yet to make, with the consent of the owner in return for the acceptance of the request for subdivision and joining that are claimed by the owner. However it is doubtful whether the consent of the owner is based on free will. On the other hand, the name, the conditions, the terms and consequences of this application, which is an intervention to right to property subject to private law, are not regulated in the Zoning Law and any other law. However it has become as a regular zoning application tool that is frequently used by relevant administrations, especially the municipalities. In the context, many problems arising from right to property also come to the fore. The first issue can be addressed is the issue of legal nature of free abandonment. Accordance to the established jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court, free abandonment is in the natura of a donation contract and should be evaluated in the civil jurisdiction in accordance with provisions of private law. Council of State characterizes it as a part of administrative process carried out the scope of Article 16 of the Zoning Law and it is of the opinion that the demands put forward in this context should resolved in administrative jurisdiction. The Court of Conflict gives different decisions with different justifications in similar disputes, considers the civil judiciary in the some disputes, the administrative judiciary in the some disputes. On the other hand, it is subject to debate whether the declaration of abandonment is based on the free will. The other issue can be addressed is that the request of the owner for subdivision and joining or increasing the existing zoning status is the subject to the condition of free abandonment. The Council of State annuls the administrative procedures that make to the condition of free abandonment the use of right to zoning or the increase of right to zoning, on the grounds that they are unlawful. Pursuant to these decisions, it is expected that the practise of stipulating free abandonment will come to an end. However, this practise is still applicable in Turkey. The another issue regarding free abandonment is the use of the abandoned property for a purpose other than the abandonment purpose, especially for private interest other than the public interest. Disputes regarding the issue are evaluated through different claims both administrative and civil judiciary. The Council of State, in case of changing the allocation purposes of immovable left to the public for public interest and by used public power, make analogy to Article 11/3 of the Zoning Law and decides that immovable should be returned to the owner. On the other hand, the Supreme Court interprets the Article 35 of the

Expropriation Law as the owner cannot claim ownership and demand compensation for the immovables abandoned to free. While the Council of State makes an assessment based on the fundamental right of the property right, the Supreme Court's EL art. 35 comments bring many property rights violation claims to our agenda. The issue has led to the decision against Turkey in the Karaman v. Turkey case under the European Court of Human Rights. ECHR is of the opinion that the acceptance that the property right is violated by using the expropriated immovable for a purpose other than a public interest, can also be accepted for the donation made for the purpose of public interest. The Court has evaluated the interpretation of the 35th article of the Expropriation Law by Turkish judicial authorities to include the case that the immovable donated for public interest is not used for public interest, as a practice that disrupts the fair balance between the public interest and the protection of individual rights. The Constitutional Court evaluates in terms of the principle of proportionality whether the fair balance between the public interest and the protection of applicant's property right is disturbed against the applicant in the individual applications on the subject. We are of the opinion that free abandonment practice violates the right to property, since it is an unlawful practice even though it is for the public interest. One of the most fundamental problems is that this practice is defined as a donation contract based on free will. The Civil Judiciary and the Administrative Judiciary should develop a common approach regarding the legal nature of the free abandonment. The reasons of its emergence should be eliminated in order to avoid the free abandonment that causes the violations of property right. The existing zoning implementation tools (such as the expropriation, land readjustment) should be used in a functional way, and if necessary, new zoning implementation tools should be regulated in accordance with the principle of legality. The mechanisms that prevent the administrations and owners from resorting to illegal means in order to avoid legal procedures that might require the labor, the time and the cost should be envisaged and the existing disputes should be resolved fairly.

GİRİŞ

Bedelsiz terk uygulaması, İmar Kanunu ve diğer başka bir kanunda öngörülmesine rağmen özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazın kamu mülkiyetine kazandırılması sonucunu doğuran bir uygulamadır. Özel mülkiyete konu taşınmazı etkileyen bu uygulamanın mülkiyet hakkı üzerinden bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu çalışmada, bedelsiz terk uygulaması iki bölümde ele alınmıştır. Birinci Bölüm'de bedelsiz terk kavramının tanımı ve ortaya çıkış süreci aktarılmıştır. İkinci Bölüm'de ise "*bedelsiz terk*" anahtar kelimesi kullanılarak adli ve idari yargı üst derece yargı makamı kararlarında yapılan taramalarda ön plana çıkan sorunlar üç alt başlık altında tespit edilmiştir. Her bir alt başlık da kendi içinde iki alt başlıkta ele alınmıştır. İlk olarak ilgili yargı kararlarına atıf yapılmak suretiyle hukuکی mesele belirginleştirilmiş, bu kapsamda ele alınan soruna dair -mevcutsa- AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) ile Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair yaklaşımını da sunulmuştur. Ardından bu sorunlara dair doktrindeki kanaatler ile şahsi kanaatimiz paylaşılmak suretiyle değerlendirme yapılmıştır. Sonuç Bölümü'nde ise konuyla ilgili genel değerlendirme ile mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet verebilecek nitelikteki bedelsiz terk uygulamasına dair önerilerimiz sunulmuştur.

I. BEDELSİZ TERK KAVRAMI

A. BEDELSİZ TERK KAVRAMININ TANIMI

Bedelsiz terk kavramı, idarelerin, İmar Hukuku kapsamındaki faaliyetleri sırasında kullandığı bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulama genellikle, hak sahibinin, malik olduğu taşınmaz üzerinde yapılaşma hakkını kul-

lanabilmek veya mevcut yapılaşma imkânını artırabilmek için taşınmazın imar planında umumi hizmetlere ayrılan bölümlerini ilgili idare lehine terk etmesi, tapuda ferağ vermesi şeklinde gerçekleşmektedir. *Yıldırım*¹, bedelsiz terki, yasada sayılan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan taşınmazların sağlanması amacıyla bir taşınmazın tamamının veya bir bölümünün mülkiyetinin, belli şartlar gerçekleştiğinde, sahibine herhangi bir bedel ödemeksizin yetkili ve görevli idare lehine terk edilmesi şeklinde ifade etmektedir. *Şimşek* de², kavramı, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın maliki tarafından kamunun ortak kullanımına bırakılması olarak belirtmektedir. *Şahiniz*³, taşınmazın imar planında kamu hizmeti için ayrılmış bölümünün yapılaşmaya gidebilmek için idareye bedelsiz terk edilmesi olarak izah etmektedir. *Çetintaş*⁴, özel parselasyon uygulamasında arsa ve arazi sahiplerinin taşınmazlarının bir kısmını kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kendi iradeleri ile idareye bırakmaları olarak ifade etmektedir. Danıştay, bir kararında⁵ bedelsiz terk işlemini şu şekilde izah etmektedir:

“İmar hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamakla birlikte bedelsiz terk kavramı, imar planı bulunan alanlarda 3194 sayılı Kanununun 18. maddesi kapsamında parselasyon işleminin yapılmaması ya da çeşitli sebeplerle yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 15. ve 16. maddeleri çerçevesinde, taşınmazın imar planında yapılaşılabilir kısmı için parsel oluşturularak inşaat ruhsatı düzenlenebilmesi amacıyla aynı taşınmazın yol, yeşil alan vb. kısımlarının kişinin isteği doğrultusunda kamuya bırakılması işlemidir. İlgililerin taşınmazlarının imar planında yol, park gibi kamu alanlarında kalan kısımlarını bedelsiz terk etmelerinin nedeni taşınmazlarının kalan kısmında yapılaşabilmektir. Başka bir deyişle yapılaşabilmek için kamu alanlarında kalan taşınmaz kısımlarını kamu gücü karşısında bedelsiz terk etmek zorunda kalmaktadırlar.”

¹ Ramazan Yıldırım, “İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”, *Konya Ticaret Odası Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2 (2016): s. 14. Yıldırım, taşınmazların imar uygulaması amacıyla idare lehine terk yönteminin Osmanlı hukuk sisteminde “metruk mallar” olarak tezahür eden uygulamanın günümüze yansması olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Yıldırım, Bedelsiz Terk, s. 14.

² Suat Şimşek, “Kamu Hizmeti İçin Terk Edilen Fakat Terk Amacına Uygun Kullanılmayan Yerlerin Eski Malike İadesi: AİHM İçtihatları ve Mülkiyet Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100 (2014), s. 634. Kavramın unsurları ile ilgili olarak bkz. Aydın Gülan, *Türk İmar Hukuku’nda “Hamur Kuralı” Uygulaması, 3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 18. Madde Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım* (İstanbul, 2000), s. 35-36; Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 502.

³ C. Salih Şahiniz, *Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması* (Ankara, Seçkin Yayınları, 2006), s. 88.

⁴ Önder Çetintaş, *Kamulaştırmaz El Atma* (Ankara, Seçkin Yayınları, 2020), s. 95.

⁵ D6.D, 17.1.2018, E. 2016/4042, K. 2018/266, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2020, www.lexpera.com.tr. Aynı içerikte diğer bir karar için bkz. D6.D, 4.2.2021, E. 2019/20607, K. 2021/1294, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

Danıştay'ın bedelsiz terk ile ilgili yaptığı izahattan hareketle, bedelsiz terk kavramı, İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılabilecek arazi ve arsa düzenlemesi⁶ kapsamında, taşınmazın düzenleme ortaklık payı⁷ kesintisine konu olabilecek umumi hizmete ayrılan kısımlarının, hak sahibinin, imar hakkını kullanabilmek amacıyla İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddesi hükümlerine dayanan ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında idare lehine terk edilmesi olarak ifade edilebilir. Ancak bedelsiz terk uygulaması, bu tanımının dışında, makale içerisinde ele alacağımız kararlarda da görüleceği üzere, imar planının/imar programının hazırlanması ya da tamamı umumi hizmete ayrılmış taşınmazda bir miktar imar hakkı elde edilebilmesi veya mevcut imar hakkı kullanım oranının artırılması için bir pazarlık aracı olarak ilgili idare veya malik tarafından teklif edilen bir uygulama özelliğine de sahiptir.

B. BEDELSİZ TERKİN GERÇEKLEŞME SÜRECİ

Bedelsiz terk uygulaması, yaptığımız tanımda da görüleceği üzere, genellikle, İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri uyarınca hak sahibinin ifraz ve tevhit talebi üzerine gerçekleştirilmektedir. Ancak yine yukarıda belirttiğimiz gibi, imar planının hazırlanması veya uygulanmasını temin etmek, tamamı umumi hizmete ayrılmış taşınmazın bir kısmında imar hakkı elde edebilmek veya imar imkânını artırmak gibi saiklerle de bu uygulama ile karşı karşıya kalabilmekteyiz.

İmar Kanunu'nun 7181 sayılı Kanun'un⁸ 8. maddesi ile değişik 15. maddesi⁹, "*ifraz ve tevhit*" başlığı altında, hak sahiplerinin rızası ile parsellerin bölün-

⁶ Arazi ve arsa düzenlenmesi, İmar Kanunu m.18/1'e göre, imar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerin malik veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ve yol fazlaları ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirilmesi, bunların yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayrılması, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtılması ve re'sen tescil edilmesi şeklinde gerçekleşen bir imar uygulama aracıdır. Arazi ve arsa düzenlemesi sırasında, düzenlemeye düzenlemesine tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha gerek düzenleme alanının gerekse de bölgenin ihtiyacını karşılamaya yönelik umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında "*düzenleme ortaklık payı*" adı altında, özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazlardan %45 oranına kadar kesinti yapılabilmektedir (İK m.18/2). Arazi ve arsa düzenlemesi hakkında bkz. Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 409-457; Melih Ersoy, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi", *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Derleyen: M. Ersoy/ H. Ç. Keskinok) (Ankara, Yargı Yayınevi, 2000), s. 6 vd.; Erdal Köktürk/ Erol Köktürk, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70 (2007): s. 260-282; Şevkiye Şence Türk/Yücel Ünal, "Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı", *İstanbul Teknik Üniversitesi/a (Mimarlık, Planlama, Tasarım)*, Cilt 2, Sayı 1 (Mart 2003): s. 113.

⁷ Bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 457-472.

⁸ 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG T. 10.07.2019, S. 30927).

⁹ İmar Kanunu m.15:

"İmar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır.

İmar planı bulunan alanlarda, ifraz ve tevhit işlemleri, parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilir.

mesi veya birleştirilmesi yönündeki uygulamaların nasıl gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. Ancak ilgili maddede, ifraz ve tevhit uygulamalarının tanımı yapılmamıştır. İfraz, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 3 bendinde, bir parselin imar mevzuatına uygun olarak bölünerek, birden fazla parsel oluşturulması olarak, tevhit ise aynı maddenin 4 bendinde, birden fazla birbirine bitişik parselin imar mevzuatına uygun olarak birleştirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰. İfraz ve tevhit uygulaması, imar planlarının ilgili alanda hayata geçmesi için kullanılan yöntemlerden biridir¹¹.

İK m.15/1-3 uyarınca, hak sahibinin talebi üzerine ifraz ve tevhit uygulaması, imar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun parselasyon planının yapılmış ve tescil edilmiş olması kaydıyla, imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olarak gerçekleştirilmelidir¹². İK (İmar Kanunu) 15. maddesinin 4. fıkrası ise 1. ve 2. fıkarda öngörülen uygulama imar planının yürürlüğe girmesi ve parselasyon planının tescil edilmiş olması şartlarının aranmayacağı istisnai halleri belirtmektedir¹³. İmar planının bulunmadığı yerlerde ise Plansız Alanlar

Parselasyon planı tescil edilmiş yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olması şarttır.

10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin yetkisi içindeki kamu yatırımlarında veya kamu mülkiyetine ait alanlarda, parselasyon planının tatbiki mümkün olmayan meskûn alanlar ile koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ve büyük bir kısmı uygulama imar planına uygun şekilde oluşan imar adalarının geri kalan kısımlarında bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümlerde belirtilen şartlar aranmaz.

Mevcut hâliyle yapılaşmaya elverişli olmayan imar parsellerinde; maliklerden birinin talebi üzerine veya doğrudan, parsel maliklerine kendi aralarında anlaşmaları için yapacağı tebliğden itibaren üç ay içerisinde maliklerce anlaşma sağlanamaması hâlinde, resen tevhit ve fiilî duruma göre ifraz yoluyla işlem yapmaya ilgili idare yetkilidir.

İmar planlarında parsel cepheleeri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez."

¹⁰ İfraz ve tevhit ile ilgili doktrindeki tanımlamalar için bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 381-382; Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku Genel Esaslar*, (İzmir, Soru Bankası.Net Yayınları, 2020), s. 262-265, 276-280; Ahmet Talha Tetik, "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 158, Yıl 34 (Ocak-Şubat 2022): s. 128-129; Türk/Yücel, s. 113-114. İfraz ve tevhit türleri için ayrıca bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 382-384; Tetik, s. 139-142; Mehmet Topuz, "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 4 (Temmuz-Ağustos 2020): s. 121-122, 124-125.

¹¹ İmar planlarının hayata geçmesi için kullanılan diğer yöntemler ise arazi ve arsa düzenlemesi ile kamulaştırma. Bkz. Tetik, s. 126; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 262; Türk/Ünal, s. 112; Ersoy, s. 4. İfraz ve tevhit uygulamasının tarihi gelişimi ile ilgili olarak bkz. Tetik, s. 129-137; Yakup Emre Çoruhlu/Bayram Uzun/ Okan Yıldız, "Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde İmar Planından Kaynaklı Tevhit Şartı Kısıtlamasının İncelenmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3 (2019): s. 414.

¹² Konu ile ilgili süreci daha detaylı şekilde ele alan düzenlemeler için bkz. Arsa ve Arazi Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m.7-8; Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m.5/13, 7. Planlı alanlar ile plansız alanlarda ifraz ve tevhit şartları ve süreç hakkında bilgi için bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 385-398; Tetik, s. 142-163; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 266-272, 280-283.

¹³ İstisna haller için bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 386-387; Tetik, s. 149-150; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 264.

İmar Yönetmeliği hükümleri uyarınca ifraz ve tevhit uygulaması gerçekleştirilebilmektedir (İK m.15/7)¹⁴.

İfraz ve tevhit uygulamasının yapılabilmesi için tescili aranan parselasyon planı, İmar Kanunu m.18’te ifadesini bulan arazi ve arsa düzenlemesinin işlem basamaklarından biridir¹⁵. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik’in 4/1 maddesinde, parselasyon planı, İmar Kanunu’nun 18. maddesine ve uygulama imar planına uygun olarak imar parsellerinin oluşturulduğu, parselasyon planı açıklama raporu, parselasyon paftaları ile tescile esas belgeleri içeren uygulama dosyası ile bir bütün olan plan şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶. Parselasyon planı, uygulama imar planına uygun ada ve parsel (imar parseli) oluşturmak için yürütülen arazi ve arsa düzenlemesi sonucunda onay üzere yürürlüğe giren ve tapuda tescile sebep teşkil eden bir belge hükmündedir.

İmar Kanunu m.15’e göre, istisnalar dışında, imar planı bulunan alanlarda ifraz ve tevhit uygulamasının yapılabilmesi için uygulama imar planının yürürlüğe girmesi, uygulama imar planına uygun parselasyon planının yapılmış ve tescil edilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde ifraz ve tevhit uygulaması yapılamayacaktır¹⁷. Bu suretle ifraz ve tevhit uygulaması, imar planı bulunan alanlarda, imar parseli üretmenin bağımsız bir yolu olmaktan çıkmıştır, diyebiliriz¹⁸. Kadastro parsellerinin imar parseline dönüşmesi, istisnai haller dışında, ifraz ve tevhitte önceki bir zaman diliminde parselasyon planı aracılığıyla gerçekleştirilmiş olacaktır.

İmar Kanunu’nun 15. maddesinin 7181 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali¹⁹ de, “*ifraz ve tevhit*” başlığını taşımakta, ifraz ve tevhit ile ilgili genel

¹⁴ Bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 396-398; Tetik, s. 161-163.

¹⁵ Bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 440-441; Tetik, s. 143; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 318-319; İbrahim Kapaklıkaya, *İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 113-114.

¹⁶ Parselasyon planı tanımı ve hazırlanma süreci ile ilgili olarak bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 440-445; Tetik, s. 143-146; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 318-324.

¹⁷ Tapu Kadastro Müdürlüğü 2019/13 sayılı ve 8.11.2019 tarihli Talebe Bağlı İşlemler ile Tescile Konu Harita ve Planlarının Yapımı ve Kontrolü Genelgesi’nin 27. maddesinin B/5. fıkrasında da İmar Kanunu m.15 uyarınca parselasyon planının yapılması gerekliliğine vurgu yapılarak, “*3194 sayılı Kanunun 15. Maddesi hükümlerince imar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır. İmar planı olan yerlerde ifraz ve tevhit işlemleri, parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilir.*” ifadesine yer verilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 385-387, 393-394; Tetik, s. 142-150; Hüseyin Bilgin, “7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2 (Temmuz 2020): s. 360.

¹⁸ Bu sonuca dair eleştiri için bkz. Hüseyin Koçak, “7181 Sayılı Kanunla İmar Kanununda Yapılan Değişiklik-1”, Erişim Tarihi: Eylül 28, 2022, <https://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/787-7181-sayili-kanunla-imar-kanununda-yapilan-degisiklik-1>.

¹⁹ İmar Kanunu m.15 (7181 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali): “*İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez. İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.*”

hükümlere yer vermektedir. Bu madde, yeni düzenlemenin aksine, imar planının bulunduğu alanlarda ifraz ve tevhit uygulamasının yapılabilmesi için parselasyon planının hazırlanmış ve tescil edilmiş olması şartına yer vermemiştir. Ancak parselasyon planlarının tamamlandığı yerlerde yapılacak ifraz ve tevhit uygulamasının, bu planlara uygun olması gerekliliğini vurgulamıştır. Bu dönemde, ifraz ve tevhit uygulamasının parselasyon planının yapılmadığı alanlarda yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalı bir mevzudur²⁰. Bu tartışmalara rağmen 7181 sayılı Kanun ile İmar Kanunu'nun 15. maddesinde değişiklik yapılmasından önceki süreçte (7181 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlandığı 10.07.2019 tarihine kadarki süreçte), henüz arazi ve arsa düzenlemesi yapılmamış ve parselasyon planının tescil edilmemiş alanlarda hak sahiplerinin ifraz veya tevhit talepleri üzerine belediyeler tarafından parsel bazında imar uygulaması yapılmaktadır²¹. Bu işlemler sırasında, İK m.15/1'in ilk halindeki "*İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumî hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.*" hükmü uyarınca, umumi hizmetlere rastlayan yerler ifraz ve tevhide konu yapılamayacaktır. Bu çerçevede uygulama imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için ifraz ve tevhide konu olamayacak ancak parselasyon planı yapılmış olsaydı düzenleme ortaklık payı olarak ayrılacak taşınmaz kısımlarının bedelsiz terki şartıyla ifraz ve tevhit talebinin kabulü uygulaması gelişim göstermiştir.

İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez."

²⁰ Ersoy, imar mevzuatının ifraz ve tevhit yoluyla imar parsellerinin oluşturulmasına olanak tanıdığını, ancak İmar Kanunu'nun 15. ve 23. maddeleri ile 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği'nin 24. maddesinin bir imar adası içerisinde ifraz ve tevhit işleminin yapılabilmesini parselasyon planının tamamlanmış olması koşuluna bağladığını belirtmekte ve uygulamanın sakıncalarına yer vermektedir. Ersoy, s. 5-6. *Türk/Yücel* ise, ifraz ve tevhit kavramını, parselasyon planı oluşturulmadan kadastral parsellerin imar parsellerine uygunluğunun sağlanması şeklinde tanımlamakta; İmar Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri ile ifraz ve tevhidin tarihi gelişiminin, bu uygulamanın imar parseli üretmenin bir yolu olarak kullanılmasına sebep verdiğini belirtmektedir. Ancak *Yazar*, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın 31.1.2001 tarih ve 86 sayılı Genelgesi'nin aksi içerikte, ifraz ve tevhidin arazi ve arsa düzenlemesiyle imar parseli oluşturulmuş alanlarda gerçekleştirilebilecek bir uygulama olarak nitelendirildiğini de vurgulamaktadır. *Türk/Yücel*, s. 113-114, 118. Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Tetik, s. 146-148; Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 381; Koçak, 7181 Sayılı Kanun.

²¹ İfraz ve tevhit uygulamasının belediyeler tarafından tercih edilmesi ile ilgili olarak bkz. *Türk/Yücel*, s. 114; Çoruhlu/Uzun/Yıldız, s. 426; Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 393-394; Koçak, 7181 Sayılı Kanun. 22.2.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik tarafından yürürlükten kaldırılan İmar Kanununun 18'inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 11/3. maddesi, bedelsiz terk ifadesini kullanmasa da, "... taşınmaz sahiplerinin taleplerine üzerine, mülga 6785 -1605 sayılı İmar Kanununun 39. maddesine daha önce ifraz edilerek tescil edilen parsellerden düzenlemeye dahil edilenlerin, ilk parselin ifrazında alınan terk oranını ...'e tamamlayan fark kadar düzenleme payı alınabilir." ifadesi ile parselasyon öncesinde malik talebi üzerine taşınmaz üzerinde ifrazın mümkün olabileceğine işaret etmektedir.

Bedelsiz terk, ifraz ve tevhide konu olan taşınmazın umumi hizmetlere rastlayan kısımlarının kamu mülkiyetine geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak İmar Kanunu 15. ve 16. maddeleri, idareye, umumi hizmete rastlayan yerleri kamu mülkiyetine kazandırma yetkisi vermemektedir²². Bu yerler ancak arazi ve arsa düzenlemesi kapsamında düzenleme ortaklık payı olarak veya kamulaştırma yoluyla kamu mülkiyetine kazandırılabilir. Diğer bir deyişle bedelsiz terk şeklinde kamu mülkiyeti edinme metodu herhangi bir kanunda öngörülmüş değildir, bu uygulamanın kanuni temeli bulunmamaktadır. İdarelerin geliştirdiği bu uygulamanın bir kanun boşluğunu doldurmaya çalıştığını belirtebiliriz. Umumi hizmetlere rastladığı için ifraz ve tevhide konu olamayacak taşınmaz kısımlarının ilgili idareler tarafından da kamulaştırılmaması veya arazi ve arsa düzenlemesine konu yapılmaması halinde malikin mülkiyet hakkının akıbetinin ne olacağı belirsizdir. İdareler, emek ve zaman gerektiren kamulaştırma veya düzenleme ortaklık payı (DOP) işlemleri yerine malikin talebinin kısa sürede kabulü şartıyla ilgili taşınmaz kısmının bedelsiz terkinin öngörmektedir. Bu suretle hem malik tatmin edilmekte hem de idare taşınmazı kamu mülkiyetine kazandırmaktadır. Kanuni dayanağı bulunmadığı için ilgili idarenin keyfiyetine bağlı şekilde kullanılan bir imar uygulama aracı halini almıştır. İlgili idarenin imar planı ve imar uygulamasını yapmasının veya tamamı umumi hizmete tahsis edilmiş taşınmazın bir kısmına imar hakkı tanınması karşılığında ya da tanınan imar hakkının yoğunlaştırılması maksadıyla bu uygulama kullanılabilir. Hatta bedelsiz terk yoluyla umumi hizmete terk edilen taşınmazın imar planındaki tahsisatı özel mülkiyete konu olabilecek hale getirilerek bedelsiz terk, idareler tarafından özel mülkiyete tabi taşınmaz edinmenin bir yolu olarak da kullanılmıştır.

İmar Kanunu'nun 15. maddesinin, 4. fıkrasındaki istisnalar dışında, ifraz ve tevhit işlemlerini parselasyon planının tescili şartına bağlamış olması, malikin, ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında, taşınmazından umumi hizmetlere sarf edilmek üzere belli miktarda ferağ verme şeklindeki bedelsiz terk uygulamasını ortadan kaldıracaktır. Bölgede umumi hizmetlere ayrılması gereken yerler, parselasyon sürecinde düzenleme ortaklık payı üzerinden (İK m.18/5 uyarınca DOP oranının yeterli olmadığı hallerde de kamulaştırma usulü ile) karşılanacağı için malikin, ifraz ve tevhit talebi karşılığında umumi hizmet alanlarına terkte bulunmasına lüzum kalmayabilecektir. Ancak bu sonucun doğup bedelsiz terk uygulamasının ortadan kalkabilmesi için uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren makul süre içerisinde, idareler tarafından imar planının bölgeye uyarlanması anlamını taşıyan parselasyon planlarının hazırlanması gerekmektedir.

²² İmar Kanunu m.15-16 uyarınca düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılamayacağı ile ilgili olarak bkz. Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 495, 506; Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 392-293, 430; Tetik, s. 158-159; Murat Şaşı, *Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında* (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019), s. 340.

tedir²³. Bu çerçevede de İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 10. fıkrası, belediye veya valiliklerin, parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylamasının esas olduğunu, parselasyon planı yapmaması sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden belediye veya valiliklerin sorumlu olduğunu vurgulamaktadır²⁴. Bu düzenleme sonrasında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen parselasyon planlarının yapılmamasının hukuki sonucunun nasıl gelişeceği merak konusudur²⁵. Parselasyon planlarının yapılmaması malik ve diğer hak sahiplerinin zarara uğramasına sebebiyet verebildiği gibi mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlılıklara da neden olabilmektedir.

II. BEDELSİZ TERK UYGULAMASI İLE İLGİLİ HUKUKİ SORUNLAR

A. BEDELSİZ TERK UYGULAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ MESELESİ

1. Meselenin Tespiti

Bedelsiz terk, malikin taşınmazın tamamı veya bir kısmı ile ilgili olarak idare lehine tapu sicilinde tek taraflı ve yenilik doğurucu mahiyette verdiği ferağ beyanı ile gerçekleşmektedir. İfraz ve tevhit talebinde bulunan malik, taşınmaz üzerinde imar hakkı elde etmek veya taşınmazdaki mevcut imar hakkının kullanım oranını artırmak yönündeki talebinin kabulü karşılığında taşınmazının bir kısmının idare lehine tescil veya terkinine razı olmaktadır.

Bedelsiz terk uygulamasının hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı yargı kol-ları farklı nitelendirmelerde bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Yarı-tay kararlarının çoğunluğunda, idare ile malik arasında özel hukuk hükümleri uyarınca kurulmuş bir bağışlama sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Da-nıştay ise genel itibariyle, bedelsiz terk işleminin kamu gücü kullanımının söz konusu olduğu bir sürecin ürünü olduğu gerekçesiyle İdare Hukuku hükümleri uyarınca idari işlem olarak nitelendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi²⁶, Tapu Kanunu'nun 21. maddesindeki "*Köy ve beledi-yeye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlaları köy veya belediye namına tescil*

²³ İdarelerin parselasyon planı hazırlama yükümlülüğü hakkında bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Ders-leri*, s. 440; Sancakdar, *İmar Hukuku*, s. 188.

²⁴ Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 9/2. maddesi, "*10/7/2019 tarihinden sonra yapılan imar planlarında kesinleşme tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde, 10/7/2019 tarihinden önce yapılmış imar planlarında 10/7/2019 tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde; düzenleme sahalarının tespit edilerek, parselasyon planlarının yapılması ve onaylanması esastır.*" hükmünü taşımaktadır.

²⁵ *Kalabalık*, parselasyon planlarının yapılması zorunlu ise de, bu konuya belirli bir süre koyan kural bulunmaması sebebiyle idarenin yargı kararı ile parselasyon planı yapmaya zorlanamayacağı ka-naatindedir. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 441. *Kalabalık* ile benzer kanaatin dile getirildiği yargı kararı için bkz. D6.D., 17.5.1995, E. 1994/4947, K. 1995/1985, Erişim Tarihi: Mart 11, 2022, www.lexpera.com.tr.

²⁶ AYM Kararı, 12.1.2012, E. 2011/23, K. 2012/3 (RG T. 17.3.2012, S. 28236).

olunur.” hükmünün Anayasa’nın 2. ve 35. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, bedelsiz terk uygulamasının hukuki niteliği ile ilgili görüşünü ortaya koymuştur²⁷. Yerel Mahkeme, kadimden beri yol olarak kullanılan veya kişilerin mülkiyetinden vazgeçerek kamunun kullanımına bıraktığı yolların, idari bir tasarrufla kapatılması sonucunda elde edilen taşınmazların idareler adına tescil edilerek onların özel mülkiyeti haline getirilmesine imkân tanıyan bu düzenlemenin mülkiyet hakkı ile hukuk devleti ilkesini ihlal ettiğini iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesi, yolların orta malı niteliğinde olması hasebiyle diğer kamu malları gibi zamanaşımı yoluyla edinilemediğini, haczedilemediğini, tapu siciline tescilin gerekeceğini, ancak zaman içerisinde değişen ihtiyaçlara bağlı olarak imar planında yapılacak değişiklikler ile yolların kapatılabileceğini veya yol fazlalarının ortaya çıkabileceğini, bu halde taşınmazın kamu malı niteliğini kaybederek idarenin özel malı haline geleceğini, kamu malları ile idarenin özel mallarının tabi olduğu hukuki rejimin ayrıntılı şekilde düzenlendiğini, bunlara aykırı bir işlem ya da eyleme karşı dava yolunun açık olduğunu, bu sebeple dava konusu kuralın keyfiliğe sebebiyet vermediğini belirtmektedir. Dava sonucunda Anayasa Mahkemesi, yolların kaynak itibarıyla özel mülkiyet konusu taşınmaz olduğu hallerde, malikin kamulaştırmada kamulaştırma bedeli, düzenleme ortaklık payı uygulamasında geri kalan taşınmazlarda değer artışı veya tazminat gibi yollarla taşınmazın karşılığını aldığı, malikin rızası ile yola terk halinde ise bir bağışlamanın söz konusu olduğu, taşınmazın yol dışında başka bir amaç için kullanılmasını istemeyen malikin şarta bağlı²⁸ bağışlama yapabileceği gerekçesiyle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir kuralın bulunmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda yola terk şeklindeki uygulamanın bağış sözleşmesi niteliğinde olduğuna ve bağışlamanın yüklemeli yapılabileceğine vurgu yapmaktadır²⁹.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolu üzerinden verdiği diğer pek çok kararında da bedelsiz terk uygulamasını bağış sözleşmesi olarak değerlendirmiştir. AYM *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras* bireysel başvuru kararında³⁰, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirttiğimiz 12.1.2012 tarihli ve E. 2011/23, K. 2012/3 sayılı kararı ile Yargıtay’ın ilgili kararlarına atıf yapmak suretiyle, ta-

²⁷ Kararın uygulamaya etkisi ile ilgili olarak bkz. Hüseyin Koçak, “15 ve 16’ncı Madde Gereğince Yapılan Terklerin İhdası”, s. 3-4, Erişim Tarihi: Mart 9, 2022, <http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/218-15-ve-16-nc-madde-gereginde-yapilan-terklerin-ihdasi-hue-seyin-kocak>.

²⁸ Bu kararda ve bu çalışma içerisinde yer verdiğimiz diğer pek çok yargı kararında kullanılan “şarta bağlı bağış” ifadesinin “yüklemeli bağışlama sözleşmesi” olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu kullanımda, şu an itibarıyla yürürlükte olmasa da, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 241. maddesinin metninde “mükellefiyet” ifadesine yer vermesi ve bu konuyu ele almasına rağmen “şartın icrası” kenar başlığının kullanılmasının etkili olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. II. Bölüm A.2.

²⁹ Karara ilişkin eleştiri için bkz. Türker Yalçınduran, *Kamulaştırmaz El Koyma* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2015), s. 45; Şaşı, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 341-342.

³⁰ AYM *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Kararı*, Başvuru No: 2014/11994, 9.3.2017, §50-51, §80-81, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2020, www.lexpera.com.tr.

şınmazın bir kısmının bedelsiz şekilde yola terk edilmesinin bağış sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve bağışın şarta bağlanabileceğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, *Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş.*³¹, *Şahin Tosun*³², *Buket Baran ve Diğerleri*³³, *İbrahim Manav*³⁴ kararlarında da başvurular tarafından belediye lehine yapılan bedelsiz terkleri, bağış sözleşmesi olarak nitelendirmiştir³⁵.

Yargıtay da bedelsiz terk uygulamasını, yerleşik kararları uyarınca bağış sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Yargıtay'ın eski tarihli kararlarından birine konu uyuşmazlık³⁶, ifraz talebinin kabulünün, taşınmazın bir kısmının yola bedelsiz terk edilmesi şartına bağlanması meselesidir. Mahkeme, bu davada bedelsiz terki bağışlama olarak nitelendirmekte ve bedelsiz terkteki bağışlama amacı üzerinden hareket ederek hüküm kurmuştur. Yargıtay'ın bu zamana kadarki süreçte verdiği pek çok kararında, bedelsiz terkin sonuçları ile ilgili uyuşmazlıkları bağış sözleşmesi nitelendirmesinden hareketle çözmeye çalıştığı görülmektedir³⁷.

Danıştay, mülkiyeti davacılara ait iken, imar planında dispanser, oyun alanı, pazar yeri, çay bahçesi ve kütüphane olarak planlanan taşınmazların bedelsiz olarak belediyeye terki sonrasında plandaki kullanım amacına uygun olarak düzenleme yapılmaması nedeniyle taşınmazların iadesi ya da rayiç bedelinin ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan bir davada³⁸, bedelsiz terkin hukuki niteliğini değerlendirmiştir. İlk derece mahkemesinin, bedelsiz terk uygulamasını bağış sözleşmesi olarak nitelendirerek görevsizlik kararı verdiği dosyada, Danıştay, bedelsiz terk işleminin İmar Kanunu 16. maddesi kapsamında yapıldığını belirterek İmar Kanunu uyarınca terk edilen alanın imar planındaki amacına uygun olarak kullanılmaması sebebine dayanan istemin reddine ilişkin işlemin çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir.

Danıştay kararında da görüleceği üzere, bedelsiz terkin hukuki niteliği ile ilgili değerlendirmeler çerçevesinde bu uygulamadan doğan uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği hususu da tartışılmaktadır. Yargıtay³⁹,

³¹ AYM *Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş.* Kararı, Başvuru No: 2016/3592, 29.5.2019, §42, §59-60, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³² AYM *Şahin Tosun Kararı*, Başvuru No: 2014/10857, 11.1.2017, §41, §45-46, §50, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³³ AYM *Buket Baran ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2017/14999, 3.12.2020, §46, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³⁴ AYM *İbrahim Manav Kararı*, Başvuru No: 2019/2755, 21.12.2021, §50, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

³⁵ İlgili kararlara ait detaylı bilgi için bkz. II. C. 3.

³⁶ YHGK, 20.6.1973, E. 1971/1-224, K. 1973/524, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2022, www.legalbank.com.tr.

³⁷ Bkz. Y5.HD, 26.6.2018, E. 2016/25555, K. 2018/12865, Erişim Tarihi: Mart 3, 2022, www.lexpera.com.tr; Y1.HD, 21.11.2018, E. 2018/4401, K. 2018/14777; Y1.HD, 27.3.2019, E. 2019/159, K. 2019/2228, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2020, www.lexpera.com.tr.

³⁸ D6.D, 17.1.2018, E. 2016/4042, K. 2018/266, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

³⁹ Y1.HD, 20.11.2012, E. 2012/6227, K. 2012/13402, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

bedelsiz terk sürecinde gündeme gelebilecek taleplerin niteliği üzerinden yargı kolu değerlendirmesi yaptığı dosyada, bedelsiz terk sonucu tapu kaydının oluşumuna esas teşkil eden idari işlemin iptalinin talep edildiği hallerde idari yargının, tapu kaydının iptali ile taşınmazın eski malik adına kaydedilmesinin talep edildiği hallerde ise adli yargının görevli yargı kolu olduğunu belirtmiştir. Danıştay⁴⁰ ise bedelsiz terk uygulamasını, İmar Kanunu m.15-16 kapsamındaki ifraz ve tevhit idari işlem sürecinin bir parçası olarak nitelendirmektedir. Bu çerçevede bedelsiz terk ile ilgili olarak idareye yöneltilen talepler karşısında idarenin yaptığı işlem ya da eylemin idari yargıda dava konusu olması gerektiği ifade edilmektedir.

Bedelsiz terk ile ilgili uyuşmazlıklarda görevli yargı kolu meselesi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin pek çok kararına da konu olmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi⁴¹, davacının, imar planındaki plan notuna dayanılarak kamuya terk edilen taşınmazlarla ilgili davalı idare lehine yapılan tapu kaydının, bedelsiz terkin dayanağı olan plan notunun iptal edilmesi sebebiyle iptali ve davacı adına tescili, bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmazın bedelinin talebiyle adli yargıda açtığı davada, hangi yargı kolunun görevli olduğu meselesini değerlendirmiştir. İlgili kararda şu ifadeler yer verilmiştir:

“... Olayda, davacı tarafından, her ne kadar adli yargı yerinde tapu iptali ve tescil, olmazsa tazminat istemiyle dava açılmış ve idari bir işlemin iptali istenilmemişse de, uyuşmazlığın imar planında yer alan plan notu kapsamında tesis edilen bedelsiz terk işleminden kaynaklandığı, plan notu uyarınca bedelsiz terk işlemi tesis edilmeden inşaat ruhsatı verilmesinin mümkün olmaması nedeniyle kamu kullanımına ayrılmış olan taşınmazların terk edilmek zorunda kaldığı, dolayısıyla bedelsiz terkin, idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş olan imar planı ve parselasyon işlemlerinin gereğinin yerine getirilmesi amacını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, iptali istenilen tapu kaydının dayanağı olan imar planı ve parselasyon işleminin idari işlem niteliğinde olduğu, tapu iptali ve tescilin mümkün olmaması halinde bu işlemlerden kaynaklanan zararın tazmininin de istenildiği göz önünde bulundurulduğunda, uyuşmazlığın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesi hükmü ve imar mevzuatı hükümleri çerçevesinde idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.”

Uyuşmazlık Mahkemesi diğer bir kararında da⁴², davacının, imar planında spor, eğitim, sosyo-kültürel, sağlık hizmeti vb. tesis alanlarında kullanılmak üzere bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı uyarınca kullanılmayarak İller Ban-

⁴⁰ D6.D, 17.1.2018, E. 2016/4042, K. 2018/266, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁴¹ UM HB, 24.12.2018, E. 2018/783, K. 2018/836, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁴² UM HB, 8.7.2019, E. 2019/357, K. 2019/418, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

kasına devredilmesi, sonrasında satılması ve üzerinde inşaata başlanması sebebiyle ileri sürdüğü taşınmaz bedelinin tahsili talebinin, hangi yargı kolunda görev alanına gireceğini ele almıştır. Mahkeme, dava konusu taşınmazın yapılaşmanın sağlanması amacıyla idareye bağış sözleşmesi ile devredildiği, bedelsiz terk olayının, idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş imar planı ve parselasyon işlemlerinin gereğinin yerine getirilmesi amacını taşıdığı tespitinde bulunmuştur. Ardından, kamu gücü kullanılarak yapılan imar planı değişiklikleri ile taşınmazın kullanım amacının değiştirilmesi, sonrasında trampa ve satış suretiyle el değiştirmesi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zararlar ilgili uyuşmazlığın imar mevzuatı uyarınca tesis edilen işlemlerden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Nihayetinde idarece kamu gücü kullanılarak, tek yanlı şekilde yapılan uygulamalar sonucunda uğranılan zararın tazminine ilişkin bulunan davanın idari yargı nezdinde görülmesi yönünde karar verilmiştir⁴³.

Uyuşmazlık Mahkemesi⁴⁴, ifraz edilebilmesi ve üzerinde inşaat yapılabilmesi için davalı idare tarafından şart koşulduğu için otopark olarak Belediye'ye terk edilerek kamu yararında kullanılma şartıyla bağışlanan taşınmazın tapu kaydının şartın gerçekleşmemesi sebebiyle iptali ve davacı adına tescili, bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmazın bedelinin talep edildiği bir diğer uyuşmazlıkta da görevli yargı kolu değerlendirmesi yapmıştır. Yukarıda verdiğimiz kararlardan farklı olarak Uyuşmazlık Mahkemesi, taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda, HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) hükümleri uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğundan bahisle adli yargı makamlarının görevli olduğuna hükmetmiştir. Bir diğer kararında⁴⁵ da taşınmazın ifraz edilebilmesi ve imar planı doğrultusunda inşaat yapılabilmesi amacıyla idare tarafından şart koşulduğu için terk edilen ve idare adına tescili yapılan taşınmazın, terk amacına uygun kullanılmadığı iddia edilerek, tapu kaydının iptali ile davacı adına tescili istemi söz konusudur. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu talebin de Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz mülkiyeti hükümleri ile ilgili olması hasebiyle görevli ve yetkili mahkemenin HMK hükümleri uyarınca belirlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Bedelsiz terk, Yargıtay tarafından Türk Borçlar Kanunu (TBK m.285-298) uyarınca bir bağış sözleşmesi olarak nitelendirilirken bedelsiz terk dayanak gösterilerek ileri sürülen talebin içeriğine bağlı olarak görevli yargı kolunun değişebileceği kabul edilmektedir. Danıştay ise bedelsiz terki, ifraz ve tevhit idari işleminin bir parçası olarak nitelendirilerek idari yargının görevli olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ise farklı bir bakış açısı ile uyuş-

⁴³ Benzer içerikteki diğer kararlar için bkz. UM HB, 28.1.2019, E. 2019/1, K. 2019/55, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁴⁴ UM HB, 5.4.2021, E. 2021/36, K. 2021/216, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁴⁵ UM HB, 31.1.2022, E. 2022/12, K. 2022/45, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

mazlıkları değerlendirdiği görülmektedir. Davacının talebinin içeriğinden (talebin tapu kaydının iptaline mi yoksa tapu kaydına sebep idari işlemin iptali mi ilişkin olduğundan) bağımsız şekilde, bedelsiz terkle ilgili süreçte, idarenin kamu gücü kullanarak imar planı, plan notu veya parselasyon planı ile terki şart koştuğu hallerde idari işlemde kaynaklanan bir uyumsuzluk olduğu kabul edilmektedir. İmar hakkını kullanmak için malik tarafından sunulan ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında bedelsiz terkin şart koşulduğu hallerde ise taşınmaz mülkiyeti ile ilgili eşit iki birey arasındaki uyumsuzluk olarak değerlendirilmekte ve adli yargı görevli addedilmektedir.

2. Meselenin Değerlendirmesi

Bedelsiz terk uygulamasının hukuki niteliği meselesi, bedelsiz terk ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde hangi hukuki ilke ve hükümlerin uygulanacağını, hangi yargı kolu tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirlediği için büyük bir önem arz etmektedir.

AYM ve Yargıtay kararlarında bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilen bedelsiz terkin bu sözleşmenin unsurlarını taşıyıp taşımadığının, malikin bedelsiz terke ilişkin tek taraflı ferağ beyanının bağış sözleşmesinin ifası mahiyetinde olup olmadığının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bağışlama sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 285-298. maddelerinde düzenlenmiş borç doğurucu bir sözleşmedir. TBK'nın 285. maddesinde, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, bağışlanana malvarlığından karşılıksız olarak kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan hareketle bağışlama sözleşmesinin unsurlarını sağlararası kazandırma, karşılıksızlık (ivazsızlık) ve sözleşme olarak ifade edebiliriz⁴⁶. Tarafların sağlığında sonuç doğurmak üzere bağışlayanın malvarlığındaki bir değer bağışlananın malvarlığına girmesi veya girmesi taahhüdü söz konusu olmalıdır. Bu suretle bağışlananın malvarlığında aktifin artması veya pasifin azalması şekilde bir kazandırma meydana gelmektedir. Kazandırma karşılıksız olmalı, diğer bir deyişle kazandırmaya karşılık teşkil eden bir edim söz konusu olmamalıdır. Nihayetinde taraflar, bağış sebebine dayanan bu kazandırma üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalıdır. Bağışlama sözleşmesi, şarta bağlı bağışlama (TBK m.290) veya yüklemeli bağışlama (TBK m.291) şeklinde yapılabilir⁴⁷. Şarta bağlı bağışlama-

⁴⁶ Bağışlama sözleşmesinin unsurları ile ilgili açıklamalar için bkz. Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara, Yetkin Yayınları, 2014), s. 210-214; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2015), s. 280-286; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2014), s. 351-353; Çiğdem Mine Yılmaz, "Türk Hukuku'nda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri Alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının Düşündürdükleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2 (2019): s. 713-715.

⁴⁷ Bağışlamanın çeşitleri bağışlama vaadi, elden bağışlama, şarta bağlı bağışlama, yüklemeli bağışlama, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, bağışlayana dönem koşullu

da, bağışlama sözleşmesinin hüküm ve sonuçları gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bağışlama, bozucu veya geciktirici şarta bağlanabilir. Yüklemeli bağışlamada, bağışlayan, bağışlanana, karşı edim arz etmeyecek şekilde belli bir davranışta bulunma ödevi/yükümü altına girmektedir. Yükleme, TBK m.27/1'de sayılan hususlara aykırı olmadığı sürece ekonomik değeri olan veya olmayan içerikte olabilir. Bu hukuki ilişkide yüklemenin, kural olarak bağışlanılan şeye oranla daha ikincil nitelikte veya daha düşük ekonomik değerinde olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸. Yükleme ile şart ifadeleri birbirinden farklı anlam ve hukuki sonuçlara sahiptir⁴⁹. Şartlı bağışlamada, sözleşmenin hükümlerini doğurup doğurmayacağı gelecekteki belirsiz bir olaya bağlanmış olup bağışlanan herhangi bir ödev yükü altında değildir. Yükleme bağışlamada ise sözleşme, iradelerin uyuştugu andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlamış olup, bağışlayanın bağışı üzerine bağışlanan belli bir davranışta bulunma ödevi altındadır.

Bedelsiz terkte, malik, taşınmazının bir kısmından idare lehine vazgeçmesi sonucunu doğuran tek taraflı ferağ beyanında bulunmaktadır. Bu beyan, kural olarak, ifraz ve tevhit aracılığıyla taşınmazın inşaat yapılabilir hale getirilmesi isteminin ilgili idare tarafından kabul edilmesi amacıyla sunulmaktadır. Bağışlama sözleşmesinin unsurları üzerinden düşündüğümüzde, idare ile malik arasında sağlararası bir kazandırma yapılmak istendiğini ve tarafların bu kazandırma hususunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulduklarını kabul etsek bile bu hukuki ilişkide karşılıksızlık unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek pek mümkün görünmemektedir. Bağışlayan konumundaki malik, terk beyanını imar hakkı elde etmek için sunmakta; terk beyanı karşılığında, taşınmazı üzerinde imar hakkı elde etmeyi beklemektedir. Malikin terkte bulunması karşılığında idare, karşı edim mahiyetinde ifraz ve tevhit talebini kabul ederek gerekli işlemleri yapmaktadır. Bedelsiz terk sürecinde idare, yapılaşma hakkını kullanmak için ifraz ve tevhit talebinde bulunan malike, talebinin kabulü için taşınmazın kamuya terk edilmesini şart koşmaktadır. Aslında idare ile malik arasındaki ilişkide, idare, yapılaşma imkânı tanıyacak işlemin yapılmasını gelecekte gerçekleşmesi belir-

bağışlama şeklinde belirtilebilir. Bağışlama çeşitleri ile ilgili olarak bkz. Aral, Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 217-222; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 286-292; Yavuz, Acar, Özen, *Borçlar Hukuku*, s. 355-363; Yılmaz, *Bağışlamanın Geri Alınması*, s. 715-717.

⁴⁸ Bkz. Aral, Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 218; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 290; Yılmaz, *Bağışlamanın Geri Alınması*, s. 716. Bu kanaati destekleyici mahiyette TBK m.291/4'teki, "*Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir.*" hükmü bulunmaktadır. Ancak Aral/Ayrancı, bazı hallerde, yükleme bağışlamanın asli amacı olsa da bağışlamanın kabul edildiğini belirtmektedir. Aral, Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 218. Eren de bağışlananın, yüklemenin getirdiği yükün bağışlanılan kıyasla daha fazla ekonomik yük getirdiğini bilmesine rağmen bu ilişkiyi kabul ettiği hallerde bağışlamanın varlığını kabul etmenin mümkün olduğu kanaatindedir. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 290.

⁴⁹ Şarta bağlı bağışlama ile yüklemeli bağışlama arasındaki farklılıklar için bkz. Aral, Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 218.

siz terk şartına bağlamaktadır. Bu şartın gerçekleşmesi, diğer bir deyişle terkte bulunulması halinde ifraz ve tevhit yapılarak inşaat ruhsatı verilecektir. Bu aşamada şarta bağlı bir işlemden bahsetmemiz mümkün olabilir, ancak bu işlemin karşılıksız kazandırmayı konu alan bağışlama sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir⁵⁰. Bedelsiz terkin karşılıksızlık unsurunu taşıdığını bir an için farz etsek bile, bu halde, malikin taşınmazını umumi hizmette kullanılması maksadıyla terk etmesi, gelecekte gerçekleşmesi belirsiz bir olay değil, lehine yapılan kazandırma sebebiyle idareye yüklenen bir ödev/yükleme anlamına gelmektedir. Bu kullarımda, şu an itibarıyla yürürlükte olmasa da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 241. maddesinin metninde “*mükellefiyet*” ifadesine yer verilmesine rağmen “*şartın icrası*” kenar başlığının kullanılması etkili olabilir. Diğer yandan ilgili idarenin yapacağı idari işlemi, malikin bedelsiz terkinde bağlaması şeklinde şarta bağlı izlenimi veren işlem sürecinin varlığı da etkili olabilir. Ancak bedelsiz terki bağışlama sözleşmesi olarak nitelendiren yargı kararlarındaki şarta bağlı ifadesinin yüklemeli bağış sözleşmesi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz.

Malik ile idare arasında, bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilsin veya nitelendirilmesin, özel hukuk hükümlerine tabi bir hukuki ilişkiden bahsedebilmek için tarafların eşit koşullar altında olması ve özgür irade ile beyanda bulunması gerekmektedir. İrade serbestisi olarak adlandırılan bu ilke, bir sözleşme ilişkisinde her iki tarafın da eşit şekilde ve özgür irade ile herhangi bir baskı altında olmaksızın sözleşmenin kurulup kurulmaması ve sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi hususlarında karar verebilmeleri ve o doğrultuda beyanda bulunabilmeleri anlamına gelmektedir⁵¹. İlgili idarenin uygulama imar planını çeşitli

⁵⁰ *Gölan*, malikin taşınmazında yapılaşmaya gidebilmesi için imar planında kamu hizmetine ayrılmış yerlerin bedelsiz terkinin şart olarak koşulduğunu, bağış görünümünde olsa da hakka ulaşmak için zorunlu tutulduğu için serbest iradenin söz konusu olmadığını belirtmektedir. *Gölan*, “*Hamur Kuralı*”, s. 34-39. *Yalçınduran* da, malikin terk adı altında mülkiyeti idareye geçiriyor gibi görünmesine rağmen terk yapmak zorunda bırakıldığı için gerçek bir bağıştan bahsetmenin mümkün olmadığı kanaatindedir. *Yalçınduran*, *Kamulaştırmaz El Koyma*, s. 44-47. *Şimşek* de, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından, malik tarafından açıkça belirtilmediği sürece bedelsiz terkin şartsız bağış olarak nitelendirilmesinin eleştiriyeye açık olduğunu, imar uygulaması ile imar parseli haline gelmemiş taşınmazına inşaat yapmak isteyen malikin ifraz talep etmek ve bu işlem esnasında istenen terke malikin muvafakat etmek zorunda olduğunu, aksi halde ifraz talebinin kabul edilmeme riski ile karşı karşıya kaldığını, bu şartlar altında yapılan terk işleminin şartsız bağış olarak nitelendirilmesinin ne derece doğru olduğunun tartışılması gerektiğini, bu terklere okul yapılması amacıyla gönüllü yapılan bağışlardan ayırmak gerektiğini, bu şekilde terk yapılmasını gerektiren yasa hükmü olmamasına rağmen malikin terk yapmak zorunda bırakıldığını belirtmektedir. *Şimşek*, s. 640. *Çetintaş*, aksi kanaati paylaşılarak bedelsiz terkin bir tür bağış olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. *Çetintaş*, *Kamulaştırmaz El Atma*, s. 95. *Şaşı*, bedelsiz terkte, herhangi bir bedel beklemeksizin yürütülmesi gereken imar ve şehircilik hizmetinin bedeli olarak malikin mülkiyetinin bir kısmına bağış veya terk adı altında hukukten el atıldığını, zorlama ile de olsa bir bağışlamanın bulunduğunu kabul etmektedir. *Şaşı*, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 341-342.

⁵¹ Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hüküm*, 1. Cilt (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014), s. 501-505; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1 (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015), s. 23-27.

imar uygulama araçları ile arazi üzerine uygulama, onu hayata geçirme yükümlülüğü vardır. Bu çerçevede imar planında umumi hizmet alanlarına tahsis edilen özel mülkiyete konu taşınmazların kamunun hizmetine sunulması için ilgili kanunlarda öngörülen DOP (İmar Kanunu m.18/2-3)⁵² ve kamulaştırma (İmar Kanunu m.18/5) yoluyla kamu mülkiyetine geçirilmesi gerekmektedir. Aslında bu araçlar vasıtasıyla umumi hizmete tahsisi gereken taşınmazın ilgili bölümünün kamuya kazandırılması, ifraz ve tevhit talebinde bulunan malikin terk beyanıyla gerçekleştirilmek istenmektedir. İdare, ifraz ve tevhit talebinin kabulünü kanunda öngörülmeyen terk şartına bağlamaktadır. İfraz ve tevhit talebi karşısında sahip olduğu kamu gücüyle tek taraflı ve bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisi olan idarenin, taşınmazda hukuka uygun şekilde yapılaşma imkânının karşılığında -kanuni dayanağı olmayan- bedelsiz terki şart koştuğu bir ortamda malikin terk dışında başka bir şansı bulunmamaktadır⁵³. Bu hal, terk beyanının, eşit konumdaki taraflar arasında serbest iradelerin ürünü olan, özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve işleyen bir sözleşmenin ifası olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmektedir.

Bedelsiz terki, bir an için, idare ile malik arasındaki özel hukuk ilişkisi olarak farz ettiğimizde de, terke dair rıza/muvafakat beyanının sıhhatli olup olmadığı sorunu gündeme gelmelidir⁵⁴. Okul veya hastane gibi kamu hizmetinde kullanılması için malik tarafından yapılan karşılıksız kazandırmalar dışında, imar hakkı elde edebilmek için idare tarafından şart koşulan kazandırıcı ferağ beyanında bulunulması, ikrah veya gabin altında alınmış beyan olarak kabul edilebilmelidir. Bu halde bedelsiz terk ilişkisi irade sakatlığı gerekçesiyle geçersiz kılınabilecektir.

Bedelsiz terk, idare ile malik arasında, kamu gücü ekseninde gelişen idari bir süreç içerisinde vuku bulmaktadır. İfraz ve tevhit işlem süreci, İdare

⁵² Düzenleme ortaklık payı dışında kamu ortaklık payı uygulaması (KOP) adını taşıyan bir başka imar uygulama aracı da mevcuttu. Bu uygulama, mülga İmar Kanunu 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "*Kamu Tesis Arsalarına Tahsis*" başlıklı 12. maddesinde düzenlenmişti. Ancak ilgili Yönetmelik, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik tarafından yürürlükten kaldırılmış olup yeni Yönetmelik'te kamu tesis arsalarına tahsis konulu herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir (Bkz. RG T. 22.2.2020, S. 31047). Kamu ortaklık payı ifadesi için bkz. Sezer Çabri, *İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma* (İstanbul, Legal yayıncılık, 2005), s. 85-87, 92-93; Mehmet Çabuk, Nuran Doğan Çakmak, Dilara Şengöz, *Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmamız El Atma* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 33-40. İmar Kanunu'nun 7181 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinin, kamu ortaklık payına konu alanlarını da kapsadığı kabul edilmektedir. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 284-286.

⁵³ UM HB, 24.12.2018, E. 2018/783, K. 2018/836 kararda da belirtildiği üzere, plan notu uyarınca bedelsiz terk işlemi tesis edilmeden inşaat ruhsatı verilmesinin mümkün olmaması nedeniyle kamu kullanımına ayrılmış olan taşınmazların terk edilmek zorunda kalındığı kanaati paylaşılmaktadır (UM HB, 24.12.2018, E. 2018/783, K. 2018/836, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr).

⁵⁴ *Yalçınduran*, bedelsiz terkte malikin iradesinin sakatlandığının kabulünü mümkün görmektedir. Yalçınduran, *Kamulaştırmamız El Koyma*, s. 46. Kutlu Gürsel ise terke gösterilen rızanın zorunluktan kaynaklandığını belirtmektedir. Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 502-505.

Hukuku'nda isteğe bağlı idari işlem/istekli idari işlem⁵⁵ olarak nitelendirilmektedir⁵⁶. İfraz ve tevhit (veya imar planı veya imar programının hazırlanması veya imar hakkının artırılması) şeklindeki idari işlemlerin yapılması, malikin, taşınmazının imar planında umumi hizmetlere ayrılmış kısmını idare lehine terk etmesi şartına bağlanmaktadır. Bir nevi şarta bağlı kılınan idari işlemin⁵⁷ hüküm ve sonuçları açısından öngörülen şartın hukuka uygun olup olmadığı önem arz etmektedir. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı, kamu yararı gerekçesiyle ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bedelsiz terk, idarenin arsa ve arazi düzenlemesi veya kamulaştırma süreçlerini işletmeksizin emek, zaman ve maliyetten tasarruf etmek için kamu gücünü kullanarak yapılaşma hakkını kullanmak isteyen malikin taşınmaz mülkiyetine yönelik bir müdahalesidir. Her ne kadar malik müdahaleye rıza göstermiş gibi görünse de, bu beyan, özgür iradeye dayanan bir beyan olarak nitelendirilmemelidir. Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük (adil denge) kriterlerine uygun olması gerekmektedir. İmar Kanunu ve diğer herhangi bir kanun, idareye, ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında malike bedelsiz terki şart koşabilme yetkisi vermemiştir⁵⁸. Dolayı-

⁵⁵ İsteğe bağlı idari işlem/istekli idari işlem ifadesi, ilgilinin talebi üzerine harekete geçen idare tarafından tek taraflı olarak tanzim edilen idari işlemleri nitelendirmektedir. Kavram ile ilgili olarak bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara, İmaj Yayınevi, 2015), s. 133; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara, Adalet Yayınları, 2016), s. 468-469.

⁵⁶ Tetik, s. 138.

⁵⁷ İdari işlemin bedelsiz terk şartına bağlanmasının hukuka uygun olup olmadığı ile ilgili yargı kararları ve kanaatimiz, çalışma içerisinde II. Bölüm B. Başlığı altında ele alınmıştır.

⁵⁸ *Yalçınduran* da, imar izni alabilmek için terk yapılması gerektiğine dair bir düzenlemenin bulunmadığına vurgu yapmaktadır. Yalçınduran, *Kamulaştırmamız El Koyma*, s. 46. *Gülan* da bedelsiz terk uygulamasının hukuki bir müessesesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Gülan, *Hamur Kuralı*, s. 38-39. *Şaşı* da, ifraz ve tevhit işlemlerinin mülkiyetin terki şartına bağlanmasının İmar Hukuku'na aykırı olduğunu, ne İmar Kanunu'nda ne de diğer bir kanunda bu yönde bir düzenleme olduğunu belirtmektedir. *Şaşı*, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 340, 341. Halbuki Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay, KK m.35'teki "... özel parselasyon sonunda malikinın muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler" ifadesini bedelsiz terk ile ilgili uyumsuzluklarda dayanak olarak kullanmaktadır. *Karaca*, malikin yapı izni alabilmek için idarenin şart koştuğu alandan bedelsiz vazgeçmesinin Kamulaştırma Kanunu m.35'teki malikin muvafakati kapsamında ele alındığını, ancak doktrinde bu uygulamanın eleştirildiğini belirtmektedir. Egemen Karaca, "Kamulaştırmamız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmamız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 137, Y. 31 (Temmuz-Ağustos 2018): s. 289-290. *Şahiniz, Özdemir ve Karaca* da, yargı kararlarından örnekler vererek KK m.35 kapsamında geçerli bir muvafakat olarak ele alındığını aktarmaktadır. Bkz. *Şahiniz, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmamız El Koyma*, s. 88-90; Yücel Özdemir, *Türk Hukukunda Kamulaştırmamız El Atma* (Ankara, Adalet Yayınları, 2018), s. 150-151; İrem Karaca, *Kamulaştırmamız El Atma* (Ankara, Adalet Yayınları, 2019), s. 79-81. *Şimşek*, bedelsiz terk ile ortaya çıkan sorunların çoğunluğunun İK m.15 ve 16 kapsamındaki ifraz ve tevhit işlemleri sırasında olduğunu ve bu kapsamdaki terklerin KK m.35 kapsamına girmediğini belirtmektedir. *Şimşek*, s. 635, 640. *Yalçınduran* da, bedelsiz terk suretiyle yapılan bağışların ilgili idarenin özel mülkiyetine tabi olduğu, idarelerin bu taşınmazları imar düzenlemesi sonrası satarak gelir elde ettiği ve bu halin KK m.35 kapsamında korunacak bir hal olmadığı kanaatindedir. *Yalçınduran, Kamulaştırmamız El Koyma*, s. 47. *Kutlu Gürsel* de, bedelsiz terkin KK m.35 kapsamında ele alınmasını eleştirmektedir. *Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku*, s. 502.

sıyla idarenin öngördüğü bu şart, kanuni bir dayanağa sahip değildir. Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili verdiği kararlarında⁵⁹ paylaştığı, bedelsiz terk kapsamındaki uyuşmazlıkların KK m.35'e dair yargı yorumları ışığında kanunilik kriterini taşıdığı kanaatine katılmamaktayız. KK m.35, idareye bedelsiz terk isteme yetkisi vermemektedir. Bu düzenleme, özel parselasyon sırasında malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski maliklerinin mülkiyet iddiasında bulunamayacağını ve karşılık istemeyeceğini belirtmektedir. Bedelsiz terk şeklindeki bir müdahalenin kanuni olarak kabul edilebilmesi için bu uygulamanın hangi hal ve şartlarda ne şekilde uygulanacağını anlaşılabilir, öngörülebilir ve erişilebilir bir şekilde, hiçbir te reddüde yer vermeyecek içerikte kanunda yer alması gerekmektedir⁶⁰. Bu çerçevede bedelsiz terkin idarenin kanuni bir yetkisi olmaksızın maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakacak şekilde temel bir hak ve özgürlüğü ihlal eden bir uygulama olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁶¹.

B. İFRAZ VE TEVHİT TALEPLERİNİN BEDELSİZ TERK ŞARTINA BAĞLANMASI MESELESİ

1. Meselenin Tespiti

Bedelsiz terk uygulamasının hak sahibi tarafından imar hakkı elde etmek maksadıyla sunulan ifraz ve tevhit talebi üzerine gerçekleşmesi, yukarıda belirttiğimiz üzere, uygulamanın kanuni bir dayanağının olmamasının da etkisiyle, idareler tarafından umumi hizmete tahsis edilsin veya edilmesin, idare lehine taşınmaz temini maksadıyla olağan bir kamu mülkiyeti edinme aracı olarak sıklıkla kullanılmıştır. İdari yargı makamları, yapılaşma imkânının ya da daha yüksek oranda yapılaşma imkânının bedelsiz terk şartına bağlanması sonucunu doğuran idari işlemlerin iptali yönünde pek çok karar vermiştir.

⁵⁹ AYM Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Kararı, Başvuru No. 2014/11994, 9.3.2017, §67-71; AYM Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş. Kararı, Başvuru No. 2016/3592, 29.5.2019, §47-48; AYM Buket Baran ve Diğerleri Kararı, Başvuru No. 2017/14999, 3.12.2020, §41; AYM Bekir Arı Kararı, Başvuru No. 2017/22268, 7.9.2021, §38-39; AYM İbrahim Manav Kararı, Başvuru No. 2019/2755, 21.12.2021, §366-37. Kararlar için bkz. II. Bölüm, C. 1.c.

⁶⁰ Bedelsiz terkin şartları, hüküm ve sonuçlarıyla ilgili anlaşılabilir, erişilebilir ve öngörülebilir şekilde kanunlarda bir düzenleme bulunmadığı için bedelsiz terk ile ilgili uyuşmazlıklarda bir kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁶¹ Gülan, şehircilik adaletine aykırı ve kişi haklarını belirsiz şekilde etkileyen bedelsiz terk uygulamasının hukuki bir müessese olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Gülan, *Türk İmar Hukuku'nda "Hamur Kuralı" Uygulaması*, s. 38-39. Kutlu Gürsel de, imar planı uygulamasında malikinin yapı izni talep etmesinin karşılığında taşınmazın bir bölümünü bedelsiz terk etmesinin mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bir durum olduğunu ifade etmektedir. Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 502. Şaşı da, bedelsiz terkin, kamu gücünün kamu yararı amacı dışında keyfi kullanımı niteliğinde, kanuni dayanaktan yoksun mülkiyet hakkını ihlal eden bir müdahale olduğu kanaatinde. Şaşı, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 344-345. Ersoy'a göre de, bedelsiz terkin kanuni temeli olmayan bir uygulamadır. Ersoy, s. 5-6.

Danıştay bir kararında⁶², davaya konu taşınmazlarda ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılmasını ifraz krokisinde işaretli alanların bedelsiz terki şartına bağlayan belediye encümen kararını değerlendirmektedir⁶³. Mahkeme, kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazların bedelsiz terk edileceğine dair kanuni bir düzenleme olmadığından bahisle ifraz ve tevhit işleminin yapılmasını terk koşuluna bağlayan encümen kararının iptali yönünde karar vermiş, ancak imar planı uygulamalarının belediyelerin mali olanakları gözetilerek, Yasa gereği belirli bir program çerçevesinde gerçekleştirileceğinden bu konuda herhangi bir zorlamada bulunulamayacağını belirtmiştir. Danıştay, bu kararda, malikler tarafından sunulan ifraz ve tevhit taleplerinin kabulünün imar planında umumi hizmetlere tahsis edilen taşınmazların malikler tarafından idare lehine bedelsiz terki şartına bağlanmasını hukuka aykırı bir idari işlem olarak değerlendirmiştir.

Danıştay diğer bir kararında⁶⁴, Ankara ili Çankaya ilçesi Mühye köyü ıslah imar planına göre yapılan 81160 sayılı parselasyon planındaki 7 no.lu plan notundaki “23.7.2004 tarihine kadar bedelsiz terk işlemi gerçekleştirilmiş konut parsellerindeki TAKS:0,35, KAKS:0,70 Ticaret parsellerinde E:0,70, bu tarihe kadar bedelsiz terk işlemi gerçekleştirilmemiş konut parsellerinde TAKS:20, KAKS:40, Ticaret parsellerinde E:0,40 olacaktır” şeklindeki bedelsiz terk işleminde bulunanlar ile bulunmayanlar için farklı hükümlere yer veren plan notlarının, plan bütünlüğünü ve dengesini bozduğu, şehircilik ve planlama esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptali yönündeki yerel mahkeme kararını onamıştır. İmar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan diğer bir davada Danıştay⁶⁵, hak sahiplerinin bedelsiz terkine bağlı olarak daha yüksek oranda yapılaşma imkânı tanıyan imar planındaki plan notlarını değerlendirmiştir. Kamulaştırma bedeli ödemek yerine bedelsiz terke bağlı olarak konut alanındaki yoğunluğun artırılması eşitlik ilkesine ve planlama esaslarına aykırı bulunmuştur⁶⁶.

Bu karar örneklerinde Danıştay, ifraz ve tevhit talebinin kabulünü veya taşınmazda daha yüksek oranda yapılaşma imkânını bedelsiz terk şartına bağlayan idari işlemleri hukuka aykırı olarak nitelendirmektedir. İdarenin, uygulama imar planında umumi hizmetlere tahsis edilmiş özel hukuka tabi taşınmazları kamuya kazandırmasının araçları, düzenleme ortaklık payı ile kamulaştırmadır. İdarenin yetki/görevi kapsamındaki bu araçları kullanmaksızın, yapılaşma hakkını kullanmak isteyen malike, kanuni bir dayanağı olmaksızın mülkiyet hakkından vaz-

⁶² D6.D., 17.5.1995, E. 1994/4947, K. 1995/1985, Erişim Tarihi: Mart 11, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁶³ 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca şartlı bağış kabul etme yetkisi Belediye Meclisi'nin, 38. maddesi gereğince şartsız bağışları kabul etme yetkisi de Belediye Başkanı'nın görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır.

⁶⁴ D6.D., 2.2.2009, E. 2007/1759, K. 2009/835, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁶⁵ D6.D., 10.11.2009, E. 2007/6561, K. 2009/10968, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁶⁶ Benzer içerikte diğer bir karar için bkz. D6.D., 18.5.2010, E. 2008/4992, K. 2009/4966, Erişim Tarihi: Mart 11, 2022, www.lexpera.com.tr.

geçmesi sonucunu doğuran terk beyanında bulunmasını zorunlu kılması, kanuni bir yetki kullanımı değildir. Kanuni idare ilkesi⁶⁷ uyarınca idare, ancak kanunun kendisine yetki verdiği usul ve esaslar dairesinde işlem ve eylemlerde bulunabilecekken bedelsiz terk adı altında geliştirilen uygulama, hukuka aykırı şekilde mülkiyet hakkını sınırlandırma aracı mahiyetindedir.

2. Meselenin Değerlendirilmesi

Bedelsiz terk uygulamasının doğuşunun arka planındaki düşünce, İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca parselasyon planı yapılmış olsaydı düzenleme ortaklık payı adı altında ayrılacak umumi hizmet alanlarının, henüz parselasyonun yapılmadığı bir aşamada, İmar Kanunu'nun 15.-16. maddeleri kapsamında malik tarafından sunulan ifraz ve tevhit talepleri sırasında temin edilmesidir. Bu suretle imar hakkını kullanmak için ifraz ve tevhit talep eden malikin menfaati temin edilmekte, diğer yandan da ilgili idarenin görevi olmasına rağmen çeşitli sebepler ile yapmadığı parselasyon planı hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu durum umumi hizmet alanlarının karşılanmasının olağan yolu olmayıp uygulamada istisnai olarak geliştirilmiş bir çözüm modeli olmalıydı. Gelişen süreçte parselasyon planı yapılsın veya yapılmayın, imar hakkını kullanmak için sunulan ifraz ve tevhit talebinin kabulünün veya mevcut imar hakkının artırımının bedelsiz terk koşuluna bağlandığı pek çok idari işlem mevcuttur. İdarenin görev ve yetkisi kapsamındaki imar hakkının kullanımı ile ilgili idari işlemleri yapması için talepte bulunan malike, bedelsiz terk şartını ileri sürmesi, Danıştay kararlarına da yansdığı üzere hukuka aykırı niteliktedir. Bu çerçevede böyle bir uygulamanın ortaya çıkmasına sebebiyet veren koşulların ortadan kaldırılması, görevli idarelerce sorumluluk alanları kapsamındaki imar planlarının uygulama işlemlerinin gereği gibi yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu suretle malikin terk rızasına (!) ihtiyaç duymaksızın, İK m.18'e göre umumi hizmet alanları düzenleme ortaklık payı uygulaması veya kamulaştırma üzerinden ayrılmalıdır. Bu tahsis işlemi yapıldıktan sonra ancak ifraz ve tevhit talepleri değerlendirilmelidir. İmar Kanunu'nun 15/2. maddesinde 7181 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, imar planı bulunan alanlarda, ifraz ve tevhit işlemlerinin parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilmesine dair düzenleme de bu gerekliliği öngörmektedir. Bu hüküm gereğince uygulandığı takdirde bedelsiz terk uygulamasının daha istisnai bir sorun olacağı kanaatindeyiz.

⁶⁷ Günday, *İdare Hukuku*, s. 42-45; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I (Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), s. 151-164; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara, Turhan Kitabevi, 2021), s. 137-162; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 3-13.

C. BEDELSİZ TERK EDİLEN TAŞINMAZIN TERK AMACI DIŞINDA KULLANILMASI MESELESİ

1. Meselenin Tespiti

İdare, özel hukuka tabi taşınmazlardan düzenleme ortaklık payı veya kamulaştırma sonucu kamuya kazandırdığı bir taşınmazı kamu yararı dışında başka bir amaç için kullanamaz. Düzenleme ortaklık payı olarak ayrılan taşınmazlar, İmar Kanunu'nun 18/3. maddesi uyarınca, "... bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz.". Kamulaştırma yoluyla kamu mülkiyetine kazandırılan taşınmazın, kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsis edilmemesi halinde idarece iadesi (Kamulaştırma Kanunu m.22) veya malik tarafından geri alınması (Kamulaştırma Kanunu m.23) söz konusu olabilmektedir. Bedelsiz terk uygulamasının kanuni bir dayanağının olmaması neticesinde, malikler tarafından tapuda ferağ verilerek kamuya terk edilen taşınmazların imar planlarındaki tahsislerinin değiştirilerek kamu yararı dışında kullanılması, özel mülkiyete tabi taşınmazlar haline getirilerek terk amacı dışında kullanılması durumları ile sıklıkla karşı karşıya kalınmaktadır.

a. Yargıtay Kararları Uyarınca

Adli yargı nezdinde malik tarafından ilgili tapu kaydının iptali ile taşınmazın adlarına tescili, bunun mümkün olmadığı hallerde ise taşınmazın bedelinin tahsili talepleri gündeme gelmektedir. Yargıtay⁶⁸, bedelsiz terk edilen taşınmazın geri alımı isteminin söz konusu olduğu bir davada,

"Dosya içindeki bilgi ve belgelerden bağışın şartlı yapılmadığı, yapı ruhsatı alabilmek için plan şartı gereği kamuya terk edilmeksizin yapı ruhsatı verilemeyeceğinden, imar planında teknik alt yapı alanı olarak ayrılan kısmın hibe edildiği, imar planının davacılarca iptal yoluna gidilmediği halen de imar planındaki konumunun değişmemiş olduğu göz önüne alındığında Borçlar Kanunu'nun 295/3 ve 297. maddelerinin uygulama yeri olmadığı gibi, Kamulaştırma Kanununun 35. maddesi uyarınca imar düzenlemesi sırasında malikinin muvafakati ile yol, yeşil alan ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan alan için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı da istenemez. Bu durumda, halen imar planında teknik alt yapı olarak ayrılan dava konusu taşınmaz için eski maliklerince mülkiyet iddiasında bulunmaları imkânı bulunmadığından tapu iptali ve tescil davasının reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür."

şeklinde karar vermiştir.

⁶⁸ Y5.HD, 26.6.2018, E. 2016/25555, K. 2018/12865, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

Yargıtay, genel itibariyle, bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanıldığı iddiası ile ilgili uyuşmazlıkları bağış sözleşmesinin şartlı (yüklemeli)⁶⁹ yapılıp yapılmadığı ve bağıştan dönme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinden değerlendirmektedir⁷⁰. Bu çerçevede bedelsiz terkin yüklemeli bağışın geri alınması şartlarını (Türk Borçlar Kanunu m.295/3, 297) taşımaması halinde Kamulaştırma Kanunu'nun (KK) 35. maddesi⁷¹ uyarınca hak sahibinin mülkiyet iddiasında bulunamayacağı ve karşılık isteyemeyeceği yönünde karar vermektedir. Hatta Yargıtay'ın bağışın yüklemeli yapılıp yapılmadığı değerlendirmesinde bulunmaksızın bedelsiz terk işleminin karşılıksız kaldığı iddiası ile açılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının Kamulaştırma Kanunu m.35 gereğince reddedilmesi gerektiği yönünde verdiği kararlar da bulunmaktadır⁷².

Ancak Yargıtay'ın aksi yönde de kararları bulunmaktadır. Belediye lehine terk edilen taşınmazların amaçları doğrultusunda kullanılmadığı için bağıştan rücu nedenine dayanan tapu iptal ve tescili, bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmaz bedelinin talep edildiği bir diğer davada Yargıtay⁷³, her ne kadar resmi senette bağışın şartsız yapıldığı belirtilse de tarafların gerçek iradesinin esas alınması gerektiğine vurgu yapmıştır. Dosyadaki taahhütname ve diğer belgelerden yüklemeli bir bağış olduğunun anlaşıldığını ve şartın yerine getirilmediğinin sabit olduğunu tespit ederek davalı idare adına kayıtlı taşınmaz tapu kaydının iptali ve davacı adına tesciline, üçüncü kişiye devredilen diğer taşınmazın ise bedeline hükmetmiştir. Yargıtay⁷⁴, benzer bir uyuşmazlıkta, “... kamu yararı amacıyla park alanı olarak kullanılmak üzere Belediyeye bedelsiz terkedilen taşınmazın imar plan tadilatıyla özel mülkiyete konu edilip 3. kişilere satılması nedeniyle, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan davacının mülkiyet hakkına aynı maddede düzenlenen meşru amaç (kamu yararı) unsuru gerçekleşmeden müdahale edildiği...” yönünde karar vermiştir. Yargıtay incelemesine konu olan

⁶⁹ 28 no.lu dipnotta belirttiğimiz üzere, metin içerisinde alıntılıdığımız yargı kararlarında kullanılan “şarta bağlı bağış” ifadelerinin “yüklemeli bağış sözleşmesi” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁷⁰ Benzer içerikteki kararlar için bkz. Y1.HD, 21.11.2018, E. 2018/4401, K. 2018/14777; Y1.HD, 21.2.2019, E. 2019/510, K. 2019/1197; Y1.HD, 27.3.2019, E. 2019/159, K. 2019/2228, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷¹ KK m.35: “İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez.”.

⁷² Y5.HD, 20.10.2014, E. 2014/8414, K. 2014/23304, Erişim Tarihi: Mart 11, 2022, www.lexpera.com.tr. Benzer içerikli kararlar için bkz. Y5.HD, 18.10.2016, E. 2015/27108, K. 2016/14345; Y5.HD, 5.3.2009, E. 2009/3, K. 2009/3505, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷³ Y1.HD, 3.4.2018, E. 2015/9529, K. 2018/8665, Erişim Tarihi: Temmuz 18, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷⁴ Y1.HD, 5.12.2017, E. 2015/2881, K. 2017/7079, Erişim Tarihi: Temmuz 18, 2020, www.lexpera.com.tr.

diğer bir uyuşmazlıkta⁷⁵, davacının özel parselasyon planı uyarınca ifraz edilmesi amacıyla belediyeye yaptığı başvuru, belediye başkanlığı tarafından bedelsiz terk şartı ile kabul edilmiş ve birçok imar parseli oluşturulmuştur. Dosya kapsamında yapılan keşifte, terk edilen taşınmazların bir kısmının ihdas edilerek 3. kişilere satıldığı, bir kısmının ise üçüncü kişiler tarafından elatılarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Yargıtay, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca malikin rızasıyla kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kamuya terk edilen taşınmazın kamu yararı dışındaki amaçlarla kullanıldığının tespiti halinde, davacının Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerektiğini belirtmiştir⁷⁶.

b. Danıştay Kararları Uyarınca

İdari yargı nezdinde, bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanımını öngören idari işlemin veya kamuya terk edilen taşınmazın idare lehine tescilini konu alan idari işlemin iptali talepleri gündeme gelmektedir.

Davacının ilgili parselin parselasyonuna dair encümen kararının iptalini talep ettiği davada Danıştay⁷⁷, düzenleme sahası içerisindeki düzenleme ortaklık payı oranının, bedelsiz terk edilen alanların bu sahadaki kamu alanları toplamından düşürüldükten sonra hesaplanması gerekirken, bedelsiz terk edilen yerlerden ihdas edilen taşınmazların belediye adına imar parseli haline getiren dava konusu parselasyon işleminin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu⁷⁸ ise davacılar tarafından kamuya bedelsiz terk edilen taşınmazın encümen kararı ile belediye adına tescilini konu alan idari işlemin iptali istemi ile ilgili davada, davacıların işlemin iptalini istemede menfaati olup olmadığını değerlendirmiştir. Danıştay 6. Dairesi'nin⁷⁹, davacıların, bedelsiz terk ettikleri taşınmazda malik olmamaları ve mülkiyet ilişkilerinin bulunmaması sebebiyle dava açma ehliyetinin olmadığına hükmettiği davada Danıştay İDDK,

⁷⁵ Y5.HD, 19.12.2019, E. 2018/6165, K. 2019/21018, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷⁶ Benzer içerikteki kararlar için bkz. Y5.HD, 28.9.2021, E. 2021/590, K. 2021/10488, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr. İmar kullanım hakkının artırılması amacıyla yapılan bedelsiz terkin, bu artırımı konu alan imar plan notunun iptali sebebiyle kamulaştırmasız elatmaya dayalı bedel tahsil talebi karşısında Yargıtay, bedelsiz terkin hukuki dayanağının kalmaması sebebiyle yolsuz hale geldiğinin kabulüne ve tapuda terkin edilen payların karşılığının ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Y5.HD, 9.4.2019, E. 2017/31021, K. 2019/6700, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr. Benzer içerikli diğer bir karar için bkz. Y5.HD, 15.1.2019, E. 2018/7515, K. 2019/138, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷⁷ D6.D, 7.5.2010, E. 2008/7917, K. 2010/4653, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷⁸ DİDDK, 20.1.2014, E. 2010/1324, K. 2014/48, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

⁷⁹ D6.D, 10.6.2009, E. 2007/5831, K. 2009/7103, Erişim Tarihi: Mart 16, 2022, www.lexpera.com.tr. Benzer karar için bkz. D6.D, 9.10.2009, E. 2007/10371, K. 2009/9482, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

“Davalı idare tarafından, ifraz ve yola terk işleminin davacıların iradesi ile yapıldığı belirtilmişse de, uyuşmazlık konusu taşınmazların, davacıların mülkiyetinde bulunan 1591 ada 1 parsel üzerinde yapılaşmaya gitmek istemeleri üzerine, 3194 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca yapılan uygulama sonucunda parselin A, B ve C olmak üzere üç parçaya ifrazı sonucu oluştuğu, uyuşmazlık konusu 94,80 m² büyüklüğündeki B parselin, mevcut imar planına göre cami alanı olarak belirlenen alanda, 598,80 m² büyüklüğündeki C parselin ise, yol olarak belirlenmiş alanda kalması nedeniyle, imar planında tahsis edildikleri amaç doğrultusunda, yol ve ibadet alanı olarak kullanılmak üzere kamuya bedelsiz olarak terk edildiği, davacıların ise, umumi hizmetlerde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla ve kamu gücü kullanılarak alınan bu taşınmazların daha sonra yapılan imar planı değişikliği ile tahsis amacının değiştirilmesi sonucu kendilerine iade edilmesi gerekirken, davalı idarece bedelsiz olarak el konulmasının, Anayasa ile korunan mülkiyet hakkının gaspı niteliğinde olduğu iddiasıyla bakılan davayı açmış olduğu dikkate alındığında, söz konusu taşınmazların belediye adına tesciline ilişkin dava konusu işlem nedeniyle, meşru, kişisel ve güncel menfaatinin etkileneceği sonucuna varılmıştır.”

şeklinde karar vermiştir. Mahkeme, davacıların taşınmazın belediye adına tescili yönündeki idari işlemin iptalini istemede menfaati olduğunu belirterek, ilk derece mahkemesinin iptal yönündeki kararını onamıştır. Bu kararda Danıştay’ın, taşınmazı bedelsiz terk ettiği için tapuda malik görünmeyen eski hak sahiplerinin taşınmazın terk amacı dışında kullanımı sonucunu doğurabilecek idari işlemlerden dolayı menfaatlerinin etkilenebileceğini kabul etmesi önem arz etmektedir. Diğer yandan aynı kararda, terk amacı dışında kullanılan taşınmazın eski maliklere iade edilmemesinin mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi de dikkat çekmektedir.

Danıştay incelemesine konu olan diğer bir davada⁸⁰, bedelsiz terk edilen taşınmazın bir kısmının, yapılan imar planı değişikliği ile terk amacı dışında yapı adasına dâhil edilmesi suretiyle kamu alanından çıkarılması karşısında taşınmazın rayiç bedeli üzerinden eski malike satılmasına ilişkin işleme yapılan itirazın reddine ilişkin belediye meclis kararının iptali talep edilmektedir. Danıştay, konu ile ilgili olarak şu yönde karar vermiştir:

“... 3194 sayılı Yasa’da özel mülkiyete konu olan taşınmazlardan sahiplerinin rızası ile umumi hizmetlere bedelsiz olarak terk edilen ancak daha sonra yürürlüğe giren imar planı ile tahsis amacı değişen yerlerin bedelsiz olarak eski maliklerine geri verilmesi yolunda yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte hazine ve özel idareye ait arsa ve araziler-

⁸⁰ D6.D, 13.10.2015, E. 2012/5723, K. 2015/5912, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr.

den kamu yararı amacıyla alınan taşınmazların imar planıyla kullanım amacı değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirilmesi halinde, bu yerlerin devir alınan idareye aynı usulle iade edileceğine ilişkin hükmünün kıyasen özel mülkiyete konu olan taşınmazlar da uygulanmasının mülkiyet hakkını koruyan Anayasaya ve sözleşmeye, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olacağı açıktır. ... kamu alanında kalan ve kamu yararı amacıyla kamu gücü kullanılarak davacıdan alınan taşınmazın daha sonra davalı idarece yapılan imar planı değişikliği ile imar adasına dahil edilmek suretiyle kullanım amacının değişmesi sonucunda davacıya bedelsiz iade edilmesi gerektiğinden aksi yönde verilen mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.”

Bu kararda Danıştay, bedelsiz şekilde terk edilen ancak sonraki imar planı değişikliği ile tahsis amacı değişen taşınmazların eski malike iadesi yönünde yasal bir düzenleme bulunmasa da, Hazine adına kayıtlı taşınmazların belediye ve il özel idaresine bedelsiz devrini konu alan İmar Kanunu'nun 11/3. maddesinin kıyasen uygulanması⁸¹ gerektiğini belirtmektedir. Bu maddeye göre, bedelsiz terk edilen hazine taşınmazları, imar planı değişikliği ile özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde taşınmaz ilgili idareye aynı usul ile iade edilmelidir.

Danıştay'ın, umumi hizmet alanları için bedelsiz terk edilen taşınmazların, imar planında değişiklik yapılarak konut alanına çevrilmesine ilişkin meclis ka-

⁸¹ İdare Hukuku'na hâkim olan "idarenin kanuniliği ilkesi" karşısında idari uyumsuzluklarda "kıyas" metodu uygulanmasının mümkün olup olmadığı ile ilgili olarak *Erkal*, İdare Hukuku'nda kesin kıyas bulunmadığını, ancak özel hukuktaki gibi bir kıyas serbestisinin de bulunmadığını belirtmekte, hak yaratıcı durumlar ile yükümlülük getiren durumlar arasında kıyasın uygulanabilirliği açısından farklılık bulunduğunu, yükümlülük getiren hallerde kıyas yasağının kabulünün gerektiği, hak yaratıcı durumlarda ise kıyasın kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Atilla Erkal, "Kamulaştırmasız El Konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 79, Sayı 3 (2021): s. 990-991. *Tan/Bayazıt*'a göre, özel hukuktaki bir müessese ile idare hukukundaki müessesenin benzer olması, özel hukuktaki hükmün kıyasen idare hukukuna taşınmasını gerektirmemekte, ancak özel hukuktaki kuralın evrensel nitelikte olması halinde kıyas yapılabilir. Turgut Tan, Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (Ankara, Turhan Kitabevi, 2021), s. 84-85. *Antalya* ise kamu hukukunda genel bir kıyas yasağından bahsetmenin mümkün olmadığını, kıyas yasağının olup olmadığına hâkimin hukuk normunun amaçsal yorumuyla karar vereceğini paylaşmaktadır. Osman Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 322. Sözer ise, İdare Hukuku'nun Medeni Hukuk'un sözleşme ilkelerinden faydalandığını, özel hukukun birçok kralının kıyas yolu ile kamu hukukunda uygulandığını, ancak Vergi Hukuku ile Ceza Hukuku'nda kıyasın yasak olduğunu belirtmektedir. Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017), s. 205-206, 208, 265. *Gişi* de idari yargıda yargıcın önüne gelen uyumsuzluklarda kıyas gibi akıl yürütme kurallarına başvuracağını ifade etmektedir. Merve Burcu Gişi, "İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyumsuzlukların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt IX, Sayı II (2016): s. 219. *Karabatak*, özel hukuktaki kuralın genel hukuk ilkelerinin bir yansıması olması halinde kıyasen idare hukukunda da uygulanabileceği, idare hukukunda ölçülü bir kıyas usulünün uygulanmasına ihtiyaç olduğu kanaatinde. Rüstem Karabatak, *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996), s. 66-67.

rarlarının iptali istemine ilişkin çeşitli davalarda⁸², imar planları hazırlanırken şehircilik ilkeleri, planlama esasları, imar planlarının bütünlüğü, genel yapısı, kapasiteli alanın nitelikleri, bölgenin ihtiyaçları ve çevrenin korunması gibi olguların yanında kamu yararı ilkesinin de gözetilmesinin zorunlu olduğunu vurguladığı, dava konusu taşınmazların umumi hizmet alanlarından çıkarılmasının kamu yararını gerektiren zorunluluk arz etmediği kanaatinde eriştiği takdirde idari işlemin iptali yönünde karar verdiği görülmektedir.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi Kararları Uyarınca

Adli veya idari yargıda ileri sürülen taleplerin kesin hüküm şeklinde reddi halinde malik, 23 Eylül 2012 tarihi öncesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde, bu tarihten sonra ise bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi nezdinde iddiasını dile getirebilmektedir.

Türkiye'deki bedelsiz terk uygulaması, terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanılması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlali iddiası ile AİHM nezdinde dava konusu olmuştur. AİHM *Karaman v. Türkiye* davasında⁸³, başvurucular, 1997 yılında, arazi ve arsa düzenlemesi sırasında taşınmazın bir kısmını yol yapımı amacıyla bedelsiz terk ederken, diğer bir kısmını ise sağlık merkezi yapılması amacıyla Belediye'ye bağışlamışlardır. 1998 yılında Belediye, sağlık merkezi için bağışlanan araziye üç parsel bölmüş, parsellerden birini üçüncü kişilere satmış, bir parseli kendi adına tescil ettirmiş, diğer parseli ise sağlık merkezi yapılması adına hazineye satmıştır. Bunun üzerine başvurucular, üçüncü kişiye satılan parsel sebebiyle tazminat, belediye adına yapılan tescil kaydının ise kendi adlarına yapılması istemi ile dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi, davayı, şartlı bağıştaki amaca aykırılık gerekçesiyle kabul ederken Yargıtay KK m.35 hükmünü gerekçe göstererek kararı bozmuş ve nihayetinde başvurucunun talebini reddetmiştir. AİHM, kamulaştırılan taşınmazların, kamulaştırma amacına uygun kullanılmamasının (40786/98 B. No.lu *Beneficio Cappella v. Saint Marin* davası) veya kamulaştırma kararına konu olan kamu yararı projesinin uzun yıllar yapılmamasının (*Motais de Narbonne v. Fransa* davası) mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirildiği davalarda kullanılan muhakemenin, kamulaştırma söz konusu olmasa da kamu yararı amacıyla bağışın söz konusu olduğu bu uyuşmazlıkta da uygulanabileceği kanaatini paylaşmıştır. Mahkeme, Türk yargı makamlarının, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesini, davadaki uyuşmazlıkta olduğu üzere, kamu yararına yapılan bağışın konusu olan taşınmazın kamu yararına kullanılma-

⁸² D6.D, 3.2.2016, E. 2012/307, K. 2016/384; D6.D, 3.2.2016, E. 2012/308, K. 2016/385; D6.D, 3.2.2016, E. 2012/309, K. 2016/386, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2020, www.lexpera.com.tr.

⁸³ AİHM *Karaman v. Türkiye* Kararı, Başvuru No. 6489/03, 15.1.2008, Erişim Tarihi: Temmuz 7, 2020, <https://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11265.htm>. Karar ile ilgili olarak bkz. Oğuz Sancakdar, "AİHM'in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri", *İzmir Barosu Dergisi*, Av. Güney Dinç Armağanı, S. 3, Y. 84 (Eylül 2019): s. 551-552.

ması halini de kapsayacak şekilde yorumlamasını, kamu yararı ile bireysel hakların korunması arasındaki adil dengeyi bozan bir uygulama olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir.

Karaman v. Türkiye davasına konu olan uyuşmazlığa benzer uyuşmazlıklar AYM tarafından bireysel başvurular kapsamında değerlendirilmiştir. *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras* davasında⁸⁴, yol yapılmak koşuluyla belediyeye bedelsiz terk edilen taşınmazın imar planında değişiklik yapılmak suretiyle konut alanına dönüştürülmesi karşısında, eski maliklerinin taşınmazın bedelsiz şekilde kendi adlarına tescili talebinin Yargıtay tarafından KK m.35 düzenlemesi gerekçe gösterilerek reddedilmesi söz konusudur. Anayasa Mahkemesi, yol olarak kullanılması için Belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen taşınmazın iadesi yönünde önceki maliklerin meşru/haklı beklentilerinin⁸⁵ olduğunu vurgulamakta, başvuru sahiplerinin taşınmazın maliki olmadıkları, maliki olma yönünde haklı beklentilerinin olduğu gerekçesiyle de uyuşmazlığı mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele almaktadır⁸⁶. AYM, Türk Borçlar Kanunu'ndaki şartlı (yüklemeli) bağış ile ilgili hükümlere atıf yaparak, yol şartı ile bağışlanan taşınmazın konut alanına dönüştürülmek suretiyle bağış vaadi sözleşmesindeki mükellefiyetinin ihlal edildiği, bu halde bağışlayanın iade hakkının doğacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu suretle başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkı hususunda meşru beklentilerinin olduğunu, hukuki sorunun, Yargıtay'ın KK m.35 ile ilgili yerleşik içtihadından kaynaklandığını belirterek, kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin, malik aleyhine orantısız şekilde bozulduğundan bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁸⁷.

⁸⁴ AYM *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Kararı*, Başvuru No. 2014/11994, 9.3.2017.

⁸⁵ Meşru/haklı beklenti ifadesi, İdare Hukuku'nda 1950'li yıllardan itibaren kullanılmaya başlanan bir kavramdır. Haklı beklentinin korunması ilkesi, idarelerin işlem, eylem, tasarrufları ile kişiler nezdinde oluşturduğu beklentinin, idarenin kendilerine de benzer şekilde davranacağına dair beklentinin hukuka olan güveni temin etmek için korunması olarak ifade edilebilir. Bu ilkede iki temel menfaatin çatıştığı kabul edilmektedir. Biri haklı beklentinin korunmasına dair bireysel menfaat, diğeri ise mevcut uygulama değişikliğine sebebiyet veren kamu yararadır. Bu ilke ile bu iki menfaat arasındaki çatışmanın çözülmesi amaçlanmaktadır. Haklı beklentinin korunması ilkesinin anayasal temelleri olduğu, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine dayandığı ifade edilmektedir. Kavramın tanımı, tarihi gelişimi ve dayanakları ile ilgili olarak bkz. Selçuk Gişi, *Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017), s. 17-29, 30-41, 67-118; Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 30-42, 27-30, 97-141; Elvin Evrim Dalkılıç, *Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması* (Ankara, Turhan Kitabevi, 2016): s. 54-60, 120-143.

⁸⁶ AYM *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Kararı*, §53-63.

⁸⁷ AYM *Süleyman Oktay Uras-Sevtap Uras Kararı*, §80-81'de, "Olayda başvuru sahipleri, maliki buldukları taşınmazı yol yapılması şartıyla Belediyeye bağışlamış ancak Belediye tarafından yapılan imar planı değişiklikleriyle taşınmaz, konut alanına dönüştürülmek suretiyle bağış vaadi sözleşmesinde belirtilen mükellefiyet ihlal edilmiştir. Bu mükellefiyetin ihlali başvuru sahiplerinin taşınmazın iadesi yönünde meşru bir beklenti yaratmıştır. Meşru beklentinin doğması, taşınmazın her durumda mutlak surette başvuru sahiplerine iadesini gerektirmemekle birlikte somut

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, AİHM'in bedelsiz terk uygulamasında mülkiyet hakkı ihlali tespit ettiği *Karaman v. Türkiye* kararı ile benzer aynı içeriktedir.

Anayasa Mahkemesi, *Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş.* kararına konu olayda⁸⁸, başvurunun yıllar önce inşaat ruhsatı başvurusunda metro ve tramvay güzergâhında kaldığı için bedelsiz terk ettiği taşınmaz yıllar sonra yapılan imar planı değişikliği ile özel kültürel alana tahsis edilmiştir. Başvurucunun okulun yenilenmesi ihtiyacına binaen tekrar inşaat izni talebiyle belediyeye yaptığı başvuruya, daha önce terk edilen yerin satın alınarak ana taşınmazla tevhit şartıyla inşaat izni verilebileceği şeklinde cevap verilmiştir. Başvurucu, bu cevap üzerine daha önce bedelsiz terk edilen taşınmazın tapu kaydının iptali ve kendi adına tescili yönünde talepte bulunmuş, ancak bu talep Yargıtay tarafından KK m.35 gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. AYM, yola terk edilen taşınmazın özel kültürel alana tahsis edilmesi sebebiyle satış vaadi sözleşmesinde belirtilen mükellefiyetin ihlal edildiğini ve bu halin başvuru nezdinde taşınmazın iadesine dair haklı bir beklenti oluşturduğunu belirtmektedir. Yapılan muhakemede, ölçülülük açısından hukuki sorunun KK m.35 ile ilgili yerleşik yargısal içtihattan kaynaklandığı, bedelsiz şekilde yola terk edilen taşınmazın bağışlayana iade edilmesi için bedelinin ödenmesi şartının getirilmesinin başvuru açısından ağır bir yük oluşturduğu, bu şekilde ekonomik menfaatin belediyeye ait olmasının devlete güven ilkesini zedeleyeceği, somut olayda aradan on üç yıl geçtiği hâlde taşınmazın terk amacı doğrultusunda kullanılmaması nedeniyle kamu yararı amacının ortadan kalktığı tespitinde bulunulmuş ve kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu sonucuna varılmıştır.

olayın koşulları gözetilerek başvuru iadesinin gerekip gerekmediği hususunda ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Oysa incelenen başvuruda Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca yapılan ölçülülük değerlendirmesi yönünden hukuki sorunun; 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükmünün, malikin rızasıyla kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kamuya terk edilen taşınmazların kamu yararı dışındaki amaçlarla kullanılması durumunda dahi taşınmazın malike iadesine engel teşkil ettiği biçimindeki yerleşik yargısal içtihattan kaynaklandığı görülmektedir. Başvuru konusu olayda iade hakkının ortadan kaldırılmasının başvurucalara önemli bir külfet yüklediği tartışmasızdır. Buna karşılık Belediye, kamu yararı amacıyla yol yapılmak üzere bağışlanan taşınmazdan önemli ekonomik yarar elde etmektedir. Yol şartıyla bağışlanan taşınmazın konut alanına dönüştürülerek bundan elde edilecek ekonomik menfaatin Belediyeye ait olması devlete güven ilkesini zedeleyici sonuçlar doğurmaktadır. Öte yandan, Belediyenin konut alanına dönüştürdüğü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nedeniyle malikin yüklediği külfete kıyasen çok hafif kalmaktadır. Diğer bir deyişle konut alanına dönüştürülen taşınmazın eski malikine iade edilerek Belediyenin özel mülkü hâline getirilmesi, amme menfaatlerinin gözetilmesindeki kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine orantısız bir biçimde zedelenmesine yol açmaktadır. Bu durumda, başvuru mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez." denilmek suretiyle Anayasa'nın 35. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

⁸⁸ AYM *Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş. Kararı*, Başvuru No. 2016/3592, 29.5.2019.

Anayasa Mahkemesi nezdindeki *İbrahim Manav* kararı da⁸⁹, bedelsiz şekilde yeşil alan ve yola terk edilen taşınmazlarla ilgilidir. AYM, başvuru tarafından yapılan terkin şartlı olduğu ve taşınmazların terk amacına uygun kullanılmadığı tespitinde bulunmuştur. Başvuru konusu olayda yeşil alan ve yola terk edilen alanın bir kısmına terk amacına aykırı olarak belediye hizmet binası ve cami inşa edilmesi, bu suretle belediyenin dükkânlardan gelir elde etmesinin farklı bir kamu yararı amacına hizmet edip etmediği hususunda yeterli araştırma yapılmadan karar verildiği belirtilerek usul açısından mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

Bu kararlar ışığında Anayasa Mahkemesi'nin, bedelsiz terk uygulamasını bağış sözleşmesi olarak nitelendirdiğini ve bu konudaki uyuşmazlıkları TBK hükümleri uyarınca bağışın yüklemeli yapıp yapılmadığı, yüklemeye aykırı bir durumun olup olmadığı kriterinden hareket ederek çözümlediğini görmekteyiz. *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras kararı ile Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş.* kararında, mevcut durumun, bedelsiz terk şeklindeki bağışta öngörülen şarta aykırı olduğu tespitinden hareketle adil dengenin bozulduğu gerekçeyle mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir. *İbrahim Manav* kararında ise mevcut durumda bedelsiz terk amacına, bağış ilişkisindeki şarta aykırı kullanım söz konusu olsa da mevcut kullanımın kamu yararını sağlayabilecek diğer bir kullanım şekli olup olmadığına araştırılmadığına vurgu yapmaktadır. AYM'nin yaklaşımı, kamulaştırmadaki sürece benzer şekilde, taşınmazın terk amacı dışında kullanılmakla birlikte kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaç için tahsis edilmesi hâlinde, sebebi değişmiş olsa da kamu yararı amacının mevcut olabileceği yönündedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bedelsiz terk ile ilgili diğer bazı uyuşmazlıklarda, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin bozulmadığı, hatta iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde verdiği kararlar da bulunmaktadır. *Şahin Tosun* kararına konu olayda⁹⁰, taşınmazın bir kısmı “*taşınmazın bulunduğu alandaki imar planlarının ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak iki ay içinde yapılması*” koşuluyla bedelsiz şekilde belediyeye terk edilmiştir. Bu taahhüt uyarınca belediye tarafından yapılan imar planı ve imar uygulaması sonucu oluşan yeni imar parselleri başvuru adına tescil edilmiştir. Söz konusu imar uygulamasının dayanağı olan imar planı iptal edilince başvuru bağıştan rücu ettiği gerekçesiyle tapu kaydının iptali ve kendi adına tescili için dava açmıştır. Yargıtay, başvuruçunun imar uygulaması sonucu parsel sahibi olduğunu, bağıştan rücu koşullarının oluşmadığını, belediyece yapılan imar uygulaması sonucu oluşan parsellerin imar planının iptali kararına rağmen hâlen ayakta olduğunu vurgulayarak davanın reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi de belediyenin

⁸⁹ AYM *İbrahim Manav Kararı*, Başvuru No. 2019/2755, 21.12.2021.

⁹⁰ AYM *Şahin Tosun Kararı*, Başvuru No. 2014/10857, 11.1.2017.

ilgili şart uyarınca imar planı ve imar uygulaması yaptığı, başvurunun bu çerçevede parsel sahibi olduğu, imar planı iptal edilmiş olsa da yeni bir parselasyon planı yapılmıyaya kadar bu parsellerin hukuki varlığını koruduğu, başvurunun ilgili parselleri satarak imar uygulamasıyla ulaşmak istediği sonuca ulaştığı, başvurunun bağış için öngörülen şartla elde edebileceği bütün yararları kavuştuğu gözetildiğinde başvurunun iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde karar vermiştir. Karara konu olan olayda, bedelsiz terk, verdiğimiz tanıtım dışında, imar planı ve imar uygulaması yapılmasının karşılığını teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı uyarınca, imar uygulaması sonucu imar parsellerinin başvuru adına tescili, bedelsiz terkteki yüklemenin gerçekleştiği, diğer bir deyişle yüklemeli bağış sözleşmesinden rücu imkânının bulunmadığı anlamına gelmektedir.

Buket Baran ve Diğerleri kararında ise⁹¹, imar planında tamamı yeşil alan içerisinde kalan ana taşınmazın bir kısmının başvuru murisi ile idarenin anlaşması sonucunda kamuya bedelsiz olarak terk edildiği, kalan kısmın yeşil alandan çıkarılarak konut alanı içinde kalacak şekilde başvuru murisi adına tapuya tescil edildiği görülmektedir. Yeşil alan olarak terk edilen taşınmazın protokoller ile bir vakfa tahsis edildiği, vakıf tarafından da sağlık ve eğitim alanı olarak kullanıldığı, bu çerçevede de imar planında yeşil alanda kalan taşınmazın vasfının eğitim ve sağlık alanı olarak değiştirildiği, ancak imar planındaki bu değişikliğin iptal edildiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu davada, kamuya terk edilen taşınmazın yeşil alan vasfı korunmak üzere kamuya terk edildiğine dair başvuruların iddiasını destekleyen herhangi bir belge ve bilgi sunulmadığını, taşınmazın vasfını değiştiren imar planının iptal gerekçesinin de bu yöndeki iddiayı ispatlamadığı, ayrıca maliki olduğu taşınmazın bir kısmını bedelsiz olarak kamuya terk eden başvuru murisinin bu terk nedeniyle amaçladığı tüm yararları elde ettiği ifade edilmektedir. AYM, bu davada, *Şahin Tosun* başvurusunda belirlenen ilkeler doğrultusunda imar durumu itibarıyla hâlen yeşil alan vasfındaki taşınmazın bir vakıf tarafından sağlık tesisi olarak kullanılmasının başvuru-culara olağan dışı, aşırı ve ölçsüz bir külfet yüklediği söylenemeyeceği gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde karar vermiştir. Bu kararda, her ne kadar bedelsiz terkin yüklemeli olarak yapıldığının ispat edilemediği vurgulansa da, Anayasa Mahkemesi, imar planında tamamı yeşil alana ayrılan, bu sebeple belki de hiç kullanılmayacak olan, kamulaştırılması gereken taşınmazın, idare ile anlaşmak suretiyle, bir kısmının bedelsiz terki karşılığında kısmen konut alanına ayrılmasıyla terk ile amaçlanan sonuca ulaşıldığı yargısında bulunmaktadır. Bu suretle AYM, terk edilen taşınmazın terk amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı kriteri üzerinden değil de, terk ile ulaşılacak istenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinden uyuşmazlığı değerlendirmektedir.

⁹¹ AYM *Buket Baran ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No. 2017/14999, 3.12.2020.

Bekir Arı kararında da⁹², başvuruçunun ifraz talebi sonrasında yola terk edilen taşınmaz, imar planı değişiklikleri ile önce sosyal kültürel tesis alanına dönüştürülmüş, sonra bu alanın bir kısmı da kârgir düğün salonu olarak belediye adına tescil edilmiştir. Bu çerçevede mülkiyet hakkının ihlali iddiası karşısında Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına bir müdahalenin olduğunu, ancak "... müdahalenin genel bir imar uygulamasının parçası olarak değil söz konusu taşınmazın başvuruçunun ifraz talebi üzerine -ekonomik açıdan yarar sağlamak için- parselasyon işleminin yapıldığı dikkate alınmalıdır. Buna göre başvuruçunun, taşınmazı olduğu gibi kullanmak yerine ifraz ettirerek tasarruf ve devir işlemlerinde bulunmayı tercih etmiştir. Öte yandan söz konusu parselasyonun ancak ifraz edilen parseller için taşınmazın bir kısmının yola terki suretiyle yapılabileceği başvuruçunun tarafından öngörülebilir bir durumdur. ... başvuruçunun kendi isteği ile yapılan ifrazdan elde ettiği menfaat dikkate alındığında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruçuya aşırı bir külfet yüklediğinden söz etmek mümkün değildir." şeklinde mülkiyet hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararda da, yola terk suretiyle kamu yararına özgülünen taşınmazın sosyal kültürel alan ve nihayetinde kârgir düğün salonu olarak kullanılmasının terk amacına uygunluğunu değerlendirmemiş, terk suretiyle malikin ulaşmak istediği amaca ulaşip ulaşmadığını dikkate almıştır.

AYM'nin *Şahin Tosun, Buket Baran ve Diğerleri* ile *Bekir Arı* kararlarında, taşınmaza yapılan müdahalenin kamu yararı meşru amacıyla yapılması gerekliliği ilkesinden uzaklaştığı, ölçülülük ilkesi üzerinden uyumsuzlukları ele aldığı görülmektedir.

2. Meselenin Değerlendirilmesi

Bedelsiz terk edilen taşınmazların terk amacı dışında kullanılması sorunsalının şartlı bağış sözleşmesi nitelendirmesi üzerinden çözümlenmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. İmar hakkını kullanmak isteyen malikin, yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu gücüne dayanarak terk talep eden idare karşısında serbest iradesi ile bağış beyanında bulunması pek mümkün olmadığı gibi eşit koşullar altında olunmayan bu ortamda malikin idareye ödev yükleyerek bağışta bulunması da pek ihtimal dâhilinde görünmemektedir.

Bedelsiz terk ile ilgili olarak adli yargıda dile getirilen tapu iptal ve tescil taleplerinin reddine gerekçe olarak sunulan, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesindeki özel parselasyon sırasında malikinın muvafakati ile umumi hizmetlere ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ve karşılık istenemeyeceği düzenlemesinin yanlış yorumlandığı kanaatindeyiz. Maliklerin bedelsiz terk uygulamasına muvafakatleri, genel itibariy-

⁹² AYM *Bekir Arı Kararı*, Başvuru No. 2017/22268, 7.9.2021, Erişim Tarihi: Temmuz 19, 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

le, İmar Kanunu m.15-16 uyarınca sundukları ifraz ve tevhit talepleriyle gerçekleştirmektedir. “Özel parselasyon” kavramının kapsamına ifraz ve tevhit uygulamasının girip girmediği ile ilgili tereddütlerimiz⁹³ bulunduğu gibi malikin bu süreçte verdiği terke ilişkin muvafakatinin sıhhatli olup olmadığı da tartışmalıdır. Diğer yandan malikin vaktiyle terk beyanına konu yaptığı taşınmaz üzerinde mülkiyet iddiasında bulunmadığı veya bu çerçevede bir karşılık istemediği hususu da gözden kaçırılmaktadır⁹⁴. Malik, vaktiyle umumi hizmet alanlarına tahsis edilmesi maksadıyla terk ettiği taşınmazın terk amacı dışında kullanılmasına karşı talepte bulunmaktadır. KK m.35 ise bu hal ile ilgili olarak bir hüküm içermemektedir⁹⁵.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesine göre ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Taşınmaz mülkiyetine müdahale niteliğindeki bedelsiz terk edilen taşınmazın özel mülkiyete konu olacak hale getirilmesi kamu yararı amacının ortadan kalkması, diğer bir deyişle de müdahalenin meşruiyetini yitirmesi anlamına gelmektedir. Terk edilen taşınmazın terk amacına veya diğer bir umumi hizmete özgülenmeyerek özel mülkiyete konu olabilecek bir amaca özgülenmesi (veya fiilen bu maksatla kullanılması) mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilebilmelidir⁹⁶.

Bedelsiz terk kanunda düzenlenen bir mevzu olmadığı için hüküm ve sonuçlarına dair kanun boşluğu olduğu kabul edilebilir. İdarenin imar planındaki umumi hizmet alanlarına tahsisleri hayata geçirmek için geliştirdiği bu uygulamadaki terk amacı dışında kullanılma meselesinin, İmar Hukuku'nun kanuni dayanağa sahip uygulamalarına kıyasen⁹⁷ ele alınması düşünülebilir. Henüz parselasyon yapıl(a)

⁹³ Şimşek, bedelsiz terk ile ortaya çıkan sorunların çoğunluğunun İK m.15 ve 16 kapsamındaki ifraz ve tevhit işlemleri sırasında olduğunu ve bu kapsamdaki terklerin KK m.35 kapsamına girmediğini belirtmektedir. Şimşek, s. 635, 640.

⁹⁴ KK m.35'in kapsamı ile ilgili olarak bkz. Ali Arcaç, Edip Doğrusöz, *Kamulaştırmazsız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1992), s. 23-25; Bekir Yıldırım, *Açıklamalı- İçtihatlı Kamulaştırma, Kamulaştırmazsız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2018), s. 883; Turan Çınar, *Kamulaştırmazsız El Atma Davaları* (Ankara, Adalet Yayınları, 2017), s. 12-13; Şahinöz, *Teori ve Uygulamada Kamulaştırmazsız El Koyma*, s. 70-88.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi de *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras* kararında, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesinin malikin muvafakati ile umumi hizmetlere ayrılmış olan alanların öngörüldükleri amaç için kullanılmayıp özel mülkiyete dönüştürülmesi halinde uygulanmayacağına dair açık bir ifade bulunmadığını belirtmektedir. *AYM Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Kararı*, Başvuru No. 2014/11994, 9.3.2017, §70.

⁹⁶ Konu ile ilgili olarak bkz. Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 502-506; Şaşı, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 340-342, 344.

⁹⁷ Kıyas hakkında kanunda hüküm bulunmayan bir uyumsuzluğu, sebep ve amaçları ortak ve hakında hüküm bulunan hukuki müesseseye nispet ederek çözümlenme olarak tarif edilebilir. Kıyas ile ilgili olarak bkz. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), s. 204; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), s. 199-203; Yasemin Işıktaş, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), s. 133-141, 231-238; Sözer, s. 202-215; Antalya, s. 316-341; Erkal, s. 989-990; Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Editör: Ozan Ergül, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013), s. 61 vd. Makale içerisinde incelediğimiz Danıştay kararları ile doktrindeki görüşlerden hareketle, İdare Hukuku'nda, özellikle de kişi lehine hak

mamış alanlarda sunulan ifraz ve tevhit taleplerinin değerlendirilme sürecinde, parsellasyon yapılmış olsaydı malikin rızası aranmaksızın düzenleme ortaklık payı olarak ayrılacak alanların, malikin rızası ile bedelsiz terk edilmesi istemi, ifraz ve tevhit sürecindeki kanuni boşluğa İK m.18'in kıyasen uygulanması mahiyetinde kabul edilebilir⁹⁸. Bu çerçevede terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanılması meselesinin de bu madde üzerinden kıyasen çözümlenmesi mümkün olabilecektir. Bu suretle de bedelsiz terk edilen taşınmazın, İK m.18/3'teki "... *bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz.*" hükmü uyarınca terk edilen amaç veya düzenleme ortaklık payına konu kullanımlar dışında başka bir amaç için ve özellikle de özel yarar için kullanılmasının mümkün olmadığı kabul edilebilecektir. Benzer bir yaklaşım kamuya ait taşınmazların belediye veya özel idareye bedelsiz devrini düzenleyen İK m.11'de de görülmektedir. Kamuya ait olup da imar planında umumi hizmetlere rastlayan taşınmazların ilgili idareye bedelsiz devri halinde İmar Kanunu'nun 11/2. maddesi uyarınca "*Bu suretle maledilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konur.*". Kamu mülkiyetine tabi taşınmazlar için öngörülen bu yasağın özel mülkiyete tabi taşınmazların bedelsiz terki için de kıyasen uygulanabilir. Yine benzer bir yaklaşımı kamulaştırma sürecinde Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararına tahsis edilmemesi halinde malike tanınan geri alma hakkı prosedüründe de görmekyiz⁹⁹.

yaratılması veya hakların korunmasının söz konusu olduğu hallerde, kıyas usulünün kullanılmasının kabul edilebileceği görülmektedir.

⁹⁸ Gerek İmar Kanunu'nun 18'inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (mülga) 11/2-3. fıkralarında öngörülen, gerekse de pek çok yargı kararında vurgulanan arsa ve arazi düzenlemesi kapsamındaki düzenleme ortaklık payı kesintilerinde varsa daha önce bedelsiz terk edilen taşınmaz kısımlarının DOP hesabına katılması mevzuu, bedelsiz terkin İK m.18'e kıyasen değerlendirildiğini göstermektedir. Konu ile ilgili yargı kararı örnekleri için bkz. D6.D, 4.2.2015, E. 2014/10404, K. 2015/476; D6.D, 4.2.2021, E. 2020/1904, K. 2021/1283, Erişim Tarihi: Mart 17, 2022, www.lexpera.com.tr. Bu husus, İmar Kanunu'nun 18. maddesinde 7181 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında maddenin 9. fıkrası, "*Parsellasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya bağışlanan alanların toplam parsel alanına oranı, yeni yapılacak parsellasyon planındaki düzenleme ortaklık payı oranına tamamlayan farkı kadar düzenleme ortaklık payı alınabilir.*" hükmü ile kanuni bir hükümü niteliğine kavuşmuştur. Konu ile ilgili olarak bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 460-461; Karaca, *Kamulaştırmazsız El Koyma*, s. 287; Çetintaş, *Kamulaştırmazsız El Atma*, s. 96-97; Mustafa Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4 (2010): s. 63; Yüksel Boz, Tayfun Çay, "İmar Uygulaması Kapsamında Gerçekleştirilen Bedelsiz Terklerin Danıştay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, 2020, C. 2, S. 1 (2020): s. 11-17.

⁹⁹ KK m.23/1: "*Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22'nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.*"

Bedelsiz terk edilen taşınmazın kamu yararı amacı dışında kullanılması ile ilgili uyuşmazlıkların bir kısmında Anayasa Mahkemesi, malikin terk ile ulaşmak istediği amaca ulaştığı¹⁰⁰ veya başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmediği¹⁰¹ gerekçesiyle ölçülülük kriterinin temini sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediği yönünde kararlar vermiştir. Bedelsiz terk karşılığında malik, taşınmazının yapılaşmaya elverişli hale gelmesi suretiyle menfaat elde etmiş olabilir. Ancak bedelsiz terk süreci, eşit iki taraf arasında özel hukuk temelli menfaat değişimi odaklı bir hukuki ilişki değildir. Bedelsiz terkte idare mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Bu müdahale de Anayasa m.35'e göre ancak kamu yararı amacıyla gerçekleştirilebilir. Malikin kamu lehine katlandığı müdahale karşısında kaybına eşdeğer bir menfaat elde etmesi, mülkiyet hakkının özüne dokunma yasağının bir gereğidir. Bu gereklilik, Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma usulünde “*gerçek karşılık*”, İmar Kanunu'nun 18/2. maddesinde ise “*değer artışları karşılığında*” ifadelerine da yansımaktadır. Diğer yandan bedelsiz terk karşılığında kamunun menfaat elde etmesi gerekmektedir. Belediye veya özel idarenin özel menfaat elde etmesi, TMK m.2'deki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekte olup hukuk devleti ilkesini zedeleyebilecek içeriktedir. AYM'nin bu hallerde kanunilik ve kamu yararı ilkeleri üzerinden değerlendirme yapıp mülkiyet hakkı ihlali yönünde, ancak malikin herhangi bir maddi zararının bulunmaması sebebiyle maddi zarar talebinin reddi, hukuk devleti ilkesinin ihlali sebebiyle de varsa manevi tazminat talebinin kabulü yönünde karar vermesi beklenmektedir.

SONUÇ

Bedelsiz terk uygulaması, henüz arsa ve arazi düzenlemesi yapılmamış alanlarla ilgili ifraz ve tevhit taleplerinin değerlendirilmesi sürecinde, parselasyon yapılmış olsaydı düzenleme ortaklık payı olarak ayrılacak taşınmaz bölümünden ferağ verilmesi şeklinde doğmuştur. Ancak zamanla bu uygulama, idare ile malik arasında imar hakkı elde edilmesi veya mevcut imar hakkının artırılması hususlarında pazarlık aracı haline gelmiştir.

Konu ile ilgili uyuşmazlıklarda öncelikle malik tarafından idare lehine taşınmaz ferağ beyanının imar uygulaması şeklindeki bir idari işlem sürecinin parçası olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bir idari işlem sürecinin parçası ise kamu gücünün varlığı sebebiyle idarenin özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşmesi olarak ele alınması mümkün değildir. Bir idari işlem dizisi içerisinde yer almayan hukuki ilişkilerdeki ferağ beyanı ancak Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca bağışlama sözleşmesi kapsamında ele alınabilir. Bu halde de malikin idareye umumi hizmetlere tahsis maksadıyla mı yoksa özel kullanımına olanak tanıyacak

¹⁰⁰ AYM *Şahin Tosun Kararı*, Başvuru No. 2014/10857, 11.1.2017.

¹⁰¹ AYM *Buket Baran ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No. 2017/14999, 3.12.2020, AYM *Bekir Arı Kararı*, Başvuru No. 2017/22268, 7.9.2021.

şekilde mi bağışta bulunduğu değerlendirilebilir. Tereddüt halinde karine olarak umumi hizmetlere tahsis edildiğinin kabulü uygun olacaktır.

İdarenin yetki/görev alanındaki bir idari işlemin yapılmasını bedelsiz terk şartına bağlamasının hukuka aykırı olduğu yönündeki Danıştay kararlarına rağmen bedelsiz terk uygulamada varlığını korumaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasında adli yargı ile idari yargı arasında bedelsiz terkin hukuki niteliği ile ilgili nitelendirme farklılığının etkisinin olduğu kanaatindeyiz. Malik, vaktiyle bedelsiz terk karşılığında yapılaşma hakkını kullandığı, bir menfaat elde ettiği düşüncesiyle bedelsiz terki şart koşan idari işlemin iptalini talep etmekten kaçınmaktadır. Ancak malikin, ilerleyen süreçte bedelsiz terkin hukuki sonuçları ile ilgili adli yargıda açtığı davada, bağışlama sözleşmesi nitelendirmesine dayalı bir değerlendirme, bu uygulamaya hukuki bir meşruiyet zemini sağlamaktadır. Bu çerçevede adli yargı ile idari yargının bedelsiz terk ile ilgili ortak bir yaklaşım benimsemesi elzemdir.

İmar uygulamasının bir parçası mahiyetindeki bedelsiz terk, eşit iki taraf arasında özel hukuk hükümlerine tabi bir hukuki işlem olarak değerlendirilmemelidir. İdarenin görev/yetki alanında kamu gücünü kullanarak yapması gereken parselasyon işlemini yapmaması sebebiyle kamunun herhangi bir zarara uğramaması amacıyla imar planında umumi hizmete rastlayan alanların bedelsiz terki zorunlu tutulmaktadır. Kamu gücü altında yapılan bu terk sürecinin, İmar Kanunu m.18 uyarınca yapılan düzenleme ortaklık payı kesintisinden yetki, sebep ve amaç açısından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Hakkında kanuni düzenleme bulunmadığı için başlı başına mülkiyet hakkını ihlal eden bedelsiz terkle ilgili uyuşmazlıkların, bu kanun boşluğunun ilgili kanunlarda düzenlenen imar uygulama araçlarına kıyasen doldurulması hakkı muhafaza eden bir yaklaşım olabilir. Bu çerçevede bedelsiz terkin hukuki niteliğinin DOP uygulamasına kıyasen ele alınması, kamuya terk edilmesine rağmen hukuka aykırı şekilde terk amacı veya diğer bir kamu yararı amacı doğrultusunda taşınmazın kullanılmamasını gerektirecektir. Kamu yararı amacı dışında kullanılması halinde ise İmar Kanunu'nun 11/3. maddesi veya Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesindeki iade prosedürünün kıyasen uygulanması, daha adil bir çözüm yolu sunacaktır. Diğer yandan maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakma sonucu doğuran bu hukuka aykırı eylemin kamulaştırmaz elatma¹⁰² olarak kabulü suretiyle bu çerçevedeki taleplerin gündeme gelmesi de söz konusu olabilir.

¹⁰² *Bakırcı*, kamulaştırmaz elatmayı, devlet ve kamu hukuku tüzel kişileri tarafından özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetine Anayasa ve kanunlarda öngörülen taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma neticesi doğuran sınırlandırma araçları hiç veya gereği gibi kullanılmaksızın yoksun bırakma neticesi doğuracak şekilde müdahale edilmesi olarak tarif etmektedir. Bkz. Münevver Kübra Bakırcı, *Kamulaştırmaz Elatma* (Ankara, Seçkin Yayınları, 2022), s. 124-132. Bu tarif uyarınca, taşınmaz mülkiyetinden yoksun kalma neticesi doğuran hukuki araçlar arasında yer almayan bedelsiz terk uygulaması ile malikin mülkiyetinden mahrum kalması kamulaştırmaz elatma kapsamında ele alınabilir.

Bedelsiz terk işleminin, mülkiyet hakkı ile ilgili olmasının veya tapu sicilinde malikin taşınmazdan ferağ şeklindeki tasarruf işleminin sebebi olmasının, bu işlemin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması ve ilgili uyuşmazlıkların adli yargı makamları tarafından çözümlenmesi için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığı kanaatindeyiz. Bedelsiz terk ile ilgili taleplerin içeriğine göre de yargı kolu belirlenebilir. Bedelsiz terki şart koşan imar planı, plan notu veya encümen kararının iptali veya bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanılmasına imkân tanıyan imar planı değişikliğinin iptali talep edilmekte ise idari yargı, bedelsiz terk edilen taşınmazın terk amacı dışında kullanıldığı iddiası ile iadesi (tapu iptal ve tescil) talebi adli yargıda görülmelidir. Bu talep, Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesine¹⁰³ kıyasen veya kamulaştırmaz elatma kapsamındaki elatmanın önlenmesi davası kapsamında ele alınabilir. İadenin mümkün olmadığı hallerde ise taşınmaz bedelinin tahsili, kamulaştırmaz elatmadaki bedel ve tazminat davaları kapsamında adli yargıda ele alınabilir.

Bedelsiz terk gibi uyuşmazlıkların ortaya çıkmaması için doğuş sebeplerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle imar planlarının yürürlüğe girmesiyle birlikte parselasyon planları da yürürlüğe girmeli, idare çeşitli gerekçelerle yükümlülüğü olan imar uygulamalarını yapmaktan imtina etmemelidir. Mevcut imar uygulama araçları (kamulaştırma, arazi ve arsa düzenlemesi gibi) işlevsel şekilde kullanılmalı, gerekiyor ise yeni imar uygulama araçları kanunilik ilkesini sağlayacak şekilde öngörülmelidir. İdarelerin veya maliklerin kamulaştırma, arazi ve arsa düzenlemesi gibi emek, zaman ve maliyet gerektirebilecek hukuki prosedürlerden kaçınmak maksadıyla kanun dışı yollara müracaat etmesini engelleyici mekanizmalar öngörülmelidir.

İmar Kanunu'nun 15. maddesinde 7181 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, ifraz ve tevhit işlemlerinin, imar planı bulunan alanlarda ancak parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda uygulanabileceğine dair düzenlemenin, bedelsiz terk adı altında yaşanan pek çok problemin doğmasına engel olmasını umut etmekteyiz.

¹⁰³ KK m.23 kapsamındaki uyuşmazlıklar, KK m.24/2 uyarınca adli yargıda görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Antalya, Osman Gökhan. *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt II Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Arcak, Ali ve Doğrusöz, Edip. *Kamulaştırmaz E Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1992.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Bakırcı, Münevver Kübra. *Kamulaştırmaz Elatma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Bilgin, Hüseyin. "7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2 (Temmuz 2020): s. 339-385.
- Boz, Yüksel ve Çay, Tayfun. "İmar Uygulaması Kapsamında Gerçekleştirilen Bedelsiz Terklerin Danıştay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi". *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1 (2020): s. 10-17.
- Çabri, Sezer. *İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma*. İstanbul: Legal yayıncılık, 2005.
- Çabuk, Mehmet; Çakmak, Nuran Doğan ve Şengöz, Dilara. *Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Çetintaş, Önder. *Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çınar, Turan. *Kamulaştırmaz El Atma Davaları*. Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- Çoruhlu, Yakup Emre; Uzun, Bayram ve Yıldız, Okan. "Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde İmar Planından Kaynaklı Tevhit Şartı Kısıtlamasının İncelenmesi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3 (2019): s. 411-434.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Erkal, Atilla. "Kamulaştırmaz El Konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması". *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 79, Sayı 3 (2021): s. 963-999.
- Ersoy, Melih. "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi". *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Derleyen: M. Ersoy/ H. Ç. Keskinok). Ankara: Yargı Yayınevi, 2000, s. 1-17.
- Gişi, Merve Burcu. "İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi". *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt IX, Sayı II (2016): s. 215-232.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, Cilt I*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019 (İdare Hukuku).

- Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri”, Editör: Ozan Ergül. *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 15-120 (Yorum İlkeleri).
- Gülan, Aydın. *Türk İmar Hukuku’nda “Hamur Kuralı” Uygulaması, 3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 18. Madde Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım*. İstanbul: Yayımlanmamış Doçentlik Çalışması, 2000.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- İşıktaş, Yasemin ve Metin, Sevtap. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Kalabalık, Halil. *İmar Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kapaklıkaya, İbrahim. *İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Karabatak, Rüstem. *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996.
- Karaca, Egemen. “Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 137, Yıl 31 (Temmuz- Ağustos 2018): s. 273-309 (Kamulaştırmaz El Koyma).
- Karaca, İrem. *Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Adalet Yayınları, 2019 (Kamulaştırmaz El Atma).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Hüküm*, 1. Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Koçak, Hüseyin. “15 ve 16’ncı Madde Gereğince Yapılan Terklerin İhdası”. Erişim Tarihi: Mart 9, 2022. <http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/218-15-ve-16-nci-madde-geregince-yapilan-terklerin-ihdasi-hue-seyin-kocak> (Terklerin İhdası).
- Koçak, Hüseyin. “7181 Sayılı Kanunla İmar Kanununda Yapılan Değişiklik-1”, Erişim Tarihi: Eylül 28, 2022, <https://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/787-7181-sayili-kanunla-imar-kanununda-yapilan-degisiklik-1> (7181 Sayılı Kanun).
- Köktürk, Erdal ve Köktürk, Erol. “Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70 (2007): s. 260-283.
- Kutlu Gürsel, Meltem. *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Özdemir, Yücel. *Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Sancakdar, Oğuz. *İmar Hukuku Genel Esaslar*. İzmir: Soru Bankası.Net Yayınları, 2020 (İmar Hukuku).
- Sancakdar, Oğuz. “AİHM’in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri”. *İzmir Barosu Dergisi*, Av. Güney Dinç Armağanı, Sayı 3, Yıl 84 (Eylül 2019): s. 511-558 (Karar Örnekleri).
- Sözer, Ali Nazım. *Hukukta Yöntembilim*. İstanbul: Beta Basım Yayımları, 2017.

- Şahiniz, C. Salih. *Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Şaşı, Murat. *Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Şimşek, Suat. “Kamu Hizmeti İçin Terk Edilen Fakat Terk Amacına Uygun Kullanılmayan Yerlerin Eski Malike İadesi: AİHM İçtihatları ve Mülkiyet Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100 (2014): s. 634-641.
- Tan, Turgut ve Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Tetik, Ahmet Talha. “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 158, Yıl 34 (Ocak-Şubat 2022): s. 125-190.
- Topuz, Mehmet. “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri”. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 4 (Temmuz- Ağustos 2020): s. 120-127.
- Türk, Şevkiye Şence ve Ünal, Yücel. “Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı”. *İstanbul Teknik Üniversitesi/a (Mimarlık, Planlama, Tasarım)*, Cilt 2, Sayı 1 (Mart 2003): s. 111-118.
- Yalçınduran, Türker. *Kamulaştırmaz El Koyma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk ve Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2014.
- Yıldırım, Bekir. *Açıklamalı- İçtihatlı Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018 (Kamulaştırma).
- Yıldırım, Ramazan. “İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”. *Konya Ticaret Odası Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2 (2016): s. 13-22 (Bedelsiz Terk).
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah, Kaman, Nur, Özdemir, H. Eyüp, Üstün, Gül ve Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yılmaz, Çiğdem Mine. “Türk Hukuku’nda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının Düşündürdükleri”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2 (2019): s. 712-727 (Bağışlamanın Geri Alınması).
- Yılmaz, Mustafa. “İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3-4 (2010): s. 37-83 (Düzenleme Ortaklık Payı).

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE AHLÂKA AYKIRILIK: GENELEV ÖRNEĞİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Belin KÖROĞLU ÖLMEZ^(**)**

Öz

Sigorta sözleşmesinin unsurlarından biri olan ve sigortanın konusunu oluşturan menfaat; ekonomik bir değeri olan, para ile ölçülebilen, kanuna ve ahlâka aykırı olmayan geçerli nitelikte olmalıdır. Sigorta sözleşmesinin bir diğer unsuru olan riziko ise taraf iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşmesi muhtemelen olan, ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan, gerçekleşmesi halinde zarar doğurma ihtimali olan olaydır. Bir rizikonun sigorta teminatı kapsamında olabilmesi için meşru olması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1404'üncü maddesine göre sigorta ettiren veya sigortalının; kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararının teminat altına alınması mümkün değildir. Genelev işletmesine dâhil olan malvarlığı unsurlarının zarara uğraması, genelevde yürütülen faaliyet neticesinde üçüncü kişilerin hastalık kapması veya başkaca bir bedensel ve maddi zarara uğramaları, genelevde çalışanların hastalık kapması, bir saldırı neticesinde zarara uğramaları veya hayatlarını kaybetmeleri mümkündür. Bu durumda genelev işleten kimselerin; malvarlığı unsurları üzerindeki menfaatleri bakımından mal sigortası, işletmenin faaliyetleri neticesinde sorumluluklarını doğurabilecek olaylar nedeniyle işveren sorumluluk sigortası veya üçüncü şahıslara karşı mali mesuliyet sigortası yaptırımları düşünülebilir. Genelevde çalışan seks işçilerinin ise malvarlığı unsurlarının zarara uğraması, genelevde yürütülen faaliyet neticesinde meydana gelen zararlardan sorumluluklarının doğması, hastalık kapması, bir saldırı neticesinde zarara uğramaları veya hayatlarını kaybetmeleri mümkündür. Bu kişiler; malları üzerindeki menfaatte meydana gelebilecek zararları mal sigortası, genelevde yürüttükleri faaliyet neticesinde kendi sorumluluklarını doğuran olaylardan kaynaklanan zararları mesleki sorumluluk sigortası ve hayatlarını ölüm rizikosuna karşı hayat sigortası, vücut bütünlüklerini ve sağlıklarını ise kaza ve hastalık ve sağlık sigortası ile sigorta teminatı altına alabilir. Böyle bir ihtimalde yapılacak olan sigortalarn; TTK'nın 1404'üncü maddesi uyarınca ahlâka aykırı olup olmadığının ve ilgili maddeden hareketle, genelev işleten kimselerin ve genelevde çalışan seks işçilerinin farklı türdeki sigorta sözleşmelerini yapıp yapmayacağını değerlendirilmesi gereklidir.

Anahtar Kelimeler

Sigorta, Ahlâka Aykırılık, Menfaat, Riziko, Genelev.

IMMORALITY IN INSURANCE CONTRACTS: BROTHEL EXAMPLE

Abstract

Interest, which is one of the elements and also the subject of an insurance contract, shall have an economic value, be measured by money, not be contrary to law and morality. Risk, which is another element of an insurance contract, is a fact that has a possibility to occur beside the will of the parties, but neither its occurrence nor the time of occurrence is clear and as it occurs there is a possibility to cause a damage. A risk in scope of the insurance coverage shall

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169324.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / Gaziantep-Türkiye. E-posta: belinkorogluolmez@gmail.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4071-4484>.



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

be a legitimate risk. According to the Article 1404 of Turkish Commercial Code, damage of the insurant or insured which is caused by an act contrary to the mandatory rules of law, morality, public order and human rights cannot be covered by insurance. It is possible that the assets of brothel may be damaged, third persons may be infected or suffer a physical or material damage resulted from the activity carried out in brothel, the sex workers in brothels may be infected, suffer a damage as a result of an assault or lose their life. In this case, brothel keepers may insure their interest on the assets of brothel through a property insurance and their liability resulted from the activities of the brothel through an employer's liability insurance or third party liability insurance. On the other hand, the assets of sex workers in brothel may be damaged, their liability may occur as a result of the activities of the brothel, furthermore they may be infected, suffer a damage as a result of an assault or lose their life. These ones may insure their interest on the assets through a property insurance, their liability resulted from the activities in the brothel through a professional liability insurance, their life through a life insurance against the risk of death and their physical integrity and health through a disease and health insurance or an accident insurance. In this case whether the insurance contracts made are moral or immoral according to the Article 1404 of Turkish Commercial Code and thus whether the brothel keepers and sex workers in brothel may conduct such insurance contracts shall be discussed.

Keywords

Insurance, Immorality, Interest, Risk, Brothel.

Extended Abstract

Interest, which is one of the elements of insurance contract, is the subject of the insurance and shall have an economic value, be measured by money, not be contrary to law and morality. Risk is another element of insurance contract and a fact that there is a possibility of occurrence beside the will of the parties, but neither its occurrence or the time of occurrence is clear and as it occurs there is a possibility to cause a damage. A risk in scope of the insurance coverage shall be a legitimate risk since a damage caused by an act contrary to the mandatory rules of law, morality, public order and human rights cannot be covered by insurance according to the Article 1404 of Turkish Commercial Code.

It is possible that the assets of brothel may be damaged, third persons may be infected or suffer a physical or material damage resulted from the activity carried out in brothel, the sex workers in brothels may be infected, suffer a damage as a result of an assault or lose their life. Brothel keepers may insure their interest on the assets of brothel through a property insurance and their liability resulted from the activities of the brothel through an employer's liability insurance or third party liability insurance.

The assets of sex workers in brothel may be damaged, as a result of the activity carried out in brothel the liability of sex workers may arise and sex workers in brothel may be infected, suffer a damage as a result of an assault or lose their life. Sex workers in brothel may insure their interest on the assets through a property insurance, their liability arising from the activities made in the brothel through a professional liability insurance and their life through a life insurance against the risk of death and their physical integrity and health through an accident insurance and a disease and health insurance.

The problem whether the brothel keepers or sex workers in this place may or may not make an insurance contract concentrates on the legitimacy of the insurable interest and risks. This legitimacy problem may be discussed in scope of the immorality of the activity takes place in brothel according to the Article 1404 of Turkish Commercial Code.

Primarily a separation shall be made between the activity in brothels under the control of the state and illegal, in other words, hidden prostitution activity. In case of hidden prostitution, the interest and risk of the keepers and separate/in-house sex workers may be assumed illegitimate. On the other hand, state possess the authority to start a brothel in order to control the prostitution and protect public health. According to the Regulation on the Provisions Subjected to the Prostitutes and Brothels and Fighting against the Venereal Diseases Raised from Prostitution which is made pursuant to the General Public Health Code, to start a brothel is subject to the acceptance of the Commission of Venereal Diseases and Fighting against Prostitution and approval of the highest administrative chief. Sex workers in brothels are considered as insured according to the Article 4/2-e of the Social Insurance Code. The consideration of sex workers as insured depends on the start of the brothel in control of state and the registration of workers as prostitute along with the fulfillment of the conditions mentioned in the Regulation.

The legitimacy of the interest and risk is rather a formal legitimacy. The start and activity of brothels and sex works in these places are under the control of the state and protected by legal regulations. The existence of brothels does not depend on to the insurance contract, in other words, insurance is not an instrument for these activities. The formal legitimacy of the interest of brothels that are already under the approval of state, obliged to pay tax and of sex workers whose work depend on the registration and who are considered as insured in scope of Social Security Code, is also provided. Hereunder the legitimacy consideration due to immorality shall not be made according to the act or interest solely, vice versa the immorality of the insurance as a whole. In the decision of the Court of Cassation General Assembly of Unification of Judgements (date 14.1.1948, number 1943/30 - 1948/2) it is ruled that, the illegality and immorality of a lease contract about an immovable to be used as a brothel and the existence of contract is to achieve an immoral aim shall not be claimed for the brothels that are started by the permission of the government. Therefore, it shall not be possible to say that the ones registered according to the regulations and the brothel keepers whose activity is permitted under the control of state may not make an insurance contract regarding their activity is immoral.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1401'inci maddesine göre “sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”. İlgili tanımdan yola çıkarak yapılan değerlendirme sonucunda sigorta sözleşmesinin unsurları; sigorta bedeli, prim, riziko ve menfaat olarak belirlenebilir. Sigorta sözleşmesinin unsurlarından biri olan menfaat, özel sigorta türleri olan zarar ve can sigortalarında farklı nitelendirmelere tabi tutulmakla birlikte; TTK'nın sigorta sözleşmelerine ilişkin genel hükümleri içerisinde yer alan menfaate dair 1408'inci maddesi tüm sigorta türleri bakımından uygulama alanı bulur. Sigorta sözleşmesinin bir diğer unsuru olan riziko ise gerçekleşmesi muhtemel olmakla birlikte belirsiz olan ve gerçekleşmesi sonucunda sigortalının zararını doğuracak olaydır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1404'üncü maddesinde “Geçerli Olmayan Sigorta” başlığı altında düzenlenen hüküm ile sigorta sözleşmesinin bu iki unsuru için meşruluk kriteri öngörülmüştür. İlgili madde hükmüne göre; “sigorta ettiren veya sigortalının; kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilden doğabilecek bir zararının teminat altına alınması mümkün değildir”. TTK'nın 1404'üncü maddesinde yer alan düzenleme ile aranan meşruiyet kriterinin niteliğinin irdelenmesi gerekir. Söz konusu hükmün geniş yorumlanması halinde, özellikle ahlâka aykırılık kriteri bakımından, birçok özel sigorta sözleşmesi geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalır. Nitekim bu örneklerden birini de genelev işleten kişilerin yaptırmak isteyeceği mal ve sorumluluk sigortaları ile genelevlerde çalışan seks işçilerinin yaptırmak isteyeceği mal, sorumluluk ve can sigortaları oluşturur. Zira bu yerlerde yürütülen faaliyetin ahlaka aykırılığı sonucunda, bahsi geçen kişilerin bu faaliyet neticesinde doğabilecek zararlarını sigorta teminatı altına alması mümkün olmaz.

I. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE MENFAAT VE RİZİKO

Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku başlıklı Altıncı Kitabının ilk maddesi olan 1401'inci maddesi incelendiğinde, zarar sigortaları ve can sigortalarını kapsayan bir tanım yapıldığı görülür. Bu tanıma göre; “sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”. İlgili maddenin “ya da” ifadesine kadar olan ilk kısmı zarar sigortalarına; devamındaki kısım ise can sigortalarına ilişkin bir tanım içerir. Tanımdan yola çıkılarak sigorta sözleşmesinin unsurları; sigorta bedeli¹, prim², menfaat ve riziko olarak belirlenebilir.

¹ Sigorta bedeli; sigortacının sorumluluğunun azami sınırını ifade eder; Reşat Atabek, *Sigorta Hukuku*, (İstanbul: Duygu Matbaası, 1950), 8; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, İkinci Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 255; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965), 177; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, Cilt I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 85; Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 20. Baskı, (Adana: Karahan Kitabevi, 2019), 66; M. Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 158; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 353; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, Cilt II, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 137; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 4. Baskı, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 165. Alman Hukukunda da sigorta bedeli, kural olarak sigortacının sorumluluğunun azami sınırı olarak tanımlanmaktadır; Christian Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), §23, Rn. 1315; Erwin Deutsch ve Thore Iversen, *Versicherungsvertragsrecht*, 7. Auflage, (Karlsruhe: VVW, 2015), §25, Rn. 253; HK-VVG/Marko Brambach, *Versicherungsvertragsgesetz*, §75, Rn. 11; Prölss ve Martin/Armbrüster, *Beck’sche Kurz Kommentare: Versicherungsvertragsgesetz: mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*. 30. überarbeitete Auflage, Vorbemerkung zu §§74-99, (München: C.H. Beck, 2018), Rn. 14 vd.; Peter Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, 6. überarbeitete Auflage, (München: C.H. Beck, 2017), Rn. 308. Zarar sigortalarında kural olarak geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesi gereği; sigortacının ödemekle yükümlü olduğu sigorta tazminatı, her zaman sigorta bedeline denk olmayabilir. Meblağ sigortalarında ise zenginleşme yasağı ilkesi geçerli olmadığından; sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesi ile sigortacı, zarar hesabı yapmaksızın sözleşmede öngörülen sigorta bedelini öder. Bu durumda zarar sigortalarında sigorta tazminatı her zaman sigorta bedeline eşit değilken; meblağ sigortalarında sigorta tazminatı aynı zamanda sigorta bedelidir; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 105-106; Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 13. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 49; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 66. Aynı yönde bkz. Theo Langheid ve Manfred Wandt/Halbach, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §§1-99, VVG-InfoV*, 2. Auflage, (München: C.H. Beck, 2016), §74, Rn. 1; Prölss ve Martin/Armbrüster, *Vorbemerkung zu §§74-99*, Rn. 1-2. Sigorta bedeli kavramı, yalnızca zarar sigortaları için geçerli olup meblağ sigortaları bakımından kullanılması gereken terim; “üzerinde anlaşılan bedel” ve “sözleşme bedeli” olmalıdır; Edgar Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, 4. völlig überarbeitete Auflage, (München: C.H. Beck, 1998), §14, Rn. 2-3.

² Sigorta primi ise sigorta ettirenin, sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğüne karşılık olan edimidir; İrem Aral Eldeleklioğlu, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, 10. Yıl’a Armağan, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2, 204; Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, §27, Rn. 1423; Atabek, *Sigorta Hukuku*, 7; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 143; Ronald Micheal Beckmann ve Annetarie Matusche-Beckmann/Hahn, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. vollständig überarbeitete

A. MENFAAT

Sigorta sözleşmesinin unsurlarından biri olan menfaatin, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturduğuna dair doktrinde süregelen tartışmalar neticesinde günümüzde hâkim görüş; sigorta sözleşmesinin konusunun, sigorta teminatı altına alınan mal değil bu maldaki menfaat olduğu noktasında toplanır³. TTK'nın 1401'inci maddesindeki tanımdan hareketle doktrinde, menfaatin yalnızca zarar sigortalarının aktif sigortası türü bakımından arandığını söyleyen görüşler⁴ olsa da bu değerlendirmenin yapılabilmesi için menfaatin özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Sigorta sözleşmesi kapsamında aranan menfaat; ekonomik bir değeri olmasının yanı sıra para ile ölçülebilir⁵ ve kanuna ve ahlâka aykırı olmayan geçerli bir

Auflage, (München: C.H. Beck, 2015), §12, Rn. 5; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 108; Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 185; Bruck ve Möller/Beckmann, *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band, Einführung; §§33-73*, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, (Berlin: De Gruyter Recht, 2010), §33, Rn. 10 vd.; Alexander Bruns, *Privatversicherungsrecht*, (München: C.H. Beck, 2015), §15, Rn. 1 vd.; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 66; Deutsch ve Iversen, *Versicherungsvertragsrecht*, §21, Rn. 184; Günay, *Sigorta Hukuku*, 102; Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, §11, Rn. 5; İnci Deniz Kaner, *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 21; Kender, *Sigorta Hukuku*, 271; Theo Langheid ve Roland Rixecker/Rixecker, *VVG - Versicherungsvertragsgesetz: mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung: Kommentar*, 6. Auflage, (München: C.H. Beck, 2019), §33, Rn. 2; Langheid ve Wandt/Staudinger, *Münchener Kommentar*, §33, Rn. 5; Prölss ve Martin/Reiff, *Versicherungsvertragsgesetz*, §33, Rn. 5; Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, Rn. 146; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, Cilt I, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 317. Sigorta priminin ödenmesi, sigorta sözleşmesinin kuruluşu bakımından zorunlu bir unsur olmayıp ödenmemesi halinde sigortacının sorumluluğunun başlamaması bakımından önem arz eder; Aral Eldeleklioğlu, 213; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 143; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 68. Aksi yönde bkz. Şaban Kayihan ve Ömer Bağcı, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, (İzmit: Umutepe Yayınları, 2019), 119. Nitekim TTK'nın tüm sigorta türlerine uygulanan genel hükümleri içerisinde yer alan 1421/1 maddesine göre sigortacının sorumluluğu, aksine düzenleme olmadıkça, primin veya taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksitinin ödenmesi ile başlar.

³ Halil Arseven, *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 1991), 45; Atabek, *Sigorta Hukuku*, 12; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 131; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 99; Can, *Sigorta Hukuku*, 28; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 64; Günay, *Sigorta Hukuku*, 59; Kaner, *Sigorta Hukuku*, 8; Kender, *Sigorta Hukuku*, 236; Hans Möller, "Menfaat ve Değerlendirilmesi", Çev. Öztan, F., *BATİDER*, C. IV, S. 2, 1967, 261; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 75-76. Aksi yönde görüş için bkz. Willy Köenig, "Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi (Cevap)", Çev. Öztan, F., *BATİDER*, C. V, S. 1, 1969, 48-49. Alman Hukukunda aynı yönde bkz. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, §2, Rn. 74; Langheid ve Rixecker/Rixecker, *VVG*, §1, Rn. 4. bkz. Bununla birlikte, sigortalı menfaatin varlığının aranmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. Beckmann ve Matusche-Beckmann/Lorenz, *Versicherungsrechts*, §1, Rn. 124-127. Menfaate ilişkin detaylı bilgi için bkz. Peter Bartholomäus, *Das Versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot*, (Karlsruhe: VVW, 1997), 50-53, 99 vd.; Hans Samwer, *Das sogenannte Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht*, (Düsseldorf: Dissertations Verlag G.H. Nolte, 1937), 13 vd., özellikle 19-25; İsmet Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta - Eksik Sigorta - Sigorta Tazminatının Hesaplanması)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 34-40.

⁴ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 131 dn. 43, 132; Kayihan ve Bağcı, *Sigorta Hukuku*, 50; Kender, *Sigorta Hukuku*, 184-185.

⁵ Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, §9, Rn. 430; Atabek, *Sigorta Hukuku*, 35; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 157; Kender, *Sigorta Hukuku*, 248; Manfred Wandt, *Versicherungsrecht*, 6. neu bearbeitete Auflage, (München: Verlag Franz Vahlen, 2016), Rn. 696. Menfaatin somut ve kesin olarak

menfaat olmalıdır⁶. Bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda; zarar sigortalarının aktif ve pasif sigorta türlerinde menfaatin varlığının kabulü gerekir. Zira aktif sigortalarında menfaat, sigortalının malvarlığının aktifinde meydana gelebilecek bir azalmayı önlemeyi; pasif sigortalarında ise sigortalının malvarlığının pasifinde meydana gelebilecek bir artışı önlemeyi ifade eder⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1401'inci maddesindeki sigorta sözleşmesine ilişkin tanım içerisinde, can sigortaları bakımından açıkça menfaat ifadesi yer almasa da can sigortalarında da kişinin sigortalanabilir bir menfaatinin bulunduğu kabulü gerekir. Her ne kadar can sigortaları kapsamında sigorta teminatı altına alınan; kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ya da sağlığı gibi şahısvarlığı unsurlarına bir değer biçmek etik olarak mümkün olmasa da somut ve belirli bir değer olmaması, söz konusu unsurların para ile ölçülebilir ve ekonomik değeri olan birer unsur olmadığı anlamına da gelmez. Nitekim TTK'nın sigorta sözleşmelerine dair genel hükümleri içerisinde yer alan 1408'inci maddesinde; sigortalanan menfaatin, sözleşmenin kurulmasının yanı sıra devamı sırasında da mevcudiyetini sürdürmesi aranır⁸. TTK'nın can sigortalarının bir türü olan hayat

ölçülebilir olma özelliğinden vazgeçilerek, kesin olarak belirlenebilir olmamakla birlikte mevcudiyeti ve parasal değeri muhtemel olan menfaatler için "farazi menfaat" kavramı kabul edilmelidir; Can, *Sigorta Hukuku*, 29-31.

⁶ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 238; Can, *Sigorta Hukuku*, 31-32; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 64; Günay, *Sigorta Hukuku*, 59; Etem Kara, *Sigortalanabilir Menfaat İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 96-98; Kayihan ve Bağcı, *Sigorta Hukuku*, 67; Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 84-87; Kemal Şenocak, *Çifte Sigorta*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 24; Wandt, *Versicherungsrecht*, Rn. 694. Ayrıca bkz. Atabek, *Sigorta Hukuku*, 67-70.

⁷ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 295; Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 62; Kemal Şenocak, "Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği", *AÜHFHD*, C. 58, S. 1, 2009, 195; Ünan, *Cilt I*, 84. Ancak menfaat kavramının, bu sigortalar bakımından bir işlevi yoktur; Ünan, *Cilt II*, 263. Pasif sigortalarında menfaatin, tek bir malla kurulan ilişkiden ziyade bir bütün olarak malvarlığı ile kurulan ilişki olarak değerlendirilmesi gerekir; Beckmann ve Matusche-Beckmann/Lorenz, *Versicherungsrechts*, §1, Rn. 122; Bruck ve Möller/Schnepf, *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Dritter Band, Einführung*; §§74-99, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, (Berlin: De Gruyter Recht, 2009), §80, Rn. 16; Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, §13, Rn. 14; Prölls ve Martin/Armbrüster, *Vorbemerkung zu §§74-99*, Rn. 33; Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, Rn. 302. Bu çözümün yeterli olmayacağına ilişkin bkz. Wandt, *Versicherungsrecht*, Rn. 698. Pasif sigortalarında menfaate ilişkin ayrıca bkz. Bruck ve Möller/Baumann, *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Erster Band, Einführung*; §§1-32, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, (Berlin: De Gruyter Recht, 2008), §1, Rn. 71 vd.; Deutsch ve Iversen, *Versicherungsvertragsrecht*, §25, Rn. 248; Langheid ve Wandt/Halbach, *Münchener Kommentar*, §80, Rn. 3.

⁸ Farazi menfaat kavramının kabul edilmesi halinde, TTK'nın 1408/1 maddesinin uygulama alanı genişler ve sigorta sözleşmelerinin ayakta kalması sağlanır; Can, *Sigorta Hukuku*, 30. TTK'nın 1408 maddesinin tüm sigorta türleri bakımından genel hüküm olarak düzenlenmesinin doğru olmadığı yönünde bkz. Kender, *Sigorta Hukuku*, 249; Ünan, *Cilt I*, 83-86. Aksi yönde bkz. Kara, *Sigortalanabilir Menfaat*, 90. Ancak Ünan, TTK'nın 1490/2 ve 4 hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde menfaat koşulunun hayat sigortalarında da aranacağı söylemiştir; *Cilt II*, 28. TTK'nın grup mal sigortasına ilişkin 1453/4 hükmünün 1408'e istisna oluşturabileceğine ilişkin bkz. Belin Köroğlu Ölmez, "Menfaat Prensibi ve Zenginleşme Yasağı İlkesi Çerçevesinde Grup Mal Sigortalarına Dair Kanuni Esasların Değerlendirilmesi", Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, *Cilt II, ÇÜHFHD*, C. 5, S. 1, 2020, 2467-2468.

sigortasına ilişkin 1487/2 maddesine göre ise hayatı sigorta edilen kimsenin, ilk primin ödenmesinden önce ölmesi halinde sigorta sözleşmesi geçersizdir. Hayat sigortası ile sigorta teminatı altına alınan husus, bir kimsenin hayatının devamı (yaşama ihtimaline karşı hayat sigortası) veya ölmesidir (ölüm rizikosuna karşı hayat sigortası). TTK'nın 1487/2 maddesi ile düzenlenen husus ise sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra; ancak henüz sigortacının sorumluluğu başlamadan önce riziko şahsının (sigortalı) hayatını kaybetmesi halinde sigorta sözleşmesinin mevcudiyeti için aranan menfaat unsurunun ortadan kalkmasıdır. Bu yönüyle TTK'nın 1487/2 maddesi, genel hükümler içerisinde yer alan 1408 maddesinin, hayat sigortaları bakımından özel bir düzenlemesidir.

Menfaatin varlığına ilişkin benzer bir düzenleme, başkası lehine yapılan hayat sigortası bakımından da öngörülmüştür. TTK'nın 1490'ncü maddesine göre sigorta ettiren; üçüncü bir kişinin hayatını hayatta kalma veya ölüm rizikosuna karşı sigorta teminatı altına alabilecek olup bu sigortalarda, sigortadan faydalanan kişilerin (lehtar), riziko şahsının (sigortalı) hayatının devamında menfaatinin bulunması gerekir⁹. TTK'nın 1490/4 maddesine göre; menfaatin sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra ortadan kalkması hâlinde, sözleşme o andan itibaren geçersiz hale gelir; ancak genel hüküm olan TTK'nın 1408'inci maddesinden farklı olarak bu durumda, sigorta ettirene iştirâ (ayrılma) değeri ödenir. Başkası lehine hayat sigortasının kuruluşu sırasında, lehtar nezdinde aranan menfaat manevi olabileceği gibi maddi de olabilir¹⁰. Örneğin; bir kimsenin eşinin hayatını sigorta teminatı altına alması ve kendisini veya müşterek çocuklarını lehtar olarak atması halinde; kendisinin veya müşterek çocuklarının, eşin hayatının devamında manevi menfaatinin olduğu kabul edilir. Buna karşılık müşterisine kredi kullandıran bir bankanın, kullandırdığı kredi ile birlikte kredi müşterisini sigorta-

⁹ Bir kimsenin kendi hayatı üzerinde sınırsız bir menfaati olduğunun kabul edilmesi ve bunun rakamsal bir değerle ifade edilmesinin yerinde olmaması sebebiyle, can sigortalarında ayrıca menfaatin varlığı aranmaz. Başkası lehine yapılan hayat sigortalarında ise menfaatin varlığı Kanunun ilgili maddesi gereğince; Kara, *Sigortalanabilir Menfaat*, 96, 112. Aynı yönde bkz. Bozer, *Sigorta Hukuku*, 155-156, 329 vd.; Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 60; Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 68-69; Ünan, *Cilt II*, 30-31, 37-38. Hayat sigortasında, kişinin kendi hayatını sigorta teminatı altına alması bakımından menfaat şartı aranmaz; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 321. Can sigortalarında menfaat mevcut olup bu menfaat bakımından para ile ölçülebilme şartı aranmaz. Başkasının hayatı üzerine yapılan sigortalarda aranan maddi menfaat ise sigorta bedelinin belirlenmesinde dikkate alınmaz; Arseven, *Sigorta Hukuku*, 45. Hayat sigortasında, sigortanın konusunun menfaat olmadığı ve hayatta kalma halinde malvarlığı menfaati veya ölüm halinde malvarlığındaki azalmanın sigortanın konusuna dahil edilmeyeceğine ilişkin bkz. Kaner, *Sigorta Hukuku*, 46. Meblağ sigortalarda, zarar sigortalardaki teknik anlamıyla bir menfaat yoktur; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 85. Bu sigortalarda menfaat yerine, "ilgilinin onayı"nın aranması, amaçlanan sonuca ulaşılmasını sağlar; Ünan, *Cilt I*, 86. Alman Hukukunda, VVG'nin hayat sigortalarına ilişkin §150(2) ve kaza sigortalarına ilişkin §179(2) maddeleri, "ilgilinin onayı"nın arandığı düzenlemelerdir.

¹⁰ Maddi ve manevi menfaat değerlendirmesi için bkz. Can, *Sigorta Hukuku*, 176 vd.; Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 69-70; Kemal Şenocak, "Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) - (TTK m.1490)", *BATİDER*, C. XXVIII, S. 4, 2012, 61 vd.; Ünan, *Cilt II*, 38-40.

lı ve kendisini lehtar göstererek yaptırdığı kredi hayat sigortasında ise lehtar konumundaki bankanın, kullandığı kredi miktarınca sigortalı kredi müşterisinin hayatının devamında maddi menfaati¹¹ söz konusudur.

Can sigortalarının diğer türleri olan kaza ve hastalık ve sağlık sigortaları bakımından da benzer bir değerlendirmenin yapılması mümkündür. Zira TTK'nın bu sigortalar için uygulanacak hükümlere ilişkin 1510 ve 1519'uncu maddeleri göz önünde bulundurulduğunda; genel hükümlerin yanı sıra, somut bir zararın giderilmesine yönelik teminatları içeren kaza ve hastalık ve sağlık sigortaları bakımından zarar sigortalarının ilgili hükümlerinin de uygulama alanı bulacağı görülür.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, sigorta sözleşmesinin kuruluşu ve mevcudiyetinin devamı için aranan menfaat şartının; yalnızca aktif sigortaları değil, pasif sigortaları ve can sigortaları bakımından da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Pasif sigortaları ve can sigortalarındaki menfaatin, her zaman somut ve tüm kişiler için aynı değerde bir ekonomik karşılığı ifade etmemesi; bu sigorta türünde menfaatin varlığının aranmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

B. RİZİKO

Sigorta sözleşmesinin bir diğer unsuru olan riziko hakkında ise TTK'da herhangi bir tanıma yer verilmemiş olup riziko; taraf iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşmesi muhtemel olan¹², ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan¹³ ve gerçekleşmesi halinde zarar doğurması ihtimali olan olay şeklinde ifade edilebilir¹⁴. Alman sigorta hukukunda ise bu husus; gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan ve gerçekleşmesi halinde sigortalanan menfaati halledar edebilecek olan sigorta olayı (*versicherungsfall*) kavramı ile ifade edilir. Tehlike (*gefahr*) ise sigorta olayının, bir diğer deyişle rizikonun gerçekleşme ihtimalidir¹⁵.

¹¹ TTK'nın 1491/2 maddesine göre ödenecek miktarın, lehtarın maddi menfaatini aşması halinde, aşan kısım; sigortalı lehine yapılmış sayılır.

¹² Atabek, *Sigorta Hukuku*, 6; İknur Uluğ, "Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler", *Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği*, Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği, 2004, 309.

¹³ Arseven, *Sigorta Hukuku*, 7; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 133; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 101-103; Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 56; Can, *Sigorta Hukuku*, 6-7; Günay, *Sigorta Hukuku*, 57-58; Ünan, *Cilt I*, 14. Yangın rizikosu, gerçekleşmesi muhtemel; ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir rizikoyu ifade ederken; ölüm rizikosu, gerçekleşmesi kesin olan; ancak ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan bir rizikodur.

¹⁴ Çeker, *Sigorta Hukuku*, 64-65; Kender, *Sigorta Hukuku*, 332; Yazıcıoğlu ve Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, 76. Riziko; para ile ölçülebilir bir menfaati zarara uğratması özelliğinden hareketle, Kanunda yalnızca zarar sigortaları bakımından öngörülmüştür, ancak meblağ sigortalarında gerçekleşen yaşama veya ölüm, bir zararı meydana getirmese dahi sigorta hukuku anlamında bir rizikodur; Ünan, *Cilt I*, 14. Benzer bir şekilde bkz. Arseven, *Sigorta Hukuku*, 5; Günay, *Sigorta Hukuku*, 58. Ayhan, Çağlar ve Özdamar ise bunun bir riziko değil, Kanundaki ifadesiyle olay olduğunu söylemiştir; *Sigorta Hukuku*, 137-138.

¹⁵ Sigorta olayı hakkında detaylı bilgi için bkz. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, §22, Rn. 1168 vd.; Beckmann ve Matusche-Beckmann/Lorenz, *Versicherungsrechts*, §1, Rn. 129 vd.; Bruck ve Möller/Baumann, *Erster Band*, §1, Rn. 109 vd.; Bruns, *Privatversicherungsrecht*, §20, Rn. 40 vd.;

Bir rizikonun, sigorta teminatı altına alınabilmesi için henüz gerçekleşmemiş olması gerekir. TTK'nın 1458'inci maddesi uyarınca geçmişe etkili sigorta yapılması mümkün ise de ilgili madde ile düzenlenen husus; sigorta himayesinin, tarafların birbirine uygun irade beyanları ile sigorta sözleşmesinin kurulduğu andan (sigortanın şekli başlangıcı) önceki bir tarihten itibaren sağlanmasıdır. İlgili maddeye göre; rizikonun gerçekleştiğinin, sözleşmenin yapılması sırasında sigortacı, sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla sigortalı tarafından bilinmesi halinde sigorta sözleşmesi geçersiz olur. Durumun sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda ise sigortacı, sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte; ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır.

Riziko, kelime anlamı itibarıyla olumsuz bir olayı çağrıştırıyor olmakla birlikte; sigorta sözleşmesinde öngörülen rizikonun her zaman menfi bir sonucu doğurması gerekmez¹⁶. Örneğin; yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasında riziko, sigorta sözleşmesinin süresinin sonunda sigortalının hayatta kalması olup bir kimsenin hayatının devam ediyor olması, olumsuz bir sonuç olarak görülemez.

Sigorta sözleşmesi ile sigorta teminatı altına alınabilecek rizikoların kapsamı belirlenirken; TTK'nın 1409'uncu maddesi ile Sigortacılık Kanunu'nun (SK) 11/4 maddesi birlikte değerlendirilmelidir. TTK'nın 1409'uncu maddesine göre sigortacı; sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur. Sigorta sözleşmesinde teminat kapsamında olduğu belirtilmeyen bir riziko ise teminat dışında sayılır. Buna karşılık, SK'nın 11/4 maddesi ile TTK'nın 1409'uncu maddesinden farklı bir esas belirlenmiştir. SK'nın 11/4 maddesi ile sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında teminat altına alınan rizikoların yanı sıra, teminat dışında kalan rizikoların tamamının da tek tek sayılması gerektiği; teminat dışında kaldığı belirtilmeyen rizikoların ise sigorta teminatı içerisinde olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bu haliyle ilgili madde gerek sigortacı gerekse sigorta ettiren bakımından oldukça geniş kapsamlıdır. Zira SK'nın 11/4 maddesi uyarınca sigorta sözleşmesinin taraflarına, akıllarına gelebilecek ve gelemeyecek tüm ihtimallerin sigorta sözleşmesine yazılması gibi

Deutsch ve Iversen, *Versicherungsvertragsrecht*, §26, Rn. 263 vd.; HK-VVG/Christoph Brömmelmeyer, *Versicherungsvertragsgesetz*, §1, Rn. 62-64; Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, §16, Rn. 1 vd.; Langheid ve Rixecker/Rixecker, *VVG*, §1, Rn. 6-8; Langheid ve Wandt/Looschelders, *Münchener Kommentar*, §1, Rn. 31 vd.; Prölss ve Martin/Armbrüster, *Versicherungsvertragsgesetz*, §1, Rn. 166 vd.; Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, Rn. 291 vd.; Wandt, *Versicherungsrecht*, Rn. 907 vd. TTK'nın 1401'inci maddesinde yer alan "tehlîke" ifadesi, olay/sigorta olayı olarak anlaşılmalıdır; Kaner, *Sigorta Hukuku*, 5-7. Riziko ve tehlike kavramlarının eş anlamlı olduğuna dair bkz. Kender, *Sigorta Hukuku*, 185; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 74. Benzer şekilde bkz. Arseven, *Sigorta Hukuku*, 5. TTK'nın 1401'inci maddesinde; "riziko" ifadesi zarar sigortaları, "olay" ifadesi ise hayat sigortaları için kullanılmıştır; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 137-138; Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 54.

¹⁶ Atabek, *Sigorta Hukuku*, 6; Bozer, *Sigorta Hukuku*, 102; Can, *Sigorta Hukuku*, 6; Günay, *Sigorta Hukuku*, 238. Nitekim kural olarak zarar, sigorta olayının varlığı için gerekli unsurlardan biri değildir; Langheid ve Wandt/Looschelders, *Münchener Kommentar*, §1, Rn. 32.

bir yükümlülük yüklenir¹⁷. Bu noktada, sigorta teminatının kapsamı belirlenirken esas alınacak hükmün, TTK'nın 1409'uncu maddesi mi yoksa SK'nın 11/4 maddesi mi olduğu tespit edilirken; özel-genel kanun ve önceki-sonraki tarihli kanun uyarınca bir değerlendirme yapılmalıdır. SK, TTK'ya göre önceki tarihli bir özel kanun iken; TTK ise sonraki tarihli bir genel kanundur. SK'nın 11/4 maddesinin varlığı karşısında, sonraki tarihli TTK'nın 1409'uncu maddesinin öngörülmesi, önceki tarihli özel kanundaki ilgili hükmün yerine sonraki tarihli genel kanundaki 1409'uncu maddeye üstünlük tanınması şeklinde yorumlanmalıdır¹⁸. Buna göre sigorta teminatının kapsamı belirlenirken esas alınacak olan düzenleme, TTK'nın 1409'uncu maddesi olmalı ve sigorta sözleşmesinde sayılanlar dışında meydana gelen rizikoların, sigorta teminatının kapsamı dışında olduğu kabul edilmelidir.

C. MENFAAT VE RİZİKONUN MEŞRUIYETİ

Sigorta sözleşmesinin unsurlarından olan menfaat ve rizikonun bir diğer özelliği ise bu unsurların, kanuna ve ahlâka aykırı olmaması; diğer bir deyişle meşru olmasıdır¹⁹. Zira TTK'nın 1404'üncü maddesine göre “*sigorta ettiren veya sigortalının; kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararının teminat altına alınması mümkün değildir*”. Nitekim TTK'nın 1404'üncü maddesi, genel hüküm niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 27'nci maddesine paralel bir düzenleme içerir²⁰.

Meşru olma; kelime anlamı itibarıyla “*geçerli olma durumu, meşruiyet*”i ifade eder²¹. Bununla birlikte meşruiyet kavramı, hukuka uygunluk kavramından daha geniş olarak yorumlanır. Zira hukuka uygun her düzenleme, meşru bir içerik taşıyor olabileceği gibi; her meşru içeriğin de hukuki anlamda bir düzenlemeye kavuşturulduğu söylenemez²². Hukuk kuralları oluşturulurken, salt ahlâk

¹⁷ SK'nın 11/4 maddesine yöneltilen eleştiriler için bkz. Kender, *Sigorta Hukuku*, 200; Ünan, *Cilt I*, 95-96. Nitekim 6762 sayılı TTK'da yer alan umumiyet esası, 6102 sayılı TTK'nın 1409'uncu maddesi ile terk edilmiştir; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 135 dn. 46; Can, *Sigorta Hukuku*, 51; Ünan, *Cilt I*, 89. Kaner'e göre ise TTK'nın 1409'uncu ve SK'nın 11/4 maddelerinden hareketle sigortacı; sigorta sözleşmesinde belirlenmiş ancak sınırlanmamış tüm sigorta olayları ve tehlikeler bakımından sorumludur; *Sigorta Hukuku*, 7.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 136-137; Ünan, *Cilt I*, 98-99.

¹⁹ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 238; Günay, *Sigorta Hukuku*, 57; Kara, *Sigortalabilir Menfaat*, 96-98; Kayıhan ve Bağcı, *Sigorta Hukuku*, 67; Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 84-87; Şenocak, *Çifte Sigorta*, 24; Wandt, *Versicherungsrecht*, Rn. 694. Menfaatin meşruiyetine ilişkin ayrıca bkz. Atabek, *Sigorta Hukuku*, 67-70.

²⁰ Uluslararası sözleşmelere aykırı olarak gönderilen eserlerin taşınması sırasında meydana gelebilecek zararlara karşı yapılan sigorta sözleşmesinin, kamu düzenine aykırılık nedeniyle sigortalabilir meşru bir menfaat olmadığından bahisle geçersizliğine ilişkin bir Alman mahkemesi kararı için bkz. Kara, *Sigortalabilir Menfaat*, 120.

²¹ TDK, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

²² Buna karşılık, ahlâka aykırılığın hukuk düzenlerince de ele alınması ve ahlâka aykırı kabul edilen tüm işlem ve fiillerin yasaklanması, hukuki ve cezai yaptırımlara tabi kılınması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur; Ahmet Battal, “Ticari İşletme Kıstasları Karşısında Genelevlerin Durumu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5, 1992, 214.

kurallarından faydalanılması söz konusu değildir²³. Zira ahlâk kuralları; toplumdan topluma ve zamandan zamana değişebilen, daha ziyade içerisinde yaşanılan toplumun değer yargılarından hareketle oluşan kurallar bütünüdür²⁴. Buna göre ahlâka aykırılık üzerinden yapılan bir meşruiyet tanımı; şekli ve maddi anlamda farklı unsurları ifade ediyor olabilir. Şekli meşruiyet, daha ziyade hukuka uygunluğa karşılık gelmekteken; maddi meşruiyet ise ilgili müessesenin, toplumun geneline hâkim olan etik ve ahlâk kurallarıyla birlikte meşru olup olmadığına ilişkindir²⁵. Örneğin; kumar ve bahis fiilleri, toplum nezdinde maddi olarak meşru olmayan bir faaliyet iken, mevzuat gereği bazı kumar ve bahis fiilleri şekli bir meşruiyete kavuşturulmuştur²⁶. TBK'nın 606/1 maddesi uyarınca düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılabilir ve takip yapılabilir. Nitekim kumar ve bahis niteliğini haiz olan sayısal loto²⁷, milli piyango²⁸ ve spor bahisleri²⁹ gibi faaliyetler Devlet eliyle yürütülmek suretiyle hukuki bir zemine kavuşturulmuştur. TBK'nın 604 ilâ 606'ncı maddeleri uyarınca kumar ve bahis bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmiş, bu ilişkiden doğan borcun ifası da engellenmemiştir. Kumar ve bahis borcunun eksik borç niteliğinde olması, ahlâka aykırılık iddiası ile

²³ Hukuk ve ahlâk kuralları arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. Belin Köroğlu Ölmez, Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı, Çankaya Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2020, 7 vd. Ayrıca bkz. İmran Öktem, "Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayri Menkul Kiralanması", *İzmir Barosu Dergisi*, Sene: 3, S. 2-10, 101-102.

²⁴ Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan genel ahlâk tanımına göre; "(Genel ahlâk) deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır." şeklindedir; AYM Kararı, E. 1963/128, K. 1964/8, 28.1.1964.

²⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, bir LGBTİ derneğinin ahlâka aykırılık nedeniyle feshi istenen uyuşmazlıkta; derneğin adının ve amacının, mevzuatta öngörülen sınırlamalara uymak kaydıyla serbest olarak belirlenebileceğini, uyuşmazlığa konu derneğin adında ve amacında, öngörülen sınırlamalara ve ahlâka aykırı herhangi bir unsur bulunmadığına hükmetmiştir; Y7.HD, 25.11.2008, E. 2008/4109, K. 2008/5196, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, www.kazanci.com.tr. Üst kavram olarak "hukuk düzenine aykırılık" ifadesinin kullanılmasının, hukuka ve ahlâka aykırılığı kapsar nitelikte olacağı, dar anlamıyla hukuka aykırılık kavramının "kanunlara aykırılık" olarak ifade edilebileceğine ilişkin bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 31-32.

²⁶ Piyango ve spor toto bakımından kanun koyucu, bunların Devlet eliyle kontrol edilerek yapılmasının yararlı olduğu sonucuna varmış olup TBK'nın ilgili hükümleri uyarınca pozitif hukuk kurallarında kendilerine yer bulan söz konusu müesseseler hakkında ahlâk kuralları dikkate alınmaz; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 265-266 dn. 11.

²⁷ Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarih: 25.04.2001, Sayı: 24383.

²⁸ Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmi Gazete Tarih: 06.06.1988, Sayı: 19834; Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarih: 25.04.2001, Sayı: 24383.

²⁹ Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarih: 9.5.1959, Sayı: 10201; Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimali ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarih: 27.2.2008, Sayı: 26800.

geçersiz sayılmasını değil; borcun ödenmemesi halinde ifasının talep ve dava edilememesini ifade eder³⁰. Öyle ki kumar ve bahis borcunun ifası, geçerli bir ifa sayılır ve borcu sona erdirir.

Sigorta sözleşmesinin unsurlarından olan menfaat ve rizikonun meşruluğu ile ifade edilen daha ziyade şekli meşruiyettir³¹. Buna göre ahlâka aykırılık nedeniyle yapılacak meşruluk değerlendirmesinde; salt fiilin ya da korunması istenen menfaatin değil, sigortanın bütününe ahlâka aykırı olmasından söz edilmelidir³². Sigortanın tamamen ahlâka aykırı olması bakımından ise kiralık katilin mesleki sorumluluk sigortası yaptırması hali düşünülebilir. Bu örnekte kiralık katil sıfatıyla, kendisine ödenen ücret karşılığında belirtilen kişiyi öldüren bir kimsenin faaliyeti; şekli meşruiyet anlamında hukuk kurallarınca korunmadığı gibi, maddi olarak da meşru sayılamaz. Bu durumda kiralık katilin, faaliyetini gerçekleştirirken neden olacağı zararlar bakımından doğan sorumluluğunu sigorta teminatı altına alması da düşünülemez³³. Konuya ilişkin aksi yönde bir örnek olarak; kendi hayatını ölüm rizikosuna karşı sigorta teminatı altına alan bir babanın, lehtar olarak evlilik dışı çocuğunu göstermesi düşünülebilir. Evlilik dışı ilişki, toplumun belirli bir kesimince ahlâka aykırı olarak nitelendirir. Bu örnekte; çocuk ile baba arasında manevi bir menfaatin bulunmadığının ve yapılan sigortanın, ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağının söylenmesi ise isabetli değildir³⁴.

³⁰ Eksik borç özelinde, alacak hakkı ve talep hakkının birbirinden farklı kavramlar olduğuna ilişkin bkz. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. VI/1, 1, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 82. Kumar ve bahisten doğan borçlar bakımından esasında bir borçtan söz etmenin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 4. Bası, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1979), 24, 26-27. Eksik borca ilişkin ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 91-92; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 63-64; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 50; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 19.

³¹ Menfaatin meşruluğunun değerlendirilmesinde salt şekli meşruiyetin değil, maddi meşruiyetin de aranması gerekir; Can, *Sigorta Hukuku*, 32.

³² Atabek, *Sigorta Hukuku*, 69-70; Günay, *Sigorta Hukuku*, 57; Ünan, *Cilt I*, 58-59. Benzer şekilde bkz. Can, *Sigorta Hukuku*, 144-146. Menfaatin hukuken geçerli olmamasına ilişkin farklı ihtimallere ilişkin değerlendirme için bkz. Sayhan, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, 86-87.

³³ Beyaz kadın ticaretinin sonuçlarının sigorta teminatı altına alınamayacağına ilişkin bkz. Bozer, *Sigorta Hukuku*, 103. Kaçakçılık yapan bir kimsenin, olası bir polis baskınında yoksun kalacağı kâr için yaptırdığı sigorta üzerinden farklı bir örnek için bkz. Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 55. Kaçak bir malın nakliye sırasında meydana gelecek kaza sonucu zarara uğraması rizikosuna karşı yapılan sigorta üzerinden bir başka örnek için bkz. Çeker, *Sigorta Hukuku*, 64. Organ kaçakçılığı yapan bir kimsenin sorumluluğunu doğuracak zararlara karşı sorumluluk sigortası yaptırması üzerinden bir diğer örnek için bkz. Ünan, *Cilt I*, 58.

³⁴ Hayat sigortalarında ahlâka aykırılık değerlendirilmesine ilişkin diğer örnekler için ayrıca bkz. Samim Ünan, *Hayat Sigortası Sözleşmesi*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998, 40-42. Ayrıca bkz. Atabek, *Sigorta Hukuku*, 70.

II. GENELEV ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN YAPTIRILABİLECEK SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

Genelevlere ilişkin ilk kanuni düzenleme, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun³⁵ 128 vd. maddelerinde yer alır. İlgili maddelere göre genelevler ve burada çalışan kadınlara ilişkin esaslar çıkarılacak olan yönetmelik ile belirlenir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128'inci maddesi uyarınca çıkarılan Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabii Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün³⁶ 16'ncı maddesi uyarınca genelev; genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerlerdir³⁷. Tüzüğün 15'inci maddesine göre ise genel kadın; başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlardır³⁸.

A. GENELEV İŞLETEN KİŞİLER BAKIMINDAN

Genelevin işletildiği işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarının zarara uğraması, genelevde yürütülen faaliyet neticesinde üçüncü kişilerin hastalık kap-

³⁵ Resmi Gazete Tarih: 6.5.1930, Sayı: 1489. Alman hukukunda ise ilk kanuni düzenleme, 20.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de (BGBl. I p. 3983) yayımlanan Hayat Kadınlarının Hukuki İlişkileri Hakkında Kanun'dur (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten-Prostitutionsgesetz/ProstG*). Üç maddeden oluşan işbu Kanun ile cinsel faaliyetlerin önceden kararlaştırılan bir ücret karşılığında gerçekleştirilmesi halinde, yapılan anlaşmaların hukuki olarak geçerli bir talep oluşturacağı, ilgili talebin devredilemeyeceği ve yalnızca ilgilisi tarafından kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Söz konusu talebe yönelik yapılabilecek itirazlar ise hiç ifa etmeme, borcun alacaklıya ifası ve üçüncü kişiye ifasına ilişkin Alman Medeni Kanunu (BGB) §362 ve zamanasını ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu faaliyetlerin; bir istihdam ilişkisi altında, önceden kararlaştırılmış bir ücret karşılığında, belirli bir süre için gerçekleştirilmesi haline de aynı hukuki sonuç bağlanmış olup bu durumda, anılan süreyle sınırlı olmak kaydıyla kısmi ifa etmeme itirazının da ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. İlgili Kanunun son maddesinde ise cinsel hizmet faaliyetlerinin verilip verilmemesi, türü ve içeriğine ilişkin talimat verilmesi yasaklanmış olup bağımlı bir faaliyet içerisinde hayat kadınlarının sınırlı talimat verme hakkına sahip olmasının, bu kişilerin sosyal güvenlik hukuku anlamında istihdam ilişkisinin dışına çıkarmayacağı öngörülmüştür. 21.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de (BGBl. I p. 2372) yayımlanan Fuhuş Faaliyetinde Bulunan Kişilerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen-Prostituiertenschutzgesetz/ProstSchG*) kapsamında ise genelevlerin açılması, denetimi, genelev işletenlerin yükümlülükleri ile fuhuş faaliyetinde bulunacak kişilerin kayıt altına alınması, yükümlülükleri ve korunması gibi hususlar hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur.

³⁶ Resmi Gazete Tarih: 19.4.1961, No: 10786.

³⁷ Tüzük uyarınca geneleve ilişkin ayrıca bir tanıma yer verilmekle birlikte; Tüzüğün 19'uncu maddesi uyarınca fuhuş yerleri; genelev, fuhuş maksadıyla muhtelif kimselere kısa süreler için açık bulundurulmuş kapalı yerler (birleşme yerleri) ve fuhuş tek başına yapan kadınların ikametgâh edinip içinde fuhuş yapmayı alışkanlık edindikleri yerleri (tek başına fuhuş yapılan ev) de kapsar. Ayrıca bkz. Fuhuş Faaliyetinde Bulunan Kişilerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen-Prostituiertenschutzgesetz/ProstSchG*) §2/3-7.

³⁸ Tüzüğün ilgili maddesi ve bir kadının genel kadın olarak tescil edilebilmesine ilişkin şartları içeren 21'inci maddesi göz önünde bulundurulduğunda; genelevde çalışan seks işçilerinden yalnızca kadın olan bireylerin, kanuni bir düzenlemeye konu edildiği görülür. Ayrıca bkz. Fuhuş Faaliyetinde Bulunan Kişilerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen-Prostituiertenschutzgesetz/ProstSchG*) §2/2. Nitekim Alman düzenlemesinde, cinsiyet üzerinden herhangi bir sınırlandırma yapılmamış olup erkek bireylerin de fuhuş faaliyetinde bulunabileceklerine ilişkin özellikle bkz. §3/1, 5/5 (... als Prostituierte oder als Prostituiertes...).

ması veya başkaca bir bedensel ve maddi zarara uğramaları, genelevde çalışan seks işçilerinin hastalık kapması ya da muhtemel bir saldırı neticesinde zarara uğramaları mümkündür. Söz konusu rizikoların ise genelev işleten kişi tarafından bir mal veya sorumluluk sigortası ile teminat altına alınması istenebilir.

Genelev işleten kişilerin; işletme dâhilinde kullandıkları malvarlığı unsurları üzerinde haiz oldukları menfaatler bakımından mal sigortası, işletmenin faaliyetleri neticesinde kendi sorumluluklarını doğurabilecek olaylar nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından ise sorumluluk sigortası yaptırımaları gündeme gelebilir³⁹. Bu kimselerin yaptırabilecekleri sorumluluk sigortaları ise işveren sorumluluk sigortası veya üçüncü şahıslar mali mesuliyet sigortası şeklinde olabilir. İşveren sorumluluk sigortası ile genelev işleten kimse; işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda kendisine yüklenebilecek sorumluluk nedeniyle, kendisine hizmet akdi ile bağlı olan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na (SSK) tabi işçiler ve bunların hak sahipleri tarafından talep edilecek Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ve Kurum tarafından ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarları bakımından sigorta teminatı altına alınır (İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1/1). Tarafların ek teminat öngörerek, meslek hastalıkları neticesinde doğacak tazminat talepleri ile manevi tazminat taleplerini de sigorta teminatına dâhil etmeleri mümkündür (İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.2/C-D). Üçüncü şahıslara karşı mali mesuliyet sigortası ise genelev işleten kimsenin; meydana gelecek bir olay neticesinde, üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması veya sağlığının zarara uğraması, mallarında maddi zarar meydana gelmesi nedeniyle bu şahıslar tarafından kendisine karşı ileri sürülebilecek tazminat taleplerine karşı sorumluluğu sigorta himayesine alınır (Üçüncü Şahıslar Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları m.1/1). Genelev işleten kişilerin; işletmenin faaliyetinde kullanılan asansör ve deprem, su baskını, sel, çığ, heyelan, yangın vb. nedeniyle üçüncü şahısların uğradığı zarardan doğan sorumluluğunun da ek sözleşme ile teminat altına alınması mümkündür (Üçüncü Şahıslar Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları m.3/B, 1, 3).

B. GENELEVDE ÇALIŞAN SEKS İŞÇİLERİ BAKIMINDAN

Genelevde çalışan seks işçilerinin; genelev işletmesi dahilinde bulunan kendilerine ait malvarlığı unsurlarının zarara uğraması, genelev işletmesi dahilinde yürüttükleri faaliyet neticesinde üçüncü kişilerin hastalık kapması veya başkaca bir bedensel ve maddi zarara uğramaları veya genelevde çalışanların kendilerinin hastalık kapması ya da muhtemel bir saldırı neticesinde zarara uğramaları

³⁹ Bir kimsenin işletmesi ile ilgili sorumluluğunun sigorta teminatı altına alınması halinde; TTK'nın 1473/2 maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu sigortanın, işletmede çalışan kişiler bakımından da koruma sağlayacağı; bir diğer deyişle bu kimselerin de ilgili sigorta bakımından sigortalı sıfatını haiz olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

mümkündür. Söz konusu rizikolara karşı, genelevde çalışan seks işçilerinin mal, sorumluluk ve can sigortası ile teminat altına alınması istenebilir.

Genelevde çalışan kişilerin; işletme dâhilinde bulunan kendilerine ait malvarlığı unsurları üzerinde haiz oldukları menfaatler bakımından mal sigortası yaptırması mümkündür.

Bu kişilerin, genelev işletmesi dahilinde yürüttükleri faaliyet neticesinde kendi sorumluluklarını doğurabilecek olaylar nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından ise mesleki sorumluluk sigortası yaptırması söz konusu olabilir. Ancak Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A.1 maddesi uyarınca bu sigortanın, mesleki faaliyetin ifası sırasında meydana gelen bir zarara yönelik olduğu dikkate alınmalıdır. Buna ek olarak; poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyet dışındaki faaliyetlerden kaynaklanan tazminat talepleri de teminat dışında bırakılmıştır (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.3, a). Genel kadınların gerek Tüzüğün 15'inci maddesine göre gerçekleştirdikleri faaliyetin bir sanat olarak kabul edilmesi gerekse SSK'nın 4/2-e maddesi uyarınca sigortalı sayılmaları karşısında, yürütülen faaliyetin bir meslek faaliyeti olup olmadığı tartışılabilir.

Önüne gelen bir uyumsuzlukta Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; bir kadının, mevzuatta yer alan şartları taşımasına rağmen genel kadın olarak tescil edilme talebinin, genelevlerin fiziki durumu göz önünde bulundurulduğunda genel kadın sayısının artışının uygun olmayacağından bahisle reddedilmesini “*çalışma hürriyeti*” kapsamında değerlendirmiştir⁴⁰. İlgili kararda bu husus; “(...) Bununla beraber, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiş; Anayasa'nın 'Temel Haklar ve Ödevler Başlıklı' ikinci kısmının 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlıklı üçüncü bölümü içinde yer alan 'Çalışma ve sözleşme hürriyeti' başlıklı 48. maddesinde; herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen hükümlere göre, kanunî bir dayanağı olmaksızın kimsenin çalışma hürriyetini sınırlandıran bir idari işlem tesis edilemeyeceği gibi, idare tarafından mevzuatta gösterilmeyen sebeplere dayanılarak bir kişinin çalışma hürriyetinin engellenmesi de mümkün değildir. Uyumsuzluk konusu olayda ise, idare tarafından sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı sağlanmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınarak idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi gerekirken, bu yapılmayarak, söz konusu eksiklikler gerekçe gösterilerek ve kanunî bir dayanağı olmaksızın davacının çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette işlem tesis edilmiştir. Bu durumda; davacının gizli ve etraflıca yapılacak inceleme ile elde edilebilecek müspet delillerle genel kadın vasıflarını haiz olduğu ortaya çıkarılırsa

⁴⁰ DİDDGK, 11.2.2016, E. 2015/350, K. 2016/225, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, www.kazanci.com.tr.

öncelikle kendisini fuhşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılıp tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler düşünülerek, sağlanacak tedbirlerin fayda vermediği hallerde, hakkında 21. maddedeki şartlar varsa komisyonca genel kadın olarak tesciline karar verilmesi, ayrıca Tüzüğün amacı göz önüne alındığında idarenin üzerine düşen görevini yerine getirmesi gerekirken, genelevlerin mevcut fiziki durumu dikkate alındığında genel kadın sayısının artışının uygun olmayacağından bahisle, davacı hakkında Tüzükte öngörülen gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan, çalışma hürriyetini sınırlandıracak mahiyette, davacıyı yasadışı yollardan fuhuş yapmaya zorlayan, dolayısıyla zührevi hastalıkların yayılmasının engellenmesi (kamu yararı) amacına aykırı olarak davacının genel kadın olarak çalışma izni talebinin reddine dair davaya konu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” denmek suretiyle hüküm altına alınmıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, seks işçiliğinin bir meslek faaliyeti olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında bu husus; *“Fuhuş, sadece bu kapsamda kalan davranışta bulunan kişileri değil bu olgunun var olduğu toplumdaki diğer bireyleri sağlık, ahlak ve kişi -özellikle kadın- hakları gibi birden çok yönden ve derinden etkilemektedir. Rızasıyla fuhuşu ifa eden yetişkin bireylerin bir taraftan bu rızalarının geçerliliği tartışmalıyken, diğer yandan bu şekilde yapılan eylemlerin bir eğitim veya yetenek unsuruna bağlanması suretiyle meslek sayılması insan haysiyetiyle bağdaşmaz niteliktedir. Fuhuşun mesleki faaliyet çerçevesinde değerlendirilmesi insan bedeninin (özellikle kadın bedeninin) ekonomik pazar hâline getirilmesine yol açacaktır ki bu durum insan hakları açısından gerileme niteliğinde sayılmaktadır. Ayrıca Türkiye’de olduğu gibi bazı ülkelerde fuhuşun yasaklanmayıp düzenlenmesi yoluyla kontrol altına alınmasının zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan fuhuştan elde edilen gelirin vergilendirilmesi veya profesyonel olarak fuhuş yapan kişilerin sosyal güvenlik kayıtlarının bulunması fuhuşun mesleki faaliyet olarak sınıflandırılması için yeterli kıstas kabul edilemez. Dolayısıyla fuhuşa yönelik eylemlerin bu kategori altında korunması olanaklı bulunmamaktadır.”* şeklinde ifade edilmiştir⁴¹. Buna karşılık oyçokluğuyla alınan karara muhalif kalan üye, karşı oy gerekçesinde; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun ve buna dayalı olarak çıkartılan Tüzüğün ilgili maddeleri gereğince genel kadınlık statüsünün mevzuatımızda bir meslek olarak kabul edildiğini, başvurucunun mevzuatta öngörülen tüm koşulları sağlayarak, fiilen de çalıştığı genelevde genel kadın statüsüyle çalışmak üzere başvurduğunu ve talebinin mevzuatla öngörülmeyen soyut gerekçelerle reddedilmesi suretiyle özel hayata saygı hakkının ihlâl edildiğini belirtmiştir⁴². Anayasa Mahkemesi kararlarının gerçek ve tüzel kişiler için de bağ-

⁴¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/18275, 4.7.2018, §56. Önceki tarihli bir kararında ise Anayasa Mahkemesi, fuhuşun meslek edinilmesinden söz etmiş ve bir mal satımı olmasa da hizmet satımı içerisinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir; AYM Kararı, Başvuru Numarası: 2014/19152, 18.10.2017, §79.

⁴² AYM Kararı, Başvuru No: 2014/18275, 4.7.2018, Karşı Oy Gerekçesi §1.

layıcı niteliği göz önünde bulundurulduğunda (Anayasa m.153/6); ilgili mevzuat uyarınca izin verilen faaliyetin, bir meslek faaliyeti olmadığı ve bu nedenle mesleki sorumluluk sigortası teminatı kapsamında kalacağı düşünülebilir.

Genelevde çalışan kişiler, kendi hayatlarını ölüm rizikosuna karşı hayat sigortası; vücut bütünlüklerini ve sağlıklarını ise hastalık ve sağlık sigortası ve kaza sigortası ile sigorta teminatı altına alabilirler. Hayat Sigortası Genel Şartlarının⁴³ 9/3 maddesi uyarınca teminat dışında kalan hallerden biri, sigortalının suç işlemek veya suça teşebbüs eylemleri sebebiyle ölümüdür. Suç işlemek veya suça teşebbüs eylemleri, benzer şekilde; Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartlarının 5/1-c maddesi ve Sağlık Sigortası Genel Şartları 2/b maddesi ile teminat dışında kalan haller arasında sayılmıştır. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği, bir fiile suç vasfı yüklenbilmesi için bu fiilin Kanunda suç olarak düzenlenmiş olması gerekir (Anayasa m.38). Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) fuhuşa ilişkin 227'nci maddesi incelendiğinde ise suç vasfı tanınan fiillerin; fuhuşa teşvik, kolaylaştırma, aracılık etme veya yer temin etme olduğu görülür. Nitekim suç olarak nitelendirilen fiiller arasında fuhuş yapmak bulunmaz⁴⁴. Kaldı ki burada dikkat edilmesi gereken husus, TCK'nın 227'nci maddesi uyarınca suç olarak nitelendirilen fiillerin, ruhsatsız şekilde fuhuş faaliyetinin gerçekleştirilmesi haline özgü olduğudur⁴⁵.

III. GENELEV ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN YAPTIRILABİLECEK SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE AHLÂKA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ

Genelev işleten kişilerin ve burada çalışan seks işçilerinin sigorta sözleşmesi yapıp yapamayacaklarına ilişkin sorun, bu kimselerin sigortalı menfaat ve rizikolarının meşru olup olmadığı noktasında toplanır. Bu meşruiyet sorunu ise işletmenin ve çalışanların sürdürmekte oldukları faaliyetin ahlâka aykırılık yönü nedeniyle tartışılabilir.

⁴³ İlgili Genel Şartlar, 01.06.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş olup yürürlük tarihinden sonra akdedilen sigorta sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Genel Şartların 33/2 maddesine göre bu Genel Şartlarda sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın lehine yapılan bir değişiklik, önceki tarihli sözleşmelere de hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak 11.05.2002 tarihinde yayımlanan Hayat Sigortalıları Genel Şartlarında, 01.06.2022 tarihli Genel Şartların 9/3 maddesine benzer bir düzenleme mevcut değildir. 11.05.2002 tarihli Genel Şartların A.3.5. maddesi uyarınca aksine düzenleme olmadıkça teminat dışında kalan hallerden biri, AIDS'tir. 01.06.2022 tarihli Genel Şartlar ile önceki tarihli Genel Şartlarda yer almayan bir teminat dışı hal düzenlenmiştir. Bu durumda, 01.06.2022 tarihli Genel Şartların 9/3 maddesinin; sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar lehine değil, aleyhine olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira 01.06.2022 tarihli Genel Şartların 9/3 maddesinin, bu Genel Şartların yürürlüğe girmesinden önce akdedilen sigorta sözleşmelerine uygulanabilmesi için ilgili maddenin sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar lehine bir düzenleme getirmesi gerekir.

⁴⁴ AYM Kararı, Başvuru Numarası: 2014/19152, 18.10.2017, §74.

⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. Duygu Merki Çoksezen, *Fuhuş Suçu (TCK 227)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 205-206. TCK'nın 227'nci maddesi ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan Tüzük hükümlerinin zımnen ilga edildiğine ilişkin görüş için bkz. İzzet Özgenç, "Fuhuş ve Hukuk- Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 Tarihli ve 2014/19152 Numaralı Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi", *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 495.

A. BORÇLAR HUKUKU ÖZELİNDE SÖZLEŞMELERDE AHLÂKA AYKIRILIK

Sözleşmelerin kurulması bakımından esas olan, sözleşme özgürlüğü olup bu husus, sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesini de kapsar. Nitekim TBK'nın 26'ncı maddesi uyarınca sözleşmenin içeriği; kanunda öngörülen sınırlar içinde kalmak kaydıyla taraflarca serbestçe belirlenebilir. Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlardan biri, TBK'nın 27'nci maddesinde öngörülen kesin hükümsüzlük düzenlemesi olup ilgili maddeye göre “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”. Bu kapsamda bir sözleşmenin geçerliliğinden söz edebilmek için sözleşmenin ahlâka aykırı olmaması gerekir.

Sözleşmenin geçersizliğine yol açacak olan ahlâka aykırılık, ahlâk kavramına yüklenen anlam ile farklılık gösterebilir. Toplumdaki makul, ortalama bir bireylerin benimsediği toplumsal etik kurallara aykırı hareketler, sosyal ahlâk görüşü bakımından; sosyal ahlâktan bağımsız Anayasa ve diğer kanunlardaki düzenlemelerin temelinde yatan etik düzen kurallarına aykırılık ise hukuki ahlâk görüşü bakımından ahlâka aykırı olarak değerlendirilir. Ahlâk kurallarından besleniyor olmakla birlikte, hukuk kurallarının her zaman ahlâk kuralları ile birebir örtüşmemesi sonucunda; bu kurallar arasında farklılık olabilir. Bu durumda ise öncelik etik düzen kurallarında öngörülen sonuca, bir diğer deyişle hukuki ahlâk görüşüne verilmelidir⁴⁶. Zira genel ahlâk, toplumsal ahlâki değer yargılarından ziyade; pozitif hukuk düzenince belirlenen değer yargılarıdır⁴⁷.

Sözleşmenin ahlâka aykırı olarak nitelendirilmesi için sözleşmenin yapılması, tarafların edimleri veya ortak amaçlarındaki ahlâka aykırılığın, sözleşmeyi ahlâka aykırı hale getirmesi gerekir. Sözleşme taraflarının ortak amacı bakı-

⁴⁶ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 456-457; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 7. Tıpkı Bası, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 555. Genel ahlâk kuralı, bir kanun maddesinde yer alıyorsa; emredici kurallara aykırılık kapsamında değerlendirilmelidir; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 36-37; Oğuzman ve Öz, *Cilt I*, 85. Yazılı olmayan bir ahlâk kuralının sözleşme serbestisini sınırlandırabilmesi için en nihayetinde pozitif hukuk kurallarında (Anayasa) öngörülenlere uygun olması gerektiğine dair detaylı açıklamalar için bkz. Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 104-111. Genel ahlâka aykırılık halinin, hukuka aykırılığa nazaran tali nitelikte olduğu ve korunan hukuki menfaate ilişkin bir kanuni düzenlemenin mevcudiyeti halinde ayrıca genel ahlâka uygunluk araştırılmasına ihtiyaç olmadığı hakkında bkz. Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 151. Nitekim Hatemi; konuya ilişkin detaylı açıklamalarında; hilenin ahlâka aykırı bir davranış olmakla birlikte, pozitif hukukta iptal yaptırımına tabi kılındığını ve hile halinde uygulanacak yaptırımın, ahlâka aykırılık nedeniyle butlan değil; iptal olduğunu belirtmiştir; *Ahlâka Aykırılık*, 152 dn. 27.

⁴⁷ Gümüş, *Genel Hükümler*, 222. Ahlâka aykırılığın, toplumun objektif ahlâk anlayışına göre belirlenebileceğine ilişkin bkz. Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, 144-145. TBK m.27/1'de yer alan ahlâk ifadesinin; bir toplumda belirli zaman diliminde, makul, dürüst ve orta zekalı bir kimsenin sahip olduğu düşüncelerin meydana getirdiği genel ahlâk olduğuna ilişkin bkz. Eren, *Genel Hükümler*, 363; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 353. Benzer şekilde bkz. Oğuzman ve Öz, *Cilt I*, 85. Genel ahlâk kavramının çerçevesinin belirlenmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 83 vd.; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 83 vd.

mından yapılacak değerlendirmede; amacın ahlâka aykırılığının her iki tarafça da bilinmesi gerekir⁴⁸. Borçlar hukukunda, ahlâka aykırı olarak değerlendirilen sözleşme örneklerinden bazıları; para karşılığı adam öldürme, rüşvet⁴⁹ ve para karşılığı cinsel ilişkide bulunmak için kurulanlardır. Genelev işletmesi bakımından yapılacak sözleşmelerin ahlâka aykırılığı bakımından, genelevin açılması için Devlet izninin olup olmadığı dikkate alınmalıdır⁵⁰. Buna karşılık doktrinde; Devlet izni ile açılmış olsa dahi genelevde yürütülen faaliyetin ahlâka aykırılığı neticesinde⁵¹, genelev işletmesine yönelik sözleşmelerin de ahlâka aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁵².

B. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE AHLÂKA AYKIRILIK

Sigorta sözleşmeleri özelinde yapılacak değerlendirme bakımından, öncelikle devlet kontrolünde olan genelevler ve burada çalışan seks işçileri ile yasal olmayan -gizli fuhuş adı verilen- faaliyet arasında ayırım yapılmalıdır. Gizli fuhuş halinde; bu yerleri işleten kişilerin ve burada veya bağımsız olarak çalışan seks işçilerinin meşru olmayan menfaat ve rizikolarından söz etmek gerekir. Bu

⁴⁸ Eren, *Genel Hükümler*, 366; Gümüş, *Genel Hükümler*, 222. Tarafların ahlâka aykırı amacı bilmelerinin yanı sıra bu amacı gerçekleştirme istemeleri ve bu hususu sözleşmenin esasları unsurlarından biri olarak kabul etmeleri gerekir; Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 227-228; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 170-172, 194. Benzer bir şekilde bilme şartına ek olarak aranması gereken hususlara ilişkin bkz. Kocayusufoğlu, *Birinci Cilt*, 558; Oğuzman ve Öz, *Cilt I*, 86. Taraflardan birinin amacının ahlâka aykırı olması ve karşı tarafın sözleşmenin kurulduğu sırada bundan haberdar olması halinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin görüşler için bkz. Gümüş, *Genel Hükümler*, 223; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 355.

⁴⁹ Adam öldürme ve rüşvet sözleşmeleri, "ahlâka aykırılığın ikincilliği" kuralı uyarınca, ilk olarak emredici hükümlere aykırılık sebebiyle geçersiz olur; Gümüş, *Genel Hükümler*, 219, 223 dn. 189. İlgili örneklerin, emredici hükümlere aykırı olduğuna ilişkin bkz. Eren, *Genel Hükümler*, 361; Kocayusufoğlu, *Birinci Cilt*, 557. Adam öldürme bakımından aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, 140.

⁵⁰ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 457-458; Eren, *Genel Hükümler*, 365-366; Gümüş, *Genel Hükümler*, 224; Kocayusufoğlu, *Birinci Cilt*, 557; Oğuzman ve Öz, *Cilt I*, 86 dn. 136. Alman hukukunda ise 20.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de (*BGBI. I p. 3983*) yayımlanan Hayat Kadınlarının Hukuki İlişkileri Hakkında Kanun'un (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten- Prostitutionsgesetz/ProstG*) 1'inci maddesi kapsamında söz konusu faaliyetlerin ahlâka aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Doktrinde bir görüş, söz konusu düzenleme ile, ilgili faaliyetlerin ahlâka aykırılık tartışmasının son bulduğunu belirtmekte iken diğer görüş ise bahsi geçen düzenlemenin ilgili faaliyetlerin ahlâka aykırı olup olmadığı noktasında açık bir hüküm öngörmediği, ancak Alman Medeni Kanunu (*BGB*) §138/1'de yer alan hukuki sonuçlarının kısmen değiştirilmesinin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB/Armbrüster, *ProstG*, §1, Rn. 30-34.

⁵¹ Genelev faaliyetlerinin ahlâka aykırı olarak değerlendirilmesi, Anayasa'nın insanca yaşama ve insan haysiyetine ilişkin kurallarına uygundur; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 262.

⁵² Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 264; M. Turgut Öz, *BK m.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet - Başlık Parası*, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), 28 dn. 44. Kılıçoğlu, herhangi bir ayırım yapmaksızın toplumsal değer yargılarımız uyarınca yarar karşılığı cinsel ilişkiye girilmesi anlamında hayat kadınlarına ilişkin sözleşmelerin ahlâka aykırı olduğunu söylemektedir; *Genel Hükümler*, 144-145. Aynı yönde bkz. Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 354-355. Nitekim genelev işletme faaliyetinin genel ahlâka aykırılığı, Devletin izninden bağımsızdır; Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 230-231.

kapsamda değerlendirilebilecek kimselerin sigorta sözleşmesi yapması mümkün değildir. Buna karşın devlet, fuhşu kontrol altına almak ve toplum sağlığını korumak amacıyla genelev açılmasına ilişkin yetkiyi kendi elinde bulundurur.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128'inci maddesi uyarınca çıkarılan Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'ne göre genelevlerin açılması; Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu'nun kabulü ve en büyük mülki amirin onayına tabidir. Tüzüğün 2'nci maddesine göre; bahsi geçen Komisyonun kurulacağı yerler, polis ve belediye teşkilatı kurulmuş olan yerlerdir.

Tüzüğün 50'nci maddesine göre genelevin açılabilmesi için genelev açmak isteyenler, öncelikle bir dilekçe ile mahallin en büyük mülki amirine müracaat edeceklerdir. İlgili dilekçe, ekleri ile birlikte Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonuna gönderilecek olup Komisyonca görevlendirilecek sağlık ve icra kısmı memurlarından oluşan bir heyet; dilekçede ismi geçen kişiler hakkında gereken incelemeyi yaparak, genelev olacak binayı da inceledikten sonra görüşlerini Komisyona bir raporla bildirir. Genelev açmak isteyen kimsenin, genelev olarak kullanılacak yerin ve burada çalışacak kadınların durumları Tüzük hükümlerine uygun ise dilekçe sahibinin isteği Komisyonca kabul edilir. Sonrasında bu istek, en büyük mülki amirce onaylanır ve bu yerin açılmasına izin verilir (Tüzük m.52)⁵³.

Genelevlerde çalışan seks işçileri ise SSK'nın 4/2-e maddesi gereğince sigortalı sayılır. Seks işçilerinin, sigortalı sayılabilmesi; genelevin devlet kontrolünde açılmış olmasına ve çalışan kişilerin, Tüzüğün 21'inci maddesinde yer alan şartları sağlayarak genel kadın olarak tescil edilmelerine bağlıdır. İlgili madde uyarınca bir kadının genel kadın olarak tescil edilebilmesi için fuhşu kendisine sanat edinmesi veya 20'nci madde gereğince hakkında komisyonca karar verilmiş olması, 21 yaşını bitirmiş olması, yabancı tabiiyetinde bulunmaması ve tabiiyetsiz olmaması gerekir. Kadının, ilgili maddede sayılan şartları taşıdığından Komisyonca tespitinden sonra kadınların her biri için sicil kartonu düzenlenir, numaralanır ve kartona kadınların bir fotoğrafı yapıştırılarak adları, soyadları, yaşları, doğdukları, ikamet ettikleri ve fuhşu yapacakları yerler kaydedilir (Tüzük m.22). Tüzüğe, 1973 yılında getirilen Ek Madde ile genelevlerde ve tek başına fuhşu yapılan evlerde, genel kadın olarak evli kadın çalıştırılması yasaklanmıştır⁵⁴.

Yukarıda belirtildiği şekilde tescil edilen kişiler ile devlet kontrolünde faaliyetine izin verilen genelevleri işleten kimseler bakımından, menfaatlerinin

⁵³ Ayrıca bkz. Fuhuş Faaliyetinde Bulunan Kişilerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen- Prostituiertenschutzgesetz/ProstSchG*) §12-23.

⁵⁴ Ayrıca bkz. Fuhuş Faaliyetinde Bulunan Kişilerin Korunması Hakkında Kanun (*Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen- Prostituiertenschutzgesetz/ProstSchG*) §3-11.

ve öngörülen rizikoların ahlâka aykırı olmasından hareketle sigorta sözleşmesi yapamayacaklarını söylemek mümkün olmamalıdır. Zira sigorta sözleşmesinin unsurlarından olan menfaat ve rizikonun meşruluğu ile ifade edilen daha ziyade şekli meşruyettir. Genelevler, Devletin kontrolünde olup kanuni düzenlemelerle belirli standartlara kavuşturulmuştur. Buna ek olarak; SSK'nın 4/2-e maddesi uyarınca genelevlerde çalışan kadınlar da sigortalı sayılır. TCK'nın 227'nci maddesinde de fuhuş fiili suç olarak tanımlanmamış; fuhuşa teşvik, kolaylaştırma, aracılık etme veya yer temin etme fiilleri suç olarak nitelendirilmiştir. Bu açıklamalar neticesinde; fuhuş fiilinin kendisinin yasaklandığını söylemek mümkün olmamasına karşın, bu fiile meşru bir anlam yüklediği de söylenemez. Zira geleneksel ahlâk kuralları ve insan onuru bakımından kabul edilemez nitelikte olan fuhuş fiilinin, maddi bir meşruiyete sahip olduğunu söylemek güçtür⁵⁵. Genelevlerin açılması veya burada çalışan kişiler, devlet kontrolünde olup kanuni düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır. Hâlihazırda açılması Devlet onayına tabi olan, vergi ödemekle yükümlü kılınan genelev işletenler ile bu yerlerde çalışmaları tescil şartına bağlanan ve SSK kapsamında sigortalı kabul edilen kişilerin menfaatlerinin de şekli bir meşruiyete kavuşturulduğu görülür⁵⁶.

Sigorta sözleşmelerinde ahlâka aykırılık nedeniyle yapılacak meşruluk değerlendirilmesinde; salt fiilin ya da korunması istenen menfaatin değil, sigortanın bütününe ahlâka aykırı olmasından söz edilmelidir. Öyle ki trafik kazası neticesinde doğan zararlar bakımından kasko ve zorunlu mali mesuliyet sigortası, dok-

⁵⁵ Öktem, genelevlerin ve burada yürütülen faaliyetin genel ahlâka aykırı olduğundan bahisle, idare tarafından bu hususta düzenleme yapılmasının, ilgili faaliyeti teşvike değil; bu faaliyet neticesinde doğabilecek zararların sınırlandırılmasına ve zabıtalardan görevlerine yol gösterici olmasına yönelik olduğu görüşündedir; 102. Benzer şekilde bkz. Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 263. Nitekim yasal düzenleme, ilgili müessesenin genel ahlâka aykırılık niteliğini ortadan kaldırmaz; Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 230; Battal, 222; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 264; İlhan E. Postacıoğlu, "T. C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararın Sayısı: E. 30, K. 2 Kararın Günü: 14/1/1948", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XV, S. 4, 1949, 1291; Öz, *BK m.65*, 28 dn. 44; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 354 dn.7. Bu yönde bir karar (Y4.HD, 28.12.1959, E. 957/10681, K. 1331) için bkz. Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 231 dn. 649; Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 267 dn. 12.

⁵⁶ Kenan Tunçomağ, "1980 Yılı Başında Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Durumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1981, 712-713. *Elbir* ise ahlâk normlarının bu şekilde katı kullanılmasının ve hukuk normlarına uygun olarak kurulan genelevlere, ahlâka aykırılık nedeniyle varlık tanınmamasının çelişkili olduğunu belirtmiştir; Halil Elbir, "Realist bir Tevhid-i İçtihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir?", *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y. 1, S. 2, 1948, 89 vd. *Hatemi* ise konuyu piyango ve bahis üzerinden değerlendirirken; piyango ve bahsin Devlet eliyle yapılmasına izin veren kanuni düzenlemelerin, bu müesseselerin ahlâk kurallarına aykırı olarak nitelendirilmesinin önüne geçtiğini; ancak aynı değerlendirmenin genelevler bakımından yapılamayacağını söylemiştir. Zira piyango ve bahse ilişkin izin düzenlemeler ile bu müesseselerin ahlâka aykırılığı tartışması sona erdirilmiş olup buna karşın, genelevlere ilişkin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Tüzük hükümleri, piyango ve bahse dair hükümlerle aynı nitelikte değildir; *Ahlâka Aykırılık*, 265-266 dn. 11. Genelevlere ilişkin mevzuat hükümlerinin, işletmeyi yalnızca idare hukuku anlamında bir düzenlemeye kavuşturduğu; bu düzenlemenin, genelevlere medeni hukukta varlık tanımak anlamına gelmediğine ilişkin bkz. Postacıoğlu, 1293 vd.; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 354 dn. 7. Benzer şekilde bkz. Battal, 222.

torun hatalı tedavisi nedeniyle doğan zararlara karşı mesleki sorumluluk sigortası veya devlet kontrolünde olan bahis işletmeleri işletenlerin sigorta sözleşmesi yaptırması mümkündür. Tüm bu örneklerin temelinde de riziko konusu davranış, ahlâka aykırı bir davranış olabilir⁵⁷. Menfaat ve rizikonun ahlâka aykırılık nedeniyle meşru olmadığına dair değerlendirme yapılırken, ahlâka aykırılığın sigortanın tamamına sirayet etmesi dikkate alınmalıdır⁵⁸. Kurulması ve faaliyeti Devlet kontrolünde olan genelevlerin mevcudiyeti, sigorta sözleşmesi ile sağlanmaz. Bir diğer deyişle, sigorta bu faaliyetler bakımından bir araç değildir⁵⁹. Nitekim yapılan sigorta sözleşmesinin amacı, genelev işleten ve burada çalışan kişilerin faaliyetlerini gerçekleştirmek veya bunu teşvik, kolaylaştırma değildir. Buna ek olarak; genelevde çalışan seks işçilerinin de denetimi ve kontrolünün Devlet eliyle sağlandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu kimselerin yapacakları sigorta sözleşmeleri de genelevde yürüttükleri faaliyetin devamlılığına yardımcı olmaz. Zira bu kimselerin yaptıkları sigortalar ile teminat altına almak istedikleri menfaat, kendi malvarlığı veya şahısvarlığı unsurlarına yöneliktir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun vermiş olduğu 14.1.1948 tarihli, E. 1943/30, K. 1948/2 sayılı kararında⁶⁰; genelev olarak kullanılmak üzere yapılan taşınmaz kira sözleşmesinin, kanuna ve ahlâka aykırı olduğunun veya ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için yapıldığının iddia edilemeyeceği, hükümetin izni alınarak açılan genelevler bakımından bu aykırılığın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu karara göre;

“Mevzuatımıza göre genel evler; ancak Hükümetin izin ve müsaadesiyle açılabilir. Her ne kadar İçişleri Bakanlığının 12 Nisan 1930 günlü tamiminin altıncı bendinde (badema Türkiye'nin hiçbir mıntikasında umumhane açılmasına müsaade ve müsamaha edilmeyeceği) bildirilmiş ise de, sonradan yürürlüğe girmiş olan Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128'inci maddesine istinaden neşredilen Tüzük ile bu tamimin hükmü kalmamış ve nitekim 24 Mayıs 1931 günlü tamimle ve 12 Haziran 1930 günlü tebliğin Tüzük'e aykırı hükümlerinin kaldırıldığı ayrıca bildirilmiştir.

⁵⁷ Günay, *Sigorta Hukuku*, 57; Ünan, *Cilt I*, 59.

⁵⁸ Atabek, *Sigorta Hukuku*, 69-70; Can, *Sigorta Hukuku*, 144-146; Günay, *Sigorta Hukuku*, 57; Ünan, *Cilt I*, 58-59.

⁵⁹ Yangın rizikosuna karşı sigorta teminatı altına alınan bir genelevin, kurulması ve çalışması; yapılan yangın sigortasına dayanmaz, bir diğer deyişle yapılan yangın sigortası, genelev bakımından bir araç niteliğinde değildir; Atabek, *Sigorta Hukuku*, 69-70. Fuhuşu kolaylaştırmaya yarayan sözleşmelerin geçersiz olacağı; ancak genelev binasının sigortalanmasında ahlâka aykırılık bulunmadığı yönündeki yabancı mahkeme kararının isabetli olduğuna ilişkin bkz. Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 412 dn. 190.

⁶⁰ YİBGK, 14.1.1948, E. 1943/30, K. 1948/2, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, www.kazanci.com.tr. Benzer bir uyuşmazlık bakımından Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinin verdiği 10.06.1938 tarihli, aksi yönde bir karar için bkz. Öktem, 89-90.

Bundan başka Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 128, 129, 130, 131 ve 132'nci maddelerinde umumi kadınlar hakkında hususi hükümler konulmuş olduğu gibi zührevi hastalıklarla mücadele nizamnamesinde de bu evlerin nerelerde ve ne gibi şartlar altında açılabileceği ayrıca gösterilmiştir.

Bu sebeplerden ötürü Hükümetin izin ve müsaadesi olmaksızın genel ev açmak ve işletmek kanuna ve ahlaka mugayir bulunmuş ise de, Hükümetin izni telahuk edince bu aykırılığın, bahis konusu edilmesine lüzum ve icap kalmaz ve genel ev olarak kullanılmak üzere kiralanan gayrimenkule müteallik akitlerin kanun ve ahlaka mugayir olduğu yahut ahlaka mugayir bir maksadın istihsali zımında yapıldığı iddia edilemez.”

Geneleve ilişkin verilen bir başka karar ise Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 13.12.1976 tarihli, E. 1976/2884 ve K. 1976/8294 sayılı kararıdır⁶¹. İlgili karara konu uyumsuzluk; genelev işletmek üzere ortaklık kuran taraflardan birinin, günlük kazançlarından payına düşen paranın kendisine verilmediği iddiası üzerine karşı tarafın, genelev işletmek üzere kurulan ortaklıkların Borçlar Kanunu'nun 19'uncu ve 20'nci maddelerine aykırı olması nedeni ile geçersiz olduğu temeline dayanır. İlgili uyumsuzlukta Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, yukarıda söz edilen YİBGK kararına da atıf yaparak; *“Genelev işletmenin ahlaka aykırı olduğunda uyumsuzluk yoktur. Bu müesseseye köleliğin devamını hatırlatan, insanlık haysiyetine yaraşmayan bir müessesedir. Ancak bazı sosyal zorunluluklar nedeni ülkemizde hükümetin izni ile genelev işletmesine izin verilmektedir. Hükümetin izni ile genelev işletmek duruma ahlakilik kazandırmaz ise de; ahlakilik tartışmasını pratik olarak önler. Esasen genelev işletmesine hem hükümetçe müsaade edilmek, hem de bu müesseseye ile ilgili bütün işlemlere, sözleşmelere hukuk alanında hiç bir varlık tanımamak mantıkla da bağdaşamaz (...) O halde hükümetin izni ile genelev işletilmesinin mümkün bulunmasına ve olayımızda da izni mevcut olmadığına ilişkin bir itiraz ileri sürülmemesine göre genelevin ortak olarak işletilmesine ve ortakların, ortaklıktan doğan haklarını birbirlerinden istemelerine engel yoktur ve bu durumda ahlaki aykırılık iddiası dinlenemez.”* şeklinde karar vermiştir.

Genelev işleten kimselerin ve genelevde çalışan seks işçilerinin yapacakları sigorta sözleşmelerinin, ahlâka aykırılık bakımından değerlendirilmesinde; söz konusu kararlar da göz önünde bulundurulduğunda, hâlihazırda kanuni bir düzenleme ile izin verilen husus bakımından, ahlâka aykırılıktan söz edilmesi mümkün olmamalıdır⁶². Devlet kontrolündeki genelevler ve burada çalışan kişiler hakkında

⁶¹ Y13.HD, 13.12.1976, E. 1976/2884, K. 1976/8294, Erişim Tarihi: Ağustos 20, 2022, www.kazanci.com.tr.

⁶² Aynı yönde bkz. Elbir, 92 vd.; Tunçomağ, 713. Benzer bir şekilde bkz. Oğuzman ve Öz, *Cilt I*, 87. Genelev binasına ilişkin sigorta sözleşmesinin ahlâka aykırı olmayacağına hükmeden yabancı mahkeme kararının isabetli olduğuna dair bkz. Hatemi, *Ahlâka Aykırılık*, 412 dn. 190. Aksi yönde bkz. Ateş, *Genel Ahlâka Aykırılık*, 230-231; Battal, 222; Öktem, 102; Öz, *BK m.65*, 28 dn. 44; Postacıoğlu, 1291 vd.; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 354 dn. 7.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzük gereğince gerekli hukuki düzenlemeler yapılmış olup bu yerler ve kişiler, ilgili düzenlemeler uyarınca şekli bir meşruluğa kavuşturulmuştur. Kaldı ki bu kimselerin yaptırımları sigorta sözleşmeleri ile teminat altına alınan menfaat ve rizikolar, kişilerin malvarlığı ve şahısvarlığı unsurlarına yöneliktir. Bu durumda yapılacak sigortalar, genel ahlâk kuralları ve insan onuru bakımından maddi anlamda meşru kabul edilemeyen bir faaliyetin yapılması veya kolaylaştırılmasına değil; kişilerin malları üzerindeki menfaatlerinde meydana gelebilecek zararlara veya kişilerin yaşamının, vücut bütünlüğünün ve sağlığının korunmasına yöneliktir.

SONUÇ

Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı bakımından, menfaat ve riziko unsurları zorunlu unsurlardandır. Sigorta menfaati, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturmakta olup tüm sigorta türleri bakımından geçerlidir. Zira mal sigortalarında kişinin malı üzerindeki menfaati, sorumluluk sigortalarında malvarlığının pasifindeki artışın engellenmesine yönelik menfaati, can sigortalarında ise bir kimsenin hayatı, vücut bütünlüğü veya sağlığı nezdinde var olan menfaati sigorta teminatı altına alınır. Pasif sigortalarında ve can sigortalarında sigorta teminatı altına alınan menfaatin, çoğu zaman somut ve belirli bir meblağ olarak tespit edilememesi; bu sigortalar bakımından menfaatin var olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Her ne kadar sigortalanabilir menfaatin, ekonomik bir değeri ve parasal bir karşılığı olması gerekse de bu değer ve karşılığın, katı bir şekilde somut ve objektif bir değer olarak belirlenmesi de gerekmez.

Sigorta sözleşmesinde riziko ise gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan, taraf iradelerinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ve gerçekleşmesi ile zarar doğuran olaydır. Buna göre sigorta sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada rizikonun henüz gerçekleşmemiş olması gerekir. Nitekim sözleşme süresince rizikonun gerçekleşmesi ve tam hasarın meydana gelmesi halinde sigorta sözleşmesi sona erer.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1404'üncü maddesi uyarınca; sigorta ettiren veya sigortalının, ahlâka aykırı fiillerinden doğan zararların sigorta teminatı altına alınması mümkün değildir. Buna göre sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamında mevcudiyeti aranan menfaat ve riziko unsurlarının meşru olması gerekir. İlgili hüküm uyarınca menfaat ve riziko bakımından aranan meşruiyet, daha ziyade şekli bir meşruiyettir. Öyle ki sigorta sözleşmesinin, ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması için söz konusu aykırılığın sigortanın tamamına sirayet etmesi aranmalıdır. Aksi yorum, kasko ve trafik sigortası, hekimin mesleki sorumluluk sigortası gibi birçok sigortanın geçersizliği sonucunu doğurur. Zira bu sigortalarda riziko olarak adlandırılan husus da sigortalının ahlâka aykırı bir davranışı sonucunda gerçekleşebilir.

Benzer bir değerlendirme genelev işleten kişiler ile genelevde çalışan seks işçilerinin yaptracakları sigortalar için de söz konusu olmalıdır. Genelev işleten kişiler; mallarında meydana gelecek zararlar bakımından mal sigortası, genelev faaliyetinin devamı sırasında kendi sorumluluklarını doğuran zararlar bakımından ise işveren sorumluluk sigortası veya üçüncü şahıslar mali mesuliyet sigortası yaptırabilir. Genelevde çalışan kişiler ise mallarında meydana gelecek zararlar için mal sigortası, genelevdeki faaliyetleri sırasında kendi sorumluluklarını doğuran zararlar bakımından mesleki sorumluluk sigortası veya kendi hayat, vücut bütünlükleri ya da sağlıkları bakımından can sigortası yaptırabilir. Ancak genelevde çalışan kişilerin yaptıracağı mesleki sorumluluk sigortası bakımından sigortanın kapsamı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira ilgili Genel Şartlarda, mesleki sorumluluk sigortasının, ancak mesleki faaliyetin ifası sırasında meydana gelen zararlardan doğan sorumluluk için yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu 2018 tarihli kararda ise fuhuş faaliyeti, mesleki bir faaliyet olarak kabul edilmemiştir.

Genelev örneği üzerinden yapılacak farklı türdeki sigortalar bakımından; faaliyetin ahlâka aykırılığı iddiası ile sigorta sözleşmesinin yapılması engellenmemelidir. Zira Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzük uyarınca genelevlerin kuruluşu ve çalışması ile genelevde çalışan kadınlar, kanuni bir düzenlemeyle koruma altına alınmış ve faaliyetin, Devlet kontrolünde gerçekleştirileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede; halihazırda mevzuat ile şekli meşruiyeti sağlanmış olan genelev ve genelevde çalışan kişiler bakımından faaliyetin ahlâka aykırı olduğuna dair iddia ileri sürülemez. Kaldı ki genelev işleten kişiler ile genelevde çalışan kimselerin yaptıracakları sigortalar, söz konusu faaliyetin gerçekleştirilmesini sağlamaya değil; kişilerin malvarlığı veya şahısvarlığı unsurları üzerindeki menfaatlerini korumaya yöneliktir. Bu yönüyle söz konusu sigortaların, bir bütün olarak meşru olmadığından da söz edilemez.

KAYNAKÇA

- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1*. Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aral Eldeleklioğlu, İrem. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”. 10. Yıl’a Armağan. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2: 203-222.
- Armbrüster, Christian. *Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- Arseven, Halil. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: 2. Baskı, Beta Yayınları, 1991.
- Atabek, Reşat. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Duygu Matbaası, 1950.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin ve Özdamar, Mehmet. *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Bartholomäus, Peter. *Das Versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot*. Karlsruhe: VVW, 1997.
- Battal, Ahmet. “Ticari İşletme Kistasları Karşısında Genelevlerin Durumu”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. S. 5, 1992: 207-224.
- Beckmann, Ronald Micheal und Matusche-Beckmann, Annemarie. *Versicherungsrechts-Handbuch*. 3. vollständig überarbeitete Auflage, München: C.H. Beck, 2015.
- Bozer, Ali. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.
- Bozkurt, Tamer. *Sigorta Hukuku*. Ankara: 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Bruck/Möller. *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band, Einführung; §§33-73*. Berlin: 9. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, 2010.
- Bruck/Möller. *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Dritter Band, Einführung; §§74-99*. Berlin: 9. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, 2009.
- Bruck/Möller. *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Erster Band, Einführung; §§1-32*. Berlin: 9. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, 2008.
- Bruns, Alexander. *Privatversicherungsrecht*. München: C.H. Beck, 2015.
- Can, Mertol. *Türk Özel Sigorta Hukuku, Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*. Adana: 20. Baskı, Karahan Kitabevi, 2019.
- Deutsch, Erwin und Iversen, Thore. *Versicherungsvertragsrecht*. Karlsruhe: 7. Auflage, VVW, 2015.
- Elbir, Halil. “Realist bir Tevhid-i İçtihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber midir?”. *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y. 1, S. 2, 1948: 89 vd.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Günay, M. Barış. *Sigorta Hukuku*. Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Hofmann, Edgar. *Privatversicherungsrecht*. München: 4. völlig überarbeitete Auflage, C.H. Beck, 1998.
- Kaner, İnci Deniz. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Kara, Etem. *Sigortalabilir Menfaat İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kayıhan, Şaban ve Bağcı, Ömer. *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*. İzmit: 4. Baskı, Umuttepe Yayınları, 2019.
- Kender, Rayegan. *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*. İstanbul: 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 23. Bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Kocayusufoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*. İstanbul: 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, 2017.
- König, Willy. “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi (Cevap)”, Çev. Öztan, F., *BATİDER*, C. V, S. 1, 1969: 46-55.
- Koroğlu Ölmez, Belin. Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasası. Çankaya Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*. Ankara: 2020.
- Koroğlu Ölmez, Belin. “Menfaat Prensibi ve Zenginleşme Yasası İlkesi Çerçevesinde Grup Mal Sigortalılarına Dair Kanuni Esasların Değerlendirilmesi”, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Cilt II. *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, 2020: 2455-2476.
- Langheid, Theo und Rixecker, Roland. *VVG - Versicherungsvertragsgesetz: mit mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung: Kommentar*. München: 6. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Langheid, Theo und Wandt, Manfred. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §§1-99, VVG-InfoV*. München: 2. Auflage, C.H. Beck, 2016.
- Merki Çoksezen, Duygu. *Fuhuş Suçu (TCK 227)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Möller, Hans. “Menfaat ve Değerlendirilmesi”, Çev. Öztan, F., *BATİDER*, C. IV, S. 2, 1967: 255-273.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt I*. İstanbul: 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Öktem, İmran. “Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayri Menkul Kiralanması”. *İzmir Barosu Dergisi*. Sene: 3, S. 2-10: 89-102.
- Öz, M. Turgut. *BK m.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet - Başlık Parası*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Özgenç, İzzet. “Fuhuş ve Hukuk- Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 Tarihli ve 2014/19152 Numaralı Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi”. *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018: 483-501.
- Postacioğlu, İlhan E. “T. C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararın Sayısı: E. 30, K. 2 Kararın Günü: 14/1/1948”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. XV, S. 4, 1949: 1288-1309.

- Prölss ve Martin. *Beck'sche Kurz Kommentare: Versicherungsvertragsgesetz: mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*. München: 30. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Rüffer, Wilfried; Halbach, Dirk und Schimikowski, Peter (Hrsg.). *Versicherungsvertragsgesetz: VVG| EGVVG| VVG-InfoV| AltZertG| PflVG| KfzPflVV| Allgemeine Versicherungsbedingungen: Handkommentar*. 4. Auflage, Nomos, 2020, (HK-VVG).
- Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut und Limperg Bettina. *Münchener Kommentar zum BGB, Band 1*. München: 9. Auflage, C.H. Beck, 2021, (MüKoBGB).
- Samwer, Hans. *Das sogenannte Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht*. Düsseldorf: Dissertations Verlag G.H. Nolte, 1937.
- Sayhan, İsmet. *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta - Eksik Sigorta - Sigorta Tazminatının Hesaplanması)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Schimikowski, Peter. *Versicherungsvertragsrecht*. München: 6. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, 2017.
- Şenocak, Kemal. *Çifte Sigorta*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, (Çifte Sigorta).
- Şenocak, Kemal. "Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği". *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009: 189-229.
- Şenocak, Kemal. "Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) - (TTK m.1490)". *BATİDER*, C. XXVIII, S. 4, 2012: 47-82.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: 4. Bası, Sermet Matbaası, 1979.
- Tunçomağ, Kenan. "1980 Yılı Başında Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Durumu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1981: 709-744.
- Uluğ, İlknur. "Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler". *Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği*, Sempozyum. Türkiye Barolar Birliği, 2004: 308-349.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, (Cilt I).
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt II*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, (Cilt II).
- Ünan, Samim. *Hayat Sigortası Sözleşmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998.
- Yazıcıoğlu, Emine ve Şeker Ögüz, Zehra. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.
- Wandt, Manfred. *Versicherungsrecht*. München: 6. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2016.

İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞMELERİ ESNASINDA İŞÇİ VE İŞVERENİN SORUMLULUĞU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR^(**)

Öz

İş sözleşmesinin görüşmeleri esnasında işçi tarafından ya da işveren tarafından başta kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı birtakım durumlar gündeme gelebilmektedir. Sözleşme görüşmeleri esnasında karşılaşılan bu hukuka aykırılıklar çalışma hayatının önemli sorunlarından birisi olsa da bu sorunlar üzerinde çok fazla durulmamaktadır.

Henüz işçi adayı olarak iş görüşmelerine katılan kişi ile işveren arasında iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurma özelliğinden ötürü kişilik hakları sınırlarını ihlal etme potansiyeli olan görüşmeler yaşanabilmektedir. Bu çerçevede işveren tarafından iş görüşmeleri esnasında işçiye yöneltilebilecek soruların sınırı ne olmalıdır sorusu akla gelmektedir. İşveren tarafından işçi adayına yöneltilen sorular karşısında işe olan ihtiyacından dolayı iş ilişkisinin zayıf tarafında bulunan aday sözleşmenin olumlu sonuçlanabilmesi için gerçeğe uygun olmayan beyanlarda bulunabilmektedir. İşçi adayının bu tarz beyanları bazı hallerde onun sorumluluğunu doğurabileceği gibi bazı gerçeğe aykırı beyanlar işçi açısından hiçbir olumsuz sonuç doğurmayabilir.

Çalışma kapsamında sözleşme görüşmelerinden doğan kusurlu sorumluluk hallerine değinilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda işçi adayının mülakat esnasında sorulan tüm sorulara cevap verme yükümlülüğü var mıdır? Sözleşme görüşmeleri esnasında işçi adayı, kendisi tarafından verilen hangi gerçeğe aykırı beyanlardan sorumlu tutulmalıdır? Diğer bir deyişle işçi adayının kendisi hakkındaki bilgileri gizleme hakkının sınırı ne olmalıdır ve böyle bir durumda işçinin neden olacağı hukuka aykırılıktan doğan sorumluluğunun sonuçları neler olmalıdır sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır. Örneğin işverenin eşitlik ilkesine aykırı bir tutumda bulunacağını açıkça anlaşılması halinde gebelik durumunu gizleyen ya da bu konu hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunan işçi açısından iş ilişkisinin başlamasından sonra herhangi bir yaptırımda bulunulabilecek midir? Bu kapsamda işçi ne gibi haklara sahiptir? Tüm bunların dışında işveren tarafından işçi adayına yöneltilen ve hukuka uygun olmayan sorulara cevap verilmemesinin ya da işe alım esnasında işveren tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı durumlar karşısında işçinin ne gibi haklara sahip olabileceği de bu çalışma kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sözleşme Öncesi Kusurlu Sorumluluk, Kişisel Verilerin Gizliliği, Ayrımcılık Yasağı, İşçinin Gerçeği Gizleme Hakkı, İş İlişkisinin Kurulması.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1174311.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı / Sivas-Türkiye.

E-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2073-5085>.



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

EMPLOYEE AND EMPLOYER'S RESPONSIBILITY DURING EMPLOYMENT CONTRACT NEGOTIATIONS

Abstract

Unlawful situations violating personal rights by both employee and the employer during the employment contract negotiations are one of the critical problems of work life. Nevertheless, these problems are not emphasized well enough.

Due to the probability of setting a personal relationship feature of the employment contract, there may be meetings that could violate the boundaries of personal rights between the person who has just participated in job interviews as a candidate employee and the employer. In this context, what is the limit of questions that the employer may ask the employee during job interviews? Because the candidate needs the job, this part is on the weak side of the employment relationship. Therefore, they may state some informations incorrectly to get the job. Such statements of the candidate may cause his responsibility in some cases, and some incorrect statements may not have any negative consequences for the employer.

While trying to analyze the situations in which faulty liability situations arising from contract negotiations may arise in terms of labor law, is the worker obliged to answer all questions asked during the interview or is the worker responsible for which false statements he made during the contract negotiations, in other words, the worker candidate himself during the job interviews. What should be the limit of the right to hide information about the employee? What should be the consequences of the employee's responsibility arising from the unlawfulness in such a situation will be examined. For example, if it is clear that the employer will act contrary to the principle of equality, will there be any sanction after the employment relationship begin for the employee who hides her pregnancy status or makes a false statement about this issue? Apart from all these, the study will also discuss what kind of rights the employee may have in the face of unlawful questions directed by the employer to the employee candidate and in case of unlawful situations carried out by the employer during recruitment.

Keywords

Pre-Contractual Faulty Liability, Confidentiality of Personal Data, Prohibition of Discrimination, Employee's Right to Conceal the Truth, Establishment of a Business Relationship.

Extended Abstract

Unlawful situations violating personal rights by both employee and the employer during the employment contract negotiations are one of the critical problems of working life. Nevertheless, these problems are not emphasized too much. Turkish law has no legal regulation regarding the parties' responsibilities during contract negotiations. Contract negotiations are the areas where the personalities of the parties come to the fore. Therefore, more attention is paid to personal rights.

Due to the probability of setting a personal relationship feature of the employment contract, there may be meetings that could violate the boundaries of personal rights between the person who has just participated in job interviews as a candidate worker and the employer. In this context, what is the limit of questions that the employer may ask the employee during job interviews? Because the candidate needs the job, this part is on the weak side of the employment relationship. Therefore, they may state incorrectly to get the job. Such statements of the candidate may cause his responsibility in some cases, and some incorrect statements may not have any negative consequences for the employer. The employee has obligations to the employer when negotiating an employment contract. However, this obligation belongs not only to the worker but also to the employer. The employer is responsible according to the general provisions during the contract negotiations. It is also responsible within the framework of some special laws. The common purpose of these laws, in general, is to protect the personal rights of the worker. Within the scope of the study, the obligations in these laws were examined. The worker is obliged not to mislead the employer. However, the worker is not obliged to answer every question the employer asks. The employer is obliged to ask questions about the qualifications of the job. Therefore, the worker does not have to answer questions unrelated to the nature of the job.

While trying to analyze the situations in which faulty liability situations arising from contract negotiations may arise in terms of labor law, is the worker obliged to answer all questions asked during the interview, or is the worker

responsible for which false statements he made during the contract negotiations, in other words, the worker candidate himself during the job interviews. What should be the limit of the right to hide information about the employee, and what should be the consequences of the worker's responsibility arising from the unlawfulness in such a situation will be examined. For example, if it is clear that the employer will act contrary to the principle of equality, will there be any sanction after the employment relationship begin for the employee who hides his pregnancy status or makes a false statement about this issue? In this case, to which institutions does the worker have the right to apply, especially what kind of rights does she have under the law No. 6701? Apart from all these, this study will also discuss what kind of rights the employee may have in the face of unlawful questions directed by the employer to the employee candidate and in case of unlawful situations carried out by the employer during recruitment.

In the last part of the study, the responsibility of the worker arising from the contract negotiations will be included. In this context, one of the termination cases in the labor law will be included. What are the employers' rights in line with this article will be examined? Which information by the worker to mislead the employer may cause the termination of the contract. It will be examined whether there is a regulation regarding this situation in the general provisions other than the labor law.

GİRİŞ

Genel olarak tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi işçi ve işveren arasında kurulacak hukuki ilişki olan iş sözleşmelerinin ilk aşamasını sözleşme görüşmeleri oluşturmaktadır.

Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar bazı sözleşme görüşme konuları üzerinde anlaşabilirler ve bu anlaşma doğrultusunda birtakım yükümlülük altına girebilirler. Öyle ki taraflar arasında sözleşme görüşmelerine ilişkin bir kararlaştırma olmasa bile tarafların birbirlerine karşı dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.¹

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin kaynağı kuşkusuz iş sözleşmesidir. İşçi ve işveren arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesine indirgemek her zaman doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu ilişki, iş sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamayı da içerisinde barındıran ve bu kapsamda taraflara iş sözleşmesinin kurulmasından önce de birtakım sorumluluklar yükleyen daha geniş bir çerçeveyi ifade eder.

4857 sayılı İş Kanununun (İK) 8. maddesi iş sözleşmesini tanımlamış ancak sözleşme ile ilişkili olan iş ilişkisi kavramına bu maddede değil Kanunun 2. maddesinde yer verilmiştir. “İşçi ile işveren arasında kurulan ilişki” iş ilişkisi olarak tanımlanmıştır. (md.2/I)²

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin kaynağının iş sözleşmesi olduğundan bahsedilmişti ancak iş ilişkisini iş sözleşmesi kavramından ayrı ele almanın önemi kuşkusuzdur.

¹ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt I*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013), 121. Öğretide “Sözleşme görüşmeleri anlaşmaları” olarak adlandırılan ve asıl sözleşmelerin kurulmasını sağlayan ve bu sözleşmenin hükümlerini belirleyen sözleşmelerden farklı olarak asıl sözleşmeye yönelik olan ancak onun yükümlülüklerinden farklı bir şekilde tarafların görüşmelerini düzenleyen sözleşmelerin de olduğu belirtilmiştir. Antalya, s. 121.

² İş Kanununun tasarısına ilişkin madde gerekçesinde “iş ilişkisi” ve “iş sözleşmesi” kavramlarının özdeş olduğu ve Kanunda yer alan tanımlarda iş ilişkisi kavramına da yer verilerek Avrupa Birliği müktesebatına uygun hareket edildiği belirtilmiştir. Nuri Çelik; Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 166.

İş sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamada her ne kadar tarafların birbirlerine karşı sözleşmeden doğan yükümlülükleri bulunmasa da tarafların birbirleri ile buldukları ilişki gerek işçinin gerekse işverenin birtakım yükümlülüklerini gündeme getirmektedir. Öğretide iş ilişkisinin, iş sözleşmesinin yapılmasıyla başlanacağı belirtilmektedir.³

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında gerek işçinin gerekse işverenin birbirlerine karşı birtakım yükümlülükleri vardır. Bu açıdan işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu her ne kadar sözleşmenin devamı sırasında olan bir borç gibi algılsa da esasen iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da bazı noktalarda işverenin işçi adayını koruma borcunun bulunduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır. İşçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük hem genel hükümler çerçevesinde hem de İş Kanunu'nda yer alan haklı sebeple feshe ilişkin düzenlemelerde yer almaktadır.

Çalışmada ilk olarak genel hükümler doğrultusunda tarafların sözleşme görüşmelerinden doğan kusurlu sorumluluğuna değinildikten sonra çeşitli kanuni düzenlemeler kapsamında iş sözleşmeleri görüşmeleri esnasında birbirlerine karşı yükümlülükleri açıklanmaya çalışılacaktır.

I. TARAFLARIN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN KUSURLU SORUMLULUĞU-CİC SORUMLULUĞU

Culpa in contrahendo (CIC) sorumluluğu, tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla beraber oluşan ve tarafların güven ilişkisinde dürüstlük ilkesinden kaynaklanan davranış yükümlülükleri olarak tanımlanabilir. Sözleşmenin taraflarından birinin ya da her ikisinin kusurlu davranışıyla doğan zararın, sözleşmeye ilişkin talep olarak tazmini sorumluluğu olarak tanımlanan sorumluluğun kaynağını tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla beraber oluşan özel güven ilişkisi oluşturur. Bu güven ilişkisinde zarar ören kişi eğer sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmayacağını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa söz konusu güven korunmayacaktır.⁴

İş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde elbette işçi ve işverenin çıkarları birbirinden farklıdır. İşveren, çalışacak kişiye ayrılan alanı gerek işin gerektirdiği nitelikler açısından gerekse işçi adayının işyerinde çalışan diğer işçilerle olan uyumu açısından en iyi şekilde doldurmayı amaçlarken iş için başvuran adayın da sözleşmenin kurulması aşamasında doğru karar verebilmesi için çalışma koşulları açısından doğru bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir.⁵

³ Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: 1984, 55., İş sözleşmesi ve iş ilişkisi kavramlarının açıklanmasında birbirine yaklaşmış olan iki teori bulunmaktadır. Uygulamada çıkan uyuşmazlıkların bu teorilerden birine göre çözülmesi yerine her olayın özellikleri göz önüne alınarak, yürürlükteki hukuk kuralları ve ilkelere göre ve bu teorilerden en uygun olan hangisi ise ona göre çözülmesi gerektiği öğretide savunulan görüşlerdendir. Süleyman Başterzi, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*. (Ankara: 2007), 59.

⁴ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 134.

⁵ Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", *IUHFM*, C: LXXII, S: 2, (2014), 541, 542.

Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların birbirlerine karşı olan yükümlülükleri karşılıklı davranış yükümlülükleri olarak adlandırılır. Bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinden bağımsızdır.⁶ Dolayısıyla bu yükümlülük herkese karşı değil yalnızca davranış yükümlülüğü altında bulunan kişilere karşı ileri sürülebilir. Taraflar sözleşme görüşmelerine başladıkları andan itibaren; sözleşme görüşmelerinin ciddi olarak yürütülmesine özen göstermek, birbirlerine karşı bilgi vermek ve birbirlerini aydınlatmak, sözleşmenin diğer tarafının gerek kişilik hakkını gerekse malvarlığını korumak ve genel hükümlere göre dürüstlük kuralından kaynaklanan diğer önlemleri almak ve ona uygun davranışta bulunmakla yükümlüdür.⁷

A. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAPSAMINDA TARAFLARIN HAKLARI

İşçi adayı ve işverenin sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğu kapsamında birbirlerinden talepte bulunabilmeleri için davranışlarının kusurlu olması gerekir. CIC sorumluluğunun temel şartlarından birisi budur. Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların sözleşme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu görüşmeler esnasında özen yükümlülüğüne aykırı davranan taraf bir diğer tarafın sözleşme görüşmelerinden doğan masraflarını ve yükümlülük ihlalinin doğan zararını ödemekle yükümlüdür. Bu aşamada herhangi bir yükümlülük ihlali olmamasına rağmen sözleşme sona ermişse tarafların her biri kendi sözleşme masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Bu sorumluluk kapsamında tazmin edilen zarar güven zararının tazminidir.⁸ İşçi adayı ve işveren arasında gerçekleştirilen sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların birbirlerine karşı açıklamakla yükümlü oldukları birtakım hususlar olabilir. Sözleşme görüşmeleri esnasında bu gibi durumlara ilişkin yanıtıcı bilgi verilmiş olabilir. Sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme kurulmuş olsa dahi bir tarafın diğerine vermesi gereken bilgi ve açıklamaları yapmaması ya da bunların gerçeğe aykırı olması nedeniyle farklı sorumluluklara da yol açabilir.⁹

Sözleşme öncesi sorumluluk değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bu sorumluluk her iki tarafın sözleşme görüşmeleri aşamasında yaşam, sağlık, mülkiyet gibi haklarının yerine getirilmemesinden kaynaklanabileceği gibi sözleşme görüşmeleri esnasında haklı bir neden olmaksızın sözleşme görüşmelerine son verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.¹⁰

⁶ Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, (1968), 117.

⁷ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 135.

⁸ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 135, 136.

⁹ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (Ankara: Turhan Yayınevi, 2020), 123.

¹⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 126.

CIC sorumluluğunun olması için zarar verenin kusurlu olması gerekir. Burada aranan kusur hafif kusur dahi olabilir. Bu sorumluluk türünde ispat yükü Türk Medeni Kanununun (TMK) 6. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca yer değiştirir ve zarar veren kusuru olmadığını, yükümlülüğüne aykırı davranan taraf olarak ispat eder.¹¹

1. İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında Çeşitli Kanunlardan Doğan Sorumluluk Halleri

İş sözleşmesinin kurulması ile beraber işçi ve işverenin birbirlerine karşı sözleşmeden doğan birtakım yükümlülükleri doğar. Bu kapsamda işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu iş sözleşmesinden doğan borçlardan birisidir. Esasen işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun yasal dayanağını Türk Borçlar Kanununun (TBK) 417. maddesi oluşturmaktadır.¹² Söz konusu düzenleme ile hem geniş anlamda işçiyi koruma borcu hem de dar anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcu düzenlenmiştir. İşçinin sadakat borcunun karşılığı olarak işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. 417. maddenin ilk fıkrası işverenin geniş anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcu düzenlenmiştir.¹³

Geniş anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamının önceden sınırlı bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. İşçiyi koruma ve gözetme borcunun başında işçinin kişiliğinin korunması gelir.¹⁴ Bu borcun genişliği belirlenirken işverenin, diğer işçilerin ve aynı zamanda üçüncü kişilerin haklı menfaatlerine uygun düşen bir sınır çizilmelidir. Başka bir ifadeyle işverenin koruma ve gözetme borcunun sınırını işverene kanunen tanınmış haklar ve işverenin haklı menfaatleri oluşturur.¹⁵

İşçinin kişiliğinin korunması, kişilik değerleri kapsamında ele alınması gereken her türlü korumayı ifade eder. Bu açıdan gözetme borcu iş ilişkisi nedeniyle işçi hakkında öğrenilen bilgilerin saklanması da içerir.¹⁶ Bundan başka işçiye

¹¹ Antalya, s. 137. Sözleşme öncesi kusurlu sorumluluğun hukukî niteliği konusunda çeşitli teoriler ve öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Öğretide bu sorumluluğun hukuksal niteliğinin sözleşme sorumluluğu, sözleşme benzeri sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu, temelini TMK md.2'de bulan sorumluluğun özel bir türü olduğuna dair tartışmalar bulunmaktadır. Kılıçoğlu'na göre bu sorumluluğun hukukî niteliğinin haksız fiil sorumluluğu olduğunun daha isabetli olduğu savunulmuştur. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 128. Antalya'ya göre CIC sorumluluğu sözleşme benzeri borç ilişkisi olarak sözleşme niteliğindedir.

¹² TBK'nın işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeleri İş Kanunlarına tabi olan tüm iş ilişkilerinde uygulanır. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun sınırı Türk Medeni Kanununun (TMK) 2. maddesi esas alınarak belirlenmelidir. Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022, s. 89.

¹³ Aşan, Gülistan. "*Türk Hukukunda İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*", İstanbul Medeniyet Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 23.

¹⁴ Saper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2020, s. 397.

¹⁵ Senyen Kaplan, Emine. "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", *Kamu-İş Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 3.

¹⁶ Canan Ünal, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", *Legal ISGH*, S. 37 (2013).

gerekli bilgilerin verilmesi, yol gösterilmesi, işçiye kendisini ilgilendiren bazı belgeleri inceleme olanağının sunulması gibi hususlar geniş anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamı içerisinde yer alır.¹⁷ Dar anlamda işçiyi koruma ve gözetme borcu ise 417. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Dar ve teknik anlamda işçiyi gözetme borcu işçinin sağlığının ve hayatının korunmasını ifade eder.¹⁸

İş sözleşmesi görüşmeleri esnasında taraflar birbirleri hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla birbirlerine karşı birtakım sorular yöneltmekte ve bu sorulara verilecek cevaplar ile birbirlerinin kişisel verileri hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Görüşmeler esnasında paylaşılan bilgilere yönelik hukuka aykırı davranış ile tarafların birtakım sorumlulukları doğabilmektedir. Çeşitli kanunlarda yer alan bu sorumluluk hallerine çalışmanın devamında yer verilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda ilk olarak sözleşme görüşmeleri esnasında kişisel verilerini paylaşan işçinin 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kapsamında hakları açıklanmaya çalışılacaktır.

a. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Sözleşme Görüşmeleri Esnasında Ortaya Çıkan Sorumluluğun Görünümü

İşverenin işçi adayını koruma ve gözetme sorumluluğu kapsamında işçi adayının kişilik değerlerine saygı gösterme borcu bulunmaktadır. Bu kapsamda işçi adayının kişisel verilerinin korunması önemli bir husustur. İşçilerin ya da iş başvurusunda bulunan adayların kişisel verilerinin gerek işe alım esnasında gerekse daha sonraki süreçte; kanundan doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi, eğitim verilmesi ya da terfi ettirilecek işçilerin seçimi, işçilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanması gibi hususlar doğrultusunda işlenmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.¹⁹

İş hukuku açısından tarafların kişisel verileri kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir ve bu veriler özel hayatın gizliliği kapsamında ele alınır. Başka bir ifade ile işçilerin ya da işçi adaylarının verileri üzerinde korunma hakkı bulunmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının hukukî dayanağının başında ise esasen Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenlediği 20/3 hükmü yer almaktadır. Düzenlemeye göre; “Herkes kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”²⁰

¹⁷ Süzek, *İş Hukuku*, s. 397.

¹⁸ Aşan, “*Türk Hukukunda İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*”, s. 23.

¹⁹ İlke Gürsel, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri”, *Legal ISGHD*, S. 50 (2016), 765.

²⁰ Gürsel, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri”, 772-774.

a.1. İşe Başvuran Adayın Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Ölçülülük İlkesi

İş hukuku bakımından kişisel veri; işçi ile ilişkili ya da ilişkilendirilebilen, işçinin özel ya da mesleki yaşamına dair tüm bilgi, işaret ve notlar olarak açıklanabilir.²¹

Kişisel verilerin işlenmesinde ölçülülük ile ifade edilmek istenen durum; işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında gerekli olan ve aynı zamanda sözleşmenin yerine getirilmesi için gerekli olan verileri elde etmesi ve işlemesi, işçi adayı ya da işçinin kişilik haklarının en az düzeyde zedelenmesi için çaba göstermesi olarak ifade edilebilir. İşveren, sözleşme görüşmeleri esnasında aday hakkında bilgi edinmek, kişinin başvurduğu iş için uygun nitelikleri ve yetenekleri taşıyıp taşımadığını değerlendirmek amacıyla ve yalnızca bu değerlendirme için elverişli ve gerekli yöntemlerle aday hakkında bilgi toplamayı ifade eder. Bu kapsamda verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve yalnızca meşru amaçlar için işlenmesi, ölçülülük ilkesine yönelik olarak işlendikleri amaç için gereken süre kadar saklanması da uyulması gereken kurallar arasındadır.²²

İşçi adayının verileri, kişisel verilerinin işlenmesinde ölçülülük ilkesi gereği hukuka aykırı bir şekilde edinilmiş olmamalı, aday hakkında toplanılan veriler doğru ve işçi adayının işe girme amacını tespit etmeye yönelik olmalı, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli ve oranlı olmalı, yalnızca gerektiği ölçüde kişisel veriler işlenmeli ve güvenli bir şekilde depolanmalıdır.²³

a.2. Kişisel Verilerin Korunmasına Aykırı Davranan İşverenin Sorumluluğu

İşçinin kimlik bilgileri, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkûmiyet durumu, e-posta yazışmaları, ırkı, cinsel yönelimi gibi konular kişisel veriler kapsamındadır. Kişisel verilerin hangi kapsam ve koşullarda işleneceği 6698 sayılı Kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre kişisel verilerin kural olarak ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak kişisel verilerin işlenmesi kanunlarda açıkça öngörülmüşse artık bu gibi durumlarda ilgili kişinin açık rızası aranmayacaktır. Söz konusu duruma İK md.75 gösterilebilir. 6698 sayılı Kanunda açık rızanın aranmayacağı bir diğer hal sözleşmenin kurulması ya da ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması şartıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olmasıdır. (md.5/I, c).

6698 sayılı Kanuna göre veri sorumlusu yani işverenin veri güvenliğini sağlama yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğün başında ilgili işçi adayının aydınlatılması gelir. Kanununun 11. maddesinde kişisel verileri hukuka aykırı

²¹ Gürsel, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri", 775.

²² Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 313, Ahmet K. Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2006), 158.

²³ Çatalkaya Ugan, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 313.

olarak işlenen kişilerin hakları düzenlenmiştir. İşçi adayı hukuka aykırı olarak kişisel verisinin işlendiği kanaatindeyse ilk olarak bu durumla ilgili talebini veri sorumlusu yani işverene iletmelidir. İşçi adayının söz konusu duruma yönelik talebinin en geç 30 gün içerisinde cevaplanması gerekir. Kanun kişisel verilerin korunmasına yönelik başvurular açısından kademeli bir usul öngörmüştür. İşçi adayının kanundan doğan hakkını kullanabilmesi için ilk etapta işverene başvurması zorunludur. İşverene başvuru yapılmadan Kurula şikâyet yoluna başvurulamaz. Bu açıdan işçi adayının işverene başvurması tüketilmesi gereken ilk yoldur. İşçi adayı bu aşamadan sonra Kurula şikâyette bulunabileceği gibi adayın genel hükümlere göre tazminat hakkı da saklıdır. Başka bir ifadeyle işçi adayının Kurula başvurması için tüketmesi gereken ilk yol yargı makamları değildir. İşçi karşılaşmış olduğu hukuka aykırı durumun giderilmesi için işverene başvurduğu ve söz konusu durumun çözümüne yönelik işveren tarafından bir müdahale olmadığında Kurula başvurması için tüketilmesi gereken yol tüketmiş sayılır. Bunun dışında işçi adayı dilerse doğrudan yargı makamlarına başvurarak genel hükümler uyarınca tazminat talebinde de bulunabilir. Veri sorumlusuna ilk etapta başvurma zorunluluğu yalnızca Kurula yapılacak şikâyetten önce tüketilmesi gereken bir aşamadır.²⁴

b. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) Kapsamında Sözleşme Görüşmeleri Esnasında İşverenin Sorumluluğu

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini alma yükümlülüğü de işverenin işçiyi koruma borcu kapsamında değerlendirilen bir borçtur. 6331 sayılı İSGK kapsamında yer alan iş sağlığı ve güvenliği kurallarına ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin olduğundan mutlak emredici hukuk kuralı niteliğindedir ve Borçlar Kanunundan farklı olarak işin kamu hukuku boyutunu düzenlemektedir. 6331 sayılı Kanun açısından üzerinde durulması gereken yükümlülük; işçinin özel nitelikli kişisel verileri arasında sayılan sağlıkla ilgili verilerinin korunmasına ilişkin düzenlemedir. Kanunda sağlık muayenesi yaptıran çalışanın özel hayatının ve itibarının korunması açısından sağlık bilgilerinin gizli tutulacağı düzenlenmiştir. (md.15/5) İşçi adayının ya da işçinin sağlık muayenesi işe giriş esnasında ya da iş değişikliği gibi çeşitli aşamalarda gerçekleştirilebilmektedir.²⁵

2. İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşverenin Eşit Davranma ve Ayrımcılık Yasağına Aykırı Davranmama Yükümlülüğü

İş için uygun personeli seçme süreci, çalışma hayatının başlangıç noktasını oluşturur. İş ilanları iş ilişkisi sürecinin başını oluşturur. İşçi adayını seçerken gerçekleştirilen ayrımcılık; adayların işle ilgili olmayan kriterlere göre seçilmesi ve elenen adayların kendilerinde olan bazı ayırıcı özellikler dolayısıyla elenmesi

²⁴ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku*, 371-373.

²⁵ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku*, 364.

olarak tanımlanabilir. İşçi adayını seçme süreci aşamasında birden fazla adayın olması doğaldır. Ancak bu esnada işyerinde çalışacak işçiyi seçerken işverenin tutumu önemlidir. İşveren ya da işveren tarafından yetkilendirilen kişi tarafından gerçekleştirilecek seçme işlemi; işle ilgili ölçütlere dayanmıyor, önyargı içeriyorsa bu durumda ayrımcılık söz konusudur. Bu kapsamda gerçekleştirilen ayrımcılık bilinçli bir seçme ögesi taşır ve esasında bir grubun, cinsiyetin, ırk ya da etnik kökenin bir başkasına tercih edilmesine dayanır.²⁶

2016 yılında yürürlüğe giren 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunundan (TİHEKK) önce işe alım sürecinde ayrımcı muameleyi yasaklayan düzenleme 4857 sayılı İK'da bulunmamaktaydı.²⁷ Bu açıdan işe giriş sürecinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıydı. 6701 sayılı Kanun ile tüm bu tartışmalar son bulmuştur ve işe alım sürecinde işveren tarafından ayrımcılık yapılamayacağı hususu bu Kanunda sayılan temeller açısından yasaklanmıştır. Kanun ile yalnızca işe alım sürecinde gerçekleştirilecek ayrımcılık değil iş ilanları açısından da ayrımcılık yapılmasının önü kapatılmıştır. Bu açıdan 6701 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin insan haklarının korunması bağlamında oldukça yerinde olduğu söylenebilir.²⁸

İş Hukuku mevzuatı açısından işe giriş esnasında yasaklanan ayrımcılık temelleri; cinsiyet, sendika ve engellilik ile sınırlı tutulmuştu. TİHEKK ve iş mevzuatı açısından bir kıyaslama yapmak gerekirse işe giriş esnasında yapılacak ayrımcılık hususunda 6701 sayılı Kanunun ayrımcılık temellerini genişletmesi isabetli bir durumdur. Ancak 6701 sayılı Kanunda ayrımcılık temelleri bakımından kapalı uçlu bir yaklaşım benimsenmesi ve ayrımcılık temellerine sınırlı sayıda yer verilmesi Kuruma başvurma açısından kişilerin önünde engel olabilecektir. Bu açıdan 4857 sayılı Kanun ve 6701 sayılı Kanun kıyaslandığında İK'nın daha geniş bir koruma imkânı sağladığını söylemek yerinde olacaktır. Bu nedenle her iki Kanun arasındaki düzenleme farkları dikkate alındığında İş Kanununun uygulama alanının bulunması gerektiği öğretilmiş ve savunulmuştur.²⁹

İşe giriş esnasında işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı; ayrımcılık yasakları ve dar anlamda eşit davranma borcu açısından incelenmiştir. Ayrımcılık yasağı hususu bireylerin haklarını, korunması gereken temel insan

²⁶ Elif Şeşen, *Gazetelerde Yayımlanan İş İlanlarında Ayrımcılık ve Fırsat Eşitliği Türkiye ve İngiltere Karşılaştırması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, 43, 44.

²⁷ İşe alım sürecinde ayrımcılığı yasaklayan düzenleme Engelliler Hakkında Kanunda "İstihdam" başlıklı 14. maddede "İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdamla ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz" hükmü yer almıştır.

²⁸ Kübra Demir, *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (İstanbul: OnikiLevha, 2021), 46 vd.

²⁹ Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (İstanbul: OnikiLevha, 2017), 198.

hakları nezdinde ele aldığından iş ilişkisinin kurulması esnasında işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranmama yükümlülüğü olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamalıdır. İşçi adayının değiştirmesinin kendisinden beklenmeyeceği özellikleri bulunabilir. Söz konusu özellikler ayırım yasağı kapsamındaysa artık bu durumda işverenin sözleşme serbestisine üstünlük tanınmayacaktır. Başka bir ifade ile işveren, işçi adayını bu özelliklerinden ötürü işe almıyorsa artık işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığından bahsedilecektir.³⁰

Ayırım yasaklarından bağımsız olarak işverenin işe giriş esnasında eşit davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususundan bahsedebilmek içinse işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulması gerektiğinden bahsedilmiştir.³¹

6701 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar Türk Hukukunda iş sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamayı kapsayacak şekilde işverenin eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Her ne kadar İK md.5/3 işverenin işe alım esnasında eşit davranma yükümlülüğünden bahsetse de bu yükümlülük yalnızca cinsiyet ve gebelik hallerini kapsamaktadır.³² Bu açıdan 6701 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar işverenin işe alım esnasında salt eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu şeklinde bir değerlendirme yapılamayacağı yalnızca işverenin sözleşme serbestisi ve eşitlik ilkesinin karşı karşıya kalması halinde bu iki ilkenin birbirlerine üstünlüğünün bulunmadığı, işverenin işe alım esnasında kullanacağı yöntemlerin Anayasal ilkelere aykırı olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanununda (TCK) yer alan “nefret ve ayrımcılık” başlıklı suç tanımında da “... bir kişinin işe alınmasını...” bu Kanunda yer alan ayrımcılık temellerinden dolayı engelleyen kişinin cezalandırılacağını öngören hüküm dolayısıyla işverenin sözleşme özgürlüğünün esasında büyük ölçüde sınırlandırıldığı ifade edilmiştir.³³

Özetle tüm yasal düzenlemeler ele alındığında iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren tarafından alınacak kararlar yasaklanan ayırım kriterlerine dayanamaz. Öyle ki işçi adaylarının iş bulma süreçleri yaşamlarını ve dahası geleceklerini güvenceye almaları ile doğrudan bağlantılı olduğundan iş ilişkisinin kurulması aşamasında kişisel özgürlüklerin korunması ve ayrımcılığın önlenmesi büyük önem taşır.³⁴

İş sözleşmesi görüşmeleri esnasında işveren ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı takdirde işçi adayı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna (TİHEK) başvurarak işveren hakkında idari para cezası yaptırımın uygulanmasını talep

³⁰ Süzek, *İş Hukuku*, 458, 459.

³¹ Süzek, *İş Hukuku*, 460.

³² Işık İdil Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İş Hukukta Yansıması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi, 2006, 300, 302.

³³ Ali Cengiz Köseoğlu, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, *Legal İSGHD*. S. 29 (2011), 65, 66.

³⁴ Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 189.

edebilir. Nitekim TİHEK tarafından verilen iki kararda da işçi adayı hamileliği nedeniyle işe alınmadığını ileri sürerek Kuruma başvurmuş ve Kurum da yaptığı incelemeler neticesinde işverenlerin ayrımcılık yasağına aykırı davrandıkları kanaatine vararak işverenleri idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur.³⁵ Kurum tarafından verilen bu iki kararda kadınların çalışma hakları olduğu kadar cinsiyet özellikleri gereği anne olma hakkının da bulunduğu ifade edilmiştir. Her iki hakkı birlikte kullanmak isteyen kadınların bu nedenle ayrımcılığa uğramamaları gerektiğinin ifade edildiği kararda, devleti oluşturan tüm kişi, kurum ve kuruluşların anneliğin sosyal önemini dikkate alarak, imkânlar oranında anneleri koruma, onlara destek olma ve kolaylık sağlama sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Kadınların çalışma hakları olduğu kadar cinsiyet özellikleri gereği anne olma hakkının da bulunduğunu belirten Kurum, hamilelik söz konusu olduğunda kadın üzerinde objektif ve makul bir gerekçeye dayanmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz bir farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edeceğini belirtmiş ve bu konuda ABAD'ın önemli kararı olan *Dekker* kararına atıf yapılmıştır. İşverenin, işin önemli işlevlerini yerine getirebildiği sürece hamilelikle ilgili bir durumdan ötürü işçi adayını işe almayı reddedemeyeceği belirtilmiştir. Her ne kadar tarafların Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü (AY md.48) bulunsa da işverenin işin niteliği itibari ile kendisi için en verimli olabilecek işçiyi seçme hakkının sınırının ayırım yasağı olduğu belirtilerek hamilelik veya cinsiyet nedeni ile işe alım aşamasında işverenin ayrımcı bir tutum sergileyemeyeceği belirtilmiştir.³⁶

3. İşverenin İş Görüşmeleri Esnasında Soru Sorma Hakkının Sınırı

İşverenin iş sözleşmesi görüşmeleri esnasında işçi adayına yönelik soru sorma hakkının bulunduğu kuşkusuzdur. İşçi adayına sorulacak soruların işçi adayının kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatini ihlal etmiyor olması gerekir. Aynı zamanda işverenin de işçi adayına yönelteceği sorular ile işyeri açısından en uygun kişiyi istihdam etme şeklinde korunmaya değer menfaati bulunmaktadır. Ancak işverenin işçi adayına yönelteceği sorular ile şekillenen sözleşme özgürlüğünün, işçinin temel hakları karşısında önceliği bulunduğu şeklinde yorumlanmaması gerekir.³⁷

Kural olarak işe başvuran adayın açıklama yükümlülüğü kapsamında kendisinden istenen bilgileri gerçeğe uygun olarak vermesi gerekir ancak adayın gerçeğe uygun bilgi verme yükümlülüğünün de sınırı vardır. Bu sınır işveren tarafından yöneltilen soruların geçerliliğini oluşturur. Başka bir ifade ile işverenin soru sorma hakkının bulunmadığı konularda işçi adayı doğru bilgi vermekle yü-

³⁵ Demir, *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 247.

³⁶ TİHEK 2020/8 ve 2020/176 Karar Sayılı Kararı.

³⁷ Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 311.

kümlü değildir. Bunun gibi işçi adayı bu konular hakkında sessiz kalma hakkını da kullanabilir ki bu durumda işvereni aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmaz.³⁸ Tüm bunların dışında bazı haller vardır ki bu hallerde işçi adayına işveren tarafından yöneltilmiş bir soru olmasa dahi işçinin açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu varsayılır. Örneğin işçi adayında bulunan ve yapılacak işle bağdaşmayan, işin yapılmasına engel bir sağlık durumu varsa ya da işçinin önceki çalıştığı işinden dolayı rekabet yasağı varsa bu gibi durumlara ilişkin soru sorulmasa dahi işçi adayının işvereni aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir.³⁹

Özetle işverenin iş sözleşmesi görüşmeleri esnasında işçi adayının kişilik haklarına ve özel yaşamına müdahale eden bir soruyu sorması ancak işin niteliği ve işi yerine getirme koşulları ile bağdaştığı ölçüde haklı görülebilir. İşveren tarafından sorulacak soruların adaya sorulması işin niteliğine göre uygunluk sınırını aştığında ve iş ile bağlantılı olmayan ayrıntılar içerdiğinde işçi adayının kişilik haklarına müdahalenin aşırı olarak değerlendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Böyle bir durumda işçinin özel yaşamına yönelik müdahale orantısız bir şekilde sınırlamaya uğrayacak ve işverenin hareketi ölçüsüz olarak değerlendirilebilecektir.⁴⁰ İşçinin özel hayatına müdahale şeklinde gerçekleştirilen sorular işçinin kişilik haklarına zarar verdiği ölçüde tazminat hakkının doğmasına neden olacaktır.

4. İşçinin İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında Aldatıcı Beyanda Bulunması

İş Kanununda süresiz fesih halleri işçi ve işveren için ayrı ayrı düzenlenmiştir. İş Kanununun dışında TBK kapsamında da haklı nedenle fesih halleri düzenlenmiştir. Taraflardan birinin dürüstlük kuralına göre sözleşmeyi sürdürme olanağının beklenmediği tüm durum ve koşullar haklı nedenle fesih hali olarak düzenlenmiştir.⁴¹

Sözleşmenin işveren tarafından feshini düzenleyen İK md.25'te ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamında "yanıltma" hali düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin yapıldığı esnada sözleşmenin esaslı nok-

³⁸ Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, 152.

³⁹ Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 314.

⁴⁰ Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 315.

⁴¹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku*, 596., 4857 sayılı İş Kanunu dışında 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında da işçilerin haklı nedenle sözleşmeyi derhal feshetme hakları düzenlenmiştir. Basın İş Kanununun 11. Maddesinde gazetecinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği tek bir durum düzenlenmiştir. Buna göre: "Bir yayın organının, yön ve karakterinde (dünya görüşünde), gazeteci için şeref ve şöhretine ya da genel olarak manevî değerlerine zarar verici açık bir değişiklik meydana gelirse, gazeteci, ihbar süresi vermeksizin ve bu süreye ilişkin bir tazminat ödemeksizin derhal sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir." (md.11/1). Deniz İş Kanununda ise 14. maddede "Önelsiz fesih ve infisah" başlığı ile haklı sebeple fesih hali düzenlenmiştir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında sözleşmenin gemi adamı tarafından haklı sebeple feshine ilişkin hüküm yer almaktadır.

tararından biri için gerekli vasıflar ya da şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması haklı nedenle fesih hali olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin esaslı noktalarının içeriği belirlenirken borçlar hukuku öğretisinde hilenin sözleşmeye etkisi bakımından yapılan asli hile ve ferî hile ayrımının dikkate alınması gerektiği öğretide savunulan görüşler arasındadır.⁴² Asli hile; hileye maruz kalan tarafın eğer aldatma gerçekleşecek olmasaydı akdedilen sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğu durumdur.⁴³ Ferî hile de ise hileye maruz kalan kimse söz konusu aldatmayı bilseydi o sözleşmeyi yine ancak başka şartlar altında gerçekleştirecektir. Yani aldatma durumu olmasaydı, yanıltılan kişi kendisi açısından daha iyi ve elverişli şartlar altında yine o sözleşmeyi değiştirerek yapacaktır.⁴⁴ Hile türlerinin sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi aşamasında sözleşmeye etkisi olabilir ancak gerek asli hile bakımından gerek ferî hile bakımından sonuç değişmeyecektir. Her iki durumda da hile eylemi ve aldatma kastı olduğundan sözleşmenin iptali mümkün olacaktır.⁴⁵

İşçi adayının sözleşme görüşmeleri esnasında kendisi hakkında verdiği bilgiler kapsamında hamile olup olmadığına ya da sendikaya üye olup olmadığına ilişkin verdiği cevaplar gerçeği yansıtmassa da yanıltma şeklinde değerlendirilemeyecektir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi işe alım esnasında da sendikal nedenlerle ayrımcılık yapılamayacağını ve söz konusu durumun sendikal tazminat hakkını doğuracağını düzenlemiştir.⁴⁶ İşçinin hamile olup olmadığına ilişkin sorular kapsamında yanıltıcı bilgiler vermesi ise her bir sözleşmenin şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İşin niteliği objektif anlamda kadın işçi adayının hamileliği ile bağdaşmıyor ve işçi adayı bu konu hakkında yanıltıcı beyanda bulunmuşsa bu durumda işverenin yaptırım hakkının olduğu ölçülülük ilkesi çerçevesinde kabul edilmelidir.

⁴² Gökhan Türe, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi", *Sicil*, S. 41 (2019), 232.

⁴³ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, s. 331., Karabey, Fatih. "Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı", Afyon Kocatepe Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 19., taraflar arası işlemlerde hileden bahsedebilmek için aldatma kastının olması zorunludur. Aldatan taraf, diğer tarafın sözleşme yapmaya yönelmesi için kastlı bir şekilde gerçek olmayan beyanlarda bulunması gerekir. Aksi halde aldatmadan söz edilemeyecektir. Bunun yanısıra aldatma fiili ile sözleşmeyi kabul eden tarafın beyanı arasında illiyet bağının da olması gerekir. Karaç, S. Taylan, "Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri", İstanbul: Oniki Levha, 2020, s. 97.

⁴⁴ Karabey, "Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı", s. 20.

⁴⁵ Öğretide hile konusunda bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin yaptırımların aynı olmasından dolayı hukuken bir yararı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre her ne kadar öğretide tartışmalı olsa da hata durumu için uygulanan TBK md.34/2'de düzenlenen dürüstlük kuralının kıyasen ferî yanıltmada da uygulanabilir nitelikte olduğu ve aldatan kişinin aldatılan kişinin istediği şekilde daha iyi şartlarda sözleşme yapmaya razı olması halinde sözleşmenin iptali yoluna gidilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Karabey, "Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı", s. 20.

⁴⁶ Süzek, *İş Hukuku*, 682.

SONUÇ

İşçi ve işveren arasında gerçekleştirilen sözleşme görüşmeleri esnasında her ne kadar tarafların iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri bulunmasa da özellikle birbirlerinin kişilik hakları ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birbirlerinde karşı asıl edim yükümlülüğünden bağımsız yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlükler sözleşme görüşmeler esnasında taraflara birtakım davranışlarda bulunma ya da birtakım davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yükler. Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların birbirlerine karşı var olan aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde birbirlerine açıkladıkları kişisel veriler korunmayı gerektiren kişilik değerleri arasındadır. Bu açıdan çeşitli Kanunlar ile tarafların kişilik değerleri koruma altına alınmıştır. Gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekse 6331 sayılı İSGK çerçevesinde işverenin işçi adayının kişisel verilerini koruma ve onları hukuka uygun olarak paylaşmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususlar dışında iş sözleşmesi görüşmeleri esnasında işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranma yükümlülüğü mutlak bir yükümlülüktür. Eşit davranma yükümlülüğü ise somut olayın özellikleri ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bir ele alınması gereken ve ihlal edilmemesi gereken bir diğer yükümlülüktür. İşçi adayı ise sözleşme görüşmeleri esnasında verdiği bilgiler doğrultusunda işvereni yanıltmamakla yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt I*. İstanbul: Beta, 2013.
- Aşan, Gülistan. “*Türk Hukukunda İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*”. İstanbul Medeniyet Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Başterzi, Süleyman. *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*. Ankara: 2007.
- Çatalkaya Ugan, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. İstanbul: Beta, 2019.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Çenberci, Mustafa. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: 1984.
- Demir, Kübra. *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: OnikiLevha, 2021.
- Gül, İdil Işık. *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukukta Yansıması*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi, 2006.
- Gürsel, İlke. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri. *Legal İSGHD*, 2016/50.
- Karabey, Fatih. “*Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı*”. Afyon Kocatepe Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Karaç, S. Taylan. “*Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri*”. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: OnikiLevha, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2020.
- Köseoğlu, Ali Cengiz. “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*”. *Legal İSGHD*, Cilt: 8, Sayı: 29, 2011.
- Rona Serozan. “*“Culpa Incontrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*”. *İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, 1968.
- Senyen Kaplan, Emine. “*İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı*”. *Kamu-İş Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003.
- Sevimli, K. Ahmet. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*. İstanbul: Legal, 2006.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Süzek, Saper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Şeşen, Elif. *Gazetelerde Yayımlanan İş İlanlarında Ayrımcılık ve Fırsat Eşitliği Türkiye ve İngiltere Karşılaştırması*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. 2006.
- Ünal, Canan. “*Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi*”. *Legal İSGHD*, 2013/37.
- Yürekli, Sabahattin. “*İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)*”. *IUHFM*, C: LXXII, S: 2, 214, s. 541, 542. 541-580.

İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ VE AVANS İZİN UYGULAMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Artür KARADEMİR^(**)**

Öz

Türk iş hukukunda işçinin yıllık ücretli izin hakkına kavuşabilmesi için belli bir bekleme süresini doldurmuş olması gerekmektedir. İşverenin işçiye bekleme süresinin dolmasından önce orantılı olarak yıllık ücretli izin kullandırma zorunluluğu bulunmamaktadır. İsviçre ve Alman hukukunda ise işçinin çalıştığı süreyle orantılı olarak yıllık ücretli izin kullanması mümkündür.

Yıllık ücretli izin hakkı özellikle koronavirüs salgını sürecinde iş ilişkisinin devamını sağlamak için feshe alternatif bir tedbir olarak kullanılmıştır. Aynı şekilde, salgın sürecinde, tarafların feshe alternatif bir tedbir olarak avans izin uygulamasına başvurdukları da gözlemlenmiştir. Öte yandan, her ne kadar uygulamada avans izne rastlansa da bu uygulamaya ilişkin kapsayıcı bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, avans izin uygulamasının geçerliliğinin ve sınırlarının tartışmaya açılmasında fayda vardır. Yine, fesihten kaçınmak için işverence avans izne başvurulmuş olsa da, bu uygulamanın feshin geçerliliğinde işletilmesi zorunlu olan bir yol olup olmadığı da tartışılmaya değer bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avans izin, Türk iş hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak sadece koronavirüs salgını gibi zorlayıcı sebeplerin varlığına özgü olarak benimsenmektedir. İsviçre hukukunda salgından bağımsız olarak da tartışılan avans izin uygulaması, işçinin açık veya örtülü rızasının varlığı halinde geçerli kabul edilmektedir. Alman hukukunda ise avans izin açık bir yasal düzenlemeye konu edilmiştir. Buna göre, avans izin kullanılmasından sonra telafi edilemeyen sürelerle ait ücretin iade edilmek zorunda olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada, avans izin kurumunun Türk hukuku açısından salgından bağımsız olarak geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Öte yandan, geçerli bir avans izin uygulamasına başvurulabilmesi için işçinin bu yönde bir talepte bulunması veya bu uygulamaya rıza göstermesi gerekmektedir. Ayrıca, yıllık ücretli izin hakkının dinlenme hakkının bir görünümü olduğu nazara alındığında, avans iznin sadece belli sınırlar dâhilinde geçerli kabul edilebileceği vurgulanmış, geçerli bir avans izin uygulamasına başvurulmuş olması nedeniyle, daha sonra telafi edilemeyen izin sürelerine ait ücretin sadece işçinin rızasıyla geri alınabileceği tespitinde bulunulmuştur. Son olarak, avans iznin pek çok belirsizliği beraberinde getirdiği gerçeğinden hareketle, iş güvencesinde son çare ilkesi açısından işverence bu uygulamaya başvurulmasının zorunlu olmadığı kanaatine varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yıllık Ücretli İzin, Avans İzin, Son Çare İlkesi, Ücret İadesi, Takas.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1177094.

^(**) İstanbul Esenyurt Üniversitesi, İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü / İstanbul-Türkiye.

E-posta: arturkarademir@esenyurt.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2933-4106>.



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

AN OVERVIEW OF ANNUAL PAID LEAVE AND ADVANCE LEAVE IN COMPARISON WITH SWISS AND GERMAN LAW

Abstract

In Turkish labor law, the employee must have completed a certain waiting period in order to be entitled to annual paid leave. Accordingly, the employer is not obligated to grant the employee annual paid leave in proportion to the expiry of the waiting period. On the other hand, in Swiss and German law, it is possible for the employee to take annual paid leave in proportion to the time worked.

The right to annual paid leave has been used as an alternative measure to termination in order to ensure the continuation of the employment relationship, especially during the coronavirus epidemic. Likewise, it has been observed that especially during the epidemic process, the parties have resorted to the application of advance leave as an alternative measure to termination. On the other hand, although advance leave is found in practice, there is no encompassing legal basis for this practice. As such, it would be beneficial to discuss the validity and limits of the advance leave. Again, although the employer has applied for advance leave to avoid termination, it is a matter worth discussing whether this practice is a mandatory method for the validity of the termination in terms of the principle of ultima ratio.

Advance leave is mainly adopted in the Turkish labor law doctrine only for the existence of compelling reasons such as the coronavirus epidemic. On the other hand, the advance leave application, which is also discussed in Swiss law regardless of the epidemic, is considered valid if there is explicit or implicit consent of the employee. Advance leave is also adopted in German law. According to German law, the employee cannot be forced to return the wages that arise out of the leave periods. In this study, it is argued that the advance leave should be considered valid in terms of Turkish law, regardless of the epidemic. On the other hand, in order to apply for a valid advance leave, the employee must make a request in this direction or consent to this application. In addition, it is emphasized that the advance leave can only be considered valid within certain limits, considering that the right to annual paid leave is a manifestation of the right to rest. In addition, it is determined that due to the application of a valid advance leave, the wages for the leave periods that cannot be compensated later can only be recovered with the consent of the employee. Finally, considering the fact that advance leave brings with it many uncertainties, it is concluded that it is not obligatory for the employer to apply this practice in terms of the principle of ultima ratio in job security.

Keywords

Annual Paid Leave, Advance Leave, Ultima Ratio, Reimbursement, Set-off.

Extended Abstract

Advance leave is generally defined as paid leave, which the employee has not yet earned, to be deducted from the annual paid leave later on. Since the concept of advance leave is in connection with the right to annual paid leave, which is a part of the employee's right to rest, the concept of advance leave should be considered together with the perspective that the right to rest cannot be waived. In this case, the danger that the employee who consumes the annual paid leave in advance will not be able to rest in the coming years comes to the fore due to the fact that the employee is given too many advance leave. In the light of this danger, in this study, an effort has been made to answer three basic questions regarding the application of advance leave. These questions are about whether the advance leave application is valid, whether the advance leave requires a reimbursement later on, and finally whether the advance leave is a mandatory alternative measure within the scope of the last resort principle in job security.

Any discussion of advance leave requires first asking whether this practice is valid or not. As such, in this study, doctrinal views on whether the advance leave application is valid or not are included. Emphasizing that there is no encompassing legal basis for advance leave in Turkish labor law, the authors generally approach this practice with skepticism. On the other hand, the authors argue that this practice may be valid, especially in the presence of compelling reasons such as coronavirus. However, the dominant view in the doctrine is that the advance leave will only be valid with the consent or request of the employee even in the course of such compelling reasons. In our study, it has been stated that the advance leave application, which can only be seen as valid on the condition that it is implemented with the request or consent of the employee, may also be for the benefit of the employee; therefore, it

has been emphasized that the validity of this application should not be limited to the existence of compelling reasons such as epidemics. Furthermore, also in Swiss Law, advance leave is considered valid if there is explicit or implicit consent of the employee.

The second question that needs to be answered after attributing validity to the advance leave is whether the employee has to reimburse the wages for the days not worked due to the advance leave, in case the employment contract ends before he/she is entitled to annual paid leave. In this study, it has been concluded that the employee is not liable for restitution as a rule, but the employer can recover the wage if the employee consents. Also, according to German law, the employee cannot be forced to return the wages that arise out of the leave periods. In addition, it has been argued that the consent for the reimbursement will be valid only on the condition that it is given at the earliest on the expiration date of the employment contract, by applying the rules regarding the set-off of wages (TCO art. 144) by analogy.

The relationship between advance leave and the principle of ultima ratio in job security has also been examined in our study. It is natural that the employee's taking advance leave is a lighter measure than the termination of the employment contract. On the other hand, the fact that the advance leave has the nature of an alternative measure compared to the termination should not be interpreted as it is obligatory to apply for this measure by the employer. The absence of a legal basis for the advance leave brings along many uncertainties. As such, it would be contrary to the principle of good faith as a criterion in the application of the principle of ultima ratio in job security to necessarily refer the employer to a process that may result in unforeseeable consequences.

GİRİŞ

Yıllık ücretli izin hakkı, son yıllarda; koronavirüs salgınının iş ilişkisi üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak için adından sıklıkla söz ettiren kurumlardan biri haline gelmiştir. Gerçekten, yıllık ücretli izin hakkı kapsamında avans izin uygulaması, iş ilişkisini sona erdirmeden evvel akla gelebilecek alternatif bir tedbir biçiminde değerlendirilmeye başlanmıştır¹. Bu durum, daha evvel avans izin uygulamasıyla ilgili etraflıca tartışma alanı bulamayan konularda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesini sağlamıştır².

Avans izin uygulamasının geçerliliği, işverenin bu uygulamaya tek taraflı iradesiyle karar verebilip veremeyeceği, avans izin kullanılması nedeniyle çalışılmayan günlere ait ücretin daha sonra geri alınıp alınamayacağı cevaplandırılması gereken sorular arasında yer almaktadır. Bu sorulara cevaben Türk iş hukuku öğretisinde görüş birliğinden bahsedilememektedir. Mevcut görüşlerin yanı sıra, avans izin uygulamasıyla bağlantılı bir meselenin daha açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre, avans izin uygulamasının iş güvencesi uygulamasında

¹ Bkz. Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 430; Haluk Hadi Sümer, editör, İzzet Özgenç, Halil Akkanat, Hayrettin Çağlar, Haluk Hadi Sümer, Muhammet Özkes, *COVID-19 Küresel Salgınının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Meydana Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Tüba Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, (Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, 2020), 120; Hakan Keser, "Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 17, S. 65 (2020): 46; Senem Değer Ermumcu ve Ayça İzmirliloğlu, "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 44 (2020): 113.

² Görüşler için bkz. F. Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Covid-19 Pandemisi Gölgesinde Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Uygulaması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 2 (2021): 741.

sıklıkla başvurulmuş son çare ilkesi perspektifinden de incelenmesi kanaatimizce yararlı olacaktır. Öyle ki, iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesinin feshinden evvel avans izin uygulamasına başvurulmasının feshin geçerliliği açısından zorunlu olup olmadığı da cevaplanması gereken başlıca soru(n)ların arasında yer almaktadır.

Avans izin uygulamasına ilişkin cevaplandırılması gereken pek çok soru mevcuttur. Uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel soruların çözümüne katkı sağlamak amacıyla Türk iş hukukundaki “avans izin” kavramının İsviçre ve Alman hukukundaki prensiplerle birlikte incelenmesinde fayda vardır. Bu nedenle, öncelikle yıllık ücretli izin hakkının Türk, İsviçre ve Alman iş hukukundaki genel rejimi ortaya konulacak, daha sonra ise avans iznin belirtilen hukuk sistemlerindeki görünürlüğüne ve öğretici görüşlerine yer verilerek yukarıda sözü edilen soru(n)ların cevaplandırılmasına çalışılacaktır.

I. YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI

A. TÜRK HUKUKUNDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

1. İş Kanunu Açısından

Yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun³ (İş K.) 53 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, İş K. m.60'a dayanılarak yayımlanan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği⁴ de İş K. m.53'e göre kullanılacak yıllık ücretli izin hakkına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir (Yön. m.1). İş Kanunu ile Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği hükümleri uyarınca işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için kural olarak aynı işveren⁵ nezdinde en az bir yıllık hizmet süresini doldurmuş olması gerekmektedir (İş K. m.53; Yön. m.9). Buna karşılık hizmet süresinin aynı işyerinde geçirilmesi şart değildir (İş K. m.51/1; Yön. m.4/2). Yine, aynı işveren nezdinde geçirilen hizmet süresinin kesintisiz olmasına da gerek yoktur. Aralıklı çalışmalar yıllık ücretli izin hesabında birleştirilecektir⁶.

İşveren bir tam yılını doldurmuş işçiye yıllık ücretli izin hakkını kullanmak zorundadır. Aksi durum, işçi açısından haklı fesih sebebi teşkil eder⁷. İşveren bir tam yılı doldurmamış işçiye yıllık ücretli izin kullanmak zorunda değildir⁸. Şu durumda bir yılın tam olarak ne zaman dolduğunun tespiti önem arz etmekte-

³ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

⁴ RG 03.03.2004/25391.

⁵ Öte yandan işyeri devrinde (İş K. m.6) hizmet süreleri birleştirilecektir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. İstar Urhanoğlu, *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020): 91 vd. Ayrıca bkz. İş K. m.54/son.

⁶ Görüş ve Yargıtay uygulaması için bkz. Ercüment Özkaraca, “Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 39 (2018): 99 vd.; Kenan Tunçoğlu ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 194.

⁷ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 867; Urhanoğlu, *Yıllık Ücretli İzin*, 194.

⁸ Süzek, *İş Hukuku*, 868; Hasan Kayırgan, “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 2 (2021): 578.

dir. Yıllık ücretli izin hakkına esas hizmet süresinin, Türk Borçlar Kanunu'nun⁹ (TBK) genel hükümleri arasında yer alan süreye bağlı borçların ifasındaki süre hesaplamalarından (TBK m.92) farklı bir çizgide seyrettiği ifade edilmelidir. TBK m.92 uyarınca bir yıllık belirlenen süre, bir sonraki yılın aynı gününü karşılayan günde dolmuş sayılır. Buna karşılık, işçinin işten ayrıldığı gün de çalışmış olması halinde, hizmet süresine bir gün daha ilave edileceğinden, işçinin yıllık ücretli izin hakkına esas hizmet süresini, bir sonraki yılın aynı gününden bir önceki gün doldurduğu kabul edilmelidir¹⁰.

2. Basın İş Kanunu Açısından

Gazeteciler açısından yıllık ücretli izin hakkı 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un¹¹ (Basın İş Kanunu) 21. maddesinde düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu, İş Kanunu'ndan farklı olarak, yıllık ücretli izne hak kazanma açısından gazetecinin çalıştığı işyerinin niteliğini ön plana çıkartmaktadır. Günlük süreli yayın kuruluşunda çalışan gazetecinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için bir tam yıllık mesleki kıdeme sahip olması gerekmektedir (Basın İş Kanunu m.21/1). Günlük olmayan süreli yayın kuruluşunda çalışan bir gazeteci ise altı aylık mesleki kıdeme ulaşmışsa yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmektedir (Basın İş Kanunu m.21/2).

Basın İş Kanunu rejimi itibarıyla gazetecinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığının tespitinde, gazetecilik mesleğini icra ettiği işyerinde geçirdiği süre değil, meslekte geçirdiği toplam süreye göre hesaplama yapılmaktadır. Bu nedenle gazetecinin süreli yayın kuruluşundaki çalışmasının aralıklı veya kesintisiz olması yıllık ücretli izne hak kazanması açısından önem taşımamaktadır¹².

3. Deniz İş Kanunu Açısından

854 sayılı Deniz İş Kanunu¹³ kapsamındaki gemiadamlarının yıllık ücretli izin hakkı anılan kanunun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak, Deniz İş Kanunu'nun yanı sıra, Türkiye tarafından onaylanarak iç hukukun bir parçası haline gelen Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşme¹⁴ ile ayrıca hüküm altına alınmıştır.

⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

¹⁰ Görüş ve Yargıtay uygulaması için bkz. Kayırgan, "Yıllık Ücretli İzin", 578-579. Aynı yönde bkz. Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 344.

¹¹ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.06.1952, RG 20.06.1952/8140.

¹² Nuray Gökçek Karaca ve Barış Günaydın, "Gazetecilerin Ücretli Tatil ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 4, S. 15 (2007): 914.

¹³ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586.

¹⁴ Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4940, Kabul Tarihi: 15.07.2003, RG 22.07.2003/25176.

Deniz İş Kanunu m.40 uyarınca gemiadamının yıllık ücretli izin hakkına kavuşabilmesi için bir takvim yılı içinde en az altı aylık hizmet süresinin bulunması gerekmektedir. Asgari bir “bekleme süresi” öngören kanun hükmünün lafzından hareket edildiğinde, bir takvim yılı içinde altı aydan kısa sürelerle çalışan gemiadamının kıstelyevm hesabına göre yıllık ücretli izin hakkına erişemeyeceği anlaşılmaktadır¹⁵. Buna karşılık, Anayasa'nın¹⁶ 90/5. maddesi cihetiyle Deniz İş Kanunu m.40'a nazaran öncelikle uygulanması gereken 146 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinde gemiadamının bekleme süresinden daha az hizmet süresinin bulunması halinde de orantılı biçimde yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir¹⁷.

Deniz İş Kanunu'nun İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'nda düzenlenen bekleme sürelerinden farklı bir süre belirlemiş olmasının yanı sıra, diğer bir farklılık da kullandırılmayan yıllık ücretli izin hakkına ait ücretin ödenmesine ilişkindir. Deniz İş Kanunu m.40/son uyarınca işveren iş sözleşmesini haklı sebeple feshederse yıllık izin ücreti ödemek zorunda değildir¹⁸. Buna karşılık, 146 sayılı Sözleşme'nin 7. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullanmadan iş ilişkisinin son bulması halinde bu hakka ilişkin ücretini alacağı düzenlenmiştir. Yıllık izin ücretini sözleşmenin fesih nedeninden bağımsız ele alan 146 Sayılı Sözleşme'nin 7. maddesinin, Anayasa'nın 90. maddesi cihetiyle öncelikle uygulanması gerektiğinden, öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedilmesi halinde dahi gemiadamının yıllık izin ücretine hak kazanması gerekmektedir¹⁹.

4. Türk Borçlar Kanunu Açısından

Yıllık ücretli izin hakkı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 422 ila 425. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK m.422, İş K. m.53'te olduğu gibi en az bir yıllık bir “bekleme süresi” öngörmüştür. Bununla birlikte, Deniz İş Kanunu m.40'tan farklı olarak, TBK m.422'de “en az bir yıllık” bekleme süresinin takvim yılını mı, yoksa hizmette geçirilen bir yılı mı kastettiği konusunda açıklık yoktur. Bu durumda, öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, TBK m.422'de ortaya konulan bekleme süresi, takvim yılını değil işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçen bir yılı ifade etmektedir²⁰.

¹⁵ Ercan Akyiğit, “Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, S. 1-2 (2012): 15.

¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982.

¹⁷ Akyiğit, “Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, 15; Mehmet Halis Karaman, “Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 40 (2018): 117.

¹⁸ Akyiğit, “Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, 39; Karaman, “Yıllık Ücretli İzin”, 119.

¹⁹ Karaman, “Yıllık Ücretli İzin”, 128; Bektaş Kar, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, S. 2 (2014): 174.

²⁰ Ercan Akyiğit, “Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21 (2011): 28.

TBK m.423, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'nda yer almayan bir düzenleme ile yıllık ücretli izin süresinden indirim yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre, işçinin bir hizmet yılı içinde kusuruyla bir aydan uzun bir süreyle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda işveren çalışılmayan her tam ay için yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir²¹. Bu indirim kendiliğinden gerçekleşmemektedir. İşveren, kanunda belirtilen ihtimalin gerçekleşmesi durumunda izin süresinden indirim yapabileceği gibi bu indirimi yapmak zorunda değildir²². Ayrıca belirtelim ki, TBK m.423'te geçen bir aylık çalışılmayan sürenin aralıklı veya kesintisiz olması önem taşımamaktadır²³.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA YILLIK ÜCRETİ İZİN

İsviçre hukukunda yıllık ücretli izin hakkı İsviçre Borçlar Kanunu'nun²⁴ (OR) 329a vd. maddelerinde düzenlenmiştir. OR 329a uyarınca, işveren işçiye her hizmet yılı en az dört hafta yıllık ücretli izin hakkı tanınmalıdır. İşçi yirmi yaşını doldurmamış ise verilecek yıllık ücretli izin hakkı en az beş haftadır. Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da yıllık ücretli izin sürelerinin hesabında aynı işveren nezdinde geçirilen toplam süre esas alınmaktadır²⁵. Yine, İsviçre hukukunda da yıllık ücretli izin süreleri nispi emredici nitelikteki hüküm ile düzenlenmiştir. Buna göre, taraflarca kanunda öngörülenden daha uzun bir izin süresi kararlaştırılabilecek iken, daha kısa izin süresi için yapılan anlaşmalar geçersizdir²⁶.

²¹ TBK m.423'te öngörülen indirim yetkisinin İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu açısından uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı konusunda bkz. Ercan Akyiğit, "Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İzin İşverence Kısaltımı (İndirimi)", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 3, S. 30 (2011): 91.

²² Akyiğit, "Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", 31; Akyiğit, "İzin İşverence Kısaltımı", s. 84; Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 3, S. 30, (2011): 268.

²³ Akyiğit, "Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", 31; Akyiğit, "İzin İşverence Kısaltımı", s. 85.

²⁴ AS 27 31, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

²⁵ Manfred Rehinder und Jean-Fritz Stöckli, editör, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR (Berner Kommentar)*, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, (Bern: Stämpfli Verlag, 2010), 518.

²⁶ Rehinder und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 518; Adrian Staehelin, editör, Peter Gauch und Jörg Schmid, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. VI/2c, (Zürich: Schulthess Verlag, 2006), 427; Ullin Streiff, Adrian von Kaenel und Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, (Zürich: Schulthess, 2012), 653; Wolfgang Portmann und Isabelle Wildhaber, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, (Zürich: Dike Verlag, 2020), 143; Michel Kähr, editör, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser, *OR 329a, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), 860; Marc Ph. Prinz und Gian Geel, editör, Boris Etter, Nicolas Fancinani und Reto Sutter, *Arbeitsvertrag, SHK - Stämpfli Handkommentar*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2021), 349.

TBK tasarısına ilişkin adalet komisyonu raporunda TBK m.422’de düzenlenen yıllık ücretli izin hakkının OR 329a esas alınarak hazırlandığı belirtilse de, her iki hukuk sisteminde önemli bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşme hükümleri saklı olmak üzere Türk iş hukuku sisteminde, genel olarak, yıllık ücretli izin hakkına orantılı olarak hak kazanılması imkânı düzenlenmemiştir²⁷. İşçinin yıllık ücretli izin hakkına kavuşması için doldurması gereken asgari bir “bekleme süresi” söz konusudur²⁸. OR 329a uyarınca ise işçi bir tam hizmet yılını doldurmamış olmasına rağmen çalıştığı süreyle orantılı biçimde yıllık ücretli izne hak kazanabilmektedir. Buna göre, yıllık ücretli izin süresi, iş ilişkisinin başladığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır²⁹. Bu bakımdan, İsviçre hukukunda hizmet süresiyle orantılı izin kullanılabilmesi için herhangi bir bekleme süresi de öngörülmüş değildir³⁰.

Aynı şekilde, Türk iş hukuku sisteminden farklı olarak, OR 329c’ye göre yıllık ücretli izin hakkı bir sonraki yıl içerisinde değil kural olarak aynı yıl içinde kullanılmalıdır. Öte yandan, işçinin rızası varsa veya işletmesel nedenler gerektiriyorsa yıllık ücretli izin hakkının bir sonraki yıl içerisinde kullanılabilmesi de mümkündür³¹.

İsviçre Borçlar Kanunu ile TBK sistemi arasındaki diğer bir farklılık ise yıllık ücretli izin hakkında indirim yapılmasına ilişkindir. OR 329b’ye göre, işçinin kusuruyla iş görme edimini bir aydan fazla süreyle yerine getirememesi halinde, işveren her ay için on ikide birlik bir süreyi indirebilir.

C. ALMAN HUKUKUNDA YILLIK ÜCRETLİ İZİN

Alman hukukunda yıllık ücretli izin hakkı Federal İzin Kanunu’nda³² (BUrlG) düzenlenmiştir. BUrlG §1 uyarınca, işçi her takvim yılı içinde yıllık izin talep edebilir. Yıllık ücretli izin hakkı kanunda en az yirmi dört iş günü (dört hafta) olarak düzenlenmiştir (BUrlG §3). Bununla birlikte, kanun, yıllık ücretli izin süresini altı işgünü süren çalışma haftasını esas alarak belirlemiştir. Beş işgünlük bir çalışma haftası açısından işçinin yılda yirmi günlük (dört hafta) ücretli izin hakkı mevcuttur³³.

²⁷ Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, *İş Hukuku*, 336.

²⁸ N. Binnur Tulukçu, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2012), 255 vd.; E. Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Gazi Yayınları, 2020), 410.

²⁹ Rehbindler und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 518; Staehelin, *Arbeitsvertrag*, 424; Portmann und Wildhaber, *Arbeitsrecht*, 143; Kähr, *OR 329a*, 861; Hans-Peter Egli, “Strittige Fragen zum Thema “Ferien”, *ArbR*, S. 119 (2006): 134.

³⁰ Akyiğit, “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, 28.

³¹ Egli, “Strittige Fragen”, 129; Portmann und Wildhaber, *Arbeitsrecht*, 145.

³² Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 08.01.1963, Bundesgesetzblatt, Teil I, 1963, Nr. 1 vom 12.01.1963.

³³ Jürgen Rölller, Ralf Seidel und Rainer Schlegel, editör, Jürgen Rölller, *Urlaubsanspruch*, Küttner Personalbuch, (München: C. H. Beck Verlag, 2022), Rn. 5.

İşçinin tam yıllık ücretli izin hakkını (*Vollurlaub*) kullanmayı talep edebilmesi için bir takvim yılı içinde en az altı aylık bir bekleme süresini doldurmuş olması gerekmektedir (BUrIG §4). Altı aylık bekleme süresini doldurmeyen işçi, yalnızca kısmi yıllık ücretli izin (*Teilurlaub*) talebinde bulunabilir³⁴. Kısmi yıllık ücretli izin, BUrIG §5'te düzenlenmiş olup, kısmi izin süresi her tam ay için tam yıllık ücretli izin süresinin on ikide biri olarak belirlenmiştir. Görüleceği üzere, Alman yıllık ücretli izin rejimi, Türk iş hukuku rejiminden büyük ölçüde farklılaşmakta, buna karşılık yıllık ücretli izne kısmi de olsa hak kazanma imkânı açısından İsviçre hukukuyla paralellik arz etmektedir.

BUrIG §5 (1) a uyarınca bir takvim yılı içinde altı aylık bekleme süresini dolduracak kadar hizmet süresi bulunmayan işçi kısmi yıllık ücretli izin hakkına sahip olabilmektedir. Şu durumda, iş ilişkisi 1 Temmuz ve sonrasında başlamış ise, işçinin bir takvim yılı içinde altı aylık bekleme süresini doldurması mümkün olmadığından kısmi yıllık ücretli izin talebinde bulunulabilmektedir³⁵. Bu halde işçi, takvim yılının ikinci yarısının başlamasıyla birlikte derhal kısmi yıllık ücretli izin talebinde bulunabilir³⁶.

İş ilişkisine 30 Haziran ve öncesinde başlamakla birlikte altı aylık bekleme süresini geçiren bir işçinin ise kısmi yıllık ücretli izin hakkı (*Teilurlaub*) değil tam yıllık ücretli izin hakkı (*Vollurlaub*) bulunmaktadır. Öte yandan, iş ilişkisi 30 Haziran ve öncesinde başlamış olmakla birlikte, işçinin altı aylık bekleme süresini doldurmadan iş ilişkisinin sona ermiş olması da muhtemeldir. Bu durumda da işçinin kısmi yıllık ücretli izin hakkı mevcuttur³⁷. Zira BUrIG §5 (1) a'nın yanı sıra, kısmi yıllık ücretli iznin gündeme geleceği diğer bir hal de işçinin bir takvim yılı içindeki altı aylık bekleme süresini doldurmadan iş ilişkisinin sona ermiş olmasıdır (BUrIG §5 (1) b).

II. AVANS İZİN

A. KAVRAM

Türk iş hukukunda işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için doldurması gereken asgari bir bekleme süresinin bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Buna göre, bekleme süresini doldurmeyen işçinin hizmet süresiyle orantılı olarak yıllık ücretli izine hak kazanması mümkün olmamaktadır. Öte yandan, uygulamada, işverence gelecek döneme ait yıllık ücretli izin hakkından mahsup edilmek üzere işçiye izin kullandırılması da ihtimal dâhilindedir. İşte, avans izin kavramı da işçiye henüz

³⁴ Inken Gallner, editör Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, *Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, (München: C. H. Beck Verlag, 2022), BUrIG §1 Rn. 19.

³⁵ Gallner, *BUrIG*, §5 Rn. 6.

³⁶ Gallner, *BUrIG*, §5 Rn. 7; Röller, Seidel und Schlegel, *Urlaubsdauer*, Rn. 7.

³⁷ Gallner, *BUrIG*, §5 Rn. 6.

hak etmemesine rağmen kullandırılan bu ücretli izni ifade etmektedir³⁸. Başka bir deyişle, avans izin, işçiye “fazladan kullandırılan” bir izindir. Hemen belirtelim ki, avans izne uygulamada rastlanıyor olsa da³⁹ böyle bir uygulamanın Türk iş hukukunda kapsayıcı bir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple, avans izin uygulamasının meydana getirebileceği hukuki sorunların özellikle öğreti görüşleriyle birlikte ortaya konulması ve çözüme kavuşturulmasında fayda vardır.

B. AVANS İZİNİN GEÇERLİLİĞİ VE İZİN SÜRESİNİN SINIRLARI

Avans izin uygulaması birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Gerçekten, işçiye henüz hak etmeden kullandırılan izin nedeniyle, işçinin gelecek yıllara ait yıllık ücretli izin hakkının kalmaması; böylelikle uzun bir süre boyunca ücretli izin kullanmaksızın çalışması tehlikesi gündeme gelmektedir⁴⁰. Bu tehlike, öğretilerde avans izin uygulamasına temkinli yaklaşımların ileri sürülmesine neden olmuştur.

Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, avans izin uygulaması işçinin dinlenme hakkına aykırıdır. İşçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği nazara alındığında, gelecek yıl yıllık ücretli izin kullanamayacak biçimde avans izin kullanması mümkün değildir. Hatta işçinin rızası da avans izinden kaynaklanan sorunları çözmeye yetmeyecektir. Bu nedenle, avans izin hukuki niteliği itibarıyla “işverence verilen diğer izin” biçiminde değerlendirilmelidir⁴¹. Ayrıca, doğmamış hakkın kullandırılması borçlar hukuku anlamında geçersiz olacaktır, işçi avans izin kullanmasına rağmen daha sonra yıllık ücretli izin hakkının gereğinin yerine getirilmesini talep edebilir⁴².

Öte yandan, bazı yazarlar avans izin uygulamasına şüpheyile yaklaşırsalar da özellikle koronavirüs salgınının yarattığı durumu dikkate alan açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu özellikli durumdan hareketle görüş bildiren yazarlar geçerli bir avans izin uygulamasına sadece belli sınırlar dâhilinde imkân verilebileceğini savunmuşlardır⁴³. Avans izin uygulamasının sınırlandırılması gerektiğini savunan öğreti görüşüne göre zikredilmesi gereken sınırlardan ilki, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin “toplu izin” başlıklı 10. maddesidir. Anılan maddeye göre işveren, Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre için işçilerin tamamına veya bir kısmına toplu olarak izin kullandırabilir. Hatta işveren toplu izin uygulamasını, henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanamayan işçileri de kapsayacak

³⁸ Tanım için bkz. Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 112.

³⁹ Bkz. Sümer, “Çözüm Önerileri”, 120.

⁴⁰ Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 113.

⁴¹ Şahin Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 121; Urhanoglu, *Yıllık Ücretli İzin*, 201.

⁴² Gaye Baycık, “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2022, <http://gayebaycık.av.tr>. Aynı yönde bkz. Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Pandemi”, 743.

⁴³ Çil, *Koronavirüs Salgını*, 122; Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 114; Urhanoglu, *Yıllık Ücretli İzin*, 201-202.

şekilde genişletebilir. Şu kadar ki, ertesi yıl veya yıllarda bu toplu izin yönteminin uygulanmaması halinde, bu durumda olanların gelecek yıllık ücretli izne hak kazanacakları tarih, genel esaslara göre belirlenir (Yön. m.10/2). Madde metninden anlaşıldığı üzere, toplu izin rejimi dâhilindeki avans izin uygulaması, avans izne çıkartılan işçilerin sadece o yılki yıllık ücretli izin hakkıyla ilintilidir⁴⁴. Zira Yönetmelik hükmü “gelecek yıllık ücretli izin” açısından genel esaslara göre bir belirleme yapılmasını öngörmektedir. Şu durumda, on dört günlük yıllık ücretli izin hakkına kavuşacak bir işçiye, tek seferde gelecek yıllara ilişkin izin hakkını da kapsayacak biçimde, örneğin yirmi sekiz günlük avans izin kullandırılmasını mümkün görmemek gerekmektedir.

Öğretide öne sürülen avans izin sınırlamalarından ikincisi ise belli bir yıllık ücretli izin süresinin saklı tutulmasına ilişkindir. Bu görüşe göre, avans izin uygulamasında İş K. m.53’te düzenlenen on günlük süre “saklı izin” süresi olarak belirlenmeli ve bu süre dışındaki yıllık ücretli izin avans olarak kullandırılabilirdir⁴⁵.

Kanaatimizce, avans izin uygulamasının kapsayıcı bir yasal dayanağı bulunmasa da işverenin işçiyi geçerli olarak avans izne çıkartabilmesi mümkündür. Fakat bu uygulamaya başvurulabilmesi işçinin talebine veya rızasına bağlıdır. Sonuçta, avans izin kullanımını, talebin işçiden gelmesi haline özgü olarak, işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçtiği sonucunu doğurmamakta, aksine, işçinin yıllık ücretli izin hakkının kullanım süresini erkene çektiği; dolayısıyla, avans izin uygulamasının kimi durumlarda işçinin yararına da olabileceği anlamına gelmektedir. Hatta bu durum, esasında İsviçre ve Alman hukukunda kabul edilen orantılı yıllık ücretli izin kullanımına da benzer bir durum yaratmaktadır. Hal böyle olunca, avans iznin geçerliliği, koronavirüs salgınında olduğu gibi iş ilişkisinin devamlılığı için böyle bir iznin zorunlu görülmesine de bağlı tutulmamalıdır. Buna karşılık, işçinin kendi iradesine karşı bile korunması gereğinden hareketle, öğretilerde bize göre de haklı olarak ileri sürülen süre sınırlamalarına riayet edilmesi isabetli olur. Böylelikle, işçinin uzun yıllar yıllık ücretli izin hakkından mahrum kalması gündeme gelmeyecektir.

C. AVANS İZİN KULLANDIRMA YETKİSİ

1. Genel Olarak Yıllık Ücretli İzin Kullandırma Yetkisi

Yargı kararlarında, işçinin talebi olmasa dahi işverenin işçiyi yıllık ücretli izine çıkartmasının mümkün olduğunu vurgulayan sonuçlara varılmaktadır. Buna göre, işçinin bu tasarrufu kabul etmeme yetkisi bulunmamaktadır⁴⁶. Öte yandan, bu hu-

⁴⁴ Çil, *Koronavirüs Salgını*, 122; Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 114.

⁴⁵ Çil, *Koronavirüs Salgını*, 122; Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 113.

⁴⁶ Y9.HD, 25.02.2021, E. 2021/449, K. 2021/5111; Y9.HD, 22.01.2013, E. 2012/38144, K. 2013/2454; Bursa BAM 9.HD, 23.10.2019, E. 2018/3377, K. 2019/2321, (www.lexpera.com.tr). Ayrıca bkz. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.8. Anılan düzenleme uyarınca işveren yıllık ücretli izinden erken dönen işçiyi işe başlatmak zorunda da değildir.

susta öğretilerde farklı görüşlerin ileri sürüldüğünü de belirtmek gerekmektedir. Öğretilerde Yargıtay uygulamasıyla paralel olarak ileri sürülen bir görüşe göre yıllık ücretli izin hakkının ne zaman kullanılacağını belirleme yetkisi işverene aittir. Bu yetki işverenin yönetim hakkından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla işçinin işverenin yıllık ücretli izne çıkarma tasarrufunu reddetme imkânı bulunmamaktadır⁴⁷.

Alman hukukunda ise durum Türk hukukundan farklı yönde seyretmektedir. Gerçekten BUrlG §7 uyarınca, işveren, acil işletmesel gerekler saklı olmak üzere, yıllık ücretli izin hakkının kullanım zamanını belirlerken işçinin iradesini gözetmek zorundadır. Bu düzenleme uyarınca, işçi, BUrlG §7’de belirtilen haller dışında işverence tek taraflı olarak tayin edilen yıllık ücretli izin kullanma zamanını kabul etmek zorunda değildir⁴⁸. İşçinin işverenin tasarrufunu reddederken herhangi bir neden göstermesine de gerek yoktur⁴⁹.

Alman hukukunda benimsenen esaslara paralel olarak Türk iş hukuku öğretisinde de işverenin işçiyi dilediği zaman yıllık ücretli izne çıkartmaması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre, hakkın kötüye kullanılması yasağının yönetim hakkına sınır çizdiği nazara alındığında, izin dönemlerini belirleme yetkisinin keyfi kullanımı mümkün değildir⁵⁰. Şu halde, yıllık ücretli izin kullanımı sadece işçinin talebi veya rızası ile mümkün görülmelidir. Aksi halde yönetim hakkının sınırları aşılmış olacaktır⁵¹. Paralel yönde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise işveren normal şartlar altında yıllık ücretli izin kullanma zamanını tayin ederken işçinin dileklerini dikkate almak zorundadır. Öte yandan koronavirüs salgını gibi zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işveren, işçinin talebi olmasa dahi işçinin birikmiş yıllık ücretli izin hakkını kullanması için işçiyi zorlayabilir⁵². Bu durum, salgın dönemine özgü olarak yönetim hakkının kötüye kullanılması biçiminde yorumlanamaz⁵³.

Kanaatimizce, işçiyi yıllık ücretli izne çıkartma yetkisi işverenin yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilmelidir. İşçinin talebinin olmaması, tek başına yönetim yetkisinin kötüye kullanıldığını göstermemektedir. Şu durumda, işverenin özellikle kötüniteli davrandığı ispatlanamazsa işçinin yıllık ücretli izne

⁴⁷ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2022), 1406; K. Ahmet Sevimli, “Yıllık Ücretli İzin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 18, (2010): 42.

⁴⁸ Gallner, *BUrlG*, §7 Rn. 12; Ursula Linck, editör, Günter Schaub, *Urlaub, Arbeitsrechts Handbuch*, (München: C. H. Beck Verlag, 2021), §104, Rn. 73; Kay Jacobsen, editör, Wilhelm Moll, *Erholungsurlaub*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, (München: C. H. Beck Verlag, 2021), §27 Rn. 90.

⁴⁹ Gallner, *BUrlG*, §7 Rn. 14.

⁵⁰ Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Pandemi”, 747.

⁵¹ Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Pandemi”, 747.

⁵² Eda Manav Özdemir, “Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 43 (2020): 135.

⁵³ Çil, *Koronavirüs Salgını*, 120; Urhanoğlu, *Yıllık Ücretli İzin*, 199.

çıkartılma kararını reddetme imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık, aşağıdaki başlıkta yer alan gerekçelerle, avans izin açısından aynı sonuçlara varılması mümkün değildir.

2. İşçinin Avans İzin Uygulamasını Reddetme İmkânı

Avans izin uygulamasına ilişkin kapsayıcı bir yasal düzenleme mevcut olmadığı gibi, işverenin işçiyi tek taraflı iradesiyle avans izne çıkartabilip çıkartamayacağı da açık değildir. Sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na dayanarak yayımlanan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 10. maddesinde işverenin işçileri toplu izin rejimine uygun olmak kaydıyla avans izne çıkartabileceği düzenlenmiştir. Fakat toplu izin rejimi dışında, örneğin Şubat ayında, işverenin işçinin talebi veya rızası olmaksızın avans izin uygulamasına başvurup başvuramayacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, öğretilerde özellikle koronavirüs salgını özelinde avans izin uygulamasına genellikle olumlu yaklaşımlar sergilenmekle birlikte⁵⁴ görüş birliğinden de bahsedilememektedir.

Koronavirüs salgını özelinde görüş bildiren yazarlardan Alpagut'a göre, işveren, yıllık ücretli izin hakkının tamamına ilişkin olmamak üzere ve ancak işçinin de rızası varsa avans izin uygulamasına başvurabilecektir⁵⁵. Aynı şekilde, pandemi gölgesinde avans izni inceleyen Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu ise avans izin uygulamasının meşru ve geçerli olmadığını ifade etmekle birlikte, bu uygulamanın yalnızca tarafların anlaşmasıyla gerçekleştirilebileceği yönünde görüş bildirmektedirler⁵⁶. Manav Özdemir de özellikle koronavirüs salgını sürecine ilişkin olarak avans izin uygulamasını işçinin talebi veya rızasının alınması koşuluyla isabetli bulmaktadır⁵⁷. Yine, koronavirüs salgınıyla bağlantılı olarak benzer yönde görüş bildiren Akın'a göre ise avans izin uygulamasına başvurulabilmesi için işçinin yazılı rızasına ihtiyaç vardır⁵⁸. Koronavirüs salgınından bağımsız olarak, değerlendirmelerde bulunan Akyiğit ise, haklı olarak, toplu izin rejimini düzenleyen yönetmelik hükmünün 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçileri kapsadığını, dolayısıyla işverenin örneğin TBK'ya tabi işçileri tek taraflı olarak avans izne çıkartamayacağını ifade etmektedir. Yazara göre (toplu izin rejimi saklı olmak üzere) bu durum, işçiye yıllık ücretli izin kullandırma şeklinde değil, işçiye ücretini vererek iş görme ediminden vazgeçme biçiminde yorumlanmalıdır⁵⁹.

⁵⁴ Bu yönde bkz. Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Pandemi", 742.

⁵⁵ Gülsevil Alpagut, editör, Gülsevil Alpagut, *Soru-Cevap*, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 129-130.

⁵⁶ Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Pandemi", 742-743.

⁵⁷ Manav Özdemir, "İşçinin İzin ve Ücret Hakları", 136. Buna karşılık, yazar avans izin uygulamasının bazı sakıncaları da beraberinde getireceğini belirtmektedir.

⁵⁸ Levent Akın, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren Dergisi* 34, S. 3 (2020): 55.

⁵⁹ Akyiğit, "Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", 34.

Öte yandan, öğretide azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre ise, koronavirüs salgını sürecinin yarattığı özellikli hukuki rejim dikkate alınmalıdır. Nitekim öğretilerde Keser, işverenin tek taraflı iradesiyle işçiyi ücretsiz izine dahi çıkartabileceği bir dönemde, işçinin talebi olmasa dahi sonradan mahsup edilmek üzere işçilere yıllık ücretli izin kullandırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır⁶⁰.

Bize göre, öğretide baskın olarak kabul edildiği üzere işçinin rızası olmaksızın avans izne çıkartılması mümkün görülmemelidir. İşverenin tek taraflı iradesiyle işçiyi yıllık ücretli izne çıkartmasından farklı olarak vardığımız bu sonuç, avans iznin işçinin dinlenme hakkı üzerinde bir yük teşkil etme tehlikesine dayanmaktadır. Nitekim avans izin nedeniyle işçinin uzun bir süre boyunca yıllık ücretli izin hakkından mahrum kalabileceğine şüphe yoktur. Ayrıca, yıllık ücretli izin hakkından farklı olarak, avans izin uygulamasını her yönüyle ele alan yasal bir dayanak bulunmadığından, bu uygulama işçi açısından çeşitli sakıncaları da beraberinde getirecektir.

Örneğin, işçinin henüz yıllık ücretli izne hak kazanmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde fazladan kullanılan izin sürelerine ait ücreti iadeyle yükümlü olup olmayacağı ya da avans izin süresinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı gibi yasal belirsizlikler hukuki belirlilik ilkesini ve giderek rejimin hukuk devleti olma özelliğini zedeleyecektir. Zira hukuk devletinin alt ilkesi olan hukuki belirlilik ilkesi, hukuki sonucun öngörülebilir olmasına ilişkin niteliksel bir gerekliliğe işaret etmektedir⁶¹. Dolayısıyla işçinin sözleşmenin feshi aşamasındaki veya genel olarak gelecek yıllardaki hukuki durumunu öngöremeyeceği bir sürece zorla sevk edilmesinin iş hukuku rejiminin yanı sıra, anayasal güvenceler açısından da sakıncalı olduğu konusunda şüphe duyulmamalıdır.

D. AVANS İZİNDE ÇALIŞILMAYAN GÜNLERE AIT ÜCRETİN İADESİ

1. Alman ve İsviçre Hukukunda Ücret İadesi

İşçinin hak ettiği kadar fazla yıllık ücretli izin kullanması ve bu izin sürelerinin telafi edilmesinden önce iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, çalışılmamasına rağmen işçinin ücretinin ödendiği bu günlere ait ücretin iade edilip edilmemesi gerektiği Alman Federal İzin Kanunu'nda açık bir düzenlemeye konu edilmiştir. BUrlG §5 Abs. 3 uyarınca işçi takvim yılının ilk yarısında bekleme süresini doldurduktan sonra iş sözleşmesi feshedilirse işçinin hak ettiği kadar fazla kullandığı yıllık ücretli izin süreleri için ödenen ücret geri alınmaz.

İsviçre hukukunda ise yıllık ücretli izin hakkına orantılı biçimde hak kazanılması mümkün olmakla birlikte, işçinin hak ettiği yıllık ücretli izin süresinden daha

⁶⁰ Keser, "İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin", 46. Aynı yönde bkz. Murat Özveri, "Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları", İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, (2020): 37.

⁶¹ AYM Kararı, 15.05.2019, E. 2017/135, K. 2019/35 §22.

fazla izin kullanması durumunda ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Şu durumda, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işçinin işverene “izin borcu” bulunması ihtimali ortaya çıkmaktadır⁶². Bu ihtimal karşısında, İsviçre öğretisinde genel olarak, işçinin sadakat borcuna aykırı olacak şekilde izindeyken üçüncü kişiye ücret karşılığında hizmet vermesi (*Schwarzarbeit*, Art. 329d Abs. 3) saklı olmak üzere, işçinin fazladan kullandığı yıllık ücretli izinler nedeniyle genel bir ücret iadesi borcunun bulunmadığı kabul edilmektedir⁶³. Buna karşılık öğretilerde, bazı şartların varlığı halinde ücret iadesinin mümkün olabileceği de belirtilmektedir⁶⁴.

Fazladan kullanılan izin süresi nedeniyle ücret iadesinin mümkün olabileceği hallere ilişkin İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler şu şekilde özetlenebilir⁶⁵: İşçinin hakkı olmamasına rağmen fazladan kullandığı yıllık ücretli izin sürelerine karşılık gelen ücreti iade etme yükümlülüğü, yalnızca taraflarca bu yönde bir kararlaştırmanın mevcut olması halinde gündeme gelmektedir⁶⁶. Bu yükümlülük açık veya örtülü bir anlaşmaya dayanabilir⁶⁷. Örtülü anlaşma, özellikle avans izin kullanma talebinin işçiden geldiği hallerde söz konusu olabilir⁶⁸. Öte yandan, işçinin (örneğin işletmenin tatil edilmesi gibi işverenin kendi insiyatifine dayanan sebeplerle) işveren tarafından avans izne çıkartılmış olması halinde, daha sonra telafi edilemeyecek olan izin sürelerine ait ücretin iadesi örtülü değil; yalnızca açık bir anlaşmanın varlığı halinde mümkündür⁶⁹.

⁶² “İzin borcu” nitelendirmesi için bkz. Christoph Senti, “Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber”, *AJP*, S. 40 (2014): 49.

⁶³ Baskın görüşün bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Streiff, von Kaenel und Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 649; Egli, “Strittige Fragen”, 143.

⁶⁴ Bkz. Egli, “Strittige Fragen” 144.

⁶⁵ İsviçre öğretisindeki ortak noktalar ve çeşitli görüşler için bkz. Senti, “Rückforderung”, 49; Rehbin- der und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 552; Streiff, von Kaenel und Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 649; Egli, “Strittige Fragen”, 143.

⁶⁶ Rehbin- der und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 552. Bu anlaşmanın yıllık ücretli izin hakkının emredici niteliğine aykırı düşmeyeceği yönünde ayrıca bkz. Egli, “Strittige Fragen”, 144; Staehelin, “*Arbeitsvertrag*”, 447.

⁶⁷ Rehbin- der und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 552.

⁶⁸ Staehelin, “*Arbeitsvertrag*”, 446-447; Rehbin- der und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 552. Aynı yönde bkz. Streiff, von Kaenel und Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 650. Öte yandan yazar, örtülü anlaşmanın varlığı kabul edilerek, fazladan kullanılan izin süreleri için iş ilişkisi sonunda işçinin ücretinden kesinti yapılabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmemiş olması şartını aramaktadır. Bununla birlikte, yazara göre bildirimsiz fesih açısından bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, örtülü anlaşmanın varlığı kabul edildiğinde, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı biçimde ve bildirimsiz olarak feshedildiyse fazladan kullanılan izin günleri için işçinin ücret iadesi borcu bulunmaktadır. Ayrıca bkz. Egli, “Strittige Fragen”, 145. “Örtülü anlaşma”ya şüphülle yaklaşılması gerektiğini belirten yazar, işçinin avans izin kullanmasından sonra iş sözleşmesini [haklı sebep olmaksızın] feshedeceğini bilmesi halinde, örtülü anlaşma kavramına ihtiyaç duyulmaksızın avans izin nedeniyle çalışılmayan fakat ücreti ödenen günlerin ücretini iadeyle yükümlü olduğunu savunmaktadır. Zira yazara göre bu halde işçinin dürüstlük kuralına aykırı bir davranışı söz konusudur.

⁶⁹ Egli, “Strittige Fragen”, 143-144; Streiff, von Kaenel und Rudolph, s. 650. Bu anlaşmanın toplu iş sözleşmesi vasıtasıyla da yapılabileceğine ilişkin bkz. Streiff, von Kaenel und Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 650; Staehelin, “*Arbeitsvertrag*”, 147.

Açık bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, bir an için sebepsiz zenginleşme rejimi çerçevesinde işverenin ücret iadesi talebinde bulunabileceği düşünülebilirse de, bu durumda, ya iyinyetli zenginleşmenin (OR 64⁷⁰) varlığından bahisle⁷¹, ya izin kullanan işçinin malvarlığı açısından zenginleşmiş olmadığından⁷²; işçi izin kullanmasaydı dahi ilgili ücrete zaten hak kazanacağından⁷³ hareketle ya da bu halde hataen yapılan bir işlemin bulunmadığı gerekçesiyle⁷⁴, işveren açısından sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvuru imkanının bulunmadığı ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, işçinin fazladan kullandığı yıllık ücretli izin hakkı nedeniyle ücret iadesiyle yükümlü tutulup tutulmayacağı meselesinin iş sözleşmesinin sona erme biçimiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁷⁵. Buna göre, şayet iş sözleşmesi işveren tarafından haklı olarak bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirilmişse işçinin iadeyle yükümlü olduğu ifade edilmelidir. Öte yandan, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı olarak bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda veya işverence haksız feshi halinde işçinin ücret iadesiyle yükümlü tutulmaması gerekmektedir⁷⁶. Zira bu halde avans izin nedeniyle önceden kullanılan izin günlerinin sonradan telafi edilmesi imkânı işveren tarafından engellenmiş olmaktadır⁷⁷.

2. Türk Hukukunda Ücret İadesi

a. Ücret İadesinin Kural Olarak Mümkün Olmaması

Türk iş hukukunda avans izin kullanılması ve daha sonra iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle telafi edilemeyen günlere ait ücretin iadesine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay da 2020 yılında verdiği bir kararıyla bu durumu tevsik eder nitelikte bir sonuca varmıştır. Nitekim yüksek mahkemeye göre, işverenin işçiye fazladan kullandırdığı yıllık ücretli izin nedeniyle bu günlere ait ücretin iadesini talep etmesine ilişkin yasal bir dayanak bulunmamaktadır. Bu nedenle işverenin iade talebinin reddine karar verilmelidir⁷⁸.

⁷⁰ 64 OR uyarınca, iade talebinde bulunulduğu zamanda alıcının (işçinin) elinde kalan bir zenginleşmesi söz konusu değilse ve kötüniyetli olunmadığı müddetçe iade yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁷¹ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Senti, "Rückforderung", 49, dn. 118.

⁷² Rehbindler und Stöckli, *Arbeitsvertrag*, 552; Staehelin, *Arbeitsvertrag*, 446.

⁷³ Staehelin, *Arbeitsvertrag*, 446.

⁷⁴ Bu görüş için bkz. Egli, "Strittige Fragen", 143, dn. 103'te sayılan yazarlar.

⁷⁵ Buna karşılık, taraflar arasındaki anlaşmaların saklı olduğu yönünde bkz. Streiff, von Kaenel, Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 650.

⁷⁶ Streiff, von Kaenel, Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 650; Egli, "Strittige Fragen", 145. Karş. Staehelin, *Arbeitsvertrag*, 447. Yazar, iş sözleşmesinin, örneğin işletmesel nedenlerle işverene yüklenen bir nedenle sona erdirilmesi durumunda ücret iadesine ilişkin örtülü anlaşmanın sona ereceğini ifade etmektedir. Bu açıdan, yazara göre örtülü anlaşmanın durumu, rekabet yasağının son bulmasına ilişkin rejimle benzerlik göstermektedir.

⁷⁷ Egli, "Strittige Fragen" 144.

⁷⁸ Y9.HD, 14.10.2020, E. 2016/26145, K. 2020/11957.

Bir an için sebepsiz zenginleşme rejiminin işlevselleştirilebileceği; dolayısıyla işverenin fazladan kullandırılan izin günlerine ait ücretin iadesini TBK m.77 vd. maddelerine dayanarak talep edebileceği akla gelebilirse de, öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, bu ihtimal kabul görmez. Zira bu durumda işverenin “kendisini borçlu sanarak” (TBK m.78) kullandığı bir izin söz konusu değildir. Gerçekten izni zaten “avans” olarak veren bir işverenin işçinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı konusunda hataya düştüğünü iddia etmesi mümkün görünmemektedir⁷⁹. Bu görüş, İsviçre hukukunda benimsenen öğreti görüşleriyle de paralellik arz etmektedir. Nitekim yukarıda zikredildiği üzere, İsviçre hukukunda da avans izin verilmesi, fakat iş sözleşmesinin erken sona ermesi halinde avans izin günlerine ait ücretin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁰.

Ayrıca, kanaatimizce TBK m.408’den hareketle de işverenin avans izinde geçen süreler için ücretin iadesini talep etmesi mümkün görülmemelidir. Nitekim TBK m.408/1 uyarınca, işveren iş görme borcunun ifasını kusuruyla engellerse veya işi kabulde temerrüde düşerse işçinin ücretini ödemekle yükümlüdür. TBK m.408’in gerekçesine göre, bu maddenin düzenlenmesinde OR 324 göz önünde tutulmuştur. Esasen, TBK m.408, OR 324’ün neredeyse birebir tercümesinden ibarettir. İsviçre Federal Mahkemesi OR 324’ü yorumladığı kararında, madde lafzının yanıltıcı olduğunu vurgulamıştır. Yüksek mahkemeye göre, OR 324 sadece işverenin “kusuruyla” engellediği halleri değil, aynı zamanda işverenin risk alanında gerçekleşen her engeli kapsamına almaktadır⁸¹.

Bilindiği üzere, işveren işçinin avans izin kullanma talebiyle bağlı değildir. O halde, avans izin kullanımına izin verilmesinin işverenin hâkimiyet/risk alanından kaynaklandığı ifade edilmelidir. Avans izin kullanılması suretiyle iş görme ediminin ifasının mümkün olmadığı bir durumda, bu süreye ait ücretin ödenmek zorunda olduğu bizzat TBK m.408’in mehz kanuna uygun yorumlanmasının da bir sonucudur.

b. Ücret İadesine Rıza Verilmesi

İşverenin avans izinde geçen süreler için ücreti geri alabilmesi ancak işçinin rızasıyla mümkündür⁸². Zira avans izin işçinin yararına da olabilir. Dolayısıyla sonradan mahsuplaşma şartıyla avans izin talep edip ücret iadesine rıza vermesi,

⁷⁹ Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, “Avans İzin”, 115.

⁸⁰ Bkz. yukarıda II, C, 1.

⁸¹ BGer 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008. Yüksek mahkemeye göre, OR 324’ün yukarıda belirtilen biçimdeki yorum tarzına ilişkin İsviçre öğretisinde tartışma bulunmamaktadır.

⁸² Bkz. Y9.HD, 14.10.2020, E. 2014/30524, K. 2016/3461; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 487. Yazarlar “yazılı” rıza ile fazladan kullandırılan izin parasının sonradan geri alınabileceğinin kararlaştırılabileceğini ifade etmektedirler.

işçinin bizzat kendi yararını gözettiği anlamına gelebilir. Dolayısıyla, bu halde işletmesel risk paylaşımından söz edilmesi mümkündür⁸³.

İsviçre hukukunda bu rızanın bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle alınabileceği ifade edilmektedir⁸⁴. Öte yandan, Türk hukukunda avans izne ilişkin kapsayıcı bir yasal düzenleme mevcut olmadığından, iade talebine dayanak oluşturan bu rızanın ne zaman verilebileceğinin tartışılmasında fayda vardır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre taraflar, *fazladan kullanılan iznin parasının iş sözleşmesi sona erdiğinde geri alınacağını kararlaştırmışlarsa bunu kabul etmemek için bir neden yoktur*⁸⁵. Öğretide yapılan bu açıklamadan, iadeye ilişkin rızanın sözleşmenin sona ermesinden önce de alınabileceği sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce TMK m.1 ve TBK m.144 düzenlemelerinden hareketle aksi sonuca varılmalıdır. Zira takas müessesesi dışında, fazladan kullanılan izin günlerine ait ücretin işveren tarafından geri alınabilmesi için işçinin vereceği rızanın geçerlilik şartlarına ilişkin kanunda hüküm bulunmamaktadır. Bu boşluk, TMK m.1'den hareketle TBK m.144'ün kıyasen uygulanmasıyla doldurulmalıdır. Zira takası düzenleyen TBK m.144'teki menfaat çatışması ile avans izin açısından ücret iadesinde ortaya çıkan menfaat çatışması benzer mahiyettedir. Her iki durumda da işverenin alacak iddiası mevcut olup işçinin ücret alacağını takas veya ödeme suretiyle sona erdirme gayesi söz konusudur.

TBK m.144 uyarınca, ücretin takas hakkının doğumundan sonra, işçinin rızasıyla takas edilebileceği nazara alındığında, fazladan kullanılan izin günlerine ait ücretin geri alınabileceğine ilişkin rızanın da ancak artık bu izin günlerinin telafi edilemeyeceğinin anlaşıldığı andan itibaren verilebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Sonuçta, ücretin takasına ancak takas hakkının doğumundan sonra rıza verilebileceğine ilişkin düzenleme ile ücretin korunması amaçlanmaktadır⁸⁶. İşçinin daha sonra telafi edilemeyen avans izin sürelerine ilişkin ücreti iadeyle yükümlü olup olmadığı da genel olarak ücretin korunmasıyla doğrudan bağlantılıdır. O halde, aynı temele dayanan iki durumdan bir tanesine (takasa) ilişkin getirilen düzenlemenin kıyas yoluyla avans izin açısından ücret iadesine rıza sorununa da uygulanması mümkün görülmelidir. Bu düşünce, işçinin korunması prensibiyle de uyumludur. Sonuç olarak, işçinin, iş sözleşmesini avans izin günlerini telafi etmeye imkân vermeyecek biçimde sona erdireceğini bilmesine rağmen; yani kötüniyetli

⁸³ Avans izin uygulamasının işçinin de yararına olabileceğinden hareketle, bu halde sadece işletmesel bir riskin değil, "risklerin paylaşılması"nın söz konusu olduğu görüşüne ilişkin bkz. Değer Ermumcu ve İzmirlioğlu, "Avans İzin", 112. Bu nedenle, TBK m.408'e ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar, işçinin rızasıyla ücret iadesine olanak verebileceğine ilişkin sonucu engellememelidir.

⁸⁴ Bkz. yukarıda II, C, 1.

⁸⁵ Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 487.

⁸⁶ Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 23, (2011): 12; Artür Karademir, "Türk İş Hukukunda Takas Uygulamaları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 75, (2022): 823.

olarak avans izin kullanması saklı olmak üzere, rızaya geçerlilik tanınmaya başlanacak tarih de en erken iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olmalıdır.

E. AVANS İZİNİN İŞ GÜVENCESİNDE SON ÇARE İLKESİYLE İLİŞKİSİ

1. İş Güvencesinde Son Çare İlkesi

Türk iş hukuku öğretisinde baskın olarak benimsenen iş güvencesinde son çare ilkesi, yargı uygulamasında da feshin geçerliliğinin tespitinde etkin bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır⁸⁷. Bu ilke, genel olarak, iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden evvel işverenin elinden gelen çabayı sarf etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸. Buna göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden evvel başvurulabilecek daha hafif bir tedbir varsa fesih geçersiz sayılacaktır⁸⁹. Avans izin gibi ücretli izinlerin de feshe nazaran alternatif ve daha hafif bir tedbir olduğuna şüphe yoktur⁹⁰. Bu bakımdan, iş güvencesinde son çare ilkesi açısından avans izin uygulamasına başvurulmamış olmasının feshi geçersiz hale getirip getirmeyeceğinin; başka bir ifadeyle, işverenin bu uygulamaya başvurmakla zorunlu tutulup tutulamayacağı tartışılmasında fayda vardır.

İş güvencesinde son çare ilkesinin sınırları, temelde, “elverişlilik” ve “beklenebilirlik” olmak üzere iki sacayağından oluşmaktadır⁹¹. Şu halde, işverenin feshi önleme amacına ulaşmada elverişli olan tedbirlere başvurması beklenmektedir⁹². Aynı şekilde, feshe alternatif olacak tedbirlerin dürüstlük kuralına göre

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. Artür Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 23 vd.

⁸⁸ Tankut Centel, *İş Güvencesi*, (İstanbul: Legal Yayınları, 2020) 144; Nurşen Caniklioğlu, editör, Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 72; Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, 24.

⁸⁹ Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, (İstanbul: Legal Yayınları, 2005) 71; Ali Cengiz Köseoğlu, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Bildirimli Feshi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2011), 262; Murat Engin, “İşletme Gereklileri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 2, (2004): 540; Gülsevil Alpagut, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, *Bankacılar Dergisi*, S. 65 (2008): 95; Talat Canbolat, “Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 9, (2008): 70; Eda Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, (Ankara: Turhan Yayınları, 2009), 110.

⁹⁰ Mustafa Alp, “İşletme Gereklileri ile Fesih”, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum, (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu Yayınları, 2009), 109; Değer Ermumcu ve Izmirlioğlu, “Avans İzin”, 116.

⁹¹ Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, 89 vd.

⁹² Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, editör, Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklileri ile Fesih” Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 320; Öner Eyrenci, editör, Ender Demir ve Beste Gemici Filiz, “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 345; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayınları, 2007), 189.

işveren den beklenebilir olmaları da lazımdır⁹³. İşte, işverenin iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce avans izin uygulamasına başvurmak zorunda olup olmadığı da yukarıda zikredilen bu iki sacayağı perspektifinden ele alınmalıdır.

2. İş Güvencesinde Son Çare İlkesi ve Avans İzin Özelinde Kalıcılık Öngörüsünün Denetlenmesi

Avans izin uygulamasının feshi önleyici etkisinin olabilmesi (elverişlilik); giderek bu uygulamaya sevk olmanın işverenden beklenebilmesi (beklenebilirlik), iş ilişkisinde olumsuzluk yaratan engelin geçici olmasına bağlıdır⁹⁴. Zira kalıcı bir engel karşısında ücretli izin uygulamasına başvurulması, feshi önlemeyecek; sadece erteleyecektir⁹⁵. Aynı şekilde, işçinin çalışmasının önünde kalıcı engel oluşturan duruma rağmen ebediyen işçiye (ücretli) avans izin verilmesini beklemek de bizzat dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Şu durumda, iş güvencesinde son çare ilkesi uyarınca avans izin uygulamasına başvurulmasının zorunlu olup olmadığı sorusu, aslında, işverenin işçiyi ifadan alıkoyan engelin kalıcı olduğu yönündeki öngörüsünde yanılmasının olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmektedir.

Türk öğretisinde iş güvencesinde son çare ilkesi bakımından herhangi bir alternatif tedbire başvurulmasının feshin geçerliliği açısından zorunlu olup olmadığı incelenirken kalıcılık öngörüsüne ilişkin görüş birliğinden bahsedilememektedir. Örneğin öğretilerde iş güvencesi ile kısa çalışma arasındaki ilişki özelinde açıklama getiren Ocak'a göre, işçiyi işgücü fazlalığı haline getiren engelin kalıcı olduğu açıkça anlaşılmadığı müddetçe işverenden ilgili alternatif tedbire başvurusu beklenmektedir⁹⁶. Astarlı'ya göre ise işverenin kalıcılık öngörüsü nesnellik, mantıklılık ve keyfilik denetimine tabi tutulmalı; işveren de objektif öngörü çalışmalarını ispatlamalıdır⁹⁷. Benzer yönde görüş bildiren Eyrenci'ye göre de işveren ifa engelini süreklilik arz edeceğine ilişkin geleceğe yönelik öngörüsünün dayanaklarını ispatlamak zorundadır⁹⁸. Alp ise, fesihte işletmesel gereklerin varlığı halinde, işverenin öngörüsünün kötüniyetli olmadığı müddetçe kural olarak

⁹³ Y22.HD, 27.03.2012, E. 2011/13414, K. 2012/5854; Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 119-120; Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, 90-91.

⁹⁴ Alp, "İşletme Gerekleri ile Fesih", 109.

⁹⁵ Alp, "İşletme Gerekleri ile Fesih", 109. Ücretsiz izin açısından da aynı yönde bkz. Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 3 (2006): 21.

⁹⁶ Saim Ocak, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 596.

⁹⁷ Muhittin Astarlı, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 17 (2010): 79.

⁹⁸ Öner Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 2010), 48.

geçerli kabul edilmesi gerektiğini; yani bu öngörü faaliyetinin sadece kötüniyet denetimine tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹.

3. İşverenin Kalıcılık Öngörüsüne İlişkin Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi

İlk planda, işçinin kusuruna dayanmayan ve iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuracak ifa engelinin ekonomik bir risk teşkil ettiği, dolayısıyla bunun işverenin risk alanına dâhil olarak, kalıcılık öngörüsünde yanılmanın olumsuz sonuçlarına işverenin katlanması gerektiği akla gelebilir¹⁰⁰. Öte yandan, bu sonucun kabulü, iş ilişkisindeki menfaatler tartışının tümüyle bozulmasına; dürüstlük kuralının ihlaline yol açacaktır. Zira aksinin kabulü halinde, nasıl sonuçlanacağı makul ölçüler içinde ve objektif olarak öngörülemeyen engeller nedeniyle işverenin tam ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceği bir sürece (avans izne) sevk olması zorunlu kılınmış olacaktır ki bu durum, girişim özgürlüğünü ihlal edecektir¹⁰¹.

Koronavirüs salgını süreci, kanaatimizi somutlaştırmakta yararlı bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim salgının ne zamana kadar süreceğine; yeni varyantlar nedeniyle yeni salgın dalgalarıyla karşılaşılıp karşılaşılmayacağına bilim dünyasının cevap veremediği hallerde, işverenin hitap ettiği tüketici kitlesinin satın alma refleksindeki değişimler nedeniyle üretim kapasitesinin nasıl değişeceğini bilmek zorunda bırakılması mümkün görülmemelidir¹⁰². İşverenin feshin geçersizliği tehdidiyle belirsiz bir süre için işçiye ücret ödemekle yükümlü tutulması, dürüstlük kuralının hukuka etik boyut kazandırma işlevinden¹⁰³ uzaklaşılmasına sebep olacaktır. Nitekim öğretide de genel olarak, işverenin aşırı masraflı olan veya işletmeyi riske atacak tedbirlere başvurmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴. Hele ki, avans izne ilişkin kapsayıcı bir yasal dayanak bulunmadığı nazara alındığında, işveren yeni bir izin türü yaratmak zorunda da değildir. Bu sebeple, kanaatimizce avans izin uygulamasının iş güvencesinde son çare ilkesi kapsamında başvurulması zorunlu olan alternatif tedbirler arasında sayılmaması gerekmemektedir.

⁹⁹ Alp, "İşletme Gereklileri ile Fesih", 113.

¹⁰⁰ Nitekim bkz. TBK m.408.

¹⁰¹ Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, 280.

¹⁰² Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, 281.

¹⁰³ Dürüstlük kuralının işlevleri için bkz. Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 2010), 57.

¹⁰⁴ Köseoğlu, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Bildirimli Feshi*, 263; Astarlı, "Ekonomik Kriz", 78; Nezihe Binnur Tulukçu, *İş Güvencesi İşe İade*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 249; Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013), 694; Ayşe Köme Akpulat, "The Principle of "Ultima Ratio" in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, S. 67 (2018), 47.

SONUÇ

Avans izin, genel olarak, daha sonra yıllık ücretli izin süresinden mahsup edilmek üzere, işçinin henüz hak etmemiş olmasına rağmen kullandığı ücretli izin biçiminde tanımlanmaktadır. Avans izin uygulaması, işçinin dinlenme hakkının bir yönü olan yıllık ücretli izin hakkına temas ettiğinden, bu uygulamanın dinlenme hakkından vazgeçilemeyeceği perspektifiyle birlikte ele alınması gerekmektedir. Şu durumda, işçiye gereğinden fazla avans izin kullandırılması nedeniyle, yıllık ücretli izin süresini avans olarak tüketen işçinin gelecek yıllarda dinlenemeyecek olması tehlikesi gündeme gelmektedir. Söz konusu tehlike ışığında, bu çalışmada avans izin uygulamasına ilişkin üç temel sorunun cevaplandırılmasına gayret gösterilmiştir. Bu sorular, avans izin uygulamasının geçerli olup olmadığı, avans iznin daha sonra ücret iadesini gerektirip gerektirmediği ve son olarak avans iznin iş güvencesinde son çare ilkesi kapsamında alternatif bir tedbir olup olmadığına ilişkindir.

Avans izinle ilgili her tartışma, öncelikle bu uygulamanın geçerli olup olmadığı sorusunun sorulmasını gerekli kılmaktadır. Hal böyle olunca, çalışmamızda avans izin uygulamasının geçerli olup olmadığına ilişkin öğretici görüşlerine yer verilmiştir. Türk iş hukuku öğretisinde avans iznin yasal bir dayanağının bulunmadığını vurgulayan yazarlar, genel olarak bu uygulamaya şüpheyle yaklaşmaktadırlar. Öte yandan, yazarlar, özellikle koronavirüs gibi zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde, bu uygulamanın geçerli olabileceğini savunmaktadırlar. Bununla birlikte, öğretide baskın görüş, avans iznin yalnızca işçinin rızası veya talebiyle geçerlilik kazanacağı yönündedir. Çalışmamızda, işçinin talebi veya rızasıyla hayata geçirilen avans izin uygulamasının işçinin de yararına olabileceği; dolayısıyla, bu uygulamanın geçerliliğinin sadece salgın gibi zorlayıcı sebeplerin varlığı şartına hasredilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Avans izne geçerlilik atfettikten sonra cevaplandırılması gereken ikinci soru, işçinin avans izin kullandıktan sonra, henüz yıllık ücretli izin hakkına kavuşmadan iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda avans izin nedeniyle çalışılmayan günlere ait ücreti iade etmek zorunda olup olmadığına ilişkindir. Bu çalışmada, işçinin kural olarak iadeyle yükümlü olmadığı, ancak rızası varsa ücretin işveren tarafından geri alınabileceği sonucuna ulaşılmıştır. İlavenen, ücret iadesine ilişkin rızanın ücretin takasına ilişkin kuralların (TBK m.144) kıyasen uygulanması suretiyle, ancak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte verilmesi koşuluyla geçerli olacağı savunulmuştur.

Avans izin uygulamasının iş güvencesinde son çare ilkesiyle ilişkisi de çalışmamızda mercek altına alınmıştır. Doğaldır ki, işçinin ücretli olarak avans izne ayrılması iş sözleşmesinin feshedilmesinden daha hafif bir tedbirdir. Buna karşılık, avans izin uygulamasının feshe nazaran alternatif bir tedbir mahiyetine sahip olması, bu tedbire işveren tarafından başvurulmasının zorunlu olduğu biçiminde

yorumlanmamalıdır. Avans izne ilişkin kapsayıcı bir yasal dayanak bulunmaması pek çok belirsizliği beraberinde getirmektedir. Hal böyle olunca, işvereni, sonuçlarını makul ölçüler içinde öngöremeyeceği bir sürece zorunlu olarak sevk etmek, iş güvencesinde son çare ilkesinin uygulanmasındaki beklenebilirlik ölçütüne aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”. *Çimento İşveren Dergisi*, 34, S. 3 (2020): 16-71.
- Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Akyiğit, Ercan. “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 24, S. 1-2 (2012): 1-41.
- Akyiğit, Ercan. “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21 (2011): 25-39.
- Akyiğit, Ercan. “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”. *Çalışma ve Toplum Dergis*, 3, S. 30 (2011): 73-91.
- Alp, Mustafa. “İşletme Gereklere ile Fesih”. *Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum*. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu Yayınları, (2009), 90-118.
- Alpagut, Gülsevil, editör Alpagut, Gülsevil. *Soru-Cevap*. Pandemi Sürecinde İş Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, 129-143.
- Alpagut, Gülsevil. “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”. *Bankacılar Dergisi*, S. 65 (2008): 89-110.
- Astarlı, Muhittin. “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 17 (2010): 74-88.
- Baycık, Gaye. “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2022. <http://gayebaycık.av.tr>.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, editör Demir, Ender ve Gemici Filiz, Beste. “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere ile Fesih”. Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 301-342.
- Canbolat, Talat. “Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 9, (2008): 62-76.
- Caniklioğlu, Nurşen, editör Demir, Ender ve Gemici Filiz, Beste. “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”. Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 67-133.
- Centel, Tankut. *İş Güvencesi*. İstanbul: Legal Yayınları, 2020.
- Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 23, (2011): 5-14.
- Çil, Şahin. *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Değer Ermumcu, Senem ve İzmirlioğlu, Ayça. “4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 44 (2020): 96-117.
- Egli, Hans-Peter. “Strittige Fragen zum Thema “Ferien”. *ArbR*, S. 119 (2006): 121-167.
- Ekmekçi, Ömer ve Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2021).

- Engin, Murat. “İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 2, (2004): 537-544.
- Eyrenci, Öner, editör Demir, Ender ve Gemici Filiz, Beste. “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”. Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, II İş Hukuku Uluslararası Kongresi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 345-357.
- Eyrenci, Öner. “Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”. İş Güvencesi ve İşe İade Davaları. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 2010, 34-52.
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim ve Baskan, Esra. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Gallner, Inken, editör Müller-Glöge, Rudi, Preis, Ulrich und Schmidt, Ingrid. *Mindesurlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. München: C. H. Beck Verlag, 2022.
- Gökçek Karaca, Nuray ve Günaydın, Barış. “Gazetecilerin Ücretli Tatil ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4, S. 15 (2007): 907-919.
- Güneş, Başak ve Mutlay Faruk, Barış. “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 3, S. 30, (2011): 231-288.
- Güzel, Ali. “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan. İstanbul: Legal Yayınları, 2005, 57-90.
- Jacobsen, Kay, editör Moll, Wilhelm. *Erholungsurlaub*. Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, (München: C. H. Beck Verlag, 2021.
- Kähr, Michel, editör Kostkiewicz, Jolanta Kren, Wolf, Stephan, Amstutz, Marc und Fankhauser, Roland. *OR 329a*, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Kar, Bektaş. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72, S. 2 (2014): 167-176.
- Karademir, Artür. “Türk İş Hukukunda Takas Uygulamaları”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 75, (2022): 821-844.
- Karademir, Artür. *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Karaman, Mehmet Halis. “Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 40 (2018): 114-131.
- Kayırgan, Hasan. “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, S. 2 (2021): 577-596.
- Keser, Hakan. “Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 17, S. 65 (2020): 23-94.
- Köseoğlu, Ali Cengiz. *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Bildirimli Feshi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2011.

- Kılıçoğlu, Mustafa ve Şenocak, Kemal. *İş Güvencesi Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınları, 2007.
- Linck, Ursula, editör Schaub, Günter. *Urlaub*. Arbeitsrechts Handbuch. München: C. H. Beck Verlag, 2021.
- Manav, Eda. *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Turhan Yayınları, 2009.
- Manav Özdemir, Eda. “Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 43 (2020): 126-157.
- Mollamahmutoglu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2022.
- Ocak, Saim. *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: 2008.
- Özkaraca, Ercüment. “Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 39 (2018): 90-104.
- Özveri, Murat. “Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları”. İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, (2020): 25-38.
- Portmann, Wolfgang und Wildhaber, Isabelle. *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Zürich: Dike Verlag, 2020.
- Prinz, Marc Ph. und Geel, Gian, editör Etter, Boris, Fancinani, Nicolas und Sutter, Reto. *Arbeitsvertrag*. SHK - Stämpfli Handkommentar. Bern: Stämpfli Verlag, 2021.
- Rehbinder, Manfred und Stöckli, Jean-Fritz, editör Hausheer, Heinz und Walter, Hans Peter. *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR (Berner Kommentar)*. BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1. Bern: Stämpfli Verlag, 2010.
- Rölller, Jürgen; Seidel, Ralf und Schlegel, Rainer, editör Rölller, Jürgen. *Urlaubsanspruch*. Küttner Personalbuch, (München: C. H. Beck Verlag, 2022.
- Savaş Kutsal, F. Burcu ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “Covid-19 Pandemisi Gölgesinde Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Uygulaması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, S. 2 (2021): 737-753.
- Senti, Christoph. “Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber”. *AJP*, S. 40 (2014): 40-59.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Yayınları, 2020.
- Sevimli, K. Ahmet. “Yıllık Ücretli İzinin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 18, (2010): 40-47.
- Stahelin, Adrian, editör Gauch, Peter und Schmid, Jörg. *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*. ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c. Zürich: Schulthess Verlag, 2006.
- Streiff, Ullin, von Kaenel, Adrian und Rudolph, Roger. *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*. Zürich: Schulthess, 2012.

Sümer, Haluk Hadi, editör Özgenç, İzzet, Akkanat, Halil, Çağlar, Hayrettin, Sümer, Haluk Hadi, Özekes Muhammet. *COVID-19 Küresel Salgınının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Meydana Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. Tüba Covid-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu. Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, 2020, 107-124.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

Taşkent, Savaş. "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 3 (2006): 20-28.

Tulukçu, N. Binnur. *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınları, 2012.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.

Ugan Çatalkaya, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

Urhanoglu, İftar. *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

İCRA VE İFLÂS KANUNU M.111/A UYARINCA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Burçin YAZICI**^(**)

Öz

7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin önemli ölçüde satış aşamasına yönelik olduğu görülür. Satış süreci, icra takibinin başarıya ulaşabilmesini sağlayan en önemli takip aşamasıdır. Nitekim bu sürecin basit, hızlı ve masrafsız olması başarısını belirler. 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen m. 111/a ile borçluya, mahcuz malın satışını bizzat gerçekleştirme yetkisi verilmiştir. Borçluya satış yetkisi verilmesi ile icra hukukumuzda yeni bir paraya çevirme usulü kazandırıldığını söylemek mümkündür. Borçlu, kendisine tanınan satış yetkisini İİK m. 111/a-2'de öngörülen koşulları sağlaması halinde kullanabilir. Borçluya verilecek yetki ile gerçekleşen satışta kıymet takdiri raporunun önemi ortaya çıkmaktadır. Borçlu, kıymet takdiri raporunu tebliğ aldıktan yedi gün içinde satış yetkisi verilmesini istemelidir. Kıymet takdiri raporu alınmışsa borçlu da kıymet takdiri raporu alınmasını talep edebilir.

Borçlu tarafından gerçekleşen satışın hukuki niteliğinin tespiti önem arz eder. Nitekim bu satış usulünde satış borçlu gerçekleştirmekle birlikte mülkiyetin devri ve malın teslimi için icra mahkemesinin onayı aranır. Borçluya satış yetkisi tanınırken borçlunun yapmış olduğu işlemlerinin denetlenmesi ve alacaklıya sürece müdahale imkânı tanınması gerekir. Bu yöntemde alacaklılar, sürecin tamamen dışında bırakılmıştır. Borçluya verilen yetkilendirme ile gerçekleşen satışta, gerçek satış bedeli tespit edilemeyeceği gibi alacaklıların satış bedeline karşı başvurabileceği herhangi bir imkânı tanınmamıştır. Alacaklılara borçlunun gerçekleştirdiği satış işlemine karşı en azından kanun yolu sürecine başvurabilmeleri tanınarak hukuki dinlenilme haklarını kullanmaları sağlanmalıdır. Nitekim bu denetim icra mahkemesi satış sürecine ilişkin belge ve bilgileri dosya üzerinden şekli ve sınırlı bir incelemeyle değerlendirmesi bakımından da önemli olacaktır. Borçluya satış yetkisi tanınarak mahcuz malı bizzat satılması olumlu bir gelişme olmakla birlikte uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların değerlendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler

Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Satış Talebi, Anlaşmalı Satış, Kıymet Takdiri, Satış Yetki Belgesi.

GRANTING THE CREDITOR SALES AUTHORITY IN ACCORDANCE WITH A.111/A OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW

Abstract

The Execution and Bankruptcy Law underwent significant revisions with the enactment of Law No. 7343. It is evident that the improvements are mostly oriented towards to the sales period. The sales process is the most crucial part of execution follow-up since it ensures its success. In fact, upon successful completion of this procedure, the creditor is satisfied with

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169363.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku / Erzurum-Türkiye.
E-posta: burcin.yazici@atauni.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6621-8059>.



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

the debtor's property and rights for the lowest cost and best return. The purpose of the new liquidation mechanism is to expedite and reduce the cost of sales transactions. Within seven days of obtaining the appraisal report, the debtor must submit a request to sell. The debtor may also request a valuation report if one has not already been provided. If the conditions specified in EBL m 111/a-2 are fulfilled, the debtor may utilize the sales authority granted to him.

It is important to determine the legal nature of the sale realized by the debtor. In this method, creditors are completely excluded from the process. In the sale realized with the authorization given to the debtor, the actual sale price could not be determined and the creditors were not given any opportunity to apply against the sale price. It should be ensured that the creditors can at least apply to the legal process against the sale transaction carried out by the debtor and use their right to be heard. As a matter of fact, this audit will also be important in terms of evaluating the documents and information related to the sales process of the enforcement court with a formal and limited examination over the file. Although it is a positive development that the debtor can sell the confiscated goods by granting the right to sell, the problems that may arise in practice should be evaluated.

Keywords

Authorization to Sell to the Debtor, Request for Sale, Negotiated Sales, Appraisal, Sales Authorization Certificate.

Extended Abstract

With the Law No. 7343, there have been made fundamental changes in the Execution and Bankruptcy Law (EBL). It is seen that the changes are mainly related to the sales process. The sales process is the most important follow-up phase that ensures the success of the execution follow-up. As a matter of fact, upon the successful completion of this process, the creditor is satisfied with the debtor's property and rights with the least expense and at the highest rate. With the Art. 7343 brought to the Execution and Bankruptcy Law 111/a, debtor is authorized to sell the confiscated goods in person. With the granting of sales authorization to the debtor, a new liquidation procedure has been brought into our enforcement law. The aim of this new cashing out method is to ensure that sales transactions are carried out faster and with less expense. The debtor shall request the authorization to sell within seven days of receiving the valuation report. If a valuation report has not been received with the new regulation, the debtor may also request a valuation. The debtor can use the sales authority granted to him if he meets the conditions stipulated in EBL m 111/a-2.

It is important to determine the legal nature of the sale made by the debtor. As a matter of fact, in this sale procedure, the debtor realizes the sale, but the approval of the enforcement court is sought for the transfer of ownership and delivery of the goods. While the debtor is authorized to sell, the debtor's transactions should be audited and the relevant parties should be given the right to object. Creditors are completely excluded from the process. In the sale realized with the authorization given to the debtor, the actual sale price could not be determined and the creditors were not given the opportunity to object to the sale price stated by the debtor. Creditors should be given the opportunity to object to the sales transaction made by the debtor, and they should be enabled to exercise their right to be heard. Although it is a positive development that the debtor can sell the confiscated goods by granting the right to sell, some problems that may arise in practice need to be evaluated.

With the Enforcement and Bankruptcy Law art. 111/a, the debtor has the opportunity to sell his confiscated property himself. Accordingly, the debtor must apply to the enforcement office in order to be authorized to sell, within seven days from the notification of the valuation of the seized property. Upon the finalization of the valuation, the executive director stops the forced sales transactions as a result of the examination of the documents and gives the debtor a period of fifteen days. The minimum sale price is 90% of the value determined in the valuation report of the foreclosure. However, if there are priority receivables on the foreclosure, it cannot be less than the amount of these receivables. In addition, the costs incurred until the sale stage must be covered. The executive director applies to the enforcement court for the approval of the sale and the transfer and delivery of the goods, after obtaining the necessary information and documents within the fifteen-day period given to the debtor of the minimum price. The enforcement court announces its decision on the sale as a result of the examination it will make on the file within ten days at the latest after receiving the file. If the court decides that the transactions are in accordance with the procedure, it approves the sale transaction and the ownership of the goods passes to the buyer with this acceptance decision. If the court gives a decision of rejection, the amount deposited by the buyer is refunded (EBL art. 111/a-p.3).

It is seen that granting sales authorization to the debtor will accelerate and simplify the sales phase, and this new regulation is considered to be beneficial. In addition, the realization of the sale by the debtor is in line with the

interests of the debtor. However, the agreement between the debtor and the buyer takes place outside the enforcement procedure. In this respect, it is possible for the institution to open the door to malicious practices, and audit and objection mechanisms should be provided.

In the sales process, each seized goods should be handled separately, and the minimum sales amount should be evaluated differently in each follow-up file. In this evaluation, the minimum price determination and the period during which the sales authorization will be valid should be determined by evaluating whether the goods are in return for the market, the amount of the creditor's receivables, whether there is a priority receivable and its amount, the estimated sales period of the goods and similar issues.

GİRİŞ

30.11.2021 Tarih ve 31675 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹ ile İcra ve İflâs Kanunu’nda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu kanun İcra ve İflâs Kanunu’nun otuz üç maddesini doğrudan etkilemiştir. Bu değişiklikler İcra ve İflâs Kanunu’nun sosyolojik, ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyarlanması ihtiyacından kaynaklanmıştır.² 1932 Tarihli İcra ve İflâs Kanununun güncel gelişmelere ayak uydurması alacaklı ve borçlu menfaatine hizmet etmekle beraber takip ekonomisinin sağlanabilmesi bakımından önemlidir.

Kanun değişikliklerinin önemli bir kısmı paraya çevirme usulüne ilişkindir. Cebri icra hukukunun etkinliğinin artırılması amacıyla cebri satış usulü çağın gereklerine uygun hâle getirilirken, “*borçluya satış yetkisi*” tanınmıştır. Bu yetki ile İcra ve İflâs Kanunu’na yeni bir paraya çevirme usulü kazandırılmıştır.³ Bu çerçevede borçlu tamamen kendi belirlediği usulle mahcuzun satışını gerçekleştirebilmekte; pazarlık, artırma yahut belirleyeceği diğer bir satış usulü ile paraya çevirme sürecini gerçekleştirebilmektedir.⁴

Paraya çevirme, cebri icranın nihai amacına erişmesini sağlayan en önemli aşamadır. Bu aşamada alacaklı, borçlunun haczedilen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen para ile tatmin edilir.⁵ Borçlunun haczedilebilen mal-

¹ İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. T. 30.11.2021, Sa. 31675.

² Atilla Gündoğan, *Türk İcra İflâs Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rizai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukundaki Elektronik Satış*, (Ankara: Aristo Yayınevi, 2022), 2.

³ Hakan Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)”, *GSÜHFD*, Y. 2022/1, 823; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 11; Murat Atalı; İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 286; Cengiz Topel Çelikoğlu, “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, *Adalet Dergisi*, Y. 149, S. 68 (2022/1), 412.

⁴ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 286.

⁵ Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2009), 96; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 602; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 320; Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 277; Hakan Pekcanitez; Oğuz Atalay; Meral Sungurtekin- Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2022), 215.

varlığı değerlerinin satılabilmesi için talep gerekir. Satış talebi, icra takibini ilerletmeye yönelik takibin taraflarının yaptığı taraf takip işlemidir.⁶ Bir takip sürecinde satış aşamasına geçilebilmesi için kural olarak alacaklı veya borçlunun talebi gerekir. Zira cebri icra hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir.⁷ Satış aşaması, kural olarak bu sürecin ilerlemesinde menfaati olan tarafın talebine bağlıdır. 7343 sayılı Kanun ile borçluya mevcut düzenlemeden (İİK m.113/f.1) daha kapsamlı olarak satışı talep etme (İİK m.106/f.1) ve satışı bizzat yapma yetkisi tanınmıştır (İİK m.111/a). Kanun değişikliği ile satış talebinin alacaklının olduğu kadar borçlunun da talebine bağlı kılındığını görmekteyiz (İİK m.106/f.1; m.111/a). Zira mahcuz malın satışını talep etmenin alacaklının olduğu kadar borçlunun da menfaati ile bağdaşır olduğu anlaşılmıştır.

I. DÜZENLEMENİN İCRA SİSTEMİMİZE GETİRDİKLERİ, KURUMUN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

A. Satış Talebi, Satış Yetkisi ve Rızai Satış Kavramları

7343 sayılı Kanun değişikliği öncesinde satış talebi kural olarak alacaklıya tanınan bir taleptir (İİK m.113/f.1 ve 2). Fakat tasarruf ilkesi ve bununla bağlantılı taleple bağlılık ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının birçok sorunu da beraberinde getirebileceği düşüncesi ile istisnalar getirilmiştir.⁸ İcra ve İflâs Kanunu m.113 “*vaktinden evvel satış*” başlığı altında ilk fıkrasında taşınır mallar bakımından alacaklının satış talebinde bulunmaması koşuluyla borçluya satış talep edebilme yetkisi tanırken, ikinci fıkra “*kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan malların*” alacaklının talebi aranmaksızın icra dairesince satışa çıkarılabileceğini düzenlemiştir.⁹ Kanun, borçlunun satış talebini taşınır mallarla sınırlı olarak düzenlemişse de Yargıtay, söz konusu hükmün taşınmazlar bakımından da uygulanabileceğini kabul etmektedir.¹⁰ Borçlunun satış talebinin kabul edilebilmesi için talebin, alacaklının menfaatine uygun olması, gerekli masrafların yatırılmış olması ve hacizli malın üzerinde istihkak iddiasının bulunmaması aranır.¹¹

⁶ İlhan Postacioğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 527; Arslan; Yılmaz; Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 113; Nilüfer Boran Güneysu, *İcra Takip İşlemi*, *TBB Dergisi*, S. 101, (2012), 35; Tuğçe Aslanpınar Tat, “İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış”, *TBD*, 2020 (151), 201.

⁷ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 71; Aslanpınar Tat, “İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış”, 202.

⁸ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 75; Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, “Borçlunun Talebiyle Satış”, *TBB Dergisi*, S. 151 (2020), 237.

⁹ Bkz. Aslanpınar Tat, “Vaktinden Evvel Satış”, 206 vd.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Pekcanitez ve Meriç, “Borçlunun Talebiyle Satış”, 242; Mert Namı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019), 341. Y 23.HD, 30.09.2014, E. 2013/1819, K. 2014/6058 sayılı karar; “*İİK'nın menkullerle ilgili 113/1. maddesinde alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabileceği düzenlenmesi, taşınmaz satışlarında da kıyasen uygulanmalıdır*” (Erişim Tarihi: Temmuz 12, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹¹ Pekcanitez ve Meriç, “Borçlunun Talebiyle Satış”, 235.

7343 sayılı Kanun öncesinde borçlunun sahip olduğu yetki sadece satışı “*talep edebilmektir.*” Yeni düzenlemeyle İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen m.111/a ise “*borçluya satış yetkisi verilmesi*”ne ilişkindir. Satış talep etmek ile satış yetkisine sahip olmak farklı kavramlardır.¹² Borçlunun sadece satış talep edebilmesi (İİK m.106, m.113/f.1) cebri satış usulünde icra dairesi tarafından gerçekleştirilecek satış ifade eder. Bu halde satışın geçerliliği cebri satışın geçerliliği için aranan koşulları taşımasına bağlıdır.¹³ Buna karşılık borçlunun satış yetkisine sahip olması mahcuz malın satışını talep etme ve bu satışı bizzat yapabilme yetkisini kapsar. Bu satış yönteminde önem arz eden husus satış işleminin icra mahkemesi tarafından onaylanmasıdır. İcra mahkemesinin satışı onaylaması için satış bedelinin “*malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olmaması*” gerekir (İİK m.111/a-f.2).

İcra ve İflâs Kanunu m.111/a ile borçlu hacizli malını bizzat satabilme imkânına kavuşmuştur. Buna göre borçlu satışa konu hacizli malın kıymet takdirini tebliğ almasından itibaren başlayan yedi günlük süre içerisinde kendisine satış yetkisinin verilmesi amacıyla icra dairesine başvurmalıdır. Satışa konu mal üzerinde henüz bir kıymet takdiri yapılmamış ise borçlu da kıymet takdiri yapılmasını talep edebilir (İİK m.111/a-f.1). Kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine icra müdürü evrak üzerinden yapacağı inceleme neticesinde cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Bu süre içerisinde borçlu ve borçlunun bulunduğu alıcının asgari satış bedeli üzerinde anlaşması ve bu bedelin icra dairesi hesabına yatırılması gereklidir. Asgari bedel, mahcuzun kıymet takdiri raporunda belirtilen değer in asgari yüzde doksanı ve o aşamaya kadar yapılan takip masraflarının toplamıdır. Ancak mahcuz üzerinde rüçhanlı alacak söz konusu ise bedelin tespiti bakımından bir karşılaştırma yapmak gerekir. Kıymet takdirinde tespit edilen miktarın yüzde doksanı veya rüçhanlı alacakların toplamından hangisi fazla ise o değer ve buna eklenecek takip masrafları asgari bedeli oluşturur. (İİK m.111/a-f.2). Asgari bedelin süresi içinde (borçluya tanınan on beş günlük süre içerisinde) icra dairesi banka hesabına yatırılması halinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri de temin ederek satışın onayı ile malın devir ve teslimi için icra mahkemesine derhal başvurur (İİK m.111/a-f.3). İcra mahkemesi dosyayı teslim aldıktan en geç on gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme neticesinde satış hakkındaki kararını açıklar. Mahkeme, işlemlerin usulüne uygun olduğuna hükmederse satış işlemini onaylar ve bu kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer. Mahkeme ret kararı verirse alıcını yatırdığı bedel iade olunur (İİK m.111/a-f.3).

¹² Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 286.

¹³ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 286.

Borçluya satış yetkisi verilmesinin düzenlendiği İİK m.111/a'nın başlığı "*borçluya satış yetkisi verilmesi*" iken madde metninde "*rızai satış*" ifadesine yer verildiği görülür. Aynı düzenleme yönetmelikte de tercih edilmiştir.¹⁴ Kanaatimizce Kanunun madde başlığı ile metni arasındaki bu uyumsuzluk bilinçli bir tercihtir. Satış sürecinde borçlunun rızasının öne çıkan unsur olması ve sürecin artırma yolu ile satıştan farklılığını ifade eden bir terim olması nedeniyle rızai satış kavramına yer verildiği düşünülmektedir. Ancak terminolojik olarak "*rıza verilmesi*" ile "*yetki verilmesi*" farklı kavramlar olup birbiri yerine ikame edilemez. Kaldı ki satış yetkisi verilmesi hususundaki rızanın da kimden alınacağı açık değildir. Borçlunun satış yetkisini kullanması alacaklının onayına tabi tutulmadığından alacaklının rızası aranmaz. İcra dairesi, gerekli koşulların oluştuğunu tespit etmekle sınırlı bir değerlendirme yapar. İcra mahkemesi ise dosya üzerinden yapacağı incelemede satışı onaylayabilmekte yahut reddedebilmektedir. Süreç dâhilinde satış işlemine rıza gösterme değil bir değerlendirme ve onaylama söz konusudur. Bu bakımdan "*rızai satış*" borçluya satış yetkisi verilmesi kuruğunu ifade etmek bakımından doğru bir terim olmasa da kanun ifadesinde yer alması nedeniyle uygulamada bu terimin rağbet göreceği anlaşılmaktadır.¹⁵

B. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesinin Amacı

Borçluya satış yetkisi tanınması her şeyden önce taraf menfaatinin korunması gereğidir. Nitekim bu usulde satış, cebri satışa oranla hızlı ve basittir.¹⁶ Bununla birlikte borçlu kendi bulacağı alıcılara malını, gerçek piyasa değerinde satabilme imkânına sahip olmaktadır. Borçlunun satış yetkisini bizzat kullandığı bu yöntem alacaklının talep ettiği artırma yolu ile cebri satışa oranla masrafsızdır. Artırma yolu ile satışta alacaklı satışı talep ederken kıymet takdiri ve diğer satış giderlerini peşin olarak icra dairesi hesabına yatırmak zorundadır (İİK m.106/f.3). Borçlunun bizzat satışı gerçekleştireceği bu yöntemde icra dairesi hesabına yatırılması gerekli zorunlu bir masraf kalemi olmayacağı gibi borçlunun hızlı ve masrafsız bir şekilde satışı gerçekleştirmesi mümkün olacaktır.¹⁷ Ayrıca mahcuz mal, hızlı bir şekilde paraya çevrilirken gerçek değerinde bir satışa konu olması hem alacaklının hem de borçlunun menfaatine hizmet eder. Cebri icra hukuku, alacaklı-

¹⁴ İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik RG. T. 28.05.2022, Sa. 31849.

¹⁵ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 824; Hakan Pekcanitez, 7343 Sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanun'unda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 17, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4&t=17942s>.

¹⁶ Stéphane Piédelièvre ve Frédéric Guerchoun, *Répertoire de Procédure Civile - Saisie immobilière*, Novembre 2021 (actualisation: Mai 2022), par. 257, Erişim Tarihi: Haziran 11, 2022, daloz.fr; Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 576; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 48; Pekcanitez, ve Atalay ve Sungurtekin-Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 231.

¹⁷ Gündoğan, *Elektronik Satış*, 11; Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

nın alacağına en kısa sürede ve en az masrafla ulaşmasını amaçlarken borçlunun da haklarının gözetilmesini gerektirir (İİK m.85).¹⁸ Dolayısıyla “*borçluya satış yetkisi*” verilmesi, tarafların menfaatlerine hizmet eder.

Borçluya verilen satış yetkisi ile satışta borçlu, mahcuzun kıymet takdiri belelinin en az yüzde doksanı üzerinden satışı gerçekleştirmelidir.¹⁹ Ancak mahcuzun üzerinde güvence altına alınan ve satış isteyeninin alacağına rüçhanı olan alacaklar var ise bu miktar yüzde doksanı da aşabilir. Satışın geçerliliği için kanunun aradığı asgari oranın (%90) alacaklının talebiyle yapılacak artırma yolu ile cebri satışta aranan asgari oranın (%50) yanında oldukça yüksektir. Artırma yolu ile cebri satışlarda geçerli asgari oran (%50) borçluyu ve alacaklıyı tatmin etmemekte mahcuzun yok pahasına satışa konu olmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle borçluya verilen satış yetkisi ile gerçekleştirilecek satışta aranan asgari satış oranının daha yüksek olması hem borçlu hem de alacaklının mülkiyet hakkını korur.²⁰ Zira borçlunun kendi bulacağı alıcıya malını daha yüksek bir bedelle satması borcundan daha yüksek bir oranda kurtulmasını sağlarken borcunu aşan miktar (başka alacaklı olmaması halinde) kendisine kalacaktır.

Artırma yoluyla satışlarda ihalenin feshi talebiyle başlayan sürecin uzun sürmesi alacaklının alacağına geç kavuşmasına neden olmaktadır.²¹ Borçluya verilen yetki ile yapılacak satışın, yıllar süren ihalenin feshi davalarının yarattığı olumsuz sonuçların önüne geçmesi beklenmektedir.²² Borçlunun gerçekleştirdiği satış usulünde ihale ve ihaleye yönelik sorunlar gündeme gelmez. Ancak borçluya alıcı bulması ve anlaşması için verilen sürenin on beş günle sınırlı olması sürecin iyi yönetilememesini ve kurumun aktif kullanılamaması riskini de beraberinde getirir.

Kanun, alacaklının satış talebini süreye tabi tutar (İİK m.106/f.1). Fakat alacaklının mahcuzun paraya çevrilmesi için harekete geçmemesi mümkündür. Mahcuz malın uzun bir süre hacizle kısıtlanması, borçlunun sürekli olarak haciz tehdidi altında tutulması sonucunu doğurur.²³ Ayrıca mahcuzun değerinin hızla düşmesi, borcun faize bağlı olması, muhafaza ve giderlerin süreç içinde artacağı düşünüldüğünde borçlunun da mahcuzun satışını istemesinde menfaati olduğu

¹⁸ Kuru, *El Kitabı*, 424; Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 832; Özkes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 82; Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2010), 7.

¹⁹ Bu oran kanun tasarısında yüzde seksen iken mecliste verilen önerge ile yüzde doksan olarak kanunlaşmıştır.

²⁰ Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 577.

²¹ Pekcanitez,; Atalay; Sungurtekin-Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 231; Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 837.

²² Pekcanitez, Sempozyum, Erişim Tarihi: Mayıs 20, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=127s; Mehmet Emin Alpaslan, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi- Fransız İcra Görevliliği Modeli*, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2018), Erişim Tarihi: Mayıs 28, 2022, lexpera.com.tr.

²³ Pekcanitez ve Meriç, “Borçlunun Talebiyle Satış”, 236.

anlaşılır.²⁴ Bu noktada borçlunun haciz tehdidinden kurtulmak ve malvarlığı üzerindeki yükten kurtulmak amacıyla mahcuz malın satışını talep etmesinde hukuka uygun menfaati olduğunun kabulü gerekir.²⁵

Takip ekonomisi ilkesel olarak usul ekonomisi ilkesinin devamı niteliğinde bir ilkedir.²⁶ Takip ekonomisi gereği icra faaliyetinin mümkün olduğunda kısa sürede, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılması arzu edilir. Cebri icra faaliyetinin uzun sürmesi, pahalı olması yahut sürecin karmaşık bir yapı teşkil etmesi hak arama özgürlüğünü zedeler.²⁷ Borçluya satış yetkisi tanınması ile cebri satış aşamasına alternatif bir yöntem getirilmekte, ucuz ve kolay bir satış usulü yaratılmaktadır. Kanun gerekçesinde ifade edildiği üzere bu değişiklikler kamu hizmetinin en az maliyetle ve daha hızlı bir şekilde sunulmasını hedefler.²⁸ Borçluya satış yetkisi tanınması satış sürecinin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlarken, alacaklının da alacağına bir an evvel kavuşmasını sağlar. Borçluya satış yetkisi verilmesi ile paraya çevirme işleminin etkin bir şekilde gerçekleşmesinin önu açılmıştır.

C. Borçlu Tarafından Yapılacak Satışın Hukuki Niteliği

İcra ve İflâs Kanunu'nun paraya çevirme başlıklı bölümünde satış ifadesine yer verilir. Burada yer alan satış kavramı ile kastedilen borçlar hukukunda yer alan anlamı ile satış sözleşmesi değildir.²⁹ Kanunun satış kavramı ile ifade etmek istediği husus cebri icra organları aracılığıyla bir malvarlığı değerinin paraya çevrilmesine yönelik tasarruflardır. Artırma yolu ile satış bu yöntemlerden en çok uygulananı olmakla birlikte Kanunda pazarlık suretiyle satışa da yer verilmektedir (İİK m.119). İcra ve İflâs Kanunu m.111/a'nın yürürlüğe girmesi ile artırma yolu ile satış ve pazarlık yolu satışa alternatif bir satış usulü daha kazandırılmıştır.

Bu yeni satış yönteminin hukuki niteliğini belirlerken dikkat çeken husus borçlunun icra takip süreci dışında alıcılar bulması ve anlaşmasıdır. Borçlu ve alıcı arasında gerçekleşen anlaşma, cebri icra sürecinin dışındadır. Borçlu, alıcı ile anlaşmayı sağlayacak yöntemi serbestçe belirleyebilir. Bu kapsamda borçlu asgari bedeli karşılamak koşuluyla dilediği alıcıyı bulması ve anlaşması mümkündür. Borçlu, satış sitelerine ilan verebileceği gibi emlak, taşıt komisyoncuları gibi ara-

²⁴ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 278; Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

²⁵ Pekcanitez ve Meriç, "Borçlunun Talebiyle Satış", 236.

²⁶ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 82; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 121.

²⁷ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 82.

²⁸ 7343 Sayılı kanun gerekçesi için Erişim Tarihi: Mayıs 24, 2022, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3911.pdf>; Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Mayıs 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

²⁹ Seda Özmumcu, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 11.

cılara da başvurabilir. Nitekim bu yeni satış yönteminin kabul sebeplerinden biri de borçlunun mahcuz malı gerçek piyasa değerinde satabilmesini sağlamasıdır.³⁰

Borçluya satış yetkisi verilmesi halinde borçlu esasen haczedilmiş diğer bir ifade ile hukuken el konulmuş bir malvarlığı değerini serbest piyasada satmaya çalışır. Ancak bu yöntemde gerçekleşen satış Türk Borçlar Kanunu'nun da yer alan satış sözleşmesinden farklıdır. Nitekim bir satım sözleşmesinde sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının bulunması gerekir (TBK m.1/1). Sözleşmenin kurucu unsuru irade açıklamasıdır.³¹ İradenin açıklanması sözleşmenin kurulması bakımından önemli olmakla birlikte sözleşmenin yapılmasında itici güç iradenin oluşumudur. Borçluya tanınan satış yetkisi ile gerçekleşen satışta borçlunun iradesi cebri bir kuvvete bağlı olarak gelişir. Zira borçlunun satışa konu malvarlığı değeri üzerinde haciz mevcuttur ve haciz işlemi ile borçlunun malvarlığı değeri üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanır, aksi yöndeki tasarrufları (alacaklıların haklarını ihlal ettiği ölçüde) geçersizdir (İİK m.86).³² Borçluya tanınan satış yetkisi ile gerçekleşen satış iradesi esasen cebri sürecinin bir parçasıdır.

İcra ve İflâs Kanunu m.111/a'da düzenlenen bu yeni satış usulünün cebri satış özellikleri taşıdığını söylemek mümkündür. Nitekim satış, yürütülmekte olan bir takip dosyasında ve haczedilmiş bir mala ilişkindir. Borçlunun gerçekleştirdiği satış icra takibinin bir aşaması olarak karşımıza çıkar. Bu satış usulünün diğer bir özelliği mahcuza ait satış bedelinin asgari bir miktarla sınırlanmış olmasıdır.³³ Asgari satış bedeli borçlu ile alıcı arasındaki bedeli asgari bir oranla sınırlar. İcra dairesinin borçluya verdiği satış yetkisinde belirtilen asgari bedel borçlu bakımından emredici bir düzenleme içerir. Zira bu miktarın altında yapılan satış işlemi icra mahkemesi tarafından reddedileceğinden Kanunun bağladığı hüküm ve sonuçlar doğmaz. Satışın onaylanması ve malın devri icra organların tarafından gerçekleşir. İcra mahkemesinin borçlu ve alıcı arasına yapılan satış işlemini denetlemesi ve Kanunun aradığı şartlara uygun yapıldığına kanaat getirmesi neticesinde işlem tasdik edilir ve sonuçlarını doğurur. Mahkemenin kabul kararı ile birlikte malın mülkiyeti alıcıya geçer. İcra dairesi malın devir ve teslimine

³⁰ Bkz. 7343 sayılı kanun genel gerekçe, Erişim Tarihi: Haziran 12, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7343.html>.

³¹ Fikret Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 211; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, (İstanbul: Vedat kitapçılık, 2014), 33; Mehmet Ayan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Konya: Mimosza Yayınevi, 2015), 98.

³² Arslan; Yılmaz; Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 254; Atalay; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 236; Pekcanitez; Atalay; Sungurtekin-Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 190.

³³ İcra ve İflâs Kanunu m.111/a-f.2 uyarınca asgari bedel; "malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz."

ilişkin işlemleri yapar (Yön. m.13/f.2). Satış işleminin geçerliliği icra mahkemesinin onayına tabi kılınmıştır. Bu onay, satışa kamusal bir boyut katar.³⁴ Borçluya tanınan yetki çerçevesinde gerçekleşen satış her ne kadar borçlar hukukuna ait unsurlar taşısa da TBK anlamında satış sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Borçluya satış yetkisi verilmesi ile gerçekleşen satış yeni bir cebri satış yöntemidir.³⁵

D. Mukayeseli Hukuktaki Görünümü

1. Fransız İcra Hukuku'nda Yer Alan "Anlaşmalı Satış"

Borçluya satış yetkisi verilmesi hukuk sistemimiz bakımından yeni bir düzenleme olmakla birlikte Fransız hukukunda uygulanan "*anlaşmalı satış (vente amiable)*" kurumuyla benzerlik gösterir. Fransız İcra Kanunu'nda (FİK), 2006 yılında getirilen düzenleme ile taşınır ve taşınmazların³⁶ paraya çevrilmesinde anlaşmalı satış kabul edilmiştir.³⁷ Fransız hukukunda anlaşmalı satışın, artırma yoluyla satışa alternatif bir yöntem olarak geliştiğini görülür.³⁸ Zira Fransız hukukunda anlaşmalı satışın kabul edilmesindeki amaç, haczin ve satışın kolaylaştırılması, hızlandırılması ve daha yüksek bir bedelle satışının gerçekleşmesidir.³⁹ Kendine ait malın satışında aktif rol oynamak borçluya sorumluluk yükleyeceği ve malını daha yüksek bedelle satmak için çaba göstereceği ileri sürülmüştür.⁴⁰ Bu sistemde borçlunun temel görevi ilan, yazılı ve görsel basın, internet vb. yöntemlerle uygun alıcıyı bulmaktır.⁴¹

Fransız sisteminde anlaşmalı satış taşınır ve taşınmazlar için farklı usulde düzenlenmiştir. Bu farklılık temelde borçluya verilen süre ve satışı onaylayacak mercii bakımındandır. Taşınır ve taşınmaz bakımından Fransız İcra Kanunu ve buna bağlı yönetmeliğinde haciz tutanağının borçluya tebliğ edilmesinden itibaren bir aylık bir süre verilmiştir (FİK R.221-30). Bu sürede borçlu alıcı bulmakla yükümlüdür. Taşınır ve taşınmaz bakımından sistemin borçluya satış yetkisi vermesinden ziyade alıcı

³⁴ Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

³⁵ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 840; İbrahim Aşık; Yakup Oruç; Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflâs Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 251; Pekcanitez, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 18, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4&t=17942s>; Mine Akkan, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu, Erişim Tarihi: Haziran 19, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=127s.

³⁶ Fransız hukukunda anlaşmalı satışın taşınır ve taşınmaz bakımından da düzenlendiğini görmekteyiz (FİK L. 221-3).

³⁷ Piédelièvre ve Guerchoun, *Répertoire de Rocédure Civile*, par. 257; Namli, *Taşınmaz Malların Haczi*, 575; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 48.

³⁸ Namli, *Taşınmaz Malların Haczi*, 575; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 48.

³⁹ Bkz. Piédelièvre ve Guerchoun, *Répertoire de Rocédure Civil*, par. 257; Namli, *Taşınmaz Malların Haczi*, 576; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 49.

⁴⁰ Piédelièvre ve Guerchoun, *Répertoire de Rocédure Civile*, par. 242.

⁴¹ Namli, *Taşınmaz Malların Haczi*, 578.

bulmakla sınırlı bir yetki verdiğini söylemek mümkündür.⁴² Borçlu bir ay içinde bulunduğu alıcıları, teklifleri ve iletişim bilgileri ile ödemeyi ne zaman yapacaklarına dair bilgiyi yazılı olarak icra dairesine iletmelidir (FİK L. 221-3; R. 221-31). Bunun üzerine icra dairesi takip alacaklısına iadeli taahhütlü posta yoluyla bilgilendirme yapar. Alacaklılara tanınan on beş günlük süre içinde açıkça kabul etmeleri veya susmaları halinde anlaşmalı satışın kabul ettikleri sayılır (FİK R. 221-31). Satış bedelinin icra dairesine ödenmesi ile malın mülkiyeti alıcıya geçer. Süresinde ödeme yapılmaz ise icra dairesi artırma yolu ile satış işlemlerine başlar (FİK R. 221-32).

Taşınmazlar bakımından ise süreç biraz daha uzundur. Öncelikle Fransız hukukunda taşınmaz satışı noterde gerçekleştirildiği için taşınmaza ait noter satış belgesi bulunmalıdır.⁴³ Bunun üzerine icra mahkemesinde görülecek oryantasyon duruşması ile satış gerçekleşir (FİK R. 322-17). İcra hâkimi malın rayiç bedelini tespit ederek asgari bir bedel belirleme yetkisine sahiptir. Satışın denetimi de yine icra hâkimi tarafından borçluya verilen satış yetkisinden itibaren en geç dört ay sonra verilecek duruşmada gerçekleşir (FİK R. 322-21).⁴⁴ Kural olarak anlaşmalı satış hâkimin izin kararında belirlediği duruşma tarihinde tamamlanmış olmasıdır. Ancak borçlu ek süre talep edebilir. Ek süre talebinde bulunan borçlu yazılı olarak bir teklifin bulunduğunu kanıtlaması halinde üç ayı geçmeyecek bir süre verilebilir (FİK R. 322-21/4).⁴⁵ Bu süreç dâhilinde şartları sağlanmış ise hâkim anlaşmalı satışa onay verir. Aksi durumda cebri satışa hükmeder (FİK. R. 322-25). Borçlu süreci özenle yürütmekle yükümlüdür. Alacaklı talep ederse borçlu süreç hakkında rapor hazırlayarak alacaklıyı bilgilendirmek zorundadır (FİK R. 322-22).

2. İtalyan Hukukunda Yer Alan “Doğrudan Anlaşma”

İtalyan hukukunda cebri icraya ilişkin düzenlemeyi Hukuk Usulü Kanunu’nun (Codice di Procedura Civile m.474-632) üçüncü kitabında yer verilmiştir. Bu bölümde paraya çevirme yöntemleri açık artırma yolu ile paraya çevirme ve açık artırma olmaksızın paraya çevrilme olarak ikili bir ayırmda yer alır. Müzayedeli satışta mahkeme artırma konu mala asgari bir bedel tayin eder. Bununla birlikte mahkeme artırmanın gün ve saati ile artırım miktarı, depozito bedelini de ilan edilir.⁴⁶

İtalyan hukukundaki müzayedesiz satış olarak ifade edilebilecek doğrudan anlaşma yönteminde ise malın paraya çevrilme yöntemine alternatif bir usul getirilmekte, mahcuzun daha kısa ve hızlı bir yöntemle satışı gerçekleşmektedir. İtalyan Hukuk Usulü Kanunu m.570 uyarınca alıcılar satın alma tekliflerini bedel,

⁴² Gündoğan, *Elektronik Satış*, 49.

⁴³ Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 578.

⁴⁴ Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 577.

⁴⁵ Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 577.

⁴⁶ Andrea Mascioli, Italy Narrative National Report, EU Enforcement Atlas, 2020, p. 47, Erişim Tarihi: Temmuz 16, 2022, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>.

ödeme zamanı ve ödemenin nasıl yapılacağına ilişkin unsurları da içerecek şekilde kapalı bir zarf içinde mahkemeye sunarlar. Teklifleri mahkeme değerlendirir. Buna göre teklif sahiplerinin huzurunda gerçekleşecek duruşmada zarflar açılır ve teklifler değerlendirilerek satış tamamlanır.⁴⁷

II. BORÇLUNUN SATIŞ YETKİSİNİ KULLANMASI

A. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi

1. Talep Koşulu

Satış yetkisi verilmesi, borçlunun talebine bağlı kılınmıştır (m.111/a). Borçlu talepte bulunurken, tebligata elverişli adresini ve iletişime yarar bilgilerini icra dairesine bildirmelidir (Yön m.7/f.2). Borçlu, hacizli malın kıymet takdirinin kendine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine başvurarak malın satışını bizzat gerçekleştirmek için yetki verilmesini talep etmelidir (İİK m 111/a-f.1).⁴⁸ Borçlunun süresi içindeki talebi üzerine icra müdürü süre vermek zorundadır bu noktada icra müdürünün takdir yetkisi yoktur.⁴⁹

Borçlunun satış yetkisini talep etme süresi, kıymet takdirinin tebliği ile başlar. Borçlu satışa konu hacizli malın kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde satış yetkisinin verilmesi amacıyla icra dairesine başvurmalıdır. Satışa konu mal üzerinde henüz bir kıymet takdiri yapılmamış ise borçlu da kıymet takdiri yapılmasını talep edebilir (İİK m.111/a). İcra dairesi, borçlunun süresi içindeki talebini kabule mecburdur. İcra dairesi burada öncelikle borçlunun süresi içinde (kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün) başvurulup başvurulmadığını ve borçlunun tebligata elverişli adresi ile iletişime yarar bilgilerini bildirip bildirmediğini kontrol eder (Yön. m.7/f.2). Mahcuz, sicile kayıtlı ise borçlunun satış yetkisi talebi üzerine icra müdürü, rızai satış talebinin ilgili sicile kaydına yönelik gerekli işlemleri yapar (Yön. m.7/f.3).

Borçlu, satış yetkisini talep etme süresini kaçırmaması halinde aynı dosya üzerinden yeni bir talepte bulunabilecek midir? Kanun ve Yönetmelikte bu sorunun cevabına yer verilmemiştir. Kanaatimizce aynı takip dosyası üzerinden satış talep etme

⁴⁷ Andrea Mascioli, Italy Narrative National Report, EU Enforcement Atlas, 2020, p. 46, Erişim Tarihi: Temmuz 16, 2022, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>; Erişim Tarihi: Temmuz 16, 2022, <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-processo-di-esecuzione-dell-espropriazione-forzata>.

⁴⁸ 7343 sayılı kanun değişikliği ile İİK m.106/f.2 ile alacaklı yönünden ek süre tanınmıştır. Söz konusu madde şu şekildedir “*yıllık süre içinde satışı istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkındaki satış isteme süresi, satış isteyen alacaklı bakımından birinci fıkrada belirtilen sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzar.*” Bu ek süre satış yetkisi talep eden borçlu bakımından uygulanmaz. Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

⁴⁹ Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 828; Aşık; Oruç; Tok ve Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*, 249.

yetkisine ilişkin süreyi kaçırması halinde (kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün) artık satış yetkisi verilmesini takibin bu aşamasında kaybeder. Nitekim Kanun, borçlunun talebini belirli bir süreye bağlı kılarak alacaklıyı korur. Borçluya satış yetkisi verilmesi ile başlayan süreçte alacaklı bakımından satış isteme süreleri işlemez (İİK m.111/a-f.1). Sürecin alacaklı bakımından sürüncemede kalmaması ve kötü niyetli borçlular bakımından talep hakkının istismar edilmemesi için kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayan sürenin hak düşürücü olduğunun kabulü gerekir.⁵⁰ Aksi durumun kabulü takip sürecini sekteye uğratma ihtimaline kapı aralar. Ancak bir takip sürecinde birden fazla kez kıymet takdiri raporunun alınması söz konusu olabileceğinden her yeni satış talebi ile borçlunun satış yetkisi verilmesini talep etmesinin mümkün olacağını kabul etmek gerekir.⁵¹

Borçlu, kendisine satış yetkisi verilmesi talebini alacaklının başlattığı takipte icra dairesine yöneltmelidir.⁵² Aynı mahcuzun üzerinde birden fazla icra dairesi tarafından konulmuş haciz var ise borçlu satış talebini dilediği takip dosyasına yöneltebilir. Kanun, talebin ileri sürüleceği icra dairesinin belirlenmesi noktasında bir sınırlama yapmamıştır. Bu noktada borçlunun talebini, ilk kesin haczin uygulandığı icra dairesine veya en yüksek kıymet takdirinin yapıldığı⁵³ icra dairesine yöneltmesi şeklinde bir uygulamanın benimsenmesi kabul edilemez. Mahcuz mal üzerinde farklı takip dosyalarından hacizler söz konusu olup farklı kıymet takdiri raporları söz konusu olabilir. Borçlu menfaatine en uygun olan takip dosyasından satış yetkisi talep edebilir.

Borçlu, satış yetkisinin verilmesini, hacizli malın taşınır yahut taşınmaz olması fark etmeksizin talep edebilir.⁵⁴ Niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer malvarlığı değerleri de satışa konu olabilir. Ancak rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlunun satış yetkisi talep edip edemeyeceği açık değildir.⁵⁵ Zira rehinin paraya çevrilmesi usulünü düzenleyen İİK m.150/g maddesinin atıf yoluyla başvurduğu hükümler arasında İİK m.111/a bulunmamaktadır. Bu eksikliğin tasarının düzenlemesi sırasındaki ihmalden kaynaklandığı düşüncesindeyiz.⁵⁶ Doktrinde bir görüş⁵⁷ İİK m.150/g yollama yaptığı hükümler arasında İİK m.128/a'nın

⁵⁰ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 828.

⁵¹ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 832.

⁵² Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 288.

⁵³ Aksi yönde; bkz. Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 288; Şanal Görgün; Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 273.

⁵⁴ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 287.

⁵⁵ Serdar Kale, *İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış*, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

⁵⁶ Aynı doğrultuda; Adalet Komisyonu Raporu, 19 erişim tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>; Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 826; Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 826; Pekcanitez, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 28, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4&t=17942s>.

⁵⁷ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 479.

bulunması nedeniyle borçluya satış yetkisi verilmesini düzenleyen m.111/a'nın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Kanun koyucunun ihmali çerçevesinde İİK m.150/g'de açık bir düzenleme yer almadığı için bu takiplerde uygulama alanı bulmayacaktır.⁵⁸ Fakat rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde de borçluya satış yetkisi tanınmalıdır. Bu bakımdan m.111/a-f.1 ilk cümlesine “*haczedilen malın*” yerine “*hacizli, rehinli veya ipotekli malın*” ifadesine yer verilmelidir.⁵⁹ İflâs yolu ile takipler bakımından da borçluya satış yetkisi verilmemiştir. Kanun, m.111/a'da “*haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir*” ifadesine yer vermiştir. Kanunun açık ifadesi ve iflâs halinde müflisin tasarruf yetkisinin sona ermesi nedeniyle borçlu, satış yetkisi verilmesini iflâs tasfiyesinde talep edemez.⁶⁰

İcra dairesinin borçluya satış yetkisi vermesi veya talebi reddetmesi icra takip işlemi olup şikâyete konu edilebilir (İİK m.16). Borçlunun satış yetkisi talebi, icra dairesi tarafından reddedilebilir. Bu halde ret sebebinin gerekçeli olarak belirtilmesi gerekir (İİK m.8/f.2). Ancak ret sebebinin anlaşılır olmaması yahut gerekçelendirilmemesi gibi nedenlerle icra müdürünün işlemi şikâyete konu edilebilir. Alacaklı ve satış işleminden doğrudan etkilenen üçüncü kişiler de satış yetkisi verilmesi işleminde hukuki yararları olması koşuluyla şikâyet edebilirler (İİK m.16). Alacaklı ve üçüncü kişiler bakımından hukuki dinlenilme haklarını kullanabilmeleri için satış yetkisi talebinin kabulüne ilişkin icra dairesi kararı bu kişilere de tebliğ edilmelidir. Böylelikle icra dairesinin işlemi denetlenmiş olacağı gibi özellikle süre elde etmek amacıyla yapılacak satış taleplerinin de önüne geçilmiş olacaktır. Bu noktada borçlunun talebinde ciddi olduğuna yönelik bilgi ve belgeler sunması, satışa yönelik yaptığı hazırlıkları yahut bulduğu alıcıları ve teklifleri sunması istenebilir.

2. Satış Yetkisi Talebinin Takip Dosyasına Etkisi

Kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine icra müdürü cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Borçluya verilen sürenin başlangıcından icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklının satış talep etme hakkı korunur. Borçluya satış yetkisi verilmesi halinde icra müdürü alacaklının başlatmış olduğu cebri satış sürecini durdurur. Kanunda yer alan “*dur-durmanın*” sürece etkisini değerlendirmek gerekir. Zira kıymet takdirinin yapılması ile alacaklı da satış sürecinde ilerler. Örneğin cebri satışta birinci artırma günü belirlenmiş diğer yandan borçlu kıymet takdirini yeni tebliğ almış ve sü-

⁵⁸ Aşık; Oruç; Tok ve Saraç, İcra ve İflâs Hukuku, 249.

⁵⁹ Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 827; Pekcanitez; Atalay; Sungurtekin-Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 233; Adalet komisyonu muhalefet raporu m.12 bkz. Erişim Tarihi: Haziran 12, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf> E. T.

⁶⁰ Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 826. Aksi yönde Görgün; Börü ve Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, 272.

resinde satış yetkisi talep etmiş ise icra müdürü alacaklının artırma işlemlerini durdurmak zorunda mıdır? Kanaatimizce Kanun ve Yönetmeliğin lafzından icra müdürünün takdir yetkisi bulunmadığı ve usulüne uygun bir satış yetkisi talebi karşısında, alacaklının cebri satışının hangi aşamada olursa olsun durdurulması gerektiği sonucuna varmak gerekir. Ne var ki alacaklının talebiyle cebri satış tamamlanmamış olsun. Cebri artırmada malın mülkiyeti ihale ile geçer. Taşınır bakımından ihale yapıldığı anda mal teslim edilmemiş olsa da mülkiyet geçer (İİK m.118). Taşınmazlar bakımından da ihalenin yapılmasıyla mülkiyet geçer. Fakat ihale kesinleşmeden ve ihale bedeli ödenmeden taşınmaz alıcı adına tescil edilmez (İİK m.131).

3. Kıymet Takdirinin Tebliği ve Kesinleşmesi

Borçluya satış yetkisi verilmesi kurumu cebri icra sürecinde kıymet takdirinin önemini ortaya çıkarmıştır.⁶¹ İcra ve İflâs Kanunu m.111/a uyarınca borçlu mahcuza ilişkin kıymet takdirini tebliğ aldıktan sonra satış yetkisi verilmesi talebinde bulunabilir. Kıymet takdiri mahcuzun, taşınır veya taşınmaz olmasına bağlı olarak takibin farklı aşamalarında söz konusu gerçekleşebilir. Nitekim kıymet takdiri taşınır bakımından haciz aşamasında gerçekleşirken; taşınmazlar bakımından hem haciz hem de satış aşamasında gerçekleşebilmektedir.⁶² Haciz aşamasında yapılan kıymet takdiri (İİK m.87) mahcuzun değerinin takip alacağını karşılayıp karşılamayacağını belirlemeye yöneliktir.⁶³ Satış aşamasında yapılan kıymet takdiri ise satışın en az hangi bedelle yapılacağını tespiti bakımından satış işlemlerine hazırlık amacı taşır (İİK m.128/f.2).⁶⁴

Borçlunun kıymet takdirini hangi tarihte tebliğ aldığı yedi günlük satış yetkisi talep etme süresinin başlangıcını belirlemesi bakımından önemlidir. Kıymet takdiri, haciz tutanağı olabileceği gibi bilirkişi tarafından hazırlanan bir rapor şeklinde de düzenlenebilir. 7343 sayılı Kanunla değişik İİK m.87 uyarınca taşınır malların kıymet takdirinin belirlenmesinde malın bir sicile kayıtlı olup olmadığı belirleyicidir. Buna göre taşınır mal sicile kayıtlı ise malın kıymet takdiri bilirkişi bölge kurullarında kayıtlı uzman bilirkişiler tarafından, bu vasıfta bilirkişi bulunamaması halinde ise listede yer alan diğer bilirkişiler tarafından yapılır (İİK m.87/f.2). Sicile kayıtlı olmayan mallar bakımından ise icra müdürünün malı haczederken takdir edeceği rayiç bedeli içeren haciz tutanağı kıymet takdiri raporu yerine geçer. Ancak icra müdürünün kendi bilgi ve tecrübesinin yeterli olmadığı

⁶¹ Pekcanitez, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 28, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4&t=17942s>; Akkan, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 28, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=129s.

⁶² Nilüfer Boran Güneysu, *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, (Yetkin Yayınevi, 2020), 61.

⁶³ Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 61; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku C.I.*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 486.

⁶⁴ Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 70.

durumda bilirkişi marifetiyle kıymet takdirini gerçekleştirmelidir (İİK m.87/f.1). Bilirkişiden alınan kıymet takdiri raporunun borçluya tebliği ile satış yetkisi talep etme süresi başlar.

Haciz tutanağının kıymet takdiri yerine geçtiği durumda borçlu haciz esnasında hazır bulunuyor ise satış yetkisi verilmesi talebi haciz tarihinden başlar. Yönetmelik m.6/f.2 uyarınca borçlunun veya Tebligat Kanunu hükümlerine göre borçlu namına tebliğ almaya yetkili kimselerin huzurunda yapılan hacizlerde kıymet takdirini içeren haciz tutanağının ayrıca borçluya tebliğ edilmesi gerekmez. Ancak kıymet takdiri içeren haciz tutanağının borçlu ve borçlu namına tebliğe yetkili kişiler huzurunda gerçekleşmemesi halinde kıymet takdiri içeren haciz tutanağının borçluya tebliği gerekir. Haciz borçlunun yokluğunda gerçekleşmiş ise borçluya İİK m.103 uyarınca “103 davetiyesi” gönderilir. Borçlu davetiyeyi tebliğ aldıktan üç gün içinde icra dairesine gelerek haciz tutanağını incelemesi ihtar edilir (İİK Yön. m.45). Bu halde borçlu icra dairesine gelerek tutanağı incelediği tarihten itibaren yedi günlük süre içinde satış yetkisi verilmesini talep etmelidir.

Taşınmazlar bakımından ise haciz ile satış aşaması arasında taşınmazın değerinin değişebilmesi muhtemeldir. Bu nedenle haciz aşamasından sonra satış aşamasında artırma öncesi talep üzerine muhammen bedelin tespiti için bir kıymet takdiri daha söz konusu olabilmektedir (İİK m.128/f.2). Mahcuz malın tespit edilen kıymeti ile piyasa değeri arasında ciddi oranda bir farklılık oluşmuş ise alacaklı icra mahkemesine müracaat ederek mevcut kıymet takdiri raporunun kaldırılmasını talep etmelidir. Taşınmaz mal, yeni ve güncel değeri üzerinden kıymet takdiri yaptırılarak satışa çıkarılır. Bu halde taşınmazlar bakımından hangi kıymet takdirinin esas alınacağı sorunu ortaya çıkar.⁶⁵ Borçlunun her iki kıymet takdiri raporuna karşı da satış yetkisini talep etme hakkı olduğunun kabulü gerekir. Ancak satış miktarını gerçeğe yakın olarak belirleyen satışa hazırlık aşamasındaki kıymet takdiri raporu olduğundan burada ikinci kıymet takdirini esas almak gerekir.⁶⁶

İcra ve İflâs Kanunu m.111/a kıymet takdirinin yapılmadığı durumlarda borçluya da kıymet takdiri yapılmasını talep etme hakkı tanımıştır. Borçlu bu hakkını icra takibinde kıymet takdirinin yapılmamış olmasına bağlı olarak kullanabilir. Zira borçlunun kıymet takdirini talep edebilmesi, alacaklının harekete geçmesi nedeniyle satış sürecinin ilerlemesi önündeki engelin kalkması sağlarken, borçlunun külfetinin (takip giderleri, faiz vs.) artmaya devam etmesini de önler.⁶⁷

⁶⁵ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 288.

⁶⁶ Pekcanitez, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, 831.

⁶⁷ Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, erişim tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 6. Y 12. HD. 12.05.1999, E. 1999/590, K. 1999/6173; Y 12 HD. 25.09.1990, E. 1990/6496, K. 1990/8997 lexpera.com.tr, erişim tarihi: Haziran 12, 2022.

Borçlunun satış yetkisi talep edebilmesi bakımından kıymet takdirinin tebliği yeterli olup kesinleşmesi beklenmez (İİK m.111/a-f.1; Yön. m.7/f.1). Kıymet takdirinin kesinleşmesi satış yetkisinin borçluya verilmesi bakımından önem taşır. İcra müdürü borçlunun satış yetkisi talebi üzerine kıymet takdirinin kesinleşmesini beklemelidir. Kıymet takdirine yönelik şikâyet olmaması, olup da giderilmesi halinde kıymet takdiri kesinleşmiş olacaktır. İcra ve İflâs Kanunu m.128/a kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililerin, tebliğden itibaren yedi gün içinde raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesine şikâyette bulunabileceğini düzenler. Kıymet takdirine yönelik şikâyette bulunan ilgililer şikâyet tarihinden itibaren yedi gün içinde yeniden kıymet takdiri yapılabilmesi için gerekli masrafları mahkeme veznesine yatırmalıdır. Aksi halde talep kesin olarak reddedilir ve şikâyete konu kıymet takdiri kesinleşir (İİK m.128/a-f.1).

Kesinleşme, borçlunun satış yetkisini kullanacağı on beş günlük sürenin başlangıcını tayin eder. Yönetmelik m.9'da icra müdürünün "*kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak, haczedilen malın rızai satışı için bir yetki belgesi*" düzenlemesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kıymet takdiri, borçluya yetki belgesi düzenlenmesi bakımından olduğu kadar alacaklının satış talep etme süresinin tespiti bakımından da belirleyici hale gelmiştir. Zira alacaklının satış talebi malın haczinden itibaren bir yıllık süreyle sınırlıdır. Alacaklı bakımından bu sürenin hesaplanmasında borçlunun satış yetkisi talep etmesi ve sürecin sonuçsuz kalması halinde geçen süre de dâhil edilir. İcra İflâs Kanunu m.111/a-f.1 son cümlesinde borçluya satış yetkisi verilmesi süresinin başlangıcından icra mahkemesinin ret kararına kadar işleyecek sürenin alacaklının satış talep etme süresinden sayılmayacağı düzenlenmiştir.

B. Rızai Satışta Yetki Belgesi, Süre ve Asgari Bedel

1. Rızai Satışta Yetki Belgesi

İcra müdürü borçlunun talebi ve kıymet takdirinin kesinleşmesi borçlunun satış işlemlerini başlatabilmesi için yetki belgesi tanzim etmekle yükümlüdür. İcra müdürünün yetki belgesi tanzim etme noktasında takdir hakkı yoktur. Satış yetki belgesi ile tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olan borçlu, hacizli malın satışını gerçekleştirmek üzere yetkilendirilir.

İcra dairesi yetki belgesini Yönetmelik ekinde paylaşılan örnek no. 57'ye uygun olarak düzenlemelidir. Borçluya verilecek satış yetki belgesinin hangi unsurlara yer verileceği ise Yönetmelik m.5'te belirtilmiştir. Buna göre satış yetki belgesinde borçlu ve alıcının adı ve soyadı ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, tüzel kişi ise unvanı, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, merkezi sicil kayıt sistemi (MERSİS) numarasını, anlaşlıkları bedeli ve malın

ayırt edici özellikleri icra dairesine bildirilmelidir.⁶⁸ Gerekli olduğu durumlarda icra dairesi yetki belgesi içeriğini, esaslı unsurları bozmamak kaydıyla eklemeler yapabilir (Yön. m.4/f.2). Bu eklemelere şu şekilde örnek verilebilir. Borçluya satış yetkisi verildiği alacaklı ve mahcuzun sicile kayıtlı bir mal olması halinde sicildeki ilgililere tebliğ edilmesi eklenebilir. Bu şekilde bir bilgilendirme ile alacaklı ve üçüncü kişilerin de alıcı olarak satışa katılabilmeleri sağlanabilir. Nitekim takip alacaklının dosya alacağına mahsuben mahcuzu satın almasına imkân tanımak gerekir.⁶⁹

2. Satış İçin Borçluya Verilecek Süre

Kıymet takdirinin kesinleşmesiyle birlikte icra müdürü talepte bulunan borçluya yukarıdaki esasları içeren yetki belgesini düzenleyerek teslim eder. Borçlu yetki belgesini teslim aldıktan sonra on beş gün süreye sahiptir. Bu süre içinde borçlu, alıcı bulma, alıcıyla yetki belgesinde yer alan asgari satış bedeli üzerinde anlaşma ve alıcının satış bedelini icra dairesi banka hesabına yatırmasını sağlamalıdır. Kanunun tanıdığı süre tüm bu işlemlerin sağlıklı yürütülebilmesi bakımından yetersizdir. Sürenin kısalığı borçluların yetki belgelerini kullanmaları önünde engel teşkil edebilir.⁷⁰ Örneğin anlaşmalı satış usulünün uygulandığı Fransız hukukunda borçlunun alıcıyla anlaşması, hâkimin borçluya satış yetkisini verdiği tarihinden itibaren en geç dört ay sonra belirleyeceği duruşma gününe kadar gerçekleşir. Ayrıca eğer satışın gerçekleşeceği yönünde belge ve bilgilerin sunulması halinde üç aya kadar ek süre verilebilir (FİK m.322/21-4). Kaldı ki Fransız sisteminde borçlu sadece alıcı bulmakla mükelleftir.⁷¹ Türk hukukunda kabul edilen düzenleme ise borçluya daha kısa süre verirken daha fazla yükümlülük içerir.

İcra ve İflas Kanunu satış sürecini taşınır ve taşınmazlar bakımından farklılaştırarak düzenlemiştir. Farklılaşmanın bir sonucu olarak süreler taşınırlar için

⁶⁸ Borçluya satış yetkisi verilmesi hakkında yönetmelik madde 5 uyarınca yetki belgesinde ayrıca şu unsurlara da yer verilmelidir; "*Madde 5 ... e) Alıcının, belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak kaydıyla borçluya anlaşılıkları bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesi banka hesabına ödemesi gerektiği.*

f) Mahkemenin kabul kararıyla malın mülkiyetinin alıcıya geçeceği ve tüm hacizlerin kaldırılarak devir ve teslim işlemlerinin gerçekleştirileceği.

g) Mahkemece rızaen satış talebinin reddine karar verilmesi hâlinde, kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde yatırılan bedelin alıcının bildirdiği banka hesabına iade edileceği.

ğ) İlgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla devir ve teslim masraflarının alıcıya ait olacağı."

⁶⁹ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 836.

⁷⁰ Aynı yönde bkz. Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 838; Pekcanitez, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HIFDP4&t=17942s>; Akan, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAl&t=129s; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 50.

⁷¹ Mehmet Emin Alpaslan, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi- Fransız İcra Görevliliği Modeli, On İki Levha Yayınevi, lexpera.com.tr, erişim tarihi: Haziran 22, 2022; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 51.

daha kısa iken taşınmazlar bakımından daha uzundur. Bu ayrıma uygun olarak borçlunun satış yetkisini talep ettiği mahcuzun taşınır yahut taşınmaz olmasına bağlı satış için verilecek sürelerin daha uzun olması gerekirdi.⁷²

Borçluya satışı gerçekleştirmesi için verilecek on beş günlük süreyi izah etmek mümkün değildir. Rızai satış usulünün benimsenmesinde cebri satış süreçlerinin uzun sürmesi dolayısıyla paraya çevirme sürecinin sekteye uğraması yatar. Borçluya satış yetkisi tanınarak alternatif bir usul getirilirken amaçlanan hızlı, basit ve ucuz olmasıdır. Ancak borçluya tanınan on beş günlük süre hızlı bir çözüm ararken çözümsüzlüğe yol açabilir niteliktedir. Bu bakımdan bu yeni usul ile borçluya verilen sürenin yetersizliği kurumun amacına uygun düşmemektedir. Uygulamada sürenin yetersizliği büyük bir engel teşkil edeceğinden sürenin en az bir aya çıkartılması ve satışın gerçekleşeceği yönünde bilgi veya belgelerin sunulması halinde yine en az on beş günlük ek süre tanınması yönünde bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

3. Rızai Satışta Asgari Satış Bedeli

Borçluya verilecek yetki belgesinde borçlunun satış işleminde esas alacağı asgari bedel yer alır (Yön m.5/f.ç). Asgari satış bedeli, iki farklı şekilde tayin edilir. Öncelikle kanunun belirlediği asgari satış bedeli mahcuz malın kıymet takdirinde belirlenen bedelinin yüzde doksandır. Mahcuzun üzerinde güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanlı bir alacak var ise rüçhanlı alacakların⁷³ toplam miktarı ile kıymet takdirinde belirlenen bedelin yüzde doksanın karşılaştırılması gerekir.⁷⁴ Bu değerlerden hangisi yüksek ise o değer esas alınmalıdır. Belirlenen değere, takibin bu aşamasına kadar yapılan giderlerin de eklenmesi ile asgari satış bedeli tespit edilir. Böylelikle asgari satış bedeli kıymet takdirinde tespit edilen bedelin yüzde doksanı veya varsa rüçhanlı alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktar ile takip masraflarının toplamından oluşur.

Borçluya satış yetkisi verilmesi halinde icra mahkemesinin satışı onaylaması için mahcuzun takdir edilen bedelinin en az yüzde doksanı ve masrafların toplamına tekabül etmesi gerekir. Artırma yoluyla cebri satışta ise mahcuz, takdir edilen bedelin asgari yüzde ellisinden satışa konu olur. İlk bakışta her iki paraya çevirme yönteminde belirlenen asgari tutarlar arasında büyük bir fark olduğu görülür. Ancak artırma yoluyla cebri satışta mahcuz her ne kadar yüzde elli oranı üzerinden artırmaya konu olsa da bu miktara harç ve giderler ile KDV'nin de eklenmesi söz konusu olduğunda alıcının ödeyeceği değer, %75, %80'e kadar çıkabilir. Borçlunun gerçekleştirdiği satışta alıcı KDV'den muaftır.⁷⁵ Borçluya verilen yetki ile ger-

⁷² Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 838.

⁷³ Mahcuz mal bir sicile kayıtlı ise icra müdürü, ilgili sicile mal üzerindeki takyidatların devam edip etmediğini, ediyor ise alacak miktarını sorması gerekir (Yön m.8/f.1).

⁷⁴ Atalı; Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 289.

⁷⁵ Bkz. aşa. "Malın Devir ve Teslimi ile Harç ve Vergilerden Sorumluluk".

çekleşen satışta ek masrafların sınırlandırılmış olması karşısında artırma yoluyla satışta alıcının ödeyeceği miktar ile aralarında büyük bir fark yoktur. Buna karşılık borçluya verilecek satış yetkisi ile gerçekleşen satışta elde edilen bedelle daha fazla alacak ödenirken artırma yoluyla cebri satışta daha az alacak ödenmiş olur.

Asgari satış bedeli, borçluya verilecek yetki belgesinin asli unsurudur ve icra müdürü tarafından belirlenip yetki belgesinde yer alması gerekir. İcra müdürünün tespit ettiği asgari bedel mahcuzun satılması gereken alt sınırı oluşturur.⁷⁶ Buna rağmen borçlu daha yüksek bir satış bedeliyle alıcı bulmasının önünde bir engel yoktur. Satışa konu malın niteliği gereği rağbet gören bir mal ise asgari bedelin üstünde satışa konu olması mümkündür. Bu tarz satışlarda borçlunun hangi bedel üzerinden satış yaptığını icra dosyasından gizlemesi olasıdır. Özellikle mahcuza yönelik ilginin yüksek olduğu durumlarda asgari satış bedeli yüzde doksan düşük kalabilir.⁷⁷ Satışın gerçek değerinin tespiti bakımından alıcıların teklifleri icra dairesine yöneltilmeli ve icra dairesi de tekliflerden en avantajlı olanını tasdik etmesi için dosyayı icra mahkemesine göndermelidir.⁷⁸ Zira mevcut durumda icra dairesi muhammen bedelin yüzde doksanı veya satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanlı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise takip masraflarını da toplayarak asgari bedeli belirlemektedir. Satış bedeli denetlenmemekte sadece asgari satış bedelinin karşılanıp karşılanmadığı incelenmektedir. Dolayısıyla bu noktada bir kanun boşluğu olduğunu söylemek mümkündür. Bu haliyle düzenlemenin iyi niyetli borçlulara yönelik olduğu söylenebilir.⁷⁹

III. SATIŞIN ONAYLANMASI, MALIN DEVİR VE TESLİMİ İLE SATIŞ YETKİSİNİN DİĞER TAKİP DOSYALARINA ETKİSİ

A. Rızai Satışın Onaylanması

Kanun borçluya satış yetkisi verirken bu satışın geçerliliğini bazı koşullara bağlamıştır. Öncelikle borçlunun yetki belgesi almasından itibaren on beş gün içinde satış gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu süre yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlar (Yön m.9/f.2). On beş günlük süre içerisinde borçluyla anlaşan alıcının, satış bedelini icra dairesi banka hesabına yatırması gerekir (İİK m.111/a-f.3).

İcra müdürü, borçlu ve alıcı arasında gerçekleşen satışa ilişkin gerekli bilgi ve belgeleri temin etmekle yükümlü kılınmıştır. Ancak bu belge ve bilgiler icra müdürünün resen yapacağı bir araştırma ile değil borçlunun icra dairesine yönelik bildirmesi ile gerçekleşir. Borçlunun icra dairesine vereceği belgeler on beş gün-

⁷⁶ Altın gümüş eşya, İİK 117. madde çerçevesinde maden halindeki kıymetlerden daha aşağı bedelle satılamaz hükmü gereği, %90'lık sınır bu madde kapsamında dikkate alınmaz.

⁷⁷ Aşık; Oruç; Tok ve Saraç, İcra ve İflâs Hukuku, 250; Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.

⁷⁸ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 836.

⁷⁹ Akkan, Sempozyum, Erişim Tarihi: Haziran 30, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=129s.

lük satış süresi içinde verilmesi gerekmez. Satış süresinden sonra teslim edilmesi satışın onaylanmasına engel teşkil etmez. Bilgi ve belgelerden nelerin kastedildiği yönetmelikte düzenlenmiştir. Yönetmelik m.10 uyarınca borçlu ve alıcı satışa konu bildirimde bulunmalıdır. Borçlu, “*alıcının adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, MERSİS numarasını, anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerekir.*” Alıcı ise “*adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını ve MERSİS numarasını, tebligata elverişli adresini, iletişime yarar bilgilerini, banka hesap bilgilerini, borçluyla anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerekir.*” Alıcı ayrıca on beş günlük süre içinde icra dairesi hesabına yaptığı ödemeyi de ibraz etmelidir (Yön m.11).

İcra müdürü mahcuzun satışının geçerliliğini maddi hukuk ilkelerine uygunluk bakımından denetleyemez. İcra dairesi Kanun ve Yönetmelikte yer alan hususlarla sınırlı inceleme yetkisini haizdir. İcra dairesi yukarıda yer alan bilgi ve belgeleri teslim aldıktan sonra dosya üzerinden yapacağı inceleme üzerine Kanun ve Yönetmeliğin aradığı şartların sağlandığını tespit ederse satışın onayı ve malın devir ve teslimi için icra mahkemesine müracaat eder (Yön m.12).

B. İcra Mahkemesinin Kararı

Satışın onaylanması icra mahkemesi tarafından gerçekleşir. İcra mahkemesi dosyayı teslim aldıktan en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir (İİK m.111/a-f.3). İcra mahkemesi, satışın Kanuna ve Yönetmeliğe uygun yapıp yapılmadığını denetler. Bu noktada malın asgari bedele göre satılıp satılmadığı, süresi içinde satış işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı ve borçlu ile alıcıya ait bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak icra dosyasına sunulup sunulmadığı başlıca değerlendirme noktalarını oluşturur. Bununla birlikte icra mahkemesinin satışın hangi miktar üzerinden yapıldığı araştırması ve eksik ya da hatalı bilgilendirme halinde satışa onay vermemesi gerekir.

İcra mahkemesinin satışa ilişkin verdiği kararın takip dosyasında yer alan ilgililere tebliğ edilmesinde fayda vardır. Bu ilgililer dosya alacaklısı olduğu gibi sicile kayıtlı hak sahipleri de olabilir. Satış kararı, menfaati olan tüm taraflara iletilerek onların da süreç içine dâhil olmaları menfaatlerini koruyabilmeleri bakımından gereklidir. Örneğin Fransız sisteminde borçlu, süreç boyunca gerçekleştirdiği işlemleri alacaklının talebi halinde rapor olarak sunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük borçlunun görevini özenle yerine getirmesi gerekliliğinin bir sonucudur (FİK. R. 322-22). Alacaklı borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasında ise mahkemeye başvurarak cebri satış prosedürünün başlatılmasını talep edebilir (FİK R. 322-22/2).

İcra mahkemesi satış işlemleri hakkında karar vermeden önce alacaklılara ve iştirak edenlere satış hakkında bilgi vermeli ve itiraz hakkı tanınmalıdır.⁸⁰ İcra mahkemesi satışı onaylamadan vereceği süre içinde⁸¹ alacaklılara ve iştirak edenlere satışa yönelik itirazlarını bildirmelerini aksi halde satışı uygun bulduklarının kabul edeceği yönünde ihtarda bulunmalıdır. Böylelikle alacaklı ve iştirak hakkı sahiplerinin hukuki dinlenilme hakları korunmuş olur. Nitekim alacaklılar satışı menfaatlerine uygun bulmayabilir, artırma yolu ile paraya çevirme halinde elde edilecek satış bedelinin borçlunun gerçekleştirdiği satışa göre daha yüksek bir oranda olacağını iddia edebilir. Özellikle rağbet gören mahcuzlar bakımından asgari bedelin oldukça üstünde bir satış gerçekleşebilmesi mümkündür. Alacaklı bu iddiasını somut tekliflerle desteklemelidir. Aksi halde alıcının iddiası hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden icra mahkemesi iddiayı ve delilleri değerlendirmeden reddetmelidir (TMK m.2/f.2).

İcra ve İflâs Kanunu m.111/a uyarınca icra mahkemesinin satış onayı hakkında vermiş olduğu karar kesindir. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Kesinlik ile sürecin hızlı ilerlemesi ve özellikle artırma yoluyla yapılan cebri satışlarda ihalenin feshi sürecinin yıllarca sürmesi karşısında borçluya satış yetkisi verilmesi kurumunun cazip hale getirilmesinin amaçlandığını anlaşılmaktadır. Ancak verildiği anda kesin olan kararlar kanun yolu denetiminden geçmediği için eksik ve hatalı uygulamaların çoğalmasına da sebep olabilir.⁸² Nitekim kanun yolları yanlışlığı iddia edilen kararların tekrar incelenmesi ve denetlenmesini sağlar.⁸³ Borçluya verilen yetki ile gerçekleşecek satış, icra mahkemesinde dosya üzerinden yapılacak sınırlı bir inceleme ile denetleneceği ve bu usulde ihalenin feshi kurumunun da uygulanamayacağı göz önünde bulundurulduğunda kanun yolu mekanizması ile denetim elzemdir. Aksi halde hızlı ve basit bir satış usulü getirilirken sağlıklı ve bir süre sonra işlerliğini yitiren bir kurum ortaya çıkar. Alacaklıya karara karşı üst derece mahkemesine başvuru imkânı tanınırken sürecin uzaması nedeniyle üçüncü kişi alıcının icra dairesi hesabına yatırdığı paranın nemalandırılmasına sağlanabilir (İİK m.134/f.8; İİK m.111/a-f.4).⁸⁴ Bununla bir-

⁸⁰ Fransız sisteminde de alacaklının muvafakati mecburi olmamakla birlikte bu sistemde icra hâkimi geniş takdir yetkisi çerçevesinde satışı gerçekleştirmesi, alacaklıların anlaşmalı satışı desteklemeleri nedeniyle henüz bir sorun ortaya çıkmadığı ifade edilmiştir, bkz. Namı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 576, dn. 1139. Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 16, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftas-hukukunda-online-satis/>.

⁸¹ Fransız hukukunda on beş günlük süre verildiği sürenin susarak geçirilmesi halinde satışın uygun bulunduğu sonucuna varıldığı görülür, bkz. Gündoğan, *Elektronik Satış*, 54.

⁸² Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 839.

⁸³ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. II*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 1325. Özkes, Pekcanitez Usul C. II, Hakan Pekcanitez, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2150.

⁸⁴ Talih Uyar, "24.11.2021 Tarihli ve 7343 Sayılı "İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İBD, C. 96, S. 1, Y. 2022, 21; Serdar Kale, İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Haziran 17, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftas-hukukunda-online-satis/>.

likte alacaklı, borçlunun gerçekleştirdiği satışın İİK m.280 uyarınca alacaklılarına zarar verme kastıyla yapıldığı iddiasında ise tasarrufun iptali davası ile işlemin iptalini de talep edebilir.⁸⁵

C. Malın Devir ve Teslimi ile Harç ve Vergilerden Sorumluluk

Kanun ve Yönetmelik mahkemenin kabul kararıyla malın mülkiyetinin alıcıya geçeceğini düzenlemiştir (İİK m.111/a-f.3; Yön m.13/f.2). Bu husus taşınmazın tescilden önce iktisabını sağlayan TMK m.705'in özel bir görünümüdür.⁸⁶ Ancak burada malın hasar ve yararının ne zaman alıcıya geçeceğini tespiti gerekir. Türk Borçlar Kanunu m.208 hasar ve yararın intikalini taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda mülkiyetin tescil anı olarak belirlemiştir. İcra ve İflâs Kanunu artırma yoluyla satışı düzenleyen m.115/f.2 (taşınmazlarda m.129 atfi gereği) artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması hâlinde, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olacağını ve malın mülkiyetinin de aynı tarihte ihale alıcısına geçeceğini düzenler. Türk Borçlar Kanunu m.279/f.3 cebri artırma sonunda yapılan ihalelerde mülkiyetin geçmesine ilişkin hükümleri saklı tuttuğundan İİK m.111/a uyarınca mülkiyetin kazanılması belirlenecektir.⁸⁷ Borçlunun gerçekleştirdiği satışta, icra mahkemesinin kabul kararı mülkiyetin geçme anı olarak belirlenmiş hasar ve yararın geçişine ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde icra mahkemesinin kabul kararı hasar ve yararın alıcıya intikal ettiğinin kabulü gerekir.⁸⁸ Türk Borçlar Kanunu m.280 uyarınca cebri artırımlarda zapta ve ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

İcra mahkemesi kabul kararını UYAP sistemi üzerinden icra dairesine bildirilir (Yön. m.13/f.1). İcra dairesi karar üzerine devir ve teslim işlerini tamamlamak üzere mal üzerindeki tüm hacizleri kaldırır. Sicile kayıtlı mallarda tescil işleminin yapılabilmesi için icra müdürü mahkeme kararının bir örneğini ilgili kuruma gönderir. Devir teslim sürecindeki masraflar alıcıya aittir. Bu noktada alıcıyı koruyucu bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre rızai satışa konu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazır hale getirilmedikçe alıcının yatırdığı satış bedeli alacaklılara ödenmez (Yön m.14/f.3).

Mahkeme satışa onay vermez ise alıcının ödediği para üç iş günü içinde hesabına geri yatırılır. Ayrıca icra müdürü ilgili kayıta borçlunun satış talebini işlemiş ise bu şerhin terkini yapılı.

Borçluya satış yetkisi verilerek gerçekleşen cebri satışta alıcı, katma değer vergisi, tapu alım harcı ve damga vergisini ödemekle mükellef değildir. Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 tarihli görüş yazısında

⁸⁵ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 842.

⁸⁶ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 841.

⁸⁷ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 841.

⁸⁸ Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 841.

borçluya satış yetkisi verilmek suretiyle yapılacak satışlarda ödenecek harç ve giderler düzenlenmiştir. Söz konusu tavsiye kararında alıcıdan KDV yönünden bir ödeme alınmaması gerektiğine yer verilmiştir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu⁸⁹ m.1 verginin konusunu teşkil eden işlemler başlığı altında hangi işlemlerin KDV'ye tabi olacağı belirlenmiştir. Maddenin (d) bendi, “*Müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar...*” hükmüne yer vermiştir. Bakanlığın görüş yazısında isabetli olarak borçluya satış yetkisi verilerek yapılacak satışlarda borçlu ile alıcı arasında yapılan satışın 3065 sayılı kanun m.1/d bendinde yer alan bir satış olarak değerlendirilemeyeceği bu nedenle alıcının KDV ödemekle yükümlü tutulmadığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber aynı yazıda rızai satışın damga vergisine ve icra harçlarına tabi olacağı belirtilmiştir. Satış bedeli üzerinden binde %5.69 damga vergisi ve yüzde %11.38 tahsil harcı alınacaktır. Satışa konu mal taşınmaz ise tapu müdürlüklerinde yapılan tescil işlemi sırasında yatırılan tapu alım ve satım harcının satıcı tarafından ödenmesi gereken yüzde %2 miktarın icra dairesi tarafından borçlu namına ödenmesi de gerekecektir.

D. Satış Yetkisinin Diğer Takip Dosyalarına Etkisi

Borçlunun satış yetkisini talep etmesi halinde mahcuz üzerinde haciz işlemi uygulayan diğer takip dosyaları bu süreçten nasıl etkileneyeceği açık değildir. Kanda bu yönde bir düzenleme bulunmamakta, yönetmelik ile de bu hususa temas edilmediği görülür. Kanaatimizce mahcuzun üzerinde birden fazla dosyadan haciz bulunuyor ve bir dosyada satış yetkisi istenmiş ise borçluya satış yetkisi verilmesi halinde diğer icra dairelerine bildirilmesi gerekir. Kabul kararı verilmeyen talep için yazışma yapılması gereksiz evrak trafiğine neden olur. Ancak borçluya satış yetkisi verilirse diğer takiplerde gereksiz masraflar yapılmaması amacıyla bilgilendirilme önem taşır. Satış yetkisi verilen mahcuzun sicile kayıtlı olması halinde icra dairesi borçluya satış yetkisi verildiğini ilgili sicile şerh ettirmesi gerekir (Yön. m.7/f.3).

Mahcuzun birden fazla dosyada hacedilmiş olması halinde borçluya verilen satış yetkisinin diğer dosyalara bekletici etki yaratması uygun olacaktır. Bu etki sayesinde diğer takip dosyalarında gereksiz masraf yapılmaması sağlanır. Kanun, haciz koyulan her bir icra dosyadan ayrı ayrı satış yetkisi talep edilmesini sınırlayıcı bir düzenlemeye yer vermemişse de bu sınırlamanın kurumun sağlıklı uygulanması için gerekli olduğu kanaatindeyiz.⁹⁰ Bununla birlikte diğer bir takip alacaklısının, başlatmış olduğu cebri satışı işlemleri tamamlamış ise artık borçluya satış yetkisi verilmesi verilemeyeceğinden bekletici etki de yaratmaz.

⁸⁹ Katma Değer Vergisi Kanunu, T. 02.11.1984, R.G, S. 18563.

⁹⁰ Aynı yönde; Gündoğan, *Elektronik Satış*, 97-98; Adalet komisyonu muhalefet raporu m.12 bkz. Erişim Tarihi: Haziran 6, 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf> E. T.

Mahcuzun birden fazla takip dosyasından haczedildiği durumda icra daireleri arasındaki bilgilendirme önem teşkil eder. Bu bilgilendirme alacaklıların satış sürelerinin işlememesi için de gereklidir. Kanun borçluya satış yetkisi verilmesinden icra mahkemesinin satış hakkında vereceği karara kadar geçen sürenin alacaklının satış isteme süresini etkilemeyeceğini diğer bir ifade ile bu sürecin alacaklının aleyhinde bir hak kaybı yaratmayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle satış yetkisi talebinin kabulü ile başlayan süreçte diğer takip dosyalarındaki alacaklıların satış isteme sürelerinin korunması için icra dairesi tarafından satışın sonucunun beklenmesine şeklinde bir karar verilmesi uygun olacaktır. Böylece satış isteme süreleri bu dosyalardaki alacaklılar bakımından da duracaktır.

Yönetmelik m.7/f.3 uyarınca mahcuz mal sicile kayıtlı ise borçlunun satış yetkisi talebi üzerine icra müdürü, rızai satış talebinin ilgili sicile kaydına yönelik gerekli işlemleri yapacağı düzenlenmiştir. Bu fıkradan sonra gelecek şekilde mahcuzun üzerindeki diğer takip dosyalarına satış yetkisinin kabulü üzerine bilgilendirme yapma yükümlülüğü getirilebilir. Satışın onaylanması halinde icra mahkemesi kararını UYAP sistemi üzerinden icra dairesine bildireceği düzenlenmiştir (Yön. 13/f.1). Bu bildirim alan icra dairesi mahcuz mala haciz koymuş olan diğer icra dairelerine de satış hakkında bilgi vermelidir. Yönetmelik m.14, icra dairesine satış işleminin onaylanmasından sonra devir ve teslim için mal üzerindeki tüm hacizlerin kaldırmakla görevli kılmıştır. Bu açık görev karşısında icra dairesi, mal üzerinde haciz koyan diğer icra dairelerine haczin kaldırılması için gerekli yazışmaları yapmak mecburiyetindedir.

SONUÇ

7343 Sayılı kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'na hacizli malların paraya çevrilmesi bakımından alternatif bir paraya çevirme usulü kazandırılmıştır. Bu usulün satış sürecini hızlandıracağı ve basitleştireceği görülmekte ve yeni düzenlemenin paraya çevirme aşaması bakımından fayda sağlayacağı beklenmektedir. Borçlu kendi bulacağı alıcılara malını, gerçek piyasa değerinde satabilme imkânına sahip olmaktadır. Bu sonuç ise hem alacaklının hem de borçlunun menfaatindedir. Borçluya verilecek yetki ile gerçekleşecek satışın, artırma yolu ile cebri satışa göre masrafsız olması diğer bir tercih nedeni olacaktır. Adalet komisyon raporunda da belirtildiği üzere borçluya satış yetkisi tanınması ile amaçlanan artırma yolu ile cebri satışa ilişkin sorunların çözülmesidir.⁹¹

Ancak borçluya satış yetkisi tanıyan yeni düzenleme iyi niyetli borçlular esas alınarak düzenlenmiştir. Nitekim ifade edildiği üzere borçlunun gerçek satış miktarının tespiti ve alacaklının bu değere itiraz imkânı mevcut değildir. Bu durum borçlular tarafından tasarrufun iptali davalarına engel olmanın bir yolu

⁹¹ Adalet komisyon raporu, erişim tarihi: Ağustos 12, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>.

olarak kullanabilir. Özellikle borçlunun aleyhinde gerçek olmayan (muvazaalı) borçları sebebiyle yapılan (anlaşmalı) icra takipleri başlatarak mallarına haciz konulmasını sağlaması ve bu takip dosyalarından mallarını aslında diğer alacaklarından kaçırma iradesi ile anlaştığı alıcılara satabilmesi mümkündür. Borçluya satış yetkisi verilmesi halinde gerçek satış bedelini tespit edemediğimiz gibi bu tarz gri alanlara da kapı aralandığını görmek mümkündür. Kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek adına denetim ve kanun yolu mekanizmaları tanınmalıdır.

Borçlunun gerçekleştirdiği bu yeni satış usulünde, alacaklılara sürecin hiçbir aşamasında yer verilmemiştir. İcra mahkemesi, satışı onaylamadan önce vereceği süre içinde alacaklılara ve iştirak edenlere satışa yönelik itirazlarını bildirmelerini aksi halde satışı uygun bulduklarının kabul edileceği yönünde ihtarda bulunmalıdır. Böylelikle alacaklı ve iştirak hakkı sahiplerinin hukuki dinlenilme hakları korunmuş olur. Nitekim alacaklılar satışı menfaatlerine uygun bulmuyabilir, artırma yolu ile paraya çevirme halinde elde edilecek satış bedelinin borçlunun gerçekleştirdiği satışa göre daha yüksek bir oranda olacağını iddia edebilirler. Böylece satış miktarını mahcuzun rayiç bedelinin altında olduğunu düşünen alacaklılar satış bedeline itiraz edebilme hakkına sahip olur. Fransız hukukunda borçlunun bulunduğu alıcılar ve teklifler takip alacaklısına iletilmekte ve onunda sürece dâhili sağlanmaktadır. Alacaklı teklifi yetersiz bulabilir ve bu halde anlaşmalı satış yönteminden vazgeçilerek artırma yolu ile satış süreci başlar. Ancak Kanun alacaklının bu hakkını borçluya zarar vermek amacıyla ve keyfi olarak kullanmasına da olanak tanımamıştır (FİK L.221-3/4).

Bazı mahcuzlar daha az talep görmekte ve kolay satılamamaktadır. Bu mallar bakımından ise asgari bedelin belirlenmesinde icra mahkemesine yetki tanınabilir. Nitekim asgari satış bedeli tasarıda mahcuzun kıymet takdirinde belirlenen bedelinin yüzde sekseni olarak yer alırken kanun metninde yüzde doksana çıkarılmıştır. Kanaatimizce rağbet görmeyen veya zor satılabilen mahcuzlar bakımından asgari bedel, alacaklının alacağı ve takip masraflarının karşılandığı daha düşük bir oran üzerinden gerçekleşebilmelidir. Aksi halde alacaklının talebiyle satışta yüzde elli gibi bir oran yer alırken borçlunun yüzde doksan üzerinden satması mümkün olmayabilir.

Fransız hukukunda anlaşmalı satışa izin veren hâkim, piyasa koşulları ve satışa konu mahcuza ait özel şartları göz önünde bulundurarak mahcuzun hangi bedelin altında satılamayacağını belirler (FİK R. 322-21). Her mahcuzun ayrı ele alınması, asgari satış miktarının da her takip dosyasında farklı değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede malın piyasa karşılığı olup olmadığı, alacaklının alacak miktarı, rüçhanlı alacak olup olmadığı ve miktarı, malın tahmini satış süresi vb. hususlar değerlendirilerek asgari bedel tayin ve satış yetkinin geçerli olacağı süre belirlenir. Böylece kötü niyetli uygulamaların önüne geçilirken, mahcuzun en verimli oranda satılması sağlanabilir. Ayrıca satış için borçluya verilen

sürenin yetersizdir. Taşınır ve taşınmazlar bakımından farklılaşarak daha uzun süreler tanınması gerekir.

Son olarak İcra ve İflâs Kanunu m.111/a-f.4 borçluya satış yetkisi verilmek suretiyle yapılacak satışlarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde İcra ve İflâs Kanunu'nun satışa ilişkin diğer hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.⁹² Bu çerçevede incelememizde belirttiğimiz eksik hususlar kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kapsam dışında bırakıldığı gibi bazı hususlarda ise kıyasa başvurulması amaçlanmıştır.⁹³

⁹² Örneğin satın alınan taşınmazda üçüncü bir kişi oturuyor ise bu kişinin tahliyesi m.135 uyarınca gerçekleşir. Bkz. Aşık; Oruç, Tok ve Saraç, *İcra ve İflâs Hukuku*, 251.

⁹³ Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021), 30.

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine. “İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. *İzmir Barosu Sempozyum*, Erişim Tarihi: 19 Haziran, 2022, https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI&t=129s.
- Alpaslan, Mehmet Emin. *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi-Fransız İcra Görevliliği Modeli*. On İki Levha Yayınevi, lexpera.com.tr.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar-Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Aslanpınar Tat, Tuğçe. “İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış”. *TBD*, 2020 (151), (199-234).
- Aşık, İbrahim; Oruç, Yakup; Tok, Ozan ve Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflâs Hukuku*. (Seçkin Yayınevi, 2022).
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara, Yetkin Yayınevi, 2022.
- Ayan, Mehmet. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Mimoza Yayınevi, 2015.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*. Yetkin Yayınevi, 2020.
- Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Takip İşlemi”. *TBB Dergisi*, 101, 2012, (31-60).
- Budak, Ali Cem. *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı*. İstanbul, Filiz Kitapevi, 2021.
- Topel Çelikoğlu, Cengiz. “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhale-nin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”. *Adalet Dergisi*, 2022/1, Y. 149, S. 68, (409-450).
- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
- Eren, Fikret. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınevi, 2020.
- Gündoğan, Atilla. *Türk İcra İflâs Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukundaki Elektronik Satış*. Aristo Yayınevi, 2022.
- Kale, Serdar. *İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış*. Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2022 <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iftlas-hukukunda-online-satis/>.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. I-II*. Ankara, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Mascioli, Andrea. *Italy Narrative National Report, EU Enforcement Atlas, 2020*. Erişim Tarihi: Temmuz 16, 2022, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku C.I*. Adalet Yayınevi, 2013.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I*. Vedat kitapçılık, 2014.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Özmumcu, Seda. *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*. Vedat Kitapçılık, 2005.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usul*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- Pekcanitez, Hakan. “7343 Sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanun’unda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. Erişim Tarihi: Haziran 17, 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4&t=17942s>.
- Pekcanitez, Hakan; Meriç, Nedim. “Borçlunun Talebiyle Satış”. *TBB Dergisi*, 151, (2020), 235-258.
- Pekcanitez, Hakan. “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)”. *GSÜHFD*, Y. 2022/1, (819-849).
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin-Özkan, Meral; Özkes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2022.
- Priédelhèvre Stéphane and Guerchoun, Frédéric. Répertoire de Rocédure Civile - Saisie immobilière. Novembre 2021 (actualisation: Mai 2022). par. 257, dalloz.fr.
- Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Şanal Görgün; Börü, Levent ve Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*. Yetkin Yayınevi, 2022.
- Uyar, Talih. “24.11.2021 Tarihli ve 7343 Sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”. *İBD*, C. 96, S. 1, Y. 2022.

İNANÇLI İŞLEM DEN KAYNAKLANAN TESCİLE ZORLAMA DAVASI^(*)

Arş. Gör. Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK^(**)

Öz

İnançlı işlem Türk Hukuku'nda düzenlenmeyen bir hukukî kurumdur. Ancak doktrin ve uygulamada varlığı kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda “fiduziarisches Rechtsgeschäft”; Alman hukukunda “Treuhandverhältnis” ve Anglo-Sakson hukukunda “fiduciary relationships” kavramları ile ifade edilen inançlı işlemdir. İnançlı işlem taraflara olağan muamelelere göre daha güçlü bir hukuki durum yarattığı için tercih edilmektedir. Öyle ki, inanılan inançlı işlem ile taşınır, taşınmaz veya alacağın tam hak sahibi olur. Bu durum ise rehin hakkından daha çok koruma sağlar. Zira rehinde borç ödenmediği taktirde alacaklı rehin konusu malı icra dairesi aracılığı ile paraya çevirerek alacağını elde etmektedir. Ancak inançlı işlemlerde inanılan söz konusu malı kendisi paraya çevirebileceği gibi paraya çevirmeden uhdesinde de tutabilir. Öte yandan, inançlı işlem den farklı olarak rehin alacağına bağlı fer'i bir hak tir. Asıl alacak sona erdiğinde veya asıl alacağına sebebiyet veren sözleşme geçersiz ise rehin hakkı da doğmaz. Bununla birlikte tüm hakların devredilmiş olmasından ve inaç sözleşmesinin sadece nisbi etkisinin bulunmasından kaynaklanan tipik hukukî sorunlar vardır. Bu sakıncalar özellikle inananın devretmiş olduğu taşınır, taşınmaz veya alacağı aynen geri almasında toplanır. İnanılanın iflası halinde mal veya hakkın iflas masasına dahil olması ve inananın masadan çıkarma hakkının bulunmaması bunlardan biridir. İnanılanın devir borcu doğmasına rağmen inançlı işlem konusu malı inananı iade etmekten kaçınması veya üçüncü kişiye devretmesi de uygulamada karşımıza çıkan diğer problemlili noktalar dır. Bu çalışmada inananın inançlı işlem konusu taşınmazın iadesi için inanılana ve bazı durumlarda da üçüncü kişiye karşı açabileceği tescile zorlama davası değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki, inançlı işlemin konusu taşınır, taşınmaz ve alacaktır. Ancak konumuz itibarıyla sadece taşınmazlara ilişkin açıklamalar da bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İnançlı İşlem, Taşınmaz Mülkiyeti, Tescile Zorlama Davası, Muvazaa, Tapu Siciline Güven İlkesi.

THE CASE OF ENFORCEMENT TO REGISTER IN THE LAND REGISTRY CAUSED BY FIDUCIARY TRANSACTION

Abstract

Fiduciary transaction is a legal institution that is not regulated in Turkish Law. However, its existence is accepted in doctrine and practice. “Fiduziarisches Rechtsgeschäft” in Swiss law; “Treuhandverhältnis” in German law and “Trusting relations” in Anglo-Saxon; It is a fiduciary transaction expressed in terms of concepts. A fiduciary transaction is preferred because it creates a stronger legal situation for the parties than ordinary transactions. So much so, that the movable, real property or receivable becomes the full right holder with the fiduciary transaction. This provides more protection

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 24.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 16.11.2022,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1166192.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Ankara-Türkiye.
E-posta: ipekbetulaldemir@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0721-3044>.



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

than the pawn. Because if the debt is not paid in the pawn, the obligee obtains his receivable by converting the property into money through the execution office. However, in fiduciary transactions, he can convert the said good into money himself, or he can keep it under his responsibility without turning it into money. On the other hand, unlike the fiduciary transaction, the pawn is an accessory right attached to the claimant. If the principal claim is terminated or the contract giving rise to the principal claim is invalid, the right of pawn does not arise. However, there are typical legal problems arising from the fact that all rights have been transferred and the fiduciary contract is only relatively binding. These inconveniences are especially collected in the return of the movable, immovable or receivable that the believer has transferred. In case of bankruptcy of the believer, the fact that the property or right is included in the bankruptcy table and the believer does not have the right to remove it from the table is one of them. Despite the fact that the believer owes the transfer, refraining from returning the property subject to the faithful transaction to the believer or transferring it to a third party are other problematic points that we encounter in practice. In this study, the case of enforcement to register in the land registry that the believer can file against the believer and in some cases against the third party for the return of the real estate subject to the fiduciary transaction is evaluated. It should be noted that the subject of the fiduciary transaction is movable, immovable and receivable. However, as of our subject, there are only explanations regarding immovables.

Keywords

Fiduciary Transaction, Real Property, The Case of Enforcement to Register in the Land Registry, Simulation, Trust in the Land Registry.

Extended Abstract

With the fiduciary transaction, a property or right of the believer, which is included in his assets, is earned to the believer in order to guarantee his debt or to manage it. The believer is under the obligation to transfer again. The elements of the fiduciary transaction are the faith agreement and the transfer of the contractual property or right. Of these, the contract of belief is the debtor transaction that constitutes the legal reason for the transfer of ownership on the receivable, movable or immovable. In the contract of fiduciary, the rights and obligations of the parties, the reasons for the termination of the fiduciary transaction, the conditions for using, managing and returning the property or right inherited by the believer are included. It is important to determine in detail the powers of the believer on the real estate subject to the fiduciary transaction. The contract of fiduciary, the subject of which is real property, must be made in the presence of the land registry directorate. Contracts regarding the transfer of real property are subject to official form. However, one of the problematic points that we encounter in practice is about the form of the fiduciary contract. The Supreme Court of Appeal does not examine the fiduciary transactions regarding the transfer of ownership of the real property in the context of the validity of the legal reason.

The first debt of the believer arising from the fiduciary contract is to transfer the property or right to the believer as agreed in the contract. With the fulfillment of the transfer debt, the full owner of the believed movable and immovable property becomes the full owner of the receivable. Although the real property of the believer acquires the right of ownership by transferring it to him, the powers provided by this right are not unlimited. On the contrary, these rights and powers are limited by a belief contract. Namely, the believer should not act against the believer during the belief contract. In addition, he should not transfer the real property to someone else in order to fulfill the debt of return in accordance with the fiduciary agreement; It should not establish a pawn or other limited real right on the real estate.

The characteristic feature of the fiduciary transaction is that the believer acquires the ownership of the immovable with the obligation to return. This return obligation occurs when the conditions specified in the contract are fulfilled. The contract of fiduciary constitutes the legal reason for both the transfer of the immovable property of the believer to the believer and the return debt of the believer. In this sense, the contract of fiduciary gives both parties a right to claim the transfer of the immovable. First of all, if the believer does not fulfill the transfer debt, the case that should be filed is the case of enforcement to register in the land registry. In addition, if the believer does not fulfill his obligation to return the immovable property or transfers it to a third party, it is possible for the believer to file a lawsuit to force registration. However, with the belief contract, it has legal powers that exceed the believed target. So much so that even if it is prohibited by contract, it can transfer the right of ownership on the immovable or limit it with the same right. In this case, it should be determined whether the believer can demand the return of the immovable. However, this issue is subject to different evaluations in doctrine and judicial practice. In this study, whether the believer can file a case of enforcement to register in the land registry in such cases is evaluated by taking into account the practice of the Supreme Court of Appeal.

I. İNANÇLI İŞLEM

A. GENEL OLARAK

İnançlı işlem (*fiduziarisches Rechtsgeschäft*) inananın, malvarlığına dahil bir mal veya hakkı borcuna teminat göstermek veya onun idare olunması için inanılana kazandırdığı, inanılanın ise tekrar devretme yükümlülüğü altına girdiği işlemdir¹. Görüldüğü üzere inanca işlem ile inanan bir mal veya hakkı, geri almak üzere devretmektedir. Bu bağlamda inanca işlemleri, saf (*yönetme amaçlı*) (*reine fiduziarische Rechtsgeschäfte*) inanca işlemler ve karma (*teminat amaçlı*) (*gemischte fiduziarische Rechtsgeschäfte*) inanca işlemler olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Bunlardan saf inanca işlemler, alacağın tahsili gibi inanan yararına ya-

¹ Tanım için bkz. Walter Fellmann, *Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK- Berner Kommentar* (Bern: Stämpfli, 1992), Art. 394 OR Rn. 57; Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (Hrsg.), *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Zürich: Schulthess, 2016), CHK-Arnet, Art. 641 ZGB, Rn. 27; Regina E. , Aebi-Müller und Christoph Müller (Hrsg.), *Art. 1-18 OR Mit Allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar* (Bern: Stämpfli, 2018), BK-Müller, Art. 18 Rn. 409; Thomas Heidel, Rainer Hüßtege, Heinz Peter Mansel und Ulrich Noack (Hrsg.), *BGB Allgemeiner Teil / EGBGB, Nomos Kommentar* (DeutscherAnwaltVerein, 2021), NK-BGB/ Markus/Stoffels, §164 Rn. 20; Claire Huguenin und Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR Reihe CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Zürich: Schulthess, 2016), CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12; Heinrich Honsell, "Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs", *recht 73* (1993), 73; Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (München: C.H. Beck, 2020), MüKo-BGB/ Leider, §1191 Rn. 17; Leo Gerstle, *Das Reine Treuhandgeschäft im Schweizerischen Privatrecht*, (Bern: Stämpfli, 1917), 34; Friedrich Gubler, *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach Schweizerischem Recht*, (Aarau: H. R. Sauerländer, 1940), 157; Rolf Keller, *Das Fiduziarische Rechtsgeschäft im Schweizerischen Zivilrecht*, (Bern 1944), 7; Peter Jäggi und Peter Gauch, *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b Enthaltend Kommentar zu Art. 18 OR* (Zürich: Schulthess, 1980), Art. 18 Rn. 178; Karl Otfinger, *Von Der Eigentumsübertragung An Fahrnis* (Bern: Stämpfli, 1933), 70; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. C. II* (İstanbul: Vedat, 2010), 543; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2021), 435; Tufan Öğüz, "İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi", *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı: 1-2 (2005), 121; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2021), 423; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 229; İhsan Özmen, *Muvazaa Davaları (Tarf Muvazaası, Muris Muvazaası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-İ Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları): Doktrin Yargıtay Kararları* (Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993), 439; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Seçkin, 2019), 361; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 402; Nalan Kahveci, "İnançlı İşlemlerde El ve İşbirliği ile Hareket Kavramı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1 (2021), 259; Hüseyin Altaş ve Leyla Müjde Kurt, "İnançlı İşlemler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2 Sa. 2 (2011), 2; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti* (Ankara: Seçkin, 2020), 177. "Bilindiği üzere inananın, bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak maksadıyla inanılana kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işleme inanca işlem denir, işlem ile inanan, inanılana bir hakkı belirli bir tarz ve amaçla kullanmak ve sonra da bu amaç gerçekleşince iade etmek üzere devreder." Bkz. YHGK 4.10.2006, E. 2006/14-560, K. 2006/616 (KBİBB, 818 m.1).

pılan işlemlerdir. Karma inançlı işlemler ise genellikle inanılanın yararına yapılır. Mülkiyet veya alacağın teminat maksadıyla devri işlemleri, karma inançlı işlem olarak nitelendirilebilir².

B. UNSURLARI

1. İnanç Sözleşmesi

İnançlı işlem hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işleminden oluşmaktadır³. Bu bağlamda, inançlı işlemin unsurlarını inanç anlaşması (*fiduziarische Vereinbarung*) ve sözleşme konusu mal veya hakkın devri oluşturur. Bunlardan inanç sözleşmesi alacak ve taşınır veya taşınmaz üzerindeki mülkiyetin devrinin hukukî sebebinin oluşturduğu borçlandırıcı işlemdir⁴. İnanç sözleşmesinin taraflarını inanan (*Fiduziant-Treugeber*) ve inanılan (*Fiduziar-Treuhänder*) oluşturmaktadır⁵. İnanan mal üzerindeki mülkiyeti veya alacak hakkını iade edileceğine güvenerek devreden kişidir. İnanılan ise bu devri kabul ederek mülkiyet veya alacak hakkını iade borcu ile kazanandır. Bu sözleşme ile inanan öncelikle taşınmazı inanılana devretme borcu altındadır. Ancak sözleşmede yer alan olgu gerçekleştiğinde inanan taşınmazın kendisine iadesini isteme yönünde bir alacak hakkı elde eder. İnanılan ise taşınmazı sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde kullanma, yararlanma, idare etme ve sonrasında inanana devretme borcu altındadır.

² İnançlı işlemin türleri için bkz. CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 13; Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (Hrsg.), *Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, BK-Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/1* (Bern: Stämpfli, 2010), BK-Zobl/ Thurnherr, Rn. 1354-1357; BK-Müller, Art. 18 Rn. 412-413; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 47-49; Pierre Walli, *Das Reine Fiduziarische Rechtsgeschäft* (Zürich: Schulthess, 1969), 19- 20; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 544-545; Eren, *Genel Hükümler*, 424; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 1.* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 368; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 446 vd.; Antalya, *Cilt: VII/1*, 363-364; Eren, *Mülkiyet*, 230; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 360; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 260-261; Altaş/ Kurt, *İnançlı İşlem*, 7-9; Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), 39 vd.; Şafak Parlak Börü, "Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemler Devri", *TBB Dergisi*, Sa. 128 (2017), 241 vd.; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 179-180.

³ Urs Bertschinger, "Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten", *AJP*, 12 (1993), 1440; CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12.

⁴ BK-Müller, Art. 18 Rn. 411; Eren, *Genel Hükümler*, 425; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 255; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 120; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 367.

⁵ CHK-Arnet, Art. 641 ZGB, Rn. 27; BK-Müller, Art. 18 Rn. 409; NK-BGB/ Markus/ Stoffels, §164 Rn. 20; CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12; Viktor Müller, "Das Treuhandverhältnis Unter Berücksichtigung Aktueller Fragen Aus Dem Sachen- Und Zwangsvollstreckungsrecht", *ZBGR* (55/1974), 259; Jäggi/ Gauch, *Obligationenrecht*, Art. 18 Rn. 178. "İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye "inanan" adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de "inanılan" denir." YHGK 27.5.2021 E. 2017/1-1829, K. 2021/635(KBİBB, 6098/m.97; 818/m.81). Ayrıca bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197(KBİBB, 4721/m.1023). "Güvenen" ve "güvenilen" deyimlerine üstünlük tanınması yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 366.

İnanç sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle kendine özgü niteliği olan (sui generis) bir sözleşmedir⁶. Bu nedenle saf inanca işlemere vekâlet sözleşmesine; karma inanca işlemere ise vekâlet ve rehin sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanır⁷.

İnanç sözleşmesinde, tarafların hak ve borçları ile inanca işlemin sona erme sebeplerine, inanılanın devraldığı mal veya hakkı kullanma, yönetme ve iade şartlarına yer verilmektedir⁸. İnanılanın inanca işlem konusu taşınmaz üzerinde sahip olduğu yetkilerin detaylı bir şekilde belirlenmesi önemlidir⁹. Konusunu taşınmaz oluşturan inanca sözleşmesi tapu sicil müdürlüğü huzurunda yapılmalıdır¹⁰. Zira taşınmazın devrini konu alan sözleşmeler resmî şekle tabidir. Bu resmîyeti verecek makam ise tapu sicil müdürlüğüdür. Ancak uygulamada bazen tapu sicil müdürlükleri inanca işlemleri gerçekleştirmekten imtina etmektedir¹¹. Bu nedenle inanca

⁶ Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 35, 61; Eren, *Genel Hükümler*, 426; Antalya, *Cilt: V/I, I*, 366; Kahveci, *Ei ve İşbirliği*, 264; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 101; Ahu Ayanoğlu Morali, "Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler", *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi*, (2006), 115-116; Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri", *IÜHFMC*. LVII, Sa. 1-2 (1999), 274; Eren, *Mülkiyet*, 232; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 441; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 5; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 256; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 360; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 180; Özgür Güvenç, *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri* (Ankara: Yetkin, 2014), 151. Vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Georg Gautschi, *Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der Einfache Auftrag Art. 394-406 OR* (Bern: Stämpfli, 1960), Art. 394 OR Rn. 13a. Karş. Jäggi/ Gauch, *Obligationenrecht*, Art. 18 Rn. 179.

⁷ Özmen, *Muvazaa Davaları*, 442; Kahveci, *Ei ve İşbirliği*, 264. Benzer şekilde bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", *MHB Yıl 19-20* (1999-2000), 676.

⁸ Sözleşmenin içeriği hakkında bkz. CHK-Arnet, Art. 641 ZGB, Rn. 27; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 61; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 658; Eren, *Genel Hükümler*, 424; Eren, *Mülkiyet*, 230; Kahveci, *Ei ve İşbirliği*, 263; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 99; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 4; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 180; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 360. "İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inanca muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inananın geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir." Bkz. Y1.HD. 23.2.2022, E. 2022/626, K. 2022/1453 (KBİBB). Aynı yönde bkz. Bkz. Y1.HD. 1.12.2021, E. 2020/3947, K. 2021/7397 (KBİBB, 6098/m.97; 4721/m.1023); Y1. HD. 7.10.2004, E. 2004/8810, K. 2004/10850 (KBİBB, 1086/m.290; 818/m.18,81).

⁹ "... taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inanca işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inananın iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de TBK'nın 26 ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır." Bkz. Y1. HD. 1.12.2021, E. 2020/3947, K. 2021/7397 (KBİBB, 6098/m.97; 4721/m.1023).

¹⁰ Müller, *Treuhandverhältnis*, 272; BK-Müller, Art. 18 Rn. 417; Ögüz, *İnançlı Temlik*, 125-127; Eren, *Genel Hükümler*, 425; Kahveci, *Ei ve İşbirliği*, 265; Eren, *Mülkiyet*, 231; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 402; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 187-188; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 361; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 255; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 179.

¹¹ "Ancak, Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemleri tapu müdürlüklerinde resmî şekilde yapılabilmektedir. Bu nedenle taşınmaz mülkiyetinin nakli tapuda inanca temlik yoluyla yapılamamaktadır. Bu durum da taşınmazların inanca devrinin muvazaa ile karıştırılmasına neden olmakta ve pek çok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Hak sahipleri, taşınmazı inanca olarak dev-

işlemi konu alan sözleşmelerin satış veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapıldığını görmekteyiz¹². Bu durumda taşınmazın mülkiyetinin devrini konu alan inanç sözleşmeleri resmi şekilde yapılmadığı için; tapu sicil müdürlüğünde yapılan görünürdeki satış veya satış vaadi sözleşmeleri ise tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için geçersizdir. Dolayısıyla inanan taşınmazın mülkiyetini inanılana devretmek zorunda değildir. İnanılan ise taşınmazın mülkiyeti kendisine devredilmediği için inanana karşı tescile zorlama davası açamaz (TMK m.716). Zira bu davanın açılabilmesi için geçerli bir hukukî sebep bulunmalıdır¹³. Doktrinde ileri sürülen bir görüş¹⁴ ise tarafların aslında inançlı işlem yaptıklarının düzenlenen senetten açıkça anlaşıldığı; ancak nitelendirmenin farklı yapıldığı durumlarda, şekle aykırılığın olmadığını haklı olarak ifade etmektedir. Öyle ki, taraflar yanlışlıkla satış sözleşmesini yasal sebep olarak gösterirlerse, gerçekten amaçlanan inançlı işlem belgelenmediği için mülkiyetin devri geçersiz olmamalıdır. Ancak taraflar aldatma kastıyla hareket ederek hukukî sebebi satış sözleşmesi olarak belirtirlerse, muvazaa söz konusu olur. Dolayısıyla da gerçekten amaçlanan inanç sözleşmesi şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğundan mülkiyet de devredilmez. Tüm bunlarla birlikte inanan inanç sözleşmesi şekle aykırı olmasına rağmen, taşınmazı devretmiş olabilir. Bu halde sözleşmede yer alan olgu gerçekleşmiş yani edim sırası inanılana gelmişse inanılanın şekle aykırılığı ileri sürmesi, TMK m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁵. Dolayısıyla inanç sözleşmesi tapu sicil müdürlüğünde yapılmasa dahi geçerli kabul edilir. Taşınmazı iade yükümlülüğünü yerine getirmeyen inanılana karşı ise tescile zorlama davası açılabilir.

Yargıtay, taşınmazın mülkiyetinin devrini konu alan inançlı işlemlerin şekle aykırı şekilde yapılmasını; genellikle de kazanma sebebinin tapuda satış işlemi olarak gösterilmesini hukukî sebebin geçerliliği bağlamında incelemektedir.

retmek istemelerine rağmen tapu müdürlüklerinin bu işlemi yapamaması nedeniyle taraflar tapuda işlemi genellikle satış sözleşmesi şeklinde yapmakta, gerçek iradelerini yansıtan ve gizli işlem olarak gözüken inanç sözleşmesi ise şekil şartını taşımadığından taşınmazların inanç sözleşmesiyle devri mümkün olmamaktadır." Bkz. YHGK 27.5.2021, E. 2017/1-1829, K. 2021/635 (KBİBB, 6098/m.97; 818/m.81).

¹² "Davalı vekili ise, satış vaadi sözleşmesinin aslında teminat sözleşmesi olduğunu, davacının bu sözleşmeye dayanarak tescil isteyemeyeceğini ve davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Savunmada ileri sürüldüğü veçhile, gerçekten sözleşmede, 1759 (yeni 2598) ada 85 parselde mufis şirkete ait 494/4220 payın 2252370 pay itibarıyla 815160 payının 815160 lira karşılığında davacı şirkete satış vaadine ilişkindir. Sözleşmede, satış bedelinin borca mahsup edildiği belirtilmiştir. Sonradan davacı vekilinin inkarına rağmen dava dilekçesine delil olarak eklenen ve varlığı kabul edilen protokolün 4. maddesinde üç ay içerisinde borç tamamen ödendiğinde taşınmazın aynen iade edileceği öngörülmüş, 6. maddede ise satıcı şirket temsilcileri borcu şahsen ödemeyi tekeffül etmişlerdir. **Dosya kapsamı, toplanan deliller, taraflar arasındaki ilişki, borcun doğumu ve miktarı, satış vaadi sözleşmesi ile protokol münderecatı ve aralarındaki bağlantı, satış vaadi sözleşmesinin aslında bir teminat sözleşmesi olduğunu göstermektedir.**" Bkz. Y14. HD. 22.3.1983, E. 1982/7405, K. 1983/2257 (KBİBB).

¹³ Tescile zorlama davasının şartları için bkz. aşa. II, B.

¹⁴ BK-Müller, Art. 18 Rn. 417.

¹⁵ Öğüz, *İnançlı Temlik*, 127.

Aksine bu konuyu daha çok ispat sorunu olarak ele almaktadır¹⁶. Öyle ki, inanç sözleşmesinin şeklinde yaşanan sorunu aşmak adına sözleşmenin varlığının yazılı delil ile ispat edileceği söylenmektedir¹⁷. Yargıtay'a göre davacı yazılı bir delilin olmaması halinde delil başlangıcından yararlanabilir¹⁸. Yazılı delil başlangıcı da ibraz edilemiyorsa yemin deliline başvurulabilir¹⁹. Yargıtay'ın bu kararları uygu-

¹⁶ "İnançlı işlemi doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, ispatı hakkında da kanunlarımızda bir hüküm yer almış değildir. İnançlı işlemin ana unsurları, inanç sözleşmesi ve kazandırıcı işlem (hakkın devri işlemi) nasıl özel bir şekle bağlı değilse, inançlı işlemin ispatında da, kural olarak özel bir biçim koşulunun aranmaması, inançlı işlemin ispatında genel hükümlerin uygulanması gerekir (Özkaya, E. ; İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 6. Baskı, sayfa 61). Diğer taraftan, **inanç sözleşmesinin yazılı olması koşulu bir geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır. İnançlı işlemin yazılı delilini inanç sözleşmesi oluşturmaktadır. Kazandırıcı işlem resmi şekilde yapılırsa dahi inanç sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekli olmayıp sadece yazılı yapılması zorunlu ve yeterlidir.** Nitekim bu husus yukarıda etraflıca açıklandığı üzere 05.02.1947 tarih ve 20/6 Sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da belirtilmiştir. Öteki deyişle, tapulu taşınmazın inançlı işleme temlikinde, inançlı işlemin yazılı biçimde yapılması gerekli ve yeterli olup yazılı şeklin bir ispat koşulu olduğu 05.02.1947 tarih, 20/6 Sayılı İnançları Birleştirme Kararının gereğidir." Bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023).

¹⁷ "İçtihadı Birleştirme kararının sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirdiği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların veya inanılanın imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılmaz. **05.02.1947 tarihli 20/6 Sayılı İnançları Birleştirme kararı uyarınca, inançlı işleme dayalı iddianın, şekle bağlı olmayan yazılı delille kanıtlanması gerekeceği kuşkusuzdur. Şayet, ispat külfeti kendisinde olan tarafın yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışmalar gibi birtakım belgeler var ise bunların delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın her türlü delille kanıtlanmasının olanaklı hale geleceği sabittir. Şayet, delil başlangıcı sayılacak böylesi bir olgu da bulunmuyor ise iddia sahibinin son başvuracağı delilin karşı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğu da şüphesizdir.**" Bkz. Y1. HD. 1.12.2021, E. 2020/3947, K. 2021/7397 (KBİBB, 6098/m.97; 4721/m.1023). Yazılı bir delilin gerektiği noktasında bkz. Ayrıca bkz. Y1. HD. 15.4.2002, E. 2002/4009, K. 2002/4768 (KBİBB, 818/m.81); Y1. HD., E. 2004/8810 K. 2004/10850 T. 7.10.2004 (KBİBB, 1086/m.290; 818/m.18,81). "Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenmiş belgenin inanç sözleşmesi olduğu, **tarihinin tapu devrinden sonraya ilişkin bulunmasının sonuca etkili olmadığı, dolayısı ile ispat vasıtası olarak ileri sürülmesinde bir engel bulunmadığı kabul edilerek, dosyada mevcut deliller doğrultusunda çekişmenin esasının incelenerek bir hüküm kurulması gerekir.**" Bkz. YHGK 14.7.2010, E. 2010/14-394, K. 2010/395 (KBİBB, 818/ m.18). Aynı yönde bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023).

¹⁸ "Yargısal uygulamayla, son derece sınırlı olmakla birlikte yazılı delil başlangıcının mevcudiyeti halinde tanık dinleme olanağının bulunduğu da düşünülebilir. Ancak yazılı delil başlangıcı kabul edilecek belgenin HUMK'un 292. maddesinde görüldüğü gibi, **akte taraf olanların imzasını taşıması ya da onların eli ürünü olması zorunludur.** Mahkemece, hükme dayanak yapıldığı anlaşılan ve davacı O. A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı M. H. K. ile dava dışı C. Ö. arasında düzenlenen 29.3.1995 tarihli belgede, yukarıda ifade edildiği şekilde inançlı işleme taraf olduğu belirtilen davalı Salih'in imzası bulunmadığı açıktır. Diğer taraftan 25.12.1995 ve 25.5.1997 tarihini taşıyan ödeme belgesi nitelikli çeklerin ve sunulan diğer belgelerin inanç sözleşmesine dair düzenledikleri de anlaşılammaktadır. Öyle ise davada dayanan hukuki sebep yönünden yazılı delil başlangıcının varlığı da kabul edilemez." Bkz. Y1. HD. 8.2.2005, E. 2004/13766, K. 2005/986 (KBİBB, 818/m.18, 19, 20, 81; 1086/m.292; 4721/m.788).

¹⁹ "Davacılar, dava konusu taşınmazların ve aracın elde ettikleri ortak kazançla alındığını, ancak tapunun geleneksel nedenlerle, aile büyüğü olan davalı adına oluşturulduğunu ileri sürerek taşınmazlar ve araçta kendi payları oranında davalı payının iptali ile adlarına tescilini talep etmişlerdir.

lamanın ihtiyaçlarına cevap verdiği, haksızlıkları önleme bakımından daha etkili olduğu gerekçesiyle desteklenmektedir²⁰. Ancak bu sorunun çözümünde isabetli olan yöntem şekil şartına ilişkin var olan kuralları değiştirmek yerine tapu sicil müdürlüklerinin uygulamasına yön vermektir²¹. Aksi halde zorlama ve hukuk kurallarımızla bağdaşmayan bir çözümde ısrar edilmiş olur²².

2. Devir

Devir inançlı işlem konusu mal veya hakkın inananın inanılana devrini sağladığı için tasarruf işlemi niteliğindedir. Tasarruf işleminin nasıl gerçekleşeceği inançlı işlemin konusuna göre farklılık arz eder. Öyle ki, taşınmazda tescil talebi ve tescil, taşınırda aynı sözleşme ve teslim, alacakta ise temlik ile devir gerçekleşir²³. Taşınmazın konu olduğu inançlı işlemlerde de inanan tescil talebinde bulunarak taşınmazın mülkiyetini inanılana devredebilir.

C. HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Taşınmazın Mülkiyetinin İnanan Tarafından Devredilmesi ve İnanılanına Geçmesi

İnananın inanç sözleşmesinden doğan ilk borcu, mal veya hakkı sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde inanılana devretmektir. Devir borcunun yerine getirilmesiyle birlikte inanılan taşınır ve taşınmaz malın tam maliki, alacağın tam sahibi olur²⁴. Buna tam hak kazanma teorisi (*Die Theorie des vollen Rechtserwerbs*) de-

İnanç sözleşmeleri ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Yazılı delil bulunmamakla birlikte yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belgenin var olması halinde, inanç sözleşmesinin tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Somut olayda, davacı taraf yazılı bir delil ibraz edemediği gibi, yazılı delil başlangıcı teşkil edebilecek bir belge de sunmamışlardır. Mahkemeye, davacıların yemin deliline de dayandıkları gözetilerek, yemin delilinin hatırlatılması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekir." Bkz. Y14. HD. 24.2.2004, E. 2003/8686, K. 2004/1141 (KBİBB, 1086/m.287,292; 818/m.18,19). Ayrıca bkz. YHGK 23.11.2021, E. 2018/14-582, K. 2021/1470 T. (KBİBB); YHGK 27.5.2021, E. 2017/1-1829, K. 2021/635 (KBİBB, 6098/m.97; 818/m.81).

²⁰ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 377.

²¹ Öğüz, *İnançlı Temlik*, 127; Ayanoğlu Moralı, *İnançlı İşlem*, 201-202.

²² Antalya, *Cilt: V/I, I*, 365.

²³ Eren, s 426; Eren, *Mülkiyet*, 232; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 442-443; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 181.

²⁴ Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (Hrsg.), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar*, (Zürich: Schulthess, 2016), OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 18 OR Rn. 21; Fellmann, *Einfache Auftrag*, Art. 394 OR Rn. 57; Andreas Furrer und Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Zurich: Schulthess, 2016), CHK-Kut, Art. 18 OR, Rn. 31; BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; CHK-Arnet, Art. 641 ZGB, Rn. 27; CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12; Honsell, *Treuhand*, 73; Bertschinger, *Konkurs*, 1440; Müller, *Treuhandverhältnis*, 264; NK-BGB/ Markus/ Stoffels, §164 Rn. 21; MüKo-BGB/ Leider, §1191 Rn. 17; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 157, 164; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 58, 62; Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR 42a; Oftinger, *Eigentumsübertragung*, 70; Jäggi/ Gauch, *Obligationenrecht*, Art. 18 Rn. 189-190; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 366; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 121; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 547; Oktay Özdemir, *Teminat Amaçlı Alacak Devri*, 267; Eren, *Genel Hükümler*, 426; Saibe

nir²⁵. Taşınmazı konu alan inanç sözleşmelerinde inanan taşınmazın mülkiyetini inanılana devrettikten sonra kendisinin aynı bir hakkı kalmaz. Bu nedenle, inançlı işleme konu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının iç-dış mülkiyet; şekli-maddî veya ekonomik-hukukî olarak farklı ayrımlara tabi tutulması reddedilmektedir²⁶.

İnanılan inançlı işlem konusu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının verdiği tüm yetkileri kullanabilir. Taşınmazın doğal veya hukukî ürünlerini elde edebilir²⁷. Öyle ki, tarladan elde ettiği mahsulü tüketebilir veya satabilir ya da taşınmazı kiraya verebilir. Taşınmazın şekil veya biçimini değiştirebilir. Örneğin, inançlı işlem konusu taşınmaz bir arsa ise üzerinde bina inşa etmesinde hukuken engel bulunmamaktadır. Taşınmazın maliki inanılan olduğu için ölümü halinde taşınmaz terekeye dahil olur. Mülkiyet hakkı da mirasçılara geçer. Öte yandan, inanılanın bu taşınmazı başkasına devretmesinde hukuken bir engelde bulunmamaktadır²⁸.

İnanılan inananın taşınmazı kendisine devri ile mülkiyet hakkını kazansa da bu hakkın sağladığı yetkiler sınırsız değildir. Aksine söz konusu hak ve yetkiler, inanç sözleşmesi ile sınırlanmaktadır²⁹. Şöyle ki, inanılan inanç sözleşmesi süresince inanan aleyhine hareket etmemelidir. Ayrıca iade borcunu inanç anlaşmasına uygun yerine getirebilmek adına taşınmazı başkasına devretmemeli; taşınmaz üzerinde rehin veya diğer bir sınırlı aynı hak tesis etmemelidir³⁰. Ancak

Oktay Özdemir, "Yargıtay'ın MK m.1023'ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, C.1: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), 216; Eren, *Mülkiyet*, 233; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 17; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 171, 173; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 154; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 256; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 181. "Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inananarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez." Bkz. Y1. HD. 8.2.2005, E. 2004/13766, K. 2005/986 (KBİBB, 818/m.18, 19, 20, 81; 1086/m.292; 4721/m.788); YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254 K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023); Y1. HD. 19.2.2015, E. 2014/2672, K. 2015/2467 (KBİBB).

²⁵ BK-Zobl/ Thurnherr, Rn. 1360; Müller, *Treuhandverhältnis*, 264; BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 57 vd.; Jäggli/ Gauch, *Obligationenrecht*, Art. 18 Rn. 189; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 547; Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR Rn. 6d; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 451; Eren, *Genel Hükümler*, 426; Oktay Özdemir, *Teminat Amaçlı Alacak Devri*, 283; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 279; Eren, *Mülkiyet*, 233; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 171 vd.; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 261. Aksi yönde bkz. Gerstle, *Reine Treuhandgeschäft*, 144.

²⁶ BK-Zobl/ Thurnherr, Rn. 1360; Müller, *Treuhandverhältnis*, 264.

²⁷ İnanan TMK m.947 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda ürünlerin iadesini talep edebilir. Bkz. Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 680.

²⁸ BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Gerstle, *Reine Treuhandgeschäft*, 65; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 165; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR Rn. 45b; Oftinger, *Eigentumsübertragung*, 71, 72; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 369; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 551; Ögüz, *İnançlı Temlik*, 122; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 173, 179; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 668; Antalya, *Cilt: VII, I*, 366; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 450; Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 216; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 267.

²⁹ Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 157; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 59.

³⁰ BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Ögüz, *İnançlı Temlik*, 121; Eren, *Genel Hükümler*, 426; Eren, *Mülkiyet*, 233; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 251; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 17; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 181.

bu sınırlamalar mülkiyet hakkının özünü sınırlamamakta; inanılana borç olarak yüklenmektedir³¹. Bu nedenle inanılan inanc sözleşmesine uygun davranmaz ise borca aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu doğabilir (TBK m.112)³². Tarafların inanc sözleşmesinde inanılanın sözleşmeye aykırı bu davranışının yaptırımını belirlemeleri mümkündür³³.

2. İnanılanın Taşınmazı İade Borcu

İnançlı işlemin karakteristik özelliği inanılanın taşınmazın mülkiyetini iade yükümlülüğü ile kazanmasıdır³⁴. Bu iade yükümlülüğü sözleşmede belirlenen koşulların gerçekleşmesiyle meydana gelir³⁵. Sözleşmede belirlenen olay, çoğu zaman teminat amaçlı inancılı işlemlerde olduğu üzere inananın inanılana olan borcunu ifa etmesidir. Yine inananın borcunu teminat altına aldığı inancılı işlemler borcun ifa dışında sona erdiği diğer hallerde de inanılan taşınmazı iade ile yükümlüdür. Öte yandan, inanılanın taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının süreye bağlanması da söz konusu olabilir³⁶.

Sözleşmede öngörülen olay gerçekleşmez; örneğin inanan, inanc anlaşması ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmezse inanılan taşınmazı devretmek zorunda olmaz. Buna rağmen devir talebinde bulunan inananın karşı ödemezlik defileri sürebilir (TBK m.97). Hatta bu durumda sözleşmede kararlaştırıldığı üzere inanılanın eşyayı iade borcu sona erebilir³⁷. Yargıtay'a göre inancılı işleme konu taşınmazın iadesi için açılan davada borçlu inananın edimini yerine getirmesi için TBK m.97 gereğince süre verilmelidir. Borç süre içerisinde ödendiği takdirde dava kabul edilmeli ve taşınmazın inananın iadesine karar verilmelidir. Aksi halde davanın reddi gerekir³⁸.

³¹ BK-Müller, Art. 18 Rn. 415; MüKo-BGB/ Leider, §1191 Rn. 17; Fellmann, *Einfache Auftrag*, Art. 394 OR Rn. 57; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 165; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 64; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 366; Özsunay, *İnancılı Muameleler*, 172; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 449.

³² Ögüz, *İnancılı Temlik*, 121; Ayanoğlu Morali, *İnancılı İşlem*, 155, 251; Eren, *Mülkiyet*, 233.

³³ Aynı yönde bkz. Y1. HD., E. 2022/626 K. 2022/1453 T. 23.2.2022 (KBİBB); Y1. HD., E. 2004/13766 K. 2005/986 T. 8.2.2005 (KBİBB, 818/m.18, 19, 20, 81; 1086/m.292; 4721/m.788); YHGK, E. 2017/1-1254 K. 2019/1197 T. 14.11.2019 (KBİBB, 4721/m.1023).

³⁴ CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12; Fellmann, *Einfache Auftrag*, Art. 394 OR Rn. 57.

³⁵ Fellmann, *Einfache Auftrag*, Art. 394 OR Rn. 57; Ögüz, *İnancılı Temlik*, 121, 128; Özsunay, *İnancılı Muameleler*, 187; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 265.

³⁶ NK-BGB/ Markus/ Stoffels, §164 Rn. 21; Özsunay, *İnancılı Muameleler*, 187.

³⁷ Ögüz, *İnancılı Temlik*, 122. "İnanc sözleşmesine ve buna bağlı işleme alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi "ifa uğruna edim" olarak kendisinde alıkoymayacağı gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur." Bkz. Y1. HD. 8.2.2005, E. 2004/13766, K. 2005/986 (KBİBB, 818/m.18, 19, 20, 81; 1086/m.292; 4721/m.788).

³⁸ "Somut olaya gelince; tarafların 9.4.1994 tarihinde düzenledikleri protokol ile davalının davacıya 2 yıl vadeli aylık %4 faizle 500.000 dolar vereceğinin, teminat olarak da davalıya 750.000 dolarlık çek ile 18 no.lu parsel ve 19 no.lu parselin 1 ve 2 no.lu meskenlerinin devrinin kararlaştırıldığı, nitelik anılan taşınmazların 22.4.1994 tarihinde satış suretiyle davalıya aktarıldığı kayden sabittir

Teminat amaçlı yapılan inanca işlemde inanan borcunu ödemediği takdirde inanan taşınmazı paraya çevirerek alacağını elde edebilir. Burada paraya çevirme usulünün nasıl olması gerektiği sözleşme ile belirlenebilir³⁹. Böyle bir belirleme olmadığı takdirde inanan özel satış yoluyla taşınmazın değerine başvurarak, elde ettiği meblağdan alacağını karşılayabilir⁴⁰. Taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen değer, alacak miktarından fazla ise bu miktar inana iade edilmelidir⁴¹. Belirtmek gerekir ki, inanca işlemlerde alacağı ödenmediği zaman inananın taşınmazı paraya çevirme zorunluluğu da bulunmamaktadır⁴². Ancak bu halde de alacak ile taşınmazın değeri arasındaki fiyat farkı inana verilmelidir⁴³. Aksi halde alacak ödenmediği takdirde taşınmazın inananına ait olacağına dair yapılan anlaşmalar lex commissoria yasağına aykırı olur⁴⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında inananın teminat için verilen şeyi ifa uğruna edim olarak uhdesinde tutabileceğinden veya satış bedelinden alacağını elde edebileceğinden bahsetmektedir⁴⁵. Öte yandan, taşınmazın paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen meblağ, alacağı karşılamaya yetmediği takdirde borçlu inanan hakkında genel haciz yoluyla takip yapılarak diğer malvarlığı değerlerine başvurulabilir⁴⁶.

II. TESCİLE ZORLAMA DAVASI

A. GENEL OLARAK

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması devren-aslen kazanma veya tescille-tescilsiz (*tescilden önce*) kazanma olarak farklı ayrımlara tabi tutulabilir. Bunlardan devren kazanma, mülkiyet hakkının bir kişiden diğer bir kişiye geçmesini ifade

ve 9.4.1994 günlü protokolünde inanca işlemin yazılı delili olduğu kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, borcu ödemesi için davacıya Borçlar Yasasının 81. maddesi uyarınca önel verilmesi, borç ödendiği takdirde davanın kabul edilmesi aksi halde davanın reddedilmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirme ile yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir." Bkz. Y1. HD. 15.4.2002, E. 2002/4009, K. 2002/4768 (KBİBB, 818/ m.81). Aynı yönde bkz. YHGK 27.5.2021, E. 2017/1-1829, K. 2021/635 (KBİBB, 6098/m.97; 818/m.81).

³⁹ Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 681; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 18; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 261.

⁴⁰ Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 681; Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 215.

⁴¹ Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 249; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 18; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 261.

⁴² Oktay Özdemir, *Teminat Amaçlı Alacak Devri*, 267.

⁴³ Oktay Özdemir, *Teminat Amaçlı Alacak Devri*, 267; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 681.

⁴⁴ Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 681.

⁴⁵ "İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi "ifa uğruna edim" olarak kendisinde alıko-yabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satış satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur." YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023).

⁴⁶ Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 246, 259. Yazara göre teminat amaçlı yapılan inanca işlemlerde aksi kararlaştırılmamışsa taşınmaz paraya çevrilmeden borçlu olan inananın kişisel sorumluluğuna gidilemez. Bkz. Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 259-262.

eder⁴⁷. Aslen kazanmada ise hakkı kazanan kişinin fiiline veya kanunda sayılan sebeplere dayalı olarak mülkiyet hakkı kazanılmaktadır⁴⁸. Ancak her iki kazanma türünde de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ya tescille ya da tescilden önce elde edilir. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında asıl olan ise tescille kazanmadır. Zira aynı haklar kütüğe tescil ile doğar (TMK m.1022; TMK m.705). Tescil, tapu memuruna yönelik süreye veya şarta bağlanamayan tek taraflı bir hukukî işlemdir⁴⁹. Aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescil tasarruf işlemi oluşturur⁵⁰.

İnanç sözleşmesi gereğince inanılan veya inananın işleme konu taşınmazın mülkiyetini tekrar kazanması tescille olur. Bunun için devir borcu için inanan; iade içinse inanılan tarafından tapu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talebinde bulunulmalıdır (TMK m.1013). Tescilin yapılması ile birlikte diğer taraf mülkiyet hakkını kazanır. Ancak malik tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa, alacaklı mahkemeye başvurarak mülkiyetin kendisine hükmen geçirilmesi istenebilir (TMK m.716). Bu dava doktrinde tescile zorlama (*ferağa icbar*) veya tescil davası⁵¹ olarak nitelendirilmektedir. Hukukî dayanağını ise TMK m.716'dan almaktadır. Tescile zorlama davası, sebepsiz zenginleşmeye, vekâletsiz iş görme veya haksız fiile dayalı aynen tazminin talep edildiği hallerde de açılabilir⁵².

Uygulamada TMK m.716'ya dayanarak açılacak dava çoğu zaman tapu iptal ve tescil davası olarak ifade edilmektedir. Tapu iptal ve tescil davası, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemektedir. Yargıtay kararlarında ise tapu iptal ve tescil davası, hem tescile zorlama (TMK m.716)⁵³ hem de yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını (TMK m.1025)⁵⁴ ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu iki dava dayandıkları hukukî sebep açısından farklıdır. Öyle ki,

⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 406; Eren, *Mülkiyet*, 202; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 340.

⁴⁸ Eren, *Mülkiyet*, 202; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 406; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 340.

⁴⁹ Tanım için bkz. Eren, *Mülkiyet*, 206; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 342.

⁵⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378; Eren, *Mülkiyet*, 206.

⁵¹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378.

⁵² Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378.

⁵³ "Dava, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil, sonraki tarihli satış vaadi sözleşmesinin iptali, satış vaadi sözleşmesi şerhinin terkinini istemlerine ilişkindir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir." Bkz. Y7.HD 14.10.2021, E. 2021/6226, K. 2021/1921 (KBİBB, 818/m.22, 213; 4721/m.706, 716; 6100/m.114).

⁵⁴ "Dava, yüklenicinin temlikine dayalı tapu iptal ve tescil, ikinci aşamada dava konusu taşınmazın cebri icra yoluyla satılarak bedelinin davacıya ödenmesine ilişkindir. Olayda, dava konusu taşınmazın muvazaalı olarak davalılara devredildiği, tapudaki kaydın yolsuz tescil niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Yolsuz tescil olması nedeniyle de davalıların iyiniyet iddiası dinlenemeyecektir." Bkz. Y6.HD. 8.11.2021, E. 2021/2884, K. 2021/1308 (KBİBB, 4721/m.1023, 1025). Ayrıca bkz. Y1. HD. 26.10.2021, E. 2020/1768, K. 2021/6078 (KBİBB, 4721/m.1025).

tescile zorlama davası nisbi; yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ise aynı hakka dayanmaktadır. Bu nedenle çalışmada açılacak davanın tespitinde tapu iptal ve tescil davası terimi kullanılmamakta, açılacak davanın türü tescile zorlama davası olarak belirtilmektedir⁵⁵.

Tescile zorlama davasının hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Türk Hukuku'nda yer alan ağırlık görüşüne göre tescile zorlama davası eda davası niteliğindedir⁵⁶. Ancak mahkemeden alınan hüküm bir eda ilâmı olmayıp, yenilik doğuran karardır⁵⁷. Davacı hükmün kesinleşmesi ile taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kazanır (TMK m.716/2). Yeni malik, mahkeme kararını sunarak tapu sicil müdürlüğünden açıklayıcı tescilin yapılmasını talep edebilir (TMK m.1013/2)⁵⁸. Yazılı tescil talebi zamanaşımına tâbi olmadığı için davacı dilediği zaman tescil isteyebilir⁵⁹.

B. DAVANIN ŞARTLARI

Tescile zorlama davasının açılabilmesi için geçerli bir hukukî sebebe dayanarak mülkiyet hakkının devrinin istenmesine rağmen, malikin haklı sebep olmaksızın tescilden kaçınması gerekir. Bu bağlamda tescile zorlama davasının şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a. Özel mülkiyete tabi bir taşınmaz olmalıdır: Taşınmazın devredilmesinin yasak olduğu hallerde tescile zorlama davası açılmaz⁶⁰. Öyle ki, tescile zorlama davasının açılabilmesi için inanca işlem konusu taşınmazın, özel hukuka tabi bir taşınmaz olması gerekir. Bu bağlamda, arazi, bağımsız bölüm veya tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar, tescile zorlama davasının konusunu oluşturabilir. TMK m.715 anlamında devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar için tescile zorlama davası açılmaz⁶¹. Öte yandan, borçlunun taşınmazı devrederek edimini yerine getirme olanağının bulunmadığı durumlarda da tescile zorlama davası açılmaz⁶².

⁵⁵ Kapsamlı açıklama için bkz.

⁵⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469.

⁵⁷ Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, und Roland Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar* (Zürich: Schulthess, 2021), OFK-Kernen, Art. 665 ZGB Rn. 2; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469.

⁵⁸ OFK-Kernen, Art. 665 ZGB Rn. 2; CHK-Hitz, Art. 665 ZGB Rn. 5.

⁵⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 470. Ayrıca bkz. "Medeni Kanunu'nun 642. maddesi (TMK m.716) hükmünce alınmış olan ilamların ve bu arada şufa (önalım) hakkına ilişkin ilamların icrası her zaman istenebilir. Bu ilamlar konusunda iskatî müruruzaman (on yıllık zamanaşımı) hükümleri uygulanamaz." YİBK, 11.2.1959, E. 1958/10, K. 1959/12 (KBİBB, 743/m.633,642,658,659; 2004/m.39).

⁶⁰ Ahmet Arslan, *Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması* (Ankara: Yetkin, 2021), 98.

⁶¹ Arslan, *Tescile Zorlama*, 98.

⁶² "Davacı, tapu iptali ve tescil, ikinci kademedede tazminat talebinde bulunmuştur... Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı

b. Geçerli bir hukukî sebep bulunmalıdır: Tescile zorlama davasının açılabilmesi için öncelikle geçerli bir hukukî sebep olmalıdır⁶³. Öyle ki, kimse şekil veya içerik olarak geçersiz bir sebebe rağmen taşınmazın devre zorlanamaz⁶⁴. Buradaki hukukî sebep geçerli bir şekilde kurulmuş olan satış, trampa, bağışlama taahhüdü veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gibi borçlandırıcı bir işlem olabilir. Bu bağlamda öncelikle taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında inançlı işlemlerin geçerli bir hukukî sebep olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bir görüşe⁶⁵ göre inançlı işlem taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devri için bir hukukî sebep olarak kabul edilemez. Zira taşınmazın mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir işlemdir ve taraflar gerçekte mülkiyetin inanılana geçmesini istememektedir. Dolayısıyla inanç anlaşmasının varlığı mülkiyetin geçişinde bir engel teşkil eder. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16. maddesinin de inançlı işlemin geçerli bir sebep olarak kabulüne engel olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira bu hükme göre tescil, bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz (TST m.16/2). İnançlı işlemde zaten tescili kendiliğinden hükümsüz kılıcı veya bozucu bir durum yoktur. Öyle ki, inanç sözleşmesinde alacağın ödenmesi veya öngörülen amacın gerçekleşmesi halinde inanan taşınmazın iadesine yönelik sadece talep hakkına sahip olur. Aksine mülkiyet hiçbir zaman kendiliğinden inananın geçmemektedir. İnananın mülkiyet hakkını kazanabilmesi için inanılan mülkiyetin geçmesi için tescil talebinde bulunmalıdır⁶⁶. Bu nedenle doktrindeki ağırlık görüşü⁶⁷, inançlı iş-

bulunmalıdır. Davalılar ile davacı arasında dava konusu taşınmazdaki davalılara ait hisselerin devri konusunda satış vaadi sözleşmesi yapılmıştır. Dava konusu parsel imar uygulamasına tabi tutularak kapatılmıştır. Dava konusu satış vaadi sözleşmesi yapıldığı tarihte satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın tapuya kayıtlı olmadığı anlaşıldığından sözleşmenin ifa olanağı bulunmamaktadır. Satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı bulunmadığından tapu iptali ve tescil talebinin reddine karar verilmesi doğrudur. Satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı bulunmadığından davacının ikinci talebi olan tazminat talebi ile ilgili bir karar vermesi gerekir.” Bkz. Y14. HD. 13.3.2018, E. 2017/5812, K. 2018/1889 (KBİBB, 6098/m.29, 237; 4721/m.706, 716; 1512/m.89).

⁶³ CHK-Hitz, Art. 665 ZGB Rn. 6; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469; Arslan, *Tescile Zorlama*, 95.

⁶⁴ CHK-Hitz, Art. 665 ZGB Rn. 6. “*Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil, ikinci kademe tazminat istemine ilişkindir. Dava konusu bağımsız bölümün satışının vaad edildiği satış vaadi sözleşmesi adi nitelikli olup, resmi şekil koşuluna uygun olarak yapılmadığından mahkemece, tapu iptali ve tescil talebi yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür.*” Bkz. Y14. HD. 30.10.2019, E. 2018/5160, K. 2019/7190 (KBİBB, 4721/m.706,716; 818/m.22,213; 1512/m.89).

⁶⁵ Gerstle, *Reine Treuhandgeschäft*, 98; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 158. Gerstle'ye göre inanan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını kaybetmez. İnanılan ise taşınmaz üzerinde idare hakkına sahip olur. Bkz. Gerstle, *Reine Treuhandgeschäft*, 133-144.

⁶⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 436-438; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 665-666; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 375; Ögüz, *İnançlı Temlik*, 124-125; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 12-13; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 361; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 202 vd.; Güvenç, *İnançlı İşlem*, 128; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 258.

⁶⁷ CHK-Kut, Art. 18 OR, Rn. 31; CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. 394 OR, Rn. 12; BK-Zobl/ Thurnherr, Rn. 1303; Müller, *Treuhandverhältnis*, 269; BK-Müller, Art. 18 Rn. 417; Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR Rn. 42a; Oftinger, *Eigentumsübertragung*, 70 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay

lemi geçerli bir hukukî sebep olarak kabul etmektedir. Yargıtay ise yeni tarihli kararlarında istikrarlı bir şekilde inanca işlemleri geçerli bir hukukî sebep olarak kabul etmektedir⁶⁸.

Taşınmazın mülkiyetinin devrinde hukukî sebep geçersiz ise tescile zorlama davası açılmaz⁶⁹. Öyle ki, inanca sözleşmesi muvazaalı başka bir işlemin arkasına gizlenmişse veya herhangi bir tarafın ayırt etme gücü yoksa tescile zorlama davası açılmaz. Zira inanılan adına yapılan tescil gerçek hak durumunu yansıtmayan yolsuz bir tescildir. Bu nedenle yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılmalıdır. İnanca sözleşmesinin taşınmazın mülkiyetinin devrini konu aldığı için tapu sicil müdürlüğünde yapılması gerekir. Ancak inananın devir borcunu yerine getirdiği, örneğin teminat amacıyla yapılan inanca işlemlerde borcunu ödedikten sonra edim sırasının inanılana geçtiği hallerde şekle aykırılığın ileri sürülmesi TMK m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu halde şekle aykırı da olsa inanca sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açılabilir.

c. Haklı bir sebep olmaksızın malik tescil yapmaktan kaçınmalıdır: Devir borcu altında bulunan inanan veya inanılan taşınmazın devrinden haklı bir sebebe dayanarak kaçınıyorsa tescile zorlama davası açılmaz⁷⁰. Örneğin, zamanaşımı defii veya ödemezlik defii⁷¹ söz konusuysa, inanan veya inanılan tescilden kaçınabilir. Aynı şekilde edim imkânsızlık nedeniyle yerine getirilemiyorsa tescile zorlama davası açılmaz⁷².

Özdemir, *Eşya Hukuku*, 436; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 547; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 18 OR Rn. 21; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 28-29; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 81, 97; Güvenç, *İnançlı İşlem*, 129.

⁶⁸ "Bilindiği üzere Türk hukukunda inanca işlemleri doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak **uygulama ve öğretide, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 26. (mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 19.) maddesinde yer alan "sözleşme özgürlüğü" ilkesi kapsamında inanca sözleşmelerin düzenlenebileceği ve geçerliliği kabul edilmektedir.** İnanca sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inanca muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inananın geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. **Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukukî sebebinin teşkil eder.**" Bkz. YHGK 23.11.2021, E. 2018/14-582, K. 2021/1470 (KBİBB). Ayrıca bkz. Y1.HD. 8.2.2005, E. 2004/13766, K. 2005/986 (KBİBB, 818/m.18, 19, 20, 81; 1086/m.292; 4721/m.788); Y1.HD. 1.12.2021, E. 2020/3947 K. 2021/7397 (KBİBB, 6098/m.97; 4721/m.1023).

⁶⁹ CHK-Hitz, Art. 665 ZGB Rn. 6; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 415.

⁷⁰ OFK-Kernen, Art. 665 ZGB Rn. 2; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378; Arslan, *Tescile Zorlama*, 99.

⁷¹ "Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir... Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. Ancak, bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel Borçlar Kanununun 97. maddesi uyarınca depo ettirilmelidir." Bkz. Y14. HD. 4.6.2014, E. 2014/3514, K. 2014/7376 (KBİBB).

⁷² CHK-Hitz, Art. 665 ZGB Rn. 6.

d. *Devir borçlusunun dava açıldığı anda malik olması gerekir*: Dava açıldığı tarihte taşınmaza malik olan kimse, mülkiyeti devir borçlusu olmalıdır⁷³. Zira borç ilişkileri nisbi niteliktedir. Bu nedenle, hukukî ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı tescile zorlama davası açılamaz. Bu durumda inanan veya inanılan TBK m.112 uyarınca uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir⁷⁴. Ancak bu kural mutlak değildir. Şöyle ki, inanılan ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişki geçersiz de olabilir. Örneğin, borçlunun borcunu ifadan kaçınmak için taşınmazı üçüncü kişiye muvazaalı işlem ile devrettiği hallerde bu devir geçersizdir. Mülkiyet üçüncü kişiye geçmemiştir; inanılan hala maliktir. Bu nedenle, borçlu ve muvazaalı olarak taşınmazı devralan üçüncü kişi birlikte davalı olarak gösterilerek tescile zorlama davası açmak gerekir⁷⁵. Bu durum malik olmayan üçüncü kişiye karşı tescile zorlama davası açılabilmesinin istisnasını oluşturur.

III. TESCİLE ZORLAMA DAVASI AÇILABİLECEK HALLER

A. GENEL OLARAK

İnanç sözleşmesi hem inananın taşınmazı inanılana devrinin hem de inanılanın iade borcunun hukukî sebebinin teşkil eder. Bu anlamda inanç sözleşmesi her iki tarafa da taşınmazın devrini talep noktasında bir alacak hakkı tanır. Öncelikle inananın devir borcunu yerine getirmemesi halinde açılması gereken dava tescile zorlama davasıdır. Ayrıca inanılanın taşınmazı iade borcunu yerine getirmemesi veya üçüncü kişiye devretmesi halinde de inananın tescile zorlama davası açması mümkün olmaktadır.

⁷³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378-379; Arslan, *Tescile Zorlama*, 101.

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469; “Somut olayda; davacı satış vaadi sözleşmesine dayanmaktadır. Ne var ki, **vaat borçlusu ve mirasçılarının açıldığı tarihte taşınmazın maliki olmadığından aynen ifa imkansızlığı nedeniyle müspet zararı isteyebilir**. Mahkemece; ifanın imkansız hale geldiği tarih itibarıyla, taşınmazın rayiç değerinin bilirkişi marifetiyle tespiti ile belirlenen rayiç bedele hükmedilmesi gerekirken, yazılı ve yanılıgılı gerekçelerle; hukuken geçersiz sözleşmeler tasfiye edilirken uygulanan denkleştirici adalet kuralına göre hesaplanan miktara hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Y3. HD. 17.9.2013, E. 2013/10595, K. 2013/12801 (KBİBB, 818/m.20, 22; 4721/m.641, 699, 706).

⁷⁵ “Dava, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davalı taşınmazların yapılacağı arsayı ilgilili devrettiğini savunmuş bunun üzerine de davacı muvazaa iddiasında bulunmuştur. Öncelikle **davaya konu taşınmazların maliki olan ve bu taşınmazı muvazaalı olarak edindiği iddia edilen ile davacının temlik aldığı satış vaadi sözleşmesinin borçlusu olanın davada yer alması gerekir**. Bu sebeple mahkemece tapu kayıt maliki ve davacının temlik aldığı satış vaadi sözleşmesinin borçlusuna karşı dava açmak üzere davacıya süre verilmesi, dava açıldığı takdirde bu dava ile birleştirilmesi ve tarafların tüm delilleri toplanarak işin esasına yönelik bir karar verilmesi, dava açılmadığı takdirde ise davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Bkz. Y14. HD. 15.10.2018, E. 2016/3676, K. 2018/6702 (KBİBB, 6098/m.213; 818/m.22; 4721/m.706, 716). Ayrıca bkz. Y14. HD. 22.12.2020, E. 2019/3367, K. 2020/8693 (KBİBB, 818/m.22, 213; 4721/m.706, 716, 1023, 1024; 2644/m.26/5).

B. İNANAN VEYA İNANILANIN TAŞINMAZIN MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCUNU YERİNE GETİRMEMESİ

İnanan inanç sözleşmesinden doğan taşınmazın mülkiyetini devretme yükümlülüğünü yerine getirmezse, devir alacaklısı olan inanılan tescile zorlama davası açabilir. Böylelikle taşınmazın adına tescilini sağlayabilir (TMK m.716). Öte yandan, inanılanın inanç sözleşmesine dayanarak elde ettiği bu mülkiyet hakkı sonsuz değildir. Öyle ki, inanç sözleşmesinde kararlaştırılan amacın veya diğer bir olgunun gerçekleşmesi ya da sürenin dolmasıyla birlikte inanılan taşınmazı inanana iade etme borcu altına girer. Bu halde inanılan taşınmazın mülkiyetini devretmekten kaçınırsa borca aykırı hareket etmiş olur. İade yükümlülüğünü yerine getirmeyen inanılana karşı dava açılarak mülkiyetin devredilmesi istenebilir. İnananın açacağı bu dava TMK m.716'a dayanan tescile zorlama davasıdır⁷⁶. Zira inanç anlaşmasıyla birlikte inanan mülkiyet hakkını kaybettiği için istihkak davası açması mümkün değildir⁷⁷. İnanan, inanılanın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle TBK m.112'ye göre sorumluluğuna gidebilir⁷⁸. Bu halde inanılan sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalır.

C. TAŞINMAZIN İNANILAN TARAFINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE DEVREDİLMESİ

1. Yargı Kararlarındaki Durum

İnanç sözleşmesi ile inanılan hedefi aşan yasal yetkilere sahip olmaktadır⁷⁹. Öyle ki, sözleşmeyle yasaklanmış olsa dahi taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını devredebilir veya aynı hakla sınırlayabilir. Bu halde inananın taşınmazın iadesini isteyip isteyemeyeceği belirlenmelidir. Ancak bu konu doktrin ve yargı uygulamasında farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Öyle ki, Yargıtay vermiş olduğu kararlarında bazı durumlarda üçüncü kişinin taşınmazı iade ile yükümlü olacağını ifade etmektedir. Bu iade yükümlülüğünü ise inanılan ve inanılıandan taşınmazı devralan üçüncü kişinin el ve işbirliği içerisinde hareket etmesine da-

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 18. "İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanana (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana belirli şartlar gerçekleşince, kazandıranın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir." Bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 T. (KBİBB, 4721/m.1023).

⁷⁷ Eren, *Genel Hükümler*, 427; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 18; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 262; Eren, *Mülkiyet*, 233; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 182.

⁷⁸ BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Antalya, *Cilt: VII/I*, 366; Eren, *Genel Hükümler*, 427; Eren, *Mülkiyet*, 233; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 182.

⁷⁹ CHK-Arnet, Art. 641 ZGB Rn. 27; BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Bertschinger, *Konkurs*, 1440; Hon-sell, *Treuhand*, 73; BK-Zobl/ Thurnherr, Rn. 1300; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 157-158; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 9, 59; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 12; Jäggi/ Gach, *Obligationenrecht*, Art. 18 Rn. 189.

yandırmaktadır⁸⁰. El ve iş birliği kavramını ise tanımlamamakla birlikte bu kavramı bazı kararlarında TMK m.1023 hükmü ile bazı kararlarında ise muvazaal ile iç içe değerlendirmektedir. Şöyle ki, Yargıtay'a göre inanılardan taşınmaz devralan üçüncü kişi **kötü niyetli ve TMK m.1023'ün sağladığı** korumadan yararlanamayacak ise inanan taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir. Zira Yargıtay'a göre tapu siciline güven ilkesi ile tapuya kayıtlı taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni korumak; toplum düzenini sağlamak için tapu kaydında ismi geçmeyen asıl malikin hakkı feda edilmektedir. Bu nedenle tapu kaydında malik olarak görünenden iktisapta bulunan üçüncü kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşır. Yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşım büyük mağduriyetlere yol açar. Kanun koyucunun amacı ise gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumaktır. Bu nedenle, iyi niyetli olmayan üçüncü kişi Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamaz. Dolayısıyla da taşınmazın mülkiyetini kazanamaz ve inana iade ile yükümlü olur⁸¹. Öte yandan, Yargıtay üçüncü kişi ile inanılan arasında yapılan

⁸⁰ “Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacının çekişme konusu 2472 parsel sayılı taşınmazı 07.07.1998 tarihli akitle davalı Ali A'ya satış suretiyle temlik ettiği, ondan 06.09.1999 tarihli akitle davalı Mehmet B'ye, ondan 20.03.2000 tarihli akitle Ali C K'a, ondan 26.06.2003 tarihli akitle davalı Mehmet Ü'ye, ondan da 17.09.2004 tarihli akitle davalı Yakup D'ye satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır... Yukarıda özetlenen iddianın ileri sürülüş biçimi ve içeriğinden, davada ilk el Ali A bakımından inançlı işlem hukuksal nedenine, izleyen temlikler bakımından davalı Ali ile el ve iş birliği içerisinde muvazaalı temlikler yapıldığı, davacıyı zararlandırma kastıyla hareket edildiği iddiasına dayanıldığı açıktır. Bu tür bir iddianın kanıtlanması durumunda Türk Medeni Kanununun 2. maddesi delaletiyle Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koruyuculuğundan faydalanamayacakları kuşkusuzdur.” Bkz. Y1.HD. 14.7.2011, E. 2011/6261, K. 2011/8304 (KBİBB). Ayrıca bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023).

⁸¹ “... Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke TMK'nın 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1. fıkrasına göre “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde öngörülmüştür. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle, yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir... Somut olaya gelince, taraflar arasındaki uyumsuzluğun inançlı işlem hukuksal sebebine dayandığı, taşınmazın bu sözleşme kapsamında davalı ...'a temlik edildiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle şartların gerçekleşmesi halinde anılan sözleşme kapsamında taşınmazın iadesi gerekmektedir. İlk el olan...dan temlik olan davalı ...'nin davalı ...'in

sözleşmenin muvazaalı⁸² olduğundan bahisle üçüncü kişiye dava açılabilmesine de hükmetmektedir. Zira yapılan devir muvazaa nedeniyle geçersizdir ve üçüncü kişi taşınmazı iade etmelidir.

2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

İnanılanın taşınmazı inanç sözleşmesine aykırı olarak üçüncü kişiye devretmesi halinde inananın taşınmazın iadesini talep edip edemeyeceği hususu doktrinde yargı kararlarından farklı değerlendirilmektedir. Öyle ki, doktrinde ileri sürüldüğü üzere inanılardan taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açılmaz⁸³. Zira inanılanın taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi geçerli bir devirdir⁸⁴. Ayrıca üçüncü kişi inançlı işlemi bilse dahi taşınmazın iadesi

kardeşi, ondan devralan davalı ...'ın davalı ...'ın birlikte yaşadığı kişi, son kayıt maliki ...'in ise dava konusu taşınmazın komşu parsel maliki ve davacının babası ile husumetli olduğu gözetildiğinde, anılan davalıların durumu bilen veya bilmesi gereken kişi konumunda olup, TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacakları sonucuna varılmaktadır." Söz konusu karar için bkz. 1. HD. 1.12.2021, E. 2020/3947, K. 2021/7397 (KBİBB, 6098/m.97; 4721/m.1023). "Tüm bu açıklamalar karşısında taşınmazın ...'a inançlı işlem suretiyle devredildiği sabittir. **Bu durumda 2. el konumundaki ...'in iyiniyetli olması halinde edinimin korunacağı kuşkusuzdur. Ne var ki toplanan delillerden ve tüm dosya içeriğinden ...'ın ... ve ağabeyi ... İnan'la ... Pazar Gıda Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin ortağı oldukları ve 06.02.2012 tarihli belgede de ilk kayıt maliki ...'nın haberi olmaksızın taşınmazın ...'a devredildiği ibarelerine yer verilmiş olması karşısında iyiniyetli olmadığı, dolayısıyla TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı açıktır.** Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." gerekçesiyle bozulmuş, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda mahkemece davanın ispatlandığı gerekçesiyle kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı ... vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, Tetkik Hâkimi ...'un raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü. KARAR: Hükmüne uyulan bozma kararında, gösterildiği şekilde işlem yapılarak karar verilmiştir. Davalı ...'nın yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle, usul ve yasaya ve bozma kararının gerekçelerine uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı 3.603.92. TL bakiye onama harcının temyiz eden davalı ...'dan alınmasına, 21.01.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Bkz. Y1. HD. 21.1.2021, E. 2019/4804, K. 2021/308 (KBİBB). Aynı yönde bkz. Y1.HD. 14.7.2011, E. 2011/6261, K. 2011/8304 (KBİBB).

⁸² "Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana(alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanaarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Inanan, inanç sözleşmesinden kaynaklanan bu kişisel hakkını ancak akidine karşı ileri sürebilmekte, inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde kural olarak onlardan istiyebileceği bir hakkı bulunmamaktadır. **Ancak inanılan ile üçüncü kişinin, inananın inanç borcunu tekrar alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla el ve düşünce birliği içerisinde muvazaalı bir işlem (sözleşme) yapmaları halinde inananın söz konusu sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişi aleyhine dava açabileceği de kuşkusuzdur.**" Bkz. Y1.HD. 19.2.2015, E. 2014/2672, K. 2015/2467 (KBİBB).

⁸³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 552; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 668; Eren, *Mülkiyet*, 234; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 27.

⁸⁴ BK-Müller, Art. 18 Rn. 414; Gerstle, *Reine Treuhandgeschäft*, 65; Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 165; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR Rn. 45b; Kocayusufoşpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 369; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 442; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 551; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 122; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 173, 179; Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 668; Antalya, *Cilt: V/I, I*, 366; Özmen, *Muvazaa Davaları*,

kendisinden talep edilemez⁸⁵. Zira inanan ile inanılan arasındaki hukukî ilişki nisbi bir borç ilişkisidir. Dolayısıyla, inanan iade talebini sadece inanılana karşı ileri sürebilir⁸⁶. Bununla birlikte, üçüncü kişi kötü niyetli olup inanana zarar vermek kastıyla hareket etmişse, ona karşı haksız fiile dayanan tazminat davası açılabilir (TBK m.49/2)⁸⁷. Bu durumda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeden doğan sorumluluğa da uygulanır (TBK m.114/2)⁸⁸. Bu bağlamda, hâkim üçüncü kişinin taşınmazı iade ederek aynen tazminde bulunmasına hükmedebilir (TBK m.51)⁸⁹.

İnanılan ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkinin geçersiz olduğu durumlarda üçüncü kişiden taşınmazın mülkiyeti talep edilebilir⁹⁰. Örneğin inanılan ile üçüncü kişi arasındaki yapılan devir muvazaalı ise inanan üçüncü kişiye dava açabilir⁹¹. Öte yandan, Yargıtay'ın TMK m.1023'ü dayanak göstererek verdiği kararları değerlendiren bir görüş ise inanılan adına yapılan tescilin yolsuz tescil niteliğinde olmadığını, bu nedenle TMK m.1023'ün uygulanması için gerekli şartların gerçekleşmediğini ileri sürmektedir⁹². Bu görüşe göre Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı TMK m.716'yı hükümsüz kılmaktadır⁹³.

3. Görüş ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

İnanç anlaşmasında inanan taşınmazının yönetilmesi veya borcuna teminat teşkil etmesi için örneğin vekâlet veya rehin sözleşmesi yerine inançlı işlem yapı-

450; Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 216; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 267. Bu inançlı işlemlerin şerh edilememesinin yarattığı bir sakıncadır. Bkz. Öğüz, *İnançlı Temlik*, 125.

⁸⁵ Gubler, *Vertretung und Treuhand*, 165; Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 442; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 551; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 450; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 131; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 369; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 270; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 270; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 19; Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 216-217; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 404; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 261.

⁸⁶ Öğüz, *İnançlı Temlik*, 122; Antalya, *Cilt: V/I, I*, 366; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 30, 267.

⁸⁷ Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 370; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 443; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 131; Eren, *Genel Hükümler*, 427; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 552; Eren, *Mülkiyet*, 234; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 179; Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 217 vd.; Antalya, *Cilt: V/I, I*, 366; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 19; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 280; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 404.

⁸⁸ Keller, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 131; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 274; Özmen, *Muvazaa Davaları*, 451.

⁸⁹ Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 370; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 443; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 131; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 552; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 404.

⁹⁰ Kahveci, *El ve İşbirliği*, 277.

⁹¹ Oktay Özdemir, *Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, 679-680; Parlak Börü, *İnançlı İşlem*, 261; Antalya, *Cilt: V/I, I*, 366.

⁹² Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 221; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 275.

⁹³ Oktay Özdemir, *TMK m.1023*, 221.

rak mülkiyeti devretmektedir. Böylelikle inanılana mutlak bir hukukî işleme nazaran daha çok güvence sağlanmaktadır⁹⁴. Ancak inanç anlaşmasının bu avantajının yanında inanılanın inanç anlaşmasına aykırı olarak taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi inanan için en büyük risktir. İnanç sözleşmesinde inanan sözleşme konusu taşınmazın inanılan tarafından kötüye kullanılabilceğini yani üçüncü kişiye devredilebileceğini bilmekte; ancak bunu yapmayacağına dair güven beslemektedir. Bu güvene aykırı bir şekilde taşınmaz inanılan tarafından üçüncü kişiye devredilirse inananın taşınmazın iadesini isteyip isteyemeyeceği belirlenmelidir.

Yargıtay'ın kararlarında dayanak gösterdiği hükümlerin başında TMK m.1023 gelmektedir. Bu hüküm ile tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle güvenerek mülkiyet veya bir başka aynı hak edinen üçüncü kişinin kazanımı korumaktadır. Ancak TMK m.1023 hükmü, tasarruf yetkisi eksikliğine rağmen yapılan hukukî işlem sonucunda üçüncü kişinin aynı hak kazanmasını düzenlemektedir. Öyle ki, TMK m.1023'ün uygulanabilmesi için devreden inanılanın tasarruf yetkisi eksikliği bulunmalı ve tapuda inanılan adına yapılan tescil de yolsuz olmalıdır. İnanç sözleşmesinde ise devir ile birlikte inanılan mülkiyet hakkını kazanır. Üçüncü kişi, söz konusu taşınmazı malikten edinmektedir. İnanılanın tasarruf yetkisi eksikliği yoktur. Bu nedenle gerçek malik inanılandan taşınmazı devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanıp kazanmadığının tespitinde, TMK m.1023'ün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmanın önemi kanaatimizce bulunmamaktadır. Üçüncü kişi kötü niyetli ise yani taşınmazın inanç anlaşması gereğince devreden inanılana bulunduğu ve onun inananına devir ile yükümlü olduğunu bilse dahi TMK m.1023 uyarınca taşınmazın mülkiyetini kazanmadığını söyleyemeyiz. Zira inanılanın taşınmazı iade zorunluluğunun bulunması sözleşmenin nisbi olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle iade talebi esas itibarıyla inanılana ileri sürülebilir. Durumu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiye karşı tescile zorlama davası açılmaz. Bu halde yalnızca inanılan borca aykırı davrandığı için ona karşı tazminat davası açılabilir (TBK m.112)⁹⁵. Ancak üçüncü kişi inananına zarar vermek kastıyla hareket etmişse TBK m.49/2 gereğince sorumluluğu doğabilir. Burada TBK m.51/1 bağlamında tescile zorlama davası açılarak, hâkimden taşınmazın mülkiyetinin iade edilerek aynen tazmine hükmetmesi istenebilir⁹⁶. Ancak üçüncü kişi taşınmazı iyiniyetli kimseye temlik etmişse aynen tazmin talebinde bulunamaz. Zira bu kimsenin kazanımı TMK m.1023 kapsamında korunmaktadır. İnanan inanılana duyduğu güvenin boşa çıkmasının

⁹⁴ BK-Zobil/ Thurnherr, Rn. 1300; MüKo-BGB/ Leuder, §1191 Rn. 17; Fellmann, *Einfache Auftrag*, Art. 394 OR Rn. 62; Eren, *Genel Hükümler*, 423; Kahveci, *El ve İşbirliği*, 259; Antalya, *Cilt: VI/1*, 361; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 366; Eren, *Mülkiyet*, 229; Altaş ve Kurt, *İnançlı İşlem*, 3; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 177.

⁹⁵ Kahveci, *El ve İşbirliği*, 270; Ayanoğlu Morali, *İnançlı İşlem*, 267.

⁹⁶ Wälli, *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, 67; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 370; Öğüz, *İnançlı Temlik*, 131; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 552; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 362; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 404.

sonuçlarına katlanmalıdır. Aksinin kabulünün yaratacağı sakınca ve güvensizlik düşünüldüğünde hakkaniyete aykırı bir durum olmadığı görülmektedir⁹⁷.

Üçüncü kişinin iade yükümlülüğünün belirlenmesinde kanaatimizce önem arz eden husus, inanılan ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkinin geçerli olup olmadığını tespittir. Öyle ki, inanılanın taşınmazın mülkiyetini geçerli bir şekilde devrettiği hallerde üçüncü kişiye karşı tescile zorlama davası açılmaz. Zira tescile zorlama davasının açılabilmesi için taşınmaz mülkiyetini devir borçlusunun yani inanılanın davanın açıldığı tarihte halen malik olması gerekir⁹⁸. Kaldı ki taşınmazı devralan üçüncü kişi malikten devraldığı için mülkiyeti kazandığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, borçlu malik konumunda olan inanılan, inanç sözleşmesine rağmen taşınmazı başkasına devrettiğinde, yeni malik üçüncü kişi veya devir borcu altında olan önceki malik inanılana karşı MK m.716'ya dayanarak dava açılmaz. Bununla birlikte, üçüncü kişi ile inanılan arasındaki sözleşme şekle aykırılık, ayırt etme gücünün yokluğu gibi bir sebeple geçersizse aksi sonuca varılmalıdır. Ayrıca üçüncü kişiye yapılan devir Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere muvazaalı olabilir. Muvazaa ile taraflar yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başkasının hüküm ve sonuç doğurması hususunda anlaşılır. Bu halde tarafların yaptıkları görünürdeki sözleşme geçersizdir. Taraflar yaptıkları sözleşmenin arkasına başka bir işlemi gizlemişlerse taşınmazın mülkiyetinin devrini konu alan bu gizli sözleşme de şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzdür. Bu nedenle üçüncü kişi mülkiyeti kazanamaz. Gerçek malik halen inanılındır. Üçüncü kişi adına yapılan tescil ise yolsuz tescil niteliğindedir. Ancak kanaatimizce bu halde üçüncü kişiye karşı açılacak dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davası olarak nitelendirilmemelidir⁹⁹. Zira yolsuz tescilin düzeltilmesi davası gerçek hak sahibi tarafından tapudaki yolsuz kayıtla hak sahibi olarak görünen kimseye karşı açılır. Oysa inançlı işlem ile birlikte inanan mülkiyet hakkını kaybeder. İnanan sadece mülkiyet hakkının iadesini konu alan ve inanç sözleşmesinden doğan nisbi bir alacak hakkına sahiptir. Bu durumda açılması gereken dava kanaatimizce tescile zorlama davası olmalıdır. Ancak inanılan ile üçüncü kişinin birlikte davalı olarak gösterilmesi¹⁰⁰ ve muvazaanın her

⁹⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, 552. Ayrıca bkz. Gautschi, *Einfache Auftrag*, Art. 396 OR Rn. 45b.

⁹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 469; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 378-379; Arslan, *Tescile Zorlama*, 101.

⁹⁹ Aksi yönde bkz. Kahveci, *El ve İşbirliği*, 279. Ancak bu görüş farklılığı uygulama açısından önem arz etmemektedir. Zira Yargıtay verdiği kararlarda yolsuz tescilin düzeltilmesi davası (TMK m.1025) ile tescile zorlama davası (TMK m.716) arasında herhangi bir ayrıma gitmeksizin "*tapu iptal ve tescil davası*" adını kullanmaktadır. Bu deyim uygulamada da sıkça kullanılmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda yer alan böyle bir davadan bahsetmek mümkün değildir. Yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ve tescile zorlama davası ise hukukî temelleri oldukça farklı olan davalardır. Bu nedenle "*tapu iptal ve tescil davası*" deyimini kullanmaktan bilinçli olarak kaçınılmakta ve inanan tarafından açılacak olan davanın türü belirlenmeye çalışılmaktadır.

¹⁰⁰ "*Davacı, davalı kardeşi ile yaptığı anlaşma doğrultusunda kayden paydaşı olduğu 2 parsel sayılı taşınmazı dava dışı K. G.E. geri almak üzere temlik ettiklerini, ne var ki K. G. E. kendisine haber*

türlü delille ispat edilmesi gerekir¹⁰¹. Yargıtay'ın kullandığı el ve işbirliği içinde hareket kavramı kötü niyeti aşarak inanılan ile üçüncü kişi arasındaki muvazaalı bir ilişkinin varlığına işaret etmekte ise varılan sonuç aynıdır¹⁰². Üçüncü kişi taşınmazın mülkiyetini kazanamaz ve açılan tescile zorlama davası sonucunda taşınmazı inanana iade etmek zorunda kalır. Ancak el ve işbirliği içinde hareket kavramı ile sadece inanan ile inanılan arasındaki inanç ilişkisinin varlığını bilmek kastediliyorsa, kanaatimizce üçüncü kişi yukarıda açıklanan nedenlerle mülkiyeti kazanmalı ve kendisinden taşınmazın iadesi talep edilememelidir.

vermeden anılan taşınmazı davalıya devrettiğini, temliklere rağmen 10 yıldır taşınmazı kullandığını ileri sürerek muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptali ile adına tesciline, olmadığı takdirde bina yapım bedeli 500.000.000. TL nin tahsili isteğiyle eldeki davayı açmıştır... Somut olaya gelince; bilindiği gibi iptal ve tescil davalarının taşınmazın kayıt maliki aleyhine açılması zorunludur. Nitekim, eldeki davada kayıt maliki davalı Hikmet aleyhine açılmıştır. Ancak, somut olayın özelliği itibarıyla, taşınmazın son maliki bakımından iddianın incelenebilmesi için, davacı ile ilk el durumundaki dava dışı K. G. E. arasındaki hukuki ilişkinin muvazaalı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması zorunludur. Ne var ki, davacının çekişmeli taşınmazı devrettiği ilk el durumundaki K. G.E. davada yer almamıştır... Hal böyle olunca, ilk el durumundaki K. G. E. davada yer almasının sağlanması, ... ondan sonra yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca davacı ile K. G. arasındaki temlik işlemin muvazaalı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması, ... davacı tarafından K. G. yapılan temlikin muvazaalı olduğunun saptanması durumunda, son kayıt maliki davalı Hikmet'in iyi niyetli olup olmadığının, bir başka ifadeyle TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirilmesi, varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözetilmeksizin noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir." Bkz. Y1.HD 30.4.2014, E. 2013/20368, K. 2014/9072 (KBİBB).

¹⁰¹ Kahveci, *El ve İşbirliği*, 278.

¹⁰² *"Diğer yandan taşınmazı kayden iktisap eden ikinci el durumundaki ..., tapu sicilindeki kayda güvenmek suretiyle bağımsız bölümü iyi niyetle satın aldığı savunmuştur... Ne var ki, dosya kapsamından davalı ...'nın 15.07.1998 ile 08.03.2003 tarihleri arasında davacı şirkette tercüman olarak çalıştığı, diğer davalı ... ile öteden beri tanışıp görüştüğü, ...'in davacı... 'u vekil olarak tayin ettiği vekâletnamelerde tercüman olarak imzasının bulunduğu, şirketteki işinden ayrıldıktan sonra da emlak işi yaptığı anlaşılmaktadır. Somut olayda, inanç sözleşmesi sonradan düzenlenmiş olsa da 313 ada 1 parseldeki villa davalının şirkette çalıştığı dönemde davalı ...'e satıldığı gibi teminatı olan 26 numaralı bağımsız bölüm de tapuda 06.07.1999 tarihinde devredilmiştir. Ayrıca, eldeki dava aynı konuda açılan üçüncü dava olup, ilk kez Alanya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/1012 E. sayılı dosyasında davacı şirket tarafından davalı ... aleyhine 15.10.2004 tarihinde dava açılarak, 26 numaralı bağımsız bölümün inançlı olarak devredildiği iddiası ile tapu iptali ve tescil isteminde bulunulmuş, bu dava sırasında taşınmazın devrinin önlenmesi amacıyla tedbir kararı verilmiş ve tedbir şerhi tapuya işlenmiştir. Ancak, davacı tarafca takip edilmeyen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve ... vekilinin talebi üzerine tedbir şerhi 05.10.2005 tarihinde kaldırılmış ve taşınmaz 27.10.2005 tarihinde davalı ...'ya satılmıştır. Şerhin terkin ile satış tarihi arasında çok kısa bir süre bulunduğu gibi davalılar arasında haricen düzenlenen 20.10.2005 tarihli sözleşmede satış bedelinin 50.000 EURO olarak belirtilmesine karşın davalı tanıkları 10.000 TL nakit para ve 10.000 TL elektrik borcu karşılığında satıldığını beyan etmişlerdir. Açıklanan tüm bu olgular bir arada değerlendirildiğinde her iki davalının el ve iş birliği içerisinde hareket ettikleri anlaşılmakta olup, davalı ...'nın TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanacağı söylenemez. Hâl böyle olunca; Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Bkz. YHGK 14.11.2019, E. 2017/1-1254, K. 2019/1197 (KBİBB, 4721/m.1023).*

SONUÇ

İnanç sözleşmesi hem inananın taşınmazı inanılana devrinin hem de inananın iade borcunun hukukî sebebinin teşkil eder. İnananın devir borcunu yerine getirmekten kaçınması halinde inanılan tarafından tescile zorlama davası açılır (TMK m.716). İnananın devir borcunu yerine getirmesiyle veya mahkeme kararıyla birlikte, inanılan sözleşmeye konu taşınmazın mülkiyetini devir borcuyla birlikte kazanır. Ayrıca bu mülkiyet hakkı, **inanç sözleşmesi ile sınırlanmaktadır**. İnanç sözleşmesi gereğince inanılan inanan aleyhine hareket etmemeli; iade borcunu yerine getirebilmek adına taşınmazı başkasına devretmemeli; taşınmaz üzerinde rehin veya diğer bir sınırlı aynı hak tesis etmemelidir. Ancak bu sınırlamalar **mülkiyet hakkının özünü sınırlamamakta; inanılana borç olarak yüklenmektedir**. İnanılanın inanç sözleşmesinden doğan bu yükümlülüklerine aykırı hareket edip taşınmazın mülkiyetini devretmekten kaçınması veya üçüncü kişiye devretmiş olması uygulamada karşımıza sıklıkla çıkan hukukî meselelerdir. İlk halde yani inanılanın taşınmazın mülkiyetini devirden kaçınması halinde inananın tescile zorlama davası açması gerekir (TMK m.716). Taşınmazın üçüncü kişiye devredilmiş olması halinde ise inananın taşınmazın iadesini isteyip istemeyeceği ayrıca belirlenmelidir. **Yargıtay** vermiş olduğu kararlarında inanılan ve inanılardan taşınmazı devralan üçüncü kişinin el ve işbirliği içerisinde hareket ettiği durumlarda üçüncü kişinin iade ile yükümlü olduğunu belirtmektedir. El ve iş birliği kavramını ise TMK m.1023 hükmü veya muvazaaa ile iç içe değerlendirmektedir. Doktrinde ise esas itibarıyla inanılardan taşınmazı devralan **üçüncü kişinin** inanan ve inanılan arasındaki inanç sözleşmesini bilse dahi mülkiyet hakkını kazandığı ifade edilmektedir. Kanaatimizce üçüncü kişinin iade yükümlülüğünün belirlenmesinde inanılan ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkinin geçerli olup olmadığı önem arz etmektedir. Öyle ki, inanılanın taşınmazın mülkiyetini geçerli bir şekilde devrettiği hallerde üçüncü kişiye karşı tescile zorlama davası açılmaz. Ancak üçüncü kişi ile inanılan arasındaki sözleşme özellikle **muvazaalı** gibi bir sebeple geçersiz ise üçüncü kişi mülkiyeti kazanamamıştır. Dolayısıyla da inanılan halen malik olduğu için inanç sözleşmesinden doğan taşınmazın mülkiyetini devir borcunu yerine getirebilir. Ancak inanılan ile üçüncü kişinin birlikte davalı olarak gösterilmesi ve muvazaanın her **türlü delille ispat** edilmesi gerekir. TMK m.1023 hükmü ise tasarruf yetkisi eksikliğine rağmen yapılan hukukî işlem sonucunda üçüncü kişinin aynı hak kazanmasını düzenlemektedir. Ancak inanç sözleşmesi taşınmazın mülkiyetinin devrinde geçerli bir hukukî işlemdir. Üçüncü kişi ise taşınmazı tasarruf eksikliği olmayan malikten edinmektedir. Bu nedenle Yargıtay uygulamasının aksine üçüncü kişinin taşınmazı iade yükümlülüğünün belirlenmesinde, TMK m.1023'ün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Aebi-Müller, Regina E. und Müller, Christoph (Hrsg.). *Art. 1-18 OR Mit Allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK- Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli, 2018. (BK-Müller, Rn.).
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Altaş, Hüseyin ve Kurt, Leyla Müjde. “İnançlı İşlemler”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2 Sa. 2 (2011): s. 1-29.
- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/I, I*. İstanbul: Seçkin, 2019.
- Arslan, Ahmet. *Taşınmaz Mülkiyetinin Tescile Zorlama Davası ile Kazanılması*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Ayanoğlu Morali, Ahu. “Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Bertschinger, Urs. “Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten”. *AJP*, 12 (1993): 1440-1446.
- Breitschmid, Peter und Jungo, Alexandra (Hrsg.). *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zurich: Schulthess, 2016. (CHK-Arnet, Art. ZGB, Rn.).
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Furrer Andreas und Schnyder Anton K. (Hrsg.). *Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zurich: Schulthess, 2016. (CHK- CHK-Kut, Art. OR, Rn.).
- Fellmann, Walter. *Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK- Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli, 1992.
- Gautschi, Georg. *Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der Einfache Auftrag Art. 394-406 OR*. Bern: Stämpfli, 1960.
- Gerstle, Leo. *Das Reine Treuhandgeschäft im Schweizerischen Privatrecht*. Bern: Stämpfli, 1917.
- Gubler, Friedrich. *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach Schweizerischem Recht*. Aarau: H. R. Sauerländer, 1940.
- Güvenç, Özgür. *Taşınmazların İnançlı İşlemler Devri*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Hausheer, Heinz und Walter, Hans Peter (Hrsg.). *Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, BK- Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/1*. Bern: Stämpfli, 2010. (BK-Zobl/ Thurnherr, Rn.).
- Heidel, Thomas; Hüstege, Rainer; Mansel, Heinz Peter und Noack, Ulrich (Hrsg.). *BGB Allgemeiner Teil / EGBGB, Nomos Kommentar*. DeutscherAnwaltVerein, 2021. (NK-BGB/ Markus/ Stoffels, §... Rn.).

- Huguenin, Claire und Müller-Chen, Markus (Hrsg.). *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR Reihe CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess, 2016. (CHK-Gehrer Cordey/ Giger, Art. OR, Rn.).
- Honsell, Heinrich. “Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs”. *recht*, 73 (1993): s. 73-76.
- Jaggi, Peter und Gauch, Peter. *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b Enthaltend Kommentar zu Art. 18 OR*. Zürich: Schulthess, 1980.
- Kahveci, Nalan. “İnançlı İşlemlerde El ve İşbirliği ile Hareket Kavramı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1 (2021): s. 257-294.
- Keller, Rolf. *Das Fiduziarische Rechtsgeschäft im Schweizerischen Zivilrecht*. Bern 1944.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı Abdulkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta; Wolf, Stephan; Amstutz, Marc und Fankhauser, Roland (Hrsg.). *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar*. Zürich: Schulthess, 2016. (OFK-Kren Kostkiewicz, Art. OR Rn.).
- Kren Kostkiewicz, Jolanta; Wolf, Stephan; Amstutz, Marc und Fankhauser, Roland (Hrsg.). *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar*. Zürich: Schulthess, 2021. (OFK-Kernen, Art. ZGB Rn.).
- Müller, Viktor. “Das Treuhandverhältnis Unter Berücksichtigung Aktueller Fragen Aus Dem Sachen- Und Zwangsvollstreckungsrecht”. *ZBGR* (55/1974): s. 257-277.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2021.
- Oftinger, Karl. *Von Der Eigentumsübertragung An Fahrnis*. Bern: Stämpfli, 1933.
- Oktay Özdemir, Saibe. “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”. *İÜHF*, C. LVII, Sa. 1-2 (1999): s. 265-299.
- Oktay Özdemir, Saibe. “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *MHB*, Yıl 19-20 (1999-2000): s. 657-683.
- Oktay Özdemir, Saibe. “Yargıtay’ın MK m.1023’ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi”. *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*. C.I: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), s. 199-224.
- Öğüz, Tufan. “İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi”. *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı: 1-2 (2005): 119-133.
- Özmen, İhsan. *Muvazaa Davaları (Taraflar Muvazaası, Muris Muvazaası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-I Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları): Doktrin Yargıtay Kararları*. Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993.
- Özsunay, Ergun. *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Parlak Börü, Şafak. “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemler Devri”, *TBB Dergisi*, Sa. 128 (2017) 231-278.

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut und Limperg, Bettina (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C.H. Beck, 2020. (MüKo-BGB/ Leider, §... Rn.).

Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.

Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. C. II*. İstanbul: Vedat, 2010.

Topuz, Murat. *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*. Ankara: Seçkin, 2020.

Wälli Pierre. *Das Reine Fiduziarische Rechtsgeschäft*. Zürich: Schulthess, 1969.

EMİN SIFATIYLA ZİLYEDİN TAŞINIRI BAĞIŞLAMASININ HÜKMÜ^(*)

Arş. Gör. Dr. Osman Levent ÖZAY^(**)

Öz

Bir eşya üzerinde önceki zilyedin veya malikin iradesiyle zilyet olan kimseler emin sıfatıyla zilyet olarak adlandırılır. Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesinde "Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur." hükmüne yer verilmiştir. Başka bir deyişle kanun koyucu, emin sıfatıyla zilyetten edinilen aynı haklar bakımından zilyedin tasarruf yetkisi bulunmasa da iyiniyetli üçüncü kişilerin güvenlerini korumuştur. Bu noktada emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışladığı hallerin ise, özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira bağışlama sözleşmesinin tanımlandığı Türk Borçlar Kanunu'nun 285. maddesine göre bağışlama için gerekli şartlardan biri, kazandırmanın bağışlayanın malvarlığından gerçekleşmiş olmasıdır. Başka bir deyişle bağışlayanın malvarlığında olmayan bir malın bağışlanması mümkün değildir. Emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışladığı hallerde bu şartın gerçekleşmediği ve dolayısıyla geçersizliğin meydana geleceği açıktır. Ancak bu geçersizliğin taahhüt işlemini mi tasarruf işlemini mi geçersiz kılacağı doktrinde tartışmalıdır. Aynı şekilde söz konusu ihtimalin elden bağışlama bakımından da özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca bağışlamanın geçersizliğine rağmen taşınırın bağışlandığı iyiniyetli üçüncü kişilerin TMK m.988 hükmü kapsamında korunup korunmayacağı da yine tartışmalı hususlardandır. Zira bir görüş, bağışlamanın TMK m.988 kapsamında olmadığını kabul ederken, diğer bir görüş bağışlamanın da ilgili hükmün uygulama alanına dahil olduğunu ve iyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunacağını ileri sürmektedir. Çalışmada, Türk-İsviçre hukukunda sorunun çözümüne yönelik ileri sürülen görüşler değerlendirilerek emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışlaması halinde taşınırın mülkiyetinin kime ait olması gerektiği tespit edilmiştir. Ayrıca önceki zilyet veya malikin, emin sıfatıyla zilyet ve iyiniyetli üçüncü kişiye karşı olası talepleri de bu kapsamda belirlenmeye incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Emin Sıfatıyla Zilyet, Bağışlama, İyiniyetli Üçüncü Kişi, Taşınır, Aynı Hak.

LEGAL CONSEQUENCES OF DONATION OF MOVABLES BY ENTRUSTED POSSESSOR

Abstract

Person who is in possession of a property by the will of the previous possessor or owner is called entrusted possessor. In Article 988 of the Turkish Civil Code "A person who takes possession of a chattel in good faith in order to become its owner or to acquire a limited right in rem is protected therein even if the chattel was entrusted to the transferor without any authority to effect the transfer." provision is included. In other words, the legislator,

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 01.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 14.09.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1169720.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.
E-posta: osmanleventozay@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6182-831X>.



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

protected the real rights of third parties in good faith, even though the entrusted possessor did not have the power of disposition. At this point, the cases in which the entrusted possessor donates the chattel must be especially evaluated. Because, according to Article 285 of the Turkish Code of Obligations, in which the donation contract is defined, one of the necessary conditions for donation is that the donation is realized from the donor's assets. In other words, the donor cannot donate a property that is not in his/her possession. In cases where the entrusted possessor donates the movable, it is clear that this condition is not fulfilled and therefore invalidity will occur. However, it is debatable in the doctrine whether this invalidation will affect the transaction of disposal or the contract. Likewise, this possibility should be evaluated specifically in terms of a gift from hand to hand. In addition, despite the invalidity of the donation, it is also a controversial issue whether the bona fide third parties to whom the movables are donated will be protected within the scope of Article 988 of the Turkish Civil Code. Because while one opinion accepts that donation is not within the scope of Article 988 of the Turkish Civil Code, another opinion argues that donation is included in the scope of application of the relevant provision and that the bona fide third parties will be protected. In the study, the views put forward for the solution of the problem in the Turkish-Swiss doctrine will be evaluated and it will be determined who should own the movable in case the entrusted possessor donates the movable. In addition, possible legal claims of the previous possessor or owner against the entrusted possessor and bona fide third party will also be tried to be determined within this scope.

Keywords

Entrusted Possessor, Donation, Bona Fide Third Party, Movables, Real Rights.

Extended Abstract

Person who is in possession of a property by the will of the previous possessor or owner is called entrusted possessor. In Article 988 of the Turkish Civil Code "A person who takes possession of a chattel in good faith in order to become its owner or to acquire a limited right in rem is protected therein even if the chattel was entrusted to the transferor without any authority to effect the transfer." provision is included. In other words, the legislator, protected the real rights of third parties in good faith, even though the entrusted possessor did not have the power of disposition. At this point, the cases in which the entrusted possessor donates the chattel must be especially evaluated. Because, according to Article 285 of the Turkish Code of Obligations, in which the donation contract is defined, one of the necessary conditions for donation is that the donation is realized from the donor's assets. In other words, the donor cannot donate a property that is not in his/her possession. In cases where the entrusted possessor donates the movable, it is clear that this condition is not fulfilled and therefore invalidity will occur. However, it is debatable in the doctrine whether this invalidation will affect the transaction of disposal or the contract. Likewise, this possibility should be evaluated specifically in terms of a gift from hand to hand. As a matter of fact, an opinion in the doctrine argues that the commitment transaction is invalid and argues that the property cannot exceed the donated as a result of the acceptance of the principle of dependence on the cause in movables. On the other hand, another opinion adopts that the condition in Article 285 of the Turkish Code of Obligations should not be looked at only in words. The authors, who defend this view, argue that a situation contrary to the general principles of the law of obligations should not be created in terms of the contracting transaction, and argue that the aforementioned condition is for the savings transaction. Although it is accepted in the study that the aforementioned condition affects the disposition process, it should be determined whether the corrective effect of Article 988 of the Turkish Civil Code in terms of disposition power is also valid here. For this, it is necessary to determine the application area of 988 of the Turkish Civil Code in terms of the gift contract. In doctrine, this issue is also controversial. The prevailing opinion argues that the Turkish-Swiss legislator does not make a distinction in this regard and that donation is also included in the scope of application of the provision. On the other hand, the minority view argues that the third person should not be protected, since in the case of donation, a real trust cannot be mentioned. The authors who support this idea argue that, giving examples from the legal systems of Germany and Austria, donation should not be directly included in the provision or that a claim based on unjust enrichment should be put forward to the donor. In the study, the prevailing opinion was adopted and it was accepted that the acquisition of real rights in good faith is possible in the case of gift. One of the important factors in the selection of this preference is the fact that the Swiss legislator was not accepted at the time the provision was made, despite the discussion of regulations such as Germany and Austria. In other words, there is no need to exclude forgiveness from the application field of the provision, both in terms of literal, systematic and historical interpretation. In terms of teleological interpretation, it has been accepted that the claim that the former

owner cannot apply to the entrusted possessor, put forward by the minority view, cannot be realized in many cases. Because in many cases, there will be a contractual relationship between the owner and the entrusted possessor. In cases where this does not happen, it can be applied according to the provisions of tort against the entrusted possessor. In addition to all these reasons, the consequences of not including the gift in the application area of the provision should also be evaluated. At this point, first of all, it creates an uncertain situation whether it will be possible to gain rights in mixed donation cases. In addition, it is unclear how the entitlement will be evaluated in cases that are not included in the reciprocity and the donor before or after the donation to the entrusted possessor or a third person. In the study, it was concluded that the acquisition of real rights is not suitable for this type of uncertainty.

I. EMİN SIFATIYLA ZİLYETTEN İYİNİYETLE AYNI HAK KAZANILMASI

Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanılması, Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesinde “*Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.*” şeklinde ifade olunmuştur. Emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışlamasının incelenmesine geçmeden önce hükmün uygulanabilmesi için gerekli şartlara kısaca değinmekte yarar vardır.

Hükmün uygulanabilmesi için gereken ilk şart, hak konusunun bir taşınır olması gerektiğidir. Dolayısıyla bir yerden bir yere taşınabilen maddi şeylerin tamamı hükmün uygulama alanını oluşturur. Bu kapsamda, TMK m.762 gereği taşınır mülkiyetinin konusuna tabi tutulan doğal güçler de zilyetlik konusu olabildiği ölçüde hükmün uygulama alanına dahildir¹. Gemiler, hava araçları, motorlu kara taşıtları gibi özel sicile tabi olan taşınırlarda ise, sicilin aleni olup olmadığı önem arz eder. Gerçekten de sicilin aleni olmadığı durumlarda, diğer şartların da varlığı halinde kural olarak emin sıfatıyla zilyetten aynı hak iktisabı mümkündür. Türk hukukunda aleni olmayan sicile bağlı taşınıra, motorlu kara taşıtları örnektir. Motorlu kara taşıtlarının resmi şekle uygun sözleşme (KTK m.20/d) ile emin sıfatıyla zilyetten veya onun devrettiği kişilerden iyiniyetle iktisabı ise, doktrinde tartışmalıdır². Taşınmaza bağlı eklentilerde ise, tartışmalı olmakla birlikte, taşınmazın devralan adına tescil edilmesiyle birlikte zilyetlik devrine gerek kalmaksızın eklentiler üzerinde de aynı hakkın kazanıldığı kabul edilmelidir³.

¹ Aksi yönde bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984), 131; Emil W. Stark ve Barbara Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB*, (Bern: Stämpfli, 2016), Art. 933, p. 8; Charlotte Wieser, *Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzesrechtsklage: Unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung «entarteter» Kunstgegenstände*, (Basel, Genf, München: Helbing&Lichtenhahn, 2004), 44; O. Gökhan Antalya, Editör, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, (Ankara: Seçkin, 2021), O. Gökhan Antalya, Zilyetlik, p. 1740.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekrem Kurt, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 8, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan (2013): 1857-1930; Barış Özçelik, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Yetkisiz Kimseden Devralınması ve Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68, S. 4 (2019): 841-861.

³ Heinrich Honsell, N. Peter Vogt ve Thomas Geiser, Editör, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, (Basel: Helbing&Lichtenhahn, 2015), Wolfgang Ernst, Art. 924 ZGB, p. 6.

İyiniyetle aynî hak kazanımı bakımından gerekli bir diğer şart ise, kazanımın emin sıfatıyla zilyetten gerçekleşmiş olmasıdır. Emin sıfatıyla zilyet, malikin veya evvelki haklı zilyedin, zilyetliğini devam ettireceğine inanarak eşyasını kendisine bıraktığı, bir başka ifade ile zilyetliği evvelki veya halihazır vasıtalı zilyedin rızasına dayanan kimse şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Buna göre emin sıfatıyla zilyet, fer'î zilyet olabileceği gibi başkası için zilyet de olabilir. Aynı şekilde müşterek zilyetlikte de taşınırı tek başına elinde bulunduran emin sıfatıyla zilyettir⁵. Bu noktada önem arz eden husus, eşyanın zilyede rıza ile teslim edilmesi olup teslimin dayanağı olan hukuki işlemin geçersiz olduğu hallerde dahi emin sıfatıyla zilyetlik gerçekleşir⁶. Emin sıfatıyla zilyedin külli halefleri ve aynî hak tanımaksızın rızasıyla taşınırı devrettiği kişiler de emin sıfatıyla zilyettir. Devralanın zilyet yardımcısı olduğu durumlarda ise, emin sıfatıyla zilyetlik gündeme gelmez. İrade sakatlıklarının bulunduğu durumlarda emin sıfatıyla zilyetliğin mevcut olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁷. Ayrıca, emin sıfatıyla zilyedin dolaylı zilyet olması da mümkün olup bu tip durumlarda iyiniyetli üçüncü kişi aynî hakkı zilyetliğin havalesi yoluyla kazanır.

Emin sıfatıyla zilyetten aynî hak kazanımı için gereken şartlardan bir diğeri ise, hakkı kazanan kişinin üçüncü kişi olmasıdır. Başka bir deyişle yalnızca emin sıfatıyla zilyedin cüz'î haleflerinin hak kazanımı korunur. Cüz'î haleflerin aynı zamanda edinim anında iyiniyetli olması da gerekir. Bu nedenle üçüncü kişinin işlem yaptığı emin sıfatıyla zilyedin eşya üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması gerekir. Üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyedin malik olup olmadığını bilmemesi ise, iyiniyet bakımından önem arz etmez⁸. İyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı bakımından aranan diğer bir şart ise, kazanılan hakkın bir aynî hak olmasıdır. Dolayısıyla kiralanamı kullanma gibi nispi hakların bu kapsamda kazanımı mümkün olmadığı gibi emin sıfatıyla zilyetle borçlandırıcı işlemin gerçekleştiği ancak zilyetliğin henüz devredilmediği durumlarda da üçüncü kişinin taşınırın malikine karşı korunması mümkün değildir.

⁴ Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 166; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2017), 235; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), p. 521.

⁵ Arthur Homberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977*, (Zürich: Schulthess, 1938), Art. 933, p. 13; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 91.

⁶ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 135; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 91; Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 15; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, Art. 933 p. 25.

⁷ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 135-136; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya*, 167; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 236; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 92; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, p. 522; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, Art. 933 p. 29 vd.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, p. 524; Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 25; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 139; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 238; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), p. 605.

İyiniyetli üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyetten hak kazanabilmesi için gereken bir diğer şart ise, üçüncü kişi ile emin sıfatıyla zilyet arasındaki zilyetlik devrini gerektiren işlemin, devredenin tasarruf yetkisi dışındaki diğer geçerlilik unsurlarının mevcut olmasıdır⁹. Taşınırlar bakımından sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiği takdirde, ehliyetsizlik, şekil ve benzeri başka bir sebeple işlemin geçersiz olduğu hallerde üçüncü kişinin aynı hak kazanımından bahsedilemez. Bu noktada, tasarruf yetkisi dışında özellikle temsil yetkisi eksikliğinde kazanımın korunup korunmayacağı hususu da tartışmalıdır¹⁰.

II. EMİN SIFATIYLA ZİLYEDİN TAŞINIRI BAĞIŞLAMASININ HÜKMÜ

Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi kapsamında iyiniyetli üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı için gerekli şartlarda yer almakla birlikte, emin sıfatıyla zilyet ile iyiniyetli üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemin ivazlı olup olmamasının da değerlendirilmesi gerekir. Nitekim doktrinde bir kısım yazarlar, hükmün amaçsal yorumu kapsamında diğer bir kısım yazarlar ise, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak ivazsız işlemlerde aynı hak kazanımının mümkün olmadığını kabul etmektedir. Aşağıda bu konuda ileri sürülen görüşler ve gerekçeleri incelenmiş ve Türk hukuku bakımından emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışladığı hallerde de iyiniyetli üçüncü kişinin hak kazanımının korunup korunmayacağı hususu değerlendirilmiştir.

A. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

1. Bağışlama Sözleşmesinin Kurulmadığı Görüşü

Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilki, TBK m.285 hükmüne dayanarak bağışlamanın geçersizliğini kabul eden görüştür¹¹. Gerçekten de, TBK m.285 hükmünde bağışlama sözleşmesi, “bağışlayanın, ... malvarlığından ... kazandırma yapmayı...” şeklinde tanımlanmıştır. Anılan tanıma göre, sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri bağış konusunun bağışlananın malvarlığında olmasıdır. Bu tanımdan hareketle emin sıfatıyla zilyet, tasarrufta bulunduğu taşınırın maliki olmadığından bağışlama sözleşmesinin de geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, taşınırlarda

⁹ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 273; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, p. 525; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 93; Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 25.

¹⁰ Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, p. 64 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 141-142; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya*, 172 özellikle dn. 5.

¹¹ Heinrich Honsell, N. Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand, Editör, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529* (Basel: Helbing&Lichtenhahn, 2015), N. Peter Vogt ve Annaig L. Vogt, Art. 239, p. 42; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band 1*, (Zürich: Schulthess, 1984), 497 dn. 143; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, (Zürich: Schulthess, 2014), p. 2875; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, (Bern: Stämpfli, 2017), 223-224.

sebebe bağlılığının kabul edilmesi durumunda, emin sıfatıyla zilyetle akdedilen taahhüt işleminin geçersizliği sebebiyle iyiniyetli üçüncü kişinin de geçersiz hukuki işleme dayalı hak kazanımının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.

Söz konusu fikrin elden bağışlama bakımından da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira elden bağışlamanın hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş¹², elden bağışlamanın aynı anda gerçekleşen taahhüt ve tasarruf işleminden oluştuğunu kabul ederken; diğer bir görüş¹³ yalnız tasarruf işleminin varlığını kabul etmektedir. Dolayısıyla kazandırmanın bağışlayanın malvarlığından gerçekleşmesi şartının taahhüt işlemi geçersiz kıldığı görüşü, ancak elden bağışlamanın da taahhüt işlemi içerdiğinin kabulü halinde bir anlamı olacaktır.

Doktrindeki diğer görüş ise, taahhüt işleminin geçerliliğini bağışlayanın malvarlığından yapması şartına bağlayan fikre karşı çıkmaktadır¹⁴. Anılan görüşe göre, TBK m.285/İBK m.239 hükmünün yalnız lafzî yorumuna dayanan bu fikir, devir borcu doğuran sözleşmeler bakımından genel prensiplere aykırı bir sonuçta yol açmaktadır. Zira Türk-İsviçre hukukunda devrin taahhüt edilebilmesi için malın taahhüt edenin malvarlığında bulunması şeklinde bir şart aranmamaktadır. Bu fikrin kabulü halinde, birkaç ay sonra piyasaya sürülecek bir ürünün bağışlanacağına ilişkin sözleşme dahi geçersiz olacaktır. Dolayısıyla “malvarlığından” şartının, ifa aşamasına ilişkin olduğu ve bağışlayan/satıcı gibi devreden tarafın malvarlığında bulundurmadıkları eşyanın ifasını gerçekleştiremeyeceklerinden TBK m.112 kapsamında anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵. Ayrıca bağışlama bakımından önem arz eden hususun bağışlayanın malvarlığının azalması değil, bağışlananın karşılıksız biçimde kazanç sağlaması ve dolayısıyla onun malvarlığının çoğalması olduğu da ileri sürülmektedir¹⁶.

¹² Frank Vischer, Editör, *Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1*, (Basel, Stuttgart: Helbing&Lichtenhahn, 1977), Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, 187; Pascal Pichonnaz, N. Peter Vogt ve Stephan Wolf, Editör, *Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag* (Bern: Stämpfli, 2007), Susan Emmenegger, Schenkung und Gutgläubensschutz, 219 vd.; Frédéric Barth, “Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Handschenkung einer anvertrauten Sache”, *Basler juristische Mitteilungen*, S. 5 (2021): 275-294, 278 dn. 10'da belirtilen yazarlar; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Yetkin, 2021), 240; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin, 2019), p. 958.

¹³ Von Tuhr ve Peter, *Band 1*, 195 dn. 16; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, (Bern: Schulthess, 2017), p. 3.61; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, (İstanbul: Vedat, 2013), 208 dn. 965'te belirtilen yazarlar.

¹⁴ Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 224; Wieser, *Fahrnisserwerb*, 82; Arnold F. Rusch, *Rechtsscheinlehre in der Schweiz*, (Zürich: Dike 2010), 244; Cavin, *SPR VII/1*, 183 dn. 1; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi*, (Ankara: Adalet 2020), 107-108.

¹⁵ Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 224; Barth, *Gültigkeit*, 282.

¹⁶ Wieser, *Fahrnisserwerb*, 82.

2. Bağışlamada İyiniyetle Aynı Hak Kazanımını Reddeden Görüş

Doktrindeki bir diğer görüş ise, TMK m.988/İMK m.933 hükmünden açıkça anlaşılmasa da iyiniyetli üçüncü kişinin taşınırı bağış yoluyla elde ettiği durumlarda aynı hak kazanımının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁷. Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımının dogmatik temeli bakımından hukuki görünüş teorisini esas alan bir görüşe göre, iyiniyetli üçüncü kişinin güveninin ancak bu yönde tasarruflar gerçekleştirdiği durumlarda korunacağını ve karşılıksız kazandırma halinde korunmayı gerektiren bir güvenin bulunmadığını ileri sürmektedir¹⁸. Başka bir deyişle iyiniyetli üçüncü kişinin, malvarlığından herhangi bir özveride bulunmadan kazanımının hakkaniyete uygun olmayacağı belirtilmektedir. Bunlara ek olarak, emin sıfatıyla zilyedin üçüncü kişiye bağışladığı taşınır için elde ettiği bir karşılık da söz konusu olmadığından eski malikin devredene karşı sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebinin de mümkün olmayacağı ve eski malikin tamamen korumasız kalacağı bu durumun da yine hakkaniyete aykırı bir sonuca neden olacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, iyiniyetli üçüncü kişinin bağış halinde TMK m.988'e dayanması mümkün olamayacağından mülkiyetini kazanmadığı taşınırı malike iade etmesi gerekecektir.

Bağışlama halinde iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımını reddeden yazarların ileri sürdüğü bir diğer argüman ise, iyiniyetle aynı hak kazanımı bakımından benzer düzenlemelerin yer aldığı hukuk sistemlerinde karşılıksız kazandırmaları doğrudan veya dolaylı biçimde kapsam dışı bırakan hükümlerin bulunmasıdır. Gerçekten de, Avusturya Medeni Kanunu'nun (ABGB) §367 hükmünde iyiniyetli zilyedin yalnız ivazlı işlemlerde hak kazanımının korunacağı açıkça ifade edilmiştir. Alman hukukunda ise, ivazsız işlemler bakımından hak kazanımı hususunda bir ayırım yapılmamakla birlikte Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) §816/1/c.2'de karşılıksız kazandırmanın gerçekleştiği durumlarda, eski malikin kazandırmadan doğrudan hukuki menfaat elde eden kişilere karşı da sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Alman hukukundaki düzenlemenin, Türk-İsviçre hukukunda da esas alınabileceği bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir¹⁹.

3. Bağışlamada İyiniyetle Aynı Hak Kazanımını Kabul Eden Görüş

Doktrindeki hâkim görüşe göre, emin sıfatıyla zilyedin taşınırı iyiniyetli üçüncü kişiye bağışlaması halinde de aynı hak kazanımının mümkün olduğu ka-

¹⁷ Rusch, *Rechtsscheinlehre*, 243-244; Ernst, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Art. 933 p. 23; Serozan, *Eşya*, p. 607; Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama*, 111 vd.; Lorenz Sieber, *Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten*, (Bern: Stämpfli, 2015), 128.

¹⁸ Rusch, *Rechtsscheinlehre*, 243.

¹⁹ Von Tuhr ve Peter, *Band I*, 497 ve 515-516; Koller, *Obligationenrecht*, p. 31.74; Sieber, *Ausgleich*, 138; Serozan, *Eşya*, p. 607; Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 221 dn. 7'de belirtilen yazarlar. Aksi yönde, Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990), 153 vd.

bul edilmektedir²⁰. Bu görüşe göre, her şeyden önce hükmün lafzî olarak böyle bir ayrıma yer vermemiş olmasının yanı sıra mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün (İMK m.933) 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 205. maddesiyle bağlantılı olduğu ve bu düzenlemede başka ülkelerin de aynı konudaki düzenlemelerine dayanıldığı ve fakat ivazsız işlemler bakımından ayrımın reddedildiği belirtilmektedir²¹. Başka bir deyişle hükmün gerek lafzî gerekse tarihsel yorum bakımından bağışlama durumunu ayrık tutmayı gerektiren bir dayanağının bulunmadığı kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, eski malikin sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil veya vekaletsiz işgörme kapsamında emin sıfatıyla zilyede başvurabileceği dolayısıyla eski malik bakımından hakkaniyete aykırı bir durumun meydana gelmeyeceği de belirtilmektedir²².

C. DEĞERLENDİRME

1. Türk Borçlar Kanunu'nun 285. Maddesi Bakımından

Emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışlamasının geçerliliği bakımından öncelikle TBK m.285 hükmüne değinilmelidir. Kanaatimizce, TBK m.285'te yer alan bağış konusunun bağışlayanın “*malvarlığından*” olması şartı, hizmet edimlerinin veya bir eşyanın kullanımının bedelsiz sağlandığı hallerde kullanım ödücü veya vekalet/eser hükümlerinin mi yoksa bağışın mı uygulanacağına yönelik uyuşmazlıkları gidermeye yöneliktir. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere, hükmün yalnız lafzî yoruma tabi tutularak bağışlama sözleşmesinin geçersiz olacağını benimsenmesi yerinde değildir. Aksi takdirde, söz konusu ifade sebebiyle borçlar hukukunun genel prensiplerine aykırı bir durum yaratılmış olur. Örneğin, mülkiyetinde bulunmayan bir eşyanın satışını taahhüt eden kişinin bu akdi geçerli kabul edilirken; aynı kişinin eşyayı bağışlamasına yönelik taahhüdü geçersiz olacaktır. Oysa böyle bir durumda, TBK m.112 ve m.294 hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekir.

Taahhüt işleminin geçerliliğini kabul eden yazarlar, tasarruf işleminin geçersiz olacağını ve dolayısıyla mülkiyetin de bağışlanana geçişinden bahsedilmeyeceğini kabul etmektedir²³. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere bu durumda mülkiyetin geçmemesinin sebebi, sebebe bağlılık ilkesi değil; tasarruf işleminin geçersizliğidir²⁴. Bu nedenle, bağışlanana karşı istihkak davasıyla

²⁰ Stark, *Berner Kommentar*, Vorbemerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937, p. 33; Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 227; Wieser, *Fahrnisserwerb*, 82; Turhan Esener, “Menkul Eşyanın İktisabında Görünüşe İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, S. 1-4 (1959): 260-266, 263; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya*, 170; Antalya, *Eşya*, p. 1767; Barth, *Gültigkeit*, 286 ve dn. 61'de belirtilen yazarlar.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Martina Hurst-Wechsler, *Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs Kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB*, (Zürich: Schulthess, 2000), 62; Wieser, *Fahrnisserwerb*, 82-83; Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 227-228.

²² Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 229-230.

²³ Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 224.

²⁴ Vardar Hamamcioğlu, *Bağışlama*, 112.

iadenin gerçekleşeceği kabul edilir. Emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışladığı durumda da tasarruf işlemi eşyanın emin sıfatıyla zilyede ait olmaması sebebiyle geçersizdir. Başka bir deyişle tasarruf işlemi geçersiz kılan durum, tasarruf yetkisine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi de emin sıfatıyla zilyedin tasarruf yetkisine ilişkin eksikliğin giderilerek aynî hakkın kazanımını düzenlediğinden, emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışlamasının hükümünün yalnız TMK m.988 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁵.

2. Türk Medeni Kanunu'nun 988. Maddesi Bakımından

Emin sıfatıyla zilyedin üçüncü kişiye taşınırını bağışladığı durumlarda aynî hakkın kazanılıp kazanılamayacağına ilişkin yukarıda da incelendiği üzere doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Kanaatimizce, bu hususta doğru bir sonuca ulaşabilmek için öncelikle taşınır üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanımının dogmatik temeli belirlenmeli ve bu belirleme kapsamında bir sonuca ulaşılmalıdır²⁶. Taşınırlar üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanımı bakımından ortalama bir çözümü seçen Türk-İsviçre kanun koyucusunun, TMK m.988/İMK m.933 bakımından etkili hukuki görünüş teorisini benimsediği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu teoriye göre aynî hak kazanımının korunması için hak sahibi olan kişinin taşınırını bir başkasına rızasıyla devretmesi başka bir deyişle emin sıfatıyla zilyedin hak sahibi olduğuna ilişkin görünüşü yaratması gerekir. Bunun yanı sıra iyiniyetli üçüncü kişinin de emin sıfatıyla zilyedin hak sahibi olduğuna güvenmesi ikinci bir şart olarak aranmaktadır. Nitekim kanun koyucu TMK m.989 hükmünde hak sahibinin rızası dışında elinden çıkan taşınırlarda iyiniyetli üçüncü kişinin güveni yerine belirli sınırlamalarla birlikte hak sahibine öncelik tanımıştır²⁸.

Emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışlaması bakımından değerlendirilmesi gereken husus, hak sahibinin hukuki görünüşü yaratmasından ziyade iyiniyetli üçüncü kişinin bağışlama durumunda da güveninden bahsedilip bahsedilemeyeceği noktasın-

²⁵ Benzer şekilde, Alman Medeni Kanunu'nda da bağışlayanın geçerliliği bakımından bağışlayanın malvarlığından gerçekleşmesi şartı aranmaktadır (BGB §516). İlgili hükme rağmen, hak sahibi olmayan kişinin hak sahibine etkili olacak ivazsız işlemler gerçekleştirdiği durumlarda, hak sahibinin bundan doğrudan menfaat elde eden kişilere karşı da sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebileceğini düzenlemiştir (BGB §816/1.c.2). Başka bir deyişle böyle bir durumda bağışlanan mülkiyet hakkını kazanmakta ancak sebepsiz zenginleşme talebiyle karşı karşıya kalmaktadır.

²⁶ Taşınır üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanımının dogmatik temellerine ilişkin doktrinde güven, etkili hukuki görünüş, işlem güvenliği ve risk ilkeleri ileri sürülmektedir. İlgili fikirler için bkz. Wieser, *Fahrmiswerb*, 25 vd.

²⁷ Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya*, 277; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya*, 165; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya*, 235; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, p. 521 dn. 253.

²⁸ Bu hususta doktrinde, hak sahibinin söz konusu görüntüye neden olması veya kusuruyla bu durumu yaratması arasında belirsiz ve düzgün olmayan bir sınır olduğu ve dolayısıyla ilgili kriterin esas alınmayacağı da belirtilmektedir. Gerçekten de, hak sahibinin kusuruyla kaybettiği eşyasında bu duruma kendisinin sebep olduğu kabul edilebilmekle birlikte kanun koyucu anılan ihtimali TMK m.989 kapsamında değerlendirmiş ve hak sahibini korumuştur. Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya*, 278; Wieser, *Fahrmiswerb*, 28; Esener, "Menkul Eşyanın İktisabında Görünüşe İtimat Prensibinin Ehemmiyeti", 262.

dadır. Nitekim bağış TMK m.988'in kapsamı dışında değerlendiren görüş de, esasen bağışlama durumunda üçüncü kişinin korunmaya değer bir güveninin bulunmadığını ileri sürmektedir. Kanaatimizce, zilyetle üçüncü kişi arasındaki işlemin ivazsız olması tek başına bu güvenin gerçekleşmediği sonucuna ulaşmak için oldukça genel bir sonuçtur. Örneğin emin sıfatıyla zilyedin, taşınırı yardımlaşma faaliyetlerinde bulunan bir derneğe bağışladığı durumda derneğin güveninin neden korunmaması gerektiği açık değildir. Buna ek olarak iyiniyetli üçüncü kişinin güveninin korunma sebepleri kapsamında sayılan piyasa ve işlem güvenliğinin sağlanması amacı, bağış halinde de söz konusudur²⁹. Bu hususta, kanun koyucunun TMK m.989/II hükmünde iyiniyetli üçüncü kişiyi ancak belirli bir bedel ödemesi halinde koruduğuna yönelik yaklaşımın genelleştirilerek TMK m.988 bakımından genişletilmesi kanaatimizce yerinde değildir³⁰. Zira anılan hüküm belirli şartlarla kapsamı oldukça daraltılmış özel bir hüküm niteliğinde olup kanun koyucunun genel iradesine yönelik bir çıkarımda bulunulması mümkün değildir³¹. Tüm bunlara ek olarak, yukarıda da belirtildiği üzere hükmün lafzının açıkça böyle bir ayrıma yer vermemiş olmaması ve hükmün düzenleme aşamasında bağış kapsam dışı bırakan çeşitli hukuk sistemlerine ilişkin düzenlemelerin incelenip kabul edilmemesi de aynı sonucu destekler niteliktedir.

Emin sıfatıyla zilyetten bağış yoluyla aynî hak kazanımı bakımından doktrinde ileri sürülen eleştirilerden bir diğeri ise, eski malikin emin sıfatıyla zilyede başvurduğunda ivazsız işlem yapan zilyedin herhangi bir değer elde etmediği için zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunabileceği ve bu durumun hakkaniyete aykırılık oluşturacağı yönündedir. Bu hususta kimi yazarlar TMK m.988 bakımından bağışlamanın aynî hak kazanımı bakımından kapsam dışı tutulması gerektiğini ileri sürerken³², kimi yazarlarsa Alman Medeni Kanunu'nda yer alan ve karşılıksız kazandırmanın gerçekleştiği durumlarda, eski malikin kazandırmadan doğrudan hukuki menfaat elde eden kişilere karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceğini düzenleyen BGB §816/1/c.2 düzenlemesinin Türk-İsviçre hukukunda da kabul edilebileceğini belirtmektedir³³. Başka bir görüş ise, zenginleşme kavramını geniş yorumlamakta ve bağış durumunda da manevi bir tatmin elde edildiğini ve dolayısıyla zenginleşmenin varlığını kabul etmektedir³⁴. Diğer bir görüş ise, emin sıfatıyla zilyede karşı sebepsiz zengin-

²⁹ Stark, *Vorbemerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937*, p. 33.

³⁰ Rusch, *Rechtsscheinlehre*, 244 dn. 1005.

³¹ Barth, *Gültigkeit*, 286 dn. 64.

³² Honsell, *Besonderer Teil*, 223; Sieber, *Ausgleich*, 128.

³³ Von Tuhr ve Peter, *Band I*, 497 ve 515-516; Koller, *Obligationenrecht*, p. 31.74; Serozan, *Eşya*, p. 607; Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 221 dn. 7'de belirtilen yazarlar. Aksi yönde bkz. Stark, *Vorbemerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937*, p. 32.

³⁴ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)*, (Zürich: Schulthess 1988), 692; Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, 154; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 752 dn. 4a.

leşme talebinin ileri sürülememesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki bir boşluktan kaynaklanmadığını ve bu hususta eğer bir düzeltme kabul edilecekse de bunun eşya hukukundaki hükümlerle ilişkili olduğunu ileri sürmektedir³⁵.

Kanaatimizce, emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışladığı hallerin büyük kısmında sebepsiz zenginleşme talebine gerek kalmaksızın eski malik, emin sıfatıyla zilyede başvurabilecektir. Zira eşya eski malikin elinden rızasıyla çıktığı için neredeyse her zaman taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olacaktır ve iade talebi de sözleşme kapsamında gerçekleşecektir. Bu noktada bağışlamanın öncesinde veya sonrasında sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelebilir. Bu durumda da emin sıfatıyla zilyedin sahip olduğunu düşündüğü hakkı açacak tasarruflarda bulunduğu durumlarda haksız fiil hükümleri kapsamında iade talebi gündeme gelir. Örneğin, geçersiz kira sözleşmesi ile taşınır zilyet olan kişinin taşınırını bağışladığı durumda eski malik haksız fiil hükümlerine dayanabilecektir. Buna karşılık, geçersiz satış veya mal değişim sözleşmesiyle taşınır elde eden kişinin bağışlaması durumunda ise, eski malikin sebepsiz zenginleşme talebine karşı iyiniyetli zenginleşen, zenginleşmenin ortadan kalktığını ileri sürebilecektir. Bu noktada, yukarıda açıklanan görüşlerin yanı sıra hesap bakiyesi (saldo) teorisinin kabul edilmesiyle de iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkmasına karşılık eski malik de elde ettiği bedeli veya malı iadede kaçınabilecektir³⁶. Dolayısıyla eski malik bakımından hakkaniyete aykırı bir durum oluşmayacaktır. Buna ek olarak, taşınırını eski malikten geçersiz satış veya mal değişim sözleşmesiyle devralan kişinin taşınırını kiraya vermesi ve kiracının da bunu iyiniyetli üçüncü kişiye bağışladığı bir durumda, geçersiz sözleşmeyle devralan kişinin kiracıya ileri sürerek elde edilebileceklerinin, eski malik tarafından talep edilebilmesi kabul edilmelidir³⁷.

Emin sıfatıyla zilyedin taşınırını bağışlamasının TMK m.988'in uygulama alanına girmediği kabul edilecek olursa, karma bağış durumunda nasıl hareket edileceği belirsizdir. Bu konuda doktrinde bölünebilir edimler bakımından herhangi bir sorunla karşılaşılmayacağı ve bedelin ödendiği kısım bakımından aynı hakkın kazanılacağı; bölünemeyen edimlerde ise ivazlı kısmın baskın olması halinde üçüncü kişinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir³⁸. Bu fikre karşı doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, aynı hakkın kazanımının böylesine belirsiz bir duruma bağlanması hukuk güvenliğine aykırı olduğu gibi taşınırlar

³⁵ Emmenegger, *Festschrift für Bruno Huwiler*, 226. Hâkim görüşün üçüncü kişiye karşı herhangi bir talebin ileri sürülememesi olduğu hususunda bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 630-631.

³⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), p. 2763; İlhan Ulsan, *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984), 43 vd. Teoriye karşı eleştiriler için bkz. Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, 169.

³⁷ Benzer yönde bkz. Bucher, *Allgemeiner Teil*, 687 ve 696; Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, 152.

³⁸ Sieber, *Ausgleich*, 128.

bakımından işlem güvenliğini dikkate alan kanun koyucunun iradesine de aykırılık oluşturmaktadır³⁹. Örneğin, ikinci el dükkanından çok sayıda eşya alan kişinin tüm eşyalar için ödediği toptan bedelin piyasa fiyatının fazlasıyla altında olduğu ve eşyaların bir kısmı bakımından emin sıfatıyla zilyetliğin söz konusu olduğu bir durumda kazanımın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir durum olacaktır.

Bağışlamanın iyiniyetle aynî hak kazanımında kabul edilmemesi durumunun yaratacağı sorunlardan bir diğeri ise, iyiniyetli üçüncü kişinin, söz konusu bağışla karşılıklılık (sinallagmatik) ilişkisi içerisinde yer almayan ve bağışlamadan önce veya sonra emin sıfatıyla zilyede veya üçüncü bir kişiye edimde bulunduğu hallerde durumun nasıl değerlendirileceğidir⁴⁰. Bu durumda üçüncü kişinin bağışlamanın öncesi veya sonrasında ifa ettiği edimlere dayanıp dayanamayacağı ve dolayısıyla aynî hak kazanımının gerçekleşip gerçekleşmediği hak kazanımı bakımından belirsiz bir durum yaratmaktadır. Dolayısıyla bağışlama, TMK m.988 kapsamı dışında tutulursa meydana getireceği yeni sorunlar ve özellikle aynî hak kazanımı bakımından oluşturacağı belirsizlikler söz konusu ayırımın kabul edilmesine engel oluşturmaktadır.

Emin sıfatıyla zilyedin taşınırın zilyetliğini devrederek bağışladığı her durumda aynî hak kazanımı korunmaktadır. Bu hususta hükmen teslim, zilyetliği havalesi ve kısa elden teslim yoluyla bağışlamanın gerçekleştiği hallerin arz ettikleri özellikler sebebiyle incelenmesinde yarar vardır. Taşınırın iyiniyetli üçüncü kişiye kısa elden teslim yoluyla bağışlandığı durumlarda, iyiniyetli üçüncü kişi dolaysız zilyet olduğundan tarafların bağışlama konusunda anlaşmalarıyla birlikte bağışlama gerçekleşir. Bu hususta, Alman hukukunda BGB §932/1/c.2'de devrin yalnız devralandan gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin ve dolayısıyla kısa elden teslimin de yalnız devredenle yapılan anlaşma ile kazanılabileceğine ilişkin düzenleme, Türk-İsviçre hukukunda bulunmadığından böyle bir şartın aranmasına gerek yoktur⁴¹. Örneğin, kiraladığı taşınırı bir başkasına kiraya veren emin sıfatıyla zilyedin geçersiz satış sözleşmesiyle eşyayı devrettiği kişinin kiracıya taşınırı bağışladığı durumda, eşyanın bağışlandığı kiracı mülkiyeti kısa elden teslim yoluyla kazanmıştır.

Taşınırın iyiniyetli üçüncü kişiye hükmen teslim yoluyla devredildiği durumlarda ise, fiili teslimden farklılaşan özel bir durum bulunmamakla birlikte, üçüncü kişinin iyiniyetinin hangi anda bulunması gerektiği ve elden bağışlamanın hükmen teslim yoluyla gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değerlendirilmelidir. Elden bağışlamanın düzenlendiği TBK m.289'da elden bağışlamanın teslim ile

³⁹ Stark, *Vorbemerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937*, p. 29 vd.; Barth, *Gültigkeit*, 289.

⁴⁰ Barth, *Gültigkeit*, 287.

⁴¹ Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 22; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, Art. 933 p. 83.

kurulacağı düzenlendiğinden, hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi yoluyla gerçekleşen elden bağışlamalarda hak kazanımının korunup korunmayacağı belirlenmelidir. Hükümde her ne kadar yalnız teslimden bahsedilmişse de gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse Yargıtay, oldukça eski tarihli kararlarında hükmün lafzının dar yorumlanmaması gerektiğini kabul etmiştir⁴². Gerçekten de, elden bağışlama bakımından da zilyetlik devrinin gerçekleşmesi yeterli sayılmaktadır⁴³. Doktrindeki hâkim görüşe göre, hükmen teslimle aynî hak kazanımında iyiniyetin aranacağı an ise, hükmen teslimin gerçekleştiği andır⁴⁴. Buna karşılık doktrinde bir görüş, BGB §933'te benimsenen ve iyiniyetin fiili teslim anında aranması gerektiğini savunmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce, Türk-İsviçre hukuku bakımından bu yönde özel bir düzenleme bulunmadığı için hâkim görüşe uygun olarak taşınırın üçüncü kişiye bağışlandığı anda iyiniyetin varlığı yeterli sayılmalı ve özel bir hukuki ilişki kapsamında eşyanın devredende (emin sıfatıyla zilyette) kaldığı sırada iyiniyetli üçüncü kişinin malik olduğu kabul edilmelidir. Bu hususta hükmen teslim yoluyla fer'i zilyetlik devrinin mümkün olup olmadığı ise, doktrinde tartışmalı olup, bunun kabul edildiği hallerde dolaysız zilyedin devredenin zilyetliğini kabul etmesi de bir şart olarak aranmalıdır⁴⁶. Doktrinde, kiracısı (emin sıfatıyla zilyet) olduğu taşınır üçüncü bir kişiye kiralayıp ardından taşınır dördüncü kişiye satan ve daha sonra dördüncü kişiden kiralayan zilyet örneği verilmekte ve dördüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesi için üçüncü kişinin, devredenin (emin sıfatıyla zilyedin) zilyetliğini kabul etmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁷.

Son olarak taşınırın zilyetliğin havalesi yoluyla devredildiği durumlarda ise, iyiniyetli üçüncü kişi taşınırın bağışına ilişkin devreden dolaylı zilyet ile anlaşığı için esasen hukuki görünüşe güven değil; devredenin zilyet olduğuna ilişkin iddiaya güven söz konusudur. Doktrindeki baskın görüşe⁴⁸ göre, bu durumda da havale ile devrin gerçekleştiği andaki iyiniyet yeterliyken; bizim de katıldığımız azınlık görüşe⁴⁹ göre ise, dolaysız zilyedin bu hususta devredenin zilyetliğini kabul etmesi de bir şart olarak aranmalıdır.

⁴² BGE 63 II 395; Y.7.HD, 25. 10. 1976, E. 1976/9792 K. 1976/12151.

⁴³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Eşya*, 88 vd.

⁴⁴ Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 20; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, Art. 933 p. 84; Ernst, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Art. 933 p. 26; Wieser, *Fahmiserwerb*, 70.

⁴⁵ Wieser, *Fahmiserwerb*, 71 ve 70 dn. 293'te belirtilen yazarlar.

⁴⁶ Sirmen, *Eşya*, 60; Ünal ve Başpınar, *Eşya*, 157-158; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya*, p. 368.

⁴⁷ Rusch, *Rechtsscheinlehre*, 225-226.

⁴⁸ Homberger, *Das Sachenrecht*, Art. 933 p. 21; Stark ve Lindenmann, *Berner Kommentar*, Art. 933 p. 86; Ernst, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Art. 933 p. 40.

⁴⁹ Rusch, *Rechtsscheinlehre*, 224; Wieser, *Fahmiserwerb*, 72-73.

SONUÇ

Çalışma, emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bağışladığı durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağını incelemektedir. Her ne kadar hükmün lafzında bu hususta herhangi bir ayırım yapılmamışsa da doktrinde çeşitli gerekçelerle bağış halinde hak kazanımının korunmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, Türk Borçlar Kanunu'nun 285. maddesinin lafzından hareket etmekte ve taşınırın emin sıfatıyla zilyedin malvarlığında bulunmaması sebebiyle taahhüt işleminin geçersizliğini; diğer bir görüş ise, bağış durumunda iyiniyetli üçüncü kişinin korunması gereken bir güveninden bahsedilemeyeceğini ve malikin çeşitli durumlarda gerek emin sıfatıyla zilyetten gerekse bağışlanandan iade talep edememesinin hakkaniyete aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Çalışmada, Türk Borçlar Kanunu'nun 285. maddesinde yer alan ve bağış konusunun bağışlayanın malvarlığından yapılması şartının, taahhüt işlemleri bakımından borçlar hukukunun genel prensiplerine aykırı bir durumun kabul edilmesine yol açmaması gerektiği benimsenmiştir. Bu kapsamda ilgili şartın, hizmet edimlerinin veya bir eşyanın kullanımının bedelsiz sağlandığı hallerde uygulanacak hükümlerin belirlenmesine yönelik olduğu ileri sürülebilir. Çalışmada Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi kapsamında benimsenen doktrindeki hâkim görüş çerçevesinde ise, Türk-İsviçre hukukunda iyiniyetli üçüncü kişinin hak kazanımı bakımından işlemin ivazlı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmadığı ve bu sonucun lafzın yanı sıra sistematik ve tarihsel yorum bakımından da kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna ek olarak, bağış yoluyla hak kazanımının gerçekleştiği durumlarda eski malikin emin sıfatıyla zilyede birçok durumda sözleşme veya haksız fiil kapsamında başvurabileceği bunların mümkün olmadığı hallerde ise, hesap bakiyesi teorisi veya emin sıfatıyla zilyedin varsa başvurabileceği üçüncü kişilere yönelik taleplerinin eski malike tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Son olarak, taşınırın hükmen teslim, kısa elden ve zilyetliğin havalesi yoluyla bağışlandığı hallere değinilerek iyiniyetin aranması gerektiği an tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan, Editör. *Eşya Hukuku Cilt IV/1*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Barth, Frédéric. “Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Handschenkung einer anvertrauten Sache”. *Basler juristische Mitteilungen*, S. 5 (2021): 275-294.
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)*. Zürich: Schulthess 1988.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Esener, Turhan. “Menkul Eşyanın İktisabında Görünüşe İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, S. 1-4 (1959): 260-266.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gürsoy, Kemal Tahir; Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar. *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hombberger, Arthur. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977*. Zürich: Schulthess, 1938.
- Honsell, Heinrich; Vogt, N. Peter, Geiser, Thomas, Editör. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*. Basel: Helbing&Lichtenhahn, 2015.
- Honsell, Heinrich; Vogt, N. Peter; Wiegand, Wolfgang Editör. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529*. Basel: Helbing&Lichtenhahn, 2015.
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*. Bern: Stämpfli, 2017.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*. Zürich: Schulthess, 2014.
- Hurst-Wechsler, Martina. *Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs Kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB*. Zürich: Schulthess, 2000.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: Schulthess, 2017.
- Kurt, Ekrem. “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”. *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 8, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan (2013): 1857-1930.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

- Öz, Turgut. *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- Özçelik, Barış. “Motorlu Araç Mülkiyetinin Yetkisiz Kimseden Devralınması ve Sonuçları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68, S. 4 (2019): 841-861.
- Pichonnaz, Pascal; Vogt, N. Peter ve Wolf, Stephan, Editör. *Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*. Bern: Stämpfli, 2007.
- Rusch, Arnold F. *Rechtsscheinlehre in der Schweiz*. Zürich: Dike 2010.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Sieber, Lorenz. *Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten*. Bern: Stämpfli, 2015.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Stark, Emil W. ve Lindenmann, Barbara. *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB*. Bern: Stämpfli, 2016.
- Tekinay, Selahattin S.; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Tekinay, Selahattin S.; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Ulusan, İlhan. *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Ünal, Mehmet ve Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- Vischer, Frank, Editör. *Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1*. Basel, Stuttgart: Helbing&Lichtenhahn, 1977.
- Wieser, Charlotte. *Gutgläubiger Fahrniserwerb und Besitzesrechtsklage: Unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung «entarteter» Kunstgegenstände*. Basel, Genf, München: Helbing&Lichtenhahn, 2004.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ (İİK M.277 vd.) KONUSUZ KALMASI^(*)

Arş. Gör. **Melih IŞIK^(**)**

Öz

Kural olarak borçlu, dürüstlük kuralı gereği (MK m.2/1) borçlarını tam ve zamanında ifa etmelidir. Buna karşın borçlu, rızaî olarak borcunu ifa etmediği gibi, alacaklının cebri icra prosedürüyle alacağını elde etmesine mâni olmak amacıyla malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir. Kanun koyucu, bu tarz tasarruf işlemlerinin alacaklı bakımından iptali için İcra ve İflâs Kanunu m.277 vd. hükümlerde tasarrufun iptali davasını düzenlemiştir. Bu dava ile alacaklı, belirli tasarruflar sonucu borçlunun cebri icra alanından çıkardığı malvarlığı değerleri üzerinde haciz ve satış talep etme yetkisi elde edebilmekte yahut borçlunun bazı tasarruflarının kendisi bakımından iptalini talep etmektedir.

Tasarrufun iptali davası ile üçüncü kişinin malvarlığı etkilendiğinden, tasarrufların hangi hallerde iptale tabi olduğu kanunî düzenlemelerle öngörülmektedir. Somut olayın kanunî düzenlemelerdeki koşul vakaları karşılması halinde dava kabul edilecek, aksi halde ise esasa ilişkin nedenlerle dava reddedilebilecektir. Dava şartlarında eksiklik olması halinde ise, davanın reddi usulî nedene dayanır. Bu ihtimallerden başka, davanın farklı şekilde sona ermesi de mümkündür. Davanın görüldüğü esnada yargılama dışında meydana gelebilecek bazı olaylar neticesinde, esas hakkında karar verilme gereği ortadan kalkabilir. Bu halde, dava konusuz kalmıştır. Daha açık bir ifade ile yargılama dışında gerçekleşen bu olay ile, dava ile elde edilmek istenen neticeye yargılama dışında ulaşılmış yahut ulaşıma imkânı kalmamıştır. Bu sebeple artık davanın esas bakımdan incelenmesi için bir neden bulunmamaktadır.

Çalışmamızın ana çerçevesi, tasarrufun iptali davasında davanın konusuz kalmasıdır. İlk olarak tasarrufun iptali davasına özgü olarak davanın konusuz kalmasına neden olan olaylar tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu olayların tespitinde, çoğunlukla yargı içtihatları göz önüne alınacaktır. Davanın konusuz kalması üzerine, bu olgunun davaya getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme davanın konusuz kaldığını tespit etmişse Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1 uyarınca karar verilmesine yer olmadığı kararı ile yargılamayı sona erdirecektir. Bu kararın hukukî niteliğine dair inceleme yapıldıktan sonra, yargılama giderlerine nasıl hükmedilmesi gerektiği incelenerek çalışmamız sona erecektir.

Anahtar Kelimeler

Tasarrufun İptali Davası, Davanın Konusuz Kalması, Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı, İcra ve İflâs Hukuku, Medenî Usul Hukuku.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.08.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.11.2022, DOI No: 10.54704/akdhfd.1168853.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi*'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Antalya-Türkiye.

E-posta: melihisik17@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8072-521X>.



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

NO NEED TO ADJUDICATE IN ACTIO PAULIANA

Abstract

As a rule, the debtor should fulfill his/her debts fully and on time, in accordance with the rule of good faith (Civil Code Art. 2/1). But the debtor may not the debt consentingly and may also dispose of his/her assets in order to prevent the creditor from obtaining the debt through forced enforcement procedure. Law-maker has regulated Actio Pauliana for the cancellation of such act of disposal in terms of the creditor in Enforcement and Bankruptcy Code m.277 ff. The creditor demands with this action the authority to demand attachment and forced sale on the assets that the debtor has removed from the enforcement area as a result of certain dispositions, or cancellation of some of the debtor's disposal in terms of himself/herself.

Since the goods belonging to third parties are affected by Actio Pauliana, the legal regulations stipulate in which cases the disposals are subject to cancellation. If the concrete case meets the conditions in the legal regulations, the case is accepted. Otherwise the case is dismissed. In case of deficiencies in the cause of action, the dismissal of action is based on procedural grounds. Apart from these possibilities, it is also possible for the case to end differently. As a result of some events that may occur outside during the proceeding, there is no need to decide on the merits. In this case, the action is devoid of essence. More clearly, with this event that took place out of proceeding, the desired result with the suit was reached outside the proceeding or not possible to be achieved. Therefore, there is no reason to examine the case on the merits.

The main framework of our study is devoid of essence in Actio Pauliana. Firstly it will be tried to determine the events that cause the devoid of essence, specific to Actio Pauliana. In the determination of these events, mostly judicial decisions will be taken into account. After the devoid of essence has occurred, these event must be taken in the proceeding. If the court determines the devoid of essence, it ends the proceeding with decision of no need to Adjudicate accordings to Civil Procedure Code Art. 331/2. After examining the legal character of this decision type, it will be examined how to decide on litigation expenses and our study will come to a close.

Keywords

Actio Pauliana, Devoid of Essence, Decision of No Need to Adjudicate, Debt Enforcement and Bankruptcy Law, Civil Procedure Law.

Extended Abstract

As a rule, the debtor should fulfill his/her debts fully and on time, in accordance with the rule of good faith (Civil Code Art. 2/1). But the debtor may not the debt consentingly and may also dispose of his/her assets in order to prevent the creditor from obtaining the debt through forced enforcement procedure. Law-maker has regulated Actio Pauliana for the cancellation of such act of disposal in terms of the creditor in Enforcement and Bankruptcy Code m.277 ff. The creditor demands with this action the authority to demand attachment and forced sale on the assets that the debtor has removed from the enforcement area as a result of certain dispositions, or to cancellation of some of the debtor's disposal in terms of himself/herself.

Since the goods belonging to third parties are affected by Actio Pauliana, the legal regulations stipulate in which cases the disposals are subject to cancellation. If the concrete case meets the conditions in the legal regulations, the case is accepted. Otherwise the case is dismissed. In case of deficiencies in the cause of action, the dismissal of action is based on procedural grounds. Apart from these possibilities, it is also possible for the case to end differently. As a result of some events that may occur outside during the proceeding, there is no need to decide on the merits. In this case, the action is devoid of essence. More clearly, with this event that took place out of proceeding, the desired result with the suit was reached outside the proceeding or not possible to be achieved. Therefore, there is no reason to examine the case on the merits.

One of these situations is the performance of the pecuniary debt that demanded through debt enforcement proceeding. According to Art. 281/3 the case is dismissed with payment of the debt, but in fact that, it is devoid of essence. The plaintiff has no legal interest in Actio Pauliana anymore. The same result will occur if the assets whose cancellation is requested has been sold by the debtor's creditors through forced sale by auction. If there is no share of defendant (third person) after auction, there is no need to trial. However, if the assets has been sold by the defen-

dant (third person) or his/her creditors through forced sale, the plaintiff may demand compensation in the same Actio Pauliana. The existence of definitive or temporary proof of insolvency about debtor in Actio Pauliana is a special cause of action. That certificate proves that the debtor does not have attachable assets and rights and it allows to file an action for annulment the transferred assets. If the proof of insolvency is cancelled or the debtor acquires the assets during the trial, it can occur devoid of essence. In these situations the conflict between the parties has ended out of case, but the court's decision is necessary for the formal ending of the case. Also the decision must include litigation expenses.

The main framework of our study is devoid of essence in Actio Pauliana. Firstly it will be tried to determine the events that cause the devoid of essence, specific to Actio Pauliana. In the determination of these events, mostly judicial decisions will be taken into account. After the devoid of essence has occurred, these event must be taken in the proceeding. If the court determines the devoid of essence, it ends the proceeding with decision of no need to Adjudicate accordings to Civil Procedure Code Art. 331/2. After examining the legal character of this decision type, it will be examined how to decide on litigation expenses and our study will come to a close.

GİRİŞ

Tasarrufun iptali davası, Türk hukukunda 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu¹ (İİK) m.277 vd. hükümlerde, İsviçre hukukunda ise İcra ve İflâs Kanunu² (SchKG) m.285 vd. hükümlerde düzenlenmektedir. Bu davadaki yargılama usulünü düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu m.281/3'te, "*Davalılardan herhangi biri davacının alacağını ödediği takdirde, dava reddolunur. Bu halde hâkim, duruma göre her birini masrafla ilzam veya bu masrafi aralarında takdir ettiği surette taksim eder.*" düzenlenmesine yer verilmiştir. İsviçre hukukunda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alacak davalarında dava devam ettiği esnada alacağın ödenmesi, davanın konusuz kalmasına neden olarak gösterilen en temel örneklerdendir³. Ancak kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu m.281/3'te davanın reddedileceğini düzenlemekte, yargılama giderlerinin tayininde ise hâkime takdir yetkisi vermektedir. Ödeme halinde verilecek karar farklı belirtilmiş olsa da davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerinin nasıl paylaşılması gerektiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda⁴ düzenlenen m.331/1 hükmü ile benzerlik arz etmektedir. Şu hâlde İcra ve İflâs Kanunu m.281/3 ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1 arasında tam bir uyum olmadığı görülmektedir. Bu çalışma ile amacımız, tasarrufun iptali davası özelinde, başta borcun ödenmesi ve başkaca davanın konusuz kalmasına neden olacak gelişmelerin tespiti ile üzerine derdest davaya etkilerinin belirlenmesidir.

¹ RG 2128 S. 19/6/1932 T.

² AS 11 529.

³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: Demir Demir, 2001), 3015; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*, (Ankara: Yetkin, 2020), 882; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 2014), 965; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özokes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul. Oniki Levha, 2020), 443; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 1181; Felix Addor, *Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits*, (Bern: Stämpfli, 1997), 68; Adrian Staehelin, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*. (Zürich: Schulthess, 2019), §23 Rn. 32; Julia Gschwend ve Daniel Steck, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017), Art. 242 Rn. 8.

⁴ RG 27836 S. 04.02.2011 T.

I. GENEL OLARAK DAVANIN KONUSUZ KALMASI

Davanın konusuz kalması, hukukumuzda daha çok yargı kararları ile oluşmuş bir kavramdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davanın konusuz kalması kavramı, şartları ve sonuçlarını ele alan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu kavrama m.331/1 hükmünde değinilmektedir. İlgili hükümde konusuz kalan bir davada yargılama giderlerinin nasıl tayin edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Alman hukukunda da ayrıntılı bir hüküm bulunmamakta, davanın konusuz kaldığının⁵ taraflarca karşılıklı olarak beyan edilmesi halinde yargılama giderlerinin nasıl paylaşılacağı m.91a hükmünde düzenlenmektedir. İsviçre hukukunda ise, davanın konusuz kalması⁶ kavramına çokça hükümde yer verilmiştir. Bunlardan bir tanesi Alman ve Türk hukuklarındaki gibi yargılama giderleri arasındaki m.107/1, e düzenlemesidir. Alman ve Türk hukuklarından farklı olarak ise, m.242'de açık bir düzenlemeye sahiptir. İsviçre Medenî Usul Kanunu'ndaki bu düzenleme, olağan yargılama usulü kısmında (*Ordentliches Verfahren*) ve hüküm verilmeksizin yargılamanın sona ermesine neden olan haller (*Beendigung des Verfahrens ohne Entscheidung*) arasında yer almaktadır. İlgili bölümde m.241'de sulh (*Vergleich*), davanın kabulü (*Klageanerkennung*) ve davanın geri alınması (*Klagerückzug*) düzenlenmişken, m.242'de diğer nedenlerle yargılamanın konusuz kalması halinde, durumun tespit ve tevsik edileceği ifade edilmiştir.

Bir davaya konu edilen uyuşmazlık hakkında, kural olarak davanın açıldığı tarihteki şartlara göre karar verilmelidir⁷. Ancak bazen yargılama dışında meydana gelen olay veya olaylar, derdest davayı doğrudan etkilememekle birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmiş veya uyuşmazlık hakkında yargılamanın sürdürülmesini anlamsız hale getirmiştir⁸. Böylesi durumlarda davaya devam edilmesine gerek yoktur.

Davanın konusuz kalması Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında birbirinden çok da uzak olmayan şekillerde izah edilmektedir. Alman hukukunda ağırlıklı olarak⁹, davanın derdest hale gelmesinden sonra meydana gelen bir olay ile davanın usule ya da esasa ilişkin haklılığının ortadan kalkması (*unzulässig oder unbeg-*

⁵ Alman hukukunda esas hakkındaki uyuşmazlığın sona ermesi anlamına gelen "die Erledigung der Hauptsache" kavramı ile ifade edilmektedir.

⁶ İsviçre hukukunda "die Gegenstandslosigkeit" kavramı kullanılmaktadır.

⁷ YİBK, 28.11.1956, S. 15/15. Aynı yönde; YHGK, 8.4.2015, E. 2015/2-46 K. 2015/1158 (Kazancı).

⁸ Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Grundkurs ZPO* (München: C.H. Beck, 2020), Rn. 480; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3015; Kudret Aslan, *Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, (Ankara: Yetkin, 2016), 82.

⁹ Othmar Jauernig ve Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, (München: C.H. Beck, 2011), §42 Rn. 14; Olaf Muthorst, *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), §91a Rn. 1; Fritz Baur, Wolfgang Grunsky ve Florian Jacoby, *Zivilprozessrecht* (Bielefeld: Franz Vahlen, 2020), Rn. 430. Tartışmalar için, bkz. Kuan-Ling Shen, *Die Erledigung der Hauptsache als verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositiv und Kostenrecht*, (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2000), 17.

ründet) olarak nitelendirilmektedir. İsviçre¹⁰ ve Türk¹¹ hukuklarında ise, davanın açılmasından sonra gerçekleşen bir olay sonucu dava konusunun yahut davacının mevcut hukukî yararının kesin olarak yok olması biçiminde ifade edilmektedir.

Yapılan tariflerden davanın konusuz kalabilmesi için bazı şartların bir araya gelmesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır. Kabaca, öncelikle bir derdest bir dava olmalı, dava derdest iken hukuk düzeninin kendisine bir sonuç bağladığı bir olay gerçekleşmeli ve bu olay davanın esas veya usule ilişkin haklılığını etkilemek suretiyle yargılamaya devam edilmesini anlamsız hale getirmelidir.

Derdest bir davanın konusuz kalabilmesi için en önemli unsur; dava açıldıktan sonra gerçekleşen ve davanın esasa ilişkin haklılığını veya usule ilişkin caizliğini ortadan kaldıran bir olayın gerçekleşmesidir. Bu olay, çeşitli uyumsuzluklarda çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Söz gelimi; boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölümü, eda davasında talep edilen borcun dava devam ederken ifa edilmesi, menfi tespit davası esnasında davaya dayanak icra takibinden feragat edilmesi bu nitelikteki olaylara örnek gösterilebilir¹².

Alman hukukunda genel olarak, meydana gelen olay ile davanın usulî ya da esasa ilişkin olarak haksız hale geldiği (*unzulässig oder unbegründet*) savunulmaktadır. İsviçre ve Türk hukuklarında ise meydana gelen olayın dava konusunu veya hukukî yararı ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir. Diğer bir söylemle dava açıldıktan sonra dava konusunun ya da hukukî yararının ortadan kalkmasına aynı sonuç bağlanıp davanın konusuz kaldığı sonucuna varılmaktadır¹³.

Kanımızca Alman hukukunda yapılan yorum daha isabetli olup, gerçekleşen olay ile davanın esas ya da usul bakımından yerindeliğinin sonradan ortadan kalkması ile dava konusuz kalır. Davanın esasından anlaşılması gereken, maddî hukuka dayanan ve dava ile temini istenen haktır. Diğer bir deyişle maddî taleptir. Öte yandan

¹⁰ Staehelin, Staehelin ve Grolimund, *Zivilprozessrecht*, §23 Rn. 32; Gschwend ve Steck, *BSK-ZPO*, Art. 242 Rn. 5; Laurent Killias, *Schweizerische Zivilprozessordnung - Berner Kommentar*, (Bern: Stämpfli, 2012), Art. 242 Rn. 1. Daha ayrıntılı olarak, bkz. Addor, *Die Gegenstandslosigkeit*, 155.

¹¹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 443; Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar* (Ankara: Adalet, 2014), 145. Benzer bir tarif için, bkz. Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, 1180; Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, (Ankara: Yetkin, 2009), 336. "... Davanın konusuz kalması halinde, artık dava hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmaz. Başka bir deyişle, her iki tarafın da davanın esas hakkında karar verilmesinde hukuki yararı kalmamış demektir. ..." Y17.HD, 04.11.2021, E. 2020/3207 K. 2021/13496; "... dava açıldıktan sonra meydana gelen bir nedenle dava konusunun ortadan kalkması halinde işin esas hakkında infaz kabiliyeti olan bir hüküm kurulmaması ..." Y17.HD, 15.04.2019, E. 2016/18182 K. 2019/4780 (Legal).

¹² Bu ve bunun gibi örnekler için, bkz. Staehelin, Staehelin ve Grolimund, *Zivilprozessrecht*, §23 Rn. 32; Gschwend ve Steck, *BSK-ZPO*, Art. 242 Rn. 8 vd.; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3015 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 443; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 507; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2020), 551; Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 82.

¹³ Bu İsviçre hukukunda alternatif neden görüşü olarak açıklanmaktadır, bkz. Addor, *Die Gegenstandslosigkeit*, 27.

İsviçre ve Türk hukuklarında söylenegeldiği üzere usul hukuku anlamında dava konusu¹⁴ olan usulî talep değildir¹⁵. Keza davanın konusuz kalması sonucunu doğuran olay yargılamanın dışında, dış dünyada gerçekleşir ve davanın temelindeki uyumsuzluğu ileri etkili olarak sona erdirir. Oysa taraflar bu olayın gerçekleştiğini mahkemede açıklamadıkça ve mahkeme buna bağlı olarak davayı sona erdirmedikçe, dava derdestliğini muhafaza edecektir¹⁶. Bu nedenle usulî talep olan dava konusunun ortadan kalktığı söylenemez. Sona eren maddî hukuktan doğan hak veya uyumsuzluktur.

Yine gerçekleşen olay ile davanın usule ilişkin caizliğinin, diğer bir deyişle dava şartlarından birinin ortadan kalkması ile esasa ilişkin incelemeye devam edilebilmesi için dava şartı eksikliğinin giderilmesi aksi halde davanın usulden reddi gerekir (HMK m.115/2). Ancak bazı dava şartlarının sonradan ortadan kalkması, davanın esasının incelenebilme imkanını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bunun en temel örneği, hukukî yararlıdır. Hukukî yarar bir dava şartı (HMK m.114/1, h) olup dava konusunun bir unsuru değildir. Fakat derdest davadaki mevcut hukukî yararın sonradan yok olmasına da konusuz kalma sonucu bağlanmıştır¹⁷. Anılan sonuç tüm dava şartları için geçerli değildir. Ancak hukukî korunma menfaatinden başka taraf ehliyetinin de sonradan ortadan kalkması davanın konusuz kalmasına yol açabilir¹⁸.

Anılan şartların gerçekleşmesi ile dava konusuz kalmaktaysa da meydana gelen durum esasen fiilî bir durumdur. Diğer bir deyişle dava ile elde edilmek istenen husus, yargılama dışında ya elde edilmiş ya da elde edilmesi imkânsız hale gelmiştir. Ancak derdest dava görülmeye devam etmekte, meydana gelen olay davayı doğrudan sona erdirmemektedir¹⁹. Olayın dava üzerinde bu tür bir etkisinin doğabilmesi için yargıla-

¹⁴ Dava konusu kavramı üzerine ayrıntılı olarak, bkz. Meltem Ercan Özler, *Medenî Usûl Hukukunda Dava Konusu*, (İstanbul: Oniki Levha, 2019), 11 vd.

¹⁵ Ayrıntılı olarak, bkz. Addor, *Die Gegenstandslosigkeit*, 57.

¹⁶ Bu açıdan davanın konusuz kalması, davaya son veren taraf işlemlerinden hukukî nitelik olarak ayrılmaktadır. Hüküm ikamesi (*Entscheidsurrogat*) niteliğindeki davaya son veren taraf işlemlerinde dava taraf usul işlemi ile sona ermekte, buna istinaden verilecek mahkeme kararı sadece açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Oysa davanın konusuz kalması halinde bu durumun tespiti mahkeme tarafından yapılması gerektiğinden dava şeklen tespit ve tevsik edici karar (*Abschreibung-sentscheid*) ile sona erer (Gschwend ve Steck, *BSK-ZPO*, Art. 242 Rn. 17).

¹⁷ Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: "... Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması ve tarafların, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması gibi hallerde işin esası hakkında infaz kabiliyeti olan bir hüküm kurulmamaktadır. ..." Y3.HD, 28.12.2017, E. 2016/11131 K. 2017/18375; Y3.HD, 23.05.2019, E. 2017/16702 K. 2019/4885 (Legal).

¹⁸ Shen, *Die Erledigung der Hauptsache*, 24. Söz gelimi, mirasçılara intikal etmeyen kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarından kaynaklanan davalarda, davacının ölümü ile taraf ehliyeti sona ermekle birlikte aynı zamanda davanın konusuz kalacağı ifade edilmektedir (Gschwend ve Steck, *BSK-ZPO*, Art. 242 Rn. 13).

¹⁹ Alman hukukunda davanın konusuz kalması (*die Erledigung der Hauptsache*) ile esas hakkındaki davanın sona ermesi (*die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache*) kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği tartışmalıdır. Bu iki kavramın aynı anlama geldiğini savunan bir görüş olsa da (Rainer Hüßtege, *Thomas/Putzo ZPO Kommentar* (München: C.H. Beck, 2020), §91a, Rn. 1), ağırlıklı olarak aynı anlamda olmadığı savunulmaktadır (Dorothea Assman, "Die Einseitige

maya taşınması veya hâkimin bu olaydan haberdar olması şarttır. Aksi halde hâkim, dava konusuz kalmamışçasına yargılamaya devam edip uyuşmazlık hakkında karar verebilir. Oysa meydana gelen olayla birlikte esasa ilişkin uyuşmazlık yargılama dışında çözümlenerek hem dava hem de dava konusu şekli nitelik almıştır. Artık yapılması gereken, tarafların yargılama dışında bir olay sonucu davanın konusuz kaldığını mahkeme huzurunda beyan etmeleridir²⁰. Mahkeme, taraflardan birinin veya her ikisinin davanın konusuz kaldığına dair beyanları yahut kendiliğinden²¹ bir olay sonucu uyuşmazlığın sona erdiğini tespit etmesi üzerine vereceği karar ile yargılamayı sona erdirir. Diğer bir deyişle davanın konusuz kalması ile davanın derdestliği doğrudan sona ermez, bunun için mahkemenin kararına ihtiyaç duyulmaktadır²².

II. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA DAVA KONUSU VE HUKUKİ YARAR

İcra ve İflâs Kanunu m.277 vd. hükümlerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası²³, hacizde kesin aciz belgesine (İİK m.143) yahut bu niteliğe sahip haciz

Erlidigungserklärung.", *Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag* (1990), 186). Gerçekten yargılama dışında gerçekleşen olay ile davaya konu uyuşmazlık sona erse de derdest dava sona ermemiştir. Davanın konusuz kalmasına neden olan bir olayın gerçekleştiği mahkemede taraflarca beyan edilmedikçe veya bir tarafın beyanı üzerine mahkeme tarafından vaziyet tespit edilip yargılama sona erdirilmedikçe dava derdest haldedir.

²⁰ Davanın konusuz kaldığı beyanı (*die Erlidigungserklärung*), Alman hukukunda ayrıca önem arz eden ve çeşitli tartışmalara konu olmuş bir kavramdır. Konusuz kalma beyanı, davanın konusuz kalması gibi fiilî bir olgu olmayıp bir taraf usul işlemidir (Christoph Althammer, *Zöller Zivilprozessordnung*, (Köln: Ottoschmidt, 2020), §91a Rn. 2; Hüstege, *Thomas/Putzo ZPO*, §91a, Rn. 6). Davanın konusuz kaldığı beyanı, Alman hukukunda tek taraflı (*die einseitige Erlidigungserklärung*) ve karşılıklı beyan edilme (*die übereinstimmende Erlidigungserklärung*) olarak ikiye ayrılmakta, bu her iki tür farklı hukukî nitelikte ve hükümlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Davanın konusuz kaldığının karşılıklı beyan edilmesi, Alman Medenî Usul Kanunu m.91a'da açık düzenlemeye sahiptir. Taraflar, tasarruf ilkesi kapsamında davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle mahkemeden esas hakkında karar verilmeden yargılamanın sona ermesini karşılıklı olarak bildirmektedir. Taraf beyanları üzerine mahkeme, davanın gerçekten konusuz kalıp kalmadığını veya davanın ikame edildiği anda esas veya usul bakımından haklı olup olmadığını incelemeksizin yargılamanın sona erdiğini tespit edecek, sadece yargılama giderleri hakkında tarafların davanın başındaki haklılık durumuna göre karar verilecektir (bkz. Musielak ve Voit, *Grundkurs*, Rn. 482; Jauernig ve Hess, *Zivilprozessrecht*, §42 Rn. 15). Davanın tek taraflı olarak konusuz kaldığının beyan edilmesi halinde ise, karşı taraf davanın konusuz kaldığı iddiasını kabul etmemektedir. Böylece mahkemenin gerçekten dava konusu uyuşmazlığın çözümlenip çözümediğini inceleme yükümlülüğü doğar. Mahkeme yapacağı incelemede davanın konusuz kaldığını tespit ederse, bu nedene dayalı olarak vereceği karar sonucu dava sona erer (bkz. Musielak ve Voit, *Grundkurs*, Rn. 499; Baur, Grunsky ve Jacoby, *Zivilprozessrecht*, Rn. 431, 433; Muthorst, *Stein/Jonas ZPO*, §91a Rn. 2).

²¹ Derdest bir davanın konusuz kaldığı, mahkeme tarafından kendiliğinden (*von Amtes wegen*) tespit edilebilir. Ancak bu durum, taraflarca getirilme ilkesinin (*Verhandlungsmaxime*) uygulandığı hallerde mahkemenin resen, davanın konusuz kalmasına neden olabilecek vakıaları araştırmasını gerektirmez (Staehelein, Staehelein ve Grolimund, *Zivilprozessrecht*, §23 Rn. 34). Mahkemenin davanın konusuz kaldığını kendiliğinden tespit edebilmesine ilişkin örnek olarak, boşanma davası sırasında eşlerden birinin ölümü gösterilebilir (Killias, *Berner Kommentar*, Art. 242 Rn. 20).

²² Addor, *Die Gegenstandslosigkeit*, 158 vd.; Killias, *Berner Kommentar*, Art. 242 Rn. 21.

²³ Ayrıntılı bilgi için, bkz. Bilge Umar, *Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası*, (İstanbul Üniversitesi, 1963); M. Kâmil Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları*, (İstanbul: Alfa, 1995); Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Adalet, 2015); İdil

tutanağı (İİK m.105/1) ya da geçici aciz belgesine (İİK m.105/2) sahip alacaklı (İİK m.277/1, a) ve iflâsta iflâs idaresi veya iflâs idaresi tarafından yetkilendirilmiş alacaklılar (İİK m.277/1, b) tarafından, takip dosyası borçlusu ve borçlunun iptale tabi işlemi yaptığı 3. kişilere, iptale tabi tasarrufa konu malvarlığı dördüncü bir kişiye devredilmişse kötü niyetli olması şartıyla bu kişiye (İİK m.282) karşı açılabilen bir davadır. Davalı tarafta yer alan borçlu ve borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi ve tasarruf dördüncü kişiye devredilmişse bu kimseler arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır²⁴.

İcra ve İflâs Kanunu m.277'nin içeriğinde, m.278 ve 279'un başlıklarında "butlan" kavramından bahsedilmektedir. Ancak bu dava ile iptale tabi işlemlerin butlanla batıl olduğu tespit edilerek malvarlığının borçluya döndürülmesi sağlanmaz. Aksine malvarlığı borçlu ile işlem yapan kimsenin hakimiyeti altında iken, tıpkı borçlunun malvarlığıymış gibi haczedilip paraya çevrilebilir²⁵ (İİK m.283/1). Diğer bir deyişle bu dava ile, borçlunun alacaklısı aleyhine cebri icra hukuku sınırları dışına kaçırdığı mallarını yeniden icra hukuku sınırlarına çekmek amaçlanmaktadır²⁶. Borçlu ile bu kişi arasındaki işlem tamamen iptal edilmemiş, sadece alacaklı bakımından geçersiz kılınmış olur²⁷. Alacaklı da bu davayı ikame ederken, davalılar arasındaki hukukî işlemin tamamen iptalini talep etmemeli, bu mal üzerinde kendisine cebri icra yetkisi verilmesini istemelidir.

İptal davasının hukukî niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁸. Doktrindeki baskın görüşe göre, iptal davası şahsî bir eda davasıdır²⁹. Bu kapsamda işbu davanın konusu, aslında iptale tabi tasarruf konusu hakkında davacıya cebri icra yetkisi verilmesi, tasarrufun elden çıkarılması halinde ise o malın değeri oranında tazminattır³⁰.

Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, (Ankara: Yetkin, 2015); Güray Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, (İstanbul: Oniki Levha, 2019).

²⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Yetkin, 2013), 1423; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2013), 871; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2020), 728. Öte yandan borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi ve ondan devralan üçüncü (dördüncü) kişiler arasında ise ihtiyarî dava arkadaşlığı mevcut olduğuna dair, bkz. Muşul, *Tasarrufun İptali*, 219-220.

²⁵ Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, (İstanbul: Yaylacık, 2009), 290; Kuru, *İcra El Kitabı*, 1397; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 857; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 562; Talih Uyar, *Tasarrufun İptali Davaları*, (Ankara: Bilge, 2017), 11; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 716.

²⁶ Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku C. II* (Ankara: Adalet, 2013), 1739; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 19.

²⁷ Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 290, 302; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 857; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 14.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için, bkz. Yıldırım, *İptal*, 27 vd.

²⁹ Umar, *İptal*, 19 vd.; Kuru, *İcra El Kitabı*, 1415; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 858.

³⁰ Kuru, *İcra El Kitabı*, 1414; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 873; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 729.

Hukukî yarar (HMK m.114/1, h), hukukumuzda genel bir dava şartı olarak kabul edildiğinden, yargılamanın her aşamasında mevcut olup olmadığı kendiliğinden araştırılabilir ve taraflarca her zaman ileri sürülebilir (HMK m.115/1). Tasarrufun iptali davasının görülebilmesi için hukukî yararın var olması şarttır.

İptal davası, takip hukukunda son çare olarak görülebilecek bir davadır³¹. Takip alacaklısı alacağını tam ve eksiksiz olarak elde edememiş, bunun üzerine borçlunun hiç veya yeteri kadar haczi kabil malı olmadığını tespit ettirmiş ise borçlunun aleyhine gerçekleştirdiği m.278, 279 ve 280’de sayılan işlemlerin kendisi bakımından iptali için bu davayı açabilir.

Davacı, icra takibinde alacağını hiç veya tamamen elde edemediğini kesin aciz belgesi veya bu nitelikteki haciz tutanağı yahut geçici aciz belgesi ile ispat etmelidir (İİK m.277/1, b.1). Bu özel bir dava şartı³² olarak kabul edilmekle birlikte, davacının bu davayı açmakta hukukî yararının bulunduğunu göstermektedir. Nitekim borçlunun borcu karşılayacak haczi kabil malvarlığının mevcut olması halinde, alacaklının üçüncü kişiye devredilen bu mallar hakkında tasarrufun iptalini istemekte hukukî yararı yoktur³³.

III. TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ KONUSUZ KALMASINA NEDEN OLAN OLAYLAR

A. Takibe Konu Borcun Ödenmesi

İptal davası devam ettiği esnada, davaya dayanak icra takibine konu alacağın davalılar tarafından ödenmesi söz konusu olabilir. İcra ve İflâs Kanunu m.281/3 bu durum özelinde bir düzenleme getirmiş ve davanın reddedileceği öngörülmüştür. Ancak bu ifadenin ne derece isabetli olduğu tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüşe³⁴ göre, iptal davası devam ederken alacağın davalılardan biri tarafından ödenmesi davanın

³¹ M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Beta, 2016), 565.

³² “... Somut olayda, dava dayanağı takip dosyasında İİK’nin 105. maddesinde belirtildiği şekilde borçlu ...’ın adresinde yapılmış bir haciz bulunmadığı gibi İİK’nin 143. maddesinde belirtilen aciz belgesi de sunulmamıştır. Bu durumda, davalı borçlunun aciz hali ispatlanmamış olduğundan davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken ...” Y17.HD, 15.03.2021, E. 2020/3276 K. 2021/2714 (Legal). Doktrinde de aciz belgesinin dava şartı olduğu neredeyse oy birliği ile kabul edilmektedir, bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 1418; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 282 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 871; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 568; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 184; Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali*, 71 vd.; Melih Işık, *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanaqları*, (İstanbul: Oniki Levha, 2019), 160 vd. Aciz belgesinin taraf sıfatının tespitine ilişkin olduğuna dair, bkz. Erdönmez, *Zarar Verme Kastıyla*, 57. İsviçre hukukunda, aciz belgesinin dava şartı olmasından ziyade aktif taraf sıfatına ilişkin bir şart olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede usulüne uygun bir aciz belgesi bulunmasa dahi dava esas bakımından incelenerek reddedilecektir. Bkz. Adrian Staehelin, Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010), Art. 285 N. 29, Art. 289 N. 22.

³³ Muşul, *Tasarrufun İptali*, 21; Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali*, 71 vd.

³⁴ Kuru, *İcra El Kitabı*, 1431; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 876; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 418; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. III*, (Ankara: Bilge, 2014), 4531.

konusuz kaldığı sonucunu doğurur. Yargıtay bir kararında, davanın konusuz kalacağını ve davanın reddi kararının isabetli olmadığını açıkça kabul etmiştir:

“... Dava İİK'nın 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Bu tür davalar icra takibine bağlı olduğundan, dava devam ederken borcun ödenmiş olduğunun anlaşılması halinde dava konusuz kalacağından “alacağın ödenmiş olması nedeniyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi, ancak dava açılmasına hangi tarafın neden olduğu araştırılarak yargılama giderleri ve vekalet ücreti bakımından araştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Somut olayda borcun ödenmiş olduğu davacı tarafından düzenlenen 27.11.2015 tarihli belgeden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve dava açılmasına neden olan tarafın yargılama gideri ve vekalet ücretine mahkum edilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır ...”³⁵

Tasarrufun iptali davasının konusuz kaldığının kabul edilebilmesi için, temeldeki borcun kural olarak icra dosyasına ödenmesi ve bu takibin borcun ödenmesi nedeniyle sona ermesi gerekmektedir³⁶. Ancak uygulamada tahsil harcından kaçınmak için doğrudan alacaklıya ödeme yapılarak icra takibine devam edilmeyerek dosyanın işlemde kaldırıldığı (İİK m.78/4) veya feragat edildiği görülmektedir. Bu halde de mahkeme önünde borcun haricen ödenip borcun sona erdiği mahkemeye beyan edilir ve bu konuda uyuşmazlık doğmaz yahut ödeme yapıldığı tespit edilirse tasarrufun iptali davasının konusuz kaldığı kabul edilebilir³⁷.

³⁵ Y17.HD, 18.01.2016, E. 2014/10915 K. 2016/405 (Legal).

³⁶ “... Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden temyiz aşamasında, davalı borçlu ...'ın borcu ödemediğini, herhangi bir borcunun kalmadığını beyan ettiği, vadesi geçmiş borcunun da bulunmadığına dair Vergi Dairesinden yazı aldığı, görülmüştür.

Bu durumda davanın konusu kalıp kalmadığının, davalı borçlunun dava konusu borcu ödeyip ödemediği, davacının da beyanı alınarak araştırılarak bir karar vermek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. ...” Y17.HD, 17.02.2021, E. 2020/11920 K. 2021/1444 K. T. (Legal). Aynı yönde; Y17.HD, 01.03.2021, E. 2020/2528 K. 2021/2027; “... Mahkemece borcun ödenmesi nedeniyle konusuz kalan dava hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ...” Y17.HD, 04.04.2013, E. 2012/8194 K. 2013/4806 (Legal).

³⁷ “... Somut olayda Bafra İcra Müdürlüğü'nün 2014/3940 sayılı takip dosyasına konu olacak nedenle davacı bankaya haricen ödeme yapıldığı ve Bafra İcra Müdürlüğü'nün 2014/3940 sayılı dosyanın 07/05/2020 tarihli karar tensip tutanağı ile haricen tahsil nedeniyle icra takip dosyasının işlemde kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, borcun ödenmesi nedeniyle icra takibinden vazgeçildiğinin anlaşılması halinde dava konusuz kalacağından İİK'nın 281/3 maddesi göz önüne alınarak buna göre karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. ...” Y4.HD, 07.06.2021, E. 2020/1211 K. 2021/3040; “... Bu tür davalar icra takibine bağlı davalar olduğundan, dava devam ederken borcun ödenmiş olması ya da borçlu hakkında yapılan icra takibinin işlemde kaldırılması halinde dava konusuz kalacaktır. ...” Y17.HD, 01.06.2020, E. 2018/3166 K. 2020/2971 (Legal).

Takibe konu borcun ödenmesi ile dava konusunun mu yoksa hukukî yararın mı etkilenmek suretiyle konusuz kaldığı da ayrıca değinilmelidir. Davanın görüldüğü esnada dava ile istenen talebin yerine getirilmesi, spesifik olarak konusu para olan bir eda davasında paranın ödenmesi, dava konusuz kalmasının klasik örneğidir. Bu şekilde dava ile ulaşılmak istenen sonuca yargılama dışında ulaşılmış olur. Tasarrufun iptali davası özelinde de borcun ödenmesi önem arz etmektedir. Ancak tasarrufun iptali davasının ile elde edilmek istenen, bir paranın ödenmesi emrini içeren bir ilam değildir. Bu dava ile borçlunun cebri icra alanı dışına çıkarmaya çalıştığı değer üzerinde cebri icra hakkı elde etmektir. Diğer bir deyişle dava konusu, doğrudan alacağın elde edilmesi değildir. İcra dosyası borcunun tamamen kapatılması, dava konusunu ortadan kaldırmamaktadır. İptal davası, para alacağının tahsili amacıyla yapılan icra takibi ile de bağlantılıdır³⁸. Bu duruma bağlı olarak dava esnasında icra takibine konu borcun ödenmesi ile, davacı alacağına kavuşmuş olacağından davalı üçüncü kişi lehine yapılmış tasarruflar üzerinde haciz ve satış isteme noktasında menfaati kalmamıştır. Takibe konu borcun ödenmesi ile iptal davasının konusu ortadan kalkmamış, ancak davanın açıldığı andaki davacının hukukî yararı artık mevcut değildir. Böylece icra takibine konu olan borcun davalılardan biri tarafından ödenmesiyle alacaklı davacının güncel bir hukukî yararı kalmadığından, davanın konusuz kaldığı söylenebilir.

Tasarrufun iptali davasının değeri, aciz belgesine bağlanan alacak ile iptali istenen tasarrufun değerine göre değişiklik gösterebilir. Takibe konu edilen ve hakkında aciz belgesi düzenlenen alacak miktarı ile tasarrufun değerinden hangisi az ise, dava değeri olarak o miktar esas alınır³⁹. Haliyle davanın konusuz kalması ile sonuçlanacak ödeme bakımından da bu değerler belirleyicidir⁴⁰. Aciz belgesinde belirtilen miktar tasarrufun değerinden düşük ise ister davalı borçlu ister davalı üçüncü kişi tarafından bu borcun ödenmesiyle dava konusuz kalır. Bu halde takibe konu olan borç tamamıyla ifa edilmiş olacağından, iptal davasının görülmesinde davacının korunması gereken bir menfaati kalmamış olur.

³⁸ "... Davalı S. K. vekilinin temyiz itirazlarına gelince; Dava İİK'nın 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davaları icra takibine bağlı davalar olup, sonuçta verilen iptal kararı da icra takibindeki miktarla sınırlı tutulmaktadır. Bunun sonucunda da alacağın herhangi bir şekilde ödenmesi halinde davanın konusu kalmamaktadır. Somut olayda davacının dayanağı İstanbul 1. icra müdürlüğünün 2008/14129 sayılı takip dosyasına konu olan borcun hükümden sonra tamamen ödenmiş olduğu icra takip dosyasında bulunan 28.08.2013 tarihli tutanaktan anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, borcun ödendiğinin anlaşılması halinde dava konusuz kalacağından İİK'nın 281/3 maddesi göz önüne alınarak buna göre hüküm tesisini gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. ..." Y17.HD, 27.11.2014, E. 2014/12017 K. 2014/17009; 17.03.2011, E. 2010/5297 K. 2011/2399 (Legal).

³⁹ Ayrıca bkz. aşağıda dn. 78-79.

⁴⁰ Ödenecek borç miktarı, kural olarak icra takibine konu edilen borç ödemediği aciz belgesine bağlanan miktar olmakla birlikte, iptali istenen tasarrufun değeri alacak miktarından az ise, bu tasarrufun değerinin ödenmesi ile de dava konusuz kalır. Keza davacı, tasarrufun iptali davasında lehe hüküm elde etse bile tahsil edebileceği miktar tasarrufun değeri kadardır, bkz. Uyar, Uyar ve Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu*, 4531.

Öte yandan aciz belgesinde belirtilen, yani icra takibine konu edilecek daha yüksek ve tasarrufa konu malvarlığının değeri daha düşük ise, aciz belgesinde yazılı borcun ödenmesi üzerine davanın konusuz kalacağına bir şüphe yoktur. Çünkü sadece iptali istenen tasarruf oranında değil, bunu aşacak biçimde takip ile istenen tüm alacak ifa edilmiştir. Davalı üçüncü kişinin sorumluluğu iptali istenen tasarrufun değeri ile sınırlı (İİK m.283/2) olduğundan, genelde böyle bir ödemenin davalı borçlu tarafından yapılması daha olağandır.

İcra takibi sonucu aciz belgesine bağlanmış alacağın, tasarrufun değerinden daha yüksek olmasına rağmen iptal davası sırasındaki ödeme tasarruf değeri ile sınırlı ise, ödemenin davalı borçlu tarafından mı yoksa davalı üçüncü kişi tarafından mı yapıldığı kanımızca önem arz etmektedir. Bu ihtimalde ödeme borçlu tarafından yapılıyorsa, takip konusu borç tamamen ifa edilmediğinden ve bakiye alacak için davacının hukukî yararı devam ettiğinden davaya devam edilmelidir. Öte yandan ödeme davalı üçüncü kişi tarafından yapılıyorsa, davalı üçüncü kişinin sorumluluğunun iptali istenen tasarrufun değeri ile sınırlı (İİK m.283/2) olmasından ötürü davanın konusuz kaldığı kabul edilmelidir.

B. İptali İstenen Tasarrufun Üçüncü (Dördüncü) Kişiye Devri

İptali istenen tasarruf konusu mal, henüz derdest bir tasarrufun iptali davası yokken dava dışı üçüncü (dördüncü) bir kişiye devredilebileceği gibi, dava esnasında da devir kuralı olarak mümkündür. Davadan önce yapılan devir ile bu kimseye karşı husumet yöneltilebilmesinin temel şartı, devralan üçüncü (dördüncü) kişinin kötü niyetli olmasıdır. Kötü niyetli üçüncü (dördüncü) kişi de açılacak davada davalı olarak gösterilebilir. Ancak bu kimsenin iyi niyetli olması halinde kazanımı korunur (İİK m.282) ve dava konusu elden çıkarılan malların değeri nispetinde tazminata dönüşür (İİK m.283/2).

İkame edilen dava esnasında, davaya konu tasarrufların dava dışı üçüncü kişiye devri halinde, tasarrufun iptali davasının devralan kişiye yöneltilebilmesi için temel şart kötü niyetin varlığıdır⁴¹. Dava devam ederken yapılan devir üzerine davacı, devralan üçüncü (dördüncü) kişinin kötü niyetli olduğunu düşünüyorsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.125/1, a uyarınca davayı bu kimseye karşı yöneltebilir veya davayı devreden davalı üçüncü kişiye karşı tazminat (İİK m.283/2) istemine dönüştürebilir (HMK m.125/1, b)⁴². Devralan üçüncü (dördüncü) kişinin iyi niyetli olması halinde ise, davanın bu kişiye yöneltilmesi halinde dava esastan reddedilecektir. Bu nedenle davanın devreden davalı üçüncü kişiye karşı dava tazminat talebi ile devam edilmesi (İİK m.283/2) daha doğrudur.

Sayılan ihtimaller dahilinde, iptal davasında talep edilen şey dava dışında elde edilmemiş veya elde edilmesi imkânsız hale gelmemiştir. Davaya konu ta-

⁴¹ Muşul, *Tasarrufun İptali*, 229 vd.

⁴² Kuru, *İcra El Kitabı*, 1425.

sarrufun devri ile imkânsız hale gelmiş gibi görünse de yerini tazminat almaktadır⁴³. Bu nedenle iptal davasına konu edilen tasarrufun devri başkasına devri, davanın konusuz kalmasına neden olmaz.

C. İptali İstenen Tasarrufun Paraya Çevrilmesi

İptali istenen tasarrufun iradî devrinin yanında, cebri icra yolu ile devri de görülmekte olan tasarrufun iptali davasını etkileyecektir. Ancak bu noktada önemli olan, davalılardan hangisinin haciz sahibi alacaklısı tarafından satış talep edildiği ve iptali istenen tasarrufun paraya çevrildiğidir.

Davacı alacaklı tarafından ikame edilen iptal davası görülmekte iken, üzerinde cebri icra yetkisi istenen malvarlığı davacı alacaklı⁴⁴ veya borçlunun başka bir alacaklısı tarafından⁴⁵ cebri icra yolu ile satılması ile dava konusuz kalmış olur. Ancak iptali istenen tasarrufun paraya çevrilmesinden sonra davalı üçüncü kişiye para kalmışsa davaya bu miktar üzerinden devam edilir⁴⁶.

“... Aynı şekilde davalı borçlunun borcundan dolayı dava konusu taşınmaz üzerindeki ipotek ve/veya haciz nedeni ile cebri icra yolu ile satılması halinde de davalı 3. kişi elinde bir bedel kalır ise 3. kişi bu bedel ile sorumlu tutulur. ... O halde icrai satışın yapıldığı icra dosyalarının dosya arasına alınarak söz konusu ihaleler neticesinde ihale alacaklısının alacağını alıp almadığı, alacağını aldıktan sonra bakiye bedel kalıp kalmadığının araştırılması, bakiye bedel kalması halinde söz konusu bedelin tazminat olarak tahsili yönünde karar vermesi, bakiye bedel kalmaması halinde icrai satışı yapılan gayrimenkuller ile ilgili konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken ...”⁴⁷

⁴³ Bu durum, doktrinde gerçek olmayan konusuz kalma olarak ifade edilmektedir, bkz. Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, (Ankara: Yetkin, 2011), 227.

⁴⁴ “... Mahkemece, taşınmazın davacı tarafından açık arttırma yolu ile satılması nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davalı H. T. tarafından temyiz edilmiştir. ... Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmasına ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı H.T.’nin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun hükmün ONANMASINA ...” Y17.HD, 23.05.2013, E. 2013/5025 K. 2013/7559. Aynı sonuca, davacının iptali istenen tasarrufu farklı bir dosyadan ihale ile alacağına mahsuben devralınması halinde de varılmaktadır, bkz. Y17.HD, 05.02.2013, E. 2012/16821 K. 2013/1029 (Legal).

⁴⁵ “... Mahkemece, 3846 parsele 1 no.lu bağımsız bölümün borçlu ile ilgisi olmadığından bu parseli yönelik davanın reddine, diğer dava konusu taşınmazların borçlu hakkında bir başka alacaklının yaptığı takip sırasında icradan satılmış olduğundan bahisle davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına ...” Y4.HD, 01.06.2021, E. 2021/1194 K. 2021/2104 (Legal).

⁴⁶ Muşul, *Tasarrufun İptali*, 417.

⁴⁷ Y17.HD, 16.07.2020, E. 2017/1274 K. 2020/4830; “... Bu tür davalarda dava konusu mal borçlunun borcu nedeniyle davalı üçüncü kişinin elinden çıkmış ise üçüncü kişi cebri icra sonucu yapılan satıştan elinde artı bir para kalır ise o miktar ile sorumlu olur. Somut olayda borçlunun borcu nedeniyle yapılan satış sonucu üçüncü kişi konumundaki davalı’un mamelekinde kalan bir

Bu durumun gerçekleşebilmesi, iptali istenen malvarlığının henüz devredilmeden evvel davacının farklı bir icra dosyasından veya borçlusunun başka bir alacaklısı tarafından haczedilmiş olması ile mümkündür. Malvarlığının paraya çevrilmesi ile dava konusunun mahkeme kararı ile yerine getirilme imkânı kalmaması nedeniyle, görülmekte olan tasarrufun iptali davasının konusuz kaldığı sonucuna varılabilir.

Öte yandan iptali istenen tasarruf işlemi nedeniyle davaya konu malvarlığı, dördüncü kişilere devredilmedikçe davalı üçüncü kişinin elindedir. Bu anda malvarlığının davalı 3. kişinin borcu nedeniyle başlatılan bir icra takibi sonucu satılması halinde dava konusu malvarlığının elden çıktığı andaki değeri üzerinden tazminata dönüştüğü kabul edilmektedir.

“... Dava konusu gayrimenkul davalı ... elindeyken davalı ...'ün kendi borcu sebebi ile ... tarafından cebri icra kanalı ile satılmış bulunması ve elinden çıkarmış olması sebebi ile davalı ...'ün cebri icra kanalı ile elinden çıkardığı tarih itibari ile gerçek değeri ile tazminat ile sorumlu tutulması gerekirken davalı ... yönünden yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. ...”⁷⁴⁸

İptali istenen malvarlığının davalı üçüncü kişiden kaynaklanan nedenle cebri icra ile satılması nedeniyle dava konusunun tazminata dönüşmesi, İcra ve İflâs Kanunu m.283/2 ile de uyumludur.

D. Borçlunun Aciz Halinin Sona Ermesi

Hacizde tasarrufun iptali davası açılabilmesi için, gerçek bir alacağa⁴⁹ bağlı olarak yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması⁵⁰ ve borçlunun hiç veya borca yetecek kadar haczi kabil malvarlığının haciz tutanağı ile saptanmış (İİK m.105) veya kesin borç ödemedi aciz belgesi düzenlenmiş olması gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere kesin (İİK m.105/1, m.143) veya geçici aciz belgesi dava şartı

para olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu durumda; öncelikle Mahkemece; dava dışı ... A.Ş. tarafından yapılan icra takip dosyası ve ihale dosyasının getirilerek dava dışı alacaklı Türk Ekonomi Bankası A.Ş.'nin alacak miktarının tespiti ile ihale sonucu davalı 3. kişi Ömer ...'a kalan bir bedel olup olmadığı, kalan bedel varsa bunun İİK 283/2 madde gereğince davacının takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı ...'dan tahsili ile davacıya verilmesine, ihale bedelinden kalan para yok ise davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken ...” Y17.HD, 07.12.2020, E. 2018/2831 K. 2020/8153 (Legal).

⁴⁸ Y4.HD, 03.11.2021, E. 2021/1410 K. 2021/8105 (Legal).

⁴⁹ *“... Bu davaların görülebilmesi için genel dava koşullarının yanında, davacının borçludan bir alacağının olması ve her dava koşulunda olduğu gibi bu koşulun da kararın kesinleşme aşamasına kadar varlığını devam ettirmesi gereklidir. ...” Y4.HD, 09.11.2021, E. 2021/1384 K. 2021/8516 (Legal).*

⁵⁰ Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku C. II*, 1775; Erdönmez, *Zarar Verme Kastıyla*, 48. *“... Bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK'nın 277 md) bulunması gerekir. ...” Y4.HD, 03.11.2021, E. 2021/1410 K. 2021/8105 (Legal).*

olup borçlunun alacak miktarı kadar haczi kabil malı olmadığını belgeleyen ve bu suretle üçüncü kişilere yapılan kazandırmalara müdahale etme imkânı sağlayan bir takip hukuku belgesidir. Bu yönüyle kesin veya geçici aciz belgesi, davacının iptal davası açmaktaki hukukî yararını ortaya koyan özel bir dava şartıdır⁵¹.

Yargıtay yerleşik içtihatları ile kesin veya geçici aciz belgesinin tasarrufun iptali davasında kanun yolu aşamasından sonra bile zaman mahkemeye ibraz edilebileceğini benimsemektedir⁵². Hatta öyle ki bazı kararlarında⁵³ düzenlenmiş bir aciz belgesinin varlığını dahi aramamakta, icra dosyasından borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılması halinde iptal davası açılabilmesi için gerekli şartların yerine sağlandığını kabul etmektedir.

Kesin veya geçici aciz belgesi tasarrufun iptali davasında sonradan tamamlanabilirse de yerine getirildikten sonra varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Nitekim dava şartı niteliği nedeniyle taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi, mahkeme tarafından da her zaman ve kendiliğinden dikkate alınabilir (HMK m.115/1). Ancak bu dava şartının tamamlandıktan sonra ortadan kalkmasının muhakkak derdest yargılamaya etkisi olacaktır.

Kesin veya geçici aciz belgesinin takip hukuku kurallarına aykırı düzenlendiği ileri sürülerek şikâyet yolu (İİK m.16, 17) ile iptal edilmesi halinde, borçlunun aciz hali varlığını devam ettiriyorsa, aciz belgesi dava şartının tamamlanması için davayı göre mahkemece süre verilmesi gerekir⁵⁴ (HMK m.115/2). Takip hukukuna ilişkin eksiklik giderilip yeniden aciz belgesi düzenlenerek dava şartı eksikliği giderilebilir.

Öte yandan aciz belgesi takip hukukunda kaynaklanan eksikler nedeniyle iptal edilmeyip maddî hukuktan kaynaklı şekilde etkisiz hale gelmiş, diğer bir söylemle taraflar arasındaki borcun ortadan kalkması ile esasa ilişkin uyuşmazlık sona ermişse iptal davasına devam edilmesi gereği de ortadan kalkar. Aciz belgesi düzenlenen icra dosyası için bir menfi tespit davası açılmış ve dava kabul edilmişse bu hükümden sadece aciz belgesi değil aynı zamanda derdest tasarrufun iptali davası da etkilenecektir. Menfi tespit davasının kabulü ile tasarrufun iptali

⁵¹ Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali*, 72; Işık, *Aciz Belgesi*, 162.

⁵² "... Bu tür davaların görülebilmesi için diğer dava koşullarının yanında, borçlunun aciz halinin olması gerekir. Öte yandan bu eksikliğin, karar kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında giderilmesi mümkündür. Dairemizin 28.11.2018 tarihli ilamında davacı elinde aciz belgesinin olmadığı ve geçici aciz belgesi niteliğinde bir haciz tutanağının olmadığı belirtilmiş ise de, bozmadan sonra davacı alacaklı tarafından 18.01.2019 tarihinde borçlunun ticaret sicil müdürlüğünde kayıtlı adresinde yapılmış ve İİK'nin 105. madde niteliğinde olan bir haciz tutanağı dosyaya sunulmuştur. ..." Y4.HD, 29.09.2021, E. 2021/1796 K. 2021/5718. Aynı yönde; YHGK, 30.04.2019, E. 2017/1791 K. 2019/498 (Legal).

⁵³ Bkz. Y17.HD, 29.09.2014, E. 2014/11059 K. 2014/12811; Y17.HD, 18.01.2010, E. 2009/10416 K. 2010/26 (Legal).

⁵⁴ İptal davasına bakan mahkemenin şikâyeti bekletici mesele yapması ve aciz belgesinin iptal edilmesi halinde iptal davasının usulden reddedilmesi gerektiğine ilişkin, bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 1419.

davasının temelinde gerçek bir alacak olmadığı tespit edilmiş olur. Bu halde tasarrufun iptali davasının görülmesinde bir yarar kalmaz ve davacının korunması gereken menfaati sonradan ortadan kalktığından davanın konusuz kalır⁵⁵.

Borçlu, malvarlığı edinmesi nedeniyle aciz halinden kurtulmuşsa aciz belgesi varlığını şeklen devam ettirse dahi iptal davasının devamında hukukî yarar kalmamıştır. Bu yönüyle tasarrufun iptali davası esnasında borçlunun malvarlığı edinmesi, davanın konusuz kalmasına neden olan bir olaydır. Ancak bu sonuca varılabilmesi için, sonradan edinilen malvarlığının takip konusu borcu karşılıyor olması gerekir. Yargıtay bir kararında⁵⁶, iptale tabi tasarruf lehdarı annenin ölümü üzerine iptali istenen taşınmazın 1/3 hissesinin borçlu üzerine dönmesi ve borçlu hissesinin borcu kapsar nitelikte olması nedeniyle davanın konusuz kaldığına hükmetmiştir. Davacı alacaklı, sahip olduğu aciz belgesi ile borçluya karşı takibe başlayarak bu malvarlığına haciz koydurmalı ve paraya çevrilmesini talep etmelidir. Bu sürede tasarrufun iptali davasını gören mahkemenin doğrudan dava konusuz kaldığından yargılamayı sona erdirmemeli, bekletici mesele yapmalıdır. İlgili malvarlığının borcu karşıladığının anlaşılması üzerine, tasarrufun iptali davası konusuz kaldığı gerekçesiyle yargılamayı sona erdirebilir. Edinilen malvarlığının bu borcu karşılamadığının anlaşılması halinde ise bu malvarlığının paraya çevrilmesi sonucu tahsil edilen kısım için dava kısmen konusuz kalmıştır. Karşılanmayan kısım için iptal davasına devam edilmelidir.

Borçlunun iptal davası esnasında malvarlığı edinmesi, bazı hallerde alacaklılar vasıtasıyla gerçekleşebilir. Söz gelimi, tasarrufun iptali davası ile eş zamanda muvazaa davası (TBK m.19) da görülüyor olabilir. Muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılıp açılmayacağı tartışmalı⁵⁷ da olsa, muvazaalı işlem sebebiyle

⁵⁵ "... Eğer gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından, iptal davasının dinlenilmesi olanaklı değildir. Davacı alacaklı, iptal davasında gerçekten alacaklı olduğunu kanıtlamakla yükümlü değilse de aciz belgesi, alacaklının alacağını sadece icra takibi bakımından tespit eden bir belgedir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken, alacağın şeklen varlığı değil gerçekliğinin amaçlandığı göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle davalı borçlu ya da üçüncü kişi aciz belgesine bağlanmış bir borcun gerçekte hiç mevcut olmadığını iddia ve ispat edebilir. Davalı borçlunun, davacı alacaklıya karşı gerçek bir borcunun bulunmadığını ya da ödenmiş olduğunu ileri sürerek ayrı bir menfi tespit davası açması da mümkündür. Böyle bir dava sonucunda, icra takibine konu borcun bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde tasarrufun iptali davasının temelini kalmayacağı açıktır. ..." YHGK, 14.09.2021, E. 2017/2773 K. 2021/987 (Legal).

⁵⁶ "... Mahkemece, 3. kişi konumundaki davalı muris K. 'nın vefatı üzerine mirasının 1/3 oranında borçlu M.'ya itikâl ettiği gerekçesi ile konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Sonuç: Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, davacı Hazine tarafından iptali istenen bölümü de kapsar şekilde borçlu hissesi mevcut olmasına, dava konusu borç ile ilgili haczin de davalı K. 'nın ölümünden evvel tapu kaydına işlenmiş bulunmasına ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA ..." Y17.HD, 27.03.2013, E. 2012/9236 K. 2013/7788 (Legal).

⁵⁷ Doktrinde ağırlıklı görüş, muvazaalı işlemler hakkında iptal davasının uygulanma alanı olmaya-

iptal davası açılabilceği kabul edildiğinde, muvazaa davası ile tasarrufun iptali davası arasında derdestlik ilişkisi yoktur⁵⁸. Diğer bir deyişle her iki davanın dava konuları farklı olduğundan, muvazaalı işleme karşı hem muvazaa davası hem de tasarrufun iptali davası ikame edildiğinde, ikinci dava derdestlik sebebiyle reddedilemez. Bununla birlikte, tasarrufun iptali davası görülmeye devam ederken, alacaklı veya başka bir menfaat sahibi tarafından açılan muvazaa davası kabul edilerek muvazaalı malvarlığı borçluya dönmüşse tasarrufun iptali davasının konusuz kaldığı kabul edilmelidir⁵⁹. Muvazaalı malvarlığının borçluya dönmesiyle, alacaklının bu mal üzerine haciz konulması istemini aciz belgesine istinaden icra dairesine yöneltmesi yeterlidir. Böylece tasarrufun iptali ile elde edilecek sonuç, iptal davası dışında elde edilmiş olur. Bu bakımdan davanın konusuz kalmasına neden olan olay, başka bir mahkeme kararı olarak somutlaşmaktadır.

IV. KONUSUZ KALAN TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA VERİLECEK KARAR

Dava görülmeye devam ederken davanın konusuz kalması, derdest davayı doğrudan etkilememektedir. Yargılamaya son verilmesi için, davanın görülmesinde bir anlam kalmadığının hâkim tarafından farkına varılmalıdır. Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde davanın konusuz kaldığı olgusu taraflarca yargılamaya getirilebileceği gibi⁶⁰, mahkeme kendiliğinden de bu hususu tespit edebilir. Davanın konusuz kaldığının tespit edilmesi üzerine yargılamanın bir mahkeme kararı ile sona erdirilmesi gerekmektedir⁶¹.

İcra ve İflâs Kanunu m.281/3, borcun davalılardan biri tarafından ödenmesi halinde davanın reddedileceğini ifade etmektedir. Borcun ödenmesi yukarıda görüldüğü üzere davanın konusuz kalmasına neden olan bir olaydır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1 hükmü, davanın konusuz kalması halini “davanın esas hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâl” olarak nitelemektedir.

Medeni yargılama hukukumuzda, kararlar nihai karar ver ara kararlar şekilden temel ikili ayrıma tabi tutulurken, nihai kararlar da esasa ilişkin ve usule ilişkin

cağını savunmaktadır, bkz. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 287; Kuru, *İcra El Kitabı*, 1400; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 859; Sümer Altay, *Türk İflâs Hukuku C. 1*, (İstanbul: Vedat, 2004) 670; Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davası*, (Ankara: Turhan, 2005), 492. Aksi yönde; Yıldırım, *İptal*, 142; Tolga Akkaya, “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 3 (2006): 661-684, 670 vd.; Uyar, *Tasarrufun İptali*, 97 vd. Ayrıntılı olarak, bkz. Erdönmez, *Zarar Verme Kastıyla*, 9 vd.

⁵⁸ İptal davası ile muvazaa davası arasında kesin hüküm ilişkisi olmadığına dair, bkz. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 288; Eraslan Özkaya, *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, (Ankara: Seçkin, 2022), 225.

⁵⁹ Özkaya, *Muvazaa*, 225.

⁶⁰ Davanın konusuz kalmasına neden olan vakıaların iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yargılamaya getirilebileceğine dair, bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, (İstanbul: Nesil, 2000), 548.

⁶¹ Addor, *Die Gegenstandslosigkeit*, 158-159.

nihai kararlar şeklinde ayrılmaktadır⁶². Usule ilişkin nihai kararlar, davanın usul hukuku kurallarına aykırılık taşınması halinde bu eksiklikler nedeniyle verilen karar tipidir. Esasa ilişkin nihai karar ise, davanın şekli kurallara uygun olmakla birlikte maddî hukuk kurallarına göre haklı veya haksız olduğunu tespit etmektedir⁶³. Bu karar türü, hüküm olarak ifade edilir (HMK m.294/1). Tüm bu karar türlerinden bağımsız olarak, davanın konusuz kalması halinde verilecek “karar verilmesine yer olmadığı kararı” üçüncü bir karar türünü oluşturmaktadır⁶⁴. Davanın konusuz kalması halinde verilecek karar türünün de “karar verilmesine yer olmadığı kararı”⁶⁵ olduğu hem doktrin⁶⁶ hem de Yargıtay uygulaması⁶⁷ ile kabul edilmektedir.

Davanın konusuz kaldığını tespit ve tevsik eden kararın niteliği ile ilgili olarak İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, bu karar türü esasa ilişkin olmayıp usule ilişkin bir karardır ve maddî anlamda kesin hüküm etkisi sadece konusuz kalma olgusuna ilişkindir⁶⁸. Benzer bir görüş ise, talep sonucu ile ilgili

⁶² Üstündağ, *Medenî Yargılama*, 800; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 427; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2011), 435; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 505.

⁶³ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3005 vd.; Üstündağ, *Medenî Yargılama*, 800; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 428; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 506-507; Boran Güneysu, *Karar*, 105 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, 550.

⁶⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 507; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, 551. Hüküm verilmeden davayı sona erdiren haller arasında sayılmasına dair, bkz. Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, 1180, Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 443.

⁶⁵ İsviçre hukukunda davanın konusuz kalması üzerine yargılamanın hüküm verilmeksizin bitmesi halinde durumun kopyalanması, tespit edilmesi (abschreiben) gerektiği düzenlenmektedir (Sch. ZPO m.242). Bu anlama gelen karar için, davanın konusuz kaldığını tespit ve tevsik eden “Abschreibungsbeschluss” kavramı kullanılmaktadır. Dava şeklen bu kararın verilmesi ile sona erer (Staehelein, Staehelein ve Grolimund, *Zivilprozessrecht*, §23 Rn. 34; Killias, *Berner Kommentar*, Art. 242 Rn. 21).

⁶⁶ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3021; Kuru, *Usul El Kitabı*, 882; Umar, *Şerh*, 963; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 444; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 507; Tanrıver, *Medenî Usul*, 1180; Boran Güneysu, *Karar*, 147; Murat Atalı, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 2042.

⁶⁷ “... Somut olayda hakkın özünden feragat söz konusu olmayıp; davacı alacağına yargılama sırasında kavuştuğu için feragat etmiştir. Esasen dava konusuz kalmış olup mahkemece konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. ...” Y17.HD, 15.11.2018 T, E. 2017/311 K. 2018/10797; “... Somut olayda taşınmaz üçüncü kişi konumundaki davalı Ş.. E. .in elinde iken borçlu davalının dava dışı başka bir alacaklıya olan borcu nedeniyle cebri icra yolu satılmış olup alacaklıya yapılan ödemedemeden sonra üçüncü kişi olan davalı Ş.. E. . uhdesinde kalan bir paranın olmadığı dosyaya getirilen icra dosyaları ve belgelerinden anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece davalı üçüncü kişiye tasarrufa konu taşınmazın satışı nedeniyle kendisinde kalan bir paranın olmaması nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına ancak davalıların dava açılmasına neden olmalarından dolayı yargılama gideri ile sorumlu tutulmalarına karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığı gibi ...” Y17.HD, 26.10.2015, E. 2015/7544 K. 2015/11149; aynı yönde bkz. Y17.HD, 27.11.2014, E. 2014/12017 K. 2014/17009 (Legal).

⁶⁸ Staehelein, Staehelein ve Grolimund, *Zivilprozessrecht*, §23 Rn. 34.

kesin hüküm etkisi olmayan, bu etkinin yargılamanın konusuz kalması nedeniyle bağılı olarak doğduğu usulî nitelikte sui generis bir karar olarak nitelenmektedir⁶⁹. Türk hukukunda ise bu kararın; hakkın mevcut olmadığını saptadığından bir tespit hükmü olduğu⁷⁰, davanın sürdürülmesine ve hüküm verilmesine ihtiyaç kalmadığını tespit ve tevsik eden usul ve esasa ilişkin nihai kararların istisnası niteliğinde bir tespit hükmü olduğu⁷¹ ve biçimsel bir karar olduğu⁷² yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

Sayılan hususlar ışığında, İcra ve İflâs Kanunu m.281/1 hükmünde davanın reddedileceğine ilişkin ifade kanımızca isabetsizdir. Ret kararının usule mi ilişkin yoksa esasa mı ilişkin nedenle olduğu hükmün lafzından anlaşılmamaktadır. Ödeme olgusunun dava açıldıktan sonra gerçekleştiği tartışmasızdır. Bu halde ödeme gibi, dava açıldıktan sonra gerçekleşen davanın esasını veya dava şartlarını etkileyen olaylarla davanın konusuz kalacağı şüphesizdir. Bu nedenlerle verilmesi gereken karar türü, “karar verilmesine yer olmadığı kararı”dır⁷³.

Mahkeme yargılamaya son verirken, aynı zamanda resen yargılama giderlerine de hükmetmesi gerekir (HMK m.332). Yargılama giderlerinin paylaşılmasında asıl kural, özel düzenleme bulunmadıkça yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yüklenmesi (HMK m.326/1), kısmen haklılık durumunda ise yargılama giderlerinin haklılık oranında paylaşılmasıdır (HMK m.326/2).

Yargılama giderlerinin paylaşılmasına yönelik özel durumlardan bir tanesi, davanın konusuz kalması halidir. Tasarrufun iptali davası özelinde bu duruma ilişkin iki düzenleme göze çarpmaktadır. İlk olarak tasarrufun iptali davasında borcun ödenmesi haline has olarak, İcra ve İflâs Kanunu m.281/3 hâkime “her birini masrafla ilzam veya bu masrafı aralarında takdir ettiği surette” paylaşırma yetkisi vermektedir. Öte yandan daha genel hüküm niteliğinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1, davanın konusuz kalmasına halinde hâkime “davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre” yargılama giderlerini takdir hakkı vermektedir. Her iki düzenleme, hâkime takdir yetkisi verilmesi noktasında benzerdir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1, hâkimin takdirinin nasıl kullanılması gerektiğini daha belirgin hale getirmekte, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumunu işaret etmektedir. Doktrinde bu ifadeden davanın açılmasına neden olan tarafın⁷⁴, yargılamaya devam edilseydi yargılama gi-

⁶⁹ Killias, *Berner Kommentar*, Art. 242 Rn. 21; Gschwend ve Steck, *BSK-ZPO*, Art. 242 Rn. 18, 20.

⁷⁰ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3022; Kuru, *Usul El Kitabı*, 883.

⁷¹ Boran Güneysu, *Karar*, 146-147; Tanrıver, *Medenî Usul*, 1180.

⁷² Umar, *Şerh*, 963.

⁷³ Muşul, *Tasarrufun İptali*, 417, 420. Muşul, tasarrufun iptali davasında borcun ödenmesi neticesinde, davanın açılmasına davalının sebep olup olmadığı incelenerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Muşul, *Tasarrufun İptali*, 419.

⁷⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3*, (Ankara: Yetkin, 2017), 3196; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyaz ve Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 507; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 159.

derleri kimin aleyhine hükmedilecekse⁷⁵ o tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi gerektiği sonucu da çıkartılmaktadır.

Bu şartlar altında Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.331/1'in sonraki ve genel hüküm niteliğine rağmen, daha isabetli ve uygulanabilir olduğu; tasarrufun iptali davasının hangi nedene dayalı olarak konusuz kalmış olduğu önem arz etmeksizin davanın başında hangi tarafın haksız⁷⁶, diğer bir deyişle davanın açılmasına hangi tarafın neden olduğu incelenerek yargılama giderleri o taraf üzerine bırakılmalıdır.

Dava görülmeye devam ederken konusuz kalmaya neden olan olay mahkeme tarafından tespit edildiğinde, dava derhal karar verilmesine yer olmadığı kararı ile sona erdirilmemelidir. Mahkeme, dava açıldığı anda hangi tarafın haksız olduğuna dair incelemesini sürdürmeli, bu yöndeki kanaatini oluşturduktan sonra yargılama giderleri hakkında karar vermelidir⁷⁷. Ancak bu haklılık incelemesi, davanın esasını inceler gibi uzun sürmemeli, usul ekonomisi ilkesi ihlal edilmemelidir.

Son olarak yargılama gideri kabul edilen yasal vekalet ücreti (HMK m.323/1, 8) hakkındaki özel düzenlemeye değinme ihtiyacı duyuyoruz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.6 uyarınca, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ön inceleme tutanağı imzalanana kadar konusuz kalma nedeniyle sona ererse tarifede belirlenen miktarların yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra sona ererse tamamına hükmedilir.

Tasarrufun iptali davaları konusu para ile değerlendirilen davalar olduğundan, vekalet ücreti nispi oranda hükmedilmelidir. Ancak dikkat edilmesi gereken başka bir husus, iptali istenen tasarrufun değeri ile alacağın karşılaştırılarak hangisi az ise vekalet ücretine onun üzerinden hükmedilmesi gereğidir⁷⁸. Yasal vekalet ücreti, hangisi düşük ise o miktar esas alınarak nispi oranda belirlenmesi gerekir⁷⁹.

⁷⁵ Atalı, *Pekcanitez Usul*, 2042.

⁷⁶ "... HMK'nın 333/1. maddesine göre davanın konusuz kalması sebebiyle, davanın esası hakkında karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde, davanın açıldığı tarihteki haklılık durumuna göre yargılama giderinin takdir edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Somut olayda, mahkemece; tasarrufun iptali koşullarının dava konusu olayda gerçekleşip gerçekleşmediği kısaca davanın haklılık durumu gereği gibi tartışılmadan karar verilmiştir.

O halde, mahkemece tarafların haklılık durumları değerlendirilerek, yargılama giderinin haksız olan tarafa yükletilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ..." Y17.HD, 23.11.2020, E. 2018/2068 K. 2020/7428 (Legal).

⁷⁷ Kuru, *Usul El Kitabı*, 884.

⁷⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 876; Muşul, *Tasarrufun İptali*, 503.

⁷⁹ "... HMK'nın 331. maddesine göre davanın konusuz kalması halinde hakim davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderini takdir etmez. Öte yandan karar tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 6. maddesi gereğince davanın konusuz kalması ön inceleme tutanağı imzalanmadan önce gerçekleşmesi halinde tarife hükümleriyle belirlenen

SONUÇ

Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ve bir icra takibi ile alacağını kısmen veya tamamen elde edemeyen alacaklının, borçlunun iptale tabi sayılan hallerde yaptığı tasarrufa konu malvarlıkları üzerinde cebri icra yetkisi elde etmek amacıyla açılan bir davadır. Görülmekte olan tasarrufun iptali davası esnasında, yargılama dışında gelişecek birtakım olaylar sonucu davanın incelenmesi ve davacı lehine karar verilmesi gereği ortadan kalkabilir. Diğer bir deyişle dava sonradan esas bakımdan haklı durumunu veya usule ilişkin dinlenebilirliğini kaybetmiştir. Bu durumda, tasarrufun iptali davası konusuz kalmış olup, mahkeme dava konusu uyuşmazlığın sona erdiğini tespit ettikten sonra karar verilmesine yer olmadığı kararı ile yargılamayı sona erdirmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu m.281/3'te takibe konu borcun ödenmesi halinde davanın reddedileceği düzenlenmektedir. Bir alacağın ödenmesi talepli eda davası esnasında borcun ödenmesi davanın konusuz kalması sebebidir. Her ne kadar tasarrufun iptali davasının konusu para borcunun ödenmesi değilse de iptal davasının temelinde bir icra takibi bulunmaktadır. Bu takibe konu alacağın ödenmesi ile tasarrufun iptali davasına devam edilmesi için alacaklının korunması gerekli bir menfaati kalmamış olur.

Tasarrufun iptali davasının konusuz kalması, farklı şekillerde de gerçekleştirilebilir. İptali istenen tasarrufa konu malvarlığı borçlunun alacaklıları tarafından cebri icra yolu ile paraya çevrilmesi halinde, üçüncü kişiye kalan bir miktar varsa davaya bu miktar üzerinden devam edilir. Üçüncü kişiye kalan bir miktar olmaması halinde ise dava konusuz kalmıştır. Öte yandan tasarrufa konu malvarlığı davalı üçüncü kişinin alacaklıları tarafından paraya çevrilmişse m.283/2 malvarlığının elden çıktığı andaki değeri üzerinden davaya devam edilir. Aynı durum, malvarlığının dava esnasında davalı üçüncü kişi tarafından elden çıkarılması hali için de geçerlidir. Davalı üçüncü kişiden malvarlığını devralan kişinin iyi niyetli olması halinde dava bu kişiye yöneltilemeyeceğinden, m.283/2 uyarınca malvarlığının değeri üzerinden tazminat talebi ile davaya devam edilir.

ücretin yarısına, sonra gerçekleşmesi halinde tamamına hükmedilir. Ayrıca tasarrufun iptali davalarında vekâlet ücreti takip konusu alacak miktarı ile dava konusu şeyin değerinden hangisi az ise o değer üzerinden nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. ..." Y17.HD, 20.09.2018, E. 2017/2845 K. 2018/8032; "... Dava, İİK'nın 277 vd. maddelerine dayanan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davaları nispi harç ve nispi vekalet ücretine tabidir. Mahkemece davanın konusuz kalması nedeniyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu şekilde hüküm kurulurken işin esası hakkında inceleme yapılarak haksız çıkan taraftan yargılama giderleri ve bu giderler kapsamında vekalet ücretinin de tahsiline karar verilmelidir. Mahkemece konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davada haksız çıkan davalının yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ne var ki, tasarrufun iptali davalarında, dava konusu mal veya hakkın değeri ile takip konusu alacak değerinden hangisi daha az ise o değer (somut olayda, taşınmazın satış değeri olan 44.000,00 TL üzerinden) nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. ..." Y17.HD, 08.10.2015, E. 2014/5086 K. 2015/10267 (Legal).

Hacizde tasarrufun iptali davasının görülebilmesi için borç ödemedi aciz belgesi veya bu nitelikteki haciz tutanağının ya da geçici aciz belgesinin varlığı dava şartıdır. Mevcut olan bu dava şartının dava esnasında ortadan kalkması ve yeniden tamamlanamaması halinde dava şeklen haksız gelmiş olur. Yine davaya temel teşkil eden alacağın menfi tespit davasında verilen bir hükümle var olmadığının anlaşılması ile tasarrufun iptali davasının görülmesinde bir menfaat kalmamıştır. Aynı sonuç, aciz halindeki borçlunun dava esnasında malvarlığı edinmesi hali için de geçerlidir. Davalı borçlunun edindiği malvarlığı ile davanın temelindeki takibe konu borç ödenebilmekteyse ilgili tasarrufun iptal edilmesine ve bu yöndeki bir yargılamaya da gerek kalmamıştır.

Tasarrufun iptali davası, konusuz kalmaya neden olan olayların gerçekleşmesi ve bu vakıanın yargılamaya getirilmesi ile, davaya son veren taraf işleminde olduğu gibi kendiliğinden ve doğrudan sona ermez. Mahkemenin bu vakıanın gerçekliğini tespit etmesi ve akabinde vereceği karar ile yargılamayı sona erdirmesi gerekir. Bu halde yargılamayı sona erdirecek karar, karar verilmesine yer olmadığı kararıdır (HMK m.331/1). Bunun yanında mahkeme yargılama giderlerine hükmedilirken, davanın açıldığı tarihteki haklılık oranı dikkate alınmalıdır. Vekalet ücretine, dava konusu para ile ölçülebildiğinden nispi oranda ve iptali istenen tasarrufun değeri ile takibe konu alacağın karşılaştırılması suretiyle hangisi az ise onun üzerinden hükmedilmelidir.

KAYNAKÇA

- Addor, Felix. *Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits*. Bern: Stämpfli, 1997.
- Akkaya, Tolga. “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”. *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 3 (2006): 661-684.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Beta, 2011.
- Altay, Sümer. *Türk İflâs Hukuku C. 1*. İstanbul: Vedat, 2004.
- Althammer, Christoph. *Zöller Zivilprozessordnung*. Köln: Ottoschmidt, 2020.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası. Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası. Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Aslan, Kudret. *Hacizde İstihkak Davası*. Ankara: Turhan, 2005.
- Aslan, Kudret. *Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Assman, Dorothea. “Die Einseitige Erledigungserklärung”. *Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, 1990: 179-205.
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Baur, Fritz; Grunsky, Wolfgang ve Jacoby, Florian. *Zivilprozessrecht*. Bielefeld: Franz Vahlen, 2020.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet, 2014.
- Ercan Özler, Meltem. *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu*. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Erdönmez, Güray. *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Gschwend, Julia ve Steck, Daniel. *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (BSK ZPO Art. 242)*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Hüßtege, Rainer. *Thomas/Putzo ZPO Kommentar*. München: C.H. Beck, 2020.
- İşık, Melih. *İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanaqları*. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Jauernig, Othmar ve Hess, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck, 2011.
- Killias, Laurent. *Schweizerische Zivilprozessordnung - Berner Kommentar Art. 242*. Bern: Stämpfli, 2012.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir Demir, 2001.

- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Meriç, Nedim. *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*. Ankara: Yetkin, 2011.
- Musielak, Hans-Joachim ve Voit, Wolfgang. *Grundkurs ZPO*. München: C.H. Beck, 2020.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku C. II*. Ankara: Adalet, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, Ankara: Adalet, 2015.
- Muthorst, Olaf. *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul. Oniki Levha, 2020.
- Özkaya, Eraslan. *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Stahelin, Adrian; Bauer, Thomas ve Stahelin, Daniel. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010.
- Stahelin, Adrian, Stahelin, Daniel ve Grolimund, Pascal. *Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess, 2019.
- Shen, Kuan-Ling. *Die Erledigung der Hauptsache als verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositiv und Kostenrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2000.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Tuncer Kazancı, İdil. *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Umar, Bilge. *Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1963.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Uyar, Talih; Uyar, Alper ve Uyar, Cüneyt. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. III*. Ankara: Bilge, 2014.
- Uyar, Talih. *Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Bilge, 2017.
- Üstündağ, Saim. *Medenî Yargılama Hukuku*, İstanbul: Nesil, 2000.
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*, İstanbul: Yaylacık, 2009.
- Yıldırım, M. Kâmil. *İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları*. İstanbul: Alfa, 1995.
- Yıldırım, M. Kâmil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta, 2016.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3*. Ankara: Yetkin, 2017.